

Juristische Studie zur Wohnsitzregelung im Bereich A der IVSE

zuhanden der Konferenz der kantonalen Sozialdirektorinnen und Sozialdirektoren (SODK)

Luzern, 25. September 2017 (mit Nachtrag vom 5. Dezember 2018)

Inhaltsübersicht	I
Management Summary	IV
Résumé	VI
Auftrag 1: Auslegung des Artikels 25 Absatz 1 ZGB	1
A. Der zivilrechtliche Wohnsitz von Minderjährigen	1
1 Der von den Eltern abgeleitete Wohnsitz von Minderjährigen	1
1.1 Gesetzliche Regelung	1
1.2 Varianten	1
1.2.1 Eltern mit gemeinsamer elterlicher Sorge und gemeinsamem Wohnsitz	1
1.2.2 Eltern mit gemeinsamer elterlicher Sorge und nicht gemeinsamem Wohnsitz und formeller Obhutsregelung	2
1.2.2.1 Exkurs Revision elterliche Sorge	2
1.2.2.2 Der Begriff Obhut im neuen Recht	2
1.2.2.3 Zwischenfazit	3
1.2.3 Elternteil mit alleiniger elterlicher Sorge.....	3
1.3 Funktionale Auslegung?	4
1.4 Fazit	4
2 Der zivilrechtliche Wohnsitz Minderjähriger am Aufenthaltsort	5
2.1 Gesetzliche Regelung	5
2.2 Das Verhältnis von Art. 25 und Art. 23 ZGB.....	5
2.3 Varianten	7
2.3.1 Eltern mit gemeinsamer elterlicher Sorge und gemeinsamer Obhut und nicht gemeinsamem Wohnsitz - alternierende Obhut.....	7
2.3.2 Eltern mit gemeinsamer elterlicher Sorge, nicht gemeinsamem Wohnsitz und Aufhebung des Aufenthaltsbestimmungsrechts beiden Eltern gegenüber	8
2.3.3 Fehlen einer formellen Obhutszuteilung bei strittiger alternierender Obhut.....	8
2.3.4 Zeitspanne, in der die KESB dem Kind, das nicht oder nicht mehr unter elterlicher Sorge steht, noch keine Vormundin ernannt hat.....	8
2.3.5 Eltern mit unbekanntem Wohnsitz.....	9
2.4 Kritik an der herrschenden Lehre	9
2.5 Fazit	10
3 Der zivilrechtliche Wohnsitz bevormundeter Minderjähriger	11
4 Der zivilrechtliche Wohnsitz nach Erreichen der Volljährigkeit	11
4.1 Gesetzliche Regelung	11
4.1.1 Der Lebensmittelpunkt	11
4.1.2 Aufenthalt zu einem Sonderzweck	12
4.1.3 Die Unterbringung.....	12
4.1.4 Ein Wohnsitz	12
4.2 Fazit	12

5	Der zivilrechtliche Wohnsitz Minderjähriger im internationalen Kontext	13
5.1	Gesetzliche Regelung	13
5.1.1	Wohnsitz in der Schweiz	13
5.1.2	Gewöhnlicher Aufenthalt in der Schweiz	13
5.2	Von den Eltern abgeleiteter Wohnsitz?	14
B.	Beantwortung der allgemeinen Rechtsfragen zu den Artikeln 23 – 25 ZGB	15
C.	Der Bereich A in der IVSE	17
6	Bedeutung der IVSE	17
7	Der Institutionstyp Bereich A	17
7.1	Begriff	17
7.2	Volljährige im Besonderen	18
8	Der Begriff Wohnkanton	19
9	Leistungsabgeltung, Beitrag der Unterhaltspflichtigen und die Finanzierung in den Kantonen	21
	Auftrag 2: Ausnahme-Tatbestand für den Bereich A in der IVSE	24
D.	Prüfung eines Ausnahme-Tatbestands in ähnlicher Weise wie für den IVSE-Bereich B	24
10	Der Ausnahme-Tatbestand im IVSE-Bereich B	24
11	Exkurs: Der Unterstützungswohnsitz nach ZUG	25
11.1	Vorbemerkungen	25
11.2	Der Unterstützungswohnsitz von Erwachsenen	25
11.2.1	Im Allgemeinen	25
11.2.2	Der Unterstützungswohnsitz am Heimstandort	26
11.3	Der Unterstützungswohnsitz von Minderjährigen	27
11.3.1	Im Allgemeinen	27
11.3.2	Der eigene Unterstützungswohnsitz nach Art. 7 Abs. 3 lit. a. ZUG	27
11.3.3	Der eigene Unterstützungswohnsitz nach Art. 7 Abs. 3 lit. b. ZUG	27
11.3.4	Der eigene Unterstützungswohnsitz nach Art. 7 Abs. 3 lit. c ZUG	28
11.3.4.1	Gesetzesrevision vom 14. Dez. 1990, in Kraft seit dem 1. Juli 1992	28
11.3.4.2	Der eigene Unterstützungswohnsitz	28
11.3.4.3	Die dauerhafte Fremdplatzierung	28
11.3.5	Der eigene Unterstützungswohnsitz nach Art. 7 Abs. 3 lit. d ZUG	29
11.3.6	Zusammenfassung	29
12	Bedeutung der Standortbelastung	30
13	Exkurs: Ergänzungsleistungsrecht	30
14	Exkurs: Pflegefinanzierung	31

15	Prüfung eines Ausnahme-Tatbestands im Bereich A	31
15.1	Vorschlag eines Ausnahme-Tatbestands analog zum Bereich B.....	31
15.1.1	Anwendungsbereich des Ausnahme-Tatbestandes	32
15.1.1.1	Anknüpfung an die bisherige Zuständigkeit	32
15.1.1.2	Anwendung beschränkt sich auf Fälle eines nachträglichen Wechsels des zivilrechtlichen Wohnsitzes an den Aufenthaltsort bzw. in den Standortkanton.....	32
15.1.2	Die bisherige Zuständigkeit	32
15.1.3	Auswirkungen von Platzierungswechsel und Unterbrechungen	33
15.2	Variante: Anknüpfung an den zivilrechtlichen Wohnsitz der Eltern	33
15.3	Diskussion der Varianten in der AG Wohnsitzregelung.....	34
E.	Beantwortung der Fragen im Zusammenhang mit dem Ausnahme-Tatbestand	35
F.	Nachtrag vom 5. Dezember 2018	37
16	Bundesgerichtsurteil 143 V 451 (8C_285/2017) vom 21. November 2017 (Standortschutz bei der Finanzierung sozialer Einrichtungen).....	37
17	Das Vermittlungsgesuch bei der Interkantonalen Vertragskommission (IVK)....	37
	Anhang: Übersichten	39
1	Prüfschema: Ausgangslage Bestimmung des zivilrechtlichen Wohnsitzes	39
2	Prüfschema: Bestimmung des zivilrechtlichen Wohnsitzes bei gemeinsamer elterlicher Sorge und Wohnsitz in derselben Gemeinde	40
3	Prüfschema: Bestimmung des zivilrechtlichen Wohnsitzes bei gemeinsamer elterlicher Sorge und Wohnsitz nicht in derselben Gemeinde mit formeller Obhut zuteilung	41
4	Prüfschema: Bestimmung des zivilrechtlichen Wohnsitzes bei gemeinsamer elterlicher Sorge und Wohnsitz nicht in derselben Gemeinde und alternierender Obhut	42
5	Prüfschema: Bestimmung des zivilrechtlichen Wohnsitzes bei gemeinsamer elterlicher Sorge und Wohnsitz nicht in derselben Gemeinde: Spezialsituationen	43
6	Prüfschema: Bestimmung des zivilrechtlichen Wohnsitzes bei alleiniger elterlicher Sorge.....	44
7	Prüfschema: Kind unter Vormundschaft	45
8	Prüfschema: Kind wird volljährig	46
9	Auswirkungen der von der KESB oder vom Gericht angeordneten zivilrechtlichen Kinderschutzmassnahmen auf den zivilrechtlichen Wohnsitz des Kindes	47
	Literaturverzeichnis und Materialien	48

Management Summary

Ausgangslage

Die Interkantonale Vereinbarung für soziale Einrichtungen (IVSE) regelt, wer für die Kosten aufzukommen hat, wenn Kinder, Jugendliche und Erwachsene in einer IVSE-anerkannten sozialen Einrichtung ausserhalb ihres Wohnkantons leben. Der Bereich A der IVSE betrifft stationäre Einrichtungen für Personen bis zum vollendeten 20. Altersjahr, unter bestimmten Voraussetzungen darüber hinaus bis zum Abschluss der Erstausbildung. Auch ein jugendstrafrechtlich angeordneter Aufenthalt fällt darunter. Alle Kantone sind dem Bereich A der IVSE beigetreten.

Die IVSE bestimmt den zivilrechtlichen Wohnsitz der Person, welche die Leistungen beansprucht, als Schuldner der Leistungsabgeltung. Dabei kommt es öfters zu Rechtsstreitigkeiten. Denn zum zivilrechtlichen Wohnsitz von Minderjährigen bleiben viele Fragen offen, insbesondere im Zusammenhang mit der gemeinsamen elterlichen Sorge. Der zivilrechtliche Wohnsitz befindet sich nicht selten am Ort der Einrichtung, was zu einer Finanzierungszuständigkeit des Standortkantons führt. Darum hat die Konferenz der kantonalen Sozialdirektorinnen und Sozialdirektoren (SODK) die hier vorliegende juristische Studie in Auftrag gegeben. Sie soll Klarheit schaffen in zwei Themenbereichen: Nämlich bei der Auslegung des Artikels 25 Absatz 1 ZGB (Auftrag 1) und bei der Formulierung eines Ausnahme-Tatbestands im Bereich A der IVSE (Auftrag 2).

Die Analyse

Auftrag 1 der Studie: Hier wird Art. 25 ZGB analysiert, ebenso seine Beziehungen zu anderen Artikeln des ZGB, welche die Zuständigkeit regeln. Art. 25 ZGB regelt den Ort, wo Minderjährige ihren zivilrechtlichen Wohnsitz haben. Die Analyse fördert zu Tage, dass die verschiedenen Formen der Lebensgestaltung einer Familie es häufiger, als vermutet, zulassen, dass Minderjährige ihren zivilrechtlichen Wohnsitz am Aufenthaltsort und somit am Standortkanton haben. Es besteht ein Variantenreichtum an Ableitungsmöglichkeiten. Daran ändert auch die in Art. 25 Abs. 1 ZGB enthaltene Grundregel nichts, den zivilrechtlichen Wohnsitz Minderjähriger von den Eltern abzuleiten.

Kontrovers, und bisher noch nie vom Bundesgericht behandelt, zeigt sich das Verhältnis von Art. 25 ZGB zu Art. 23 ZGB. Nach Art. 23 ZGB kann ein Aufenthalt zum Zweck der Ausbildung oder die Unterbringung einer Person in einer Erziehungs- oder Pflegeeinrichtung für sich allein keinen Wohnsitz begründen. In der Studie wird die Ansicht vertreten, dass Art. 23 ZGB nicht auf Minderjährige angewendet werden darf. Das führt in der Konsequenz zu einer Belastung der Standortkantone.

Ebenso diskutiert wird der zivilrechtliche Wohnsitz Minderjähriger im internationalen Kontext. Auch hier herrschen divergierende Lehrmeinungen vor. Leben Kinder mit ausländischer Staatsangehörigkeit in der Schweiz, ist es unklar, ob eine Anknüpfung nach ZGB erfolgen muss oder nach dem Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG). Im letzteren Falle haben Minderjährige ihren zivilrechtlichen Wohnsitz an ihrem gewöhnlichen Aufenthaltsort, der ein Standortkanton sein kann. In der Studie wird die Ansicht vertreten, dass eine strikte Anknüpfung an das IPRG nicht haltbar ist. Auch mit dieser Frage hat sich das Bundesgericht bisher noch nie auseinandersetzen müssen.

Auftrag 2 der Studie: Hier wird ein Ausnahme-Tatbestand für den Bereich A in der IVSE geprüft, und zwar in ähnlicher Weise, wie er für den IVSE-Bereich B bereits besteht. Der Bereich B betrifft Einrichtungen für erwachsene Personen. Ein Aufenthalt in einer Einrichtung bewirkt keine Änderung der bisherigen Finanzierungszuständigkeit. Zuständig bleibt der bisherige zivilrechtliche Wohnsitz, wo die Person unmittelbar vor Eintritt in die Einrichtung wohnte. Dadurch sollen Standortkantone vor finanziellen Belastungen verschont werden.

Exkurse zum Bundesgesetz über die Zuständigkeit für die Unterstützung Bedürftiger (ZUG), über das Ergänzungsleistungsrecht und über die Pflegefinanzierung zeigen auf, wie die Anknüpfung für die Finanzierungszuständigkeit in anderen Bereichen geregelt ist.

Verschiedene Varianten, wie ein Ausnahme-Tatbestand formuliert werden könnte, werden geprüft. Darüber hinaus werden weitere Varianten andiskutiert, die allerdings nicht mehr als Ausnahme-Tatbestand bezeichnet werden können, sondern als kleinere oder grössere IVSE-Revisionen.

Ergebnisse

Solange sich die Lehre und die Rechtsanwender in der Auslegung uneins sind und eine Klärung durch das Bundesgericht ausbleibt, solange bleiben die Rechtsunsicherheiten bestehen. Standortbelastungen lassen sich erst vermeiden, wenn die Anknüpfung eindeutig erfolgen kann. Unter dieser Prämisse ist das Ausloten eines juristischen Handlungsspielraums mit Unwägbarkeiten verbunden.

Die verschiedenen Varianten eines Ausnahme-Tatbestands wurden in der Arbeitsgruppe Wohnsitzregelung, welche unter der Leitung des Sekretariats IVSE steht, diskutiert. Nach ihrer Ansicht soll grundsätzlich an den zivilrechtlichen Wohnsitz angeknüpft werden. Favorisiert wird deshalb eine Änderung, die sich auf Fälle beschränkt, in denen nachträglich ein Wechsel des zivilrechtlichen Wohnsitzes an den Standortkanton stattfindet. Mit dieser Lösung kann eine Standortbelastung vermieden werden.

Nicht bereinigt werden damit weitere Problemfelder, auf welche die Studie gestossen ist. So ist die IVSE auch bei der Frage, wer bei volljährigen Personen im Bereich A zuständig sei, unklar und interpretationsbedürftig. Des Weiteren zeigt eine im Verlauf der Studie durchgeführte Umfrage auf, dass die Kantone die innerkantonale Kostentragung unterschiedlich handhaben. Je nach Kanton werden die Eltern in ungleichem Mass zum Kostenbeitrag verpflichtet. Unklar ist, ob in der IVSE nur von einer Verrechnungseinheit die Rede ist oder ob sie den Subventionscharakter auch innerkantonale versteht.

Nach der hier vertretenen Auffassung lohnt es sich, zu prüfen, ob die IVSE im Bereich A grundlegend zu revidieren ist. Dabei können die jüngsten Gesetzesrevisionen im Ergänzungsleistungsrecht und in der Pflegefinanzierung als Vorlage dienen. Um Konflikte bei der Finanzierungszuständigkeit zu vermeiden, sollte ein Anknüpfungspunkt bestimmt werden, der für die ganze Dauer des Heimaufenthaltes gelten müsste. Das würde allerdings in der IVSE zu einem bedeutsamen Systemwechsel führen, der auf der Grundlage vertiefter Erhebungen und Analysen auszuführen wäre.

In Kapitel F. wird nachträglich ein Bundesgerichtsurteil erläutert, das erst nach der Fertigstellung der Expertise publiziert wurde und darin nicht berücksichtigt werden konnte. Für den Nachtrag zu dieser Studie kann fürs Erste nur soviel gesagt werden: das Bundesgerichtsurteil versagt der IVSE die Anwendung, wenn die Wohnsitzregelung der IVSE zu einer Standortbelastung des Kantons führt.

Résumé

Contexte

La Convention intercantonale relative aux institutions sociales (CIIS) définit qui doit assumer les coûts lorsque des enfants, des adolescents et des adultes vivent dans une institution sociale reconnue par la CIIS hors de leur canton de domicile. Le domaine A de la CIIS concerne les institutions de type résidentiel pour les personnes jusqu'à l'âge de 20 ans révolus ou, sous certaines conditions, au plus jusqu'à la fin de leur formation initiale. Il comprend également les séjours ordonnés en vertu du droit pénal des mineurs. Tous les cantons ont adhéré au domaine A de la CIIS.

La CIIS désigne le canton où la personne sollicitant les prestations de l'institution a son domicile légal comme redevable de la compensation des coûts. Il en résulte parfois des litiges. Car de nombreuses questions restent ouvertes à propos du domicile légal des mineurs, notamment en lien avec l'autorité parentale conjointe. Il n'est pas rare que le domicile légal se trouve au lieu de l'institution, ce qui implique la compétence financière du canton où cette dernière a son siège (canton répondant). C'est pourquoi la Conférence des directrices et directeurs cantonaux des affaires sociales (CDAS) a commandé la présente étude juridique. Celle-ci a pour but d'apporter des clarifications dans deux domaines : l'interprétation de l'art. 25, al. 1, CC (mandat 1) et la formulation d'une dérogation dans le domaine A de la CIIS (mandat 2).

L'analyse

Mandat 1 de l'étude : celui-ci consiste en une analyse de l'art. 25 CC et de ses liens avec les autres articles du CC qui règlent la question de la compétence. L'art. 25 CC définit le lieu où les mineurs ont leur domicile légal. L'analyse fait apparaître que les diverses formes d'organisation des familles permettent plus souvent qu'on ne le pense que le domicile légal des mineurs se trouve sur leur lieu de résidence, donc dans le canton répondant. Il existe un certain nombre de variantes possibles pour déterminer le lieu de domicile. Le principe de base posé à l'art. 25, al. 1, CC, selon lequel le domicile des mineurs est défini en fonction de celui des parents, ne change rien à cette situation.

La question du lien de l'art. 25 CC avec l'art. 23 CC apparaît controversée et n'a jusqu'ici jamais été traitée par le Tribunal fédéral. Selon l'art. 23 CC, le séjour dans une institution de formation ou le placement dans un établissement d'éducation ou un home ne peut pas constituer en soi le domicile. L'étude soutient l'idée que l'art. 23 CC ne peut pas être appliqué pour les mineurs. Cela a pour conséquence que la charge incombe aux cantons répondants.

La discussion porte également sur le domicile légal des mineurs dans le contexte international. Là aussi, il existe des divergences dans la doctrine. Lorsque des enfants de nationalité étrangère vivent en Suisse, il n'est pas clair s'il le rattachement doit avoir lieu selon le CC ou selon la loi fédérale sur le droit international privé (LDIP). Dans ce dernier cas, le domicile civil des mineurs se trouve sur leur lieu de résidence habituel, qui peut être un canton répondant. L'étude soutient le point de vue selon lequel un rattachement strict à la LDIP n'est pas défendable. Cette question n'a elle non plus jamais dû être examinée par le Tribunal fédéral jusqu'ici.

Mandat 2 de l'étude : celui-ci consistait à étudier la possibilité d'une dérogation pour le domaine A de la CIIS, de manière analogue à ce qui existe déjà pour le domaine B. Ce dernier concerne les institutions pour

adultes. Le séjour dans une institution n'entraîne pas de changement au niveau des compétences en matière de financement. Le lieu de domicile antérieur, où la personne habitait juste avant son entrée dans l'institution, reste compétent. Cela permet de préserver les cantons répondants des charges financières.

Des parenthèses à propos de la loi fédérale sur la compétence en matière d'assistance des personnes dans le besoin (LAS), du droit relatif aux prestations complémentaires et du financement des soins montrent comment le rattachement pour la compétence financière est réglé dans d'autres domaines.

Différentes variantes de formulation d'une dérogation sont évaluées. D'autres variantes sont en outre discutées, qui ne peuvent cependant plus être considérées comme de simples dérogations mais plutôt comme des révisions plus ou moins importantes de la CIIS.

Résultats

Tant que la doctrine et les praticiens du droit sont divisés dans l'interprétation et que le Tribunal fédéral n'a pas clarifié la question, les incertitudes juridiques persistent. Les cantons répondants ne peuvent éviter de devoir supporter des charges supplémentaires que si le rattachement peut avoir lieu sans équivoque. Dans cet esprit, l'exploration d'une marge de manœuvre juridique comporte des impondérables.

Les différentes variantes de dérogation ont été discutées dans le cadre du groupe de travail sur la réglementation du domicile, sous la direction du secrétariat de la CIIS. De son point de vue, il faut en principe se rattacher au domicile légal. C'est pourquoi il donne sa préférence à une modification qui se limite aux cas pour lesquels un changement du domicile légal vers le canton répondant a lieu ultérieurement. Cette solution permet d'éviter que les cantons répondants doivent supporter les charges.

Cela ne résout cependant pas d'autres problématiques soulevées par l'étude. La CIIS est ainsi peu claire et sujette à interprétation sur la question de savoir qui est responsable pour les personnes majeures dans le domaine A. En outre, un sondage réalisé au cours de l'étude montre que les cantons gèrent diversement la répartition intracantonale des coûts. La participation financière demandée aux parents est en effet inégale suivant les cantons. Il n'est pas clair s'il n'est question dans la CIIS que d'une unité de calcul ou si elle conçoit le caractère de subvention aussi à l'intérieur d'un canton.

