

# **SO\_GERICHTE ZKBER.2020.4 vom 4. Mai 2020**

SO Obergericht, 2020-05-04, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/so\\_gerichte\\_ZKBER.2020.4](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/so_gerichte_ZKBER.2020.4)

FR: SO\_GERICHTE ZKBER.2020.4 du 4 mai 2020

IT: SO\_GERICHTE ZKBER.2020.4 del 4 maggio 2020

## **Regeste**

Art. 1 lit. a ZPO und Art. 59 Abs. 2 lit. b ZPO. Qualifizierung des Pflegevertrags als Institut des Privatrechts. Daraus resultierende Streitigkeiten unterliegen unabhängig davon, ob eine der Vertragsparteien eine Körperschaft des öffentlichen Rechts darstellt, einer zivilgerichtlichen Beurteilung.

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Die Vorderrichterin erwog zusammengefasst und im Wesentlichen, es mangle aufgrund der fehlenden Zuständigkeit des angerufenen Gerichts an einer Prozessvoraussetzung, weshalb auf die Klage nicht eingetreten werden könne. Das angerufene Gericht sei nicht zuständig, da es sich bei der Klage nicht um eine zivilrechtliche Streitigkeit gemäss Art. 1 lit. a der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO, SR 272), sondern um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit handle. Ob eine Streitigkeit öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Natur sei, werde nach den bundesgerichtlich festgelegten Theorien entschieden (Subordinations-, Funktions- und Interessentheorie). Im Einzelfall sei dabei jene Theorie heranzuziehen, welche sich am besten zur Beantwortung der konkreten Frage eigne. Es liege eine Klage aus Pflegevertrag vor. Gemäss Subjekts- und Subordinationstheorie liege keine zivilrechtliche Streitigkeit vor. Den Parteibefragungen könne entnommen werden, dass die KESB die Entgeltlichkeit im Rahmen der Kinderschutzmassnahmen und die zuständige Sozialbehörde die Höhe der Entgeltlichkeit festlege. Demzufolge seien nicht Ansprüche zwischen Trägern privater Rechte und zwischen gleichgeordneten Rechtssubjekten zu regeln. Des Weiteren liege im Sinne der Funktionstheorie eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vor, da die Sozialbehörde von der KESB in hoheitlicher Funktion angewiesen wurde, Kostengutsprache für die Kinderschutzmassnahmen zu erteilen. Das Zivilgericht sei folglich nicht zuständig, einen allfälligen Pflegelohn festzulegen und es wäre an der Klägerin gewesen, beim zuständigen Gemeinwesen eine Verfügung zu verlangen und diese, falls nötig, an die nächste Instanz weiter zu ziehen. Schlussendlich müsse die Interessentheorie nicht herangezogen werden, da sich der öffentlich-rechtliche Charakter der Streitigkeit aus der Subjekts-, Subordinations- und Funktionstheorie ergebe.

### **E. 2**

BV verletzt worden. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung werde insbesondere verlangt, dass die Gerichte die rechtserheblichen Vorbringen der Parteien anhören und bei der Entscheidungsfindung berücksichtigen.

Des Weiteren rügt sie, die Vorinstanz habe das Recht unrichtig angewendet. Die vorinstanzlichen Erwägungen, weshalb keine zivilrechtliche Streitigkeit vorliege, seien

unzutreffend. Die Vorinstanz habe es unterlassen, zu prüfen, welcher Natur der Streitgegenstand sei und habe sich auf die Prüfung der Akteure beschränkt. Sie habe weder den Inhalt des Pflegeverhältnisses noch das Verhältnis der Parteien untereinander einer konkreten Prüfung unterzogen. Nach einhelliger Lehre enthalte der Pflegevertrag familien- und auftragsrechtliche Elemente. Die Entstehung und Rechtswirkung des Pflegevertrags richte sich nach Privatrecht, selbst wenn das Kind behördlich platziert werde. Der Pflegevertrag könne zudem formlos abgeschlossen werden. Gemäss Lehre sei bei einem Rechtsstreit über den Bestand, Umfang oder Inhalt des Pflegegeldes der Weg des ordentlichen Zivilprozesses einzuschlagen. Ein solcher Rechtsstreit liege vor.

