Inhaltsübersicht

Einleitung 1

Teil 1: Konzept 9
§ 1 Konzept für ein kinderfreundliches Verfahren 11

Teil 2: Grundlagen 29
§ 2 Kinderfreundliche Verfahren als Teil einer europäischen Agenda 31
§ 3 Psychologische Grundlagen 49
§ 4 Rechtliche Grundlagen 75

Teil 3: Stellung und Mitwirkung des Kindes in einzelnen Verfahren 155
§ 5 Jugendstrafverfahren 157
§ 6 Familienrechtliche Verfahren 190
§ 7 Gesundheitsrechtliche Verfahren 245
§ 8 Schulrechtliche Verfahren 294
§ 9 Asylverfahren 328

Teil 4: Praktischer Teil 365
§ 10 Arbeitsvorlagen und Hinweise für die Praxis 367

Erstabzug

Erstabzug

Inhaltsverzeichnis

Einleitung 1

Teil 1: Konzept 9

§ 1 Konzept für ein kinderfreundliches Verfahren 11
A. Leitbild von Mitwirkung und besonderem Schutz 12
B. Stellung des Kindes im Verfahren 13
1. Kind als mitwirkende Person 13
2. Einheitlichkeit von Verfahrensregeln 14
3. Grundsätze zum Schutz des Kindes im Verfahren 15
C. Wer hat welche Aufgaben in einem Verfahren mit Kind? 16
1. Behörde: Information und Anhörung zur Berücksichtigung der übergeordneten Kindesinteressen (Kindeswohl) 16
2. Vertrauensperson: Begleitung und Unterstützung zur Stärkung des Wohlbefindens des Kindes 19
3. Fachperson: Vertretung des Kindes im Verfahren zur Einbringung und Wahrnehmung der Kindesinteressen (Kindeswille) 20
4. Eltern: Begleitung, Unterstützung und Vertretung 23
D. Rasche, kostenfreie Verfahren vor einer Fachbehörde 24
1. Fachbehörde 24
2. Rasche und kostenfreie Verfahren 25
E. Unabhängige Kontrollinstanz 26

Teil 2: Grundlagen 29

§ 2 Kinderfreundliche Verfahren als Teil einer europäischen Agenda . . . 31
A. Aktuelle Entwicklung in Europa 31
B. Leitlinien des Ministerkomitees des Europarates für eine kindgerechte Justiz (2010) 36
1. Leitbild eines freundschaftlichen Verhaltens 36
2. Wichtigste Inhalte der Leitlinien 37
3. Vorbildfunktion für die Schweiz 39
C. Praxisrelevanz in der Schweiz 40
D. Zwischen Denkkonzept, Notwendigkeit und Machbarkeit 46
1. Denkkonzept 46
2. Notwendigkeit 47
3. Machbarkeit 47

§ 3 Psychologische Grundlagen 49
A. Einleitung 49
B. Partizipation oder Mitwirkung von Kindern und Jugendlichen aus psychologischer Sicht 50
1. Zur Begrifflichkeit 50

Freiexemplar

2. Wie beurteilen Kinder und Jugendliche ihre Möglichkeiten der Mitwirkung? 53
3. Bedeutung der Mitwirkung für Kinder und Jugendliche 57
4. Warum Kinder und Jugendliche nicht einbezogen werden 59
5. Möchten Kinder und Jugendliche mitsprechen oder entscheiden? . . 61
C. Entwicklungspsychologische Voraussetzungen für eine Mitwirkung des Kindes 63
1. Wille des Kindes 63
2. Entscheidungskompetenz 65
3. Emotionale und psychosoziale Voraussetzungen 68
D. Merkpunkte für eine gelingende Mitwirkung des Kindes 69
1. Aufklärung über die Möglichkeiten der Mitwirkung 70
2. Aufklärung über die Problemlage 71
3. Erfragen des Wunsches nach Mitwirkung 72
4. Kinderfreundliche Gesprächsführung 72
E. Schlusswort 73

§ 4 Rechtliche Grundlagen 75
A. Einleitung 76
B. Mitwirkungsrechte – eine begrifflich-dogmatische Annäherung 76
1. Selbstbestimmungsrecht 77
2. Mitwirkungsrecht 78
3. Partei- und Prozessfähigkeit 78
4. Fazit 79
C. Mitwirkungsrecht und Schutz der übergeordneten Kindesinteressen als völker- und verfassungsrechtlich geschützte Kinderrechte 79
1. Recht auf Mitwirkung nach UN-Kinderrechtskonvention (1997) . . . 80
2. Recht auf Mitwirkung nach Art. 7 UN-Behindertenrechtskonvention 102
3. Recht auf Mitwirkung und Schutz der übergeordneten Kindesinteressen nach EMRK und weiteren jüngeren Konventionen des Europarates 106
4. Mitwirkungsrechte und Schutz der übergeordneten Kindesinteressen nach den internationalen Haager Übereinkommen 114
5. Besonderer Schutz der Kinder und Förderung ihrer Entwicklung nach Verfassungsrecht (Art. 11 BV) 118
D. Allgemeine Verfahrensgarantien des Völker- und des Verfassungsrechts 126
1. Internationale und nationale Verfahrensgarantien 126
2. Rechtliches Gehör und garantierter Zugang zum Verfahren als zentrale Garantien für ein Kind 132
3. Verhältnis der Verfahrensgarantien zu den spezifischen Kinderrechten (Art. 12 KRK und Art. 11 BV) 135
E. Mitwirkungs- und Selbstbestimmungsrechte als Persönlichkeitsrechte des Kindes 136
1. Das Kind als Träger von Persönlichkeitsrechten 137
2. Selbstbestimmungsrechte von Kindern 139
3. Auch urteilsunfähige Kinder haben Mitwirkungsrechte 149
F. Zusammenfassung der wichtigsten rechtlichen Grundlagen 150