Selon l'avis présenté ici, il vaudrait la peine d'étudier si la CIIS ne devrait pas être révisée fondamentalement dans le domaine A. Les récentes révisions de la législation relative aux prestations complémentaires et au financement des soins peuvent ici servir de modèles. Afin d'éviter les conflits à propos de la compétence en matière de financement, il s'agirait de définir un point de rattachement qui devrait être valable pour toute la durée du séjour en institution. Cela amènerait cependant à un changement de système significatif dans la CIIS, qui devrait être effectué sur la base d'enquêtes et analyses plus approfondies.

Le chapitre F explique par la suite une décision du Tribunal fédéral qui n'a été publiée qu'après l'achèvement de l'expertise et qui n'a pu être prise en compte dans celle-ci. Pour l'instant, on peut seulement dire à propos de cette étude que le Tribunal fédéral n'accepte pas que la CIIS applique l'arrêt si la réglementation relative au domicile de la CIIS entraîne une charge pour le canton répondant.

Auftrag 1: Auslegung des Artikels 25 Absatz 1 ZGB

A. Der zivilrechtliche Wohnsitz von Minderjährigen

Die zivilrechtliche Wohnsitzbestimmung orientiert sich an den verschiedenen Formen der Lebensgestaltung einer Familie. Die verschiedenen Lebensformen werden separat kommentiert. Am Schluss jedes Kapitels folgt ein Fazit, das mit Beispielen veranschaulicht wird, und, soweit dienlich, im Anhang ein Prüfschema.

1 Der von den Eltern abgeleitete Wohnsitz von Minderjährigen

1.1 Gesetzliche Regelung

Art. 25. Abs. 1 ZGB 1. Teilsatz

¹Als 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.

1.2 Varianten

1.2.1 Eltern mit gemeinsamer elterlicher Sorge und gemeinsamem Wohnsitz

Steht das Kind unter der elterlichen Sorge beider Eltern und haben diese einen gemeinsamen Wohnsitz, so befindet sich der Wohnsitz des Kindes am gemeinsamen Wohnsitz der Eltern, unabhängig davon ob es mit den Eltern zusammenlebt oder von Dritten betreut wird, unabhängig davon, ob die Eltern verheiratet sind oder nicht und unabhängig davon, ob Ihnen das Aufenthaltsbestimmungsrecht zusteht oder nicht¹. Das gilt auch dann, wenn die Eltern an verschiedenen Adressen am gleichen Ort wohnen.²

Beispiel

Ausgangslage		Zivilrechtlicher Wohnsitz
Die 7-jährige Mara wohnt mit den Eltern mit gemeinsamer elterlicher Sorge in der Stadt Zürich.	→	Von den Eltern abgeleiteter Wohnsitz: Stadt Zürich.
Mara wird in eine IVSE-Einrichtung im Kanton Schaffhausen platziert.	→	Von den Eltern abgeleiteter Wohnsitz: Stadt Zürich.

Ausgangslage		Zivilrechtlicher Wohnsitz
Die 7-jährige Mara wohnt bei der Mutter in Winterthur. Der Vater wohnt auch in Winterthur. Die Eltern haben die gemeinsame elterliche Sorge inne.	→	Von den Eltern abgeleiteter Wohnsitz: Winterthur.
Mara wird in eine IVSE-Einrichtung im Kanton Zug platziert.	→	Von den Eltern abgeleiteter Wohnsitz: Winterthur.

¹ BK AFFOLTER/VOGEL, Art. 315-315b N 42.

² BGE 135 III 49, 53 E. 5.3.1.

1.2.2 Eltern mit gemeinsamer elterlicher Sorge und nicht gemeinsamem Wohnsitz und formeller Obhutsregelung

1.2.2.1 Exkurs Revision elterliche Sorge

Die Elterliche Sorge wurde per 1. Juli 2014 revidiert.³ Unverheiratete, getrennt lebende oder geschiedene Eltern haben im Regelfall die gemeinsame elterliche Sorge inne, sofern das dem Kindeswohl entspricht. Unter dem alten Recht war das Aufenthaltsbestimmungsrecht als Teil des Obhutsrechtes aufzufassen⁴, im neuen Recht bestimmt Art 301a ZGB, dass die elterliche Sorge das Recht einschliesst, den Aufenthaltsort des Kindes zu bestimmen. Sind beide Eltern Inhaber der elterlichen Sorge, steht ihnen beiden das Aufenthaltsbestimmungsrecht zu. Der Begriff des Aufenthaltsbestimmungsrechts ist neu ein eigenständiger Rechtsbegriff und nicht mehr Bestandteil des Obhutsrechts.⁵

1.2.2.2 Der Begriff Obhut im neuen Recht

Unter dem Begriff Obhut ist das faktische Zusammensein mit dem Kind zu verstehen.⁶ Nach Art. 25 Abs. 1 ZGB 1. Teilsatz, wird zur Bestimmung des zivilrechtlichen Wohnsitzes bei Eltern mit gemeinsamer elterlicher Sorge und nicht gemeinsamem Wohnsitz an die Obhut angeknüpft.

1.2.2.2.1 Die formelle Obhutzuteilung

Wenn die Eltern mit gemeinsamer elterlicher Sorge nicht zusammenleben, so kann einem Elternteil die Obhut zugeteilt werden, nämlich im Rahmen einer Eheschutzmassnahme, eines Scheidungsprozesses, einer Kindesschutzmassnahme oder mit Genehmigung einer Sorgerechtsvereinbarung. Diese formelle Obhutzuteilung ist für die Bestimmung des zivilrechtlichen Wohnsitzes des Kindes massgebend.⁷ Die formelle Obhut kann, nach Art. Art. 298a Abs. 2 Ziff. 2 und Art. 134 Abs. 3 ZGB, auch unter den Eltern selber vereinbart werden.

1.2.2.2.2 Die alternierende Obhut

In einer Sorgerechts- Scheidungs- oder Trennungsvereinbarung werden die Kinderbelange geregelt und sind sich die Eltern einig, können sie die Anteile an der Betreuung des Kindes ohne formelle Zuteilung der Obhut regeln. Diese Regelung wird als alternierende oder gemeinsame Obhut bezeichnet.⁸ Das Gericht oder die KESB können sie in strittigen Fällen anordnen.⁹ Bei der alternierenden Obhut leitet sich der Wohnsitz vom jeweiligen Aufenthaltsort des Kindes ab.¹⁰

³ Bundesgesetz vom 21. Juni 2013, in Kraft getreten auf 1. Juli 2014, AS 2014 357.

⁴ Vgl. BGE 136 III 353, 356 E.3.2.

⁵ BK AFFOLTER/VOGEL, Art. 301a N 4.

⁶ BK AFFOLTER/VOGEL, Art. 298 N 44; Urteil des Kantonsgericht Luzern vom 3.8.2016, LGVE 2016 II Nr. 10, E. 4.3; zur Schwierigkeit des Begriffs Obhut eingehend GLOOR, FamPra 2015, 343 ff.

⁷ BSK ZGB I-STAEHELIN, Art. 25 N 5; zur alternierenden Obhut vgl. eingehend 2.3.1.

⁸ GLOOR, FamPra 2015, 348.

⁹ BK AFFOLTER/VOGEL, Art. 298 N 46 ff.

¹⁰ Siehe dazu eingehend Ziffer 2.3.

1.2.2.3 Zwischenfazit

Steht das Kind unter der elterlichen Sorge beider Eltern und haben diese keinen gemeinsamen Wohnsitz, so lässt sich der zivilrechtliche Wohnsitz vom Elternteil ableiten, dem die formelle Obhut zukommt. Diese Ableitung gilt auch, wenn das Kind ohne Neuregelung der Obhut von den Eltern bei Dritten untergebracht wird.¹¹

Zur Situation, wenn beiden Eltern das Aufenthaltsbestimmungsrecht nach Art. 310 ZGB entzogen wird, vgl. Ziffer 2.3.2.

Beispiel

Ausgangslage		Zivilrechtlicher Wohnsitz
Die unverheirateten Eltern des 1-jährigen Raphael haben in der Sorgerechtsvereinbarung festgelegt, dass die Obhut dem Vater zukommt. Raphael lebt mit dem Vater in Heiden im Kanton Appenzell Ausserrhoden. Die Mutter wohnt im Kanton Appenzell Innerrhoden.	→	Vom Vater mit Obhut abgeleiteter Wohnsitz: Heiden im Kanton Appenzell Ausserrhoden.
Raphael wird von den Eltern in eine IVSE-Einrichtung im Kanton Thurgau platziert.	→	Vom Vater mit Obhut abgeleiteter Wohnsitz: Heiden im Kanton Appenzell Ausserrhoden.

1.2.3 Elternteil mit alleiniger elterlicher Sorge

Steht die elterliche Sorge bloss einem Elternteil zu, so erhält das Kind dessen Wohnsitz. Auch wenn das Kind erlaubterweise beim anderen Elternteil lebt, leitet sich der Wohnsitz von der elterlichen Sorge ab.¹²

Beispiel

Ausgangslage		Zivilrechtlicher Wohnsitz
Der Mutter der 13-jährigen Valérie wurde in der Scheidung das alleinige Sorgerecht zugeteilt. Die Mutter lebt in Morges und Valérie besucht das Internat Institut Montana Zugerberg.	→	Von der Mutter abgeleiteter Wohnsitz: Morges im Kanton Waadt.
Valérie wird von der Mutter oder mittels Aufhebung des Aufenthaltsbestimmungsrechts (Art. 310 ZGB) in eine IVSE-Einrichtung im Kanton Neuenburg platziert	→	Von der Mutter abgeleiteter Wohnsitz: Morges im Kanton Waadt.

¹¹ BK AFFOLTER/VOGEL, Art. 315-315b N 43.

¹² BGE 133 III 305, E.3.3.4.

1.3 Funktionale Auslegung?

BUCHER beurteilt in seiner, mir zeitgemäss erscheinenden, Interpretation einen nach den genannten Kriterien abgeleiteten Wohnsitz als nicht mehr zweckmässig, wenn dieser mit der tatsächlichen Situation und dem Schutzbedürfnis des Kindes nicht übereinstimmt. Seiner Ansicht nach soll der tatsächliche Verlust der elterlichen Sorge zur Folge haben, dass sich der Wohnsitz des Kindes nach seinem Aufenthaltsort richtet.¹³ Das gilt auch für den Fall einer Aufhebung des Aufenthaltsbestimmungsrechts nach Art. 310 ZGB. STAEHELIN wie auch HAUSHERR/GEISER/REUSSER wollen eine funktionalisierende Auslegung des Wohnsitzbegriffes nur mit Zurückhaltung zulassen, im Interesse der Rechtssicherheit sei an der Einheitlichkeit des zivilrechtlichen Wohnsitzbegriffes festzuhalten.¹⁴

Das Bundesgericht hält sich bis jetzt an den strikten Wortlaut von Art. 25 ZGB und lässt eine subsidiäre Anknüpfung nur zu, wenn sich der zivilrechtliche Wohnsitz des Kindes nicht von der elterlichen Sorge ableiten lässt.¹⁵

1.4 Fazit

In allen oben aufgeführten Varianten wird einzig abgestellt auf: a) die gemeinsame elterliche Sorge und den gemeinsamen Wohnsitz, b) die gemeinsame elterliche Sorge und die Obhutsteilung sowie c) auf die Alleinsorge. Es ist unerheblich, wo sich das Kind tatsächlich aufhält und ob sich das Kind unter der Obhut der Inhaber der elterlichen Sorge befindet.¹⁶ Auch Kinder, die sich in einer Einrichtung befinden, haben somit ihren Wohnsitz am Wohnsitz ihrer Eltern, solange diesen noch die elterliche Sorge zusteht.¹⁷ Auch die Anordnung zivilrechtlicher Kinderschutzmassnahmen, insbesondere die Aufhebung des Aufenthaltsbestimmungsrechts nach Art. 310 ZGB, ändert daran nichts. Nur wenn beiden Eltern das Aufenthaltsbestimmungsrecht entzogen wird und sie keinen gemeinsamen zivilrechtlichen Wohnsitz haben oder wenn beiden Eltern die elterliche Sorge entzogen und für das Kind eine Vormundschaft errichtet wird, oder wenn sich aus der Obhutsregelung keine Anknüpfung ergibt, kommt es zu einer anderen Ableitung des zivilrechtlichen Wohnsitzes.¹⁸

Wechseln die Eltern oder der Elternteil den Wohnsitz, so wechselt automatisch der abgeleitete Wohnsitz des Kindes.

¹³ BUCHER, Personen, N 362 f.; 367 f.; so wohl auch BREITSCHMID, CHK ZGB Breitschmid, Art. 25 N 1.

¹⁴ BSK ZGB I-STAEHELIN, Art. 23 N 3; BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 162 N 34/5a.

¹⁵ BUCHER, Personen, N 358; siehe sogleich 2.

¹⁶ BGE 135 III 49; 133 III 305, 307.

¹⁷ HEGNAUER, 152; BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 162 N 34/16.

¹⁸ Vgl. dazu sogleich 2.3.1 und 2.3.3.

2 Der zivilrechtliche Wohnsitz Minderjähriger am Aufenthaltsort

2.1 Gesetzliche Regelung

Art. 25. Abs. 1 ZGB 2. Teilsatz

¹Als 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.

Kann der zivilrechtliche Wohnsitz des Kindes nicht von der elterlichen Sorge abgeleitet werden, befindet sich sein Wohnsitz am Aufenthaltsort. Dieser kann sich auch in einer Einrichtung befinden. Mit jedem Wechsel des Aufenthaltsorts wechselt auch der Wohnsitz. Ein Fortbestehen (eine Perpetuierung) des bisherigen Wohnsitzes am Aufenthaltsort kommt nicht zum Zuge. Letzteres ist in der Praxis umstritten, worauf sogleich eingegangen wird.¹⁹

Art. 25 Abs. 1 ZGB letzter Teilsatz stellt auf den „schlichten“ Aufenthalt im Sinne von Art. 24 Abs. 2 ZGB ab. Darunter wird die tatsächliche Ortsanwesenheit verstanden, die aber nicht eine zufällige ist, wie das bspw. bei einer Durchreise der Fall ist. Vorgeschlagen wird von der Lehre eine Mindestaufenthaltsdauer von 24 Stunden.²⁰

2.2 Das Verhältnis von Art. 25 und Art. 23 ZGB

Befindet sich der zivilrechtliche Wohnsitz eines minderjährigen Kindes am Aufenthaltsort, stellt sich die Frage, ob ein zivilrechtlicher Wohnsitz am Einrichtungsstandort begründet werden kann. Zu beurteilen ist die Frage des Verhältnisses zwischen Art. 25 und Art. 23 ZGB.

Art. 23. Abs. 1 ZGB

¹ Der Wohnsitz einer Person befindet sich 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.**

Minderjährige können keinen Wohnsitz nach Art. 23 ZGB begründen (Absicht des dauernden Verbleibens, Lebensmittelpunkt). Ihr Wohnsitz ist abschliessend in Art. 25 ZGB geregelt.²¹ Es stellt sich damit die Frage, ob die Einschränkungen von Art. 23 ZGB, dass der Aufenthalt zum Zweck der Ausbildung oder die Unterbringung einer Person in einer Erziehungs- oder Pflegeeinrichtung, einem Spital oder einer Strafanstalt für sich allein keinen Wohnsitz begründet, auch auf minderjährige Personen anwendbar ist oder nicht.

Alt Art. 26 ZGB wurde im Rahmen der Revision des Vormundschaftsrecht in den revidierten Art. 23 ZGB integriert. Laut der Botschaft des Bundesrates hat dies keine materielle Änderung des geltenden Rechts zur Folge: „Während Artikel 23 Absatz 1 ZGB positiv festhält, dass der Wohnsitz einer Person sich am Ort befindet, wo sie sich mit der Absicht dauernden Verbleibens aufhält, bestimmt aArtikel 26 ZGB negativ, dass

¹⁹ Vgl. Kapitel 2.2 und 2.5.

²⁰ BSK ZGB I-STAEHELIN, Art. 24 N 10; BUCHER, Personen, N 358.

²¹ BK-BUCHER, Vorbem. Art. 23 N 4 ; MEIER/DE LUZE, N 383; MEIER/STETTLER, N 851; STEINAUER/FOUNTOLAKIS, N 366.

der Aufenthalt zu einem Sonderzweck, nämlich in Anstalten, keinen Wohnsitz begründet. Der vorgeschlagene zweite Halbsatz regelt dies – ohne materielle Änderung des geltenden Rechts, aber unter redaktioneller Überarbeitung – am systematisch richtigen Ort. Artikel 26 ZGB kann gestrichen werden.“²²

Gesetzessystematisch lässt sich deshalb der Vorbehalt von Art. 23 ZGB nicht als Präzisierung von Art. 25 ZGB heranziehen. Alt Art. 26 stellt lediglich eine Präzisierung von Art. 23 ZGB dar, was mit der Gesetzesänderung mit der systematisch richtigen Einordnung bei Art. 23 ZGB so auch nachvollzogen wurde.²³ Allerdings beurteilt die Praxis, auch die heutige, diese Frage kontrovers. So weist die Konferenz der Kantonalen Vormundschaftsbehörden (heute KOKES) in ihren Empfehlungen „Übertragungen vormundschaftlicher Massnahmen“ vom September 2002 auf die unterschiedlichen Rechtsauffassungen in den Kantonen hin.²⁴ Art. 23 ZGB erwähnt den Sonderzweck „Unterbringung einer Person in einer Erziehungseinrichtung“, was die Praxis hie und da zur Annahmen verleitet, dass die Norm auf Minderjährige anwendbar sei.

Im unveröffentlichten Bundesgerichtsentscheid 5C.274/1997 vom 12. Januar 1998 geht das Gericht davon aus, dass ein Kind, welches gestützt auf Art. 25 Abs. 1 ZGB (letzter Teilsatz) seinen zivilrechtlichen Wohnsitz am Aufenthaltsort bei einer Pflegefamilie begründet hat, bei einer später erfolgten Weiterplatzierung in eine Erziehungseinrichtung den Wohnsitz gestützt auf Art. 24 Abs. 1 ZGB behält, da es am Ort der Einrichtung nach Ansicht des Bundesgerichts gestützt auf aArt. 26 ZGB keinen Wohnsitz begründen konnte. In BGE 135 III 49, 57 E. 6.3. lässt es das Bundesgericht hingegen zu, dass der zivilrechtliche Wohnsitz in einer Erziehungseinrichtung begründet werden kann, wenn sich das Kind bereits in einer Erziehungseinrichtung befindet und erst nachträglich (z.B. aufgrund der Trennung der Sorgerechtsinhaber oder des Entzugs der elterlichen Sorge oder des Aufenthaltsbestimmungsrechts) die Anknüpfung am Aufenthaltsort gemäss Art. 25 Abs. 1 ZGB (letzter Teilsatz) erfolgt. Es begründet dies damit, dass es sich im Kinderschutz nicht rechtfertigt, an einem fiktiven Wohnsitz anzuknüpfen, was auch durch die Parallelnorm von Art. 315 Abs. 2 ZGB bezüglich der Zuständigkeit bei der Anordnung und Führung von Kinderschutzmassnahmen zum Ausdruck kommt.

Das Bundesgericht knüpft im ersten Entscheid an einem fiktiven Ort an, zu welchem das Kind keinen Bezug mehr hat, im zweiten Entscheid lehnt es eine solche Anknüpfung ab. Diese bundesgerichtliche Argumentationsweise vermag nicht zu überzeugen, auch weil es in beiden Fällen das Verhältnis zwischen Art. 23 ZGB bzw. aArt. 26 ZGB und Art. 25 ZGB nicht systematisch analysiert.

Ein Blick in die Materialien zeigt Folgendes: im Zusammenhang mit der Revision des Eherechtes von 1984 musste eine neue Vorschrift über den Wohnsitz des Kindes unter elterlicher Gewalt, dessen Eltern keinen gemeinsamen Wohnsitz haben, geschaffen werden. *„Sollte das Kind aber weder in der Obhut des Vaters noch der Mutter stehen [wenn sie keinen gemeinsamen Wohnsitz haben], obgleich beide die elterliche Gewalt haben, so ist der Wohnsitz des Kindes nach Artikel 25 Absatz 1 am Ort seines gewöhnlichen Aufenthalts im Sinne von Artikel 24 Absatz 2 ZGB“.*²⁵

²² BBI 2006 7001, 7096, so auch MEIER/DE LUZE, N 400.

²³ BGE 135 III 49, 56 E. 6.2; BK-BUCHER, Art. 26 N 9; BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 162 N 34/7.

²⁴ ZVW 2002, 205 ff., 209 Anm.10.

²⁵ BBL 1979 II 1191, 1345.