Bei der Frage, ob ein privatrechtlicher oder öffentlich-rechtlicher Vertrag vorliege, sei der Gegenstand des dadurch geregelten Rechtsverhältnisses massgebend. Die Subordinationstheorie biete bei der Beurteilung meist keine Hilfe, weil sowohl der privatrechtliche, wie auch der verwaltungsrechtliche Vertrag auf einer gemeinsamen Willensäusserung beruhe. Die Platzierung des Kindes bei der Berufungsklägerin wirke nicht hoheitlich, da eine Platzierung ohne Zustimmung der Pflegeeltern undenkbar sei. Da die Vertragsparteien gleichgeordnet seien, liege keine Subordination vor. Der Pflegevertrag modifiziere ein familienrechtliches Verhältnis und regle somit private Interessen. Gemäss Interessentheorie liege somit eine privatrechtliche Streitigkeit vor. Ferner stelle die Aufnahme eines Pflegekindes keine Ausübung einer öffentlichen Tätigkeit dar und erfülle auch keine Verwaltungsaufgabe, weshalb der Pflegevertrag gemäss Funktionstheorie nicht öffentlich-rechtlicher Natur sei. Der Begründung der Vorinstanz zur Funktionstheorie könne sodann nicht gefolgt werden. Nach der Vorinstanz liege gemäss Funktionstheorie, aufgrund der hoheitlichen Anweisung der KESB gegenüber den Sozialen Diensten Oberer Leberberg, eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vor. Die Vorinstanz habe verkannt, dass diese Anweisung nichts über das Verhältnis zwischen der Berufungsklägerin und der Berufungsbeklagten aussage. Die Vorinstanz führe nicht aus, worin beim Pflegevertrag die öffentliche Aufgabe bestehe. Es liege folglich nach der Subordinations-, Funktions- und Interessentheorie eine privatrechtliche Streitsache vor.

### **E. 3**

Abs. 2 lit. b PAVO Muster für Pflegeverträge zur Verfügung stellen. Der Schuldner des Pflegegeldes ist der Vertragspartner der Pflegeeltern. Wird das Kind auf Wunsch der Eltern bei Pflegeeltern untergebracht, sind die Eltern Vertragspartei. Erfolgt die Fremdplatzierung aufgrund behördlicher Anordnung, ist gegenüber den Pflegeeltern das Gemeinwesen Schuldner, welches aber auf die Eltern zurückgreifen kann (Christiana Fountoulakis/Peter Breitschmid in: Geiser/Fountoulakis [Hrsg.]: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Basel 2018, Art. 294 N 1 und 2).

5.5 Fehlt eine gesetzliche Qualifizierung des Vertrags, sind die allgemeinen Theorien zur Abgrenzung von öffentlichem Recht und Privatrecht heranzuziehen. Wie die Berufungsklägerin richtigerweise ausführt, bietet die Subordinationstheorie meist keine Hilfe, weil der privatrechtliche wie der verwaltungsrechtliche Vertrag auf gemeinsamen Willenserklärungen beruhen. Die Parteien sind beim verwaltungsrechtlichen Vertrag ebenso gleichberechtigt wie beim privatrechtlichen Vertrag, es liegt somit auch beim öffentlich-rechtlichen Vertrag kein Subordinationsverhältnis vor. Relevant sind deshalb die Funktions- und Interessentheorie, die auf den Inhalt des staatlichen Handelns abstellen. Das massgebliche Kriterium ist folglich der Gegenstand der durch den Vertrag geregelten Rechtsbeziehungen respektive Rechtsverhältnisse. Ein Vertrag ist öffentlich-rechtlicher

Natur, wenn er unmittelbar der Erfüllung öffentlicher Aufgaben dient. Verfolgt der Vertrag nur mittelbar öffentliche Interessen, liegt ein privatrechtlicher Vertrag vor. Die Stellung der an dem Vertrag beteiligten Rechtssubjekte spielt keine Rolle. Ob eine Vertragspartei eine Person des öffentlichen Rechts ist oder über hoheitliche Befugnisse verfügt, ist für die Rechtsnatur des Vertrags nicht von Belang (Ulrich Häfelin et al.: Allgemeines Verwaltungsrecht: Zürich/St. Gallen 2016, N 1292 ff.).

