

Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht

114. Jahrgang Nr. 5

Mai 2013

<i>Inhalt</i>	<i>Seite</i>
Rehabilitierung administrativ versorgter Menschen. Von <i>Felix Schöbi</i>	237
Gemeindefusionen. Eine Untersuchung zu Rechtsfragen am Beispiel der neuen Berner Regelung zur «Optimierung der Förderung von Gemeindezusammenschlüssen». Von <i>Ueli Friederich</i>	239
Verfahren. Zürich. Kantonaler Beschwerdeweg im Bereich des Kindes- und Erwachsenenschutzrechts, Erfordernis eines Gerichts; Art. 450 Abs. 1 ZGB, Art. 30 Abs. 1 und Art. 49 Abs. 1 BV, Art. 6 Ziff. 1 EMRK, § 63 Abs. 1 EG KESR/ZH. <i>Mit Bemerkungen</i>	265
Gewerberecht – Wirtschaftsfreiheit. Zug. Anwaltswerbung, Fassadenbeschriftung; Art. 12 lit. d BGFA, Art. 27 BV. <i>Mit Bemerkungen</i>	277
Planungs- und Baurecht. Graubünden. Nutzungsplanverfahren oder Ausnahmegewilligung für einen Gesteinsabbau; Art. 14 ff. und 24 ff. RPG. <i>Mit Bemerkungen</i>	281
Umweltschutzrecht – Planungs- und Baurecht. Luzern. Erforderlichkeit einer Lärmprognose für einen Gartenterrassenbetrieb; Art. 25 USG, Art. 36 LSV. <i>Mit Bemerkungen</i>	286
<i>Besprechung</i>	
<i>Griffel Alain/Rausch Heribert</i> : Kommentar zum Umweltschutzgesetz, Ergänzungsband zur 2. Auflage (<i>Alexander Ruch</i>)	291

Zitiervorschlag:

Ruth E. Reusser, Das neue Erwachsenenschutzrecht – eine Herausforderung für die Kantone,
ZBl 114/2013, S. 3 ff.

Redaktion:

Prof. Dr. iur. Giovanni Biaggini, Zürich
Ordinarius für Staats-, Verwaltungs- und Europarecht an der Universität Zürich

Prof. Dr. iur. Arnold Marti, Schaffhausen
Obergerichtsvizepräsident/Titularprofessor an der Universität Zürich

Dr. iur. Lukas Widmer, Zürich
Verwaltungsrichter

Dr. iur. Peter Karlen, Lausanne/Zürich
Bundesrichter

Dr. iur. Christoph Auer, Staatsschreiber des Kantons Bern

Redaktionssekretariat:

Lehrstuhl Prof. Dr. iur. Giovanni Biaggini, Freiestrasse 15, 8032 Zürich,
zbl.redaktion@rwi.uzh.ch

Lektorat:

Lic. iur. Marlies Niggli, Werikonweg 5, 8006 Zürich

Redaktionelle Mitarbeiter für Entscheide der Gerichte des Bundes:

Dr. iur. Gerold Steinmann, Lausanne, Bundesgericht

Dr. iur. Franz Kessler Coendet, Rechtsanwalt in Zürich, Bundesgericht

Dr. iur. Beatrix Schibli, Bundesverwaltungsgericht

Erscheint am 15. jeden Monats. Abonnementspreis jährlich CHF 162.00/EURO 116.00

Einzelheft: CHF 18.00

Nachdruck nur unter deutlicher Quellenangabe gestattet – ISSN 1422-0709

Verlag und Abonnementsverwaltung:

Schulthess Juristische Medien AG, Zwingliplatz 2, Postfach, CH-8022 Zürich

Tel. 044 200 29 19, Fax 044 200 29 08, E-Mail: zs.verlag@schulthess.com

Internet: <http://www.schulthess.com>

Anzeigenmarketing:

Publicitas Publimag AG, Mürtschenstrasse 39, Postfach, 8010 Zürich

Tel. +41 44 250 31 31, Fax +41 44 250 31 32, service.zh@publimag.ch, www.publimag.ch

gericht die Bestimmungen über die Voraussetzungen für eine Zwangsfusion (fehlende «Aussicht auf eine mittelfristig realisierbare Sanierung», «Handlungsunfähigkeit infolge dauernder Vakanz von wichtigen Ämtern oder Verwaltungsstellen» oder Unmöglichkeit der Erfüllung «wichtiger Gemeindeaufgaben») auslegen werden. Zu erwarten ist, dass dem Grossen Rat in diesen Punkten ein einigermaßen weit reichender Beurteilungsspielraum zugebilligt wird. Jedenfalls hat die Gerichtspraxis Zwangsfusionen bisher soweit ersichtlich ausnahmslos geschützt¹¹¹.

Mehr praktische Bedeutung als den Zwangsfusionen wird aller Voraussicht nach der Förderung freiwilliger Zusammenschlüsse zukommen, die im Besonderen auch die – bereits heute oft und gerne beanspruchte – finanzielle Unterstützung umfasst und ausbaut. Die neue Regelung bringt zudem zu verschiedenen Punkten willkommene Klärungen und dient damit der Rechtssicherheit. Zu begrüssen ist beispielsweise die explizite Regelung der möglichen Fusionsarten und die Anerkennung der Absorptions- und der Kombinationsfusion als gleichwertige Alternativen. Die frühere Praxis neigte dazu, lediglich Kombinationsfusionen zu akzeptieren, was beispielsweise dazu führte, dass die Stadt Langenthal mit gut 16000 Einwohnerinnen und Einwohnern und die mit der Stadt fusionierte Gemeinde Untersteckholz mit deutlich weniger als 200 Einwohnerinnen und Einwohner im Jahr 2009 ein neues Organisationsreglement der «neuen» Gemeinde Langenthal zu beschliessen hatten, was doch einigermaßen künstlich wirkte¹¹². Klärend ist auch etwa die Vorschrift, dass die Weitergeltung bisherigen Rechts rechtssatzmässig, durch Reglement, zu regeln ist. Nach der früheren Praxis bildete dieser Punkt zuweilen lediglich Gegenstand des Fusionsvertrags, was weder dem Legalitätsprinzip (Art. 5 Abs. 1 BV) noch dem Grundsatz der sog. Parallelität der Form¹¹³ genügte.

¹¹¹ Vgl. zur Fusion «Ausserbinn» BGE 131 I 91. Zu Fusionen im Kanton Tessin BGer 1P.700/2000/1P.704/2000 vom 12. März 2001 (Sala Capriasca), 1P.242/2005 vom 18. April 2006 (Comunità di Aquila), 1P.265/2006 vom 18. April 2005 (Bignasco), 1C_41/2008 vom 26. Mai 2009 (Muggio) und 1C_415/2008 vom 24. August 2009 (San Nazzaro). Vgl. auch BGer 1C_181/2007 vom 9. August 2007 (Konsultativabstimmung betr. Lugano/Cadro). Zum Abstimmungsverfahren der Landsgemeinde Glarus vom 7. Mai 2006 BGE 132 I 291.

¹¹² Ausdrücklich in Form einer Absorptionsfusion erfolgten im Kanton Bern, soweit bekannt, in jüngerer Zeit erstmals die Zusammenschlüsse der Einwohnergemeinden Lyss und Busswil per 1. Januar 2011 sowie der Einwohnergemeinden Belp und Belpberg per 1. Januar 2012.