Die Materialien lassen auf den gesetzgeberischen Willen schliessen, dass nicht an einem fiktiven Wohnsitz anzuknüpfen ist, sondern dass die tatsächliche Ortsanwesenheit massgebend ist und damit auch die Einschränkungen von Art. 23 ZGB nicht anwendbar sind. Eine Wohnsitzperpetuierung nach Art. 24 Abs. 1 ZGB ist gerade nicht das Ziel der Gesetzesnorm.

2.3 Varianten

2.3.1 Eltern mit gemeinsamer elterlicher Sorge und gemeinsamer Obhut und nicht gemeinsamem Wohnsitz - alternierende Obhut

Haben die Eltern in einer Sorgerechts- Scheidungs- oder Trennungsvereinbarung die Kinderbelange und, anstelle einer formellen Obhutszuteilung, die Anteile an der Betreuung des Kindes geregelt, liegt eine alternierende Obhut vor.

Bei der alternierenden Obhut sind die Eltern gewillt, abwechselnd massgebliche Anteile an der Betreuung des Kindes zu übernehmen. Die alternierende oder gemeinsame Obhut muss keiner 50% Regelung folgen, sie meint lediglich die Betreuung durch beide Elternteile.²⁶

Die Bestimmung des zivilrechtlichen Wohnsitzes ist bei der alternierenden Obhut komplex, es wird an den Aufenthaltsort des Kindes angeknüpft.²⁷ Wohnen die Kinder an einem festen Ort und werden sie dort abwechselnd vom Vater und der Mutter betreut (sogenanntes Nestmodell), befindet sich ihr Wohnsitz am Ort, wo sie wohnen und betreut werden. Wohnen die Kinder abwechselnd beim Vater und bei der Mutter (sogenanntes Pendelmodell), ist abweichend vom Aufenthalt, der Wohnsitz dort anzuknüpfen, wo die engsten Bindungen bestehen.²⁸ Besteht nun ein paritätisches Pendelmodell, wo sich das Kind je hälftig beim Vater und bei der Mutter aufhält, haben die Eltern zu entscheiden, wo der Wohnsitz des Kindes liegen soll.²⁹ In Streitfällen hat das Gericht oder die KESB den Wohnsitz festzulegen.³⁰

Beispiele

Ausgangslage		Zivilrechtlicher Wohnsitz
Peter und Paul werden gemeinsam von den Eltern betreut. Die Eltern teilen sich die Obhut, und die Kinder pendeln hin und her, wobei die Mutter gut 70% der Betreuung übernimmt. Die Mutter wohnt in Frauenfeld, der Vater in Weinfelden.	→	Am Ort der engsten Beziehungen: bei der Mutter.
Peter und Paul werden in eine IVSE-Einrichtung im Kanton St. Gallen platziert.	→	Am Aufenthaltsort im Standortkanton St. Gallen.

²⁶ M.w.H. BK AFFOLTER/VOGEL, Art. 298 N 46.

²⁷ KILDE, recht 2015, 240.

²⁸ BK AFFOLTER/VOGEL, Art. 298 N 51; FASSBIND, AJP 214, 694.

²⁹ BK AFFOLTER/VOGEL, Art. 298 N 51; KILDE, recht 2015, 240.

³⁰ BK AFFOLTER/VOGEL, Art. 301a N 7; BGer 5A_439/2015 vom 17.6.2015, E.1; KOKES Gemeinsame elterliche Sorge, 10; vgl. Urteil des Kantonsgericht Luzern vom 3.8.2016, LGVE 2016 II Nr. 10.

2.3.2 Eltern mit gemeinsamer elterlicher Sorge, nicht gemeinsamem Wohnsitz und Aufhebung des Aufenthaltsbestimmungsrechts beiden Eltern gegenüber

Wenn beiden Eltern das Aufenthaltsbestimmungsrecht nach Art. 310 ZGB entzogen wird, sie keinen gemeinsamen zivilrechtlichen Wohnsitz haben und das Kind bei Dritten platziert wird, dann ist der Aufenthaltsort massgebend, weil keine andere Anknüpfung möglich ist.

Beispiel

Ausgangslage		Zivilrechtlicher Wohnsitz
Die Eltern der 5-jährigen Lea haben die gemeinsame elterliche Sorge inne. Der Vater wohnt im Kanton Obwalden, die Mutter wohnt im Kanton Nidwalden. Ihnen wird gestützt auf Art. 310 Abs. 1 ZGB das Aufenthaltsbestimmungsrecht entzogen und Lea wird in eine IVSE-Einrichtung im Kanton Thurgau platziert.	→	Am Aufenthaltsort: Standortkanton Thurgau.

2.3.3 Fehlen einer formellen Obhut zuteilung bei strittiger alternierender Obhut

Solange die Eltern mit gemeinsamer elterlicher Sorge sich weder über eine alternierende Obhut noch über eine Obhut zuteilung einigen konnten, keinen gemeinsamen Wohnsitz haben und ein gerichtlicher oder behördlicher Entscheid ausstehend ist, hat das Kind seinen zivilrechtlichen Wohnsitz am Aufenthaltsort.

2.3.4 Zeitspanne, in der die KESB dem Kind, das nicht oder nicht mehr unter elterlicher Sorge steht, noch keine Vormundin ernannt hat

Fällt die elterliche Sorge dahin, was z.B. durch den Tod, der Verschollenerklärung, dem Entzug der elterlichen Sorge oder einer umfassenden Verbeiständung der Eltern oder des Elternteils der Fall sein kann, hat die KESB gestützt auf Art. 296 Abs. 3 i.V.m Art. 327a ZGB dem Kind eine Vormundin zu ernennen.³¹ Bis ein Vormund ernannt wurde, gilt der Aufenthaltsort des Kindes als sein Wohnsitz. Das ist auch der Fall bei einem Kind minderjähriger Eltern.

Beispiel

Ausgangslage		Zivilrechtlicher Wohnsitz
Die Eltern des 3-jährigen Robert sind bei einem Verkehrsunfall ums Leben gekommen; sie wohnten zusammen mit dem Kind im Kanton Aargau. Robert wird durch das zuständige Familiengericht (KESB) im Kanton Aargau vorsorglich in eine IVSE-Einrichtung im Kanton Zürich platziert.	→	Am Aufenthaltsort: Standortkanton Zürich.
Das zuständige Familiengericht (KESB) im Kanton Aargau hat 2 ½ Monate nach der Platzierung die Vormundschaft über Robert verfügt.	→	Am Sitz der KESB.

³¹ Vgl. weitere Fallkonstellationen bei fehlender elterlicher Sorge: BK AFFOLTER/VOGEL, Art. 327a ZGB, N 14.

2.3.5 Eltern mit unbekanntem Wohnsitz

Sind die Eltern mit gemeinsamer elterlicher Sorge oder ein Elternteil mit alleiniger elterlicher Sorge verschwunden, kann nicht mehr an den Wohnsitz der Eltern oder des Elternteils angeknüpft werden. Das Kind hat seinen zivilrechtlichen Wohnsitz am Aufenthaltsort.

Beispiel

Ausgangslage		Zivilrechtlicher Wohnsitz
Der alleinsorgeberechtigte Vater der 12jährigen Bettina wurde im Ausland verhaftet und sitzt eine langjährige Strafe ab. Bettina lebt weiterhin im Haushalt mit der Stiefmutter zusammen im Kanton Luzern.	→	Am Aufenthaltsort im Kanton Luzern, wo sie nun mit der Stiefmutter lebt.
Die zuständige KESB errichtet eine Beistandschaft nach Art. 306 Abs. 2 ZGB und Bettina wird in eine IVSE-Einrichtung im Kanton Bern platziert.	→	Am Aufenthaltsort im Standortkanton Bern.
Ausgangslage		Zivilrechtlicher Wohnsitz
Die Mutter des 14-jährigen Roman ist nach Unbekannt ins Ausland abgereist. Roman lebt nun im Haushalt mit dem Vater zusammen im Kanton Wallis. Die Eltern haben das gemeinsame Sorgerecht inne, leben aber getrennt.	→	Es darf davon ausgegangen werden, dass die Mutter mit der Obhut beim Vater einverstanden ist und daher sich der Wohnsitz vom Vater ableitet: Kanton Wallis.

2.4 Kritik an der herrschenden Lehre

Wie bereits unter Ziffer 0 dargelegt, soll nach BUCHER der tatsächliche Verlust der elterlichen Sorge zur Folge haben, dass sich der Wohnsitz des Kindes nach seinem Aufenthaltsort richtet. Das Bundesgericht lehnt bisher diese Lehrmeinung ab.

Was das Verhältnis zwischen Art. 25 und Art. 23 ZGB anbelangt, wird in der Praxis aufgrund einer Interessenabwägung vorgebracht, dass der Zweck, den Art. 23 Abs. 1 Satz 2 ZGB verfolge, Standorte vor Belastungen zu schützen, die sich aus der Zuständigkeit aufgrund der Wohnsitzbegründung ergeben würden, auch auf Minderjährige anwendbar sei. Aktuell ist ein Vermittlungsverfahren im Rahmen des Streitbeilegungsverfahrens nach Art. 31 ff. der Rahmenvereinbarung für die interkantonale Zusammenarbeit mit Lastenausgleich (Rahmenvereinbarung, IRV) der Konferenz der Kantonsregierungen vom 24. Juni 2005 bei der Interkantonalen Vertragskommission (IVK) hängig. Das, wohl nicht mehr in diesem Jahr zu erwartende, Resultat, ist für die Ergebnisse der vorliegenden Studie und die Planung des weiteren Vorgehens bedeutsam; ganz besonders, wenn der Fall an das Bundesgericht weitergezogen und von diesem entschieden wird.³²

³² Nach Fertigstellung der Expertise konnte im Februar 2018 eine Einigung im Vermittlungsverfahren erzielt werden; vgl. zum Ganzen Kapitel F.

2.5 Fazit

Art. 25 Abs. 1 ZGB letzter Teilsatz bewirkt, dass sich der zivilrechtliche Wohnsitz des Kindes an seinem Aufenthaltsort befindet, wenn dieser nicht vom Inhaber der elterlichen Sorge oder von der Obhutsberechtigung abgeleitet werden kann, unabhängig davon, ob zum Zeitpunkt des Wegfalls der Ableitung vom Inhaber der elterlichen Sorge sich das Kind in einer Erziehungseinrichtung befindet oder erst nachträglich dorthin platziert wird.³³ Wohnt das Kind in einer Einrichtung, so ist der Standortkanton sein zivilrechtlicher Wohnsitz. Wechselt das Kind den Aufenthaltsort, so wechselt auch sein zivilrechtlicher Wohnsitz, ein Fortbestehen des Wohnsitzes gemäss Art. 24 Abs. 1 ZGB kommt nicht zum Zuge.³⁴

Beispiel

Ausgangslage		Zivilrechtlicher Wohnsitz
Die Eltern der Kinder Tamara, Tobias und Toni leben seit Jahren getrennt und haben die gemeinsame elterliche Sorge inne. Die Kinder leben ausschliesslich beim Vater im Kanton Schwyz.	→	Vom Vater abgeleiteter Wohnsitz: Kanton Schwyz
Beiden Eltern wurde nach Art. 310 ZGB das Aufenthaltsbestimmungsrecht entzogen und die Kinder wurden in verschiedenen IVSE-Einrichtungen in den Kantonen Luzern, Bern und Zug platziert.	→	Am jeweiligen Aufenthaltsort.
Tamara und Tobias wurden in zwei andere IVSE-Einrichtungen in den Kantonen Uri und Nidwalden umplatziert.	→	Am jeweiligen Aufenthaltsort.

Beispiel

Ausgangslage		Zivilrechtlicher Wohnsitz
Die Eltern des 9-jährige Valentin leben zusammen im Kanton Basel-Landschaft. Valentin lebt in einer IVSE-Einrichtung im Kanton Aargau und hat eine Beiständin nach Art. 308 Abs. 1 und 2 ZGB. Die Eltern erkannten die Notwendigkeit einer Platzierung, weshalb eine Aufhebung des Aufenthaltsbestimmungsrecht nach Art. 310 ZGB nicht erforderlich war.	→	Von den Eltern abgeleiteter Wohnsitz: Kanton Basel-Landschaft.
Die Eltern lassen sich scheiden und vereinbaren die gemeinsame elterliche Sorge. Die Mutter wechselt ihren Wohnsitz innerhalb des Kantons Basel-Landschaft, der Vater zieht in den Kanton Basel-Stadt um.	→	Der Wohnsitz kann von keinem Elternteil mehr abgeleitet werden, weshalb er sich ab Rechtskraft der Scheidung am Aufenthaltsort befindet.

³³ BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 162 N 34/8; BSK ZGB I-STAEHELIN, Art. 25 N 10.

³⁴ BS BSK ZGB I-STAEHELIN, Art. 24 N 12.

3 Der zivilrechtliche Wohnsitz bevormundeter Minderjähriger

Art. 25 Abs. 2 ZGB:

² Bevormundete Kinder haben ihren Wohnsitz am Sitz der Kindesschutzbehörde.

Der Wohnsitz des bevormundeten Kindes befindet sich am Sitz der Kinderschutzbehörde und nicht am Wohnsitz des Vormundes. Welche Gemeinde als Sitz der KESB gilt, diese Frage regelt das kantonale Recht.³⁵ Unmassgeblich ist auch der Aufenthalt des bevormundeten Kindes.³⁶ Ein Wohnsitzwechsel ist bei einem bevormundeten Kind insbesondere dann in Betracht zu ziehen, wenn die Führung der Massnahme am Aufenthaltsort angezeigt ist oder wenn das Kind seinen Lebensmittelpunkt an den Aufenthaltsort verlegt hat.³⁷ Notwendig für die Begründung eines Wohnsitzes ist aber in jedem Fall die Zustimmung des Vormundes und die formelle Übertragung der Vormundschaft auf die zuständige Behörde am neuen Ort.³⁸

Beispiel

Ausgangslage		Zivilrechtlicher Wohnsitz
Über die 12-jährigen Bettina, die in einer IVSE-Einrichtung im Kanton Bern platziert wurde, errichtet die KESB Region Entlebuch, Wolhusen und Ruswil im Kanton Luzern eine Vormundschaft.	→	Am Sitz der KESB Region Entlebuch, Wolhusen und Ruswil in Kanton Luzern.
Die Vormundschaft wird von der zuständigen KESB Mittelland Nord im Kanton Bern am Aufenthaltsort übernommen.	→	Am Sitz der KESB Mittelland Nord im Kanton Bern.

4 Der zivilrechtliche Wohnsitz nach Erreichen der Volljährigkeit

4.1 Gesetzliche Regelung

Art. 23 Abs. 1 ZGB

¹ Der Wohnsitz einer Person befindet sich 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.

Art. 24 Abs. 1 ZGB

¹ Der einmal begründete Wohnsitz einer Person bleibt bestehen bis zum Erwerbe eines neuen Wohnsitzes.

4.1.1 Der Lebensmittelpunkt

Art. 23 stellt zwei Kriterien auf, welche beide erfüllt sein müssen, damit eine handlungsfähige Person an einem bestimmten Ort Wohnsitz hat: den objektiven physischen Aufenthalt und die subjektive Absicht dauernden Verbleibens. Da der Wohnsitz nicht nur für die betroffene Person, sondern auch für Drittpersonen und das Gemeinwesen von Bedeutung ist, ist die innere Absicht des dauernden Verbleibs nur soweit von

³⁵ FHB MURPHY/STECK, N 18.34.

³⁶ BGE 91 III 49 f.

³⁷ Zum Lebensmittelpunkt siehe sogleich Ziffer 4.1.1.

³⁸ Vgl. Übernahme einer Massnahme des Kindes- und Erwachsenenschutzrechts nach Wohnsitzwechsel (Art. 442 Abs. 5 ZGB), Empfehlung der KOKES vom März 2015, abrufbar auf www.kokes.ch.

Bedeutung, als sie nach aussen erkennbar ist.³⁹ Massgebend ist daher der Ort, wo sich der Mittelpunkt der Lebensbeziehungen befindet.⁴⁰ Einen selbständigen Wohnsitz kann nur begründen, wer urteilsfähig ist. Die Absicht, einen Ort später zu verlassen, schliesst eine Wohnsitzbegründung nicht aus.⁴¹

4.1.2 Aufenthalt zu einem Sonderzweck

Der Aufenthalt zu einem Sonderzweck allein begründet keinen Wohnsitz. Die Bestimmung will die Gemeinden entlasten, auf deren Gebiet sich die entsprechenden Einrichtungen befinden. Art. 23 ZGB begründet damit eine widerlegbare Vermutung; denn eine Begründung eines neuen Wohnsitzes am Ort der Einrichtung ist nicht ausgeschlossen, wenn der dortige Aufenthalt nicht nur dem Sonderzweck dient.⁴² Wer freiwillig seinen Lebensmittelpunkt an diesen Ort verlegt, begründet hier einen Wohnsitz und behält nicht seinen bisherigen Wohnsitz gemäss Art. 24 Abs. 1 ZGB als fiktiven bei.⁴³

4.1.3 Die Unterbringung

Die Unterbringung in eine Einrichtung begründet keinen Wohnsitz, selbst wenn sie auf unbestimmte Zeit erfolgt, der Lebensmittelpunkt völlig in die Einrichtung verlegt wird und alle Beziehungen zum bisherigen Wohnsitz abgebrochen werden. Mit dem Begriff Unterbringung ist eine Einweisung durch Dritte gemeint, d.h. die volljährige Person befindet sich nicht aus eigenem Willen in der Einrichtung. Die Einweisung muss nicht behördliche angeordnet worden sein. Die betroffene Person behält aufgrund Art. 24 Abs. 1 ZGB ihren bisherigen Wohnsitz gemäss Art. 23 oder 25 ZGB.

4.1.4 Ein Wohnsitz

Jede natürliche Person hat einen Wohnsitz. Dieser kann nur dadurch aufgegeben werden, dass ein Wohnsitz an einem anderen Ort im In- oder Ausland⁴⁴ begründet wird. Auch der abhängige Wohnsitz der Kinder und der bevormundeten Kinder nach Art. 25 Abs. 2 ZGB dauert bis zur Begründung eines neuen Wohnsitzes fort, wenn die elterliche Sorge oder die Vormundschaft weggefallen sind.⁴⁵

4.2 Fazit

Wird das Kind unter elterlicher Sorge oder Vormundschaft volljährig, so bleibt der bisherige abgeleitete Wohnsitz bis zur Begründung eines neuen bestehen.⁴⁶ Hat das Kind vor Erreichen der Volljährigkeit seinen zivilrechtlichen Wohnsitz bereits am Ort der Einrichtung, so bleibt dieser bis zur Begründung eines neuen bestehen.

³⁹ BGE 137 II 122, 126; 136 II 405 E. 4.5; 127 V 238; 125 V 78; 120 III 8; 119 II 65; 97 II 3 f.; 108 Ia 255; zum Ganzen BSK ZGB I-STAEHELIN, Art. 23 N 5 ff. und 19a ff.

⁴⁰ BGE 125 III 100, 102: «le centre de gravité de son existence»; 85 II 322.

⁴¹ BGE 127 V 241.

⁴² BBI 2006, 7001, 7096; BGE 135 III 49, 56; 134 V 236, 240; 133 V 309, 312; 131 V 59, 65; Pra 2001, 787; BGE 108 V 25.

⁴³ BGE 135 III 49, 56; 134 V 236, 240; 133 V 309, 312; BGE 108 V 25.

⁴⁴ BK-BUCHER, N 22.

⁴⁵ BGE 61 II 67 f.; BK-BUCHER, N 19.

⁴⁶ Art. 24 Abs. 1 ZGB; BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 162 N 34/10.

Beispiel

<u>Ausgangslage</u>		<u>Zivilrechtlicher Wohnsitz</u>
Lea lebt in einer IVSE-Einrichtung in Genf und hat abgeleiteten zivilrechtlichen Wohnsitz von ihren Eltern, die im Kanton Tessin leben.	→	Von den Eltern abgeleiteter Wohnsitz: Kanton Tessin.
Lea wird volljährig und bleibt noch bis Ausbildungsabschluss in der IVSE-Einrichtung in Genf. Sie fühlt sich in Genf inzwischen heimisch und möchte dort auch in Zukunft leben, eine Lehrstelle hat sie bereits in Aussicht.	→	Zivilrechtlicher Wohnsitz nach Art. 23 Abs. 1 ZGB in Genf.
Lea wird volljährig und bleibt nur noch bis Ausbildungsabschluss in der IVSE-Einrichtung in Genf. Danach möchte sie ins Tessin zu ihren Eltern und Freunden zurückkehren, die sie auch regelmässig in den Ferien und an den Wochenenden besucht.	→	Von den Eltern abgeleiteter Wohnsitz: Kanton Tessin.

5 Der zivilrechtliche Wohnsitz Minderjähriger im internationalen Kontext

5.1 Gesetzliche Regelung

Art. 20 IPRG

¹ Im Sinne dieses Gesetzes hat eine natürliche Person:

- a. ihren Wohnsitz in dem Staat, in dem sie sich mit der Absicht dauernden Verbleibens aufhält;
- b. ihren gewöhnlichen Aufenthalt in dem Staat, in dem sie während längerer Zeit lebt, selbst wenn diese Zeit zum vorherein befristet ist;
- c. ihre Niederlassung in dem Staat, in dem sich der Mittelpunkt ihrer geschäftlichen Tätigkeit befindet.

