

Hochschulstrasse 17
Postfach
3001 Bern
Telefon +41 31 635 48 06
Fax +41 31 634 50 53
Obergericht-Zivil.Bern@justice.be.ch
www.justice.be.ch/obergericht

Entscheid

KES 21 281

Bern, 26. Juli 2021

Besetzung

Oberrichter D. Bähler (Referent), Oberrichterin Falkner und Ober-
richterin Grütter
Gerichtsschreiberin Spichiger

Verfahrensbeteiligte

Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (KESB) Bern, Welt-
poststrasse 5, 3015 Bern

Gesuchstellerin

**Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (KESB) Mittelland
Süd**, Tägermattstrasse 1, Postfach 1224, 3110 Münsingen

Gesuchstellerin

gegen

**Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Region Solothurn,
Rötistrasse 4, 4501 Solothurn**

Gesuchsgegnerin

Gegenstand

Interkantonaler Kompetenzkonflikt (Art. 444 Abs. 4 ZGB)
Gesuche um Beurteilung der Zuständigkeit



Regeste:

Wohnsitz des freiwillig in einer Institution platzierten Kindes unter gemeinsamer elterlicher Sorge

- Von der gesetzlichen Regelung des Wohnsitzes eines Kindes kann nicht per gerichtlichem Entscheid abgewichen werden, es sei denn, es lasse sich aus dem Gesetz keine Lösung ableiten. Dies ist der Fall, wenn Kinder von den gemeinsam sorgeberechtigten Eltern alternierend betreut werden (E. 6.2).
- «Faktische Obhut» über ein Kind zu haben bedeutet seit der Revision des Sorgerechts per 1. Juli 2014, mit dem minderjährigen Kind in häuslicher Gemeinschaft zu leben und ihm täglich das zu geben, was es für seine harmonische Entfaltung in körperlicher, seelischer und geistiger Hinsicht benötigt (E. 6.6.1).
- Haben die sorgeberechtigten Eltern keinen gemeinsamen Wohnsitz und übt kein Elternteil die Obhut im Sinne einer häuslichen Gemeinschaft aus, ist der Wohnsitz des Kindes an dessen Aufenthaltsort festzulegen (E. 6.8.1).

Erwägungen:

I.

1.

- 1.1 Die Kinder A._____, geb. ____ 2007 und B._____, geb. ____ 2009, stehen unter der gemeinsamen elterlichen Sorge der geschiedenen Eltern C._____
(nachfolgend: Kindsmutter) und D._____ (nachfolgend: Kindsvater). Die Kinder sind seit 2017 freiwillig fremdplatziert und leben aktuell in der Institution E._____. Es besteht für sie eine Beistandschaft nach Art. 308 Abs. 1 und 2 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB; SR 210).
- 1.2 Die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (KESB) Bern übernahm aufgrund eines Wohnsitzwechsels der (getrennt lebenden) Kindseltern die Beistandschaft per 1. August 2018.
- 1.3 Per 30. April 2019 ist die Kindsmutter nach _____ SO gezogen. Mit Schreiben vom 18. August 2020 ersuchte die KESB Bern die KESB Region Solothurn um Übernahme der Kindesschutzmassnahme. Die KESB Region Solothurn lehnte dieses Übernahmegesuch mit Schreiben vom 24. August 2020 ab. In der Folge ersuchte die KESB Bern die KESB Mittelland Süd um Übernahme der Kindesschutzmassnahme. Der Kontakt zwischen den beiden Gesuchstellerinnen führte zur gemeinsamen Einschätzung, dass die KESB Region Solothurn als Behörde am Wohnsitz der Kindsmutter für die Übernahme und Führung der Beistandschaft zuständig sei. Eine Einigung konnte auch unter Beiziehung der Aufsichtsbehörden nicht erzielt werden.

