

Örtliche Zuständigkeit zur Anordnung der Vormundschaft nach Art. 368 ZGB nach Entmündigung der Inhaberin der elterlichen Sorge

von Kurt Affolter, lic. iur., Fürsprecher und Notar, Institut für angewandtes Sozialrecht, Ligerz

Aus der Beratungspraxis der VSAV

Der Wohnsitz des unter alleiniger elterlicher Sorge der Mutter stehenden Kindes befindet sich am mütterlichen Wohnsitz. Wird die Mutter entmündigt, so verliert sie von Gesetzes wegen auch die elterliche Sorge (Art. 296 Abs. 2 ZGB), weshalb im selben Zug das Kind unter Vormundschaft zu stellen und ihm ein Vormund zu bestellen ist. Örtlich zuständig ist die Wohnsitzbehörde von Mutter und Kind und nicht die Aufenthaltsbehörde des fremdplatzierten Kindes. Ob die Vormundschaft anschliessend an die Aufenthaltsbehörde zu übertragen sei, richtet sich allein nach den Bedürfnissen des Kindes im Einzelfall.

Compétence à raison du lieu pour le prononcé d'une tutelle selon l'art. 368 CC après interdiction de la détentrice de l'autorité parentale

Le domicile de l'enfant placé sous l'autorité parentale de sa mère est au domicile de cette dernière. Si la mère perd l'autorité parentale suite à sa mise sous tutelle (art. 296 al. 2 CC), l'enfant doit être placé sous tutelle et un tuteur lui être désigné. L'autorité compétente est celle du domicile de la mère et de l'enfant et non l'autorité du lieu où l'enfant séjourne suite à un placement. La question de savoir si la tutelle doit par la suite être transférée à l'autorité du lieu où l'enfant réside est tranchée sur la base des besoins de ce dernier dans le cas d'es-pèce.

Competenza territoriale per l'istituzione della tutela dell'art. 368 CC dopo che la detentrica è stata privata della custodia parentale

Dalla prassi stabilita dall'ASTU

Il domicilio del figlio posto sotto la sola custodia della madre è nel luogo del domicilio materno se la madre interdetta perde per legge la custodia parentale (art. 296 cpv. 2 CC), il figlio deve essere posto sotto tutela e per lui deve essere designato un tutore. Competenti territorialmente per agire in questo senso sono le autorità del luogo di domicilio della madre e del figlio e non le autorità di residenza del figlio collocato presso terzi. Se del caso ed a dipendenza delle necessità del figlio, la tutela può poi essere trasferita nel suo luogo di residenza abituale.

Sachverhalt

Ausgehend von der Annahme, dass es sich bei der Sozialpädagogischen Pflegefamilie W. in J. tatsächlich um eine Anstalt handelt, bitten wir Sie um Ihre Meinung betreffend Zuständigkeit für die Errichtung einer Vormundschaft gemäss Art. 368 ZGB für BK:

BK ist der Sohn von VK und SK. Praktisch seit seiner Geburt lebt er in der Sozialpädagogischen Pflegefamilie W. in J. Seit März 1995 bestehen für BK

Kindesschutzmassnahmen. Die Vormundschaftsbehörde AR führt zurzeit eine Beistandschaft gemäss Art. 308 und Art. 325 Abs. 1 und 3 ZGB für BK.

Mit Urteil des Kantonsgerichts G vom 16. Juni 1998 wurde der Vater wegen mehrfacher sexueller Handlungen sowie sexueller Nötigung verurteilt. Gleichzeitig wurde ihm gestützt auf Art. 53 StGB die elterliche Sorge über B entzogen. B's Mutter wurde mit Beschluss der Vormundschaftsbehörde G vom 13. Januar 2006 gemäss Art. 369 ZGB entmündigt und unter Vormundschaft gestellt. Damit steht BK unter keiner elterlichen Sorge mehr und es muss für ihn eine Vormundschaft gemäss Art. 368 ZGB errichtet werden.

