



Fall-Nr.: V-2015/98
Stelle: Verwaltungsrekurskommission
Rubrik: Kindes- und Erwachsenenschutz
Publikationsdatum: 04.10.2019
Entscheiddatum: 12.08.2015

Entscheid Verwaltungsrekurskommission, 12.08.2015

Art. 1 Abs. 2 i.V. mit Art. 85 Abs. 1 IPRG (SR 291); Art. 5 Abs. 1 und 2, Art. 7 Abs. 1 und Art. 13 HKsÜ (SR 0.211.231.011). Der Grundsatz der perpetuatio fori gilt im Rahmen des HKsÜ nicht. Wechselt das minderjährige Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt während eines laufenden Verfahrens in einen anderen Vertragsstaat, so verliert die bisher zuständige Behörde ihre Zuständigkeit. Lediglich bei einem widerrechtlichen Verbringen des Kindes in ein anderes Land bleibt die Zuständigkeit der Behörden am ursprünglichen Aufenthaltsort bestehen. Eine von einer im Verfügungszeitpunkt unzuständigen Behörde erlassene Verfügung ist entsprechend nichtig (Verwaltungsrekurskommission, Abteilung V, 12. August 2015, V-2015/98). Gegen diesen Entscheid wurde beim Kantonsgericht Beschwerde erhoben. Das Kantonsgericht hat die Beschwerde mit Entscheid vom 9. August 2016 abgewiesen (KES.2015.23-K2).

Präsident Stefan Zürn, Fachrichter Hubert Bühlmann und Heinz Erismann,
Gerichtsschreiber Sebastiaan van der Werff

X, Beschwerdeführerin,

vertreten durch Dr.iur. Monika Brenner, Rechtsanwältin, Paradiesstrasse 4,
9030 Abtwil,

gegen

Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde A, Vorinstanz,

und



St.Galler Gerichte

Y, Beschwerdebeteiligter,

vertreten durch lic.iur. Hedi Mérillat-Holenstein, Rechtsanwältin, Gupfengasse 1,
Postfach, 9230 Flawil,

Z, Beschwerdebeteiligter,

betreffend

elterliche Sorge (Zuständigkeit)

Sachverhalt:

A.- Z, geb. 2013, ist das aussereheliche Kind von X und Y, wobei die Kindsmutter die alleinige elterliche Sorge inne hat. Am 7. März 2014 nahm die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (nachfolgend: KESB) A von der Feststellung des Kindesverhältnisses von Z zum Vater Y Kenntnis und genehmigte den Unterhaltsvertrag vom 5. Februar 2014. Bis am 13. Februar 2015 wohnte die Familie gemeinsam in Q. Mit Entscheid vom selben Datum wies das Kreisgericht B X vorsorglich die Liegenschaft in Q samt Hausrat und Mobiliar zur alleinigen Benutzung zu und verbot Y das Wohnhaus samt Nebengebäuden und Garten zu betreten.

B.- Mit Schreiben vom 26. Februar 2015 beantragte Y bei der KESB A die Erteilung der gemeinsamen elterlichen Sorge über Z. Weil die Kindsmutter ihre Zustimmung dazu ablehnte, nahm die KESB A die zur Klärung des Anliegens erforderlichen Abklärungen umgehend an die Hand. Bereits am 10. März 2015 meldete sich die Kindsmutter indes gemeinsam mit Z in V, Deutschland an. Am 13. März 2015 meldete sie sich und Z bei der Gemeinde Q rückwirkend auf den Zeitpunkt ihrer Anmeldung in Deutschland, also per 10. März 2015, ab.

C.- Nachdem die KESB A am 12. März 2015 noch zwecks Beurteilung des Kindeswohls für die Eltern ein psychiatrisches Kurzgutachten angeordnet hatte, teilte sie mit Verfügung vom 13. März 2015 die elterliche Sorge über Z beiden Eltern gemeinsam zu (Dispositivziffer 1) und wies die Kindsmutter gleichzeitig an, die Schweiz bis zum Abschluss des hängigen Verfahrens nicht zu verlassen sowie den Kindsvater über den



St.Galler Gerichte

Aufenthaltort von Z zu informieren (Dispositivziffer 2). Sie sah indes davon ab, die Anordnungen als sofort vollstreckbar zu erklären und einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu entziehen (Art. 450c ZGB).