Entwurf

Teil 3: Stellung und Mitwirkung des Kindes in einzelnen Verfahren 155

§ 5 Jugendstrafverfahren 157
A. Einleitung 159
B. Parteistellung der Jugendlichen 159
C. Wirkungen der Parteistellung 160
1. Rechtliches Gehör 160
2. Beauftragen einer Rechtsvertretung 161
3. Mitwirkungspflicht bei der Beweiserhebung 163
4. Eröffnung des Entscheids oder der Verfügung 165
5. Beschwerderecht 166
6. Kostenübernahme 167
7. Unentgeltliche Rechtspflege 168
D. Das selbstständig handelnde Kind 169
1. Parteifähigkeit 169
2. Prozessfähigkeit 170
E. Das vertretene Kind 171
1. Verhältnis zwischen Kind und gesetzlicher Vertretung 172
2. Verhältnis zwischen Kind und Vertrauensperson 174
F. Das mitwirkende Kind 176
1. Direkt betroffenes Kind 177
2. Zeuge 179
3. Auskunftsperson 182
G. Das Kind in der Mediation 184
1. «Angeleitetes Versöhnungsverfahren» 184
2. Voraussetzungen 184
3. Ablauf 185
4. Ausschlussgründe 186
5. Praktische Bedeutung 186
H. Zusammenfassung 187

§ 6 Familienrechtliche Verfahren 190
A. Einleitung 192
B. Parteistellung 192
1. Eherechtliche Verfahren 192
2. Kindesschutzverfahren 193
C. Wirkungen der Parteistellung 194
1. Rechtliches Gehör 194
2. Beauftragen einer Rechtsvertretung 195
3. Mitwirkungspflicht bei der Beweiserhebung und Zeugnisverweigerungsrecht 197
4. Eröffnung des Entscheids oder der Verfügung 199
5. Beschwerderecht 199
6. Kostenübernahme 202
7. Unentgeltliche Rechtspflege 202

Erstauflage

D. Das selbstständig handelnde Kind in den einzelnen Verfahren 204
1. Abstammungsverfahren 204
2. Adoptionsverfahren 206
3. Regelung der elterlichen Sorge, der Obhut, der Betreuung oder des persönlichen Verkehrs 209
4. Verfahren zur Rückführung des Kindes 210
5. Kindesschutzverfahren, insbesondere fürsorgerische Unterbringung 212
6. Verfahren betreffend Unterhaltsanspruch gegenüber den Eltern 214
E. Das vertretene Kind 215
1. Verhältnis zwischen Kind und gesetzlicher Vertretung 215
2. Verhältnis zwischen Kind und Fachperson 217
F. Das mitwirkende Kind 224
1. Mitwirkungsrechte 224
2. Zeuge 234
G. Das Kind in der Mediation 236
1. Direkte Beteiligung des Kindes 236
2. Indirekte Beteiligung des Kindes 238
H. Zusammenfassung 239

§ 7 Gesundheitsrechtliche Verfahren 245
A. Einleitung 247
1. Gesundheit und Mitwirkungsrechte 247
2. Potenzial für Interessenkollisionen 249
B. Völker- und grundrechtlicher Kontext 251
1. Kinderrechte in Gesundheitsbelangen nach UN-Kinderrechtskonvention 251
C. Mitwirkungsrechte im Gesundheitsbereich 259
1. Materielle Mitwirkungsrechte des Kindes 259
2. Vertretungsrechte der Eltern und ihre Grenzen 264
3. Bedeutung des Informed Consent für das Verfahren 268
D. Anwendungsbereiche 269
1. Schadenersatz- und Genugtuungsansprüche des direktgeschädigten Kindes 269
2. Genetische Untersuchungen bei Kindern 274
3. Zwangsbehandlungen und fürsorgerische Unterbringung 279
E. Verfahrens- und Mitwirkungsrechte im Gesundheitsbereich■Titel praktisch identisch mit C.■ 287
1. Rechtsgrundlagen 287
2. Zugang zum Verfahren 288
3. Kind als Partei 288
F. Zusammenfassung 290

§ 8 Schulrechtliche Verfahren 294
A. Einleitung 296
1. Schule und Rechte des Kindes 296
2. Die rechtliche Stellung des Kindes in der Schule 297

Fahnenkorrektur

B. Grundrechtskontext 298
1. Anspruch auf Grundschulunterricht (Art. 19 BV) 298
2. Glaubens- und Gewissensfreiheit (Art. 15 BV) 300
3. Schutz der Kinder und Jugendlichen (Art. 11 BV) 301
4. Grundrechtsmündigkeit 302
C. Anwendungsbereiche 304
1. Zugang zur Schule und zum Unterricht 304
2. Leistungsbewertungen 304
3. Massnahmen für Kinder mit besonderen Bedürfnissen 305
4. Disziplinarische Massnahmen 305
D. Verfahrensrecht im Schulbereich 306
1. Rechtsgrundlagen 306
2. Verfahrensgarantien 306
3. Verwaltungs- und Beschwerdeverfahren 307
4. Verfahrensmaximen 309
5. Verfahrensbeteiligte 309
E. Zugang zum Verfahren 313
1. Handeln der Behörden mittels Verfügung 313
2. Verfahren bei verfügungsfreiem Handeln 314
3. Beschwerdebefugnis 314
F. Mitwirkungsrechte 315
1. Mitwirkung des Kindes gemäss kantonalen Schulerlassen 315
2. Mitwirkung der Eltern gemäss kantonalen Schulerlassen 317
3. Organisierte Mitwirkung der Kinder in der Schule 319
4. Anspruch auf rechtliches Gehör gemäss Verfassung und Völkerrecht 320
G. Zusammenfassende Schlussbetrachtung 326