¹¹³ Pierre Moor/Alexandre Flückiger/Vincent Martenet, Droit administratif, Bd. I: Les fondements, 3. Aufl., Bern 2012, S. 314 f.; Thierry Tanquerel, Manuel de droit administratif, Genf 2011, Nr. 467.

Verfahren

ZÜRICH

Kantonaler Beschwerdeweg im Bereich des Kindes- und Erwachsenenschutzrechts, Erfordernis eines Gerichts; Art. 450 Abs. 1 ZGB, Art. 30 Abs. 1 und Art. 49 Abs. 1 BV, Art. 6 Ziff. 1 EMRK, § 63 Abs. 1 EG KESR/ZH. *Der Bundesgesetzgeber verlangt von den Kantonen nicht, dass sie gegenüber Entscheiden der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (KESB) als Beschwerdeinstanz ein Gericht im formellen Sinne einsetzen (E. 3). Der Bezirksrat erfüllt als Beschwerdeinstanz die Anforderungen an ein Gericht gemäss Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK (E. 4).*

(Bundesgericht, II. zivilrechtliche Abteilung, 17. Dezember 2012, 5C_2/2012, zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung vorgesehen.)

Die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB; SR 210) vom 19. Dezember 2008 betreffend Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht (nArt. 360 ff. ZGB; AS 2011 725) ist am 1. Januar 2013 in Kraft getreten (AS 2011 767). Im Kanton Zürich regelt das Einführungsgesetz zum Kindes- und Erwachsenenschutzrecht vom 25. Juni 2012 (EG KESR; LS 232.3) die Organisation und die Zuständigkeit der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (KESB), die Aufsicht über diese Behörde (§ 1 lit. a EG KESR) sowie das Verfahren vor der KESB und den gerichtlichen Beschwerdeinstanzen (§ 1 lit. d EG KESR). Im Einzelnen ist Folgendes vorgesehen:

- § 13. Die vom Regierungsrat bezeichnete Direktion ist Aufsichtsbehörde über die KESB gemäss Art. 441 Abs. 1 ZGB.
- § 14. Der Bezirksrat beaufsichtigt Wohn- und Pflegeeinrichtungen gemäss Art. 387 ZGB, soweit das Gesetz keine andere Behörde für zuständig erklärt.
- § 62. ¹ Beschwerden betreffend fürsorgerische Unterbringung (Art. 426 ff. ZGB) werden in erster Instanz vom Einzelgericht gemäss § 30 GOG beurteilt.
² Für Beschwerden gegen Entscheide der KESB richtet sich die örtliche Zuständigkeit nach Art. 442 ZGB. Für Beschwerden gegen ärztlich angeordnete Unterbringungen und gegen Entscheide von Einrichtungen gemäss Art. 439 Abs. 1 ZGB ist das Einzelgericht am Ort der Einrichtung zuständig.
- § 63. ¹ Beschwerden gemäss Art. 450 Abs. 1 ZGB werden in erster Instanz vom Bezirksrat beurteilt. Zuständig ist
- a. die Bezirksamtspräsidentin oder der Bezirksamtspräsident bei Entscheiden, die ein einzelnes Mitglied der KESB getroffen hat,
 - b. der Bezirksrat in den übrigen Fällen; er entscheidet in Dreierbesetzung.
- ² Vorbehalten bleiben die vom Einzelgericht gemäss § 30 GOG zu beurteilenden Beschwerden betreffend fürsorgerische Unterbringung.
- § 64. Für Beschwerden gegen Entscheide des Bezirksamtes und des Einzelgerichts gemäss § 30 GOG ist das Obergericht zuständig.

Der Verein Demokratische Juristinnen und Juristen Zürich (DJZ) sowie Y. und Z. haben *Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten* im Sinne von Art. 82 lit. b

BGG erhoben. Sie beantragen die Aufhebung von § 63 Abs. 1 EG KESR. Das *Bundesgericht weist* die Beschwerde ab, soweit es darauf eintritt. Aus den *Erwägungen*:

3. Ab 1. Januar 2013 gilt gemäss nArt. 450 Abs. 1 ZGB, dass gegen Entscheide der Erwachsenenschutzbehörde Beschwerde beim zuständigen Gericht erhoben werden kann. Als Beschwerdeinstanz hat der kantonale Gesetzgeber den Bezirksrat eingesetzt (§ 63 Abs. 1 EG KESR). Zu prüfen ist, ob die Zuständigkeitsordnung mit der bundesgesetzlichen Regelung des Erwachsenenschutzes und dabei namentlich mit nArt. 450 Abs. 1 ZGB als vereinbar erscheint.

3.1 Ausgangspunkt jeder Auslegung bildet der Wortlaut der Bestimmung. Ist der Text nicht klar und sind verschiedene Interpretationen möglich, so muss nach seiner wahren Tragweite gesucht werden unter Berücksichtigung aller Auslegungselemente, namentlich des Zwecks, des Sinns und der dem Text zu Grunde liegenden Wertungen. Wichtig ist ebenfalls der Sinn, der einer Norm im Kontext zukommt. Vom klaren, das heisst eindeutigen und unmissverständlichen Wortlaut darf ausnahmsweise abgewichen werden, wenn triftige Gründe dafür vorliegen, dass der Wortlaut nicht den wahren Sinn der Bestimmung wiedergibt. Solche Gründe können sich aus der Entstehungsgeschichte der Bestimmung, aus ihrem Sinn und Zweck oder aus dem Zusammenhang mit andern Vorschriften ergeben (vgl. BGE 138 II 105 E. 5.2 S. 107 f.; 138 III 166 E. 3.2 S. 168 und 359 E. 6.2 S. 361). Bei der Auslegung neuerer Bestimmungen kommt den Gesetzesmaterialien eine besondere Stellung zu, weil veränderte Umstände oder ein gewandeltes Rechtsverständnis eine andere Lösung weniger nahelegen (vgl. BGE 133 III 497 E. 4.1 S. 499; 137 III 470 E. 6.5.2 S. 472).

3.2 Nach nArt. 450 Abs. 1 ZGB kann gegen Entscheide der Erwachsenenschutzbehörde Beschwerde «beim zuständigen Gericht» («devant le juge compétent»; «davanti al giudice competente») erhoben werden. Der Wortlaut ist insofern klar. Gewisse Zweifel daran begründet allerdings die Zuständigkeitsregelung in nArt. 441 ZGB, wonach die Kantone «die Aufsichtsbehörden» («la ou les autorités de surveillance»; «le autorità di vigilanza») bestimmen (Abs. 1) und der Bundesrat Bestimmungen über die Aufsicht erlassen kann (Abs. 2). Aus der Entstehungsgeschichte ergibt sich dazu Folgendes:

3.2.1 In Übereinstimmung mit dem Wortlaut von nArt. 450 Abs. 1 ZGB verlangte der Vorentwurf (VE) in Art. 444 VE, dass die Kantone die Aufsichtsbehörden bestimmen (Abs. 1), dass über Beschwerden ein Gericht entscheidet (Abs. 2) und dass der Bundesrat Bestimmungen über die Aufsicht erlässt (Abs. 3). Die Formulierung «Über Beschwerden entscheidet ein Gericht» (Art. 444 Abs. 2 VE) steht vor dem Hintergrund, dass nach der Idee der Expertenkommission bereits die Erwachsenenschutzbehörde ein «Fachgericht» (Art. 443 Abs. 1 VE) sein sollte und deshalb über Beschwerden gegen Entscheide der Erwachsenenschutzbehörde wiederum ein Gericht befinden sollte. Der Begriff des Gerichts wurde allerdings nicht im formellen, sondern im materiellen Sinn verstanden, wonach jedes auf

Gesetz beruhende Organ, das unabhängig und nicht weisungsgebunden arbeitet sowie den Sachverhalt selber ermittelt, Gericht ist (Erwachsenenschutz. Bericht zum Vorentwurf, Juni 2003, S. 19 und S. 79 f.).

