



**Entscheidung des Kantonsgesichts Basel-Landschaft, Abteilung Verfassungs- und
Verwaltungsrecht**

vom 29. März 2017 (810 17 11)

Kindes- und Erwachsenenenschutzrecht

Interkantonale Kompetenzstreitigkeit

Besetzung Abteilungs-Vizepräsident Beat Walther, Kantonsrichter Claude
Jeanneret, Markus Clausen, Christian Haidlauf, Niklaus Ruckstuhl,
Gerichtsschreiber Stefan Suter

Beteiligte **Kindes- und Erwachsenenenschutzbehörde Birstal**, St. Jakobstras-
se 41, 4132 Muttenz, Antragsstellerin

gegen

Kindes- und Erwachsenenenschutzbehörde Basel-Stadt, Rhein-
sprung 16/18, 4001 Basel, Antragsgegnerin

Betreff Kompetenzstreitigkeit

A. Mit Schreiben vom 16. November 2016 meldete das Universitätsspital Basel der
Kindes- und Erwachsenenenschutzbehörde (KESB) Birstal und der KESB Basel-Stadt vorsorglich
eine möglicherweise bevorstehende Kindeswohlgefährdung. Im Schreiben führte die leitende
Ärztin aus, die Patientin A.____, welche ohne Aufenthaltsbewilligung beim Kindsvater in B.____

(BL) lebe, erwarte ihr erstes Kind. Sie befinde sich in einem Zustand von starker Spannung, Verwirrung und grosser Angst, weshalb sie zum stationären Aufenthalt auf freiwilliger Basis auf die Kriseninterventionsstation des Spitals überwiesen worden sei. Die werdende Mutter habe ausser dem Umfeld des nicht erreichbaren Kindsvaters keinerlei Familie oder soziale Kontakte in der Schweiz und brauche für die kommende Phase konkrete Unterstützung.

B. In der Folge entspann sich zwischen der KESB Birstal und der KESB Basel-Stadt eine Diskussion über die örtliche Zuständigkeit für die Prüfung von Kindesschutzmassnahmen. Die KESB Birstal erachtete sich für nicht zuständig, da die werdende Mutter - entgegen der von der KESB Basel-Stadt vertretenen Ansicht - keinen Wohnsitz im Kanton Basel-Landschaft begründet habe. Die Zuständigkeit richte sich vielmehr nach dem Aufenthaltsort des Kindes, welches im Kanton Basel-Stadt zur Welt kommen werde. Im Rahmen des Meinungsaustauschs konnte keine Einigung erzielt werden. Die KESB Birstal erklärte sich unter Vorbehalt einer späteren gerichtlichen Überprüfung der Zuständigkeitsfrage unpräjudiziell vorerst dazu bereit, die erforderlichen Kindesschutzmassnahmen zu prüfen und allenfalls anzuordnen.

C. Am 4. Dezember 2016 gebar A.____ in der Frauenklinik des Universitätsspitals Basel ihren Sohn C.____. Die von der KESB Birstal und den Sozialen Diensten B.____ vermittelte Anschlusslösung mit der Unterbringung von Mutter und Kind in einer Pflegefamilie scheiterte nach wenigen Tagen, als die Mutter nach einem Streit das Haus mit ihrem Kind verliess und nicht mehr zurückkehrte. Über den unmittelbaren weiteren Verbleib A.____s bestehen keine gesicherten Informationen. Am 28. Dezember 2016 erfuhr die KESB Birstal durch eine Meldung des Universitäts-Kinderspitals beider Basel, dass C.____ seit dem 24. Dezember 2016 wegen einer Atemwegsinfektion in Behandlung gewesen war und seine Mutter vom Personal als psychopathologisch auffällig erlebt wurde. Daraufhin entzog die KESB Birstal ihr am 28. Dezember 2016 vorsorglich das Aufenthaltsbestimmungsrecht über ihren Sohn und platzierte diesen im Mutter-Kind-Heim D.____ in Basel.

D. Mit Gesuch vom 11. Januar 2017 beantragt die KESB Birstal dem Kantonsgericht, Abteilung Verfassungs- und Verwaltungsrecht (Kantonsgericht), es sei die KESB Basel-Stadt für örtlich zuständig zu erklären für die Prüfung, die Errichtung und den Vollzug von Kindesschutzmassnahmen für C.____. Eventualiter sei die Unzuständigkeit der KESB Birstal festzustellen. Auf die Erhebung von Kosten sei weiter zu verzichten, eventualiter seien diese der KESB Basel-Stadt aufzuerlegen.