² Niemand kann an mehreren Orten zugleich Wohnsitz haben. Hat eine Person nirgends einen Wohnsitz, so tritt der gewöhnliche Aufenthalt an die Stelle des Wohnsitzes. Die Bestimmungen des Zivilgesetzbuches über Wohnsitz und Aufenthalt sind nicht anwendbar.

5.1.1 Wohnsitz in der Schweiz

Leben Kinder mit ausländischer Staatsangehörigkeit in der Schweiz, handelt es sich um einen internationalen Sachverhalt, weshalb die Bestimmungen des IPRG zu konsultieren sind. Zuerst gilt es zu bestimmen, ob die Personen im Ausland oder in der Schweiz Wohnsitz haben.⁴⁷ Ein Wohnsitz nach Art. 20 Abs. 1 Bst. a IPRG setzt die Absicht eines dauernden Verbleibens voraus. Vorausgesetzt wird einerseits ein Aufenthalt, andererseits muss sich der Schwerpunkt der Lebensverhältnisse in der Schweiz befinden. Abgestellt wird auf einen objektivierten Wohnsitzbegriff, es kommt nicht auf den inneren Willen an.⁴⁸

5.1.2 Gewöhnlicher Aufenthalt in der Schweiz

Nach Art. 20 Abs. 2 IPRG tritt der gewöhnliche Aufenthalt an die Stelle des Wohnsitzes, wenn kein Wohnsitz besteht. Um einen gewöhnlichen Aufenthalt annehmen zu können, bedarf es einer physischen Präsenz von gewisser Dauer. Als gewöhnlicher Aufenthalt ist der Schwerpunkt der Lebensbeziehungen zu verstehen. Er

⁴⁷ BSK ZGB I-STAEHELIN, Art. 23 N 4.

⁴⁸ CHK IPRG BUHR/GABRIEL/SCHRAMM, Art. 20 N 6 ff.

befindet sich dort, wo eine Person während längerer Zeit lebt, auch wenn diese Zeit von vornherein befristet ist. Der gewöhnliche Aufenthalt bestimmt sich nach äusserlich wahrnehmbaren Fakten, also nach auch für Dritte erkennbaren Umständen. Diese müssen den Eindruck haben, dass die Person sich «normalerweise oder meistens» an diesem Ort aufhält.⁴⁹

5.2 Von den Eltern abgeleiteter Wohnsitz?

Nach einem Teil der Lehre kann in internationalen Sachverhalten nicht an Art. 25 ZGB angeknüpft werden.⁵⁰ Im IPRG wird gemäss Art. 20 Abs. 2 bei Minderjährigen an den effektiven gewöhnlichen Aufenthalt angeknüpft und nicht an einen von der elterlichen Sorge abgeleiteten Wohnsitz.⁵¹

SCHWANDER ist der Ansicht, dass Art. 20 Abs. 2 Satz 3 IPRG die Anwendung des im ZGB formulierten Wohnsitz- und Aufenthaltsbegriff auf internationale Verhältnisse ausdrücklich ausschliesse. Danach bestimme sich der Wohnsitz nach den konkreten, tatsächlichen Lebensverhältnissen; er leite sich nicht aus dem Wohnsitz der Eltern oder dem Sitz der KESB ab. Die gälte auch für inter- und innerkantonale Verhältnisse.⁵²

Nach dem anderen Teil der Lehre bestimmt sich der Ort des Wohnsitzes nach dem ZGB, wenn ein Wohnsitz im Sinne des IPRG in der Schweiz bejaht werden kann.⁵³

Die kontroverse Lage wurde vom Bundesgericht bis anhin noch nicht geklärt (allerdings wendet die konkrete Praxis immer die ZGB-Bestimmungen an). M.E. muss eine Anknüpfung an Art. 25 ZGB dann möglich sein, wenn eine Familie ihren Wohnsitz im Sinne von Art. 20 Abs. 1 Bst. a IPRG in der Schweiz begründet hat. Eine andere Auslegung würde dazu führen, dass Kinder mit ausländischer Staatsbürgerschaft immer am Aufenthaltsort Wohnsitz hätten, Kinder mit Schweizer Bürgerrecht abgeleiteten Wohnsitz. Dieses Resultat ist nicht haltbar.

Die strikte Anknüpfung an das IPRG würde dazu führen, dass das Kind den zivilrechtlichen Wohnsitz immer am Aufenthaltsort hat.

⁴⁹ Vgl. BGE 129 III 288, 292 E 4.1; CHK IPRG BUHR/GABRIEL/SCHRAMM, Art. 20 N 20 ff.

⁵⁰ BSK ZGB I-STAEHELIN, Art. 23 N 4.

⁵¹ SCHWANDER, 1 ff.; ebenso BSK ZGB I-STAEHELIN, Art. 23 N 4, zumindest für den Fall, wenn die Inhaber der elterlichen Sorge im Ausland leben.

⁵² SCHWANDER, 13; vgl. auch HERZIG, N 367.

⁵³ BSK ZGB I-STAEHELIN, Art. 23 N 4; BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 162 N 34/25.

B. Beantwortung der allgemeinen Rechtsfragen zu den Artikeln 23 – 25 ZGB

1. Sind Fälle bekannt, wo erst dann kein gemeinsamer Wohnsitz mehr angenommen wird, wenn die Wohnsitze nicht im selben Kanton liegen?

Nein. Die Kantonsgrenzen spielen keine Rolle.

2. Wie ist das Verhältnis zwischen Artikel 23 und Artikel 25 ZGB?

Art. 25 ZGB ist die anwendbare Norm für die Bestimmung des zivilrechtlichen Wohnsitzes Minderjähriger. Das Gesetz sieht vor, dass Minderjährige unter elterlicher Sorge oder Vormundschaft einen abgeleiteten Wohnsitz haben. Art. 23 ZGB spielt erst dann eine Rolle, wenn das Kind volljährig wird. Die vorliegend vertretene Auslegung ist allerdings umstritten und aktuell ist ein Vermittlungsverfahren vor der Konferenz der Kantonsregierungen hängig. Das Resultat ist für die Ergebnisse der vorliegenden Studie und die Planung des weiteren Vorgehens bedeutsam.⁵⁴

3. Bleibt der bisherige Wohnsitz bestehen, wenn während des Aufenthaltes des Kindes in einer Einrichtung gemäss Art. 23 ZGB (*sic* 25) ein „übriger Fall“ eintritt (z.B. Scheidung mit gemeinsamem Sorgerecht an verschiedenen Wohnsitzen)?

Nein. Kann der Wohnsitz von keinem Elternteil mehr abgeleitet werden, wechselt der Wohnsitz des Kindes an den Aufenthaltsort. Die vorliegend vertretene Auslegung ist allerdings umstritten und aktuell ist ein Vermittlungsverfahren vor der Konferenz der Kantonsregierungen hängig. Das Resultat ist für die Ergebnisse der vorliegenden Studie und die Planung des weiteren Vorgehens bedeutsam.⁵⁵

4. Wird der selbständig begründete Wohnsitz einer minderjährigen Person bei Aufenthalt in einer Einrichtung perpetuiert? Kann er wiederum bei einem Wechsel der Einrichtung in eine andere Einrichtung perpetuiert werden?

Der Wohnsitz des Kindes am bisherigen Aufenthaltsort nach Art. 25 Abs.1 ZGB 2. Teilsatz besteht nicht fort, d.h. er perpetuiert nicht, wenn das Kind den Aufenthaltsort wechselt. Die vorliegend vertretene Auslegung ist allerdings umstritten und aktuell ist ein Vermittlungsverfahren vor der Konferenz der Kantonsregierungen hängig. Das Resultat ist für die Ergebnisse der vorliegenden Studie und die Planung des weiteren Vorgehens bedeutsam.⁵⁶

5. Darf und soll das Zivilgericht im Falle des gemeinsamen Sorgerechts (Art. 25 Abs. 1 ZGB) festlegen, bei welchem Elternteil das Kind seinen zivilrechtlichen Wohnsitz hat. Wenn ja, wäre diese Festlegung bis zu einer allfälligen formellen Änderung, rechtsbeständig oder würde sich der Wohnsitz auch durch eine blosser Veränderung der tatsächlichen Umstände ändern?

Die gemeinsame elterliche Sorge ist nach Art. 296 ZGB der Regelfall, auch im Falle einer Scheidung oder eines Eheschutzverfahren. Wird die gemeinsame elterliche Sorge belassen, so überprüft das Gericht von Amtes wegen, ob die Vereinbarung über die Kinderbelange dem Kindeswohl entspricht. Nur wenn sich die

⁵⁴ Vgl. dazu Kapitel 2.2. und Kapitel F.

⁵⁵ Vgl. dazu Kapitel F.

⁵⁶ Vgl. dazu Kapitel F.

Eltern über die Regelung der Obhut nicht einig können oder eine Kindeswohl-abträgliche Lösung getroffen wurde, wird das Gericht die formelle Obhut oder die Betreuungsanteile regeln. Bei unverheirateten Eltern ist die KESB dafür zuständig, strittige Punkte der Kinderbelange zu regeln.

Wurde die formelle Obhut einem Elternteil zugeteilt, so leitet sich der zivilrechtliche Wohnsitz des Kindes von diesem Elternteil ab.

Wurden Betreuungsanteile festgelegt so hat das Kind seinen zivilrechtlichen Wohnsitz am Aufenthaltsort. Wohnen die Eltern nicht zusammen, ist dort anzuknüpfen, wo die engsten Bindungen bestehen. Bei einem Nestmodell dürfte es der Ort sein, wo die Kinder leben und betreut werden. Betreuen die Eltern das Kind hingegen paritätisch in einem Pendelmodell, so haben sie den zivilrechtlichen Wohnsitz des Kindes zu wählen. In Konfliktfällen hat das Gericht oder die KESB den zivilrechtlichen Wohnsitz festzulegen.⁵⁷

Somit lässt sich die Frage folgendermassen beantworten. Die Festlegung des zivilrechtlichen Wohnsitzes ist nur notwendig, wenn keine formelle Obhut zugeteilt wurde. Und auch nur dann, wenn sich die Eltern bei einem paritätischen Betreuungsmodell nicht über den zivilrechtlichen Wohnsitz einigen können und der Ort der engsten Bindungen sich nicht objektiv feststellen lässt. In diesem Fall muss das Gericht oder die KESB den Aufenthaltsort und somit den zivilrechtlichen Wohnsitz festlegen.

Wie es sich nun bei tatsächlich veränderten Verhältnisse verhält, ist unklar. M.E. ist die formelle Obhutszuteilung rechtsbeständig, bis sie formell abgeändert wird. Haben hingegen die Eltern, das Gericht oder die KESB im Rahmen einer Regelung der Betreuungsanteile den Wohnsitz festgelegt, so kann das nach meinem Dafürhalten nicht mehr gelten, wenn die tatsächlichen Umstände dem klarerweise widersprechen. In solchen Fällen muss es den IVSE-Verbindungsstellen möglich sein, von den Eltern eine Anpassung an die tatsächlichen Umstände zu verlangen.

6. Darf und soll die KESB im Rahmen ihrer Zuständigkeitsabklärung auch den zivilrechtlichen Wohnsitz des Kindes festlegen (Art. 442 ff. ZGB)? Falls ja, ist diese Feststellung gegenüber Dritten verbindlich?

Gestützt auf Art. 315 Abs. 1 ZGB sind Kindesschutzmassnahmen von der KESB am Wohnsitz des Kindes anzuordnen. Art. 315 Abs. 2 legt fest, dass auch die Behörden am Ort zuständig sind, wo sich das Kind aufhält, was bei Kindern in Pflegefamilie, bei ausserhalb der häuslichen Gemeinschaft der Eltern lebenden Kindern oder bei Gefahr im Verzug der Fall ist.

Die KESB hat keine Kompetenz, im Rahmen der Prüfung der örtlichen Zuständigkeit den zivilrechtlichen Wohnsitz des Kindes festzulegen. Erachtet sich die KESB als örtlich zuständig, hat das für Dritte, wie die IVSE-Verbindungsstellen oder die Sozialhilfebehörden, keine bindende Wirkung. Diese Stellen prüfen ihre Zuständigkeit von Amtes wegen selbst.

Die Festlegung des zivilrechtlichen Wohnsitzes kann sich mitunter schwierig gestalten. Idealerweise betreiben die involvierten Behörden bei einem komplexen Sachverhalt im Rahmen der Amtshilfe einen Austausch.

⁵⁷ KOKES, Gemeinsame elterliche Sorge, 10.

C. Der Bereich A in der IVSE

6 Bedeutung der IVSE

Die Interkantonale Vereinbarung für soziale Einrichtungen (IVSE) ist ein Vertrag zwischen den Kantonen, der die Aufnahme von Personen mit besonderen Betreuungs- und Förderungsbedürfnissen in geeigneten Einrichtungen ausserhalb ihres Wohnkantons ohne Erschwernisse ermöglicht. Ihr kommt rechtsetzender Charakter zu.

Zweck der IVSE ist es, dass soziale Einrichtungen Kindern, Jugendlichen und Erwachsenen mit Wohnsitz in einem anderen Kanton offenstehen, dass die Kostenübernahme zwischen den Kantonen auf Grundlage einheitlicher Berechnungsmethoden gesichert ist und dass eine enge interkantonale Zusammenarbeit im Bereich der sozialen Einrichtungen ermöglicht wird.

Die IVSE regelt nur das interkantonale Verhältnis, innerkantonale müssen die Kantone selbst dafür besorgt sein, dass die gesetzlichen Grundlagen für die Anwendung der IVSE vorhanden sind. Es ist Sache des Standortkantons, die Heime zu bestimmen, die er der IVSE unterstellen will.

Ist eine Einrichtung nicht der IVSE unterstellt oder liegt kein interkantonaler Fall vor, richtet sich die Zuständigkeit und Kostentragung nach kantonalem Recht und ggf. nach dem ZUG.

Der IVSE sind alle Kantone beigetreten.

7 Der Institutionstyp Bereich A

7.1 Begriff

Art. 2 Abs. 1 IVSE sieht vier Institutionstypen vor und die Kantone können einzelnen, mehreren oder allen Bereichen beitreten:

A Stationäre Einrichtungen, die gestützt auf eidgenössisches oder kantonales Recht Personen bis zum vollendeten 20. Altersjahr, längstens jedoch bis nach Abschluss der Erstausbildung beherbergen, sofern sie vor Erreichen der Volljährigkeit in eine Einrichtung eingetreten oder dort untergebracht worden sind. Im Fall von Massnahmen gemäss dem Bundesgesetz über das Jugendstrafrecht liegt die Altersgrenze unabhängig vom Eintrittsalter beim vollendeten 22. Altersjahr.

B Einrichtungen für erwachsene, invalide Personen oder Einheiten solcher Einrichtungen gemäss dem Bundesgesetz über die Institutionen zur Förderung der Eingliederung von invaliden Personen (IFEG): (a. - c.)

C Stationäre Therapie- und Rehabilitationsangebote im Suchtbereich.

D Einrichtungen der externen Sonderschulung: (a. - c.)

Dem Bereich A der IVSE sind fälle Kantone beigetreten.⁵⁸

⁵⁸ Vgl. Anhang 3 IVSE.

Der Bereich A wird im Kommentar zur Interkantonalen Vereinbarung für soziale Einrichtungen (IVSE) folgendermassen umschrieben:

„Bereich A umfasst die Kinder- und Jugendheime ohne die externen Sonderschulen und Institutionen der Sucht-Therapie und -Rehabilitation. Stationäre Einrichtungen der Sonderschulung mit eigener Schule sind unter A oder D, reine Sonderschulexternate, also Sonderschulen ohne stationäres Angebot, jedoch nur unter D aufzuführen. Unter Buchstabe a. figurieren stationäre Einrichtungen gemäss Abschnitt 4 „Heimpflege“ der eidgenössischen Verordnung über die Aufnahme von Pflegekindern.

Die Massnahme kann auch über das vollendete 18. Altersjahr hinaus (Erreichen der Volljährigkeit) bis zum 20. Altersjahr gelten. Für die Sonderschulung sieht der neue Artikel 62 in der Bundesverfassung eine Dauer bis längstens zum vollendeten 20. Altersjahr vor. (...)

Für Massnahmen gemäss dem Bundesgesetz über das Jugendstrafrecht liegt die Altersgrenze unabhängig vom Eintrittsalter beim vollendeten 22. Altersjahr. Die Altersgrenze wurde dem am 1.1.2007 in Kraft getretenen Jugendstrafrecht angepasst.⁵⁹

7.2 Volljährige im Besonderen

Der Bereich A erfasst auch junge Erwachsene bis über das vollendete 20. Altersjahr hinaus. Zu Unklarheiten führt aber eine zweideutige Passage im Kommentar, was die über 20-jährigen Personen betrifft: „(...) *Wie bis anhin kann es in der Jugendhilfe Einzelfälle geben, wo die Massnahme sogar über das vollendete 20. Altersjahr hinaus andauert. Der/die Jugendliche muss vor Beginn der Volljährigkeit eingetreten oder untergebracht worden sein. Im Einvernehmen zwischen den beiden betroffenen Kantonen soll es weiterhin möglich sein, eine Massnahme auch in diesem Fall zu Ende zu führen*“.⁶⁰

Es kann einerseits auf die Absicht geschlossen werden, dass der Wohnkanton bis zum Abschluss der Erstausbildung zuständig sein soll, andererseits weist ein einvernehmliches Vorgehen auf eine Kann-Formulierung und einen Aushandlungsspielraum hin. Im Zusammenhang mit Regeln der Finanzierungszuständigkeit, sind unklare und interpretationsbedürftige Regeln und Kommentierungen zu vermeiden. Geht es um die Finanzierungszuständigkeit, wird nicht selten die für sich günstige Auslegungsvariante gewählt.

⁵⁹ Kommentar IVSE, S. 4. Was das Jugendstrafrecht anbelangt, empfiehlt der Vorstand den Vereinbarungskantonen mit Beschluss vom 27. Januar 2017, die Leistungsabgeltung bis zum vollendeten 25. Altersjahr zu garantieren. Die in Artikel 19 Absatz 2 des Bundesgesetzes über das Jugendstrafrecht vom 20. Juni 2003 festgelegte Altersobergrenze für die Beendigung angeordneter Massnahmen wurde per 1. Juli 2016 von 22 auf 25 Jahre angehoben.

⁶⁰ Kommentar IVSE, S. 4.

ZGB	IVSE	
Minderjährig		
Volljährig	Bis zum vollendeten 20. Altersjahr	
		Über das 20.vollendete Altersjahr bis nach Abschluss der Erstausbildung, sofern die Person vor Erreichen der Volljährigkeit in eine Einrichtung eingetreten oder dort untergebracht worden ist.

Zusätzliche Praxisprobleme können sich ergeben, da junge Erwachsene ab Volljährigkeit einen neuen Wohnsitz am Ort der Einrichtung begründen können. Das ist dann der Fall, wenn der dortige Aufenthalt nicht nur dem Sonderzweck dient.⁶¹ In dieser Konstellation fällt der Wohnkanton mit dem Standortkanton zusammen, was zu einer Belastung des Standortkantons führt. Dieses Resultat ergibt sich aus der Anknüpfung an den zivilrechtlichen Wohnsitz.⁶²

Im ZUG ist diese Konstellation nicht möglich, gestützt auf Art. 5 und 9 Abs. 3 ZUG beendet ein Heimeintritt einen bisherigen Unterstützungswohnsitz in der Regel nicht.⁶³

8 Der Begriff Wohnkanton

Art. 4 IVSE definiert verschiedene Begriffe. Für den vorliegenden Kontext ist der Begriff des Wohnkantons wesentlich.

Art. 4 lit. d IVSE

Der Wohnkanton ist derjenige Kanton, in dem die Person, welche die Leistungen beansprucht, ihren zivilrechtlichen Wohnsitz hat.

Dem Kommentar zur Interkantonalen Vereinbarung für soziale Einrichtungen (IVSE) ist dazu Folgendes zu entnehmen:

„Wesentlich ist hier, dass die IVSE wie schon die IHV auf dem Begriff des zivilrechtlichen Wohnsitzes beruht. Leistungsschuldner ist der zivilrechtliche Wohnkanton. Es handelt sich um den in der Schweiz üblichen Wohnsitzbegriff.“

Für den Bereich A kann in bestimmten Fällen der zivilrechtliche Wohnsitz, welcher die Grundlage für die IVSE bildet, vom unterstützungsrechtlichen Wohnsitz abweichen. So bleibt der Unterstützungswohnsitz nach Art 7 Abs. 3 Buchstabe c. ZUG, in jener Gemeinde, in der das unmündige Kind unmittelbar vor der

⁶¹ Vgl. dazu Kapitel 4.1.2.

⁶² Inzwischen sind mir Fälle bekannt, wo IVSE-Verbindungsstellen aus oben genannten Erläuterungen sich ab Volljährigkeit nicht mehr als zuständig erklären, die Standortgemeinden ihrerseits die Zuständigkeit aber auch ablehnen.

