

## Aus der Praxis – Nouvelles de la pratique – Casi della pratica

# Örtliche Zuständigkeit zur Anordnung und Führung von Erwachsenenenschutzmassnahmen zugunsten von Flüchtlingen

Aus der Beratungspraxis der SVBB

von Kurt Affolter-Fringeli, Fürsprecher und Notar, Ligerz

**Stichwörter:** *Erwachsenenschutzmassnahmen, Flüchtlinge, Migrationsrechtlicher Aufenthalt, Örtliche Zuständigkeit, Perpetuatio fori, Verfahrensökonomie.*

**Mots-clés:** *Compétence locale, Economie de procédure, Mesures de protection de l'adulte, Perpetuatio fori, Réfugiés, Résidence de droit des étrangers.*

**Parole chiave:** *Competenza di luogo, Economia di procedura, Perpetuatio fori, Provvedimenti per la protezione degli adulti, Rifugiati, Soggiorno conforme diritto di migrazione.*

*Die örtliche Zuständigkeit zur Anordnung einer Erwachsenenenschutzmassnahme für Flüchtlinge richtet sich nicht nach dem ihnen durch die Migrationsbehörden zugewiesenen Aufenthaltsort, sondern nach dem tatsächlichen Lebensmittelpunkt. Massgeblich sind demnach die konkreten Lebensumstände. Ist die Stabilität eines Aufenthaltes, der vom migrationsrechtlich zugewiesenen Ort abweicht, ungewiss, wird die Massnahme mit Vorteil zunächst am zugewiesenen Aufenthaltsort geführt. Nach dem Prinzip der perpetuatio fori (Art. 442 Abs. 1 ZGB) werden rechtshängige Verfahren nicht an einen neuen Wohnsitz oder Aufenthaltsort übertragen, sondern dort einem Entscheid zugeführt, wo sie eröffnet wurden. Es kann sich allerdings zur Vermeidung unnötigen bürokratischen Aufwandes (Übertragungsprozedere für eine angeordnete und nur kurz geführte Massnahme) und im Interesse einer stabilen Mandatsführung rechtfertigen, einen Entscheid durch die Behörde am neuen Wohnsitz fällen zu lassen.*

### **Compétence locale pour prononcer et administrer des mesures de protection de l'adulte en faveur de personnes réfugiées**

*La compétence locale pour prononcer des mesures de protection de l'adulte en faveur de personnes réfugiées ne se détermine pas en fonction du lieu de résidence attribué par les autorités migratoires, mais par rapport au centre effectif des intérêts de la personne concernée. Ce sont par conséquent les circonstances concrètes de la vie de l'intéressé qui sont décisives. Lorsqu'une résidence à un lieu autre que celui attribué par les autorités est encore incertaine, il est conseillé d'administrer la mesure au lieu de résidence attribué. En vertu du principe de la perpetuatio fori (art. 442 al. 1 CC), une procédure pendante n'est pas transférée au nouveau lieu de domicile ou de résidence: la décision sera prise là où la procédure a été ouverte. Pour éviter des démarches administratives inutiles (procédure de transfert pour une mesure déjà prononcée mais administrée pour une brève durée seulement) et dans l'intérêt d'une certaine stabilité dans l'administration des mesures, il peut toutefois se justifier de confier le soin d'instituer la mesure déjà à l'autorité du nouveau domicile.*

### **Competenza di luogo per la disposizione e la conduzione di provvedimenti di protezione in favore di adulti rifugiati**

*La competenza di luogo per la disposizione di provvedimenti di protezione di adulti rifugiati non si situa nel luogo di soggiorno per loro deciso dalle autorità d'immigrazione, ma*

*nell' effettivo centro di sostentamento. Decisive sono perciò le condizioni in cui la persona vive. Nei casi in cui la stabilità del soggiorno non corrisponde al luogo deciso secondo il diritto di migrazione, le disposizioni sono condotte vantaggiosamente al luogo di residenza indicato dall' autorità. Secondo il principio del perpetuatio fori (art. 442 cpv. 1 CC) le procedure in corso non sono trasmesse al nuovo domicilio, o soggiorno, del rifugiato ma la decisione è presa dove il caso è stato aperto. Ai fini di evitare un inutile lavoro burocratico (procedure di trasmissione di un provvedimento ordinato per breve tempo) e per l' interesse di una stabile gestione di mandato è preferibile non sollecitare la richiesta di una decisione al nuovo luogo di soggiorno.*

## **I. Ausgangslage**

Es handelt sich um eine Person mit Flüchtlingsstatus im Kanton X. Sie ist in die Nachbargemeinde gezogen (Kt. Y), ohne vorab Antrag auf Kantonswechsel zu stellen und kann sich folglich dort nicht anmelden.

