



Erste Erfahrungen mit dem neuen Kindes- und Erwachsenenschutzrecht

Bericht des Bundesrates in Erfüllung der Postulate
14.3776, 14.3891, 14.4113 und 15.3614

vom 29. März 2017

Inhalt

1	Ausgangslage.....	7
1.1	Vom Vormundschaftsrecht zum Kindes- und Erwachsenenschutzrecht	7
1.2	Die wesentlichen Neuerungen des revidierten Rechts	7
1.3	Zuständigkeiten und Aufgaben im Kindes- und Erwachsenenschutzrecht.....	9
1.3.1	Bund.....	9
1.3.2	Kantone.....	10
1.4	Kritik am neuen Recht.....	10
1.5	Reaktionen auf diese Kritik	11
1.5.1	Parlamentarische Vorstösse	11
1.5.2	Volksinitiativen.....	11
1.5.3	Überprüfung und Anpassung der kantonalen Einführungsgesetze	12
1.5.4	Anlaufstelle KESCHA	12
2	Zum vorliegenden Bericht	12
2.1	Auftrag	12
2.2	Zum Zeitpunkt der vorliegenden Abklärungen.....	12
2.3	Gegenstand des vorliegenden Berichts.....	14
2.4	Weitere Zielsetzungen des vorliegenden Berichts.....	15
2.5	Zum Vorgehen im Einzelnen.....	15
3	Auswirkungen der Revision auf Fallzahlen und Kosten.....	16
3.1	Die Kosten in der öffentlichen Kritik	16
3.2	Vorüberlegungen	17
3.3	Anzahl Massnahmen	18
3.3.1	Die Statistik der KOKES	18
3.3.2	Breitenbefragung durch Interface	19
3.3.2.1	Gefährdungsmeldungen.....	19
3.3.2.2	Geführte Mandate	19
3.3.2.3	Fremdplatzierung von Kindern	20
3.3.2.4	Qualitative Bewertung	20
3.3.3	Ergebnisse aus einzelnen Kantonen.....	20
3.3.4	Würdigung.....	22
3.4	Personal- und Infrastrukturkosten (<i>Behördenkosten</i>) der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden	23
3.4.1	Allgemeines.....	23
3.4.2	Kostenträger.....	23
3.4.3	Ergebnisse der Studie Interface.....	23
3.4.4	Mögliche Gründe für den Kostenanstieg	25
3.4.5	Würdigung	25
3.5	Massnahmekosten.....	26
3.5.1	Vergleich der Kosten vor und nach Inkrafttreten	26
3.5.2	Finanzierung der Kosten.....	27
3.5.3	Kosten einzelner Massnahmen.....	27
3.5.4	Gebühren	28
3.5.5	Tarife von Massnahmen	28
3.5.6	Kostenentwicklung in der Sozialhilfe.....	29
3.5.7	Würdigung	29
3.6	Gesamtwürdigung.....	29

4	Anpassung der Verfahrensbestimmungen.....	30
4.1	Allgemeines	30
4.2	Vereinheitlichung des Verfahrens	31
4.2.1	Vorentwurf für ein Bundesgesetz zum Verfahren.....	31
4.2.2	Kritik an der geltenden Regelung.....	32
4.2.3	Forderung nach einem bundesrechtlichen Verfahren	32
4.2.4	Würdigung	33
4.3	Beschwerderecht und Einbezug der Gemeinden	35
4.3.1	Ausgangslage.....	35
4.3.2	Kritik und parlamentarische Vorstösse.....	36
4.3.3	Legitimation der Gemeinde zur Beschwerde gegen Entscheide der KESB.....	36
4.3.3.1	Allgemeines.....	36
4.3.3.2	Lehre und Rechtsprechung vor dem 1. Januar 2013.....	37
4.3.3.3	Lehre und Rechtsprechung seit dem 1. Januar 2013	37
4.3.3.4	Würdigung	39
4.3.4	Einbezug der Gemeinde im Vorfeld des Erlasses einer Massnahme	41
4.3.4.1	Allgemeines.....	41
4.3.4.2	Bestehende Lösungsansätze in den Kantonen	42
4.3.4.3	Erfahrungen mit den kantonalen Regelungen	45
4.3.5	Würdigung	46
4.4	Berücksichtigung nahestehender Personen.....	47
4.4.1	Ausgangslage.....	47
4.4.2	Der Einbezug nahestehender Personen ins Verfahren bei einer Fremdplatzierung von Kindern.....	47
4.4.2.1	Allgemeines.....	47
4.4.2.2	Rechtlicher Rahmen.....	48
4.4.2.3	Form des Einbezugs nahestehender Personen ins Verfahren	49
4.4.2.4	Gewährung des rechtlichen Gehörs	49
4.4.2.5	Befragung als Zeugen oder als Auskunftspersonen	50
4.4.2.6	Studie zur Praxis der Behörden bei Kindesplatzierungen	50
4.4.2.7	Würdigung	51
4.4.3	Beschwerderecht nahestehender Personen	52
4.4.3.1	Rechtlicher Rahmen.....	52
4.4.3.2	Würdigung	52
4.4.4	Recht auf Einsetzung nahestehender Personen als Beiständin oder Beistand	53
4.4.4.1	Ausgangslage.....	53
4.4.4.2	Kritik	54
4.4.4.3	Würdigung	54
4.5	Anpassung der Beschwerdefrist (Art. 450b ZGB).....	55
4.5.1	Ausgangslage.....	55
4.5.2	Auftrag.....	55
4.5.3	Problematik der dreissigtägigen Frist.....	56
4.5.3.1	Dringlichkeit der Einsetzung einer Beiständin oder eines Beistandes.....	56
4.5.3.2	Anordnung vorsorglicher Massnahmen eigenes Handeln der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde.....	56
4.5.3.3	Entzug der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde	56
4.5.3.4	Rechtsmittelverzicht	57
4.5.4	Stellungnahme der Praxis.....	57
4.5.5	Würdigung	58

5	Materiell-rechtliche Fragen	58
5.1	Zum Vorgehen	58
5.2	Gefährdungsmeldungen, übermässige Interventionen der KESB	59
5.3	Unterhaltsvereinbarungen unverheirateter Eltern	60
5.3.1	Fragestellung	60
5.3.2	Ergebnisse der Befragung der KESB (Studie HSLU)	61
5.3.3	Würdigung	61
5.4	Massnahmen der KESB bei der Geburt eines Kindes ohne rechtlichen Vater	62
5.4.1	Fragestellung	62
5.4.2	Ergebnisse der Befragung der KESB (Studie HSLU)	62
5.4.3	Würdigung	63
5.5	Entbindung nahestehender Personen von gewissen Pflichten	63
5.5.1	Vom alten zum neuen Recht	63
5.5.1.1	Rechtslage unter dem alten Vormundschaftsrecht	63
5.5.1.2	Die Regelung des neuen Kindes- und Erwachsenenschutzrechts	64
5.5.1.3	Auswirkungen der Revision auf die Verantwortlichkeit und die Haftung	64
5.5.2	Zur Bedeutung des neuen Artikel 420 ZGB	65
5.5.2.1	Rechtsprechung und Lehre	65
5.5.3	Kritik	67
5.5.4	Parlamentarische Vorstösse	67
5.5.5	Empfehlungen der KOKES	67
5.5.6	Würdigung	68
5.5.7	Handlungsbedarf	70
5.6	Information anderer Behörden durch die KESB	71
5.7	Bekanntgabe von Erwachsenenschutzmassnahmen an Dritte	71
5.8	Pflicht zur Übernahme einer Beistandschaft (Art. 400 Abs. 2 ZGB)	72
6	Revisionsbedarf bei der Verordnung über die Vermögensverwaltung im Rahmen einer Beistandschaft oder Vormundschaft (VBVV)	72
7	Kantonale Evaluationen	73
7.1.1	Kanton Bern	73
7.1.2	Kanton St. Gallen	74
8	Vorgaben der UN-Behindertenkonvention	75
9	Gesamtwürdigung	77
9.1	Zusammenfassung der Erkenntnisse	77
9.2	Handlungsbedarf und Massnahmen	78
9.3	Beantwortung der in den Postulaten gestellten Fragen	79
9.3.1	Postulat 14.3776	79
9.3.2	Postulat 14.3891	79
9.3.3	Postulat 14.4113	79
9.3.4	Postulat 15.3614	80

Zusammenfassung

Auftrag: Mit dem am 1. Januar 2013 in Kraft getretenen neuen Kindes- und Erwachsenenschutzrecht wurde das alte Vormundschaftsrecht aus dem Jahr 1907 ersetzt und modernisiert. Die neuen Regelungen sowie die Institution der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (KESB) sind seither teilweise heftig kritisiert worden. In der Folge hat das Parlament den Bundesrat mit vier Postulaten beauftragt, verschiedene Fragen im Zusammenhang mit dem neuen Recht zu überprüfen und dazu einen Bericht zu verfassen. Bereits im Frühling 2016 hat der Bundesrat zudem in Aussicht gestellt, weitere Fragen in Zusammenhang mit dem neuen Recht in diese Prüfung einzubeziehen.

Beim vorliegenden Bericht handelt es sich allerdings nicht um eine umfassende Evaluation des neuen Rechts. Für eine solche ist es nach Ansicht des Bundesrates nach wie vor zu früh. Der vorliegende Bericht beschränkt sich deshalb auf die Beantwortung der genannten Postulate sowie auf die Diskussion derjenigen Fragen, die heute bereits beantwortet werden können. Die wichtigsten Erkenntnisse betreffen die folgenden Fragestellungen:

Auswirkungen der Revision auf die Fallzahlen und die Kosten: Trotz verschiedener Unsicherheiten bei der Datenerhebung lässt sich festhalten, dass die teilweise behauptete Kostenexplosion im Kindes- und Erwachsenenschutzrecht nicht stattgefunden hat. Ein Anstieg bei den eigentlichen Behördenkosten war zu erwarten gewesen, denn die bundesrechtliche Vorgabe der Einrichtung von Fachbehörden hat in vielen Kantonen zu einer Restrukturierung der Behörden geführt. Zu berücksichtigen ist ausserdem, dass ein erheblicher Teil der Kosten unter dem alten System nicht oder nicht vollständig erhoben worden sind, weil sie im Rahmen einer Mischrechnung nicht direkt dem Vormundschaftswesen zugewiesen wurden. Das neue Recht zeigt nun deutlicher auf, welchen Aufwand der Kindes- und Erwachsenenschutz verursacht. Der Bundesrat geht zudem nach wie vor davon aus, dass der Aufwand der Behörden pro Fall mit zunehmender Erfahrung weiter zurückgehen wird. Schliesslich ist festzuhalten, dass keine Hinweise dafür vorliegen, dass die Anzahl angeordneter Massnahmen gemessen an der Bevölkerungszahl proportional zugenommen hätte. Das Gleiche gilt auch hinsichtlich der Kosten der einzelnen Massnahme.

Beschwerderecht und Einbezug der Gemeinden: Nach einer eingehenden Prüfung gelangt der Bundesrat zum Ergebnis, dass die Einführung eines Beschwerderechts der Wohnsitzgemeinde gegen Verfügungen der KESB kein geeignetes Mittel darstellen würde, um die teilweise bestehenden Probleme zu lösen. Dagegen erscheint es angezeigt, die kostenpflichtigen Gemeinden im Vorfeld des Erlasses einer Massnahme in den Entscheidprozess einzubeziehen und damit den Entscheid für die betroffene Gemeinde auch nachvollziehbar auszugestalten. Der Bericht enthält deshalb eine Übersicht über die zur Verfügung stehenden Möglichkeiten, dieses Ziel umsetzen. Aufgrund der teilweise sehr unterschiedlichen Umsetzung des neuen Rechts in den Kantonen sowie der kantonalen Unterschiede erscheint es sinnvoll, wenn diese Optimierung durch die Kantone und nicht durch den Bund erfolgt.

Berücksichtigung nahestehender Personen: Seit dem Inkrafttreten des neuen Rechts wurde wiederholt die Kritik geäussert, dass die Behörden zu wenig bemüht seien, bei der Anordnung einer Massnahme nicht nur die unmittelbar betroffene Person, sondern auch die Interessen weiterer nahestehender Personen zu berücksichtigen oder diese anzuhören. Der vorliegende Bericht enthält eine Übersicht über die geltende Rechtslage. Diese erscheint aus der Sicht des Bundesrates eigentlich ausreichend klar. Der Vorwurf, dass die Behörden in Einzelfällen die nahestehenden Personen nicht oder zu wenig berücksichtigen, ist allerdings ernst zu nehmen. Nach Ansicht des Bundesrates ist es deshalb angebracht, die Praxis der Behörden in diesem Punkt noch einmal anzuschauen und darüber nachzudenken, ob und

auf welche Weise das Anliegen eines besseren Einbezugs nahestehender Personen im Verfahren noch besser umgesetzt werden kann.

Anpassung der Beschwerdefrist: Das Postulat 15.3614 verpflichtet den Bundesrat zu prüfen, ob sich die Beschwerdefristen des neuen Rechts in der Praxis bewährt haben oder ob sie angepasst werden müssen. Der Bundesrat kommt nach eingehender Prüfung zum Ergebnis, dass die geltende Frist von 30 Tagen gewisse Schwierigkeiten schafft, dass aber auch die vorgeschlagene Verkürzung der Frist auf 10 Tage keine optimale Lösung darstellen würde. Weil sich die Praxis zudem mit der geltenden Regelung arrangiert hat, erachtet es der Bundesrat nicht als opportun, bereits wieder eine Revision vorzunehmen.

Gefährdungsmeldungen und Interventionen der KESB: Im Raum steht der Vorwurf, einzelne Behörden würden zu rasch und zu heftig auf Gefährdungsmeldungen reagieren. Ob es sich hier um Einzelfälle handelt oder um ein generelles Problem, steht allerdings nicht fest. Aus der Sicht des Bundesrates erscheint es aber notwendig darüber nachzudenken, ob es nicht möglich ist, konkretere prozedurale Regeln aufzustellen, mit denen die Interessen der betroffenen Personen besser gewahrt werden können, etwa durch einen besseren Einbezug nahestehender Personen, durch eine Optimierung der Kommunikation oder durch eine Verbesserung der Beschwerdemöglichkeiten.

Entbindung nahestehender Personen von bestimmten Pflichten: Der Spielraum des geltenden Rechts, nahestehende Personen, die als Beistand eingesetzt werden, ganz oder teilweise von ihren Pflichten gegenüber der KESB zu entbinden (insbesondere hinsichtlich der Rechnungslegung und der Berichterstattung), wurde teilweise nicht oder nur unzureichend genutzt. Die Situation scheint sich nun aber massgeblich verbessert zu haben, insbesondere auch wegen den kürzlich verabschiedeten Empfehlungen der Konferenz für Kindes- und Erwachsenenschutz. Der Bundesrat sieht deshalb hier keinen grundsätzlichen, sondern allenfalls einen beschränkten Handlungsbedarf.

Gesamtwürdigung: Der Bundesrat kommt abschliessend zum Ergebnis, dass die Einführung des neuen Rechts weitgehend den Erwartungen entspricht. Es braucht erfahrungsgemäss mehrere Jahre, bis eine derart umfassende Revision eingeführt ist und es darf nicht erwartet werden, dass die Einführung ohne jede Schwierigkeit durchgeführt werden kann. Betrachtet man die Entwicklungen in den Kantonen in der Zeit seit dem 1. Januar 2013, wird aber vor allem deutlich, dass sich seither viel getan hat. Alle beteiligten Personen und Institutionen haben wertvolle Erfahrungen gesammelt und daran gearbeitet, allfällige Unzulänglichkeiten zu beseitigen und Abläufe zu optimieren. Dieser Prozess ist nach wie vor im Gang. Der Bundesrat ist deshalb der Überzeugung, dass für den Bundesgesetzgeber nur ein sehr beschränkter Handlungsbedarf besteht, der sich auf wenige Einzelpunkte beschränkt. So sind aus bundesrechtlicher Sicht vor allem verschiedene Fragen offen, die den Einbezug nahestehender Personen im Verfahren vor der KESB betreffen. Der Bundesrat sieht sich deshalb veranlasst, diesen Vorwürfen nachzugehen und abzuklären, wie die Situation allenfalls verbessert werden kann. Namentlich soll geprüft werden, wie der Einbezug nahestehender Personen in allen Phasen des Verfahrens und bei allen Entscheiden der KESB verbessert und institutionell sichergestellt werden kann. Dies betrifft insbesondere den Einbezug nahestehender Personen bei der Sachverhaltsabklärung, die Berücksichtigung nahestehender Personen als Beistandsperson und als möglicher Ort für Kindesplatzierungen. Zudem ist zu prüfen, ob das Vorgehen der KESB bei Vorliegen einer Gefährdungsmeldung konkreter geregelt werden kann.

1 Ausgangslage

1.1 Vom Vormundschaftsrecht zum Kindes- und Erwachsenenschutzrecht

Das Schweizerische Zivilgesetzbuch (ZGB)¹ trat am 1. Januar 1912 in Kraft. Als Teil des Familienrechts wurde darin auch das sog. *Vormundschaftsrecht* geregelt. Die Bestimmungen über das Familienrecht blieben bis in die Mitte des 20. Jahrhundert mehr oder weniger unverändert bestehen. Erst gegen Ende der 1950er Jahre beschloss der Bundesrat, das gesamte Familienrecht des ZGB in Etappen zu reformieren und den geänderten gesellschaftlichen Realitäten anzupassen. Einen ersten Meilenstein bildete dabei die Revision des Adoptionsrechts (Inkrafttreten: 1973), gefolgt vom Kindesrecht (1978), dem Eherecht (1988), sowie dem Scheidungsrecht (2000). Im Jahr 1995 wurde als letzte Etappe die Revision des damaligen Vormundschaftsrechts angegangen und mit den Arbeiten an einem Vorentwurf begonnen. Dieser wurde im Jahr 2003 in eine Vernehmlassung geschickt. Gleichzeitig schickte das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement (EJPD) einen Vorentwurf für ein Bundesgesetz über das Verfahren vor den Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden in die Vernehmlassung.² Am 28. Juni 2006 verabschiedete der Bundesrat die im Vergleich zum Vorentwurf überarbeitete Botschaft zur Totalrevision des Vormundschaftsrechts.³ Auf das besondere Verfahrensrecht wurde dagegen verzichtet.

Der Ständerat begrüßte als Erstrat die Totalrevision des Vormundschaftsrechts und trat einstimmig auf die Vorlage ein. Im Rahmen der umfangreichen Detailberatung traten keine schwerwiegenden Differenzen zur Vorlage des Bundesrates zutage. Bei den von der vorberatenden Kommission vorgeschlagenen Änderungen handelte es sich meist um redaktionelle Verbesserungen. Der Entwurf wurde einstimmig mit 23 zu 0 Stimmen angenommen. Auch in der Eintretensdebatte des Nationalrates wurde die Gesamtrevision des Vormundschaftsrechts positiv aufgenommen. Eintreten wurde ohne Gegenantrag beschlossen. In der Detailberatung wurden verschiedene kleinere materielle Anpassungen vorgenommen. Der Entwurf wurde in der Gesamtabstimmung mit 144 zu 41 Stimmen angenommen. In der Differenzbereinigung stimmte der Ständerat den Beschlüssen des Nationalrats mit einer Ausnahme zu. In der Schlussabstimmung vom 19. Dezember 2008 wurde das Bundesgesetz im Ständerat mit 43 zu 0 und im Nationalrat mit 191 zu 2 Stimmen angenommen.

Am 12. Januar 2012 setzte der Bundesrat das revidierte Recht auf den 1. Januar 2013 in Kraft. Am 4. Juli 2012 verabschiedete der Bundesrat ausserdem die *Verordnung über die Vermögensverwaltung im Rahmen einer Beistandschaft oder Vormundschaft (VBVV)*.⁴ Diese Verordnung gewährleistet eine sorgfältige Verwaltung des Vermögens verbeiständeter oder bevormundeter Personen und trat gemeinsam mit dem neuen Kindes- und Erwachsenenschutzrecht am 1. Januar 2013 in Kraft.

1.2 Die wesentlichen Neuerungen des revidierten Rechts

In der Botschaft hielt der Bundesrat fest, dass das Vormundschaftsrecht den Verhältnissen und den geltenden Anschauungen nicht mehr entspreche und deshalb grundlegend erneuert werden müsse. Die Ziele und Neuerungen der Revision, die schliesslich auch in den definitiv verabschiedeten Gesetzestext Eingang gefunden haben, sind die folgenden:

¹ Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907, SR 210.

² Die Materialien zur Revision des Vormundschaftsrechts finden sich zusammengestellt auf der Website des Bundesamts für Justiz, www.bj.admin.ch > Gesellschaft > Abgeschlossene Rechtsetzungsprojekte > Revision des Vormundschaftsrechts.

³ Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht) vom 28. Juni 2006, BBl 2006, 7001 ff.

⁴ Verordnung über die Vermögensverwaltung im Rahmen einer Beistandschaft oder Vormundschaft vom 4. Juli 2012, SR 211.223.11.

- Erklärtes Ziel der Revision bildete es, das *Selbstbestimmungsrecht* der betroffenen Personen zu fördern (vgl. Art. 388 Abs. 2 ZGB).
- Dieses Ziel sollte unter Anderem durch zwei neue Rechtsinstitute verwirklicht werden: Mit einem *Vorsorgeauftrag* (Art. 360 ff. ZGB) kann eine handlungsfähige Person eine natürliche oder juristische Person bezeichnen, die im Fall ihrer Urteilsunfähigkeit die Personensorge oder die Vermögenssorge übernimmt oder sie im Rechtsverkehr vertritt. Mit einer *Patientenverfügung* (Art. 370 ff. ZGB) kann eine urteilsfähige Person zum einen festlegen, welchen medizinischen Massnahmen sie im Fall ihrer Urteilsunfähigkeit zustimmt oder nicht zustimmt, zum andern kann sie auch eine natürliche Person bezeichnen, die im Fall ihrer Urteilsunfähigkeit entscheidungsbefugt ist.
- Wird eine Person vorübergehend oder – beispielsweise gegen Ende des Lebens – dauernd urteilsunfähig, sollen deren Angehörige ohne grosse Umstände bestimmte Entscheide treffen können. Damit wollte der Gesetzgeber die *Solidarität in der Familie* stärken und zugleich verhindern, dass die Behörden systematisch Beistandschaften anordnen müssen. Bestimmte Kreise von Angehörigen haben deshalb das Recht erhalten, für die urteilsunfähige Person die Zustimmung zu einer medizinischen Behandlung zu erteilen oder zu verweigern, sofern keine Patientenverfügung vorliegt (Art. 378 ZGB). Im Weiteren räumte die Revision dem Ehegatten sowie der eingetragenen Partnerin oder dem eingetragenen Partner der urteilsunfähigen Person das Recht ein, die Post zu öffnen, für die ordentliche Verwaltung des Einkommens und des Vermögens zu sorgen und alle Rechtshandlungen vorzunehmen, die zur Deckung des Unterhaltsbedarfs üblicherweise erforderlich sind (Art. 374 ZGB).
- Die Erwachsenenschutzmassnahmen des alten Rechts (Vormundschaft, Beiratschaft und Beistandschaft) wurden ersetzt durch das *Institut der Beistandschaft* (Art. 390 ff. ZGB). Diese wird angeordnet, wenn eine Person wegen einer geistigen Behinderung, einer psychischen Störung oder eines ähnlichen Schwächezustands ihre Angelegenheiten nicht mehr besorgen kann und die Unterstützung durch Angehörige oder private oder öffentliche Dienste nicht ausreicht (Art. 390 Abs. 1 ZGB). Statt der Anordnung standardisierter Massnahmen sollte nur so viel staatliche Betreuung angeordnet werden, wie wirklich nötig ist (Art. 389 ZGB).
- Das neue Recht unterscheidet bei den Massnahmen des Erwachsenenschutzes *vier Arten von Beistandschaften*, nämlich die Begleit-, die Vertretungs-, die Mitwirkungs- und die umfassende Beistandschaft. Eine Begleitbeistandschaft wird nur mit Zustimmung der hilfsbedürftigen Person errichtet und lässt die Handlungsfähigkeit unberührt. Bei der Vertretungsbeistandschaft muss sich die betroffene Person die Handlungen der Beiständin oder des Beistands anrechnen oder gefallen lassen. Die Behörde kann auch je nach Situation die Handlungsfähigkeit punktuell einschränken. Die Mitwirkungsbeistandschaft wird errichtet, wenn bestimmte Handlungen der hilfsbedürftigen Person zu deren Schutz der Zustimmung der Beiständin oder des Beistands bedürfen. Die umfassende Beistandschaft schliesslich ist das Nachfolgeinstitut zur Entmündigung und lässt die Handlungsfähigkeit von Gesetzes wegen entfallen. Die Begleit-, die Vertretungs- und die Mitwirkungsbeistandschaft können miteinander kombiniert werden.
- Die *erstreckte elterliche Sorge* des bisherigen Rechts (Art. 385 Abs. 3 aZGB) wurde gestrichen; neu ist in den betreffenden Fällen eine Beistandschaft zu errichten. Abhängig von den konkreten Umständen kann die Behörde die Eltern von der Inventarpflicht, der Pflicht zur periodischen Berichterstattung und Rechnungsablage und der Pflicht, für bestimmte Geschäfte die behördliche Zustimmung einzuholen, ganz oder teilweise entbinden (Art. 420 ZGB). Das Gleiche gilt auch dann, wenn die Ehegattin, der Ehegatte, die eingetragene Partnerin oder der eingetragene Partner, ein Nachkomme, ein Geschwis-

ter, die faktische Lebenspartnerin oder der faktische Lebenspartner als Beiständin oder als Beistand eingesetzt wird.

- Im Abschnitt über die *fürsorgerische Unterbringung* (Art. 426 ff. ZGB) in einer Einrichtung wurde der Rechtsschutz ausgebaut und verschiedene Lücken geschlossen.
- Das Vormundschaftswesen war bis zum Inkrafttreten des neuen Rechts uneinheitlich und unübersichtlich organisiert. Während in den welschen Kantonen als vormundschaftliche Behörden in der Regel Gerichte eingesetzt wurden, amteten in der deutschen und italienischen Schweiz als Vormundschaftsbehörde in der Regel Laien, die politisch gewählt waren und keine einschlägigen fachlichen Vorgaben erfüllen mussten. Mit dem Inkrafttreten des neuen Rechts wurden alle Entscheide im Kindes- und Erwachsenenschutz bei einer Fachbehörde konzentriert (Art. 440 ZGB). Für die Organisation der Behörde sind dabei aber nach wie vor die Kantone zuständig. Im Gegensatz zum Vorentwurf, der ein interdisziplinäres Fachgericht vorschreiben wollte, kann nach geltendem Recht als *Fachbehörde* eine Verwaltungsbehörde oder ein Gericht eingesetzt werden. Die Organisationsfreiheit der Kantone wurde damit so weit wie möglich gewahrt.
- Auf das *spezielle Verfahrensgesetz*, wie es vom Bundesrat in die Vernehmlassung geschickt worden war, wurde schliesslich verzichtet. Dagegen wurden die darin enthaltenen wesentlichen Verfahrensgrundsätze für den Kindes- und Erwachsenenschutz im Sinn eines bundesrechtlich vereinheitlichten gesamtschweizerischen Standards im Zivilgesetzbuch verankert (Art. 443 ff. ZGB). Im Übrigen wurde vorgesehen, dass von Bundesrechts wegen – beispielsweise für den Fristenlauf, die Ausstandsgründe und die Beweisverfahren – die Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO)⁵ zur Anwendung kommen soll. Den Kantonen bleibt es allerdings freigestellt, etwas anderes zu bestimmen (Art. 450f ZGB).

1.3 Zuständigkeiten und Aufgaben im Kindes- und Erwachsenenschutzrecht

1.3.1 Bund

Das Kindes- und Erwachsenenschutzrecht wird traditionellerweise als Teil des Zivilrechts verstanden.⁶ Gestützt auf Artikel 122 Absatz 1 der Schweizerischen Bundesverfassung (BV)⁷ hat der Bund die umfassende Gesetzgebungskompetenz sowohl im Zivilrecht als auch im Zivilprozessrecht. Von dieser Kompetenz hat der Bund in umfassender Weise Gebrauch gemacht (Art. 5 Abs. 1 ZGB), sodass die Kantone in diesem Gebiet nur noch bei Vorliegen einer bundesrechtlichen Ermächtigung zur Gesetzgebung befugt sind. Dagegen sieht die Bundesverfassung in Artikel 122 Absatz 2 vor, dass die Kantone für die Organisation der Gerichte und die Rechtsprechung in Zivilsachen zuständig sind, soweit das Gesetz nichts anderes vorsieht.

Die Rolle des Bundes beschränkt sich damit auch unter neuem Recht im Wesentlichen auf den Erlass der massgeblichen materiellen Normen, vereinzelt auch auf wichtige Verfahrensbestimmungen. Wie im Bundeszivilrecht üblich ist der Bund dagegen nicht für den eigentlichen *Vollzug* dieser Normen zuständig. Das Bundeszivilrecht wird vielmehr von den Kantonen vollzogen (Art. 46 Abs. 1 BV). Schliesslich besteht *keinerlei Aufsichtsfunktion des Bundes* über den Vollzug des Kindes- und Erwachsenenschutzrechts, wie dies in anderen

⁵ Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008, SR 272.

⁶ Vgl. dazu im Einzelnen auch nachfolgenden Ziff. 4.2.4.

⁷ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, SR 101.

Rechtsgebieten teilweise der Fall ist.⁸ Der Bund hat lediglich die Kompetenz, Bestimmungen über die Aufsicht der Kantone zu erlassen (Art. 441 Abs. 2 ZGB), wobei er von dieser Möglichkeit bislang keinen Gebrauch gemacht hat.

1.3.2 Kantone

Der Vollzug der bundesrechtlichen Normen obliegt den Kantonen. Diese sind damit verantwortlich für die Einrichtung der Behörden, insbesondere der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden sowie der Beschwerdeinstanzen (mit Ausnahme des Bundesgerichts). Auch die Regelung der Finanzierung der angeordneten Massnahmen erfolgt durch die Kantone. Diese können festlegen, wer innerhalb des Kantons welche Kosten zu tragen hat und diese beispielsweise bestimmten Gebietskörperschaften zuweisen. Den Kantonen obliegt es schliesslich auch, die Frage der Gebühren und Entschädigungen zu regeln.

Ein zentrales Organ beim Vollzug des Kindes- und Erwachsenenschutzrechts ist die interkantonale Konferenz für Kindes- und Erwachsenenschutz (KOKES).⁹ Sie hat von Anfang an eine führende Rolle beim Vollzug des neuen Rechts übernommen. Sie hat mit Schulungen und Weiterbildungen die Einführung des neuen Rechts erleichtert und erlässt Musterformulare, Wegleitungen und Empfehlungen zum neuen Recht zuhanden der Praxis. Zudem ist sie Herausgeberin einer Fachzeitschrift zum Kindes- und Erwachsenenschutzrecht¹⁰ sowie von Praxisanleitungen zum Kindes- und Erwachsenenschutz. Die KOKES ist schliesslich auch verantwortlich für die Erstellung der gesamtschweizerischen Statistik zum Kindes- und Erwachsenenschutzrecht.¹¹

1.4 Kritik am neuen Recht

Bereits kurze Zeit nach dem Inkrafttreten der Revision am 1. Januar 2013 gab es erste Kritik am neuen Recht. In der Folge wurde diese immer lauter und richtete sich vor allem gegen die Institution der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (KESB). Verschiedene Medien haben mit ihrer Berichterstattung über Einzelfälle zu einem negativen Bild in der Öffentlichkeit beigetragen. Das revidierte Kindes- und Erwachsenenschutzrecht hat nach wie vor eine verhältnismässig grosse Aufmerksamkeit in den Medien und in der öffentlichen Diskussion. Auffällig ist allerdings, dass sich die öffentliche Diskussion und die Kritik weitgehend auf die Deutschschweiz beschränken. In der französischen Schweiz und im Tessin ist dagegen viel weniger Kritik am neuen Recht und an den Behörden zu vernehmen.

Die von verschiedener Seite am neuen Recht und an der KESB geäusserte Kritik lässt sich auf die nachfolgenden Punkte zusammenfassen:

- Die KESB sei generell überfordert und ihrer Aufgabe nicht gewachsen. Sie würde sehr bürokratisch arbeiten und interveniere zu häufig und in vielen Fällen auf unangemessene (übertriebene) Art und Weise.
- Die Kommunikation durch die KESB sei in vielen Fällen mangelhaft und oftmals zu wenig einfühlsam.

⁸ So namentlich bei den Registerangelegenheiten des Zivilgesetzbuches, vgl. Art. 45 Abs. 3 ZGB für die Zivilstandsämter und Art. 956 Abs. 2 ZGB für die Grundbuchämter; auch in weiteren Bereichen des Zivil- und Verfahrensrechts, so in Art. 269c Abs. 1 ZGB für die Adoptionsvermittlung und für das Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, Art. 15 Abs. 1 des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889 (SchKG), SR 281.1.

⁹ Vgl. dazu die Informationen unter www.kokes.ch.

¹⁰ Zeitschrift für Kindes- und Erwachsenenschutz ZKE.

¹¹ Dazu nachfolgend Ziff. 3.3.1.

- Das neue Recht habe zu einer erheblichen Zunahme der Massnahmen und der Kosten geführt. Die KESB würde zu viele und zu teure Massnahmen anordnen mit erheblichen Auswirkungen für die Steuerzahler. Es habe sich so eine eigentliche «Sozialindustrie» bilden können, die in beträchtlichem Umfang Steuergelder abschöpfe.
- Die Gemeinden, die in verschiedenen Kantonen die Kosten der von der KESB angeordneten Massnahmen übernehmen müssen, wenn die betroffene Person dazu nicht in der Lage ist, würden bei den Entscheidungen über die zu treffenden Massnahmen nicht oder zu wenig einbezogen.
- Die KESB würde bei der Anordnung von Massnahmen oftmals nahestehende Personen nicht genügend in den Entscheidungsprozess einbeziehen. So würden bei Kindesplatzierungen beispielsweise Grosseltern, andere Verwandte und nahestehende Personen nicht vorgängig angehört, bei der Anordnung von Beistandschaften würden automatisch Berufsbeistände eingesetzt. Dies, ohne dass geprüft werde, ob nicht Angehörige vorhanden wären, die mit der betreffenden Aufgabe betraut werden könnten.
- Das neue Recht würde in den Kantonen sehr unterschiedlich angewandt, was zu Ungleichbehandlungen und Ungerechtigkeiten führe.

1.5 Reaktionen auf diese Kritik

1.5.1 Parlamentarische Vorstösse

Wohl auch als Reaktion auf die breite Kritik am neuen Recht und an der KESB ist auf Bundesebene seit dem Inkrafttreten des neuen Rechts eine grössere Anzahl parlamentarischer Vorstösse zum neuen Kindes- und Erwachsenenschutzrecht eingereicht worden. Vier Postulate sind bislang überwiesen worden,¹² 14 weitere Vorstösse sind zurzeit noch hängig; diverse weitere konnten bereits erledigt werden.¹³

1.5.2 Volksinitiativen

Eine Gruppe von Kritikerinnen und Kritikern des revidierten Rechts bzw. der KESB haben im Juni 2016 angekündigt, auf Bundesebene eine Volksinitiative einzureichen, um das neue Kindes- und Erwachsenenschutzrecht zu verbessern.¹⁴ Die Volksinitiative befindet sich zurzeit im Stadium der Vorprüfung bei der Bundeskanzlei.

Im Kanton Schwyz wurde die ausformulierte Gesetzesinitiative «Keine Bevormundung der Bürger und Gemeinden» mit der notwendigen Zahl Unterschriften eingereicht. Sie verlangt eine Änderung des kantonalen Einführungsgesetzes zum schweizerischen Zivilgesetzbuch und will zur Hauptsache erreichen, dass die Zuständigkeit für den Kindes- und Erwachsenenschutz vom Kanton auf die Gemeinden übertragen wird. Diese sollen fortan auch für die Aufsicht über die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (KESB) zuständig sein. Über die Initiative wird am 21. Mai 2017 abgestimmt.¹⁵

¹² Vgl. dazu im Einzelnen nachfolgend Ziff. 9.2.

¹³ Die Vorstösse sind im Anhang 2 tabellarisch zusammengestellt.

¹⁴ Vgl. dazu die Website www.ch-volk.com/initiative/.

¹⁵ Zur Abstimmung sowie zum Initiativtext siehe www.sz.ch > Staatskanzlei, Departemente > Abstimmungen, Wahlen > Initiativen.

1.5.3 Überprüfung und Anpassung der kantonalen Einführungsgesetze

Verschiedene Kantone haben seit dem Inkrafttreten des neuen Rechts aufgrund der ersten Erfahrungen bereits Anpassungen an ihrer Umsetzungsgesetzgebung vorgenommen oder sind daran, dies zu tun.¹⁶ Teilweise wurden auch die personellen Ressourcen der KESB erhöht, damit diese ihre Aufgabe besser wahrnehmen können. Mehrere Kantone haben zudem erste Evaluationen zur Umsetzung des neuen Rechts durchgeführt oder sind daran, eine solche durchzuführen.¹⁷

1.5.4 Anlaufstelle KESCHA

Ende Januar 2017 hat ausserdem die Anlaufstelle Kindes- und Erwachsenenschutz (KESCHA) ihre Tätigkeit aufgenommen.¹⁸ Die KESCHA wurde von der Guido Fluri-Stiftung initiiert und gemeinsam mit Integras Fachverband Sozial- und Sonderpädagogik, Stiftung Kinderschutz Schweiz, Kinderanwaltschaft Schweiz, PACH Pflege- und Adoptivkinder Schweiz und der KOKES aufgebaut. Die Anlaufstelle will Information und Beratung für Personen anbieten, die von einer Massnahme des Kindes- und Erwachsenenschutzes betroffen sind.

2 Zum vorliegenden Bericht

2.1 Auftrag

Nachdem der Bundesrat sich in der Stellungnahme vom 14. Mai 2014 zur Interpellation 14.3030¹⁹ noch kritisch zur Durchführung einer ersten Überprüfung des Kindes- und Erwachsenenschutzrechts geäussert hatte, beantragte er am 19. November 2014 die Postulate 14.3776²⁰ und 14.3891²¹ zur Annahme. Die öffentliche Aufmerksamkeit und die breite Kritik, die das neue Kindes- und Erwachsenenschutzrecht seit dem Inkrafttreten erhalten hat, machten es aus der Sicht des Bundesrates erforderlich, relativ rasch die Frage zu beantworten, worauf dies zurückzuführen ist und ob Handlungsbedarf besteht. In der Folge wurden beide Vorstösse vom Parlament an den Bundesrat überwiesen. Am 14. Dezember 2015 sowie am 27. September 2016 wurden vom Parlament zudem die beiden Postulate 15.3614²² und 14.4113²³ überwiesen, die weitere Prüfaufträge enthielten.

Zu den einzelnen Prüfaufträgen vgl. Ziff. 9.3.

2.2 Zum Zeitpunkt der vorliegenden Abklärungen

Das neue Kindes- und Erwachsenenschutzrecht ist am 1. Januar 2013 in Kraft getreten. So kurz nach dem Inkrafttreten einer Revision ist es weder möglich noch sinnvoll, eine eigentliche Gesetzesevaluation durchzuführen.²⁴ Darauf hat der Bundesrat in der Vergangenheit

¹⁶ Eine Übersicht über die kantonalen Ausführungsbestimmungen findet sich auf der Website der KOKES, vgl. www.kokes.ch/de/dokumentation/revision-vormundschaftsrecht/umsetzung-den-kantonen.

¹⁷ Vgl. dazu nachfolgend Ziff. 8.

¹⁸ Vgl. dazu www.kescha.ch.

¹⁹ Interpellation VITALI vom 4. März 2014 («Kindes- und Erwachsenenschutzrecht. Notwendiges von Wünschenswertem trennen»).

²⁰ Postulat SCHNEEBERGER vom 29. September 2014 («Professionalisierung des Sozialstaates um jeden Preis?»).

²¹ Postulat Sozialdemokratische Fraktion vom 25. September 2014 («Erste Erkenntnisse aus dem Wechsel von Laienbehörden zur KESB»).

²² Postulat SCHENKER vom 18. Juni 2015 («Kindes- und Erwachsenenschutzrecht. Beschwerdefristen»).

²³ Postulat VITALI vom 10. Dezember 2014 («Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden. Umsetzung verbessern»).

²⁴ Gemäss Art. 170 BV sorgt die Bundesversammlung dafür, dass die Massnahmen des Bundes auf ihre Wirksamkeit überprüft werden. In diesem Rahmen werden regelmässig sog. Gesetzesevaluationen durchgeführt.

verschiedentlich hingewiesen. Als allgemeiner Grundsatz ist davon auszugehen, dass eine aussagekräftige Evaluation einer Gesetzesrevision erst 3–5 Jahre nach deren Inkrafttreten durchgeführt werden kann. Grund dafür ist, dass sich erfahrungsgemäss erst nach dieser Zeit eine Praxis durchsetzt, die eine gewisse Stabilität aufweist und die überhaupt bewertet werden kann. Eine zu rasche Evaluation hätte dagegen zur Folge, dass ein Übergangszustand bewertet würde. Wenn nun aus einer solchen Evaluation Schlüsse für Revisionsarbeiten gezogen würden, besteht die Gefahr, dass der Gesetzgeber von falschen Grundlagen ausgeht und daraus die falschen Schlüsse für eine nachfolgende Revision zieht.

Für das Kindes- und Erwachsenenschutzrecht bestehen überdies weitere Besonderheiten, die auch zum gegenwärtigen Zeitpunkt gegen eine umfassende Evaluation der neuen Bestimmungen sprechen:

- Eine *Gesetzesrevision dieser Dimension* führt notwendigerweise zu einer vorübergehenden Rechtsunsicherheit. Das ist der Preis für den Fortschritt, der mit der Revision mittel- und längerfristig angestrebt wird. Durch die Aufhebung der bestehenden Normen ging eine jahrzehntelange Gerichts- und Behördenpraxis verloren, die nun zuerst wieder aufgebaut werden muss. Dies geschieht nicht in ein paar wenigen Monaten. Folge davon sind eine anfänglich uneinheitliche Praxis und Auseinandersetzungen in der Lehre über bestimmte Positionen, und es liegt in der Natur der Sache, dass gleiche Fälle unter Umständen von unterschiedlichen Spruchkörpern unterschiedlich entschieden werden. Erst mittel- und längerfristig wird hier die Praxis der Aufsichtsbehörden sowie die Rechtsprechung der kantonalen Obergerichte und des Bundesgerichts für die gewünschte Vereinheitlichung und Rechtssicherheit sorgen können. Es ist allerdings nachvollziehbar, dass aus der Sicht der betroffenen Personen eine solche Unsicherheit nicht immer verstanden wird.
- Im vorliegenden Fall kommt hinzu, dass mit dem Inkrafttreten des neuen Rechts eine *umfassende Reorganisation der Behörden* stattgefunden hat. In den meisten Kantonen wurden völlig neue Behörden geschaffen; auch das Berufsbild des KESB-Mitarbeiters gab es noch nicht, so dass eine grosse Zahl von Personen mit dem Vollzug des Kindes- und Erwachsenenschutzrechts betraut wurde, die in dieser Materie bislang keine Erfahrungen sammeln konnten. Auch aus diesem Grund ist den Behörden Zeit zu geben, sich eine gewisse Erfahrung anzueignen und ihre Praxis zu evaluieren und bei Bedarf zu verbessern. Eine Evaluation darf nicht eine Praxis untersuchen, die so nicht mehr vorhanden ist, weil die Behörde sie bereits angepasst hat.
- In vielen Kantonen erschweren die *knappen personellen Ressourcen* der neuen Behörden die tägliche Arbeit. Verschiedene Kantone mussten deshalb die personellen Ressourcen für die KESB zumindest vorübergehend erhöhen.
- Das neue Recht sieht im Rahmen einer *Übergangsbestimmung* ausserdem vor, dass sämtliche altrechtlichen Massnahmen des Erwachsenenschutzes innerhalb von drei Jahren überprüft und bei Bedarf ins neue System überführt werden müssen (Art. 14 Abs. 3 SchlT ZGB). Durch diese Vorgabe standen die neuen Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden unter einem zusätzlichen zeitlichen Druck.
- Aussergewöhnlich ist ausserdem, dass die neuen Behörden von einem Tag auf den anderen nicht nur alle Massnahmen der Vorgängerbehörde übernehmen mussten, sondern vom ersten Tag an mit vielen neuen Fällen befasst waren, die teilweise sehr kurzfristig zu entscheiden waren, bei denen aber häufig sehr viel auf dem Spiel stand. Die menschlichen Schicksale hinter den einzelnen Fällen lassen eigentlich keine Fehlentscheide zu, was den Druck auf die Behördenmitglieder zusätzlich erhöht. Eine Schonfrist konnte den KESB naturgemäss nicht gewährt werden.

- Der Gesetzgeber hat kurz nach dem Inkrafttreten des neuen Kindes- und Erwachsenenschutzrechts das ZGB erneut revidiert, so mit der Revision des Sorgerechts (in Kraft seit 1. Juli 2014) und des Kindesunterhalts (in Kraft ab 1. Januar 2017). Beide Revisionen haben Auswirkungen auf die Tätigkeit der KESB. Mit der Revision des Sorgerechts wurden der KESB ausserdem *weitere zusätzliche Aufgaben* zugewiesen;²⁵ eine Erhöhung der personellen Ressourcen zur Wahrnehmung dieser Aufgaben fand jedoch in der Regel nicht statt.

Diese Kumulation von Umständen – neues Recht, neue Behörden, neue Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter, knappe Ressourcen und die Natur der zu entscheidenden Fälle – macht die Schwierigkeiten deutlich, welche die neuen Behörden zu bewältigen hatten. Es konnte nicht erwartet werden, dass vom ersten Tag an alles perfekt ablaufen würde. Fachleute und die KOKES sind von einer Einführungszeit von fünf bis zehn Jahren ausgegangen.

In einem solchen Kontext wäre eine umfassende Evaluation des neuen Rechts und der Arbeit der KESB verfrüht. Es wäre wenig zielführend, die Praxis der KESB aus den ersten Jahren ihrer Tätigkeit zu evaluieren und daraus Schlüsse auf das Funktionieren des Systems zu ziehen. Viele Probleme werden mittelfristig gelöst werden können, weil sich ein *courant normal* eingespielt hat oder einspielen wird. Es hat sich gezeigt, dass die Kantone seit dem Inkrafttreten verschiedene Massnahmen getroffen haben, um Abläufe zu optimieren. Die Behörden gewinnen zudem laufend an Erfahrung. Sie haben seit dem Inkrafttreten des neuen Rechts ihre Abläufe optimiert und ihre Praxis in verschiedener Hinsicht laufend angepasst. Eine umfassende Evaluation, die zeitlich zu früh ansetzt, würde nun aber genau diese Möglichkeit der Behörden, aus ihrer Erfahrung zu lernen und ihre Tätigkeit zu optimieren, ignorieren. Mit einer umfassenden Evaluation des neuen Rechts ist deshalb zuzuwarten, bis das System eine gewisse Stabilität aufweist, damit den Ergebnissen überhaupt Aussagekraft zukommen kann.

2.3 Gegenstand des vorliegenden Berichts

Der vorliegende Bericht soll bestimmte Einzelfragen in Zusammenhang mit dem neuen Recht abklären und erste Erfahrungen mit dem neuen Recht zusammenstellen. Dies erscheint angesichts der Aufmerksamkeit und auch der Kritik, welche dem neuen Recht in der Öffentlichkeit zugekommen ist, gerechtfertigt. Allerdings muss sich der vorliegende Bericht auf Themen beschränken, die zum gegenwärtigen Zeitpunkt überhaupt beurteilt werden können. Dazu gehören vor allem die in den vom Parlament überwiesenen Postulaten gestellten Fragen.²⁶ Der Bundesrat hat zudem in Aussicht gestellt, dass zusätzlich weitere wichtige Fragen des neuen Rechts angeschaut werden sollen, soweit dies zum gegenwärtigen Zeitpunkt sinnvoll erscheint.²⁷ Auf diese Weise werden auch Anliegen einbezogen, die in noch nicht überwiesenen parlamentarischen Vorstössen sowie der angekündigten eidgenössischen Volksinitiative enthalten sind.

Nicht im Zentrum des vorliegenden Berichts steht dagegen die Anwendung des neuen Rechts durch die KESB. Hier gelten die vorgebrachten Vorbehalte ohne Einschränkung: Für eine umfassende Evaluation im technischen Sinn ist es zurzeit noch zu früh. Die an den Bundesrat überwiesenen Vorstösse enthalten auch keinen derartigen Abklärungsauftrag. Sofern sich hier in Zukunft ein Überprüfungsbedarf ergeben sollte, müssen die betreffenden Fragen zu einem späteren Zeitpunkt abgeklärt werden.

²⁵ Vgl. zum Beispiel auch den neuen Art. 298a Abs. 3 ZGB, der die KESB verpflichtet, die nicht miteinander verheirateten Eltern vor der Abgabe der Erklärung gemäss Art. 298a Abs. 2 ZGB zu beraten.

²⁶ Dazu Ziff. 9.3.

²⁷ Medienmitteilung des Bundesrates vom 4. Mai 2016.

Nicht Gegenstand des vorliegenden Berichts bildet ausserdem der ganze *Bereich der fürsorgerischen Unterbringung*. Die sich in diesem Bereich stellenden Fragen bilden einen separaten Themenkomplex. Die revidierten Bestimmungen zur fürsorgerischen Unterbringung waren auch kaum Gegenstand der öffentlichen Diskussion und der parlamentarischen Vorstösse. Es zeichnet sich allerdings ab, dass auch die Regelung der fürsorgerischen Unterbringung in Zusammenhang mit dem Übereinkommen vom 13. Dezember 2006 über die Rechte von Menschen mit Behinderungen (Behindertenrechtskonvention, BRK)²⁸ in absehbarer Zeit wieder in Frage gestellt werden könnte (dazu nachfolgend Ziff. 8). Die entsprechende Diskussion kann dann zu diesem Zeitpunkt gesamthaft geführt werden.

2.4 Weitere Zielsetzungen des vorliegenden Berichts

Die Diskussion um das neue Kindes- und Erwachsenenschutzrecht und die KESB hat zeitweise einen hohen Grad an Emotionalität erreicht. Mit dem vorliegenden Bericht soll die Diskussion versachlicht werden und es soll vor allem festgestellt werden, bei welchen Punkten allenfalls *gesetzgeberischer Handlungsbedarf* besteht und wo weitere Abklärungen zu treffen sind. Aus diesem Grund wird vorliegend vollständig darauf verzichtet, zu Einzelfällen Stellung zu nehmen oder daraus Schlüsse im Hinblick auf den gesetzgeberischen Handlungsbedarf zu ziehen. Dem vorliegenden Bericht soll vielmehr eine *systemische Optik* zugrunde gelegt werden. Dies entspricht auch der funktionalen Aufgabe des Bundes im Gefüge des Kindes- und Erwachsenenschutzrechts: Der Bund ist primär verantwortlich für die gesetzlichen Vorgaben, der Vollzug obliegt den Kantonen. Deshalb soll auch in Bezug auf die zu treffenden Massnahmen grundsätzlich die Optik des Bundesgesetzgebers im Zentrum stehen.

Soweit den Kantonen im Rahmen des Vollzugs ein Entscheidungsspielraum belassen wurde, ist es im Weiteren normal, dass sich die von den Kantonen gewählten Umsetzungsmodalitäten wesentlich unterscheiden. Das ist weder eine Besonderheit des Kindes- und Erwachsenenschutzrechts, noch kann dies per se als Mangel angesehen werden. Die Kantone sollen die für sie jeweils beste Lösung verfolgen können. Falls sich im Laufe der Zeit Optimierungspotenzial zeigt, ist es grundsätzlich an den Kantonen, die erforderlichen Massnahmen zu treffen. Die Verschiedenheit der kantonalen Lösungen alleine vermag nicht eine Vereinheitlichung durch den Bund zu rechtfertigen. Dafür bedürfte es vielmehr einer ausgewiesenen Beeinträchtigung der Rechte der einzelnen Betroffenen, die aber im vorliegenden Fall nicht vorliegt. Der Föderalismus lebt letztlich von der Diversität und den guten und schlechten Erfahrungen, die in den einzelnen Kantonen gemacht werden. Von den 26 kantonalen Modellen, mit denen die bundesrechtliche Regelung des Kindes- und Erwachsenenschutzrechts in den Kantonen umgesetzt wurde, gibt es sicherlich bessere und schlechtere, wobei es bereits bei dieser Qualifikation unterschiedliche Ansichten geben wird. Es steht den Kantonen jederzeit frei, ein System, das als verbesserungsfähig angesehen wird, nachzubessern, und dabei allenfalls dem Vorbild anderer Kantone zu folgen. Eine gesetzgeberische Intervention des Bundes ist dagegen erst dann angebracht, wenn sich zeigt, dass die bundesrechtlichen Vorgaben verantwortlich für einen Missstand sind und verbessert werden können.

2.5 Zum Vorgehen im Einzelnen

Kurze Zeit nach der Überweisung der beiden Postulate 14.3776 und 14.3891 hat das Bundesamt für Justiz eine Begleitgruppe eingesetzt; diese setzte sich zusammen aus folgenden Personen:

²⁸ Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen vom 13. Dezember 2006, SR 0.109.

- Dr. David Rüetschi, Bundesamt für Justiz (Vorsitz);
- Dr. Nina Grolimund, Bundesamt für Justiz;
- Manuela Krasniqi, Bundesamt für Sozialversicherungen (BSV);
- Prof. Diana Wider, Generalsekretärin der KOKES;
- Martine Lachat, SODK;
- Jacqueline Frossard, eh. Präsidentin KESB Birstal (BL);
- Prof. Dr. Christiana Fountoulakis, Universität Freiburg;
- Andrea Mauro Ferroni, eh. Chef kantonales Sozialamt Graubünden.

Der Begleitgruppe kam namentlich die Aufgabe zu, die beiden externen Studien vorzubereiten und punktuell zu begleiten, die zur Vorbereitung des vorliegenden Berichts durch das Bundesamt für Justiz in Auftrag gegeben worden sind:

- Das Büro Interface (Luzern) hat einen Bericht zur organisatorischen Umsetzung des neuen Rechts in den Kantonen erstellt (nachfolgend: Studie Interface).²⁹
- Die Hochschule Luzern Soziale Arbeit (HSLU) hat eine Studie über die Praxis der KESB in drei wichtigen materiellen Punkten (fehlende Vaterschaft, fehlende Unterhaltsvereinbarung bei Nichtverheirateten, Einbezug nahestehender Personen bei Drittplatzierungen) erarbeitet (nachfolgend: Studie HSLU).³⁰

Im Weiteren wurden im Rahmen der Vorbereitung dieses Berichts diverse Fachleute aus der Praxis sowie der ständige Arbeitsausschuss der KOKES konsultiert. Dem vorliegenden Bericht zugrunde liegen ausserdem verschiedene wissenschaftliche Publikationen zum neuen Kindes- und Erwachsenenschutzrecht sowie die bereits vorliegenden Evaluationen aus den Kantonen.

3 Auswirkungen der Revision auf Fallzahlen und Kosten

3.1 Die Kosten in der öffentlichen Kritik

Bereits vor dem Inkrafttreten des neuen Kindes- und Erwachsenenschutzrechts und im Rahmen der Umsetzungsarbeiten zur Errichtung professioneller, interdisziplinärer Behörden mussten die Kantone abschätzen, welche Kostenfolgen mit der Umstellung auf das neue System zu erwarten waren. Angesichts der neuen Aufgaben und Zuständigkeiten der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden waren sie mit der heiklen Aufgabe befasst, ihre Budgets im Hinblick auf die Umstellung zum neuen System festzulegen. Eine Einschätzung der erforderlichen personellen Ressourcen war ausserordentlich schwierig. Dies hatte schon der Bundesrat in der Botschaft festgestellt.³¹ Experten haben zu dieser Frage Empfehlungen gemacht.³²

Rund eineinhalb Jahre nach dem Inkrafttreten der neuen Regelung wurde erste Kritik laut, die Kosten seien im Vergleich zu den Vorjahren exponentiell gestiegen, die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden würden von Gefährdungsmeldungen überflutet und die Behörden ordneten unnötig und insbesondere ohne die Kostenfolgen zu bedenken, Massnahmen

²⁹ Der Bericht ist abrufbar unter: www.bj.admin.ch > Publikationen & Service > Berichte > Neues Kindes- und Erwachsenenschutzrecht.

³⁰ Der Bericht ist abrufbar unter: www.bj.admin.ch > Publikationen & Service > Berichte > Neues Kindes- und Erwachsenenschutzrecht.

³¹ Botschaft Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, S. 7120 f.

³² KOKES, Praxisanleitung Erwachsenenschutz, Rz. 1.68.

an. Die Medien berichteten von Budgetüberschreitungen und Kostenexplosionen, oftmals aber auch ohne die Kosten verursachenden Bereiche der freiwilligen Massnahmen (Sozialhilfe), der behördlich angeordneten Massnahmen, der Massnahmen des Jugendstrafvollzugs oder der Personal- und Infrastruktur der Behörden zu differenzieren. In diesem Zusammenhang wurden auch die Tarife der «Sozialfirmen» als überteuert und unverhältnismässig kritisiert.

Teilweise führten die ersten Schlagzeilen über festgestellte «Millionenlöcher» auch dazu, dass genauere Analysen vorgenommen wurden. So stellte etwa der Kanton Bern fest, dass die hohen Beträge darauf zurückzuführen waren, dass keine Unterscheidung zwischen den freiwilligen Fremdplatzierungen (Sozialdienste der Gemeinden) und den behördlich angeordneten erfolgt war und dass der Grund für den massiven Kostenanstieg in den steigenden Fallzahlen im Bereich der freiwilligen Massnahmen zu suchen war. Weil ausserdem das kantonale Alters- und Behindertenamt Heimplatzierungen, die von der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde angeordnet wurden, nicht subventionierte, sondern nur die Heimplätze im Bereich der Sozialhilfe, fielen entsprechende Kosten zusätzlich bei der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde an.³³ Die Kritik der hohen Kostenfolgen blieb jedoch weiterhin einer der Hauptkritikpunkte des neuen Rechts, ohne dass die betreffenden Behauptungen aber jemals mit Zahlen unterlegt worden sind.

3.2 Vorüberlegungen

Die Revision des Kindes- und Erwachsenenschutzrechts brachte in verschiedener Hinsicht grosse Umstellungen mit sich, die zwangsweise auch Auswirkungen auf die Kosten hatten. Dabei ist allerdings zu differenzieren:

(1) Seit dem Inkrafttreten des neuen Rechts wird regelmässig die Behauptung erhoben, die *Fallzahlen* seien angestiegen. Dies in der Regel verbunden mit dem Vorwurf, die neuen Behörden würden mehr Massnahmen anordnen als früher, sie würden vor allem auch mehr unnötige oder unnötig teure Massnahmen anordnen (vgl. nachfolgend Ziff. 3.3).

(2) Ein zweiter Aspekt sind die eigentlichen *Kosten der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden* (Behördenkosten) selber. Signifikante Auswirkungen auf die Kosten hatte sicherlich der neue Artikel 440 ZGB, namentlich die Vorgabe, dass die neuen Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden Fachbehörden sein müssen. In vielen Kantonen mussten die Behörden professionalisiert werden. Namentlich dort, wo bislang der Gemeinderat als Vormundschaftsbehörde amtierte, waren Reorganisationen unabdingbar. Es kam vielerorts zu einer Regionalisierung der Behörden, und aus den in der Regel nebenamtlich tätigen Behördenmitgliedern wurden vollberuflich tätige KESB-Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter. Während die betreffenden Kosten unter altem Recht häufig nicht klar aussonderbar waren, weil die Gemeinderäte für ihre Entschädigung noch diverse andere Tätigkeiten ausführten (und dies häufig nicht zu einem marktgerechten Lohn), wurden die entsprechenden Kosten durch die spezialisierten KESB und damit durch die Revision überhaupt erst transparent (vgl. nachfolgend Ziff. 3.4).

(3) Schliesslich steht auch der Vorwurf im Raum, die *Kosten für die einzelnen Massnahmen* seien explodiert (vgl. nachfolgend Ziff. 3.5).

³³ Berner Zeitung vom 2. Juni 2015.

3.3 Anzahl Massnahmen

3.3.1 Die Statistik der KOKES

Der Bund erhebt keine Statistik zu den Massnahmen des Kindes- und Erwachsenenschutzrechts. Diese Aufgabe hat die KOKES übernommen, die von 1996 bis 2012 jährlich eine gesamtschweizerische Statistik publiziert hat.³⁴

Mit dem Inkrafttreten des neuen Rechts hat die KOKES per 1. Januar 2013 die Erhebung der Statistikdaten den neuen Anforderungen angepasst (neues Massnahmensystem im Erwachsenenschutz, neue Aufgaben etc.). Die Daten werden neu elektronisch direkt ab dem Fallführungssystem bei den Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden erhoben.³⁵ Dabei werden neu nicht nur die Anzahl Personen mit Massnahmen erhoben, sondern neben den spezifischen, angeordneten Massnahmen auch weitere wichtige Parameter wie etwa Indikation, Gefährdungsmeldungen sowie nicht massnahmegebundene Aufgaben der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden (Patientenverfügung, Vorsorgeauftrag, Beurteilung von Beschwerden, etc.).³⁶

Angesichts der anforderungsreichen Umsetzung hat die KOKES mit einer Einführungszeit von zwei bis drei Jahren gerechnet, um zu verlässlichen Zahlen zu gelangen. Für die Jahre 2013 und 2014 sind entsprechend keine gesamtschweizerischen Zahlen vorhanden, weil die Zahlen aufgrund der Umstellung noch unvollständig und gesamtschweizerisch nicht vergleichbar waren.³⁷

Im September 2016 konnte die KOKES die Zahlen für das Jahr 2015 veröffentlichen. Diese zeigen auf, dass die Massnahmen sowohl im Bereich des Erwachsenenschutzes, als auch insbesondere im Bereich des Kindesschutzes, im Vergleich zur Lage vor dem Inkrafttreten des neuen Rechts *zurückgegangen* sind. Bei den Kindesschutzmassnahmen ist die Abnahme nicht nur relativ in Bezug auf die Wohnbevölkerung (Anzahl Fälle pro 1000 Kinder), sondern auch in absoluten Zahlen zu verzeichnen (seit 2013 ist bei Kindern mit Schutzmassnahmen eine Abnahme von durchschnittlich 1,3 % pro Jahr zu verzeichnen, während in den Jahren 1996–2012 eine Zunahme von durchschnittlich 4 % pro Jahr ausgewiesen wurde). Die Zunahme bei den Erwachsenenschutzmassnahmen liegt proportional unter dem Bevölkerungswachstum und unter derjenigen der langjährigen Vergleichsperiode (seit 2013 ist bei Erwachsenen mit Schutzmassnahmen eine Zunahme von durchschnittlich 1 % pro Jahr ausgewiesen, in den Jahren 1996–2012 betrug die durchschnittliche Zunahme 3 % pro Jahr).³⁸

	Bestand per 31.12.2015	zum Vergleich: 31.12.2012
Anzahl Kinder mit Schutzmassnahmen (Anzahl Fälle pro 1000 Kinder)	40'629 (27.41)	42'381 (29.00)
Anzahl Erwachsene mit Schutzmassnahmen (Anzahl Fälle pro 1000 Erwachsene)	85'963 (12.58)	83'335 (12.67)
Total Anzahl Kinder und Erwachsene	126'592	125'716

Die KOKES wird im September 2017 die Zahlen für das Jahr 2016 veröffentlichen.

³⁴ Die Statistik ist abrufbar unter: www.kokes.ch/de/dokumentation/statistik/details-fruehere-jahre.

³⁵ KOKES-Statistik 2015, ZKE, 2016, S. 313 ff.

³⁶ KOKES-Statistik 2015, S. 315.

³⁷ KOKES-Statistik 2015, S. 313.

³⁸ KOKES-Statistik 2015, S. 322 f. resp. 324 f.

3.3.2 Breitenbefragung durch Interface

Der Bericht von Interface wurde vor der Publikation der Zahlen für das Jahr 2015 durch die KOKES abgeschlossen. Aus den dargestellten Gründen war es im Rahmen der externen Studie deshalb nicht möglich, einen Vergleich zwischen der Leistungssituation der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden vor und nach dem 1. Januar 2013 vorzunehmen.

Im Rahmen einer Breitenbefragung wurden indes bestimmte wichtige Kenngrössen zu den Massnahmen des Jahres 2014 erhoben (geführte Mandate, eingegangene Gefährdungsmeldungen, verfügte Fremdplatzierungen von Kindern, neu angeordnete fürsorgereische Unterbringungen und deren Verlängerungs- sowie Überprüfungsentscheide, Kindesanhörungen und Bestellung von Kindesvertretungen, Entscheide betreffend die elterliche Sorge).

Die erheblichen kantonalen Differenzen, welche Interface bei den Leistungen festgestellt hat, und auch die Varianz innerhalb eines Kantons weisen ausserdem darauf hin, dass diese mehrheitlich auf verschiedene Erfassungsarten und Definitionen zurückzuführen sind. Festgestellt wurde auch, dass gewisse Daten, wie etwa die Gefährdungsmeldungen, an einigen Orten gar nicht erhoben wurden.³⁹

3.3.2.1 Gefährdungsmeldungen

Im Jahr 2014 gingen schweizweit mindestens 24'527 Gefährdungsmeldungen für erwachsene Personen und 21'879 für minderjährige Personen bei den Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden ein. Die sehr unterschiedlich hohe Zahl an *Gefährdungsmeldungen* von Kanton zu Kanton (im Kanton Schaffhausen gingen fast 30 Gefährdungsmeldungen pro 1000 Kinder ein, im Kanton Genf nur rund 2 pro 1000 Kinder⁴⁰) konnte im Rahmen der Analysen von Interface weder in einen Zusammenhang mit der Grösse des Einzugsgebiets der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde, noch mit dem Personalbestand oder den unterschiedlichen Behördenmodellen gebracht werden. Auch externe Faktoren wie etwa der Urbanisierungsgrad lieferten keine Erklärung für die unterschiedlich hohe Anzahl Gefährdungsmeldungen.⁴¹ Hingegen wird festgestellt, dass nach Einschätzung der Befragten in den Fallstudien die Gefährdungsmeldungen im Bereich des Erwachsenenschutzes häufiger zu Massnahmen führen als im Bereich des Kindesschutzes.⁴²

3.3.2.2 Geführte Mandate

Zu ähnlichen Folgerungen kommt die Studie im Zusammenhang mit den bestehenden Mandaten. *Die Anzahl geführter Mandate* pro 1000 Einwohner variiert sowohl im Bereich des Kindes- wie auch des Erwachsenenschutzes von Kanton zu Kanton (im Erwachsenenschutz zwischen 10 und 20 pro 1000 Personen, im Kindesschutz zwischen 10 und 30 pro 1000 minderjährige Personen). Auffällig hoch, aber ohne eigentliche Erklärung, ist die Anzahl im Kindesschutzbereich geführter Mandate im Kanton Jura. Im Durchschnitt zeigte sich, dass rund 68 Prozent aller geführten Mandate erwachsene Personen betrifft. Die Analyse ergab jedoch keine erkennbaren Zusammenhänge zwischen der Anzahl der Mandate und der Grösse des Einzugsgebiets, dem Personalbestand der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden oder dem Behördenmodell.

In der Schweiz sind im Jahr 2014 rund 7'900 *Berufsbeistände* aktiv, während über 28'000 *private Beistände* (fast drei Viertel der Beistände) eingesetzt sind. Im Bereich des Erwachsenenschutzes werden rund 46 Prozent der Mandate durch private Beistände geführt, während

³⁹ Studie Interface, S. 17, detaillierte Ergebnisse S. 54 ff.

⁴⁰ Im Kanton St. Gallen ist die Anzahl eingegangener Gefährdungsmeldungen von Behörde zu Behörde unterschiedlich hoch: Sie reichen von einer Gefährdungsmeldung pro 1000 Einwohner bis zu 10 Gefährdungsmeldungen pro 1000 Einwohner, vgl. Bericht Evaluation SG, S. 34.

⁴¹ Studie Interface, S. 18.

⁴² Studie Interface, S. 55 f.

im Bereich des Kindesschutzes 11,5 Prozent der Mandate von Privatpersonen übernommen wurden. Dabei wird gleichzeitig festgehalten, dass professionelle Beistände natürlich auch deutlich mehr Mandate übernehmen als private. Im Bereich des Erwachsenenschutzes spielen also nach Aussage der Studie private Beistände insbesondere im Erwachsenenschutz eine wichtige Rolle.⁴³

3.3.2.3 Fremdplatzierung von Kindern

In der Breitenbefragung wurde auch erhoben, in wie vielen Fällen im Verlaufe des Jahres 2014 das *Aufenthaltsbestimmungsrecht entzogen* bzw. in wie vielen Fällen eine Fremdplatzierung eines Kindes in einer Pflegefamilie oder einem Heim angeordnet wurde. Die Studie zeigt auf, dass diese Massnahme schweizweit in insgesamt 1'518 Fällen angeordnet worden ist, wobei 30 Prozent dieser Anordnungen im Einverständnis mit den Eltern erfolgten. Fremdplatzierungen, die *gegen* den Willen der Eltern von den Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden im Jahre 2014 ausgesprochen wurden, liegen bei 0.66 Fällen pro 1'000 Kinder.⁴⁴

3.3.2.4 Qualitative Bewertung

Aussagen über die Qualität der Leistungen der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden waren in der Studie von Interface auf der Grundlage der geführten Gespräche nicht möglich. Einzig im Kanton Neuenburg, wo bereits vor der Revision von 2013 professionelle Behörden (Gerichte) als Vormundschaftsbehörden amteten, waren die Interviewpartner der Ansicht, dass sich praktisch keine Veränderungen in Bezug auf die Leistungen der Behörde (des Gerichts) ergeben hätten. In den anderen drei Fallstudien, wo per 1. Januar 2013 neue Behörden eingerichtet wurden (SZ, SG und BL), war man sich einig, dass mit der Gesetzesrevision eine Professionalisierung Einzug gehalten habe und die Massnahmen besser auf die betroffenen Personen angepasst werden. Dies sei jeweils auch mit einem höheren Aufwand verbunden.⁴⁵

3.3.3 Ergebnisse aus einzelnen Kantonen

Der *Kanton Zürich* publiziert seit 2014 jährlich verschiedene Kennzahlen seiner dreizehn Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden, wobei insbesondere die Personen, für die eine oder mehrere Massnahmen mit Mandatsträgern bestehen, aufgeführt werden.⁴⁶ Um das Bevölkerungswachstum bereinigt, sind die mandatsgebundenen Massnahmen im Kanton Zürich seit 2014 im Verhältnis zur Gesamtbevölkerung stabil geblieben. Seit Ende 2013 sind im Kanton Zürich die mandatsgebundenen Massnahmen gar um ein halbes Prozent zurückgegangen. Knapp zwei Drittel der mandatsgebundenen Massnahmen betreffen Erwachsene, rund ein Drittel Kinder.

Der *Kanton Bern* hat zwei Jahre nach Inkrafttreten des neuen Rechts eine erste Evaluation durchgeführt. Es sollte die Umsetzung der neuen Regelungen des Zivilgesetzbuches hinsichtlich der Strukturen und Prozesse einer ersten Überprüfung unterzogen werden. Der erste Bericht, der im Juni 2015 publiziert wurde, hält fest, dass die Anzahl der verfügbaren Massnahmen in der Tendenz tiefer liegt als im alten System. Gleichzeitig wird auch hier darauf hingewiesen, dass die Zahlen mit Vorsicht zu geniessen sind, weil zum einen davon ausgegangen wird, dass die Daten des Jahres 2013 noch nicht vollständig erfasst wurden und zum

⁴³ Studie Interface, S. 58.

⁴⁴ Studie Interface, S. 58.

⁴⁵ Studie Interface, S. 19 f.

⁴⁶ Kanton Zürich, Kennzahlen 2014 und 2015.

anderen die Auswertung der Daten des Jahres 2012 aufgrund der unklaren Erfassungseinheit nicht möglich sei.⁴⁷

Die Statistiken von 2012 seien zwar wegen der grossen Unterschiede bei den mandatsgebundenen Massnahmen des Erwachsenenschutzes nicht mit denjenigen von 2013 vergleichbar. Trotz dieser Unsicherheiten werden die mandatsgebundenen Massnahmen im Erwachsenenschutz im Kanton Bern mit 5'188 betroffenen Personen und diejenigen im Kinderschutz mit 3'646 betroffenen Kindern beziffert und der (höheren) Anzahl Massnahmen des Jahres 2012 gegenübergestellt. Mandatsungebundene Massnahmen des Erwachsenenschutzes (Vorsorgeaufträge, Patientenverfügungen, Beurteilung von Beschwerden, ambulante Massnahmen, Verfahren bei gerichtlicher Beschwerdeinstanz und Auskunft über Massnahmen) werden im Jahr 2013 mit 447 Personen beziffert. Im Bereich des Kinderschutzes waren insgesamt 1'715 Personen von mandatsungebundenen Massnahmen betroffen (Neuregelung der gemeinsamen elterlichen Sorge bei veränderten Verhältnissen, Adoption, Regelung des persönlichen Verkehrs, Regelung der elterlichen Sorge bei nicht miteinander verheirateten Eltern, Aufforderung der Eltern zum Mediationsversuch, Kindesvermögen, Beurteilung von Beschwerden).⁴⁸

Der *Kanton St. Gallen* hat eine breit angelegte Evaluation in Auftrag gegeben, die Aufschluss über die Behördenorganisation, die Umsetzung der bundesrechtlichen Vorgaben, die Leistungen der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden sowie deren Wirkungen geben sollte. Der Schlussbericht liegt seit Mitte Juli 2016 vor und wurde am 31. August 2016 publiziert. Dabei wurden die Anzahl der Gefährdungsmeldungen, die Anzahl aktiver Kindes- und Erwachsenenschutzdossiers, die Anzahl betroffener Personen, die Kosten sowie die Einschätzungen zur Effizienz der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden im Rahmen von Interviews und Gruppengesprächen untersucht.

Im Kanton St. Gallen haben die Kindes- und Erwachsenenschutzdossiers im Zeitraum von 2013 bis 2015 um rund fünf Prozent zugenommen. Von den Ende 2014 im ganzen Kanton aktiven Dossiers (insgesamt 9'758) betrafen 56 Prozent der Erwachsenenschutzmassnahmen und 44 Prozent Kinderschutzmassnahmen. Im Kindeschutzbereich wurde bei zwei Behörden im Jahresvergleich ein grösserer Anstieg der Dossierzahlen verzeichnet, bei den übrigen sieben Behörden waren die Veränderungen nicht so gross und bei dreien ist die Anzahl der aktiven Dossiers gesunken.⁴⁹

Die Ergebnisse der Evaluation im Kanton St. Gallen gleichen in Bezug auf die geführten Beistandschaften (Mandate) und Gefährdungsmeldungen den Ergebnissen der bundesweiten Studie von Interface. Die Anzahl eingesetzter Mandatsträger Ende 2015 schwankt stark von Behörde zu Behörde.⁵⁰ Von den 8000 im Kanton St. Gallen bestehenden Beistandschaften, handelt es sich in 30 Prozent um private Mandate. Diese 30 Prozent (2'405 Personen) betreffen fast ausschliesslich erwachsene Personen und nur in sieben Prozent Kinder. Die häufigste im Bereich des Kinderschutzes verfügte Massnahme ist die Beistandschaft.

Im Zusammenhang mit der (oftmals) kostenintensiven Massnahme der Fremdplatzierung bzw. zum Entzug des Aufenthaltsbestimmungsrechts gemäss Artikel 310 ZGB kommt die Evaluation im Kanton St. Gallen zum Ergebnis, dass im Jahr 2014 insgesamt 76 Kinder be-

⁴⁷ Bericht Evaluation BE, S. 60 f.

⁴⁸ Bericht Evaluation BE, S. 61.

⁴⁹ Bericht Evaluation SG, S. 35 f.

⁵⁰ Die Anzahl geführter Mandate durch professionelle Mandatsträgerinnen und Mandatsträger im Kanton St. Gallen pro 1000 Einwohner schwankt zwischen 7.8 und 17.6, die Anzahl geführter Mandate durch privater Mandatsträgerinnen und Mandatsträger schwankt zwischen 3.0 und 7.7 Mandaten, vgl. Bericht Evaluation SG, S. 37 f.

troffen waren. Jedoch handelte es sich in etwas mehr als 40 Prozent dieser Fälle um solche, bei denen die Entscheide im Einvernehmen mit den Eltern erfolgten.⁵¹

3.3.4 Würdigung

Die vorliegenden Zahlen machen deutlich, dass der Vorwurf, das neue Recht habe flächen-deckend zu einer massiven Zunahme der Massnahmen geführt, nicht zutrifft. Sowohl die Statistik der KOKES für das Jahr 2015 als auch die verfügbaren kantonalen Erhebungen weisen darauf hin, dass die Anzahl der Massnahmen seit der Einführung des neuen Rechts unter Berücksichtigung des Bevölkerungswachstums eher ab- als zugenommen hat. Im Kanton Bern stellt man bei den Fremdplatzierungen fest, dass eine Verlagerung von durch die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden angeordneten zu freiwilligen Platzierungen stattgefunden hat.⁵² Hervorzuheben ist auch das Ergebnis der Studie von Interface, dass dieser sehr weit gehende Eingriff in die Elternrechte, d.h. die Aufhebung des Aufenthaltsbestimmungsrechts, 2014 schweizweit äusserst selten *gegen* den Willen der Eltern angeordnet wurde.⁵³ Dies deutet darauf hin, dass die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden die Massnahme der Fremdplatzierung, wie sie der Gesetzgeber vorgesehen hat, als *ultima ratio* ansehen und das Subsidiaritäts- wie auch das Verhältnismässigkeitsprinzip beachten.