⁶³ Vgl. dazu Kapitel 11.2.2.

*Fremdplatzierung gemeinsam mit den Eltern oder einem Elternteil gelebt hat. Am 1. 1. 1988 wurde das ZGB revidiert und Art. 25 wie folgt redigiert: "1 Als Wohnsitz des Kindes unter elterlicher Gewalt 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." Für die „übrigen Fälle“ würde dies bedeuten, dass der Standortkanton die Kosten trägt, was nicht Sinn und Geist der IVSE entspricht. Es dürfte sich jedoch um eine so kleine Anzahl Fälle handeln, dass sich die Schaffung eines Ausnahmetatbestandes nicht rechtfertigt. Im Rahmen der Revision des Scheidungsrechtes können seit dem 1. Januar 2000 nicht verheiratete oder geschiedene Eltern unter bestimmten Voraussetzungen gemeinsam die elterliche Sorge ausüben. Damit werden verschiedene Lösungen in Bezug auf den zivilrechtlichen Wohnsitz möglich. Die Praxis wird zeigen, ob hier gewisse Probleme für die IVSE entstehen können.*⁶⁴

Die Konferenz der kantonalen Sozialdirektorinnen und Sozialdirektoren hat auf die Schaffung eines Ausnahme-Tatbestandes verzichtet, obwohl ihr bewusst war, dass Kinder auch im Standortkanton zivilrechtlichen Wohnsitz haben können.⁶⁵ Es wurde in Kauf genommen, dass die Standortkantone belastet werden können, obwohl das nicht dem Sinn und Geist der IVSE entspricht. Allerdings wurde das als marginal eingestuft.

In der Praxis wird mitunter Art. 4 Buchstabe d IVSE als lückenhaft bezeichnet. Die Anknüpfung an den zivilrechtlichen Wohnsitz, zumindest dort, wo der Wohnsitz am Aufenthaltsort begründet wird, ist als planwidrige Unvollständigkeit der Vereinbarung zu verstehen; sie darf durch die rechtsanwendende Behörde behoben werden. Begründet wird dies mit den Zielsetzungen des Regelwerks, die eine Standortbelastung vermeiden und ausserkantonalen Nutzern und Nutzerinnen eine Angebots offenheit ermöglichen wollen. Die Lückenfüllung wurde im Vermittlungsgesuch, das bei der Interkantonale Vertragskommission (IVK) hängig ist, beantragt, sollte im zu beurteilenden Fall eine Wohnsitzbegründung am Standortkanton angenommen werden.⁶⁶

Die Regelung in Art. 4 IVSE erscheint weder unvollständig noch ergänzungsbedürftig, auch wenn sie der zugrundeliegenden Zielsetzung, dass Standortkantone nicht belastet werden sollen, in Einzelfällen nicht nachkommt. Einzelfallabweichungen wurden in Kauf genommen. Das IVSE-Gremium hat diesen sachlichen Mangel in einer Regelwerk-Revision zu beheben, was der Kommentartext auch zu verstehen gibt. Vorbehalten hat sich die Konferenz der kantonalen Sozialdirektorinnen und Sozialdirektoren ausdrücklich, zu einem späteren Zeitpunkt das Regelwerk allenfalls anzupassen, anders kann die Aussage: „Die Praxis wird zeigen, ob hier gewisse Probleme für die IVSE entstehen können“ nicht interpretiert werden. Über die Problematik des zivilrechtlichen Wohnsitzes am Aufenthaltsort wurde im Gremium diskutiert. Im Zusammenhang mit Art. 5 Abs. 2 IVSE hat sich das Gremium auch nochmals mit der Bedeutung des zivilrechtlichen Wohnsitzes beschäftigt: „Wie für den Besuch der Regelschule gilt auch bei der externen Sonderschulung das Aufenthaltsprinzip. (...) Hingegen gilt für den Aufenthalt und Schulbesuch in stationären Einrichtungen mit eigener Schule (Schulheime) der generelle IVSE-Grundsatz des zivilrechtlichen Wohnsitzes gemäss Artikel 4. Die Zuständigkeit für Aufenthalt, Betreuung und Schulbesuch in der eigenen, internen

⁶⁴ Kommentar IVSE, S. 6.

⁶⁵ Vgl. dazu auch ANDERER, 208.

⁶⁶ Vgl. dazu vorne Kapitel 2.2 und 2.4.

*Schule richtet sich danach, unabhängig davon, ob zum Beispiel eine Sonderschuleinrichtung mit stationärem Angebot und eigener Schule den Bereichen A und D oder nur dem Bereich A unterstellt ist.*⁶⁷

Die Anknüpfung an den zivilrechtlichen Wohnsitz ist nach der hier vertretenen Auffassung klar vorgegeben.

9 Leistungsabgeltung, Beitrag der Unterhaltspflichtigen und die Finanzierung in den Kantonen

Parallel zur Studie wurde eine Umfrage bei den IVSE-Stellen durchgeführt. Abgefragt wurde u.a., wer die Leistungsabgeltung im Kanton finanziert. Ebenso wurde die Praxis zum Umfang und zur Erhebung des Beitrags der Unterhaltspflichtigen erfragt.

Nach Art. 19 Abs. 2 IVSE schulden die zahlungspflichtigen Stellen und Personen des Wohnkantons der Einrichtung des Standortkantons die Leistungsabgeltung für die Leistungsdauer. Bei der zahlungspflichtigen Stelle handelt es sich um diejenige Stelle, welche die Kostengutsprache geleistet hat, also die Verbindungsstelle des Wohnkantons. Sie kann jedoch andere Stellen bezeichnen, welche an ihrer Stelle zahlungspflichtig sind.⁶⁸

Wie die Resultate der Umfrage „Finanzierung von ausserkantonalen Platzierungen in IVSE-Einrichtungen des Bereichs A“ zeigen (Frage A 1 Finanzierung der Leistungsabgeltung), haben alle Kantone zuständige Stellen bezeichnet, das Resultat ist heterogen:

- Der zivilrechtliche Wohnsitz des Kindes
- Der Unterstützungswohnsitz des Kindes
- Der Kanton
- Kanton und Gemeinde des zivilrechtlichen Wohnsitzes des Kindes anteilmässig
- Weitere Mischformen

Art. 22 IVSE legt die Beiträge der Unterhaltspflichtigen fest:

¹ Die Höhe der Beiträge der Unterhaltspflichtigen im Rahmen der IVSE entspricht den mittleren Tagesaufwendungen für Kost und Logis für eine Person in einfachen Verhältnissen.

² Von Unterhaltspflichtigen nicht geleistete Beiträge können der Sozialhilfe belastet werden.

Im Kommentar zur IVSE ist Folgendes dazu ausgeführt: *„Die Leistungsabgeltung setzt sich aus einem Subventionsteil und dem Beitrag der Unterhaltspflichtigen (BU) zusammen. Der BU, und nur dieser, kann im Fall von Zahlungsunfähigkeit von der Sozialhilfe übernommen werden.*

Die kantonale Tarifoheit soll nach Möglichkeit respektiert werden. Im Rahmen des interkantonalen Austausches ist die Festlegung eines Betrages innerhalb einer bestimmten Bandbreite jedoch unerlässlich, weil gemäss Absatz 2 nicht geleistete BU der Sozialhilfe belastet werden können. Wenn dies nicht wäre,

⁶⁷ Kommentar IVSE, S. 7 f.

⁶⁸ 2. Interpretationshilfe der SKV IVSE vom 9. September 2011: Bezahlungsprobleme beim Inkasso (Art. 25 IVSE), abrufbar auf: <http://www.ivse.ch> > Regelwerk der IVSE > 5. Interpretationshilfen der SKV IVSE.

könnte die Vereinbarung durch sehr hohe BU ausgehöhlt und die Idee der IVSE, einander Beiträge zu vergüten, die Subventions- und nicht Fürsorgecharakter haben, würde verlassen. Fürsorgeleistungen unterliegen bekanntlich sowohl der Rückerstattungspflicht, wie auch der Verwandtenunterstützung. Zudem können die Beträge gegebenenfalls vom Wohnkanton beim Heimatkanton zurückgefordert werden.

Die Konferenz der Regierungsvertreter/Innen der IHV hatte vor Jahren eine Empfehlung erlassen, die einen Betrag von Fr. 25 pro Tag als BU festsetzte. Diese Empfehlung wurde allgemein eingehalten, wenn auch immer wieder kritische Stimmen ertönten. Vor allem wurde der statische Charakter einer festen Zahl bemängelt.

Die IVSE hat sich für eine funktionale und damit dynamische Definition entschieden. Die Höhe des BU entspricht einer mittleren Tagesaufwendung für eine Person in einfachen Verhältnissen und liegt damit zwischen Fr. 25 und Fr. 30.⁶⁹



Die Resultate der Umfrage „Finanzierung von ausserkantonalen Platzierungen in IVSE-Einrichtungen des Bereichs A“ (Frage B Elternbeiträge) zeigen auf, dass einige Kantone einkommensabhängige BU erheben.

Weder der Subventionsanteil der Leistungsabgeltung noch ein BU von über Fr. 30 pro Tag kann dem Unterstützungswohnsitz anfallen, diese Kosten hat der Wohnkanton zu tragen; nur für den in der IVSE definierten BU von Fr. 25 bis Fr. 30 pro Tag und den Nebenkosten ist das möglich.

Ob die IVSE nur als Verrechnungseinheit angedacht war, kann vorliegend mangels Kenntnis der Entstehungsgeschichte der IHV und IVSE nicht beurteilt werden. Die Formulierung, dass es sich um einen Subventionsanteil handelt, lässt eher auf eine staatliche Leistung schliessen die keinen grössere Belastung der Eltern als den BU und die Nebenkosten beabsichtigt.

Sollte es die Absicht gewesen sein, Eltern finanziell in die Pflicht zu nehmen, stellt sich die Frage, warum ein BU nicht einkommensabhängig ausgestaltet wurde.

Die Kantone handhaben die innerkantonale Kostentragung unterschiedlich und die Interpretation, wie mit der Leistungsabgeltung und dem BU umzugehen ist, fällt unterschiedlich aus.

⁶⁹ Kommentar IVSE, S. 13.

Wird ein einkommensabhängiger BU erhoben oder ist die Leistungsabgeltung durch die Eltern zu tragen führt das zu folgendem Resultat:

IVSE-Fall

Unterstützungswohnsitz im Wohnkanton	→	Kosten fallen den Eltern bzw. dem USW an
Unterstützungswohnsitz in anderem Kanton	→	Eltern tragen den BU plus Nebenkosten, die Restkosten der Kanton

Auftrag 2: Ausnahme-Tatbestand für den Bereich A in der IVSE

D. Prüfung eines Ausnahme-Tatbestands in ähnlicher Weise wie für den IVSE-Bereich B

10 Der Ausnahme-Tatbestand im IVSE-Bereich B

Artikel 2 Abs. 1 IVSE definiert den Bereich B folgendermassen:

Artikel 2 Abs. 1 IVSE

B Einrichtungen für erwachsene, invalide Personen oder Einheiten solcher Einrichtungen gemäss dem Bundesgesetz über die Institutionen zur Förderung der Eingliederung von invaliden Personen (IFEG):

- a) Werkstätten, die dauernd intern oder an dezentral ausgelagerten Arbeitsplätzen invalide Personen beschäftigen, die unter üblichen Bedingungen keine Erwerbstätigkeit ausüben können;
- b) Wohnheime und andere betreute kollektive Wohnformen für invalide Personen;
- c) Tagesstätten, in denen invalide Personen Gemeinschaft pflegen und an Freizeit- und Beschäftigungsprogrammen teilnehmen können.

Einheiten von Einrichtungen, welche die gleichen Leistungen wie die Einrichtungen gemäss Buchstaben a) bis c) erfüllen, sind gleichgestellt.

Gemäss Art. 19 IVSE leistet der Wohnkanton der Einrichtung des Standortkantons die Kostenübernahmegarantie. Art. 4 IVSE definiert die Begriffe Wohnkanton und Standortkanton: Wohnkanton ist derjenige Kanton, wo die Person, welche die Leistungen beansprucht, ihren zivilrechtlichen Wohnsitz hat; Standortkanton ist der Kanton, wo die Einrichtung ihren Standort hat.

Dem Bereich B sind alle Kantone beigetreten.

Art. 5 Abs. 1 IVSE regelt eine besondere Zuständigkeit bei nachträglicher Wohnsitznahme und Aufenthalt:

Art. 5 Abs. 1 IVSE

Der Aufenthalt in einer Einrichtung gemäss Art. 2 Absatz 1 Bereich B lit. b bewirkt keine Änderung der bisherigen Zuständigkeit für das Leisten der Kostenübernahmegarantie.

Dem Kommentar zur IVSE zu Art. 5 Abs. 1 IVSE ist dazu Folgendes zu entnehmen:

„Bei spezialisierten Einrichtungen für erwachsene Personen mit einer Behinderung, kommt es vor, dass Personen aus andern Kantonen in der Einrichtung wohnen und beabsichtigen, dort auch dauernd zu verbleiben. Sie können, sofern sie handlungsfähig sind, in der Regel auch ihre Schriften in der entsprechenden Gemeinde deponieren.

Die IVSE will den Kantonen mit einer solchen Einrichtung einen Schutz vor zu grossen Aufwändungen bieten. Deshalb soll der bisherige Wohnkanton weiterhin für das Leisten der Kostenübernahmegarantie zuständig sein. In diesem Absatz wurde weitgehend die Formulierung aus dem neuen Bundesgesetz über die Ergänzungsleistungen ELG aufgenommen. Damit ist die Zuständigkeit gemäss ELG und IVSE gleichartig geregelt. Das war bis zum 31.12.2007 nicht der Fall.

*Für die betroffene Person hat dies keine Auswirkungen. Sie kann in der neuen Gemeinde ohne weiteres Wohnsitz nehmen.*⁷⁰

Konkret bedeutet das, dass im Bereich B lit. b (Wohnheime und kollektive Wohnformen für invalide Personen) auf den Zeitpunkt des Heimeintritts abgestellt wird und ein späterer Wohnsitzwechsel keinen Einfluss auf die Leistungsabgeltung hat. Zuständig ist der Wohnkanton, in dem die Person ihren zivilrechtlichen Wohnsitz unmittelbar vor dem Eintritt hatte.

In Einzelfällen kann es im Bereich B allerdings zu einer Anknüpfung an den Standortkanton kommen, dann nämlich, wenn gemäss Art. 24 Abs. 2 ZGB kein früher begründeter Wohnsitz nachweisbar ist oder ein im Ausland begründeter Wohnsitz aufgegeben wurde, ohne dass man in der Schweiz einen neuen begründet hätte; in diesen Fällen gilt der Aufenthaltsort als zivilrechtlicher Wohnsitz.

11 Exkurs: Der Unterstützungswohnsitz nach ZUG

11.1 Vorbemerkungen

Das ZUG bestimmt, welcher Kanton für die Unterstützung eines Bedürftigen, der sich in der Schweiz aufhält, **zuständig** ist und regelt den Ersatz von Unterstützungskosten unter den Kantonen. Die **Ausrichtung** der Unterstützung richtet sich nach kantonalem Recht.

Der Unterstützungswohnsitz bezeichnet jenen Kanton, dem die Unterstützung obliegt.

Das ZUG verfolgt das Ziel, eine Standortbelastung weitgehend auszuschliessen. Eine Übereinstimmung des Unterstützungswohnsitzes mit demjenigen des zivilrechtlichen Wohnsitzes wurde bei der Ausarbeitung des Gesetzes mehrmals und eingehend geprüft; aufgrund der unterschiedlichen Zweckausrichtung der beiden Gesetze wurde das aber verworfen. Zur Entstehungsgeschichte der IVSE fehlen Angaben darüber, warum der zivilrechtliche Wohnsitz als Wohnkanton bezeichnet wurde, und ob eine Auseinandersetzung mit der Entstehungsgeschichte des ZUG stattfand.

Nachfolgend werden die Bestimmungen für Minderjährige und Erwachsene soweit erläutert, als nötig scheint, damit der Vergleich mit der aktuellen IVSE Regelung nachvollziehbar wird.

11.2 Der Unterstützungswohnsitz von Erwachsenen

11.2.1 Im Allgemeinen

Art. 4 ZUG legt den Unterstützungswohnsitz Erwachsener fest.

Art. 4 ZUG

¹ Der Bedürftige hat seinen Wohnsitz nach diesem Gesetz (Unterstützungswohnsitz) in dem Kanton, in dem er sich mit der Absicht dauernden Verbleibens aufhält. Dieser Kanton wird als Wohnkanton bezeichnet.

² Die polizeiliche Anmeldung, für Ausländer die Ausstellung einer Anwesenheitsbewilligung, gilt als Wohnsitzbegründung, wenn nicht nachgewiesen ist, dass der Aufenthalt schon früher oder erst später begonnen hat oder nur vorübergehender Natur ist.

⁷⁰ Kommentar IVSE, S. 7.

Der Wohnsitzbegriff von Art. 4 ZUG ist weitgehend dem zivilrechtlichen Wohnsitzbegriff (Art. 23 ZGB) angeglichen.⁷¹ Aus diesem Grunde kann für die Beurteilung der Frage, ob ein Unterstützungswohnsitz begründet worden sei, grundsätzlich auf die entsprechende Lehre und Rechtsprechung zum zivilrechtlichen Wohnsitzbegriff abgestellt werden.

Es ist möglich, keinen Unterstützungswohnsitz zu haben, nämlich dann, wenn man aus dem Wohnkanton weggezogen ist, ohne an einem anderen Ort einen neuen Wohnsitz zu begründen. In diesem Fall ist der Aufenthaltskanton der Unterstützungswohnsitz.

Art. 9 Abs. 1 ZUG

Wer aus dem Wohnkanton wegzieht, verliert den bisherigen Unterstützungswohnsitz.

Art. 11 ZUG

¹ Als Aufenthalt nach diesem Gesetz gilt die tatsächliche Anwesenheit in einem Kanton; dieser wird als Aufenthaltskanton bezeichnet.

² Ist eine offensichtlich hilfsbedürftige, insbesondere eine erkrankte oder verunfallte Person auf ärztliche oder behördliche Anordnung in einen andern Kanton verbracht worden, so gilt der Kanton als Aufenthaltskanton, von dem aus die Zuweisung erfolgte.

11.2.2 Der Unterstützungswohnsitz am Heimstandort

Art. 5 und 9 Abs. 3 ZUG lassen eine Begründung des Unterstützungswohnsitzes am Standort einer Einrichtung in der Regel nicht zu.

Art. 5 ZUG

Der Aufenthalt in einem Heim, einem Spital oder einer anderen Einrichtung und die behördliche Unterbringung einer volljährigen Person in Familienpflege begründen keinen Unterstützungswohnsitz.

Art. 9 Abs. 3 ZUG

³ Der Eintritt in ein Heim, ein Spital oder in eine andere Einrichtung sowie die behördliche Unterbringung einer volljährigen Person in Familienpflege beenden einen bestehenden Unterstützungswohnsitz nicht.

Verbleibt die inzwischen volljährige Person in der Institution oder Pflegefamilie, weil sie weiterhin die entsprechende Betreuung benötigt, so ändert sich der Charakter des Aufenthaltes nicht. Es ist weiterhin von einer behördlichen Unterbringung auszugehen und der bisherige eigene Unterstützungswohnsitz, den sie als Minderjährige hatte, wird, gemäss Art. 9 Abs. 3 ZUG, nicht beendet.

Verbleibt nun der Volljährige in der Pflegefamilie ist aber sein Verbleib an keine Notwendigkeit mehr gebunden, so kann, falls damit der Lebensmittelpunkt gegeben ist, auch der Unterstützungswohnsitz an den Ort der Pflegeeltern wechseln.⁷²

⁷¹ Vgl. BBI 1976 1193, 1203; ZöF 1982 S. 44.

⁷² THOMET, N 112.

Art. 5 und 9 Abs. 3 ZUG verfolgen das Ziel, Standortgemeinden vor finanziellen Belastungen zu verschonen.⁷³

11.3 Der Unterstützungswohnsitz von Minderjährigen

11.3.1 Im Allgemeinen

Art. 7 ZUG regelt den Unterstützungswohnsitz minderjähriger Kinder.

Art. 7 ZUG

¹ Das minderjährige Kind teilt, unabhängig von seinem Aufenthaltsort, den Unterstützungswohnsitz der Eltern.

² Haben die Eltern keinen gemeinsamen zivilrechtlichen Wohnsitz, so hat das minderjährige Kind einen eigenständigen Unterstützungswohnsitz am Wohnsitz des Elternteils, bei dem es überwiegend wohnt.

³ Es hat eigenen Unterstützungswohnsitz:

- a. am Sitz der Kindesschutzbehörde, unter deren Vormundschaft es steht;
- b. am Ort nach Artikel 4, wenn es erwerbstätig und in der Lage ist, für seinen Lebensunterhalt selber aufzukommen;
- c. am letzten Unterstützungswohnsitz nach den Absätzen 1 und 2, wenn es dauernd nicht bei den Eltern oder einem Elternteil wohnt;
- d. an seinem Aufenthaltsort in den übrigen Fällen.