D.- Gegen die Verfügungen der KESB A vom 12. und 13. März 2015 erhob X mit Eingabe ihrer Rechtsvertreterin vom 10. April 2015 Beschwerde bei der Verwaltungsrekurskommission mit den Anträgen, es sei die Nichtigkeit der Verfügung des KESB A vom 13. März 2015 festzustellen, eventualiter sei die entsprechende Verfügung vollumfänglich aufzuheben. Ferner beantragte sie, die Zwischenverfügung der KESB A vom 12. März 2015 sei aufzuheben, eventualiter eine angemessene Nachfrist zur Stellungnahme anzusetzen. Weiter ersuchte die Rechtsvertreterin unter anderem um einen Zwischenentscheid über die Frage der internationalen Zuständigkeit sowie um Erteilung der unentgeltlichen Rechtspflege und Einsetzung als unentgeltliche Rechtsbeiständin; alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge. Mit verfahrensleitender Verfügung vom 14. April 2015 beschränkte der Präsident das Beschwerdeverfahren auf die Frage der Zuständigkeit und teilte den Verfahrensbeteiligten mit, dass im Rahmen einer summarischen Betrachtung einiges dafür spreche, dass die Kindsmutter und das Kind ihren gewöhnlichen Aufenthalt zweifelsohne im Zeitpunkt der Beschwerdeerhebung, möglicherweise bereits im Verfügungszeitpunkt nicht mehr in der Schweiz gehabt hätten. Die Parteien erhielten daher vorweg Gelegenheit, bis 5. Mai 2015 zur Frage der Zuständigkeit der Schweizer Behörden sowie zur Frage eines allfälligen Nichteintretensentscheides Stellung zu nehmen und innert der gleichen Frist eventuelle Beweismittel einzureichen. Am 5. Mai 2015 reichte die Rechtsvertreterin des Kindsvaters bezogen auf das beschränkte Prozessthema eine Beschwerdeantwort ein und beantragte unter anderem, es sei auf die Beschwerde einzutreten und die Verfügung der KESB A vom 13. März 2015 sowie die Zwischenverfügung der KESB A vom 12. März 2015 zu bestätigen. Zudem sei das Verbringen des Kindes nach Deutschland als widerrechtlich zu erklären; alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Beschwerdeführerin. Für das Verfahren ersuchte sie um unentgeltliche Prozessführung und Prozessvertretung durch sich selbst. Gleichentags nahm auch die KESB A zur Beschwerde vom 10. April 2015 Stellung und beantragte die Abweisung der Beschwerde; unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdeführerin.



St.Galler Gerichte

E.- Mit Eingabe ihrer Rechtsvertreterin vom 24. Juni 2015 liess sich die Kindsmutter vernehmen. Sie plädierte nochmals, es sei auf die örtliche Unzuständigkeit der Vorinstanz zu erkennen und die Beschwerde kostenpflichtig zu erledigen. Die KESB A hielt mit Schreiben vom 1. Juli 2015 an ihren bisherigen Ausführungen fest. Am 7. Juli 2015 teilte die Rechtsvertreterin des Kindsvaters mit, betreffend Zuständigkeit der Verwaltungsrekurskommission an den Ausführungen in der Beschwerdeantwort vom 5. Mai 2015 festzuhalten sowie die Ausführungen der KESB A in der Eingabe vom 1. Juli 2015 vollumfänglich zu unterstützen.

F.- Mit Schreiben vom 13. Juli 2015 reichte die Rechtsvertreterin der Kindsmutter, mit Schreiben vom 29. Juli 2015 die Rechtsvertreterin des Kindsvaters nochmals je eine ergänzende Stellungnahme ein.

Auf die weiteren Ausführungen der Verfahrensbeteiligten wird, soweit erforderlich, in den Erwägungen eingegangen.

Erwägungen:

1. Die Eintretensvoraussetzungen sind von Amtes wegen zu prüfen. Gegen Verfügungen der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde kann bei der Verwaltungsrekurskommission Beschwerde erhoben werden. Die Befugnis zur Rechtsmittelerhebung ist gegeben. Die Beschwerde vom 10. April 2015 ist rechtzeitig eingereicht worden und erfüllt in formeller und inhaltlicher Hinsicht die gesetzlichen Anforderungen (Art. 450 und 450b ZGB, Art. 27 des Einführungsgesetzes zum Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, sGS 912.5, abgekürzt: EG-KES, sowie Art. 41^{ter} des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege, sGS 951.1, abgekürzt: VRP). Auf die Beschwerde ist grundsätzlich einzutreten.

2.- Streitig und zu prüfen ist vorweg, ob die KESB A – nachdem sich die Beschwerdeführerin am 10. März 2015 in Deutschland angemeldet hat – am 12. März 2015 zum Erlass einer Zwischenverfügung bzw. am 13. März 2015 zur verfügungsweisen Erteilung der gemeinsamen elterlichen Sorge an die beiden Eltern noch zuständig war. Sofern letzteres zutreffen sollte, wäre noch zu prüfen, ob die Zuständigkeit der Verwaltungsrekurskommission mit dem Wechsel des gewöhnlichen



Aufenthaltes von Mutter und Kind nach Deutschland dahingefallen ist (vgl. BGer 5A_313/2014 vom 9. Oktober 2014).

a) Die Beschwerdeführerin bringt hierzu vor, sie sei am 9. März 2015 (recte: 10. März 2015) zusammen mit ihrem Sohn von der Schweiz nach V, Deutschland gezogen, wo sie sich gleichentags in V an- und am 10. März 2015 in Q abgemeldet habe. Zur Beurteilung der ihren Sohn betreffenden Kindesschutzbelange sei daher seit dem 9. März 2015 Deutschland zuständig. Die Verfügungen der Vorinstanz vom 12. und 13. März 2015 seien demnach in internationaler Unzuständigkeit erfolgt. Aus den Akten ergebe sich zudem, dass die KESB A bereits am 11. März 2015 und somit vor Erlass der Verfügungen, von diesen geänderten Gegebenheiten Kenntnis gehabt habe.