Die Zahlen machen auch deutlich, dass *erhebliche kantonale und regionale Unterschiede* bestehen. Worauf diese zurückzuführen sind, lässt sich ohne eine vertiefte Analyse nicht abschliessend feststellen. Nicht ausgeschlossen ist, dass dort, wo die Zahl der Massnahmen angestiegen ist, die Behörden unter dem alten Recht zu zurückhaltend mit der Anordnung von Massnahmen waren oder die Massnahmen nicht vollständig erfasst haben und ein Anstieg der Zahl der Massnahmen eigentlich nur die korrekte Anwendung des Rechts widerspiegelt.

In der Lehre wird vereinzelt vermutet, dass die in gewissen Regionen festgestellte hohe Anzahl verfügbarer Begleitbeistandschaften darauf zurückzuführen sein könnte, dass regional eine Unterversorgung an professionellen Sozialhilfediensten besteht. Viele Gemeinden in der deutschsprachigen Schweiz verfügen nicht über einen solchen und sind auch keinem interkommunalen Dienst angeschlossen.⁵⁴ In Regionen, die über ausgebaute, professionelle Sozialdienste verfügen, sind die Sozialarbeiter verpflichtet, allfällige Massnahmen im Rahmen der Sozialhilfe zu prüfen und anzubieten. Hier wird das Ziel der Begleitbeistandschaft bereits durch öffentliche Sozialdienste oder durch professionelle private Dienste verwirklicht. Die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde ist hier gar nicht mit dem Fall betraut. Es wäre daher an den Kantonen, zu prüfen, ob in einzelnen Gemeinden oder Bezirken eine solche Unterversorgung vorliegt und ob die bestehenden Sozialhilfedienste besser genutzt oder sogar ausgebaut werden sollten.

Eine Gesamtbetrachtung macht aber jedenfalls deutlich, dass trotz lokaler Unterschiede *kein allgemeiner Anstieg der angeordneten Massnahmen* festgestellt werden kann. Gerade in den zwei grossen Kantonen Zürich und Bern, zu denen Zahlen vorliegen, wurde die Behördenstruktur per 1. Januar 2013 vollständig neu gestaltet, ohne dass es offenbar zu einer Zunahme der Massnahmen gekommen ist. Die teilweise behauptete Kausalität zwischen professioneller Fachbehörde und einem Anstieg der Massnahmen konnte damit nicht belegt werden. Dort, wo es lokal tatsächlich zu einer Zunahme der Massnahmen gekommen ist,

⁵¹ Bericht Evaluation SG, S. 38 f. Die Schwankungen zwischen den neun Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden liegen zwischen 0.13 Fällen pro 1'000 Minderjährige und 2.0 pro 1000.

⁵² Bericht Evaluation BE, S. 66.

⁵³ Studie Interface, S. 84.

⁵⁴ HÄFELI, Jusletter, S. 13 f.

müsste analysiert werden, worauf diese zurückzuführen ist und ob es sich um einen dauerhaften Anstieg handelt.

3.4 Personal- und Infrastrukturkosten (*Behördenkosten*) der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden

3.4.1 Allgemeines

Von den Kosten der eigentlichen Massnahme zu unterscheiden sind die Personal- und Infrastrukturkosten (*Behördenkosten*) der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden. Diese werden durch verschiedene Faktoren beeinflusst. Insbesondere die Personalkosten sind abhängig vom durchschnittlichen Lohn pro Mitarbeiterin oder Mitarbeiter, welcher durch die Zusammensetzung der Behörde sowie dem kantonalen Lohnniveau bestimmt wird, sowie von der Grösse der Behörde. Letztere sollte abhängig sein von der Arbeitslast, d.h. der Zahl der zu bearbeitenden Fälle.

Im Rahmen der Revision wurde auch die Frage der kostenmässigen Auswirkungen auf die Kantone thematisiert. Der Bundesrat stellte dabei fest, dass diese schwierig abzuschätzen und letztlich abhängig von den durchzuführenden Neustrukturierungen seien.⁵⁵ Der Bundesrat wies auch explizit darauf hin, dass die früheren Strukturen auch ihren Preis hatten und dass namentlich auch indirekte Kosten zu berücksichtigen seien, «wenn für hilfsbedürftige Menschen mangels Fachkompetenz nicht rechtzeitig, keine oder falsche Massnahmen angeordnet werden». Durch die Konzentration des Kindes- und Erwachsenenschutzes in der Hand einer Fachbehörde würden zudem andere Behörden und Gerichte von einer schwierigen Aufgabe befreit.⁵⁶

3.4.2 Kostenträger

Die Frage, wer für die Personal- und Infrastrukturkosten (*Behördenkosten*) der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden aufkommen muss, wird durch das kantonale Recht geregelt. Die betreffenden Kosten werden in den 20 Kantonen, welche ihre Behörden entweder als Gerichte oder als kantonale Verwaltungsbehörden organisiert haben, mit einer Ausnahme (Kanton Obwalden) von den Kantonen getragen. In fünf der sechs Kantone, welche ihre Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden als kommunale Trägerschaften organisiert haben, tragen die Gemeinden oder Gemeindeverbände die Personal- und Infrastrukturkosten. Im Kanton Tessin werden sie sowohl von den Gemeinden wie auch vom Kanton getragen. Entsprechend folgt die Finanzierung der Behördenkosten in der Regel dem Organisationsmodell.⁵⁷

3.4.3 Ergebnisse der Studie Interface

Die Kosten der einzelnen Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden variieren gemäss der Studie von Interface beträchtlich. Sie reichen von mehreren tausend Franken bis zu Millionenbeträgen im zweistelligen Bereich. Bei kommunalen Trägermodellen betragen die durchschnittlichen Kosten pro Behörde 1,25 Millionen Franken, bei Gerichtsmodellen 3,68 Millionen Franken und bei den kantonalen Verwaltungsbehörden 7,79 Millionen Franken. Weil die Durchschnittskosten an sich jedoch noch keinen Vergleich zulassen, werden in der Studie Interface die Nettokosten pro Einwohner im Einzugsgebiet einer Behörde ausgewiesen. Die

⁵⁵ Botschaft Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, S. 7120 f.

⁵⁶ Botschaft Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, S. 7120 f.

⁵⁷ Studie Interface, S. 10 f.

durchschnittlichen Kosten der auf kommunaler Ebene organisierten Behörden wiesen einen Wert von 22.20 Franken pro Einwohner auf, die Werte bei den Gerichtsmodellen lagen bei 23.30 Franken pro Kopf und diejenigen der kantonalen Verwaltungsbehörden bei 32.50 Franken.⁵⁸ Aus den Fallstudien von Interface ergab sich auch die Vermutung, dass höhere Gebühren die Nettokosten einer Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde beeinflussen können.⁵⁹ Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass die Erhebung der Kosten mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden ist. Welche Positionen berücksichtigt werden, ist nicht vorgegeben (etwa hinsichtlich der Kosten der unentgeltlichen Rechtsvertretung, der Gutachtenskosten). Die Erhebung ist deshalb sehr unterschiedlich, was die Vergleichbarkeit der Ergebnisse erheblich beeinträchtigt.

Zwar konnte im Rahmen der Studie von Interface kein Vergleich zwischen den Kosten vor und nach Inkrafttreten des neuen Rechts vorgenommen werden, nach Einschätzung der Gesprächspartner und Gesprächspartnerinnen in den Fallstudien sind jedoch die Kosten für das Personal und die Infrastruktur in drei von vier Behörden seit dem Inkrafttreten des neuen Rechts gestiegen.⁶⁰ Die Evaluation im Kanton St. Gallen kommt ebenso zum Schluss, dass die Betriebskosten seit der Errichtung der neuen Fachbehörden höher ausfallen als noch unter dem alten Vormundschaftsrecht.⁶¹

Gleichzeitig wird in der Studie von Interface darauf hingewiesen, dass die Kosten einer Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde stark von deren Leistungsumfang abhängen; also davon, ob die Berufsbeistandschaften und die Abklärungen durch die Behörden selbst oder durch andere Dienste (durch-)geführt werden. Die durchschnittlichen Nettokosten bei denjenigen Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden, die selbst die nötigen Abklärungen durchführen und die Berufsbeistandschaften integriert haben, sind deutlich höher als bei denjenigen, die diese Dienste auslagern. Dies zeigte sich auch im Rahmen der Evaluation im Kanton St. Gallen: Hier liegen die Kosten der zwei Behörden, welche die Abklärungen nicht selbst vornehmen, wesentlich tiefer, während die Kosten einer Behörde, welche die Berufsbeistandschaften selbst führt, wesentlich höher sind.⁶²

Ergänzend bleibt festzuhalten, dass die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden ihre Aufsichtspflicht über die Beistände, ob private oder professionelle, wahrnehmen und höhere Anforderungen an diese stellen als noch im alten System. Im alten Vormundschaftsrecht waren die Berufsbeistände oftmals die einzigen Fachleute, und die Miliz- und Laienbehörden liessen diese weitgehend gewähren. Die heutige Aufsichtspflicht sowie das Weisungsrecht der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden gegenüber den Mandatsträgern auf der einen Seite und auch die gestiegenen Anforderungen an die Beistände auf der anderen Seite, haben Einfluss auf die Kosten. Zu diesem Ergebnis kommt auch die Studie von Interface, die in der Breitenbefragung erhoben hat, dass die Behörden durchschnittlich zwischen 20 und 25 Stellenprozente für die Information und Weiterbildung sowie für die Kommunikation mit den privaten Beiständen aufwenden.⁶³

⁵⁸ Studie Interface, S. 21, wobei die Kosten der Verwaltungsbehörden sich reduzieren, wenn die Berufsbeistandschaften ausgeklammert werden; so ergibt sich ein Wert von Fr. 27.80; im Kanton St. Gallen liegen die Betriebskosten der Behörden (um die Berufsbeistandschaften bereinigt) ungefähr in dieser ganzen Spannweite: zwischen Fr. 18.- und Fr. 33.-, Bericht Evaluation SG, S. 9.

⁵⁹ Studie Interface, S. 21, S. 61 (Darstellung D 4.28, S. 62).

⁶⁰ Studie Interface, S. 22; für detaillierte Angaben zu den Fallstudien vgl. Studie Interface, S. 63 ff.

⁶¹ Bericht Evaluation SG, S. 9, 41.

⁶² Bericht Evaluation SG, S. 40.

⁶³ Studie Interface, S. 62.

3.4.4 Mögliche Gründe für den Kostenanstieg

Die Aufgaben der seit dem 1. Januar 2013 tätigen Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden wurden im Vergleich zum alten Vormundschaftsrecht sowohl in qualitativer wie auch in quantitativer Hinsicht erweitert; gleichzeitig wurde die sachliche Zuständigkeit der Behörden ausgedehnt. Nach dem Willen des Gesetzgebers sollte nur noch eine einzige Fachbehörde mit den Aufgaben des Kindes- und Erwachsenenschutzes betraut werden.⁶⁴ Diese sind im Rahmen ihrer Aufgabenerfüllung verpflichtet, das Subsidiaritätsprinzip zu beachten und die Verhältnismässigkeit durch die neue Massschneidung der Massnahmen sowie die Rechtsstaatlichkeit durch korrekte Verfahren zu gewährleisten.⁶⁵ Die in der Vernehmlassung kaum bestrittene Forderung des neuen Rechts nach einer Professionalisierung bedingt, dass die Mitglieder der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden nach ihrem Sachverstand, den sie für die Aufgabe mitbringen müssen, ausgewählt werden.⁶⁶

Eine der wichtigen Aufgaben im Bereich des Kindes- und Erwachsenenschutzes besteht in der Aufsichtspflicht der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden über die Beistände. Mit der neuen Aufsichtspflicht und dem Weisungsrecht werden an die Mandatsträger höhere Anforderungen (bspw. an die Berichterstattung und Rechnungsablage) gestellt. Die privaten wie auch die professionellen Beistände müssen von den Behörden instruiert, beraten und unterstützt werden.⁶⁷ Das neue System der massgeschneiderten Massnahmen, welches die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden verpflichtet, den Grundsatz der Verhältnismässigkeit («so viel staatliche Fürsorge wie nötig, so wenig staatlicher Eingriff wie möglich») bei der Anordnung einer Beistandschaft zu gewährleisten, führt ebenso dazu, dass die Aufträge an die Beistände klarer, weil massgeschneidert ausformuliert werden müssen.⁶⁸

Aus Rechtsschutzüberlegungen, d.h. um zu verhindern, dass eine Person rechtsmissbräuchlich und zu lange fürsorgerisch in einer Einrichtung untergebracht wird, sieht das Zivilgesetzbuch neu etwa auch vor, dass die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde nach sechs, nach zwölf Monaten und danach mindestens einmal jährlich, aber so oft wie nötig, periodische Überprüfungen vornimmt, um feststellen zu können, ob die Voraussetzungen für die Unterbringung weiterhin gegeben sind (Art. 431 ZGB).

Den Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden wurden auch im Bereich des Kindesschutzes bestimmte Zuständigkeiten neu zugewiesen. So sind sie beispielsweise neu für die Zustimmung zur Adoption eines unter Beistandschaft stehenden Kindes, für die Genehmigung des Abfindungsvertrages im Zusammenhang mit dem Unterhaltsanspruch des Kindes, für die Neuregelung der gemeinsamen elterlichen Sorge bei veränderten Verhältnissen sowie für die Entziehung der elterlichen Sorge gemäss Artikel 311 ZGB zuständig.⁶⁹

3.4.5 Würdigung

Sowohl die Professionalisierung als auch die damit verbundene Regionalisierung der Behörden bildeten ein erklärtes Ziel der Revision. Dass damit gewisse Mehrkosten auf die Kantone zukommen würden, war man sich bewusst.⁷⁰ Das Gleiche gilt auch für den Umstand, dass das neue Recht mit den Massnahmen nach Mass erhöhte Anforderungen an die Behörden stellen wird. Zudem wurden die Kindes und Erwachsenenschutzbehörden mit neuen zusätz-

⁶⁴ Botschaft Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, S. 7020 f.; im alten Vormundschaftssystem lag die Zuständigkeit teilweise bei der Vormundschaftsbehörde und je nach kantonalem Recht bei der Aufsichtsbehörde oder dem Zivilgericht.

⁶⁵ HÄFELI, AJP, S. 1597.

⁶⁶ Botschaft Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, S. 7073.

⁶⁷ Art. 400 Abs. 3 ZGB.

⁶⁸ KOKES, Empfehlungen Fachbehörde, S. 69.

⁶⁹ Art. 265 Abs. 3, Art. 288 Abs. 2 Ziff. 1, Art. 298d ZGB.

⁷⁰ Botschaft Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, S. 7120 f.

lichen Aufgaben betraut, die von den früheren Vormundschaftsbehörden noch nicht erledigt werden mussten (so namentlich die Validierung von Vorsorgeaufträgen, die Bestätigung von gesetzlichen Vertretungsrechten und weitere). Dass dafür zusätzliche Ressourcen erforderlich sind, ist naheliegend. Darauf wurde in der Botschaft explizit hingewiesen.⁷¹

Es ist damit mit anderen Worten zu erwarten gewesen, dass das neue Recht zu einer gewissen Erhöhung der Behördenkosten führen wird. Ob diese an gewissen Orten übermässig sind, lässt sich kaum mit Sicherheit feststellen. So hat auch die Studie Interface die Diversität in den Kantonen und die Schwierigkeiten dargestellt, die sich hier stellen. Letztlich geht es hier um die Frage der Kosteneffizienz des Vollzugs von Bundesrecht durch die Kantone. Die Beurteilung, ob die Behörden in einem Kanton ineffizient arbeiten und ob ein Einsparungspotenzial besteht, ist nicht Aufgabe des Bundes. Hierfür sind vielmehr die Kantone zuständig. Anzeichen dafür, dass die neue bundesrechtliche Regelung Anreize für ineffizientes Behördenhandeln geschaffen hat, bestehen jedenfalls nicht.

3.5 Massnahmekosten

3.5.1 Vergleich der Kosten vor und nach Inkrafttreten

Die Studie Interface beschreibt die Kosten über den Aufwandüberschuss der Behörden, aggregiert diese auf Kantonsebene und versucht, die Zahlen zu vergleichen. Zudem wurden die Einnahmen der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden über Gebühren, die Kosten für die von ihnen verfügten Massnahmen (Platzierungen und sozialpädagogische Massnahmen) sowie die spezifische Höhe von Gebühren betrachtet.⁷²

Interface war im Zusammenhang mit der gestellten Aufgabe der Klärung der Kosten im Bereich des Kindes- und Erwachsenenschutzes mit der Herausforderung konfrontiert, dass keine konsolidierten Angaben über die Kosten vor dem 1. Januar 2013 vorliegen. Viele Gemeinden konnten keine Angaben zu den Kosten ihrer damaligen Vormundschaftsbehörden machen.⁷³ Weil ausserdem die Rechnungen für die von der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden verfügten Massnahmen nicht von den freiwilligen Massnahmen der Sozialhilfe unterschieden wurden, konnte Interface auch keine quantitativen Angaben über die Höhe der Massnahmekosten machen.⁷⁴ Ein fundierter Vergleich der Kosten vor und nach Inkrafttreten des neuen Rechts war aus diesen Gründen nicht möglich.

Entsprechend lautet eine der Empfehlungen der Studie Interface, dass die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden eine minimale Kostenrechnung erstellen sollten, die es ermöglicht, die Kostenarten (Personal- und Infrastrukturkosten), die Kosten der einzelnen Leistungen (Spruchkörper, Abklärung, Administration, Folgekosten der einzelnen Leistung) sowie weitere wichtige Kennzahlen (Überstunden, Fallzahlen pro Mitarbeitenden) zu erstellen.⁷⁵ Adressat dieser Empfehlung sind die Kantone.

Die Evaluation im *Kanton St. Gallen* führte zwar ebenso zutage, dass der Vergleich der Kosten für den Betrieb der Behörden, aber auch für deren angeordnete Massnahmen, schwierig ist.⁷⁶ Dennoch wurden im Rahmen dieser Evaluation einige aussagekräftige Ergebnisse präsentiert, die im Folgenden mitberücksichtigt werden. Insbesondere bei den Massnahmekosten weist die Studie jedoch darauf hin, dass nur ein Teil der genannten Kosten im Zusammenhang mit der Platzierung von Kindern in Pflegeheimen und für sozialpädagogische Fami-

⁷¹ Botschaft Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, S. 7120.

⁷² Studie Interface, S. 31 f.

⁷³ HÄFELI, Jusletter, S. 9, Studie Interface, S. 53.

⁷⁴ Studie Interface, S. 23.

⁷⁵ Studie Interface, S. 25.

⁷⁶ Bericht Evaluation SG, S. 40, 48.

lienbegleitungen auf Entscheide der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden zurückzuführen sind.⁷⁷

3.5.2 Finanzierung der Kosten

Ein ganz anderes Bild zeigt sich im Zusammenhang mit der *Finanzierung der Kosten der verfügbaren Massnahmen*. Das Prinzip der fiskalischen Äquivalenz («wer zahlt, befiehlt») wird in insgesamt siebzehn Kantonen nicht eingehalten. Hier zahlen die Gemeinden die Massnahmekosten, welche die auf kantonaler Ebene organisierten Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden und -gerichte anordnen.⁷⁸

Im Zusammenhang mit den Kosten für die Platzierungen ergibt sich allerdings aus den Fallstudien der Studie von Interface, dass nur im Kanton Schwyz die Gemeinden vollumfänglich für die entsprechenden Kosten aufkommen müssen. In St. Gallen beteiligt sich der Kanton an den Kosten für Platzierungen in IVSE-Heimen⁷⁹ zu einem Drittel. Zudem sorgt der 2014 eingeführte Sonderlastenausgleich dafür, dass Gemeinden, die mit überdurchschnittlich hohen Kosten für die Unterbringung in Heimen, bei Pflegeeltern und für sozialpädagogische Familienbegleitungen konfrontiert sind, entlastet werden. Im Kanton Neuenburg werden die Gemeinden gemäss Einwohnerzahl an den Kosten beteiligt und im Kanton Basel-Land trägt der Kanton die Kosten für die Platzierungen.⁸⁰

In der Studie von Interface wird die Empfehlung ausgesprochen, dass allenfalls die Einführung eines Lastenausgleichs zwischen den Gemeinden oder aber eine stärkere Beteiligung des Kantons an den Kosten für die Massnahmen geprüft werden sollte.⁸¹ Diese Empfehlung richtet sich ausschliesslich an die Kantone, zumal es sich um Kosten der Sozialhilfe handelt.

3.5.3 Kosten einzelner Massnahmen

Weil wie erwähnt die Kosten für Massnahmen vor und nach Inkrafttreten des neuen Kindes- und Erwachsenenschutzrechts in der Studie von Interface nicht verglichen werden konnten, musste auf die Aussagen der Gesprächspartner in den vier Fallstudien zurückgegriffen werden. Hierfür stellt die Studie darauf ab, welche Stellen für die anfallenden Kosten für drei verhältnismässig kostenintensive Massnahmen (sozialpädagogische Familienbegleitungen, Aufenthalt in Kinder- und Jugendheimen und Aufenthalt in Pflegefamilien) aufkommen.

Das Ergebnis der Gespräche in Bezug auf die Frage, ob die Kosten für Massnahmen seit dem 1. Januar 2013 gestiegen sind, ist uneinheitlich. Während im Kanton Neuenburg keine Kostenveränderung festgestellt wurde, sind nach Ansicht der Gesprächspartner im Sarganserland die Kosten für die Massnahmen gestiegen. Die zwei weiteren Behörden gaben hingegen zur Antwort, die Kosten für Massnahmen seien seit der Einführung des neuen Rechts gesunken, insbesondere weil weniger häufig (und weniger lange) Fremdplatzierungen angeordnet werden als vor der Umstellung.⁸²

Auch aus den Ergebnissen der Evaluation des Kantons Bern lässt sich die Entwicklung der Massnahmekosten nicht beziffern, weil die Kosten für die freiwilligen Massnahmen und die von den Vormundschaftsbehörden verfügbaren nicht systematisch unterschieden wurden und

⁷⁷ Bericht Evaluation SG, S. 10.

⁷⁸ Studie Interface, S. 11 f.

⁷⁹ IVSE: Heime und Institutionen auf der Liste der Interkantonalen Vereinbarung für soziale Einrichtungen vom 13. Dezember 2002, abrufbar unter: www.sodk.ch/ueber-die-sodk/ivse/.

⁸⁰ Studie Interface, S. 11 f.; Bericht Evaluation SG, S. 48.

⁸¹ Studie Interface, S. 12.

⁸² Studie Interface, S. 22, 70, 79 (Darstellung D.1.8, S. 23).

zudem davon auszugehen sei, dass die durch die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden verfügbaren Massnahmen noch nicht vollständig erfasst sind.⁸³

Im Kanton St. Gallen war es aufgrund der Berechnungsgrundlagen zum soziodemografischen Lastenausgleich möglich, die Kosten aufzuzeigen, die bei den Gemeinden im Zusammenhang mit der Platzierung von Kindern und mit den sozialpädagogischen Familienbegleitungen in den Jahren 2012–2014 angefallen sind. Auch wenn die Autoren darauf hinweisen, dass nicht die ganzen Kosten auf Entscheide der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden zurückgehen (freiwillige Platzierungen und Platzierungen durch die Jugendstaatsanwaltschaft sind ebenfalls berücksichtigt), halten sie fest, dass die viel kritisierten Kosten im Bereich des Kinderschutzes im Vergleich zu den Kosten vor Inkrafttreten des neuen Rechts nicht gestiegen sind.⁸⁴

Auch HÄFELI stellt zwei Jahre nach Inkrafttreten des neuen Kindes- und Erwachsenenschutzes fest, dass es Anzeichen dafür gibt, dass die Behörden in dieser ersten Phase tendenziell weniger kostenintensive Platzierungen angeordnet haben als die Vormundschaftsbehörden unter dem alten Recht.⁸⁵

3.5.4 Gebühren

Die Umfrage im Rahmen der Studie von Interface ergab, dass die Gebühreneinnahmen von einer Behörde zur anderen beträchtlich variieren. Sie belaufen sich bei kleineren Behörden auf einige hundert Schweizer Franken, in den Städten Zürich, Bern und Basel betragen sie dagegen bis hin zu mehr als einer Million Franken. Auch bei der Untersuchung des durchschnittlichen Kostendeckungsgrades ergaben sich erhebliche Differenzen. Behörden mit sehr kleinem Personalaufwand (weniger als 300 Stellenprozente für Spruchkörper und Abklärungsdienst) weisen einen vergleichsweise hohen Kostendeckungsgrad auf. Dass die Unterschiede so gross sind, weist nach Aussage der Berichtersteller darauf hin, dass betroffene Personen in unterschiedlichem Mass finanziell an den Leistungen der Behörde beteiligt werden.

Aufgrund der vorliegenden Daten konnte nicht festgestellt werden, ob die Gebührenhöhe ein Indikator für Effizienz darstellt oder ob die Gebühren zu einer Ungleichbehandlung führten. Soweit eine Vereinheitlichung erwogen würde, so die Empfehlung von Interface, wären vorgängig detaillierte Abklärungen mit präziseren Kostendaten nötig.⁸⁶

3.5.5 Tarife von Massnahmen

Im Rahmen der Fallstudien wurden die Gesprächspartner nach den Kosten für die verfügbaren Heimplatzierungen sowie für die angeordneten Beistandschaften und sozialpädagogischen Familienbegleitungen gefragt.⁸⁷ Für sozialpädagogische Familienbegleitungen liegen die Stundensätze zwischen Fr. 120.- und 170.-. Die Platzierungskosten in Heimen fallen teilweise mit bis zu Fr. 750.- pro Tag sehr hoch aus. Die Gesprächspartner waren der Ansicht, dass eine gewisse Auswahl an Anbietern jedoch dafür sorgt, dass auch bei Heimplatzierungen eine Tarifregulierung durch den Markt erfolgt.

In der Studie Interface wird empfohlen, grössere Transparenz bei den Tarifen, insbesondere im Zusammenhang mit den ambulanten Massnahmen zu schaffen. Die Möglichkeit, die Tari-

⁸³ Bericht Evaluation BE, S. 68 f.

⁸⁴ Bericht Evaluation SG, S. 11, 49.

⁸⁵ HÄFELI, AJP, S. 1599.

⁸⁶ Studie Interface, S. 24 f.

⁸⁷ Zu den einzelnen Ergebnissen der vier Fallstudien, vgl. Studie Interface S. 68, 74, 79 und 85.

fe in der ganzen Schweiz vergleichbar zu machen, könnte die Marktmechanismen positiv beeinflussen. Ebenso könnte mit der Herstellung von Transparenz dem Vorwurf der Sozialindustrie besser begegnet werden.⁸⁸ Dass die Platzierungskosten teilweise hoch ausfallen, kann den Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden jedenfalls nicht angelastet werden.

3.5.6 Kostenentwicklung in der Sozialhilfe

Die Kostenentwicklung im Bereich der Sozialhilfe war wiederholt Gegenstand öffentlicher Debatten, insbesondere im Zusammenhang mit Missbräuchen. Zudem rückten die Kosten der Sozialhilfe für Massnahmen, die von den Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden angeordnet worden waren, in den Fokus der Diskussionen. Im Herbst 2014 wurden zwei Postulate eingereicht und überwiesen.⁸⁹ Darin wird der Bundesrat aufgefordert, Transparenz in Bezug auf die Leistungen der Sozialhilfe und die Kostenentwicklung in den Kantonen zu schaffen. Das Bundesamt für Sozialversicherungen wurde beauftragt, einen entsprechenden Bericht des Bundesrates auszuarbeiten. Zum einen sollen darin die Konzepte der Sozialhilfe und des Kindes- und Erwachsenenschutzes erläutert werden, die Organisation, die Umsetzung und die Leistungen der Sozialhilfe dargestellt und die kostenbeeinflussenden Faktoren aufgezeigt werden. Der betreffende Bericht soll im Laufe des Jahres 2017 veröffentlicht werden.

3.5.7 Würdigung

Bezüglich der Kosten für Massnahmen lässt sich zurzeit noch keine klare Aussage machen. Momentan zeichnet sich allerdings eher eine tendenzielle Kostenabnahme ab, weil tendenziell weniger behördlich verfügte Platzierungen erfolgen. Hinsichtlich der Finanzierung der Massnahmen wird auf die Diskussion über den Einbezug der Gemeinden verwiesen.⁹⁰ Es ist hier Sache der Kantone, Abhilfe zu schaffen; dem Bund fehlt es an der entsprechenden Kompetenz.

Zu den Tarifen für die Massnahmen erscheint aus der Sicht des Bundesrates vor allem die Sicherstellung der notwendigen Transparenz von grosser Bedeutung. Dass die Kosten für Platzierungen teilweise sehr hoch sind, kann nicht den Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden angelastet werden. Die Behauptung, die Kosten der einzelnen Massnahmen seien angestiegen, konnte im Rahmen der vorgenommenen Abklärungen nicht bestätigt werden.

3.6 Gesamtwürdigung

Trotz verschiedener Unsicherheiten bei der Datenerhebung lässt sich festhalten, dass die teilweise behauptete Kostenexplosion im Kindes- und Erwachsenenschutzrecht nicht stattgefunden hat. Ein Anstieg bei den eigentlichen Behördenkosten war zu erwarten gewesen, denn die bundesrechtliche Vorgabe der Einrichtung von Fachbehörden hat in vielen Kantonen zu einer Restrukturierung der Behörden geführt. Zu berücksichtigen ist ausserdem, dass ein erheblicher Teil der Kosten unter dem alten System nicht oder nicht vollständig erhoben worden sind, weil sie im Rahmen einer Mischrechnung nicht direkt dem Vormundschaftswesen zugewiesen wurden. Das neue Recht zeigt nun deutlicher auf, welchen Aufwand der Kindes- und Erwachsenenschutz verursacht. Der Bundesrat geht zudem nach wie vor davon

⁸⁸ Studie Interface, S. 25.

⁸⁹ Postulat 14.3915 BRUDERER WYSS vom 25. September 2014 («Sozialhilfe. Transparenz schaffen in Bezug auf Kostenentwicklung sowie Beauftragung privater Firmen»); Postulat 14.3892 Sozialdemokratische Fraktion vom 25. September 2014 («Transparenz statt Polemik bei der Sozialhilfe»).

⁹⁰ Dazu nachfolgend Ziff. 4.3.

aus, dass der Aufwand der Behörden pro Fall mit zunehmender Erfahrung weiter zurückgehen wird.

Schliesslich ist festzuhalten, dass keine Hinweise dafür vorliegen, dass die Anzahl angeordneter Massnahmen gemessen an der Bevölkerungszahl proportional zugenommen hätte. Das Gleiche gilt auch hinsichtlich der Kosten der einzelnen Massnahme.

4 Anpassung der Verfahrensbestimmungen

4.1 Allgemeines

Eines der Ziele der Revision des Vormundschaftsrechts war die Verankerung der wesentlichen Verfahrensgrundsätze für den Kindes- und Erwachsenenschutz im Sinn eines bundesrechtlich vereinheitlichten, gesamtschweizerischen Standards.⁹¹ Die verfahrensrechtlichen Bestimmungen im ZGB geben die schon bisher gültigen Grundsätze und die hierzu ergangene Rechtsprechung des Bundesgerichts wieder.⁹² Die verfassungsrechtliche Grundlage findet sich in Artikel 122 Absatz 2 BV: Soweit das Bundesrecht nichts anderes vorsieht, sind die Kantone für die Organisation und die Rechtsprechung in Zivilsachen zuständig. Im Weiteren regeln, soweit nicht die Zivilprozessordnung anwendbar ist, die Kantone das Verfahren (Art. 450f und Art. 54 Abs. 3 SchIT ZGB).

Das ZGB enthält also nur eine rudimentäre Verfahrensordnung und die wichtigsten Verfahrensgrundsätze im Verfahren vor der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde sowie vor der gerichtlichen Beschwerdeinstanz (Art. 443 ff. ZGB).⁹³ Diese Ordnung bedeutet zum Einen, dass die Kantone – unter Beachtung des übergeordneten Rechts wie beispielsweise der Bundesverfassung oder der Europäischen Menschenrechtskonvention – die im ZGB enthaltenen Verfahrensbestimmungen konkretisieren. Zum Anderen bedeutet es, dass die Kantone frei sind, ergänzende Verfahrensbestimmungen vorzusehen, soweit das Verfahren nicht durch das Bundesrecht geregelt wird.

Die kantonalen Verfahrensbestimmungen werden entweder durch den Erlass spezifischer ergänzender Bestimmungen in den Einführungsgesetzgebungen zum ZGB, durch Verweise auf die Verwaltungsverfahrensgesetze oder auf andere, bereits existierende Verfahrensordnungen (EG ZGB) sowie durch punktuelle Verweise auf spezifische Vorschriften der ZPO oder auch durch eine Kombination einzelner oder mehrerer dieser Möglichkeiten verwirklicht. Die Kantone können auch auf eine besondere Regelung verzichten. Von Bundesrechts wegen gilt, dass die Zivilprozessordnung sinngemäss anwendbar ist, «soweit die Kantone nichts anderes bestimmen». Kommen die Bestimmungen der Zivilprozessordnung subsidiär zur Anwendung, wird das Verfahren dadurch jedoch nicht zu Bundesrecht. Die Bestimmungen kommen als *ergänzendes kantonales Recht* zur Anwendung.⁹⁴ Jeder Kanton hat damit eine eigenständige, aus mehreren Rechtsquellen zusammengesetzte Verfahrensordnung.⁹⁵ In den Kantonen, in denen bereits vor der Revision das Verfahren im Kindes- und Erwach-

⁹¹ Botschaft Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, S. 7021.

⁹² COTTIER/STECK, S. 985.

⁹³ Die wichtigsten Grundsätze im Verfahren vor der KESB sind die Folgenden: Die vorsorglichen Massnahmen (Art. 445 ZGB), die Verfahrensgrundsätze der Offizial- und Untersuchungsmaxime (Art. 446 ZGB), das Anhörungs- und Vertretungsrecht (Art. 447 und 449a ZGB im Erwachsenenschutz, Art. 314a und 314a^{bis} ZGB im Kinderschutz), die Mitwirkungspflichten (Art. 448 ZGB), das Akteneinsichtsrecht (Art. 449b ZGB). Im Verfahren vor der Beschwerdeinstanz sind es die Folgenden: die Beschwerdeggründe (Art. 450a ZGB), die Beschwerdefrist (Art. 450b ZGB), die aufschiebende Wirkung (Art. 450c ZGB), die besonderen Bestimmungen bei fürsorglicher Unterbringung (Art. 450e ZGB).

⁹⁴ BGE 140 III 385, Erw. 2.3.

⁹⁵ Beispielsweise Kanton Aargau: Regelung einiger Verfahrensbestimmungen im EG ZGB (§ 60b–§ 65d) und einzelne punktuelle Verweise auf ZPO (summarisches Verfahren, Novenrecht, Fristen). Kanton Basel-Landschaft: Regelung einzelner Verfahrensbestimmungen im EG ZGB, im Übrigen Verweis auf kantonales Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; eine Übersicht über die kantonalen Regelungen findet sich bei ESR-Komm.-STECK, Art. 450f N 13.

senenschutzrecht in besonderen kantonalen Verfahrensordnungen geregelt war, musste diese Gesetzgebung punktuell an die neuen Bestimmungen des Zivilgesetzbuches angepasst werden. In denjenigen Kantonen, in denen das Verfahren in den kantonalen Zivilprozessordnungen geregelt oder auf diese verwiesen wurde, musste auf den 1. Januar 2011 eine neue Verfahrensordnung erlassen werden.

4.2 Vereinheitlichung des Verfahrens

4.2.1 Vorentwurf für ein Bundesgesetz zum Verfahren

Der ursprüngliche Vorentwurf der Expertenkommission für die Gesamtrevision des Vormundschaftsrechts aus den 1990er Jahren sah vor, dass als Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde ein *Fachgericht* eingesetzt werden sollte.⁹⁶ Nachdem der Bund mit der Justizreform von 2000 die Kompetenz erhalten hatte, den Zivilprozess für die ganze Schweiz einheitlich zu regeln, wurde zudem die Möglichkeit diskutiert, das Verfahren vor der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde zu vereinheitlichen und in einem separaten Bundesgesetz zu regeln. In diesem Zusammenhang nahm Daniel Steck, eh. Oberrichter, die Arbeiten im Hinblick auf die Schaffung eines Bundesgesetzes über das Verfahren vor den Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden (VKE) auf. Der Vorentwurf für das Bundesverfahren wurde zusammen mit dem Vorentwurf für eine Revision des Vormundschaftsrechts im Jahre 2003 in die Vernehmlassung geschickt. Das Ziel des vorgeschlagenen Bundesverfahrens war die Beseitigung der damals kritisierten Rechtslage in den Kantonen mit ganz unterschiedlichen Verfahrensordnungen. Teilweise wurde auf eine sinngemässe Anwendung der kantonalen Zivilprozessordnungen verwiesen, teilweise wurde das kantonale Verwaltungsverfahren für sinngemäss anwendbar erklärt.⁹⁷

Der Vorentwurf für ein Bundesgesetz über das Verfahren vor der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde wurde in der Vernehmlassung sehr unterschiedlich aufgenommen. Nur eine Minderheit, bestehend aus sechs Kantonen und drei Parteien, begrüusste den Vorschlag eines einheitlichen Verfahrens ausdrücklich. Sechs andere Kantone nahmen mit unterschiedlicher Begründung zumindest eine grundsätzlich ablehnende Haltung ein. Weitere Kantone standen dem Vorschlag kritisch gegenüber. Der Vorschlag, als zuständige Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde ein Fachgericht vorzusehen, stiess in der Vernehmlassung auf breite Ablehnung.⁹⁸

Diese Rückmeldungen führten schliesslich dazu, dass der Bundesrat sich dafür entschied, auf die Schaffung einer gerichtlichen Fachbehörde zu verzichten. Der Kritik, die Vorgaben für die Professionalität könnten auch von einer Verwaltungsbehörde gewährleistet werden, wurde damit Rechnung getragen. Nicht zuletzt aufgrund des Verzichts auf die Schaffung eines interdisziplinären Gerichts beschränkte sich der Bundesrat in der Folge darauf, dem Parlament im endgültigen Entwurf vorzuschlagen, *nur die wichtigsten Verfahrensfragen*, die im Interesse der Verwirklichung des materiellen Rechts einer einheitlichen Regelung bedurften, ins ZGB aufzunehmen und auf die Schaffung eines speziellen Verfahrensrechts zu verzichten.⁹⁹

⁹⁶ Bericht zum Vorentwurf für eine Revision des Zivilgesetzbuchs (Erwachsenenschutz, Personen- und Kindesrecht) vom Juni 2003, S. 19.

⁹⁷ Bericht mit Vorentwurf für ein Bundesgesetz über das Verfahren vor der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde, S. 2.

⁹⁸ Botschaft Kindes und Erwachsenenschutzrecht, S. 7010 f.

⁹⁹ Botschaft Kindes und Erwachsenenschutzrecht, S. 7011; auch die Experten, die den Vorentwurf der Schweizerischen Zivilprozessordnung ausarbeiteten, diskutierten die Möglichkeit einer Integration des Verfahrens für das Erwachsenenschutzrecht in die Zivilprozessordnung. Eine solche wurde allerdings aus dogmatischen Gründen abgelehnt. In der Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 28. Juni 2006 wird ausgeführt, dass unter den Begriff der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu viele unterschiedliche Materien fallen, wie u.a. die Eingriffsverwaltung oder Fürsorge (Massnahmen des Kindes-

4.2.2 Kritik an der geltenden Regelung

Verschiedene Stimmen in der Lehre weisen darauf hin, dass die geltende Kaskadenordnung der verschiedenen prozessualen Rechtsquellen insbesondere für die betroffenen, schutzbedürftigen Personen zu Rechtsunsicherheit führen kann und damit einer erfolgreichen Umsetzung des neuen Kindes- und Erwachsenenschutzes nicht förderlich ist.¹⁰⁰ Die Abgrenzung des Rechtswegs an das Zivilgericht einerseits und an die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde andererseits sei alles andere als einfach und klar. Mit dem Entscheid, die Zuständigkeit für das Verfahrensrecht bei den Kantonen zu belassen, sei zudem die für den Gang an das Bundesgericht wichtige Abgrenzung zwischen kantonalem und Bundesrecht erschwert.¹⁰¹ Teilweise wird auch vorgebracht, die heutige Verfahrensregelung gewähre keine Rechtssicherheit. Das Verfahren sei mit bis zu vier möglichen anwendbaren Erlassen, wie etwa im Kanton Zürich, unübersichtlich, kompliziert und ineffizient.

Schliesslich wird darauf hingewiesen, dass der Verweis auf die «sinngemäss» anzuwendende Zivilprozessordnung viele Auslegungsfragen aufwirft. In der Lehre wird entsprechend die Ansicht vertreten, dass die Regeln der Zivilprozessordnung nicht strikt anzuwenden seien, sondern stets der besonderen Natur des materiellen Rechts und der zu seiner Verwirklichung vorgesehenen Verfahrensgrundsätze (beispielsweise der Untersuchungs- und Offizialmaxime) Rechnung zu tragen sei. Es könne daher je nach Situation notwendig sein, die Bestimmungen der Zivilprozessordnung *cum grano salis* anzuwenden, bzw. gegebenenfalls auch davon abzuweichen.¹⁰² Im Rahmen der Diskussionen, welche das Bundesamt für Justiz mit Fachleuten geführt hat, sprach man sich vereinzelt auch dafür aus, die Komplexität des Verfahrens zu verringern, indem der Verweis auf die Zivilprozessordnung aus dem Gesetz gestrichen wird.

4.2.3 Forderung nach einem bundesrechtlichen Verfahren

Es erstaunt deshalb nicht, dass trotz des Entscheids des Bundesrates aus dem Jahr 2006, auf die Schaffung einer bundesrechtlichen Verfahrensordnung zu verzichten, und der nachfolgenden parlamentarischen Beratung, die dieser Position gefolgt ist, die Forderung nach einer Vereinheitlichung des Verfahrensrechts nicht verstummt ist. Die Frage, ob «die Idee eines eigenständigen Verfahrensgesetzes zum Kindes- und Erwachsenenschutz endgültig begraben ist», steht nach wie vor im Raum; teilweise wird die Entscheidung, das Verfahren nicht im Rahmen der Zivilprozessordnung zu vereinheitlichen, auch ausdrücklich bedauert.¹⁰³ Vereinzelt wird die Idee einer Neulancierung der Diskussion über die Schaffung eines eigenen, bundesrechtlichen Verfahrens auch von den Kantonen sowie von Fachleuten aus der Praxis gefordert.¹⁰⁴ Auch die Interpellation 15.3347¹⁰⁵ hat erneut die Frage aufgeworfen, ob das Verfahren vor der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde nicht durch ein Bundesgesetz über das Verfahren, wie im Jahre 2003 vorgeschlagen, vereinheitlicht werden könne.

und Erwachsenenschutzes). Diese unterschiedlichen Materien bedingen unterschiedliche Verfahren. Botschaft Kindes und Erwachsenenschutzrecht, S. 7221, 7257 f.

¹⁰⁰ BSK-Erw.Schutz-AUER/MARTI, Art. 450f N 5 f. m.w.Nachw.

¹⁰¹ GEISER, S. 16.

¹⁰² BSK-Erw.Schutz-AUER/MARTI, Art. 450f N 13.

¹⁰³ BSK-Erw.Schutz-REUSSER, Allgemeine Vorbemerkungen N 43, 65; GEISER, S. 27.

¹⁰⁴ PREISCH/MERKOFER, S. 475; Kanton Zürich Aufsichtsbericht 2014, S. 15.

¹⁰⁵ Interpellation QUADRANTI vom 20. März 2015 («Kindes- und Erwachsenenschutzrecht und Kesb. Justierungen jetzt einleiten und umsetzen?»).

4.2.4 Würdigung

Die Schwierigkeit, die sich im Zusammenhang mit Verfahrensbestimmungen im Bereich des Kindes- und Erwachsenenschutzes stellt, ergibt sich ein Stück weit aus der Natur des Rechtsgebiets selbst. In der Lehre spricht man von «formellem Zivilrecht», weil die Bestimmungen des Kindes- und Erwachsenenschutzrechts materiell eigentlich öffentliches Recht darstellen und nur «im Kleid des Zivilrechts» erlassen wurden. Historisch betrachtet liegt der Grund dafür, dass der Bund trotz der teilweisen Zugehörigkeit zum öffentlichen Recht das alte Vormundschaftsrecht im Zivilgesetzbuch geregelt hat, am engen Sachzusammenhang mit dem Familienrecht sowie dem Handlungsfähigkeitsrecht. Ebenso wird die Zugehörigkeit zum Zivilrecht damit begründet, dass «das Vormundschaftsrecht zur Wahrung privater Interessen erlassen wurde und in diesem Sinne privates Recht darstellt».¹⁰⁶ Nun handelt es sich bei den Verfahren vor der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde grösstenteils nicht um die Feststellung von Rechten und Pflichten in einem Zweiparteiensystem (streitiges Verfahren), für die typischerweise die Zivilprozessordnung konzipiert ist und in welchen eine in der Vergangenheit liegende Streitigkeit zwischen zwei Parteien entschieden wird. Vielmehr geht es um Anordnungen oder Aufhebungen von Massnahmen, die dem Schutz hilfsbedürftiger Personen dienen und in die Zukunft wirken; es handelt sich also mehrheitlich um Massnahmen der sog. Eingriffsverwaltung, die in anderen Rechtsgebieten im Rahmen von Verwaltungsverfahren geprüft und angeordnet werden. Im Grundsatz eignet sich deshalb das Verwaltungsverfahren besser für die «hoheitliche Fürsorge» des Kindes- und Erwachsenenschutzrechts. Nicht ganz die Hälfte der Kantone hat denn auch die Lösung gewählt, auf ihre kantonalen Verwaltungsverfahrensgesetze zu verweisen.¹⁰⁷ Andere Kantone, naturgemäss insbesondere solche, die sich für ein Gerichtsmodell entschieden haben, verweisen dagegen punktuell oder generell auf die Zivilprozessordnung. Weil die Zivilprozessordnung jedoch unterschiedliche Verfahrensarten mit je eigenen Sonderregeln vorsieht, wird ein nicht weiter konkretisierter Verweis oftmals zum Auslegungsthema, weil bisweilen nicht klar ist, welche dieser Verfahrensarten oder Sonderregeln im konkreten Fall gemeint sind.

Es erstaunt deshalb nicht, dass für die Frage, ob das Verfahren vor der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde bundesrechtlich vereinheitlicht werden soll, nach wie vor unterschiedliche Meinungen bestehen. Das entspricht dem Bild, das sich bereits anlässlich der Vernehmlassung im Jahr 2003 gezeigt hat. Festzuhalten ist allerdings auch, dass soweit ersichtlich die Forderung nach einer bundesrechtlichen Vereinheitlichung zwar nach wie vor zu hören ist, allerdings in den letzten Jahren auch nicht an Gewicht gewonnen hat.

Die Gründe, die damals gegen die Vereinheitlichung gesprochen haben, gelten nach Ansicht des Bundesrates auch heute noch. Namentlich bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass der Entscheid, die Verfahrenshoheit bei den Kantonen zu belassen, die Umsetzung des materiellen Kindes- und Erwachsenenschutzrechts behindert oder erschwert hätte. Die Verfahrensregelungen der Kantone lassen es zu, dass deren Eigenheiten berücksichtigt werden können. Dies ist im vorliegenden Kontext umso wichtiger, als die organisatorischen Unterschiede der Deutschschweiz im Vergleich zur Westschweiz, auf die es im Rahmen des Verfahrensrechts Rücksicht zu nehmen gilt, relativ gross sind: Ein Zivilgericht in der Westschweiz benötigt eine andere Verfahrensordnung als eine als Verwaltungsbehörde konstituierte KESB in der Deutschschweiz. Eine Vereinheitlichung des Verfahrensrechts würde deshalb notgedrungen auch eine gewisse Vereinheitlichung der Organisationsstrukturen nach sich ziehen. Dies erscheint zum gegenwärtigen Zeitpunkt aber politisch nicht opportun. Im Sinne der gewählten föderalistischen Lösung unterstützt der Bundesrat vielmehr den Ansatz, dass die Kantone dort, wo sich Mängel zeigen, die entsprechenden Korrekturen selber vor-

¹⁰⁶ AUER, S. 191.

¹⁰⁷ BSK-Erw.Schutz-AUER/MARTI, Art. 450f N 5.

nehmen. Aus Sicht des Bundesrats gibt es deshalb keine Gründe, die es rechtfertigen, auf den Entscheid aus dem Jahr 2006 zurückzukommen.

Für eine Vereinheitlichung des Verfahrens auf Bundesebene besteht damit nach Ansicht des Bundesrates kein Anlass. Dies schliesst es allerdings nicht aus, dass dort, wo ein Problem unabhängig von der Organisationsform der Behörden auftritt, genauer hinzuschauen und zu überprüfen ist, ob durch eine Anpassung der bundesrechtlichen Regelung eine Verbesserung der Situation erreicht werden kann. Dies geschieht im vorliegenden Zusammenhang insbesondere im Hinblick auf die verfahrensrechtliche Stellung der Gemeinden¹⁰⁸ und den besseren Einbezug nahestehender Personen.¹⁰⁹ Die vorstehenden Überlegungen schliessen es selbstverständlich nicht aus, dass zu einem späteren Zeitpunkt eine Vereinheitlichung des Verfahrensrechts erneut überprüft wird. Letztlich ist es für eine vertiefte Beurteilung nach Ansicht des Bundesrates noch zu früh. Verschiedene Kantone sind zurzeit daran, ihre Umsetzung des neuen Rechts anzupassen und zu optimieren. Dies entspricht der föderalistischen Lösung. Zeigt sich zu einem späteren Zeitpunkt, dass trotz der entsprechenden Bemühungen der Kantone die Probleme weiterbestehen, sollte die Frage nach möglichen Bundesmassnahmen erneut diskutiert werden. In der Zwischenzeit sind die kantonalen Gesetzgeber dazu aufgerufen, Klarheit über die massgeblichen Rechtsgrundlagen im Verfahrensrecht zu schaffen. Gerade dort, wo der subsidiäre Verweis auf die ZPO nicht angemessen ist oder zu Unklarheiten führt, sind die Kantone aufgefordert, eigenständige Regelungen zu treffen.

Soweit die Ursache für ein Problem tatsächlich nicht in der kantonalen Umsetzung, sondern im Bundesrecht begründet ist – namentlich bei der Auslegung der bundesrechtlichen Vorgaben an das Verfahren – ist es primär *Aufgabe des Bundesgerichts*, für die nötige Rechtseinheit und Rechtssicherheit zu sorgen. Dieses hat denn auch seit dem Inkrafttreten des neuen Kindes- und Erwachsenenschutzrechts wiederholt Fragen im Zusammenhang mit den verfahrensrechtlich massgeblichen Bestimmungen entschieden. Dabei ging es etwa um den Fristenstillstand¹¹⁰, die Parteientschädigung¹¹¹ oder die Fristerstreckung.¹¹² Es liegt in der Natur der Sache, dass ein neues Gesetz Auslegungsfragen aufwirft, und dass die anfangs bestehenden Unklarheiten in der Folge von den rechtsanwendenden Behörden Schritt für Schritt beseitigt werden. Nur wenn die Rechtsprechung nicht in der Lage ist, diese Aufgabe wahrzunehmen, ist der Bundesgesetzgeber gefordert. Es bestehen keine Anzeichen dafür, dass im vorliegenden Kontext Besonderheiten vorliegen, die ein Abweichen von diesem Grundsatz rechtfertigen würden.

Schliesslich ist festzustellen, dass die Regelung von Artikel 450f ZGB, wonach die Bestimmungen der ZPO sinngemäss zur Anwendung kommen, soweit die Kantone nichts anderes bestimmen, in der Praxis viele Fragen aufgeworfen hat und allgemein nicht als ideale Lösung angesehen wird.¹¹³ Für eine Aufhebung von Artikel 450f ZGB erscheint der Zeitpunkt allerdings zu früh. Die Bestimmung wurde erlassen, um allfällige Lücken im kantonalen Verfahrensrecht zu schliessen. Auch wenn der Verweis allgemeiner Natur ist und im Einzelnen verschiedene Fragen offenbleiben, kann daraus in vielen Fällen, in denen das kantonale Recht keine Regelung enthält, eine Regelung abgeleitet werden. Dass mit dem Verweis keinesfalls eine eigenständige Regelung des kantonalen Rechts ersetzt werden kann, versteht sich von selbst.¹¹⁴ Auch hier war es die Absicht des Gesetzgebers, die entsprechende Regelung

¹⁰⁸ Vgl. dazu nachfolgend Ziff. 4.3.

¹⁰⁹ Vgl. dazu nachfolgend Ziff. 4.4.

¹¹⁰ Urteil des Bundesgerichts vom 29. März 2016, 5A_202/2016.

¹¹¹ Urteil des Bundesgerichts vom 20. März 2014, 5A_852/2013 und 5A_356/2014 vom 14. August 2014.

¹¹² Urteil des Bundesgerichts vom 3. September 2013, 5A_499/2013.

¹¹³ Vgl. etwa BSK-AUER/MARTI, Art. 450f N 5 f.

¹¹⁴ Bereits in der Botschaft wurde festgehalten, für welche Verfahrensfragen die Kantone möglichst eigenständigen Regelungen schaffen sollten: Rechtshängigkeit, Verfahrensleitung und Instruktion, Verfahrensabläufe im erst- und zweitinstanzli-

grundsätzlich den Kantonen zu überlassen und auf diese Weise den kantonalen Besonderheiten Rechnung tragen zu können. Sofern die vom Kanton festgelegte Verfahrensordnung in Verbindung mit Artikel 450f ZGB im Einzelfall zu Schwierigkeiten führt, ist es deshalb grundsätzlich Sache der Kantone, durch eine Anpassung des kantonalen Rechts Abhilfe zu schaffen.

4.3 Beschwerderecht und Einbezug der Gemeinden

4.3.1 Ausgangslage

Eine zentrale Neuerung des revidierten Kindes- und Erwachsenenschutzrechts ist die verbindliche Vorgabe, dass es sich bei der KESB um eine «Fachbehörde» handeln muss (Art. 440 Abs. 1 ZGB). Die damit verlangte Professionalisierung der Behörden hat in vielen Kantonen zu einer Regionalisierung oder zur Errichtung von Fachbehörden auf kantonaler Ebene geführt. Während vor dem Inkrafttreten des neuen Rechts viele Gemeinden aufgrund der kommunalen Aufstellung der Vormundschaftsbehörden über die geplanten oder angeordneten Massnahmen orientiert waren, sind sie heute in gewissen Kantonen nicht oder nur beschränkt in die Verfahren einbezogen.

Nicht vom Bundesrecht geregelt ist die Frage, wer die Kosten einer Massnahme zu tragen hat.¹¹⁵ Grundsätzlich gilt, dass die betroffene Person für die betreffenden Kosten selber aufzukommen hat. Im Falle der Bedürftigkeit muss die vom kantonalen Recht bezeichnete Stelle die Kosten übernehmen. Die Kantone haben hierzu unterschiedliche Regelungen erlassen. Das Gleiche gilt auch hinsichtlich des Einbezugs der Wohnsitzgemeinde in den Entscheidungsprozess.¹¹⁶ Einige Kantone haben ausserdem spezifische Arbeitshilfen oder Empfehlungen zu diesem Punkt erarbeitet.¹¹⁷ Je nach Ausgestaltung des kantonalen Rechts hat dies in einigen Kantonen zu einer heiklen Situation geführt: Eine Gemeinde muss unter Umständen für die Kosten einer Massnahme aufkommen, obwohl sie am Entscheid über ihre Errichtung nicht oder nur beschränkt beteiligt war.

In der Studie von Interface wurde für drei spezifische, kostenintensive Massnahmen (sozialpädagogische Familienbegleitungen, Pflegefamilienaufenthalte und Aufenthalte in Kinder- und Jugendheimen) erhoben, welche Stellen für die anfallenden Kosten aufkommen. Mit Ausnahme der Gemeinden in den sieben Kantonen Bern, Nidwalden, Glarus, Basel-Stadt, Appenzell Innerrhoden, Waadt, Genf, Zug und Basel-Landschaft tragen die Gemeinden in allen übrigen Kantonen subsidiär die Kosten der Massnahmen.¹¹⁸ Jedoch sehen die kantonalen Sozialgesetze teilweise, wie etwa im Kanton St. Gallen, auch Beteiligungen des Kantons an den Kosten oder Sonderlastenausgleiche vor.¹¹⁹

Hinzu kommt, dass zumindest das Bundesrecht keine Pflicht vorsieht, die Gemeinde vor dem Erlass einer Massnahme zu informieren und der Gemeinde auch kein Beschwerderecht gegen eine Massnahme zusteht. So sieht Artikel 450 ZGB die Möglichkeit einer Beschwerde gegen Entscheide sowohl der Kindes- als auch der Erwachsenenschutzbehörde zwar vor.¹²⁰ Zur Beschwerde befugt sind allerdings nur die am Verfahren beteiligten Personen, die der betroffenen Person nahestehenden Personen sowie Personen, die ein rechtlich geschütztes Interesse an der Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Entscheids haben. Wie das

chen Verfahren, Fristen und Zustellungen, Protokollierung, Kosten und Entschädigungen, unentgeltliche Rechtspflege, Form der Entscheide, Botschaft Kindes und Erwachsenenschutzrecht, S. 7088.

¹¹⁵ Vgl. dazu vorangehende Ziff. 3.5.2.

¹¹⁶ Vgl. dazu nachfolgend Ziff. 4.3.4.

¹¹⁷ Vgl. vgl. dazu nachfolgend Ziff. 4.3.4.2.

¹¹⁸ Studie Interface, S. 44.

¹¹⁹ Studie Interface, S. 68.

¹²⁰ Art. 450 ZGB ist aufgrund des Verweises in Art. 314 Abs. 1 ZGB auch auf die Kindesschutzbehörde anwendbar.

Bundesgericht festgehalten hat,¹²¹ kommt der kostenpflichtigen Wohnsitzgemeinde gegenüber Kindesschutzmassnahmen der KESB *keine generelle* Beschwerdebefugnis zu. Das finanzielle Interesse der Gemeinde, d.h. das Interesse, die angeordnete Massnahme nicht zu finanzieren, stellt nach Ansicht des Bundesgerichts kein rechtlich geschütztes Interesse im Sinne von Artikel 450 Absatz 2 Ziffer 3 ZGB dar.

4.3.2 Kritik und parlamentarische Vorstösse

Die neue Rolle der Gemeinden, insbesondere die fehlende Anhörung und Mitsprachemöglichkeit im Zusammenhang mit kostenintensiven Massnahmen, wird teilweise heftig kritisiert. Nach Ansicht der Kritiker sollen die Gemeinden über voraussichtlich hohe Kosten von Massnahmen informiert und angehört werden sowie die Möglichkeit erhalten, Beschwerde gegen Entscheide der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde zu erheben.¹²² Freilich stellt sich die Problematik nicht in allen Kantonen gleich: In denjenigen Kantonen, in welchen die angeordneten Massnahmen kantonal finanziert werden, sowie in den Kantonen der Romandie, in den Kantonen, in denen bereits früher die Vormundschaftsbehörden als kantonale Gerichtsbehörden ausgestaltet waren, kam die Kritik des (fehlenden) Einbezugs der Gemeinden bzw. die fehlende Beschwerdelegitimation erst gar nicht auf.

Als Reaktion auf die Kritik hat die KOKES im April 2014 – ergänzend zu den kantonalen Ausführungsbestimmungen – Empfehlungen zur Zusammenarbeit zwischen den Gemeinden und den Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden an die Kantone abgegeben. Abgelehnt wurde dagegen ein Beschwerderecht der Gemeinden.¹²³

Verschiedene Vorstösse auf Bundesebene haben mittlerweile die Kritik aufgenommen: Die Motion 15.3348¹²⁴ verlangt, das Anhörungs-, Mitsprache- und Beschwerderecht der Gemeinden gesetzlich zu verankern und zu erweitern sowie der Gemeinde ein Akteneinsichtsrecht zu gewähren. Ebenso will eine Standesinitiative des Kantons Schaffhausen¹²⁵ in Artikel 450 ZGB eine Beschwerdebefugnis des kostenpflichtigen Gemeinwesens gegenüber der KESB festlegen. Auch die Parlamentarische Initiative 16.415¹²⁶ zielt darauf ab, ein Beschwerderecht der Wohnsitzgemeinde der betroffenen Person gesetzlich zu verankern.

Im Folgenden soll zuerst diskutiert werden, ob es angemessen wäre, den Gemeinden ein eigenes Beschwerderecht einzuräumen (nachfolgend Ziff. 4.3.3). Anschliessend wird geprüft, welche anderen Möglichkeiten bestehen, um die Gemeinden besser in den Entscheidungsprozess einzubeziehen (nachfolgend Ziff. 4.3.4). In der Würdigung wird schliesslich die Frage des Handlungsbedarfs aus Sicht des Bundesgesetzgebers diskutiert.

4.3.3 Legitimation der Gemeinde zur Beschwerde gegen Entscheide der KESB

4.3.3.1 Allgemeines

Aufgrund der dargestellten Situation wird teilweise verlangt, dass den Gemeinden ein *selbständiges Beschwerderecht* gegen die Entscheide der KESB eingeräumt werden soll. Auf diese Weise soll es der Gemeinde ermöglicht werden, die Thematik der Kosten einzubrin-

¹²¹ Urteil des Bundesgerichts vom 28. März 2014, 5A_979/2013.

¹²² HÄFELI, AJP, S. 1598.

¹²³ KOKES, Empfehlungen Gemeindeeinbezug, Ziff. 2.3.3, Ziff. 3.3.

¹²⁴ Motion HERZOG vom 20. März 2015 («Kesb. Zum Wohle der Betroffenen»).

¹²⁵ Kantonale Initiative 15.309 Schaffhausen vom 4. Mai 2015 («Verankerung einer Beschwerdelegitimation des kostenpflichtigen Gemeinwesens gegenüber Kindes- und Erwachsenenschutzmassnahmen der Kesb im ZGB»).

¹²⁶ Parlamentarische Initiative Fraktion der Schweizerischen Volkspartei vom 17. März 2016 («Kesb. Beschwerderecht für Gemeinden und Behörden»).

gen. Teilweise wird ausserdem geltend gemacht, dass die bundesgerichtliche Rechtsprechung in vielen Fällen dazu führe, dass niemand den Entscheid der Behörde im Interesse der betroffenen Person hinterfragen und einer gerichtlichen Überprüfung zukommen lassen könne.¹²⁷

4.3.3.2 Lehre und Rechtsprechung vor dem 1. Januar 2013

Der altrechtliche Artikel 378 Absatz 1 aZGB räumte der heimatlichen Vormundschaftsbehörde im Rahmen des *Entmündigungsverfahrens* eine Sonderstellung ein: Sie war berechtigt, bei der Wohnsitzbehörde der betroffenen Person Antrag auf Bevormundung zu stellen. Mit dieser Sonderstellung einher ging ein Beschwerderecht der Heimatgemeinde zur Wahrung der Interessen der betroffenen Person, der in einem anderen Kanton Wohnsitz hatte und bevormundet werden sollte.¹²⁸ Mit der Beschwerde konnte geltend gemacht werden, dass der von der Vormundschaftsbehörde gefasste Beschluss den Interessen der Fürsorgebehörde ohne ausreichenden fürsorgerischen Grund nicht Rechnung trug.¹²⁹ In seiner älteren Rechtsprechung hat das Bundesgericht sich bisweilen auch – unabhängig von Artikel 378 Absatz 2 aZGB – dafür ausgesprochen, dass die «Fürsorgebehörde» die formelle Zustellung des Kosten auslösenden Entscheids verlangen und dagegen Beschwerde führen könne, wobei in diesem Verfahren nicht über die Begründetheit der angeordneten Massnahme zu entscheiden sei, sondern ein Rechtsmissbrauch aus sozialhilferechtlicher Sicht gerügt werden könne.¹³⁰

Festzuhalten bleibt hierzu allerdings, dass gemäss Lehre und Rechtsprechung schon damals kein Zweifel daran bestand, dass weder das Antragsrecht noch das Beschwerderecht die Heimatbehörde berechnete, *materiell* Einfluss auf den Inhalt des Entscheids der Wohnsitzbehörde zu nehmen. Die Unabhängigkeit der Vormundschaftsbehörde, in alleiniger Zuständigkeit und Verantwortung die erforderlichen Massnahmen anzuordnen, war bereits gemäss der damaligen Lehre und Rechtsprechung unbestritten.¹³¹ Das Bundesgericht hat diese Trennung der Zuständigkeiten bereits im Jahre 1926 vollzogen und dazu ausdrücklich erklärt, das Bundesrecht lasse einzig zur Regelung der Frage, wer bei Mittellosigkeit der Eltern und des Kindes die Versorgungskosten zu tragen habe, Raum für kantonales öffentliches Recht.¹³² Die zuständige Behörde benötigte keine vorgängige Kostengutsprache seitens der Fürsorgebehörde, da kantonale Verfahrensbestimmungen infolge der derogatorischen Kraft des Bundesrechts nicht dazu führen durften, dass die Umsetzung oder Durchführung von Bundesrecht verhindert oder übermässig erschwert werde.¹³³

4.3.3.3 Lehre und Rechtsprechung seit dem 1. Januar 2013

Die Rechtslage ist seit der Revision klar: Artikel 450 Absatz 2 ZGB nennt die zur Beschwerde gegen einen Entscheid der KESB legitimierten Personen. Die Gemeinde wird dabei nicht genannt. In seinem Urteil vom 28. März 2014¹³⁴ hat das Bundesgericht geprüft, ob das kostenpflichtige Gemeinwesen unter die in der Bestimmung genannten Personen subsumiert werden kann. Dies wurde klar abgelehnt: Die Gemeinde kann weder als Drittperson (Art. 450 Abs. 2 Ziff. 3 ZGB), noch als nahestehende (Art. 450 Abs. 2 Ziff. 2 ZGB) oder als am Verfahren beteiligte Person (Art. 450 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB) Beschwerde erheben.

¹²⁷ Vgl. etwa die Begründung der Kantonalen Initiative 15.309 sowie KRONENBERG MÜLLER, S. 1124.

¹²⁸ SCHNYDER/MURER, Art. 378 N 13 ff.; Art. a373 ZGB enthielt lediglich eine Verweisnorm im Rahmen des Entmündigungsverfahrens, wonach die Kantone die für die Entmündigung zuständigen Behörden und Verfahren bestimmten.

¹²⁹ BGE 66 I 35; ALBISSER, S. 34.

¹³⁰ Urteil des Bundesgerichts 8D_4/2013 vom 19. März 2014, Erw. 5.1 mit Verweis auf BGE 135 V 134, Erw. 3.2., 4.2.

¹³¹ Vgl. SCHNYDER/MURER, Art. 378 N 32; ALBISSER, S. 29 f.; BGE 66 I 35; 52 II 416 f.

¹³² BGE 52 II 417.

¹³³ BGE 135 V 134, Erw. 4.5.

¹³⁴ Urteil des Bundesgerichts 5A_979/2013 vom 28. März 2014.

Die Ablehnung der Beschwerdelegitimation der Gemeinde als *Drittperson* begründet das Bundesgericht insbesondere damit, dass das Interesse der Drittperson gemäss dem Wortlaut des Gesetzes ein *rechtlich* geschütztes Interesse sein muss. Zudem muss es sich um ein eigenes Interesse der Drittperson handeln, das durch die Massnahme geschützt werden soll und daher von der Behörde hätte berücksichtigt werden sollen. Diese Voraussetzung war bereits im früheren vormundschaftlichen Beschwerdeverfahren zu erfüllen.¹³⁵ Dass das finanzielle Interesse einer Gemeinde, die Kosten einer angeordneten Massnahme nicht zu übernehmen, als solch ein rechtlich geschütztes Interesse gelten könnte, wird vom Bundesgericht klar verneint.¹³⁶

Eine Beschwerdelegitimation der Gemeinde auf der Grundlage des Artikel 450 Absatz 2 Ziffer 1 ZGB zu schaffen, indem man sie in Bezug auf die Kostenfolgen der angeordneten Massnahme wie die schutzbedürftige Person als *Verfahrensbeteiligte* ansieht, wie dies kürzlich in einem kantonalen Entscheid geschehen ist,¹³⁷ ist nach Ansicht des Bundesgerichts ebenso zu verneinen. Auch nahestehende Personen oder Dritte sind, wenn sie sich am Verfahren beteiligt haben, nicht ohne Weiteres zur Beschwerde befugt, sondern nur im Rahmen ihrer nach Artikel 450 Absatz 2 Ziffer 2 oder 3 ZGB bestehenden Legitimation. Die Gemeinde kann als öffentlich-rechtliche Körperschaft nicht unmittelbar von einer angeordneten Massnahme betroffen sein; weil sie weder als nahestehende Person noch als Drittperson gelten kann, ist sie auch nicht zur Beschwerde berechtigt.¹³⁸ In diesem Sinne bestätigt auch die Lehre, dass die einzelnen Verfahrensrechte einer «am Verfahren beteiligten Person» im Sinne von Ziffer 1 der Bestimmung in jedem konkreten Einzelfall in Bezug auf die jeweils massgebende materiell-rechtliche Bestimmung des Zivilgesetzbuches (beispielsweise Art. 446 Abs. 1 ZGB) festgestellt werden müssen.¹³⁹

Die überwiegende Mehrheit der Lehre teilt die Ansicht des Bundesgerichts, indem sie die Beschwerdelegitimation der kostenpflichtigen Gemeinde verneint. Artikel 450 Absatz 2 Ziffer 3 ZGB umfasse lediglich Privatpersonen, die ein rechtlich geschütztes Interesse haben. Verwiesen wird zudem auf den Grundsatz, wonach die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde die Anordnungen zu treffen hat, die geeignet und erforderlich sind und damit dem Gebot der Verhältnismässigkeit entsprechen müssen. Es könne daher nicht sein, dass entsprechende Massnahmen einzig zum Schutz fiskalischer Interessen des Gemeinwesens blockiert werden oder unterbleiben. Eine Beschwerdebefugnis der Gemeinde würde deshalb eine Vereitelung des Ziels der Revision darstellen, eine einzige professionelle, interdisziplinär aufgestellte Behörde zu schaffen.¹⁴⁰

Das neue Recht räumt weder der Heimat- noch der Wohnsitzgemeinde eine Sonderstellung ein. Mit der Übertragung der alleinigen Zuständigkeit für den Kindes- und Erwachsenenschutz auf die Fachbehörden ist zudem das Beschwerderecht im Sinne eines altrechtlichen Vorrechtes der heimatlichen Vormundschaftsbehörde weggefallen. Die vom Gesetzgeber gewollte interdisziplinäre Fachbehörde soll unter Beachtung des Grundsatzes des Verhältnismässigkeitsprinzips ihre Massnahmen unabhängig von den Interessen der zahlungspflichtigen Gemeinden und ohne Weisungen von aussen anordnen können. Andernfalls wäre das Schutzziel des Kindes- und Erwachsenenschutzrechts gefährdet.

¹³⁵ Urteil des Bundesgerichts 5A_979/2013 vom 28. März 2014, Erw. 4.2 mit Verweis auf BGE 137 III 67 Erw. 3.1 sowie auf weitere Literatur.

¹³⁶ Urteil des Bundesgerichts 5A_979/2013 vom 28. März 2014, Erw. 4.3. und 4.4.

¹³⁷ Entscheid des Kantonsgerichts des Kantons Luzern vom 26. Januar 2015, Zeitschrift für kantonale Rechtsprechung (CAN) 1/2016, S. 19.

¹³⁸ Urteil des Bundesgerichts 5A_979/2013 vom 28. März 2014, Erw. 6.

¹³⁹ OFK-FASSBIND, Art. 450 N 3.

¹⁴⁰ BSK-Erw.Schutz-STECK, Art. 450 N 31 und 39; ESR-Kom.-WIDER, Art. 440 N 9e; OFK-FASSBIND, Art. 447 N 1 und Art. 450 N 3; HÄFELI, Grundriss, Rz. 34.12; einzig SCHMID spricht sich für die Beschwerdelegitimation aus, allerdings ohne Begründung, vgl. SCHMID, Art. 450 N 26.

4.3.3.4 Würdigung

Der Bundesrat anerkennt die Problematik, die sich daraus ergeben kann, dass eine Gemeinde mit hohen Kosten einer Massnahme konfrontiert ist, die von einer anderen Behörde angeordnet wurden. Die Einräumung eines Beschwerderechts der kostenpflichtigen Gemeinde erscheint allerdings nicht das richtige Mittel, um diese Problematik anzugehen. Dies namentlich aus folgenden Gründen:

(1) Ein allfälliges Beschwerderecht der kostenpflichtigen Gemeinde kann konzeptionell unterschiedlichen Zwecken dienen. So könnte *de lege ferenda* das Beschwerderecht zur Wahrnehmung der Interessen der betroffenen Person selbst eingeführt werden. Die fiskalischen Interessen der Gemeinden wären dann nicht unmittelbar Gegenstand des Verfahrens, die Gemeinde würde vielmehr in allgemeiner Art und Weise darüber wachen, dass die KESB die richtigen Massnahmen anordnet.¹⁴¹

Eine Reduktion auf diesen Blickwinkel macht allerdings rasch deutlich, dass die Gemeinde nicht die richtige Stelle ist, um die Interessen der betroffenen Person wahrzunehmen. Die anordnende Behörde erforscht den Sachverhalt von Amtes wegen und ohne an die Ansichten und Anträge der beteiligten Parteien gebunden zu sein. Dabei muss sie gewährleisten, dass jede angeordnete Massnahme erforderlich und geeignet ist und dem Verhältnismässigkeitsgebot entspricht.¹⁴² Im Rahmen der Sachverhaltsabklärung hat sie selbstverständlich auch die Sozialdienste der Wohnsitzgemeinde zu befragen, wenn sich zeigt, dass dort für den Entscheid wesentliche Informationen vorhanden sein könnten. Das relevante Vorwissen der Gemeindebehörden fliesst so unmittelbar in das Verfahren ein. Der eigentliche Entscheid über die Massnahme muss aber von der KESB als Fachbehörde getroffen werden. Ihr stehen dabei ein Beurteilungsspielraum sowie ein gewisses Ermessen zu, und es kann nicht sein, dass eine andere Behörde, die nicht den Anforderungen an eine Fachbehörde genügen muss, hier intervenieren kann. Einer Gemeinde das Recht einzuräumen, die Interessen Einwohnerinnen und Einwohner im Rahmen eines Beschwerderechts wahrzunehmen, steht nach Ansicht des Bundesrates mit anderen Worten in einem Widerspruch zum Zweck der Revision, eine unabhängige, einzig zuständige, professionelle Behörde einzusetzen, die den Auftrag hat, die Interessen der Schutzbedürftigen zu wahren. Die meisten Gemeinden haben weder die erforderlichen Fachkenntnisse, noch die Ressourcen, um eine solche Aufgabe effektiv wahrzunehmen. Es ist deshalb davon auszugehen, dass in der Praxis ein solches Recht kaum wahrgenommen würde bzw. allenfalls bloss dort, wo es um teure Massnahmen geht, im Sinne der fiskalischen Interessen der Gemeinde (und nicht der betroffenen Person) ausgeübt würde.

Der Gesetzgeber hat ausserdem die Beschwerdebefugnis nahestehender Personen geregelt, die *im Interesse der betroffenen Person* ans Gericht gelangen können. Zum Kreis dieser nahestehenden Personen gehören nebst den nahen Verwandten auch die Beistandin und der Beistand, die Vertrauensperson,¹⁴³ Ärzte, Sozialarbeiter, Geistliche sowie die anderen Personen, die eine betreuende oder begleitende Funktion wahrnehmen.¹⁴⁴ Der Begriff der nahestehenden Person ist sehr weit gefasst und sollte in der Mehrheit der Fälle gewährleisten können, dass sich eine solche nahestehende Betreuungs- oder Begleitperson für die Wahrung der Interessen der betroffenen Person einsetzen kann. Die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde hat zudem mit den ihr zur Verfügung stehenden Mitteln, beispielsweise mit der Einsetzung einer Kindsvertretung gemäss Artikel 314a^{bis} ZGB, dafür zu sorgen, dass

¹⁴¹ So wurde im Rahmen der Anwendung des alten Artikels 378 aZGB noch davon ausgegangen, dass die Heimatgemeinde die «Mündelinteressen» wahrnimmt, vgl. SCHNYDER/MURER, Art. 378 N 14.

¹⁴² Art. 446 Abs. 1 und 3, Art. 389 Abs. 3 ZGB.