Gemäss Art. 315 ZGB i.V. mit Art. 25 ZGB befindet sich der Wohnsitz des Kindes unter elterlicher Sorge am Wohnsitz des Elternteils, unter dessen Obhut es steht. In den übrigen Fällen gilt sein *Aufenthaltsort als Wohnsitz*. Im Basler Kommentar (BSK ZGB I – *Daniel Staehlin*, Art. 25, N 9) wird für diese «übrigen Fälle» explizit das Dahinfallen der elterlichen Sorge durch Entmündigung ihrer Inhaber erwähnt. *Cyril Hegnauer* unterstützt diese Meinung in seinem Grundriss zum Kindesrecht, 5. Auflage, N 17.23.

Die Vormundschaftsbehörde O bejaht in ihrem Schreiben vom 24. Mai 2006 grundsätzlich, dass aufgrund der Entmündigung der Mutter BK zivilrechtlichen Wohnsitz an seinem Aufenthaltsort begründet. Somit wäre für die Errichtung der Vormundschaft die Vormundschaftsbehörde O zuständig. In diesem Punkt herrscht also Einigkeit. Uneinigkeit besteht jedoch darüber, ob es sich a) bei der Sozialpädagogischen Pflegefamilie um eine Anstalt handelt, die eine Wohnsitzbegründung grundsätzlich verunmöglichen würde, und ob, falls dies zu bejahen wäre, b) Kriterien vorliegen, welche im Interesse des zu Bevormundenden die Begründung eines Wohnsitzes am Anstaltsort dennoch zuliesse. Diese wären im vorliegenden Fall die ausschliessliche persönliche Beziehung zum Anstaltsort und keinerlei persönliche Anknüpfungspunkte zur Stadt G (vgl. Empfehlungen der Konferenz der kantonalen Vormundschaftsbehörden vom September 2002 zur Übertragung vormundschaftlicher Massnahmen in ZVW 6/2002 S. 212 ff).

Für den Fall, dass es sich bei der Sozialpädagogischen Pflegefamilie W. tatsächlich um eine Anstalt handeln sollte, vertreten wir die Auffassung, dass durch den rund 15 Jahre dauernden Aufenthalt BK's in der Pflegefamilie W. in J. ein wohnsitzbegründender Lebensmittelpunkt entstanden ist. Im Interesse von BK drängt es sich deshalb auf, jetzt dort auch formell Wohnsitz begründen zu können und vor Ort rechtlich vertreten zu werden. Zur Stadt G, wo seine Mutter vor rund eineinhalb Jahren zugezogen ist, besteht, abgesehen von einmal monatlich stattfindenden Besuchen, kein persönlicher Anknüpfungspunkt.

Erwägungen

1. Der Wohnsitz des Kindes, welches sich unter elterlicher Sorge befindet, leitet sich ab vom Wohnsitz der Eltern (Art. 25).

a. Haben diese *gemeinsame elterliche Sorge*

- i. und einen gemeinsamen Wohnsitz, befindet sich der Wohnsitz des Kindes dort.

- ii. Haben sie keinen gemeinsamen Wohnsitz, richtet sich der Wohnsitz nach jenem Elternteil, unter dessen Obhut es ist. Wurde die Obhut rechtlich zugeteilt (z.B. in einem eherechtlichen Verfahren), ist die rechtliche Obhut massgeblich, und es ist unerheblich, wo sich das Kind tatsächlich aufhält (*Hausheer/Reusser/Geiser*, BK 34/17 zu Art. 162). Sind dagegen beide auch rechtliche Inhaber des Obhutsrechts, ohne dass das Kind bei einem der beiden Eltern lebt, befindet sich der Wohnsitz des Kindes an dessen tatsächlichem Aufenthaltsort (a.a.O. 34/18).
 - iii. Besitzt keines der Eltern die rechtliche Obhut, weil sie ihnen entzogen worden ist (Art. 310 ZGB), befindet sich der Wohnsitz des Kindes von Eltern, die gemeinsame elterliche Sorge ausüben, aber keinen gemeinsamen Wohnsitz aufweisen, ebenfalls an dessen Aufenthaltsort (a.a.O. 34/18).
 - iv. Damit von Aufenthalt gesprochen werden kann, ist ein Mindestmass von Dauer der Ortsanwesenheit nötig. Ein kurzer Ortswechsel vermag noch keinen Aufenthalt zu begründen (a.a.O. 34/19 mit Hinweis auf die bünderrätliche Botschaft).
- b. Haben die Eltern keine gemeinsame elterliche Sorge, richtet sich der Wohnsitz des Kindes nach demjenigen des Inhabers der alleinigen elterlichen Sorge, unabhängig davon, ob diesem die Obhut entzogen sei und wo sich das Kind aufhält, weil eine eindeutige Anknüpfung über die elterliche Sorge möglich ist (Art. 25 ZGB).
 - c. Ist das Kind bevormundet, richtet sich sein Wohnsitz nach dem Sitz der Vormundschaftsbehörde, und, wenn diese einen Vormundschaftskreis mit mehreren Gemeinden abdeckt, liegt er in jener Gemeinde, in welcher es bei Eröffnung des Bevormundungsverfahrens Wohnsitz beziehungsweise gewöhnlichen Aufenthalt hatte (*C. Hegnauer*, ZVW 1981 S. 67 ff.; BK 34/23a zu Art. 169).