Bei unserer KESB (Kt. X) ist ein Verfahren zur Prüfung gesetzlicher Massnahmen hängig, welches mit einem Entscheid abgeschlossen werden muss. Es ist nicht sicher, ob der Kantonswechsel überhaupt bewilligt wird, der Klient kann die notwendigen Unterlagen nicht selber einreichen und ist auf Hilfe angewiesen. Das Migrationsamt konnte nicht sagen, wie lange es dauern wird, bis es den Fall bearbeitet hat. Wird die Bewilligung abgelehnt, so muss der Klient wieder zurück in den Kanton X. Da er nicht in der Lage ist, den Antrag alleine auszufüllen, und ausserdem dringend Rechnungen bezahlt werden müssen, was er auch nicht selber kann, soll eine Vertretungsbeistandschaft errichtet werden.

## **II. Fragen**

- a) Welche KESB ist zuständig? Bisherige im Kanton X. oder vom jetzigen Aufenthaltsort im Kt. Y.?
- b) Beziehungsweise konkreter gefragt, wer muss die Beistandschaft führen, X. oder Y.? Dass die KESB X. entscheiden muss ist klar, aber setzt sie einen Beistand/eine Beiständin aus X. oder aus Y. ein?

## **III. Erwägungen**

1. Für den Schutz von Erwachsenen mit internationalen Bezügen gilt gemäss Art. 85 Abs. 2 IPRG in Bezug auf die Zuständigkeit, das anwendbare Recht, die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen oder Massnahmen das Haager Übereinkommen vom 13. Januar 2000 über den internationalen Schutz von Erwachsenen (HEsÜ, SR 0.211.232.1).
  - a) Ein internationaler Bezug liegt immer dann vor, wenn der schutzbedürftige Erwachsene entweder einen ausländischen gewöhnlichen Aufenthalt oder eine ausländische Staatsbürgerschaft aufweist (Daniel Füllemann, Das internationale Privat- und Zivilprozessrecht des Erwachsenenschutzes, St.Galler Studien zum Internationalen Recht, Bd. 37, Rz. 68 S. 49). Im

- vorliegenden Fall handelt es sich um einen Flüchtling ausländischer Nationalität und demnach um einen internationalen Sachverhalt.
- b) Gemäss Art. 5 HESÜ richtet sich die örtliche Zuständigkeit der Behörden, seien es Gerichte oder Verwaltungsbehörden, nach dem gewöhnlichen Aufenthalt der schutzbedürftigen Person. Für Flüchtlinge ist jener Vertragsstaat zuständig, in dessen Hoheitsgebiet sich der Erwachsene befindet (Art. 6 Abs. 1 HESÜ). Die örtliche Zuständigkeit richtet sich damit nach dem schlichten Aufenthalt (FÜLLEMANN, a.a.O., Rz. 165 f.).
- c) Personen, denen in der Schweiz Asyl gewährt wurde, haben innerstaatlich Anspruch auf eine Aufenthaltsbewilligung im Kanton, in dem sie sich rechtmässig aufhalten (Art. 60 Abs. 1 AsylG). Sie dürfen den Wohnort innerhalb des Kantons frei wählen. Personen mit einer Aufenthaltsbewilligung haben gemäss Art. 37 Abs. 2 AuG Anspruch auf den Kantonswechsel, wenn sie nicht arbeitslos sind und keine Widerrufsgründe für die Aufenthaltsbewilligung vorliegen. Als solche Widerrufsgründe gelten gemäss Art. 62 AuG, wenn die Ausländerin oder der Ausländer
- oder ihr oder sein Vertreter im Bewilligungsverfahren falsche Angaben macht oder wesentliche Tatsachen verschwiegen hat;
  - zu einer längerfristigen Freiheitsstrafe verurteilt wurde oder gegen sie eine strafrechtliche Massnahme im Sinne von Artikel 64 oder Artikel 61 des Strafgesetzbuches angeordnet wurde;
  - erheblich oder wiederholt gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung in der Schweiz oder im Ausland verstossen hat oder diese gefährdet oder die innere oder die äussere Sicherheit gefährdet;
  - eine mit der Verfügung verbundene Bedingung nicht einhält;
  - oder eine Person, für die sie oder er zu sorgen hat, auf Sozialhilfe angewiesen ist.
- d) Exkurs: Das Bundesparlament hat am 20. März 2015 zur Umsetzung der sogenannten Ausschaffungsiniziative (Art. 121 Abs. 3–6 BV) eine Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes beschlossen, welche zu einer strengeren Ausschaffung krimineller Ausländer führt. Diese Revisionsbestimmungen waren bei der Bearbeitung der vorliegenden Antwort noch nicht rechtskräftig, wurden daher auch noch nicht mitberücksichtigt und treten am 1. Oktober 2016 in Kraft (AS 2016 2329, 2337). Der Vollständigkeit halber sei trotzdem darauf hingewiesen, dass der Widerruf der Aufenthaltsbewilligung in Zukunft strengeren Regeln unterstehen wird (<https://www.admin.ch/ch/d/pore/rf/cr/2013/20130153.html>).
- e) Nach Art. 85 Abs. 5 AuG können die kantonalen Behörden vorläufig aufgenommenen Personen, die Sozialhilfe beziehen, einen Wohnort oder eine Unterkunft zuweisen. Von der Regelung nicht betroffen sind vorläufig aufgenommene Flüchtlinge, da Wohnsitzauflagen beim Bezug von Sozialhilfeleistungen nicht mit dem Abkommen über die Rechtsstellung der Flüchtlinge (FK; SR 0.142.30; insbesondere Art. 12 und 23) vereinbar wären (BBl 2010 4470 und 4513 f.).