3.2.2 Die Vorgabe, dass die Erwachsenenschutzbehörde ein «Gericht» sein müsse, stiess im Vernehmlassungsverfahren auf Ablehnung. Es wurde eingewendet, dass die notwendige Professionalität auch mit einer Fachbehörde gewährleistet werden könne, die eine Verwaltungsbehörde sei. Der bundesrätliche Entwurf (E) trug der Kritik Rechnung und schrieb nur eine «Fachbehörde» als Erwachsenenschutzbehörde vor (Art. 440 E). Er verzichtete auf die ausdrückliche Vorschrift, dass über Beschwerden ein Gericht entscheidet, und gestattete den Kantonen, «Aufsichtsbehörden» zu bestimmen (Art. 441 Abs. 1 E), d.h. weiterhin, entsprechend dem bisherigen Recht, zwei Aufsichtsbehörden einzusetzen und das heutige System beizubehalten. In der Botschaft wird dazu ausgeführt, da die Erwachsenenschutzbehörde künftig eine Fachbehörde sei und es bei der Anordnung von Massnahmen um Eingriffe in das Grundrecht der persönlichen Freiheit gehe, sollten ihre Entscheide nicht mehr an eine Verwaltungsbehörde weitergezogen werden können. Vielmehr sollten sie im Rechtsmittelverfahren direkt von dem Gericht beurteilt werden, das vom kantonalen Recht bezeichnet werde. Den Kantonen stehe es frei, das für Beschwerden zuständige Gericht mit der allgemeinen Aufsicht zu betrauen oder zwei gerichtliche Rechtsmittelinstanzen vorzusehen. Mit dem Begriff «Gericht» sei nicht zwingend ein formelles Gericht gemeint. Vielmehr gehe es darum, dass das Organ den Anforderungen von Art. 6 Ziff. 1 EMRK genüge. Es müsse unabhängig und unparteiisch sein, die rechtserheblichen Tatsachen selber ermitteln, die einschlägigen Rechtsnormen auf diesen Sachverhalt anwenden und einen verbindlichen Entscheid fällen. Verlangt werde dagegen nicht, dass das Gericht nur aus Berufsrichterinnen und Berufsrichtern bestehe (vgl. Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches [Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht] vom 28. Juni 2006, BBl 2006 7001 S. 7010 f. Ziff. 1.2.4 und S. 7074 zu Art. 441 E).

3.2.3 Entgegen der Darstellung der Beschwerdeführer haben die Eidgenössischen Räte den vom Bundesrat vorgelegten Text nicht in Unkenntnis der Frage nach der richtigen Behördenorganisation verabschiedet. Die Regelung über die Erwachsenenschutzbehörde und damit die Behördenorganisation insgesamt war einer der kritischen Punkte – wie zuvor im Vorentwurf – auch der bundesrätlichen Vorlage. Im Ständerat als Erstrat wiesen die Kommissionssprecher auf die Vielfalt der kantonalen Lösungen hin, die es zu beachten gelte (vgl. insbesondere das Votum Bonhôte, AB 2007 S 821 f.). Den einschlägigen Bestimmungen (Art. 440 ff. E) wurde unter Hinweis auf die Autonomie der Kantone in der Behördenorganisation alsdann zugestimmt (AB 2007 S 840 f.). Vorab wegen der vorgeschlagenen Behördenorganisation und dem damit verbundenen Eingriff in einen kantonalen Zuständigkeitsbereich wurden im Nationalrat erfolglos ein Rückweisungsantrag (AB 2008 N 1510–1514) und mehrere Abänderungsanträge (AB 2008 N 1535–1539) gestellt, die bundesrätliche Vorlage zum Schluss aber angenommen. In praktisch

sämtlichen Wortmeldungen von Befürwortern und Gegnern wurde dabei die Autonomie der Kantone in der Organisation ihrer Behörden hervorgehoben.

3.3 Der Schluss aus den Gesetzesmaterialien, dass die Kantone nicht gezwungen werden wollten, als Beschwerdeinstanz gemäss nArt. 450 Abs. 1 ZGB ein Gericht im formellen Sinne einzusetzen, wird im Schrifttum – soweit es sich äussert – mehrheitlich unwidersprochen wiedergegeben (vgl. *Urs Vogel/Diana Wider*, Das neue Erwachsenenschutzrecht, Zeitschrift für Vormundschafswesen, ZVW 64/2009 S. 73 ff., S. 77 Ziff. 3.2; *Heinz Hausheer/Thomas Geiser/Regina E. Aebi-Müller*, Das neue Erwachsenenschutzrecht, 2010, S. 18 N. 1.65; *Hermann Schmid*, Erwachsenenschutz. Kommentar, 2010, N. 10 zu nArt. 450 ZGB; *Philippe Meier/Suzana Lukic*, Introduction au nouveau droit de la protection de l'adulte, 2011, S. 44 N. 95; *Patrick Fassbind*, in: ZGB, Kommentar, 2. Aufl. 2012, N. 1 zu nArt. 441 und N. 1 zu nArt. 450 ZGB; KOKES-Praxisanleitung Erwachsenenschutzrecht, 2012, Rz. 1.83 S. 28; *Michelle Cottier/Daniel Steck*, Das Verfahren vor der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde, FamPra.ch 2012 S. 981 ff., S. 988 Ziff. III/2 bei/ in Anm. 52).

3.4 Vom Schluss aus den Gesetzesmaterialien abzuweichen, besteht auch insoweit kein Grund, als das Bundesgericht für die Beurteilung der fürsorgerischen Freiheitsentziehung durch ein «Gericht» (Art. 397d ZGB in der Fassung von 1978/81) festgehalten hat, dass der Bundesgesetzgeber von einem materiellen Begriff des Gerichts ausgeht und dass es für die Frage, ob die Psychiatrische Gerichtskommission ein Gericht im Sinne des Bundesrechts ist, demnach ausschliesslich darauf ankommt, ob sie die erforderliche Unabhängigkeit besitzt (vgl. BGE 108 Ia 178 E. 4b S. 186 f.). Die Auslegungsregel gemäss Art. 54 Abs. 2 SchlTZGB, dass die Kantone nur ein Gericht als zuständig bezeichnen dürfen, wo das Gesetz ausdrücklich von einem Gericht spricht (vgl. BGE 118 Ia 473 E. 5b S. 479), führt zu keinem anderen Ergebnis, da auch nach dem materiellen Begriff des Gerichts ein Gericht im Gesetzessinne vorliegt.