2. Steht das Kind nicht unter elterlicher Sorge, aber auch noch nicht unter Vormundschaft, so lässt sich sein Wohnsitz nicht als unselbständiger Wohnsitz ableiten, weshalb er sich auch nicht nach Art. 25 Abs. 1 ZGB richten kann (*Deschenaux/Steinauer*, Personnes physiques et tutelle, Rz. 395), weil diese Bestimmung sich nur auf Kinder unter elterlicher Sorge und auf solche unter Vormundschaft bezieht, nicht aber auf jene, für welche noch ein Sorgerechts-Vakuum besteht, weil die Erziehungsverantwortlichkeit behördlich noch nicht bestimmt wurde. Für diese Fälle bestimmt sich die örtliche Zuständigkeit nach Art. 23 und 24 ZGB.

- a. Ist das Kind urteilsfähig, kann es einen eigenen Wohnsitz begründen (*Deschenaux/Steinauer*, Personnes physiques et tutelle, Rz. 395).
- b. Ist es nicht urteilsfähig, oder konnte es keinen freiwilligen Wohnsitz wählen, so behält es seinen ursprünglichen Wohnsitz solange, als es keinen neuen begründet hat (a.a.O.).

3. Seit dem 16. Juni 1998 (Entzug der elterlichen Sorge durch das Strafgericht nach Art. 53 StGB [es kommt also immer noch vor, dass diese Massnahme dem

Strafgericht überlassen wird und nicht von der Vormundschaftsbehörde angeordnet wird]) stand das Kind nur noch unter der elterlichen Sorge der Mutter. Damit befand sich der Wohnsitz des Kindes bis 13. Januar 2006 (Entmündigung der Mutter) am Wohnsitz der Mutter, letztmals in G. Mit der Entmündigung hat die Mutter auch die Fähigkeit verloren, elterliche Sorge ausüben zu können (Art. 296 Abs. 2 ZGB), womit das den Wohnsitz begründende Abhängigkeitsverhältnis entfallen ist.