§ 9 Asylverfahren 328
A. Einleitung 329
B. Parteistellung des Kindes 330
1. Minderjährige Asylsuchende 330
2. Unbegleitete minderjährige Asylsuchende 331
C. Wirkungen der Parteistellung 332
1. Anspruch auf rechtliches Gehör 332
2. Recht auf Vertretung und Verbeiständung 335
3. Pflicht zur Mitwirkung bei Beweiserhebungen 336
4. Recht auf Prüfung und Begründung der Verfügung 338
5. Recht auf Beschwerde 339
6. Pflicht zur Kostenübernahme 339
7. Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege 340
D. Das selbstständig handelnde Kind 340
1. Parteifähigkeit 341
2. Prozessfähigkeit 341
E. Das vertretene Kind 342
1. Gesetzliche Vertretung bei der Einreise in die Schweiz 342
2. Mit der gesetzlichen Vertretung betraute Fachpersonen 344

Entwurf

F. Das mitwirkende Kind 355
1. Anhörung 355
2. Mitwirkungspflicht als Zeuge oder Auskunftsperson 358
G. Das Kind in der Mediation 359
H. Zusammenfassung 359

Teil 4: Praktischer Teil 365

§ 10 Arbeitsvorlagen und Hinweise für die Praxis 367
A. Zu den Quellen 367
B. Anhörung des Kindes 368
1. Einladungsbriefe an Kinder 369
2. Kindesanhörung den Eltern erklären 372
3. Kindesanhörung dem Kind erklären 373
4. Kindesanhörung – eine Leitlinie 374
5. Fragetechniken und -beispiele 378
6. Rahmenbedingungen und Ausstattung 379
7. Gesprächsnotiz einer Anhörung in einem Scheidungsverfahren 381
C. Kindesvertretung im Verfahren 385
1. Wann ist eine rechtliche Vertretung für das Kind angezeigt? 386
2. Verfügung einer Kindesvertretung (Eheschutzverfahren) 390
3. Zur Rolle der Kindesvertreterin oder des Kindesvertreters 391
D. Mediation 395
1. Was ist Mediation? 396
2. Wann kommt eine Mediation infrage? 397
E. Adressen, Links und Literaturhinweise 403
1. Ausgewählte Adressen und Links 403
2. Literaturhinweise für Kinder, Eltern sowie beteiligte Fachpersonen (Auswahl) 404

Erstabzug

«Damit Kinder wirklich partizipieren können, müssen Erwachsene den Mut haben, nach den Regeln der Kinder zu spielen.»[*]

Einleitung

Dieses Handbuch will die unterschiedlichen rechtlichen Stellungen eines Kindes in einem Verfahren vor einem Schweizer Gericht oder einer anderen Behörde aufzeigen. Darüber hinaus möchte es darlegen, wie ein Kind in jedem Verfahren, das seine Angelegenheiten betrifft, auf eine kinderfreundliche Art und Weise behandelt werden kann und soll. 1

Die Leitfrage für dieses Handbuch lautet deshalb: Wie kann ein Kind im Verfahren mitwirken und wie sollte es mitwirken können? 2

Unter dem Begriff «Kind» wird in dieser Publikation eine Person unter 18 Jahren gemäss Art. 1 KRK oder Art. 14 ZGB (Volljährigkeit) verstanden. Er dient als Oberbegriff für Kinder und Jugendliche. Nur dort, wo es rechtlich notwendig ist, die beiden Begriffe zu unterscheiden, wie beispielsweise im Jugendstrafrecht (§ 5), wird eine Differenzierung vorgenommen. 3

Die Begriffe «Mitwirkung», «Partizipation» oder «Beteiligung» (an einem Verfahren) werden in diesem Handbuch synonym verwendet. Als Oberbegriffe können diese Begriffe Folgendes umfassen: aktive physische Teilnahme, Mitsprache (Meinungsäusserung/Anhörung[1]), *Mit*bestimmung oder *Selbst*bestimmung i.S. einer Alleinentscheidung des Kindes. Dem Begriff der Mitwirkung wird in diesem Handbuch der Vorzug gegeben, denn dieser betont – im Vergleich zur Beteiligung – das Resultat: *Es ist eine Wirkung erwünscht.* Zudem handelt es sich nicht um ein Fremdwort wie der Terminus Partizipation.[2] Überdies ist der Begriff Mitwirkung bereits *verfahrensbezogen,* vgl. beispielsweise Mitwirkungspflicht bei der Beweiserhebung 4

[*] Elsbeth Müller, Geschäftsleiterin Unicef Schweiz.

[1] Nach BGE 131 III 553 E. 1.2.2 setzt die Anhörung semantisch eine sprachliche Äusserung voraus, während die Beobachtung allein dem Erfordernis nicht gerecht wird.

[2] Dies erfolgt im Bewusstsein darüber, dass der Terminus «Partizipation» im Zusammenhang mit Art. 12 KRK auch in der juristischen Alltagssprache öfters vorkommt, weil dieser dem internationalen Sprachgebrauch nähersteht (z.B. «Partizipationsartikel» nach Gerber Jenni, Platzierung, 160); s.a. § 4 Rz. ■ sowie zum Sprachgebrauch in der Psychologie § 3 Rz. ■.

Erstabzug

(Art. 160 ff. ZPO), Mitwirkung des Vertreters (Art. 12 StPO) oder Mitwirkungspflicht bei der Sachverhaltsfeststellung (Art. 8 AsylG).

5 Dieses Handbuch will dazu beitragen, dass Kinder und/oder ihre Rechtsvertreter sowie ihre Vertrauenspersonen möglichst gute Kenntnis über die Kinderrechte im Verfahren haben und diese Rechte gegebenenfalls auch wirkungsvoll und egalitär durchsetzen können. Mit der relativ neuen interdisziplinären Zusammensetzung der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden (KESB), die das Potenzial und die Intention haben, eine zentrale Rolle in einem kinderfreundlichen Verfahren zu spielen, und dem im Dezember 2018 geäusserten Willen des Bundesrates, die Kinder- und Jugendpolitik mit einigen wichtigen Massnahmen zu fördern,[3] besteht ein geeigneter Zeitpunkt für die Veröffentlichung eines praxisorientierten juristischen Handbuchs zur Mitwirkung des Kindes im Verfahren.