3.5 Aus den dargelegten Gründen erweist sich die Beschwerde als unbegründet, soweit sinngemäss der Vorrang des Bundesrechts als verletzt gerügt wird. Der Bundesgesetzgeber verlangt von den Kantonen nicht, dass sie ein Gericht im formellen Sinne als Beschwerdeinstanz gegenüber Entscheiden der KESB einsetzen (Art. 49 Abs. 1 BV; vgl. BGE 129 I 330 E. 3.1 S. 334).

4. Genügt ein Gericht im materiellen Sinne als Beschwerdeinstanz gemäss nArt. 450 Abs. 1 ZGB, bleibt doch die Frage, ob der Bezirksrat die Anforderungen der Europäischen Menschenrechtskonvention und der Bundesverfassung an ein Gericht erfüllt.

4.1 Im Kapitel über die Behörden nennt die Verfassung des Kantons Zürich vom 27. Februar 2005 (KV; LS 101) nach dem Kantonsrat (Art. 50 ff.), dem Regierungsrat (Art. 60 ff.) und der Rechtspflege (Art. 73 ff.) als weitere Behörden die Statthalterin oder den Statthalter, den Bezirksrat und die gerichtlichen Instanzen

des Bezirks, die von den Stimmberechtigten des Bezirks gewählt werden und die Aufgaben erfüllen, die ihnen das Gesetz überträgt, insbesondere solche der Aufsicht, der Rechtsprechung und der Verwaltung (Art. 80 KV). Der Bezirksrat und dessen Präsident, der Statthalter, sind Behörden, die auf Entwicklungen zu Beginn des neunzehnten Jahrhunderts zurückgehen und sich als alte Institutionen nur schlecht in die gewaltenteilige Welt des heutigen Rechtsstaats einfügen. Als Vertreter der Regierung im Bezirk kam dem Statthalter «namentlich die Vollziehung der Aufträge des Regierungsrates zu» (Art. 45 Abs. 2 der Verfassung von 1869). Er und der Bezirksrat überwachten vor Ort die Gemeinden und nahmen verschiedenste vorab öffentlich-rechtliche Aufsichts- und Entscheidfunktionen für den Kanton auf Bezirksebene wahr (vgl. *Hans Sträuli*, Verfassung des eidgenössischen Standes Zürich vom 18. April 1869, 1902, S. 184 ff.). Weil der Statthalter bzw. der Bezirksrat stets auch Justizfunktionen ausgeübt hat und nach dem Willen des Gesetzgebers weiterhin ausüben soll, wurde das Verfahren vor seiner Instanz rechtsstaatlich zunehmend einwandfrei ausgestaltet und seine Unabhängigkeit von der Verwaltung zunehmend gestärkt. Grundlage ist heute das Bezirksverwaltungsgesetz vom 10. März 1985 (BezVG; LS 173.1). Statthalter und Bezirksrat sind danach beim Entscheid über ein Rechtsmittel an keine Weisungen gebunden, ausgenommen bei der Rückweisung durch eine höhere Instanz (§ 3 BezVG). Trotz der gesetzlich zuerkannten Unabhängigkeit in der Rechtsprechung geht die Lehre davon aus, dem Bezirksrat bzw. dem Statthalter komme die für eine gerichtliche Instanz erforderliche Unabhängigkeit kaum zu. Er nehme Verwaltungs- und Aufsichtsfunktionen wahr und sei in diesem Bereich weisungsgebunden. Die Kumulation von Kompetenzen könne zur Folge haben, dass der Bezirksrat bzw. der Statthalter in der gleichen Angelegenheit einerseits als unabhängige Rechtsmittelinstanz und andererseits als Aufsichtsbehörde tätig werde, was sich mit der gerichtlichen Unabhängigkeit im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 EMRK kaum vereinbaren lasse (vgl. *Alfred Kölz/Jürg Bosshart/Martin Röhl*, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. Aufl. 1999, N. 26 zu § 4 und N. 82 zu § 19 VRG; *Evi Schwarzenbach*, in: Isabelle Häner/Markus Rüssli/Evi Schwarzenbach [Hrsg.], Kommentar zur Zürcher Kantonsverfassung, 2007, N. 9 zu Art. 80 KV). Weil nArt. 450 ZGB als Beschwerdeinstanz ein Gericht verlange, dürfte die Bezeichnung des Bezirksrates als erste Beschwerdeinstanz bundesrechtswidrig sein (vgl. *Tobias Jaag/Markus Rüssli*, Staats- und Verwaltungsrecht des Kantons Zürich, 4. Aufl. 2012, N. 2005a S. 149).

4.2 Jede Person, deren Sache in einem gerichtlichen Verfahren beurteilt werden muss, hat gemäss Art. 30 Abs. 1 BV Anspruch auf ein durch Gesetz geschaffenes, zuständiges, unabhängiges und unparteiisches Gericht. Laut Art. 6 Ziff. 1 EMRK hat jede Person ein Recht darauf, dass über Streitigkeiten in Bezug auf ihre zivilrechtlichen Ansprüche und Verpflichtungen von einem unabhängigen und unparteiischen, auf Gesetz beruhenden Gericht in einem fairen Verfahren verhandelt wird. Als Gericht im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 EMRK bzw. von Art. 30 Abs. 1 BV gilt eine Behörde, die nach Gesetz und Recht in einem justizförmigen, fairen Verfahren

begründete und bindende Entscheidungen über Streitfragen trifft. Sie braucht nicht in die ordentliche Gerichtsstruktur eines Staates eingegliedert zu sein, muss jedoch organisatorisch und personell, nach der Art ihrer Ernennung, der Amtsdauer, dem Schutz vor äusseren Beeinflussungen und nach ihrem äusseren Erscheinungsbild sowohl gegenüber anderen Behörden als auch gegenüber den Parteien unabhängig und unparteiisch sein (vgl. BGE 126 I 228 E. 2a/bb S. 230 f.). Nebst den Merkmalen der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit gehört zu seinem Wesen, dass ein Gericht die rechtserheblichen Tatsachen selber erhebt, die Rechtssätze auf diesen in einem rechtsstaatlichen Verfahren ermittelten Sachverhalt anwendet und für die Parteien bindende Entscheidungen in der Sache fällt (vgl. BGE 118 Ia 473 E. 5a S. 478; 124 II 58 E. 1c S. 63). Es muss über umfassende Kognition in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht verfügen (vgl. BGE 123 I 87 E. 3a S. 90; 126 I 33 E. 2a S. 34 und 144 E. 3c S. 152).

4.3 Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Bezirksrates sowie sein Wesen zeigen sich in der gesetzlichen Ausgestaltung wie folgt:

4.3.1 Der Statthalter als Präsident und die weiteren Mitglieder des Bezirksrates werden von den Stimmberechtigten des Bezirks gewählt (Art. 80 KV und § 9 BezVG). Die Amtsdauer beträgt vier Jahre (Art. 41 Abs. 1 KV und § 32 Abs. 1 des Gesetzes über die politischen Rechte vom 1. September 2003, GPR, LS 161). Grundsätzlich dürfen die Mitglieder des Bezirksrates bzw. der Statthalter nicht gleichzeitig Mitglieder einer anderen Behörde innerhalb desselben Bezirks sein (§ 25 Abs. 2 lit. b GPR). Unvereinbarkeit besteht ferner als Mitglied eines Gemeindeorgans und als vollamtliches oder teilamtliches Mitglied des Verwaltungsgerichts (§ 27 Abs. 1 lit. b GPR). Der Statthalter bzw. der Bezirksrat ist in der Rechtsprechung unabhängig (§ 3 BezVG) und hat als Beschwerdeinstanz gegenüber Entscheiden der KESB (§ 63 Abs. 1 EG KESR) die gesetzlichen Ausstandsgründe zu beachten (nArt. 450f ZGB i.V.m. Art. 47 der Schweizerischen Zivilprozessordnung, ZPO, SR 272).