- 2.
- 2.1 Mit Eingaben vom 19. April 2021 (Postaufgabe gleichentags) ersuchten die Gesuchstellerinnen das Kindes- und Erwachsenenschutzgericht des Kantons Bern um Feststellung, sie seien betreffend Kindesschutzmassnahmen für A._____ und B._____ nicht zuständig (pag. 1 ff. und pag. 7 ff.).
- 2.2 Mit Verfügung vom 21. April 2021 bestätigte der Instruktionsrichter den Eingang der Gesuche, stellte diese der Gesuchsgegnerin zu und gab dieser Gelegenheit zur Stellungnahme (pag. 15 ff.).
- 2.3 Mit Eingabe vom 25. Mai 2021 (Postaufgabe gleichentags) beantragte die Gesuchsgegnerin, der Antrag der KESB Bern, es sei festzustellen, dass diese betreffend Weiterführung der Kindesschutzmassnahmen für A._____ und B._____ örtlich nicht zuständig sei, sei gutzuheissen. Der gleichlautende Antrag der KESB Mittelland Süd sei abzuweisen und es sei festzustellen, dass die KESB Mittelland Süd betreffend Weiterführung der Kindesschutzmassnahmen für A._____ und B._____ örtlich zuständig sei (pag. 19 ff.).
- 2.4 Mit Verfügung vom 27. Mai 2021 wurde je ein Doppel der Stellungnahme den Gesuchstellerinnen zugestellt (pag. 31 ff.).

II.

- 3.
- 3.1 Die Bestimmungen über das Verfahren vor der Erwachsenenschutzbehörde sind für jenes vor der Kindesschutzbehörde sinngemäss anwendbar (Art. 314 Abs. 1 ZGB).
- 3.2 Gemäss Art. 444 Abs. 4 ZGB unterbreitet die zuerst befasste Behörde die Frage ihrer Zuständigkeit der gerichtlichen Beschwerdeinstanz, wenn bei Zweifeln an der Zuständigkeit im Meinungsaustausch mit der als zuständig erachteten Behörde keine Einigung erzielt werden kann.
- 3.3 Vorliegend war die KESB Bern zuerst mit dem Kindesschutzverfahren betreffend A._____ und B._____ befasst. Das Kindes- und Erwachsenenschutzgericht des Kantons Bern ist damit für die Beurteilung des negativen Kompetenzkonfliktes die zuständige Beschwerdeinstanz (Art. 65 des Gesetzes über den Kindes- und Erwachsenenschutz [KESG; BSG 213.316]).
- 3.4 Beim Kompetenzkonfliktverfahren handelt es sich um ein behördeninternes Verfahren, an welchem die am Grundverfahren Beteiligten nicht beteiligt sind (MARANTA/AUER/MARTI, in: Basler Kommentar zum Zivilgesetzbuch, 6. Aufl. 2018, Rz. 17 zu Art. 444 ZGB).
- 3.5 Da sich keine fachspezifischen Fragen des Kindesschutzes stellen, erfolgt die Beurteilung durch drei hauptamtliche Richterinnen und Richter (Art. 45 Abs. 3 Bst. b des Gesetzes über die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft [GSOG; BSG 161.1]).
- 3.6 Bei interkantonalen Zuständigkeitskonflikten verschafft Art. 444 Abs. 4 ZGB der kantonalen Beschwerdeinstanz keine Verfügungsmöglichkeit i.S.v. Art. 120 Abs. 2

des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG; SR 173.110). Die Beschwerdeinstanz kann entsprechend lediglich festlegen, dass die Behörde des eigenen Kantons zuständig ist, nicht aber die Zuständigkeit einer anderen Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde verbindlich festlegen (BGE 141 III 84). Erachtet die Beschwerdeinstanz eine ausserkantonale Behörde als zuständig, muss sie einen Nichteintretensentscheid fällen. Gegen den kantonalen Entscheid im Kompetenzkonfliktverfahren ist kein Rechtsmittel an das Bundesgericht möglich. Der Entscheid bildet Klagevoraussetzung für das Verfahren nach Art. 120 Abs. 1 BGG (Urteil des Bundesgerichts 5E_1/2017, vom 31. August 2017, E. 4).

III.

4.