¹⁴³ Art. 432 ZGB.

¹⁴⁴ Art. 450 Abs. 2 Ziff. 2 ZGB; BSK-Erw.Schutz-STECK, Art. 450 N 33.

die Interessen der schutzbedürftigen Person in allen Konstellationen, also beispielsweise auch dann, wenn die Eltern mit einem Obhutsentzug einverstanden sind, gewahrt werden.

(2) Die Diskussion um ein Beschwerderecht der Gemeinden macht deutlich, dass es primär nicht um die Wahrnehmung der Interessen der betroffenen Person geht, sondern um die *fiskalischen Interessen* des kostenpflichtigen Gemeinwesens. Die Beschwerde soll dazu dienen, unnötige oder unnötig teure Massnahmen zu verhindern. Wird ein Beschwerderecht der Gemeinde auf diese Weise verstanden, kann sie geltend machen, die angeordnete Massnahme sei zu teuer und der angestrebte Zweck könne auch mit einer anderen, kostengünstigeren Massnahme erreicht werden. Im Ergebnis geht es hier darum, dass vorgebracht wird, die angeordnete Massnahme entspreche beispielsweise nicht dem Kindeswohl bzw. diesem könnte mit einer anderen Massnahme in gleicher Weise entsprochen werden. Dies beispielsweise bei einem Entscheid, ob ein Kind in eine Pflegefamilie, eine betreute Wohngruppe oder in ein Kinderheim zu geben ist. Gerade bei einem solchen Entscheid dürfen aber die zu erwarteten Kosten der Massnahmen nicht im Vordergrund stehen; zentral ist vielmehr der Aspekt des Kindeswohls. Für diese Beurteilung ist aber die KESB als Fachbehörde zuständig und nicht die Wohnsitzgemeinde. Soweit die Wohnsitzgemeinde entscheidungsrelevante Kenntnisse des Falles hat, soll sie diese im Rahmen der Sachverhaltsabklärung durch die KESB einbringen können.

Ursache des Konflikts ist letztlich nicht das Fehlen des Beschwerderechts der Gemeinde, sondern das bewusste und gewollte Ziel der Revision, eine weisungsungebundene Fachbehörde einzurichten. Die damit in vielen Kantonen einhergehende Restrukturierung der Behördenorganisation hat unter Umständen zu einem Auseinanderfallen der Entscheidzuständigkeit und der Kostenpflicht geführt: Verschiedene Kantone haben mit der Revision zwar regionale oder kantonale KESB eingerichtet, die Kostentragung für die Massnahmen aber weiterhin auf der kommunalen Ebene belassen. Die bestehenden Schwierigkeiten sind deshalb auf die Regelung der Kostenverteilung innerhalb einzelner Kantone zurückzuführen. Deshalb würde auch mit der Einführung eines Beschwerderechts der Gemeinden das Problem nicht gelöst, denn die Gemeinden wären nach wie vor verpflichtet, im Falle des Unterliegens im Beschwerdeverfahren für die entsprechenden Kosten aufzukommen. Die Massnahme erscheint deshalb ungeeignet, um das dargestellte Problem zu lösen.

(3) Die Einführung eines Beschwerderechts zugunsten der kostenpflichtigen Gemeinde hätte schliesslich noch eine andere Inkonsistenz zur Folge: Die Zivilgerichte in den Kantonen sind im eherechtlichen Verfahren auch zuständig, Massnahmen zum Schutze des Kindes zu treffen.¹⁴⁵ Den Gemeinden kommt im Rahmen dieser Verfahren, auch wenn sie nach kantonalem Recht zur Übernahme der Kosten verpflichtet sind, kein Beschwerderecht zu. Die Schaffung eines Beschwerderechts der Gemeinde im Rahmen des Kindes- und Erwachsenenschutzrechts würde bedeuten, dass die Gemeinden nur gegenüber Entscheidungen der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden, nicht jedoch gegenüber den Zivilgerichten ein Beschwerderecht hätten, soweit diese Kindesschutzmassnahmen anordnen.

Im Ergebnis zeigt sich, dass die Einführung eines Beschwerderechts für die kostenpflichtige Gemeinde *ein ungeeignetes Mittel* darstellt, um die vorhandenen Probleme zu lösen. Vielmehr erscheint es angezeigt, die kostenpflichtigen Gemeinden im Vorfeld des Erlasses einer Massnahme in den Entscheidprozess einzubeziehen und damit den Entscheid für die betroffene Gemeinde auch nachvollziehbar auszugestalten. Der Bundesrat hält deshalb die Einführung eines Beschwerderechts der kostenpflichtigen Gemeinden nicht für zielführend. Zu prüfen ist vielmehr, auf welche andere Weise die Gemeinden besser in die Entscheidungsfindung einbezogen werden können. Dieses Anliegen der Gemeinden, in Bezug auf geplante

¹⁴⁵ Art. 315a Abs. 1 ZGB.

oder angeordnete Massnahmen *angehört bzw. einbezogen* zu werden und von den angeordneten Massnahmen Kenntnis zu erhalten, soll auf andere Art und Weise berücksichtigt werden (vgl. dazu ausführlich nachfolgend Ziff. 4.3.4).

4.3.4 Einbezug der Gemeinde im Vorfeld des Erlasses einer Massnahme

4.3.4.1 Allgemeines

Wie dargelegt, erscheint es sachgerecht, die Interessen der kostenpflichtigen Gemeinde nicht auf dem Weg der Einräumung eines selbständigen Beschwerderechts, sondern durch einen vorgängigen besseren Einbezug ins Verfahren zu wahren. Auf diese Weise besteht vor allem auch die Möglichkeit, *vor* dem Erlass der Massnahme eine Lösung zu finden, die den Umständen angemessen Rechnung tragen kann.

Einige Kantone haben bereits im Zuge der Umsetzung des neuen Rechts in den jeweiligen Einführungsgesetzen Regelungen über den Einbezug der kostenpflichtigen Gemeinden eingeführt oder sind derzeit damit befasst. In einigen Kantonen existieren neben oder anstelle der gesetzlichen Grundlagen zusätzlich interne Weisungen, Empfehlungen oder Handbücher zur Zusammenarbeit der Gemeinden und den Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden.¹⁴⁶

Diese kantonalen Regelungen und Empfehlungen sehen einen unterschiedlich starken Einbezug der Gemeinden vor. Teilweise wird die Gemeinde nur über die von der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde angeordnete Massnahme informiert. Andere Bestimmungen sehen vor, dass die Gemeinde bei der Eröffnung eines Verfahrens informiert wird und Stellung nehmen *kann*; wiederum andere sehen eine Pflicht der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde vor, die Gemeinde, soweit sie durch die Massnahme in ihren Interessen wesentlich berührt ist, vorgängig zur Stellungnahme aufzufordern. Der Einbezug der Gemeinden im Kanton Aargau geht derzeit am weitesten: Hier ist vorgesehen, dass nebst der Pflicht zur vorgängigen Anhörung bei kostenintensiven Massnahmen der Gemeinde Akteneinsicht zu gewähren ist.¹⁴⁷

Aufgrund der politischen Diskussion hat auch die KOKES am 24. April 2014 Empfehlungen erlassen, wie in der betreffenden Situation am Besten vorzugehen ist.¹⁴⁸ Darin werden einerseits die Rechtslage unter früherem Recht und die Positionen zum neuen Recht zusammengefasst. Im Rahmen einer Empfehlung werden die KESB gehalten, gegenüber dem finanzierenden Gemeinwesen darzulegen, aus welchen Gründen eine bestimmte Massnahme angeordnet wurde und welche Alternativen geprüft wurden. Weiter wird Folgendes empfohlen:

«Soweit zeitlich möglich, der Sache dienlich und mit dem Kindesschutzgeheimnis vereinbar, soll der Kostenträger im Rahmen der Abklärung in die Entscheidungsfindung miteinbezogen werden, der Einbezug ist aber keine zwingende Voraussetzung der Kostentragungspflicht.» Und weiter: «Die KSB entscheidet kraft eigener Zuständigkeit und unterliegt dabei allen rechtsstaatlichen Prinzipien unter Einschluss der Pflicht, mit öffentlichen Mitteln sorgsam umzugehen und keine unnötigen Kosten zu verursachen. Ihre Entscheide hat die KSB entsprechend zu begründen, insb. soll der Beschluss neben der Problembeschreibung und der Diagnose auch Ausführungen zu den geprüften Lösungsoptionen und den anfallenden Kosten sowie die Gründe für die gewählte Massnahme beinhalten. Die Zusammenarbeit zwischen KSB und finanzierendem Gemeinwesen wird erleichtert, wenn die KSB ihre Über-

¹⁴⁶ Kanton Zürich, Empfehlungen Zusammenarbeit; Kanton Aargau, Handbuch Abklärungen.

¹⁴⁷ § 64 Abs. 2 EG ZGB (AG) vom 27. März 1911 (210.100); Art. 35 Abs. 2 EG ZGB (NW) vom 24. April 1988 (211.1).

¹⁴⁸ KOKES, Empfehlungen Gemeindeeinbezug.

legungen, insb. auch jene finanzieller Art, in der Entscheidungsbegründung ausführt.»¹⁴⁹

Das Bedürfnis der kostenpflichtigen Gemeinden, bei Abklärungen der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde in Bezug auf die Kostenfolgen mit einbezogen zu werden, wurde auch im Rahmen der Studie von Interface mehrfach geäußert. Aus den geführten Interviews in den Fallstudien geht ebenso hervor, dass sich gewisse anfängliche Schwierigkeiten der Kommunikation mittlerweile gelegt und sich die Zusammenarbeit verbessert haben.¹⁵⁰ Im Bereich des Kindesschutzes werden die Gemeinden etwas häufiger in die Abklärungen einbezogen als im Bereich des Erwachsenenschutzes.¹⁵¹ Der Einbezug der Gemeinden bei den Behörden, die als Verwaltungsbehörden organisiert sind, erfolgt etwas häufiger als bei solchen, die als Gerichte aufgestellt sind. Bei rund der Hälfte der Behörden bestehen im Bereich des Kindesschutzes zudem verbindliche Regelungen zum Einbezug der Gemeinden, im Bereich des Erwachsenenschutzes sind es 45 Prozent. Kantonal organisierte Behörden haben häufiger Regelungen zum Einbezug der Gemeinden bei Abklärungen oder Anordnungen vor als solche, die als Gericht oder als kommunale Trägerschaft organisiert sind.¹⁵²

4.3.4.2 Bestehende Lösungsansätze in den Kantonen

Im Sinne einer Übersicht werden nachfolgend verschiedene Möglichkeiten dargestellt, wie in den Kantonen die Gemeinden im Vorfeld des Erlasses einer Massnahme einbezogen werden können:

Information über die Anordnung und Aufhebung von Massnahmen

Es versteht sich von selbst, dass die Gemeinde über die Anordnung und Aufhebung von Massnahmen in den Grenzen des Gesetzes informiert wird, soweit sie davon betroffen ist. In den Kantonen Nidwalden und St. Gallen beispielsweise ist diese Informationspflicht auch gesetzlich verankert.¹⁵³ In der Praxis wird der Gemeinde bezüglich der angeordneten Massnahme entweder eine Zusammenfassung der Anordnungserwägungen zur Massnahme im konkreten Fall mitgeteilt oder ein Auszug des Entscheids zugestellt. Aufgrund der Verschwiegenheitspflicht der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden (Art. 451 Abs. 1 ZGB) ist dabei Vorsicht geboten, denn es müssen überwiegende Interessen für die Preisgabe von Informationen vorliegen. Der Kanton St. Gallen hat diesen Grundsatz in seine gesetzliche Regelung aufgenommen. Die Weitergabe von Informationen an andere Behörden ist an die Bedingung geknüpft, dass diese «[...] zur Erfüllung ihrer gesetzlichen oder öffentlichen Aufgaben» [...] auf die Information angewiesen sind und «[...] das öffentliche Interesse an der Information gegenüber den Persönlichkeitsrechten der betroffenen Personen überwiegt».

Anhörung von Fall zu Fall / Freiwillige Stellungnahme («Kann-Lösung»)

Ein stärkerer Einbezug findet statt, wenn – über die Informationspflicht hinaus – die Gemeinde von der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde zur Stellungnahme eingeladen werden kann. Der Kanton Luzern kann als Beispiel einer «Kann»-Lösung aufgeführt werden. Die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden *können* die Gemeinde zur Stellungnahme einladen, sind jedoch hierzu nicht verpflichtet. Die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden im Kanton Luzern müssen die Gemeinden jeweils über die Eröffnung eines Verfahrens informieren.¹⁵⁴

¹⁴⁹ KOKES, Empfehlungen Gemeindeeinbezug, Ziff. 3.

¹⁵⁰ Studie Interface, S. 63 und 68.

¹⁵¹ Im Bereich Kindesschutz ergab die Umfrage, dass in 41.1% der Kindesschutzfälle und in 37.5% der Erwachsenenschutzfälle die Gemeinde immer oder meistens einbezogen wurde; vgl. Studie Interface, S. 46, Abbildung D 4.12.

¹⁵² Vgl. zum Ganzen: Studie Interface, S. 45 ff.

¹⁵³ Art. 26 (EG KES SG) vom 24. April 2012 (912.5), § 35 Abs. 2 EG ZGB NW vom 24. April 1988 (211.1).

¹⁵⁴ § 51 Abs. 2 EG ZGB LU vom 20. November 2000, (200).

Je nachdem, welche Art von Massnahmen geprüft wird, sieht auch der Kanton Zürich solche «Kann-Lösungen» vor. Die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde lädt die Gemeinde im Verlauf des Abklärungsverfahrens zur Stellungnahme ein, *sofern* dies aufgrund des konkreten Sachverhalts notwendig erscheint. Im Rahmen der Einholung eines Amtsberichts bei der Gemeinde hat diese zudem die Möglichkeit, unaufgefordert eine Stellungnahme abzugeben.¹⁵⁵ Sind jedoch kindesschutzrechtliche Massnahmen in Prüfung, die voraussichtlich hohe Kosten verursachen, gilt das «Pflicht-Regime» (vgl. nachfolgenden Abschnitt). Eine ähnliche Regelung wie im Kanton Zürich wurde per 1. Juni 2016 auch im Kanton Thurgau eingeführt.

Anhörungsrecht bei voraussichtlich hohen Kosten («Muss-Lösung»)

Ein weiterer, stärkerer Einbezug der Gemeinde, einem eigentlichen *Anhörungsrecht* gleichkommend, ist die in einigen kantonalen Einführungsgesetzen festgelegte Aufforderung zur Stellungnahme durch die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde. Solche Regelungen sind etwa in den Kantonen Graubünden, Uri, Schaffhausen, Thurgau sowie im Kanton Aargau vorgesehen.¹⁵⁶ Der Kanton Zürich sieht in seinen Empfehlungen ein solches Recht im Rahmen des Kindesschutzes vor. Im Kanton St. Gallen ist ein parlamentarischer Vorstoss überwiesen worden, der die Einführung einer entsprechenden Lösung verlangt.¹⁵⁷ Im Kanton Basel-Landschaft wurde jüngst ein entsprechender Vorstoss als bereits erfüllt abgeschrieben mit der Begründung, dass das Anliegen mit der heutigen Gesetzgebung in weiten Teilen bereits erfüllt werde.¹⁵⁸

Die Pflicht der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde, die Gemeinde vorgängig zur Stellungnahme aufzufordern, setzt in allen kantonalen Regelungen voraus, dass die Gemeinde in ihren (finanziellen) Interessen wesentlich berührt ist. Der Kanton Aargau spricht in der Verordnung von einer direkten, mindestens vorläufigen finanziellen Leistungspflicht der Gemeinde, welche die Pflicht zur Anhörung auslöst. Der Kanton Schaffhausen spricht wie der Kanton Zürich einfach von «voraussichtlich erheblicher Kostenfolge» für die Gemeinde.

Ausführlich umschreiben die Empfehlungen des Kantons Zürich das Vorgehen der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden, wenn zu erwarten ist oder bereits bekannt ist, dass die Massnahmen kostenintensiv sind. Kommt die Behörde im Kanton Zürich im Rahmen der Prüfung der kostenintensiven Massnahmen zum Schluss, dass diese voraussichtlich mehr als Fr. 3000.-- pro Kind und pro Monat kosten, wird die Gemeinde zur Stellungnahme eingeladen. Dabei werden zwischen Situationen, in denen im Zeitpunkt des Entscheids die Massnahmendetails (Durchführungsort/-person, Kosten, Beginn, evtl. Dauer der Massnahme) bekannt sind und solchen, in denen diese Details nicht vorliegen, unterschieden. In der Regel soll die Gemeinde innert drei Tagen Stellung nehmen. Soweit die Details im Hinblick auf die Massnahme bekannt sind, kann die Gemeinde Vorschläge für andere geeignete Platzierungsorte vorschlagen oder Auskunft über von ihr selbst eingeleitete Massnahmen erbringen, soll jedoch keine Stellungnahmen über ihre Einschätzung des Kindeswohls abgeben.¹⁵⁹

Akteneinsichtsrecht

Bisher sehen nur die Kantone Aargau sowie Thurgau in ihrer Einführungsgesetzgebung ein explizites Akteneinsichtsrecht der kostenpflichtigen Gemeinde vor, wobei präzisiert wird,

¹⁵⁵ Vgl. Kanton Zürich, Empfehlungen Zusammenarbeit, Ziff. 3.2.1 und 3.2.2.; § 49 Abs. 2 EG-KESR ZH vom 25. Juni 2012 (232.3).

¹⁵⁶ Art. 6 Abs. 2 EG KESR Uri vom 23. Oktober 2011 (RB 9.2113); Art. 52 Abs. 2 EG ZGB SH vom 27. Juni 1911 (210.100); Art. 11 KESV GR vom 11. Dezember 2012 (215.010); § 64 Abs.1 EG ZGB AG vom 27. März 1911 sowie § 6 Verordnung KESR AG vom 30. Mai 2012 (210.125); § 47 Verordnung KESR TG vom 22. Oktober 2012 (KESV, RB 211.24).

¹⁵⁷ Motion 42.16.04; vgl. dazu www.ratsinfo.sg.ch/home/geschaeft/geschaeftssuche.html.

¹⁵⁸ Bericht der Justiz- und Sicherheitskommission an den Landrat vom 11. August 2016, www.baselland.ch/fileadmin/baselland/files/docs/parl-lk/berichte/2016/2016-188.pdf.

¹⁵⁹ Kanton Zürich, Empfehlungen Zusammenarbeit, Ziff. 5.5.2.

dass die Gemeinde damit nicht zur Verfahrenspartei wird.¹⁶⁰ Der erwähnte Vorstoss im Kanton St. Gallen verlangte für die Gemeinden auch ein Akteneinsichtsrecht.¹⁶¹ Dieser Forderung soll jedoch gemäss Regierung nicht entsprochen werden.¹⁶² Im Kanton Basel-Landschaft stiess hingegen die Forderung eines Akteneinsichtsrechts nicht auf Gehör. Weder die formelle Möglichkeit zur Stellungnahme noch ein Akteneinsichtsrecht könne einer Gemeinde eingeräumt werden, da sie keine Verfahrenspartei sei.¹⁶³

Artikel 449b ZGB konkretisiert das Recht auf Akteneinsicht im ZGB als Teilgehalt des verfassungsmässigen Anspruchs auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV). Es bezieht sich auf das Verfahren vor der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde und ist auch im Verfahren vor der gerichtlichen Beschwerdeinstanz zu beachten.¹⁶⁴ Die Bestimmung verleiht gemäss Wortlaut den *am Verfahren beteiligten Personen* das Recht auf Akteneinsicht, soweit keine überwiegenden Interessen entgegenstehen.

Nach Ansicht der Lehre kann es sich dabei jedoch lediglich um Personen handeln, die auch nach dem materiellen Zivilrecht zur selbständigen Ausübung von Verfahrensrechten befugt sind.¹⁶⁵ Darunter sind in erster Linie die betroffenen Personen selbst oder die nahestehenden Personen zu verstehen. Drittpersonen hingegen sind – wie das Bundesgericht auch im Zusammenhang mit dem Beschwerderecht festgehalten hat – nur dann als am Verfahren beteiligte Personen anzusehen, wenn sie auch ein rechtlich geschütztes Interesse haben. Ein vom kantonalen Recht vorgesehenes Akteneinsichtsrecht der Gemeinde ist damit *de lege lata* heikel, da damit letztlich der vom Bundesrecht in Artikel 449b Absatz 1 ZGB abschliessend umschriebene Personenkreis erweitert wird, dem Akteneinsicht gewährt werden darf.

Bezeichnung einer Kontaktperson bei der Gemeinde und Plattform für regelmässigen Austausch

Zur Gewährleistung einer langfristig vertrauensvollen und effizienten Zusammenarbeit empfehlen der Kanton Zürich sowie der Kanton Aargau die Bestimmung einer Kontaktperson bei der Gemeinde (sowie deren Stellvertretung).¹⁶⁶ Der Kanton Aargau umschreibt die Rolle und die Aufgaben der sog. «Koordinationsperson» der Gemeinde im Handbuch detailliert. Sie ist zuständig zur Entgegennahme und Erfüllung von Aufträgen des Familiengerichts zur Erstellung von Abklärungen, zum Verfassen einer Stellungnahme des Gemeinderates in Ausübung des Anhörungsrechts, für Anfragen des Familiengerichts nach Privatpersonen als Beistände (Vorschlagsrecht) sowie zum Verfassen einer freiwilligen Stellungnahme des Gemeinderates. So wie es auf Seiten der Gemeinde eine Koordinationsperson gibt, ist im Kanton Aargau auch eine Koordinationsperson der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde eingesetzt.¹⁶⁷

Im Hinblick auf die Praxisentwicklung und zur Sicherung der Qualität sehen die Empfehlungen des Kantons Zürich ausserdem vor, dass sich die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden mindestens einmal jährlich mit den Gemeinden zum Meinungsaustausch treffen. Im Kanton Schwyz hat der Regierungsrat eine Kindes- und Erwachsenenschutzkommission einberufen, welche die Aufsichtsbehörde und die beiden Fachbehörden bei der Zusammenarbeit mit den Sozialdiensten der Gemeinden berät.¹⁶⁸

¹⁶⁰ § 64 Abs. 2 EG ZGB AG vom 27. März 1911 (210.100); § 47 Abs. 3 KESV TG vom 22. Oktober 2012 (211.24).

¹⁶¹ Motion 42.16.04; vgl. dazu www.ratsinfo.sg.ch/home/geschaefte/geschaefstssuche.html.

¹⁶² Vgl. www.zsz.ch/obersee/kesb-gute-noten-aber-auch-einige-maengel/story/20754307.

¹⁶³ Vgl. Bericht der Justiz- und Sicherheitskommission an den Landrat vom 11. August 2016 (Fn. 158).

¹⁶⁴ BSK-Erw.Schutz-AUER/MARTI, Art. 449b N 2.

¹⁶⁵ BSK-Erw.Schutz-AUER/MARTI, Art. 449b N 19.

¹⁶⁶ ZH-Empfehlungen Gemeinden, Ziff. 3.1; § 1 Kindes- und Erwachsenenschutzverordnung Kanton Aargau (Fn. 156).

¹⁶⁷ Kanton Aargau, Handbuch Abklärungen; § 2 Verordnung KESR AG vom 30. Mai 2012 (210.125).

¹⁶⁸ Kanton Zürich, Empfehlungen, Ziff. 6.1.1; Studie Interface, S. 63.

Begründung der Entscheide im Hinblick auf die Kosten einer Massnahme

Aus der Studie Interface geht die Empfehlung an die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden hervor, den Gemeinden gegenüber die Kostenfolgen einer Massnahme besser zu begründen und über die möglichen geprüften alternativen Massnahmen zu informieren.¹⁶⁹

Wie die KOKES in ihren Empfehlungen erwähnt,¹⁷⁰ leuchtet es ein, dass die Zusammenarbeit mit den Gemeinden erheblich erleichtert würde, wenn die Gemeinden nachvollziehen können, welche Überlegungen sich die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden im Zusammenhang mit den Kostenfolgen der Massnahme gemacht haben. Die Begründung müsste die geprüften erforderlichen und geeigneten Optionen (einer Heimplatzierung oder Platzierung bei einer Pflegefamilie) auch in Bezug auf deren jeweilige Kostenfolgen darlegen und Erwägungen dazu beinhalten, aus welchen Gründen diese spezifische Massnahme gewählt bzw. andere verworfen wurden.

Klare Aufgabenteilung – Erstellung von Standards

Das Bedürfnis nach einer klaren Aufgabendefinition für die Gemeinden bzw. die Zusammenarbeit zwischen den Gemeinden und den Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden geht auch aus den Empfehlungen der Studie Interface hervor.¹⁷¹ Soweit ersichtlich, haben bisher der Kanton Zürich in seinen Empfehlungen sowie der Kanton Aargau eigentliche Arbeitshilfen geschaffen. Im Kanton Bern besteht eine besondere Verordnung über die Zusammenarbeit.¹⁷² In all diesen Instrumenten werden einerseits Grundsätze der Zusammenarbeit festgehalten, Aufgaben und Rollen der beteiligten Akteure geklärt und andererseits Standards für Gefährdungsmeldungen, Abklärungen von Privatpersonen im Rahmen der Amtsberichte, der Informationsaustausch sowie die Möglichkeiten des Einbezugs der Gemeinden festgehalten. Mit dem Ziel, die Verfahren und Abläufe so einheitlich wie möglich zu gestalten, wurden nebst ausformulierten Anweisungen und Definitionen auch Muster für einzelne Arbeitsabläufe entwickelt, die von den Gemeinden oder von der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde genutzt werden können.¹⁷³

4.3.4.3 Erfahrungen mit den kantonalen Regelungen

Eine informelle Umfrage im Rahmen eines Treffens der kantonalen Aufsichtsbehörden hat gezeigt, dass die Kantone gute Erfahrungen mit ihren jeweiligen Lösungen machen. Insbesondere die Kritik der Gemeinden in den Kantonen, welche sich für eine «Pflicht»-Lösung entschieden haben (Schaffhausen und Uri), scheint stark zurückgegangen zu sein. Die Gemeinden haben seit der Einführung der Lösungen kaum Stellungnahmen bei den Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden eingereicht oder sich gegen die Kostenfolgen einer Massnahme gestellt. Der Kanton Zürich hat bereits drei Monate nach Inkrafttreten seiner Empfehlungen im Aufsichtsbericht des Jahres 2014 festgestellt, dass die überwiegende Mehrheit der wenigen Gemeinden, die eine Stellungnahme eingereicht haben, mit der Massnahme – und den Kostenfolgen – einverstanden waren und die Mehrheit auf eine Stellungnahme verzichtet hat.¹⁷⁴

Die entsprechenden Anpassungen mit dem Ziel der Verbesserung der Zusammenarbeit mit den Gemeinden sind in verschiedenen Kantonen bereits erfolgt oder noch im Gang. So sind etwa im Kanton Aargau trotz erster Verbesserungen der Zusammenarbeit zwischen den Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden weitere Optimierungsmassnahmen und Gesetzesan-

¹⁶⁹ Studie Interface, S. 14.

¹⁷⁰ KOKES, Empfehlungen Gemeindeeinbezug, Ziff. 3.3.

¹⁷¹ Studie Interface, S. 26.

¹⁷² Verordnung über die Zusammenarbeit der kommunalen Dienste mit den Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden und die Abgeltung der den Gemeinden anfallenden Aufwendungen (ZAV) vom 19.09.2012 (BSG 213.318).

¹⁷³ Kanton Aargau, Handbuch Abklärungen.

¹⁷⁴ Kanton Zürich, Aufsichtsbericht 2014, Kap III/B/6b.

passungen geplant.¹⁷⁵ Ebenso sind im Kanton Zürich Diskussionen im Gang, den Gemeinden ein weitergehendes Anhörungsrecht einzuräumen.¹⁷⁶

Zur Beruhigung der Situation beigetragen haben ausserdem auch die Bemühungen einiger Kantone im Hinblick auf eine Anpassung der kantonalen Finanzierungsgesetze. Einzelne Kantone befassen sich verstärkt mit der Frage der Finanzierungsentflechtung zwischen Kanton und Gemeinden¹⁷⁷ oder haben eine solche Anpassung der kantonalen Finanzierungsgesetze bereits vorgenommen.¹⁷⁸

4.3.5 Würdigung

Der Bundesrat anerkennt das Bedürfnis und das Interesse der Gemeinden, über die Kostenfolgen der Massnahmen der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden informiert und in den Grenzen des Gesetzes in den Entscheidungsprozess einbezogen zu werden. Eine gute Zusammenarbeit zwischen Kanton und Gemeinden ist für eine erfolgreiche Umsetzung des neuen Kindes- und Erwachsenenschutzrechts von grosser Bedeutung.

Aus rechtlicher Sicht sind die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden vom Bundesrecht her nicht verpflichtet, die Gemeinden in den Entscheidungsprozess einzubeziehen. Das ist insbesondere in den Kantonen, in denen der Kanton für die Finanzierung der Massnahmen aufkommt, unproblematisch. Die Studie von Interface hat ausserdem deutlich gemacht, dass die Gemeinden dort, wo sie kostenpflichtig sind und entsprechende kantonale Regelungen bestehen (im Bereich des Kindesschutzes 41% und im Bereich des Erwachsenenschutzes 37%), immer oder fast immer von den Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden einbezogen werden. Für den Bund von grosser Bedeutung ist zudem, dass in den Kantonen die Optimierungsprozesse im Hinblick auf einen verstärkten Einbezug der Gemeinden sowie Überlegungen und Anstrengungen im Hinblick auf eine Umverteilung der Kostenlast zwischen Gemeinde und Kanton im Gang sind. Es ist deshalb davon auszugehen, dass die bestehenden Schwierigkeiten mittelfristig verschwinden werden.

Aus der Sicht des Bundesrates ist die Einführung einer *bundesrechtlichen Grundlage* für den Einbezug der Gemeinden durch die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden nicht zielführend. Sie würde den regionalen Gegebenheiten und der Vielfalt der Organisationsmodelle der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden nicht gerecht. Die Verfahrensregelungen des Zivilgesetzbuches sind bewusst rudimentär und überlassen den Kantonen genügend Raum für Zusammenarbeitslösungen, die gesetzlich oder im Rahmen von internen Weisungen und Richtlinien festgelegt werden können. In welchem Umfang die Kantone die Gemeinden einbeziehen, ob sie sich für eine «Kann-Lösung» oder für den Pflichteinbezug der Gemeinden entscheiden wollen, ob sie dies im Rahmen von Empfehlungen oder Gesetzen umsetzen, kann und muss jeder Kanton aufgrund der bestehenden Bedürfnisse prüfen und allfällige Regelungen erlassen. Zu betonen ist auch, dass der Einbezug der Gemeinden in den Kantonen der Romandie mit Gerichtsmodellen keine Probleme bereitet. Eine bundesrechtliche Regelung würde aber auch für diese Kantone gelten und wäre damit überschüssend.

Dem Einbezug der Gemeinden und einer entsprechenden kantonalen Regelung müssen aus fachlicher Sicht jedoch auch *Grenzen* gesetzt sein: Der Einbezug darf nicht so ausgestaltet werden, dass die Gemeinde *ein Mitspracherecht* in Bezug auf die im Einzelfall angeordnete

¹⁷⁵ Medienmitteilung des Regierungsrates vom 14. April 2016, www.ag.ch/de/weiteres/aktuelles/medienportal/medienmitteilung/medienmitteilungen/mediendetails_53202.jsp.

¹⁷⁶ Tagesanzeiger vom 3. Mai 2016, S. 19, «Weniger Geheimnisse bei KESB: Gemeinden wollen Einsicht».

¹⁷⁷ Kanton Schaffhausen: Postulat 2016/3 vom 16. März 2016 – Walter Hotz, Finanzierungsentflechtung zwischen Kanton und Gemeinden; Kanton Basel-Landschaft: Bericht der Justiz- und Sicherheitskommission an den Landrat (Fn.158).

¹⁷⁸ Bspw. im Kanton Luzern: www.lu.ch/downloads/lu/kr/botschaften/2015-2019/b_050.pdf; im Kanton Uri: www.ur.ch/de/aktuelles/vernehmlassungen/?action=showinfo&info_id=24145.

Massnahme hat. Die Unabhängigkeit der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden darf nicht durch kantonale Regelungen der Zusammenarbeit zwischen Gemeinden und Fachbehörden unterlaufen werden. Aus bundesrechtlicher Sicht geht auch die Einräumung eines allgemeinen Akteneinsichtsrechts der Gemeinde auf kantonaler Ebene zu weit. Die Gemeinde kann, weil das finanzielle Interesse kein rechtlich geschütztes Interesse im Sinne des Kindes- und Erwachsenenschutzes ist, nicht als am Verfahren beteiligte Person gelten. Ein systematisches und umfassendes Einsichtsrecht wäre mit den Persönlichkeitsrechten der betroffenen Person nicht vereinbar und kaum je höher zu gewichten als diese.

Die betreffenden Konflikte über die Kompetenzen der Gemeinden erschweren die Umsetzung des Kindes- und Erwachsenenschutzrechts und gefährden damit indirekt auch den beabsichtigten Schutz der betroffenen Personen. Die Zusammenarbeit der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden mit den Gemeinden entsprechend den regionalen Gegebenheiten zu verbessern, ist nach Ansicht des Bundesrates jedoch eine Frage des Vollzuges in den Kantonen. Sofern in einzelnen Kantonen nach wie vor Probleme auftreten, ist es nach Ansicht des Bundesrates sinnvoll, wenn nicht der Bundesgesetzgeber, sondern der betroffene Kanton nach angemessenen Lösungsmöglichkeiten sucht. Die Erfahrungen und Modelle aus den anderen Kantonen bieten dabei eine grosse Hilfe. Nicht zu vergessen sind auch die Empfehlungen der KOKES, die eine wichtige Grundlage für die Verbesserung der Zusammenarbeit innerhalb der Kantone bieten.

4.4 Berücksichtigung nahestehender Personen

4.4.1 Ausgangslage

Seit dem Inkrafttreten des neuen Kindes- und Erwachsenenschutzrechts wurde wiederholt die Kritik geäussert, dass die Behörden zu wenig bemüht seien, bei der Anordnung einer Massnahme nicht nur die unmittelbar betroffene Person, sondern auch die Interessen nahestehender Personen zu berücksichtigen oder diese anzuhören. So würde namentlich bei Fremdplatzierungen von Kindern teilweise davon abgesehen zu prüfen, ob die Kinder nicht bei Verwandten, etwa bei den Grosseltern, platziert werden könnten und es würde oftmals auf eine Anhörung der Verwandten verzichtet. Und bei der Einsetzung einer Beiständin oder eines Beistandes würden Verwandte und andere nahestehende Personen oftmals nicht berücksichtigt, sondern automatisch ein Berufsbeistand eingesetzt.

4.4.2 Der Einbezug nahestehender Personen ins Verfahren bei einer Fremdplatzierung von Kindern

4.4.2.1 Allgemeines

Diskussionen um die Rechtsstellung von Grosseltern bei der Fremdplatzierung von Kindern ergaben sich namentlich im Rahmen der Berichterstattung zum «Fall Flaach». Die Entscheidung der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde, die Kinder in einem Heim unterzubringen, obwohl auch die Grosseltern ihre Bereitschaft zur Betreuung der Kinder erklärt hatten, stiess in der Öffentlichkeit auf grosses Unverständnis. Der Kanton Zürich veröffentlichte zum Vorfall eine aufsichtsrechtliche Würdigung sowie ein extern in Auftrag gegebenes Gutachten (in Auszügen) zu verschiedenen in diesem Zusammenhang unternommenen oder nicht unternommenen Schritten der Behörde.¹⁷⁹ Die Gutachter kritisierten im Zusammenhang mit dem Entscheid über die vorsorgliche Heimplatzierung der Kinder, dass die Behörde die Option der Platzierung bei den Grosseltern früh verworfen und keine weiteren Abklärungen hier-

¹⁷⁹ AFFOLTER/INVERSINI.

zu vornahm, mit der Konsequenz, dass die nötigen Entscheidungsgrundlagen für die beantragte Platzierung bei diesen fehlten. Dadurch, dass die Behörde früh und ohne Verfügung und Begründung die Option einer Unterbringung bei den Grosseltern verworfen hatte, seien der Anspruch auf rechtliches Gehör sowie das Prinzip der Subsidiarität missachtet worden. Im Zusammenhang mit dem Vorwurf der mangelnden Transparenz gegenüber den Kindes- und Grosseltern kommt auch die Aufsichtsbehörde zum Ergebnis, dass es – trotz mangelnder gesetzlicher Vorgaben – wichtig gewesen wäre, dass die Betroffenen erfahren, auf welchen Grundlagen die Behörde zu entscheiden gedenkt, welche Inhalte die Entscheidung umfasst und dass vertiefte Abklärungen erst nach dem superprovisorisch ergangenen Entscheid getätigt werden können.

Als Reaktion auf diese Diskussionen kam es zu zwei Vorstössen im Nationalrat: Die Motion 15.3142¹⁸⁰ verlangt vom Bundesrat, Bestimmungen im Zivilgesetzbuch zu verankern, die nahen Verwandten mehr Einfluss bei der Frage einer Kindesplatzierung in einem Heim oder in einer Pflegefamilie einräumen. Insbesondere soll sichergestellt werden, dass Grosseltern, Geschwistern und weiteren nahen Verwandten ein *zwingendes Anhörungsrecht* gewährt wird. Im Weiteren soll das Klagerecht der genannten Personen verbessert werden. Die heutigen Regelungen seien zu bürokratisch, zu diffus und verhinderten naheliegende Lösungen. Ähnliches verlangt auch die Motion 15.3344.¹⁸¹ Bei der Erwägung einer Fremdplatzierung soll zwingend das Gespräch mit der Wohngemeinde sowie dem familiären Umfeld der betroffenen Person gesucht werden.

4.4.2.2 Rechtlicher Rahmen

Für die nachfolgenden Überlegungen von Bedeutung sind die allgemeinen Grundsätze, die bereits heute gelten und im Verfahren vor der KESB zu beachten sind:

Das *Subsidiaritätsprinzip* verlangt von der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde, dass sie nur dann Massnahmen anordnet, wenn die Unterstützung der hilfsbedürftigen Person durch die Familie, andere nahestehende Personen oder private oder öffentliche Dienste nicht ausreicht oder von vornherein als ungenügend erscheint (Art. 389 Abs. 1 ZGB). Zudem kommen nur Massnahmen in Frage, die erforderlich und geeignet, also verhältnismässig sind (Art. 389 Abs. 2 ZGB).

Die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde erforscht den Sachverhalt *von Amtes wegen*. Sie zieht die erforderlichen Erkundigungen ein und erhebt die notwendigen Beweise (Untersuchungsgrundsatz, Art. 446 Abs. 1 und 2 ZGB). Im Weiteren ist sie nicht an die Anträge der am Verfahren beteiligten Personen gebunden (Offizialgrundsatz, Art. 446 Abs. 3 ZGB).¹⁸² Der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde obliegt eine unbeschränkte Pflicht zur Feststellung der relevanten Tatsachen. Anders als in übrigen zivilrechtlichen Streitigkeiten geht es im Verfahren vor der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde nicht um die Beilegung von Konflikten zweier Parteien, sondern um den Schutz eines Kindes oder einer schutzbedürftigen erwachsenen Person.¹⁸³ Die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde erforscht im Rahmen des Untersuchungsgrundsatzes die materielle Wahrheit und würdigt die Beweise nach freier Überzeugung. Dabei ist sie verpflichtet, alle notwendigen und geeigneten Abklärungen bei der Ermittlung des rechtserheblichen Sachverhalts vorzunehmen und zwar ohne Rücksicht

¹⁸⁰ Motion 15.3142 GRUNDER vom 17. März 2015 («Kesb. Zwingendes Anhörungsrecht und verbessertes Klagerecht für Grosseltern, Geschwister und nahe Verwandte»).

¹⁸¹ Motion 15.3344 SCHIBLI vom 20. März 2015 («Kesb. Obligatorische Abklärungen bei der Erwägung einer Fremdplatzierung von Personen»).

¹⁸² Der Untersuchungs- und Offizialgrundsatz galten bereits im Rahmen des bisherigen Rechts. Teilweise beruhten die Grundsätze auf Gesetz (z.B. im Scheidungsrecht, Art. 145 aZGB), teilweise auf ungeschriebenem Bundesrecht (bei den Kindesschutzmassnahmen, Art. 307 aZGB) und im Bereich des Vormundschaftsrechts aufgrund von Lehre und Rechtsprechung, Botschaft Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, S. 7077 f.

¹⁸³ Urteil des Bundesgerichts vom 3. November 2011, 5A_582/2011, Erw.3.2.

auf Kostenfolgen oder interne Ressourcen. Sie ist an kein bestimmtes Beweismittelsystem gebunden und kann neben klassischen Beweismitteln wie Zeugnis, Gutachten, Parteibefragung auch unübliche Beweise erheben.¹⁸⁴

Ergänzend zum Untersuchungs- und Officialgrundsatz sind auf der anderen Seite die am Verfahren beteiligten Personen und Dritte gemäss Artikel 448 Absatz 1 ZGB verpflichtet, bei der Abklärung des Sachverhalts mitzuwirken. Die Mitwirkungspflichten sind das Korrelat zur Untersuchungsmaxime und dienen der Erhebung des Sachverhalts.¹⁸⁵ Verfahrensbeteiligte Personen und Dritte haben auf der Grundlage der anwendbaren Verfahrensordnung auch Mitwirkungsrechte. So können sie der Behörde Beweismittel anbieten und an der Beweiserhebung mitwirken, während die Behörde verpflichtet ist, taugliche und rechtserhebliche Beweismittel in ihrer Entscheidung zu berücksichtigen.¹⁸⁶

4.4.2.3 Form des Einbezugs nahestehender Personen ins Verfahren

In welcher Form nahestehende Personen oder Verwandte der betroffenen Person im Rahmen der Sachverhalts- und Beweiserhebungen befragt werden, hängt davon ab, ob diese am Verfahren beteiligt sind und damit Parteistellung haben oder ob sie bereits die Rolle von Pflegeeltern innehaben. In diesen beiden Fällen muss ihnen das rechtliche Gehör gewährt werden (nachfolgend Ziff. 4.4.2.4). Weitere nahestehende Personen werden dagegen als Zeugen oder als Auskunftspersonen angehört (nachfolgend Ziff. 4.4.2.5).

Besteht zwischen einem Kind und seinen Grosseltern oder nahen Verwandten bereits ein *Pflegeverhältnis*, so haben die Grosseltern bzw. die nahen Verwandten im Rahmen des Verfahrens betreffend die Rückplatzierung zu den Eltern (Rücknahme, Art. 310 Abs. 3 ZGB) Anspruch auf rechtliches Gehör. Bei der Prüfung einer allfälligen Platzierung bei ihnen als Grosseltern oder nahen Verwandten haben sie hingegen keine Parteistellung. In diesem Verfahren werden sie lediglich als Auskunftspersonen bzw. als Zeugen beigezogen. Weil insbesondere Pflegeeltern aber oftmals eine enge Bindung zu einem Kind aufbauen und diese teilweise während längeren Zeiträumen betreuen, sind sie stärker von einer anstehenden Massnahme betroffen als andere nahestehende Personen. So können sie beispielsweise durch einen Rückplatzierungsentscheid zu den Eltern direkt betroffen sein. Aus diesen Gründen rechtfertigt es sich, den Anspruch auf rechtliches Gehör in solchen und ähnlichen Fällen umfassend zu gewähren. Ebenso sollten die Pflegeeltern über die wesentlichen Entscheidungsgründe der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde sowie über wichtige Abläufe informiert werden. Das persönliche Gespräch eignet sich in vielen Fällen sicher besser als die Einholung einer schriftlichen Stellungnahme oder die Zustellung eines Schreibens.

4.4.2.4 Gewährung des rechtlichen Gehörs

Der Anspruch auf *rechtliches Gehör* gemäss Artikel 29 Absatz 2 BV umfasst das Recht aller *am Verfahren beteiligten Personen*, sich vor dem Erlass eines in ihre Rechtsstellung eingreifenden Entscheides zur Sache zu äussern sowie das Recht auf Abnahme der rechtzeitig und formrichtig angebotenen rechtserheblichen Beweismittel. Es umfasst jedoch nicht das Recht, auch persönlich angehört zu werden.¹⁸⁷ Es umfasst die Elemente auf vorgängige Äusserung

¹⁸⁴ FamKom-STECK, Art. 446 N 11.

¹⁸⁵ FASSBIND, S. 121.

¹⁸⁶ BSK-Erw.Schutz-AUER/MARTI, Art. 448 N 9.

¹⁸⁷ Urteil des Bundesgerichts vom 17. März 2015, 5A_543/2014, Erw. 2.1. Die EMRK geht weiter als die Bundesverfassung, indem Artikel 6 Ziff. 1 EMRK die Öffentlichkeit des Verfahrens garantiert. Dieser Grundsatz umfasst auch das Recht des Betroffenen, seine Argumente dem Gericht mündlich in einer öffentlichen Sitzung vorzutragen. Jedoch besteht die Pflicht zur Durchführung einer öffentlichen Verhandlung nur, soweit ein klarer diesbezüglicher Parteiantrag vorausgeht. Blosser Beweisabnahmeanträge, wie der Antrag auf Durchführung einer persönlichen Befragung, reichen nicht aus: vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 15. Juli 2013, 5A_306/2013, Erw. 2.1.

und Anhörung, auf Akteneinsicht, auf Begründung des Entscheids, auf einen Rechtsbeistand und auf rechtmässige Zusammensetzung und Unvoreingenommenheit der Behörde.¹⁸⁸

Grosseltern und weiteren nahestehenden Personen *kann* ein Anspruch auf rechtliches Gehör zukommen, wenn sie Verfahrensbeteiligte sind, also Parteistellung im Verfahren vor der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde haben. Das rechtliche Gehör ist umso umfassender zu gewähren, je grösser die Betroffenheit, d.h. je stärker die Intensität durch die Anordnung ist. Weil die übrigen Verfahrensbeteiligten in der Regel weniger stark von der Massnahme betroffen sind als die betroffene Person selbst, ist ihr rechtliches Gehör jedoch gewährt, indem sie schriftlich Stellung nehmen können.¹⁸⁹ Es besteht kein Anspruch auf persönliche Anhörung.¹⁹⁰

4.4.2.5 Befragung als Zeugen oder als Auskunftspersonen

Dritte, die nicht am Verfahren beteiligt sind, die also keine Parteistellung innehaben, besitzen keinen Anspruch auf rechtliches Gehör. Hingegen können sie für die Klärung des Sachverhalts oftmals wichtige Informationen zum Umfeld der betroffenen Person liefern. Sie werden durch die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde entweder als Zeugen oder als Auskunftspersonen befragt oder schriftlich zur Stellungnahme aufgefordert. Diese Personen können von der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde entweder formlos, im Rahmen eines Gesprächs, durch Einholung der Informationen auf schriftlichem Weg oder durch eine förmliche Einvernahme angehört werden.

4.4.2.6 Studie zur Praxis der Behörden bei Kindesplatzierungen

Das Bundesamt für Justiz hat im Rahmen der Vorarbeiten zu diesem Bericht die HSLU mit einem externen Gutachten beauftragt, in dem unter anderem die Frage zu untersuchen war, wie in der Praxis heute der Einbezug von verwandten und nicht verwandten Personen bei Kindesplatzierungen erfolgt.

Die Untersuchung zeigt auf, dass die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden den gesetzlichen Auftrag, das Subsidiaritäts- und Verhältnismässigkeitsprinzip zu wahren, im Rahmen des Verfahrens des Entzugs des Aufenthaltsbestimmungsrechts gegen den Willen der Eltern eines Kindes sehr ernst nehmen. Im Rahmen der Abklärungen werden diverse in den Fragebogen genannte Personen, sowohl Verwandte wie auch nicht Verwandte ins Verfahren mit einbezogen und teilweise sogar im rechtlichen Sinne angehört. Auch wird geprüft, ob diese für eine Platzierung in Frage kommen.

Gemäss der Untersuchung sind sich die Befragten Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden «zu grossen Teilen einig, dass neben den obhutsberechtigten auch die nicht obhutsberechtigten Elternteile ins Verfahren einbezogen und angehört werden sollen – allerdings nur, sofern diese dem Kind auch bekannt und verfügbar sind. Auch Grosseltern mit Betreuungspflichten werden von rund 90 Prozent der Befragten ins Verfahren miteinbezogen. Zudem ziehen 50 Prozent Verwandte bei, auch wenn diese keine faktische Beziehung zum Kind haben.»¹⁹¹ Dabei scheint das Alter der Grosseltern kein wesentlicher Entscheidungsfaktor zu sein. Zusätzlich kommt die Untersuchung zum Ergebnis, dass ein Verwandtschaftsverhältnis durch die KESB hoch gewichtet wird, und dies selbst in Situationen, in denen bei Verwandten keine faktische Beziehung zum Kind besteht. Vorgezogen werden aber gemäss der Auswertung Personen, die eine Betreuungsbeziehung zum Kind haben, und zwar unabhängig von der Frage der Verwandtschaft.¹⁹² Die in der Praxis festgestellten Unterschiede seien

¹⁸⁸ HÄFELI, Grundriss, Rz. 33.19.

¹⁸⁹ BSK-Erw.Schutz-AUER/MARTI, Art. 447 N 13.

¹⁹⁰ Vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 2. Juni 2016, 5A_724/2015, Erw. 3.2.2.

¹⁹¹ Studie HSLU, S. 25.

¹⁹² Studie HSLU, S. 27.

allerdings nicht durch eine Gesetzesrevision zu beseitigen, sondern primär durch eine zusätzliche Sensibilisierung der Behörden.

4.4.2.7 Würdigung

Die Einführung eines zwingenden Anhörungsrechts, welches die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde verpflichten würde, bei der Prüfung einer angemessenen Unterbringung *alle nahen Verwandten des betroffenen Kindes* ausfindig zu machen und persönlich anzuhören, ist nach Ansicht des Bundesrates nicht praktikabel. Die persönlichen und örtlichen Familienkonstellationen und einzelnen Näheverhältnisse zu Schwestern, Onkeln und Grosseltern sehen in jeder Familie anders aus. Oftmals lebt ein Teil der Grosseltern oder nahen Verwandten zudem weit weg oder gar im Ausland oder sie haben nur spärlich Kontakt zu den leiblichen Eltern und zum Kind. Es kann nicht zielführend sein, all diese Personen, die dem Kind unter Umständen überhaupt nicht nahestehen, zu einer Stellungnahme aufzufordern oder zum Gespräch zu laden.

Dagegen rechtfertigt es sich, ähnlich wie es bei der Berücksichtigung der Wünsche Angehöriger im Rahmen der Ernennung einer Beiständin oder eines Beistandes vorgesehen ist (vgl. nachfolgen Ziff. 4.4.4), dass die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde bei Abklärungen im Hinblick auf eine Fremdplatzierung Stellungnahmen bei Vorliegen eines Vertrauensverhältnisses einholt. Soweit also aus den Abklärungen und der persönlichen Anhörung der betroffenen Personen hervorgeht, dass zwischen dem Kind und bestimmten nahen Angehörigen oder nahestehenden Personen ein enges Vertrauensverhältnis vorliegt, sollen diese um eine (schriftliche oder mündliche) Stellungnahme gebeten werden. Eine solche Vorgehensweise ergibt sich bereits aus dem Untersuchungsgrundsatz sowie aus der Pflicht zu verhältnismässigen Massnahmen: Weil die Behörde verpflichtet ist, alle *notwendigen* und geeigneten Abklärungen zur Erhebung des Sachverhalts vorzunehmen, *muss* sie die genannten oder ihr bekannten nahestehenden Personen anhören (mündlich oder schriftlich), ansonsten gerügt werden könnte, nicht die mildeste Massnahme geprüft bzw. angeordnet zu haben. Die Untersuchungen der Hochschule Luzern zeigen, dass die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden im Rahmen ihrer Abklärungen insbesondere verwandte Personen, aber auch nicht verwandte Personen, die eine Betreuungsfunktion gegenüber dem Kind einnehmen, ins Verfahren einbeziehen.

Bieten nahe Verwandte wie etwa eine Tante des Kindes oder die Grosseltern von sich aus an, das gefährdete Kind in den gemeinsamen Haushalt als Pflegekind aufzunehmen, hat die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde die *Pflicht*, den Vorschlag zu prüfen und in ihre Abklärungen mit einzubeziehen. Vor dem Hintergrund der Ereignisse in Flaach ist es sicherlich auch empfehlenswert, dass die Behörde die Antragsteller über den Ausgang ihrer Abklärungen informiert und im Entscheid begründet, wenn sie zum Schluss gelangt, dass eine Platzierung in der nahen Verwandtschaft im konkreten Kinderschutzfall nicht geeignet ist bzw. keiner angemessenen Unterbringung entspricht.

Der rechtliche Rahmen ist damit aus Sicht des Bundesrates ausreichend klar. Die Erfahrungen aus den letzten Jahren hat bei den Behörden zudem zu einer Sensibilisierung geführt, was die Studie der HSLU klar bestätigt. Der Vorwurf, dass die Behörden in Einzelfällen die nahestehenden Personen nicht oder zu wenig berücksichtigen, ist allerdings ernst zu nehmen. Auch wenn die Untersuchung der HSLU gezeigt hat, dass es sich dabei keinesfalls um eine verbreitete Praxis handelt, wäre eine Missachtung der dargestellten Grundsätze in Einzelfällen als schwerwiegende Verletzung der Grundsätze des neuen Rechts anzusehen. Nach Ansicht des Bundesrates ist es deshalb angebracht, die Praxis der Behörden in diesem Punkt noch einmal anzuschauen und darüber nachzudenken, wie allfällige Mängel behoben werden könnten.

4.4.3 Beschwerderecht nahestehender Personen

4.4.3.1 Rechtlicher Rahmen

Alle Personen, die der von der Massnahme direkt betroffenen Person nahestehen, können gemäss Artikel 450 Absatz 2 Ziffer 2 ZGB beim zuständigen Gericht gegen Entscheide der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Beschwerde erheben. Soweit nahe Verwandte Parteistellung haben, können sie auch unter dem Titel der am Verfahren beteiligten Personen im Sinne von Artikel 450 Absatz 2 Ziff. 1 ZGB Beschwerde einreichen. Im Gegensatz zur Beschwerdebefugnis Dritter (Art. 450 Abs. 2 Ziff. 3 ZGB), bei denen ein rechtlich geschütztes Interesse an der Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Entscheids vorliegen muss, genügen bei den Verfahrensbeteiligten und den nahestehenden Personen auch blosse tatsächliche, aktuelle Interessen.¹⁹³

Damit jemand die Anforderungen an eine beschwerdelegitimierte «nahestehende Person» erfüllt, muss einerseits dargelegt werden, dass die Person die von der Massnahme betroffene Person gut kennt und dass sie kraft ihrer Eigenschaften sowie kraft ihrer Beziehungen zur betroffenen Person als geeignet erscheint, deren Interessen zu wahren.¹⁹⁴ Eine Rechtsbeziehung ist nicht erforderlich. Entscheidend ist vielmehr die faktische Verbundenheit. Unter diesen Voraussetzungen erhalten namentlich nahe Verwandte in vielen Fällen ein eigenes Beschwerderecht. So müssen nahe Verwandte kraft ihrer Eigenschaften und kraft ihrer Beziehung zur betroffenen Person als geeignet erscheinen, die Interessen der letzteren wahrzunehmen.

Mit der Beschwerde können nahestehende Personen Rechtsverletzung, unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts sowie Unangemessenheit rügen. Ausserdem kann wegen Rechtsverweigerung und Rechtsverzögerung Beschwerde geführt werden (Art. 450a ZGB).

4.4.3.2 Würdigung

Der Gesetzgeber hat die Beschwerdebefugnis einem breiten Personenkreis eingeräumt. Als nahestehende Personen können neben den durch Verwandtschaft verbundenen Personen auch Ärzte, Sozialarbeiter oder andere faktisch mit der betroffenen Person verbundene Personen Beschwerde erheben. Die rechtlichen Hürden für das Vorliegen des hier geforderten Näheverhältnisses sind nach Ansicht des Bundesrates nicht hoch. Mit der Anforderung, für das Wohlergehen der betroffenen Person besorgt zu sein, soll sichergestellt werden, dass nicht etwa Eigeninteressen der Beschwerde erhebenden Person im Vordergrund stehen, sondern die Interessen der betroffenen Person.

Aus der Praxis der Gerichte ist nicht ersichtlich, dass den Grosseltern systematisch oder häufiger als anderen Personen die Legitimation abgesprochen wird. Aus der Sicht des Bundesrates besteht in diesem Bereich kein gesetzgeberischer Handlungsbedarf. Mit einer Konkretisierung der Pflicht zum Einbezug nahestehender Personen im Abklärungsverfahren (vgl. vorne Ziff. 4.4.2.7) würde die Situation der Beschwerdeführer zudem weiter verbessert.

¹⁹³ BSK-Erw.Schutz-STECK, Art. 450 N 26.

¹⁹⁴ Urteil des Bundesgerichts vom 5. November 2013, 5A_663/2013, Erw. 3.2., 4.1.

4.4.4 Recht auf Einsetzung nahestehender Personen als Beiständin oder Beistand

4.4.4.1 Ausgangslage

Nahe Verwandte und der betroffenen Person nahestehende Personen können entweder sich selbst als als Beiständin oder Beistand anbieten, oder sie können von der betroffenen Person als auch von weiteren Angehörigen als Beiständin oder als Beistand vorgeschlagen werden. Für sie gelten dieselben Anforderungen wie für die Berufsbeistände: Sie müssen für die vorgesehenen Aufgaben im Rahmen der Beistandschaft persönlich und fachlich geeignet sein, die dafür erforderliche Zeit einsetzen können und die Aufgaben selbst wahrnehmen (Art. 400 Abs. 1 ZGB).¹⁹⁵

Mit dem Ziel der Revision, das Selbstbestimmungsrecht der betroffenen Person zu fördern, wurde das Vorschlagsrecht der betroffenen Person bewusst *gestärkt*. Dem Wunsch der betroffenen Person, eine Vertrauensperson als Beiständin oder als Beistand einzusetzen, muss entsprochen werden, wenn die Person sich für das Amt eignet und zur Übernahme bereit ist (Art. 400 Abs. 1 ZGB). Mit dem neuen Recht ist jedoch die gesetzliche Vermutung der Eignung naher Verwandter für die Übernahme einer Vormundschaft (Art. 380 aZGB) weggefallen.¹⁹⁶ In manchen Fällen erscheint es – insbesondere aufgrund der ungenügenden Distanz zum Geschehen – problematisch, nahe Verwandte mit der Führung eines Mandats als Beiständin oder als Beistand zu beauftragen.¹⁹⁷ So mag die Eignung eines volljährigen Kindes, eine Beistandschaft für den Vater oder die Mutter zu übernehmen, in vielen Fällen gegeben sein. In anderen Fällen sind jedoch etwa aufgrund der mangelnden fachlichen Eignung des volljährigen Kindes für das Amt andere Personen besser geeignet, die Beistandschaft zu übernehmen.

Das Gesetz schreibt ausserdem vor, dass die Behörde, jedenfalls «soweit tunlich», auch die Wünsche der Angehörigen oder anderer nahestehender Personen zu berücksichtigen hat (Art. 401 Abs. 2 ZGB). Diese Wünsche sind dann von Bedeutung, wenn die betroffene Person eine nicht geeignete Vertrauensperson vorschlägt oder wenn die betroffene Person sich nicht selber äussert oder äussern kann. Solche Wünsche sind jedoch von der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde nur «zu berücksichtigen», und dies auch nur «soweit tunlich», während sie dem Vorschlag der betroffenen Person bei Eignung entsprechen muss.¹⁹⁸

Hat die betroffene Person sich nicht geäussert oder ist die vorgeschlagene Person nicht geeignet, so hat die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde den nahen Angehörigen von sich aus Gelegenheit zu geben, ihre Wünsche zu äussern, wenn sich aus der Anhörung der betroffenen Person ergibt, dass zwischen ihr und diesen Personen ein gutes Verhältnis besteht. Jedoch ist es nicht praktikabel, dass die Behörde alle Angehörigen und weitere nahestehende Personen selbst angeht.¹⁹⁹ Das Gesetz geht davon aus, dass die Angehörigen und nahestehenden Personen von sich aus aktiv werden und ihre Wünsche einreichen. Sie haben Anspruch darauf, dass ihr Vorschlag entgegengenommen wird und dass dieser, soweit tunlich, berücksichtigt wird. Zudem sind sie, soweit sie im Rahmen der Abklärungen der Behörde gegenüber bekannt geworden sind, über die in Aussicht genommene Beistandschaft zu unterrichten.²⁰⁰ Auch muss die Behörde begründen, warum sie die Vorschläge der nahe-

¹⁹⁵ Artikel 400 ZGB findet auch Anwendung, wenn für eine minderjährige Person ein Vormund oder ein Beistand bestellt werden muss (Art. 327c Abs. 2 ZGB).

¹⁹⁶ Gemäss dem alten Recht sollte die Behörde einem tauglichen nahen Verwandten bei der Wahl des Vormundes den Vorzug geben, dies unter Berücksichtigung der persönlichen Verhältnisse und der Nähe des Wohnsitzes. Dafür räumt das Gesetz diesen privaten Mandatsträgern eine Sonderstellung gemäss Art. 420 ZGB ein, indem sie von bestimmten Pflichten befreit werden können (vgl. hierzu Ziff. 5.5).

¹⁹⁷ HÄFELI, Grundriss, Rz. 21.26; HEGNAUER, S. 421 ff., 431.

¹⁹⁸ Botschaft Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, S. 7050.

¹⁹⁹ BSK-Erw.Schutz-REUSSER, Art. 401 N 27.

²⁰⁰ OFK-FASSBIND, Art. 401 N 3.

stehenden Personen nicht berücksichtigt und sich für eine andere Person entschieden hat. Das Gesetz räumt ihnen damit jedoch keine formelle Parteistellung als «Verfahrensbeteiligte» ein.²⁰¹

4.4.4.2 Kritik

Verschiedentlich ist der Vorwurf zu hören, die KESB würde den Wünschen der betroffenen Person nicht nachkommen und in vielen Fällen ohne weitere Abklärungen einen Berufsbeistand einsetzen.

4.4.4.3 Würdigung

Die Einsetzung einer Beiständin oder eines Beistandes durch die KESB ist eine hochsensible Aufgabe, die für die betroffene Person mit weitreichenden Folgen verbunden ist. Der Auswahl der Beiständin oder des Beistandes kommt deshalb eine zentrale Rolle zu. Wenn die KESB dem Wunsch der betroffenen Person nicht nachkommt und sich damit in einen offenen Widerspruch zu deren Willen setzt, ist es unvermeidbar, dass es zu einer Enttäuschung und zu Kritik an der Arbeit der Behörde kommt. Die Beantwortung der Frage, ob die bezeichnete Person tatsächlich geeignet ist, die betreffende Aufgabe zu übernehmen, ist jedoch zumindest teilweise auch ein Ermessensentscheid, der nur beschränkt überprüfbar ist.

Aus der Sicht der Behörde erscheint ein solches Vorgehen dagegen unter Umständen aber nachvollziehbar, insbesondere, wenn sie statt der bezeichneten Person einen Berufsbeistand einsetzt. Dieser kennt die Aufgabe mit all ihren Einzelheiten und muss nicht instruiert werden, etwa im Hinblick auf die Erstellung der Rechenschaftsberichte und Abrechnungen. Aufgrund seiner Distanz zur betroffenen Person ist auch die Gefahr von Interessenkonflikten und familiären Differenzen reduziert. All dies rechtfertigt es aber nicht, den bewussten Entscheid des Gesetzgebers, den Wünschen der betroffenen Person grundsätzlich Vorrang zuzuerkennen, beiseite zu schieben.

Der Bundesrat ist der Ansicht, dass es unzulässig wäre, wenn sich eine Behörde systematisch über die Wünsche der betroffenen Personen hinwegsetzt und stattdessen einen Berufsbeistand einsetzt. Ob dies in der Praxis tatsächlich geschieht, ist allerdings nicht bekannt. Die teilweise erhobenen Vorwürfe sind aber ernst zu nehmen. Trotz der Vereinfachung, die für die KESB durch die Einsetzung eines Berufsbeistandes unter Umständen entstehen, sind die Interessen der betroffenen Person hoch zu gewichten. Eine latente Unsicherheit über die Verbindlichkeit der Auswahl einer Beiständin oder eines Beistandes durch die betroffene Person belastet diese erheblich. Das entsprechende Risiko soll deshalb – wie dies der Gesetzgeber wollte – auf ein Minimum reduziert werden. Auch wenn die Praxis der Behörden aus deren Optik nachvollziehbar ist, darf nicht vergessen werden, dass der Einsatz eines persönlichen Beistandes den Kernbereich der Persönlichkeit der betroffenen Person betrifft und deshalb hier mit besonderer Sorgfalt vorzugehen ist. Dies ist im Gesetz zwar bereits so verankert. Der Bundesrat will diese Problematik dennoch vertieft untersuchen lassen. Es soll nach Lösungen gesucht werden, mit denen die dargestellten Schwierigkeiten beseitigt werden können. Der Bundesrat wird deshalb die notwendigen Abklärungen veranlassen und insbesondere auch überprüfen lassen, wie hier für zusätzliche Klarheit gesorgt werden kann, damit die Wünsche der betroffenen Person soweit immer möglich umgesetzt werden können.

²⁰¹ BSK-Erw.Schutz-REUSSER, Art. 401 N 29.

4.5 Anpassung der Beschwerdefrist (Art. 450b ZGB)

4.5.1 Ausgangslage

Artikel 450b Absatz 1 ZGB sieht vor, dass die Frist für eine Beschwerde gegen einen Entscheid der KESB dreissig Tage beträgt. Diese Frist beginnt mit der Mitteilung des Entscheids zu laufen. Sie gilt für sämtliche Entscheide der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde, unabhängig davon, ob es sich dabei um Endentscheide, Zwischenentscheide oder um Vollstreckungsentscheide handelt.²⁰² Bei vorsorglichen Massnahmen (Art. 445 Abs. 3 ZGB) sowie bei den Entscheiden auf dem Gebiet der fürsorglichen Unterbringung (Art. 450b Abs. 2 ZGB) beträgt die Beschwerdefrist dagegen zehn Tage.

Im Gegensatz dazu sah das frühere Recht noch vor, dass gegen Beschlüsse der Vormundschaftsbehörde innert einer Frist von *zehn Tagen* nach deren Mitteilung bei der Aufsichtsbehörde Beschwerde geführt werden konnte.²⁰³ Im Zuge der Revision schlugen die Experten im ursprünglich angedachten bundesweiten Verfahren²⁰⁴ neu eine Frist von zwanzig Tagen vor. Dieser Vorschlag fand jedoch im Vernehmlassungsverfahren keine Unterstützung. Während einige Kantone keine Gründe für eine Verlängerung der Frist einsahen und die zehn Tage beibehalten wollten, sprachen sich insbesondere die in der Vernehmlassung befragten interessierten Organisationen für eine längere Frist von dreissig Tagen aus.²⁰⁵ Der Bundesrat trug dieser Kritik in seinem Entwurf insgesamt Rechnung und schlug vor dem Hintergrund, die Fristen im Zivilprozessrecht möglichst einheitlich zu regeln, in seinem Entwurf die Beschwerdefrist von dreissig Tagen vor. Das Parlament stimmte dieser Lösung diskussionslos zu.²⁰⁶

Die Frist von dreissig Tagen entspricht im Übrigen der Frist für die Berufung und die Beschwerde gegen erstinstanzliche Zivilurteile (Art. 311 Abs. 1 und Art. 321 Abs. 1 ZPO) sowie der Frist für die Beschwerde in Zivilsachen vor Bundesgericht (Art. 100 Abs. 1 BGG)²⁰⁷.

4.5.2 Auftrag

Mit der Überweisung des Postulats 15.3614²⁰⁸ wurde der Bundesrat beauftragt zu prüfen und darüber Bericht zu erstatten, ob sich die Beschwerdefristen des neuen Rechts in der Praxis bewähren oder ob sie gegebenenfalls anzupassen sind.²⁰⁹ Zur Begründung wird aufgeführt, in der Praxis bedeute die lange Beschwerdefrist von dreissig Tagen, dass die eingesetzte Beistandsperson oft erst ca. fünfzig Tage nach dem Entscheid der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde tätig werden könne. Da in vielen Fällen zum Zeitpunkt der Errichtung der Massnahme bereits einiges an administrativen und organisatorischen Aufgaben unerledigt sei, werde in der Praxis oft dazu übergegangen, einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu entziehen. Dies entspreche nicht dem Willen des Gesetzgebers.

²⁰² BSK-Erw.Schutz-REUSSER, Art. 450b N 7.

²⁰³ Art. 420 Abs. 2 aZGB.

²⁰⁴ Vgl. Ziff. 4.2.4.

²⁰⁵ Zusammenstellung der Vernehmlassungen. Art. 46 Vorentwurf für ein Bundesgesetz über das Verfahren vor den Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden.

²⁰⁶ Botschaft Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, S. 7085; AmtlBull StR 2007, 841; AmtlBull Nr 2008, 1539.

²⁰⁷ Bundesgesetz über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005, SR 173.110.

²⁰⁸ Postulat 15.3614 SCHENKER vom 18. Juni 2015 («Kindes- und Erwachsenenschutzrecht. Beschwerdefristen»).

²⁰⁹ Bereits mit der parlamentarischen Initiative 13.476 SCHENKER vom 12. Dezember 2013 («Erwachsenenschutzgesetz. Anpassung der Beschwerdefristen») wurde ein erster Vorstoss zur Beschwerdefrist eingereicht. Im Hinblick auf die vorliegende Evaluation wurde dieser Vorstoss jedoch zurückgezogen.

4.5.3 Problematik der dreissigtägigen Frist

4.5.3.1 Dringlichkeit der Einsetzung einer Beiständin oder eines Beistandes

Die Problematik besteht letztlich darin, dass es in gewissen Fällen aufgrund der Umstände notwendig ist, dass eine Massnahme möglichst rasch umgesetzt werden kann, namentlich um die Interessen der betroffenen Person wahren zu können. Ein Zuwarten bis zum Ablauf der Beschwerdefrist kann in diesen Fällen zu erheblichen Schwierigkeiten führen. Das geltende Recht sieht drei Möglichkeiten vor, wie der im Einzelfall langen Beschwerdefrist begegnet werden kann: Der Rechtsmittelverzicht, der Entzug der aufschiebenden Wirkung oder die Anordnung vorsorglicher Massnahmen oder das eigene Handeln der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde.

4.5.3.2 Anordnung vorsorglicher Massnahmen

Besteht unmittelbarer Handlungsbedarf, muss eine geeignete Massnahme sofort angeordnet werden können. Die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden haben auf der Grundlage des Artikels 445 ZGB die Möglichkeit, auf Antrag einer verfahrensbeteiligten Person oder von Amtes wegen die entsprechenden, für die Dauer des Verfahrens notwendigen vorsorglichen Massnahmen zu treffen. Dabei haben die Behörden ein weites Ermessen.²¹⁰ Inhaltlich kann es sich dabei um die Regelung sämtlicher persönlicher Angelegenheiten wie der Wohnungssituation, des Postverkehrs oder der Gesundheitssituation einer Person handeln. Im Weiteren geht es oftmals auch um vermögenssichernde Massnahmen (Inventaraufnahmen, Blockierung des Kontozugangs) oder um Veräusserungsbeschränkungen wie z.B. die Grundbuchsperrung.²¹¹ Die Anordnung von vorsorglichen Massnahmen setzt immer Dringlichkeit voraus. Diese liegt dann vor, wenn das Rechtsmittelverfahren und der Eintritt der Rechtskraft des ordentlichen Entscheides zum Schutz der Interessen der betroffenen Person nicht abgewartet werden kann, ohne einen erheblichen Nachteil für die betroffene Person in Kauf zu nehmen.²¹² Abzugrenzen sind die vorsorglichen Massnahmen ausserdem von der für die Anordnung superprovisorischer Massnahmen vorausgesetzten «besonderen Dringlichkeit» (Art. 445 Abs. 2 ZGB), die ohne Anhörung der am Verfahren beteiligten Personen angeordnet werden können.²¹³

4.5.3.3 Entzug der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde

Die Beschwerde gegen einen Entscheid der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde beim zuständigen Gericht²¹⁴ hat, sofern die Behörde es nicht anders verfügt, aufschiebende Wirkung (Art. 450c ZGB). Der Entscheid erwächst also, bevor die Frist von dreissig Tagen nach Mitteilung nicht abgelaufen ist, nicht in (formelle) Rechtskraft. Die angeordnete Massnahme wie etwa die Einsetzung eines Vertretungsbeistandes für die Vermögensverwaltung und die damit einhergehende Inventaraufnahme (Art. 395, 405 ZGB) kann damit bis dahin nicht vollzogen werden. Sinn und Zweck der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde ist der Schutz der rechtssuchenden Person vor den Folgen eines ungerechtfertigten Eingriffs in ihre Rechte.²¹⁵

²¹⁰ Urteil des Bundesgerichts vom 1. September 2008, 5A_520/2008, Erw. 3, wobei sich dieses Urteil noch auf aArt. 314 Ziff. 2 ZGB bezieht und das kantonale Recht die aufschiebende Wirkung einer Beschwerde vorsah.

²¹¹ BSK-Erw.Schutz-AUER/ MARTI, Art. 445 N 13 ff.

²¹² HÄFELI, Grundriss, Rz. 33.10.

²¹³ Für das Vorliegen dieser besonderen Dringlichkeit wird vorausgesetzt, dass die Schutzinteressen höher gewertet werden als das Interesse der betroffenen Person an der Wahrung ihres rechtlichen Gehörs, BSK-Erw.Schutz- AUER/MARTI, Art. 445 N 19.

²¹⁴ In den Kantonen, die ein zweistufiges Gerichtsverfahren vorsehen, gilt Art. 450c ZGB sowohl für die Beschwerde gegen den Entscheid der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde wie auch für den Weiterzug des Beschwerdeentscheids an das obere kantonale Gericht.

²¹⁵ BSK-Erw.Schutz- GEISER, Art. 450c N 3.

Als vorsorgliche Massnahme kann die Behörde, soweit die Voraussetzungen hierfür gegeben sind, der Beschwerde die aufschiebende Wirkung entziehen. Weil jedoch der Beschwerde grundsätzlich aufschiebende Wirkung zukommt, muss ein solcher Entzug hinreichend – aufgrund der Besonderheiten des konkreten Falls – begründet werden.²¹⁶ Ausserdem ist unbestritten, dass ein Entzug nur ausnahmsweise und im Einzelfall erfolgen soll, nämlich wenn die Interessen an einem sofortigen Entzug höher zu werten sind als das Interesse an einer rechtsstaatlich einwandfreien Prüfung der Rechtslage.²¹⁷ Ein standardmässig ausgesprochener Entzug der aufschiebenden Wirkung wäre in jedem Fall unzulässig.

4.5.3.4 Rechtsmittelverzicht

Ein weiteres, in der Praxis teilweise genutztes Mittel, zu welchem die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden greifen, wenn das Abwarten der Rechtsmittelfrist im Einzelfall nicht im Interesse der Betroffenen liegt, ist das Einholen eines schriftlichen Rechtsmittelverzichts bei den beschwerdeberechtigten Personen. Im Gegensatz zum Rechtsmittelverzicht vor Erlass des Entscheids, ist ein Rechtsmittelverzicht nach Eröffnung des Entscheids generell zulässig, nach Ansicht der Mehrheit der Lehre auch im Geltungsbereich der *Offizialmaxime*.²¹⁸ Die Verzichtserklärung muss natürlich frei und unbeeinflusst sowie in voller Sachkenntnis erfolgen, ansonsten die Erklärung aufgrund eines Willensmangels unwirksam wäre.

4.5.4 Stellungnahme der Praxis

Mit der ursprünglich eingereichten, zurückgezogenen Parlamentarischen Initiative 13.476²¹⁹ wurde ein zweistufiges Verfahren für die Einreichung der Beschwerde vorgeschlagen. Die Beschwerdeberechtigten sollten innerhalb von zehn Tagen nach Mitteilung des Entscheides die Beschwerde bei der Rechtsmittelinstanz anmelden können. Innerhalb der verbleibenden zwanzig Tage sollte die Beschwerde sodann schriftlich begründet und ein- bzw. nachgereicht werden. Diverse Experten sowie verschiedene Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden wurden von der KOKES um ihre Stellungnahme zu diesem Vorschlag gebeten. Die eingegangenen Antworten lieferten nicht nur Informationen dazu, ob die Praxis ein solches zweistufiges Verfahren bejaht oder ablehnt, sondern zeigen auch insgesamt, wie die Behörden mit der Frist von dreissig Tagen umgehen und wie diese und die Experten sich zur Frage der Dauer der heutigen Beschwerdefrist stellen. Im Rahmen eines Treffens der kantonalen Aufsichtsbehörden im April 2016 wurden die Fachpersonen in den Kantonen erneut zur Thematik eines allfälligen Handlungsbedarfs für eine Verkürzung der Beschwerdefrist um ihre Stellungnahme gebeten.