5.6 Im vorliegenden Fall besteht der Streitgegenstand aus einem Pflegevertrag zwischen einer Körperschaft des öffentlichen Rechts und einer natürlichen Person. Zumal es sich hierbei, unabhängig von der privatrechtlichen oder öffentlich-rechtlichen Natur um einen Vertrag und nicht etwa um eine Verfügung handelt, ist das Subordinationsverhältnis zu verneinen. Nach der Funktions- und Interessentheorie ist ein Vertrag nur dann öffentlich-rechtlicher Natur, wenn er unmittelbar im öffentlichen Interesse liegt und unmittelbar der Erfüllung öffentlicher Interessen dient. Der Pflegevertrag dient hauptsächlich der Regelung der Rechte und Pflichten von Pflegeeltern gegenüber den Inhabern des Aufenthaltsbestimmungsrechts des Kindes. Er dient somit nicht der unmittelbaren Erfüllung öffentlicher Aufgaben und liegt ebenso wenig im unmittelbaren öffentlichen Interesse. Ferner sind zwei unterschiedliche Rechtsverhältnisse auseinanderzuhalten. Die Kostengutsprache wird gestützt auf die Sozialhilfegesetzgebung und somit auf öffentlich-rechtlicher Basis erteilt. Der Pflegevertrag hingegen richtet sich nach zivilrechtlichen Regeln. Es handelt sich beim Pflegevertrag, unabhängig davon, ob eine der Vertragsparteien eine Körperschaft des öffentlichen Rechts darstellt, um einen privatrechtlichen Vertrag. Sowohl die Entstehung wie auch die Rechtswirkungen des Pflegevertrags richten sich nach privatrechtlichen Regeln. Für die Natur der Rechtsbeziehung der Vertragspartner ist ferner unbeachtlich, dass die staatliche Behörde nicht ohne Begründung von den kantonalen Richtlinien bezüglich der Höhe des Pflegegeldes abweichen darf (Lucie Mazenauer/Sybille Gassner: Der Pflegevertrag, in: FamPra 2014 S. 274 ff. mit Verweis auf Karin Anderer: Das Pflegegeld in der Dauerfamilienpflege und die sozialversicherungsrechtliche Rechtsstellung der Pflegeeltern, Diss. Zürich/Basel/Genf 2012, Rz. 23; Maya Völkle, Die Begründung des Pflegeverhältnisses unter besonderer Berücksichtigung des neuen Kindesrechts, Diss. Basel 1978, S. 62; Hans Bättig, Die Pflegekinderaufsicht in Bund und Kantonen, Diss. Zürich 1984, S. 21 ff.). Die Rechtsprechung teilt die Auffassung der Lehre (Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 7. Oktober 2010 [VB.2010.00411], E. 4; Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Graubünden vom 18. Juni 2013 [U.12.132], E. 6; Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Aargau vom 22. März 2016 [WB.2015.387], E. 2.2).

5.7 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass für die Beurteilung der Frage, ob es sich bei einer bestimmten Klage um eine streitige Zivilsache handelt, die Natur des Streitgegenstands massgeblich ist, welche sich nach dem klägerischen Rechtsbegehren und dem von der Klägerin vorgebrachten Sachverhalt richtet. Nicht umstritten ist, dass es sich im vorliegenden Fall um eine Klage aus Pflegevertrag handelt. Der Streitgegenstand ist folglich ein Pflegevertrag. Der Pflegevertrag stellt, unabhängig davon, ob eine der Vertragsparteien eine Körperschaft des öffentlichen Rechts ist, gemäss Lehre und Rechtsprechung und im Sinne der Subordinations-, Funktions- und Interessentheorie einen privatrechtlichen Vertrag dar. Der Streitgegenstand ist somit privatrechtlicher Natur, womit eine streitige Zivilsache i.S.v. Art. 1 lit. a ZPO vorliegt. Die Fragen, ob tatsächlich ein

Vertrag existiert und ob die Berufungsbeklagte tatsächlich passivlegitimiert ist, sind nach materiellem Recht zu beurteilen und stellen keine Prozessvoraussetzungen nach Art. 59 ZPO dar. Wie die Berufungsklägerin richtigerweise vorbringt, ging die Vorinstanz bei der Prüfung der Prozessvoraussetzungen nicht auf die Rechtsnatur von Pflegeverträgen ein, obwohl dies zur Prüfung der Natur des Streitgegenstands nötig war. Die Vorinstanz ist folglich fälschlicherweise nicht auf die Klage eingetreten. Die Berufung ist gutzuheissen. Der vorinstanzliche Entscheid ist aufzuheben und die Sache zur Fortsetzung des Verfahrens an die Vorinstanz zurückzuweisen. Da das Verfahren weiterzuführen ist, wird das Amtsgericht mit dem Endentscheid auch über die Kosten nochmals zu befinden haben.