- 4.1 A._____ und B._____ wurden vorliegend im Jahr 2017 und damit zu einem Zeitpunkt, als ihre Eltern noch zusammenlebten, einvernehmlich und freiwillig in einer Institution platziert. Inzwischen haben sich die Kindseltern getrennt, sind seit Juni 2020 geschieden und haben verschiedene Wohnsitze. Mit Entscheid des Scheidungsgerichts vom 3. Juni 2020 wurden die Kinder unter der gemeinsamen elterlichen Sorge belassen, mit zivilrechtlichem Wohnsitz bei der Kindsmutter und unter Weiterführung der bestehenden Beistandschaft (Entscheid des Regionalgerichts Bern-Mittelland; amtliche Akten KESB Bern). In der gerichtlich genehmigten Vereinbarung über die Scheidungsfolgen stellten die Parteien unter der Überschrift «Persönlicher Verkehr / Beistandschaft» fest, dass die Kinder seit längerer Zeit und voraussichtlich auch zukünftig fremdplatziert sind und dass sie von den Eltern vornehmlich an den Wochenenden und während den Schulferien betreut werden. Weiter wurde festgehalten, dass angesichts des Wohnortwechsels beider Eltern eine Übertragung der Beistandschaft an die zuständige KESB am Wohnort der Mutter erfolgen dürfte. Bezüglich Betreuung wurde ausgeführt, es gelte grundsätzlich die Regelung, wonach die Eltern die Kinder zu gleichen Teilen abwechselungsweise an den Wochenenden und während der Hälfte der Schulferien betreuen. Spätestens ab Juni 2020 werde die Betreuung an den Wochenenden (Freitag bis Sonntag resp. Samstag bis Sonntag) alternierend abgedeckt. Der Begriff «Obhut» kommt in der Vereinbarung nicht vor.
- 4.2 Die getroffene Kontaktregelung kam in Bezug auf den Kindsvater nicht zum Tragen. Zum jetzigen Zeitpunkt besteht zwischen den Kindern und ihrem Vater kaum Kontakt. Die Kinder verbringen aber monatlich drei Wochenenden sowie regelmässig Ferien bei der Mutter. Während der pandemiebedingten Schulschliessungen hielten sich die Kinder während mehrerer Wochen bei der Mutter auf (vgl. Bericht der Beiständin vom 19. November 2020 sowie die Anhörung der Kinder im Scheidungsverfahren am 25. Mai 2020; amtliche Akten KESB Bern).
- 4.3 Die Beistandschaft für die Kinder wird aufgrund des früheren gemeinsamen Wohnsitzes der Eltern aktuell von der KESB Bern geführt. Die Institution E._____, in welcher sich die Kinder aufhalten, befindet sich im Zuständigkeitsbereich der KESB Mittelland Süd. Der Wohnsitz der Kindsmutter liegt im Zuständigkeitsbereich der KESB Region Solothurn. Es ist unbestritten, dass die KESB Bern für die Beistand-

schaft nicht mehr zuständig ist. Umstritten ist jedoch, ob das Mandat an die KESB Mittelland Süd oder an die KESB Region Solothurn abzugeben ist.

5.

- 5.1 Die Kindesschutzmassnahmen werden von der Kindesschutzbehörde am Wohnsitz des Kindes angeordnet (Art. 315 Abs. 1 ZGB). Als Wohnsitz des Kindes unter elterlicher Sorge gilt der Wohnsitz der Eltern oder, wenn die Eltern keinen gemeinsamen Wohnsitz haben, der Wohnsitz des Elternteils, unter dessen Obhut das Kind steht; in den übrigen Fällen gilt sein Aufenthaltsort als Wohnsitz (Art. 25 Abs. 1 ZGB).
- 5.2 Die Gesuchstellerinnen sind der Auffassung, der Wohnsitz der Kinder richte sich im vorliegenden Fall nach demjenigen der Mutter. Das Bundesgericht habe festgehalten, dass ein Kind seinen Wohnsitz am Aufenthaltsort habe, wenn beiden Inhabern der elterlichen Sorge die Obhut entzogen ist und die Inhaber der elterlichen Sorge nicht den gleichen Wohnsitz haben (BGE 135 III 49, E. 5.3.3). Dies sei vorliegend gerade nicht der Fall, seien die Kinder doch freiwillig durch die Eltern in der Institution platziert worden und verfügten diese über das Aufenthaltsbestimmungsrecht. Der Wohnsitz eines Kindes unter gemeinsamer elterlicher Sorge, dessen Eltern nicht am selben Ort wohnen, richte sich nach jenem Elternteil, unter dessen Obhut es stehe. Dies gelte auch dann, wenn das Kind ohne Neuregelung der Obhut der Eltern von diesen bei Dritten untergebracht wurde. Die Anknüpfung des Wohnsitzes des Kindes an jenen des Elternteils (Obhutsinhaber) sei auch hier eindeutig und verbunden mit dem Recht, den Aufenthaltsort des Kindes als Konsequenz des Rechts auf freie Niederlassung und häusliche Gemeinschaft zu bestimmen. Entsprechend habe das Regionalgericht Bern-Mittelland ausdrücklich (und nicht versehentlich) über den zivilrechtlichen Wohnsitz der Kinder entschieden. Der rechtskräftige Entscheid sei für die KESB verbindlich und mangels Änderungen der Wohnverhältnisse dränge sich auch keine Neu Beurteilung des zivilrechtlichen Wohnsitzes auf. Auch unabhängig von diesem Entscheid hätten die Kinder ihren zivilrechtlichen Wohnsitz bei der Mutter. Die Obhutssituation diene als Anknüpfungspunkt für die Bestimmung des Wohnsitzes. Seit der Revision des ZGB per 1. Juli 2014 werde unter dem Rechtsbegriff «Obhut» die tatsächliche Obhut, also die konkrete Betreuung des Kindes verstanden. Die rechtliche Obhut sei hingegen mit dem Aufenthaltsbestimmungsrecht gleichzusetzen, welches wiederum Teilgehalt der elterlichen Sorge ist. Aktuell verbrächten die Kinder die Wochenenden sowie die Ferien ausschliesslich bei der Mutter. Demnach stünden sie ausschliesslich unter der (faktischen) Obhut eines Elternteils, nämlich der Mutter. Gemäss Art. 25 Abs. 1 ZGB werde bezüglich der Frage der Obhut nur zwischen Vater und Mutter unterschieden, womit es für die Beurteilung des zivilrechtlichen Wohnsitzes der Kinder in dieser Konstellation unerheblich sei, dass sich die Kinder unter der Woche (freiwillig) in einer Institution aufhielten. Die Bestimmung, wonach das Kind Wohnsitz an seinem Aufenthaltsort begründe, sei gemäss Gesetzeswortlaut subsidiär und dürfe dementsprechend nur zur Anwendung herangezogen werden, wenn der zivilrechtliche Wohnsitz der Kinder nicht durch die elterliche Sorge oder die Obhut vom Wohnsitz der Eltern abgeleitet werden könne.

