

Kurzgutachten

Weisung des Regierungsrats des Kantons Obwalden als administrative Aufsichtsbehörde über die KESB betr. generelle Befreiung des in Art. 420 ZGB genannten Personenkreises von der Inventarpflicht, der Pflicht zur periodischen Berichterstattung und Rechnungsablage und der Pflicht, für bestimmte Geschäfte die Zustimmung einzuholen.

1. Aufgaben der administrativen Aufsichtsbehörde allgemein

Die administrative Aufsichtsbehörde hat im Rahmen der allgemeinen Aufsicht für eine korrekte, einheitliche Rechtsanwendung des Bundesrechts und des ergänzenden kantonalen Rechts zu sorgen, wobei sie keinen Entscheid der KESB in einem Einzelfall korrigieren kann. Dies bleibt dem nach kantonalem Recht zuständigen Gericht im Rechtsmittelverfahren nach Art. 450 ZGB vorbehalten (Botschaft Erwachsenenschutz 7074). Bei der Aufsicht geht es im Einzelnen um die folgenden Aspekte:

- Vereinheitlichung der Rechtsanwendung
- Funktionieren der Behörde(n)
- Beschränkung der Macht, z.B. durch Kontrolle darüber, ob Ausstandsbestimmungen eingehalten worden sind (HÄFELI, Unterstellung des entmündigten Kindes unter die elterliche Sorge Art. 385 Abs. 3 ZGB; Pflicht der Eltern zur periodischen Berichterstattung und Rechnungsstellung, ZVW 3/2002, 105).

Die administrative Aufsicht dient somit der Qualitätskontrolle und Qualitätssicherung. Die Aufsichtsbehörde wird von Amtes wegen oder auf Beschwerde hin tätig, wobei die Aufsichtsbeschwerde kein förmliches Rechtsmittel, sondern ein formloser Rechtsbehelf ist, der dem Anzeiger keine Parteirechte zukommen lässt (BSK ZGB I-VOGEL, Art. 440/441 N 23).

Die Aufsicht kann präventiv erfolgen, durch den Erlass von Weisungen in der Form von Richtlinien oder Kreisschreiben zu relevanten Praxisfragen, Beratungen in Einzelfällen, Auskünfte auf Anfragen, die Organisation von Fort- und Weiterbildungen, das Erstellen von Arbeitshilfen (Merkblätter, Checklisten etc.) und die Dokumentation zur Rechtspraxis (FamKomm Erwachsenenschutz/WIDER, Art. 441 ZGB N 6 f.).

Zu den repressiven Aufgaben gehört namentlich die Bearbeitung von Aufsichtsbeschwerden ausserhalb hängiger Verfahren.

Die Aufsichtstätigkeit kann weiter durch periodische Kontrollen und durch das Einfordern von Rechenschaftsberichten und die Durchführung von Visitationen wahrgenommen werden.

2. Die Kompetenz der Aufsichtsbehörde zum Erlass von Weisungen im Besonderen

Es ist in der Lehre unbestritten, dass die Aufsichtsbehörde generelle Weisungen zur Rechtsanwendung erlassen kann. Die Rechtsnatur und die Verbindlichkeit solcher Dienstanweisungen sind nicht restlos geklärt. Es ist jedoch ebenfalls unbestritten, dass solche Dienstanweisungen nur die der Aufsichtsbehörde unterstellten Behörden binden und Bürgerinnen und Bürger nicht zu einem bestimmten Tun, Unterlassen oder Dulden verpflichten können. Auch die Bindung der unterstellten Behörde ist unvollkommen, denn wenn die Dienstanweisung zum Gesetz im Widerspruch steht, sind Sanktionen ausgeschlossen, wenn der Adressat des allgemeinen Dienstbefehls dem Gesetz und nicht der internen Weisung folgt (HÄFELI, a.a.O. m.w.H.).

3. Befreiung des Personenkreises von Beistandspflichten nach Art. 420 ZGB

Bei dem in Art. 420 ZGB umschriebenen Personenkreis handelt es sich um eine abschliessende Aufzählung. Die Formulierung lässt der Behörde deshalb keinen Ermessensspielraum für die Erweiterung des Personenkreises.

Dasselbe gilt für die Aufzählung der Pflichten, von denen dieser Personenkreis teilweise oder ganz entbunden werden kann.

Eine Entbindung kann in Bezug auf einzelne der aufgezählten Pflichten oder in Bezug auf alle, teilweise oder ganz erfolgen.

Entscheidend ist jedoch, die „Kann-Formulierung“ ergänzt um den letzten Halbsatz in Art. 420 ZGB:... „wenn die Umstände es rechtfertigen“.

Damit handelt es sich um einen Ermessensentscheid gemäss Art. 4 ZGB. Die Behörde ist danach berechtigt, aufgrund der konkreten Umstände des Einzelfalls zu befinden. „Rücksichtnahme“ oder „Schonung“ oder weil die betreffende Person ohne diese Entbindung nicht bereit wäre, das Mandat zu übernehmen, genügen nicht als Entscheidungskriterien. Vielmehr hat sich die Behörde soweit möglich zu vergewissern, ob die angehörige Person nicht nur grundsätzlich und für das zur Diskussion stehende

Mandat im Besonderen fachlich und persönlich geeignet ist und ob sie auch ohne diese Pflichten Gewähr bietet für eine im Interesse der betreuten Person liegende Mandatsführung. (ESR Komm - HÄFELI, Art. 420 N 6; BSK ZGB I- SCHMID, Art. 420 N 5; vgl. weitere Ausführungen zum Thema Verwandte und weitre Angehörige als Beistand oder Beiständin in HÄFELI, SjL Grundriss Kindes- und Erwachsenenschutz, 2. Aufl. Bern 2016, Rz 21.26 ff. und HÄFELI, Private Mandatsträger (Prima) und Angehörige als Beistand, ZKE 3/2015, 198 ff.).

Im Lichte dieser Ausführungen darf eine KESB keine Beistände generell und ohne entsprechende Prüfung der Voraussetzungen von einzelnen oder allen in Art. 420 ZGB aufgeführten Pflichten befreien. Hingegen ist es zulässig, je nach Auftrag (z.B. einfache Rentenverwaltungen ohne Vermögensverwaltung vs. komplexe Vermögensverwaltungen) unterschiedliche Massstäbe anzulegen für Erleichterungen bzw. vollständige Befreiung von einzelnen Pflichten¹. Eine teilweise oder vollständige Befreiung von bestimmten Pflichten entbindet die KESB nicht von ihrer Aufsichtspflicht über die Mandatsführung und sie hat insbesondere keine Auswirkung auf die Verantwortlichkeit und die direkte Staatshaftung. Sie ändert auch nichts an den übrigen Rechten und Pflichten der jeweiligen Mandatsträger (ESR Komm- HÄFELI, Art. 420 ZGB N 4).

4. Weisung der Aufsichtsbehörde betr. generelle Befreiung des Personenkreises von bestimmten Pflichten nach Art. 420 ZGB

Aus den Ausführungen in Ziff. 2 und 3 hiervor ergibt sich klar, dass eine solche Weisung nicht zulässig und für die KESB nicht bindend wäre, weil sie mit dem Bundesrecht (Wortlaut und Zielsetzung von Art. 420 ZGB) nicht vereinbar ist.

Niederrohrdorf, 31. August 2016

Christoph Häfeli
Prof. em FH Jurist und Sozialarbeiter

¹ Die KOKES erlässt voraussichtlich bis Ende 2016 Empfehlungen zur Umsetzung von Art. 420 ZGB.