6 Das Handbuch soll dazu beitragen, die Mitwirkung des Kindes systematisch in allen wichtigen Lebensbereichen des Kindes (Familie, Gesundheit, Bildung, Asyl- und Jugendstrafwesen) sowie in allen seinen verschiedenen Elementen■?■ im Verfahren zu fördern. Dies erfolgt im Bewusstsein darum, dass es bereits Behörden gibt, die etwa eigene Leitlinien zur Kindesanhörung erfolgreich anwenden, und dass generell Bemühungen bestehen, zu einer kinderfreundlichen Anhörung beizutragen.[4] – Das Recht auf Anhörung in familienrechtlichen Verfahren oder in Kindesschutzverfahren umzusetzen, ist aber nur *eine von vielen* Herausforderungen, denen die Schweiz bisher erst ansatzweise nachgekommen ist.[5]

7 Der *erste Teil* des Handbuchs nimmt das Ziel vorweg und stellt ein *Konzept für ein kinderfreundliches Verfahren* vor. Entlang eines *Leitbildes von Mitwirkung und Schutz* soll ein Kind in einem Verfahren beteiligt sein und jederzeit mit Respekt, Sorgfalt und Fairness behandelt werden. Logisch vorgelagert sind die Forderungen,

---

3 Massnahmen zum Schliessen von Lücken bei der Umsetzung der Kinderrechtskonvention, Bericht des Bundesrates vom 19. Dezember 2018 in Folge der über 30 Empfehlungen des UN-Kinderrechtausschusses an die Schweiz vom 4. Februar 2015.

4 Interne Leitlinie der KESB des Kantons Bern zur Kindesanhörung im Sinne des rechtlichen Gehörs, 2014; vgl. SKMR-Studie 2017, 47; vgl. Bericht zur Umsetzung der Partizipation nach Art. 12 KRK in der Schweiz, SKMR 2019, im Ersch.■

5 Die Empfehlungen an die Schweiz vom 26. Februar 2015 lauten nach CRC/C/CHE/CO/2–4 u.a.: 1. Rückzug der Vorbehalte der Schweiz betr. systematische Schulung von Berufsgruppen zu Kinderrechten und zu Partizipationsmöglichkeiten, 2. Mehr Präventions- und Interventionsstrategien im Kindesschutz, 3. Mehr Koordination im Bereich Kindesschutz, 4. Fremdplatzierte Kinder, 5. Kind mit inhaftiertem Elternteil, 6. Autismus-Spektrum-Störung.

Erstauflage

dass Kinderrechte justiziabel sind und dass die Gerichte und Behörden für ein Kind hindernisfrei zugänglich sein müssen. Wird die Stellung des Kindes im Verfahren durch minimale, einheitliche rechtliche Rahmenbedingungen und einheitliche Grundsätze umschrieben *und* werden die Aufgaben der Beteiligten in einem Verfahren mit Kind funktionell und personell systematisch zugeordnet, so entsteht für alle Beteiligten mehr Rechtssicherheit und die Stellung des Kindes kann in jedem Verfahren verbessert werden. – Wäre es nicht wünschenswert, wenn gesamtschweizerisch im Hinblick auf jedes Verfahren bekannt wäre, was eine Vertrauensperson genau ist und welches ihre (gleichen) rechtlichen Voraussetzungen sind? Wäre es nicht beruhigend und dem Schutzbedürfnis von allen Kindern angemessen, wenn sie die Information hätten, dass ihnen eine Vertrauensperson zur Seite steht und dass diese sie durch ein Verfahren begleiten kann? Dass ein solches Leitbild von Schutz und Mitwirkung weder neu noch unrealistisch ist, zeigt sich etwa daran, dass seit dem 17. November 2010 die Leitlinien des Ministerkomitees des Europarates für eine kindgerechte Justiz vorliegen, die diesbezüglich unzweifelhaft eine Vorbildfunktion innerhalb Europas – auch in der Schweiz – haben.[6]

Der *zweite Teil* widmet sich den allgemeinen *psychologischen und rechtlichen Grundlagen* für die Mitwirkung eines Kindes im Verfahren. Das Kind soll im Verfahren seinen entwicklungspsychologischen Voraussetzungen entsprechend behandelt werden und namentlich Zugang zu den Gerichten haben und einen angemessenen Schutz geniessen können: Die Mitwirkung des Kindes im Verfahren kann nur dann zu dessen Zufriedenheit gelingen, wenn das Kind sowohl bezüglich der Inhalte der zu entscheidenden Situation als auch bezüglich der Bedeutung seiner Äusserungen und Handlungen auf die Entscheidungsfindung transparent und ehrlich informiert wird. Studien zeigen etwa, dass Kinder zwar wünschen, ihre Meinung und ihre Gefühle auszudrücken, aber auch das Einverständnis vonseiten der Erwachsenen nicht unbedingt missen wollen. Ausserdem sei der Diskurs um Selbstbestimmung von Erwachsenen geprägt.[7] 8

Dass Kinder Rechte und insbesondere *Mitwirkungsrechte* haben, bestreitet heute kaum mehr jemand. Ihre Stellung als Rechtssubjekt ergibt sich namentlich aus der UN-Kinderrechtskonvention, ihrem Grundrechtsschutz und den allgemeinen völ- 9

[6] Entsprechende Bestrebungen zur Umsetzung mit Unterstützung der EU finden sich etwa in Italien, Spanien und Griechenland: «Save the Children Italy» (Homepage: ‹https://legale.savethechildren.it› [besucht am 14.6.2019]) hat etwa mit der Unterstützung der EU ein Projekt zu «Claim (2013–2014) for a Child-Taylored Justice System» mit Spanien und Griechenland entwickelt.

[7] Vgl. Studien unter § 3 Rz. ■.

