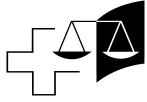


Bundesgericht

Tribunal fédéral

Tribunale federale

Tribunal federal



5A_151/2017

Urteil vom 23. März 2017

II. zivilrechtliche Abteilung

Besetzung

Bundesrichter von Werdt, Präsident,
Bundesrichter Marazzi, Herrmann, Schöbi, Bovey,
Gerichtsschreiber Möckli.

Verfahrensbeteiligte

A. _____,
vertreten durch Rechtsanwalt Carl Ulrich Mayer,
Beschwerdeführer,

gegen

Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Thun.

Gegenstand

Internationale Zuständigkeit der KESB,

Beschwerde gegen den Entscheid des Obergerichts des
Kantons Bern, Kindes- und Erwachsenenschutzgericht,
vom 19. Januar 2017.

Sachverhalt:

A.

Aufgrund einer Gefährdungsmeldung eröffnete die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Thun (nachfolgend KESB) am 26. Februar 2015 ein Erwachsenenschutzverfahren betreffend A._____ (geb. 1920) und beauftragte den Sozialdienst U._____ mit der Abklärung des Sachverhalts. Mit Bericht vom 17. April 2015 empfahl dieser die Errichtung einer Vertretungsbeistandschaft. In einem von der KESB zusätzlich in Auftrag gegebenen gerontopsychiatrischen Gutachten vom 27. September 2015 stellten die Psychiatrischen Dienste Thun fest, dass A._____ an einer mittelschweren Demenz (ICD-10, F00.2) leide und in seiner Urteilsfähigkeit eingeschränkt sei.

Am 9. August 2016 meldete sich A._____ bei der Gemeinde U._____ nach Spanien ab.

B.

Am 1. September 2016 stellten die Kinder von A._____ im Rahmen des bei der KESB hängigen Verfahrens ein Massnahmege-such, mit welchem sie den vorsorglichen Entzug der Handlungsfähigkeit und die Aufnahme eines Vermögensinventars forderten. Mit Ge-such vom 15. September 2016 verlangten sie überdies die unverzügliche stationäre fürsorgliche Unterbringung ihres Vaters.

Mit Entscheid vom 17. Oktober 2016 erklärte sich die KESB bezüglich des hängigen Erwachsenenschutzverfahrens für örtlich zuständig und wies die beiden Massnahmengesuche ab. Gleichzeitig forderte sie A._____ auf, bei der Abklärung des Sachverhalts (Gesundheitszustand und Vermögensverhältnisse) mitzuwirken.

Dagegen erhob A._____ eine Beschwerde beim Obergericht, im Wesentlichen mit dem Begehren um Feststellung, dass die KESB für die Weiterführung des Verfahrens örtlich unzuständig sei. Mit Ent-scheid vom 19. Januar 2017 wies das Obergericht die Beschwerde ab.

C.

Gegen diesen Entscheid hat A._____ am 20. Februar 2017 eine Beschwerde in Zivilsachen erhoben mit den Begehren um dessen Aufhebung und Rückweisung der Sache zur Beurteilung, ob er seinen gewöhnlichen Aufenthalt noch in der Schweiz habe. Mit Präsidialverfü-gung vom 21. Februar 2017 wurde das Begehren um aufschiebende

Wirkung abgewiesen. Es wurden keine Vernehmlassungen eingeholt, aber die kantonalen Akten beigezogen.

Erwägungen:

1.

Angefochten ist ein kantonal letztinstanzlicher Zwischenentscheid in einer Zivilsache betreffend die Zuständigkeit; dagegen ist die Beschwerde in Zivilsachen gegeben (Art. 72 Abs. 1, Art. 75 Abs. 1 und Art. 92 Abs. 1 BGG).

2.

Streitfrage bildet, ob die bei Verfahrenseinleitung gegebene internationale Zuständigkeit der KESB nach Abmeldung des Beschwerdeführers nach Spanien bestehen bleibt (sog. *perpetuatio fori*).

2.1 Unbestrittenermassen war die KESB bei Einleitung des Erwachsenenschutzverfahrens örtlich zuständig (Art. 444 Abs. 1 ZGB i.V.m. Art. 3 Abs. 2 KESG/BE) und es lag seinerzeit auch kein internationales Verhältnis vor. International wurde der Sachverhalt erst mit dem Wegzug des Beschwerdeführers nach Spanien.

2.2 Soweit der betroffene Erwachsene in einen Vertragsstaat des Haager Erwachsenenschutzübereinkommens (HEsÜ, SR 0.211.232.1) weggezogen ist und er in jenem gewöhnlichen Aufenthalt begründet hat, werden im Grundsatz die dortigen Behörden zuständig, unter gleichzeitigem Wegfall der im Herkunftsstaat vorher gegebenen Behördenzuständigkeit (Art. 5 Abs. 2 HEsÜ; LAGARDE, Erläuternder Bericht zum HEsÜ Rz. 50 f.; abrufbar auf der Website der Haager Konferenz www.hcch.net).