4.3.2 Mit der Beschwerde kann gemäss nArt. 450a Abs. 1 ZGB Rechtsverletzung (Ziff. 1) und Unangemessenheit (Ziff. 3) gerügt werden. Statthalter und Bezirksrat sind als Beschwerdeinstanz in der rechtlichen Beurteilung frei. Soweit die Behauptung zutrifft, einzelne Mitglieder der Bezirksräte verfügten über keine oder keine ausreichende juristische Ausbildung, ist festzuhalten, dass weder Art. 30 Abs. 1 BV noch Art. 6 Ziff. 1 EMRK das Laienrichtertum grundsätzlich verbieten (vgl. *Regina Kiener*, Richterliche Unabhängigkeit, 2001, S. 264 f.; *Frowein/Peukert*, Europäische Menschenrechtskonvention, EMRK-Kommentar, 3. Aufl. 2009, N. 210 zu Art. 6 EMRK, je mit Hinweisen). Dass einem Mitglied des Bezirksrates ohne juristische Ausbildung ein juristisch ausgebildeter Ratsschreiber zur Seite steht, begründet für sich allein keine unzulässige Abhängigkeit, sondern eine willkommene Hilfe (vgl. BGE 134 I 16 E. 4.3 S. 19).

4.3.3 In tatsächlicher Hinsicht kann mit der Beschwerde die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts gerügt werden

(nArt. 450a Abs. 1 Ziff. 2 ZGB). Mit Bezug auf die Ermittlung des Sachverhalts wird eingewendet, der Bezirksrat sei nicht zur Einvernahme von Zeugen befugt und könne deshalb nicht als unabhängiges Gericht gelten. Der Hinweis auf § 26c des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 (VRG, LS 175.2) und dessen Entstehungsgeschichte ist indessen nicht stichhaltig. Das Verfahren vor den gerichtlichen Beschwerdeinstanzen richtet sich gemäss § 40 EG KESR zuerst nach den Bestimmungen des ZGB und dieses Gesetzes (Abs. 1), in zweiter Linie nach den Bestimmungen des GOG (Abs. 2) und subsidiär nach den sinngemäss anwendbaren Bestimmungen der ZPO (Abs. 3). Laut Antrag und Weisung des Regierungsrates vom 31. August 2011 wurde ausdrücklich darauf verzichtet, zusätzlich die Bestimmungen des Verwaltungsrechtspflegegesetzes für anwendbar zu erklären (Amtsblatt [ABl] 2011 S. 2611 f. und S. 2654 zu § 41 Abs. 3). Die Befugnis zur Einvernahme von Zeugen wurde dem Bezirksrat bereits mit der Revision des EG zum ZGB von 2000/2001 eingeräumt. Gemäss § 56a EG zum ZGB kann der Bezirksrat in familienrechtlichen Angelegenheiten (Art. 90–455 ZGB) Zeugen einvernehmen, wobei die entsprechenden Bestimmungen der Zivilprozessordnung sinngemäss anwendbar sind. Gemäss Antrag und Weisung des Regierungsrates vom 22. September 1999 wurde dem Bezirksrat dieses Beweismittel ausdrücklich und vorbehaltlos zur Verfügung gestellt, weil das Verwaltungsverfahren keine Möglichkeit der Zeugeneinvernahme vorsieht (ABl 1999 1216, S. 1292). Der Einwand, der Bezirksrat sei ausserstande, Zeugen einzuvernehmen, überzeugt auch deshalb nicht, weil selbst von der KESB als der Verwaltung zugehöriger Fachbehörde gemäss § 53 EG KESR die Einvernahme von Zeugen erwartet wird (vgl. Antrag und Weisung des Regierungsrates vom 31. August 2011, ABl 2011 S. 2663 zu § 54). Dass die gleiche Befugnis der im selben Gesetz vorgesehenen Beschwerdeinstanz nicht zukommen soll, bedürfte einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage, die hier fehlt.

4.3.4 Gerichtsorganisatorisch steht der Bezirksrat als Beschwerdeinstanz gegenüber Entscheiden der KESB (§ 63 EG KESR) auf der gleichen Stufe wie das Einzelgericht als Beschwerdeinstanz im Bereich der fürsorglichen Unterbringung (§ 62 EG KESR). Beide Instanzen fällen je in ihrem Sachgebiet verbindliche Beschwerdeentscheide, die der Weiterziehung an das Obergericht unterliegen (§ 64 EG KESR und § 50 GOG). Das Obergericht überprüft die angefochtenen Beschwerdeentscheide in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht frei (nArt. 450a ZGB; vgl. Antrag und Weisung des Regierungsrates vom 31. August 2011, ABl 2011 S. 2669).

4.3.5 Aufgrund der gesetzlichen Ausgestaltung sind der Statthalter und der Bezirksrat von den Stimmberechtigten des jeweiligen Bezirks auf eine feste Amtsdauer gewählte Behörden, die sowohl gegenüber den anderen Behörden wie auch gegenüber den Parteien unabhängig und in der Rechtsprechung nicht weisungsgebunden sind. Ihre Entscheide beruhen auf vollständiger Sachverhaltsermittlung und freier Rechtsanwendung und sind verbindlich unter Vorbehalt der Anfechtung beim Obergericht, das auf Beschwerde hin wiederum sämtliche Tat-

und Rechtsfragen uneingeschränkt prüfen kann. Von daher gesehen genügen Statthalter und Bezirksrat den Anforderungen von Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK an ein Gericht.

4.4 Unabhängigkeit in der Rechtsprechung ist dem Bezirksrat gesetzlich zuerkannt. Es bleibt zu prüfen, ob an dieser Unabhängigkeit deswegen Zweifel aufkommen, weil dem Bezirksrat neben seiner Funktion als Beschwerdeinstanz gemäss § 63 Abs. 1 EG KESR gesetzlich weitere Aufgaben übertragen sind, die ihn insgesamt eher als Verwaltungsbehörde denn als Gerichtsbehörde erscheinen lassen. In Frage steht somit, ob das äussere Erscheinungsbild des Bezirkrates auch den Eindruck der Unabhängigkeit vermitteln kann.

4.4.1 Das Bezirksverwaltungsgesetz sieht in § 10 vor, dass dem Bezirksrat vor allem die Aufsicht über die Gemeinden und der Entscheid über Rechtsmittel in Gemeindegängen obliegen (Abs. 1) und dass der Bezirksrat die Bezirksaufgaben besorgt, für die keine andere Behörde zuständig ist (Abs. 2). Für das Statthalteramt bestimmt § 12 BezVG, dass ihm vor allem die Aufsicht über die Ortspolizei, das Strassenwesen der Gemeinden und das Feuerwehrgewesen, der Entscheid über Rechtsmittel aus diesen Gebieten und die Handhabung des Übertretungsstrafrechts obliegen (Abs. 1) und dass die Statthalterin oder der Statthalter besondere Aufträge des Regierungsrates vollzieht (Abs. 3). Bezirksräte und Statthalterämter erstatten den vorgesetzten Behörden jährlich Bericht über ihre Tätigkeit (§ 8 BezVG).