11.3.2 Der eigene Unterstützungswohnsitz nach Art. 7 Abs. 3 lit. a. ZUG

Das bevormundete Kind hat einen eigenen Unterstützungswohnsitz am Sitz der KESB, unter deren Vormundschaft es steht.⁷⁴ Wird die Vormundschaft zur Weiterführung an einen anderen Kanton übertragen, so gilt dieser als Unterstützungswohnsitz. Das kann einen Heimstandort betreffen. Wird die Vormundschaft aufgehoben, so fällt der von der KESB abgeleitete Unterstützungswohnsitz dahin. Das dauernd in einer Einrichtung lebende Kind erhält damit einen neuen Unterstützungswohnsitz und dieser Wechsel erfolgt nach Massgabe von Art. 7 Abs. 3 lit. c. ZUG.

Wird das Kind volljährig, fällt der von der KESB abgeleitete Unterstützungswohnsitz dahin und es hat einen eigenen Unterstützungswohnsitz nach Art. 4 ZUG.⁷⁵

11.3.3 Der eigene Unterstützungswohnsitz nach Art. 7 Abs. 3 lit. b. ZUG

Ist das Kind erwerbstätig und in der Lage, für seinen Lebensunterhalt selber aufzukommen, hat es einen eigenen Unterstützungswohnsitz nach Art. 4 ZUG. Nicht unter diese Bestimmung fallen Lehrlinge, auch wenn

⁷³ THOMET, N 109; Am Standortkanton kann es über die Aufenthaltszuständigkeit bei fehlenden Unterstützungswohnsitz und Eintritt in eine Einrichtung zu finanziellen Belastungen führen, da per 7.4.2017 keine Rückverrechnung an den Heimatkanton mehr möglich ist.

⁷⁴ Im Dezember 2015 wurden schweizweit 1476 Vormundschaften nach Art. 327a ZGB gezählt. Im gleichen Jahr wurden in 187 Fällen den Eltern die elterliche Sorge entzogen, 11 Fälle davon infolge Einwilligung in eine Adoption, aus: KOKES-Statistik 2015, Anzahl Kinder mit Schutzmassnahmen per 31.12.2015, abrufbar auf www.kokes.ch > Dokumentation > Statistik.

⁷⁵ Vgl. auch Kapitel 11.2.

sie ihren Lebensunterhalt finanzieren können, sowie minderjährige Invalide, die in einer Werkstätte arbeiten und einen Erwerb erzielen.⁷⁶

11.3.4 Der eigene Unterstützungswohnsitz nach Art. 7 Abs. 3 lit. c ZUG

11.3.4.1 Gesetzesrevision vom 14. Dez. 1990, in Kraft seit dem 1. Juli 1992

Der bisherige Gesetzestext hat immer wieder zu Unsicherheiten in der Bestimmung des Unterstützungswohnsitzes und zu Zuständigkeitskonflikten geführt, weshalb nach einer klaren Regelung im ZUG gesucht wurde. Ziel der Gesetzesrevision war es, Minderjährigen einen klar bestimmbareren Unterstützungswohnsitz zuzuweisen, der sich möglichst nicht am Aufenthaltsort befindet. Eine finanzielle Belastung der Standortgemeinden soll weitmöglichst vermieden werden. Mit der Schaffung von Art. 7 Abs. 3 lit. c ZUG wurde dieses Bestreben umgesetzt.

11.3.4.2 Der eigene Unterstützungswohnsitz

Das unter elterliche Sorge stehende, wirtschaftlich unselbstständige und dauernd nicht bei den Eltern oder einem Elternteil lebende Kind, hat am letzten Unterstützungswohnsitz seinen eigenen Unterstützungswohnsitz: Fremdplatzierte Kinder haben ihren Unterstützungswohnsitz dort, wo sie unmittelbar vor der Fremdplatzierung gemeinsam mit den Eltern oder einem Elternteil gelebt haben; angeknüpft wird an den letzten von den Eltern oder einem Elternteil abgeleiteten Wohnsitz.⁷⁷ Dieser Unterstützungswohnsitz bleibt künftig für die gesamte Dauer der Fremdplatzierung bestehen, auch wenn die Eltern oder der sorgeberechtigte Elternteil den Wohnsitz wechseln.⁷⁸

11.3.4.3 Die dauerhafte Fremdplatzierung

Von Dauerhaftigkeit kann ausgegangen werden, wenn das Kind auf unbestimmte Zeit oder für mehr als 6 Monate platziert wird. Kurze Unterbrechungen heben die Dauerhaftigkeit nicht auf, z.B. wenn das Kind im Rahmen einer Umplatzierung vorübergehend bei den Eltern lebt, bis eine neue Einrichtung gefunden oder ein Platz dort frei wurde. Massgebend ist, ob die Unterbrechung begrenzt erfolgt.⁷⁹

Allerdings ist auch der Zweck der Platzierung zu beachten. Ferien-, Spital- oder Kuraufenthalte sowie Abklärungsaufenthalte gelten als vorübergehende Platzierungen.⁸⁰ Auch Schulaufenthalte können als vorübergehend qualifiziert werden, z.B. der Aufenthalt in einem Wocheninternat. Als vorübergehend gilt auch der Sonderschulaufenthalt, wenn das Kind eine enge Beziehung zu den Eltern hat und wenn dabei Aussicht auf eine spätere Rückkehr nach Hause besteht.⁸¹

⁷⁶ THOMET, N 124.

⁷⁷ THOMET, N 125 ff.

⁷⁸ BGE 139 V 433, 436 f. E. 3.2.2; THOMET, N 127.

⁷⁹ THOMET, N 132; Anderer 228 f.

⁸⁰ Illustrativ zu einer vorläufigen Unterbringung, Bundesgerichtsentscheid 8C_701/2013 vom 14. März 2014.

⁸¹ M.w.H. THOMET N. 132.

11.3.5 Der eigene Unterstüztungswohnsitz nach Art. 7 Abs. 3 lit. d ZUG

In Art. 7 Abs. 3 lit. d ZUG geht es um einen Auffang-Tabestand. Als Unterstüztungswohnsitz gilt mangels anderweitiger Ableitung der Aufenthaltsort. Ein eigener Unterstüztungswohnsitz am Aufenthaltsort soll nur dann bestehen, wenn kein "letzter gemeinsamer Wohnsitz" mit den Eltern oder einem Elternteil auszumachen ist.⁸²

Diese Fälle kommen in der Praxis selten vor, hauptsächlich dann, wenn der Aufenthaltsort der Eltern unbekannt ist oder das Kind von den im Ausland lebenden Eltern in einer Einrichtung in der Schweiz platziert wird.

Unklar ist in der Praxis, ob ein Unterstüztungswohnsitz nach Art. 7 Abs. 3 lit. d ZUG sich mit jedem Aufenthaltswechsel ändert oder ob er, in Analogie zu Art. 5 und 9 Abs. 3 ZUG, bestehen bleibt.

11.3.6 Zusammenfassung

Die Regelung des Art. 7 Abs. 3 lit. c ZUG entspricht weitgehend dem Bedürfnis, Heimstandorte nicht mit Unterstüztungskosten zu belasten. Nur in den Fällen einer Vormundschaft, der wirtschaftlichen Selbstständigkeit des minderjährigen Kindes oder des Auffang-Tatbestandes wird ein Standortkanton zu einem eigenen Unterstüztungswohnsitz des minderjährigen Kindes.

Auch die Art. 5 und 9 Abs. 3 ZUG dienen der Absicht, zu vermeiden, dass Heimstandorte zum Unterstüztungswohnsitz werden.

Für die Schaffung eines Ausnahme-Tatbestandes im Bereich A ist somit ein Vergleich mit dem ZUG nützlich.

Übersicht Vergleich Art. 7 ZUG und IVSE

		Zuständigkeiten	
Art. 7 Abs. 3 lit a. ZUG Am Sitz der Kindesschutzbehörde, unter deren Vormundschaft es steht.	ZUG	am Sitz der KESB	
	IVSE	Wohnkanton: am Sitz der KESB oder Innerkantonaler Fall, wenn KESB im Standortkanton die Massnahme übernimmt	
Art. 7 Abs. 3 lit c. ZUG Am letzten Unterstüztungswohnsitz (am Wohnsitz der Eltern bzw. des Elternteils, bei dem das Kind überwiegend gewohnt hat), wenn es dauernd nicht bei den Eltern oder einem Elternteil wohnt.	ZUG	Die Zuständigkeit bleibt für die ganze Dauer der Platzierung am Unterstüztungswohnsitz	
	IVSE	Jeweiliger zivilrechtlicher Wohnsitz, abgeleitet oder subsidiär am Aufenthaltsort	
Art. 7 Abs. 3 lit. d. ZUG Auffang-Tatbestand: An seinem Aufenthaltsort in den übrigen Fällen.	ZUG	Aufenthaltsort	
	IVSE	Aufenthaltsort nach ZGB (Auslegung umstritten)	

⁸² BGE 139 V 433, 436 f. E. 3.2.2; THOMET, N 132 und 135.

12 Bedeutung der Standortbelastung

Verlegt eine platzierte minderjährige Person ihren zivilrechtlichen Wohnsitz gestützt auf Art. 25 Abs. 1 letzter Teilsatz an den Aufenthaltsort, führt das dazu, dass der IVSE-Fall zu einem innerkantonalen Fall wird und aus dem Anwendungsbereich der IVSE herausfällt. Die Finanzierung richtet sich künftig nach kantonalem Recht. In Kantonen, wo die Platzierungskosten über die Sozialhilfe finanziert werden, hat das zur Folge, dass sie dem Unterstützungswohnsitz nach Art. 7 ZUG anfallen. In den meisten Fällen ist das der Kanton, wo das Kind unmittelbar vor der Platzierung bei den Eltern oder einem Elternteil lebte. Der Standortkanton wird in diesen Fällen finanziell nicht belastet.

Ausgangslage	Aktuelle IVSE-Regelung	ZUG
Die Eltern von Lea haben die gemeinsame elterliche Sorge inne. Der Vater wohnt im Kanton Obwalden, die Mutter wohnt im Kanton Nidwalden. Lea lebt in einer IVSE-Einrichtung im Kanton BL. Lea lebte vor der Platzierung bei der Mutter, der Vater übt das Besuchsrecht an den Wochenenden und in den Ferien aus.	ZW: BL am Aufenthaltsort	Art. 7 Abs. 3 lit. c. NW (Ableitung nach Art. 7 Abs. 1 oder 2 ZUG: Unterstützungswohnsitz der Eltern oder am Wohnsitz des Elternteils, bei dem Lea überwiegend wohnt)
Lea wechselt in eine Einrichtung in den Kanton NW.	ZW: NW am Aufenthaltsort	Art. 7 Abs. 3 lit. c. USW: NW

Hat hingegen ein Kanton ein Subventionierungsmodell, wie bspw. der Kanton Luzern mit dem Gesetz über soziale Einrichtungen (SEG), oder eine andere Finanzierungsform für innerkantonale Platzierungen, so kann das zu einer Standortbelastung führen.

13 Exkurs: Ergänzungsleistungsrecht

Bei Heimbewohnerinnen und Heimbewohnern gab es zwischen den Kantonen regelmässig Zuständigkeitskonflikte. Angeknüpft wurde an den zivilrechtlichen Wohnsitz und dieser war oft nicht immer klar. Das Bundesgericht hat diese unbefriedigende Anknüpfung erkannt, es aber als Sache des Gesetzgebers beurteilt, der Abhilfe zu schaffen und gegebenenfalls ergänzungsleistungsrechtlich eine vom zivilrechtlichen Wohnsitz abweichende Lösung vorzusehen habe.⁸³

Mit der Neugestaltung des Finanzausgleichs und der Aufgabenteilung (NFA) wurde das Ergänzungsleistungsrecht per 1. Januar 2008 geändert. Seitdem begründet, nach Art. 21 Abs. 1 Satz 2 ELG, ein Aufenthalt in einem Heim, einem Spital oder einer andern Anstalt und die behördliche oder vormundschaftliche Versorgung einer mündigen oder entmündigten Person in Familienpflege keine neue Zuständigkeit.⁸⁴

⁸³ Vgl. dazu BGE 127 V 237.

⁸⁴ Vgl. dazu CARIGIET/KOCH, 79 f.

14 Exkurs: Pflegefinanzierung

Die Neuordnung der Pflegefinanzierung ist seit dem 1. Januar 2011 in Kraft, und seither hat sich gezeigt, dass der Gesetzgeber verschiedene Bereiche nicht klar geregelt hat. Der grösste Mangel zeigt sich bei der unregelmässigen Zuständigkeit für die Restfinanzierung der Pflegekosten bei ausserkantonalen Pflegeheimaufenthalten oder ambulanten Spitex-Dienstleistungen.⁸⁵ Die Mehrheit der Wohnsitzkantone übernimmt die ungedeckten Pflegekosten, wenn die Patientin oder der Patient in ein ausserkantoniales Pflegeheim eintritt. Einige Kantone wiederum sind der Ansicht, dass der Standortkanton des Pflegeheims für die Restkosten zuständig ist. Das führt unweigerlich zu Zuständigkeitskonflikten zwischen den Kantonen.

Am 14.09.2017 konnten sich die Räte auf eine Nachbesserung bei der Pflegefinanzierung einigen. Muss jemand ins Pflegeheim und steht im Wohnkanton in geografischer Nähe kein Heimplatz zur Verfügung, übernimmt demnach der Wohnkanton die von den Sozialversicherungen und Beiträgen der Patienten und Patientinnen nicht gedeckten Heimkosten in einem anderen Kanton, und zwar nach dessen Regeln. Dies gilt für eine unbeschränkte Zeit.⁸⁶

15 Prüfung eines Ausnahme-Tatbestands im Bereich A

Wie die bisherigen Ausführungen zeigen, können Minderjährige häufiger am Aufenthaltsort zivilrechtlichen Wohnsitz haben als Erwachsene. Insbesondere führen die Regelungen des neuen Sorgerechts vermehrt zu diesem Resultat. Für den IVSE-Bereich A fehlt ein Ausnahme-Tatbestand, angeknüpft wird an den Wohnkanton nach Art. 19 IVSE, nachträgliche Veränderungen des zivilrechtlichen Wohnsitzes führen zu neuen Zuständigkeiten.

15.1 Vorschlag eines Ausnahme-Tatbestands analog zum Bereich B

Unterbreitet wurde der Vorschlag, ob in gleicher Weise wie im Bereich B einen Ausnahme-Tatbestand für den Bereich A zu schaffen sei. Ziel des Ausnahme-Tatbestands soll es sein, die finanzielle Belastung des Standortkantons weitgehend zu vermeiden, die mit dem Eintritt von Kindern, die ihren zivilrechtlichen Wohnsitz am Aufenthaltsort begründen, einhergehen kann.

Zur Prüfung vorgeschlagen wurde die folgende Formulierung:

Art. 5 Abs. 1a (neu) IVSE

"Der Aufenthalt in einer Einrichtung gemäss Art. 2 Absatz 1 Bereich A bewirkt keine Änderung der bisherigen Zuständigkeit für das Leisten der Kostenübernahmegarantie."

⁸⁵ Vgl. dazu Parlamentarische Initiative Nachbesserung der Pflegefinanzierung, 14.417, auf www.parlament.ch.

⁸⁶ Vgl. dazu Parlamentarische Initiative Nachbesserung der Pflegefinanzierung, 14.417, auf www.parlament.ch.

15.1.1 Anwendungsbereich des Ausnahme-Tatbestandes

Zu prüfen ist, ob im Falle des Ausnahme-Tatbestands der bisherige Wohnkanton für die ganze Dauer der Platzierung zuständig sein soll, oder ob er sich auf die Fälle beschränken soll, wo der zivilrechtliche Wohnsitz in den Standortkanton verlegt wird.

15.1.1.1 Anknüpfung an die bisherige Zuständigkeit

Knüpft die vorgeschlagene Bestimmung an die bisherige Zuständigkeit an, bleibt der bisherige Wohnkanton für die KÜG zuständig, auch wenn die Familie und die minderjährige Person keinen Bezug mehr zum Wohnkanton haben. Dies ist eine klare Änderung der bisherigen Regelung. Die Neuerung ist mit der Bestimmung des Unterstützungswohnsitzes nach Art. 7 Abs. 3 lit. c ZUG vergleichbar, der in der Regel für die gesamte Dauer der Fremdplatzierung bestehen bleibt. Zur Diskussion steht, ob, um diese Variante an das ZUG anzugleichen, eine bestehende oder später errichtet Vormundschaft einen Zuständigkeitswechsel bewirken sollte.

Diese Anknüpfung ist in der sozialhilferechtlichen Praxis erprobt. Die Kosten verbleiben beim Kanton, der ausserkantonale platziert, eine Standortbelastung wird dadurch weitgehend vermieden. Für die IVSE-Verbindungsstellen dürfte sich der administrative Aufwand infolge wegfallender Zuständigkeitsänderungen reduzieren. Das Zusammenfallen von IVSE- und ZUG-Zuständigkeiten würde mit Blick auf die kantonale Finanzierungspraxis von Fremdplatzierungen eine gewisse Harmonisierung darstellen.

Was die finanziellen Auswirkungen anbelangt, können keine Aussagen gemacht werden. Die dazu notwendigen Daten fehlen.

15.1.1.2 Anwendung beschränkt sich auf Fälle eines nachträglichen Wechsels des zivilrechtlichen Wohnsitzes an den Aufenthaltsort bzw. in den Standortkanton

Nur wenn nachträglich der zivilrechtliche Wohnsitz, gemäss auf Art. 25 Abs. 1 letzter Teilsatz ZGB, an den Aufenthaltsort bzw. an den Standortkanton fällt, soll der bisherige Wohnkanton für die KÜG zuständig bleiben. In den anderen Fällen wechselt die Zuständigkeit mit dem Wechsel des zivilrechtlichen Wohnsitzes, was der bisherigen Regelung entspricht. Die IVSE findet keine Anwendung, wenn sich der zivilrechtliche Wohnsitz von den Eltern oder einem Elternteil ableiten lässt, weil sie selbst im Standortkanton zivilrechtlichen Wohnsitz begründet haben; ebenso ist das der Fall bei einer Übernahme einer Vormundschaft vom Standortkanton. In diesen Fällen wird der interkantonale IVSE-Fall zu einem innerkantonalen Fall und die Platzierungsfinanzierung richtet sich nach dem kantonalen Recht des zivilrechtlichen Wohnsitzes.

15.1.2 Die bisherige Zuständigkeit

Unter bisheriger Zuständigkeit ist der unmittelbar vor der Platzierung bestehende zivilrechtliche Wohnsitz gemeint. Dieser kann sich am Aufenthaltsort befinden und der Wohnsitzwechsel, der automatisch bei Heimeintritt erfolgt, ist unbeachtlich. Vertritt man indes die Auffassung, dass die Einschränkungen von Art. 23 ZGB auf Art. 25 ZGB anwendbar sind und Minderjährige am Ort der Einrichtung keinen zivilrechtlichen

Wohnsitz begründen können, ist diese Präzisierung ohnehin obsolet. Vorliegend wird dieser Auffassung aber nicht gefolgt.⁸⁷

In Fällen, wo die minderjährige Person bereits unmittelbar vor der Platzierung nicht mehr bei den Eltern oder einem Elternteil lebt und sich ihr zivilrechtlicher Wohnsitz an einem anderen Aufenthaltsort befindet, kann die Anknüpfung an diesen allerdings zu einer, m.E. unbefriedigenden, Zuständigkeit führen. Das betrifft vorab Standorte, die Alternativen zu einer Heimplatzierung bieten. Mit einer Regelung analog Art. 7 Abs. 3 lit. c ZUG könnte dies vermieden werden: Angeknüpft wird hier an den letzten von den Eltern abgeleiteten Wohnsitz.

15.1.3 Auswirkungen von Platzierungswechsel und Unterbrechungen

Hat die minderjährige Person einen abgeleiteten zivilrechtlichen Wohnsitz nach Art. 25 Abs. 1 erster Teilsatz ZGB, so führt eine Unterbrechung oder ein Platzierungswechsel zu keinen Schwierigkeiten. Hat sie hingegen ihren zivilrechtlichen Wohnsitz nach Art. 25 Abs. 1 zweiter Teilsatz ZGB am Aufenthaltsort, kann sich die Frage stellen, ob die Zuständigkeit bei einer Unterbrechung wechselt.

Ausgangslage		Zivilrechtlicher Wohnsitz
Die Eltern von Lea haben die gemeinsame elterliche Sorge inne. Der Vater wohnt im Kanton Obwalden, die Mutter wohnt im Kanton Nidwalden. Ihnen wird gestützt auf Art. 310 Abs. 1 ZGB das Aufenthaltsbestimmungsrecht entzogen und Lea wird in eine IVSE-Einrichtung im Kanton Thurgau platziert.	→	Am Aufenthaltsort: Standortkanton Thurgau.
Lea muss die Institution wechseln. Bis ein neuer Platz gefunden ist, lebt sie beim Vater im Kanton Obwalden.	→	Am Aufenthaltsort: OW.