Erstabzug

ker- und verfassungsrechtlichen Verfahrensgarantien. Auch aus dem Persönlichkeitsrecht des Kindes lassen sich Selbstbestimmungs- und Mitwirkungsrechte für die verschiedenen Verfahren ableiten. Diese rechtlichen Grundlagen werden vor allem dann von Bedeutung sein, wenn konkrete rechtliche Bestimmungen zur Stellung des Kindes in einem besonderen Verfahren fehlen (je nach Art und/oder rechtlichem Regelungsgegenstand). Wird die Stellung des Kindes in einem Verfahren beispielsweise als Anwendungsfall von Art. 11 Abs. 1 BV verstanden, so liessen sich möglicherweise über das rechtliche Gehör eines Kindes (Art. 29 Abs. 2 BV) und das Mitwirkungsrecht nach Art. 12 KRK hinausgehende Ansprüche auf eine Begleitung ableiten, nämlich ein Anspruch auf eine Vertrauensperson in einem Verfahren, das diese noch nicht explizit vorsieht, etwa in einem Verfahren betreffend gesundheitsrechtliche Fragen (§ 7).

10 Der *dritte Teil* beinhaltet eine *Analyse und Würdigung der geltenden Rechtslage* zur Stellung des Kindes in straf-, zivil-, gesundheits-, schul- und asylrechtlichen Verfahren. Ein Kind kann heute auf die eine oder andere Weise mit einem Gericht oder anderen Behörden wie den Kindesschutz-, den Schul-, den Gesundheits- oder den Einwanderungsbehörden in Kontakt kommen. Häufig ist das Kind von der Scheidung oder Trennung seiner Eltern betroffen. Manchmal reist ein Kind aber auch unbegleitet in die Schweiz ein, wird ins Ausland entführt oder ist Opfer einer Gewalttat und braucht einen ganz besonderen Schutz. Oder es entsteht im Alltag ein rechtliches Problem im Zusammenhang mit der Schule oder der Gesundheit des Kindes, bei welchem die Mitwirkung des Kindes im Beziehungsgeflecht der verschiedenen Akteure unterzugehen droht. Ein Kleinkind kann überdies ohne seine Kenntnis mit dem Justizsystem in Berührung kommen, wenn es beispielsweise von seinem Vater rechtlich anerkannt oder von den Wunscheltern adoptiert wird.

11 In diesem Teil werden *Rechtsgrundlagen, Doktrin und Judikatur* zur Stellung des Kindes in den einzelnen Verfahren aus heutiger Sicht dargestellt: Während alle erwähnten Fälle unter den Anwendungsbereich von Art. 12 KRK fallen und für Straf- und Zivilprozesse sowie die ausländerrechtlichen Verfahren bundesrechtliche Spezialbestimmungen bestehen, fehlen solche expliziten bundesgesetzlichen■ Bestimmungen für die Stellung des Kindes in Verfahren betreffend Schul- und Gesundheitsrechte. Die Tatsache, dass besondere Verfahrensbestimmungen zur Stellung des Kindes im Straf-, Zivil- oder Asylverfahren bestehen, bedeutet indes noch lange nicht, dass die prozessuale Stellung des Kindes ähnlich geregelt wäre. Es ist vielmehr so, dass die rechtliche Stellung des Kindes nicht nur zwischen den öffentlich-rechtlichen und dem privatrechtlichen Verfahren unterschiedlich ist, sondern sich auch je nach zivilrechtlichem Gegenstand (u.a. eherechtlichem Verfahren oder Verfahren betreffend Kindesschutz, Unterhalt, Abstammung oder Adoption – wo-

Fragebogen

bei Letztere das verwaltungsrechtliche Verfahren betrifft■Einschub unklar■) oder je nach Rolle des Kindes, die es in einem Verfahren einnimmt, erheblich unterscheidet.

Die *dogmatische Erfassung* der prozessualen Stellungen eines Kindes in den unterschiedlichen Verfahren und in den unterschiedlichen Verfahrenstypen ist zweifellos nicht einfach: Die einzelnen rechtlichen Darstellungen in diesem Handbuch (§§ 5–9) stellen deshalb das Kind in den Mittelpunkt und gehen in der Systematik soweit möglich von den unterschiedlichen rechtlichen Stellungen aus, die ein Kind in einem Verfahren haben kann: Das Kind hat entweder *Parteistellung* (z.B. in einem Verfahren betreffend eine Vaterschaftsanerkennung oder ein Opferschutzverfahren) *oder nicht;* auch dies ist nicht immer eindeutig geregelt (die Parteistellung im familienrechtlichen Verfahren oder der unbegleiteten minderjährigen asylsuchenden Person ist beispielsweise umstritten). Parteifähigkeit impliziert jedoch noch keine Prozessfähigkeit; es kann also sein, dass ein Kind mit Parteistellung im Verfahren vertreten werden muss. Es wird entsprechend weiter zwischen *selbstständig handelndem und vertretenem Kind* unterschieden. Ist das Kind in einem Verfahren bloss *mitwirkende Person,* kann es etwa eine mitwirkende Drittperson (z.B. Auskunftsperson oder Zeuge) sein oder eine parteiähnliche Stellung innehaben, wenn es von einem gerichtlichen Verfahren und einem Entscheid besonders stark betroffen ist (z.B. Scheidungskind). Darüber hinaus wird der Stellung des Kindes in einer Mediation besondere Beachtung geschenkt, denn eine aussergerichtliche Streitbeilegung ist oft im Interesse des Kindes. 12

Die materielle Bestandsaufnahme zeigt, dass in der Schweiz bereits sehr viel erreicht worden ist, insbesondere *im Jugendstrafverfahren* (§ 5). Der Kinderschutz und die Anerkennung von Kinderrechten haben in den letzten Jahrzehnten unbestreitbare Fortschritte gemacht. Der rechtliche Schutz von Kindern bleibt aber trotz zahlreicher neuer normativer Vorgaben in Gesetzen und praxisorientierten Standards uneinheitlich und ist auf gewisse Sachbelange beschränkt und bleibt damit verbesserungsfähig. Namentlich das Inkrafttreten der Schweizerischen Zivilprozessordnung im Januar 2011 vermochte noch nichts daran zu ändern, dass die Anhörung eines Kindes hinsichtlich spezifischer Sachbelange – wie in einem eherechtlichen Verfahren (Art. 298 f. ZPO) oder in einem Kindesschutzverfahren (Art. 314a ZGB) – geregelt ist, wobei das Fremdplatzierungsverfahren wiederum speziell durch Art. 1 ff. PAVO[8] geregelt wird. Und es hat sich bisher auch noch 13

[8] Verordnung über die Aufnahme von Pflegekindern vom 19. Oktober 1979 (Pflegekinderverordnung; SR 211.222.338).