4.4.2 Im öffentlich-rechtlichen Bereich nehmen Bezirksrat und Statthalteramt eine Vielzahl verschiedenster Vollzugs-, Aufsichts- und Rechtsprechungsfunktionen für den Kanton auf Bezirksebene wahr. Entsprechende Regelungen finden sich im Gemeindegengesetz (GG, LS 131.1; vorab §§ 141 ff.), im Sozialhilfegesetz (SHG, LS 851.1; § 8), im Patientinnen- und Patientengesetz (LS 813.13; § 5 Abs. 1), im Landwirtschaftsgesetz (LG, LS 910.1; § 69 u.a.m) sowie im Einführungsgesetz zum Bundesgesetz über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland (EG BewG, LS 234.1; § 4 lit. a). Zahlreich und vielfältig sind auch die Aufgaben des Statthalters gestützt auf kantonale öffentlich-rechtliche Erlasse und im Übertretungsstrafrecht (vgl. für einen Überblick: *Jaag/Rüssli*, N. 1605-07, N. 1611 und N. 1615-17 S. 124 ff.). In Anbetracht der Verflechtung von Aufgaben und Funktionen im Gesetzesvollzug, in der Aufsicht und in der Rechtsprechung erscheint es als nachvollziehbar, dass die Rechtsprechung im öffentlich-rechtlichen Bereich davon ausgeht, der Bezirksrat sei in die Verwaltung eingebunden und deshalb nicht als gerichtliche Instanz anzusehen (vgl. Urteil des Verwaltungsgerichts PB.2000.00007 vom 30. August 2000 E. 2, RB 2000 Nr. 24 S. 70 f., betreffend öffentliches Personalrecht, und die seitherige Rechtsprechung, z.B. Beschluss VB.2007.00051 vom 5. April 2007 E. 1.2, betreffend Tarif für Feuerungskontrolle).

4.4.3 Im zivilrechtlichen Bereich sind die dem Bezirksrat bzw. Statthalteramt zugewiesenen Aufgaben beschränkt. Sie bestehen noch in der Stiftungsaufsicht (§ 37 EG zum ZGB) und in der Zuständigkeit für das Begehren um Vollziehung

einer vom Schenkgeber im Interesse des Bezirkes oder mehrerer Gemeinden desselben gemachten Auflage (§ 38 EG zum ZGB; vgl. *Jaag/Rüssli*, N. 1608-1610 S. 125). Die grosse Zahl von Funktionen des Bezirkrates und vereinzelt auch des Statthalteramtes in familienrechtlichen Angelegenheiten werden durch das EG KESR aufgehoben und eingeschränkt auf die Aufsicht über Wohn- und Pflegeeinrichtungen (§ 14), die Zuständigkeit für die erstinstanzliche Beurteilung von Beschwerden (§ 63) und die Aufbewahrung von Akten gewisser vormundschaftlicher Verfahren (§ 80 EG KESR). Rechtsprechungsfunktion und Verwaltungsaufgaben des Bezirkrates im zivilrechtlichen Bereich sind damit klar getrennt, so dass der Eindruck, der Bezirksrat sei blosser Teil der Verwaltung und keine eigenständige Gerichtsbehörde, nicht entsteht. Unvereinbarkeiten sind mit Bezug auf die Beaufsichtigung von Wohn- und Pflegeeinrichtungen und der erstinstanzlichen Entscheidzuständigkeit über Beschwerden denkbar. Die Regelung ist indessen bundesrechtlich nicht ausgeschlossen, und dass sich aus dieser Doppelfunktion in seltenen Einzelfällen eine Unvereinbarkeit ergeben kann, rechtfertigt ein Eingreifen im Verfahren der abstrakten Normenkontrolle nicht. Entsprechende Sachverhalte sind aus der Praxis bekannt und gegebenenfalls im Rechtsmittelverfahren zu bereinigen (für ein Beispiel: Urteil 5A_532/2007 vom 8. April 2008 E. 2.4-2.5).

4.4.4 Dass dem Bezirksrat dem äusseren Anschein nach die Unabhängigkeit als gerichtliche Beschwerdeinstanz fehlt, begründen die Beschwerdeführer zur Hauptsache damit, dass der Bezirksrat die Gemeinden, die einen Zweckverband eingehenden Gemeinden und die interkommunalen Zusammenschlüsse beaufsichtigt, die die Mitglieder der KESB ernennen (§ 8 EG KESR), deren Entscheide der Bezirksrat wiederum auf Beschwerde hin erstinstanzlich zu überprüfen hat. Derartige Zweifel an der richterlichen Unabhängigkeit könnten sich allenfalls als begründet erweisen, wenn die KESB aus Mitgliedern des Gemeinderates bestünde oder sonstwie politisch zusammengesetzt wäre. Die Voraussetzung ist indessen nicht erfüllt. Die KESB ist eine Fachbehörde (nArt. 440 ZGB) und wird aufgrund der Regelung in §§ 4 ff. EG KESR nach rein fachlichen Gesichtspunkten gebildet. Das neue Erwachsenenschutzrecht schliesst die bisherige Behördenstruktur, bei der jede politische Gemeinde eine Vormundschaftsbehörde bestellt und der Vorsitz von einem Mitglied des Gemeinderates geführt wird, grundsätzlich aus, und bei der Auswahl der Behördenmitglieder ist die Fachkompetenz massgebend, nicht die politische Ausrichtung (vgl. Antrag und Weisung des Regierungsrates vom 31. August 2011, ABI 2011 S. 2607 f. und S. 2625 zu § 8). Die geltend gemachte Verquickung mit der öffentlich-rechtlichen Aufsichtsfunktion gegenüber Gemeinden und der zivilrechtlichen Rechtsprechungsfunktion gegenüber Entscheiden der KESB als Fachbehörde besteht nicht und stellt die dem Bezirksrat gesetzlich zuerkannte Unabhängigkeit in der Rechtsprechung nicht in Frage.

4.4.5 Insgesamt vermittelt auch das äussere Erscheinungsbild des Bezirkrates dessen Unabhängigkeit in der Rechtsprechung für den zivilrechtlichen Bereich. Die zum Beleg des Gegenteils angerufenen Urteile des Europäischen Gerichtshofs