Der IVSE und auch dem Kommentar zum Regelwerk sind keine Angaben zu entnehmen, auch nicht für den Bereich B. Für letzteren ist aber eine Interpretationshilfe erstellt worden.⁸⁸

Es bietet sich vorliegend an, bei der Überarbeitung im Kommentar zur IVSE sinngemäss auf die Regelung und insbesondere auf die gefestigte Praxis zum Begriff „dauernd“ in Art. 7. Abs. 3 lit. c. ZUG zurückzugreifen.⁸⁹

15.2 Variante: Anknüpfung an den zivilrechtlichen Wohnsitz der Eltern

Da der subsidiäre zivilrechtliche Wohnsitz der minderjährigen Person ursächlich für die Standortbelastung ist, soll als Alternative noch geprüft werden, wie es sich verhält, wenn an den zivilrechtlichen Wohnsitz der Eltern angeknüpft wird.

Eltern sind ihren Kindern gegenüber unterhaltspflichtig, auch dann, wenn sie keine elterliche Sorge innehaben. Soll der Wohnkanton zuständig sein, wo die Eltern in der Regel auch steuerpflichtig sind, ist es

⁸⁷ Vgl. dazu Kapitel 2.2.

⁸⁸ Interpretationshilfe der SKV IVSE vom 4. November 2011: Zuständigkeit beim Abbruch von begleitetem und/oder selbstständigem Wohnen, abrufbar auf: <http://www.ivse.ch> > Regelwerk der IVSE > 5. Interpretationshilfen der SKV IVSE.

⁸⁹ Vgl. dazu Kapitel 11.3.4.3.

konsequent, die Kosten immer dem Wohnkanton der Eltern aufzuerlegen, unabhängig davon, ob sie verheiratet sind oder nicht, unabhängig davon, ob sie die elterliche Sorge innehaben oder nicht. Wieso soll ein Kanton im Falle einer Alleinsorge, wo der andere Elternteil in einem anderen Kanton lebt, nun alleine die gesamten Kosten tragen?

Eine Lösung muss gefunden werden für den Fall, wo ein Elternteil im Standortkanton den zivilrechtlichen Wohnsitz hat oder ihn später dorthin verlegt. Vorgeschlagen wird für diese Konstellation, es bei einem IVSE-Fall zu belassen, obwohl die eine Hälfte eigentlich ein innerkantonaler Fall ist bzw. dazu wird. Eine Aufspaltung der Finanzierung hälftig IVSE und Nicht-IVSE dürfte sich administrativ als enorm aufwändig erweisen. Soll der jeweilige Wohnkanton der Eltern die Kosten tragen, wird das obige Prinzip verwirklicht; der Unterschied macht sich innerkantonal aufgrund der verschiedenartigen Finanzierungssysteme von IVSE- und Nicht-IVSE-Platzierungen bemerkbar.

Administrativ dürfte diese Variante zu einem Mehraufwand führen, da es in einem Dossier zwei Wohnkantone geben kann. Die Zuständigkeiten ändern sich zur bisherigen Regelung deutlich.

15.3 Diskussion der Varianten in der AG Wohnsitzregelung

Die Arbeitsgruppe Wohnsitzregelung, welche unter der Leitung des Sekretariats IVSE steht, hat fortlaufend Praxisbeispiele eingebracht. Diese wurden in der Studie berücksichtigt. Die Varianten des Ausnahme-Tatbestands wurden in zwei Sitzungen plausibilisiert und diskutiert. Die Arbeitsgruppe Wohnsitzregelung hat sich für die Beibehaltung einer Anknüpfung an den zivilrechtlichen Wohnsitz ausgesprochen und favorisiert eine Änderung, die sich auf Fälle beschränkt, in denen nachträglich ein Wechsel des zivilrechtlichen Wohnsitzes an den Standortkanton stattfindet.

Nach der hier vertretenen Auffassung gibt es gute Gründe, eine generelle Revision der IVSE zu prüfen. Wie die Revisionen des ZUG und des ELG und die aktuelle Revision der Pflegefinanzierung zeigen, ist die Anknüpfung an den zivilrechtlichen Wohnsitz konfliktanfällig. Auch zeigt die Studie weitere Bereiche auf, die in der Praxis zu Problemen führen. Dabei handelt es sich um die Finanzierungszuständigkeit für volljährige Personen im Bereich A⁹⁰ und die Handhabung der innerkantonalen Kostentragung.⁹¹

⁹⁰ Vgl. dazu Ziffer 7.2.

⁹¹ Vgl. dazu Ziffer 9.

E. Beantwortung der Fragen im Zusammenhang mit dem Ausnahme-Tatbestand

1. Soll der Wechsel einer Einrichtung ebenfalls in einen Ausnahme-Tatbestand einbezogen werden? Wenn ja: wie müsste dies formuliert werden?

Vorgeschlagen wird, bei der Überarbeitung im Kommentar zur IVSE sinngemäss auf die Regelung und auf die gefestigte Praxis zum Begriff „dauernde Fremdplatzierung“ des Art. 7. Abs. 3 lit. c. ZUG hinzuweisen (analog der Interpretationshilfe der SKV IVSE vom 4. November 2011: Zuständigkeit beim Abbruch von begleitetem und/oder selbstständigem Wohnen). In Kapitel 11.3.4.3 ist dieser Begriff erläutert. Eine Formulierung im Ausnahme-Tatbestand erscheint nicht notwendig.

2. Braucht es eine spezielle Regelung für Personen über 18 Jahre, die in eine Einrichtung des Bereiches A eintreten oder während des Aufenthaltes in einer Einrichtung volljährig werden? Wenn ja: wie müsste dies formuliert werden?

Der Bereich A erfasst auch junge Erwachsene bis zum vollendeten 20. Altersjahr und, unter bestimmten Voraussetzungen, bis zum Abschluss der Erstausbildung. Ob die Verbindlichkeit der IVSE über das 20. Altersjahr bis zum Abschluss der Erstausbildung hinausgeht, ist aufgrund des Kommentars zum Regelwerk unklar und lässt einen Interpretationsspielraum zu. Im Kommentar zur IVSE ist diese Unklarheit auszumerzen, sofern es bezweckt wird, dass der bisherige Wohnkanton für die KÜG zuständig bleiben soll.

Da junge Erwachsene ab Volljährigkeit einen zivilrechtlichen Wohnsitz am Ort der Einrichtung begründen können, bedarf es einer speziellen Regelung, wenn eine Anknüpfung am Standortkanton vermieden werden soll. Die separat vorliegenden Entwürfe enthalten Formulierungsvorschläge.

3. Wäre eine Regelung in der IVSE denkbar, bei welcher bei Vorliegen des gemeinsamen Sorgerechts und Wohnsitz in zwei Kantonen die jeweiligen Wohnkantone je zur Hälfte belastet würden? Würde dies neben dem Schaffen eines Ausnahme-Tatbestandes weitere Änderungen in der IVSE erfordern?

Grundsätzlich können sich die Kantone darauf einigen, die Kosten den verschiedenen Wohnkantonen der Eltern je hälftig aufzuerlegen. Allerdings vermag die Anknüpfung an die gemeinsame elterliche Sorge m.E. nicht zu überzeugen.

Zu Prüfung vorgeschlagen wird eine Anknüpfung an den zivilrechtlichen Wohnsitz der Eltern. Ein Entwurf einer neuen Regelung ist separat beigelegt.

4. Inwieweit sollen mit einem Ausnahme-Tatbestand Fälle nach Artikel 20 IPRG erfasst werden?

Wegen der kontroversen Ausgangslage, ob bei Minderjährigen mit ausländischer Staatsangehörigkeit eine Anknüpfung nach Art. 25 ZGB oder nach Art. 20 Abs. 2 IPRG erfolgt, ist ein Verweis in einem Ausnahme-Tatbestand angezeigt. Ebenfalls ist im Kommentar zur IVSE darauf hinzuweisen, dass bei Minderjährigen mit ausländischer Staatsangehörigkeit nicht an den Aufenthaltsort anzuknüpfen ist.

5. Gäbe es anstelle der Formulierung eines Ausnahme-Tatbestandes eine andere Möglichkeit im Rahmen der IVSE, die Standortbenachteiligung im Bereich A der IVSE zu vermindern oder zu eliminieren?

Die Anknüpfung an den zivilrechtlichen Wohnsitz könnte aufgehoben und die neue Regelung dem ZUG oder ähnlich dem ELG oder Pflegefinanzierung nachgebildet werden. Auch beim ELG und der Pflegefinanzierung führten Zuständigkeitskonflikte und Standortbelastungen zu der heutigen Regelung.

Ein weitere, zumindest vorübergehende, Möglichkeit könnte die Schaffung einer Übergangsregelung sein. Bis zur Änderung der IVSE halten sich die Kantone an die Übergangsregelung, um Standortbelastungen zu vermeiden.

6. Wäre eine Änderung der Artikel 23 und 25 ZGB geeignet, um die Standortbenachteiligung im Bereich A der IVSE zu vermindern oder zu eliminieren?

Zum aktuellen Zeitpunkt erscheint das nicht nötig. Vorerst bleibt das Ergebnis des zur Zeit hängigen Vermittlungsgesuchs abzuwarten. Sollte das Verhältnis zwischen Art. 23 und 25 ZGB von der Interkantonalen Vertragskommission (IVK) oder dem Bundesgericht so ausgelegt werden, dass Minderjährige am Ort einer Einrichtung keinen Wohnsitz begründen können, würde die Standortbenachteiligung wegfallen. Eine Änderung der Bestimmungen wäre dann nicht nötig.⁹²

⁹² Vgl. dazu Kapitel F.

F. Nachtrag vom 5. Dezember 2018

16 Bundesgerichtsurteil 143 V 451 (8C_285/2017) vom 21. November 2017 (Standortschutz bei der Finanzierung sozialer Einrichtungen)⁹³

Im vorliegenden Fall war die Finanzierung eines Heimplatzes strittig.

Das Kind C. steht unter gemeinsamer elterlicher Sorge. Die Eltern sind geschieden und leben in verschiedenen Gemeinden des Kantons Schwyz. Im Scheidungsurteil wurde bestimmt, dass das Kind beim Vater wohnt und dort seinen Wohnsitz hat. Mit Entscheid der KESB wurde den Eltern das Aufenthaltsbestimmungsrecht nach Art. 310 Abs. 1 ZGB entzogen, und das Kind wurde in eine sozialpädagogische Wohngruppe in Uznach/SG platziert. Bei diesen Eltern liegt folgende Situation vor: sie haben das gemeinsame Sorgerecht; sie haben keinen gemeinsamen Wohnsitz und das Aufenthaltsbestimmungsrecht ist bei beiden aufgehoben.

Das Bundesgericht stellte fest, dass die Anwendung der zivilrechtlichen Wohnsitzbestimmungen nach IVSE zu unerwünschten systemwidrigen Ergebnissen führen kann. Bei einem Kind, das in einer Einrichtung seinen zivilrechtlichen Wohnsitz am Aufenthaltsort begründet, erklärte das Bundesgericht das ZUG als massgebend, um eine Standortbelastung zu vermeiden. Damit wird der geltenden interkantonalen Vereinbarung (IVSE) die Anwendung versagt, welche für die Finanzierungszuständigkeit an den zivilrechtlichen Wohnsitz anknüpft.

Das Bundesgericht hat allerdings die Frage, ob das Kind C mit dem Aufenthalt in Uznach/SG dort einen zivilrechtlichen Wohnsitz begründet hat, nicht beantwortet. Es formuliert schwammig: *«Soweit sich der für Belange in Zusammenhang mit der IVSE massgebende Wohnsitz eines minderjährigen Kindes nach seiner Fremdplatzierung noch ändern kann und nicht der bei Anordnung der Heimunterbringung bestehende erhalten bleibt, befindet sich der Wohnsitz von C. an seinem Aufenthaltsort in Uznach/SG»*. Es bleibt völlig offen, ob sich der Wohnsitz ändern kann. Für die Frage, ob sich die Zuständigkeit nach IVSE oder ZUG richtet, hätte das eine entscheidende Rolle gespielt. Denn wären die Einschränkungen von Art. 23 ZGB auf Minderjährige anwendbar, stünde die IVSE mit dem ZUG in Einklang, eine Standortbelastung würde vermieden.

17 Das Vermittlungsgesuch bei der Interkantonalen Vertragskommission (IVK)

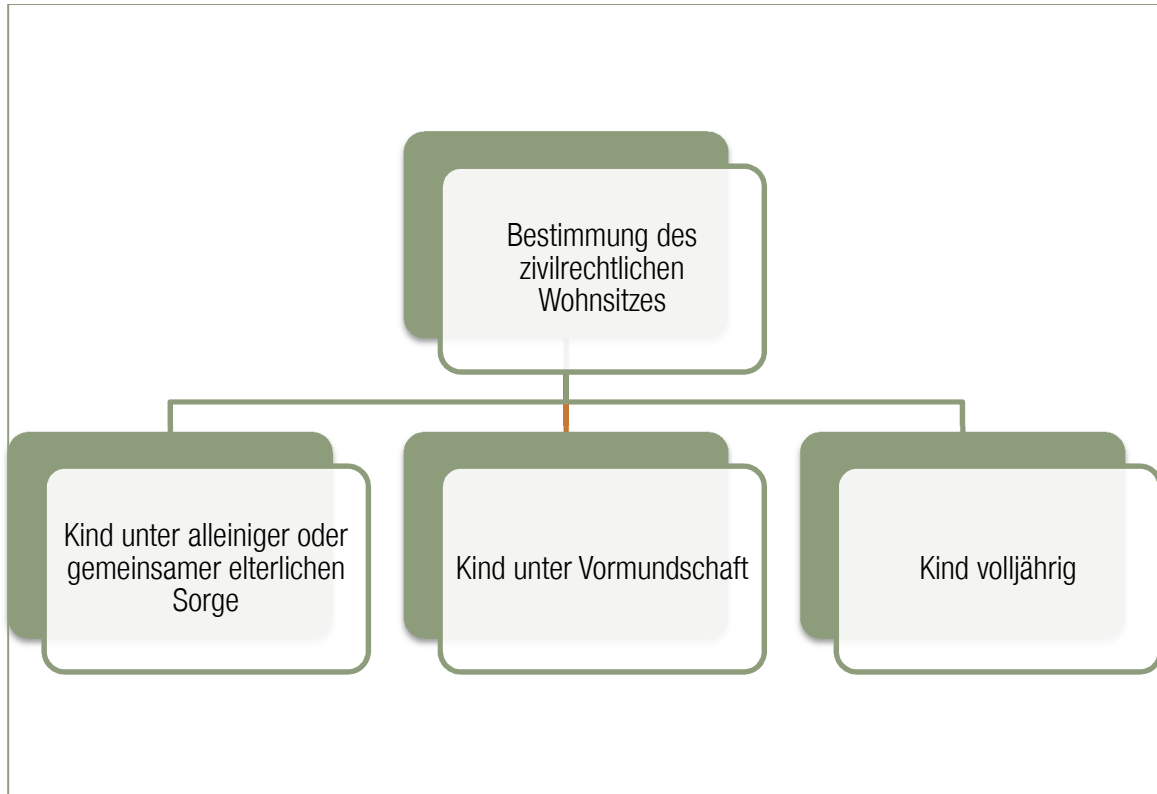
Zwischen den Kantonen Schaffhausen, Thurgau, Appenzell Ausserrhoden und St. Gallen war im folgenden Fall die Finanzierung mehrerer Heimplätze strittig. Die unverheirateten Eltern des Kindes haben die gemeinsame elterliche Sorge und leben nicht zusammen. Der Mutter, bei der das Kind in Schaffhausen lebte, wurde später die Obhut entzogen. Das Kind wurde in einer Pflegefamilie im Kanton Schaffhausen platziert. In der Folge zog Mutter in den Kanton Thurgau. Drei Jahre später verliess das Kind die Pflegefamilie und wurde in einem Heim des Kantons Appenzell Ausserrhoden platziert. Gut ein Jahr später wechselte das Kind in eine Einrichtung des Kantons St. Gallen.

⁹³ Vgl. dazu die Urteilsbesprechung von Karin Anderer / Daniela Sieber, Standortschutz bei der Finanzierung sozialer Einrichtungen, in: Jusletter 19. März 2018.

Es wurde ein Vermittlungsverfahren im Rahmen des Streitbeilegungsverfahrens nach Art. 31 ff. IRV bei der Interkantonalen Vertragskommission (IVK) eingeleitet. Im Februar 2018 einigten sich die Parteien auf einen Vergleich. Im Unterschied zum oben erwähnten Bundesgerichtsurteil, das im Laufe des Vermittlungsverfahrens gefällt wurde, war die Vertragskommission der Auffassung, dass unerwünschte Standortbelastungen zwischen den Kantonen auch in Anwendung der zivilrechtlichen Wohnsitzbestimmungen vermieden werden können. Daraufhin verpflichtete sich der Kanton Schaffhausen, die Kosten der Platzierungen im Kanton Appenzell Ausserrhoden und St. Gallen zu übernehmen.

Anhang: Übersichten

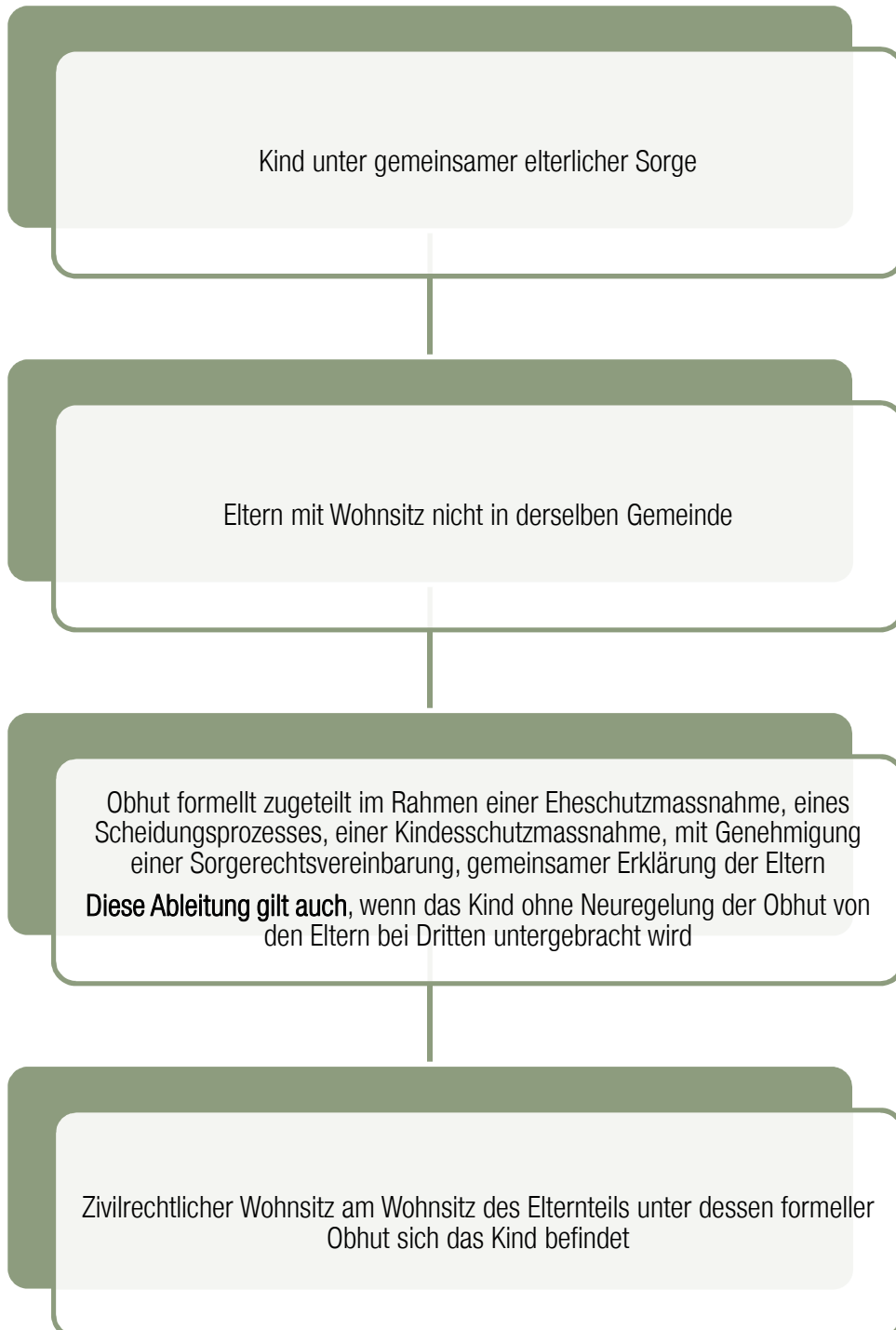
1 Prüfschema: Ausgangslage Bestimmung des zivilrechtlichen Wohnsitzes



