

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

Übertragung der Kinderschutzmassnahme an den Aufenthaltsort des Kindes

Aus der Beratungspraxis der SVBB¹

von Kurt Affolter-Fringeli, lic. iur., Fürsprecher und Notar, Ligerz

Stichwörter: Abschiebeverbot, Aufenthaltsort, Kinderschutzmassnahmen, örtliche Zuständigkeit, Übertragung von Kinderschutzmassnahmen, Vormundschaft.

Mots-clés: Compétence à raison du lieu, Interdiction d'inviter au départ, Lieu de résidence, Mesure de protection de l'enfant, Transfert des mesures de protection de l'enfant, Tutelle.

Parole chiave: Competenza di luogo, Divieto d'allontanamento, Misure di protezione dei minori, Trasferimento di misure di protezione di minori, Tutela.

Die Frage, ob eine Kinderschutzmassnahme auf den Aufenthaltsort zu übertragen sei, fällt in den Zuständigkeitsbereich der abgebenden und übernehmenden KESB und ist deshalb nicht vom Sozialdienst, welcher die Massnahme nach der Übertragung führen müsste, zu entscheiden. Einem Kind, dessen ausländische Mutter seit sieben Jahren nachrichtenlos abwesend ist, und dessen Vater vor vier Jahren verstorben ist, fehlt eine real ausgeübte verantwortliche elterliche Sorge, weshalb es an seinem Aufenthaltsort unter Vormundschaft zu stellen ist. Die an einem andern Ort bisher geführte Erziehungsbeistandschaft und das von einer andern Behörde schon früher entzogene Aufenthaltsbestimmungsrecht, verbunden mit einer behördlichen Platzierung des Kindes, begründen für sich keine örtliche Zuständigkeit für weitere Kinderschutzmassnahmen.

Transfert de la mesure de protection de l'enfant au lieu de résidence de l'enfant

La question de savoir si une mesure de protection de l'enfant doit être transférée au lieu de résidence de l'enfant est une question de compétence des APEA et ne doit pas être décidée par le service social qui sera en charge de la mesure après le transfert. Un enfant dont la mère étrangère est absente et ne donne pas de nouvelles depuis sept ans et dont le père est décédé depuis quatre ans ne jouit d'aucune personne réellement en mesure d'exercer l'autorité parentale et doit être mis sous tutelle à son lieu de résidence. Le fait qu'une curatelle d'éducation soit en cours à un autre endroit et qu'une autre autorité ait au préalable retiré le droit de déterminer le lieu de résidence et ordonné le placement de l'enfant ne fonde pas en soi de compétence à raison du lieu pour de nouvelles mesures de protection.

Trasferimento delle misure di protezione dei minori al luogo di dimora del figlio

La questione se una misura di protezione deve essere trasferita nel luogo di dimora, si colloca nel campo delle competenze dell' APMA che la cede e di quella che la assume. Perciò competente per la decisione non è il Servizio sociale che dovrebbe gestire il provvedimento dopo il trasferimento. A un minore, la cui madre straniera da sette anni è assente senza comunicare notizie di sé e il cui padre è deceduto da quattro anni, manca una responsabile e realmente esercitata potestà genitoriale; perciò deve essere posto sotto tutela nel suo luogo di residenza. La curatela educativa, gestita finora in altro luogo, e la privazione del diritto di

¹ Schweizerische Vereinigung der Berufsbeiständigen und Berufsbeistände.

stabilire la residenza deciso da un'altra autorità, unitamente al collocamento d'autorità del minore, non fondano una competenza di luogo per la decisione di nuove misure di protezione del figlio.