Der Kindsvater führt im Wesentlichen aus, die Kindsmutter habe sich erst am 13. März 2015 rückwirkend auf den 10. März 2015 bei der Gemeinde Q abgemeldet. Am Tag des Erlasses der Verfügungen der KESB A habe die Kindsmutter jedenfalls noch Wohnsitz in der Schweiz gehabt, weshalb die Zuständigkeit zu den angefochtenen Entscheiden am 13. März 2015 noch bei der Vorinstanz gelegen habe. Entsprechend müsse auch die Zuständigkeit im Beschwerdeverfahren bei der schweizerischen Rechtsmittelinstanz liegen. Obwohl die Kindsmutter im Zeitpunkt des Verbringens des Kindes nach Deutschland gewusst habe, dass die Zuteilung der gemeinsamen elterlichen Sorge unmittelbar bevorstehe, habe sie die KESB über den Umzug nicht informiert, was rechtsmissbräuchlich und nicht zu schützen sei. Die Beschwerdeführerin würde sich ferner der Vereinbarung über das begleitete Besuchsrecht widersetzen, weshalb ein widerrechtliches Verbringen des Kindes ins Ausland vorliege und die schweizerischen Gerichte und Behörden weiterhin zuständig seien. Ferner seien die deutschen Behörden nicht zuständig, weil im Zeitpunkt des Verbringens des Kindes nach Deutschland der Antrag auf die gemeinsame elterliche Sorge in der Schweiz bereits gestellt worden sei.

Die Vorinstanz hält fest, dass sie am 11. März 2015 die Rechtsvertreterin der Beschwerdeführerin betreffend einer neuen Adresse in Deutschland angefragt habe. Die Information eines allfälligen Wohnsitzwechsels sei indes von Seiten des Kindsvaters erfolgt und habe verifiziert werden müssen. Weder habe die Rechtsvertreterin einen Umzug bestätigt, noch sei im Verfügungszeitpunkt bei einer



Überprüfung des Wohnsitzes in der Datenbank des Einwohneramtes Q eine Abmeldung ersichtlich gewesen. Die Abmeldung in Q sei gleichentags rückwirkend erfolgt, weshalb sie am 13. März 2015 über den Wohnsitz der Kindsmutter nur Mutmassungen habe anstellen können. Wie im Schreiben vom 31. März 2015 des Amtsgerichtes C festgehalten, stehe auch die sehr kurze Aufenthaltsdauer sowie der Umstand, dass die Beschwerdeführerin zu ihrer Mutter geflüchtet sei, der Bejahung eines gewöhnlichen Aufenthaltes in Deutschland entgegen. Das Verhalten der Kindsmutter und ihrer Rechtsvertreterin lasse vermuten, dass der Umzug nach Deutschland dem Entzug der Zuständigkeit der KESB A und deren Entscheidungsbefugnis diene und daher rechtsmissbräuchlich sei. Zudem sei die Frist zur Wegweisung des Kindsvaters aus der gemeinsamen Familienwohnung am 13. März 2015 ausgelaufen, eine Erstreckung der Massnahme sei infolge der Nichtanhandnahmeverfügung vom 11. März 2015 in der Strafsache nicht zu erwarten gewesen.

b) Seit der per 10. März 2015 in V, Deutschland, erfolgten Anmeldung der die alleinige elterliche Sorge über Z inne habenden Kindsmutter und dem damit einhergehenden Wegzug von Q, Schweiz, nach Deutschland von Mutter und Kind liegt unbestrittenermassen ein Sachverhalt mit qualifiziertem Auslandsbezug vor. Damit bestimmt sich die Zuständigkeit schweizerischer Gerichte nach dem Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (SR 291, abgekürzt: IPRG). Gemäss Art. 1 Abs. 2 i.V.m. Art. 85 Abs. 1 IPRG richtet sich die Zuständigkeit nach dem sowohl von der Schweiz als auch von Deutschland unterzeichneten Haager Übereinkommen über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung, Vollstreckung und Zusammenarbeit auf dem Gebiet der elterlichen Verantwortung und der Massnahmen zum Schutz von Kindern (Haager Kindesschutzübereinkommen; SR 0.211.231.011, abgekürzt: HKsÜ). Das Kind ist minderjährig und die hier strittige (mit Verfügung vom 13. März 2015 angeordnete, indes mangels einer anderslautenden Anordnung nach Art. 450c ZGB noch keine Rechtswirkungen entfaltende, erstmalige Zuteilung der gemeinsamen) elterlichen Sorge wird von Art. 3 lit. b HKsÜ erfasst, weshalb das HKsÜ vorliegend zur Anwendung kommt.