für Menschenrechte (EGMR) und des Bundesgerichts unterscheiden sich doch in wesentlichen Punkten von dem hier zu beurteilenden Fall. Der Bezirksrat kann aufgrund seiner Funktionen und Zusammensetzung nicht dem aus dem Polizeidienst für richterliche Aufgaben abgestellten Juristen gleichgesetzt werden, der nach Beendigung seines richterlichen Mandats in den Polizeidienst zurückkehrt, was den Rechtsuchenden, der einen Bussgeldentscheid vor diesem Richter anfecht, an dessen Unabhängigkeit zu zweifeln berechtigt (vgl. Urteil des EGMR *Belilos gegen Schweiz* vom 29. April 1988, Serie A Bd. 132 § 67). Ebenso wenig besteht der Bezirksrat teilweise aus Verwaltungsbeamten (vgl. Urteil des EGMR *Sramek gegen Österreich* vom 22. Oktober 1984, Serie A Bd. 84 § 42). Da dem Bezirksrat im zivilrechtlichen Bereich, in dem er seine Rechtsprechungsfunktion ausübt, «generelle und umfassende Aufsichtsbefugnisse» gerade nicht zustehen, kann er auch nicht der «Bündner Notariatskommission» gleichgestellt werden, der insbesondere deswegen der Charakter eines Gerichts im Disziplinarverfahren gegen Notare abgesprochen werden musste (vgl. BGE 123 I 87 E. 4e S. 93 f.). Im Übrigen ist auch die Gesamtheit des Verfahrens zu berücksichtigen und die Rolle, die dem Rechtsmittelverfahren im Rahmen des gesamten Verfahrens zukommt (*Frowein/Peukert*, N. 95 zu Art. 6 EMRK). Selbst wenn die Schlussfolgerung hätte gezogen werden müssen, das Statthalteramt bzw. der Bezirksrat sei kein Gericht, sondern eine überwiegend weisungsgebundene Verwaltungsbehörde, ist zu berücksichtigen, dass der Zugang zum Gericht im Sinne von Art. 6 EMRK gewährleistet ist, weil das Obergericht kompetent ist, alle Fragen tatbeständlicher und rechtlicher Natur zu untersuchen, die sich in Bezug auf den Einzelfall ergeben, und auch die Befugnis hat, die angefochtene Entscheidung aufzuheben (*Frowein/Peukert*, N. 56 ff. insb. N. 58 zu Art. 6 EMRK; vgl. auch BGE 138 V 271 E. 3.1 S. 278 und das zit. Urteil *Belilos*, §§ 68 ff.).

4.5 Aus den dargelegten Gründen darf angenommen werden, dass der Bezirksrat als Beschwerdeinstanz gegenüber Entscheiden der KESB (§ 63 Abs. 1 EG KESR) die Anforderungen an ein Gericht gemäss Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK insgesamt erfüllt.

Bemerkungen:

Am 1. Januar 2013 ist die Änderung des ZGB betreffend Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindsrecht in Kraft getreten (vgl. dazu auch das Schwerpunktheft «Neues Kindes- und Erwachsenenschutzrecht», ZBI 114/2013 S. 1 ff.). Im vorliegenden Fall war strittig, ob die im Kanton Zürich als Gericht im Sinn von Art. 450 Abs. 1 ZGB eingesetzten *Bezirksräte* den (bundes-)gesetzlichen, verfassungsrechtlichen und konventionsrechtlichen Anforderungen an ein Gericht genügen. Auf das erste höchstrichterliche Urteil zur Behördenorganisation im Kindes- und Erwachsenenschutzrecht durfte man gespannt sein – umso mehr, als der Kanton Zürich zur Klärung der Rechtslage bei Prof. Dr. Georg Müller ein entsprechendes Rechtsgutachten in Auftrag gegeben hatte, welches zum Schluss kommt, dass der Bezirksrat den Anforderungen an ein unabhängiges Gericht

nicht genügt (vgl. *Georg Müller*, Gerichtliche Beschwerdeinstanz im Kanton Zürich, ZBI 114/2013 S. 59 ff.).

Das Bundesgericht – genauer: die II. zivilrechtliche Abteilung – überprüft die umstrittene Bestimmung im Rahmen einer abstrakten Normenkontrolle und weist die Beschwerde im Ergebnis ab. Den erhobenen Rügen entsprechend erfolgt die Begründung in zwei Schritten: Zunächst untersucht das Gericht, ob die Regelung des kantonalen Rechts gegen Art. 450 Abs. 1 ZGB verstösst oder aber einer gesetzeskonformen Auslegung zugänglich ist (E. 3). Die Nachzeichnung der Entstehungsgeschichte belegt, dass die Räte mit Rücksicht auf die kantonale Organisationsautonomie bewusst davon absahen, den Kantonen die Einsetzung eines Gerichts im formellen Sinn vorzuschreiben sondern auch andere (Justiz-) Behörden zulassen wollten, solange diese den menschenrechtlichen und verfassungsrechtlichen Anforderungen genügen. Um einiges brisanter ist die in einem zweiten Schritt untersuchte Frage, ob die kantonale Zuständigkeitsordnung gegen Art. 6 Ziff. 1 EMRK und Art. 30 Abs. 1 BV verstösst (E. 4); der ständigen Praxis zufolge muss ein Gericht im konventions- bzw. verfassungsrechtlichen Sinn nicht in die ordentliche Gerichtsstruktur eingegliedert sein, solange die Behörde organisatorisch und personell, nach der Art ihrer Ernennung, Amtsdauer, dem Schutz gegen Druck von aussen und nicht zuletzt aufgrund ihres äusseren Erscheinungsbildes unabhängig ist (vgl. BGE 126 I 228 E. 2a/bb). Das Bundesgericht war in diesem Punkt zu besonderer Sorgfalt in der Begründung gehalten, denn neben dem Gutachten von Georg Müller und der Lehre zum Zürcher Staats- und Verwaltungsrecht geht insbesondere auch das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich davon aus, dass dem Bezirksrat bzw. Statthalteramt trotz Weisungsfreiheit im Bereich der Rechtsprechung die für eine gerichtliche Instanz erforderliche Unabhängigkeit fehlt (vgl. die Nachweise in E. 4.1 und E. 4.4.2).

Das Bundesgericht untersucht zunächst die Regeln betreffend Wahl und Ausbildung der Behördenmitglieder (E. 4.3.1 und 4.3.2), ihre Überprüfungsbefugnis und ihre Kompetenz, weisungsfrei bindende Entscheide zu treffen (E. 4.3.2 und 4.3.4); dabei zeigen sich sämtliche Kriterien eines unabhängigen Gerichts als erfüllt. Im vorliegenden Fall entscheidend ist indessen die Frage, ob die Bezirksräte dem *äusseren Anschein* nach den Eindruck der Unabhängigkeit zu vermitteln vermögen. Das Bundesgericht geht davon aus, dass die Bezirksräte eine Vielzahl verschiedenster Vollzugs-, Aufsichts- und Rechtsprechungsfunktionen wahrnehmen; vor diesem Hintergrund erscheine es als nachvollziehbar, dass die (kantonale) Gerichtspraxis für den «öffentlich-rechtlichen Bereich» davon ausgehe, der Bezirksrat sei in die Verwaltung eingebunden und deshalb keine gerichtliche Instanz. Dies treffe auf den «zivilrechtlichen» Bereich indessen nicht zu; hier seien Rechtsprechungsfunktion und Verwaltungsaufgaben klar getrennt (E. 4.4.2 und 4.4.3). Diese Aussage wirft verschiedene Fragen auf: Aus dem Umstand, dass das Erwachsenenschutzrecht im ZGB geregelt ist, lässt sich nicht unbedenken auf die zivilrechtliche Natur der Materie schliessen; *materiell* ist das Kindes- und Erwachsenenschutzrecht dem öffentlichen Recht zuzuordnen und in verfahrens-