Die Umfrage hat ergeben, dass eine Verkürzung der Frist in der Praxis mehrheitlich abgelehnt wird. Die Praxis hat sich mit der Umstellung auf die dreissigtägige Frist mittlerweile arrangiert. Das geltende Prozessrecht sieht ihrer Ansicht nach genügend andere Möglichkeiten vor, dem Bedürfnis eines zeitnahen Handelns zu entsprechen. Die Einheitlichkeit der Beschwerdefristen im Zivilprozessrecht sei äusserst zentral, da Fristen grundsätzlich klassische Stolpersteine des Prozessrechts darstellten. Eine Abweichung davon sei daher nur mit guten Gründen zu rechtfertigen. Einerseits könne die Praxis mit dem Rechtsmittelverzicht arbeiten, soweit klar sei, dass niemand eine Beschwerde erheben wird. Andererseits könne dem Entscheid bei Bedarf die aufschiebende Wirkung entzogen werden.

²¹⁶ Urteil des Bundesgerichts vom 25. Juni 2015, 5A_438/2015.

²¹⁷ BSK-Erw.Schutz-GEISER, Art. 450c N 7; ESR-Kom.-STECK, Art. 450c N 4a.

²¹⁸ ZPO-Komm.-STAEHELIN, Art. 238 N 37.

²¹⁹ Parlamentarische Initiative 13.476 SCHENKER vom 12. Dezember 2013 («Erwachsenenschutzgesetz. Anpassung der Beschwerdefristen»).

4.5.5 Würdigung

Auch der Bundesrat sieht zurzeit keinen Anlass, die geltende Frist von 30 Tagen zu verkürzen. Wie dargestellt, gibt es zwar Gründe, die für eine kürzere Frist sprechen würden. Dagegen spricht aber, dass im schweizerischen Prozessrecht den beschwerdeberechtigten Personen grundsätzlich eine Frist von 30 Tagen zur Erhebung einer Beschwerde eingeräumt wird, sofern nicht eine besondere Dringlichkeit besteht. Gerade in heiklen Fällen ist diese Frist auch erforderlich, um die Beschwerde ausreichend begründen zu können. Unter Umständen sind Sachverhaltsabklärungen zu treffen, und die betroffene Person muss mit ihrer Anwältin oder ihrem Anwalt Rücksprache nehmen. Eine Frist von 10 Tagen würde in der Praxis oftmals dazu führen, dass keine ausreichend begründete Beschwerdeschrift mehr verfasst werden könnte. Auch kürzere Ferienabwesenheiten oder andere Verhinderungen (berufliche Verpflichtungen, Krankheit etc.) hätten rasch zur Folge, dass die Frist nicht eingehalten werden könnte. Diese Gefahr ist bei einer Frist von 30 Tagen erheblich geringer. Um das Recht auf eine Beschwerde nicht auf diese Weise einzuschränken, ist der Bundesrat deshalb der Ansicht, dass an der bestehenden Frist von 30 Tagen festzuhalten ist. Die vorangehenden Überlegungen machen vor allem auch deutlich, dass es wohl keine perfekte Lösung gibt. Die Praxis hat sich aber gut mit der geltenden Regelung arrangiert. Es ist nicht ersichtlich, dass eine andere Lösung zu einer Verbesserung führen würde. Damit sind die Voraussetzungen nicht gegeben, um wenige Jahre nach Inkrafttreten des neuen Rechts eine Revision an die Hand zu nehmen.

5 Materiell-rechtliche Fragen

5.1 Zum Vorgehen

Die Postulate, die der Bundesrat mit dem vorliegenden Bericht beantwortet, zielen hauptsächlich auf die Kostenentwicklung und die Zusammenarbeit zwischen den Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden und den kostenpflichtigen Gemeinden ab. Hinzu kommt die spezifische Frage des Postulats 15.3614 im Hinblick auf eine allfällige Verkürzung der Beschwerdefristen. Nur das Postulat 14.3891 verlangt eine Prüfung der «Qualität [...] der Leistungen». Wie einleitend dargelegt wurde, ist es allerdings zurzeit nicht möglich, eine allgemeine und aussagekräftige Bewertung der Arbeiten der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden vorzunehmen.²²⁰

In Bezug auf einige ausgewählte Einzelfragen erachtet es der Bundesrat aber als möglich und sinnvoll, erste Ergebnisse vorzulegen und bestimmte Fragen zu diskutieren. Dies betrifft namentlich die Praxis der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden im Hinblick auf den Abschluss von Unterhaltsvereinbarungen bei unverheirateten Eltern (nachfolgend Ziff. 5.3). Ebenso betroffen sind Geburten von Kindern ohne rechtlichen Vater, wo sich der rechtliche Rahmen mit der Streichung von Artikel 309 ZGB für die Behörden seit dem 1. Juli 2014 erheblich verändert hat (nachfolgend Ziff. 5.4). Diskutiert werden soll ausserdem, wie sich die Regelung zur Entbindung nahestehender Personen von bestimmten Pflichten gemäss Artikel 420 ZGB bewährt hat (nachfolgend Ziff. 5.5).

Gegenstand der öffentlichen Kritik bildete schliesslich auch die Praxis einzelner Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden bei Gefährdungsmeldungen. Auch wenn hier ein gewisses öffentliches Interesse sicherlich vorliegt, besteht kein entsprechender parlamentarischer Abklärungsauftrag an den Bundesrat. Dies erscheint auch sachgerecht, weil gerade in diesem Punkt die Vorbehalte gegen eine zu rasche Evaluation, wie sie unter Ziffer 2.2 ausgeführt

²²⁰ Vgl. dazu vorangehende Ziff. 2.3.

worden sind, ohne Einschränkung gelten. Nachdem nun aber die Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates am 4. November 2016 beschlossen hat, mit der weiteren Beratung des Geschäfts 15.033²²¹ zuzuwarten, bis der vorliegende Postulatsbericht vorliegt, erscheint es angemessen, einige grundsätzliche Überlegungen zu dieser Thematik in den Bericht aufzunehmen (dazu nachfolgend Ziff. 5.2).

5.2 Gefährdungsmeldungen, übermässige Interventionen der KESB

Die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden sind in den letzten Jahren unter anderem auch deswegen in die öffentliche Kritik geraten, weil der Vorwurf im Raum stand, die Behörde reagiere zu rasch und übermässig auf Gefährdungsmeldungen. Es werde teilweise ohne Not interveniert und in Familienverhältnisse eingegriffen, obwohl dies häufig nicht notwendig sei.

Der Bundesrat nimmt diese Kritik sehr ernst: Es ist wichtig, dass die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde eingreift und die angemessenen Massnahmen trifft, wo dies erforderlich ist. Ebenso wichtig ist aber, dass sie sich zurückhält, wenn die entsprechenden Voraussetzungen nicht vorliegen. Es ist bedauerlich, dass teilweise der Eindruck entstanden ist, die Behörden würden bestimmte Personen schikanieren und ohne Not Massnahmen anordnen, die für die betroffenen Personen belastend sind und für sie mit gravierenden Folgen verbunden sein können.

Festzuhalten ist allerdings, dass es sich hier um Einzelfälle handelt, und keine Zahlen dazu existieren, die es nahelegen würden davon auszugehen, dass es sich hier um ein verbreitetes Problem handelt. Die KESB muss im Zweifelsfall aktiv werden, wenn sie ihren Auftrag – den Schutz der betroffenen Personen und dabei namentlich der Kinder – nachkommen will. Aufgrund der verhältnismässig grossen Anzahl von Fällen und des Umstandes, dass die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde typischerweise auch gegen den Willen der beteiligten Personen Massnahmen treffen muss, ist es unvermeidbar, dass es immer wieder zu Entscheidungen der Kindes- und Erwachsenenbehörden kommt, die von bestimmten Personen schwer nachzuvollziehen sind. Auch eine mangelhafte Kommunikation kann die Akzeptanz eines Entscheides negativ beeinflussen. Ob die Behörde im Einzelfall etwas hätte besser machen können, müsste in jedem Einzelfall abgeklärt werden. Eine Evaluation einzelner Entscheide wäre allerdings mit einem ausserordentlich hohen Aufwand verbunden. Ohne genaue Kenntnisse der Umstände des Einzelfalles lässt sich keine verbindliche Aussage über die Qualität der Entscheide machen. Das zeigt auch die Analyse zum «Fall Flaach», die von zwei namhaften Experten mit grossem Aufwand durchgeführt wurde. Denkbar wäre es allenfalls, durch eine Befragung der kantonalen Beschwerdeinstanzen (namentlich der Obergerichte) ein Bild von der Qualität der Entscheide der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden zu bekommen. Wie dargelegt, ist dabei davon auszugehen, dass mit zunehmender Dauer die Erfahrung aufseiten der Behörden zunimmt und die Qualität der Entscheide weiter zunehmen wird.²²²

In der ganzen Diskussion über die Qualität der Arbeit der Behörden darf ausserdem nicht vergessen werden, dass Fehlentscheide – unabhängig von der Ausgestaltung der Behördenstruktur und -organisation – unvermeidbar sind. Die Qualität des Gesamtsystems darf deshalb nicht am Einzelfall gemessen werden. Vielmehr muss eine Gesamtbetrachtung statt-

²²¹ ZGB. Kinderschutz. Der Bundesrat hatte dabei unter Anderem vorgeschlagen, Fachpersonen, die beruflich regelmässig Kontakt zu Kindern haben, zu verpflichten, der Kinderschutzbehörde Meldung zu machen, wenn sie den Verdacht haben, dass das Wohl eines Kindes und damit seine Entwicklung gefährdet ist.

²²² Zur Unterstützung der Behörden wurden mittlerweile auch verschiedene Instrumente und Arbeitshilfen erarbeitet, die die Abklärung des Kindeswohls auf eine fachliche und empirische Grundlage zu stellen beanspruchen, vgl. dazu LÄTSCH/HAURI/JUD/ROSCHE; HAURI/JUD/LÄTSCH/ROSCHE; BOHREN/WEGENKE. ROSCH.

finden und es müssen deshalb sämtliche Fälle in die Bewertung miteinbezogen werden. Diesbezüglich gibt es zurzeit aber keine zuverlässigen Informationen. Nicht zur Diskussion steht dagegen eine «Abschaffung der KESB» oder eine Beschränkung ihrer Möglichkeiten. Gerade im Bereich des Kindesschutzes besteht nach wie vor eine Dunkelziffer, und die Praxis zeigt, dass behördliche Interventionen zugunsten des Kindeswohls in vielen Fällen unbedingt notwendig sind, um gefährdete Personen (insb. Kinder) vor weiterem Schaden zu bewahren.

Die entscheidende Frage besteht für den Bundesrat darin, ob es überhaupt möglich ist, durch eine legislatorische Intervention die Qualität der Entscheide zu verbessern. Nicht sachgerecht wäre es, den Behörden Vorgaben inhaltlicher Natur machen zu wollen, die über die bestehenden allgemeinen Grundsätze, namentlich das Subsidiaritätsprinzip, das Verhältnismässigkeitsprinzip und die Einhaltung der allgemeinen Verfahrensgrundsätze, hinausgehen. Der gesetzliche Auftrag an die Behörden kann letztlich nicht spezifischer sein, als dass die im Einzelfall angemessene Massnahme getroffen werden muss, wenn die Umstände dies rechtfertigen (in diesem Sinne Art. 307 Abs. 1 ZGB; vgl. auch Art. 389 ZGB). Eine derart allgemeine Umschreibung gibt der Behörde zwar einen erheblichen Spielraum, und es ist wohl unvermeidbar, dass dieser Spielraum teilweise auch unterschiedlich genutzt wird. Jegliche Versuche, hier präziser zu sein, sind entweder inhaltsleer oder schränken die Behörde unter Umständen zu stark ein. Gerade im Kindesschutzrecht muss das Kindeswohl als zentrale Maxime für die Rechtfertigung behördlicher Massnahme ausreichen, und dies im vollen Bewusstsein der Unschärfe des Begriffs.

Wenn der Gesetzgeber keine weiteren materiellen Vorgaben zu den Interventionsmöglichkeiten der Behörde aufstellen kann, verbleibt einerseits die Möglichkeit, konkretere Vorgaben an die personelle Zusammensetzung des KESB zu machen, indem etwa Anforderungen an Erfahrung oder Ausbildung der Behördenmitglieder formuliert würden. Ein solches Vorgehen erscheint allerdings angesichts der Kritik, der in den letzten Jahren bereits an der bundesrechtlichen Vorgabe der «Fachbehörde» zu hören war, politisch kaum opportun. Vielmehr ist es Sache der Kantone, dafür zu sorgen, dass die KESB mit genügend ausreichend qualifizierten Personen ausgestattet wird, um ihre Aufgabe wahrnehmen zu können. Andererseits wäre es auch denkbar, konkretere prozedurale Regeln aufzustellen, mit denen die Interessen der betroffenen Personen besser gewahrt werden können (Einbezug, Anhörung, Mitsprache Dritter etc.). Hier besteht nach Ansicht des Bundesrates noch Raum für zusätzliche Überlegungen, und es erscheint sinnvoll, darüber nachzudenken, auf welche Weise den bestehenden Bedenken Rechnung getragen werden kann, etwa durch einen besseren Einbezug nahestehender Personen, durch eine Optimierung der Kommunikation oder durch eine Verbesserung der Beschwerdemöglichkeiten. Der Bundesrat wird deshalb die unter Ziffer 4.4.4.3 in Aussicht gestellte Prüfung entsprechend erweitern.

5.3 Unterhaltsvereinbarungen unverheirateter Eltern

5.3.1 Fragestellung

Mit der Revision des Sorgerechts, die am 1. Juli 2014 in Kraft getreten ist, hat sich insbesondere die Situation für unverheiratete Eltern in dem Sinne verändert, dass diese für das gemeinsame Sorgerecht nicht mehr wie nach altem Recht eine genehmigungsfähige Unterhaltsvereinbarung vorlegen müssen. Vielmehr reicht es aus, dass die Eltern gegenüber dem Zivilstandsamt oder gegenüber der KESB bestätigen, dass sie sich über den Unterhaltsbeitrag für das Kind verständigt haben (Art. 298a ZGB). Keine ausdrückliche Regelung trifft das revidierte Recht für den Fall, dass die Eltern keine gemeinsame Sorge beantragen. Fraglich

ist, wie weit eine KESB hier tätig werden soll, um einen entsprechenden Unterhaltstitel zu begründen.²²³ Zu diesem Punkt wurden teilweise sehr unterschiedliche Positionen vertreten.

5.3.2 Ergebnisse der Befragung der KESB (Studie HSLU)

Im Rahmen der vom Bundesamt für Justiz in Auftrag gegebenen Untersuchung bei der HSLU wurde deshalb abgeklärt, wie die Praxis der KESB in diesen Fällen aussieht. Die Untersuchung macht deutlich, dass die Praxis in diesem Punkt tatsächlich sehr uneinheitlich ist, wobei es allerdings für die Behörden keinen wesentlichen Unterschied zu machen scheint, ob ein Paar die gemeinsame elterliche Sorge hat oder nicht. Teilweise wird der Handlungsbedarf verneint, teilweise wird der Abschluss eines Unterhaltsvertrages empfohlen, und ungefähr die Hälfte der Behörden versucht, die Eltern aktiv zum Abschluss eines Unterhaltsvertrags zu motivieren. Von der Einsetzung einer Beiständin oder eines Beistandes zur Wahrung des Unterhaltsanspruchs wird dagegen weitgehend abgesehen.

Die Autoren der Untersuchung gehen davon aus, dass die Bedeutung des Unterhaltsanspruchs und insbesondere des Unterhaltsvertrags im Kindesrecht nach wie vor unklar ist.²²⁴ Sie empfehlen – vor allem auch im Hinblick auf eine landesweite Einheitlichkeit der Rechtsanwendung – deshalb eine Beseitigung dieser Unsicherheit. Dies müsse allerdings nicht auf dem Weg einer Gesetzesrevision erfolgen, sondern könne auch durch die Rechtsprechung des Bundesgerichts geschehen.²²⁵

5.3.3 Würdigung

Die in der Untersuchung festgestellte Uneinheitlichkeit der Behördenpraxis stellt ein gewisses Problem für die Rechtssicherheit dar. Für die Beantwortung der Frage, wann eine Behörde tätig werden soll und welche Instrumente sie einsetzen will, steht der Behörde allerdings auch ein gewisses Ermessen zu. Dies ist im System so vorgesehen und lässt sich kaum vermeiden. Noch deutlicher zeigt sich dies bei der Entscheidung, ob im Einzelfall durch das Fehlen einer Unterhaltsvereinbarung eine Kindeswohlgefährdung vorliegt und ob deshalb eine Beiständin oder ein Beistand einzusetzen ist.²²⁶

Der Bundesrat ist aber jedenfalls der Ansicht, dass das Fehlen einer verbindlichen Unterhaltsvereinbarung allein nicht ausreicht, um dem betroffenen Kind eine Beistandsperson zu bestellen. Dies umso mehr, wenn die Eltern gemeinsam sorgeberechtigt sind und damit gegenüber der Behörde bestätigt haben, dass sie sich über den Unterhaltsbeitrag für das Kind verständigt haben. Die gegenteilige Position würde den Zielen des Gesetzgebers im Rahmen der Sorgerechtsrevision diametral entgegenstehen. Dies schliesst es selbstverständlich nicht aus, dass aufgrund der Umstände des Einzelfalles – etwa wenn der Vater seinen Unterhaltungspflichten nicht nachkommt – die notwendigen Massnahmen zu treffen sind.

Auch wenn die dargestellte Uneinheitlichkeit in der Rechtsanwendung unbefriedigend sein mag, entspricht sie damit letztlich den Intentionen des Gesetzgebers, der den Behörden hier einen gewissen Ermessensspielraum belassen wollte. In diesem Sinne sieht der Bundesrat keinen weiteren Abklärungsbedarf und erst recht keinen unmittelbaren gesetzgeberischen Handlungsbedarf.

²²³ Studie HSLU, S. 13 ff. und 22 ff.

²²⁴ Studie HSLU, S. 23.

²²⁵ Studie HSLU, S. 24 und 28.

²²⁶ Vgl. dazu auch die vorangehenden Ausführungen zu den Gefährdungsmeldungen, Ziff. 5.2.

5.4 Massnahmen der KESB bei der Geburt eines Kindes ohne rechtlichen Vater

5.4.1 Fragestellung

Mit der Revision der elterlichen Sorge, die am 1. Juli 2014 in Kraft getreten ist, wurde Artikel 309 ZGB aufgehoben. Dieser hatte vorgesehen, dass dem Kind einer unverheirateten Mutter, bei dem die Vaterschaft nicht bekannt war, von Gesetzes wegen eine Beiständin oder ein Beistand zur Feststellung der Vaterschaft bestellt werden muss. Der Bundesrat hatte in der Botschaft ausgeführt, dass gemäss dem Grundgedanken des neuen Kindes- und Erwachsenenschutzrechts Massnahmen nur angeordnet werden sollen, wenn dies zum Schutz der betroffenen Person erforderlich ist. Im konkreten Fall soll das Kind deshalb nur dann eine Beiständin oder einen Beistand erhalten, wenn dies im Einzelfall notwendig ist. Die Tatsache, dass eine nicht verheiratete Mutter ein Kind zur Welt bringe, belege noch keine solche Schutzbedürftigkeit. Es sei im Gegenteil davon auszugehen, dass in der Regel eine nicht verheiratete Mutter gleich einer verheirateten Mutter in der Lage sei, ihre Interessen und jene des Kindes selber wahrzunehmen.²²⁷ Das Parlament hat diesem Gedanken im Rahmen der Beratung des Dossiers Rechnung getragen und zusätzlich zur Aufhebung von Artikel 309 ZGB die Aufzählung der Aufgaben der Beiständin oder des Beistandes in Artikel 308 Absatz 2 ZGB ergänzt um die «Vertretung des Kindes bei der Feststellung der Vaterschaft». Damit war klargestellt, dass der frühere Automatismus abgeschafft, die Bestellung eines Beistandsperson zur Feststellung der Vaterschaft im Einzelfall aber nach wie vor möglich ist, wenn dies erforderlich ist.

Trotz dieser Begründung wurde die Aufhebung von Artikel 309 ZGB nicht überall positiv aufgenommen, und es wurde teilweise berichtet, die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden würden neu sehr unterschiedlich vorgehen, wenn eine unverheiratete Mutter ein Kind zur Welt bringt, das keinen rechtlichen Vater hat. Aus diesem Grund wurde die Hochschule Luzern beauftragt, die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden zu befragen, wie ein solcher Fall gehandhabt würde.

5.4.2 Ergebnisse der Befragung der KESB (Studie HSLU)

Die Studie HSLU gelangt zum Ergebnis, dass die Praxis der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden in den betreffenden Fällen weitgehend einheitlich ist. Es zeigt sich, dass die Behörden mit einer gewissen Zurückhaltung agieren, dann aber bei Bedarf die erforderlichen Massnahmen einleiten. Gegen 10 % der befragten Personen würden im Konfliktfall auf eine Beistandschaft verzichten und damit in Kauf nehmen, dass das Kind keinen rechtlichen Vater hat. Weigert sich die Mutter zu kooperieren, verzichten 19 % der Behörden auf die Bestellung einer Beistandschaft. Dies widerspricht nach Ansicht der Autoren der Untersuchung der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichts.²²⁸ Die Studie stellt zudem fest, dass erhebliche Unsicherheiten bestehen, inwiefern die fehlende rechtliche Vaterschaft per se eine konkrete Gefährdung des Kindeswohls darstellt. Die Experten leiten daraus allerdings keinen konkreten gesetzgeberischen Handlungsbedarf ab, sondern verweisen auf die zu erwartende klärende Rechtsprechung des Bundesgerichts.

²²⁷ Botschaft Sorgerecht, S. 9095.

²²⁸ Studie HSLU, S. 20 f. mit Bezugnahme auf BGE 142 III 545, Erw. 2.

5.4.3 Würdigung

Die Ergebnisse der Studie machen deutlich, dass die Aufhebung des früher vom Gesetz vorgesehenen Automatismus richtig war. Der im Kindes- und Erwachsenenschutzrecht allgemein geltende Grundsatz der Subsidiarität soll auch hier zur Anwendung kommen. Entsprechende Massnahmen sollen nur dann angeordnet werden, wenn sich dies im Einzelfall als notwendig erweist. Dass die Praxis vom eingeräumten Spielraum Gebrauch macht und diese deshalb teilweise je nach Behörde unterschiedlich ist, ist nicht zwingend als Nachteil anzusehen.

Problematisch erscheint allerdings die Praxis einzelner Behörden, unter gewissen Umständen ganz auf die Feststellung einer Vaterschaft zu verzichten, insbesondere wenn keine Reaktion seitens der Mutter erfolgt²²⁹ oder diese nicht kooperiert. Wie die Studie HSLU feststellt, entsteht in diesem Fall ein Konflikt mit dem Anspruch des Kindes auf Feststellung seiner Abstammung, dessen Verwirklichung durch das Untätigbleiben der Behörden unter Umständen vereitelt wird. Hier gilt es, die weitere Entwicklung abzuwarten und allenfalls darüber nachzudenken, wie in solchen Fällen dieser Anspruch besser geschützt werden kann.

5.5 Entbindung nahestehender Personen von gewissen Pflichten

5.5.1 Vom alten zum neuen Recht

5.5.1.1 Rechtslage unter dem alten Vormundschaftsrecht

Das alte Vormundschaftsrecht sah vor, dass die Vormundschaftsbehörde den Eltern einer erwachsenen, entmündigten Person die elterliche Sorge auch nach ihrer Mündigkeit einräumen konnte (sog. «erstreckte elterliche Sorge»). Damit entfielen die Aufsichtspflichten der Vormundschaftsbehörde, sodass weder Rechnungslegungs- und Berichterstattungspflichten der Eltern, noch eine Pflicht zur Einholung der Zustimmung der Vormundschaftsbehörde für bestimmte Geschäfte bestanden.

Die erstreckte elterliche Sorge kam vor allem für Personen in Betracht, die mit einer geistigen Behinderung geboren wurden. In der Literatur wurde das Institut wiederholt kritisch betrachtet.²³⁰ In vielen Fällen ging es dabei um geistig behinderte Personen, die nach ihrer Volljährigkeit weiter bei Ihren Eltern lebten und nicht in die Selbständigkeit entlassen werden konnten. Die lebenslange Betreuung durch die Eltern hatte das Selbständigwerden sowie die Vorbereitung auf ein Leben ohne Eltern erschwert.²³¹ Da die Eltern im Zeitpunkt der Erstreckung der elterlichen Sorge mindestens achtzehn Jahre älter waren als bei der Geburt des Kindes und die Betreuung einer mental zurückgebliebenen Person viel persönliches Engagement und eine Zurückstellung eigener Interessen erfordert, stellte sich oftmals auch die Frage, ob das fortgeschrittene Alter gegen die Eignung für das Mandat sprach.

Die Kritik bezog sich jedoch nicht nur auf psychologische und soziologische Überlegungen, sondern auch auf das Spannungsfeld zwischen der elterlichen Autonomie in der Verwaltung des Kindesvermögens und dem Abhängigkeitsverhältnis der entmündigten Person. Während nämlich der Vormund für zahlreiche Verwaltungshandlungen die Zustimmung der damaligen Vormundschaftsbehörde benötigte, unterstanden die Eltern mit erstreckter elterlicher Sorge keinem Weisungsrecht und keiner Aufsicht seitens der Behörde. Aus diesen Gründen sprach

²²⁹ Bericht HSLU, S. 19: «Bemerkenswert erscheint, dass immerhin 2 % der befragten Personen im Falle der Herstellung des Kindesverhältnisses ein Schreiben verfassen würden, aber dann nichts mehr unternehmen würden, damit ein Kindesverhältnis hergestellt wird.»

²³⁰ Botschaft Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, S. 7018.

²³¹ HÄFELI, ZKE, S. 207.

sich bereits die ältere Lehre dafür aus, dass sich hier im Interesse der entmündigten Person eine gewisse behördliche Kontrolle rechtfertigt.²³²

5.5.1.2 Die Regelung des neuen Kindes- und Erwachsenenschutzrechts

Das mit dem neuen Kindes- und Erwachsenenschutzrechts eingeführte Konzept der massgeschneiderten Massnahmen war mit dem Institut der erstreckten elterlichen Sorge nicht kompatibel. Hätte man das Institut beibehalten wollen, hätte der Gesetzgeber eine «erstreckte elterliche Sorge nach Mass» vorsehen müssen. Denn die intellektuellen Fähigkeiten von Personen mit geistiger Behinderung sind sehr unterschiedlich. Entsprechend variieren auch die Bedürfnisse an eine Beistandschaft.

Die Eltern oder nahe Angehörige werden heute als private Beistände ihrer hilfsbedürftigen erwachsenen Kinder eingesetzt. Sie unterstehen der Aufsicht der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde und übernehmen mit dem Mandat grundsätzlich dieselben Pflichten wie professionelle Beistände (Inventarpflicht, Pflicht zur periodischen Berichterstattung und Rechnungsablage sowie die Pflicht zur Einholung der Zustimmung für bestimmte Geschäfte²³³). Hingegen geniessen sie weiterhin eine Sonderstellung im Vergleich zu den Berufsbeiständen, indem das Gesetz die Möglichkeit vorsieht, dass Ehegatten, eingetragene Partner, Eltern, Nachkommen, Geschwister und faktische Lebenspartner, die als Beistände eingesetzt sind, von diesen Pflichten ganz oder teilweise entbunden werden können, wenn die Umstände dies rechtfertigen (Art. 420 ZGB).

Der Verzicht, die Erstreckung der elterlichen Sorge in das neue Recht zu übernehmen, fand auch breite Unterstützung im Rahmen der Vernehmlassung.²³⁴ Im Vorentwurf von 2003 sollten die Ehegatten und Eltern der betroffenen Person allerdings noch privilegiert werden, indem sie grundsätzlich von den Rechnungslegungs- und Berichterstattungspflichten befreit werden sollten, während Partner, Nachkommen und Geschwister nur davon entbunden werden sollten, wenn es die Umstände rechtfertigten. In der Vernehmlassung wurde dieser Vorschlag von einer Mehrheit der interessierten Kreise verworfen. Eine grundsätzliche Befreiung der Ehegatten und Eltern einer betroffenen Person von den Rechenschaftspflichten stehe insbesondere dem Schutz der Interessen der verbeiständeten Person entgegen. Die Behörde müsse bei der Prüfung der Frage, ob Eltern oder Ehegatten als Beistandsperson in Frage kommen, besonders auch die Einkommens- und Vermögensverhältnisse berücksichtigen. Eine Unterscheidung der Beziehungs- und Verwandtschaftsformen sei nicht gerechtfertigt, die weiteren Angehörigen sollten denselben Regelungen unterliegen wie die Ehegatten und Eltern.²³⁵

5.5.1.3 Auswirkungen der Revision auf die Verantwortlichkeit und die Haftung

Mit dem Entscheid, den Eltern eines volljährigen, mental zurückgebliebenen bzw. hilfsbedürftigen Kindes die elterliche Sorge zu erstrecken, entfiel gemäss dem alten Vormundschaftsrecht die Aufsichtspflicht der Vormundschaftsbehörde. Die Eltern waren weisungsungebunden und unterstanden keinerlei Rechnungslegungs- und Berichterstattungspflichten. Ihre Haftung für Schäden richtete sich im Unterschied zu den Beiständen, für welche die Verantwortlichkeitsregeln des Vormundschaftsrechts galten, nach Auftragsrecht.²³⁶ Das alte Zivilgesetzbuch sah in den Artikeln 426–429 eine komplizierte Kaskadenordnung der persönlichen Haftung vor. In erster Linie hafteten die Mandatsträger und die Behördenmitglieder persönlich. Nur wenn diese den Schaden nicht zu decken vermochten, hafteten die Kantone

²³² JULMY, S. 99, 102.

²³³ Art. 405 Abs. 2 ZGB (Inventarpflicht), Art. 411 ZGB (Pflicht zur periodischen Berichterstattung), Art. 410 ZGB (Pflicht zur periodischen Rechnungsablage), Art. 416 ZGB (Pflicht, für bestimmte Geschäfte die Zustimmung einzuholen).

²³⁴ Botschaft Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, S. 7018.

²³⁵ Zusammenstellung der Vernehmlassungen, S. 239 ff.

²³⁶ Botschaft Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, S. 7018.

oder Gemeinden. Von diesem komplizierten und ineffizienten System hat der Gesetzgeber zunächst im Rahmen der fürsorgerischen Freiheitsentziehung und nun auch mit der Revision des Vormundschaftsrechts Abstand genommen.²³⁷ Nach dem heutigen Verständnis der Verantwortlichkeit für hoheitliches Handeln soll in erster Linie der Staat haften, unabhängig davon, ob ein individuelles Verschulden vorliegt. Die geschädigte Person soll sich nicht damit beschäftigen müssen, welche Art von Mandatsträger oder welches Behördenmitglied für den Schaden verantwortlich ist.²³⁸

Mit dem Inkrafttreten des neuen Kindes- und Erwachsenenschutzrechts, gemäss welchem Eltern als Beistände eingesetzt werden können, gilt wie für alles behördliche Handeln neu generell die Staatshaftung. Der Kanton haftet für Schäden, die durch widerrechtliches Handeln oder Unterlassen entstehen, soweit es um die Durchführung oder Unterlassung behördlicher Massnahmen geht.²³⁹ Die Befreiung eines Angehörigenbeistands von bestimmten Pflichten entbindet die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde nicht von ihrer allgemeinen Aufsichtspflicht über die Mandatsträger. Die Bestimmungen über die Verantwortlichkeit und die direkte Staatshaftung gelten auch für die privaten Beistände, nicht nur für Berufsbeistände.²⁴⁰

5.5.2 Zur Bedeutung des neuen Artikel 420 ZGB

5.5.2.1 Rechtsprechung und Lehre

Artikel 420 ZGB sieht keine Pflicht der Behörde vor, eine Entbindung der in der Bestimmung genannten Pflichten vorzunehmen, sondern erteilt ihr lediglich das entsprechende Recht («kann»), wobei die zu erfüllende Voraussetzung sehr offen formuliert ist («wenn die Umstände es rechtfertigen»). Die Bestimmung ist damit in hohem Masse konkretisierungsbedürftig.

Die Mehrheit der Lehre spricht sich heute für eine *zurückhaltende Gewährung einer Befreiung von den Rechenschaftspflichten* aus und begründet diese mit der Gefahr eines Missbrauchs des Abhängigkeitsverhältnisses zwischen nahen Verwandten, insbesondere vor dem Hintergrund, dass eine behördliche Kontrolle entfällt. Latente Interessenkonflikte wie etwa eine Anwartschaft auf ein Erbe könnten ebenso gegen eine Entbindung von den Pflichten sprechen. So hat sich das Bundesgericht mit einem Vormundschaftsfall befasst, in dem die Tochter aus dem Vermögen der Mutter Geld für den Erwerb einer Liegenschaft verwendet hatte.²⁴¹ Die Lehre verlangt von der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde, die besonderen Verhältnisse des Einzelfalls zu berücksichtigen und dabei nicht nur zu prüfen, ob die angehörige Person sich grundsätzlich und für das betreffende Mandat im Besonderen fachlich und persönlich eignet, sondern auch, ob bei einer Entbindung von den Rechenschaftspflichten gewährleistet ist, dass die Mandatsführung im Interesse der betreuten Person erfolgt.²⁴²

Das Bundesgericht hat sich bisher noch nicht mit der spezifischen Problematik der Bestimmung befasst. Hingegen hat etwa das Obergericht des Kantons Zürich jüngst eine Beschwerde teilweise gutgeheissen und sich zu den Fragen der Inventarpflicht, der Rechenschaftspflicht und Berichterstattungspflicht eingehend geäussert. Die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde verlangte in ihrem Entscheid von den Eltern, die als Beistände für ihr voll-

²³⁷ FamKom-GEISER, Art. 454 N 1.

²³⁸ HÄFELI, Grundriss, Rz. 37.01; Botschaft Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, S. 7091 f.

²³⁹ Art. 454 Abs. 3 ZGB.

²⁴⁰ Botschaft Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, S. 7059 f.

²⁴¹ Urteil des Bundesgerichts vom 28. November 2012, 5A_580/2012.

²⁴² Handkommentar-VOGEL, Art. 420 N 5 und insbesondere HÄFELI, ZKE, S. 208 f. mit Verweis auf die weiteren Autoren, die sich für eine Zurückhaltung aussprechen; MEIER/LUKIC, N 641; SCHMID, Art. 420 N 2.

jähriges Kind eingesetzt wurden, dass diese nebst einem Inventar der zu verwaltenden Vermögenswerte des Kindes, einen Betreuungs- und Unterbringungsvertrag vorlegen und so oft als nötig Rechenschaftsbericht mit Rechnung und Belegen ablegen sollte. Das Gericht erwog in Bezug auf die Rechenschaftspflicht angesichts der einfachen und überschaubaren finanziellen Verhältnisse (Invalidenrente und Zusatzleistungen der Gemeinde, bescheidenes monatliches Einkommen und ein Vermögen von Fr. 38'000.--), dass die Behörde ihrer Aufsichtspflicht auch nachkommen könne, wenn jährlich ein Kontoauszug und die Steuererklärung eingereicht werden.²⁴³

CHRISTOPH HÄFELI spricht sich dafür aus, dass die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden der Einzelfallgerechtigkeit Vorrang vor der Rechtssicherheit geben sollten, wobei oberste Richtschnur natürlich immer die Interessen der betreuten Person bleiben soll. Zudem befürwortet er eine verstärkte mündliche, direkte Kommunikation zwischen der Behörde und den Angehörigen und spricht sich dafür aus, dass die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden verstärkt die Angehörigenbeistände bei der Erfüllung ihrer Aufgaben unterstützen. Zu den einzelnen, möglichen Erleichterungen im Zusammenhang mit den Rechenschaftspflichten schlägt HÄFELI vor, dass – soweit einfache Vermögensverhältnisse vorliegen – statt eines Inventars auch ein Kontoauszug oder die aktuelle Steuererklärung sowie die Feststellung, dass keine weiteren Vermögenswerte vorhanden sind, ausreichen und damit auf die Erstellung eines Inventars verzichtet werden kann. Ebenso rechtfertigt es sich seiner Ansicht nach bei einfachen und überschaubaren Einkommens- und Vermögensverhältnissen, bei denen die Einnahmen gerade die Lebenshaltungskosten decken und kaum Vermögensreserven bestehen, Angehörige als Beistände von der detaillierten Rechnungsablage zu dispensieren und lediglich einen jährlichen Kontoauszug und die aktuelle Steuererklärung zu verlangen. Gänzliche Entbindungen im Zusammenhang mit den zustimmungsbedürftigen Geschäften sollten hingegen mit grösserer Zurückhaltung gewährt werden. Weil die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde die Mandate regelmässig auf ihre Zwecktauglichkeit und Notwendigkeit hin überprüfen muss, lehnt er auch einen Dispens von der Berichterstattungspflicht ab. Anhand der Berichterstattung muss jeweils geprüft werden, ob etwa Ansprüche an Sozialversicherungen oder andere Beiträge geltend gemacht worden sind.²⁴⁴

Einzelne Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden, aber auch einzelne Kantone haben Richtlinien oder Leitlinien erarbeitet, die den Fachpersonen als Grundlage für die Entscheidung über eine Befreiungsbewilligung oder eine Ablehnung dienen sollen. Der Kanton Bern²⁴⁵ hat eine explizit grosszügige Befreiungspraxis angenommen, wonach Eltern grundsätzlich als Beistandspersonen von den Rechenschaftspflichten befreit werden sollen, wenn nicht besondere Ausschlussgründe vorliegen. Ausschlussgründe liegen in folgenden Fällen vor:

- Hohes Vermögen, komplexe Einkommens- und Vermögensverhältnisse, Beteiligung an Liegenschaften, Erbschaften oder Gesellschaften;
- Eine getrennte Verwaltung des Vermögens kann nicht vorgewiesen werden;
- Die betroffene Person ist in keiner Tagesstruktur eingebunden und wird ausschliesslich von den Angehörigen betreut;
- Die Angehörigen sind aufgrund der auf begründete Zweifel hin durchzuführenden Eigenungsabklärung für private Mandatsträger nur bedingt zur Übernahme der Einkommens- und Vermögensverwaltung geeignet. Eine regelmässige Kontrolle und Begleitung erscheint notwendig.

²⁴³ Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 2. Februar 2016, PQ160003.

²⁴⁴ HÄFELI, ZKE, S. 209 ff.

²⁴⁵ Vgl. den Entscheid der KESB Kanton Bern, vgl. <http://insieme.ch/kesb-bern-erleichterungen-fuer-eltern/>.

5.5.3 Kritik

Vor allem betroffene Eltern, die über viele Jahre ihre behinderten, weiterhin bedürftigen und nun volljährigen Kinder zu Hause betreut haben und bis vor kurzem nicht mit Berichterstattungs- oder Rechnungslegungspflichten gegenüber der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde konfrontiert waren, kritisieren das neue Recht als zu bürokratisch und die Behörde als kontrollwütig. Sie würden eingedeckt mit Formularen, die Kontrollen dauerten zu lange, die Entscheide seien in einer unverständlichen Juristensprache formuliert und sie empfänden es nicht als gerechtfertigt, für jeden Entscheid Gebühren zahlen zu müssen. Die Eltern fühlen sich degradiert und empfinden die Pflichten als Schikane.²⁴⁶ Die Dachorganisation der Elternvereine für Menschen mit einer geistigen Behinderung (insieme) stellt ebenso fest, dass die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden Eltern teilweise mit weit gehenden Rechenschaftspflichten belegt, die in der spezifischen Situation nicht angemessen sind.²⁴⁷ Die Praxis der Behörden scheint allerdings sehr uneinheitlich zu sein, nicht nur von Kanton zu Kanton, sondern auch innerhalb eines Kantons. Gewisse Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden befreien die Eltern quasi automatisch von allen Pflichten, während andere jegliche Befreiung verweigern.²⁴⁸ Die Umsetzung der Bestimmung erweist sich offenbar in der Praxis teilweise als schwierige Aufgabe. Es gilt, zwischen dem Interesse der bedürftigen, verbeiständeten Person und dem Anspruch Angehöriger auf Nichteinmischung in ihre Familienangelegenheiten abzuwägen.

5.5.4 Parlamentarische Vorstösse

Die dargestellte Situation und die Kritik hat auch zu einer Reaktion im Parlament geführt: So verlangt die parlamentarische Initiative 16.428²⁴⁹ einen Paradigmenwechsel. Die in Artikel 420 ZGB aufgezählten Personen, insbesondere die Eltern und die Ehegatten, sollen danach nur noch ausnahmsweise zur periodischen Berichterstattung und Rechnungsablage verpflichtet werden können. Artikel 420 ZGB sei in jedem Falle so anzupassen, dass der administrative Aufwand aus den entsprechenden Verpflichtungen massiv reduziert werde.

Eine weitere parlamentarische Initiative 16.429²⁵⁰ verlangt ausserdem, dass die heute abschliessende Aufzählung von Personen in Artikel 420 in eine nicht abschliessende Liste umgewandelt wird. Es sei nicht ersichtlich, weshalb nicht auch andere Personen, etwa Tanten oder Onkel, die der verbeiständeten Person bereits vor Übernahme der Beistandschaft nahe stehend waren, nicht von den Verpflichtungen befreit werden können.

Die beiden Initiativen sind bislang vom Parlament nicht behandelt worden.

5.5.5 Empfehlungen der KOKES

Die unterschiedliche Handhabung der Bestimmung in der Praxis und die damit verbundene Kritik haben dazu geführt, dass die KOKES im November 2016 ein Merkblatt und Empfehlungen mit dem Titel «Angehörige als Beistand – Kriterien zur Umsetzung von Artikel 420 ZGB» verabschiedet hat. Gestützt auf *good practice*-Beispiele von Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden aus verschiedenen Landesteilen sowie unter Beachtung der gesetzlichen Grundlagen und aktueller Gerichtsurteile hat die KOKES in Zusammenarbeit mit ver-

²⁴⁶ Zentralschweiz am Sonntag vom 3. April 2016, S. 19; Beobachter 10/2016, S. 46 ff., Neue Zürcher Zeitung vom 13. Juni 2016, S. 13; Tagesanzeiger vom 13. Juni 2016, S. 19.

²⁴⁷ Zentralschweiz am Sonntag vom 24. April 2016, S. 3.

²⁴⁸ HÄFELI, ZKE, S. 198.

²⁴⁹ Parlamentarische Initiative 16.428 VÖGLER vom 27. April 2016 («Paradigmenwechsel bei Artikel 420 ZGB»).

²⁵⁰ Parlamentarische Initiative 16.429 VÖGLER vom 27. April 2016 («Anpassung von Artikel 420 ZGB»).

schiedenen Interessenverbänden (insieme, Pro Infirmis, procap, Alzheimervereinigung) Kriterien erarbeitet, die als schweizweite Standards gelten sollen.

Darin werden zuerst die Grundsätze dargestellt, die bei der Bestellung von Angehörigen als Beistände zu beachten sind, so namentlich die Familiensolidarität und die Subsidiarität der behördlichen Massnahmen. Anschliessend wird das Verfahren dargestellt, das zu durchlaufen ist, bis es zu einer behördlichen Massnahme kommt. Schliesslich werden eine Reihe von Empfehlungen gemacht, mit denen die Praxis vereinheitlicht und die bestehenden Probleme beseitigt werden sollen. Bezüglich der Befreiung von den Pflichten gegenüber der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde im Rahmen von Artikel 420 ZGB wird festgehalten:

«Die KESB prüft im Einzelfall (behördliches Ermessen), ob und inwiefern Angehörige von den Pflichten gegenüber der KESB entbunden werden können. Es besteht eine Prüfungspflicht. Mit anderen Worten sind generelle Entbindungen oder generelle Nicht-Entbindungen ohne Prüfung des Einzelfalls nicht rechtmässig.

Entbunden werden kann von bestimmten Pflichten gegenüber der KESB resp. deren Beaufsichtigung. Eine Entbindung entlässt die KESB jedoch nicht aus ihrer allgemeinen Aufsichtspflicht gegenüber dem Beistand und den Staat nicht aus der Haftung. Ebenso wenig ist der Beistand von seinen Vertretungs-, Verwaltungs- und Sorgfaltspflichten entlastet.

Für Angehörige sind – sofern sie das wollen und einfache Verhältnisse vorliegen – im Regelfall Erleichterungen vorzusehen. Ausschlaggebend bei der Frage, ob und von welchen Pflichten entbunden resp. Erleichterungen gewährt werden können, ist das Interesse der verbeiständeten Person.

Die KESB informiert die Angehörigen über die Voraussetzungen für Entbindungen und Erleichterungen. In der Regel einigen sich die KESB, die betroffene Person und die Angehörigen.»

Schliesslich werden eine Reihe weiterer konkreter Empfehlungen im Hinblick auf die konkreten Erleichterungen gemacht, die von der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde gegenüber den Angehörigen gemacht werden können.

Eine weitere heikle Frage betrifft diejenige der Verfahrenskosten bzw. Verfahrensgebühren. Die Empfehlungen der KOKES halten diesbezüglich fest:

«Mit Rücksicht auf die besondere Situation der familiären Betreuung wird die KESB den vom kantonalen Recht allenfalls eingeräumten Ermessensspielraum nutzen und – falls möglich – auf Gebühren oder Kosten verzichten oder den tiefst möglichen Ansatz wählen. Denkbar ist auch, dass die Kontrolle der reduzierten Berichts-/Rechnungsablage nicht im Rahmen eines ordentlichen Verfahrens mit Beschluss, sondern mittels einfachen Briefs erledigt wird.»

Auch wenn es sich hierbei lediglich um Empfehlungen handelt, die für die einzelnen Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden formell nicht verbindlich sind, ist davon auszugehen, dass diese Vorgaben der KOKES einen grossen Einfluss auf die Praxis haben werden. Der Umstand, dass verschiedene grosse Interessenverbände an der Ausarbeitung der Empfehlungen beteiligt waren, spricht zusätzlich dafür, dass damit ein allgemein anerkannter Konsens gefunden werden konnte, wie Artikel 420 ZGB in Zukunft angewandt werden sollte.

5.5.6 Würdigung

Die Diskussion um die Entbindung naher Angehöriger von den Pflichten gegenüber der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden gemäss Artikel 420 ZGB zeigt das Dilemma, in dem

sich sowohl der Gesetzgeber als auch die rechtsanwendenden Behörden befinden: Einerseits muss die Leistung der Angehörigen, die als Beiständin oder als Beistand für eine andere Person tätig sind, mit grossem Respekt gewürdigt werden. Einer Beistandschaft und Betreuung innerhalb der Familie bzw. durch nahe Angehörige sollen keine unnötigen Hürden in den Weg gelegt werden. In der allergrössten Mehrheit der Familien sind die persönliche Fürsorge für und das Interesse an einem möglichst selbstbestimmten Leben der hilfsbedürftigen Personen selbstverständlich. Insbesondere Eltern von hilfsbedürftigen erwachsenen Kindern stellen ihre eigenen Interessen zurück und opfern einen grossen Teil ihrer Lebenszeit dem Wohlergehen der Kinder. Sind die Angehörigen als Beistände in persönlicher Hinsicht geeignet, sollten sie bei der Führung ihres Mandats sowie bei der Erstellung der Berichte unterstützt und nicht behindert werden.

Andererseits ist es aber auch die Aufgabe des Staates, wenn nötig die Interessen und Rechte der betroffenen Personen zu schützen. Eine generelle Befreiung naher Angehöriger von sämtlichen Pflichten ist nicht im Sinne des Gesetzgebers und würde zu weit gehen. In Einzelfällen gab und gibt es immer wieder Situationen, in denen es notwendig ist, dass der Staat zum Schutz der betroffenen Personen eingreift. Der Staat darf sich deshalb auch bei scheinbar problemlosen Konstellationen nicht einfach aus seiner Verantwortung verabschieden, sondern muss ein Mindestmass an Kontrolle gewährleisten. Eine systematische Befreiung der Eltern und Ehegatten, die als Beistände tätig sind, von allen Pflichten gegenüber der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde, hätte für den Kanton auch ein nicht unbeachtliches Haftungsrisiko zur Folge. Zudem darf auch bei einer generellen Befreiung die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde nicht von der allgemeinen Eignungsprüfung für Beistände²⁵¹ absehen: Auch private Beistände müssen über minimale Fach- und Sozialkompetenzen in Bezug auf die Personensorge, Vermögenssorge und die Vertretung im Rechtsverkehr verfügen. Beistände haben, ob privat oder professionell, grundsätzlich dieselben Anforderungen zu erfüllen. Die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde muss gewährleisten, dass die Mandatsführung sorgfältig und im Interesse der betreuten Person geführt wird. Bei den Rechnungslegungs- und Berichterstattungspflichten kann nach Ansicht des Bundesrates nicht derselbe (hohe) Standard wie bei Berufsbeiständen gelten. Die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde ist in der Pflicht, dafür zu sorgen, dass die Beiständin oder der Beistand die erforderliche Unterstützung und Beratung erhält, sowohl was die Instruktion bei der Mandatserrichtung betrifft, als auch während der Führung des Mandats (Art. 400 Abs. 3 ZGB). Bei der Instruktion im Hinblick auf ein Angehörigenmandat reicht es nicht, dass die Behörde einen Leitfaden oder ein Handbuch über die Führung der Vermögensverwaltung überreicht. Sie muss vielmehr – schon aus haftungsrechtlichen Gründen – durch Unterstützung und Beratung dafür sorgen, dass die angehörige Person ihre Aufgabe mit einer minimalen Professionalität erfüllen kann. Ein Ungenügen eines Mandatsträgers muss rechtzeitig erkannt werden, damit die Behörde auch rechtzeitig handeln kann.²⁵²

Die geltende Fassung von Artikel 420 ZGB trägt diesem Interessenkonflikt nach Ansicht des Bundesrates ausreichend Rechnung. Im Grundsatz ist deshalb die geltende Regelung nicht zu beanstanden. Die heutige Bestimmung ermöglicht bereits Einzelfalllösungen für Teilentbindungen von den Rechnungslegungs- und Berichterstattungspflichten. Aus der Sicht des Bundesrates ist es durchaus möglich, dass die Erleichterungen für Angehörigenbeistände auf dieser Grundlage und im Sinne der vorangegangenen Erwägungen gewährt werden. Die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden sollen bei grundsätzlich geeigneten Angehörigenbeiständen an den Einzelfall angepasste Erleichterungen von den Rechnungslegungs- und Berichterstattungspflichten prüfen und gewähren, insbesondere soweit einfache finanzielle

²⁵¹ Art. 400 Abs. 1 ZGB.

²⁵² BGE 135 III 198, 204, Erw. 7.

Verhältnisse und ein überschaubares Vermögen vorliegt. Gleichzeitig muss sie ihre Unterstützerrolle verstärkt wahrnehmen. Eine gänzliche Entbindung von allen Pflichten ist jedoch auch nach Ansicht des Bundesrates nur mit einer gewissen Zurückhaltung zu gewähren. Festzuhalten ist allerdings auch, dass eine grundsätzliche Verweigerung der Entbindung von den Pflichten gegenüber der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde *eine unzulässige Ermessensunterschreitung* darstellen würde, da der Gesetzeswortlaut den Behörden den verbindlichen Auftrag erteilt, bei gegebenen Voraussetzungen von dieser Möglichkeit auch Gebrauch zu machen.

Mit dem Erlass des Merkblattes und der Empfehlungen der KOKES vom November 2016, die in Zusammenarbeit mit verschiedenen Interessenverbänden erarbeitet wurde, ist nun aber ein grosser Schritt in die richtige Richtung gemacht worden. Sie stellen nach Ansicht des Bundesrates einen sinnvollen Weg dar, wie Artikel 420 ZGB in Zukunft angewandt werden soll. Wie festgehalten, ist der Bundesrat der Ansicht, dass die geltende Bestimmung die auf dem Spiel stehenden Interessen sinnvoll in Einklang bringt. Die Empfehlungen der KOKES sollen sicherstellen, dass die Bestimmung auch richtig und im Sinne der betroffenen Person eingesetzt wird. Die Empfehlungen werden voraussichtlich eine gewisse Einheitlichkeit der Rechtsanwendung durch die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden nach sich ziehen. Inhaltlich setzen sie den Willen des historischen Gesetzgebers um und wollen zu einer sinnvolleren Anwendung der Befreiungsmöglichkeit von Artikel 420 ZGB führen. So schreiben sie insbesondere vor, dass – falls Angehörige das wollen und einfache Verhältnisse vorliegen – «im Regelfall Erleichterungen vorzusehen» sind.²⁵³

5.5.7 Handlungsbedarf

Unter diesen Umständen sieht der Bundesrat zurzeit keinen grundsätzlichen Handlungsbedarf auf gesetzgeberischer Ebene. Es gibt allerdings zwei Punkte, die in Zusammenhang mit Artikel 420 ZGB geklärt werden könnten;

(1) Das heutige Recht sieht nur die teilweise oder gänzliche «Entbindung» als mögliche Form der Privilegierung von Angehörigenbeiständen in Bezug auf bestimmte Pflichten vor. Eine Entbindung führt jedoch immer dazu, dass die Behörde trotz weiterbestehender Haftung keine oder nur eine eingeschränkte Kontrolle über das Mandat hat. Weil der Kanton gemäss der kausalen Staatshaftung auch für Schäden haftet, die ein Angehörigenbeistand verursacht und das Fehlerrisiko grösser ist als bei professionellen Beiständen, muss sich die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde zweimal überlegen, ob sie Angehörige von den Rechnungslegungs- und Berichterstattungspflichten gänzlich «entbindet». Es rechtfertigt sich daher, über eine allfällige künftige Anpassung der Bestimmung des Artikels 420 ZGB nachzudenken.

Zwar konnte die «erstreckte elterliche Sorge nach Mass» im Rahmen der Revision des Vormundschaftsrechts nicht realisiert werden. Jedoch ist es durchaus denkbar, die Rechnungslegungs- und Berichterstattungspflicht im Einzelfall an die Fähigkeiten der Angehörigenbeistände anzupassen und in diesem Sinne «zu erleichtern». Sind die Einkommens- und Vermögensverhältnisse einfach und überschaubar, könnte das Mandat von der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde mit «Erleichterungen» wie sie in der Praxis bereits angeordnet werden,²⁵⁴ ausgestaltet werden, während der Behörde gleichzeitig eine Beratungs- und Unterstützungsrolle zukäme. So stiege zwar der administrative Aufwand der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde bei unterstützungsbedürftigen Angehörigen. Gleichzeitig könnte

²⁵³ KOKES, Merkblatt und Empfehlungen zu Artikel 420 ZGB, Ziff. 3.1.

²⁵⁴ Vgl. dazu vgl. Ziff. 5.5.2.

die Behörde in diesen Fällen aber in regelmässigen Abständen ihre Aufsichtspflicht weiterhin wahrnehmen.

In diesem Sinne könnte eine Bestimmung, die statt von der teilweisen oder gänzlichen «Entbindung» von «Erleichterungen» spricht, sowohl das Bedürfnis der Angehörigenbeistände nach möglichst machbaren und administrativ wenig aufwändigen Berichten befriedigen. Auf der anderen Seite bestünde seitens der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden weiterhin die Möglichkeit, das Mandat in angemessenen Abständen zu überprüfen und damit auch das Risiko eines Schadens und einer Haftung wirksam zu begegnen.

Hingegen erachtet es der Bundesrat nicht als sinnvoll, unterschiedliche Kategorien von Personen zu schaffen, die in Bezug auf allfällige Erleichterungen privilegierter behandelt würden (Ehegatten und Eltern) als andere (Geschwister, Lebenspartner, etc.). Nicht die Nähe des Verwandtschaftsgrades ist in Bezug auf allfällige Erleichterungen entscheidend, sondern die konkrete persönliche Eignung für das Mandat sowie die Gewähr für die Wahrung der Interessen der betroffenen Person.

(2) Nach dem heutigen Recht ist die Liste der Personen, die von den betreffenden Pflichten befreit werden können, abschliessend. *De lege ferenda* wäre zu überlegen, ob die heutige abschliessende Liste von angehörigen Personen in Artikel 420 ZGB in eine nicht abschliessende angepasst werden sollte. Das Gesetz schliesst nicht aus, dass beispielsweise eine Tante als Beiständin oder der Schwager als Beistand eingesetzt werden. Es gibt letztlich keine Rechtfertigung dafür, nur den im Gesetz erwähnten Personen Erleichterungen zu gewähren. Mit der Parlamentarischen Initiative 16.429²⁵⁵ wird sich das Parlament in absehbarer Zeit mit dieser Frage befassen und bei Bejahung des Handlungsbedarfs die notwendige Anpassung vornehmen können.

5.6 Information anderer Behörden durch die KESB

Ein Mangel des geltenden Rechts besteht darin, dass gemäss Artikel 449c ZGB die KESB lediglich dem Zivilstandsamt Mitteilung zu machen hat, wenn sie eine Person wegen dauernder Urteilsunfähigkeit unter umfassende Beistandschaft stellt oder wenn für eine dauernd urteilsunfähige Person ein Vorsorgeauftrag wirksam wird. Nach dem Inkrafttreten des neuen Rechts hat sich gezeigt, dass neben den Zivilstandsämtern verschiedene weitere Behörden Kenntnis vom Erlass einer Massnahme haben sollten.

Das Parlament hat diesen Mangel mit der Verabschiedung der Vorlage zur Umsetzung der Parlamentarischen Initiative 11.449²⁵⁶ beseitigt und die betreffende Bestimmung ergänzt. Neu muss die KESB neben den Zivilstandsbehörden auch die Wohnsitzgemeinde, das Betriebsamt, die Ausweisbehörde sowie das Grundbuchamt über die angeordneten Massnahmen informieren. Die Referendumsfrist läuft noch bis zum 7. April 2017,²⁵⁷ ein Referendum wurde aber nicht ergriffen. Damit konnte der dargestellte Mangel behoben werden. Weiterer gesetzgeberischer Handlungsbedarf besteht nicht.

5.7 Bekanntgabe von Erwachsenenschutzmassnahmen an Dritte

Mit der Verabschiedung der Vorlage zur Umsetzung der Parlamentarischen Initiative 11.449²⁵⁸ ist das Parlament ausserdem eine weitere Problematik des neuen Rechts ange-

²⁵⁵ Parlamentarische Initiative 16.429 VOGLER vom 27. April 2016 («Anpassung von Artikel 420 ZGB»).

²⁵⁶ Parlamentarische Initiative 11.449 JODER vom 16. Juni 2011 («Publikation von Erwachsenenschutzmassnahmen»).

²⁵⁷ BBl 2016 8893.

²⁵⁸ Parlamentarische Initiative 11.449 JODER vom 16. Juni 2011 («Publikation von Erwachsenenschutzmassnahmen»).

gangen: Seit Inkrafttreten des neuen Erwachsenenschutzrechts am 1. Januar 2013 werden die Schutzmassnahmen, welche die Handlungsfähigkeit der betroffenen Personen einschränken, nicht mehr in den kantonalen Amtsblättern veröffentlicht. Um Auskunft über das Bestehen einer Massnahme zu erhalten, müssen sich Dritte heute im Einzelfall und unter Glaubhaftmachung eines Interesses an die zuständige Erwachsenenschutzbehörde wenden (Art. 451 Abs. 2 ZGB).

Der Wortlaut der Parlamentarischen Initiative 11.449 und der darauf beruhende Vorentwurf hatten noch vorgesehen, dass die betreffenden Informationen über die angeordneten Massnahmen neu im Rahmen der Betreuungsauskunft an interessierte Dritte weiterzugeben waren. Aufgrund der sehr kritischen Rückmeldungen im Rahmen der Vernehmlassung wurde dann aber von diesen Lösungsansatz abgesehen und das geltende System, bei dem die KESB für die entsprechende Auskunftserteilung zuständig bleibt, beibehalten. Dabei wurde aber dem Einwand Rechnung getragen, dass der Zugang zu den betreffenden Informationen unterschiedlich und teilweise sehr restriktiv gehandhabt werde. Artikel 451 ZGB wurde deshalb präzisiert und der Bundesrat verpflichtet, im Rahmen einer Verordnung dafür zu sorgen, dass die Auskunftserteilung einfach, rasch und einheitlich erfolgen kann. Damit wird verbindlich geregelt, wer unter welchen Voraussetzungen und innerhalb welcher Frist Auskünfte erhalten kann. Auch hier besteht – namentlich auch, weil sich das Parlament mit der betreffenden Problematik sehr detailliert befasst hat – kein weiterer gesetzgeberischer Handlungsbedarf mehr. Der Bundesrat wird noch im Jahr 2017 einen Verordnungsentwurf in die Vernehmlassung schicken.

5.8 Pflicht zur Übernahme einer Beistandschaft (Art. 400 Abs. 2 ZGB)

Gemäss geltendem Recht ist eine Person, die von der Erwachsenenschutzbehörde als Beistand ernannt worden ist, zur Übernahme der Beistandschaft verpflichtet, sofern keine wichtige Gründe dagegen sprechen (Art. 400 Abs. 2 ZGB). Allerdings hatte diese Übernahmepflicht zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Kindes- und Erwachsenenschutzrechts im Jahr 2013 kaum mehr praktische Bedeutung. Nur im Kanton Waadt wurden Personen weiterhin gegen ihren ausdrücklichen Willen zur Amtsübernahme verpflichtet.

Die Parlamentarische Initiative 12.413²⁵⁹ verlangte, dass niemand gegen seinen oder ihren Willen zur Beiständin oder zum Beistand ernannt werden sollte. Nachdem beide Kommissionen für Rechtsfragen des Parlaments der Initiative Folge gegeben hatten, erfolgte auch im Kanton Waadt eine Praxisänderung, indem der Kanton im Juli 2014 ankündigte, zukünftig keine weiteren Personen mehr gegen ihren Willen zur Übernahme eines Mandats als Beiständin oder Beistand zu verpflichten. Die Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates beschloss, die verlangte Revision von Artikel 400 Absatz 2 ZGB dennoch weiterzuführen und den Grundsatz, dass eine Person nicht ohne ihr Einverständnis zur Beiständin oder zum Beistand ernannt werden kann, ausdrücklich im Gesetz festzuhalten.

6 Revisionsbedarf bei der Verordnung über die Vermögensverwaltung im Rahmen einer Beistandschaft oder Vormundschaft (VBVV)

Nach früherem Recht war es Aufgabe der Kantone, Bestimmungen über die Anlage und Verwahrung des Mündelvermögens sowie die Art der Rechnungsführung und Rechnungs-

²⁵⁹ Parlamentarische Initiative 12.413 SCHWAAB vom 14. März 2012 («Keine Ernennung als Beistand oder Beiständin wider Willen!»).

stellung und der Berichterstattung aufzustellen (Art. 425 Abs. 2 aZGB). Mehrere Kantone haben solche Bestimmungen in Form von Verordnungen, Kreisschreiben oder Empfehlungen erlassen. Im Interesse einer einheitlichen Anwendung des Bundesrechts hat das neue Kindes- und Erwachsenenschutzrecht dem Bundesrat die Kompetenz eingeräumt, Bestimmungen über die Anlage und die Aufbewahrung des Vermögens zu erlassen (Art. 408 Abs. 3 ZGB). Diese Bestimmungen sind gestützt auf Artikel 327c Absatz. 2 ZGB auch auf die Anlage und die Aufbewahrung des Vermögens einer minderjährigen Person unter Vormundschaft anwendbar. Der Bundesrat hat im Jahr 2012 eine Vernehmlassung über einen Verordnungsentwurf durchgeführt und am 4. Juli 2012 die entsprechende Verordnung erlassen. Sie ist am 1. Januar 2013 gemeinsam mit dem neuen Kindes- und Erwachsenenschutzrecht in Kraft getreten. Mit dieser Verordnung wurden die früheren Bestimmungen von Kantonen oder Gemeinden im Rahmen von Art. 425 Abs. 2 aZGB über die Anlage von Vermögenswerten von betroffenen Personen durch eine einheitliche Regelung ersetzt.

Seit dem Inkrafttreten der Verordnung haben sich verschiedene Mängel ergeben. Als problematisch angesehen werden muss insbesondere die Regelung von Artikel 10 VBVV und ihr Verhältnis zum Bankgeheimnis gemäss Artikel 47 Bankengesetz.²⁶⁰ Zudem hat die KOKES bei den kantonalen Aufsichtsbehörden eine Umfrage betreffend Umsetzung der VBVV in den Kantonen durchgeführt. Im Rahmen dieser Umfrage wurden verschiedene Reformbedürfnisse angemeldet, weil diverse Unklarheiten, Unsicherheiten und Widersprüche bestehen würden. Diese führten zu unterschiedlichen kantonalen Lösungen, was wiederum auf Seiten der Banken in der Abwicklung Schwierigkeiten bereitete und der Rechtssicherheit abträglich ist. Aus diesem Grund hat die KOKES gemeinsam mit der Schweizerischen Bankiervereinigung (Swissbanking) am 1. November 2016 eine Eingabe beim Bundesamt für Justiz gemacht und einen Entwurf für eine Revision der VBVV vorgelegt. Es ist vorgesehen, dass der Bundesrat im Laufe des Jahres 2017 eine Vernehmlassung zur Revision der VBVV eröffnen wird, um die bestehenden Mängel der Verordnung zu beseitigen.

7 Kantonale Evaluationen

7.1.1 Kanton Bern

Der Kanton Bern hat im Juni 2015, zwei Jahre nach Inkrafttreten des neuen Kindes- und Erwachsenenschutzrechts seinen Bericht zur ersten Etappe der kantonalen Evaluation veröffentlicht. Die Evaluation sollte ermöglichen, Schwierigkeiten und Probleme im laufenden Umsetzungsprozess benennen zu können. Gleichzeitig sollten Antworten auf die Fragen gefunden werden, wie weit die Implementierung des neuen Rechts fortgeschritten ist, in wie weit die aktuelle organisatorische Struktur hierfür geeignet ist, ob die personellen Ressourcen ausreichen und ob sie effizient eingesetzt werden. Weiterhin sollte die Entwicklung der Zusammenarbeit der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden mit externen Partnern sowie die Systemsteuerung im Dreiecksverhältnis zwischen lokaler Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde, Geschäftsleitung und Kantonalem Jugendamt (KJA) betrachtet werden.²⁶¹

Die Evaluation zieht eine durchwegs positive Bilanz im Zusammenhang mit der Tätigkeit der elf Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden des Kantons Bern. Positiv herausgestrichen wird das Modell insbesondere aufgrund der Finanzierung. Weil die Massnahmen, die von den Behörden angeordnet werden, kantonal finanziert sind, konnte die andernorts aufgekommene Kritik der Gemeinden vermieden werden. Es wurden jedoch auch einige Schwachstellen genannt, welche in Zukunft im Kanton Bern angegangen werden sollen. Im

²⁶⁰ Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen vom 8. November 1934 (BankG), SR 952.0.

²⁶¹ Bericht Evaluation BE, S. 2,11.

Zusammenhang mit den Massnahmekosten und Finanzabläufen sei aufgrund geteilter Verantwortlichkeiten der kantonalen Stellen und den kommunalen Sozialdiensten die Abrechnung der Massnahmekosten sehr komplex.²⁶² Nicht nur die Arbeitsbelastung bei den Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden sei im Kanton Bern gross, auch die Sozialdienste leiden unter einer wachsenden Arbeitslast. Die Zunahme der administrativen Arbeiten sowie die wachsende Anzahl Dossiers pro Sozialarbeiter führen zu einer Unzufriedenheit. Letztere wünschen sich daher Verbesserungen in Bezug auf die Einheitlichkeit der Abläufe, beim Detaillierungsgrad der Abklärungsberichte oder bei gewissen Aufgabenteilungen wie Vorabklärungen. Die Evaluation im Kanton Bern ergab im Übrigen, dass die Anzahl verfügbarer Massnahmen der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden vermutlich im Vergleich zu den Vorjahren zurückgegangen ist, dass jedoch die Anzahl der freiwilligen Massnahmen der Sozialhilfe zwischen 2012 und 2014 angestiegen ist.²⁶³

7.1.2 Kanton St. Gallen

Die Regierung des Kantons St. Gallen hat die Firma Interface beauftragt, die Umsetzung, die Leistungen und die Wirkungen des neuen Kindes- und Erwachsenenschutzrechts der neun Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden zu evaluieren. Der Schlussbericht mit Empfehlungen wurde Ende August 2016 publiziert.²⁶⁴ Auf der Basis der Ergebnisse will die Regierung allfällige konkrete Gesetzesanpassungen vorschlagen. Die Resultate werden derzeit vom Departement des Innern des Kantons analysiert.

Die Behörden im Kanton St. Gallen beruhen auf kommunaler oder regionaler Trägerschaft und sind, weil das Einführungsgesetz zum Zivilgesetzbuch des Kantons den politischen Gemeinden viel Spielraum in der Organisation zugesteht, sehr heterogen ausgestaltet. Die beiden Behörden mit dem grössten Einzugsgebiet haben sich für ein Sitzgemeindemodell entschieden, vier für eine öffentlich-rechtliche Körperschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit und die drei Behörden mit dem kleinsten Einzugsgebiet für einen Zweckverband.²⁶⁵

Die Evaluation zeigt ein durchaus positives Bild der Arbeit der neun seit 2013 tätigen Behörden im Kanton. Die Untersuchung kommt zum Schluss, dass die stark im Fokus der Kritik stehenden Fallzahlen zu den Fremdplatzierungen von Kindern im Vergleich zu früher nicht gestiegen sind bzw. dass die Revision des Zivilgesetzbuches keine grösseren Veränderungen der Ausgaben für Massnahmen im Kinderschutz durch die Gemeinden zur Folge hatte.²⁶⁶ Dennoch sprechen sich die Evaluatoren dafür aus, dass die Zusammenarbeit der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden mit den Gemeinden - mit Empfehlungen ähnlich wie im Kanton Zürich - weiterhin verbessert werden könnte. Die Analyse nimmt auch Einschätzungen zur Effizienz der neun Behörden anhand der Nettokosten und der aktiven Kindes- und Erwachsenenschutzdossiers vor und hält fest, dass im Jahresmittel für die Jahre 2013 bis 2015 pro aktives Dossier Nettokosten von Fr. 1'308.-- anfallen. Neutral bewertet wird die im Vergleich zum alten Vormundschaftsrecht geschaffene Distanz zwischen den betroffenen Personen und den Behörden. Aus der Sicht der betroffenen Behörden werden die höhere Komplexität und die damit verbundene schwierige Verständlichkeit der Verfügungen, eine grössere finanzielle Belastung durch Gebühren sowie höhere formale Anforderungen an die Mandatsträger als Verschlechterungen im Vergleich zum früheren Recht genannt. Eine weitere wichtige Erkenntnis der Evaluation besteht in der Aussage, dass es sich bewährt, wenn die Abklärungen durch die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde selbst vorgenommen

²⁶² Bericht Evaluation BE, S. 3, 66.

²⁶³ Bericht Evaluation BE, S. 69 f.

²⁶⁴ Bericht Evaluation SG.

²⁶⁵ Bericht Evaluation SG, S. 5.

²⁶⁶ Bericht Evaluation SG, S. 8 ff., vgl. auch Kapitel 3 Auswirkungen der Revision auf Fallzahlen und Kosten.

und nicht an externe Stellen vergeben werden. Dadurch ergibt sich nach Ansicht der Verfasser einerseits eine bessere Abstützung für die Entscheidungsfindung im Spruchkörper. Andererseits kann damit internes und interdisziplinäres Know-How aufgebaut und genutzt werden. Gleichzeitig ergibt sich aus den Abklärungen auch eine Nähe zu den betroffenen Personen. Die organisatorische Verknüpfung von Berufsbeistandschaften und Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde wird als Schwäche gesehen. Im Bericht wird daher empfohlen, diese in einer eigenen Körperschaft zu organisieren, für den guten Austausch zwischen Behörde und Berufsbeistände könnten jedoch beide in demselben Gebäude untergebracht werden.²⁶⁷

8 Vorgaben der UN-Behindertenkonvention

Im Zusammenhang mit dem Erwachsenenschutzrecht von Bedeutung ist das Übereinkommen vom 13. Dezember 2006 über die Rechte von Menschen mit Behinderungen (Behindertenrechtskonvention, BRK).²⁶⁸ Dieser Staatsvertrag stellt ein wichtiges Instrument dar, um die Diskriminierung der weltweit über eine Milliarde Menschen mit Behinderungen in allen Lebensbereichen zu bekämpfen und ihre selbstständige Teilnahme am gesellschaftlichen Leben zu fördern. Das Übereinkommen wurde am 13. Dezember 2006 von der UNO-Generalversammlung angenommen und bis zum 1. November 2012 von 154 Staaten unterzeichnet und von 126 Staaten (inkl. der EU) ratifiziert. Die Bundesversammlung hat die Konvention am 13. Dezember 2013 genehmigt, sodass die Beitrittsurkunde am 15. April 2014 hinterlegt werden konnte. Das Abkommen ist für die Schweiz am 15. Mai 2014 in Kraft getreten.

Ziel des Übereinkommens ist der volle Genuss der grundlegenden Menschenrechte durch behinderte Menschen und deren aktive Teilnahme am politischen, wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Leben sowie die Förderung der Achtung der ihnen innewohnenden Würde. Das Übereinkommen verbietet jede Diskriminierung von Behinderten in allen Lebensbereichen und bezweckt, die Chancengleichheit von Menschen mit Behinderungen zu fördern. Es garantiert unter anderem das Recht auf ein unabhängiges und selbstbestimmtes Leben, Schutz von Frauen und Mädchen mit Behinderungen vor Mehrfachdiskriminierungen, gleiches Recht auf eine eigene Familie, das Recht auf Beschäftigung, das Recht auf einen angemessenen Lebensstandard und sozialen Schutz, gleicher Zugang zu Bildung, gleiches Recht auf Teilhabe am öffentlichen und kulturellen Leben sowie Schutz vor Gewalt, Ausbeutung und Missbrauch. Das Übereinkommen schafft dabei grundsätzlich keine Sonderrechte, sondern konkretisiert vielmehr die universellen Menschenrechte aus der Perspektive der Menschen mit Behinderungen und vor dem Hintergrund ihrer spezifischen Lebenslagen.

Die Mehrzahl der Bestimmungen des Übereinkommens beinhalten Rechte mit programmatischem Charakter. Es handelt sich dabei um Verpflichtungen, die die Vertragsstaaten progressiv – unter Berücksichtigung ihrer Mittel – im Rahmen ihrer nationalen Gesetzgebung umzusetzen haben. Die Vorschriften des Übereinkommens richten sich daher primär an den Gesetzgeber, welcher sie als Richtlinien für seine Tätigkeit zu beachten hat.

Für den vorliegenden Kontext von Bedeutung ist insbesondere Artikel 12 der Konvention, wonach zu gewährleisten ist, «dass bei den Massnahmen betreffend die Ausübung der Rechts- und Handlungsfähigkeit die Rechte, der Wille und die Präferenzen der betreffenden Person geachtet werden, es nicht zu Interessenkonflikten und missbräuchlicher Einflussnahme kommt, dass die Massnahmen verhältnismässig und auf die Umstände der Person zugeschnitten sind, dass sie von möglichst kurzer Dauer sind und dass sie einer regelmässi-

²⁶⁷ Bericht Evaluation SG, S. 5, 12.

²⁶⁸ Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen vom 13. Dezember 2006, SR 0.109.

gen Überprüfung durch eine zuständige, unabhängige und unparteiische Behörde oder gerichtliche Stelle unterliegen.»²⁶⁹

Der Bundesrat konnte in seiner Botschaft zur BRK festhalten, dass die Schweiz die Anforderungen des Übereinkommens weitgehend erfüllt. So sei insbesondere das neue Erwachsenenschutzrecht darauf ausgerichtet, Menschen mit Behinderungen, die auf Hilfe angewiesen sind, bei der Ausübung der eigenen Rechte nur im unbedingt erforderlichen Mass einzuschränken und ihnen primär Unterstützung zukommen zu lassen, statt sie dabei vertreten zu lassen (*supported decision-making* statt *substituted decision-making*). Durch das Bereitstellen von Instrumenten, die auf die individuelle Situation zugeschnitten sind, könne den konkreten Bedürfnissen der betroffenen Personen in optimaler Weise und unter bestmöglicher Wahrung ihrer Autonomie Rechnung getragen werden.²⁷⁰

Als Vertragspartei ist die Schweiz verpflichtet, dem zuständigen Überwachungsorgan der UNO, dem Ausschuss für die Rechte der Menschen mit Behinderungen, zwei Jahre nach dem Beitritt und danach alle vier Jahre Staatenberichte zur Umsetzung des Übereinkommens zu unterbreiten. Am 29. Juni 2016 hat der Bundesrat den Initialbericht zur Umsetzung der Konvention verabschiedet.²⁷¹ Dort wird das Urteil aus der Botschaft, wonach das neue Kindes- und Erwachsenenschutzrecht die Vorgaben der Konvention umsetzt, nochmals bekräftigt.²⁷² In einem nächsten Schritt wird der Bericht nun vom Ausschuss für die Rechte von Menschen mit Behinderungen überprüft. Im Anschluss übermittelt dieser der Schweiz Vorschläge und Empfehlungen auf der Grundlage des Berichts.²⁷³

Der erwähnte Ausschuss hat zu Artikel 12 BRK in den letzten Jahren die Auslegung vertreten, dass diese Bestimmung jegliche Inanspruchnahme von Formen des «*substitute decision making*» verbietet (im Schweizer Recht: Vertretungsbeistandschaften mit oder ohne Einschränkung der Handlungsfähigkeit) und ein ausschliesslich auf «*assisted decision making*» aufbauendes System vorgibt. Der Ausschuss hat deshalb die Länder, die kürzlich eine Revision ihrer Gesetzgebung zum Erwachsenenschutz unternommen haben, dazu aufgefordert, ihr Gesetzeswerk nochmals zu überarbeiten um die gesetzlichen Vertretungsmassnahmen abzuschaffen. Betroffen sind namentlich auch die Rechtsordnungen, die die Revision des schweizerischen Rechts inspiriert haben (Deutschland, Österreich, Spanien).²⁷⁴ Dort werden zurzeit heftige Debatten geführt. In der schweizerischen Lehre wird deshalb zum Teil bereits wieder eine neue Reform verlangt, in der Regel allerdings fokussiert auf die fürsorgliche Unterbringung.²⁷⁵ Andere Meinungen sehen dieser Herausforderung gelassener entgegen und vertreten die Ansicht, dass keine erneute Revision erforderlich ist. Den Vorgaben der BRK können auch in der Anwendung des geltenden Rechts Rechnung getragen werden.²⁷⁶

Angeichts dieser Unklarheiten wird der Bundesrat die Diskussion im In- und Ausland weiter verfolgen. Der Bundesrat wird über das weitere Vorgehen entscheiden, wenn die Prüfung des Staatenberichts der Schweiz durch den Ausschuss abgeschlossen und allfällige Vorschläge und Empfehlungen vorliegen.