Nach Art. 5 Abs. 1 HKsÜ sind die Behörden und Gerichte am gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes zuständig, Massnahmen zum Schutz des Kindes oder dessen Vermögen zu



treffen. Absatz 2 dieser Bestimmung sieht im Weiteren vor, dass bei einem Wechsel des gewöhnlichen Aufenthalts in einen anderen Vertragsstaat die Behörden des Staates des neuen gewöhnlichen Aufenthalts zuständig sind; nach dem HKsÜ gibt es demnach keine *perpetuatio fori*, das heisst, die Zuständigkeit kann auch während hängigem Verfahren verloren gehen (BGer 5A_622/2010 vom 27. Juni 2011 E. 3; BGE 132 III 586 E. 2.3). Dies gilt allerdings nur unter dem Vorbehalt von Art. 7 HKsÜ. Bei widerrechtlichem Verbringen des Kindes in ein anderes Land bleiben die Behörden am ursprünglichen Aufenthaltsort grundsätzlich weiter zuständig, bis das Kind in einem anderen Staat den gewöhnlichen Aufenthalt erlangt hat und entweder eine Genehmigung der Entführung vorliegt oder sich das Kind mindestens ein Jahr am neuen Ort aufgehalten, sich dort eingelebt hat und kein in diesem Zeitraum gestellter Antrag auf Rückgabe mehr hängig ist (vgl. Art. 7 Abs. 1 HKsÜ).

Unter dem gewöhnlichen Aufenthalt ist der tatsächliche Mittelpunkt der Lebensführung des Kindes zu verstehen, welcher sich aus der tatsächlichen Dauer des Aufenthaltes und den dadurch begründeten Beziehungen oder aus der voraussichtlichen Dauer des Aufenthaltes und der damit zu erwartenden Integration ergibt (BGer 5A_509/2012 vom 20. August 2012 E. 6 mit Hinweisen). Es ist auf nach aussen erkennbare Umstände abzustellen, auf subjektive Momente kommt es nicht an. In der Regel fällt der gewöhnliche Aufenthalt eines Kindes mit dem Lebensmittelpunkt mindestens eines Elternteils zusammen (vgl. BGE 129 III 288 E. 4.1; BGer 5A_427/2009 vom 27. Juli 2009 E. 3.2; BGer 5A_650/2009 vom 11. November 2009 E. 5.2). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung begründet in der Regel eine Aufenthaltsdauer von sechs Monaten einen gewöhnlichen Aufenthalt. Ein Aufenthalt kann aber auch sofort ab dessen Begründung an einem bestimmten Ort ein gewöhnlicher werden, wenn er auf Dauer begründet wird und den bisherigen Lebensmittelpunkt ablösen soll (BSK IPRG-Schwander, 3. Aufl. 2013, Art. 85 N 43; BGer 5A_324/2014 vom 9. Oktober 2014 E 5.2; BGer 5A_665/2010 vom 2. Dezember 2010 E. 4).

c) Unbestritten und aufgrund der Akten erstellt, ist, dass die Beschwerdeführerin sich und ihren Sohn am 10. März 2015 in V, Deutschland, angemeldet hat (vgl. act. 2/14). Ebenfalls ausgewiesen ist, dass die Kindsmutter sich zusammen mit ihrem Sohn am 13. März 2013 rückwirkend per 10. März 2015 bei der Gemeinde Q abgemeldet hat (vgl. act. 2/12, act. 2/13). Die Abmeldung der Beschwerdeführerin mit ihrem Sohn in