rechtlicher Hinsicht gilt die ZPO nur dann, wenn die Kantone nichts anderes vorsehen (Art. 450f ZGB). Dass im Kanton Zürich das Verfahren vor den Bezirksräten der ZPO folgt (vgl. § 40 EG KESR), ändert nichts an der grundsätzlich öffentlich-rechtlichen Natur der Materie. Zudem ist die Qualifikation einer Behörde als Gericht im konventions- bzw. verfassungsrechtlichen Sinne nicht eine Frage des Zivilrechts, sondern des Justizverfassungsrechts, die Perspektive des öffentlichen Rechts damit durchaus massgebend. Schliesslich ist aufgrund der bewährten und reichhaltigen Gerichtspraxis für die Qualifikation einer Behörde als Gericht das äussere Erscheinungsbild *als Ganzes* zu betrachten; dass die Behörde in Teilbereichen allenfalls das Bild der Unabhängigkeit zu vermitteln vermag, ist ohne Belang. Kommt dazu, dass der Bezirksrat bei der Ausübung seiner (nicht-richterlichen) Verwaltungsaufgaben der Weisungsgewalt der übergeordneten Exekutivbehörden unterliegt und – gerade auch im Bereich des Kindes- und Erwachsenenschutzrechts – gewisse Aufsichtsfunktionen ausübt, welche dem – hier entscheidenden – äusseren Anschein nach eine Interessenkollision nach sich ziehen können. Auf die entsprechende Rüge der Beschwerdeführer geht das Gericht jedoch nur mit wenigen Worten ein; da die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden nicht politisch zusammengesetzt seien, bleibe die richterliche Unabhängigkeit gewahrt (E. 4.4.4). Diese Argumentation greift m.E. zu kurz, denn es geht im Ergebnis darum, ob die Bezirksräte trotz ihrer Aufsichtsfunktionen und unbesehen ihrer Weisungsunterworfenheit in administrativen Belangen den äusseren Anschein der Unabhängigkeit wahren. Um diese Frage verlässlich zu bejahen, bedürfte es einer differenzierteren Argumentation, welche sich insbesondere auch mit der einschlägigen Lehre und Praxis zur Behördenorganisation des betroffenen Kantons auseinandersetzt. Dass es dem Bundesgericht nicht ganz wohl bei der Sache ist, zeigt die Formulierung in Erwägung 4.4.5: Selbst wenn die Bezirksräte und Statthalterämter keine Gerichte sein sollten, könnte dieser Fehler laut Bundesgericht immer noch durch den Zugang zum Obergericht geheilt und den Anforderungen der EMRK Genüge getan werden. – Ob damit der verfassungsrechtliche Anspruch der Parteien auf den gesetzlichen Richter (Art. 30 Abs. 1 BV) gewahrt würde, steht auf einem anderen Blatt geschrieben.

Eine weitere Bemerkung betrifft den Umgang des Höchstgerichts mit Rechtsgutachten. Das Bundesgericht wird seine Gründe gehabt haben, weshalb es das Gutachten von Georg Müller nicht in seine Erwägungen mit einbezogen hat. Gleichwohl: Das Gutachten behandelt die im Fall strittige Rechtsfrage, ist auf der Website der Konferenz der Kantone für Kindes- und Erwachsenenschutz KOKES veröffentlicht und wurde – unter anderem im Kantonsrat – öffentlich diskutiert. Die Bezugnahme auf Rechtsgutachten ist dem Bundesgericht auch nicht fremd (vgl. etwa BGE 137 V 210 und 136 V 376; BGE 136 II 43; BGE 133 I 20 oder BGE 126 IV 5). Es wäre wünschenswert, wenn das Bundesgericht die Grundsätze des Umgangs mit Rechtsgutachten bei nächster Gelegenheit erläutern und in diesem Punkt Transparenz schaffen würde.

Prof. Dr. Regina Kiener, Zürich

Gewerberecht – Wirtschaftsfreiheit

ZUG

Anwaltswerbung, Fassadenbeschriftung; Art. 12 lit. d BGFA, Art. 27 BV. *Begriff der Werbung im Sinne von Art. 12 lit. d BGFA* (E. 3). *Die Entstehungsgeschichte dieser Norm* (E. 4) *und ihre systematische Auslegung* (E. 5) *führen zum Ergebnis, dass Anwaltswerbung grundsätzlich zulässig ist, aber zurückhaltend und sachlich zutreffend sein muss* (E. 6). *Anwaltswerbung soll primär informativer Art sein und – über die lauterkeitsrechtlichen Grenzen hinaus – auf reisserische, aufdringliche und marktschreierische Methoden verzichten. Die gebotene Zurückhaltung bezieht sich auf den Inhalt wie auf die Form(en) und Methoden der Anwaltswerbung* (E. 6.2.2). *Beurteilungsspielraum der kantonalen Behörden bei Werbebeschränkungen für Rechtsanwälte* (E. 6.3). *Sachlichkeit einer Leuchtreklame an einer Hausfassade* («HütteLAW Advokatur & Notariat») *von rund 9,4 Metern Länge und 70 bzw. 32 cm Höhe an einer stark befahrenen Verkehrskreuzung in formaler Hinsicht verneint* (E. 7).

(Bundesgericht, II. öffentlich-rechtliche Abteilung, 25. Januar 2013, 2C_714/2012, zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung vorgesehen.)

Die Anwaltskanzlei HütteLAW AG beabsichtigte am Bürogebäude, in dem sich ihre Kanzlei befindet, die Fassadenanschrift «HütteLAW Advokatur & Notariat» anzubringen. Das Bürogebäude liegt an einer stark befahrenen Verkehrskreuzung in Cham/ZG. Am Gebäude bestehen ober- wie unterhalb des geplanten Schriftzugs bereits Fassadenanschriften zweier weiterer Gewerbebetriebe («V. Treuhand» und «W.»). Die vorgesehene Beschriftung sollte eine Gesamtlänge von ca. 9,4 m und eine Höhe von 70 cm («HütteLAW») bzw. 32 cm («Advokatur & Notariat») aufweisen und mit weissen LED-Lichtern ausgeleuchtet werden. Die Fronten sollten blau (blaues Plexiglas) und die Seitenteile vorne ($\frac{1}{3}$) weiss opal und hinten ($\frac{2}{3}$) silbern leuchten.

Die Aufsichtskommission über die Rechtsanwälte des Kantons Zug stellte fest, die beabsichtigte Firmenbeschriftung verstosse gegen die Berufsregeln gemäss Art. 12 lit. d des Bundesgesetzes vom 23. Juni 2000 über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (Anwaltsgesetz, BGFA; SR 935.61). Eine dagegen gerichtete Beschwerde an das Obergericht des Kantons Zug blieb erfolglos. Das Bundesgericht wies schliesslich eine Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten in öffentlicher Beratung vom 25. Januar 2013 mit drei zu zwei Stimmen ebenfalls ab (vgl. NZZ vom 9. März 2013, S. 14). Aus den *Erwägungen*:

3.3 Zu Recht hat die Vorinstanz die vorliegende Fassadenanschrift als (Aus-)Werbung qualifiziert, richtet sie sich doch an eine unbestimmte Vielzahl von Personen und entfaltet damit eine gewisse Breitenwirkung (vgl. Fellmann, in: Fellmann/Zindel [Hrsg.], Kommentar zum Anwaltsgesetz, 2. Aufl. 2011, N. 114b zu Art. 12 BGFA). Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin ist nicht nur die «Spezialisierungsanpreisung» (Hinweis auf besondere Kenntnisse, bevorzugte