



Rathaus, Marktplatz 9
CH-4001 Basel

Tel: +41 61 267 80 54
Fax: +41 61 267 85 72
E-Mail: staatskanzlei@bs.ch
www.regierungsrat.bs.ch

Bundesamt für Justiz
Bundesrain 20
3003 Bern
Per E-Mail: sibyll.walter@bj.admin.ch

Basel, 4. Dezember 2019

Regierungsratsbeschluss vom 3. Dezember 2019

Vorentwurf der Verordnung über die Auskunft zu Massnahmen des Erwachsenenschutzes Stellungnahme des Kantons Basel-Stadt

Sehr geehrte Frau Bundesrätin Keller-Sutter
Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 27. September 2019 haben Sie uns die Vernehmlassungsunterlagen zum Verordnungsentwurf zukommen lassen. Wir danken Ihnen für die Gelegenheit zur Stellungnahme und lassen Ihnen nachstehend unsere Bemerkungen und Anträge zukommen.

1. Vorbemerkungen

Es besteht in der Praxis des Geschäftsverkehrs kein Interesse an der vorgeschlagenen Regelung. Die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Basel-Stadt, die bereits nach geltendem Recht als einzige kantonale Behörde Auskünfte über das Vorliegen von Erwachsenenschutzmassnahmen erteilt, hat kaum entsprechende Anfragen. Durch die Delegationsnorm in nArt. 451 Abs. 2 ZGB sowie diese nun vollziehende Verordnung wird ein Bedürfnis fingiert, das in der Praxis nicht besteht. Hinzu kommt, dass die Konferenz für Kindes- und Erwachsenenschutz (KO-KES) praxistaugliche Empfehlungen herausgegeben hat, an denen sich die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden orientieren können und welche die einheitliche Handhabung fördern.

Vorbemerkend wird damit festgehalten, dass es sich um eine materiell unnötige Rechtssetzung handelt. Entsprechend sollte die Regulierung möglichst zurückhaltend sein und die aufgrund der Delegationsnorm in nArt. 451 Abs. 2 ZGB nicht mehr zu umgehende Verordnung wenig zusätzlichen bürokratischen Aufwand erzeugen.

2. Inhaltliche Würdigung

Unklarer Begriff „Auskunft“ und unklare Rechtsfolgen

Im Vorentwurf ist unklar, welche Handlungen der Behörde unter den Begriff „Auskunft“ fallen und welche Rechtsfolgen damit an das jeweilige behördliche Handeln geknüpft werden sollen. Gemäss Konzeption des Vorentwurfs gibt es folgende mögliche Reaktionen der Behörde auf Gesuche um Auskunft:

- a) Rückweisung des Gesuchs aufgrund formeller Mängel oder Unvollständigkeit
- b) Abweisung des Gesuchs mangels Glaubhaftmachens eines Interesses
- c) Erteilung der Auskunft, dass eine in concreto relevante Massnahme bekannt ist und damit zusammenhängende weitere Handlungsmöglichkeiten der Behörde
- d) Erteilung der Auskunft, dass keine in concreto relevante Massnahme bekannt ist
- e) Weiterverweisung der Gesuchstellerin oder des Gesuchstellers an die Beistandsperson bei Gesuchen um Auskunft über die eigene Person

Fall a) scheint genügend klar in Art. 3 Vorentwurf (VE) geregelt nicht unter den Begriff der Auskunft zu fallen.

Es erscheint klar, dass Fall c) immer unter den Begriff der Auskunft fällt und die daran geknüpften Rechtsfolgen mit sich bringt. Unklar scheint lediglich die Anwendbarkeit der Beschwerdemöglichkeit gemäss Art. 11 VE, was allerdings für sämtliche Fälle gilt (vgl. Ausführungen zu Art. 11 VE unten).

Für Fall b) gemäss Art. 5 Abs. 2 und 3 VE entstehen verschiedene Unsicherheiten: Der VE enthält keine ausdrücklichen Rechtsfolgen für den Fall, dass bei einem Gesuch kein genügendes Interesse glaubhaft gemacht wird. Systematisch fällt dieser Fall auch nicht unter den 3. Abschnitt „Auskunft“. Es stellt sich damit die Frage, ob die Bestimmungen der folgenden Abschnitte (sinn-gemäss) anzuwenden sind, also ob gemäss Art. 9 Abs. 1 VE eine schriftliche Antwort und gemäss Art. 9 Abs. 3 VE eine Mitteilung der Antwort an die betroffene Person erfolgen muss, sowie ob gemäss Art. 10 VE eine Gebühr für die Antwort erhoben werden muss.