5.3 Die Gesuchsgegnerin führt aus, die Gesuchstellerinnen würden verkennen, dass der Wohnsitz von Minderjährigen gesetzlich geregelt ist und nicht in der sachlichen Regelungskompetenz der Parteien liegt. Ein Zivilgericht regle im Rahmen eines Scheidungsverfahrens in Bezug auf die Kinderbelange grundsätzlich nur die elterliche Sorge, die Obhut, den persönlichen Verkehr oder die Betreuungsanteile sowie den Unterhaltsbeitrag. Ausnahmsweise könne bzw. müsse ein Gericht den Wohnsitz des Kindes festlegen, nämlich wenn die Eltern die faktische Obhut alternierend ausüben und verschiedene Wohnsitze haben. Im vorliegenden Fall hätten die Kindseltern die Obhut offensichtlich nicht alternierend ausgeübt. Indem das Scheidungsgericht die Wohnsitzfrage der Dispositionsmaxime der Eltern unterstellt hatte und den gemeinsamen Antrag der Eltern, wonach die Kinder ihren zivilrechtlichen Wohnsitz bei der Mutter haben sollen, unbesehen zum Urteil erhob, habe es klar gegen geltendes Recht bzw. gegen Art. 25 ZGB verstossen, weshalb die entsprechende Urteilsziffer im Entscheid mangels sachlicher Zuständigkeit des Regionalgerichts Bern-Mittelland nicht bindend sei. Eine gesetzliche Definition des Begriffs «Obhut» existiere nicht. Das Bundesgericht habe in seiner jüngeren Rechtsprechung ausgeführt, dass die Bedeutung der Obhut sich im seit 2014 geltenden Recht auf die faktische Obhut reduziert habe, das heisst auf die Befugnis zur täglichen Betreuung des Kindes und auf die Ausübung der Rechte und Pflichten im Zusammenhang mit seiner Pflege und laufenden Erziehung (beispielsweise BGE 142 III 612, E. 4.1). Die Kinder lebten unter der Woche von Montag bis Freitag in der Institution E. _____, wo sie auch betreut würden. Dass die Kinder ihre Mutter an den Wochenenden und in den Ferien besuchten, sei rechtlich als Besuchs- und Ferienrecht einzustufen und könne nicht mit der faktischen Obhut gleichgesetzt werden. Weder die Mutter noch der Vater würden in casu die tägliche bzw. mehrheitliche Betreuung der Kinder leisten. Würden die Kinder nicht mehrheitlich von einem Elternteil betreut bzw. durch die Eltern «freiwillig» platziert, bewirke dies, dass kein Elternteil mehr die faktische Obhut innehave. Die tatsächliche bzw. gelebte Obhut gehe einer gerichtlichen Regelung vor. Eine bestehende formelle (gerichtliche) Obhutsregelung, welche hier jedoch gar nicht vorliege, könne nicht als Anknüpfungspunkt herangezogen werden, wenn diese nicht die gelebte Situation wiedergebe. Ergebe sich aus der faktischen Obhut keine eindeutige Anknüpfung, dann werde der Wohnsitz des Kindes nach dessen Aufenthaltsort bestimmt. Nicht zuletzt aus Praktikabilitätsgründen sei es angezeigt und dem Kindeswohl dienlich, wenn die Massnahme dort geführt werde, wo eine räumliche Nähe zum Aufenthaltsort der Kinder und Kenntnis der örtlichen Verhältnisse bestehe.