der Schweiz bzw. die entsprechende Anmeldung in Deutschland ist als klares Indiz für die Ablösung des schweizerischen Lebensmittelpunktes durch den deutschen Lebensmittelpunkt anzusehen (vgl. OGer ZH LE130061 vom 15. April 2014 E. 2.5; BGer 5A_509/2012 vom 20. August 2012 E. 6). Auch wenn die Kindsmutter und ihr Sohn zum Zeitpunkt der Verfügung der KESB A am 12. bzw. 13. März 2015 erst wenige Tage in Deutschland wohnten, hat die Kindsmutter mit der Anmeldung in Deutschland und der Abmeldung in der Schweiz manifestiert, dass die Aufenthaltsbegründung in Deutschland auf längere Dauer ausgerichtet sei und dass sie dort ihren neuen Lebensmittelpunkt begründen wolle. Dies scheint der Vorinstanz bereits bekannt gewesen zu sein. Jedenfalls führte sie in der angefochtenen Verfügung vom 13. März 2015 in Ziffer 5 zum Sachverhalt aus, dass die Kindsmutter am 9. März 2015 aus der Liegenschaft in Q ausgezogen und das Wohnhaus geräumt sei. Ebenso wenig strebte die Kindsmutter mit dem Wegzug aus der Schweiz nach Deutschland auch nicht mehr einen kurzfristigen oder vorübergehenden Aufenthalt bzw. eine Ferienanwesenheit in Deutschland an. Solches hatte sie in den vergangenen Jahren und Monaten ihrer belasteten Beziehung mit dem Kindsvater gelegentlich insofern getan, als sie dann tage- und wochenweise zu ihrer Mutter nach Deutschland flüchtete. Dies war indes regelmässig als (Beziehungs-)Auszeit ersichtlich und ging gerade nicht mit einer Anmeldung in Deutschland und einer Abmeldung in der Schweiz einher. Im Übrigen war allen Verfahrensbeteiligten bekannt, dass die Kindsmutter bereits seit geraumer Zeit einen Umzug in ihr Heimatland in Erwägung zog und solches nun aufgrund der sich zuspitzenden Situation in der Schweiz mit dem Wechsel ihres Wohnsitzes nach Deutschland vollzog. Dies mag aus Sicht der Beschwerdegegner zwar stossend sein, ist gesetzlich indes ohne Weiteres zulässig. Dass es ihr nicht nur an einem kurzfristigen Aufenthalt in Deutschland gelegen ist, sondern sie mit ihrem Sohn dort dauerhaft zu leben gedenkt, zeigt sich sodann auch daran, dass sie seit der Anmeldung in Deutschland im März 2015 ununterbrochen in V lebt und eine Rückkehr in die Schweiz kein Thema ist. Angesichts dieser Ausgangslage lässt sich die Begründung eines (neuen) gewöhnlichen Aufenthalts in Deutschland nicht ernsthaft bestreiten. Dass die Kindsmutter mit ihrem Sohn zu ihrer Mutter zog und die Vorinstanz gemäss ihren Angaben im Verfügungszeitpunkt keine gesicherten Informationen über den Aufenthaltsort der Kindsmutter hatte, vermögen an der beabsichtigten Dauerhaftigkeit der Anwesenheit in Deutschland sowie deren Bestimmung, dort einen neuen



Lebensmittelpunkt zu begründen, nichts zu ändern. Im Ergebnis ist demnach festzuhalten, dass die Kindsmutter und ihr Sohn ihren gewöhnlichen Aufenthalt im Sinne von Art. 5 HKsÜ bereits am 10. März 2015 nach Deutschland verlegt und damit die Zuständigkeit der Behörden und Gerichte in Deutschland begründet haben.

d) Entgegen den Ausführungen des Kindsvaters lässt sich auch keine Zuständigkeit der schweizerischen Behörden und Gerichte gestützt auf Art. 7 HKsÜ herleiten, weil es an einem widerrechtlichen Verbringen des Kindes im Sinne der genannten Norm fehlt. Die Kindsmutter hatte zum Zeitpunkt des Umzugs nach Deutschland die alleinige elterliche Sorge inne. Diese umfasst insbesondere das Aufenthaltsbestimmungsrecht des Kindes (Art. 301a Abs. 1 ZGB), weshalb sie denn auch als Inhaberin der alleinigen elterlichen Sorge berechtigt war, ohne Zustimmung des Kindsvaters am 10. März 2015 mit dem Kind ins Ausland zu ziehen. Der Umstand, dass die Kindsmutter den Kindsvater und die KESB A über den Wechsel des Aufenthaltsortes von ihr und dem Kind erst nach dem 10. März 2015 informiert hat, stellt zwar eine Verletzung der sie treffenden Informationspflicht dar (vgl. Art. 301a Abs. 3 und 4 ZGB). In seiner Schwere kann es indes nicht als derart rechtsmissbräuchliches Verhalten der Kindsmutter gewichtet werden, dass darin ein die Zuständigkeit von Schweizer Behörden und Gerichte begründendes widerrechtliches Verbringen des Kindes im Sinne der genannten Bestimmung erblickt werden müsste (Art. 301a Abs. 1 und 2 lit. a ZGB e contrario).

e) Schliesslich sieht der vom Kindsvater vorgebrachte Art. 13 HKsÜ vor, dass die zur Anordnung von Kindesschutzmassnahmen zuständigen Behörden ihre Zuständigkeit nicht ausüben, falls bei Verfahrenseinleitung entsprechende Massnahmen bei vormals zuständigen Behörden eines andern Vertragsstaats beantragt worden sind und noch geprüft werden. Diese Bestimmung erfasst indes nur jene Instanz, die im Zeitpunkt des Wechsels des gewöhnlichen Aufenthalts tatsächlich mit entsprechenden Massnahmen befasst ist (BGer 5A_313/2014 vom 9. Oktober 2014 E. 3 mit Hinweisen). Mithin regelt Art. 13 HKsÜ Zuständigkeitskonflikte unter Behörden, die aufgrund von Art. 5 bis 10 HKsÜ zuständig sind. Die Bestimmung will damit widersprechende Entscheidungen verhindern, wenn Behörden mehrerer Staaten gleichzeitig um Schutzmassnahmen ersucht werden (FamKomm Erwachsenenschutz/Guillaume, 2013, N 98 zum Artikelkommentar HKsÜ). Ein solcher Fall liegt hier nicht vor. Vielmehr entfällt infolge der grenzüberschreitenden Verlegung des gewöhnlichen Aufenthaltes der Kindsmutter