I. Ausgangslage

1. In ihrem Rechenschaftsbericht für die Periode 01.03.2014 bis 29.02.2016 zur Führung von Beistandschaften gemäss Art. 306 Abs. 2 sowie Art. 308 Abs. 1 und 2 und zu einem Entzug des Aufenthaltsbestimmungsrechts nach Art. 310 ZGB mit Platzierung eines 10-jährigen Knaben und dessen zwei älteren Schwestern in einer Pflegefamilie in der Ortschaft Y. (Kt. B.) weist die Beiständin darauf hin, dass die Kindsmutter vor sieben Jahren in ihr afrikanisches Heimatland zurückgekehrt sei und sich seither nicht mehr nach ihren Kindern erkundigt habe. Der Kindsvater ist vor vier Jahren verstorben.
2. Die KESB Z. im Kt. A. ersucht gestützt auf die gegebenen zivilrechtlichen Verhältnisse die KESB X. im Kt. B. um Übernahme der Kinderschutzmassnahme, was die KESB X. (Familiengericht) aus finanziellen Gründen zunächst ablehnt. Die ersuchende KESB Z. machte geltend, nach dem Tod des Kindsvaters und dem Wegzug der Mutter ins Ausland bestünden keine Bezugspunkte mehr zum Ort Z., wo gegenwärtig die Kinderschutzmassnahme geführt wird.
3. Nach einem zweiten Versuch, in dem sich die KESB Z. auf die Empfehlungen der KOKES zur Übertragung von Massnahmen beruft (ZKE 2/2016 S. 167 ff.), leitet die KESB X. (Familiengericht) die Anfrage an die Sozialen Dienste des Aufenthaltsortes weiter mit der Frage, ob sie bereit wären, die Beistandschaft zu übernehmen. Die angesprochenen Sozialen Dienste der Gemeinde Y. im Kt. B. bestreiten ihre Zuständigkeit. Ein Ausnahmefall liege ihres Erachtens nicht vor, der die Übertragung an den Aufenthaltsort zu rechtfertigen vermöge.

II. Frage

Wir bitten Sie um Klärung der Frage, wann eine, wie in der Korrespondenz erwähnte, Ausnahme zur Übernahme einer Kindes- und Erwachsenenschutzmassnahme angezeigt wäre, bzw. ob Sie ebenfalls der Meinung sind, dass wir im vorliegenden Fall zu Recht eine Übernahme abgelehnt haben (unter Bezugnahme auf ZKE 2/2016, S. 167 ff.).

III. Erwägungen

1. Gemäss Art. 11 BV haben Kinder und Jugendliche Anspruch auf besonderen Schutz ihrer Unversehrtheit und auf Förderung ihrer Entwicklung. Nach Art. 3 KRK ist von allen privaten und öffentlichen Betreuungseinrichtungen und Behörden das Kindeswohl vorrangig zu berücksichtigen. Das Bundesgericht hat bereits unter dem alten Kindesrecht von 1907 anerkannt, dass die

Interessen gefährdeter Kinder nicht den Interessen des Armenfiskus geopfert werden dürfen, weil dem Kindeswohl der Vorrang gebühre (BGE 52 II 413; 66 I 27, 35). Unsere Rechtsordnung und die langjährige Rechtsprechung (BGE 135 V 134) schliessen aus, dass aus finanziellen Gründen der Kinderschutz hintangestellt wird, ganz abgesehen davon, dass das Sozialhilferecht gesamtschweizerisch ein Abschiebeverbot kennt (Art. 10 ZUG, Art. 24 BV; statt vieler: Sozialhilfe-Behördenhandbuch des Kantons Zürich Version vom 18.11.2016 Kap. 3.3.02).