Bei Art. 5 HEsÜ handelt es sich um die Parallelnorm zu Art. 5 HKsÜ (Haager Kindesschutzübereinkommen, SR 0.211.231.011), welcher für den Bereich des Kindesschutzes eine analoge Regelung enthält (vgl. zur weitgehend parallelen Ausgestaltung des HEsÜ in Bezug auf die Zuständigkeiten: LAGARDE, a.a.O., Rz. 47 ff.; BUCHER, in: Commentaire romand, N. 328 zu Art. 85 IPRG). Ziel beider Übereinkommen ist, bei transnationalem Aufenthaltswechsel durch lückenlose Regelung umfassenden Schutz zu gewähren, wozu ein geschlossenes System für die direkte (Art. 5 ff. HKsÜ bzw. Art. 5 ff. HEsÜ) und indirekte Zuständigkeit (Art. 23 ff. HKsÜ bzw. Art. 22 ff. HEsÜ) aufgestellt und im Übrigen

gen auch das anwendbare Recht (Art. 15 ff. HKsÜ bzw. Art. 13 ff. HEsÜ) festgelegt wird.

Für das HEsÜ ist als Besonderheit zu beachten, dass von der strengen Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthaltsort, wie sie in Art. 5 HEsÜ als Grundsatz vorgesehen ist, Ausnahmen insbesondere zugunsten des Vertragsstaates, dem der Erwachsene angehört (Art. 7 HEsÜ), und zugunsten des Ergreifens von Schutzmassnahmen hinsichtlich belegenen Vermögens (Art. 9 HEsÜ) bestehen.

2.3 Der mit dem beschriebenen System garantierte Rechtsschutz ist bei einem Aufenthaltswechsel in einen Nichtvertragsstaat in Frage gestellt.

Für den Bereich des Kindesschutzes gehen Lehre und Rechtsprechung deshalb im Anschluss an den erläuternden Bericht (LAGARDE, Erläuternder Bericht zum HKsÜ Rz. 42) davon aus, dass der in Art. 5 Abs. 2 HKsÜ vorgesehene automatische Zuständigkeitswechsel nicht stattfindet, wenn der gewöhnliche Aufenthalt des Kindes in einen Nichtvertragsstaat erfolgt (vgl. dazu BGE 142 III 1 E. 2.1 S. 4 f.; Urteile 5A_809/2012 vom 8. Januar 2013 E. 2.3.1; 5A_293/2016 vom 8. August 2016 E. 3.1; 5A_274/2016 vom 26. August 2016 E. 2.2; SCHWANDER, in: Basler Kommentar, N. 46 zu Art. 85 IPRG; BUCHER, a.a.O., N. 25 zu Art. 85 IPRG; für Deutschland vgl. OLG Karlsruhe, Beschluss 5 UF 140/11 vom 12. November 2013 Rz. 25 ff.; für Österreich vgl. Oberster Gerichtshof, Beschlüsse 5 Ob 104/12y vom 20. November 2012 E. 3.1 und 5 Ob 80/16z vom 25. August 2016 Rz. 3). Nur innerhalb des Rechtsraumes der am betreffenden Übereinkommen beteiligten Vertragsstaaten ist gesichert, dass in Anwendung des verbindlich aufgestellten Zuständigkeitsregimes im Zuzugsstaat nahtlos wiederum eine Zuständigkeit besteht. Demgegenüber ist bei einem Drittstaat keineswegs klar, ob und in welcher Weise dieser Kindeschutzmassnahmen treffen bzw. hängige Verfahren weiterführen würde, insbesondere wenn nach dessen internationalem Privatrecht die Zuständigkeit nicht an den Wohnsitz, sondern an die Staatsangehörigkeit des Kindes knüpft. Diesfalls würde dem Kind ohne die *perpetuatio fori* drohen, dass es zuständigkeitsmässig "zwischen Stuhl und Bank" fällt (LEVANTE, Wohnsitz und gewöhnlicher Aufenthalt im internationalen Privat- und Zivilprozessrecht der Schweiz, 1998, S. 203).

Diese Grundsätze gelten *a fortiori* für den Bereich des Haager Erwachsenenschutzübereinkommens, weil bei diesem mit dem Wegzug keineswegs sofort neuer Aufenthalt begründet wird (vgl. SCHWANDER,

a.a.O., N. 139 zu 142 zu Art. 85 IPRG) und weil das HESÜ bei tatsächlich erfolgter Begründung neuen gewöhnlichen Aufenthaltes selbst bei Vertragsstaaten gewisse Konzessionen an den Staat der Angehörigkeit kennt (dazu E. 2.2). Der Erläuternde Bericht zum Haager Erwachsenenschutzübereinkommen sieht in Rz. 52 denn auch ausdrücklich vor, dass in Bezug auf Nichtvertragsstaaten die *perpetuatio fori* zum Tragen kommt, soweit sie nach dem innerstaatlichen Verfahrensrecht gilt. Dass dies vorliegend der Fall ist, stellt der Beschwerdeführer zu Recht nicht in Frage (vgl. allgemein für den schweizerischen Zivilprozess: Art. 64 Abs. 2 lit. b ZPO; vgl. spezifisch für das vorliegende Erwachsenenschutzverfahren: Art. 450f ZGB i.V.m. Art. 45 Abs. 3 KESG/BE).