E. Die KESB Basel-Stadt schliesst in ihrer Stellungnahme vom 20. Januar 2017 auf Abweisung sämtlicher Anträge der KESB Birstal. Vielmehr sei die KESB Birstal für örtlich zuständig zu erklären.

F. Im weiteren Verfahrensverlauf reicht die KESB Birstal diverse in der Sache neu ergangene Entscheide zu den Akten.

Das Kantonsgericht zieht **in Erwägung** :

1.1 Gemäss Art. 444 Abs. 1 i.V.m. Art. 314 Abs. 1 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB) vom 10. Dezember 1907 prüft die Kindesschutzbehörde ihre Zuständigkeit von Amtes wegen. Hält sie sich nicht für zuständig, so überweist sie die Sache unverzüglich der Behörde, die sie als zuständig erachtet (Abs. 2). Zweifelt sie an ihrer Zuständigkeit, so pflegt sie einen Meinungs austausch mit der Behörde, deren Zuständigkeit in Frage kommt (Abs. 3). Kann im Meinungs austausch keine Einigung erzielt werden, so unterbreitet die zuerst befasste Behörde die Frage ihrer Zuständigkeit der gerichtlichen Beschwerdeinstanz (Abs. 4).

1.2 Das Kantonsgericht, Abteilung Verfassungs- und Verwaltungsrecht, ist als gerichtliche Beschwerdeinstanz im Sinne von Art. 444 Abs. 4 ZGB zuständig zur Beurteilung der von der KESB Birstal unterbreiteten Frage ihrer örtlichen Zuständigkeit (§ 66 Abs. 1 des Gesetzes über die Einführung des Zivilgesetzbuches [EG ZGB] vom 16. November 2006). Da auch die weiteren formellen Voraussetzungen erfüllt sind, ist auf das vorliegende Gesuch einzutreten.

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) vom 17. Juni 2005 auszutragen (vgl. BGE 141 III 84 E. 4.7; siehe dazu auch CHRISTOPH AUER, Urteilsanmerkung zu BGE 141 III 84, ZBI 2015, S. 285 ff.; Urteil des Kantonsgerichts, Abteilung Verfassungs- und Verwaltungsrecht, vom 9. September 2015 [810 15 127] E. 2). Das Kantonsgericht kann vorliegend demnach einzig über die Zuständigkeit der KESB Birstal verbindlich entscheiden.

3. Zu beurteilen ist, ob die KESB Birstal örtlich zuständig ist für das Kindesschutzverfahren in Sachen C._____.

4.1 Das ungeborene Kind (nasciturus) ist bedingt rechtsfähig und kann unter dem Vorbehalt der Lebendgeburt Träger von Rechten sein (Art. 31 Abs. 2 ZGB). Mithin können für das Kind in beschränktem Mass schon vor der Geburt Kindesschutzmassnahmen geprüft und erichtet werden, wenn nach den Umständen die ernstliche Möglichkeit einer Beeinträchtigung des körperlichen, sittlichen oder geistigen Wohls des Kindes vorauszusehen ist (INGEBORG SCHWENZER/MICHELLE COTTIER, in: Honsell/Vogt/Geiser [Hrsg.], Basler Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, 5. Aufl., Basel 2014, Art. 296 ZGB Rz. 12; CHRISTIAN BRÜCKNER, Das Personenrecht des ZGB, Zürich 2000, Rz. 52; YVO BIDERBOST, Die Erziehungsbeistandschaft, Freiburg 1996, S. 17). Daraus folgt zwingend, dass Kindesschutzverfahren schon vor der Geburt eingeleitet werden können. Für Kindesschutzmassnahmen ist gemäss Art. 315 Abs. 1 ZGB die Kindesschutzbehörde am Wohnsitz des Kindes zuständig. Beim nasciturus leitet sich die örtliche Zuständigkeit von jenem der werdenden Mutter zur Zeit der Rechtshängigkeit des Kindesschutzverfahrens ab (KURT AFFOLTER-FRINGELI/URS VOGEL, in: Hausheer/Walter [Hrsg.], Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bern 2016, Art. 315-315b ZGB Rz. 69; BGE 126 III 415 E. 2c). Ist ein Verfahren rechtshängig, so bleibt die Zuständigkeit

bis zu dessen Abschluss auf jeden Fall erhalten (Art. 442 Abs. 1 2. Satz ZGB). Angeknüpft wird am zivilrechtlichen Wohnsitz, welcher sich bei Erwachsenen primär nach Art. 23 ZGB und subsidiär nach Art. 24 ZGB bestimmt (BGE 137 III 593 E. 3.1).