Zivilkammer, Urteil vom 4. Mai 2020 (ZKBER.2020.4)

### **E. 3.2**

Daraufhin reichte die Beklagte am 18. Juni 2018 Klageantwort ein. Sie beantragte zur Hauptsache, auf die Klage sei nicht einzutreten.

### **E. 3.3**

Mit Replik vom 16. August 2018 hielt die Klägerin an den Ausführungen gemäss Klage vom 3. April 2018 fest. Daraufhin reichte die Beklagte am 17. Oktober 2018 die Duplik ein, mit welcher sie an den Ausführungen gemäss Klageantwort vom 18. Juni 2018 festhielt. 4.1 Am 31. Oktober 2019 trat das Amtsgericht, aufgrund fehlender Zuständigkeit des Gerichts auf die Klage nicht ein. 4.2 Im Anschluss an die nachträgliche Zustellung der Entscheidbegründung erhob die Klägerin (im Folgenden: Berufungsklägerin) am 13. Januar 2020 beim Obergericht des Kantons Solothurn fristgerecht Berufung, mit folgendem Rechtsbegehren: 1. Der Nichteintretensentscheid (Ziffer 1-3) des Urteils vom 31. Oktober 2019 des Amtsgerichts Solothurn-Lebern sei aufzuheben und die Sache zur materiellen Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen, unter Kosten- und Entschädigungsfolge. 4.3 Gleichzeitig stellte die Berufungsklägerin beim Obergericht das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege. Am 17. Januar 2020 reichte sie zur Ergänzung des Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege die Beilage 5 nach. 4.4 Die Beklagte (im Folgenden: Berufungsbeklagte) reichte am 14. Februar 2020 fristgerecht Berufungsantwort mit folgenden Rechtsbegehren ein: 1. Die Berufung sei, soweit auf sie einzutreten ist, abzuweisen. 2. Das Gericht möge das Verfahren sistieren und auf eine einvernehmliche Lösung betreffend Zuständigkeit, wenn möglich auch betreffend Klageinhalt, hinwirken.

### **E. 4**

Unter Kosten- und Entschädigungsfolge.

### **E. 4.5**

Mit Stellungnahme vom 24. Februar 2020 hielt die Berufungsklägerin an den Ausführungen gemäss Berufung vom 13. Januar 2020 fest und ersuchte die Fortsetzung des Verfahrens. Wolle sich die Berufungsbeklagte im Wesentlichen der Klage unterziehen, könne darüber natürlich eine aussergerichtliche Vereinbarung abgeschlossen werden.

### **E. 4.6**

Der Antrag der Berufungsbeklagten auf Sistierung wurde mit Verfügung vom 25. Februar 2020 abgewiesen.