- f) Die Rechtsstellung als Asylbewerber steht der Begründung eines freiwilligen Wohnsitzes in der Schweiz nicht entgegen, auch wenn die Anwesenheit in der Schweiz nur auf Toleranz beruht und voraussichtlich zeitlich beschränkt ist (BGE 113 II 5). Der Umstand, dass dem Asylbewerber migrationsrechtlich ein Aufenthaltsort zugewiesen wird, ist als solcher für die Begründung des Wohnsitzes nicht massgebend (BGE 116 II 497 E. 4; ANDREAS BUCHER, Natürliche Personen und Persönlichkeitsschutz, Rz. 339; PHILIPPE MEIER/ESTELLE DE LUZE, Droit des personnes, Rz. 407).
- g) Nach dem Dargestellten richtet sich die örtliche Zuständigkeit zur Anordnung und Durchführung von Erwachsenenschutzmassnahmen für den Schutzbedürftigen im vorliegenden Fall nicht nach dem ihm zugewiesenen Aufenthalt, sondern nach dem Ort, an dem er sich mit der Absicht des dauernden Verbleibens einen Lebensmittelpunkt geschaffen hat, auch wenn dessen Dauer absehbar ist (Art. 20 Abs. 1 lit. b IPRG i.V.m. Art. 23 ZGB).
2. Gemäss Art. 442 Abs. 1 ZGB verbleibt die Zuständigkeit während eines rechtshängigen Verfahrens bei einem innerstaatlichen Wohnsitzwechsel bei der Behörde, welche das Verfahren eröffnet hat. Diese perpetuatio fori entfällt erst bei einem Wohnsitzwechsel ins Ausland (Art. 5 Abs. 2 HESÜ). Wie Sie zutreffend schreiben, hat daher die KESB am bisherigen gewöhnlichen Aufenthaltsort (Kt. X.) das Verfahren um Anordnung einer Erwachsenenschutzmassnahme nach inländischem Verfahrensrecht zu Ende zu führen.
3. Offen ist damit allein die Frage, ob – sofern eine Beistandschaft zu errichten sein wird – die zu ernennende Beistandsperson aus dem Kt. X. oder aus dem Kt. Y. zu rekrutieren sei. Die KESB hat gemäss Art. 400 ZGB eine fachlich und persönlich geeignete Person zu wählen. Die ernannte Person ist verpflichtet, die Beistandschaft zu übernehmen, sofern nicht wichtige Gründe dagegen sprechen (BSK ZGB I-REUSSER, Art. 400 N 39 ff.). Bei privaten Mandatsträgern hat die KESB grössere Freiheiten als bei Mitarbeitenden von öffentlichen oder privaten Diensten, weil letztere in aller Regel an organisatorische Vorgaben und ihre Pflichtenhefte gebunden sind und die Mandatsführung für fremde KESB ohne Absprache mit der Organisationsführung regelmässig nicht zulässig ist (BSK ZGB I-REUSSER, Art. 400 N 44). Falls eine Berufsbeistandsperson zur Wahl steht, wird die KESB des Kt. X. deshalb zunächst zu klären haben, ob die zu verbeiständende Person ihren gewöhnlichen Aufenthalt bereits in den Kanton Y. verlegt hat oder nicht. Ist das nicht der Fall oder jedenfalls zweifelhaft, so wird am bisherigen Aufenthaltsort eine Beistandsperson zu ernennen sein und die Beistandschaft erst zu übertragen sein, wenn die Voraussetzungen des neuen gewöhnlichen Aufenthalts erhärtet sind. Steht bereits, fest, dass unabhängig der Bewilligung zum Kantonswechsel im Kt. Y. bereits ein neuer gewöhnlicher Aufenthalt begründet worden ist, tut die KESB des Kt. X. gut daran, in Absprache mit der künftig zuständigen KESB des Kt. Y. eine Beistandsperson aus dem Kt. Y. einzuset-

