



AR GVP 33/2021 Nr. 3819

Örtliche Zuständigkeit; negativer Kompetenzkonflikt (Art. 442 und 444 ZGB). Die gerichtliche Beschwerdeinstanz kann nicht mit bindender Wirkung über die Zuständigkeit einer Kindesschutzbehörde in einem anderen Kanton entscheiden; einen negativen Kompetenzkonflikt haben die jeweiligen Kantone auf dem Klageweg nach Art. 120 Abs. 1 lit. b BGG auszutragen.

Rechtshängigkeit im Bereich Kindes- und Erwachsenenschutz (Art. 450f ZGB). Der (kantonale) Gesetzgeber hat darauf verzichtet, den Eintritt der Rechtshängigkeit zu regeln, weshalb die Normen der ZPO sinngemäss zur Anwendung gelangen. Konkretisierung der Rechtshängigkeit im Bereich Kindesschutz.

Urteil des Obergerichts, 2. Abteilung, 07.12.2021, O2K 21 4

Aus den Erwägungen:

1.2 Zu beachten gilt, dass die gerichtliche Beschwerdeinstanz nicht mit bindender Wirkung über die Zuständigkeit einer Kindesschutzbehörde in einem anderen Kanton bestimmen kann (BGE 141 III 84 E. 4.4). Negative Kompetenzkonflikte haben die jeweiligen Kantone auf dem Klageweg gemäss Art. 120 Abs. 1 lit. b des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG, SR 173.110) auszutragen (BGE 141 III 84 E. 4.7; Urteile des Bundesgerichts 5A_998/2014 vom 14. April 2015 E. 1 und 5E_1/2017 vom 31. August 2017 E. 4; Entscheid des Kantonsgerichts Basel-Landschaft, Abteilung Verfassungs- und Verwaltungsrecht, 810 17 11, vom 29. März 2017; MURPHY/STECK, in: Fountoulakis/Affolter-Fringeli/Biderbost/Steck [Hrsg.], Fachhandbuch Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, 2016, Rz. 18.68; DANIEL STECK, in: Breitschmid/Jungo [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Aufl. 2016, N. 9a zu Art. 444 ZGB; MARANTA/AUER/MARTI, in: Basler Kommentar, ZGB I, 6. Aufl. 2018, N. 16 zu Art. 444 ZGB; kritisch CHRISTOPH AUER, Urteilsanmerkung zu BGE 141 III 84, ZBl 2015, S. 285 ff.).

Das Obergericht kann demnach einzig über die Zuständigkeit der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (KESB) Appenzell Ausserrhoden (AR) verbindlich entscheiden.

2.4 Anwendbares Verfahrensrecht

Soweit das Verfahren nicht durch die bundesrechtlichen Grundsätze (Art. 443 ff. ZGB) geregelt wird, richtet es sich nach kantonalem Recht. Die Kantone sind frei, "etwas Anderes" zu bestimmen, haben aber das übergeordnete Recht, mithin die bundesrechtlichen Vorgaben des ZGB, die BV und die EMRK zu beachten (DANIEL STECK, in: Büchler/Häfeli/Leuba/Stettler [Hrsg.], FamKommentar Erwachsenenschutz, 2013, N. 3 zu Art. 450f ZGB). Sofern die Kantone nichts Anderes bestimmen, gelangen nach Art. 450f ZGB die Bestimmungen der Zivilprozessordnung (ZPO, SR 272) sinngemäss als ergänzendes kantonales Verfahrensrecht zur Anwendung (*derselbe*, FamKommentar, a.a.O., N. 4 zu Art. 450f ZGB). Dies ist der Fall, wenn der Kanton darauf verzichtet, die bisherigen Verfahrensordnungen an die neuen Verhältnisse anzupassen, so dass diese gegebenenfalls sogar hinfällig werden (*derselbe*, FamKommentar, a.a.O., N. 5 zu Art. 450f ZGB). Erlässt der Kanton dagegen eine Verfahrensregelung, erfolgt der sinngemässe Rückgriff auf die Bestimmungen der ZPO nur, soweit die kantonale Regelung lückenhaft ist (*derselbe*, FamKommentar, a.a.O., N. 6 zu Art. 450f ZGB; MURPHY/STECK, a.a.O., Rz. 18.48; STECK, Handkommentar, a.a.O., N. 5 zu Art. 450f ZGB). In verfahrensrechtlicher Hinsicht besteht deshalb eine Kaskadenordnung: Primär gelten die bundesrechtlichen Grundregeln (Art. 443 ff. ZGB), in

zweiter Linie sind die besonderen kantonalrechtlichen Verfahrensbestimmungen und subsidiär sinngemäss die Bestimmungen der ZPO anwendbar (*derselbe*, Handkommentar, a.a.O., N. 5 zu Art. 450f ZGB; STECK, Praxis-kommentar, a.a.O., N. 7 zu Art. 450f ZGB; AUER/MARTI, in: Basler Kommentar, Erwachsenenschutz, 2012, N. 4 zu Art. 450f ZGB; BGE 140 III 385 E. 2.3). Offen gelassen - und somit den Kantonen zur allfälligen Regelung übertragen - hat das ZGB unter anderem die Rechtshängigkeit (*dieselben*, a.a.O., N. 6 zu Art. 450f ZGB).