²⁶⁹ Art. 12 Abs. 4 BRK.

²⁷⁰ Botschaft BRK, S. 690.

²⁷¹ Erster Bericht der Schweizer Regierung über die Umsetzung des Übereinkommens über die Rechte der Menschen mit Behinderungen vom 29. Juni 2016, abrufbar unter:
www.edi.admin.ch/edi/de/home/fachstellen/ebgb/recht/international0/uebereinkommen-der-uno-ueber-die-rechte-von-menschen-mit-behinde/staatenbericht.html.

²⁷² Bericht, Ziff. 58 ff.

²⁷³ Vgl. zum Staatenprüfungsverfahren Art. 34 BRK sowie die Ausführungen in der Botschaft BRK, S. 661, 666 und 716 ff.

²⁷⁴ Dazu BOENTE, S. 113 f.; zu den weiteren Rechtsordnungen vgl. MEIER, Fn. 36.

²⁷⁵ BOENTE, S. 121.

²⁷⁶ MEIER, S. 337 ff.

9 Gesamtwürdigung

9.1 Zusammenfassung der Erkenntnisse

Seit dem Inkrafttreten des neuen Kindes- und Erwachsenenschutzrechts am 1. Januar 2013 sind die neuen Regelungen sowie die Institution der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde teilweise heftig kritisiert worden. Die Anlaufschwierigkeiten, vor denen die neu eingesetzten Behörden standen, waren bedingt durch das neue Recht und die neuen Aufgaben der Behörde, verbunden mit Situationen, die sowohl menschlich als auch fachlich sehr herausfordernd waren. Dass unter diesen Voraussetzungen am Anfang nicht alles optimal verlaufen ist, erstaunt deshalb nicht. Man würde aber der Sache nicht gerecht werden, wenn das neue Recht und die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden als Ganzes aufgrund von Vorfällen, die sich in der Einführungszeit ereignet haben, beurteilen würde. Der Bundesrat hat von Anfang an eingeräumt, dass es unter solchen Umständen einige Zeit braucht, bis sich ein *courant normal* eingespielt hat. Erst dann kann auch eine Beurteilung der Qualität der Arbeiten der Behörden erfolgen.

Eine erste wichtige Erkenntnis, die sich im Rahmen der vorliegenden Arbeiten eingestellt hat, betrifft die Zahl der angeordneten Massnahmen: Es bestehen keinerlei Hinweise darauf, dass die Anzahl der von der KESB angeordneten Massnahmen seit dem 1. Januar 2013 in der Schweiz zugenommen hat. In bestimmten Kantonen oder Gemeinden mag es zwar zu einer Zunahme der Massnahmen gekommen sein. Die gesamtschweizerischen Zahlen zeigen aber auf, dass hier keine Zunahme ersichtlich ist. Damit ist zumindest die Behauptung, das neue Recht sei kausal für eine Explosion der Fallzahlen, widerlegt.

Auch die Anwendung des neuen Rechts durch die kantonalen Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden entspricht weitgehend den Erwartungen des Bundesrates. Es braucht erfahrungsgemäss mehrere Jahre, bis eine derart umfassende Revision eingeführt ist und es darf nicht erwartet werden, dass die Einführung ohne jede Schwierigkeit durchgeführt werden kann. Betrachtet man die Entwicklungen in den Kantonen in der Zeit seit dem 1. Januar 2013, wird aber vor allem deutlich, dass sich seither viel getan hat. Alle beteiligten Personen und Institutionen haben wertvolle Erfahrungen gesammelt und daran gearbeitet, allfällige Unzulänglichkeiten zu beseitigen und Abläufe zu optimieren. Dieser Prozess ist nach wie vor im Gang. So sind einige Kantone daran, die Umsetzungsarbeiten und die Tätigkeiten der Behörden in ihren Kantonen zu evaluieren und Verbesserungen einzuleiten. In den Kantonen bestehen mittlerweile neben der eigentlichen Umsetzungsgesetzgebung auch Handbücher, Empfehlungen und eine Behördenpraxis, an der sich die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden orientieren können. Auch bei der zum Teil scharf kritisierten Kommunikation der Behörden zeigen sich Verbesserungen. Schliesslich haben einige Kantone auch die ursprünglich zu knappen Ressourcen für die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden erhöht und damit eines der grossen Probleme zumindest teilweise gelöst. Nicht zu vergessen ist auch die aktive Rolle der KOKES, die in den vergangenen Jahren verschiedene Instrumente geschaffen hat, mit welchen die Umsetzung des Kindes- und Erwachsenenschutzrechts erleichtert wurde.

Der Bundesrat ist deshalb der Überzeugung, dass für den Bundesgesetzgeber nur ein sehr beschränkter Handlungsbedarf besteht. Der schweizerische Föderalismus im allgemeinen und die Art und Weise, wie das Kindes- und Erwachsenenschutzrecht von den Kantonen im besonderen vollzogen werden soll, führt mehr oder weniger zwangsläufig zu einer Vielzahl unterschiedlicher Umsetzungen in den Kantonen. Welche davon besser oder schlechter sind, sollen primär die Kantone beurteilen. An ihnen ist es auch, Massnahmen zu treffen, um die Situation dort, wo allfällige Missstände identifiziert werden, konkret zu verbessern. An dieser bewährten Aufgabenverteilung soll nicht gerüttelt werden. Aus der Sicht des Bundesrechts beschränkt sich der Handlungsbedarf für den Bund damit auf Einzelpunkte. Es hat

sich gezeigt, dass an verschiedenen Orten bereits Anpassungen vorgenommen worden sind oder noch vorgenommen werden. Es spricht nichts dagegen, dass sich das System auf diese Weise massgeblich verbessert. Der Bundesrat begrüsst ausserdem die aktive Rolle, die die KOKES in diesem Prozess einnimmt. Es erscheint sinnvoll, dass sie weiterhin die Führung bei der Umsetzung des Kindes- und Erwachsenenschutzrechts in den Kantonen hat, insbesondere aufgrund ihrer hohen Fachkompetenz. Als interkantonales Organ geniessen ihre Empfehlungen auch eine höhere Akzeptanz, als wenn der Bund hier parallel tätig werden würde. Der Bund wird weiterhin mit der KOKES zusammenarbeiten und sie unterstützen, wenn dies erforderlich erscheint.

Die vorangehenden Ausführungen haben aber auch gezeigt, dass aus bundesrechtlicher Sicht verschiedene Fragen offen sind, die den Einbezug nahestehender Personen im Verfahren vor der KESB betreffen. Der Bundesrat sieht sich deshalb veranlasst, diesen Fragen nachzugehen und abklären zu lassen, ob die im Raum stehenden Vorwürfe zu Recht erhoben worden sind und wie die Situation allenfalls verbessert werden kann.

9.2 Handlungsbedarf und Massnahmen

Der Bundesrat sieht insbesondere hinsichtlich folgender Punkte Handlungsbedarf:

Einbezug nahestehender Personen

Es ist abzuklären, wie der Einbezug nahestehender Personen in allen Phasen des Verfahrens und bei allen Entscheiden der KESB verbessert und institutionell sichergestellt werden kann. Dies betrifft insbesondere den Einbezug nahestehender Personen bei der Sachverhaltsabklärung, die Berücksichtigung nahestehender Personen als Beistandsperson und als möglicher Ort für Kindesplatzierungen. Zudem ist zu prüfen, ob das Vorgehen der KESB bei Vorliegen einer Gefährdungsmeldung konkreter geregelt werden kann.

Der Bundesrat wird zu diesem Zweck das EJPD beauftragen, in Zusammenarbeit mit den Kantonen sowie der Praxis und den betroffenen Kreisen abzuklären, wo im Einzelnen Handlungsbedarf besteht und wie die identifizierten Probleme zu lösen sind. Sofern dies erforderlich ist, soll bis Ende 2018 eine Vernehmlassungsvorlage ausgearbeitet werden.

Revision von Artikel 420 ZGB

Artikel 420 ZGB sollte entsprechend den Überlegungen im vorliegenden Bericht präzisiert werden.

Die beiden Parlamentarischen Initiativen 16.426 und 16.427 werden in absehbarer Zeit in den zuständigen parlamentarischen Kommissionen behandelt werden. In diesem Rahmen wird sich Gelegenheit bieten, die dargestellten Präzisierungen im Gesetzestext vorzunehmen, sofern das Parlament das wünscht.

Revision VBVV

Die VBVV soll überarbeitet und die bestehenden Mängel beseitigt werden. Der Bundesrat wird noch im Jahr 2017 eine Vernehmlassung über einen überarbeiteten Entwurf eröffnen.

9.3 Beantwortung der in den Postulaten gestellten Fragen

9.3.1 Postulat 14.3776

- «1. Wie haben sich die Kosten im Bereich Kinder- und Erwachsenenschutz und im Bereich Sozialhilfe seit dem Inkrafttreten der Revision des ZGB von 2013 entwickelt?
2. Wie erklärt er sich die zum Teil horrenden Tarife?
3. Sind die Ziele der Revision erreicht worden?
4. Der Bundesrat soll Massnahmen und Varianten aufzeigen, um den Grundsatz «Wer zahlt, befiehlt» zwischen Kantonen und Gemeinden im Hinblick auf die Zusammenarbeit mit der Kinder- und Erwachsenenschutzbehörde (KESB) wiederherzustellen.
5. Er soll Massnahmen vorschlagen, um dem Kostenwachstum Herr zu werden.»

1., 2. und 5. Die Kosten werden unter Ziffer 3 diskutiert. Aufgrund fehlender Angaben zum alten Recht, der teilweise sehr unterschiedlichen Strukturen in den Kantonen und Gemeinden und der Tatsache, dass die Kosten teilweise nicht und teilweise sehr unterschiedlich erhoben werden, kann keine detaillierte Aussage über die Kostenentwicklung gemacht werden. Während zu erwarten war, dass die eigentlichen Behördenkosten aufgrund der Professionalisierung der Behörden ansteigen würden, bestehen zurzeit keinerlei Hinweise darauf, dass die Zahl der Fälle oder die Kosten pro Fall seit der Revision angestiegen sind.

3. Die Frage, ob die Ziele der Revision erreicht worden sind, lässt sich erst durch eine Evaluation der neuen Bestimmungen mit Bestimmtheit beantworten. Dem Bundesrat liegen aber zurzeit keine Hinweise dafür vor, dass die Ziele nicht erreicht worden sind.

4. Siehe dazu die Ausführungen unter Ziffer 4.3.

9.3.2 Postulat 14.3891

Der Bundesrat wurde beauftragt, «in einer ersten Evaluation die bereits möglichen Erkenntnisse aus der Änderung des Vormundschaftsrechts zur Kindes- und Erwachsenenschutzgesetzgebung aufzuzeigen und insbesondere Qualität und Kosten der Leistungen sowie Zahl der Massnahmen (Personenzahl) und neueröffneten Verfahren vor und nach Inkrafttreten der neuen Gesetzgebung zu prüfen.»

Siehe zu den Kosten der Leistungen und die Zahl der Massnahmen die Ausführungen unter Ziffer 3. Zur Qualität der Leistungen vgl. die Ausführungen unter Ziffer 5.

9.3.3 Postulat 14.4113

Der Bundesrat wurde beauftragt, «in Zusammenarbeit mit der relevanten interkantonalen Stelle eine Best Practice zu verfassen, um Probleme bei der Umsetzung der ZGB-Revision 06.063 zu mindern. Der Bericht soll insbesondere erfolgreiche kantonale Umsetzungen in den folgenden Bereichen beleuchten:

1. Kostenschlüssel zwischen Kanton und Gemeinde (Finanzierung der Kesb und von angeordneten Massnahmen);
2. Anhörungsrecht der Gemeinden bei hohen Kosten;
3. Organisation der Kesb und Entscheidungswege (inkl. intern verrichteter Arbeiten oder extern vergebener Aufträge);

4. Mögliche Formen des Informationsaustauschs und der Zusammenarbeit zwischen KESB und Gemeinde (auch Lehrer/Schulpflege);
5. Gründe für den Anstieg der Kosten und der Anzahl Gefährdungsmeldungen.»

1.–4. Siehe dazu die Ausführungen unter Ziffer 4.3.

5. Siehe dazu die Ausführungen unter Ziffer 3.

9.3.4 Postulat 15.3614

Der Bundesrat wurde beauftragt, zu prüfen und Bericht zu erstatten, «ob sich die Beschwerdefristen, welche mit dem neuen Kindes- und Erwachsenenschutzrecht eingeführt wurden, in der Praxis bewähren oder gegebenenfalls angepasst werden müssen.»

Siehe dazu die Ausführungen unter Ziffer 4.5.

Anhang 1: Quellenverzeichnis

AFFOLTER KURT/INVERSINI MARTIN, Auszug auf dem Gutachten vom 29. Juli 2015 betreffend Beurteilung der Handlungsweise der KESB Winterthur-Andelfingen im Zusammenhang mit den Kindstötungen in Flaach, abrufbar unter:

www.zh.ch/dam/Portal/internet/news/mm/2016/fall_flaach/Gutachten_Affolter_Inversini_Auszug.pdf.spooler.download.1453990584450.pdf/Gutachten_Affolter_Inversini_Auszug.pdf (zit. AFFOLTER/INVERSINI).

ALBISSER HEINRICH, Die Abgrenzung der Kompetenzen der Vormundschaftsbehörden und den Armenbehörden, in: Probleme und Ziele der vormundschaftlichen Fürsorge, Festschrift zum 50jährigen Bestehen der Vereinigung schweizerischer Amtsvormünder, Zürich 1963 (zit. ALBISSER).

AMSTUTZ MARC/BREITSCHMID PETER/FURRER ANDREAS/GIRSBERGER DANIEL/HUGUENIN CLAIRE/JUNGO ALEXANDRA/MÜLLER-CHEN MARKUS/ROBERTO VITO/SCHNYDER ANTON K./TRÜEB HANS RUDOLF (Hrsg.) Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Aufl., Zürich 2016 (zit. Handkommentar-AUTORIN).

AUER CHRISTOPH: Bundeskompetenzen in Verfahren vor vormundschaftlichen Behörden, Zeitschrift für Vormundswesen (ZVW) 2003, S. 188 ff. (zit. AUER).

BOENTE WALTER, Behindertenrechtskonvention und Erwachsenenschutzrecht – ein Zwischenruf, Die Praxis des Familienrechts (FamPra) 2016, S. 111 ff. (zit. BOENTE).

BOHREN ULRICH/WEGENKE MARKUS, Abklärung und Beratung bei Verdacht auf Kindeswohlgefährdung, Zeitschrift für Kindes- und Erwachsenenschutz (ZKE) 2014, S. 72 ff. (zit. BOHREN/WEGENKE).

Botschaft des Bundesrates zu einer Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Elterliche Sorge) vom 16. November 2011, BBl 2011, S. 9077 ff. (zit. Botschaft Sorgerecht).

Botschaft des Bundesrates zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht) vom 28. Juni 2006, BBl 2006, S. 7001 ff. (zit. Botschaft Kindes- und Erwachsenenschutzrecht).

Botschaft des Bundesrates zur Genehmigung des Übereinkommens vom 13. Dezember 2006 über die Rechte von Menschen mit Behinderungen vom 19. Dezember 2012, BBl 2013, S. 661 ff. (zit. Botschaft BRK).

BÜCHLER ANDREA/HÄFELI CHRISTOPH/LEUBA AUDREY/STETTLER MARTIN (Hrsg.), FamKom Erwachsenenschutz, Bern 2013 (zit. FamKom-AUTORIN).

COTTIER MICHELLE/DANIEL STECK, Das Verfahren vor der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde, Die Praxis des Familienrechts (FamPra) 2012, S. 981 ff. (zit. COTTIER/STECK).

FASSBIND PATRICK, Verfahren vor der KESB: Von der Gefährdungsmeldung bis zur Vollstreckung, in: DANIEL ROSCH/CHRISTINA FOUNTOLAKIS/CHRISTOPH HECK (Hrsg.), Handbuch Kindes- und Erwachsenenschutz, Recht und Methodik für Fachleute, Bern 2016, S. 99 ff. (zit. FASSBIND).

GEISER THOMAS, Rechtsschutz im neuen Erwachsenenrecht, Zeitschrift für Kindes- und Erwachsenenschutz (ZKE) 2013, S. 16 ff. (zit. GEISER).

GEISER THOMAS/REUSSER RUTH E. (Hrsg.), Basler Kommentar Erwachsenenschutz, Art. 360–456 ZGB, Basel 2012 (zit. BSK-Erw.Schutz-AUTORIN).

HÄFELI CHRISTOPH, Grundriss zum Erwachsenenschutzrecht mit einem Exkurs zum Kindesschutz, Bern 2013, (zit. HÄFELI, Grundriss).

HÄFELI CHRISTOPH, Private Mandatsträger (Prima) und Angehörige als Beistand, Zeitschrift für Kindes- und Erwachsenenschutz (ZKE) 2015, S. 198 ff. (zit. HÄFELI, ZKE).

HÄFELI CHRISTOPH, Zwei Jahre Kindes- und Erwachsenenschutzrecht – Erfolgs- und Risikofaktoren bei der Umsetzung, Aktuelle Juristische Praxis (AJP) 2014, S. 1592 ff. (zit. HÄFELI, AJP).

HÄFELI CHRISTOPH, Kindes- und Erwachsenenschutzrecht (KESR) und Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden (KESB) unter Dauerbeschuss. Luxusgesetz? – Bürokratie statt Bürgernähe? – Kostenexplosion?, Jusletter vom 9. Februar 2015 (zit. HÄFELI, Jusletter).

HAURI ANDREA/JUD ANDREAS/LÄTSCH DAVID/ROSCH DANIEL, Das Berner und Luzerner Abklärungsinstrument zum Kindesschutz, in: DANIEL ROSCH/CHRISTINA FOUNTOLAKIS/CHRISTOPH HECK (Hrsg.), Handbuch Kindes- und Erwachsenenschutz, Recht und Methodik für Fachleute, Bern 2016, S. 590 ff. (zit. HAU-RI/JUD/LÄTSCH/ROSCH).

HEGNAUER CYRIL, Grosseltern und Enkel im schweizerischen Recht, in: PETER GAUCH/JÖRG SCHMID/PAUL-HENRI STEINAUER/PIERRE TERCIER/Franz Werro (Hrsg.), Festgabe für Bernhard Schnyder, Freiburg i.Ue. 1995 (zit. HEGNAUER).

INTERFACE, Evaluation Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, Analyse der organisatorischen Umsetzung und Kennzahlen zu Leistungen und Kosten, 5. April 2016, abrufbar unter: www.bj.admin.ch > Publikationen & Service > Berichte > Neues Kindes- und Erwachsenenschutzrecht (zit. Studie Interface).

JULMY MARKUS, Die elterliche Gewalt über Entmündigte (Art. 285 Abs. 3 ZGB), Freiburg 1991 (zit. JULMY).

Kanton Aargau, Handbuch Abklärungen des Obergerichts des Kantons Aargau vom 1. Januar 2015, abrufbar unter:

www.ag.ch/media/kanton_aargau/jb/dokumente_6/projekte_15/kesr_2/Handbuch_Abklaerungen_Kanton_Aarga_u.pdf (zit. Kanton Aargau, Handbuch Abklärungen).

Kanton Bern, Evaluationsbericht Kanton Bern: Evaluation Umsetzung des Kindes- und Erwachsenenschutzgesetzes im Kanton Bern, Bericht vom 17. Juni 2015, abrufbar unter: www.jgk.be.ch > Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde > Publikationen (zit. Bericht Evaluation BE).

Kanton St. Gallen, Evaluation Kanton St. Gallen: Evaluation der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden im Kanton St. Gallen, Bericht vom 15. Juli 2016, abrufbar unter: www.sg.ch > Soziales > Kindes- und Erwachsenenschutz > Evaluation KESB (zit. Bericht Evaluation SG).

Kanton Zürich, KESB-Kennzahlen Kanton Zürich, Bericht 2014 vom 21. August 2015, abrufbar unter: www.kesb-aufsicht.zh.ch > Aufsichtstätigkeit > Statistik (zit. Kanton Zürich, Kennzahlen 2014).

Kanton Zürich, KESB-Kennzahlen Kanton Zürich, Bericht 2015 vom 21. April 2016, abrufbar unter: www.kesb-aufsicht.zh.ch > Aufsichtstätigkeit > Statistik (zit. Kanton Zürich, Kennzahlen 2015).

Kanton Zürich, Empfehlungen zur Zusammenarbeit zwischen den Gemeinden und den KESB im Kanton Zürich, abrufbar unter: www.kesb-zh.ch/sites/default/files/attachments/zusammenarbeit_gemeinden_-_kesb_-_empfehlung.pdf (zit. Kanton Zürich, Empfehlungen Zusammenarbeit).

Kanton Zürich, Bericht der Aufsichtsbehörde Kanton Zürich 2014 vom 25. März 2015, abrufbar unter: www.kesb-aufsicht.zh.ch > Aufsichtstätigkeit > Berichterstattung (zit. Kanton Zürich, Aufsichtsbericht 2014).

Kanton Zürich, Bericht der Aufsichtsbehörde Kanton Zürich 2015 vom 14. Juni 2016, abrufbar unter: www.kesb-aufsicht.zh.ch > Aufsichtstätigkeit > Berichterstattung (zit. Kanton Zürich, Aufsichtsbericht 2015).

KOKES, KOKES-Statistik 2015 – Anzahl Personen mit Schutzmassnahmen, Zeitschrift für Kindes- und Erwachsenenschutz (ZKE) 2016, S. 313 ff. (zit. KOKES-Statistik 2015).

KOKES, Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde als Fachbehörde (Analyse und Modellvorschläge) – Empfehlungen der Konferenz der kantonalen Vormundschaftsbehörden (VBK, heute: KOKES), Zeitschrift für Vormundschaftswesen (ZVW) 2008, S. 63 ff. (zit. KOKES Empfehlungen Fachbehörde).

KOKES (Hrsg.), Praxisanleitung Erwachsenenschutzrecht, Zürich/St. Gallen 2012 (zit. KOKES, Praxisanleitung Erwachsenenschutz).

KOKES (Hrsg.), Praxisanleitung Kindesschutzrecht, Zürich/St. Gallen, erscheint Ende April 2017 (zit. KOKES, Praxisanleitung Kindesschutz).

KOKES, Der Einbezug von Sozialhilfebehörden in die Entscheidungsfindung der Kindesschutzorgane, Empfehlungen der KOKES vom 24. April 2014, abrufbar unter: www.kokes > Dokumentation > Empfehlungen (zit. KOKES, Empfehlungen Gemeindeeinbezug).

KOKES, Angehörige als Beistand – Kriterien zur Umsetzung von Art. 420 ZGB. Merkblatt und Empfehlungen vom November 2016, abrufbar unter: www.kokes > Dokumentation > Empfehlungen (zit. KOKES, Empfehlungen Angehörige).

KREN KOSTKIEWICZ JOLANDA/WOLF STEPHAN/MARC AMSTUTZ/ROLAND FANKHAUSER (Hrsg.), Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Kommentar, 3. Aufl., Zürich 2016 (zit. OFK-AUTORIN).

KRONENBERG MÜLLER ROMANA, Bundesgericht, II. zivilrechtliche Abteilung, Urteil vom 28. März 2014 (Bger 5A_979/2013) i.S. Gemeinde X c. A. und B.Y. und Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Innerschwyz, Aktuelle Juristische Praxis (AJP) 2014, S. 1121 ff. (zit. KRONENBERG).

LÄTSCH DAVID/HAURI ANDREA/JUD ANDREAS/ROSCH DANIEL, Das Instrument zur Abklärung des Kindeswohls – spezifisch für die deutschsprachige Schweiz, Zeitschrift für Kindes- und Erwachsenenschutz (ZKE) 2015, S. 1 ff. (zit. LÄTSCH/HAURI/JUD/ROSCH).

MEIER PHILIPPE, CDPH et droit suisse de la protection de l'adulte – une coexistence pacifique ou un infranchissable fossé ?, in: ZIEGLER ANDREAS/KÜFFER JULIE (Hrsg.), Festschrift Barbara Wilson, Zürich 2016, S. 337 ff. (zit. MEIER).

MEIER PHILIPPE/SUZANA LUKIC, Introduction au nouveau droit de la protection de l'adulte, Genf/Zürich/Basel 2011 (zit. MEIER/LUKIC).

PREISCH STEPHAN/MERKOFER BEAT, Zwei Jahre neues Kindes- und Erwachsenenschutzrecht im Kanton Aargau – Ein Rückblick und ein Ausblick aus Sicht der Mandatsführung, Zeitschrift für Kindes- und Erwachsenenschutz (ZKE) 2014, S. 467 ff. (zit. PREISCH/MERKOFER).

ROSCH DANIEL, Das Luzerner Abklärungsinstrument zum Erwachsenenschutz, in: DANIEL ROSCH/CHRISTINA FOUNTOULAKIS/CHRISTOPH HECK (Hrsg.), Handbuch Kindes- und Erwachsenenschutz, Recht und Methodik für Fachleute, Bern 2016, S. 628 ff. (zit. ROSCH).

ROSCH DANIEL/BÜCHLER ANDREA/JAKOB DOMINIQUE (Hrsg.), Erwachsenenschutzrecht, Einführung und Kommentar zu Art. 360 ff. ZGB und VBVV, 2.Aufl., Basel 2015 (zit. ESR-Komm.-AUTORIN).

ROSCH DANIEL/JUD ANDREAS/MITROVIC TANJA, Praxis des Vorgehens der KESB bei Vaterschaftsfeststellungen, bei Unterhaltsverträgen und beim Einbezug von verwandten und nicht verwandten Personen bei Kindesplatzierungen durch die KESB – Schlussbericht, abrufbar unter: www.bj.admin.ch > Publikationen & Service > Berichte > Neues Kindes- und Erwachsenenschutzrecht (zit. Studie HSLU).

SCHMID HERMANN, Erwachsenenschutz, Kommentar zu Art. 360–456 ZGB, Zürich/St. Gallen 2010 (zit. SCHMID).

SCHNYDER BERNHARD/MURER ERWIN, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht (Berner Kommentar), Bd. II, 3. Abt., Das Vormundschaftsrecht, 3. Aufl., Bern 1984, (zit. SCHNYDER/MURER).

SUTTER-SOMM THOMAS/HASENBÖHLER FRANZ/LEUENBERGER CHRISTOPH (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf (zit. ZPO-Komm.-AUTORIN).

Zusammenstellung der Vernehmlassungen zum Vorentwurf für eine Revision des Zivilgesetzbuches, Oktober 2004, abrufbar unter: www.bj.admin.ch > Gesellschaft > Abgeschlossene Rechtsetzungsprojekte > Revision des Vormundschaftsrechts.

Anhang 2: Vorstösse zum Kindes- und Erwachsenenschutzrecht

1. Überwiesene Vorstösse

Postulat	14.3776	Professionalisierung des Sozialstaats um jeden Preis? (N 12.12.14, Schneeberger)
Postulat	14.3891	Erste Erkenntnisse aus dem Wechsel von Laienbehörden zur KESB (N 12.12.14, Fraktion SP)
Postulat	14.4113	Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden. Umsetzung verbessern (N 27.9.16, Vitali)
Postulat	15.3614	Beschwerdefristen im Kindes- und Erwachsenenschutzrecht (N 14.12.15, Schenker)

2. Hängige, vom Parlament noch nicht abschliessend behandelte Vorstösse

Kant. Initiative	15.309	Zur Verankerung einer Beschwerdelegitimation des kostenpflichtigen Gemeinwesens gegenüber Kindes- und Erwachsenenschutzmassnahmen der KESB im ZGB (Kanton Schaffhausen)
Interpellation	15.3203	KESB. Unterstützung des Einsatzes privater Mandatsträgerinnen und -träger (Schneider Schüttel)
Motion	15.3727	Gebührenharmonisierung bei der Erklärung der gemeinsamen elterlichen Sorge (Amherd)
Parl. Initiative	16.415	Beschwerderecht für Gemeinden und Behörden (Fraktion SVP)
Parl. Initiative	16.428	Paradigmawechsel bei Artikel 420 ZGB (Vogler)
Parl. Initiative	16.429	Anpassung von Artikel 420 ZGB (Vogler)
Parl. Initiative	16.444	KESB. Der Familie den Vorrang geben (Fraktion SVP)
Postulat	16.3317	Kindesschutzmassnahmen. Informationsfluss sicherstellen, Kundenservice stärken (Fluri)
Motion	16.3434	Kesb. Mehr Transparenz (Fraktion SVP)
Motion	16.3435	Kesb. Der Subsidiarität zum Durchbruch verhelfen (Fraktion SVP)
Motion	16.3436	Kesb. Rechtsgarantie (Fraktion SVP)
Interpellation	16.3516	Haftung für Schäden infolge von Fehlentscheiden der Kesb (Keller-Inhelder)
Parl. Initiative	12.413	Keine Ernennung als Beistand oder Beiständin wider Willen! (Schwaab)

3. Erledigte Vorstösse

Parl. Initiative	11.449	Publikation von Erwachsenenschutzmassnahmen (Joder)
Parl. Initiative	13.476	Erwachsenenschutzgesetz. Anpassung der Beschwerdefristen (Schenker)
Interpellation	14.3030	KESB. Notwendiges von Wünschenswertem trennen (Vitali)
Motion	14.3754	Kindes- und Erwachsenenschutz. Anpassung (Fraktion SVP)
Interpellation	15.3080	Unerklärbare Fälle in der KESB sind nicht akzeptabel (Schneeberger)
Motion	15.3142	KESB. Zwingendes Anhörungsrecht und verbessertes Klagerecht für Grosseltern, Geschwister und nahe Verwandte (Grunder)
Motion	15.3344	Obligatorische Abklärungen durch die KESB bei der Erwägung einer Fremdplatzierung einer Person oder von Personen (Schibli)
Motion	15.3348	KESB. Zum Wohle der Betroffenen (Herzog)
Interpellation	15.3347	Einige Justierungen beim KESR/KESB jetzt einleiten und umsetzen? (Quadranti)



Premières expériences avec le nouveau droit de la protection de l'enfant et de l'adulte

Rapport du Conseil fédéral en réponse aux postulats
14.3776, 14.3891, 14.4113 et 15.3614

du 29 mars 2017

Contenu

1	Contexte.....	7
1.1	Du droit de la tutelle au droit de la protection de l'enfant et de l'adulte	7
1.2	Principales innovations introduites par le nouveau droit.....	7
1.3	Compétences et tâches en matière de droit de la protection de l'enfant et de l'adulte	9
1.3.1	Confédération.....	9
1.3.2	Cantons.....	10
1.4	Critiques à l'encontre du nouveau droit	10
1.5	Réactions face à ces critiques.....	11
1.5.1	Interventions parlementaires	11
1.5.2	Initiatives populaires	11
1.5.3	Examen et adaptation des lois d'introduction du code civil dans les cantons.....	11
1.5.4	Centre d'écoute et d'assistance de l'enfant et de l'adulte (KESCHA)....	12
2	À propos du présent rapport.....	12
2.1	Mandat.....	12
2.2	Clarifications effectuées jusqu'ici	12
2.3	Objet du présent rapport	14
2.4	Autres objectifs du présent rapport	14
2.5	Méthodologie	15
3	Conséquences de la révision sur le nombre de dossiers et les coûts.....	16
3.1	Les coûts dans le viseur de l'opinion publique	16
3.2	Réflexions préalables.....	17
3.3	Nombre de mesures	17
3.3.1	Statistiques de la COPMA	17
3.3.2	Vaste enquête réalisée par Interface	18
3.3.2.1	Signalements de personnes en danger	18
3.3.2.2	Mesures liées à un mandat officiel.....	19
3.3.2.3	Placements extrafamiliaux	19
3.3.2.4	Évaluation qualitative	19
3.3.3	Résultats des études réalisées par certains cantons	19
3.3.4	Appréciation	21
3.4	Frais de personnel et d'infrastructure des APEA.....	22
3.4.1	Généralités	22
3.4.2	Prise en charge des coûts	22
3.4.3	Résultats de l'étude Interface	22
3.4.4	Motifs pouvant expliquer la hausse des coûts.....	23
3.4.5	Appréciation	24
3.5	Coûts des mesures	25
3.5.1	Comparaison des coûts avant et après l'entrée en vigueur du nouveau droit	25
3.5.2	Financement des mesures	25
3.5.3	Coût de chaque mesure	26
3.5.4	Émoluments	27
3.5.5	Tarifs des mesures	27
3.5.6	Évolution des coûts dans le domaine de l'aide sociale	27
3.5.7	Appréciation	28
3.6	Appréciation générale	28

4	Adaptation des règles de procédure.....	28
4.1	Généralités	28
4.2	Uniformisation de la procédure	29
4.2.1	Avant-projet de loi fédérale sur la procédure	29
4.2.2	Critique de la réglementation existante	30
4.2.3	Revendication d'une procédure fédérale	30
4.2.4	Appréciation	31
4.3	Droit de recours et implication de la commune.....	33
4.3.1	Contexte	33
4.3.2	Critiques et interventions parlementaires	33
4.3.3	Droit de recours de la commune contre les décisions de l'APEA	34
4.3.3.1	Généralités	34
4.3.3.2	Doctrines et jurisprudences antérieures au 1 ^{er} janvier 2013	34
4.3.3.3	Doctrines et jurisprudences postérieures au 1 ^{er} janvier 2013.....	35
4.3.3.4	Appréciation	36
4.3.4	Implication de la commune dans le processus de détermination d'une mesure	38
4.3.4.1	Généralités	38
4.3.4.2	Amorces de solution en vigueur dans les cantons.....	39
4.3.4.3	Expérience des cantons	42
4.3.5	Appréciation	42
4.4	Prise en considération des proches	44
4.4.1	Contexte	44
4.4.2	Implication des proches dans la procédure en cas de placement d'un enfant chez des tiers	44
4.4.2.1	Généralités	44
4.4.2.2	Cadre juridique	45
4.4.2.3	Modalités d'implication des proches dans la procédure	45
4.4.2.4	Droit d'être entendu.....	46
4.4.2.5	Audition comme témoin ou comme personne appelée à fournir des renseignements.....	46
4.4.2.6	Étude sur la pratique des autorités en matière de placement d'enfants.....	46
4.4.2.7	Appréciation	47
4.4.3	Droit de recours des proches.....	47
4.4.3.1	Cadre juridique	47
4.4.3.2	Appréciation	48
4.4.4	Droit de nommer curateur un proche	48
4.4.4.1	Contexte	48
4.4.4.2	Critique	49
4.4.4.3	Appréciation	49
4.5	Adaptation du délai de recours (art. 450b CC)	50
4.5.1	Contexte	50
4.5.2	Mandat	50
4.5.3	Problématique du délai de trente jours	51
4.5.3.1	Urgence de la désignation d'un curateur	51
4.5.3.2	Prononcé de mesures provisionnelles	51
4.5.3.3	Retrait de l'effet suspensif du recours.....	51
4.5.3.4	Abandon des voies de recours.....	52
4.5.4	Avis des praticiens.....	52
4.5.5	Appréciation	52

5	Questions de droit matériel	53
5.1	Concernant la démarche	53
5.2	Signalements de personnes en danger, interventions excessives des APEA...53	53
5.3	Conventions sur les contributions d'entretien conclues entre parents non mariés.....	55
5.3.1	Problématique	55
5.3.2	Résultats de l'enquête menée auprès des APEA (étude de la HSLU) ..	55
5.3.3	Appréciation	55
5.4	Mesures engagées par les APEA pour les enfants nés sans père juridique	56
5.4.1	Problématique	56
5.4.2	Résultats de l'enquête auprès des APEA (étude HSLU).....	56
5.4.3	Appréciation	57
5.5	Dispense de certaines obligations pour les proches.....	57
5.5.1	De l'ancien au nouveau droit	57
5.5.1.1	Situation juridique sous l'ancien droit de la tutelle	57
5.5.1.2	La réglementation du nouveau droit de protection de l'enfant et de l'adulte	58
5.5.1.3	Répercussions de la révision sur la responsabilité	58
5.5.2	De l'importance du nouvel art. 420 CC	59
5.5.2.1	Jurisprudence et doctrine.....	59
5.5.3	Critique.....	60
5.5.4	Interventions parlementaires	61
5.5.5	Recommandations de la COPMA	61
5.5.6	Appréciation	62
5.5.7	Nécessité de légiférer.....	64
5.6	Information d'autres autorités par l'APEA.....	65
5.7	Communication des mesures de protection de l'adulte à des tiers	65
5.8	Obligation d'accepter la curatelle (art. 400, al. 2, CC)	65
6	Nécessité de modifier l'Ordonnance sur la gestion du patrimoine dans le cadre d'une curatelle ou d'une tutelle (OGPCT).....	66
7	Évaluations cantonales.....	66
7.1.1	Canton de Berne	66
7.1.2	Canton de Saint-Gall	67
8	Critères de la Convention de l'ONU sur les droits des personnes handicapées	68
9	Appréciation générale.....	70
9.1	Synthèse des résultats.....	70
9.2	Mesures à prendre	71
9.3	Réponses aux questions soulevées par les postulats	71
9.3.1	Postulat 14.3776.....	71
9.3.2	Postulat 14.3891.....	72
9.3.3	Postulat 14.4113.....	72
9.3.4	Postulat 15.3614.....	73

Synthèse

Mandat : le nouveau droit de la protection de l'enfant et de l'adulte, qui est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2013, est venu remplacer et moderniser l'ancien droit de la tutelle, qui datait de 1907. Les nouvelles dispositions et l'institution de l'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte (APEA) ont depuis parfois fait l'objet de vives critiques, ce qui a amené le Parlement à transmettre au Conseil fédéral quatre postulats le priant d'examiner plusieurs questions en rapport avec le nouveau droit et de rédiger un rapport à ce sujet. Dès le printemps 2016, le Conseil fédéral a, par ailleurs, laissé entrevoir que d'autres questions ayant trait à la nouvelle réglementation y seraient également traitées.

Il ne s'agit cependant pas ici d'une évaluation globale du nouveau droit. Le Conseil fédéral estime en effet qu'une telle évaluation serait, à ce stade, prématurée. Le présent rapport se borne donc à traiter les questions soulevées dans les postulats susmentionnés et à débattre de certaines questions auxquelles on est aujourd'hui en mesure d'apporter des réponses. Ses principaux enseignements concernent les points suivants :

Conséquences de la révision sur le nombre de dossiers et les coûts : malgré plusieurs incertitudes concernant le relevé des données, l'on constate que les coûts générés par le droit de la protection de l'enfant et de l'adulte n'ont pas explosé, contrairement à ce que d'aucuns affirment. Une augmentation des coûts effectifs des autorités était à prévoir car la création des autorités interdisciplinaires exigée par le droit fédéral a entraîné une restructuration dans de nombreux cantons. N'oublions pas, en outre, qu'une partie importante des coûts n'a pas été relevée, ou du moins pas de manière complète, sous l'ancien système, car ces coûts, inclus dans une comptabilité globale, n'étaient pas spécifiquement affectés aux autorités de tutelle. Le nouveau droit permet d'avoir une idée plus précise des coûts de la protection de l'enfant et de l'adulte. Le Conseil fédéral continue de surcroît de penser que plus les collaborateurs auront d'expérience, plus le volume de travail demandé par chaque dossier diminuera. Enfin, rien n'indique que le nombre de mesures a augmenté, hormis ce qui est dû à la croissance démographique. Ce constat vaut également pour le coût des mesures prises individuellement.

Droit de recours et implication des communes : après une analyse approfondie, le Conseil fédéral est parvenu à la conclusion que l'octroi aux communes de domicile d'un droit de recours contre les décisions des APEA ne serait pas une solution appropriée aux problèmes qui existent parfois. Il paraît beaucoup plus utile, lorsqu'une mesure doit être prise, d'impliquer la commune tenue de prendre en charge les coûts dans le processus de décision afin que celle-ci comprenne le choix qui a été fait. Aussi le rapport passe-t-il en revue les différents moyens qui existent pour ce faire. Compte tenu des différences de mise en œuvre entre les cantons et des disparités cantonales, il semble judicieux que cette amélioration vienne des cantons et non de la Confédération.

Prise en considération des proches : depuis l'entrée en vigueur du nouveau droit, les autorités se sont vu reprocher à plusieurs reprises de ne pas suffisamment prendre en considération ou consulter, lorsqu'elles ordonnent une mesure, non seulement la personne directement concernée mais aussi ses proches. Le rapport donne un aperçu du cadre juridique actuel, qui semble suffisamment clair au Conseil fédéral. Ce dernier prend cependant au sérieux le reproche fait aux autorités de ne pas tenir compte, ou pas suffisamment, des proches dans certains cas. Aussi serait-il, selon lui, judicieux de réexaminer la pratique des autorités sur ce point et de réfléchir aux moyens de corriger les éventuels défauts.

Adaptation du délai de recours : le postulat 15.3614 charge le Conseil fédéral d'examiner si les délais de recours introduits par le nouveau droit de la protection de l'enfant et de l'adulte sont pertinents dans la pratique ou s'ils doivent être adaptés. Après un examen approfondi, le Conseil fédéral est parvenu à la conclusion que, si le délai de 30 jours en vigueur pose

certaines difficultés, son raccourcissement à dix jours, tel que le propose le postulat, ne constitue pas une solution optimale. Les praticiens s'étant par ailleurs accommodés de la nouvelle réglementation, le Conseil fédéral estime qu'il n'y a pas lieu d'envisager à ce stade une nouvelle révision.

Signalements de personnes en danger et interventions des APEA : certaines autorités se sont vu reprocher leur intervention trop rapide et excessive suite à des signalements de personnes en danger. Il n'est toutefois pas possible d'établir s'il s'agit de cas isolés ou d'un problème plus général. Selon le Conseil fédéral, l'idée d'adopter des règles de procédure plus concrètes propres à assurer une meilleure protection des intérêts des personnes concernées (par ex. en impliquant plus étroitement les proches, en optimisant la communication ou en développant les moyens de recours) mériterait toutefois réflexion.

Dispense de certaines obligations pour les proches : la possibilité offerte par le droit en vigueur de dispenser, totalement ou partiellement, les proches nommés curateurs de leurs obligations vis-à-vis des APEA (en particulier concernant l'établissement de rapports et de comptes périodiques) n'a parfois pas été utilisée ou pas suffisamment. La situation semble cependant s'être considérablement améliorée, notamment grâce aux recommandations récemment adoptées par la Conférence en matière de protection des mineurs et des adultes. Le Conseil fédéral estime par conséquent que la nécessité de légiférer est tout au plus minime.

Appréciation générale : d'une manière générale, le Conseil fédéral parvient à la conclusion que l'application du nouveau droit est largement conforme aux attentes. On sait par expérience que l'introduction d'une révision aussi vaste nécessite quelques années et on ne saurait imaginer qu'elle puisse se réaliser sans difficulté aucune. Si l'on considère les développements depuis le 1^{er} janvier 2013 dans les cantons, force est de reconnaître que bien des choses se sont améliorées. Tous les acteurs et institutions ont acquis de précieuses expériences et se sont employés à éliminer les carences et à optimiser les procédures. Ce processus n'est pas encore achevé. C'est la raison pour laquelle le Conseil fédéral est convaincu que la nécessité de légiférer sur le plan fédéral est minime et ne concerne que quelques points de détail. Ainsi, plusieurs questions restent ouvertes sur le plan du droit fédéral concernant l'intégration des proches dans la procédure de l'APEA. Le Conseil fédéral est donc amené à les examiner et à vérifier si les critiques exprimées en la matière sont fondées et, si oui, à proposer de possibles remèdes. Il convient notamment de voir comment mieux associer les proches à tous les stades de la procédure et à l'ensemble des décisions de l'APEA et comment assurer leur participation sur le plan institutionnel. Cela concerne en particulier leur intégration au stade de l'établissement des faits et leur prise en compte pour une curatelle ou un placement d'enfant. Il faut aussi examiner la possibilité de régler plus concrètement la procédure à suivre par l'APEA en cas de signalement d'une personne en danger.

1 Contexte

1.1 Du droit de la tutelle au droit de la protection de l'enfant et de l'adulte

Le droit de la famille, qui comprenait le *droit de la tutelle*, constitue une partie du code civil (CC)¹ entré en vigueur le 1^{er} janvier 1912. Il n'a connu quasiment aucune modification jusqu'au milieu du XX^e siècle. Ce n'est que vers la fin des années 1950 que le Conseil fédéral a décidé de le soumettre, par étape, à une révision totale pour l'adapter aux nouvelles réalités sociales. Une première étape importante a été celle de la révision du droit de l'adoption (entrée en vigueur : 1973), suivie de celles du droit de la filiation (1978), du droit du mariage (1988) et du droit du divorce (2000). La dernière étape, à savoir celle de la révision de l'ancien droit de la tutelle, a débuté en 1995. À cette occasion ont été lancés des travaux relatifs à un avant-projet qui a été envoyé en consultation en 2003. Parallèlement, le Département fédéral de justice et police (DFJP) a envoyé en consultation un avant-projet de loi fédérale réglant la procédure devant les autorités de protection de l'enfant et de l'adulte². Le 28 juin 2006, le Conseil fédéral a adopté le message concernant la révision totale du droit de la tutelle, revu par rapport à l'avant-projet³, mais a renoncé à la loi spéciale sur la procédure.

Le Conseil des États a, en qualité de conseil prioritaire, approuvé le principe d'une révision totale du droit de la tutelle et décidé, à l'unanimité, d'entrer en matière sur le projet. Aucune différence majeure par rapport au projet présenté par le Conseil fédéral n'est apparue au cours de la longue discussion par article. Les modifications proposées par la commission chargée de l'examen préalable portaient, la plupart du temps, sur des adaptations rédactionnelles. Le projet a été adopté à l'unanimité, par 23 voix contre 0. La révision totale du droit de la tutelle a également été accueillie très favorablement par le Conseil national, qui a décidé d'entrer en matière sans opposition. Lors de la discussion par article, plusieurs adaptations matérielles mineures ont été effectuées. Le projet a été adopté par 144 voix contre 41 lors du vote sur l'ensemble. Lors de la procédure d'élimination des divergences, le Conseil des États a approuvé toutes les décisions du Conseil national à une exception près. Lors du vote final du 19 décembre 2008, la loi fédérale a été adoptée par 43 voix contre 0 au Conseil des États, et par 191 voix contre 2 au Conseil national.

Le 12 janvier 2012, le Conseil fédéral a fixé l'entrée en vigueur du nouveau droit au 1^{er} janvier 2013. Le 4 juillet 2012, il a par ailleurs adopté *l'ordonnance du 4 juillet 2012 sur la gestion du patrimoine dans le cadre d'une curatelle ou d'une tutelle (OGPCT)*⁴, qui vise à garantir une administration diligente des biens d'une personne placée sous curatelle ou sous tutelle. Cette ordonnance est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2013, en même temps que le nouveau droit de la protection de l'enfant et de l'adulte.

1.2 Principales innovations introduites par le nouveau droit

Dans le message susmentionné, le Conseil fédéral estime que le droit de la tutelle ne répond plus aux besoins ni aux conceptions de l'époque, raison pour laquelle il est nécessaire de le réviser totalement. Le projet adopté définitivement repose sur les nouveautés et les objectifs suivants :

- L'un des objectifs de la révision était de favoriser le *droit de la personne de disposer d'elle-même* (art. 388, al. 2, CC).

¹ RS 210

² Les documents relatifs à la révision du droit de la tutelle sont disponibles sur le site Internet de l'Office fédéral de la justice (OFJ) sous www.ofj.admin.ch > Société > Projets législatifs terminés > La révision du droit de la tutelle.

³ Message du 28 juin 2006 concernant la révision du code civil suisse (Protection de l'adulte, droit des personnes, droit de la filiation), FF 2006 6635 (ci-après « relatif au droit de la protection de l'enfant et de l'adulte »).

⁴ RS 211.223.11

- Pour atteindre cet objectif, deux nouvelles institutions juridiques ont notamment été créées. Il s'agit premièrement du *mandat pour cause d'incapacité* (art. 360 ss CC), qui permet à une personne capable de discernement de charger une personne physique ou morale de lui fournir une assistance personnelle, de gérer son patrimoine ou de la représenter dans les rapports juridiques avec les tiers au cas où elle deviendrait incapable de discernement. Il s'agit deuxièmement des *directives anticipées du patient* (art. 370 ss CC), qui permettent à une personne capable de discernement, d'une part, de déterminer les traitements médicaux auxquels elle entend consentir ou non au cas où elle deviendrait incapable de discernement et, d'autre part, de désigner une personne physique qui aura la compétence de consentir en son nom à un traitement médical, également pour le cas où elle deviendrait incapable de discernement.
- Les proches d'une personne incapable de discernement, temporairement ou durablement – par exemple vers la fin de sa vie –, ont obtenu la possibilité de prendre certaines décisions, sans l'intervention des autorités. Le but du législateur était ici de renforcer la *solidarité familiale* et d'éviter que les autorités instituent systématiquement une curatelle. Certains des proches ont donc été habilités à consentir ou non à des soins médicaux (art. 378 CC), pour autant qu'il n'existe pas de directives anticipées du patient. En outre, la nouvelle législation accorde au conjoint et au partenaire enregistré de la personne incapable de discernement le droit d'ouvrir son courrier, d'assurer l'administration ordinaire de ses revenus et de ses autres biens et d'entreprendre tous les actes juridiques généralement nécessaires pour satisfaire ses besoins ordinaires (art. 374 CC).
- Les mesures de protection de l'adulte prévues par l'ancien droit (tutelle, conseil légal et curatelle) ont été remplacées par une seule institution, la *curatelle* (art. 390 ss CC). Une curatelle est aujourd'hui instituée si une personne n'est plus en mesure d'assurer elle-même la sauvegarde de ses intérêts en raison d'une déficience mentale, d'un trouble psychique ou d'un autre état de faiblesse et si l'appui fourni par des proches ou des services, privés ou publics, ne suffit pas (art. 390, al. 1, CC). L'autorité n'ordonne plus une mesure standard, mais l'assistance étatique est limitée au strict nécessaire (art. 389 CC).
- Le nouveau droit prévoit *quatre sortes de curatelle* pour protéger les adultes : la curatelle d'accompagnement, de représentation, de coopération et de portée générale. Une curatelle d'accompagnement n'est instituée qu'avec le consentement de la personne qui a besoin d'aide et elle ne limite pas l'exercice de ses droits civils. Dans le cas de la curatelle de représentation, les actes du curateur lient la personne représentée. L'autorité peut limiter ponctuellement l'exercice de ses droits civils. La curatelle de coopération est instituée si, pour sauvegarder les intérêts d'une personne, il est nécessaire de soumettre certains de ses actes au consentement d'un curateur. Enfin, la curatelle de portée générale correspond à l'ancienne institution de l'interdiction. Elle prive la personne concernée de plein droit de l'exercice de ses droits civils. Les curatelles d'accompagnement, de représentation et de coopération peuvent être combinées.
- Le *placement sous autorité parentale d'enfants majeurs interdits* (art. 385, al. 3, aCC) n'existe plus dans le nouveau droit. Les parents sont aujourd'hui nommés curateurs dans les cas concernés. Selon les circonstances du cas d'espèce, l'autorité peut toutefois les dispenser, totalement ou partiellement, de l'obligation de remettre un inventaire, d'établir des rapports et des comptes périodiques et de requérir son consentement pour certains actes. Ces mêmes privilèges peuvent être accordés également au conjoint, au partenaire enregistré, à un descendant, à un frère ou à une sœur de la personne concernée ou à la personne menant de fait une vie de couple avec elle si la curatelle leur est confiée (art. 420 CC).

- La nouvelle réglementation du *placement à des fins d'assistance* dans une institution (art. 426 ss CC) a renforcé les voies de droit et comblé plusieurs lacunes.
- Jusqu'à l'entrée en vigueur du nouveau droit, l'organisation de la tutelle était compliquée et différait selon les cantons. Si, dans les cantons romands, l'autorité tutélaire était généralement une autorité judiciaire, dans les cantons alémaniques et au Tessin, elle était souvent un organe administratif dont les membres étaient élus pour des raisons politiques et n'avaient pas reçu de formation spécifique en matière de droit de la tutelle. L'entrée en vigueur du nouveau droit a eu pour effet de soumettre toutes les décisions en matière de protection de l'enfant et de l'adulte à une même *autorité interdisciplinaire* (art. 440 CC). L'organisation interne de l'autorité est toutefois restée du ressort des cantons. Contrairement à l'avant-projet, qui prévoyait que l'autorité de protection de l'adulte soit un tribunal interdisciplinaire, le nouveau droit en vigueur arrête que cette autorité peut être un organe administratif ou une autorité judiciaire, ce qui garantit autant que faire se peut la liberté d'organisation des cantons.
- On a finalement renoncé à la *loi spéciale réglant la procédure devant l'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte* – telle qu'elle avait été envoyée en procédure de consultation – et inscrit les principes fondamentaux de cette procédure dans le CC (art. 443 ss CC). Ces principes constituent un standard applicable partout en Suisse. En outre, il est prévu que le code de procédure civile (CPC)⁵ s'applique, en vertu du droit fédéral, notamment au calcul des délais, aux motifs de récusation et à l'administration des preuves. Toutefois, les cantons peuvent en disposer autrement (art. 450f CC).

1.3 Compétences et tâches en matière de droit de la protection de l'enfant et de l'adulte

1.3.1 Confédération

Le droit de la protection de l'enfant et de l'adulte fait traditionnellement partie du droit civil⁶. Conformément à l'art. 122, al. 1, de la Constitution (Cst.)⁷, la législation en matière de droit civil et de procédure civile relève de la compétence de la Confédération. Cette dernière a largement fait usage de cette compétence (art. 5, al. 1, CC) si bien que les cantons n'ont le droit de légiférer dans ce domaine que si le droit fédéral les y autorise. L'art. 122, al. 2, Cst. prévoit, en revanche, que l'organisation judiciaire et l'administration de la justice en matière de droit civil sont du ressort des cantons, sauf disposition contraire de la loi.

Le rôle de la Confédération se limite donc essentiellement à édicter les normes matérielles applicables et, éventuellement, des dispositions de procédure importantes. Comme c'est toujours le cas en matière de droit civil fédéral, la *mise en œuvre* de ces dispositions ne relève toutefois pas de sa compétence, mais de celle des cantons (art. 46, al. 1, Cst.). Enfin, *la Confédération n'exerce aucune surveillance* sur l'exécution du droit de la protection de l'enfant et de l'adulte, contrairement à ce qui est le cas dans d'autres domaines juridiques⁸. Elle a uniquement la compétence d'édicter des dispositions en matière de surveillance (art. 441, al. 2, CC), mais elle n'en a jusqu'à présent jamais fait usage.

⁵ RS 272

⁶ Pour le détail, voir ch. 4.2.4.

⁷ RS 101

⁸ Elle exerce notamment une surveillance sur les activités des offices d'état civil (art. 45, al. 3, CC) et des offices du registre foncier (art. 956, al. 2, CC) mais aussi dans d'autres domaines relevant du droit civil et de procédure, comme sur l'activité d'intermédiaire en vue d'adoption (art. 269c, al. 1, CC) et en matière de poursuite pour dettes et de faillite (art. 15, al. 1, de la loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite [LP], RS 281.1).

1.3.2 Cantons

La mise en œuvre du droit fédéral relève de la compétence des cantons. Ces derniers sont donc responsables de la mise sur pied des autorités, en particulier des autorités de protection de l'enfant et de l'adulte (APEA) et des instances de recours (à l'exception du Tribunal fédéral). Ce sont également les cantons qui règlent la question du financement des mesures ordonnées. Ils peuvent, à ce titre, décider de la répartition des coûts sur leur territoire et affecter les coûts à certaines collectivités par exemple. Il leur incombe aussi de fixer le montant des émoluments et des indemnités.

La Conférence en matière de protection des mineurs et des adultes (COPMA) est un organe important de l'exécution du droit de la protection de l'enfant et de l'adulte⁹. Elle joue un rôle de premier plan depuis l'entrée en vigueur de la nouvelle réglementation, dont elle a facilité la mise en œuvre en proposant des formations initiales et continues. Elle publie en outre des formulaires types, des directives et des recommandations relatives au nouveau droit à l'intention des praticiens. Elle édite également la revue de la protection des mineurs et des adultes¹⁰ de même que plusieurs guides pratiques. La COPMA est, enfin, chargée d'établir la statistique nationale sur le droit de la protection de l'enfant et de l'adulte¹¹.

1.4 Critiques à l'encontre du nouveau droit

Les premières critiques à l'encontre du nouveau droit sont apparues très peu de temps après son entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2013. Elles se sont, par la suite, faites de plus en plus entendre, visant principalement les APEA. Faisant état de cas particuliers, plusieurs médias ont contribué à une image négative dans l'opinion publique. Le nouveau droit de la protection de l'enfant et de l'adulte continue de susciter une attention relativement importante de la part des médias et de l'opinion publique. Il est toutefois frappant de voir que la polémique et les critiques concernent essentiellement la Suisse alémanique. La nouvelle réglementation et les autorités sont beaucoup moins décriées en Suisse romande et au Tessin.

Les critiques qui fusent de toutes parts contre le nouveau droit et les APEA peuvent se résumer de la manière suivante :

- Les APEA seraient, d'une manière générale, dépassées par la situation et ne seraient pas à la hauteur de la tâche qui leur a été confiée. Elles travailleraient de manière très bureaucratique, interviendraient trop souvent et, dans de nombreux cas, de manière inappropriée (exagérée).
- Les APEA auraient, dans de nombreux cas, fait preuve d'une communication insuffisante et manqué d'empathie.
- La nouvelle réglementation aurait entraîné une hausse considérable du nombre et du coût des mesures ordonnées. Les APEA multiplieraient les mesures coûteuses, ce qui aurait des répercussions considérables pour le contribuable. Une véritable « industrie sociale », qui engloutirait une grande partie des recettes fiscales, aurait vu le jour.
- Les communes, qui doivent, dans plusieurs cantons, supporter les coûts des mesures ordonnées par les APEA lorsque la personne concernée n'est pas en mesure de le faire ne seraient pas ou du moins pas suffisamment associées à la prise de décision.
- Les APEA n'impliqueraient la plupart du temps pas suffisamment les proches dans le processus décisionnel. Les grands-parents, les membres de la famille et les proches ne

⁹ Voir à ce propos les informations figurant sur le site Internet de la COPMA : www.kokes.ch.

¹⁰ Revue de la protection des mineurs et des adultes (RMA)

¹¹ Voir ch. 3.3.1

seraient, par exemple, pas entendus avant le placement d'un enfant. En outre, les APEA nommeraient systématiquement des curateurs professionnels lorsqu'elles instituent des curatelles, sans vérifier préalablement si cette tâche pourrait être confiée à des proches.

- L'application de la nouvelle législation varierait considérablement d'un canton à l'autre, ce qui donnerait lieu à des inégalités de traitement et à des injustices.

1.5 Réactions face à ces critiques

1.5.1 Interventions parlementaires

Un nombre important d'interventions parlementaires a été déposé sur le nouveau droit de la protection de l'enfant et de l'adulte depuis son entrée en vigueur, probablement aussi en réaction aux nombreuses critiques qu'il a suscitées. Quatre postulats ont à ce jour été transmis¹² tandis que quatorze autres interventions parlementaires sont en suspens ; plusieurs interventions ont déjà été liquidées¹³.

1.5.2 Initiatives populaires

Un groupe de détracteurs du nouveau droit et des APEA a annoncé en juin 2016 son intention de déposer une initiative populaire fédérale visant à améliorer le nouveau droit de la protection de l'enfant et de l'adulte¹⁴. L'initiative populaire est actuellement en examen préliminaire auprès de la Chancellerie fédérale.

Une initiative législative formulée, intitulée « Keine Bevormundung der Bürger und Gemeinden » (Pas de mise sous tutelle des citoyens et des communes), a en revanche été déposée, munie des signatures nécessaires, dans le canton de Schwytz. Cette initiative exige une modification de la loi cantonale portant introduction du CC, qui vise notamment à ce que la compétence en matière de protection de l'enfant et de l'adulte soit transférée du canton aux communes, qui seraient de fait chargées de la surveillance des APEA. La votation aura lieu le 21 mai 2017¹⁵.

1.5.3 Examen et adaptation des lois d'introduction du code civil dans les cantons

Depuis l'entrée en vigueur du nouveau droit, plusieurs cantons ont déjà adapté, sur la base des premières expériences faites, leur législation de mise en œuvre ou entrepris des travaux dans ce sens¹⁶. Certains ont, par ailleurs, revu à la hausse les effectifs des APEA afin de permettre à ces dernières de mieux remplir leur mission. En outre, plusieurs cantons ont déjà effectué une première évaluation de la mise en œuvre du nouveau droit ou sont en train de l'effectuer¹⁷.

¹² Pour le détail, voir ch. 9.2.

¹³ Un tableau récapitulatif figure dans l'annexe 2.

¹⁴ Voir à ce propos le site Internet www.ch-volk.com/initiative/.

¹⁵ Pour en savoir plus sur cette votation et la teneur de l'initiative, voir www.sz.ch > Staatskanzlei, Departemente > Abstimmungen, Wahlen > Initiativen.

¹⁶ Une vue d'ensemble des dispositions d'exécution cantonales figure sur le site Internet de la COPMA à l'adresse suivante : <http://www.kokes.ch/fr/documentation/revision-du-droit-de-tutelle/revision-du-droit-de-tutelle-mise-en-place-dans-les-cantons>.

¹⁷ Voir à ce propos le ch. 8.

1.5.4 Centre d'écoute et d'assistance de l'enfant et de l'adulte (KESCHA)

Mis en place par la fondation Guido Fluri, en collaboration avec Integras, Association professionnelle pour l'éducation sociale et la pédagogie spécialisée, la fondation Protection de l'enfance Suisse, l'association Kinderanwaltschaft Schweiz, PACH enfants placés ou adoptifs Suisse et la COPMA, le centre d'écoute et d'assistance de l'enfant et de l'adulte (KESCHA) est entré en service fin janvier 2017¹⁸. Ce centre a pour mission d'informer et de conseiller les personnes concernées par une mesure de protection de l'enfant ou de l'adulte.

2 À propos du présent rapport

2.1 Mandat

Alors qu'il se déclarait encore réticent à évaluer la mise en œuvre du droit de la protection de l'enfant et de l'adulte dans sa réponse du 14 mai 2014 à l'interpellation 14.3030¹⁹, le Conseil fédéral a proposé, le 19 novembre 2014, l'acceptation des postulats 14.3776²⁰ et 14.3891²¹. Au vu de l'attention portée par l'opinion publique à la nouvelle législation depuis son entrée en vigueur et des critiques que celle-ci a soulevées de toutes parts, il a jugé nécessaire d'en analyser rapidement les raisons pour savoir si des mesures devaient être prises. Le Parlement a, dans la foulée, transmis les deux postulats susmentionnés au Conseil fédéral. Il a également transmis les postulats 15.3614²² et 14.4113²³, qui contenaient d'autres mandats d'examen, respectivement le 14 décembre 2015 et le 27 septembre 2016.

À propos des différents mandats d'examen, voir le ch. 9.3.

2.2 Clarifications effectuées jusqu'ici

Le nouveau droit de la protection de l'enfant et de l'adulte est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2013. Comme l'a déjà souligné le Conseil fédéral à plusieurs reprises par le passé, il n'est ni possible ni judicieux de procéder à une véritable évaluation législative aussi peu de temps après l'entrée en force d'une nouvelle réglementation²⁴. On considère généralement qu'il faut attendre au minimum trois à cinq ans pour que l'évaluation d'une modification législative fournisse des informations fiables. On sait, en effet, par expérience que ce n'est qu'au terme de cette période qu'une pratique acquiert une certaine stabilité et peut être évaluée. Procéder trop rapidement à une évaluation reviendrait à analyser une situation qui se trouverait dans une phase de transition. Le risque, s'il en ressortait que d'autres travaux de révision sont nécessaires, serait que le législateur se fonde sur des données erronées et en tire des conclusions faussées.

Le droit de la protection de l'enfant et de l'adulte présente en outre d'autres spécificités qui vont aujourd'hui à l'encontre d'une évaluation globale :

- Une *révision législative de cette ampleur* crée nécessairement une insécurité juridique temporaire. C'est le prix à payer pour atteindre les objectifs visés à moyen et à long terme. L'abrogation des normes en vigueur a entraîné la perte d'une pratique établie depuis des

¹⁸ Pour en savoir plus : www.kescha.ch.

¹⁹ Interpellation VITALI du 4 mars 2014 « Protection de l'enfant et de l'adulte. Séparer ce qui est désirable de ce qui est nécessaire ».

²⁰ Postulat SCHNEEBERGER du 29 septembre 2014 « Professionnaliser l'État social à tout prix ? ».

²¹ Postulat Groupe socialiste du 25 septembre 2014 « Remplacement des autorités de tutelle par les APEA. Procéder à un premier état des lieux ».

²² Postulat SCHENKER du 18 juin 2015 « Droit de la protection de l'enfant et de l'adulte. Délais de recours ».

²³ Postulat VITALI du 10 décembre 2014 « Autorité de protection de l'enfant et de l'adulte. Améliorer la protection ».

²⁴ Conformément à l'art. 170 Cst., l'Assemblée fédérale veille à ce que l'efficacité des mesures prises par la Confédération fasse l'objet d'une évaluation. Des évaluations législatives sont donc réalisées régulièrement.

décennies par les tribunaux et les autorités, si bien qu'il convient dans un premier temps d'en développer une nouvelle. Quelques mois ne sont pas suffisants pour y parvenir. En résultent une pratique initialement hétérogène et des dissensions dans la doctrine sur certains aspects. Il est, de surcroît, tout à fait naturel que les décisions prises par les différentes autorités sur des cas similaires divergent. Ce n'est qu'à moyen et long terme que la pratique des autorités de surveillance et la jurisprudence des tribunaux cantonaux et du Tribunal fédéral garantiront l'harmonisation et la sécurité juridique souhaitées. Il est toutefois tout à fait concevable qu'une telle insécurité ne soit pas toujours comprise par les sujets de droit.

- À cela vient s'ajouter le fait que l'entrée en vigueur du nouveau droit a entraîné une *vaste réorganisation des autorités*. Dans la plupart des cantons, de nouvelles autorités ont été créées ; la profession de collaborateur d'une APEA n'existait pas, ce qui explique que l'exécution des mesures de protection a été confiée à un grand nombre de personnes qui manquaient d'expérience en la matière. Aussi faut-il laisser aux autorités le temps de s'aguerrir afin qu'elles puissent avoir le recul nécessaire pour améliorer, au besoin, leur pratique. Une évaluation ne peut porter sur une pratique qui n'existe déjà plus car les autorités ont procédé à des adaptations.
- Dans de nombreux cantons, le *manque de personnel* vient par ailleurs compliquer le travail quotidien des nouvelles autorités. Plusieurs cantons ont, par conséquent, dû revoir à la hausse, tout au moins provisoirement, les effectifs des APEA.
- De plus, une *disposition transitoire* du nouveau droit prévoit que l'ensemble des mesures de protection de l'adulte ordonnées sous l'ancien droit seront examinées dans les trois années suivant son entrée en vigueur et, le cas échéant, transformées en mesures relevant du nouveau droit (art. 14, al. 3, tit. fin. CC), ce qui a rajouté une pression supplémentaire sur les collaborateurs des APEA.
- Le fait que les nouvelles autorités se soient, du jour au lendemain, retrouvées à devoir reprendre l'ensemble des dossiers de leurs prédécesseurs, mais aient également été, dès le premier jour, confrontées à nombre de nouveaux cas qu'elles ont, pour certains, dû trancher rapidement alors que l'enjeu était souvent très important est tout à fait exceptionnel. Les drames humains qui se cachent derrière chaque dossier ne laissent toutefois pas de place pour les mauvaises décisions, d'où une pression accrue sur les collaborateurs. Un « délai de grâce » ne pouvait bien entendu pas être accordé à ces derniers.
- Peu de temps après l'entrée en vigueur de la nouvelle réglementation, le législateur a à nouveau révisé le CC, modifiant notamment les dispositions sur l'autorité parentale (révision en vigueur depuis le 1^{er} juillet 2014) et celles sur l'entretien de l'enfant (révision en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2017), ce qui a eu des répercussions sur l'activité des APEA. Ces dernières se sont ainsi vu confier de *nouvelles tâches* suite notamment à la révision des normes sur l'autorité parentale²⁵ ; leurs effectifs n'ont cependant la plupart du temps pas été revus à la hausse.

Cette accumulation de circonstances – nouveau droit, nouvelles autorités, nouveaux collaborateurs, ressources insuffisantes et nature des dossiers à traiter – explique les difficultés auxquelles les nouvelles autorités ont dû faire face. On ne pouvait pas s'attendre à ce que tout soit parfait dès le premier jour. Les spécialistes et la COPMA tablent sur une période d'introduction de cinq à dix ans.

²⁵ Voir, par exemple, le nouvel art. 298a, al. 3, CC, qui oblige les APEA à conseiller les parents qui ne sont pas mariés avant que ceux-ci déposent leur déclaration conformément à l'art. 298a, al. 2, CC.

Au vu de ce contexte, il serait prématuré de procéder à une évaluation globale de la nouvelle législation et du travail des APEA. Le fait d'évaluer la pratique de ces dernières en se basant sur leurs premières années d'activité et d'en tirer des conclusions sur le fonctionnement du système ne serait guère utile. De nombreux problèmes vont pouvoir être résolus à moyen terme car une routine va s'installer, si ce n'est pas déjà fait. Les cantons ont pris plusieurs mesures depuis l'entrée en vigueur du nouveau droit pour améliorer les processus. Les autorités continuent par ailleurs d'acquérir de l'expérience. Depuis le 1^{er} janvier 2013, elles ont optimisé leurs processus de travail et n'ont cessé d'adapter leur pratique à différents points de vue. Si une évaluation globale est effectuée trop rapidement, elles se retrouveront privées de la possibilité d'apprendre de leur expérience et d'effectuer des ajustements. Pour obtenir des résultats probants, il faut donc attendre que le système soit suffisamment stable.

2.3 Objet du présent rapport

Le présent rapport vise à clarifier certaines questions spécifiques en lien avec le nouveau droit et à compiler les résultats des premières expériences faites avec ce dernier. Cela se justifie au vu des critiques dont il avait fait l'objet de la part de l'opinion publique. Toutefois, le présent rapport se limite à des questions auxquelles on est aujourd'hui en mesure de répondre, dont notamment celles soulevées dans les postulats transmis par le Parlement²⁶. Le Conseil fédéral a en outre laissé entrevoir que d'autres questions importantes en rapport avec le nouveau droit, auxquelles il semble aujourd'hui opportun de répondre, y seraient également examinées²⁷ afin de tenir compte de préoccupations formulées dans des interventions parlementaires n'ayant pas encore été transmises et dans l'initiative populaire fédérale dont le dépôt a été annoncé.

La manière dont le nouveau droit est mis en œuvre par les APEA n'est, quant à elle, pas abordée dans le présent rapport. Les réserves exprimées plus haut s'appliquent ici sans restrictions : une évaluation globale au sens technique serait pour l'heure prématurée. Les interventions transmises au Conseil fédéral ne prévoient, en outre, pas de mandats d'examen de ce type. Les questions soulevées seront examinées ultérieurement si le besoin s'en fait ressentir à l'avenir.

Le présent rapport ne traite pas non plus du *placement à des fins d'assistance dans une institution*. Les questions ayant trait à ce domaine constituent en effet une thématique à part entière. Qui plus est, les nouvelles dispositions en la matière n'ont guère été l'objet du débat public ni des interventions parlementaires. Il faut cependant s'attendre à ce qu'elles soient, elles aussi, remises en question dans un avenir proche du fait de la convention du 13 décembre 2006 relative aux droits des personnes handicapées (CDPH)²⁸ (voir à ce propos le ch. 8). Une discussion générale à ce sujet pourra avoir lieu à ce moment-là.

2.4 Autres objectifs du présent rapport

Le débat sur le droit de la protection de l'enfant et de l'adulte et les APEA a déchaîné les passions. Le présent rapport vise à rendre ce débat plus objectif mais aussi et surtout à faire le point sur *les éventuelles mesures à prendre sur le plan législatif* et sur les clarifications supplémentaires à effectuer. C'est la raison pour laquelle on a renoncé à prendre position sur certaines affaires ou à en tirer des conclusions quant à la nécessité de mesures législatives. Le présent rapport repose au contraire sur une *approche systémique*, ce qui correspond au rôle fonctionnel que la Confédération remplit dans le domaine du droit de la protection de

²⁶ Voir à ce propos le ch. 9.3.

²⁷ Communiqué de presse du Conseil fédéral du 4 mai 2016

²⁸ RS 0.109

l'enfant et de l'adulte : il lui incombe en priorité d'édicter les normes juridiques tandis que les cantons sont compétents pour leur mise en œuvre. C'est la raison pour laquelle le point de vue du législateur fédéral doit être mis en avant s'agissant des mesures à prendre.

Dans la mesure où les cantons jouissent d'un large pouvoir d'appréciation dans la mise en œuvre, il est en outre normal que les modalités choisies diffèrent considérablement d'un canton à l'autre. Il ne s'agit ni d'une spécificité du droit de la protection de l'enfant et de l'adulte ni d'un état de fait qui peut, en soi, être considéré comme une déficience. Les cantons doivent pouvoir opter pour la solution qui leur semble la plus appropriée pour eux. Si des possibilités d'amélioration apparaissent au fil du temps, c'est à eux qu'il incombe de prendre les mesures requises. La diversité des solutions mises en œuvre ne justifie pas à elle seule que la Confédération procède à une harmonisation. Il faudrait pour cela qu'il existe une atteinte importante aux droits des personnes concernées, ce qui n'est pas le cas en l'espèce. Le fédéralisme se nourrit de la diversité des expériences faites dans les différents cantons, qu'elles soient positives ou négatives. Parmi les 26 modèles utilisés par les cantons pour mettre en œuvre le droit fédéral de la protection de l'enfant et de l'adulte, il y en a de plus ou moins bons, mais les avis à ce sujet peuvent diverger. Les cantons sont à tout moment libres d'améliorer un système qu'ils estiment susceptibles de l'être en prenant éventuellement exemple sur d'autres cantons. Une intervention de la Confédération sur le plan législatif ne sera toutefois justifiée que s'il s'avère que le droit fédéral est source d'abus et qu'il peut être amélioré.

2.5 Méthodologie

Peu de temps après la transmission des postulats 14.3776 et 14.3891 au Conseil fédéral, l'OFJ a mis sur pied un groupe d'accompagnement composé des personnes suivantes :

- David Rüetschi, OFJ (président) ;
- Nina Grolimund, OFJ ;
- Manuela Krasniqi, Office fédéral des assurances sociales (OFAS) ;
- Diana Wider, secrétaire générale de la COPMA ;
- Martine Lachat, Conférence des directrices et directeurs cantonaux des affaires sociales (CDAS) ;
- Jacqueline Frossard, ancienne présidente APEA Birstal (BL) ;
- Christiana Fountoulakis, professeur à l'Université de Fribourg ;
- Andrea Mauro Ferroni, ancien chef de l'office des affaires sociales du canton des Grisons.

Ce groupe d'accompagnement était notamment chargé de préparer et de suivre ponctuellement les deux études externes commandées par l'OFJ, qui ont servi de base à ce rapport :

- Le Bureau Interface (Lucerne) a rédigé un rapport sur la mise en œuvre organisationnelle du nouveau droit dans les cantons (ci-après « étude Interface »)²⁹.
- La Haute école de travail social de Lucerne (HSLU) a rédigé un rapport sur la pratique des APEA concernant trois points matériels importants (absence de père, absence de

²⁹ Ce rapport (disponible uniquement en allemand) peut être consulté sous www.ofj.admin.ch > Publications & services > Rapports > Nouveau droit de la protection de l'enfant et de l'adulte.

convention relative à la contribution d'entretien en cas de parents non mariés, implication des proches lors de placements auprès de tiers) (ci-après « étude HSLU »)³⁰.