Erstauflage

nichts daran geändert, dass es je nach Gericht oder Behörde in der Schweiz gar nicht, selten, meistens oder regelmässig zu einer Anhörung des betreffenden Kindes kommt (vgl. Studienbeispiele in § 2 Rz. ■). Ausserdem wird erst rund jedes hundertste Kind in einem gerichtlichen oder behördlichen Verfahren durch eine Kindesvertreterin oder einen Kindesvertreter (zur Terminologie später, § 4 Rz. ■) professionell unterstützt.[9] – Das soll freilich nicht heissen, dass es keine löblichen Ausnahmen gibt.[10]

14 Manchmal droht der rechtliche Schutz auch zur Farce zu werden, wenn das vielfach normierte «übergeordnete Kindeswohl» dann im konkreten Einzelfall doch keine genügende und vorrangige Würdigung erhält[11] oder wenn davon ausgegangen wird, dass sich eine Kindesanhörung erübrigt, weil die Eltern in einem schulischen Verfahren den Standpunkt des Kindes schon genügend erörtern konnten,[12] oder dass das Kind und die Eltern z.B. in ausländerrechtlichen Verfahren gleichlautende Interesse haben.[13] – Dieser Auffassung der Schweizer Justiz hat der EGMR mit seinem Entscheid *Ghatet v. Schweiz* wohl nun einen Riegel vorgeschoben, indem er befand, dass im betreffenden Fall nicht beurteilt werden könne, ob die Meinung des Kindes genügend erfragt worden sei.[14]

15 Hinzu kommt, dass die Rollen der Beteiligten funktionell und/oder begrifflich variieren. Beispielsweise ist die Rolle der Vertrauensperson nicht in allen Verfahren explizit vorgesehen und wenn sie vorgesehen ist, dann beinhaltet sie nicht die gleichen Kompetenzen: Nach Art. 17 Abs. 3 lit. a AsylG ist die «Vertrauensperson» die

---

9 Kinderanwaltschaft Schweiz, Child-friendly Justice 2020, Jahresbericht 2012, ‹http://www.kinderanwaltschaft.ch/sites/default/files/uploads/kinderanwaltschaft_jahresbericht_jahresrechnung_2012.pdf› (besucht am 14.6.2019).

10 In einem Fall des Zürcher Obergerichts vom 30. Januar 2015 (PQ140044) zum strittigen Besuchsrecht wird von der Anhörung der drei Kinder durch den Referenten und den Gerichtsschreiber am Wohnort berichtet. Der Referent sei dabei auch zum Abendessen geblieben, um das Gespräch mit den Beteiligten zu suchen (BGer, 5A_200/2015, 22.9.2015).

11 Beispielsweise in den bisherigen Leihmutterschaftsfällen, in denen das Kindesverhältnis zu nicht-genetischen Eltern trotz Überlegungen zum vorrangigen Kindeswohl verneint wurde (BGE 141 III 312 und BGE 141 III 328); der Deutsche Bundesgerichtshof hat sich umgekehrt in vergleichbaren Fällen gerade auch auf das Kindswohl berufen und deswegen beide Elternteile anerkannt: BGH, XII ZB 463/13, 10.12.2014, und BGH, XII ZB 224/17, 5.9.2018.

12 BGE 124 II 361 E. 3c.

13 BGer, 2C_652/2016 E. 2.1, 30.01.2017: Kind wurde betr. Wegweisungsverfahren des Vaters nicht angehört.

14 EGMR, *Ghatet v. Schweiz,* Nr. 56971/10, Urteil vom 8.11.2016.

Leseprobe

zwingend zugewiesene Rechtsvertretung, während ihr nach Art. 1a Abs. 2 lit. a PAVO oder Art. 432 ZGB unterstützende Funktion zukommt.

Der *vierte Teil* widmet sich schliesslich den praktischen Fragen, wie etwa derjenigen 16
des kinderfreundlichen Wortlauts einer Einladung zu einer Anhörung im Scheidungsverfahren. Dieser Teil bietet der Leserin und dem Leser eine kleine kommentierte *Mustersammlung und einige praxisorientierte Links und Literaturhinweise.*

Im gesamten Buch finden sich Kästen mit Beispielen, zentralen Gesetzesartikeln, 17
Grundsätzen, Definitionen oder Übersichten, die den Handbuchcharakter unterstreichen. Dieser Handbuchcharakter spiegelt sich ferner in den gewählten Themen wider und zeigt sich dadurch, dass die rechtlichen Ausführungen zu den einzelnen Verfahren (§§ 5–9) bewusst nicht die Tiefe und die Breite einer juristischen Monografie aufweisen. Diese Kapitel beginnen je mit einem aktuellen Anschauungsbeispiel aus der Rechtsprechung und enden mit einer Zusammenfassung der wichtigsten Punkte.