- a. Normalerweise müsste eine Vormundschaftsbehörde synchron zur Entmündigung einer Alleininhaberin der elterlichen Sorge dem betroffenen Kind eine Vormundschaft bestellen und eine Vormundin ernennen. Die Errichtung der Vormundschaft über das Kind ist eine zwingende Folge der Entmündigung gegenüber der Alleininhaberin der elterlichen Sorge, wobei die örtliche Zuständigkeit bei der (bisher gemeinsamen) Wohnsitzbehörde von Mutter und Kind liegt. Diese Behörde kann sich dieser Zuständigkeit nicht dadurch entziehen, dass sie mit der gesetzlich, aber auch erzieherisch zwingend notwendigen Vormundschaftserrichtung über das Kind zuwartet, bis angenommen werden kann, das Kind habe an seinem Aufenthaltsort einen selbständigen Wohnsitz nach Art. 23 ZGB begründet.
- b. Falls die bisher für Mutter und Kind zuständige Wohnsitzbehörde mit der Errichtung der Vormundschaft für das Kind zuwartet, liegt der gleiche Fall vor wie wenn die Inhaberin der elterlichen Sorge verstorben wäre, die Vormundschaftsbehörde aber von dieser Situation noch keine Kenntnis hat und deshalb auch nicht handeln konnte (BK 34/23 zu Art. 162 Lemma 3 S. 169). Es besteht durch Zeitablauf theoretisch die Möglichkeit, dass das urteilsfähige Kind in der Zwischenzeit einen selbständigen Wohnsitz begründet (s. oben Ziff. 2.a.). Das wäre hier die Zeit zwischen dem 16. Januar 2006 bis heute.
- c. Die Vormundschaftsbehörde, welche die Mutter entmündigt hat, schuf mit diesem Gestaltungsakt wie dargestellt einen zwingenden Anlass, das Kind ohne elterliche Sorge unter Vormundschaft zu stellen. Von Gesetzes wegen ist demnach bei ihr ein Verfahren um Bevormundung des Kindes hängig, dessen sie sich nicht durch Zuwarten und Nichtstun entziehen kann.
- d. Das Kind, welches sich praktisch seit seiner Geburt bei seinen Pflegeeltern befindet, hat seit der Entmündigung seiner Mutter keinen eigenen, selbstgewählten Wohnsitz im Sinne von Art. 23 ZGB begründet, sondern befindet sich nach wie vor an seinem Pflegeplatz aufgrund einer vormundschaftsbehördlich angeordneten Obhutsentziehung und eines Platzierungsentscheides (Art. 310 ZGB). Damit perpetuiert Art. 24 ZGB den bisherigen, vom Wohnsitz der Mutter abhängigen Wohnsitz (BK N 34/23 zu Art. 162 ZGB Lemma 2 S. 168).

4. Die Frage, ob es sich bei der Sozialpädagogischen Pflegefamilie W. um eine Anstalt handle, kann dahin gestellt bleiben. Sie könnte dann eine Rolle spielen, wenn das Kind keinen Wohnsitz aufweisen würde, beziehungsweise durch die Wahl eines eigenen, selbst gewählten neuen Lebensmittelpunktes die Perpetu-

ierung des ursprünglichen Wohnsitzes unterbrochen hätte. Wie dargelegt ist das nicht der Fall. Hätte das Kind aber eine solche Wahl getroffen, stünde die Qualifikation der SPF als Anstalt der Wohnsitzbegründung eher entgegen. Aber auch die Qualifikation als Heim oder Pflegefamilie hilft nicht weiter, weil wie dargestellt der Wohnsitz in G perpetuiert wurde und rechtlich nicht am Aufenthaltsort angeknüpft werden kann. Wie das Bundesgericht in seiner neuesten Praxis festgestellt hat, bilden Wohnsitz und Aufenthalt keine gleichwertigen Anknüpfungspunkte, wenngleich nach dem Wortlaut von Art. 315 ZGB von einer Gleichwertigkeit auszugehen wäre (BGE 129 I 419; vergleiche zu dieser Kontroverse ZVW 2003 S. 460 ff. und *Hegnauer* in ZVW 2003 S. 465 ff., sowie *Hegnauer*, Grundriss des Kindesrechts, N 27.59; *Stettler*, SPR III/2 S. 524 ff.; *Breitschmid* in Basler Kommentar ZGB I N 18 zu Art. 315).

5. Damit bleibt die Wohnsitzbehörde G für die Anordnung der Vormundschaft über das Kind zuständig. Eine andere Frage ist, ob diese Massnahme an den Pflegeplatz übertragen werden soll. Diese Frage ist allein am Kriterium der Wahrung des Kindeswohls zu messen. Wenn die Massnahme von G aus nicht sachgerecht geführt werden kann (z.B. wegen sehr grosser geografischer Distanz und einem Bedürfnis nach permanenter Präsenz des Vormundes oder der Vormundin), ist sie an den Pflegeort (Aufenthaltsort) zu übertragen und von diesem zu übernehmen. Findet sich dazu keine Einigung unter den beteiligten Vormundschaftsbehörde, sind die jeweiligen Aufsichtsbehörden verpflichtet, zu verhandeln und zu vermitteln (Art. 44 Abs. 3 BV). Im äussersten Fall ist die Übertragung mittels staatsrechtlicher Klage gemäss Art. 83 lit. e OG von G gegen den Pflegeort zu erzwingen.