6.

6.1 Die gesetzliche Regelung des Wohnsitzes eines Kindes in Art. 25 Abs. 1 ZGB enthält eine Kaskade. Massgebend ist bei gemeinsam sorgeberechtigten Eltern in erster Linie der gemeinsame Wohnsitz, d.h. die gleiche Wohngemeinde (BGE 135 III 49, E. 5.3.1). In zweiter Linie erfolgt die Anknüpfung an die Obhut eines Elternteils. Ist eine solche Anknüpfung nicht möglich, kommt als Auffangtatbestand der Wohnsitz am Aufenthaltsort zum Zug. Dieser ist subsidiär zu einem von den Eltern oder einem Elternteil abgeleiteten Wohnsitz (BGE 133 III 305, E. 3.3.3).

- 6.2 Von der gesetzlichen Regelung des Wohnsitzes von Kindern kann nicht per gerichtlichem Entscheid abgewichen werden. Das Scheidungsgericht ist nur dann zu einem Entscheid betreffend Wohnsitz des Kindes befugt, wenn sich aus dem Gesetz keine Lösung ableiten lässt, was der Fall ist, wenn Kinder von den gemeinsam sorgeberechtigten Eltern alternierend betreut werden. Vorliegend trifft dies nicht zu, auch wenn eine Lösung gleichmässiger Betreuung durch die Eltern ausserhalb des Aufenthalts der Kinder in der Institution angedacht war, was wohl Anlass zur entsprechenden Regelung durch das Scheidungsgericht gab. Bei der vorliegenden Fallkonstellation ist die Anordnung des Scheidungsgerichts daher nicht von Bedeutung. Entweder entspricht sie dem Gesetz, dann ist sie überflüssig, oder sie entspricht nicht dem Gesetz, dann ist sie für die involvierten Behörden nicht massgebend.
- 6.3 Um den Wohnsitz eines Kindes von demjenigen eines gemeinsam mit dem anderen sorgeberechtigten Elternteils abzuleiten, muss dieser nach dem Gesetzeswortlaut über die «Obhut» verfügen. Die Bedeutung dieses Begriffs hat sich mit dem Inkrafttreten der Revision des Sorgerechts per 1. Juli 2014 verändert, was bei der Interpretation der vor bzw. nach diesem Datum ergangenen Entscheide zu beachten ist. Vor dem 1. Juli 2014 umfasste die Obhut die Komponenten «droit de garde» (Aufenthaltsbestimmungsrecht, BGE 136 III 353, E. 3.2) und «garde de fait» (Betreuung im Alltag und Ausübung der entsprechenden Rechte und Pflichten). Die Komponente «droit de garde» ist mit der besagten Sorgerechtsrevision in die elterliche Sorge verschoben worden (vgl. Art. 301a Abs. 1 ZGB), so dass für die Obhut die «garde de fait» verbleibt. Es handelt sich dabei aber nicht bloss um ein Faktum, sondern weiterhin um ein Institut von rechtlicher Bedeutung, das in verschiedenen Gesetzesbestimmungen vorkommt (im ZGB nebst Art. 25 Abs. 1 an 15 weiteren Orten). Die Obhut als Rechtsbegriff wurde denn auch bei der Sorgerechtsrevision bewusst beibehalten (vgl. den Bericht des Bundesamtes für Justiz vom 11. Juni 2012 betreffend die Begriffe «Obhut», «Betreuung» und «Aufenthaltort», abrufbar unter www.kokes.ch, nachfolgend zitiert: Bericht BJ). Die nunmehr «faktische Obhut» bleibt demnach gerade im Zusammenhang mit Art. 25 Abs. 1 ZGB von Bedeutung (Bericht BJ, S. 7).
- 6.4 Vorliegend stellt sich damit konkret die Frage, ob die Beziehung der Kinder zur Mutter die Qualität einer «faktischen Obhut» aufweist. Steht der Kindsmutter die faktische Obhut über die beiden Kinder zu, so hängt deren Wohnsitz von demjenigen der Mutter ab und würde aktuell folglich in _____ SO liegen. Gleiches würde gelten wenn die Frage der «faktischen Obhut» nur im Verhältnis zwischen den Eltern, nicht aber im Verhältnis zu einer Institution von Bedeutung wäre. Ist beides zu verneinen, handelt es sich um einen der «übrigen Fälle» i.S.v. Art. 25 Abs. 1 ZGB, in welchen der Aufenthaltort des Kindes als Wohnsitz gilt. Der Wohnsitz des Vaters ist vorliegend generell nicht von Bedeutung, da zwischen diesem und den Kindern kaum Kontakt besteht.
- 6.5
- 6.5.1 Die Gesuchstellerinnen stützten sich vorab auf BGE 135 III 49. In diesem Fall war beiden sorgeberechtigten Eltern die (altrechtliche) Obhut entzogen worden, als sie noch am gleichen Ort Wohnsitz hatten. Die Kinder teilten diesen gemeinsamen