zen und mit dem Anordnungsbeschluss der Beistandschaft und der Ernennung der Beistandsperson gleichzeitig die Massnahme in den Kt. Y zu übertragen bez. diesem den Antrag um Übernahme zu stellen. Bei guter Koordination wird die Beistandschaft am selben Tag von der übernehmenden KESB (Y.) übernommen wie die Massnahme von der KESB X. angeordnet wird. Damit lässt sich vermeiden, dass die Massnahme am Errichtungsort noch einige Wochen geführt werden muss und dort ein Schlussbericht mit Schlussrechnung zu erstellen wäre. Entgegen dem Prinzip der *perpetuatio fori* könnte der vollständig aufbereitete Fall auch direkt von der KESB Y. übernommen und die Massnahme am neuen Aufenthaltsort angeordnet werden. Das braucht beidseitig etwas guten Willen und Sinn für prozessökonomische Erleichterungen, weil es nicht ganz dem in Art. 442 Abs. 1 ZGB Ablauf entspricht. Die Regeln über die örtliche Zuständigkeit stehen allerdings einer solch flexiblen Lösung nicht entgegen, weil die KESB am Wohnsitz bzw. gewöhnlichen Aufenthalt nicht unzuständig sein kann.

#### **4. Damit können Ihre Fragen wie folgt beantwortet werden:**

##### **a) Welche KESB ist zuständig? Bisherige im Kanton X. oder vom jetzigen Aufenthaltsort im Kt. Y.?**

Unabhängig von der migrationsrechtlichen Bewilligung für den Kantonswechsel kann ein Wechsel des gewöhnlichen Aufenthaltsortes erfolgen, wenn nachweislich der Lebensmittelpunkt vom Kt. X. in den Kt. Y. verlegt worden ist. Ob das zutrifft, ist anhand der konkreten Lebensumstände abzuklären. Grundsätzlich muss das angehobene Verfahren am bisherigen Ort weitergeführt werden. Es sind in der Praxis allerdings im gegenseitigen Einvernehmen auch effizientere Lösungen möglich: Anstelle einer Massnahmenerrichtung am bisherigen gewöhnlichen Aufenthalt mit anschliessenden korrespondierenden Übertragungsbeschlüssen der KESB in den Kt. X. und Y. könnte die KESB X. im gegenseitigen Einvernehmen aufgrund eines aufbereiteten Abklärungsverfahrens («pfannenfertig») der KESB Y. die Anordnung und Führung der Massnahme überlassen. Das entspricht zwar nicht ganz der in Art. 442 Abs. 1 ZGB vorgesehenen Zuständigkeitsordnung, wäre aber ohne Kollision mit den örtlichen Zuständigkeitsvorschriften realisierbar.

##### **b) Beziehungsweise konkreter gefragt, wer muss die Beistandschaft führen, X. oder Y.? Dass die KESB X. entscheiden muss ist klar, aber setzt sie einen Beistand/eine Beiständin aus X. oder aus Y. ein?**

Wenn die Massnahme mit Sicherheit im Kt. Y. zu führen sein wird, weil sich dort der neue gewöhnliche Aufenthalt befindet, dann muss die Beistandschaft, wenn sie noch im Kt. X. errichtet würde, ohne Verzug (Art. 442 Abs. 5 ZGB) in den Kt. Y. übertragen werden, wenn keine wichtigen Gründe dagegen sprechen. Dagegen sprechen könnte der Umstand, dass ungewiss ist, ob die migrationsrechtliche Bewilligung zum Kantonswechsel zustande kommt und der gewöhnliche Aufenthalt im Kt. Y. nicht absehbar wieder aufgegeben werden muss. Eine Klärung bringt diesbezüg-

lich nur eine detaillierte Abklärung der konkreten Lebensumstände und der Perspektiven des Schutzbedürftigen. Kann der gewöhnliche Aufenthalt im Kt. Y. absehbar keinen Bestand haben, ist die Beistandschaft am bisherigen gewöhnlichen Aufenthalt im Kt. X. zu führen.