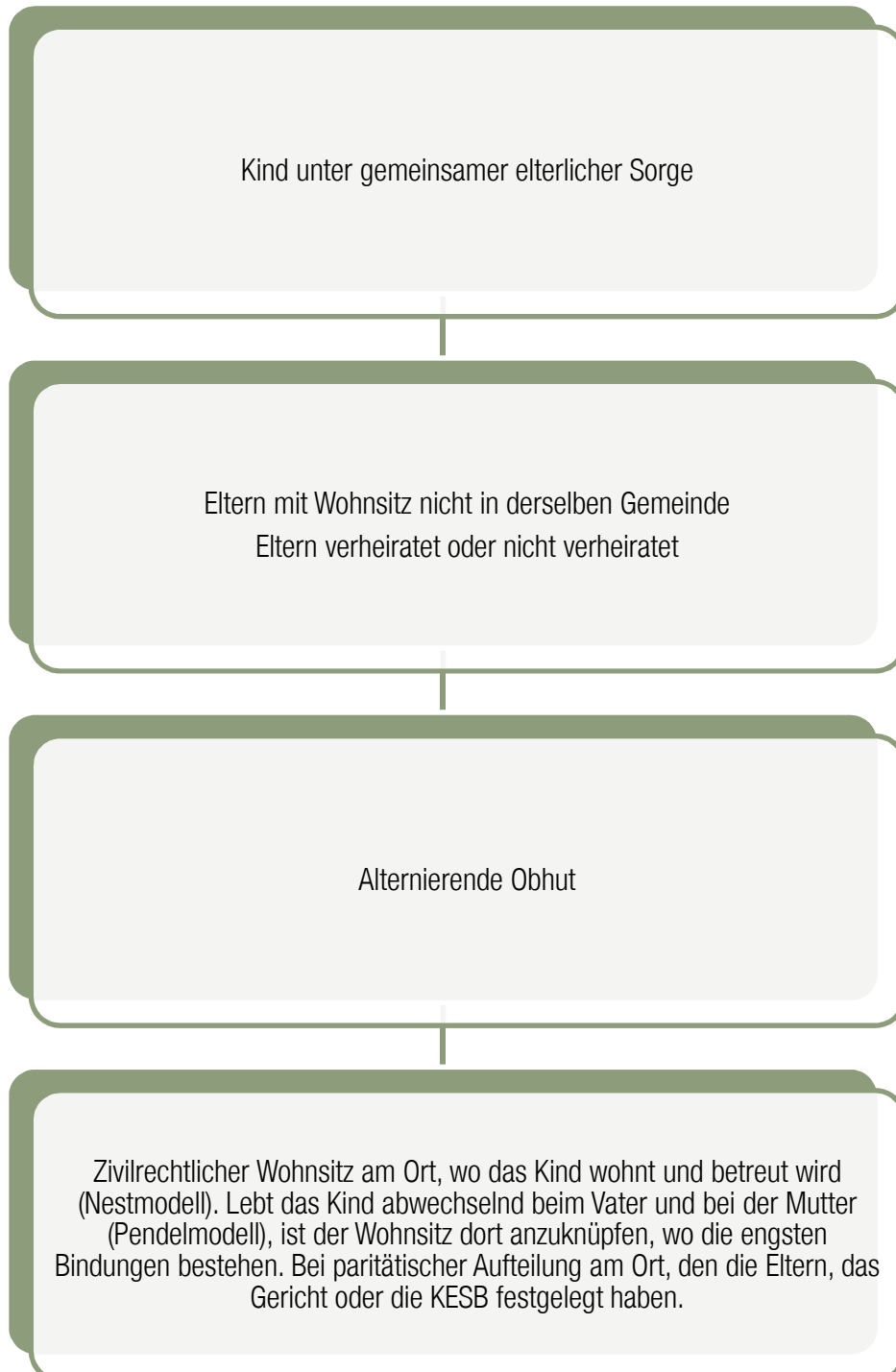
2 Prüfschema: Bestimmung des zivilrechtlichen Wohnsitzes bei gemeinsamer elterlicher Sorge und Wohnsitz in derselben Gemeinde



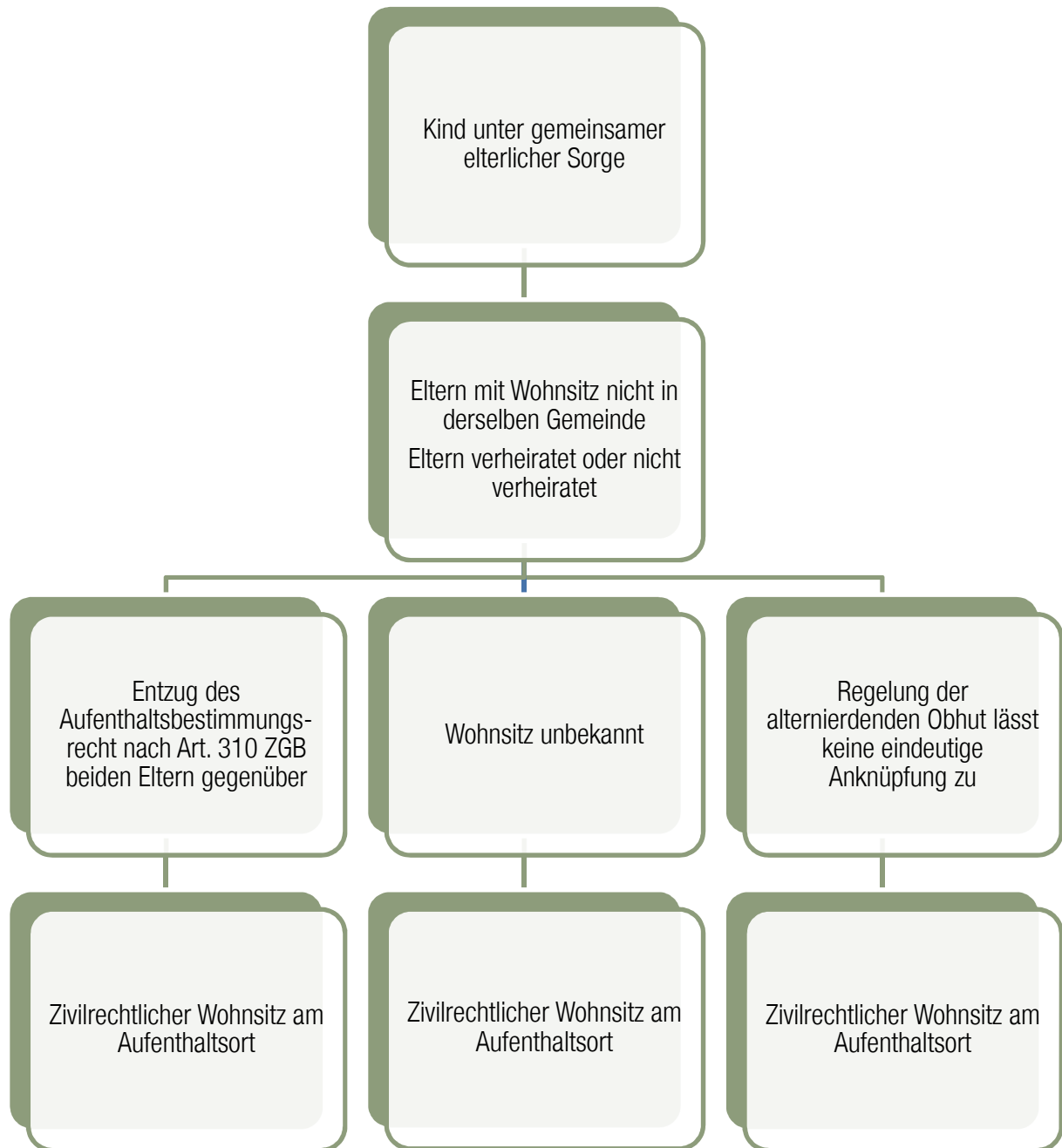
3 Prüfschema: Bestimmung des zivilrechtlichen Wohnsitzes bei gemeinsamer elterlicher Sorge und Wohnsitz nicht in derselben Gemeinde mit formeller Obhutsteilung



4 Prüfschema: Bestimmung des zivilrechtlichen Wohnsitzes bei gemeinsamer elterlicher Sorge und Wohnsitz nicht in derselben Gemeinde und alternierender Obhut



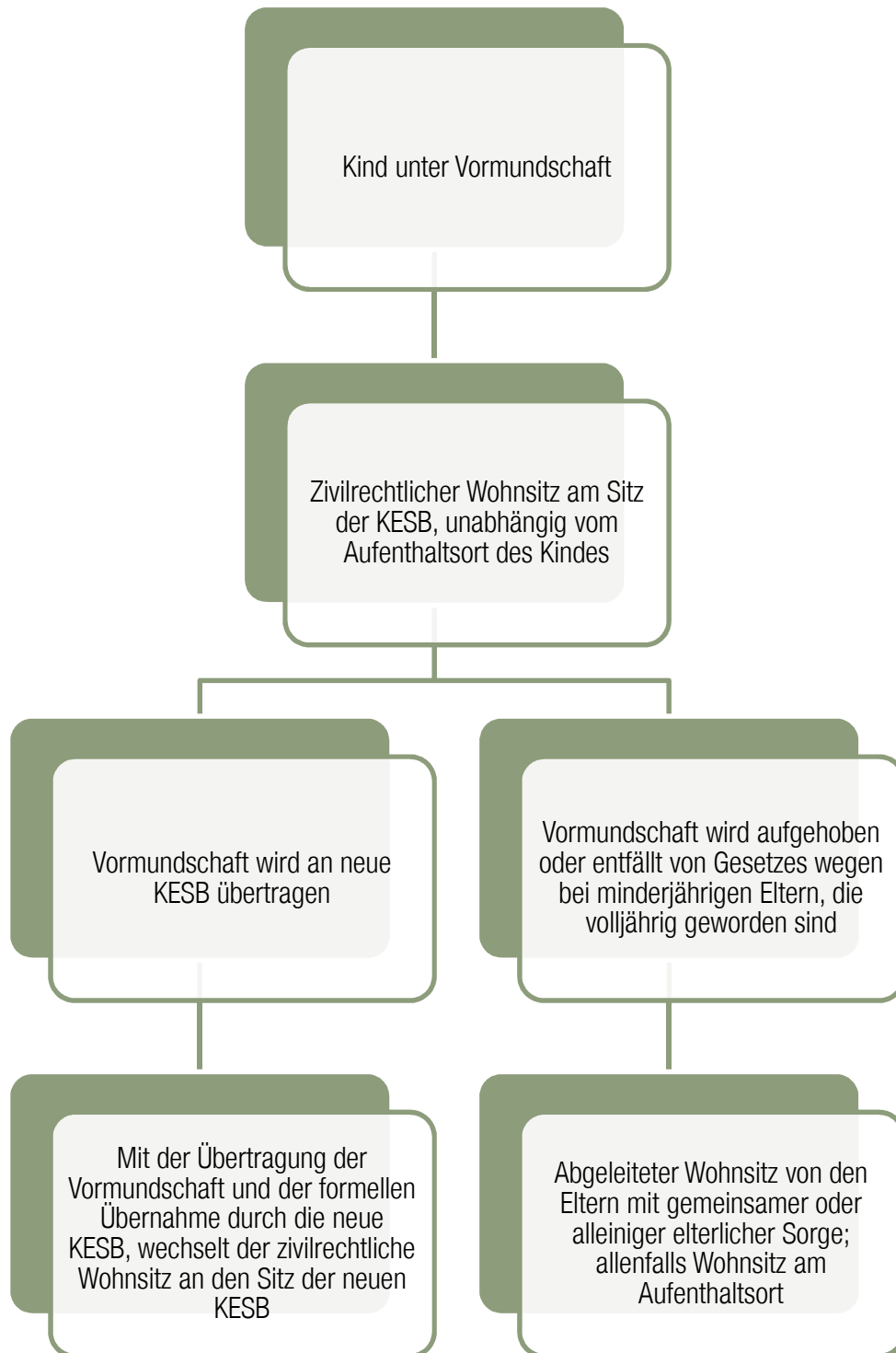
5 Prüfschema: Bestimmung des zivilrechtlichen Wohnsitzes bei gemeinsamer elterlicher Sorge und Wohnsitz nicht in derselben Gemeinde: Spezialsituationen



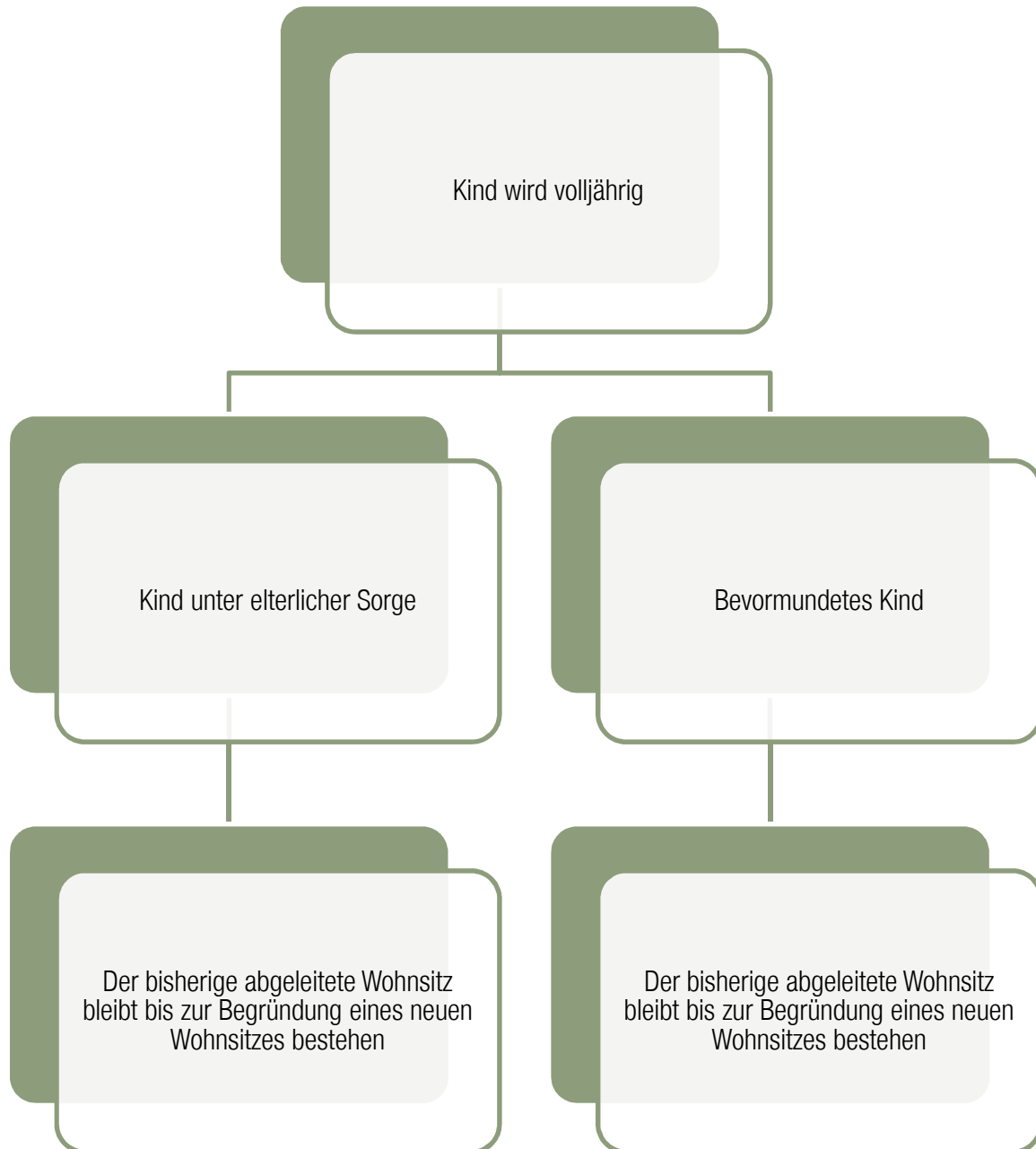
6 Prüfschema: Bestimmung des zivilrechtlichen Wohnsitzes bei alleiniger elterlicher Sorge



7 Prüfschema: Kind unter Vormundschaft



8 Prüfschema: Kind wird volljährig



9 Auswirkungen der von der KESB oder vom Gericht angeordneten zivilrechtlichen Kindeschutzmassnahmen auf den zivilrechtlichen Wohnsitz des Kindes

	Auswirkung auf den zivilrechtlichen Wohnsitz
Art. 306 Abs. 2 ZGB Beistandschaft wegen fehlender elterlichen Vertretung	Ableitung nach Art. 25 Abs. 1 ZGB
Art. 307 Abs. 3 ZGB Ermahnungen, Weisungen, Aufsicht	Ableitung nach Art. 25 Abs. 1 ZGB
Art. 308 ZGB Beistandschaft	Ableitung nach Art. 25 Abs. 1 ZGB
Art. 310 ZGB Aufhebung des Aufenthaltsbestimmungsrechts	Ableitung nach Art. 25 Abs. 1 ZGB
Art. 311/312 ZGB Entziehung der elterlichen Sorge	Wohnsitz nach Art. 25 Abs. 2 ZGB von der KESB abgeleitet

Literaturverzeichnis und Materialien

ANDERER KARIN, Die Interkantonale Vereinbarung für soziale Einrichtungen (IVSE) und Das Bundesgesetz über die Zuständigkeit Bedürftiger, in: Das Schweizerische Sozialhilferecht, Christoph Häfeli (Hrsg.), S. 201 ff. , Luzern 2008

Basler Kommentar, HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/GEISSER THOMAS (Hrsg.), Zivilgesetzbuch I, 5. Auflage, Basel 2014 (zit. BSK ZGB I-AUTOR/IN)

Berner Kommentar, AFFOLTER KURT/VOGEL URS, Die elterliche Sorge / der Kindesschutz, das Kindesvermögen, Minderjährige unter Vormundschaft, Bern 2016, (zit. BK-AFFOLTER/VOGEL)

Berner Kommentar, BUCHER EUGEN, Die natürlichen Personen, Bern 1976, (zit. BK-Bucher)

Berner Kommentar, HAUSHERR HEINZ/REUSSER RUTH/GEISER THOMAS, Die Wirkungen der Ehe im Allgemeinen, Art. 159-180 ZGB, Bern 1999 (zit. BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER)

BUCHER ANDREAS, Natürliche Personen und Persönlichkeitsschutz, Basel 2009

Fachhandbuch Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, FOUNTOLAKIS CHRISTIANA/AFFOLTER-FRINGELI KURT/ BIDERBOST YVO/STECK DANIEL, Zürich 2016 (zit. FHB-AUTOR/IN)

FASSBIND PATRICK, Inhalt des gemeinsamen Sorgerechts, der Obhut und des Aufenthaltsbestimmungsrechts im Lichte des neuen gemeinsamen Sorgerechts als Regelfall, in: AJP 2014, S. 692 ff.

GLOOR NINO, Der Begriff der Obhut, in: FamPra.ch 2015, S. 331 ff.

Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Internationales Privatrecht, FURRER ANDREAS/GIRSBERGER DANIEL/MÜLLER-CHEN MARKUS, Zürich 2016 (zit. CHK IPRG AUTOR/IN)

Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht, BREITSCHMID PETER/JUNGO ALEXANDRA, Zürich 2016 (zit. CHK ZGB AUTOR/IN)

HEGNAUER CYRIL, Wohnsitz des Kindes unter elterlicher Gewalt, in: ZVW 1988, S. 150 ff.

HERZIG CHRISTOPHE A., Das Kind im familienrechtlichen Verfahren, Diss. Fribourg, 2012

KILDE GISELA, Das Verhältnis zwischen persönlichem Verkehr, Betreuung und Obhut bei gemeinsamer elterlicher Sorge, in: recht 2015, S. 235 ff.

KOKES, Umsetzung gemeinsame elterliche Sorge als Regelfall, Empfehlungen der KOKES vom 13. Juni 2014, abrufbar auf: https://kokes.ch/assets/pdf/de/dokumentationen/empfehlungen/15_gemeinsame_elterliche_Sorge_Empfehlungen_KOKES_d.pdf, besucht am 18.3.2017 (zit. KOKES Gemeinsame elterliche Sorge)

Kommentar zur Interkantonalen Vereinbarung für soziale Einrichtungen (IVSE), gültig ab 1. Januar 2008, S. 3, abrufbar auf: http://www.sodk.ch/fileadmin/user_upload/Fachbereiche/Behindertenpolitik/IVSE/Regelwerk/02_15.10.01_Kommentar_zur_IVSE_dt.pdf, besucht am 18.3.2017 (zit. Kommentar IVSE)

MEIER PHILIPPE / STETTLER MARTIN, Droit de la filiation, 5ème éd., Genève/Zürich 2014

MEIER PHILIPPE/ DE LUZE ESTELLE, Droit des personnes, Genève/Zürich 2014

SCHWANDER IVO, Das Haager Kinderschutzübereinkommen von 1996 (HKsÜ), In: ZKE 2009, S 1 ff.

STEINAUER PAUL-HENRI / FOUNTOLAKIS CHRISTIANA, Droit des personnes physiques et de la protection de l'adulte, Berne 2014

THOMET WERNER, Kommentar zum Bundesgesetz über die Zuständigkeit Bedürftiger (ZUG), 2. Auflage, Zürich 2014