Betreffend Fall d) könnte aus Art. 6 VE e contrario der Schluss gezogen werden, dass dieser nicht unter den Begriff der Auskunft fällt (vgl. Ausführungen zu Art. 6 VE unten). Wiederum ist unklar, ob die Form und Mitteilungspflicht gemäss Art. 9 Abs. 1 und Abs. 3 VE sowie die Gebühr gemäss Art. 10 VE auch für diesen Fall gelten.

Fall e) fällt gemäss Systematik unter den Begriff der Auskunft. Dies legt nahe, dass Form und Mitteilungspflicht gemäss Art. 9 Abs. 1 und 3 VE für diesen Fall gelten, ebenso wie die Gebühr. Dies scheint gerade in diesem Fall jedoch nicht einleuchtend.

Antrag: In den Fällen b), d) und e) ist eine präzisere Fassung des Begriffs der Auskunft und eine klarere Verknüpfung der Rechtsfolgen (Art. 9 Abs. 1 und 3, Art. 10, Art. 11 VE) an die unterschiedlichen Tatbestände der Verordnung zu formulieren.

Art. 6 VE

Die Formulierung im Ingress führt zu Widersprüchen: Dem Wortlaut nach erteilt die Erwachsenenschutzbehörde Auskunft *nur dann*, wenn Bst. a (eine vollstreckbare Massnahme liegt vor) und Bst. b (die Massnahme hat Konsequenzen für das konkrete Rechtsgeschäft) erfüllt sind. Dies ist niemals der Fall, wenn z.B. gar keine Massnahmen vorliegen. Strikt nach Wortlaut dürfte dann keine Auskunft erteilt werden.

Zudem sollte die Formulierung von Bst. b) auch den Fall abdecken, in dem der Abschluss des Rechtsgeschäfts bereits erfolgt ist (und ein Schreibfehler korrigiert werden):

Antrag: Art. 6 VE wird wie folgt ergänzt:

„Die KESB erteilt eine Auskunft bei bekanntem Vorliegen von Erwachsenenschutzmassnahmen oder wirksamen Vorsorgeaufträgen nur dann, wenn:

a. (unverändert)

b. die Massnahme oder der Vorsorgeauftrag eine Einschränkung der Handlungsfähigkeit der betroffenen Person zur Folge hat, welche ~~den~~ Abschluss des im Gesuch genannten Rechtsgeschäfts einschränkt oder einschränken könnte oder möglicherweise eingeschränkt hat.“

Art. 9 Abs. 1 VE

Problematisch erscheint, dass die Erwachsenenschutzbehörde zwingend schriftlich Auskunft erteilen muss. Es sollte im Interesse einer unbürokratischen Erledigung möglich sein, der gesuchstellenden Person z.B. Auskünfte, dass keine Beistandschaft besteht oder Verweise an die Beistandsperson auch formlos mitzuteilen. Insbesondere aufgrund der obenerwähnten Unklarheit, an welche Handlungen der Behörde diese Rechtsfolge anknüpft, sind sinnvolle Ausnahmen zu ermöglichen.

Antrag: Art. 9 Abs. 1 VE wird wie folgt ergänzt:

„Die KESB erteilt ihre Auskünfte in der Regel schriftlich.“

Art. 9 Abs. 2 VE

Die Frist von zwei Arbeitstagen ist für Fälle, in denen die Erwachsenenschutzbehörde gem. Art. 5 Abs. 4 VE weitere Abklärungen treffen muss, zu kurz. Die Empfehlungen der KOKES sehen die Möglichkeit vor, dass die Erwachsenenschutzbehörde innert der Frist die Mitteilung machen kann, dass die Abklärung, ob das Rechtsgeschäft tangiert wird, länger dauert (vgl. Empfehlungen der KOKES zur Auskunft über das Vorliegen und die Wirkungen einer Massnahme des Erwachsenenschutzes vom Mai 2012, 3. b) Var. 3).