### **E. 5**

Für die Parteistandpunkte und die Erwägungen der Vorderrichterin wird grundsätzlich auf die Akten verwiesen. Soweit erforderlich, ist nachfolgend darauf einzugehen. II. 1. Die Vorderrichterin erwog zusammengefasst und im Wesentlichen, es mangle aufgrund der fehlenden Zuständigkeit des angerufenen Gerichts an einer Prozessvoraussetzung, weshalb auf die Klage nicht eingetreten werden könne. Das angerufene Gericht sei nicht zuständig, da es sich bei der Klage nicht um eine zivilrechtliche Streitigkeit gemäss Art. 1 lit. a der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO, SR 272), sondern um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit handle. Ob eine Streitigkeit öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Natur sei, werde nach den bundesgerichtlich festgelegten Theorien entschieden (Subordinations-, Funktions- und Interessentheorie). Im Einzelfall sei dabei jene Theorie heranzuziehen, welche sich am besten zur Beantwortung der konkreten Frage eigne. Es liege eine Klage aus Pflegevertrag vor. Gemäss Subjekts- und Subordinationstheorie liege keine zivilrechtliche Streitigkeit vor. Den Parteibefragungen könne entnommen werden, dass die KESB die Entgeltlichkeit im Rahmen der Kinderschutzmassnahmen und die zuständige Sozialbehörde die Höhe der Entgeltlichkeit festlege. Demzufolge seien nicht Ansprüche zwischen Trägern privater Rechte und zwischen gleichgeordneten Rechtssubjekten zu regeln. Des Weiteren liege im Sinne der Funktionstheorie eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vor, da die Sozialbehörde von der KESB in hoheitlicher Funktion angewiesen wurde, Kostengutsprache für die Kinderschutzmassnahmen zu erteilen. Das Zivilgericht sei folglich nicht zuständig, einen allfälligen Pflege Lohn festzulegen und es wäre an der Klägerin gewesen, beim zuständigen Gemeinwesen eine Verfügung zu verlangen und diese, falls nötig, an die nächste Instanz weiter zu ziehen. Schlussendlich müsse die Interessentheorie nicht herangezogen werden, da sich der öffentlich-rechtliche Charakter der Streitigkeit aus der Subjekts-, Subordinations- und Funktionstheorie ergebe. 2. Die Berufungsklägerin bringt gegen das erstinstanzliche Urteil vor, die Vorinstanz habe sich mit den Ausführungen der Berufungsklägerin zu den Prozessvoraussetzungen in keiner Weise auseinandergesetzt. Dadurch sei ihr rechtliches Gehör gemäss Art. 29 Abs. 2 BV verletzt worden. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung werde insbesondere verlangt, dass die Gerichte die rechtserheblichen Vorbringen der Parteien anhörten und bei der Entscheidungsfindung berücksichtigten. Des Weiteren rügt sie, die Vorinstanz habe das Recht unrichtig angewendet. Die vorinstanzlichen Erwägungen, weshalb keine zivilrechtliche Streitigkeit vorliege, seien unzutreffend. Die Vorinstanz habe es unterlassen, zu prüfen, welcher Natur der Streitgegenstand sei und habe sich auf die Prüfung der Akteure beschränkt. Sie habe weder den Inhalt des Pflegeverhältnisses noch das Verhältnis der Parteien untereinander einer konkreten Prüfung unterzogen. Nach einhelliger Lehre enthalte der Pflegevertrag familien- und auftragsrechtliche Elemente. Die Entstehung und Rechtswirkung des Pflegevertrags richte sich nach Privatrecht, selbst wenn das Kind behördlich platziert werde. Der Pflegevertrag könne zudem formlos abgeschlossen werden. Gemäss Lehre sei bei einem Rechtsstreit über den Bestand, Umfang oder Inhalt des Pflegegeldes der Weg des ordentlichen Zivilprozesses einzuschlagen. Ein solcher Rechtsstreit liege vor. Bei der Frage, ob ein privatrechtlicher oder öffentlich-rechtlicher Vertrag vorliege, sei der Gegenstand des dadurch geregelten Rechtsverhältnisses massgebend. Die Subordinationstheorie biete bei der Beurteilung meist keine Hilfe, weil sowohl der privatrechtliche, wie auch der verwaltungsrechtliche Vertrag auf einer gemeinsamen Willensäusserung beruhe. Die Platzierung des Kindes bei der Berufungsklägerin wirke nicht hoheitlich, da eine Platzierung ohne Zustimmung der Pflegeeltern undenkbar sei. Da die Vertragsparteien