Wohnsitz der Eltern gemäss Art. 25 Abs. 1 ZGB, ungeachtet davon, dass beiden Elternteilen die Obhut entzogen war. Nach Wegzug des Vaters vom Ort des bisherigen Wohnsitzes entfiel jeglicher auf die Eltern bezogener Anknüpfungspunkt, womit fortan der Aufenthaltsort der Kinder als ihr Wohnsitz galt (BGE 135 III 49, E. 5.3.2). Das Bundesgericht hielt weiter fest, dass wenn die Eltern bereits im Zeitpunkt des Obhutsentzuges getrennt leben, dieser den Wohnsitz des Kindes am Aufenthaltsort bewirke (BGE 135 III 49, E. 5.3.3). Die Argumentation der Gesuchstellerinnen geht dahin, dass im vorliegenden Fall eine freiwillige Platzierung bestehe und den Eltern die Obhut gerade nicht entzogen worden sei, womit im Umkehrschluss der Wohnsitz der Kinder auch nicht an deren Aufenthaltsort sei.

- 6.5.2 Ein Umkehrschluss aus BGE 135 III 49 aufgrund eines nicht erfolgten Entzuges der Obhut ist vorliegend nicht einschlägig. Zwar wäre den Eltern im vom Bundesgericht beurteilten Fall bei einer freiwilligen Platzierung das damals der Obhut zugeordnete Aufenthaltsbestimmungsrecht verblieben. Bei einer entsprechenden Zuteilung der Obhut an einen Elternteil wäre der Wohnsitz der Kinder ein von diesem obhutsberechtigten Elternteil abgeleiteter gewesen. Im vorliegenden Fall verfügen die Eltern über das Aufenthaltsbestimmungsrecht. Dieses ist jedoch Teil der elterlichen Sorge, welche in casu den Wohnsitz der Kinder nicht mehr bestimmen kann, seit die Eltern verschiedene Wohnsitze haben. Nach heutiger Rechtslage können aus dem Aufenthaltsbestimmungsrecht keine Schlüsse auf die Obhut gezogen werden, umso weniger, als dieses vorliegend weiterhin beiden Elternteilen, und nicht allein der Mutter, zusteht. Im Übrigen wäre wohl auch unter altem Recht bei unterschiedlichen Wohnsitzen und fehlender Zuteilung der (damals weitergehenden) Obhut an einen Elternteil der Wohnsitz am Aufenthaltsort der Kinder zum Zuge gekommen.