und deren Sohn nach Deutschland ohne Weiteres die schweizerische Zuständigkeit (vgl. Art. 5 Abs. 2 HKsÜ; vgl. E. 2 lit. b und c). Dies gilt insbesondere auch dann, wenn – wie vorliegend – im Zeitpunkt des Wegzugs bereits Schutzmassnahmen beantragt waren und die Rechtsmittelinstanz über freie Kognition in Sachverhalts- und Rechtsfragen verfügt (vgl. BGer 5A_622/2010 vom 27. Juni 2011 E. 3; BGE 132 III 586 E. 2.3.1; Schwander, Kindes- und Erwachsenenschutz im internationalen Verhältnis, AJP 2014, 1351, 1363).

f) Damit steht fest, dass die Kindsmutter und das Kind ihren gewöhnlichen Aufenthalt am 10. März 2015 von der Schweiz nach Deutschland verlegten und die KESB A im Verfügungszeitpunkt am 12. bzw. 13. März 2015 weder örtlich, noch sachlich noch funktional zum Erlass der beiden angefochtenen Verfügungen zuständig war. Die Zuständigkeit von Schweizer Behörden und Gerichte ist mit dem Wechsel des gewöhnlichen Aufenthaltes von Mutter und Kind ins Ausland dahingefallen, weshalb die Verwaltungsrekurskommission letztlich zur (materiellen) Beurteilung auch nicht mehr zuständig wäre, selbst wenn – was oben indes bereits verneint worden ist – die KESB A zum Erlass der streitigen Verfügungen zuständig gewesen wäre.

3.-Fehlerhafte Verwaltungsakte sind in der Regel nicht nichtig, sondern bloss anfechtbar, und sie erwachsen dementsprechend durch Nichtanfechtung in Rechtskraft. Nach der Rechtsprechung ist eine Verfügung nichtig, wenn der ihr anhaftende Mangel besonders schwer und offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar ist und die Rechtssicherheit durch die Annahme der Nichtigkeit nicht ernsthaft gefährdet wird. Als Nichtigkeitsgründe fallen vorab funktionelle und sachliche Unzuständigkeit der entscheidenden Behörde sowie schwer wiegende Verfahrensfehler in Betracht. Inhaltliche Mängel einer Verfügung oder eines Entscheids führen nur ausnahmsweise zur Nichtigkeit (vgl. BGE 138 II 501 E. 3.1; BGE 137 I 273 E. 3.1; BGE 137 III 217 E. 2.4.3; BGE 136 II 489 E. 3.3; BGer 2C_596/2012 vom 19. März 2013 und BGer 2C_657/2014 vom 12. November 2014). Die Nichtigkeit von Verfügungen und Entscheiden ist durch jede Behörde, die mit der Sache befasst ist, jederzeit und von Amtes wegen zu beachten. Sie kann auch im Rechtsmittelweg festgestellt werden. Ein ausdrücklicher Antrag wird dafür nicht vorausgesetzt (vgl. BGer 2C.522/2007 vom 28. April 2008 E. 3.1; BGE 132 II 342 E. 2.1 mit Hinweisen). Nichtigen Verfügungen geht jede Verbindlichkeit und Rechtswirksamkeit ab (vgl. BGE 132 II 342 E. 2.1).



Im Verfügungszeitpunkt (12. bzw. 13. März 2015) war die Vorinstanz – wie oben ausgeführt – weder örtlich, noch sachlich, noch funktional zum Erlass der streitigen Verfügungen zuständig, weil die Zuständigkeit mit dem Wechsel des Aufenthaltsortes des Kindes nach Deutschland untergegangen ist. Die Zuständigkeit zum Erlass solcher Verfügungen und Anordnungen lag im Verfügungszeitpunkt (und liegt entsprechend) seither bei den deutschen Behörden und Gerichten. Die Verfügungen der KESB A vom 12. und 13. März 2015 leiden zufolge offenkundiger Unzuständigkeit an einem schweren Mangel. Dieser stellt eine gravierende Fehlerhaftigkeit dar, welcher die Annahme der Nichtigkeit rechtfertigt. Praxisgemäss hat darüber ein Feststellungsentscheid zu ergehen (Tschannen/Zimmerli/Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 2014, S. 300; BGE 132 II 342 E. 2.3). Folge der vorinstanzlichen Unzuständigkeit im Verfügungszeitpunkt ist, dass auch die Verwaltungsrekurskommission zur (materiellen) Beurteilung der Beschwerde nicht mehr zuständig sein kann, weshalb auf die Beschwerde – abgesehen vom erwähnten Feststellungsentscheid – nicht eingetreten werden kann.