gleichgeordnet seien, liege keine Subordination vor. Der Pflegevertrag modifiziere ein familienrechtliches Verhältnis und regle somit private Interessen. Gemäss Interessentheorie liege somit eine privatrechtliche Streitigkeit vor. Ferner stelle die Aufnahme eines Pflegekindes keine Ausübung einer öffentlichen Tätigkeit dar und erfülle auch keine Verwaltungsaufgabe, weshalb der Pflegevertrag gemäss Funktionstheorie nicht öffentlich-rechtlicher Natur sei. Der Begründung der Vorinstanz zur Funktionstheorie könne sodann nicht gefolgt werden. Nach der Vorinstanz liege gemäss Funktionstheorie, aufgrund der hoheitlichen Anweisung der KESB gegenüber den Sozialen Diensten Oberer Leberberg, eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vor. Die Vorinstanz habe verkannt, dass diese Anweisung nichts über das Verhältnis zwischen der Berufungsklägerin und der Berufungsbeklagten aussage. Die Vorinstanz führe nicht aus, worin beim Pflegevertrag die öffentliche Aufgabe bestehe. Es liege folglich nach der Subordinations-, Funktions- und Interessentheorie eine privatrechtliche Streitsache vor. 3. Die Berufungsbeklagte geht in der Berufungsantwort nicht auf die umstrittenen Fragen, ob eine streitige Zivilsache vorliegt und ob die Vorinstanz das rechtliche Gehör der Berufungsklägerin verletzt hat, ein. 4. Gemäss Art. 29 Abs. 2 BV respektive Art. 53 Abs. 1 ZPO haben die Parteien Anspruch auf rechtliches Gehör. Dieser Anspruch verpflichtet das Gericht, den Entscheid zu begründen. In der Begründung muss sich das Gericht jedoch nicht mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzen. Die Begründung muss lediglich so abgefasst sein, dass die entscheidwesentlichen Faktoren hinlänglich festgestellt und gewürdigt werden, so dass sich der Betroffene über die Tragweite des Urteils ein Bild machen und dieses sachgerecht anfechten kann (BGE 142 III 433 E. 4.3.2 mit Verweis auf BGE 136 I 184 E. 2.2.1, BGE 134 I 83 E. 4.1, BGE 133 III 439 E. 3.3). Das angefochtene Urteil wird diesen Anforderungen gerecht, indem nachvollziehbar dargelegt wird, aus welchen Überlegungen die Vorinstanz zu ihrem Urteil gelangte. Namentlich wird klar, aus welchen Gründen sie die Prozessvoraussetzungen als nicht erfüllt erachtet. Die Berufungsklägerin konnte das Urteil im Bewusstsein seiner Tragweite sachgerecht anfechten. Der Anspruch auf rechtliches Gehör wurde somit gewahrt.

### **E. 5.1**

Zu prüfen ist, ob die Vorinstanz fälschlicherweise aufgrund fehlender Zuständigkeit auf die Klage nicht eingetreten ist. Unumstritten ist, dass eine Klage aus Pflegevertrag vorliegt. Umstritten ist hingegen, ob die Klage aus Pflegevertrag zwischen einer staatlichen Behörde und einer Privatperson eine streitige Zivilsache gemäss Art. 1 lit. a ZPO darstellt und das vorinstanzliche Zivilgericht für deren Beurteilung zuständig ist.

### **E. 5.2**

Bei der Beurteilung dieser Frage ist die Rechtsnatur des Streitgegenstandes massgeblich, welcher durch das Klagebegehren und die klägerischen Sachvorbringen bestimmt wird. Grundsätzlich unerheblich ist, ob die Parteien als Privatpersonen oder öffentlich-rechtliche Körperschaften auftreten. Die Frage, ob eine Zivilsache vorliegt, ist im Rahmen der streitigen Zivilgerichtsbarkeit eine Prozessvoraussetzung nach Art. 59 ZPO, welche von Amtes wegen zu prüfen ist (Dominik Vock/Christoph Nater in: Karl Spühler et al. [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2017, Art. 1 N 3). Unumstritten ist, dass eine Klage aus Pflegevertrag vorliegt. Streitgegenstand gemäss Klagebegehren ist folglich ein Pflegevertrag. Zu untersuchen ist, ob die Klage aus Pflegevertrag eine zivilrechtliche Streitigkeit darstellt.

### **E. 5.3**

Bei der Abgrenzung zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht findet mehrheitlich die Subordinationstheorie Anwendung. Lehre und Praxis wenden allerdings die verschiedenen Theorien (Subordinations-, Interessen- und Funktionstheorie sowie modale Theorie) kombiniert im Sinne eines Methodenpluralismus auf den Einzelfall an. Das Bundesgericht prüft in jedem Einzelfall, welches Abgrenzungskriterium den konkreten Gegebenheiten am besten gerecht wird, um dem Umstand Rechnung zu tragen, dass der Unterscheidung zwischen privatem und öffentlichem Recht verschiedene Funktionen zukommen, je nach Regelungsbedürfnissen und Rechtsfolgen, die im Einzelfall in Frage stehen. Bei Vorliegen einer zivilrechtlichen Streitigkeit kann das Gericht auch öffentlich-rechtliche Vorfragen beurteilen (Dominik Vock/Christoph Nater in: Karl Spühler et al. [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2017, Art. 1 N 4).