6.6

- 6.6.1 Da eine Anknüpfung aufgrund des Aufenthaltsbestimmungsrechts vorliegend ausser Betracht fällt, ist zu beurteilen, ob die Kindsmutter die «faktische Obhut» über die Kinder hat und deren Wohnsitz damit von ihrem abgeleitet wird. «Faktische Obhut» bedeutet, mit dem minderjährigen Kind in häuslicher Gemeinschaft zu leben (vgl. Art. 301 Abs. 3 ZGB) und dem Kind täglich das zu geben, was es für seine harmonische Entfaltung in körperlicher, seelischer und geistiger Hinsicht benötigt (Kleidung, Nahrung, Pflege und Erziehung). Der Elternteil, der die Obhut nicht innehat, und das minderjährige Kind haben gemäss Art. 273 Abs. 1 ZGB gegenseitig das Recht auf angemessenen persönlichen Verkehr (Bericht BJ, S. 6). Mit der Gesetzesrevision hat sich die Bedeutung der «Obhut» auf die «faktische Obhut», das heisst auf die Befugnis zur täglichen Betreuung des Kindes und auf die Ausübung der Rechte und Pflichten im Zusammenhang mit seiner Pflege und laufenden Erziehung, reduziert (BGE 142 III 612, E. 4.1).
- 6.6.2 Die Kindsmutter übt zurzeit keine derartigen Befugnisse aus. Vielmehr wurden diese von den Eltern einvernehmlich und freiwillig an die Institution delegiert. An diesem Grundsatz ändert auch der Umstand, dass die Kinder sich in der ausserordentlichen Zeit der Pandemie zwischenzeitlich während mehrerer Wochen bei der Mutter aufhielten, nichts. Folgerichtig hat denn auch das Scheidungsgericht nicht die Obhut zuteilt, sondern bloss den persönlichen Verkehr der Eltern mit den in

der Institution lebenden Kindern sowie (überflüssiger- bzw. fälschlicherweise) den Wohnsitz der Kinder geregelt.

6.7

- 6.7.1 Von einem abgeleiteten Wohnsitz der Kinder von demjenigen der Mutter könnte entsprechend nur noch dann die Rede sein, wenn – wie die Gesuchstellerinnen geltend machen – im Zusammenhang mit Art. 25 Abs. 1 ZGB bezüglich der Obhut nur zwischen Mutter und Vater unterschieden und der inhaltlich einer «faktischen Obhut» entsprechende Aufenthalt der Kinder in der Institution ausser Acht gelassen wird. Diese Auffassung entspricht dem Grundsatz der Subsidiarität des Wohnsitzes am Aufenthaltsort gegenüber einem von den Eltern abgeleiteten Wohnsitz, würde aber bedeuten, dass im Zusammenhang mit Art. 25 Abs. 1 ZGB für die Bejahung von Obhut keine häusliche Gemeinschaft erforderlich wäre.
- 6.7.2 Grundsätzlich ist es problematisch, einem Rechtsbegriff, der in einer Vielzahl von Bestimmungen vorkommt, je nach Zusammenhang unterschiedliche Bedeutungen beizumessen. Verschiedene Interpretationen verwässern die Einheit der Rechtsordnung und können Anlass zu Auslegungsproblemen und Missverständnissen geben. Solches ist deshalb so weit wie möglich zu vermeiden. Bei der Beurteilung ist ausserdem vorab festzuhalten, dass das Gesetz eine einfache und klare Regelung der Zuständigkeit bezweckt. So hat das Bundesgericht festgehalten, dass eine Bestimmung des Wohnsitzes von Kindern und damit die Zuständigkeit der Kindeschutzbehörde nach einem «naturgemäss verschiedenen Interpretationen zugänglichen inhaltlichen Kriterium» nicht angebracht ist, da diesfalls unergiebigkeit Streitigkeiten über die (kostenträchtige) Übernahme von Kindeschutzmassnahmen vorprogrammiert wären (BGE 129 I 419, E. 2).
- 6.7.3 Die Meinungen in der Lehre sind uneinheitlich. Einige Autoren fordern bei freiwilliger Platzierung eines Kindes in einer Institution die Anknüpfung des Wohnsitzes des Kindes an denjenigen des Elternteils, mit dem dieses den häufigeren Kontakt hat (so etwa MEIER/STETTLER, *Droit de la filiation*, 6^e édition 2019, Rz. 1094 m.H.a. BUCHER, *Personnes physiques et protection de la personnalité*, 5^e édition 2009, Rz. 359). Nach anderer Ansicht verkennt diese Auffassung jedoch die Funktion des Wohnsitzes, und es liesse sich damit das Bedürfnis nach Rechtssicherheit, welches sowohl im Interesse des Kindes wie auch des Rechtsverkehrs besteht, nicht befriedigen (HAUSHEER/REUSSER/GEISER, in: *Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, 2. Aufl. 1999, Rz. 34/18 zu Art. 162 ZGB). Demnach bestehe bei einer Konstellation wie der vorliegenden, in der die sorgeberechtigten Eltern keinen gemeinsamen Wohnsitz haben und kein Elternteil die tatsächliche Obhut ausübt, der Wohnsitz der Kinder am Aufenthaltsort (so ausdrücklich STAEHELIN, in: *Basler Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, 6. Aufl. 2018, Rz. 9 zu Art. 25 ZGB). Diese Lehrmeinung wird wohl auch – entgegen der Auffassung der Gesuchstellerinnen – von AFFOLTER-FRINGELI/VOGEL, VOGEL, GUILLOD und BREITSCHMID vertreten (vgl. AFFOLTER-FRINGELI/VOGEL, in: *Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, 2016, Rz. 44 zu Art. 315-315b ZGB; VOGEL, *Der Wohnsitz des minderjährigen Kindes im Zivil- und Sozialhilferecht*, in: Fankhauser/Reusser/Schwander [Hrsg.], *Brennpunkt Familienrecht*, Festschrift für Thomas Geiser zum 65. Geburtstag, 2017, S. 579; GUILLOD, in: Kren Kostki-