4.- a) Der Ausgang des Verfahrens (Feststellen der Unzuständigkeit der Vorinstanz und Aufhebung der angefochtenen Verfügungen vom 12. und 13. März 2015) ist faktisch als vollständiges Obsiegen der Beschwerdeführerin zu werten und entspricht einem Schutz der Beschwerde. Die amtlichen Kosten sind entsprechend der unterliegenden KESB A zu zwei Dritteln und dem Kindsvater zu einem Drittel aufzuerlegen (Art. 95 Abs. 1 VRP). Eine Entscheidgebühr von Fr. 1'500.– ist angemessen (vgl. Art. 7 Ziff. 122 der Gerichtskostenverordnung, sGS 941.12). Ausnahmsweise wird auf die Erhebung der sie treffenden Kostenanteile bei beiden Beschwerdegegnern verzichtet (Art. 95 Abs. 3 VRP).

b) Entsprechend dem Ausgang des Verfahrens hat die anwaltlich vertretene Beschwerdeführerin Anspruch auf eine volle ausseramtliche Entschädigung (Art. 98 Abs. 1 und Art. 98^{bis} VRP); ein Entscheid über den Antrag der Beschwerdeführerin auf unentgeltliche Rechtspflege erübrigt sich damit (vgl. R. Hirt, Die Regelung der Kosten nach st. gallischem Verwaltungsrechtspflegegesetz, Diss. St. Gallen 2004, S. 249, Anmerkung 38 mit weiteren Hinweisen). Die Rechtsvertreterin hat eine Honorarnote über Fr. 5'616.– eingereicht. Diese erweist sich indes als überhöht. Vor der Verwaltungsrekurskommission wird das Honorar als Pauschale ausgerichtet; die untere



Grenze liegt bei Fr. 1'000.-- und die obere bei Fr. 12'000.-- (Art. 22 Abs. 1 lit. b der Honorarordnung für Rechtsanwälte und Rechtsagenten, sGS 963.75, abgekürzt: HonO). Im vorliegenden Fall war das Prozessthema eingeschränkt auf die Frage der Zuständigkeit der schweizerischen Behörden und Gerichte und der notwendige anwaltliche Aufwand ist denn auch nur diesbezüglich zu entschädigen. Der Aktenumfang ist durchschnittlich. Die fehlende Zuständigkeit der Vorinstanz im Verfügungszeitpunkt war unter den dargelegten Umständen leicht zu erkennen. Auf jeden Fall legten bereits die am 10. März 2015 erfolgte Anmeldung von Mutter und Sohn in V, als auch die rückwirkend per 10. März 2015 erfolgte Abmeldung von Q nach Deutschland ohne Weiteres die Vermutung nahe, dass Mutter und Kind ihren Lebensmittelpunkt vor Eröffnung der vorinstanzlichen Verfügungen nach Deutschland verlegt hatten und die Vorinstanz bereits daher nicht mehr zum Erlass der streitigen Verfügungen zuständig sein konnte. Bereits im Zeitpunkt der Beschwerdeerhebung sprach vieles dafür, dass die Mutter und Kind mit der Absicht des dauernden Verbleibs - und nicht etwa nur für eine kurze Zeit - nach Deutschland gezogen waren und dass die Mutter als alleinige Inhaberin der elterlichen Sorge auch berechtigt war, den Aufenthaltsort des Sohnes zu bestimmen und den Aufenthaltsortwechsel vorzunehmen. Unschwer zu erkennen war auch, dass die Verfügungen für sofort vollstreckbar erklärt wurden bzw. darin einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung nicht entzogen worden waren, mit der Folge, dass die Anordnungen für die Dauer eines allfälligen Beschwerdeverfahrens keine Wirkungen entfalten konnten. Fraglich konnte mit Blick auf die Zuständigkeit schweizerischer Behörden und Gerichte im Wesentlichen daher einzig noch sein, ob Mutter und Kind ihren Aufenthalt mit der Absicht des dauerhaften Verbleibs in Deutschland gewechselt hatten. Insofern war das Prozessthema überschaubar und die Sach- und Rechtslage denn auch klar. Damit ist aber auch gesagt, dass namentlich die Aufwände und (wiederholten) Ausführungen der Rechtsvertreterin zur eingeschränkten Akteneinsicht vor der Vorinstanz mit Blick auf das Prozessthema ohne Belang waren. Diese Einwände hätten im Rahmen einer (materiellen) Prüfung der Rechtmässigkeit der streitigen Verfügungen eine Rolle gespielt. Mit Blick auf die sich im Wesentlichen noch stellende Frage, ob der Wechsel des Aufenthaltsortes von Dauer oder nur für kurze Zeit erfolgt sei, spielen sie indes keine Rolle. Angesichts der konkreten Umstände des Falles erscheint ein Honorar von pauschal Fr. 3'000.- (inkl. Barauslagen und Mehrwertsteuer) angemessen (vgl. Art. 19