Der Kanton Appenzell Ausserrhoden regelt das Verfahren vor der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde in den Art. 39 ff. des Gesetzes über die Einführung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (EG zum ZGB, bGS 211.1). Auf das Verfahren ist, unter Vorbehalt abweichender Bestimmungen des EG zum ZGB, das Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG, bGS 143.1) anwendbar (Art. 64 Abs. 1 EG zum ZGB).

Weder das EG zum ZGB noch das VRPG enthalten Bestimmungen zur Rechtshängigkeit; dies im Gegensatz zu anderen Kantonen, welche diesen Punkt explizit regeln (vgl. zum Beispiel § 37 KESV TG, Art. 22 EG KES SG, § 68 EG ZGB BL oder § 47 EG KESR ZH; MURPHY/STECK, a.a.O., Rz. 18.33). Nach dem oben Gesagten führt dies zur sinngemässen Anwendung der Normen der ZPO. "Sinngemäss anwendbar" bedeutet: Die subsidiär geltenden Regeln der ZPO sind nicht in jedem Fall strikt anzuwenden, sondern es ist der besonderen Natur des materiellen Rechts und der zu seiner Verwirklichung vorgeschriebenen Verfahrensgrundsätze Rechnung zu tragen. Es kann deshalb je nach Situation notwendig sein, die Normen der ZPO "cum grano salis" anzuwenden oder davon abzuweichen (*dieselben*, Rz. 18.48; AUER/MARTI, a.a.O., N. 13 zu Art. 450f ZGB; STECK, Handkommentar, a.a.O., N. 6a zu Art. 450f ZGB).

2.5 Rechtshängigkeit

2.5.1 Die Erwachsenenschutzbehörde prüft ihre Zuständigkeit von Amtes wegen (Art. 444 Abs. 1 ZGB). Hält sie sich nicht für zuständig, so überweist sie die Sache unverzüglich der Behörde, die sie als zuständig erachtet (Art. 444 Abs. 2 ZGB). Art. 444 ZGB bezieht sich gesetzessystematisch zwar auf das Verfahren vor der Erwachsenenschutzbehörde, kommt jedoch auch im Verfahren vor der Kindesschutzbehörde zur Anwendung (AUER/MARTI, a.a.O., N. 2 zu Art. 444 ZGB; STECK, FamKommentar, a.a.O., N. 3 zu Art. 444 ZGB).

Die KESB hat die Zuständigkeit als Verfahrensvoraussetzung von Amtes wegen zu prüfen, sowohl in sachlicher als auch in örtlicher Hinsicht. Dabei hat die KESB die massgebenden Umstände im Rahmen des Untersuchungsgrundsatzes (Art. 446 Abs. 1 ZGB) und der Officialmaxime (Art. 446 Abs. 3 ZGB) festzustellen (*derselbe*, a.a.O., FamKommentar, N. 4 zu Art. 444 ZGB; AUER/MARTI, a.a.O., N. 3 zu Art. 444 ZGB).

2.5.2 Die Zuständigkeit wird grundsätzlich mit Eintritt der Rechtshängigkeit fixiert und bleibt bis zum Abschluss des Verfahrens erhalten. Der Gesetzgeber hat darauf verzichtet, den Eintritt der Rechtshängigkeit zu regeln. Die Regelung der ZPO (Art. 62 ff. ZPO) lässt sich nicht unbesehen auf den Kindes- und Erwachsenenschutz übertragen, handelt es sich doch im Kindes- und Erwachsenenschutz meist um Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, in welchen die für den Zivilrechtsstreit typische Zweiparteien-Situation fehlt (*dieselben*, a.a.O., N. 11 zu Art. 444 ZGB; STECK, a.a.O., Handkommentar, N. 11 zu Art. 450f ZGB). Wann ein Verfahren als rechtshängig gilt, ist mitunter nicht einfach zu bestimmen. Art. 23 Abs. 1 des Vorentwurfs betreffend Verfahren vor den Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden 2003 (VE VKE 2003) sah vor, dass ein Verfahren mit Einreichung eines Gesuchs (Ziff. 1), mit Eingang einer nicht offensichtlich unbegründeten Meldung (Ziff. 2), durch Anrufung der KESB in den vom ZGB bestimmten Fällen (Ziff. 3) und durch Eröffnung von Amtes wegen (Ziff. 4) hängig wird. Letzteres traf nach Art. 23 Abs. 2 VE VKE 2003 zu, wenn die KESB den betroffenen Personen eine entsprechende Mitteilung macht oder andere Vorkehren trifft, die sich nach aussen manifestieren (AUER/MARTI, a.a.O., N. 11 zu Art. 444 ZGB).