Erstabzug

Erstabzug

Teil 1: Konzept

Erstabzug

Erstabzug

§ 1 Konzept für ein kinderfreundliches Verfahren

Inhaltsverzeichnis

A. Leitbild von Mitwirkung und besonderem Schutz 1.3
B. Stellung des Kindes im Verfahren 1.8
1. Kind als mitwirkende Person 1.8
2. Einheitlichkeit von Verfahrensregeln 1.15
3. Grundsätze zum Schutz des Kindes im Verfahren 1.20
C. Wer hat welche Aufgaben in einem Verfahren mit Kind? 1.25
1. Behörde: Information und Anhörung zur Berücksichtigung der übergeordneten Kindesinteressen (Kindeswohl) 1.30
2. Vertrauensperson: Begleitung und Unterstützung zur Stärkung des Wohlbefindens des Kindes 1.42
3. Fachperson: Vertretung des Kindes im Verfahren zur Einbringung und Wahrnehmung der Kindesinteressen (Kindeswille) 1.47
4. Eltern: Begleitung, Unterstützung und Vertretung 1.56
D. Rasche, kostenfreie Verfahren vor einer Fachbehörde 1.60
1. Fachbehörde 1.60
2. Rasche und kostenfreie Verfahren 1.64
E. Unabhängige Kontrollinstanz 1.69

Ein Konzept für ein einheitliches kinderfreundliches Verfahren stellt das Kind in einem Verfahren in den Mittelpunkt: Die Stellung eines Kindes ist in jedem Verfahren die eines mitwirkenden Kindes, das Anspruch darauf hat, dass seine Rechte, seine Interessen und sein Wohl auf (kinder)freundliche Art berücksichtigt werden. Damit dieser Anspruch realisierbar ist, braucht das Kind im Verfahren auch Schutz und Unterstützung respektive Förderung. Es ergeben sich unabhängig von der Verfahrensart oder von einem konkreten Streitgegenstand unterschiedliche Aufgaben gegenüber dem Kind. Diese Aufgaben im Verfahren können den Beteiligten zugeordnet werden, wobei zu berücksichtigen ist, dass die Beteiligten unterschiedliche Funktionen wahrnehmen. Gleichzeitig ist aber zu berücksichtigen, dass nicht jedes Kind gleichermassen schutz- oder förderungsbedürftig ist. 1.1

Zu diesem Konzept gehören ein Leitbild von Mitwirkung und Schutz (Rz. 3 ff.■), einheitliche Regeln und Grundsätze zur Stellung eines im Verfahren mitwirkenden, schutzbedürftigen Kindes (Rz. 8 ff.■), und die Benennung der zentralen Aufgaben wie Information, Anhörung, Begleitung und Vertretung, die von den anderen Beteiligten im Verfahren mit einem Kind übernommen und gewährleistet werden müssen. Diese Aufgaben werden den relevanten Akteuren zugeordnet (Rz. 21 ff. ■). Schliesslich ist für die Schweiz ein kostenfreies und rasches Verfahren für ein Kind vor einer besonders befähigten Behörde zu fordern, denn das ist die beste Ga- 1.2

Erlaubnis

rantie dafür, dass der Zugang zur Justiz gewährleistet werden kann (Rz. 52 ff.■). Eine unabhängige Kontrollinstanz, bei der ein Kind bei Bedarf um Unterstützung bitten und sich gegebenenfalls auch beschweren kann, trägt zu einer Umsetzung der Kinderrechte im Verfahren bei (Rz. 61 ff.■).

A. Leitbild von Mitwirkung und besonderem Schutz

1.3 Kinder brauchen während eines sie betreffenden Verfahrens zunächst einmal eine Stimme: «Deine Meinung ist wichtig» lautet der Titel einer Broschüre der Universität Freiburg zur Kindesanhörung (vgl. zur praktischen Durchführung § 10■).[1] Ohne die Mitwirkung von Kindern am Verfahren können ihre Interessen nicht realistisch eruiert werden und das Kindeswohl kann folglich nicht bestimmt werden.

1.4 Kinder benötigen aber auch *besonderen Schutz respektive Unterstützung und Förderung* im Verfahren, damit ihre Meinung und ihre Interessen überhaupt einfliessen und sie sich im Verlauf des Verfahrens wohlfühlen können. Auf diesen nur vermeintlich gegensätzlichen, besonderen Bedürfnissen von Kindern beruht das Leitbild eines kinderfreundlichen Verfahrens vor Gericht und vor Verwaltungsinstanzen:

1.5 **Leitbild eines kinderfreundlichen Verfahrens**

In einem kinderfreundlichen Verfahren wird ein Kind mit Einfühlungsvermögen, Verständnis und Geduld behandelt. Es wird namentlich angehört und vor unnötig unliebsamen Erfahrungen und Entscheidungen geschützt. Ausserdem wird ihm zu jeder Zeit rasch und unkompliziert beigestanden.

1.6 Ein solches kinderfreundliches Verfahren umfasst:

- einheitliche Rechte und Grundsätze (Rz. ■ ff.);
- angemessene Information, Beratung, Begleitung und/oder Vertretung im Verfahren (Rz. ■ ff.);
- ein rasches und kostenfreies Verfahren an Fachgerichten (Rz. ■ ff.); und
- unabhängige Kontrollinstanzen (Rz. ■ ff.).

[1] Diese Broschüre wird zum Beispiel von den Zürcher Gerichten aufgelegt, siehe: ‹http://www.gerichte-zh.ch/themen/ehe-und-familie/kinder/kinderanhoerung.html› (besucht am 7.7.2019).