Divers praticiens et spécialistes de la Commission permanente de la COPMA ont également été consultés pour les besoins de ce rapport, qui se fonde par ailleurs sur plusieurs articles scientifiques sur le nouveau droit de la protection de l'enfant et de l'adulte de même que sur les évaluations réalisées par certains cantons.

3 Conséquences de la révision sur le nombre de dossiers et les coûts

3.1 Les coûts dans le viseur de l'opinion publique

Les cantons avaient déjà dû évaluer les coûts prévisionnels du nouveau système avant l'entrée en vigueur du nouveau droit, dans le cadre des travaux de mise en œuvre réalisés en vue de la création des autorités interdisciplinaires professionnelles. Ils ont eu la délicate tâche d'établir leur budget en tenant compte du changement de système et donc des nouvelles tâches et compétences qui devaient être confiées aux APEA. Le calcul des effectifs requis s'est révélé extrêmement difficile, comme l'avait annoncé le Conseil fédéral dans le message relatif au droit de la protection de l'enfant et de l'adulte³¹. Des experts ont formulé des recommandations à ce sujet³².

Les premières critiques se sont fait entendre près d'un an et demi après l'entrée en vigueur de la nouvelle réglementation : les coûts auraient augmenté de manière exponentielle par rapport aux années précédentes ; les APEA crouleraient sous les signalements de personnes en danger et ordonneraient des mesures inutiles, sans se soucier des conséquences financières. Les médias ont fait état de dépassements budgétaires et d'une explosion des coûts, sans toutefois préciser quelle en était l'origine (mesures volontaires décidées par les services sociaux, mesures ordonnées par les autorités, mesures relevant du droit pénal des mineurs, personnel et infrastructure des autorités). Jugés excessifs et disproportionnés, les tarifs pratiqués par les « entreprises sociales » ont également été pointés du doigt.

Suite à la parution de gros titres faisant état de pertes de plusieurs millions de francs, des analyses plus approfondies ont parfois été effectuées. Le canton de Berne a ainsi pu établir que les sommes considérables qui avaient été évoquées s'expliquaient par l'absence de distinction entre les placements volontaires décidés par les services sociaux communaux et les placements ordonnés par les autorités, et que l'explosion des coûts était due à une hausse du nombre de mesures volontaires. Par ailleurs, comme l'office cantonal des personnes âgées et handicapées n'a subventionné que les placements institutionnels décidés par les services sociaux et non pas ceux ordonnés par les APEA, les coûts correspondants relèvent surtout de ces dernières³³. L'importance des répercussions financières reste toutefois l'un des points les plus décriés de la révision, sans qu'aucun chiffre ne soit toutefois jamais venu étayer les allégations faites.

³⁰ Ce rapport peut être consulté sous www.ofj.admin.ch > Publications & services > Rapports > Nouveau droit de la protection de l'enfant et de l'adulte.

³¹ Message relatif au droit de la protection de l'enfant et de l'adulte, p. 6748 s.

³² COPMA, Droit de la protection de l'adulte – Guide pratique, ch. 1.68.

³³ *Berner Zeitung* du 2 juin 2015

3.2 Réflexions préalables

La révision du droit de la protection de l'enfant et de l'adulte a entraîné d'importants changements à différents niveaux, qui ont forcément eu des répercussions sur les coûts. Il convient toutefois de nuancer ces propos :

(1) Depuis l'entrée en vigueur de la nouvelle législation, il est régulièrement affirmé que le *nombre de cas* a augmenté, affirmation qui s'accompagne généralement de la critique selon laquelle les nouvelles autorités ordonnent davantage de mesures qu'avant, et notamment davantage de mesures superflues et inutilement coûteuses (voir ch. 3.3).

(2) Un autre aspect concerne les *coûts effectifs des APEA* (coûts des autorités). Le nouvel art. 440 CC, qui prévoit que ces dernières sont des autorités interdisciplinaires, a sûrement eu des conséquences considérables sur ces coûts. Dans de nombreux cantons, les autorités ont dû être professionnalisées. Des réorganisations ont été indispensables, notamment dans les cantons où l'autorité tutélaire était le conseil communal. Une régionalisation des autorités a eu lieu, ce qui a eu pour conséquence que les membres de ces autorités exercent désormais leur fonction à temps plein alors qu'ils ne l'exerçaient généralement qu'à titre secondaire auparavant. Alors qu'il était souvent difficile d'avoir une idée précise des coûts en question sous l'ancien droit car les indemnités des conseillers communaux recouvraient également d'autres activités (et n'étaient souvent pas conformes aux salaires du marché), la professionnalisation des APEA et donc la révision ont permis une plus grande transparence (voir ch. 3.4).

(3) Les critiques portent enfin sur le fait que le *coût des différentes mesures* a explosé (voir ch. 3.5).

3.3 Nombre de mesures

3.3.1 Statistiques de la COPMA

La Confédération n'établit aucune statistique sur les mesures de protection de l'enfant et de l'adulte. C'est la COPMA, qui a publié tous les ans, entre 1996 et 2012, une statistique nationale³⁴, qui s'en charge.

Suite à l'entrée en vigueur du nouveau droit, la COPMA a mis en place, à partir du 1^{er} janvier 2013, des principes de saisie des données statistiques conformes aux nouvelles exigences (nouveau système de mesures pour les adultes, nouvelles tâches, etc.). Les données statistiques sont désormais communiquées par voie informatique directement depuis les systèmes d'exploitation des APEA³⁵. Sont relevés non seulement le nombre de personnes soumises à des mesures, mais aussi, outre les mesures spécifiques ordonnées, d'autres paramètres importants tels que les indications, les signalements de personnes en danger et les affaires ne relevant pas d'une mesure (directives anticipées du patient, mandats pour cause d'incapacité, décisions sur appel, etc.)³⁶.

Compte tenu de cette modification importante, la COPMA a tablé sur une période d'introduction de deux à trois ans avant de parvenir à des données fiables. Aucune statistique n'a été publiée pour les années 2013 et 2014 car les chiffres étaient encore incomplets et ne permettaient pas une comparaison sur l'ensemble de la Suisse³⁷.

La COPMA a pu publier la statistique relative à l'année 2015 en septembre 2016. Celle-ci révèle que le nombre d'adultes mais aussi et surtout d'enfants soumis à une mesure de

³⁴ Ces statistiques sont disponibles à l'adresse suivante : <http://www.kokes.ch/fr/documentation/statistiques/annees-anterieures>.

³⁵ Statistiques COPMA 2015, RMA, 2016, p. 313 ss.

³⁶ Statistiques COPMA 2015, p. 315

³⁷ Statistiques COPMA 2015, p. 313

protection est *en recul* depuis l'entrée en vigueur du nouveau droit. Le nombre d'enfants soumis à une mesure de protection a diminué aussi bien en proportion de la population résidente permanente (nombre de cas pour 1 000 enfants) qu'en chiffres absolus (on assiste, depuis 2013, à une baisse de 1,3 % par an en moyenne alors qu'on constatait un accroissement annuel moyen de 4 % entre 1996 et 2012). La progression du nombre d'adultes soumis à une mesure de protection est proportionnellement inférieure à la croissance démographique et à l'augmentation constatée durant la période de référence (si la hausse s'élevait en moyenne à 3 % par an entre 1996 et 2012, elle est retombée à 1 % par an depuis 2013)³⁸.

	État au 31.12.2015	Date de référence : 31.12.2012
Nombre d'enfants soumis à une mesure de protection (nombre de cas pour 1 000 enfants)	40 629 (27,41)	42 381 (29,00)
Nombre d'adultes soumis à une mesure de protection (nombre de cas pour 1 000 enfants)	85 963 (12,58)	83 335 (12,67)
Nombre total d'enfants et d'adultes	126 592	125 716

La COPMA publiera la statistique relative à l'année 2016 en septembre 2017.

3.3.2 Vaste enquête réalisée par Interface

Le rapport d'Interface a été achevé avant la publication par la COPMA de la statistique relative à l'année 2015. Pour les raisons exposées, il n'a donc pas été possible, dans le cadre de cette étude réalisée à l'externe, de procéder à une comparaison des prestations fournies par les APEA avant et après le 1^{er} janvier 2013.

Un certain nombre de paramètres importants concernant les mesures ordonnées en 2014 (nombre de mesures liées à un mandat officiel, de signalements reçus, de placements extrafamiliaux, de nouveaux placements institutionnels ordonnés à des fins d'assistance et de décisions de prolongation ou de réexamen, d'enfants auditionnés et pour lesquels une représentation a été demandée mais aussi de décisions prises concernant l'autorité parentale) ont cependant été relevés dans le cadre d'une vaste enquête.

Les différences significatives de prestations qu'Interface a pu observer entre les cantons mais aussi au sein d'un même canton s'expliquent, pour la plupart, par l'utilisation de définitions et de méthodes de collecte différentes. Il a également constaté que certaines données, telles que celles relatives aux signalements, ne faisaient, à certains endroits, l'objet d'aucun relevé³⁹.

3.3.2.1 Signalements de personnes en danger

En 2014, les APEA ont reçu, à l'échelle nationale, pas moins de 24 527 *signalements* concernant des adultes et 21 879 signalements concernant des mineurs. L'étude Interface n'a pas permis de mettre en évidence de lien entre, d'une part, les variations importantes qui existent d'un canton à l'autre (on compte près de 30 signalements pour 1 000 enfants dans le canton de Schaffhouse, contre 2 seulement environ pour 1 000 enfants dans celui de Genève⁴⁰) et, d'autre part, la taille de la zone couverte par les APEA, l'importance des effectifs ou le modèle d'autorité choisi. Les variations observées dans le nombre de signalements n'ont

³⁸ Statistiques COPMA 2015, p. 322 s. et 324 s.

³⁹ Étude Interface, p. 17, résultats détaillés p. 54 ss.

⁴⁰ Le nombre de signalements reçus par les différentes autorités du canton de Saint-Gall est, lui aussi, variable : il oscille entre 0 et 10 pour 1 000 habitants, voir rapport d'évaluation SG, p. 34.

pas non plus pu être expliquées par des facteurs externes, tels que le taux d'urbanisation⁴¹. De l'avis des personnes interrogées dans le cadre des études de cas, les signalements concernant des adultes ont donné plus souvent lieu à des mesures que ceux concernant des enfants⁴².

3.3.2.2 Mesures liées à un mandat officiel

L'étude parvient à la même conclusion en ce qui concerne le *nombre de mesures liées à un mandat officiel*. Ce dernier varie d'un canton à l'autre, et ce aussi bien dans le domaine de la protection de l'enfant (entre 10 et 30 pour 1 000 enfants) que dans celui de la protection de l'adulte (entre 10 et 20 pour 1 000 personnes). Il est particulièrement élevé concernant des enfants dans le canton du Jura, sans qu'il y ait toutefois d'explication particulière à cela. Il s'avère que près de 68 % en moyenne des mesures liées à un mandat officiel concernaient des adultes. L'analyse n'a cependant pas permis d'établir de lien entre, d'une part, le nombre de mandats et, d'autre part, la taille de la zone couverte par les autorités, l'importance des effectifs des APEA ou le modèle d'autorité choisi.

Selon l'étude Interface, les *curateurs professionnels* étaient au nombre de 7 900 environ en Suisse en 2014, contre plus de 28 000 *curateurs privés* (ce qui représente près des trois quarts des curateurs), mais ils géraient naturellement un nombre beaucoup plus élevé de mandats. Les curateurs privés s'occupaient de 46 % environ des mandats concernant des adultes, contre 11,5 % seulement des mandats concernant des enfants, ce qui montre que leur rôle est plus important dans le domaine de la protection de l'adulte⁴³.

3.3.2.3 Placements extrafamiliaux

La vaste enquête réalisée par Interface a également permis de recueillir des informations sur le nombre de cas dans lesquels un retrait du *droit de déterminer le lieu de résidence d'un enfant* et donc un placement dans une famille d'accueil ou une institution ont été décidés en 2014. 1 518 mesures de ce type au total ont été ordonnées à l'échelle nationale, 30 % d'entre elles l'ayant été avec le consentement des parents. Le nombre de placements effectués par les APEA *contre la volonté des parents* était, quant à lui, de 0,66 cas pour 1 000 enfants⁴⁴.

3.3.2.4 Évaluation qualitative

La qualité des prestations fournies par les APEA a pu être évaluée par Interface sur la base des informations transmises par les personnes interrogées dans le cadre des études de cas. Les collaborateurs de l'APEA du canton de Neuchâtel, où les autorités de tutelle qui étaient en place avant la révision de 2013 étaient déjà des autorités professionnelles (tribunaux), étaient les seuls à considérer que la qualité des prestations fournies par les autorités (tribunal) n'avait presque pas évolué. Les collaborateurs des APEA créées au 1^{er} janvier 2013 qui ont été interrogés dans le cadre des trois autres études de cas (SZ, SG et BL) se sont accordés à dire que la révision avait permis une professionnalisation des autorités et que les mesures étaient mieux adaptées aux besoins des personnes concernées, mais qu'il en résultait un surcroît de travail⁴⁵.

3.3.3 Résultats des études réalisées par certains cantons

Depuis 2014, le *canton de Zurich* publie chaque année des indicateurs concernant ses treize APEA, l'accent étant mis sur les personnes soumises à une ou plusieurs mesures dont

⁴¹ Étude Interface, p. 18

⁴² Étude Interface, p. 56

⁴³ Étude Interface, p. 55 s.

⁴⁴ Étude Interface, p. 58

⁴⁵ Étude Interface, p. 19 s.

l'exécution est confiée à un mandataire⁴⁶. Compte tenu de la croissance démographique, le nombre de mesures liées à un mandat officiel est resté stable depuis 2014 dans ce canton par rapport à l'ensemble de la population. Depuis fin 2013, il a même reculé de 0,5 %. Près des deux tiers des mesures liées à un mandat officiel concernaient des adultes, le tiers restant concernant des enfants.

Le *canton de Berne* a procédé à un premier état des lieux deux ans après l'entrée en vigueur du nouveau droit dans le but d'examiner la mise en œuvre des nouvelles dispositions du CC, et plus particulièrement leurs effets sur les structures et les processus. Le premier rapport, publié en juin 2015, révèle que le nombre de mesures ordonnées a tendance à être moins élevé que sous l'ancien système, étant toutefois précisé que ces chiffres sont à prendre avec réserve dans la mesure où les données concernant l'année 2013 étaient incomplètes et où il n'a pas été possible d'évaluer les données relatives à l'année 2012 faute d'unité de relevé claire⁴⁷.

Certes, les statistiques relatives à l'année 2012 n'étaient pas comparables à celles relatives à l'année 2013 en raison de différences significatives entre les mesures de protection de l'adulte liées à un mandat officiel. Malgré les incertitudes, ces mesures, au nombre de 5 188 dans le domaine de la protection de l'adulte et de 3 646 dans le domaine de la protection de l'enfant dans le canton de Berne, ont été comparées aux mesures prises (en plus grand nombre) en 2012. En 2013, on comptait 447 mesures de protection de l'adulte non liées à un mandat officiel (mandats pour cause d'incapacité, directives anticipées du patient, décisions sur appel, mesures ambulatoires, procédures devant l'instance judiciaire de recours, informations sur les mesures) et 1 715 mesures de protection de l'enfant non liées à un mandat officiel (nouvelle réglementation de l'autorité parentale en cas de faits nouveaux, adoptions, réglementation de l'exercice des relations personnelles, réglementation de l'autorité parentale lorsque les parents ne sont pas mariés, exhortation des parents à tenter une médiation, biens de l'enfant, décisions sur appel)⁴⁸.

Le *canton de Saint-Gall* a commandé une évaluation à grande échelle dans le but d'en savoir plus sur l'organisation des autorités, la mise en œuvre des dispositions du droit fédéral, les prestations des APEA et leurs effets. Disponible depuis mi-juillet 2016, le rapport final a été publié le 31 août 2016. Y ont été analysés, dans le cadre d'entretiens individuels et d'entretiens de groupe, le nombre de signalements, de dossiers en cours et de personnes concernées ainsi que les coûts et des avis concernant l'efficacité des APEA.

Dans le canton de Saint-Gall, le nombre de dossiers de protection de l'enfant et de l'adulte a augmenté de 5 % environ entre 2013 et 2015. Sur les 9 758 dossiers au total qui étaient en cours de traitement fin 2014, 56 % concernaient des adultes et 44 % des mineurs. Deux autorités ont enregistré au cours de cette période une forte hausse du nombre de dossiers concernant des enfants ; sept autres ont affirmé que leur volume était plus ou moins resté stable tandis que, pour les trois restantes, il avait diminué⁴⁹.

Les résultats de l'évaluation menée dans le canton de Saint-Gall vont dans le même sens que ceux de l'étude nationale réalisée par Interface en ce qui concerne le nombre de curatelles gérées et de signalements reçus. Le nombre de mandataires qui avaient été nommés fin 2015 variait considérablement d'une autorité à l'autre⁵⁰. Sur les 8 000 curatelles instituées dans le canton de Saint-Gall, 30 % (2 405 personnes) étaient privées. La plupart des mesures liées à

⁴⁶ Indicateurs 2014 et 2015 du canton de Zurich

⁴⁷ Rapport d'évaluation BE, p. 60 s.

⁴⁸ Rapport d'évaluation BE, p. 61

⁴⁹ Rapport d'évaluation SG, p. 35 s.

⁵⁰ Dans le canton de Saint-Gall, le nombre de mandats gérés par des curateurs professionnels oscillait entre 7,8 et 17,6 pour 1 000 habitants tandis que celui des mandats gérés par des curateurs privés variait entre 3 et 7,7 ; rapport d'évaluation SG, p. 37 s.

un mandat officiel de ce type concernaient des adultes, 7 % seulement concernant des enfants. La mesure la plus fréquemment ordonnée pour protéger un enfant était la curatelle.

L'évaluation réalisée dans le canton de Saint-Gall révèle qu'un placement, qui constitue (souvent) une mesure coûteuse, et donc un retrait du droit de déterminer le lieu de résidence au sens de l'art. 310 CC, a été ordonné à 74 reprises en 2014⁵¹, la décision ayant toutefois été prise avec le consentement des parents dans plus de 40 % des cas.

3.3.4 Appréciation

La critique selon laquelle la nouvelle législation a entraîné une hausse considérable du nombre de mesures au plan national apparaît infondée au vu des chiffres présentés. Aussi bien la statistique de l'année 2015 publiée par la COPMA que les enquêtes réalisées par certains cantons montrent que le nombre de mesures a plutôt reculé depuis l'entrée en vigueur du nouveau droit si l'on tient compte de la croissance démographique. Dans le canton de Berne, on a constaté un report des placements ordonnés par les APEA vers des placements volontaires⁵². Il convient par ailleurs de souligner, comme cela ressort de l'étude Interface, que le retrait du droit de déterminer le lieu de résidence, qui constitue une atteinte très importante aux droits parentaux, a très rarement été ordonné *contre* la volonté des parents en 2014⁵³, ce qui indique, comme l'avait prévu le législateur, que les APEA considèrent la mesure de placement comme un dernier recours et qu'elles appliquent les principes de la subsidiarité et de la proportionnalité.

Les chiffres montrent par ailleurs qu'il existe des *différences significatives entre les régions/cantons*. Une analyse plus approfondie serait cependant nécessaire pour savoir à quoi ces différences sont dues. Il n'est pas exclu que les autorités des régions où une hausse du nombre de mesures a été enregistrée aient fait preuve d'une trop grande retenue sous l'ancien droit ou n'aient pas relevé l'intégralité des mesures et que cette hausse ne soit en fait que le reflet d'une application correcte du droit.

Certains auteurs de doctrine pensent que le nombre élevé de curatelles d'accompagnement ordonnées dans certaines régions pourrait être dû à un manque de services sociaux professionnels. De nombreuses communes de Suisse alémanique ne disposent, en effet, pas de service de ce type et ne sont pas non plus rattachées à un service intercommunal⁵⁴. Dans les régions dotées de services sociaux professionnels bien développés, les travailleurs sociaux sont tenus d'examiner la possibilité de prendre des mesures s'inscrivant dans le cadre de l'aide sociale. L'objectif de la curatelle d'accompagnement est atteint grâce aux services sociaux publics ou à des services privés professionnels, les APEA n'intervenant absolument pas sur les dossiers concernés. Il revient par conséquent aux cantons de vérifier si certaines communes ou certains districts ne souffriraient pas d'une pénurie de services sociaux et si les services sociaux existants ne devraient pas être mieux exploités, voire développés.

Une analyse globale montre que, même si des différences apparaissent localement, *aucune hausse générale du nombre de mesures ordonnées* n'est à constater. Dans les deux grands cantons pour lesquels on dispose de données, à savoir Zurich et Berne, la structure des autorités a complètement été modifiée au 1^{er} janvier 2013, sans que cela ait manifestement entraîné une augmentation du nombre de mesures. L'existence invoquée par certains d'un lien de causalité entre la professionnalisation des autorités spécialisées et la progression du nombre de mesures n'a donc pas pu être démontrée. Il conviendrait d'analyser les raisons

⁵¹ Rapport d'évaluation SG, p. 38 s. Ce chiffre est variable pour les neuf APEA du canton, allant de 0,13 à 2 cas pour 1 000 enfants.

⁵² Rapport d'évaluation BE, p. 66

⁵³ Étude Interface, p. 84

⁵⁴ HÄFELI, Jusletter, p. 13 s.

pour lesquelles une hausse est intervenue à certains endroits et voir si celle-ci va s'inscrire dans la durée.

3.4 Frais de personnel et d'infrastructure des APEA

3.4.1 Généralités

Il y a lieu de faire une distinction entre le coût des mesures et les frais de personnel et d'infrastructure des APEA (*coûts des autorités*), qui sont influencés par divers facteurs. Les frais de personnel, notamment, dépendent du salaire moyen des collaborateurs, qui est déterminé par la composition de l'autorité et le niveau des salaires dans le canton, mais aussi par la taille de cette autorité, qui devrait être fonction de la charge de travail, c'est-à-dire du nombre de dossiers à traiter.

Dans le cadre de la révision, a également été examinée la question des répercussions financières du nouveau droit pour les cantons. Le Conseil fédéral avait alors estimé que celles-ci étaient difficiles à évaluer et qu'elles dépendaient en fin de compte des restructurations à effectuer⁵⁵. Il attirait en outre explicitement l'attention sur le fait que les anciennes structures avaient, elles aussi, leur prix et que, pour estimer ce prix, il fallait également prendre en considération les coûts indirects, qui résultent du fait qu'une personne ayant besoin d'aide ne la reçoit pas ou tardivement ou qu'elle est l'objet d'une mesure inadéquate. Il ajoutait que la réunion des tâches de protection de l'enfant et de l'adulte au sein d'une seule autorité interdisciplinaire déchargerait d'autres autorités et tribunaux de tâches difficiles⁵⁶.

3.4.2 Prise en charge des coûts

La question de la prise en charge des frais de personnel et d'infrastructure des APEA est réglée dans le droit cantonal. Ces frais sont supportés par le canton dans 19 des 20 cantons où les APEA sont des autorités judiciaires ou des organes administratifs cantonaux (le canton d'Obwald faisant figure d'exception) et par les communes ou les syndicats de communes dans cinq des six cantons où les APEA sont organisées selon des structures communales. Au Tessin, ils sont pris conjointement en charge par les communes et le canton. Le financement des coûts des APEA est donc généralement fonction du modèle d'organisation choisi⁵⁷.

3.4.3 Résultats de l'étude Interface

Il ressort de l'étude Interface que les coûts des APEA varient considérablement, allant de plusieurs milliers à des dizaines de millions de francs. Dans les modèles où les APEA sont organisées selon des structures communales, ces coûts atteignent 1,25 million de francs en moyenne par autorité, contre 3,68 millions dans les modèles où les APEA sont des autorités judiciaires et 7,79 millions dans ceux où les APEA sont des organes administratifs cantonaux. Ces coûts n'étant toutefois pas encore comparables, l'étude prend en compte les coûts nets par habitant dans la zone couverte par une autorité. Les coûts des APEA organisées selon des structures communales s'élèvent ainsi à 22 fr. 20 en moyenne par habitant, contre 23 fr. 30 pour celles organisées en autorités judiciaires et 32 fr. 50 pour celles organisées en organes administratifs cantonaux⁵⁸. Les études de cas permettent en outre de formuler l'hypothèse

⁵⁵ Message relatif au droit de la protection de l'enfant et de l'adulte, p. 6748 s.

⁵⁶ Message relatif au droit de la protection de l'enfant et de l'adulte, p. 6748 s.

⁵⁷ Étude Interface, p. 10 s.

⁵⁸ Étude Interface, p. 21 ; les coûts des APEA organisées en organes administratifs passent toutefois à 27 fr. 80 lorsque celles-ci ne s'occupent pas des curatelles professionnelles ; dans le canton de Saint-Gall, les coûts d'exploitation des autorités (si l'on ne prend pas en considération les curatelles professionnelles) se situent à peu près dans la même fourchette, oscillant entre CHF 18.- et CHF 33.-, rapport d'évaluation SG, p. 9.

selon laquelle le montant plus ou moins élevé des émoluments peut influencer les coûts nets d'une APEA⁵⁹. Enfin, il convient d'attirer l'attention sur le fait que le relevé des coûts est extrêmement difficile. Aucune indication n'est en effet donnée concernant les rubriques budgétaires prises en compte (par ex. en ce qui concerne les coûts de l'assistance judiciaire, les coûts d'expertise). Les méthodes de relevé utilisées sont par conséquent très différentes, ce qui affecte considérablement la comparabilité des résultats.

Certes, il n'a pas été possible de comparer les coûts avant et après l'entrée en vigueur du nouveau droit mais il semblerait, aux dires des personnes interrogées dans le cadre des études de cas, que les frais de personnel et d'infrastructure de trois des quatre autorités sous revue ont progressé⁶⁰. L'évaluation réalisée dans le canton de Saint-Gall révèle, elle aussi, que les coûts d'exploitation sont plus élevés depuis la création des nouvelles autorités interdisciplinaires⁶¹.

Il est cependant précisé dans l'étude Interface que les coûts générés par une APEA dépendent fortement de l'étendue de ses prestations, autrement dit du fait qu'elle s'occupe elle-même des curatelles et des enquêtes ou qu'elle externalise ces tâches. Les coûts nets moyens d'une APEA qui effectue elle-même les enquêtes requises et qui a intégré des curateurs professionnels dans ses effectifs sont beaucoup plus élevés que ceux d'une APEA qui confie ces tâches à des services externes, comme le révèle également l'évaluation réalisée dans le canton de Saint-Gall : les coûts des deux autorités qui font effectuer les enquêtes à l'externe sont nettement inférieurs à ceux d'une autorité qui gère elle-même les curatelles professionnelles⁶².

Il convient d'ajouter que les APEA ont un devoir de surveillance sur les curateurs, aussi bien privés que professionnels, et qu'elles imposent à ces derniers des exigences plus élevées que celles auxquelles ils étaient soumis sous l'ancien système. Sous l'ancien droit de la tutelle, les curateurs professionnels étaient souvent les seuls spécialistes du domaine, raison pour laquelle les autorités tutélaires et de milice intervenaient rarement dans leur gestion des cas. Le devoir de surveillance et le droit de donner des instructions aux mandataires qui sont prévus par la nouvelle législation, mais aussi les exigences plus élevées auxquelles sont soumis les curateurs, ont une influence sur les coûts. L'étude Interface parvient d'ailleurs à la même conclusion. Il ressort ainsi de la vaste enquête réalisée que les collaborateurs des APEA consacrent 20 à 25 % en moyenne de leur activité à l'information et à la formation continue mais aussi à la communication avec les mandataires privés⁶³.

3.4.4 Motifs pouvant expliquer la hausse des coûts

Par rapport à ce que prévoyait l'ancien droit de la tutelle, l'éventail des tâches à assumer par les nouvelles APEA mises sur pied depuis le 1^{er} janvier 2013 a été élargi et les exigences relatives à la qualité de leur travail ont été revues à la hausse ; la compétence à raison de la matière des autorités a, dans le même temps, été étendue. L'intention du législateur était que les tâches en matière de protection de l'enfant et de l'adulte soient confiées à une même autorité interdisciplinaire⁶⁴. Cette autorité est tenue, dans le cadre de ses fonctions, d'appliquer le principe de la subsidiarité, de garantir la proportionnalité en choisissant désormais des « mesures sur mesure » mais aussi de mener des procédures correctes sous l'angle de l'État

⁵⁹ Étude Interface, p. 21, p. 61 (figure D 4.28, p. 62).

⁶⁰ Étude Interface, p. 22 ; pour en savoir plus sur les études de cas, voir l'étude Interface, p. 63 ss.

⁶¹ Rapport d'évaluation SG, p. 9 et 41

⁶² Rapport d'évaluation SG, p. 40

⁶³ Étude Interface, p. 62

⁶⁴ Message relatif au droit de la protection de l'enfant et de l'adulte, p. 6654 s. ; sous l'ancien droit de la tutelle, la compétence incombait soit à l'autorité de tutelle soit, selon le droit cantonal, à l'autorité de surveillance ou au tribunal civil.

de droit⁶⁵. L'exigence de la professionnalisation prévue par le nouveau droit et qui a été largement approuvée lors de la consultation suppose que ses membres soient nommés en fonction des compétences nécessaires pour accomplir leurs tâches⁶⁶.

Parmi les nouvelles tâches importantes qui ont été attribuées aux APEA dans le domaine de la protection de l'enfant et de l'adulte figure le devoir de surveillance des curateurs. Compte tenu de cette nouvelle obligation et du droit de donner des instructions dont ces autorités disposent, les personnes chargées de l'exécution des mesures de protection se retrouvent soumises à des exigences plus élevées (par ex. concernant l'établissement de rapports et de comptes périodiques). Les curateurs, qu'ils soient privés ou professionnels, doivent être instruits, conseillés et soutenus par les APEA⁶⁷. Le nouveau système des « mesures sur mesure », qui oblige ces dernières à appliquer le principe de la proportionnalité (« assistance étatique autant que besoin est et intervention étatique aussi rare que possible ») lorsqu'elles ordonnent une curatelle, requiert en outre que les mandats de curatelle soient formulés de manière plus claire⁶⁸.

En outre, afin d'éviter qu'une personne soit placée de manière abusive et pendant trop longtemps dans une institution à des fins d'assistance, l'art. 431 CC prévoit que, dans les six mois qui suivent le placement, l'autorité de protection de l'adulte examine si les conditions du maintien de la mesure sont encore remplies, et qu'elle procède à un nouvel examen au cours des six mois qui suivent, puis aussi souvent que nécessaire, mais au moins une fois par an.

De nouvelles compétences ont également été attribuées aux APEA dans le domaine de la protection de l'enfant : le consentement à l'adoption d'un enfant placé sous tutelle, l'approbation d'une convention réglant l'obligation d'entretien par le versement d'une indemnité unique, la nouvelle réglementation de l'autorité parentale conjointe en raison de faits nouveaux importants et le retrait de l'autorité parentale au sens de l'art. 311 CC⁶⁹.

3.4.5 Appréciation

La professionnalisation des autorités et la régionalisation qu'elle a entraînée faisaient partie des objectifs de la révision. On avait tout à fait conscience que cette dernière entraînerait des coûts supplémentaires pour les cantons⁷⁰ mais aussi que le système de « mesures sur mesure » imposerait des exigences plus élevées aux autorités. Par ailleurs, ces dernières se sont vu confier des tâches que les anciennes autorités de tutelle n'avaient pas à accomplir (comme la validation des mandats pour cause d'incapacité, la confirmation des droits de représentation prévus par la loi, etc.). On peut aisément comprendre que des ressources supplémentaires soient nécessaires pour mener ces tâches à bien. Le Conseil fédéral avait d'ailleurs explicitement attiré l'attention à ce sujet dans le message relatif au droit de la protection de l'enfant et de l'adulte⁷¹.

En d'autres termes, il fallait s'attendre à ce que l'entrée en vigueur du nouveau droit entraîne une certaine hausse des coûts générés par les autorités. Il est difficile d'établir avec certitude si les coûts sont excessifs à certains endroits. L'étude Interface a, elle aussi, mis en évidence des disparités au sein des cantons et les difficultés qui se posent à cet égard. Il est en fin de compte question du rapport coût-efficacité de la mise en œuvre du droit fédéral par les cantons. Ce n'est pas à la Confédération mais à ces derniers de juger si les autorités œuvrant

⁶⁵ HÄFELI, PJA, p. 1597

⁶⁶ Message relatif au droit de la protection de l'enfant et de l'adulte, p. 6706

⁶⁷ Art. 400, al. 3, CC

⁶⁸ COPMA, Recommandations autorité interdisciplinaire, p. 135

⁶⁹ Art. 265, al. 3, 288, al. 2, ch. 1, et 298d CC

⁷⁰ Message relatif au droit de la protection de l'enfant et de l'adulte, p. 6748 s.

⁷¹ Message relatif au droit de la protection de l'enfant et de l'adulte, p. 6748.

sur leur territoire travaillent de façon efficace ou non et de voir si des économies peuvent être réalisées. Rien n'indique en tout cas que la nouvelle réglementation fédérale encourage l'inefficacité des autorités.

3.5 Coûts des mesures

3.5.1 Comparaison des coûts avant et après l'entrée en vigueur du nouveau droit

Les auteurs de l'étude Interface présentent les coûts en se basant sur l'excédent de charges des autorités, procèdent à une agrégation des données pour chaque canton, puis s'efforcent de comparer les chiffres obtenus. Ils prennent également en considération les recettes issues des émoluments perçues par les APEA, le coût des mesures ordonnées par ces dernières (placements et mesures socio-éducatives) et le montant des émoluments⁷².

Une difficulté s'est présentée lors de l'évaluation des coûts en matière de protection de l'enfant et de l'adulte : il n'existait aucune donnée consolidée sur les coûts avant le 1^{er} janvier 2013. De nombreuses communes ont été dans l'impossibilité de livrer des informations sur les coûts de leurs anciennes autorités de tutelle⁷³. Dans la mesure où aucune distinction n'était faite dans la facturation entre les mesures ordonnées par les APEA et celles ordonnées par les services sociaux, Interface n'a pas non plus pu fournir d'informations quantitatives sur le coût des mesures⁷⁴. Pour ces raisons, il a été impossible de procéder à une comparaison adéquate des coûts avant et après l'entrée en vigueur du nouveau droit.

Les auteurs de l'étude Interface recommandent par conséquent que les APEA tiennent une comptabilité minimale qui fasse apparaître les différents types de coûts (frais d'infrastructure et de personnel), le coût de chaque prestation (corps décisionnel, service d'enquête, service administratif, frais subséquents des différentes prestations) et d'autres paramètres importants (heures supplémentaires, nombre de dossiers traités par collaborateur)⁷⁵. Cette recommandation s'adresse aux cantons.

Il ressort également de l'évaluation réalisée dans le *canton de Saint-Gall* qu'une comparaison des coûts d'exploitation des autorités et des coûts des mesures ordonnées est difficile⁷⁶. Cette évaluation livre toutefois certaines informations pertinentes dont on a tenu compte par la suite. Ses auteurs attirent cependant l'attention sur le fait qu'une partie seulement des coûts liés aux mesures de placement institutionnel et d'accompagnement socio-éducatif des familles dont il est question sont imputables à des décisions des APEA⁷⁷.

3.5.2 Financement des mesures

Le constat est, en revanche, différent s'agissant du *financement des mesures prononcées*. Le principe de l'équivalence fiscale (« qui paie commande ») n'est pas respecté dans 17 cantons, où ce sont les communes qui assurent la prise en charge des coûts alors que les APEA sont des organes cantonaux ou des autorités judiciaires cantonales⁷⁸.

Les études de cas réalisées dans le cadre de l'étude Interface révèlent toutefois que le canton de Schwytz est le seul dans lequel les communes doivent assurer intégralement le financement des mesures de placement. Le canton de Saint-Gall supporte, quant à lui, un tiers

⁷² Étude Interface, p. 31 s.

⁷³ HÄFELI, Jusletter, p. 9, étude Interface, p. 53

⁷⁴ Étude Interface, p. 23

⁷⁵ Étude Interface, p. 25

⁷⁶ Rapport d'évaluation SG, p. 40 et 48

⁷⁷ Rapport d'évaluation SG, p. 10

⁷⁸ Étude Interface, p. 11 s.

des coûts des placements effectués dans des institutions reconnues par la CIIS⁷⁹. Par ailleurs, la compensation des charges spéciales introduite en 2014 permet de soulager les communes pour lesquelles les mesures de placement (en institution ou chez des parents nourriciers) et d'accompagnement socio-éducatif engendrent des coûts extrêmement élevés. Dans le canton de Neuchâtel, les communes participent au financement des coûts en fonction de leur nombre d'habitants tandis que, dans le canton de Bâle-Campagne, les coûts des placements sont pris en charge par le canton⁸⁰.

Les auteurs de l'étude Interface recommandent d'examiner la possibilité d'instaurer une compensation des charges entre les communes ou de prévoir une participation plus importante des cantons au financement des mesures⁸¹. Cette recommandation ne s'adresse qu'aux cantons dans la mesure où il est question des coûts de l'aide sociale.

3.5.3 Coût de chaque mesure

Le coût des mesures avant et après l'introduction du nouveau droit n'ayant, comme nous l'avons déjà évoqué, pas pu être comparé dans l'étude Interface, il a fallu s'en remettre aux déclarations des personnes interrogées dans le cadre des quatre études de cas. Des indications sont en revanche données sur la question de savoir qui prend en charge les coûts de trois mesures relativement coûteuses (accompagnement socio-éducatif des familles, placement en foyer pour enfants ou pour jeunes et placement en famille d'accueil).

Des réponses disparates ont été obtenues à la question de savoir si le coût des mesures avait augmenté depuis le 1^{er} janvier 2013. Alors qu'aucune évolution n'a été observée dans le canton de Neuchâtel, le coût des mesures est en hausse dans la région de Sargans, selon les personnes interrogées. Les deux autres autorités ont, quant à elles, répondu que le coût des mesures avait reculé depuis l'entrée en vigueur du nouveau droit, en particulier car les placements étaient moins fréquents (et moins longs)⁸².

Les résultats de l'évaluation menée par le canton de Berne ne permettent pas non plus de se faire une idée précise de l'évolution car le coût des mesures volontaires n'a pas été systématiquement différencié de celui des mesures ordonnées par les autorités de tutelle. Il faut par ailleurs partir du principe que le relevé des mesures ordonnées par les APEA est pour l'heure incomplet⁸³.

Dans le canton de Saint-Gall, il a été possible, en se basant sur les éléments pris en considération pour le calcul de la compensation des charges excessives dues à des facteurs socio-démographiques, d'exposer les coûts que les communes ont eu à supporter entre 2012 et 2014 pour les mesures de placement et d'accompagnement socio-éducatif des familles. Même si les auteurs attirent l'attention sur le fait que tous les coûts ne sont pas imputables à des décisions des APEA (les placements volontaires et les placements ordonnés par le ministère public des mineurs sont également pris en considération), ils précisent que le coût des mesures de protection de l'enfant, qui est très contesté, n'a pas progressé par rapport à celui enregistré avant l'entrée en vigueur du nouveau droit⁸⁴. HÄFELI constate, lui aussi, deux ans après l'entrée en vigueur du nouveau droit, qu'il existe des signes montrant que les

⁷⁹ CIIS : Convention intercantonale relative aux institutions sociales du 13 décembre 2002, disponible à l'adresse suivante : www.sodk.ch/ueber-die-sodk/ivse/.

⁸⁰ Étude Interface, p. 11 s. ; rapport d'évaluation SG, p. 48

⁸¹ Étude Interface, p. 12

⁸² Étude Interface, p. 22, 70 et 79 (figure D.1.8, p. 23)

⁸³ Rapport d'évaluation BE, p. 68 s.

⁸⁴ Rapport d'évaluation SG, p. 11 et 49

autorités ont eu tendance, pendant cette première phase, à recourir moins fréquemment à des mesures de placement coûteuses que les autorités de tutelle sous l'ancien droit⁸⁵.

3.5.4 Émoluments

L'étude Interface révèle que le montant des recettes issues des émoluments varie considérablement d'une autorité à l'autre : certaines n'ont perçu que quelques centaines de francs tandis que d'autres, dans les villes de Zurich, Berne et Bâle, ont engrangé jusqu'à plus d'un million de francs de recettes. Des différences significatives apparaissent également lorsqu'on analyse le degré moyen de couverture des coûts. Les autorités ayant très peu de frais de personnel (moins de trois postes à temps plein pour le collège décisionnel et le service d'enquête) présentent un degré relativement élevé de couverture des coûts. Le fait que les différences soient aussi importantes montre, selon les auteurs du rapport, que la participation des personnes concernées aux coûts des prestations fournies par les autorités est variable.

Au vu des données disponibles, il n'a pas été possible d'établir si le montant des émoluments était un indicateur d'efficacité ou si ces émoluments étaient source d'inégalités. Avant d'envisager une harmonisation, comme le préconise l'étude Interface, il faudrait procéder à une analyse détaillée avec des données précises sur les coûts⁸⁶.

3.5.5 Tarifs des mesures

Dans le cadre des études de cas, on s'est intéressé au coût des placements institutionnels, des curatelles et des mesures d'accompagnement socio-éducatif des familles qui avaient été ordonnés⁸⁷. Le taux horaire des mesures d'accompagnement varie entre 120 et 170 francs. Le coût des placements institutionnels est parfois très élevé, pouvant atteindre 750 francs par jour. Selon les personnes interrogées, un certain nombre de prestataires veillent toutefois à ce que les tarifs de ces mesures soient régulés par le marché au même titre que ceux des autres mesures.

Les auteurs de l'étude Interface recommandent que les tarifs, notamment ceux des mesures ambulatoires, fassent l'objet d'une plus grande transparence. Le fait de pouvoir effectuer une comparaison nationale pourrait avoir des effets positifs sur les mécanismes du marché. Cette transparence permettrait en outre de mieux faire face à la critique d'« industrie sociale »⁸⁸. Les APEA ne peuvent pas être tenues pour responsables du coût parfois exorbitant des mesures de placement.

3.5.6 Évolution des coûts dans le domaine de l'aide sociale

L'évolution des coûts dans le domaine de l'aide sociale a été à plusieurs reprises au cœur des débats publics, en raison notamment de certains abus. Les débats ont en outre tourné autour du coût des mesures ordonnées par les APEA. À l'automne 2014, deux postulats priant le Conseil fédéral de faire toute la transparence sur les prestations sociales et l'évolution des coûts dans les cantons ont été déposés et transmis⁸⁹. C'est l'OFAS qui a été chargé d'élaborer le rapport correspondant. Ce dernier, qui devrait être publié dans le courant de l'année 2017, expliquera le rôle de l'aide sociale et des APEA, mais aussi la manière dont l'aide sociale est

⁸⁵ HÄFELI, PJA, p. 1599

⁸⁶ Étude Interface, p. 24 s.

⁸⁷ Pour en savoir plus sur les résultats des quatre études de cas, voir l'étude Interface p. 68, 74, 79 et 85.

⁸⁸ Étude Interface, p. 25

⁸⁹ Postulat 14.3915 BRUDERER WYSS du 25 septembre 2014 « Aide sociale. Faire toute la transparence sur l'évolution des coûts et sur les mandats attribués à des entreprises privées » ; postulat 14.3892 groupe socialiste du 25 septembre 2014 « Aide sociale. Renforcer la transparence plutôt que de faire de la polémique ».

organisée et mise en œuvre de même que la nature des prestations fournies. Il présentera aussi les facteurs ayant une influence sur les coûts.

3.5.7 Appréciation

On ne peut pour l'heure fournir aucune indication précise sur l'évolution du coût des mesures. Il semble toutefois qu'une diminution se soit amorcée car les autorités ont tendance à ordonner moins de placements. Concernant le financement des mesures, nous renvoyons à la discussion figurant dans le chapitre relatif à l'implication des communes⁹⁰. Il appartient aux cantons de remédier à la situation, la Confédération n'ayant pas la compétence requise.

En ce qui concerne les tarifs des mesures, le Conseil fédéral estime qu'il est surtout très important de garantir la transparence requise. On ne peut rendre les APEA responsables du coût parfois exorbitant des mesures de placement. L'affirmation selon laquelle le coût des mesures aurait grimpé n'a pas pu être vérifiée dans le cadre de l'analyse effectuée.

3.6 Appréciation générale

Malgré plusieurs incertitudes concernant le relevé des données, l'on constate que les coûts en matière de protection de l'enfant et de l'adulte ne se sont pas envolés, contrairement à ce que d'aucuns prétendent. Une augmentation des frais de personnel et d'infrastructure était à prévoir car la création d'autorités interdisciplinaires exigée par le droit fédéral a entraîné une restructuration dans de nombreux cantons. De plus, n'oublions pas qu'une partie importante des coûts n'a pas été relevée, ou du moins pas intégralement, sous l'ancien système car ces coûts, inclus dans une comptabilité globale, n'étaient pas spécifiquement affectés aux autorités de tutelle. Le nouveau droit permet d'avoir une idée plus précise des coûts occasionnés par les mesures de protection de l'enfant et de l'adulte. Le Conseil fédéral continue, par ailleurs, de penser que plus les collaborateurs auront d'expérience, plus le volume de travail demandé par chaque dossier diminuera.

Enfin, rien n'indique que le nombre de mesures ordonnées a augmenté, hormis ce qui est dû à la croissance démographique. Il en va de même du coût des mesures.

4 Adaptation des règles de procédure

4.1 Généralités

La révision du droit de la tutelle avait notamment pour but d'inscrire dans le code civil les principes fondamentaux de procédure en matière de protection de l'enfant et de l'adulte, afin de les ériger en minimum standard applicable dans toute la Suisse⁹¹. Les dispositions correspondantes reprennent les principes de procédure valables jusque-là de même que la jurisprudence du Tribunal fédéral à cet égard⁹². Leur base constitutionnelle figure à l'art. 122, al. 2, Cst. : l'organisation judiciaire et l'administration de la justice en matière de droit civil sont du ressort des cantons, sauf disposition contraire de la loi. Les cantons règlent le reste de la procédure, à moins que le CPC ne soit applicable (art. 450f et 54, al. 3, tit. fin. CC).

Le nouveau CC ne contient donc que des règles rudimentaires de procédure ainsi que les principes fondamentaux de la procédure devant l'APEA et devant l'instance judiciaire de

⁹⁰ Voir ch. 4.3.

⁹¹ Message relatif au droit de la protection de l'enfant et de l'adulte, p. 6656

⁹² COTTIER/STECK, p. 985

recours (art. 443 ss CC)⁹³. D'une part, les cantons, sous réserve de respecter le droit supérieur (Cst. ou Convention européenne des droits de l'homme, par ex.), mettent en œuvre les dispositions de procédure énoncées dans le CC ; d'autre part, ils sont libres de prévoir des dispositions de procédure complémentaires à moins que la procédure ne soit régie par le droit fédéral.

La mise en œuvre des dispositions de procédure cantonales consiste soit en l'édiction de prescriptions complémentaires spécifiques dans les législations d'application du CC, soit en des renvois aux lois sur la procédure administrative ou à d'autres règlements de procédure (loi d'introduction du CC), soit en des renvois ponctuels à des règles spécifiques du CPC, soit en une combinaison de plusieurs de ces possibilités. Cependant, rien n'oblige les cantons à adopter une réglementation spécifique. En vertu du droit fédéral, le CPC s'applique par analogie pour autant que les cantons n'en disposent pas autrement. Lorsque les dispositions du CPC s'appliquent de manière subsidiaire, la procédure ne relève pas pour autant du droit fédéral. Les dispositions s'appliquent *en complément du droit cantonal*⁹⁴. Chaque canton dispose ainsi de son propre droit procédural mêlant plusieurs sources juridiques⁹⁵. Les cantons dans lesquels la procédure en matière de protection de l'enfant et de l'adulte était régie, avant la révision, par une réglementation spéciale, ont dû adapter ponctuellement cette législation aux nouvelles dispositions du CC. Ceux dans lesquels la procédure était réglée dans le code de procédure civile cantonal ou y renvoyait ont dû édicter un nouveau code de procédure civile au 1^{er} janvier 2011.

4.2 Uniformisation de la procédure

4.2.1 Avant-projet de loi fédérale sur la procédure

L'avant-projet initial de révision totale du droit de la tutelle établi par la commission d'experts dans les années 1990 prévoyait l'institution d'un *tribunal spécialisé* en tant qu'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte⁹⁶. Après que la réforme de la justice de l'an 2000 a conféré à la Confédération la compétence d'unifier la procédure civile pour la Suisse entière, on s'est demandé s'il fallait unifier et régler dans une loi fédérale distincte la procédure devant l'APEA. Daniel Steck, ancien juge cantonal, s'est alors attelé à l'élaboration d'une loi fédérale réglant la procédure devant les autorités de protection de l'enfant et de l'adulte (LPPEA). L'avant-projet de LPPEA a été mis en consultation en 2003 avec l'avant-projet de révision du droit de la tutelle. La procédure fédérale proposée avait pour but de remédier au désordre juridique qui régnait dans les cantons, chacun appliquant des règles de procédure différentes. Certains se contentaient d'appliquer par analogie la procédure civile cantonale ; d'autres faisaient de même avec la procédure administrative⁹⁷.

L'avant-projet de LPPEA a suscité des réactions très variées lors de la consultation. Seule une minorité de participants, composée de six cantons et de trois partis, a explicitement approuvé

⁹³ Les principes fondamentaux de la procédure sont, devant l'APEA : les mesures provisionnelles (art. 445 CC), les maximes inquisitoire et d'office (art. 446 CC), le droit d'être entendu et d'être représenté (art. 447 et 449a CC s'agissant de la protection de l'adulte, art. 314a et 314a^{bis} CC s'agissant de la protection de l'enfant), l'obligation de collaborer (art. 448 CC) et le droit de consulter le dossier (art. 449b CC), devant l'instance de recours : les motifs (art. 450a CC), le délai (art. 450b CC), l'effet suspensif (art. 450c CC) et les dispositions spéciales concernant le placement à des fins d'assistance (art. 450e CC).

⁹⁴ ATF 140 III 385, consid. 2.3

⁹⁵ Exemple du canton d'Argovie : réglementation de certaines dispositions de procédure dans la loi d'introduction du CC (§ 60b à 65d) et renvois ponctuels au CPC (procédure sommaire, droit d'invoquer des faits et moyens de preuve nouveaux, délais). Exemple du canton de Bâle-Campagne : réglementation de certaines dispositions de procédure dans la loi d'introduction du CC et renvoi, pour le reste, à la loi cantonale sur la procédure administrative (Verwaltungsverfahrensgesetz, [VwVG]). On trouvera une vue d'ensemble des règlements cantonaux dans ESR-Komm.-STECK, art. 450f n. 13

⁹⁶ Rapport relatif à la révision du code civil (Protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation) de juin 2003, p. 19

⁹⁷ Rapport et avant-projet de loi fédérale réglant la procédure devant les autorités de protection de l'enfant et de l'adulte, p. 2

le projet d'uniformiser la procédure. Six autres cantons ont au moins manifesté leur opposition de principe, pour des motifs différents. D'autres cantons ont porté sur le projet un regard critique. Les participants ont par ailleurs largement rejeté la proposition visant à instituer un tribunal spécialisé en tant qu'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte⁹⁸.

Ces réactions ont conduit le Conseil fédéral à renoncer à l'institution d'un tribunal spécialisé, en quoi il a tenu compte de l'avis selon lequel la professionnalisation pouvait aussi être assurée par une autorité administrative. Du fait de cet abandon notamment, le Conseil fédéral s'est contenté de proposer au Parlement dans le projet définitif de n'inscrire dans le CC *que les questions de procédure fondamentales*, sur lesquelles l'application du droit matériel exige une réglementation uniforme, et de renoncer à la création d'un droit procédural spécial⁹⁹.

4.2.2 Critique de la réglementation existante

Dans la doctrine, plusieurs voix signalent que la hiérarchie en vigueur des sources de droit procédural peut entraîner une insécurité juridique, en particulier chez les personnes vulnérables concernées, et ne favorise donc pas la bonne mise en œuvre de la nouvelle protection de l'enfant et de l'adulte¹⁰⁰. Elles soulignent que la délimitation de la voie judiciaire entre le tribunal civil d'un côté et l'APEA de l'autre manque singulièrement de clarté. Elles ajoutent que la décision de laisser les cantons maîtres du droit de la procédure complique la délimitation, pourtant déterminante pour la saisine du Tribunal fédéral, entre droit cantonal et droit fédéral¹⁰¹. Certaines estiment en outre que la réglementation actuelle de la procédure n'offre aucune sécurité juridique. Elles la jugent complexe, opaque et inefficace, sachant qu'il peut y avoir jusqu'à quatre actes applicables, notamment dans le canton de Zurich.

Certains auteurs font par ailleurs remarquer que le renvoi à un CPC applicable « par analogie » soulève de nombreuses questions d'interprétation. La doctrine estime par conséquent que plutôt que d'appliquer le CPC à la lettre, il faut tenir compte de la nature particulière du droit matériel et des principes de procédure prévus pour sa mise en œuvre (maximes inquisitoire et d'office, par ex.). Selon cette logique, on peut donc être amené à interpréter les dispositions du CPC différemment selon la situation, voire s'en écarter carrément¹⁰². Lors des débats entre l'OFJ et les experts, certains ont souhaité réduire la complexité de la procédure en supprimant dans la loi le renvoi au CPC.

4.2.3 Revendication d'une procédure fédérale

Il n'est donc pas étonnant que malgré la décision de 2006 du Conseil fédéral de renoncer à la création d'une loi de procédure fédérale, et l'examen parlementaire qui a suivi, la volonté d'uniformiser le droit de la procédure n'ait pas disparu. Tandis que certains continuent de réfléchir à une loi de procédure spécifique à la protection de l'enfant et de l'adulte, d'autres déplorent explicitement la décision qui a été prise de ne pas uniformiser la procédure dans le CPC¹⁰³. Il arrive même que des cantons et des praticiens demandent que l'on relance le débat

⁹⁸ Message relatif au droit de la protection de l'enfant et de l'adulte, p. 6645 s.

⁹⁹ Message relatif au droit de la protection de l'enfant et de l'adulte, p. 6451 ; les experts qui ont élaboré l'avant-projet de code de procédure civile suisse ont eux aussi débattu la possibilité d'intégrer la procédure applicable en matière de protection de l'adulte dans le CPC. Ils l'ont toutefois rejetée pour des raisons théoriques. Le message du 28 juin 2006 relatif au code de procédure civile suisse explique que la notion de juridiction gracieuse vise de multiples domaines, notamment l'administration de police ou assistance publique (mesures de protection de l'enfant et de l'adulte), domaines qui supposent des procédures différentes. FF 2006 6841, en l'espèce 6874.

¹⁰⁰ BSK-Erw.Schutz-AUER/MARTI, art. 450f n. 5 s. avec d'autres références

¹⁰¹ GEISER, p. 16

¹⁰² BSK-Erw.Schutz-AUER/MARTI, art. 450f n. 13

¹⁰³ BSK-Erw.Schutz-REUSSER, Allgemeine Vorbemerkungen n. 43 et 65; GEISER, p. 27

sur la création d'une procédure fédérale spécifique¹⁰⁴. L'interpellation 15.3347¹⁰⁵ repose quant à elle la question de savoir s'il serait possible d'harmoniser les procédures à suivre devant les APEA au moyen d'une loi fédérale, comme cela avait été proposé en 2003.

4.2.4 Appréciation

La difficulté que posent les règles de procédure dans le domaine de la protection de l'enfant et de l'adulte découle de la nature de la matière même. En effet, bien qu'édictees dans le cadre du droit civil, les dispositions du droit de la protection de l'enfant et de l'adulte relèvent quant au fond du droit public. C'est ce que la doctrine appelle le « droit civil formel ». Historiquement, ce procédé s'explique par le lien matériel étroit qui existe entre le droit de la tutelle, d'une part, et le droit de la famille et les dispositions sur la capacité civile, d'autre part. De plus, le droit de la tutelle a été conçu pour préserver des intérêts privés et relève donc de ce fait du droit privé¹⁰⁶. Le CPC a été conçu spécifiquement pour des procédures visant à régler un litige du passé entre deux parties (procédure contradictoire). Or les procédures devant l'APEA correspondent rarement à cette définition. Elles consistent plutôt à ordonner ou à annuler des mesures en vue de protéger des personnes vulnérables à l'avenir, donc généralement des mesures dites d'administration de police, qui sont examinées et ordonnées dans des procédures administratives, dans d'autres domaines juridiques. En principe, la procédure administrative est donc mieux adaptée à l'assistance publique en matière de protection de l'enfant et de l'adulte. D'ailleurs, près de la moitié des cantons ont opté pour le renvoi à leur loi cantonale sur la procédure administrative¹⁰⁷. D'autres cantons par contre, en particulier ceux qui ont adopté un modèle judiciaire, renvoient ponctuellement ou globalement au CPC. Mais étant donné que le CPC prévoit différents types de procédure, chacun doté de règles spéciales, les renvois formulés de manière globale sont souvent sujets à interprétation, car il est parfois difficile d'identifier le type de procédure ou la règle spéciale visés dans un cas particulier.

Il n'est donc pas étonnant que la question de l'uniformisation de la procédure devant l'APEA à l'échelle fédérale continue de diviser. Cela ressortait déjà de la consultation de 2003. Retenons par ailleurs que, pour autant qu'on puisse en juger, la revendication d'une procédure fédérale existe toujours, mais qu'elle ne s'est pas amplifiée ces dernières années.

Selon le Conseil fédéral, les motifs qui s'opposaient naguère à l'uniformisation sont toujours valables. Par exemple, la décision de laisser les cantons maîtres de la procédure ne semble pas, dans la pratique, avoir entravé le droit de la protection de l'enfant et de l'adulte. Les règles de procédure des cantons permettent de tenir compte des particularités de chacun. Cela importe d'autant plus, dans le contexte actuel, que les différences entre la Suisse alémanique et la Suisse romande sur le plan de l'organisation, dont il faut tenir compte dans le droit procédural, sont relativement importantes : un tribunal civil romand requiert un autre code de procédure qu'une APEA constituée comme autorité administrative en Suisse alémanique. L'uniformisation du droit de la procédure entraînerait donc forcément une certaine uniformisation des structures organisationnelles, ce qui ne paraît pas opportun politiquement à l'heure actuelle. Dans l'optique de la solution fédéraliste retenue, le Conseil fédéral soutient plutôt le principe selon lequel les cantons corrigent eux-mêmes les défauts qui se présentent. Aussi ne tient-il pas à revenir sur la décision de 2006.

¹⁰⁴ PREISCH/MERKOFER, p. 475; Canton de Zurich, Aufsichtsbericht 2014, p. 15

¹⁰⁵ Interpellation QUADRANTI du 20 mars 2015 « Droit de la protection de l'enfant et de l'adulte et APEA. Ne faudrait-il pas procéder à certains ajustements ? »

¹⁰⁶ AUER, p. 191

¹⁰⁷ BSK-Erw.Schutz-AUER/MARTI, art. 450f n. 5

Le Conseil fédéral considère qu'il n'y a pas lieu pour le moment d'uniformiser la procédure à l'échelle fédérale. Cela n'exclut pas pour autant qu'il faille, au cas où surgirait un problème indépendant du mode d'organisation des autorités, y regarder de plus près pour voir si une adaptation de la règle fédérale est susceptible d'améliorer la situation. Dans le contexte qui nous occupe, cela concerne surtout la position des communes au point de vue procédural¹⁰⁸ et l'amélioration de l'implication des proches¹⁰⁹. Les réflexions qui précèdent n'excluent pas, bien entendu, un réexamen ultérieur de l'opportunité d'uniformiser le droit procédural. En fin de compte, le Conseil fédéral considère qu'il est trop tôt pour procéder à un examen approfondi. Plusieurs cantons sont en train d'adapter et d'optimiser leur mise en œuvre du nouveau droit, ce qui correspond à la solution fédéraliste. S'il apparaît ultérieurement que malgré les efforts correspondants des cantons, les problèmes persistent, il faudra se reposer la question d'une solution fédérale. En attendant, les législateurs cantonaux sont invités à clarifier les bases juridiques du droit de la procédure, notamment en édictant des règles autonomes dans les cas où le renvoi subsidiaire au CPC est inapproprié ou prête à confusion.

Lorsque l'origine d'un problème réside non pas dans la mise en œuvre cantonale mais dans le droit fédéral, notamment pour ce qui concerne l'interprétation des exigences auxquelles doit satisfaire la procédure, *c'est au Tribunal fédéral qu'il appartient* avant tout de veiller à l'unité du droit et à la sécurité juridique. Aussi, depuis l'entrée en vigueur du nouveau droit de la protection de l'enfant et de l'adulte, le Tribunal fédéral a-t-il à plusieurs reprises tranché des questions liées aux dispositions déterminantes du point de vue du droit de la procédure. Il a notamment eu à traiter de la suspension de délai¹¹⁰, des dépens¹¹¹ et de la prolongation de délai¹¹². Il est dans la nature des choses qu'une loi nouvelle soulève des questions d'interprétation et des zones d'ombre que les autorités d'application du droit se chargent de lever peu à peu. Le législateur fédéral n'intervient que si la jurisprudence n'est pas en mesure d'accomplir cette tâche. Rien ne permet de penser que dans le contexte qui nous occupe, certaines particularités justifieraient que l'on déroge à ce principe.

Enfin, force est de constater que l'art. 450f CC en vertu duquel les dispositions de la procédure civile s'appliquent par analogie si les cantons n'en disposent pas autrement a suscité de nombreuses questions en pratique et n'est pas considéré comme une solution idéale¹¹³. Cela dit, il semble qu'il soit trop tôt pour l'abroger. Cette disposition visait initialement à combler les éventuelles lacunes du droit cantonal de la procédure. Bien que le renvoi soit d'ordre général et laisse un certain nombre de questions sans réponse, il offre fréquemment une solution dans les cas où le droit cantonal est muet. Il va de soi que le renvoi ne remplace aucunement une disposition spécifique du droit cantonal¹¹⁴. Là aussi, l'intention du législateur était d'abandonner la réglementation correspondante aux cantons afin que les particularités de chacun puissent être prises en compte. C'est pourquoi, dans les cas particuliers où le code de procédure arrêté par le canton pose problème en relation avec l'art. 450f CC, il appartient au canton d'arranger les choses en adaptant son droit.

¹⁰⁸ Voir ch. 4.3.

¹⁰⁹ Voir ch. 4.4.

¹¹⁰ Arrêt du Tribunal fédéral 5A_202/2016 du 29 mars 2016

¹¹¹ Arrêts du Tribunal fédéral 5A_852/2013 du 20 mars 2014 et 5A_356/2014 du 14 août 2014

¹¹² Arrêt du Tribunal fédéral 5A_499/2013 du 3 septembre 2013

¹¹³ Voir, par ex., BSK-AUER/MARTI, art. 450f n. 5 s.

¹¹⁴ Le message précisait déjà quelles questions de procédure seraient réglées en détail par le droit cantonal, notamment : la litispendance, la conduite de la procédure et l'instruction, le déroulement de la procédure en première et deuxième instance, les délais et les notifications, l'établissement des procès-verbaux, les frais et les dépens, l'assistance judiciaire gratuite ainsi que la forme dans laquelle les décisions doivent être rendues, message relatif au droit de la protection de l'enfant et de l'adulte, p. 6720.

4.3 Droit de recours et implication de la commune

4.3.1 Contexte

L'une des grandes nouveautés du droit de la protection de l'enfant et de l'adulte révisé réside dans le fait que l'APEA est impérativement une « autorité interdisciplinaire » (art. 440, al. 1, CC). La volonté de professionnaliser les autorités qui se manifeste par là a conduit dans de nombreux cantons à une régionalisation ou à l'institution d'autorités spécialisées au niveau cantonal. Alors qu'avant l'entrée en vigueur du nouveau droit, bon nombre de communes étaient informées des mesures ordonnées ou prévues par l'autorité tutélaire, laquelle se confondait parfois avec l'exécutif communal, certains cantons négligent aujourd'hui de les impliquer dans les procédures, ou ne le font que de façon restreinte.

Le droit fédéral ne précise pas à qui incombe la prise en charge financière d'une mesure¹¹⁵. En principe, les frais correspondants sont à la charge de l'intéressé. En cas de nécessité, ils doivent être pris en charge par l'organe désigné par le droit cantonal. Les cantons ont émis des règles variables sur ce point. Il en va de même pour ce qui est d'impliquer la commune de domicile dans le processus de décision¹¹⁶. Certains cantons ont par ailleurs élaboré des guides pratiques ou des recommandations spécifiques à ce sujet¹¹⁷. Selon le droit de chaque canton, cela a parfois engendré des situations délicates : une commune est parfois contrainte de prendre en charge les frais d'une mesure à laquelle elle n'est associée en rien ou presque.

L'étude d'Interface a identifié les organes responsables des frais engendrés par trois mesures spécifiques particulièrement coûteuses (accompagnement sociopédagogique des familles, séjour en famille d'accueil et séjour en home d'enfants ou en foyer pour adolescents). Sauf dans les cantons de Berne, de Nidwald, de Glaris, de Bâle-Ville, d'Appenzell Rhodes-Intérieures, de Vaud, de Genève, de Zoug et de Bâle-Campagne, ces frais sont assumés subsidiairement par les communes¹¹⁸. Certaines lois sociales cantonales, comme celle de Saint-Gall, prévoient cependant une participation du canton ou une compensation des charges exceptionnelles¹¹⁹.

À cela s'ajoute qu'en vertu du droit fédéral du moins, rien n'oblige à informer la commune qu'une mesure a été prise, et que la commune n'a aucun droit de recours contre les mesures. L'art. 450 CC prévoit certes la possibilité de recourir contre les décisions de l'autorité de protection de l'enfant comme de celle de l'adulte¹²⁰, mais seuls ont qualité pour recourir les personnes parties à la procédure, les proches de la personne concernée et les personnes qui ont un intérêt juridique à l'annulation ou à la modification de la décision attaquée. Comme le Tribunal fédéral l'a fait observer¹²¹, la commune de domicile devant supporter les frais ne dispose *en principe* d'aucun droit de recours contre les mesures de protection de l'enfant ordonnées par l'APEA. L'intérêt financier de la commune, c'est-à-dire le souhait de ne pas financer la mesure ordonnée, ne constitue pas aux yeux du Tribunal fédéral un intérêt juridique au sens de l'art. 450, al. 2, ch. 3, CC.

4.3.2 Critiques et interventions parlementaires

Le nouveau rôle de la commune, en particulier l'absence de concertation concernant les mesures particulièrement coûteuses, fait l'objet de vives critiques. Les opposants estiment qu'il faudrait informer la commune et la consulter en cas de mesures potentiellement très

¹¹⁵ Voir ch. 3.5.2.

¹¹⁶ Voir ch. 4.3.4.

¹¹⁷ Voir ch. 4.3.4.2.

¹¹⁸ Étude Interface, p. 44

¹¹⁹ Étude Interface, p. 68

¹²⁰ L'art. 450 CC est aussi applicable à l'autorité de protection de l'enfant du fait du renvoi figurant à l'art. 314, al. 1, CC.

¹²¹ Arrêt du Tribunal fédéral 5A_979/2013 du 28 mars 2014

coûteuses, et lui permettre de recourir contre les décisions de l'APEA¹²². Bien entendu, le problème ne se pose pas de la même façon dans tous les cantons : dans ceux qui financent eux-mêmes les mesures ordonnées, dans les cantons romands et dans ceux où l'autorité tutélaire était déjà exercée par une autorité judiciaire, la question n'a même pas été soulevée.

En réponse aux critiques, et en vue de compléter les dispositions d'exécution cantonales, la COPMA a remis aux cantons en avril 2014 des recommandations concernant la collaboration entre les communes et les APEA. Elle a cependant rejeté le principe d'un droit de recours pour les communes¹²³.

Les critiques ont fait l'objet de plusieurs interventions au niveau fédéral : la motion 15.3348¹²⁴ demande, pour les communes, l'élargissement et l'inscription dans la loi du droit d'être entendues, du droit d'être consultées et du droit de recours, et l'octroi du droit de consulter les dossiers. Une initiative du canton de Schaffhouse¹²⁵ entend quant à elle faire inscrire à l'art. 450 CC un droit de recours de la corporation publique tenue de prendre en charge les coûts contre l'APEA. L'initiative parlementaire 16.415¹²⁶ vise elle aussi à faire inscrire dans la loi un droit de recours pour la commune de domicile de la personne concernée.

Nous nous proposons à présent de débattre de l'opportunité d'octroyer aux communes un droit de recours (voir ch. 4.3.3). Nous verrons ensuite quels sont les autres moyens d'impliquer les communes dans le processus de décision d'une manière plus satisfaisante (voir ch. 4.3.4). Nous tâcherons enfin de déterminer s'il y a lieu de faire intervenir le législateur fédéral.

4.3.3 Droit de recours de la commune contre les décisions de l'APEA

4.3.3.1 Généralités

Au vu de la situation que nous venons d'exposer, certains exigent que l'on octroie aux communes un *droit de recours autonome* contre les décisions de l'APEA, pour leur permettre notamment d'aborder la question des coûts. Les tenants de ce point de vue précisent que la jurisprudence du Tribunal fédéral mène à ce que, dans de nombreux cas, il n'y a personne pour remettre en question la décision de l'APEA dans l'intérêt de la personne concernée et pour faire examiner cette décision par un tribunal¹²⁷.

4.3.3.2 Doctrine et jurisprudence antérieures au 1^{er} janvier 2013

Dans l'ancien code civil, l'art. 378, al. 1, accordait à l'autorité tutélaire du lieu d'origine un statut particulier dans la *procédure d'interdiction* : elle pouvait demander la mise sous tutelle d'un de ses ressortissants à l'autorité tutélaire du domicile de la personne concernée. Elle jouissait en outre d'un droit de recours pour sauvegarder les intérêts d'un de ses ressortissants devant être placé sous tutelle dans un autre canton¹²⁸, ce qui lui permettait de faire valoir que la décision prise par l'autorité tutélaire ne tenait pas suffisamment compte des intérêts de l'autorité d'assistance, sans raison valable¹²⁹. Dans sa jurisprudence ancienne, le Tribunal fédéral s'est lui aussi de temps à autre déclaré favorable, indépendamment de l'art. 378, al. 2, aCC, au fait que l'autorité d'assistance puisse exiger la communication formelle de la décision

¹²² HÄFELI, PJA, p. 1598

¹²³ COPMA, Recommandations implication des communes, ch. 2.3.3 et 3.3

¹²⁴ Motion HERZOG du 20 mars 2015 « APEA. Associer les proches et les communes à la prise de décision »

¹²⁵ Initiative du canton de Schaffhouse 15.309 du 4 mai 2015 « Code civil. Droit de recours de la corporation publique tenue de prendre en charge les coûts contre des mesures de protection des enfants et des adultes arrêtées par les APEA »

¹²⁶ Initiative parlementaire du Groupe de l'Union démocratique du centre du 17 mars 2016 « Habilitier communes et autorités à recourir contre les décisions des APEA »

¹²⁷ Voir, par ex., le développement de l'initiative cantonale 15.309 et KRONENBERG MÜLLER, p. 1124.

¹²⁸ SCHNYDER/ MURER, art. 378 n. 13 ss ; l'art. 373 aCC ne contenait qu'une norme de renvoi dans la procédure d'interdiction, selon laquelle les cantons désignaient les autorités compétentes pour prononcer l'interdiction et déterminaient la procédure à suivre.

¹²⁹ ATF 66 I 35 ; ALBISSER, p. 34

génératrice des coûts et recourir contre cette décision, en précisant que la procédure ne visait pas à statuer sur le bien-fondé de la mesure ordonnée mais à condamner un abus de droit du point de vue de l'aide sociale¹³⁰.

Retenons à cet égard que conformément à la doctrine et à la jurisprudence, il n'y a jamais eu doute sur le fait que ni le droit de demander la mise sous tutelle ni le droit de recours n'autorisent l'autorité du lieu d'origine à influencer matériellement sur le contenu de la décision de l'autorité du domicile. L'indépendance de l'autorité tutélaire à cet égard n'a jamais été contestée¹³¹. Le Tribunal fédéral avait établi cette distinction entre les responsabilités de chacune dès 1926 en expliquant clairement que le droit fédéral n'autorisait le recours au droit public cantonal que pour régler la question de savoir à qui incombait les frais de prise en charge en cas d'indigence des parents et de l'enfant¹³². Il considérait que l'autorité compétente n'avait pas besoin de garantie de prise en charge des frais de la part de l'autorité d'assistance, étant donné que les règles de procédure cantonales ne devaient pas entraver ou compliquer excessivement la mise en œuvre ou l'application du droit fédéral, vu la force dérogatoire de celui-ci¹³³.

4.3.3.3 Doctrine et jurisprudence postérieures au 1^{er} janvier 2013

Depuis la révision, la situation juridique est claire : l'art. 450, al. 2, CC énonce les personnes ayant qualité pour recourir contre une décision de l'APEA. La commune n'en fait pas partie. Dans son arrêt du 28 mars 2014¹³⁴, le Tribunal fédéral a examiné la question de savoir si la collectivité publique devant supporter les frais pouvait être assimilée à une des personnes énumérées dans la disposition. L'hypothèse a été clairement rejetée : la commune ne peut recourir ni comme tiers (art. 450, al. 2, ch. 3, CC) ni comme proche (ch. 2) ni comme partie à la procédure (ch. 1).

S'agissant de l'éventuelle qualité de *tiers* de la commune, le Tribunal fédéral justifie sa décision en arguant qu'aux termes de la loi, le tiers doit avoir un intérêt *juridique*, c'est-à-dire protégé par la loi. Cet intérêt doit en outre être tel que le préserver devait aussi faire partie des objectifs de la mesure, ce qui veut dire que l'autorité aurait dû en tenir compte. Cette condition valait déjà dans l'ancienne procédure de recours tutélaire¹³⁵. Selon le Tribunal fédéral, l'intérêt financier de la commune, c'est-à-dire le souhait de ne pas financer la mesure ordonnée, ne constitue pas un intérêt juridique¹³⁶.

Quant à autoriser la commune à recourir en vertu de l'art. 450, al. 2, ch. 1, CC en la considérant, s'agissant des conséquences financières de la mesure ordonnée, comme *partie à la procédure* au même titre que la personne à protéger, comme ce fut le cas récemment dans un arrêt cantonal¹³⁷, le Tribunal fédéral s'y oppose également. Même les proches ou les tiers parties à la procédure n'ont pas le droit de recourir n'importe comment : ils ne peuvent le faire qu'en vertu de leur qualité à recourir définie à l'art. 450, al. 2, ch. 2 ou 3, CC. La commune, en tant que collectivité publique, ne peut pas être directement concernée par une mesure ordonnée. N'ayant ni le statut de proche ni celui de tiers, elle n'a pas qualité pour recourir¹³⁸. Dans la même optique, la doctrine confirme que les différents droits procéduraux d'une « personne partie à la procédure » au sens du ch. 1 de la disposition doivent être constatés

¹³⁰ Arrêt du Tribunal fédéral 8D_4/2013 du 19 mars 2014, consid. 5.1 avec renvoi à l'ATF 137 V 134, consid. 3.2; 4.2

¹³¹ Voir SCHNYDER/MURER, art. 378 n. 32; ALBISSER, p. 29 s. ; ATF 66 I 35 ; 52 II 416 s.

¹³² ATF 52 II 417

¹³³ ATF 135 V 134, consid. 4.5

¹³⁴ Arrêt du Tribunal fédéral 5A_979/2013 du 28 mars 2014

¹³⁵ Arrêt du Tribunal fédéral 5A_979/2013 du 28 mars 2014, consid. 4.2 avec renvoi à l'ATF 137 III 67 consid. 3.1 et à d'autres références

¹³⁶ Arrêt du Tribunal fédéral 5A_979/2013 du 28 mars 2014, consid. 4.3 et 4.4

¹³⁷ Arrêt du tribunal cantonal du canton de Lucerne du 26 janvier 2015, Zeitschrift für kantonale Rechtsprechung (CAN) 1/2016, p. 19

¹³⁸ Arrêt du Tribunal fédéral 5A_979/2013 du 28 mars 2014, consid. 6

au cas par cas par rapport à la disposition de droit matériel déterminante du CC (art. 446, al. 1, par ex.)¹³⁹.

La grande majorité des auteurs estiment, comme le Tribunal fédéral, que la commune tenue de prendre en charge les coûts n'a pas qualité pour recourir. Ils considèrent que l'art. 450, al. 2, ch. 3, CC vise uniquement les particuliers qui ont un intérêt juridique. Ils rappellent par ailleurs que l'APEA doit ordonner les mesures qui sont appropriées et nécessaires, en respectant le principe de proportionnalité, et qu'il n'est donc pas possible de bloquer les mesures en question ou d'y renoncer dans le seul but de protéger les intérêts fiscaux de la collectivité. Reconnaître à la commune le droit de recourir serait par conséquent contraire au but de la révision, qui était de créer une autorité interdisciplinaire professionnelle unique¹⁴⁰.