4.2 Das Verfahren gilt unter anderem dann als eingeleitet und wird damit rechtshängig, wenn bei der Kinderschutzbehörde eine nicht offensichtlich unbegründete Gefährdungsmeldung eingeht (§ 68 Abs. 1 lit. b EG ZGB). Die Gefährdungsmeldung ist nicht an eine bestimmte Form gebunden. Wie sich dem Schreiben des Universitätsspitals Basel vom 16. November 2016 entnehmen lässt, wandte sich dessen Sozialarbeiterin am 15. November 2016 telefonisch an die KESB Birstal, um eine mögliche Gefährdung anzuzeigen. Massgebend für die Entscheidung im vorliegenden Fall ist mithin, wo die Kindsmutter A.____ zu diesem Zeitpunkt ihren zivilrechtlichen Wohnsitz hatte.

5.1 Wohnsitz ist eine bestimmte rechtliche Beziehung einer Person zu einem Ort. Jede Person muss einerseits einen rechtlichen Wohnsitz haben. Sie hat andererseits ausschliesslich einen Wohnsitz (Art. 23 Abs. 2 ZGB). Gemäss Art. 23 Abs. 1 ZGB befindet sich der Wohnsitz einer Person an dem Orte, wo sie sich mit der Absicht dauernden Verbleibens aufhält. Der Aufenthalt zum Zweck der Ausbildung oder die Unterbringung einer Person in einer Erziehungs- oder Pflegeeinrichtung, einem Spital oder einer Strafanstalt begründet für sich allein keinen Wohnsitz. Hat eine handlungsfähige Person keinen solchen primären Wohnsitz begründet, so weist ihr das Gesetz subsidiär einen fiktiven Wohnsitz zu (Art. 24 ZGB, vgl. DANIEL STAEHELIN, in: Basler Kommentar, a.a.O., Art. 23 ZGB Rz. 1 ff.). Diese Regelung gilt unabhängig davon, ob eine Person ausländerrechtlich zur Anwesenheit in der Schweiz berechtigt ist (EUGEN BUCHER, in: Meier-Hayoz [Hrsg.], Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bern 1976, Art. 23 ZGB Rz. 38; BGE 125 V 76 E. 2a).

5.2 Art. 23 Abs. 1 ZGB stellt demzufolge zwei Kriterien auf, welche beide kumulativ erfüllt sein müssen, damit eine handlungsfähige Person an einem bestimmten Ort primären Wohnsitz begründen kann: Objektiv physischer Aufenthalt und subjektiv die Absicht des dauernden Verbleibens. Zu seiner Feststellung ist von den äusserlich wahrnehmbaren Umständen, welche den Aufenthalt kennzeichnen, auf die dahinter stehende Absicht zu schliessen (BGE 137 II 122 E. 3.6; BGE 136 II 405 E. 4.3; BGE 135 I 233 E. 5.1). Massgebend ist daher der Ort, wo sich nach den konkreten Umständen objektiv betrachtet der Mittelpunkt der Lebensbeziehungen befindet (HEINZ HAUSHEER/REGINA E. AEBI-MÜLLER, Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 4. Aufl., Bern 2016, Rz. 09.23 ff.; STAEHELIN, a.a.O., Art. 23 ZGB Rz. 5 f.; BGE 125 III 100 E. 3).

5.3 Die KESB Basel-Stadt geht davon aus, dass A.____ in B.____ primären Wohnsitz begründet hat. Sie stützt diese Auffassung auf die schriftliche Gefährdungsmeldung des Universitätsspitals Basel vom 16. November 2016. Darin wird wörtlich ausgeführt: "Sie [A.____] spricht Französisch und hat mit ihrer Mutter eine Zeit lang in Frankreich gelebt. Sie ist seit kurzem (1-2 Jahre?) in der Schweiz und lebt ohne Aufenthaltsbewilligung beim Kindsvater in B.____." Aus diesen Zeilen geht nicht hervor, wann A.____ in die Schweiz einreiste, ob sie sich danach unmittelbar nach B.____ begab und ob sie dort in der Absicht des dauernden Verweilens verblieb.