Einzelne Kantone haben die Rechtshängigkeit im Rahmen der kantonalen Einführungsgesetze in Anlehnung an Art. 23 VKE 2003 geregelt (zum Beispiel § 37 KESV TG, Art. 22 EG KES SG, § 68 EG ZGB BL und § 47

EG KESR ZH; MURPHY/STECK, a.a.O., Rz. 18.33). Besteht keine entsprechende Regelung, ist der Eintritt der Rechtshängigkeit mit der herrschenden Lehre zu bejahen, wenn behördliches Handeln "nach aussen hin erstmals manifest" wird, ungeachtet dessen, ob dies gegenüber der betroffenen Person oder gegenüber Dritten erfolgt (AUER/MARTI, a.a.O., N. 11 zu Art. 444 ZGB mit weiteren Hinweisen).

2.5.3 Das Obergericht hält die Anwendung der ZPO in diesem Kontext mit den oben genannten Autoren für wenig hilfreich, weil es sich im Bereich des Kindesschutzes nicht um ein - in der Regel von der Verhandlungs- und Dispositionsmaxime (Art. 55 und 58 ZPO) beherrschtes - Zweiparteienverfahren handelt und Verfahren vor der KESB häufig nicht auf Begehren der Betroffenen, sondern auf Beobachtungen oder Mitteilungen von Dritten hin von Amtes wegen eröffnet werden. Die praktisch gleichlautenden Bestimmungen der Kantone, welche die Rechtshängigkeit im Bereich des Kindes- und Erwachsenenschutzes explizit geregelt und sich dabei durchwegs am Wortlaut des Vorentwurfs betreffend Verfahren vor den Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden (VE VKE) orientiert haben, tragen diesen Besonderheiten viel besser Rechnung. In diesen Kantonen gilt das Verfahren unter anderem dann als eingeleitet und wird damit rechtshängig, wenn bei der Kindesschutzbehörde eine nicht offensichtlich unbegründete Gefährdungsmeldung eingeht (Art. 22 Abs. 1 lit. d EG KES SG; § 37 Abs. 1 KESV TG; § 68 Abs. 1 lit. b EG ZGB BL), die Behörde in den vom ZGB bestimmten Fällen angerufen wird (Art. 22 Abs. 1 lit. c EG KES SG; § 37 Abs. 1 KESV TG; § 47 Abs. 1 EG KESR ZH) oder mit dem Eingang von konkreten Hinweisen auf die Hilfsbedürftigkeit eines Kindes oder einer volljährigen Person (§ 37 Abs. 1 KESV TG; § 47 Abs. 1 EG KESR ZH).

2.5.4 Vorliegend trat die KESB AR am 12. Juli 2021 im Rahmen der Weiterleitung der Geburtsmitteilung an die KESB Wil-Uzwil erstmals nach aussen in Erscheinung. Allerdings nur, um gegenüber der Letzteren den Standpunkt einzunehmen, sie sei nicht zuständig. Es stellt sich aber die berechnete Frage, ob sie nicht bereits bei Erhalt der Geburtsmitteilung Veranlassung gehabt hätte, aktiv zu werden. Dies vor dem Hintergrund, dass die KESB aufgrund der Offizialmaxime auch ohne förmlichen Antrag von Amtes wegen tätig werden muss, wenn Anzeichen dafür bestehen, dass die persönlichen oder finanziellen Angelegenheiten einer Person gefährdet sind (AUER/MARTI, a.a.O., N. 4 zu Art. 443 ZGB; MICHELLE COTTIER, in: Böhler/Häfeli/Leuba/Stettler [Hrsg.], Erwachsenenschutz, 2013, N. 15 zu Art. 314 ZGB; YVES BIDERBOST, in: Breitschmid/Jungo [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Aufl. 2016, N. 15 zu Art. 307 ZGB).

Die fehlende Vaterschaft - sei es, dass ein Kind unehelich zur Welt kommt, sei es, dass ein bestehendes Kindesverhältnis nachträglich wegfällt (so ausdrücklich Art. 309 Abs. 2 aZGB) - wird grundsätzlich als Gefährdung des Kindeswohls gewertet (*derselbe*, a.a.O., N. 7a zu Art. 308 ZGB; PETER BREITSCHMID, in: Basler Kommentar, ZGB I, 6. Aufl. 2018, N. 9 f. zu Art. 308 ZGB; CHRISTOPH HÄFELI, Grundriss zum Kindes- und Erwachsenenschutz, 2. Aufl. 2016, Rz. 40.16 mit weiteren Hinweisen).

Wenn man die Rechtshängigkeit nicht bereits beim Eingang der Mitteilung des Zivilstandsamtes bejaht (= Eingang von konkreten Hinweisen auf die Hilfsbedürftigkeit eines Kindes), hätte die KESB AR nach Auffassung des Obergerichts vorliegend aufgrund der Geburtsmitteilung auch von Amtes wegen zeitnah, d.h. innerhalb eines Zeitraumes von rund einem Monat (BIDERBOST, a.a.O., N. 7a zu Art. 308 ZGB), aktiv werden und prüfen müssen, ob die Beigeladene 1 und ihre Tochter Unterstützung bei der Feststellung der Vaterschaft und der Regelung des Unterhalts benötigen. Spätestens dann wäre ihr Handeln gegenüber den Betroffenen "nach aussen" manifest geworden und die Rechtshängigkeit eingetreten.