2. Strittig ist im vorliegenden Fall die örtliche Zuständigkeit zur Führung von Kindesschutzmassnahmen für ein Kind, das zusammen mit zwei älteren Geschwistern bei Pflegeeltern untergebracht ist, dessen Vater verstorben und dessen Mutter seit sieben Jahren nachrichtenlos im fernen Ausland abwesend ist.
 - a) Der Fallschilderung lässt sich nicht entnehmen, ob das Kind Schweizer Staatsbürger ist. So oder so liegt ein internationaler Sachzusammenhang vor, weil die Mutter Ausländerin ist, nach dem Tod des Vaters alleinige Inhaberin der elterlichen Sorge wurde (Art. 297 Abs. 1 ZGB) und sich nachrichtenlos (mutmasslich in Afrika) aufhält. Damit richtet sich die Zuständigkeit nach Art. 85 IPRG, welcher auf das HKsÜ verweist. Dieses knüpft gemäss Art. 5 für die örtliche Zuständigkeit am gewöhnlichen Aufenthaltsort des Kindes an, mithin daran, wo sich der Lebensmittelpunkt des Kindes befindet.
 - b) Der 10-jährige Knabe befindet sich seit fast zehn Jahren zusammen mit seinen Schwestern bei seiner Pflegefamilie in der Ortschaft Y. im Kt. B. Es kann gar keine Frage sein, dass das für die Ortschaft Y. zuständige Familiengericht X. im Kt. B. die Kindesschutzmassnahme zu übernehmen und sie den Sozialen Diensten in Y. (oder einer andern geeigneten Stelle oder Person) zur Weiterführung zu übertragen hat. Das Familiengericht X. hat in Missachtung der klaren sachlichen Zuständigkeitsregeln des Zivilgesetzbuches (Art. 442 Abs. 5 und 444 ZGB) die Beurteilung der Frage, ob eine Kindesschutzmassnahme zu übernehmen sei oder nicht, einem Sozialen Dienst zugeschoben, dem hierzu von Gesetzes wegen die Entscheidungskompetenz fehlt.
3. Im vorliegenden Fall wurde trotz offensichtlich vollständigen elterlichen Erziehungsvakuums eine Kombination von Kindesschutzmassnahmen getroffen, welche in ihrer Wirkung einer Vormundschaft gleichkommt. Bei der vorliegenden Vertretungslücke besteht kein Bedarf danach, dass ein Elternteil noch Einfluss auf Erziehungsbereiche nehmen kann oder soll, weshalb ein klassischer Sachverhalt für die Anordnung einer Vormundschaft für Minderjährige vorliegt (zum Thema: CYRIL HEGNAUER, Grundriss des Kindesrechts, 5. Aufl., Rz. 27.08 und Rz. 27.41 a.E.; BK-AFFOLTER/VOGEL/LIENHARD, Art. 327a N 11 ff.; BSK ZGB I-BREITSCHMID, Art. 307 N 3; BGer 5C.207/2004 vom 26.11.2004, zusammengefasst von MEIER/HÄBERLI in ZVW 2005, ÜR 13-05; 5C.284/2005 vom 31.01.2006, zusammengefasst von MEIER/HÄBERLI in ZVW 2006, 107 ÜR 26-06).

4. Fazit: Die bisher zuständige KESB Z. im Kt. A. muss dem Familiengericht (KESB) X. im Kt. B. die bisher geführten Kinderschutzmassnahme nach den Vorgehensregeln des Art. 444 ZGB übertragen, das Familiengericht hat diese zu übernehmen und an deren Stelle eine Vormundschaft zu errichten, indem es der Mutter gestützt auf Art. 311 Abs. 1 Ziff. 1 und 2 ZGB die elterliche Sorge entzieht und dem Kind einen Vormund/eine Vormundin im Sinne von Art. 327a–c ZGB ernennt. Ist der ausländische Wohnsitz der Mutter bekannt, so ist ihr in geeigneter Weise wenn möglich das rechtliche Gehör zu gewähren. Bei unbekanntem Aufenthalt oder Unerreichbarkeit kann von einer Anhörung abgesehen werden, womit die Ungewissheit (auch für den Knaben und dessen Schwestern) bleibt, ob die Mutter noch lebt, wo sie lebt und weshalb sie keinen Kontakt zu den Kindern sucht. Dies nach Möglichkeit (mit verhältnismässigen Massnahmen) zu klären, müsste ebenfalls ins Pflichtenheft des Vormundes/der Vormundin aufgenommen werden.
5. Zur unterbreiteten Frage: Die Übernahme der Kinderschutzmassnahme am Aufenthaltsort ist zu Unrecht abgelehnt worden. Allerdings fällt der Entscheid nicht in den Zuständigkeitsbereich der Sozialen Dienste, sondern der KESB, und ein allfälliges Kompetenzkonfliktverfahren richtet sich nach Art. 444 ZGB (BGE 141 III 84). Das Familiengericht hätte die Sozialen Dienste daher allenfalls um einen Sozialbericht und den Vorschlag eines künftigen Beistandes resp. Vormundes ersuchen können. Dagegen stand es ihm nicht zu, dem SD einen Entscheid zu überlassen, den von Gesetzes wegen die KESB treffen muss.