### **E. 5.4**

Der Pflegevertrag wird weder im ZGB noch in der Verordnung über die Aufnahme von Pflegekindern (PAVO, SR 211.222.338) ausdrücklich geregelt. Gemäss Art. 294 Abs. 1 ZGB haben Pflegeeltern Anspruch auf ein angemessenes Pflegegeld, sofern nichts Abweichendes vereinbart ist oder sich eindeutig aus den Umständen ergibt. Unentgeltlichkeit ist nach Art. 294 Abs. 2 ZGB zu vermuten, wenn Kinder von nahen Verwandten oder zum Zweck späterer Adoption aufgenommen werden. Eltern bleiben gemäss Art. 276 Abs. 2 ZGB für ihr Kind unabhängig von einer allfälligen Fremdunterbringung unterhaltspflichtig. Aus diesem Grund haben die Pflegeeltern Anspruch auf ein angemessenes Pflegegeld, welches im formlos gültigen Pflegevertrag festzulegen ist. Demgemäss können die Kantone nach Art. 3 Abs. 2 lit. b PAVO Muster für Pflegeverträge zur Verfügung stellen. Der Schuldner des Pflegegeldes ist der Vertragspartner der Pflegeeltern. Wird das Kind auf Wunsch der Eltern bei Pflegeeltern untergebracht, sind die Eltern Vertragspartei. Erfolgt die Fremdplatzierung aufgrund behördlicher Anordnung, ist gegenüber den Pflegeeltern das Gemeinwesen Schuldner, welches aber auf die Eltern zurückgreifen kann (Christiana Fountoulakis/Peter Breitschmid in: Geiser/Fountoulakis [Hrsg.], Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Basel 2018, Art. 294 N 1 und 2).

### **E. 5.5**

Fehlt eine gesetzliche Qualifizierung des Vertrags, sind die allgemeinen Theorien zur Abgrenzung von öffentlichem Recht und Privatrecht heranzuziehen. Wie die Berufungsklägerin richtigerweise ausführt, bietet die Subordinationstheorie meist keine Hilfe, weil der privatrechtliche wie der verwaltungsrechtliche Vertrag auf gemeinsamen Willenserklärungen beruhen. Die Parteien sind beim verwaltungsrechtlichen Vertrag ebenso gleichberechtigt wie beim privatrechtlichen Vertrag, es liegt somit auch beim öffentlich-rechtlichen Vertrag kein Subordinationsverhältnis vor. Relevant sind deshalb die Funktions- und Interessentheorie, die auf den Inhalt des staatlichen Handelns abstellen. Das massgebliche Kriterium ist folglich der Gegenstand der durch den Vertrag geregelten Rechtsbeziehungen respektive Rechtsverhältnisse. Ein Vertrag ist öffentlich-rechtlicher Natur, wenn er unmittelbar der Erfüllung öffentlicher Aufgaben dient. Verfolgt der Vertrag nur mittelbar öffentliche Interessen, liegt ein privatrechtlicher Vertrag vor. Die Stellung der an dem Vertrag beteiligten Rechtssubjekte spielt keine Rolle. Ob eine Vertragspartei eine Person des öffentlichen Rechts ist oder über hoheitliche Befugnisse verfügt, ist für die Rechtsnatur des Vertrags nicht von Belang (Ulrich Häfelin et al.: Allgemeines

Verwaltungsrecht, Zürich/St. Gallen 2016, N 1292 ff.).