ewicz/Wolf/Amstutz/Fankhauser [Hrsg.], Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, 3. Aufl. 2016, Rz. 2 zu Art. 25 ZGB; BREITSCHMID, in: Breitschmid/Jungo [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Aufl. 2016, Rz. 1 zu Art. 25 ZGB). Soweit dort auf unfreiwillige Platzierungen Bezug genommen wird, kann nicht einfach umgekehrt geschlossen werden, bei freiwilligen Platzierungen verhalte es sich anders. Gemäss BREITSCHMID ist das Dahinfallen des abgeleiteten Wohnsitzes zugunsten des effektiven Aufenthalts mit Blick auf die Zuständigkeit einer den Sachverhalt leicht überblickenden Behörde zudem ausdrücklich eher zu bejahen (BREITSCHMID, a.a.O., Rz. 1 zu Art. 25 ZGB).

6.8

- 6.8.1 Nach der ratio legis, wonach die Wohnsitzbestimmung eines Kindes auf möglichst einfache und klare Weise erfolgen soll, ist bei nicht gemeinsamem Wohnsitz der sorgeberechtigten Eltern, wenn kein Elternteil die Obhut im Sinne einer häuslichen Gemeinschaft ausübt, der Wohnsitz der Kinder am Aufenthaltsort festzulegen. Die Lösung ist in Bezug auf die einheitliche Begriffsauslegung sachgerecht und entspricht der gesetzlichen Regelung in Art. 25 Abs. 1 ZGB. Es werden damit spezielle und uneinheitliche Interpretationen des Begriffes «Obhut» vermieden. Im Übrigen führt diese Wohnsitzbestimmung auch dazu, dass die den Kindern näherstehende Behörde zuständig ist.
- 6.8.2 Der Aufenthaltsort der Kinder fällt vorliegend in den Zuständigkeitsbereich der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Mittelland Süd, weshalb deren Zuständigkeit zu bejahen ist.

IV.

- 7. Da es sich um ein Verfahren zwischen Behörden handelt, werden den Parteien keine Verfahrenskosten auferlegt (Art. 70 Abs. 1 KESG i.V.m. Art. 108 Abs. 2 VRPG). Aus demselben Grund ist den Parteien kein Parteikostenersatz zuzusprechen (Art. 104 Abs. 3 VRPG).

Das Gericht entscheidet:

1. Das Gesuch der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (KESB) Bern wird gutgeheissen und es wird festgestellt, dass diese für die Führung der Beistandschaft von A._____, geb. ____ 2007 und B._____, geb. ____ 2009, nicht zuständig ist.
2. Das Gesuch der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (KESB) Mittelland Süd wird abgewiesen und es wird festgestellt, dass diese für die Führung der Beistandschaft von A._____, geb. ____ 2007 und B._____, geb. ____ 2009, zuständig ist.
3. Es werden weder Verfahrenskosten erhoben noch Parteientschädigungen gesprochen.
4. Zu eröffnen:
 - den Parteien

Mitzuteilen:

- dem Kantonalen Jugendamt, Gerechtigkeitsgasse 81, 3011 Bern

Bern, 26. Juli 2021
(Ausfertigung: 27. Juli 2021)

Im Namen des Kindes- und
Erwachsenenschutzgerichts

Der Referent:
Oberrichter D. Bähler

i.V. Oberrichterin Grütter

Die Gerichtsschreiberin:

Spichiger

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Entscheid kann keine Beschwerde an das Bundesgericht ergriffen werden. Die Parteien werden auf den Klageweg nach Art. 120 Abs. 1 Bst. b BGG verwiesen.

Hinweis

Der Entscheid ist rechtskräftig