Antrag: Art. 9 Abs. 2 VE wird wie folgt ergänzt:

„Sie erteilt die Auskünfte nach den Artikeln 7 und 8 in der Regel innerhalb von zwei Arbeitstagen und stellt diese der gesuchstellenden Person per A-Post sowie, auf ihren besonderen Wunsch, eingeschrieben zu.“

Art. 9 Abs. 3 VE

Es ist nicht einzusehen, worin das Interesse der betroffenen Person an einer automatischen Mitteilung jeglicher Auskunfterteilung an Dritte besteht, zumal in der Regel auch ein Rechtsschutzinteresse im Hinblick auf eine Beschwerde zu verneinen ist (vgl. Ausführungen zu Art. 11 VE unten). Besonders bürokratisch und vom Aufwand her unangemessen ist die Kopie an die betroffene Person (sofern diese Fälle überhaupt unter den Begriff der Auskunft fallen, vgl. Ausführungen oben unter 1.), wenn die Auskunft erteilt wird, dass keine in concreto relevanten Massnahmen bekannt sind oder wenn das Auskunftsgesuch mangels glaubhaftgemachten Interesses abgewiesen wird. Zudem macht die Kopie an die betroffene Person keinen Sinn, wenn diese aufgrund schwerwiegender Schwächezustände eine solche nicht verstehen kann oder dadurch sogar verstört wird.

Antrag: Art. 9 Abs. 3 VE ist zu streichen. Allenfalls ist der Absatz wie folgt umzuformulieren:

„Erteilt sie Auskunft über eine Drittperson, so ~~kann~~ stellt sie dieser und der vertretungsberechtigten Person eine Kopie der Auskunft zustellen.“

Art. 10 VE

Die vorgesehene Gebührenhöhe ist unangemessen: 10 Franken vermögen die Kosten der Rechnungsstellung nicht zu decken. Eine kostendeckende Gebühr müsste mindestens 50 Franken

betragen. Zudem ist es höchst ungewöhnlich, dass den Kantonen bei den Gebühren vom Bund Vorschriften gemacht werden. Die Voraussetzungen und Rahmenbedingungen in den Kantonen sind doch sehr unterschiedlich. Damit kein teurer Rechnungsstellungsprozess in Gang gesetzt und somit keine unangemessen hohe Gebühr berechnet wird, werden im Kanton Basel-Stadt bei den sehr seltenen Drittanfragen praxisgemäss keine Gebühren verlangt. Das rechtfertigt sich durch die sehr dienstleistungsorientierte und unbürokratische Auskunftserteilung der KESB Basel-Stadt.

Antrag: Art. 10 VE ist zu streichen und die Festlegung der Gebührenhöhe wie üblich den Kantonen zu überlassen.

Art. 11 VE

Die Bestimmung ist problematisch, da sie sehr Vieles im Unklaren lässt:

- Welches vom VE erfasste Handeln der Erwachsenenschutzbehörde wird als Verfügung aufgefasst?
- Gegen welches Handeln kann Beschwerde geführt werden?
- Sofern ein von der Verordnung erfasstes Handeln eine Verfügung darstellt, wäre damit eine vorgängige Anhörung der betroffenen Person erforderlich?

Das (nicht geklärte) Erfordernis einer vorgängigen Anhörung widerspräche der Konzeption von Art. 9 Abs. 3 VE, wonach eine nachträgliche Mitteilung an die betroffene Person erfolgt.

Ferner ist kein Rechtsschutzinteresse der betroffenen Person an einer nachträglichen Beschwerde gegen bereits erteilte Auskünfte an Gesuchsteller ersichtlich, da die Erteilung der Auskunft nicht rückgängig gemacht werden kann.

Es ist aufgrund des Verweises auf Art. 450 ZGB ferner unklar, worin der Normgehalt von Art. 11 VE genau besteht, zumal diese Bestimmung sowieso gilt.

Eine Rechtsverzögerungsbeschwerde, wie in den Erläuterungen erwähnt, erscheint durchaus denkbar, allerdings bedarf es hierfür der Regelung gemäss Art. 11 VE ebenfalls nicht.

Insgesamt ist diese Bestimmung unnötig und wirft mehr Fragen auf, als sie klärt.

Antrag: Art. 11 VE ist ersatzlos zu streichen.

Wir danken für die Berücksichtigung unserer Anliegen. Für Rückfragen steht Ihnen die Kindes- und Erwachsenenbehörde, Dr. Patrick Fassbind, patrick.fassbind@bs.ch; Tel. 061 267 80 90.

Freundliche Grüsse

Im Namen des Regierungsrates des Kantons Basel-Stadt



Christoph Brutschin
Regierungsrat



Barbara Schüpbach-Guggenbühl
Staatsschreiberin