St.Galler Gerichte

HonO). Entschädigungspflichtig sind die Vorinstanz zu zwei Dritteln und der Kindsvater zu einem Drittel (Art. 98^{bis} VRP).

c) Zu prüfen bleibt noch der Antrag des Kindsvaters auf Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Rechtsverteidigung durch die von ihm mandatierte Rechtsanwältin. Darüber hat der Abteilungspräsident zu befinden (Art. 13 lit. d des Reglements über den Geschäftsgang der Verwaltungsrekurskommission, sGS 941.223).

Für die Beurteilung der unentgeltlichen Rechtspflege sind in Anwendung von Art. 99 Abs. 2 VRP die entsprechenden Vorschriften der Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (SR 272, abgekürzt: ZPO) sachgemäss anzuwenden. Nach Art. 117 ZPO hat eine Person Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt (lit. a) und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (lit. b). Die Frage der Zuständigkeit der KESB A ist – wie dargelegt – zu verneinen und die fehlende Zuständigkeit war auch ohne Weiteres ersichtlich. Jedenfalls waren sowohl die am 10. März 2015 in V erfolgte Anmeldung von Mutter und Kind, als auch deren am 13. März 2015 rückwirkend per 10. März erfolgte Abmeldung von Q ins Ausland aus den Akten unschwer ersichtlich. Bekannt war auch der Umstand, dass die Kindsmutter sowohl im Zeitpunkt des Wegzugs bzw. des Wechsels des Aufenthaltsortes nach Deutschland alleinige Inhaberin der elterlichen Sorge und entsprechend dazu berechtigt war, da das Aufenthaltsbestimmungsrecht über Z davon erfasst wird. Unschwer erkennbar war auch, dass sich daran selbst mit den im Streit liegenden (nichtigen) Verfügungen nichts geändert hätte, weil kein Anwendungsfall i.S. von Art. 450c ZGB vorliegt. Ebenso wurden die Beteiligten auf die sich im vorliegenden Verfahren offenkundig stellenden internationalen Zuständigkeitsfragen und den Umstand, dass die Zuständigkeit von Schweizer Behörden und Gerichte mehr als fraglich sei, hingewiesen. Letzteres auch unter Hinweis auf die massgebliche Lehre und Rechtsprechung. Die Sach- und Rechtslage war mit anderen Worten derart klar, so dass die vom Kindsvater gestellten Anträge auch bei einer summarischen, auf Glaubhaftmachen beschränkten Prüfung von Anfang an als aussichtslos im Sinne von Art. 117 lit. b ZPO und der hierzu ergangenen bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu bezeichnen sind (vgl. BSK ZPO-Rüegg, 2. Aufl. 2013, N 18 f. zu Art. 117 ZPO mit Hinweisen). Entsprechend besteht auch kein Anlass für die Bestellung einer



unentgeltlichen Rechtsverteidigung, zumal die von der Rechtsprechung hierzu aufgestellten Kriterien (vgl. BGE 130 I 180 E. 2.2; BGer 5A_395/2012 vom 16. Juli 2012) auch nicht erfüllt sind. Das Gesuch des Kindsvaters um unentgeltliche Prozessführung und Rechtsverteidigung ist dementsprechend abzuweisen.

Präsidialverfügung:

Das Gesuch des Kindsvaters um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und Prozessvertretung wird abgewiesen.

Entscheid auf dem Zirkulationsweg

(Art. 11 lit. a EG-KES in Verbindung mit Art. 58 Abs. 1 VRP, Art. 22 Abs. 3 VRP sowie Art. 8^{bis} lit. b des Reglements über den Geschäftsgang der Verwaltungsrekurskommission, sGS 941.223):

1. Es wird festgestellt, dass für einen Entscheid betreffend die elterliche Sorge über das

Kind Z, geb. 2013, welche zur Zeit der Kindsmutter alleine zusteht, keine schweizerische

Zuständigkeit mehr besteht und die Zwischenverfügung der KESB A vom 12. März 2015

sowie deren Verfügung vom 13. März 2015 nichtig sind. Im Übrigen wird auf die

Beschwerde nicht eingetreten.

2. Die amtlichen Kosten von Fr. 1'500.– werden der KESB A zu zwei Dritteln und Y zu

einem Drittel auferlegt; auf die Erhebung der Kosten wird verzichtet.

3. Die KESB A und Y haben die Beschwerdeführerin im Verhältnis zwei Drittel

(KESB) und ein Drittel (Y) mit Fr. 3'000.– (inkl. MWSt und Barauslagen) zu entschädigen.