Le nouveau droit ne confère de statut particulier ni à la commune d'origine ni à la commune de domicile. En attribuant aux autorités spécialisées la responsabilité exclusive de la protection de l'enfant et de l'adulte, il a en outre privé l'autorité tutélaire du lieu d'origine de son droit de recourir, privilège que lui garantissait l'ancien droit. L'autorité interdisciplinaire voulue par le législateur doit pouvoir ordonner ses mesures en fonction du principe de proportionnalité, sans tenir compte des intérêts des communes devant supporter les frais et sans instructions extérieures, faute de quoi le droit de la protection de l'enfant et de l'adulte serait dévié de son objectif.

4.3.3.4 Appréciation

Le Conseil fédéral reconnaît qu'il peut être difficile pour une commune de se trouver confrontée au coût élevé d'une mesure qui a été ordonnée par une autre autorité. Il estime toutefois qu'octroyer un droit de recours à la commune devant supporter les frais n'est pas la solution qui convient pour régler ce problème, et ce notamment pour les raisons suivantes :

(1) On peut imaginer plusieurs raisons d'octroyer à une commune tenue de prendre en charge les coûts le droit de recourir. L'une de ces raisons serait, *de lege ferenda*, de protéger les intérêts de la personne concernée. Dans ce cas, la procédure ne porterait pas directement sur les intérêts fiscaux de la commune, laquelle veillerait plutôt, globalement, à ce que l'APEA ordonne les mesures appropriées¹⁴¹.

De ce point de vue, il apparaît rapidement que la commune n'est pas l'organe qui convient pour défendre les intérêts de la personne concernée. L'autorité chargée d'ordonner les mesures procède d'office à l'établissement des faits, sans être liée par les allégés ou conclusions des parties à la procédure. Elle doit veiller à ce que chacune des mesures ordonnées soit nécessaire, appropriée et conforme au principe de proportionnalité¹⁴². Lors de l'établissement des faits, elle doit bien entendu interroger aussi les services sociaux de la commune de domicile s'il apparaît qu'ils sont susceptibles de détenir des informations déterminantes pour la décision. Elle intègre ainsi à la procédure les connaissances préalables utiles des autorités communales. Cela dit, c'est à l'APEA en tant qu'autorité spécialisée qu'il appartient de statuer sur la mesure. Elle dispose à cet égard d'une certaine marge d'appréciation, et il est impensable qu'une autre autorité dispensée de satisfaire aux conditions que doit remplir une autorité spécialisée puisse intervenir ici. Autrement dit, le Conseil fédéral considère que permettre à une commune de défendre les intérêts de ses habitants en vertu d'un droit de recours serait contraire au but de la révision, qui était d'instituer une autorité professionnelle indépendante, seule responsable, pour préserver les intérêts des personnes

¹³⁹ OFK-FASSBIND, art. 450 n. 3

¹⁴⁰ BSK-Erw.Schutz-STECK, art. 450 n. 31 et 39; ESR-Kom.-WIDER, art. 440 n. 9e; OFK-FASSBIND, art. 447 n. 1 et 450 n. 3; HÄFELI, Grundriss, n. 34.12; seul SCHMID est favorable à la qualité pour recourir de la commune, sans toutefois fournir d'arguments, voir SCHMID, art. 450 n. 26.

¹⁴¹ Ainsi, l'application de l'art. 378 aCC supposait encore que la commune du lieu d'origine défendait les intérêts pupillaires, voir SCHNYDER/MURER, art. 378 n. 14.

¹⁴² Art. 446, al. 1 et 3, et 389, al. 3, CC

vulnérables. La plupart des communes ne disposent ni des connaissances ni des ressources nécessaires pour assumer efficacement cette tâche. Il est donc probable qu'en pratique, elles useraient à peine de ce droit s'il leur était accordé, et qu'en cas de mesures coûteuses, elles le feraient davantage dans leur propre intérêt fiscal que dans celui de la personne concernée.

Le législateur a par ailleurs réglé le droit de recours des proches qui ont qualité pour recourir *dans l'intérêt de la personne concernée*. Font partie de ces proches, outre la famille rapprochée, le curateur, la personne de confiance¹⁴³, des médecins, des assistants sociaux, des ecclésiastiques et d'autres personnes assumant une fonction de prise en charge ou d'accompagnement¹⁴⁴. Le terme de proche est à prendre au sens large, de sorte que les personnes proches qui s'occupent de la personne concernée puissent s'impliquer dans la défense des intérêts de cette dernière. L'APEA doit en outre veiller, avec les moyens dont elle dispose (par ex. la possibilité prévue à l'art. 314a^{bis} CC d'ordonner la représentation de l'enfant), à ce que les intérêts de la personne concernée soient préservés en toute circonstance, y compris donc si les parents acceptent le retrait du droit de garde.

(2) Le débat qui entoure le droit de recours des communes révèle qu'il s'agit moins de sauvegarder les intérêts de la personne concernée que de veiller aux *intérêts fiscaux* de la collectivité tenue de supporter les frais. Le recours doit servir à éviter les mesures inutiles ou inutilement coûteuses. De ce point de vue, la commune pourrait faire valoir que la mesure ordonnée est trop coûteuse et qu'une autre, plus économique, permettrait aussi bien d'atteindre le but visé, en l'occurrence le bien de l'enfant. Par exemple, lorsqu'il est question de placer un enfant dans une famille d'accueil, dans un groupe d'habitation encadré ou dans un foyer d'accueil. Or c'est précisément le genre de décision qui doit se prendre avant tout en fonction du bien de l'enfant et non du coût des mesures envisagées. Et cette décision appartient à l'APEA, non à la commune de domicile. Si la commune dispose de renseignements susceptibles de peser sur la décision, elle doit pouvoir les communiquer à l'APEA lors de l'établissement des faits.

En fin de compte, le problème n'est pas tant l'absence de droit de recours pour la commune que le but affiché de la révision d'instituer une autorité spécialisée non liée par des instructions. La restructuration des autorités qui en découle pour de nombreux cantons a pu entraîner une scission entre la compétence de décision et l'obligation de supporter les coûts. Par suite de la révision, plusieurs cantons ont institué des APEA régionales ou cantonales, mais ils continuent de faire supporter le coût des mesures aux communes, ce qui revient à dire que les difficultés existantes découlent des règles de répartition des coûts en vigueur dans certains cantons. L'octroi d'un droit de recours communal ne réglerait donc pas le problème car en cas d'échec du recours, le coût des mesures resterait quand même à la charge de la commune.

(3) L'octroi d'un droit de recours à la commune tenue de prendre en charge les coûts entraînerait une incohérence supplémentaire. Dans une procédure matrimoniale, les tribunaux civils des cantons ont aussi la compétence de prendre les mesures nécessaires à la protection de l'enfant¹⁴⁵. Dans ce genre de procédure, les communes n'ont pas de droit de recours, même si le droit cantonal les oblige à prendre en charge les coûts. Octroyer un droit de recours aux communes dans le cadre du droit de la protection de l'enfant et de l'adulte signifierait que les communes ne peuvent recourir que contre les décisions de l'APEA et non contre les tribunaux civils qui ordonnent des mesures de protection de l'enfant.

Conclusion : l'octroi d'un droit de recours à la commune tenue de prendre en charge les coûts est une *solution inappropriée* aux problèmes dont il est question. Il paraît beaucoup plus utile, lorsqu'une mesure doit être prise, d'impliquer la commune tenue de prendre en charge les

¹⁴³ Art. 432 CC

¹⁴⁴ Art. 450, al. 2, ch. 2, CC; BSK-Erw.Schutz-STECK, art. 450 n 33

¹⁴⁵ Art. 315a, al. 1, CC

coûts dans le processus de décision, afin que la solution adoptée soit pertinente à ses yeux. Aussi le Conseil fédéral rejette-t-il l'octroi d'un droit de recours aux communes chargées de supporter les coûts. Il propose que l'on examine plutôt les moyens de mieux impliquer les communes dans le processus de décision, afin d'accéder à leur souhait légitime d'être *entendues ou consultées* au sujet des mesures prévues et ordonnées, et d'être mises au courant des mesures qui ont été décidées (voir ch. 4.3.4).

4.3.4 Implication de la commune dans le processus de détermination d'une mesure

4.3.4.1 Généralités

Comme nous venons de l'expliquer, il paraît plus approprié de sauvegarder les intérêts de la commune tenue de prendre en charge les coûts en l'impliquant mieux dans la procédure plutôt qu'en lui octroyant un droit de recours. Ce principe permet en particulier de trouver une solution qui tienne compte des circonstances *avant* que la mesure ne soit ordonnée.

Dans le cadre de la mise en œuvre du nouveau droit, certains cantons ont déjà réglé l'implication des communes tenues de prendre en charge les coûts dans leur loi d'introduction, ou sont en train de le faire. Certains cantons complètent ou remplacent les bases juridiques par des directives, des recommandations ou des manuels internes sur la collaboration entre les communes et les APEA¹⁴⁶.

Ces recommandations et ces règlements cantonaux prévoient une implication variable des communes. Dans certains cas, la commune est simplement informée de la mesure ordonnée par l'APEA. D'autres dispositions prévoient que la commune est informée de l'ouverture de la procédure et qu'elle *peut* donner son avis ; d'autres encore obligent l'APEA à solliciter l'avis de la commune avant de prendre une mesure susceptible d'affecter sérieusement les intérêts de celle-ci. C'est dans le canton d'Argovie que l'implication des communes est la plus forte : en plus de devoir solliciter leur avis lorsque des mesures coûteuses sont envisagées, les APEA doivent leur donner accès au dossier¹⁴⁷.

Compte tenu du débat politique, la COPMA a elle aussi formulé, le 24 avril 2014, des recommandations sur la meilleure façon de procéder¹⁴⁸. Elle y résume tout d'abord la situation sous l'ancien droit, et les positions concernant le nouveau. Dans une de ses recommandations, elle invite les APEA à exposer à la collectivité chargée du financement les motifs ayant conduit à la prise d'une mesure donnée, et les solutions de remplacement qui ont été envisagées. Autre recommandation :

« Dans la mesure où le temps le permet, où cela est utile à la cause et compatible avec le secret de la protection de l'enfant, l'organe qui supportera les frais doit être associé à la prise de décision lors de l'instruction. » Et encore : « L'[autorité de protection de l'enfant (APE)] prend sa décision sur la base de sa propre compétence ; elle est soumise en cela à tous les principes généraux du droit, auxquels il faut inclure le devoir d'agir scrupuleusement avec les deniers publics et de ne pas provoquer des frais inutiles. L'APE est donc contrainte de motiver ses décisions ; en particulier, sa décision doit comporter, outre l'exposé du problème et le diagnostic, des explications relatives aux options de solution examinées et aux frais engendrés, ainsi que les motifs ayant conduit à la solution choisie. La collaboration entre l'APE et l'autorité de la collectivité publique qui assure le financement est facilitée si l'APE

¹⁴⁶ Canton de Zurich, Empfehlungen Zusammenarbeit ; canton d'Argovie, Handbuch Abklärungen

¹⁴⁷ § 64, al. 2, de la loi d'introduction du CC (AG) du 27 mars 1911 (210.100) ; art. 35, al. 2, de la loi d'introduction du CC (NW) du 24 avril 1988 (211.1)

¹⁴⁸ COPMA, Recommandations implication des communes

expose ses réflexions, en particulier aussi celles de nature financière, dans la motivation de sa décision¹⁴⁹. »

L'étude d'Interface a elle aussi souligné à plusieurs reprises le besoin des communes tenues de prendre en charge les coûts d'être associées à la réflexion de l'APEA sur les conséquences financières. Les entretiens menés dans les études de cas révèlent que les difficultés de communication initiales se sont atténuées avec le temps, et que la collaboration s'est améliorée¹⁵⁰. L'implication des communes est un peu plus fréquente dans le domaine de la protection de l'enfant que dans celui de la protection de l'adulte¹⁵¹. Elle est plus fréquente avec les autorités administratives qu'avec celles de type judiciaire. Près de la moitié des autorités sont soumises à un règlement contraignant concernant l'implication des communes dans le domaine de la protection de l'enfant ; dans le domaine de la protection de l'adulte elles ne sont que 45 %. Les autorités d'envergure cantonale sont plus souvent soumises à un règlement contraignant concernant l'implication des communes que celles qui sont organisées en tribunal ou d'envergure communale¹⁵².

4.3.4.2 Amorces de solution en vigueur dans les cantons

Voici un récapitulatif de différents moyens à disposition des cantons pour impliquer les communes dans le processus de détermination d'une mesure :

Communication du prononcé et de la levée de mesures

Il va de soi que la commune est informée du prononcé et de la levée de mesures dans le cadre prévu par la loi, pour autant qu'elle soit concernée. Les cantons de Nidwald et de Saint-Gall, par exemple, ont même inscrit ce devoir d'information dans la loi¹⁵³. En pratique, la commune se voit communiquer soit un résumé des réflexions ayant conduit au prononcé de la mesure, soit un extrait de la décision. Compte tenu de l'obligation des APEA de garder le secret (art. 451, al. 1, CC), la plus grande prudence est de rigueur à cet égard, car seuls des intérêts prépondérants justifient la révélation d'informations. Le canton de Saint-Gall a inscrit ce principe dans sa législation. Il n'est possible de transmettre des informations à une autre autorité que si celle-ci en a besoin pour accomplir ses tâches publiques ou légales et que l'intérêt public prime les droits de la personnalité des individus concernés.

Audition au cas par cas / Déclaration facultative (solution non contraignante)

L'implication est plus forte quand, au-delà du devoir d'information, l'APEA peut inviter la commune à donner son avis. Le canton de Lucerne offre un exemple de solution non contraignante. Les APEA *peuvent* inviter la commune à donner son avis, mais elles n'y sont pas obligées. Elles doivent en revanche signaler à la commune l'ouverture d'une procédure¹⁵⁴.

Le canton de Zurich prévoit lui aussi ce genre de solutions non contraignantes selon le type de mesure envisagé. L'APEA invite la commune à donner son avis lors de la procédure d'établissement des faits *sous réserve* que la situation l'exige. Si la commune est invitée à fournir un rapport officiel, elle peut en profiter pour donner son avis sans sollicitation préalable¹⁵⁵. Si les mesures envisagées risquent d'entraîner des frais élevés, la solution

¹⁴⁹ COPMA, Recommandations implication des communes, ch. 3

¹⁵⁰ Étude Interface, pp. 63 et 68

¹⁵¹ Le sondage a révélé que la commune était toujours ou le plus souvent impliquée dans 41,1 % des cas concernant des enfants, et dans 37,5 % des cas concernant des adultes ; voir Étude Interface, p. 46, figure D 4.12.

¹⁵² Pour plus de détails, voir Étude Interface, p. 45 ss.

¹⁵³ Art. 26 de la loi d'introduction du droit de la protection de l'enfant et de l'adulte (SG) du 24 avril 2012 (912.5), § 35, al. 2, de la loi d'introduction du CC (NW) du 24 avril 1988 (211.1)

¹⁵⁴ § 51, al. 2, de la loi d'introduction du CC (LU) du 20 novembre 2000, (200)

¹⁵⁵ Voir canton de Zurich, Empfehlungen Zusammenarbeit, ch. 3.2.1 et 3.2.2. ; § 49, al. 2, de la loi d'introduction du droit de la protection de l'enfant et de l'adulte du 25 juin 2012 (232.3).

contraignante s'applique (voir section suivante). Le canton de Thurgovie a mis en place une réglementation analogue à celle du canton de Zurich le 1^{er} janvier 2016.

Droit d'être entendu en cas de frais potentiellement élevés (solution contraignante)

Certaines lois d'application cantonales imposent une implication plus forte de la commune en obligeant l'APEA à solliciter l'avis de cette dernière, ce qui équivaut à un *droit* d'être entendu. C'est le cas dans les cantons des Grisons, d'Uri, de Schaffhouse, de Thurgovie et d'Argovie¹⁵⁶. Dans ses recommandations, le canton de Zurich prévoit ce droit dans le cadre de la protection de l'enfant. Dans le canton de Saint-Gall, une intervention parlementaire exigeant une solution de ce type a été transmise¹⁵⁷. Le canton de Bâle-Campagne a récemment classé une initiative analogue au motif que la législation en vigueur permettait déjà largement d'en atteindre les objectifs¹⁵⁸.

Dans toutes les réglementations cantonales, l'obligation pour l'APEA d'inviter la commune à donner son avis en amont de la décision suppose que les intérêts (financiers) de la commune soient touchés de manière significative. Le canton d'Argovie définit, dans l'ordonnance, une obligation financière directe au moins provisoire de la commune comme facteur déclenchant de l'obligation d'auditionner. Le canton de Schaffhouse évoque simplement, comme celui de Zurich, des conséquences financières probablement importantes pour la commune.

Les recommandations du canton de Zurich détaillent la procédure à suivre par les APEA lorsqu'il est prévisible ou avéré que les mesures seront coûteuses. Si l'autorité se rend compte que les mesures envisagées coûteront probablement plus de 3000 francs par enfant et par mois, elle invite la commune à se prononcer. On fait alors une distinction entre les cas où au moment de la décision, les détails de la mesure (lieu d'exécution, exécutant, coût, début, durée) sont connus, et ceux où ces détails ne le sont pas. En règle générale, la commune a trois jours pour donner son avis. Lorsque les détails de la mesure sont connus, elle peut suggérer d'autres lieux de placement appropriés ou fournir des renseignements sur des mesures qu'elle a elle-même ordonnées, mais elle ne doit pas se prononcer sur le bien de l'enfant¹⁵⁹.

Droit de consulter le dossier

À ce jour, seules les législations d'application des cantons d'Argovie et, depuis peu, de Thurgovie, accordent explicitement à la commune le droit de consulter le dossier tout en précisant que la commune tenue de prendre en charge les coûts ne devient pas pour autant partie à la procédure¹⁶⁰. L'initiative déposée dans le canton de Saint-Gall demandait l'instauration de ce droit¹⁶¹, mais le gouvernement s'y oppose¹⁶². Le canton de Bâle-Ville refuse lui aussi d'accorder à la commune non seulement le droit de consulter le dossier mais aussi la possibilité formelle de s'exprimer, au motif qu'elle n'est pas partie à la procédure¹⁶³.

L'art. 449b CC inscrit le droit de consulter le dossier dans le CC comme élément du droit d'être entendu garanti par la Cst. (art. 29, al. 2, Cst.). Il se réfère à la procédure devant l'APEA et

¹⁵⁶ Art. 6, al. 2, de la loi d'introduction du droit de la protection de l'enfant et de l'adulte (UR) du 23 octobre 2011 (RB 9.2113) ; art. 52, al. 2, de la loi d'introduction du CC (SH) du 27 juin 1911 (210.100) ; art. 11, de l'ordonnance sur la protection de l'enfant et de l'adulte (GR) du 11 décembre 2012 (215.010) ; § 64, al. 1, de la loi d'introduction du CC (AG) du 27 mars 1911 et § 6 de l'ordonnance sur la protection de l'enfant et de l'adulte (AG) du 30 mai 2012 (210.125) ; § 47 de l'ordonnance sur la protection de l'enfant et de l'adulte (TG) du 22 octobre 2012 (KESV, RB 211.24)

¹⁵⁷ Motion 42.16.04 ; voir www.ratsinfo.sg.ch/home/geschaefte/geschaeftssuche.html.

¹⁵⁸ Bericht der Justiz- und Sicherheitskommission an den Landrat vom 11. August 2016, www.baselland.ch/fileadmin/baselland/files/docs/parl-lk/berichte/2016/2016-188.pdf

¹⁵⁹ Canton de Zurich, Empfehlungen Zusammenarbeit, ch. 5.5.2

¹⁶⁰ § 64, al. 2, de la loi d'introduction du CC (AG) du 27 mars 1911 (210.100) ; § 47, al. 3, de l'ordonnance sur la protection de l'enfant et de l'adulte (TG) du 22 octobre 2012 (211.24)

¹⁶¹ Motion 42.16.04 ; voir www.ratsinfo.sg.ch/home/geschaefte/geschaeftssuche.html

¹⁶² Voir www.zsz.ch/obersee/kesb-gute-noten-aber-auch-einige-maengel/story/20754307.

¹⁶³ Voir Bericht der Justiz- und Sicherheitskommission an den Landrat vom 11. August 2016 (n. 158).

doit aussi être observé dans la procédure devant l'instance de recours judiciaire¹⁶⁴. La disposition accorde aux *personnes parties à la procédure* le droit de consulter le dossier, pour autant qu'aucun intérêt prépondérant ne s'y oppose.

Selon la doctrine, il ne peut s'agir là que de personnes que le droit civil matériel autorise à exercer les droits de procédure de manière autonome¹⁶⁵, c'est-à-dire au premier chef les personnes concernées elles-mêmes ou leurs proches. Les tiers par contre, comme le Tribunal fédéral l'a précisé en relation avec le droit de recourir, ne peuvent être considérés comme parties à la procédure que s'ils ont un intérêt juridique. L'inscription dans le droit cantonal d'un droit de consulter le dossier pose donc problème *de lege lata* puisqu'il élargit le cercle exclusif, défini en droit fédéral à l'art. 449b, al. 1, CC, des personnes ayant le droit de consulter le dossier.

Désignation d'un interlocuteur de référence à la commune et plate-forme dédiée à des échanges réguliers

Afin de garantir une collaboration efficace, durable et empreinte de confiance, les cantons de Zurich et d'Argovie recommandent la désignation d'un interlocuteur de référence (et de son suppléant) à la commune¹⁶⁶. Le canton d'Argovie donne dans le manuel un descriptif détaillé du rôle et des tâches de cette personne : elle est chargée de recevoir et d'exécuter les mandats émanant du tribunal des affaires familiales, de procéder à des clarifications, de rédiger l'avis du conseil municipal, émis spontanément ou au titre de son droit d'être entendu, et de répondre aux sollicitations du tribunal des affaires familiales concernant la désignation d'un particulier comme curateur (droit de proposition). Dans le canton d'Argovie, l'APEA doit, comme la commune, nommer un coordinateur¹⁶⁷.

Compte tenu de l'évolution de la pratique et afin de garantir la qualité, le canton de Zurich prévoit en outre dans ses recommandations que les APEA et les communes se réunissent au moins une fois par an pour échanger leurs points de vue. Dans le canton de Schwyz, le Conseil d'État a créé une commission de protection de l'enfant et de l'adulte chargée de conseiller l'autorité de surveillance et les deux autorités spécialisées dans leur collaboration avec les services sociaux des communes¹⁶⁸.

Justification des mesures sous l'angle des coûts

Les conclusions de l'Étude Interface sont claires : les APEA ont tout intérêt, vis-à-vis des communes, à mieux justifier les conséquences financières d'une mesure et à exposer plus en détail les différentes options envisagées¹⁶⁹.

Comme la COPMA le souligne dans ses recommandations¹⁷⁰, il est évident que la commune est d'autant plus disposée à coopérer qu'elle comprend le raisonnement de l'APEA au sujet des conséquences financières de la mesure. L'exposé des motifs devrait énumérer les options nécessaires et appropriées qui ont été envisagées (pour un placement en foyer ou en famille d'accueil), y compris sous l'angle de leurs conséquences financières, et donner les raisons qui ont fait pencher la balance en faveur de la mesure finalement retenue.

¹⁶⁴ BSK-Erw.Schutz-AUER/MARTI, art. 449b n. 2

¹⁶⁵ BSK-Erw.Schutz-AUER/MARTI, art. 449b n 19

¹⁶⁶ Canton de Zurich, Empfehlungen Zusammenarbeit, ch. 3.1; § 1 de l'ordonnance sur la protection de l'enfant et de l'adulte du canton d'Argovie (n. 156).

¹⁶⁷ Canton d'Argovie, Handbuch Abklärungen ; § 2 de l'ordonnance sur la protection de l'enfant et de l'adulte (AG) du 30 mai 2012 (210.125)

¹⁶⁸ Canton de Zurich, Empfehlungen Zusammenarbeit, ch. 6.1.1; Étude Interface, p. 63

¹⁶⁹ Étude Interface, p. 14

¹⁷⁰ COPMA, Recommandations implication des communes, ch. 3.3

Répartition claire des tâches – définition de normes

L'étude Interface le confirme, les communes, ou plutôt la collaboration entre les communes et les APEA, nécessitent une définition claire des tâches de chacun¹⁷¹. À notre connaissance, seuls les cantons de Zurich (dans ses recommandations) et d'Argovie ont à ce jour élaboré des guides pratiques. Le canton de Berne a émis une ordonnance spécifique sur la collaboration¹⁷². Ces instruments servent, d'une part, à fixer les principes de la collaboration et à clarifier les tâches et les rôles de chacun des acteurs, d'autre part à définir les normes régissant les avis de mise en danger, la mention des particuliers dans les rapports officiels, les échanges d'informations et les modalités d'implication des communes. Dans le souci d'harmoniser au maximum les différentes procédures, ces guides comprennent, outre des instructions et des définitions précises, des modèles de procédures à l'intention des communes et des APEA¹⁷³.

4.3.4.3 Expérience des cantons

Un sondage informel mené lors d'une réunion des autorités cantonales de surveillance a montré que les cantons sont plutôt satisfaits du dispositif qu'ils ont adopté. Il est à noter que dans ceux qui appliquent une solution contraignante (Schaffhouse et Uri), le mécontentement initial des communes semble avoir fortement reculé. Depuis l'entrée en vigueur des différentes réglementations, le nombre des communes qui ont déposé un avis auprès de l'APEA ou qui se sont élevées contre les conséquences financières d'une mesure est resté insignifiant. Trois mois à peine après l'entrée en vigueur de ses recommandations, le canton de Zurich a constaté dans le rapport de surveillance 2014 que la majorité des communes avaient renoncé à déposer un avis, et que parmi les rares qui l'avaient fait, la plupart approuvaient la mesure et ses conséquences financières¹⁷⁴.

Les ajustements visant à améliorer la collaboration avec les communes sont achevés ou en cours dans plusieurs cantons. En Argovie par exemple, alors que les rapports entre les autorités de protection de l'enfant d'une part et de l'adulte d'autre part se sont améliorés, des mesures d'optimisation supplémentaires et des changements législatifs sont prévus¹⁷⁵. Le canton de Zurich quant à lui débat actuellement de la possibilité d'élargir le droit des communes d'être entendues¹⁷⁶.

Les efforts de certains cantons visant à modifier les lois de financement cantonales ont contribué à apaiser la situation. Certains d'entre eux s'intéressent particulièrement aux moyens de désenchevêtrer les finances des cantons d'avec celles des communes¹⁷⁷ ou ont déjà adapté les lois de financement cantonales dans ce sens¹⁷⁸.

4.3.5 Appréciation

Le Conseil fédéral reconnaît la nécessité et l'intérêt, pour les communes, d'être informées des conséquences financières des mesures prises par les APEA, et d'être associées à la

¹⁷¹ Étude Interface, p. 26

¹⁷² Ordonnance 213.318 du 19 septembre 2012 sur la collaboration des services communaux avec les autorités de protection de l'enfant et de l'adulte et l'indemnisation des communes (OCInd)

¹⁷³ Canton d'Argovie, Handbuch Abklärungen

¹⁷⁴ Canton de Zurich, Aufsichtsbericht 2014, chap. III/B/6b

¹⁷⁵ Communiqué de presse du Conseil d'État du 14 avril 2016, www.ag.ch/de/weiteres/aktuelles/medienportal/medienmitteilung/medienmitteilungen/mediendetails_53202.jsp.

¹⁷⁶ *Tagesanzeiger* du 3 mai 2016, p. 19, «Weniger Geheimnisse bei KESB: Gemeinden wollen Einsicht».

¹⁷⁷ Canton de Schaffhouse : postulat 2016/3 du 16 mars 2016 - Walter Hotz, Finanzierungsentflechtung zwischen Kanton und Gemeinden ; Canton de Bâle-Campagne : Bericht der Justiz- und Sicherheitskommission an den Landrat (n. 158)

¹⁷⁸ Par ex. dans le canton de Lucerne : www.lu.ch/downloads/lu/kr/botschaften/2015-2019/b_050.pdf ; dans le canton d'Uri : www.ur.ch/de/aktuelles/vernehmlassungen/?action=showinfo&info_id=24145

procédure dans le cadre défini par la loi. La collaboration entre canton et communes est essentielle au bon fonctionnement du nouveau droit de la protection de l'enfant et de l'adulte.

Certes, du point de vue purement juridique, le droit fédéral n'oblige en rien les APEA à impliquer les communes dans le processus de décision. Dans les cantons qui assurent eux-mêmes le financement des mesures, aucun problème ne se pose. L'étude d'Interface a révélé en outre que dans les cantons qui ont adopté des dispositions dans ce sens, les APEA impliquent toujours ou presque les communes tenues de prendre en charge les coûts (elles le font à 41 % dans les cas concernant les enfants, à 37 % dans les cas concernant des adultes). La Confédération accorde par ailleurs une grande importance au fait que les processus d'optimisation visant à impliquer davantage les communes et à mieux équilibrer les responsabilités financières entre canton et communes sont en cours. Il est donc probable que les difficultés présentes finiront par disparaître.

Le Conseil fédéral estime qu'inscrire *dans le droit fédéral* l'obligation pour les APEA d'impliquer les communes n'aurait aucun sens, puisque cette obligation ne tiendrait pas compte des particularités régionales ni de la variété des modèles d'organisation des APEA. Les dispositions procédurales du CC sont volontairement rudimentaires afin de laisser aux cantons la latitude nécessaire pour concevoir des modes de collaboration pouvant être fixés dans la législation ou dans des directives internes. Chaque canton peut et doit décider, en fonction de ses besoins spécifiques, dans quelle mesure il implique les communes, s'il opte pour une solution contraignante ou non et s'il règle ces questions dans des recommandations ou dans la loi. Rappelons que l'implication des communes ne pose aucun problème dans les cantons romands ayant adopté un modèle judiciaire. Or une réglementation fédérale s'appliquerait également à ces cantons, ce qui serait excessif.

Il est toutefois nécessaire de *restreindre* l'implication des communes, qui ne peut équivaloir à un *droit de regard* sur les mesures ordonnées au cas par cas, de même que les réglementations cantonales correspondantes, qui ne doivent en aucun cas saper l'indépendance des APEA. On irait également trop loin en inscrivant dans le droit fédéral l'obligation, pour les cantons, d'accorder dans leur législation un droit de consultation général aux communes. La commune ne peut pas être partie à la procédure car ses intérêts financiers ne constituent pas un intérêt juridique du point de vue de la protection de l'enfant et de l'adulte. Un droit de consultation général et systématique serait incompatible avec les droits de la personnalité de la personne concernée et ne l'emporterait guère sur ces derniers dans une pesée des intérêts.

Les conflits correspondants sur les compétences des communes compliquent l'application du droit de la protection de l'enfant et de l'adulte et nuisent ainsi indirectement à la protection des personnes concernées, qui est le but poursuivi. Le Conseil fédéral estime toutefois que l'amélioration de la collaboration entre APEA et communes en fonction des particularités régionales relève de l'exécution dans les cantons, et que dans la mesure où certains cantons continuent de rencontrer des difficultés, il vaut mieux qu'ils en recherchent la solution eux-mêmes que de s'en remettre pour cela au législateur fédéral. L'expérience et les modèles des autres cantons peuvent être très utiles à cet égard. N'oublions pas non plus les recommandations de la COPMA, qui constituent un socle solide pour l'amélioration de la collaboration intra-cantonale.

4.4 Prise en considération des proches

4.4.1 Contexte

Depuis l'entrée en vigueur du nouveau droit de la protection de l'enfant et de l'adulte, les autorités se sont vu reprocher à plusieurs reprises de ne pas suffisamment prendre en considération, lorsqu'elles ordonnent une mesure, non seulement la personne directement concernée mais aussi ses proches. Elles auraient notamment tendance à placer des enfants sans s'assurer que ces enfants ne peuvent être pris en charge par des proches, par exemple leurs grands-parents, et à instituer automatiquement un curateur professionnel, sans consulter la famille ni aucun autre proche.

4.4.2 Implication des proches dans la procédure en cas de placement d'un enfant chez des tiers

4.4.2.1 Généralités

Le statut juridique des grands-parents lors du placement extrafamilial d'enfants a été notamment débattu dans le cadre du drame de Flaach. La décision de l'APEA de placer les enfants dans un foyer plutôt que chez leurs grands-parents qui s'étaient pourtant déclarés prêts à les accueillir a suscité une grande incompréhension dans l'opinion. Le canton de Zurich a publié à ce sujet une appréciation de l'autorité de surveillance ainsi qu'une expertise externe (sous forme d'extraits) sur différentes démarches entreprises ou non par l'APEA dans cette affaire¹⁷⁹. Les experts reprochent à l'APEA d'avoir ordonné le placement en foyer à titre provisionnel après avoir rejeté hâtivement l'option d'un placement chez les grands-parents sans approfondir la question, ce qui fait que lorsque le placement chez les grands-parents a été demandé, les éléments nécessaires à la décision faisaient défaut. Le rejet précoce, sans décision ni justification, du placement chez les grands-parents constitue selon eux une atteinte au droit d'être entendu et au principe de subsidiarité. S'agissant du manque de transparence vis-à-vis des parents et des grands-parents reproché à l'APEA, l'autorité de surveillance estime elle aussi que, malgré l'absence de prescriptions légales, il eût été important que les intéressés apprennent sur quels éléments l'APEA comptait fonder sa décision et sur quels aspects portait la décision, et qu'un examen approfondi ne pouvait avoir lieu qu'après la décision superprovisionnelle.

Ces débats ont entraîné deux interventions au Conseil national : la motion 15.3142¹⁸⁰ charge le Conseil fédéral de faire modifier l'article correspondant du CC, de sorte que les parents proches aient davantage leur mot à dire concernant le placement d'enfants en foyer ou en famille d'accueil. Le but est d'une part d'accorder un *droit d'être entendu obligatoire* aux grands-parents, aux frères et sœurs et aux parents proches, d'autre part de renforcer le droit de ces personnes d'intenter une action contre les décisions prises par les autorités, au motif que la réglementation actuelle est trop floue et trop bureaucratique, ce qui peut entraver des solutions simples et évidentes. La motion 15.3344 va dans le même sens¹⁸¹. Elle demande que les APEA soient obligées de consulter les proches et la commune de domicile de la personne concernée avant toute décision de placement.

¹⁷⁹ AFFOLTER/INVERSINI

¹⁸⁰ Motion GRUNDER 15.3142 du 17 mars 2015 « APEA. Droit d'être entendu obligatoire et droit d'action renforcé en faveur des grands-parents, des frères et sœurs et des parents proches »

¹⁸¹ Motion SCHIBLI 15.3344 du 20 mars 2015 « APEA. Obligation de consulter les proches et la commune avant toute décision de placement »

4.4.2.2 Cadre juridique

Les réflexions qui suivent s'appuient sur les principes de procédure généraux du droit en vigueur que doivent respecter les APEA :

Le *principe de subsidiarité* veut que l'APEA ordonne une mesure lorsque l'appui fourni à la personne ayant besoin d'aide par les membres de sa famille, par d'autres proches ou par des services privés ou publics ne suffit pas ou semble a priori insuffisant (art. 389, al. 1, CC). En outre, seules entrent en ligne de compte les mesures qui sont nécessaires et appropriées, c'est-à-dire qu'elles obéissent au principe de proportionnalité (art. 389, al. 2, CC).

L'APEA établit les faits *d'office*. Elle procède à la recherche et à l'administration des preuves nécessaires (maxime inquisitoire, art. 446, al. 1 et 2, CC). Elle n'est pas liée par les conclusions des personnes parties à la procédure (maxime d'office, art. 446, al. 3, CC)¹⁸². L'APEA a l'obligation illimitée d'établir les faits pertinents. Contrairement à ce qui se passe pour les autres litiges de droit civil, la procédure devant l'APEA ne vise pas à régler un conflit entre deux parties, mais à protéger un enfant ou un adulte vulnérable¹⁸³. L'APEA recherche la vérité matérielle en vertu de la maxime inquisitoire et apprécie librement les preuves. Elle doit pour cela procéder à toutes les vérifications nécessaires et appropriées sans tenir compte de leurs conséquences financières ni de ses ressources internes. Elle n'est liée à aucun système de moyens de preuves particulier et peut avoir recours, outre les moyens usuels tels qu'expertises, témoignages ou interrogation des parties, à des moyens inhabituels¹⁸⁴.

En complément des maximes inquisitoire et d'office, les parties à la procédure et les tiers sont tenus, conformément à l'art. 448, al. 1, CC, de collaborer à l'établissement des faits¹⁸⁵. Les règles de procédure applicables confèrent aussi aux parties à la procédure et aux tiers un droit de participation. Ils peuvent, par exemple, proposer à l'APEA des moyens de preuve et participer à la recherche de preuves, l'APEA étant tenue de son côté de prendre en considération les moyens de preuve valables et pertinents¹⁸⁶.

4.4.2.3 Modalités d'implication des proches dans la procédure

Les modalités selon lesquelles l'APEA interroge les proches et les parents de la personne concernée dans l'enquête visant à établir les faits varient selon que les intéressés sont parties à la procédure ou qu'ils assument déjà le rôle de parents nourriciers. Dans ces deux cas de figure, ils ont le droit d'être entendus (voir ch. 4.4.2.4). Les autres proches sont auditionnés comme témoins ou comme personnes appelées à fournir des renseignements (voir ch. 4.4.2.5).

Lorsqu'un enfant a déjà été placé chez ses grands-parents ou chez d'autres parents proches, ces personnes ont le droit d'être entendues dans la procédure relative au retour de l'enfant chez ses parents (reprise, art. 310, al. 3, CC). Par contre, elles ne sont pas parties à la procédure s'agissant de l'examen d'un éventuel placement chez elles. Elles ne seront associées à la procédure que comme personnes appelées à fournir des renseignements ou comme témoins. Cela dit, les parents nourriciers établissant fréquemment des liens étroits avec l'enfant, dont ils s'occupent parfois pendant de longues périodes, ils sont plus directement affectés que d'autres personnes par l'imminence d'une mesure, notamment en cas de retour de l'enfant chez ses parents. Aussi le droit d'être entendu doit-il être accordé largement dans ce genre de circonstances. L'APEA doit aussi exposer aux parents nourriciers

¹⁸² Les maximes inquisitoire et d'office étaient déjà valables selon l'ancien droit. Elles reposaient en partie sur la loi (dans le droit du divorce, par ex., art. 145 aCC), en partie sur des règles fédérales non écrites (s'agissant des mesures de protection de l'enfant, art. 307 aCC), et sur la doctrine et la jurisprudence pour ce qui est du droit de la tutelle, message relatif au droit de la protection de l'enfant et de l'adulte, p. 6710.

¹⁸³ Arrêt du Tribunal fédéral 5A_582/2011 du 3 novembre 2011, consid. 3.2

¹⁸⁴ FamKomm-STECK, art. 446 n. 11

¹⁸⁵ FASSBIND, p. 121

¹⁸⁶ BSK-Erw.Schutz-AUER/MARTI, art. 448 n 9

ses principaux motifs de décision et les étapes importantes de la procédure. Dans bien des cas, mieux vaut sans doute leur accorder pour cela un entretien particulier que de leur écrire ou de leur demander leur avis par écrit.

4.4.2.4 Droit d'être entendu

Le *droit d'être entendu* garanti par l'art. 29, al. 2, Cst. comprend le droit de toute personne *partie à la procédure* de s'exprimer sur l'affaire avant toute décision affectant son statut juridique, et le droit de faire admettre les moyens de preuve pertinents proposés en bonne et due forme dans les délais. Il n'inclut cependant pas le droit d'être entendu personnellement¹⁸⁷. Il porte sur les déclarations et les auditions préalables, sur la consultation du dossier, sur la justification de la décision, sur le recours à un conseil juridique de même que sur la composition régulière et l'impartialité de l'autorité¹⁸⁸.

Les grands-parents et d'autres proches *peuvent* se voir octroyer un droit d'être entendus s'ils sont parties à la procédure devant l'APEA. Le droit d'être entendu doit être accordé d'autant plus largement que la personne est plus concernée par la mesure envisagée. Les autres parties à la procédure étant généralement moins affectées par la mesure que le principal intéressé, leur droit d'être entendues est préservé en ce qu'elles peuvent formuler un avis écrit¹⁸⁹. Elles n'ont pas un droit à être entendues personnellement¹⁹⁰.

4.4.2.5 Audition comme témoin ou comme personne appelée à fournir des renseignements

Les tiers qui ne sont pas parties à la procédure n'ont pas le droit d'être entendus. Ils peuvent en revanche souvent fournir sur l'entourage de la personne concernée des renseignements précieux pour l'établissement des faits. L'APEA les auditionne ou les invite à s'exprimer par écrit soit comme témoins soit comme personnes appelées à fournir des renseignements. L'APEA peut les auditionner de manière informelle, lors d'un entretien, par écrit ou lors d'une audition formelle.

4.4.2.6 Étude sur la pratique des autorités en matière de placement d'enfants

Lors de la préparation du présent rapport, l'OFJ a chargé la Haute école pour le travail social de Lucerne de réaliser une expertise externe sur, entre autres sujets, l'implication, dans la pratique actuelle, de parents et de non-parents dans les décisions de placement d'enfants.

Cette étude révèle que les APEA prennent très au sérieux l'obligation que leur fait la loi de respecter les principes de subsidiarité et de proportionnalité dans la procédure qui vise à priver des parents de leur droit de déterminer le lieu de résidence de leur enfant. Les APEA déclarent impliquer dans la procédure, lors de leur enquête, plusieurs des personnes énumérées dans les questionnaires, tant parents que non parents, et parfois même les auditionner au sens juridique du terme, voire examiner leur profil en vue d'un placement chez elles.

Les APEA interrogées estiment à une large majorité qu'il faut impliquer dans la procédure et auditionner les deux parents, qu'ils aient ou non la garde de l'enfant, à condition toutefois que l'enfant les connaisse et qu'ils soient à sa disposition. Elles sont par ailleurs 90 % à impliquer aussi les grands-parents ayant des obligations en matière de soins, et 50 % à impliquer d'autres parents, même si ceux-ci n'ont pas de relations factuelles avec l'enfant¹⁹¹. L'âge des grands-parents ne semble pas être un facteur de décision déterminant à cet égard. L'étude

¹⁸⁷ Arrêt du Tribunal fédéral 5A_543/2014 du 17 mars 2015, consid. 2.1 La CEDH va plus loin que la Cst. en garantissant, dans son art. 6, ch. 1, la publicité de la procédure. Ce principe s'applique aussi au droit de l'intéressé à exposer oralement ses arguments devant le tribunal. Cette obligation de publicité suppose cependant une demande claire de la part d'une partie. Les simples demandes d'admission de preuves telles que les demandes d'audition personnelle ne suffisent pas : voir arrêt du Tribunal fédéral 5A_306/2013 du 15 juillet 2013 consid. 2.1.

¹⁸⁸ HÄFELI, Grundriss, ch. m.33.19

¹⁸⁹ BSK-Erw.Schutz-AUER/MARTI, art. 447 n° 13

¹⁹⁰ Voir arrêt du Tribunal fédéral 5A_724/2015 du 2 juin 2016 consid. 3.2.2

¹⁹¹ Étude HES de Lucerne, p. 25

établit par ailleurs que les APEA accordent une grande importance aux liens de parenté même lorsqu'il n'existe pas de relation factuelle entre le parent et l'enfant, mais qu'elles privilégient les personnes qui prennent ou ont pris soin de l'enfant, que ces personnes fassent ou non partie de la famille¹⁹². Elle estime que les différences de pratique constatées n'ont pas à être réglées par une révision de la loi, mais d'abord par une sensibilisation accrue des autorités.

4.4.2.7 Appréciation

Le Conseil fédéral considère qu'il serait irréaliste, et excessif vis-à-vis des APEA, d'instaurer un droit d'être entendu obligatoire, qui contraindrait les APEA à retrouver et à auditionner individuellement *tous les parents proches de l'enfant concerné* lors de la recherche d'une solution d'accueil. Chaque famille est différente, qu'il s'agisse de sa composition, de sa dispersion géographique ou des relations entre les individus qui la composent. Certains grands-parents ou parents proches vivent très loin, voire à l'étranger, et n'ont que peu de contacts avec les parents biologiques et l'enfant. Il n'est certainement pas utile de consulter ou convier à un entretien toutes ces personnes, qui peuvent ne pas être proches de l'enfant du tout.

L'APEA devrait par contre demander, lorsqu'elle envisage un placement chez des tiers, l'avis (oral ou écrit) des personnes dont l'enquête ou les auditions ont révélé qu'elles entretenaient avec l'enfant une relation de confiance, comme elle tient compte des souhaits des membres de la famille lors de la désignation d'un curateur (voir ch. 4.4.4). Cette démarche découle de la maxime inquisitoire et de la proportionnalité obligatoire des mesures : l'APEA étant tenue d'effectuer toutes les recherches appropriées et *nécessaires* pour établir les faits, elle *doit* auditionner (oralement ou par écrit) les proches qui viennent d'être évoqués ou dont elle a connaissance, sans quoi on pourrait lui reprocher de ne pas avoir envisagé ou ordonné la mesure la plus douce. L'étude de la HSLU montre que les APEA impliquent dans la procédure des parents, mais aussi des personnes non apparentées qui jouent vis-à-vis de l'enfant un rôle en matière de soins.

Dès lors qu'un proche tel qu'une tante ou un aïeul propose spontanément de recueillir l'enfant dans son foyer, l'APEA a le *devoir* d'examiner la proposition et de l'intégrer à sa réflexion. Vu ce qui s'est passé à Flaach, il faudrait par ailleurs que l'APEA informe les auteurs de la demande de l'issue de son enquête et qu'elle justifie, le cas échéant, sa décision de ne pas placer l'enfant chez des parents proches, autrement dit qu'elle explique pourquoi cette solution lui paraît inappropriée.

Le Conseil fédéral estime par conséquent que le cadre juridique est suffisamment clair. Les expériences vécues ces dernières années ont d'ailleurs entraîné une sensibilisation des APEA, l'étude de la HSLU le montre clairement. Il faut cependant prendre au sérieux le reproche fait aux autorités de ne pas tenir compte, ou pas suffisamment, des proches dans certains cas. Bien que l'étude de la HSLU prouve qu'il ne s'agit pas là d'une pratique répandue, toute violation des principes exposés équivaldrait à une infraction grave aux principes du nouveau droit. Aussi serait-il judicieux, selon le Conseil fédéral, de réexaminer la pratique des autorités sur ce point et de réfléchir aux moyens de corriger les éventuels défauts.

4.4.3 Droit de recours des proches

4.4.3.1 Cadre juridique

En vertu de l'art. 450, al. 2, ch. 2, CC, les proches de la personne directement concernée par la mesure peuvent tous recourir contre les décisions de l'APEA devant le juge compétent. Les

¹⁹² Étude HES de Lucerne, p. 27

proches parties à la procédure peuvent par ailleurs recourir en vertu de l'art. 450, al. 2, ch. 1, C. Contrairement aux tiers ayant qualité pour recourir (art. 450, al. 2, ch. 3, CC), lesquels doivent avoir un intérêt juridique à l'annulation ou à la modification de la décision attaquée, les parties à la procédure et les proches doivent simplement avoir un intérêt effectif¹⁹³.

Pour que quelqu'un puisse être considéré comme un proche ayant qualité pour recourir, il faut établir que l'intéressé connaît bien la personne concernée par la mesure et qu'il semble apte à préserver les intérêts de celle-ci et par ses particularités et par sa relation avec elle¹⁹⁴. Cette relation ne doit pas nécessairement être une relation juridique. Ce qui compte, ce sont les liens factuels. Dans ces conditions, des parents proches notamment obtiennent fréquemment un droit de recours. Le proche doit donc prouver et par ses particularités et par sa relation avec la personne concernée qu'il est apte à défendre les intérêts de celle-ci.

Les proches peuvent former un recours pour violation du droit, pour constatation fautive ou incomplète des faits pertinents ou pour inopportunité de la décision, de même que pour déni de justice ou retard injustifié (art. 450a CC).

4.4.3.2 Appréciation

Le législateur a accordé le droit de recours à un grand nombre de personnes. Outre les membres de la famille, peuvent recourir en tant que proches des médecins, des assistants sociaux ou d'autres personnes liées de fait à l'intéressé. Pour le Conseil fédéral, les obstacles juridiques à la preuve du rapport de proximité exigé ici ne sont pas excessifs. La nécessité de se préoccuper du bien-être de la personne concernée vise à garantir que les intérêts de celle-ci priment les intérêts personnels de l'auteur du recours.

Il ne ressort pas de la pratique des tribunaux que la qualité pour recourir des grands-parents est mise en cause systématiquement ou plus fréquemment que celle d'autres personnes. Le Conseil fédéral estime qu'il n'y a pas lieu de légiférer dans ce domaine. En précisant l'obligation d'impliquer les proches dans la procédure d'établissement des faits (voir ch. 4.4.2.7 ci-dessus), on améliorerait encore la situation des plaignants.

4.4.4 Droit de nommer curateur un proche

4.4.4.1 Contexte

Un proche, parent ou non, de la personne concernée, peut se proposer lui-même comme curateur ou être proposé par la personne concernée ou par d'autres proches. Il doit satisfaire aux mêmes exigences que les curateurs professionnels : il doit posséder les aptitudes et les connaissances nécessaires à l'accomplissement des tâches qui lui seront confiées, disposer du temps nécessaire et les exécuter en personne (art. 400, al. 1, CC)¹⁹⁵.

Le droit de la personne concernée d'émettre des propositions a été *renforcé* à dessein, la révision ayant pour but de consolider son droit à l'autodétermination. Lorsque la personne concernée propose une personne comme curateur, l'APEA accède à son souhait pour autant que la personne proposée remplisse les conditions requises et accepte la curatelle (art. 400, al. 1, CC). Le nouveau droit a toutefois supprimé le principe selon lequel l'autorité nommait de préférence tuteur un proche parent (art. 380 aCC)¹⁹⁶. Confier à un proche parent le mandat de curateur paraît parfois difficile, en particulier à cause du manque de recul par rapport aux

¹⁹³ BSK-Erw.Schutz-STECK, art. 450 n. 26

¹⁹⁴ Arrêt du Tribunal fédéral 5A_663/2013 du 5 novembre 2013, consid. 3.2 ; 4.1

¹⁹⁵ L'art. 400 CC s'applique aussi lorsqu'il faut nommer un tuteur ou un curateur pour un mineur (art. 327c, al. 2, CC).

¹⁹⁶ Selon l'ancien droit, l'autorité devait nommer tuteur de préférence un proche parent apte à remplir ces fonctions, en tenant compte des relations personnelles des intéressés et de la proximité du domicile. La loi accorde à ces curateurs privés un statut particulier en prévoyant, à l'art. 420 CC, la possibilité de les dispenser de certaines obligations (voir ch. 5.5).

événements¹⁹⁷. Dans bien des cas, un enfant majeur sera apte à assurer la curatelle de son père ou de sa mère. Dans d'autres, le manque d'aptitude pratique de l'enfant majeur pour cette tâche fera que d'autres personnes seront plus aptes à assurer la curatelle.

La loi dispose par ailleurs que l'APEA doit prendre autant que possible en considération les souhaits des membres de la famille ou d'autres proches (art. 401, al. 2, CC). Ces souhaits importent tout particulièrement lorsque la personne concernée ne veut ou ne peut pas se prononcer elle-même ou lorsque la personne qu'elle propose ne possède pas les aptitudes nécessaires. L'APEA acceptera « autant que possible » la proposition de ces personnes, mais elle n'est pas tenue de le faire. Par contre, elle ne pourra refuser la proposition de la personne ayant besoin d'aide que si la personne désignée ne possède pas les aptitudes requises¹⁹⁸.

Si la personne concernée ne s'est pas prononcée ou si la personne proposée ne possède pas les aptitudes requises, l'APEA doit offrir spontanément aux parents proches la possibilité d'exprimer leurs souhaits lorsque l'audition de la personne concernée a révélé que celle-ci entretenait de bonnes relations avec ces proches. On ne peut cependant pas attendre de l'APEA qu'elle contacte elle-même tous les parents et autres proches de l'intéressé¹⁹⁹. La loi suppose que les parents et les proches font part de leurs souhaits de leur propre initiative. Ils ont droit à ce que leur proposition soit entendue et prise en compte dans la mesure du possible. L'autorité doit par ailleurs leur indiquer, dans la mesure où elle a appris leur existence pendant son enquête, quel curateur elle envisage de nommer²⁰⁰. Elle doit en outre justifier son choix et donner les motifs pour lesquels elle n'a pas tenu compte de leurs propositions. La loi ne leur accorde pas pour autant le statut formel de partie à la procédure²⁰¹.

4.4.4.2 Critique

Certains reprochent à l'APEA de nommer fréquemment un curateur professionnel sans tenir compte des souhaits de la personne concernée ni du contexte particulier.

4.4.4.3 Appréciation

Nommer un curateur est pour l'APEA une tâche très délicate, qui a pour la personne concernée des conséquences considérables. Le choix du curateur est décisif. Quand l'APEA ne satisfait pas le souhait de la personne concernée et contrevient donc volontairement à la volonté de celle-ci, elle suscite inévitablement une déception, s'exposant du même coup à des critiques. L'aptitude de la personne nommée à assurer la curatelle relève toutefois, du moins en partie, d'un jugement discrétionnaire, dont la justesse ne peut pas être complètement établie.

L'APEA estime cependant que la procédure peut se justifier, surtout lorsqu'un curateur professionnel est nommé à la place de la personne désignée. En effet, le professionnel connaît tous les aspects de la tâche et n'a pas besoin d'instructions particulières, concernant par exemple l'établissement des comptes rendus et des décomptes. Sa distance par rapport à la personne concernée réduit par ailleurs les risques de conflits d'intérêts et de différends familiaux. Tout cela ne justifie pas pour autant que l'on écarte la volonté explicite du législateur de donner en principe la priorité aux souhaits de la personne concernée.

Le Conseil fédéral estime qu'il serait inadmissible qu'une autorité ignore systématiquement le souhait de la personne concernée et nomme un curateur professionnel. Il est difficile de dire en revanche si le cas est fréquent. En tout état de cause, il faut prendre au sérieux les reproches formulés. Bien que le recours à un curateur professionnel puisse simplifier la tâche de l'APEA, les intérêts de la personne concernée méritent la plus grande attention. Or ces

¹⁹⁷ HÄFELI, Grundriss, n. 21.26 ; HEGNAUER, p. 421 ss, 431

¹⁹⁸ Message relatif au droit de la protection de l'enfant et de l'adulte, p. 6684

¹⁹⁹ BSK-Erw.Schutz-REUSSER, art. 401 n. 27

²⁰⁰ OFK-FASSBUND, art. 401 n. 3

²⁰¹ BSK-Erw.Schutz-REUSSER, art. 401 n. 29

intérêts sont mis à mal lorsqu'un doute pèse sur la validité du choix d'un curateur par la personne concernée. Il faut donc, comme le souhaitait le législateur, réduire ce risque au minimum. Quoique les autorités considèrent leur pratique comme parfaitement compréhensible, il ne faut pas oublier que le recours à un curateur personnel touche au cœur de la personnalité de la personne concernée et doit donc être traité avec la plus grande délicatesse. C'est d'ailleurs ce que prévoit la loi. Aussi le Conseil fédéral considère plutôt qu'il faut analyser ce problème plus en profondeur et lui trouver des solutions. Il va donc prendre les dispositions nécessaires, et en particulier faire examiner les moyens de clarifier davantage la situation, afin que les souhaits des personnes concernées soient exaucés dans toute la mesure du possible.

4.5 Adaptation du délai de recours (art. 450b CC)

4.5.1 Contexte

L'art. 450b, al. 1, CC prévoit que le délai de recours contre une décision de l'APEA est de trente jours à compter de la notification de la décision. Ce délai s'applique à toutes les décisions de l'APEA, qu'il s'agisse d'une décision finale, d'une décision intermédiaire ou d'une décision d'exécution²⁰². Il est de dix jours en cas de mesures provisionnelles (art. 445, al. 3, CC) et dans le domaine du placement à des fins d'assistance (art. 450b, al. 2, CC).

Selon l'ancien droit, un recours pouvait être adressé à l'autorité de surveillance contre les décisions de l'autorité tutélaire dans les *dix jours* à partir de leur communication²⁰³. Dans le cadre de la révision, les experts ont d'abord proposé de porter le délai à vingt jours dans une procédure d'envergure nationale²⁰⁴, mais cette proposition n'a reçu aucun soutien lors de la procédure de consultation. Alors que certains cantons ne voyaient aucune raison de prolonger le délai et souhaitaient le maintien des dix jours, d'autres participants, en particulier les organisations intéressées, étaient favorables à un délai plus long, de trente jours²⁰⁵. Le Conseil fédéral a tenu compte de ces avis dans son projet et proposé un délai de trente jours dans le but d'harmoniser autant que possible les délais du droit de la procédure civile. Le Parlement a adopté cette solution sans discussion²⁰⁶.

Le délai de trente jours est d'ailleurs le même que pour l'appel et le recours contre les jugements civils de première instance (art. 311, al. 1, et 321, al. 1, CPC) et que pour le recours en matière civile devant le Tribunal fédéral (art. 100, al. 1, de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral)²⁰⁷.

4.5.2 Mandat

Du fait de la transmission du postulat 15.3614²⁰⁸, le Conseil fédéral est chargé d'examiner si les délais de recours introduits par le nouveau droit sont pertinents dans la pratique ou s'ils doivent être adaptés, et de présenter un rapport à ce sujet²⁰⁹. Le motif invoqué est que ce délai de trente jours est extrêmement long et ne permet d'exercer la curatelle qu'à partir d'une cinquantaine de jours après la décision, et que comme il reste souvent des questions administratives et des questions d'organisation à régler au moment de l'institution de la

²⁰² BSK-Erw.Schutz-REUSSER, art. 450b n. 7

²⁰³ Art. 420, al. 2, aCC

²⁰⁴ Voir ch. 4.2.4.

²⁰⁵ Classement des réponses à la procédure de consultation. Art. 46. Avant-projet de loi fédérale réglant la procédure devant les autorités de protection de l'enfant et de l'adulte.

²⁰⁶ Message relatif au droit de la protection de l'enfant et de l'adulte, p. 6717 ; BO 2007 E 841 ; BO 2008 N 1539

²⁰⁷ RS 173.110

²⁰⁸ Postulat SCHENKER 15.3614 du 18 juin 2015 « Droit de la protection de l'enfant et de l'adulte. Délais de recours »

²⁰⁹ L'initiative parlementaire SCHENKER 13.476 du 12 décembre 2013 « Droit de la protection de l'adulte. Adaptation du délai de recours » portait déjà sur les délais de recours. Compte tenu de l'évaluation en cours, elle a été retirée.

curatelle, il arrive fréquemment, dans les faits, que l'effet suspensif du recours soit retiré en cas de formation d'un recours. Selon le postulat, cette pratique ne correspond pas à la volonté du législateur

4.5.3 Problématique du délai de trente jours

4.5.3.1 Urgence de la désignation d'un curateur

La problématique consiste en ceci que dans certains cas, les circonstances exigent qu'une mesure soit mise en œuvre aussi rapidement que possible, notamment afin de préserver les intérêts de la personne concernée. L'obligation d'attendre l'expiration du délai de recours peut, dans ces cas, engendrer des difficultés considérables. Le droit en vigueur prévoit trois moyens de contrer, au cas par cas, la longueur du délai de recours : l'abandon des voies de recours, le retrait de l'effet suspensif ou le prononcé de mesures provisionnelles.

4.5.3.2 Prononcé de mesures provisionnelles

En cas d'urgence, il faut qu'une mesure puisse être ordonnée immédiatement. En vertu de l'art. 445 CC, les APEA ont la possibilité de prendre, d'office ou à la demande d'une personne partie à la procédure, toutes les mesures provisionnelles nécessaires pendant la durée de la procédure. Elles jouissent à cet égard d'un large pouvoir d'appréciation²¹⁰. Le but de ces mesures peut être le règlement de toutes les affaires personnelles de l'intéressé telles que logement, courrier et santé. Elles consistent par ailleurs souvent à protéger le patrimoine de l'intéressé (inventaire, blocage de l'accès au compte) ou à restreindre le droit d'aliénation (blocage du registre foncier, par ex.)²¹¹. Le prononcé de mesures provisionnelles implique un certain degré d'urgence. Il y a urgence lorsqu'il n'est pas possible d'attendre la fin de la procédure de recours et l'entrée en force de la décision ordinaire visant à protéger les intérêts de la personne concernée sans entraîner pour celle-ci un désavantage considérable²¹². Il convient par ailleurs de distinguer les mesures provisionnelles des mesures superprovisionnelles, qui supposent une « urgence particulière » (art. 445, al. 2, CC) et qui peuvent être ordonnées sans audition préalable des parties à la procédure²¹³.

4.5.3.3 Retrait de l'effet suspensif du recours

Le recours contre une décision de l'APEA devant le tribunal compétent²¹⁴ est suspensif, à moins que l'APEA n'en décide autrement (art. 450c CC). La décision n'entre donc pas (formellement) en force tant que le délai de trente jours à partir de la communication n'est pas écoulé. Pendant ce délai, la mesure ordonnée (par exemple, la désignation d'un curateur de représentation pour la gestion du patrimoine, et l'inventaire que cela implique [art. 395 et 405 CC]) ne peut pas être exécutée. Le but de l'effet suspensif du recours est de protéger le plaignant des conséquences d'une atteinte injustifiée à ses droits²¹⁵.

L'autorité peut, à titre provisionnel et si les conditions requises sont réunies, retirer l'effet suspensif du recours. Toutefois, cet effet suspensif étant une donnée fondamentale, son retrait doit être justifié en fonction des particularités du cas d'espèce²¹⁶. Il est par ailleurs établi que le retrait doit rester exceptionnel et être réservé aux cas dans lesquels l'intérêt d'un retrait

²¹⁰ Arrêt du Tribunal fédéral 5A_520/2008 du 1^{er} septembre 2008, consid. 3, étant précisé que cet arrêt se réfère encore à l'art. 314, ch. 2, aCC, et que le droit cantonal prévoyait l'effet suspensif d'un recours.

²¹¹ BSK-Erw.Schutz-AUER/ MARTI, art. 445 n. 13 ss

²¹² HÄFELI, Grundriss, ch. m. 33.10

²¹³ Pour qu'il y ait urgence particulière, on suppose que les intérêts de protection priment l'intérêt de la personne concernée à voir préservé son droit d'être entendu, BSK-Erw.Schutz- AUER/MARTI, art. 445 n. 19.

²¹⁴ Dans les cantons qui prévoient une procédure judiciaire en deux étapes, l'art. 450c CC s'applique de la même façon au recours contre la décision de l'APEA et au transfert de la décision sur recours au tribunal cantonal supérieur.

²¹⁵ BSK-Erw.Schutz- GEISER, art. 450c n. 3

²¹⁶ Arrêt du Tribunal fédéral 5A_438/2015 du 25 juin 2015

immédiat est jugé supérieur à celui d'un examen de la situation juridique parfaitement conforme aux exigences d'un État de droit²¹⁷. En tout état de cause, il serait inadmissible de prononcer un retrait par défaut de l'effet suspensif.

4.5.3.4 Abandon des voies de recours

Lorsqu'il est contraire aux intérêts de la personne concernée d'attendre l'expiration du délai de recours, les APEA demandent parfois aux personnes ayant qualité pour recourir de renoncer par écrit aux voies de recours. Contrairement à l'abandon des voies de recours avant la notification de la décision, l'abandon après notification est globalement admissible, y compris, selon la doctrine majoritaire, dans le champ d'application de la maxime d'office²¹⁸. Il va de soi que la déclaration de renonciation doit avoir été signée librement, sans influence extérieure et en connaissance de cause, sous peine d'être considérée comme nulle pour vice du consentement.

4.5.4 Avis des praticiens

L'initiative parlementaire 13.476²¹⁹, retirée depuis, proposait initialement une procédure en deux phases pour déposer le recours. Les personnes habilitées à recourir devaient déposer leur recours dans les dix jours, puis elles auraient eu vingt jours supplémentaires pour envoyer leur motivation par écrit. La COPMA a demandé à un certain nombre d'experts et d'APEA leur avis sur cette proposition. Les réponses obtenues ont non seulement exprimé l'avis favorable ou défavorable des praticiens sur cette procédure en deux étapes, elles ont aussi montré la façon dont les autorités gèrent ce délai de trente jours ainsi que l'avis des APEA et des experts sur la durée du délai de recours actuel. Lors d'une réunion des autorités cantonales de surveillance en avril 2016, les experts cantonaux ont été à nouveau priés de donner leur avis sur l'opportunité d'une réduction du délai de recours.

Ce sondage a révélé que la majorité des praticiens rejettent toute réduction du délai. Ils ont fini par s'accommoder du délai de trente jours. Ils estiment que le droit procédural en vigueur prévoit suffisamment d'autres moyens d'accélérer les choses, et que l'uniformité des délais de recours dans la procédure civile est un élément décisif car les délais sont des pierres d'achoppement courantes du droit de procédure. Toute dérogation nécessiterait par conséquent une argumentation solide. Les praticiens peuvent soit user de l'abandon des voies de recours s'il est établi que personne ne songe à recourir, soit retirer l'effet suspensif de la décision en cas de nécessité.

4.5.5 Appréciation

Le Conseil fédéral ne voit pas non plus actuellement de raison de raccourcir le délai de trente jours en vigueur. Nous l'avons vu, il existe des arguments en faveur d'une réduction. Par contre, le droit procédural suisse accorde en principe à toute personne ayant qualité pour recourir un délai de trente jours sauf urgence particulière. Ce délai est tout particulièrement nécessaire dans les cas difficiles, pour permettre d'étayer correctement le recours. En effet, il faut parfois enquêter sur les faits, et la personne concernée doit pouvoir se concerter avec son avocat. En pratique, un délai de dix jours empêcherait de déposer un recours suffisamment étayé. De courtes vacances ou d'autres empêchements (obligations professionnelles, maladie, etc.) pourraient rapidement entraîner un dépassement du délai. Le délai de trente

²¹⁷ BSK-Erw.Schutz-GEISER, art. 450c n. 7; ESR-Kom.-STECK, art. 450c n. 4a

²¹⁸ ZPO-Komm.-STAEHELIN, art. 238 n° 7

²¹⁹ Initiative parlementaire SCHENKER 13.476 du 12 décembre 2013 « Droit de la protection de l'adulte. Adaptation du délai de recours »

jours réduit considérablement ces risques. Le Conseil fédéral estime par conséquent qu'il faut le maintenir, afin de ne pas restreindre le droit de recours. Les réflexions qui précèdent montrent surtout qu'il n'existe sans doute pas de solution parfaite. Cependant, la pratique s'est bien accommodée de la réglementation en vigueur. Il n'est pas certain qu'une solution différente améliorerait la situation. Il n'y a donc pas lieu d'envisager une nouvelle révision si peu de temps après l'entrée en vigueur du nouveau droit.

5 Questions de droit matériel

5.1 Concernant la démarche

Le présent rapport du Conseil fédéral fait suite à des postulats portant principalement sur l'évolution des coûts et sur la collaboration entre les autorités de protection de l'enfant et de l'adulte et les communes contributrices. Il traite aussi la question spécifique du postulat 15.3614 en vue d'un éventuel raccourcissement des délais de recours. Seul le postulat 14.3891 réclame un examen de la « qualité [...] des prestations ». Comme indiqué dans l'introduction, il est impossible, à ce stade, de réaliser une évaluation générale sérieuse du travail accompli par les autorités de protection de l'enfant et de l'adulte²²⁰.

Néanmoins, et pour une série d'aspects précis, le Conseil fédéral estime utile et possible de présenter quelques premiers résultats et de débattre de certaines questions. Cela vaut en particulier pour la pratique des autorités de protection de l'enfant et de l'adulte en matière de conventions d'entretien conclues entre parents non mariés (voir ch. 5.3). Est concernée aussi la situation des enfants nés sans père juridique, où le cadre légal a considérablement changé pour les autorités avec la suppression de l'art. 309 CC au 1^{er} juillet 2014 (voir ch. 5.4). Au surplus, il convient aussi d'étudier le bien-fondé de la dispense de certaines obligations qui est accordée aux proches en vertu de l'art. 420 CC (voir ch. 5.5).

Enfin, les critiques ont également visé la manière de procéder de différentes APEA en cas de signalement. Si la question retient à l'évidence l'attention de l'opinion publique, le Parlement n'a pas confié ici de mandat d'investigation spécifique au Conseil fédéral. Un choix sans doute pertinent, tant il est vrai que sur ce point précis, les réserves exposées sous le chiffre 2.2 par rapport au caractère précipité de l'évaluation s'appliquent sans restriction. Et maintenant que la Commission des affaires juridiques du Conseil national a décidé le 4 novembre 2016 d'attendre la publication du présent rapport avant de poursuivre les débats sur l'objet 15.033²²¹, il apparaît judicieux d'y inclure quelques réflexions de fond sur le sujet (voir ch. 5.2).

5.2 Signalements de personnes en danger, interventions excessives des APEA

Les autorités de protection de l'enfant et de l'adulte ont été sous le feu de la critique ces dernières années, notamment en raison de leurs réponses, jugées trop hâtives et excessives, aux signalements de personnes en danger. On leur reproche d'intervenir parfois sans véritable nécessité et de s'immiscer, souvent sans raison valable, dans les affaires familiales.

Le Conseil fédéral prend ces critiques très au sérieux : autant il importe que l'APEA intervienne et engage des mesures appropriées là où la situation l'exige, autant elle doit faire preuve de retenue lorsque les conditions d'une intervention ne sont pas réunies. On ne peut que regretter

²²⁰ Voir ch. 2.3.

²²¹ CC. Protection de l'enfant. Le Conseil fédéral avait proposé dans le cadre de ce projet, entre autres mesures, d'obliger les professionnels régulièrement en contact avec les enfants dans le cadre de leur activité à aviser l'autorité de protection de l'enfant s'ils ont des raisons de croire que le bien d'un enfant et donc son développement sont menacés.

que l'autorité ait parfois donné l'impression de harceler des personnes et d'ordonner, sans nécessité impérieuse, des mesures contraignantes qui risquent d'avoir de graves retombées pour les intéressés.

Il est à noter cependant qu'il est question de cas isolés et qu'il n'existe pas de données chiffrées permettant de conclure à un problème généralisé. En cas de doute, l'APEA est tenue d'intervenir si elle entend remplir sa mission qui est de protéger les personnes concernées et plus particulièrement les enfants. Compte tenu du nombre de cas relativement important, mais aussi du fait que l'autorité est souvent amenée à prendre des mesures contre la volonté des intéressés, il n'est pas étonnant que certaines décisions soient parfois difficilement compréhensibles pour certains de ces derniers. Sans compter qu'une décision mal communiquée risque aussi d'être moins bien acceptée. Quant à savoir si l'autorité aurait pu mieux s'y prendre dans certaines situations, c'est une question qu'il faut étudier de cas en cas. Or c'est une entreprise laborieuse que de se pencher sur chaque décision. Et à moins de connaître en détail les circonstances de chaque cas, il est impossible de se prononcer sur la qualité des décisions. En témoigne aussi l'analyse du drame de Flaach, réalisée aux prix d'énormes efforts par deux experts de renom. Pour se faire une idée de la qualité des décisions des APEA, on pourrait, à la rigueur, réaliser une enquête auprès des instances de recours du canton (notamment auprès des tribunaux cantonaux). Comme cela a été souligné, il faut toutefois partir ici du principe que l'expérience et le temps aidant, la qualité des décisions ira sans cesse s'améliorant²²².

Dans le débat sur la qualité du travail des autorités, n'oublions pas que les mauvaises décisions – indépendamment de la structure ou du mode d'organisation des autorités – sont inévitables. Aussi ne saurait-on mesurer la qualité du système à partir d'un cas particulier. Seule une perspective globale permet d'appréhender la situation et elle doit intégrer l'ensemble des cas. Or, il n'existe pas à l'heure actuelle d'informations fiables dans ce domaine. La « suppression des APEA » ou la limitation de leurs moyens sont des réponses qui ne peuvent entrer en ligne de compte. Dans le domaine de la protection de l'enfant précisément, il subsiste encore une zone d'ombre et la pratique nous montre que bien souvent, l'autorité ne peut en aucun cas faire l'économie d'une intervention si elle veut préserver le bien de l'enfant et mettre les intéressés (et en premier lieu les enfants) à l'abri d'autres dommages.

Pour le Conseil fédéral, la question déterminante est donc de savoir s'il est réellement possible d'améliorer la qualité des décisions par la voie législative. Il ne serait pas adéquat de donner aux autorités des directives concrètes qui iraient au-delà des principes généraux que sont les principes de subsidiarité et de proportionnalité et le respect des règles générales de procédure. Au fond, le mandat légal confié aux autorités doit se limiter à énoncer que des mesures appropriées au cas particulier et justifiées par les circonstances doivent être prises (au sens de l'art. 307, al. 1, CC ; voir aussi art. 389 CC). Une formulation aussi générale confère à l'évidence une marge d'action considérable aux autorités, marge que celles-ci exploiteront logiquement à des degrés divers. Toute tentative pour préciser leur mandat est vouée à rester sans substance ou à limiter par trop leur activité. Le bien de l'enfant, principe fondamental du droit de protection de l'enfant, doit suffire à légitimer des mesures officielles, malgré toute l'imprécision de cette notion.

Une fois admis que le législateur ne peut réglementer plus concrètement sur le fond les possibilités d'intervention de l'autorité, les seules voies possibles consistent d'une part à réglementer la composition des APEA en formulant des exigences quant à la formation et l'expérience de ses membres. Au vu des critiques dont les autorités interdisciplinaires

²²² En soutien aux autorités, il a été élaboré entre-temps plusieurs outils et auxiliaires de travail qui entendent fonder l'examen de l'intérêt de l'enfant sur des bases professionnelles et des connaissances empiriques, voir à ce sujet LÄTSCH/HAURI/JUD/ROSCH ; HAURI/JUD/LÄTSCH/ROSCH; BOHREN/WEGENKE. ROSCH.

imposées par le nouveau droit fédéral ont déjà fait l'objet ces dernières années, cette option semble politiquement malvenue. C'est au canton qu'il incombe de veiller à ce que les APEA soient suffisamment dotées en personnel qualifié pour accomplir leur mission. Une deuxième solution consisterait à adopter des règles de procédure plus concrètes, propres à assurer une meilleure protection des intérêts des personnes concernées (consultation, audition, participation de tiers, etc.). De l'avis du Conseil fédéral, cette question mérite encore réflexion. Il ne semble donc pas inutile de réfléchir à la meilleure façon d'aborder les inquiétudes exprimées, par exemple en associant plus étroitement les proches, en optimisant la communication ou en développant les moyens de recours. Le Conseil fédéral a donc décidé d'étendre dans ce sens l'examen prévu sous le chiffre 4.4.4.3.

5.3 Conventions sur les contributions d'entretien conclues entre parents non mariés

5.3.1 Problématique

La révision du droit de l'autorité parentale entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2014 a modifié la situation des parents non mariés, en ce sens que ces derniers ne sont désormais plus tenus de produire une convention réglant la contribution d'entretien soumise à la ratification de l'autorité. Il leur suffit de prouver, via une déclaration commune adressée à l'office de l'état civil ou à l'APEA, qu'ils se sont entendus sur la contribution d'entretien (art. 298a CC). Le nouveau droit ne règle pas expressément les cas où les parents ne sollicitent pas l'autorité parentale conjointe. On peut se demander dans quelle mesure une APEA devrait intervenir dans pareils cas pour faire en sorte qu'une décision soit rendue concernant l'obligation d'entretien²²³. Sur ce point, les positions défendues divergent sensiblement.

5.3.2 Résultats de l'enquête menée auprès des APEA (étude de la HSLU)

L'enquête que l'OFJ a confiée à la HSLU s'est intéressée à la manière dont les APEA procèdent dans ces situations. L'étude révèle une pratique effectivement très hétérogène en la matière et précise que le fait qu'un couple parental partage ou non l'autorité parentale semble avoir peu d'importance pour les autorités. Certaines APEA estiment qu'il n'y a pas lieu d'intervenir, d'autres recommandent la conclusion d'une convention d'entretien et près de la moitié d'entre elles y encouragent activement les parents. La nomination d'un curateur pour garantir le droit à la contribution d'entretien est en revanche une option largement écartée.

Les auteurs de l'étude partent de l'idée que le rôle de la créance alimentaire, et spécialement celui de la convention d'entretien, reste flou²²⁴. Ils recommandent – principalement dans l'optique d'une application uniforme du droit – de mettre fin à cette insécurité, sans préconiser pour autant une révision de la loi. À leur sens, la jurisprudence du Tribunal fédéral pourrait faire l'affaire²²⁵.

5.3.3 Appréciation

Les disparités constatées dans la pratique des autorités posent un certain problème en termes de sécurité juridique. L'autorité dispose en effet d'une certaine latitude pour décider quand et avec quels moyens intervenir. Le système le prévoit ainsi et il ne pourrait guère en être autrement. Les disparités sont plus manifestes encore lorsqu'il s'agit de déterminer, dans le

²²³ Étude HSLU, p. 13 ss et 22 ss

²²⁴ Étude HSLU, p. 23

²²⁵ Étude HSLU, p. 24 et 28

cas particulier, si l'absence d'une convention d'entretien met en danger le bien de l'enfant et appelle de ce fait la désignation d'un curateur²²⁶.