Wie die Verwendung des Fragezeichens durch die Verfasser des Schreibens deutlich macht, war die Kindsmutter offensichtlich nicht Willens oder in der Lage, glaubhafte und präzise Angaben zu ihren Lebensverhältnissen zu machen. In der schriftlichen Gefährdungsmeldung wird denn auch weiter festgehalten, dass A.____ im Spital durch unklare, kreisende Kommunikation, mangelnde Transparenz und einen allgemeinen Zustand von Verwirrung aufgefallen sei. Dieser Eindruck der behandelnden Ärzte wird nicht zuletzt durch die Rückmeldung der Sozialarbeiterin der Sozialen Dienste B.____ bestätigt (vgl. Aktennotiz vom 14. Dezember 2016). Im Gespräch mit der Sozialarbeiterin im Rahmen eines Antrags auf Nothilfe erteilte A.____ zu ihren Verhältnissen wiederholt ausweichende, unglaubhafte, widersprüchliche oder schlicht wahrheitswidrige Auskünfte. Zu ihren Wohnverhältnissen in B.____ wollte sie sich nicht genauer äussern, ausser dass sie nicht dorthin zurückkehren könne. Sie sei immer wieder für unterschiedliche Dauer unterwegs gewesen, weshalb sie nicht genau sagen könne, wann sie wo gewesen sei. Weiter berichtete sie von einer fundierten Ausbildung als Informatikingenieurin. Sie habe ihr Diplom im August 2016 in E.____ anerkennen lassen und daraufhin eine Arbeitsbewilligung erhalten. Zumindest letzteres trifft nachgewiesenermassen nicht zu. Es zeigte sich auch, dass das auf dem Antragsformular auf Nothilfe angegebene Geburtsjahr nicht mit demjenigen der Krankenkassenpolice übereinstimmte. Weiter sprach auch die angefragte Hebamme von "massiven Lügen", welche die Kindsmutter auftrische (vgl. Aktennotiz der Sozialen Dienste B.____ vom 13. Dezember 2016). Unter Würdigung dieser Gesamtumstände zeigt sich, dass den im Schreiben des Universitätsspitals Basel vom 16. November 2016 wiedergegebenen Aussagen A.____s kein relevanter Beweiswert zuzumessen ist und sie bestenfalls als einzelnes (schwaches) Indiz für eine Wohnsitzbegründung in B.____ in Frage kommen. Die im Schreiben ebenfalls wiedergegebene Aussage, wonach sie - mit Ausnahme des Umfelds des Kindsvaters - in der Schweiz über keinerlei soziale Kontakte verfüge, spricht ohnehin eher gegen einen Lebensmittelpunkt in der Schweiz. Auch aus dem Umstand, dass auf der Krankenkassenpolice offenbar die Adresse in B.____ als Korrespondenzadresse aufgeführt ist (vgl. Aktennotiz der Sozialen Dienste B.____ vom 14. Dezember 2016), lässt für sich allein nicht auf eine Wohnsitznahme schliessen. Die vorhandenen Indizien genügen demnach bei Weitem nicht für den vom Gesetz geforderten vollen Nachweis eines Wohnsitzes. Dabei gilt es vorliegend speziell zu beachten, dass A.____ gemäss den Abklärungen der Behörden im nahegelegenen Elsass über eine Meldeadresse verfügt(e). Aufgrund dieser Konstellation und des zugestanden unstillen Lebenswandels ist etwa durchaus denkbar, dass sie sich jeweils nur besuchsweise beim Kindsvater in B.____ aufgehalten hat und regelmässig nach Frankreich zurückgekehrt ist. Gesicherte objektive Anhaltspunkte, die einen Lebensmittelpunkt in B.____ mit einer Absicht des dauernden Verbleibens annehmen lassen, existieren vorliegend für den massgeblichen Zeitpunkt praktisch keine, weshalb für A.____ kein primärer Wohnsitz gemäss Art. 23 Abs. 1 ZGB nachgewiesen ist.

5.4 Auch ein früher begründeter Wohnsitz ist im vorliegenden Fall nicht nachweisbar resp. hätte ein allfälliger ausländischer Wohnsitz ohnehin als aufgegeben zu gelten (vgl. BGE 96 I 387 E. 4d; BGE 87 II 7 E. 2; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, a.a.O., RZ. 09.51 ff.). Wie es bei papierlosen Ausländern, welche in der Schweiz nie aufenthaltsberechtigt waren, dem Regelfall entspricht, kommt demnach vorliegend der fiktive schweizerische Wohnsitz nach Art. 24 Abs. 2 ZGB zur Anwendung (vgl. PETER NIDERÖST, Sans-Papiers in der Schweiz, in: Uebersax/Rudin/