Es ist unbestritten, dass Spanien nicht Vertragsstaat des Haager Erwachsenenschutzübereinkommens ist. Sodann hat das Obergericht in tatsächlicher Hinsicht festgestellt, dass klare Anzeichen für eine Schutzbedürftigkeit des fast 100-jährigen Beschwerdeführers bestehen und in Spanien kein Verfahren eingeleitet worden ist, was in individuell-konkreter Hinsicht gerade die Notwendigkeit der vorstehend in generell-abstrakter Hinsicht festgehaltenen Grundsätze aufzeigt.

2.4 Zur Begründung seiner gegenteiligen Behauptung, wonach mit seinem Wegzug nach Spanien die schweizerischen Behörden unzuständig geworden seien, beruft sich der Beschwerdeführer einzig auf den Beschluss des OLG Stuttgart 17 UF 22/12 vom 12. April 2012, den er in vollem Wortlaut wiedergibt und aus welchem er ableitet, dass die in BGE 142 III 1 E. 2.1 zum Ausdruck gebrachte Rechtsprechung nicht *tel quel* auf jeden Kinder- oder Erwachsenenschutzfall übertragen werden könne. Der Beschwerdeführer missversteht aber den von ihm zitierten Beschluss des OLG Stuttgart in offensichtlicher Weise und verkehrt die Begründung des Gerichts ins Gegenteil:

Es ging dort um einen Wegzug eines Kindes von Deutschland in die Türkei. Das OLG Stuttgart erwog, dass keine *perpetuatio fori* gelte; zwar sei die Türkei nicht Vertragsstaat des Haager Kindesschutzübereinkommens, wohl aber des Minderjährigenschutzübereinkommens (Übereinkommen über die Zuständigkeit der Behörden und das anzuwendende Recht auf dem Gebiet des Schutzes von Minderjährigen, MSA, SR 0.211.231.01). Das OLG Stuttgart ist mit anderen Worten von einem Zuständigkeitswechsel zugunsten der türkischen Behörden ausgegangen, *nicht weil* die Türkei nicht HKsÜ-Vertragsstaat ist, sondern *weil* die Türkei MSA-Vertragsstaat ist. In der Tat galten bereits für das MSA als Vorgänger-Übereinkommen des HKsÜ die gleichen

Grundsätze, nämlich die Kompetenzübertragung an die dortigen Behörden bei Begründung gewöhnlichen Aufenthalts im anderen Vertragsstaat, hingegen die *perpetuatio fori* bei Wegzug in einen Nichtvertragsstaat des MSA (BUCHER, a.a.O., N. 121 zu Art. 85 IPRG). Dies entspricht nicht nur der konstanten Rechtsprechung des Bundesgerichts zum MSA (BGE 123 III 411 E. 2a/bb S. 413; 132 III 586 E. 2.2.3 S. 591; 142 III 1 E. 2.1 S. 4), sondern auch derjenigen des deutschen Bundesgerichtshofes (vgl. Beschluss XII ZB 186/03 vom 22. Juni 2005 S. 13), welche das OLG Stuttgart beachtet hat. Indes gibt es für das HESÜ im Unterschied zum HKsÜ kein Vorgängerübereinkommen, welches bereits analoge Grundsätze gekannt hätte und dessen Vertragsstaat Spanien sein könnte.

2.5 Nach dem Gesagten ist vorliegend massgeblich, dass der Beschwerdeführer bei Einleitung des Erwachsenenschutzverfahrens im örtlichen Zuständigkeitsbereich der befassten KESB Wohnsitz bzw. gewöhnlichen Aufenthalt hatte und die hierdurch begründete Zuständigkeit aufgrund der *perpetuatio fori* fortbesteht. Mithin ist das Anliegen des Beschwerdeführers, die Sache an die kantonalen Instanzen zurückzuweisen zur Prüfung, ob er in der Schweiz zum heutigen Zeitpunkt überhaupt noch gewöhnlichen Aufenthalt habe, gegenstandslos.

3.

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beschwerde abzuweisen ist. Bei diesem Verfahrensausgang sind die Gerichtskosten dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (Art. 66 Abs. 1 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Die Gerichtskosten von Fr. 2'000.-- werden dem Beschwerdeführer auferlegt.

3.

Dieses Urteil wird dem Beschwerdeführer, der KESB Thun und dem Obergericht des Kantons Bern, Kindes- und Erwachsenenschutzgericht, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 23. März 2017

Im Namen der II. zivilrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

von Werdt

Möckli