En tout état de cause, le Conseil fédéral estime que l'absence d'une convention d'entretien à caractère contraignant ne suffit pas à légitimer la nomination d'un curateur pour l'enfant, à plus forte raison si les parents partagent l'autorité parentale et ont soumis à l'autorité un document attestant qu'ils se sont accordés sur leur participation respective à l'entretien de l'enfant. À défendre la position contraire, le Conseil fédéral irait contre l'intention du législateur de la révision de l'autorité parentale. Cela n'exclut évidemment pas la possibilité pour l'autorité de prendre les mesures qui s'imposent lorsque la situation l'exige – par exemple lorsque le père ne respecte pas ses obligations d'entretien.

S'il est vrai que les différences d'application mises évidence sont peu satisfaisantes, elles reflètent en définitive le souhait du législateur d'accorder une certaine liberté d'action aux autorités. En ce sens, le Conseil fédéral juge qu'il n'est pas nécessaire d'approfondir l'analyse et encore moins de légiférer dans l'immédiat.

5.4 Mesures engagées par les APEA pour les enfants nés sans père juridique

5.4.1 Problématique

La révision du droit de l'autorité parentale entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2014 a supprimé l'art. 309 CC qui imposait la nomination d'un curateur pour l'enfant né d'une mère non mariée et dont la filiation n'était pas établie à la naissance. Dans son message, le Conseil fédéral relevait que le principe fondamental de la loi veut que l'autorité ne puisse ordonner des mesures qu'à condition que la protection de la personne concernée l'exige. En l'espèce, on ne nommera de curateur à l'enfant que si sa protection le demande. Or le simple fait que la mère qui met au monde un enfant n'est pas mariée ne peut fonder un tel besoin de protection. De manière générale, rien ne permet de penser qu'une mère non mariée est moins à même de protéger ses intérêts et ceux de ses enfants qu'une mère mariée²²⁷. Le Parlement en a tenu compte lors du traitement du projet et, en plus de supprimer l'art. 309 CC, a ajouté à la liste des tâches du curateur à l'art. 308, al. 2, CC la mission de « représenter l'enfant pour établir sa filiation paternelle ». Ce faisant, il a clairement aboli l'ancien principe de la désignation automatique, tout en laissant la possibilité d'instituer une curatelle pour constater la paternité lorsque la situation l'exige.

Malgré cette clarification, l'abandon de l'art. 309 CC n'a pas été partout bien accueilli et il a été avancé que les autorités de protection de l'enfant et de l'adulte procédaient de manière fort différente pour les enfants nés d'une mère non mariée et sans père juridique. Aussi, mandat a été donné à la HSLU d'enquêter auprès des autorités concernées pour connaître leur mode d'intervention en la matière.

5.4.2 Résultats de l'enquête auprès des APEA (étude HSLU)

L'étude HSLU montre que la pratique des différentes APEA est en fait largement uniforme dans les situations considérées. On s'aperçoit qu'elles font preuve d'une certaine retenue, mais n'hésitent pas à engager au besoin les mesures qui s'imposent. Quelque 10 % des personnes interrogées ont déclaré qu'elles renonceraient à une curatelle en cas de conflit et seraient donc prêtes à accepter de priver l'enfant d'un père juridique. Lorsque la mère refuse

²²⁶ Voir les considérations précédentes concernant les signalements, ch. 5.2.

²²⁷ Message relatif à l'autorité parentale, p. 8333.

de coopérer, 19 % des autorités refusent d'instituer une curatelle. Les auteurs jugent cette pratique contraire à la récente jurisprudence du Tribunal fédéral²²⁸. L'étude observe en outre de grandes incertitudes quant à savoir si l'absence d'une filiation paternelle constitue en soi une mise en danger effective du bien de l'enfant. Pour autant, les experts ne concluent pas à la nécessité de légiférer et renvoient à la jurisprudence attendue du Tribunal fédéral qui devrait apporter des clarifications.

5.4.3 Appréciation

D'après l'étude, la levée de l'automatisme prévu autrefois par la loi a été une bonne chose. Le principe de subsidiarité qui prévaut généralement dans le droit de la protection de l'enfant et de l'adulte doit aussi s'appliquer en l'espèce et les mesures correspondantes ne doivent être ordonnées que si elles s'avèrent nécessaires dans le cas particulier. Qu'il soit fait usage de la marge d'appréciation reconnue aux autorités et que cela donne lieu à des pratiques variables ne constitue pas nécessairement un désavantage.

En revanche, il apparaît problématique que certaines autorités soient amenées, dans des circonstances précises, à renoncer totalement à une constatation de paternité, surtout lorsque la mère ne réagit pas²²⁹ ou ne coopère pas. Comme le relève l'étude HSLU, cette approche entre en conflit avec le droit de l'enfant à connaître sa filiation car l'inaction des autorités ne permet pas de faire valoir ce droit. Il faudra suivre de près l'évolution de la situation et réfléchir le cas échéant à la meilleure manière de garantir ce droit.

5.5 Dispense de certaines obligations pour les proches

5.5.1 De l'ancien au nouveau droit

5.5.1.1 Situation juridique sous l'ancien droit de la tutelle

Dans l'ancien droit de la tutelle, l'autorité tutélaire pouvait prolonger l'autorité parentale au-delà de la majorité de l'enfant si celui-ci était frappé d'interdiction (« autorité parentale prolongée »). Cette mesure avait pour effet de libérer l'autorité tutélaire de ses devoirs de surveillance si bien que les détenteurs de l'autorité parentale n'étaient plus tenus de rendre des comptes, de fournir des rapports périodiques ou de requérir le consentement de l'autorité tutélaire pour certains actes.

L'autorité parentale prolongée était instituée par le passé principalement pour des personnes nées avec un handicap mental. Elle a été critiquée à maintes reprises par la doctrine²³⁰. Le plus souvent, elle concernait des personnes en situation de handicap vivant encore sous le toit familial après avoir atteint leur majorité et ne pouvant mener une vie indépendante. Pris en charge toute leur vie durant par leurs parents, il leur était difficile d'acquérir une certaine indépendance et de se préparer à vivre sans eux²³¹. Vu qu'au moment de la prolongation de l'autorité parentale les parents avaient au moins dix-huit ans de plus qu'à la naissance de leur enfant et sachant toute l'énergie et le dévouement que requiert la prise en charge d'une personne handicapée mentalement, il s'est souvent posé la question de savoir si l'âge avancé des parents ne remettait pas en cause leur aptitude à exercer la curatelle.

Les aspects psychologiques et sociologiques n'étaient toutefois pas seuls en cause, les critiques pointaient aussi le rapport délicat entre l'autonomie laissée aux parents dans la

²²⁸ Étude HSLU, p. 20 s.

²²⁹ Étude HSLU, p. 19 : « On notera que pas moins de 2 % des personnes interrogées rédigeaient un courrier dans le cas de l'établissement de la filiation, mais n'entreprendraient ensuite plus aucune démarche pour établir la filiation. »

²³⁰ Message relatif au droit de la protection de l'enfant et de l'adulte, p. 6652.

²³¹ HÄFELI, RMA p. 207

gestion du patrimoine de leur enfant et la relation de dépendance de la personne interdite. En effet, alors que pour de nombreux actes administratifs, un tuteur devait requérir l'aval de l'autorité tutélaire de l'époque, les parents jouissant de l'autorité parentale prolongée n'étaient soumis à aucune directive de l'autorité et échappaient ainsi à toute surveillance. Pour ces raisons, l'ancienne doctrine préconisait déjà, dans l'intérêt de la personne interdite, l'exercice d'un certain contrôle par l'autorité²³².

5.5.1.2 La réglementation du nouveau droit de protection de l'enfant et de l'adulte

Le concept des « mesures sur mesure » introduit dans le nouveau droit de protection de l'enfant et de l'adulte n'était pas compatible avec l'institution de l'autorité parentale prolongée. Pour maintenir cette institution dans le nouveau droit, il eût fallu que le législateur introduise une « autorité parentale prolongée sur mesure », puisque les besoins en matière de curatelle varient en fonction des capacités intellectuelles des personnes souffrant d'un handicap mental.

Aujourd'hui, les parents ou les proches sont nommés curateurs de l'enfant en tant que mandataires privés. Ils sont soumis à la surveillance de l'APEA et assument en principe, de par leur mandat, les mêmes obligations que les curateurs professionnels (établir un inventaire, des rapports et des comptes périodiques, ainsi que requérir le consentement pour certains actes²³³). Ils conservent cependant un statut spécial par rapport aux curateurs professionnels, puisque la loi prévoit la possibilité, lorsque les circonstances le justifient, de dispenser, partiellement ou totalement, de ces obligations le conjoint, le partenaire enregistré, un frère ou une sœur, un descendant ou une personne menant de fait une vie de couple avec la personne sous curatelle (art. 420 CC).

L'abandon de la prolongation de l'autorité parentale a été largement approuvé par les participants à la procédure de consultation²³⁴. L'avant-projet pour un nouveau code civil de 2003 prévoyait encore un statut privilégié pour le conjoint et les parents de la personne sous curatelle : ceux-ci étaient en principe dispensés de l'obligation d'établir des comptes et des rapports, à la différence du partenaire, des descendants et des frères et sœurs, à qui pareil traitement de faveur n'était accordé que si les circonstances le justifiaient. La majorité des milieux associés à la procédure de consultation ont rejeté cette option, estimant que l'octroi automatique d'une dispense au conjoint ou aux parents n'était pas de nature à garantir la protection des intérêts de la personne sous curatelle. Ils proposaient qu'au moment d'examiner si la curatelle pouvait être confiée aux parents ou au conjoint de l'intéressé, l'autorité porte une attention soutenue à sa situation en matière de revenu et de fortune. Une distinction en fonction des liens de parenté ou de la proximité relationnelle était jugée inacceptable, les autres proches devaient être soumis aux mêmes règles que le conjoint ou les parents²³⁵.

5.5.1.3 Répercussions de la révision sur la responsabilité

Sous l'ancien droit de la tutelle, l'octroi de l'autorité parentale prolongée aux parents d'enfants majeurs tributaires d'autrui ou souffrant d'un handicap mental avait pour effet de libérer l'autorité tutélaire de son devoir de surveillance. Les parents n'étaient assujettis à aucune directive ni à aucune obligation en matière de comptabilité et de rapports. Leur responsabilité en cas de dommage était régie par le droit du mandat, à la différence des curateurs soumis, eux, aux règles du droit de la tutelle en matière de responsabilité²³⁶. L'ancien code civil prévoyait aux art. 426 à 429 un système compliqué de responsabilité en cascade. Ainsi, les curateurs et les membres des autorités assumaient une responsabilité primaire et répondaient

²³² JULMY, p. 99, 102

²³³ Art. 405, al. 2, CC (obligation d'établir un inventaire), art. 411 CC (obligation d'établir des rapports périodiques), art. 410 CC (obligation d'établir des comptes périodiques), art. 416 CC (obligation de requérir le consentement de l'autorité pour certains actes)

²³⁴ Message relatif au droit de la protection de l'enfant et de l'adulte, p. 6652

²³⁵ Classement des réponses à la procédure de consultation, p. 239 ss

²³⁶ Message relatif au droit de la protection de l'enfant et de l'adulte, p. 6652

à titre personnel. Ce n'est que lorsque ces derniers n'étaient pas en mesure de couvrir le dommage que les cantons et les communes en répondaient. Le législateur s'est écarté de ce système compliqué et inefficace, dans un premier temps dans la réglementation sur la privation de liberté à des fins d'assistance puis avec la révision du droit de la tutelle²³⁷. Dans la conception actuelle de la responsabilité pour les actes relevant de la puissance publique, l'État a une responsabilité primaire, indépendamment de l'existence d'une faute individuelle. La personne lésée ne doit pas avoir à se demander quel type de curateur ou quel membre de l'autorité est responsable du dommage²³⁸.

Avec le nouveau droit de la protection de l'enfant et de l'adulte, qui permet de nommer les parents curateurs de leur enfant, c'est la responsabilité générale de l'État qui est engagée comme pour toute action des autorités. Le canton répond des dommages résultant d'un acte ou d'une omission contraires à la loi, dans la mesure où ils découlent de la réalisation ou de l'omission de mesures ordonnées par les autorités²³⁹. Les dispenses accordées aux proches assumant une curatelle ne libèrent pas l'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte du devoir général de surveillance sur les curateurs. Les dispositions sur la responsabilité, y compris la responsabilité directe de l'État, valent aussi bien pour les mandataires privés que pour les curateurs professionnels²⁴⁰.

5.5.2 De l'importance du nouvel art. 420 CC

5.5.2.1 Jurisprudence et doctrine

L'art. 420 CC ne contraint pas l'autorité à dispenser les proches des obligations prévues dans la disposition, mais se limite à lui en reconnaître le droit (« peut »). Les conditions à réunir étant formulées de manière ouverte (« si les circonstances le justifient »), la disposition est très largement sujette à concrétisation.

La doctrine majoritaire préconise aujourd'hui la *prudence dans l'octroi d'une dispense des obligations*, arguant du risque d'abus qui existe dans la relation de dépendance entre proches parents, surtout en l'absence d'un contrôle des autorités. Des conflits d'intérêts latents, comme l'existence d'une expectative successorale, plaident aussi contre la levée des obligations. Le Tribunal fédéral a ainsi été saisi d'un cas où la fille d'une femme sous curatelle avait puisé dans la fortune de sa mère pour acquérir un bien immobilier²⁴¹. La doctrine demande à l'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte de prendre en compte les conditions propres à chaque cas, et plus précisément d'examiner si le proche présente les aptitudes et connaissances nécessaires à l'exercice d'un mandat de curateur, mais aussi de vérifier si ce mandat sera effectivement assumé dans l'intérêt de la personne sous curatelle²⁴².

À ce jour, le Tribunal fédéral n'a pas encore eu à se pencher sur la problématique spécifique de cette disposition. En revanche, la cour suprême du canton de Zurich a récemment accepté partiellement un recours et s'est prononcée de manière circonstanciée sur la problématique liée à l'obligation de remettre un inventaire, d'établir des rapports et des comptes. Un couple de parents nommés curateurs de leur enfant majeur avaient recouru contre la décision de l'APEA qui les sommais de présenter un contrat d'assistance et un contrat d'hébergement, en plus de l'inventaire des biens dont ils assumaient la gestion, et de soumettre aussi souvent que nécessaire un état des comptes avec factures et justificatifs. En ce qui concerne la

²³⁷ FamKom-GEISER, art. 454 n. 1

²³⁸ HÄFELI, Grundriss, n. 37.01 ; message relatif au droit de la protection de l'enfant et de l'adulte, p. 6723 s

²³⁹ Art. 454, al. 3, CC

²⁴⁰ Message relatif au droit de la protection de l'enfant et de l'adulte, p. 6693 s.

²⁴¹ Arrêt du Tribunal fédéral 5A_580/2012 du 28 novembre 2012

²⁴² Handkommentar-VOGEL, art. 420 n. 5 et notamment HÄFELI, RMA, p. 208 s. avec renvois à d'autres auteurs qui préconisent la retenue ; MEIER/LUKIC, N 641; SCHMID, art. 420 n. 2.

reddition des comptes, le tribunal a considéré, eu égard à la situation financière simple et claire (rente d'invalidité et prestations complémentaires de la commune, modeste revenu mensuel et fortune de 38 000 francs), que l'autorité pouvait aussi s'acquitter de son devoir de surveillance en exigeant des parents qu'ils lui remettent chaque année un extrait de comptes et la déclaration d'impôts²⁴³.

CHRISTOPH HÄFELI demande que les APEA fassent primer l'équité dans le cas particulier sur la sécurité juridique en plaçant à chaque fois les intérêts des personnes sous curatelle au premier plan. Il préconise aussi une communication orale directe plus soutenue entre l'autorité et les proches et souhaite que l'autorité soutienne davantage les proches nommés curateurs dans l'accomplissement de leurs obligations. Concernant les possibles allègements des obligations en matière de comptabilité, HÄFELI propose – en présence d'une situation patrimoniale simple – que l'APEA se fonde simplement sur un extrait de compte ou sur la dernière déclaration d'impôts ainsi que sur le constat de l'absence d'autres actifs, et renonce par conséquent à l'obligation d'établir d'un inventaire. À son sens, il faut dispenser les proches nommés curateurs de l'obligation de présenter des comptes détaillés lorsque la situation des revenus et de la fortune est claire, que les recettes couvrent tout juste les frais de subsistance et qu'il n'y a pas véritablement de fortune accumulée. En revanche, une grande retenue est de mise pour les dispenses totales concernant les actes qui requièrent le consentement de l'autorité. Étant donné que l'autorité est tenue de s'assurer périodiquement de la nécessité et de l'utilité de la mesure, HÄFELI s'oppose aussi à ce qu'on libère les proches de l'obligation de présenter un rapport. Le rapport permet en effet de vérifier par exemple si le curateur a fait valoir tous les droits aux assurances sociales et à d'autres contributions²⁴⁴.

Certaines APEA, de même que quelques cantons, ont élaboré à l'usage des professionnels des directives ou des lignes directrices qui leur permettent de fonder leur acceptation ou leur refus de la dispense. Le canton de Berne²⁴⁵ a opté à cet égard pour une pratique ouvertement généreuse qui veut que les parents assumant la charge de curateurs de leur enfant soient dispensés de l'obligation d'établir des comptes à condition qu'aucun motif d'exclusion ne s'y oppose. Ces motifs sont les suivants :

- fortune élevée, situation complexe en matière de revenus et de fortune, participation à des biens immobiliers, successions ou sociétés ;
- les proches ne peuvent pas démontrer qu'une gestion séparée de la fortune, respectivement des comptes, pourra être mise en place ;
- la personne concernée n'a aucun lien avec une structure de jour et est prise en charge par ses proches exclusivement ;
- les proches ne sont habilités à assumer la gestion de la fortune et des revenus sur la base de la déclaration de compétence que sous réserve, et ceci en raison de doutes fondés en matière de compétence, qu'un contrôle et un accompagnement réguliers se révèlent nécessaires.

5.5.3 Critique

Les critiques à l'endroit du nouveau droit émanent principalement de parents d'enfants handicapés devenus majeurs et qui se sont occupés de leur enfant pendant de nombreuses années sans avoir eu à présenter de comptes ou de rapports à l'APEA. Ils jugent le nouveau droit trop bureaucratique et les contrôles de l'autorité trop zélés. Ils se disent noyés sous les formulaires,

²⁴³ Jugement du tribunal cantonal du canton de Zurich du 2 février 2016, PQ160003.

²⁴⁴ HÄFELI, RMA, p. 209 ss

²⁴⁵ Cf. décision de l'APEA du canton de Berne, cf. <http://insieme.ch/fr/allegement-pour-les-parents/>

déplorent que les contrôles durent trop longtemps, regrettent que les décisions soient formulées dans un jargon juridique qui leur échappe et estiment injuste de devoir payer des émoluments pour chaque décision. Les parents se sentent abaissés et exposés à des tracasseries²⁴⁶. L'organisation faîtière des associations de parents de personnes mentalement handicapées (insieme) constate également qu'en matière de reddition des comptes, les APEA imposent souvent aux parents des obligations excessives et non adaptées à leur situation particulière²⁴⁷. La pratique semble toutefois varier considérablement, non seulement d'un canton à l'autre, mais aussi, dans un même canton, d'une autorité à l'autre. Certaines APEA libèrent les parents quasi automatiquement de toute obligation, alors que d'autres leur refusent toute dispense²⁴⁸. À certains égards, la mise en œuvre de la nouvelle disposition se révèle manifestement difficile sur le terrain. Il s'agit de mettre en balance l'intérêt de la personne sous curatelle et le droit des proches à la non-ingérence dans les affaires familiales.

5.5.4 Interventions parlementaires

La situation exposée et les critiques formulées ont fait réagir le Parlement. Ainsi, l'initiative parlementaire 16.428²⁴⁹ réclame un changement de paradigme. Elle demande que les personnes énumérées à l'art. 420 CC, en particulier les parents et le conjoint, ne soient soumises qu'à titre exceptionnel aux obligations d'établir des rapports et des comptes périodiques. En tout état de cause, il estime nécessaire de modifier l'art. 420 CC de façon à réduire notablement la charge administrative liée aux obligations qu'il énonce.

Une autre initiative parlementaire 16.429²⁵⁰ demande de transformer la liste exhaustive des personnes à l'art. 420 CC en une liste non exhaustive. On comprend mal pourquoi d'autres personnes, un oncle ou une tante par exemple, qui étaient proches d'une personne avant d'en devenir le curateur, ne pourraient pas elles aussi être dispensées des obligations prévues.

Aucune des deux initiatives n'a encore été traitée à ce jour par le Parlement.

5.5.5 Recommandations de la COPMA

Les différences observées dans la mise en pratique de l'art. 420 CC et les critiques auxquelles elles ont donné lieu ont conduit la COPMA à publier en novembre 2016 un aide-mémoire et des recommandations sous le titre « La curatelle confiée à des proches – critères de mise en œuvre de l'art. 420 CC ». S'inspirant d'exemples de *bonnes pratiques* des APEA de toute la Suisse et en tenant compte des bases légales et de la jurisprudence actuelle, la COPMA a élaboré, avec le concours de divers groupements d'intérêt (insieme, Pro Infirmis, procap, Association Alzheimer) une liste de critères destinés à tenir lieu de standard pour l'ensemble de la Suisse.

Le document commence par poser les principes à observer lors de la désignation de proches en qualité de curateur, parmi lesquels figurent la solidarité familiale et la subsidiarité des mesures prises par l'autorité. On y expose ensuite la procédure à suivre jusqu'à l'adoption d'une mesure par l'autorité pour aboutir à une série de recommandations destinées à uniformiser la pratique et à supprimer les problèmes existants. Au chapitre de la dispense des obligations envers l'APEA en lien avec l'art. 420 CC, il est dit :

²⁴⁶ *Zentralschweiz am Sonntag*, édition du 3 avril 2016, p. 19; *Beobachter* 10/2016, p. 46 ss, *Neue Zürcher Zeitung*, édition du 13 juin 2016, p. 13; *Tagesanzeiger*, édition du 13 juin 2016, p. 19

²⁴⁷ *Zentralschweiz am Sonntag*, édition du 24 avril 2016, p. 3

²⁴⁸ HÄFELI, RMA, p. 198

²⁴⁹ Initiative parlementaire VOGLER 16.428 du 27 avril 2016 « Article 420 du Code civil. Changer de paradigme »

²⁵⁰ Initiative parlementaire VOGLER 16.429 du 27 avril 2016 « Adapter l'article 420 du Code civil »

« L'APEA examine dans le cas particulier (pouvoir d'appréciation de l'autorité) si et dans quelle mesure les proches peuvent être dispensés de leurs obligations de curateur envers l'APEA. Il existe une obligation d'examen. En d'autres termes, des dispenses générales ou l'absence générale de dispenses sans examen du cas particulier ne sont pas régulières.

Une dispense peut être accordée pour certaines obligations du curateur vis-à-vis de l'APEA respectivement de sa surveillance. Une dispense ne libère toutefois pas l'APEA de son devoir général de surveillance ni l'État de sa responsabilité. De même, elle ne libère pas non plus le curateur de ses obligations en matière de représentation, d'administration et d'assistance personnelle.

Pour les proches, pour autant qu'ils le veuillent et que les circonstances sont simples, il y a lieu de prévoir, dans la règle, des allègements. L'intérêt de la personne sous curatelle est le critère déterminant pour savoir si et quelles dispenses, respectivement allègements, peuvent être consentis.

L'APEA informe les proches des conditions des dispenses et des allègements. Dans la règle, l'APEA, la personne concernée et les proches se mettent d'accord sur les dispenses ou les allègements possibles. »

Enfin, le document livre une série de conseils concrets concernant les allègements que les APEA peuvent accorder aux proches.

Une autre question délicate est celle des frais ou émoluments de procédure. Voici ce que recommande la COPMA à ce sujet :

« Pour tenir compte de la situation particulière que représente l'assistance familiale, l'APEA utilisera la liberté d'appréciation qui lui est dans tous les cas aménagée par le droit cantonal et – si cela est possible – renoncera aux émoluments ainsi qu'aux frais ou ne les fixera que le plus bas possible. On peut aussi imaginer que le contrôle d'un rapport et/ou de comptes succincts n'intervienne pas sous forme de décision dans le cadre d'une procédure ordinaire, mais soit traité sous forme d'une simple lettre. »

Quand bien même ces recommandations n'ont aucun caractère contraignant pour les différentes APEA, on est fondé à penser qu'elles auront une grande influence sur la pratique. Le seul fait que plusieurs associations ou groupements importants ont été associés à leur élaboration indique en outre qu'un très large consensus a pu s'établir autour de l'application future de l'art. 420 CC.

5.5.6 Appréciation

La discussion engagée autour de la dispense des proches au sens de l'art. 420 CC est révélatrice du dilemme auquel sont confrontés le législateur et les autorités chargées d'appliquer la loi. D'un côté, il s'agit de respecter et de valoriser le travail qu'accomplissent les personnes désignées comme curateurs d'un proche. Aucun obstacle inutile ne doit entraver le choix d'un curateur au sein de la famille ou parmi d'autres proches. Dans leur immense majorité, les familles sont naturellement portées à aider les personnes dont elles ont la charge à accéder à la plus grande autonomie possible. Les parents d'enfants majeurs tributaires d'autrui, surtout, sont prêts à mettre leurs propres intérêts en retrait et sacrifient une grande partie de leur vie au bien-être de leurs enfants. Lorsque les proches semblent, sur le plan personnel, les mieux à même d'assurer une curatelle, il faut les soutenir plutôt que de les entraver dans l'exercice de leur mandat et les aider dans l'établissement des rapports exigés.

D'un autre côté, il est aussi du devoir de l'État de protéger si nécessaire les intérêts et les droits de la personne sous curatelle. Vouloir introduire une dispense généralisée et libérer les proches de l'ensemble de leurs obligations ne correspond pas à l'intention du législateur et irait donc trop loin, car il y a et il y aura encore des situations où l'État doit intervenir pour protéger les intéressés. En conséquence, l'État ne peut simplement se dégager de ses responsabilités et il doit garantir un minimum de contrôle, y compris dans des constellations en apparence sans problème. En dispensant les parents ou le conjoint de toutes les obligations qui incombent à un curateur vis-à-vis de l'APEA, on crée un risque de responsabilité non négligeable pour le canton. Même dans le cas d'une dispense générale, l'autorité ne doit pas renoncer à examiner l'aptitude du curateur²⁵¹. Les mandataires privés doivent eux aussi posséder un minimum de connaissances et de compétences sociales dans le domaine de l'assistance personnelle, de la gestion du patrimoine et des rapports juridiques avec des tiers. Les curateurs, qu'ils soient privés ou professionnels, doivent satisfaire en principe aux mêmes conditions. L'APEA doit veiller à ce que le mandat soit exécuté avec le plus grand soin possible et dans l'intérêt de la personne sous curatelle. S'agissant de la reddition des comptes et de l'établissement de rapports, le Conseil fédéral estime qu'on ne peut soumettre les proches aux mêmes exigences que les curateurs professionnels. Il incombe à l'APEA de donner au mandataire privé les instructions, les conseils et le soutien dont il a besoin pour accomplir ses tâches (art. 400, al. 3, CC). Pour ce qui est de la formation des proches appelés à exercer un mandat de curatelle, il ne suffit pas de leur remettre un manuel ou un guide de gestion du patrimoine. L'autorité doit aussi veiller – ne serait-ce que pour des raisons de responsabilité juridique – à assurer soutien et conseil aux proches afin que ceux-ci puissent exercer leur mandat avec un minimum de professionnalisme. Elle doit aussi détecter à temps les lacunes et inaptitudes d'un mandataire privé pour pouvoir agir en temps voulu²⁵².

De l'avis du Conseil fédéral, la formulation actuelle de l'art. 420 CC tient suffisamment compte des intérêts contradictoires en présence. Sur le principe, il n'y a donc pas lieu de contester la réglementation en vigueur. La disposition actuelle autorise d'ores et déjà des solutions au cas par cas et des dispenses partielles en matière d'établissement des comptes et de rapports. Le Conseil fédéral estime parfaitement envisageable d'accorder sur cette base des facilités dans le sens des considérations exposées ci-dessus. Dès lors que le mandat est assuré par des proches idoines, l'autorité est appelée à accorder des allègements adaptés au cas particulier, notamment lorsque la situation financière est simple et que la fortune est modeste. Parallèlement, elle doit renforcer son rôle de soutien. Pour le Conseil fédéral, une certaine prudence reste cependant de mise dans l'octroi d'une dispense totale de toutes les obligations. Néanmoins, un refus catégorique de toute dispense constituerait un inadmissible excès négatif dans l'exercice du pouvoir d'appréciation, car le texte de loi donne aux autorités le mandat impératif de faire usage de ce moyen si les conditions sont réunies.

Un immense pas dans la bonne direction a été franchi avec l'adoption, en novembre 2016, de l'aide-mémoire et des recommandations de la COPMA, élaborés avec différents groupements d'intérêt. Ils tracent aux yeux du Conseil fédéral une voie judicieuse pour l'application future de l'art. 420 CC. Comme on vient de le relever, celui-ci concilie intelligemment les différents intérêts en présence. Les recommandations de la COPMA visent à garantir la bonne application de la loi au bénéfice des intéressés. Elles auront pour effet d'uniformiser jusqu'à un certain point l'application du droit par les autorités de protection de l'enfant et de l'adulte. Sur le plan du contenu, elles se veulent l'expression de la volonté du législateur historique et visent une application plus réfléchie des possibilités de dispense au sens de l'art. 420 CC.

²⁵¹ Art. 400, al. 1, CC

²⁵² ATF 135 III 198, 204, consid. 7

Elles précisent en particulier que si les proches le souhaitent et que les conditions sont simples, « il y a lieu de prévoir, dans la règle, des allègements »²⁵³.

5.5.7 Nécessité de légiférer

Dans ces circonstances, le Conseil fédéral ne juge pas fondamentalement utile de légiférer dans ce domaine. Il est néanmoins deux points qui appellent des clarifications par rapport à l'art. 420 CC.

(1) Dans le droit actuel, la « dispense » totale ou partielle de certaines obligations est le seul traitement de faveur qui peut être accordé aux proches nommés curateurs. Mais en cas de dispense, l'autorité n'exerce plus ou peu de contrôle sur le mandat, alors qu'elle continue d'en répondre. Du fait de la responsabilité objective de l'État, le canton est aussi responsable des dommages causés par les mandataires privés, pour lesquels il y a un plus grand risque d'erreur que chez les curateurs professionnels. Dès lors, l'APEA doit y réfléchir à deux fois avant de dispenser des proches de leurs devoirs en matière de présentation des comptes et de rapports. Il se justifie donc d'examiner la possibilité d'une future adaptation de l'art. 420 CC.

Si l'« autorité parentale prolongée sur mesure » n'a pu se réaliser dans le cadre de révision du droit de la tutelle, il est en revanche parfaitement possible d'adapter les exigences en matière de reddition des comptes et de rapports au cas par cas, en fonction des aptitudes des proches assumant la charge de curateur, et donc d'« alléger » leurs obligations. Lorsque la situation en matière de revenus et de fortune est simple et claire, l'APEA pourrait consentir des « allègements » tels qu'ils sont déjà pratiqués²⁵⁴ tout en assumant un rôle de conseil et de soutien. Sa charge de travail s'en trouverait certes alourdie, mais elle pourrait continuer à s'acquitter régulièrement de son devoir de surveillance.

Dans ce sens, une disposition prévoyant des « allègements » plutôt qu'une « dispense » partielle ou totale irait dans le sens des proches qui souhaitent des rapports les moins contraignants et faisables possibles. Pareille solution laisserait aux APEA la possibilité de superviser le mandat à intervalles raisonnables et donc de prévenir efficacement le risque de dommage ou de responsabilité.

Le Conseil fédéral ne juge pas judicieux cependant de créer différentes catégories de personnes, dont certaines (conjoint ou parents) bénéficieraient d'allègements plus importants que d'autres (frère ou sœur, compagnon ou compagne, etc.). Ce n'est pas le degré de parenté qui doit être déterminant ici, mais l'aptitude concrète du proche à exercer le mandat ainsi que les éléments garantissant la préservation des intérêts de la personne.

(2) Dans le droit actuel, l'art. 420 CC énumère exhaustivement les personnes pouvant être dispensées des obligations considérées. *De lege ferenda*, il faudrait examiner s'il n'y a pas lieu de remplacer cette liste par une liste non exhaustive. La loi n'exclut pas de nommer une tante ou un beau-frère comme curateur. Tout bien considéré, il n'y a aucune raison d'accorder des allègements aux seules personnes citées dans la loi. Avec l'initiative parlementaire 16.429²⁵⁵, le Parlement sera bientôt appelé à se pencher sur cette question et, en cas d'acceptation de la proposition, à adapter la loi.

²⁵³ COPMA, Recommandations proches, ch. 3.1

²⁵⁴ Voir ch. 5.5.2.

²⁵⁵ Initiative parlementaire VOGLER 16.429 du 27 avril 2016 « Adapter l'article 420 du Code civil »

5.6 Information d'autres autorités par l'APEA

Une lacune du droit en vigueur tient à ce que d'après l'art. 449c CC, l'APEA ne doit aviser que le seul office de l'état civil lorsqu'elle place une personne sous curatelle de portée générale en raison d'une capacité durable de discernement ou lorsqu'un mandat pour cause d'incapacité dont fait l'objet une personne devenue durablement incapable de discernement déploie ses effets. Une fois le nouveau droit entré en vigueur, il est apparu que ces faits devaient être portés à la connaissance d'autres organes officiels.

Le Parlement a supprimé cette lacune et complété la disposition en question en adoptant le projet de mise en œuvre de l'initiative parlementaire 11.449²⁵⁶. Désormais, l'APEA devra communiquer les mesures qu'elle ordonne non seulement à l'office de l'état civil, mais aussi à la commune du domicile, à l'office des poursuites, à l'autorité d'établissement sur les documents d'identité et au registre foncier. Le délai référendaire court encore jusqu'au 7 avril 2017²⁵⁷, mais aucun référendum n'a été lancé. Il n'est donc nul besoin de modifier encore la loi.

5.7 Communication des mesures de protection de l'adulte à des tiers

En approuvant le projet de mise en œuvre de l'initiative parlementaire 11.449²⁵⁸, le Parlement s'est attelé à une autre difficulté : depuis l'entrée en vigueur du nouveau droit de la protection de l'adulte le 1^{er} janvier 2013, les mesures restreignant l'exercice des droits civils d'une personne ne sont plus publiées dans les feuilles officielles des cantons. En conséquence, les tiers souhaitant s'enquérir de l'existence d'une telle mesure doivent s'adresser aujourd'hui à l'APEA compétente et faire état d'un intérêt vraisemblable (art. 451, al. 2, CC).

Le texte de l'initiative parlementaire 11.449 et de l'avant-projet qui s'en est suivi prévoyaient encore que les informations concernant les mesures ordonnées devaient être transmises aux tiers qui sollicitent un extrait du registre des poursuites. Compte tenu des avis très critiques émis dans la procédure de consultation, le Parlement a abandonné cette option et maintenu le système en vigueur qui reconnaît à l'APEA la compétence de transmettre les informations. Il a toutefois aussi pris en considération le reproche d'une pratique hautement disparate et parfois très restrictive en ce qui concerne l'accès à ces informations. L'art. 451 CC a été précisé dans ce sens et le Conseil fédéral est tenu d'édicter une ordonnance garantissant que les informations sont transmises de manière simple, rapide et unifiée, en spécifiant clairement qui est en droit d'obtenir des informations et dans quel délai. Ici encore, il n'y a plus matière à légiférer, notamment parce que le Parlement a traité ce problème avec le plus grand soin. Le Conseil fédéral prévoit de mettre en consultation un projet d'ordonnance courant 2017.

5.8 Obligation d'accepter la curatelle (art. 400, al. 2, CC)

Selon le droit en vigueur, une personne nommée curateur par l'APEA est tenue, sous réserve de justes motifs, d'accepter la curatelle (art. 400, al. 2, CC). Au moment de l'entrée en vigueur du droit de la protection de l'enfant et de l'adulte en 2013, cette disposition n'avait plus guère d'incidence pratique, car seul le canton de Vaud pouvait encore obliger les citoyens à se charger d'une curatelle contre leur gré.

L'initiative parlementaire 12.413²⁵⁹ a demandé ce que l'on ne puisse plus nommer curateur une personne contre sa volonté. Après que les commissions des affaires juridiques des deux

²⁵⁶ Initiative parlementaire JODER 11.449 du 16 juin 2011 « Publication des mesures de protection des adultes »

²⁵⁷ FF 2016 8627

²⁵⁸ Initiative parlementaire JODER 11.449 du 16 juin 2011 « Publication des mesures de protection des adultes »

²⁵⁹ Initiative parlementaire SCHWAAB 12.413 du 14 mars 2012 « Les citoyens ne doivent pas être nommés curateurs contre leur gré »

Chambres y ont donné suite, le canton de Vaud a modifié sa pratique. Il a déclaré en juillet 2014 ne plus vouloir imposer de mandat de curatelle aux citoyens. La Commission des affaires juridiques du Conseil national a néanmoins décidé de poursuivre ses délibérations sur la révision de l'art. 400, al. 2, CC et d'inscrire expressément dans la loi le principe selon lequel une personne ne peut être contrainte à assumer contre son gré la charge de curateur.

6 Nécessité de modifier l'Ordonnance sur la gestion du patrimoine dans le cadre d'une curatelle ou d'une tutelle (OGPCT)

Sous l'ancien droit, il incombait aux cantons de réglementer la garde et le placement de la fortune des pupilles, ainsi que la comptabilité, la forme des rapports et la reddition des comptes (art. 425, al. 2, aCC). Plusieurs cantons ont adopté des dispositions en la matière sous forme d'ordonnances, de circulaires ou de recommandations. Afin d'uniformiser l'application du droit fédéral, le nouveau droit de la protection de l'enfant et de l'adulte a donné compétence au Conseil fédéral d'édicter les dispositions relatives au placement et à la préservation des biens (art. 408, al. 3, CC). Ces dispositions s'appliquent aussi, en vertu de l'art. 327c, al. 2, CC, au placement et à la préservation du patrimoine d'une personne mineure sous tutelle. En 2012, le Conseil fédéral a mis en consultation un projet d'ordonnance qu'il a adopté le 4 juillet 2012. L'ordonnance est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2013 en même temps que le droit sur la protection de l'enfant et de l'adulte. Une réglementation uniforme est venue ainsi remplacer les dispositions que les cantons ou communes avaient anciennement édictées dans le cadre de l'art. 425, al. 2, aCC sur le placement des avoirs des personnes concernées.

Depuis son entrée en vigueur, l'ordonnance a montré divers points faibles. Au nombre des problèmes identifiés figurent la réglementation prévue à l'art. 10 OGPCT et son rapport au secret bancaire au sens de l'art. 47 de la loi du 8 novembre 1934 sur les banques²⁶⁰. Par ailleurs, la COPMA a réalisé une enquête sur les modalités de mise en œuvre de l'OGPCT auprès des autorités de surveillance des différents cantons. Les organismes interrogés ont pointé plusieurs éléments qu'ils estiment nécessaire de réformer, en raison de diverses incertitudes, ambiguïtés et incohérences. Il en est résulté des pratiques cantonales fort disparates qui, à leur tour, ont rendu les opérations difficiles pour les banques et se révèlent préjudiciables à la sécurité juridique. Pour y remédier, la COPMA a introduit conjointement avec l'Association suisse des banquiers (Swissbanking) une requête auprès de l'OFJ le 1^{er} novembre 2016 et présenté un projet de révision de l'OGPCT. Il est prévu que le Conseil fédéral ouvre courant 2017 une procédure de consultation sur la révision de l'OGPCT en vue d'en éliminer les défauts.

7 Évaluations cantonales

7.1.1 Canton de Berne

En juillet 2015, deux ans après l'entrée en vigueur du nouveau droit de la protection de l'enfant et de l'adulte, le canton de Berne publiait son rapport sur la première évaluation cantonale. L'évaluation devait mettre en lumière les difficultés et les problèmes rencontrés dans la mise en application. Il s'agissait en outre de se prononcer sur l'état d'avancement de la mise en œuvre du nouveau droit et sur l'adéquation des structures mises en place et de déterminer aussi si les ressources humaines à disposition étaient suffisantes et utilisées à bon escient.

²⁶⁰ RS 952.0

En outre, le rapport devait mettre sous la loupe l'évolution de la collaboration entre les APEA et les partenaires externes, ainsi que le pilotage du système au sein du triangle constitué par les APEA locales, le Directoire des APEA et l'Office des mineurs²⁶¹.

L'évaluation dresse un bilan en tous points positif de l'activité des onze autorités de protection de l'enfant et de l'adulte qui officient dans le canton depuis 2013. Le modèle est bien noté, surtout pour son financement. Les critiques formulées ailleurs par les communes ont été évitées vu que les mesures appliquées sur ordre des autorités sont financées par le canton. L'évaluation a néanmoins relevé quelques points faibles sur lesquels le canton est invité à se pencher. Le décompte des coûts des mesures et des flux financiers se révèle très complexe en raison du partage des responsabilités entre les services cantonaux et les services sociaux des communes²⁶². Le volume de travail est important dans le canton de Berne, aussi bien pour les APEA que pour les services sociaux. L'accroissement des tâches administratives et l'augmentation du nombre de dossiers par travailleur social sont source d'insatisfaction. Les collaborateurs aspirent à une meilleure harmonisation des procédures et du degré de détail des rapports d'enquête ou encore dans la répartition des tâches, notamment pour les enquêtes préalables. Il ressort par ailleurs de l'évaluation que le nombre de mesures ordonnées par les APEA s'inscrit probablement en recul par rapport aux années précédentes, tandis que le nombre de mesures volontaires des services sociaux a augmenté entre 2012 et 2014²⁶³.

7.1.2 Canton de Saint-Gall

Le gouvernement du canton de Saint-Gall a chargé la société Interface d'évaluer la mise en œuvre et les effets du nouveau droit de la protection de l'enfant et de l'adulte et les prestations des neuf autorités compétentes dans le domaine. Le rapport final assorti de recommandations a été publié fin août 2016.²⁶⁴ Sur la base de ces résultats, le Gouvernement entend proposer, si nécessaire, des adaptations concrètes de la loi. Les résultats sont aujourd'hui à l'examen au Département de l'intérieur du canton.

Les autorités du canton de Saint-Gall sont gérées sur le plan communal ou régional et présentent des formes très diverses, car la loi d'introduction du code civil du canton octroie aux communes une grande latitude au niveau de leur organisation. Les deux autorités dont le bassin de population est le plus important ont opté pour un modèle de commune-siège, quatre autres pour une corporation de droit public dotée de sa propre personnalité juridique et, enfin, les trois autorités avec le plus petit bassin de population pour un syndicat de communes.²⁶⁵

L'évaluation dresse un tableau tout à fait positif du travail effectué depuis 2013 par les neuf autorités actives. Elle aboutit à la conclusion que les cas de placements d'enfants, au centre de la critique, n'ont pas augmenté en nombre ou plutôt que la révision du code civil n'a pas entraîné de changements majeurs au niveau des dépenses effectuées par les communes au titre des mesures de protection de l'enfant²⁶⁶. Ses auteurs estiment cependant utile de renforcer la collaboration entre les APEA et les communes et formulent des recommandations analogues à celles du canton de Zurich. Ils ont aussi entrepris de mesurer l'efficacité des neuf autorités sur la base des coûts nets et des dossiers en cours pour constater que les coûts par dossier actif s'élevaient entre 2013 et 2015 à 1 308 francs en moyenne annuelle. Ils portent un jugement neutre sur la distance qu'instaure le nouveau droit entre les autorités et les personnes concernées. Les APEA estiment que la situation s'est détériorée à plusieurs égards

²⁶¹ Rapport d'évaluation BE, p. 2, 11

²⁶² Rapport d'évaluation BE, p. 3, 66

²⁶³ Rapport d'évaluation BE, p. 69 s.

²⁶⁴ Rapport d'évaluation SG

²⁶⁵ Rapport d'évaluation SG, p. 5

²⁶⁶ Rapport d'évaluation SG, p. 8 ss, voir chapitre 3 Auswirkungen der Revision auf Fallzahlen und Kosten.

par rapport au droit antérieur ; ils nomment la complexité croissante des cas et partant, des décisions plus difficilement compréhensibles, mais aussi une charge financière alourdie par les émoluments et les exigences formelles plus élevées auxquelles doivent répondre les mandataires. D'après les auteurs, mieux vaut que l'APEA se charge de l'enquête sociale plutôt que de confier celle-ci à un organisme externe. Cette façon de faire donnerait de leur point de vue une base de décision plus solide aux personnes appelées à statuer. Elle permettrait en outre de développer et d'exploiter en interne un savoir-faire interdisciplinaire et a pour avantage supplémentaire de créer une proximité avec les personnes concernées. Le lien organisationnel entre les curateurs professionnels et l'APEA est perçu comme un point faible. Le rapport recommande par conséquent de les organiser en entités propres, mais de les loger dans le même bâtiment pour assurer une meilleure qualité des échanges entre eux²⁶⁷.

8 Critères de la Convention de l'ONU sur les droits des personnes handicapées

La Convention du 13 décembre 2006 relative aux droits des personnes handicapées (CDPH)²⁶⁸ revêt une importance particulière dans le contexte du droit sur la protection de l'adulte. Ce traité international est un précieux instrument permettant de lutter contre la discrimination dans tous les domaines à l'égard de plus d'un milliard de personnes handicapées dans le monde et d'encourager leur participation autonome à la vie sociale. La convention a été approuvée le 13 décembre 2006 par l'Assemblée générale de l'ONU et, le 1^{er} novembre 2012, était signée par 154 États et ratifiée par 126 États (UE y compris). L'Assemblée fédérale l'a approuvée le 13 décembre 2013, de sorte que l'instrument d'adhésion a pu être déposé le 15 avril 2014. La convention est entrée en vigueur pour la Suisse le 15 mai 2014.

L'objectif de la convention est la pleine jouissance des droits de l'homme et des libertés fondamentales par les personnes handicapées et leur participation active à la vie politique, économique, sociale et culturelle, ainsi que le respect de leur dignité intrinsèque. Elle interdit toute forme de discrimination à leur égard et vise à leur donner des chances égales dans tous les domaines. Elle garantit notamment le droit à l'autonomie et à la liberté de choix, la protection des femmes et des filles handicapées contre les discriminations multiples, le droit au travail, le droit à un niveau de vie adéquat et à la protection sociale, la non-discrimination dans le droit de fonder une famille l'accès à l'éducation et le droit de participer à la vie publique et culturelle, ainsi qu'une protection contre la violence, l'exploitation et les abus. La convention ne crée pas de droits spéciaux en plus de ceux qui existent déjà, mais concrétise et spécifie les droits de l'homme universels du point de vue des personnes handicapées et eu égard à leur situation particulière.

La plupart des dispositions de la convention contiennent des droits de nature programmatique. Il s'agit d'obligations que chaque État partie doit mettre en œuvre progressivement, en fonction des ressources dont il dispose et dans le cadre de sa législation nationale. Par conséquent, les dispositions de la convention s'adressent en premier lieu au législateur, qui doit les utiliser comme lignes directrices dans son activité.

Dans le contexte qui nous occupe, une place importante revient à l'art. 12 de la convention, selon lequel il y a lieu de garantir « que les mesures relatives à l'exercice de la capacité juridique respectent les droits, la volonté et les préférences de la personne concernée, soit exemptes de tout conflit d'intérêts et ne donnent lieu à aucun abus d'influence, soient

²⁶⁷ Rapport d'évaluation SG, p. 5, 12

²⁶⁸ RS 0.109

proportionnées et adaptées à la situation de la personne concernée, s'appliquent pendant la période la plus brève possible et soient soumises à un contrôle périodique effectué par un organe compétent, indépendant et impartial ou une instance judiciaire. »²⁶⁹

Dans son message relatif à la CDPH, le Conseil fédéral estime que la Suisse satisfait dans une large mesure aux exigences de la convention. Le nouveau droit de protection de l'adulte en particulier vise à ne restreindre qu'au strict minimum dans l'exercice de leurs droits les personnes handicapées qui sont tributaires d'autrui pour qu'elles soient avant tout soutenues plutôt que représentées (les aider à prendre une décision plutôt que prendre une décision à leur place). Grâce à la mise en place d'instruments adaptés à la situation individuelle, les besoins concrets des personnes concernées peuvent être pris en considération de façon optimale et, ce faisant, leur autonomie est maintenue au mieux²⁷⁰.

En tant qu'État signataire, la Suisse est tenue de présenter périodiquement un rapport détaillé sur l'application de la convention à l'organe compétent, à savoir le Comité des droits des personnes handicapées. Le rapport initial doit être rendu dans un délai de deux ans après l'entrée en vigueur, les rapports suivants tous les quatre ans. Le 29 juin 2016, le Conseil fédéral a approuvé le rapport initial de la Suisse à l'ONU sur l'application de la convention²⁷¹. Le rapport confirme le jugement exprimé dans le message selon lequel le nouveau droit de la protection de l'enfant et de l'adulte assure l'application des exigences de la convention²⁷². Dans une deuxième étape, le rapport est soumis pour examen au Comité des droits des personnes handicapées. À partir de là, le Comité formulera des suggestions et recommandations qu'il transmettra à la Suisse²⁷³.

S'agissant de l'art. 12 CDPH, le comité susmentionné a considéré ces dernières années que cette disposition interdit tout recours à des formes de « *substitute decision making* » (dans le droit suisse : curatelles de représentation avec ou sans limitation de l'exercice des droits civils) et prescrit un système exclusivement fondé sur le « *assisted decision making* ». Dans cet ordre d'idée, le Comité a invité les États ayant récemment révisé leur droit sur la protection de l'adulte à revoir leur législation en vue de supprimer les mesures légales de représentation. Sont notamment concernées les législations qui ont inspiré la révision du droit suisse (Allemagne, Autriche, Espagne)²⁷⁴. Des débats animés ont lieu actuellement dans ces pays. Dans la doctrine suisse, des voix réclament déjà une nouvelle réforme, principalement pour le placement à des fins d'assistance²⁷⁵. D'autres considèrent ce problème avec une plus grande sérénité et estiment qu'une nouvelle révision ne s'impose pas et qu'il est possible de satisfaire aux exigences de la CDPH en appliquant le droit en vigueur²⁷⁶.

Compte tenu de ces incertitudes, le Conseil fédéral suivra de près les débats en Suisse et à l'étranger. Il décidera de la suite à donner quand le Comité aura examiné le rapport présenté par la Suisse et transmis ses éventuelles suggestions et recommandations.

²⁶⁹ Art. 12, al. 4, CDPH

²⁷⁰ Message CDPH, p. 629 s.

²⁷¹ Premier rapport du Gouvernement suisse sur la mise en œuvre de la Convention relative aux droits des personnes handicapées, disponible sous : <https://www.edi.admin.ch/edi/fr/home/fachstellen/bfeh/droit/international/cdph/rapport.html>

²⁷² Rapport, ch. 58 ss

²⁷³ Voir à propos de la procédure d'examen l'art. 34 CDPH ainsi que les considérations exposées dans le message CDPH, p. 601, 606 et 654 ss.

²⁷⁴ Voir BOENTE, 113 s. ; pour les autres législations, voir MEIER, note de bas de page 36.

²⁷⁵ BOENTE, p. 121

²⁷⁶ MEIER, p. 337 ss.

9 Appréciation générale

9.1 Synthèse des résultats

Depuis l'entrée en vigueur du nouveau droit de la protection de l'enfant et de l'adulte le 1^{er} janvier 2013, les nouvelles dispositions et l'institution de l'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte ont fait l'objet de nombreuses et vives critiques. Les difficultés de démarrage auxquelles se sont heurtées les autorités nouvellement instituées résultaient du nouveau droit et des nouvelles tâches qui leur étaient assignées, le tout conjugué à des situations difficiles tant sur le plan professionnel que sur le plan humain. On ne peut s'étonner dès lors que les choses n'aient pas fonctionné au mieux au départ. Il serait faux cependant de vouloir évaluer le nouveau droit et les APEA sur la base de quelques incidents survenus dans la période d'introduction. Le Conseil fédéral a reconnu dès le départ qu'avant de juger de la qualité du travail des APEA, il faudrait attendre quelque temps pour que celles-ci atteignent leur rythme de croisière.

Un premier constat important qui s'est dégagé des présents travaux concerne le nombre de mesures ordonnées par les APEA. Rien n'indique qu'il ait augmenté en Suisse depuis le 1^{er} janvier 2013. Il n'est certes pas exclu que ce soit le cas dans certains cantons ou communes, mais les chiffres concernant l'ensemble de la Suisse ne font état d'aucune hausse. Voilà qui contredit, tout au moins, l'affirmation selon laquelle le nouveau droit est à l'origine d'une explosion du nombre de cas.

L'application du nouveau droit par les autorités cantonales de protection de l'enfant et de l'adulte est aussi largement conforme aux attentes du Conseil fédéral. On sait par expérience que l'introduction d'une révision aussi vaste nécessite quelques années et on ne saurait imaginer qu'elle puisse se réaliser sans difficulté aucune. Si l'on considère les développements depuis le 1^{er} janvier 2013 dans les cantons, force est de reconnaître que bien des choses se sont améliorées. Tous les acteurs et institutions ont acquis de précieuses expériences et se sont employés à éliminer les carences et à optimiser les procédures. Ce processus n'est pas encore achevé. Aujourd'hui, quelques cantons entreprennent par exemple d'évaluer la mise en œuvre du droit et des activités des autorités et engagent des mesures d'amélioration. Il existe dans de nombreux cantons des manuels, des recommandations et une pratique des autorités pour guider les APEA dans leur action. De sérieux efforts ont aussi été entrepris pour améliorer la communication des autorités qui a été sous le feu de vives critiques. Plusieurs cantons ont augmenté les effectifs des APEA et remédié ainsi, en partie du moins, à l'un des principaux problèmes. N'oublions pas enfin le rôle actif de la COPMA, à qui on doit de nombreux outils qui ont grandement facilité la mise en œuvre du nouveau droit ces dernières années.

Au vu de ces résultats, le Conseil fédéral est convaincu que la nécessité de légiférer sur le plan fédéral est minime. Le fédéralisme suisse en général, ainsi que le mode de mise en œuvre du nouveau droit dans les cantons, entraînent fatalement une grande disparité de pratiques. Quant à savoir si celles-ci sont bonnes ou mauvaises, c'est en premier lieu aux cantons concernés d'en juger. C'est à eux aussi qu'il appartient de prendre des mesures pour remédier concrètement aux carences existantes. Il n'y a pas lieu de bouleverser une répartition des tâches qui a fait ses preuves. Au niveau du droit fédéral, le besoin de légiférer se limite à des points précis. Visiblement, plusieurs ajustements ont déjà été apportés ou vont être apportés en plusieurs endroits et rien n'indique que le système ne puisse évoluer favorablement et notablement de cette manière. Le Conseil fédéral salue en outre le rôle actif que joue la COPMA dans ce processus. Il apparaît judicieux, eu égard à sa grande expertise surtout, de lui laisser le pilotage de la mise en œuvre du droit de la protection de l'enfant et de l'adulte dans les cantons. Du seul fait qu'elle est un organe intercantonal, ses recommandations sont

mieux acceptées que des interventions en parallèle de la Confédération. Celle-ci doit poursuivre sa collaboration avec la COPMA et lui assurer tout l'appui dont elle a besoin.

Les considérations ci-dessus montrent aussi que plusieurs questions restent ouvertes sur le plan du droit fédéral concernant l'intégration des proches dans la procédure de l'APEA. Le Conseil fédéral sera donc amené à les examiner et à vérifier si les critiques exprimées en la matière sont fondées et, si oui, à proposer de possibles remèdes.

9.2 Mesures à prendre

Le Conseil fédéral est d'avis qu'il faut agir en particulier dans les domaines suivants :

Participation des proches

Il convient d'examiner comment mieux associer les proches à tous les stades de la procédure et à l'ensemble des décisions de l'APEA et comment assurer leur participation sur le plan institutionnel. Cela concerne en particulier leur intégration au stade de l'établissement des faits et leur prise en compte pour un mandat de curatelle ou un placement d'enfant. Il faut aussi examiner la possibilité de régler plus concrètement la procédure à suivre par l'APEA en cas d'avis de mise en danger.

À cet effet, le Conseil fédéral chargera le DFJP d'identifier, avec le concours des cantons, des acteurs de terrain et des milieux intéressés, les éléments à modifier et d'indiquer les possibles solutions. Au besoin, il élaborera d'ici fin 2018 un projet qui sera envoyé en consultation.

Révision de l'art. 420 CC

L'art. 420 CC doit être précisé conformément aux considérations exposées dans le présent rapport.

Les deux initiatives parlementaires 16.426 et 16.427 seront traitées à brève échéance au sein des commissions parlementaires compétentes. Ce sera l'occasion d'introduire les précisions citées dans le texte de loi, pour autant que le Parlement le souhaite.

Révision de l'OGP

Une révision de l'OGP s'impose pour en éliminer les défauts et carences. Le Conseil fédéral ouvrira courant 2017 une procédure de consultation sur le projet remanié.

9.3 Réponses aux questions soulevées par les postulats

9.3.1 Postulat 14.3776

- « 1. Comment les coûts dans les domaines de la protection de l'enfant et de l'adulte ainsi que de l'aide sociale ont-ils évolué depuis l'entrée en vigueur de la révision du Code civil en 2013 ?
2. Comment le Conseil fédéral explique-t-il les tarifs exorbitants dans certains cas ?
3. Les objectifs de la révision ont-ils été atteints ?
4. Peut-il indiquer des mesures et des variantes permettant de rétablir, entre les cantons et les communes et s'agissant de la collaboration avec les autorités de protection de l'enfant et de l'adulte (APEA), le principe selon lequel la décision appartient à celui qui paie ?
5. Peut-il proposer des mesures permettant de maîtriser l'accroissement des coûts ? »

1., 2. et 5. La question des coûts est abordée au ch. 3. Compte tenu de données insuffisantes sur la situation sous l'ancien droit, de structures parfois très différentes dans les cantons et les communes mais aussi de relevés de coûts parfois inexistants ou de méthodes de relevé très hétérogènes, aucune indication précise ne peut être faite sur l'évolution des coûts. Si l'on pouvait s'attendre à une hausse des coûts des autorités suite à leur professionnalisation, rien ne laisse aujourd'hui penser que le nombre de dossiers ou les coûts par cas ont augmenté.

3. On ne peut répondre avec certitude à la question de savoir si les objectifs de la révision ont été atteints qu'en procédant à une évaluation des nouvelles dispositions. Le Conseil fédéral ne dispose cependant pour l'heure d'aucune information lui laissant penser que les objectifs n'ont pas été atteints.

4. Voir ch. 4.3.

9.3.2 Postulat 14.3891

Le Conseil fédéral a été chargé « de faire établir une étude sur les effets déjà constatés du passage du droit de la tutelle au droit de la protection de l'enfant et de l'adulte, notamment en ce qui concerne la qualité et le coût des prestations ainsi que le nombre des mesures prises (nombre de personnes concernées) et des procédures engagées avant et après l'entrée en force du nouveau droit ».

À propos du coût des prestations et du nombre de mesures prises, voir le ch. 3. Concernant la qualité des prestations, se reporter au ch. 5.

9.3.3 Postulat 14.4113

Le Conseil fédéral est chargé de rédiger un guide de « bonnes pratiques », en collaboration avec l'organe intercantonal compétent, afin d'atténuer les problèmes qui se posent dans la mise en œuvre de la révision du Code civil (objet 06.063). Ce guide exposera notamment les cas d'exécution réussie du nouveau droit par les cantons dans les domaines suivants :

1. clé de répartition des coûts entre le canton et la commune (financement de l'APEA et des mesures ordonnées) ;
2. droit des communes d'être entendues lorsque les coûts sont élevés ;
3. organisation de l'APEA et processus de décision (travaux internes et mandats externes y compris) ;
4. formes que peuvent prendre l'échange d'information et la collaboration entre l'APEA et la commune (enseignants / autorités scolaires y compris) ;
5. origine de l'augmentation des coûts et du nombre de signalements de personnes en danger.

1. à 4. Voir ch. 4.3.

5. Se reporter au ch. 3.

9.3.4 Postulat 15.3614

Le Conseil fédéral a été chargé d'examiner « si les délais de recours introduits par le nouveau droit de la protection de l'enfant et de l'adulte sont pertinents dans la pratique ou s'ils doivent être adaptés, et de présenter un rapport à ce sujet ».

Voir ch. 4.5.

Annexe 1 : Bibliographie

- AFFOLTER KURT/INVERSINI MARTIN, Auszug aus dem Gutachten vom 29. Juli 2015 betreffend Beurteilung der Handlungsweise der KESB Winterthur-Andelfingen im Zusammenhang mit den Kindstötungen in Flaach, disponible à l'adresse suivante : www.zh.ch/dam/Portal/internet/news/mm/2016/fall_flaach/Gutachten_Affolter_Inversini_Auszug.pdf.spooler.download.1453990584450.pdf/Gutachten_Affolter_Inversini_Auszug.pdf (cité : AFFOLTER/INVERSINI).
- ALBISSER HEINRICH, Die Abgrenzung der Kompetenzen der Vormundschaftsbehörden und der Armenbehörden, in : Probleme und Ziele der vormundschaftlichen Fürsorge, Festschrift zum 50jährigen Bestehen der Vereinigung schweizerischer Amtsvormünder, Zurich 1963 (cité : ALBISSER).
- AMSTUTZ MARC/BREITSCHMID PETER/FURRER ANDREAS/GIRSBERGER DANIEL/HUGUENIN CLAIRE/JUNGO ALEXANDRA/MÜLLER-CHEN MARKUS/ROBERTO VITO/SCHNYDER ANTON K./TRÜEB HANS RUDOLF (éd.) Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3^e éd., Zurich 2016 (cité : Handkommentar-AUTEUR).
- AUER CHRISTOPH, Bundeskompetenzen in Verfahren vor vormundschaftlichen Behörden, Revue de la protection des mineurs et des adultes (RMA) 2003, p. 188 ss (cité : AUER).
- BOENTE WALTER, Behindertenrechtskonvention und Erwachsenenschutzrecht – ein Zwischenruf, La pratique du droit de la famille (FamPra) 2016, p. 111 ss (cité : BOENTE).
- BOHREN Ulrich/WEGENKE Markus, Abklärung und Beratung bei Verdacht auf Kindeswohlgefährdung, Revue de la protection des mineurs et des adultes (RMA) 2014, p. 72 ss (cité : BOHREN/WEGENKE).
- BÜCHLER ANDREA/HÄFELI CHRISTOPH/LEUBA AUDREY/STETTLER MARTIN (éd.), FamKomm Erwachsenenschutz, Berne 2013 (cité : FamKomm-AUTEUR).
- Canton d'Argovie, Handbuch Abklärungen des Obergerichts des Kantons Aargau vom 1. Januar 2015, disponible à l'adresse suivante : www.ag.ch/media/kanton_aargau/jb/dokumente_6/projekte_15/kesr_2/Handbuch_Abklaerungen_Kanton_Aarga_u.pdf (cité : Canton d'Argovie, Handbuch Abklärungen).
- Canton de Berne, Evaluation Umsetzung des Kindes- und Erwachsenenschutzgesetzes im Kanton Bern, rapport du 17 juin 2015 disponible sous : www.jgk.be.ch > Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde > Publikationen (cité : Rapport d'évaluation BE).
- Canton de Saint-Gall, Evaluation der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden im Kanton St. Gallen, rapport du 15 juillet 2016 disponible sous : www.sg.ch > Soziales > Kindes- und Erwachsenenschutz > Évaluation KESB (cité : Rapport d'évaluation SG).
- Canton de Zurich, KESB-Kennzahlen Kanton Zürich, Bericht 2014 vom 21. August 2015, disponible sous : www.kesb-aufsicht.zh.ch > Aufsichtstätigkeit > Statistik (cité : Indicateurs 2014 du canton de Zurich).
- Canton de Zurich, KESB-Kennzahlen Kanton Zürich, Bericht 2015 vom 21. April 2016, disponible sous : www.kesb-aufsicht.zh.ch > Aufsichtstätigkeit > Statistik (cité : Indicateurs 2015 du canton de Zurich).
- Canton de Zurich, Empfehlungen zur Zusammenarbeit zwischen den Gemeinden und den KESB im Kanton Zürich, disponible à l'adresse suivante : www.kesb-zh.ch/sites/default/files/attachments/zusammenarbeit_gemeinden_-_kesb_-_empfehlung.pdf (cité : Canton de Zurich, Empfehlungen Zusammenarbeit).
- Canton de Zurich, Bericht der Aufsichtsbehörde Kanton Zürich 2014 vom 25. März 2015, disponible sous : www.kesb-aufsicht.zh.ch > Aufsichtstätigkeit > Berichterstattung (cité : Canton de Zurich, Aufsichtsbericht 2014).
- Canton de Zurich, Bericht der Aufsichtsbehörde Kanton Zürich 2015 vom 14. Juni 2016, disponible sous : www.kesb-aufsicht.zh.ch > Aufsichtstätigkeit > Berichterstattung (cité : Canton de Zurich, Aufsichtsbericht 2015).
- Classement des réponses à la procédure de consultation relative à l'avant-projet de révision du Code civil, octobre 2004, disponible sous : www.ofj.admin.ch > Société > Projets législatifs terminés > La révision du droit de la tutelle.
- COPMA, Statistiques COPMA 2015 – Nombre de personnes soumises à des mesures de protection, Revue de la protection des mineurs et des adultes (RMA) 2016, p. 313 ss (cité : Statistiques COPMA 2015).
- COPMA, L'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte, une autorité interdisciplinaire (analyse et propositions de modèles) – Recommandations de la conférence des autorités cantonales de tutelle (CAT,

aujourd'hui : COPMA), Revue du droit de tutelle (RDT) 2008, p. 129 ss (cité : COPMA, Recommandations autorité interdisciplinaire).

COPMA (éd.), Droit de la protection de l'adulte – Guide pratique, Zurich/Saint-Gall 2012 (cité : COPMA, Droit de la protection de l'adulte – Guide pratique).

COPMA (éd.), Droit de la protection de l'enfant – Guide pratique, Zurich/Saint-Gall, à paraître fin avril 2017 (cité : COPMA, Droit de la protection de l'enfant – Guide pratique).

COPMA, L'implication des autorités d'aide sociale dans les processus décisionnels des organes de protection de l'enfant, Recommandations de la COPMA du 24 avril 2014, disponible sous : www.kokes.ch > Documentation > Recommandations (cité : COPMA, Recommandations implication des communes).

COPMA, La curatelle confiée à des proches – critères de mise en œuvre de l'art. 420 CC. Aide-mémoire et recommandations de novembre 2016, disponible sous : www.kokes.ch > Documentation > Recommandations (cité : COPMA, Recommandations proches).

COTTIER MICHELLE/DANIEL STECK, Das Verfahren vor der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde, La pratique du droit de la famille (FamPra) 2012, p. 981 ss (cité : COTTIER/STECK).

FASSBIND PATRICK, Verfahren vor der KESB: Von der Gefährdungsmeldung bis zur Vollstreckung, in : DANIEL ROSCH/CHRISTINA FOUNTOLAKIS/CHRISTOPH HECK (éd.), Handbuch Kindes- und Erwachsenenschutz, Recht und Methodik für Fachleute, Berne 2016, p. 99 ss (cité : FASSBIND).

GEISER THOMAS, Rechtsschutz im neuen Erwachsenenrecht, Revue de la protection des mineurs et des adultes (RMA) 2013, p. 16 ss (cité : GEISER, RMA 2013).

GEISER THOMAS/REUSSER RUTH E. (éd.), Basler Kommentar Erwachsenenschutz, Art. 360–456 ZGB, Bâle 2012, (cité : BSK-Erw.Schutz-AUTEUR).

HÄFELI CHRISTOPH, Grundriss zum Erwachsenenschutzrecht mit einem Exkurs zum Kinderschutz, Berne 2013, (cité : HÄFELI, Grundriss).

HÄFELI CHRISTOPH, Private Mandatsträger (Prima) und Angehörige als Beistand, Revue de la protection des mineurs et des adultes (RMA) 2015, p. 198 ss (cité : HÄFELI, RMA).

HÄFELI CHRISTOPH, Zwei Jahre Kindes- und Erwachsenenschutzrecht – Erfolgs- und Risikofaktoren bei der Umsetzung, Pratique juridique actuelle (PJA) 2014, p. 1592 ss (cité : HÄFELI, PJA).

HÄFELI CHRISTOPH, Kindes- und Erwachsenenschutzrecht (KESR) und Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden (KESB) unter Dauerbeschuss. Luxusgesetz? – Bürokratie statt Bürgernähe? – Kostenexplosion?, Jusletter du 9 février 2015 (cité : HÄFELI, Jusletter).

HAURI ANDREA/JUD ANDREAS/LÄTSCH DAVID/ROSCH DANIEL, Das Berner und Luzerner Abklärungsinstrument zum Kinderschutz, in: DANIEL ROSCH/CHRISTINA FOUNTOLAKIS/CHRISTOPH HECK (éd.), Handbuch Kindes- und Erwachsenenschutz, Recht und Methodik für Fachleute, Berne 2016, p. 590 ss (cité : HAUARI/JUD/LÄTSCH/ROSCH).

HEGNAUER CYRIL, Grosseltern und Enkel im schweizerischen Recht, in : PETER GAUCH/JÖRG SCHMID/PAUL-HENRI STEINAUER/PIERRE TERCIER/Franz Werro (éd.), Festgabe für Bernhard Schnyder, Fribourg 1995 (cité : HEGNAUER).

INTERFACE, Evaluation Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, Analyse der organisatorischen Umsetzung und Kennzahlen zu Leistungen und Kosten, 5 avril 2016, disponible sous www.ofj.admin.ch > Publications & services > Rapports > Nouveau droit de la protection de l'enfant et de l'adulte (cité : Etude Interface).

JULMY MARKUS, Die elterliche Gewalt über Entmündigte (Art. 285 Abs. 3 ZGB), Fribourg 1991 (cité : JULMY).

KREN KOSTKIEWICZ JOLANDA/WOLF STEPHAN/MARC AMSTUTZ/ROLAND FANKHAUSER (éd.), Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Kommentar, 3^e éd., Zurich 2016 (cité : OFK-AUTEUR).

KRONENBERG MÜLLER ROMANA, Bundesgericht, II. zivilrechtliche Abteilung, Urteil vom 28. März 2014 (Bger 5A_979/2013) i.S. Gemeinde X c. A. und B.Y. und Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Innerschwyz, Pratique juridique actuelle (PJA) 2014, p. 1121 ss (cité : KRONENBERG).

LÄTSCH DAVID/HAURI ANDREA/JUD ANDREAS/ROSCH DANIEL, Das Instrument zur Abklärung des Kindeswohls – spezifisch für die deutschsprachige Schweiz, Revue de la protection des mineurs et des adultes (RMA) 2015, p. 1 ss (cité : LÄTSCH/HAURI/JUD/ROSCH).

MEIER PHILIPPE, CDPH et droit suisse de la protection de l'adulte – une coexistence pacifique ou un infranchissable fossé ?, in : ZIEGLER ANDREAS/KÜFFER JULIE (éd.), Festschrift Barbara Wilson, Zurich 2016, p. 337 ss (cité : MEIER).

MEIER PHILIPPE/SUZANA LUKIC, Introduction au nouveau droit de la protection de l'adulte, Genève/Zurich/Bâle 2011 (cité : MEIER/LUKIC).

Message du Conseil fédéral du 28 juin 2006 concernant la révision du code civil suisse (Protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation), FF 2006 6635 ss (cité : Message relatif au droit de la protection de l'enfant et de l'adulte).

Message du Conseil fédéral du 16 novembre 2011 concernant une modification du Code civil suisse (Autorité parentale), FF 2011 8315 (cité : Message relatif à l'autorité parentale).

Message du Conseil fédéral du 19 décembre 2012 portant approbation de la Convention du 13 décembre 2006 relative aux droits des personnes handicapées, FF 2013 601 ss (cité : Message CDPH).

PREISCH STEPHAN/MERKOFER BEAT, Zwei Jahre neues Kindes- und Erwachsenenschutzrecht im Kanton Aargau – Ein Rückblick und ein Ausblick aus Sicht der Mandatsführung, Revue de la protection des mineurs et des adultes (RMA) 2014, p. 467 ss (cité : PREISCH/MERKOFER).

ROSCH DANIEL, Das Luzerner Abklärungsinstrument zum Erwachsenenschutz, in: DANIEL ROSCH/CHRISTINA FOUNTOLAKIS/CHRISTOPH HECK (éd.), Handbuch Kindes- und Erwachsenenschutz, Recht und Methodik für Fachleute, Berne 2016, p. 628 ss (cité : ROSCH).

ROSCH DANIEL/BÜCHLER ANDREA/JAKOB DOMINIQUE (éd.), Erwachsenenschutzrecht, Einführung und Kommentar zu Art. 360 ff. ZGB und VBVV, 2^e éd., Bâle 2015 (cité : ESR-Komm.-AUTEUR).

ROSCH DANIEL/JUD ANDREAS/MITROVIC TANJA, Praxis des Vorgehens der KESB bei Vaterschaftsfeststellungen, bei Unterhaltsverträgen und beim Einbezug von verwandten und nicht verwandten Personen bei Kindesplatzierungen durch die KESB – Schlussbericht, disponible sous : www.ofj.admin.ch > Publications & services > Rapports > Nouveau droit de la protection de l'enfant et de l'adulte (cité : Étude HSLU).

SCHMID HERMANN, Erwachsenenschutz, Kommentar zu Art. 360–456 ZGB, Zurich/Saint Gall 2010 (cité : SCHMID).

SCHNYDER BERNHARD/MURER ERWIN, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht (Berner Kommentar), vol. II, 3^e section, Das Vormundschaftsrecht, 3^e éd., Berne 1984, (cité : SCHNYDER/MURER).

SUTTER-SOMM THOMAS/HASENBÖHLER FRANZ/LEUENBERGER CHRISTOPH (éd.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3^e éd., Zurich/Bâle/Genève (cité : ZPO-Komm.-AUTEUR).

Annexe 2 : Interventions relatives au droit de la protection de l'enfant et de l'adulte

1. Interventions transmises

Postulat	14.3776	Professionnaliser l'État social à tout prix ? (CN 12.12.14, Schneeberger)
Postulat	14.3891	Remplacement des autorités de tutelle par les APEA. Procéder à un premier état des lieux (CN 12.12.14, groupe PS)
Postulat	14.4113	Autorité de protection de l'enfant et de l'adulte. Améliorer l'exécution (CN 27.9.16, Vitali)
Postulat	15.3614	Droit de la protection de l'enfant et de l'adulte. Délais de recours (CN 14.12.15, Schenker)

2. Interventions en suspens, dont le Parlement n'a pas encore achevé l'examen

Initiative cantonale	15.309	Code civil. Droit de recours de la corporation publique tenue de prendre en charge les coûts contre des mesures de protection des enfants et des adultes arrêtées par les APEA (canton de Schaffhouse)
Interpellation	15.3203	APEA. Encadrer et soutenir les mandataires privés (Schneider Schüttel)
Motion	15.3727	Déclaration d'autorité parentale conjointe. Harmoniser les émoluments (Amherd)
Initiative parl.	16.415	Habiller communes et autorités à recourir contre les décisions des APEA (groupe UDC)
Initiative parl.	16.428	Article 420 du Code civil. Changer de paradigme (Vogler)
Initiative parl.	16.429	Adapter l'article 420 du Code civil (Vogler)
Initiative parl.	16.444	APEA. Donner la préférence à la famille (groupe UDC)
Postulat	16.3317	Protection de l'enfance. Assurer le flux d'informations, être davantage à l'écoute du client (Fluri)
Motion	16.3434	APEA. Améliorer la transparence (groupe UDC)
Motion	16.3435	APEA. Améliorer l'application du principe de subsidiarité (groupe UDC)
Motion	16.3436	APEA. Garantie juridique (groupe UDC)
Interpellation	16.3516	Responsabilité pour les dommages causés par les décisions erronées de l'APEA (Keller-Inhelder)
Initiative parl.	12.413	Les citoyens ne doivent pas être nommés curateurs contre leur gré (Schwaab)

3. Interventions liquidées

Initiative parl.	11.449	Publication des mesures de protection des adultes (Joder)
Initiative parl.	13.476	Droit de la protection de l'adulte. Adaptation du délai de recours (Schenker)
Interpellation	14.3030	Protection de l'enfant et de l'adulte. Séparer ce qui est désirable de ce qui est nécessaire (Vitali)
Motion	14.3754	Adapter le système de protection de l'adulte et de l'enfant (groupe UDC)
Interpellation	15.3080	APEA. En finir avec les affaires inexplicables (Schneeberger)
Motion	15.3142	APEA. Droit d'être entendu obligatoire et droit d'action renforcé en faveur des grands-parents, des frères et sœurs et des parents proches (Grunder)
Motion	15.3344	APEA. Obligation de consulter les proches et la commune avant toute décision de placement (Schibli)
Motion	15.3348	Associer les proches et les communes à la prise de décision (Herzog)
Interpellation	15.3347	Droit de la protection de l'enfant et de l'adulte et APEA. Ne faudrait-il pas procéder à certains ajustements ? (Quadranti)