Hugi Yar/Geiser [Hrsg.], Ausländerrecht, 2. Aufl., Basel 2009, Rz. 9.75; ROSWITHA PETRY, Die rechtliche Bewältigung irregulärer Migration: Die Situation der "Sans-Papiers", in: Achermann et al. [Hrsg.], Jahrbuch für Migrationsrecht 2014/2015, Bern 2015, S. 16). Gemäss Art. 24 Abs. 2 ZGB gilt der Aufenthaltsort als Wohnsitz, wenn ein früher begründeter Wohnsitz nicht nachweisbar ist oder ein im Ausland begründeter Wohnsitz aufgegeben und in der Schweiz kein neuer begründet worden ist. Aufenthalt in diesem Sinne ist der sog. "schlichte Aufenthalt", wovon das Zivilgesetzbuch jene Örtlichkeit versteht, wo eine Person tatsächlich verweilt, wobei eine nur zufällige, kurze Ortsanwesenheit noch keinen Aufenthalt zu begründen vermag. Als Mindestdauer wird in der Lehre eine Anwesenheit von einem Tag (24 Stunden) vorgeschlagen (BUCHER, a.a.O., Art. 24 ZGB Rz. 42; STAEHELIN, a.a.O., Art. 24 ZGB Rz. 10; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, a.a.O., Rz. 09.55; BGE 119 III 54 E. 2d). Nicht erforderlich ist eine subjektive Absicht des Verweilens. Im Gegensatz zum primären Wohnsitz nach Art. 23 Abs. 1 ZGB genügt diesfalls auch ein zeitlich begrenzter Aufenthalt gegen den Willen einer Person oder zu einem Sonderzweck, z.B. in einer Straf- oder Heilanstalt (STAEHELIN, a.a.O., Art. 24 ZGB Rz. 11; BGE 137 II 122 E. 3.6; BGE 93 II 7 E. 2). Aus der schriftlichen Gefährdungsmeldung des Universitätsspitals Basel vom 16. November 2016 geht hervor, dass A._____ am 11. November 2016 auf freiwilliger Basis zum stationären Aufenthalt auf die Kriseninterventionsstation der Universitären Psychiatrischen Kliniken im Universitätsspital Basel überwiesen worden war, wo sie sich zum Zeitpunkt der Meldung noch befand. Zum vorliegend relevanten Zeitpunkt (vgl. oben E. 4.2) hatte sich A._____ bereits über mehrere Tage in der Universitätsklinik in Basel aufgehalten, weshalb dieser Aufenthaltsort nach Art. 24 Abs. 2 ZGB als ihr zivilrechtlicher Wohnsitz zu gelten hatte.

6. Die örtliche Zuständigkeit der KESB Birstal umfasst das Gebiet der Einwohnergemeinden Aesch, Arlesheim, Birsfelden, Duggingen, Münchenstein, Muttenz, Pfeffingen und Reinach (vgl. § 60 Abs. 2 EG ZGB i.V.m. § 1 des Vertrags über die regionale Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde [KESB] Birstal). Als das Kindesschutzverfahren vorliegend rechtshängig wurde, hatte die Kindsmutter nach dem oben Ausgeführten zivilrechtlichen Wohnsitz im Kanton Basel-Stadt. Die KESB Birstal ist demnach nicht zuständig für das Kindesschutzverfahren in Sachen C._____.

7. Es bleibt über die Kosten zu befinden. Gemäss § 20 Abs. 1 des Gesetzes über die Verfassungs- und Verwaltungsprozessordnung (VPO) vom 16. Dezember 1993 ist das Verfahren vor dem Kantonsgericht kostenpflichtig. Die Verfahrenskosten umfassen die Gerichtsgebühren und die Beweiskosten und werden in der Regel der unterliegenden Partei in angemessenem Ausmass auferlegt (§ 20 Abs. 3 VPO). Den kantonalen Behörden und den Gemeinden werden nur Verfahrenskosten auferlegt, wenn sie das Kantonsgericht in Anspruch nehmen (§ 20 Abs. 4 VPO). Vorliegend hat die KESB Birstal, welche das Kantonsgericht in Anspruch genommen hat bzw. nach dem Zivilgesetzbuch zur Unterbreitung der Kompetenzstreitigkeit verpflichtet war, obsiegt. Von der Auferlegung von Verfahrenskosten ist daher abzusehen. Die Parteikosten sind wettzuschlagen (§ 21 Abs. 1 VPO).

Demgemäss wird **erkannt** :

- ://:
1. Es wird festgestellt, dass die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Birstal nicht zuständig ist für das Kindesschutzverfahren in Sachen C._____.
 2. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.
 3. Die Parteikosten werden wettgeschlagen.

Vizepräsident

Gerichtsschreiber