### **E. 5.6**

Im vorliegenden Fall besteht der Streitgegenstand aus einem Pflegevertrag zwischen einer Körperschaft des öffentlichen Rechts und einer natürlichen Person. Zumal es sich hierbei, unabhängig von der privatrechtlichen oder öffentlich-rechtlichen Natur um einen Vertrag und nicht etwa um eine Verfügung handelt, ist das Subordinationsverhältnis zu verneinen. Nach der Funktions- und Interessentheorie ist ein Vertrag nur dann öffentlich-rechtlicher Natur, wenn er unmittelbar im öffentlichen Interesse liegt und unmittelbar der Erfüllung öffentlicher Interessen dient. Der Pflegevertrag dient hauptsächlich der Regelung der Rechte und Pflichten von Pflegeeltern gegenüber den Inhabern des Aufenthaltsbestimmungsrechts des Kindes. Er dient somit nicht der unmittelbaren Erfüllung öffentlicher Aufgaben und liegt ebenso wenig im unmittelbaren öffentlichen Interesse. Ferner sind zwei unterschiedliche Rechtsverhältnisse auseinanderzuhalten. Die Kostengutsprache wird gestützt auf die Sozialhilfegesetzgebung und somit auf öffentlich-rechtlicher Basis erteilt. Der Pflegevertrag hingegen richtet sich nach zivilrechtlichen Regeln. Es handelt sich beim Pflegevertrag, unabhängig davon, ob eine der Vertragsparteien eine Körperschaft des öffentlichen Rechts darstellt, um einen privatrechtlichen Vertrag. Sowohl die Entstehung wie auch die Rechtswirkungen des Pflegevertrags richten sich nach privatrechtlichen Regeln. Für die Natur der Rechtsbeziehung der Vertragspartner ist ferner unbeachtlich, dass die staatliche Behörde nicht ohne Begründung von den kantonalen Richtlinien bezüglich der Höhe des Pflegegeldes abweichen darf (Lucie Mazenauer/Sybille Gassner: Der Pflegevertrag, in: FamPra 2014 S. 274 ff. mit Verweis auf Karin Anderer: Das Pflegegeld in der Dauerfamilienpflege und die sozialversicherungsrechtliche Rechtsstellung der Pflegeeltern, Diss. Zürich/Basel/Genf 2012, Rz. 23; Maya Völkle, Die Begründung des Pflegeverhältnisses unter besonderer Berücksichtigung des neuen Kindesrechts, Diss. Basel 1978, S. 62; Hans Bättig, Die Pflegekinderaufsicht in Bund und Kantonen, Diss. Zürich 1984, S. 21 ff.). Die Rechtsprechung teilt die Auffassung der Lehre (Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 7. Oktober 2010 [VB.2010.00411], E. 4; Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Graubünden vom 18. Juni 2013 [U.12.132], E. 6; Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Aargau vom 22. März 2016 [WB.2015.387], E. 2.2).

### **E. 5.7**

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass für die Beurteilung der Frage, ob es sich bei einer bestimmten Klage um eine streitige Zivilsache handelt, die Natur des Streitgegenstands massgeblich ist, welche sich nach dem klägerischen Rechtsbegehren und dem von der Klägerin vorgebrachten Sachverhalt richtet. Nicht umstritten ist, dass es sich im vorliegenden Fall um eine Klage aus Pflegevertrag handelt. Der Streitgegenstand ist folglich ein Pflegevertrag. Der Pflegevertrag stellt, unabhängig davon, ob eine der Vertragsparteien eine Körperschaft des öffentlichen Rechts ist, gemäss Lehre und Rechtsprechung und im Sinne der Subordinations-, Funktions- und Interessentheorie einen privatrechtlichen Vertrag dar. Der Streitgegenstand ist somit privatrechtlicher Natur, womit eine streitige Zivilsache i.S.v. Art. 1 lit. a ZPO vorliegt. Die Fragen, ob tatsächlich ein Vertrag existiert und ob die Berufungsbeklagte tatsächlich passivlegitimiert ist, sind nach materiellem Recht zu beurteilen und stellen keine Prozessvoraussetzungen nach Art. 59 ZPO dar. Wie die Berufungsklägerin richtigerweise vorbringt, ging die Vorinstanz bei der

Prüfung der Prozessvoraussetzungen nicht auf die Rechtsnatur von Pflegeverträgen ein, obwohl dies zur Prüfung der Natur des Streitgegenstands nötig war. Die Vorinstanz ist folglich fälschlicherweise nicht auf die Klage eingetreten. Die Berufung ist gutzuheissen. Der vorinstanzliche Entscheid ist aufzuheben und die Sache zur Fortsetzung des Verfahrens an die Vorinstanz zurückzuweisen. Da das Verfahren weiterzuführen ist, wird das Amtsgericht mit dem Endentscheid auch über die Kosten nochmals zu befinden haben.

#### **E. 6**

Beim vorliegenden Verfahrensausgang hat die Berufungsbeklagte die Kosten des Berufungsverfahrens von CHF 2'000.00 zu bezahlen.

#### **E. 7**

Sofern die Partei mit unentgeltlicher Rechtspflege obsiegt, hat sie die Parteientschädigung bei der Gegenpartei einzufordern. Es kann der volle Tarif verlangt werden. Die Berufungsbeklagte hat folglich der Berufungsklägerin für das Verfahren vor Obergericht eine Parteientschädigung in der Höhe von CHF 3'191.15 (inkl. MWST und Auslagen) zu bezahlen. Das Gesuch der Berufungsklägerin um unentgeltliche Rechtspflege kann bewilligt werden. Für den Betrag von CHF 2'324.15 besteht somit eine Ausfallhaftung des Staates.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.