Ex Libris

Ziel eines kinderfreundlichen Verfahrens ist es, ein Kind in der Rechtswirklichkeit eines Verfahrens fachlich gut und seinen Bedürfnissen entsprechend zu beraten und seine Angelegenheiten rasch zu behandeln.[2] 1.7

B. Stellung des Kindes im Verfahren

1. Kind als mitwirkende Person

Ein Kind hat grundsätzlich Anspruch darauf, in einem besonders rechtlich geschützten Rahmen an einem gerichtlichen oder anderen Verfahren mitzuwirken, das seine persönlichen Angelegenheiten berührt. Dies gilt grundsätzlich für alle Bereiche, die das Kind betreffen können: seine Freiheit, seine Gesundheit, seinen Status, sein Familienleben und seine Bildung. Es ist deshalb wünschenswert, die rechtliche Stellung des mitwirkenden Kindes in einem Verfahren de lege ferenda möglichst für alle Verfahrensarten gleich kinderfreundlich zu umschreiben. 1.8

Am einfachsten gelingt dies, wenn de lege ferenda davon ausgegangen wird, dass jedes Kind – unabhängig davon, ob es nun de lege lata selbstständig handelnde Partei, vertretene Partei oder Opfer ist oder eine sog. parteiähnliche Stellung einnimmt – eine *Verfahrenspartei mit besonderen Schutzbedürfnissen* ist, und zwar in allen diesen Themenbereichen. Das Kind sollte nur *ausnahmsweise mitwirkende Person i.w.S.* sein, nämlich dann, wenn das Verfahren nicht seine eigenen materiellen Rechte und Pflichten berührt. Das Kind kann als mitwirkende Person i.w.S. de lege lata Zeuge oder Auskunftsperson sein (z.B. wenn es aus der Distanz einen Autounfall beobachtet). 1.9

Das ergibt de lege ferenda bei einer Zuordnung der verschiedenen geltenden Stellungen, die ein Kind heute im Verfahren haben kann (s. unten in Kursivdruck), folgende Vereinfachung: Das Kind als mitwirkende Person mit besonderen Schutzbedürfnissen ist entweder *Partei* oder *mitwirkende Person i.w.S.* 1.10

Kind als Partei: 1.11

- *selbstständig handelnde Partei*
- *vertretene Partei*

[2] Dieses Leitbild wurde nach der Untersuchung des geltenden Rechts und anderer europäischer Rechtsordnungen und nach der Auseinandersetzung mit internationalen Rechtsbestimmungen und Standards aufgestellt. Um dem Leitbild die nötige Bedeutung beizumessen, wird es an den Anfang dieses Handbuches gestellt.

Erstabzug

– *Opfer*
– *parteiähnliche Stellung (etwa in Sorgerechtsstreitigkeiten)*

Ist das Kind im Verfahren Partei, sollte überdies unterschieden werden, ob es urteilsfähig ist oder nicht.

1.12 Kind als mitwirkende Person i.w.S.:

– *Zeuge*
– *Auskunftsperson*

1.13 Daraus resultieren für das in einem Verfahren mitwirkende Kind vereinfacht drei mögliche verfahrensrechtliche Stellungen: Das Kind ist urteilsfähige Partei, nicht urteilsfähige Partei oder mitwirkende Person i.w.S.

1.14 Für alle Verfahren, an denen ein Kind mitwirkt, gilt, dass das Kind besondere Bedürfnisse hat und deswegen ein kinderfreundliches Verfahren nötig ist. Um diesem Schutzbedürfnis nachzukommen■, sind zum einen einheitliche Verfahrensregeln für die Mitwirkung von Kindern im Verfahren erforderlich (sogleich Rz. 1.15■). Zum anderen sind einige Grundsätze zum Schutz des Kindes zu beachten (Rz. 1.20■).

2. Einheitlichkeit von Verfahrensregeln

1.15 Während eine einheitliche Regelung für die unmittelbare Mitwirkung des Kindes an einem Verfahren klar im Vordergrund steht, sind zusätzlich auch seine Rechte vor und nach Ablauf eines Verfahrens möglichst einheitlich zu regeln.

1.16 Der Anspruch des Kindes auf Mitwirkung am Verfahren umfasst zunächst das *Recht auf Information*. Das Kind hat das Recht zu wissen,

– wie ein Verfahren einzuleiten ist und eingeleitet wird;
– welches jeweils die nächsten Verfahrensschritte sind;
– wie der Entscheid lautet und was dieser konkret bedeutet;
– wie gegebenenfalls ein Rechtsmittel einzulegen ist; und
– wie es bei der Umsetzung eines Entscheides mitwirken kann.

1.17 Der Anspruch des Kindes auf Mitwirkung am Verfahren umfasst weiter das *Recht auf fachliche Vertretung* (durch eine Fachperson) sowie das *Recht auf Begleitung zur Unterstützung* (durch eine Vertrauensperson) durch das gesamte Verfahren hindurch.

Erstabzug

Dies sind wichtige Bestandteile für die Ausübung und die Durchsetzung der Verfahrensrechte eines Kindes und grundsätzlich unabhängig von der konkreten Stellung im Verfahren. Eine einheitliche Regelung der Vertretungs- und der Begleitfunktion für alle Verfahren vor einem Gericht oder einer anderen Verwaltungsinstanz wird die Kinderrechte stärken und gewährleisten, die Transparenz bezüglich der Mitwirkungsrechte erhöhen und letztlich die Rechtssicherheit fördern. 1.18

Bei der Ausübung und der Durchsetzung der Verfahrensrechte von Kindern und bei ihrem Schutz kommt den *Fachbehörden* (dem Gericht oder einer anderen Behörde, Rz. 1.60 ff.■) eine entscheidende Rolle zu. Ihre spezifischen Fachkompetenzen, zu einem kinderfreundlichen Verfahren beitragen zu können, sollten daher gesamtschweizerisch durch Aus- und Weiterbildungen gesichert werden. 1.19

3. Grundsätze zum Schutz des Kindes im Verfahren

Unabhängig von der konkreten rechtlichen Stellung des Kindes in einem Verfahren und der anderen an einem Verfahren Beteiligten sind ferner einheitliche Grundsätze für ein Verfahren mit Kind zu beachten:[3] 1.20

- Das Kind bestimmt im Grundsatz, ob es eine aktive oder passive Rolle im Verfahren einnimmt oder allenfalls gar keine. Ein Kind wird nicht überredet oder gezwungen, seine Meinung zu äussern; ein Kind darf schweigen. Nimmt ein Kind am Verfahren jedoch aktiv teil, so kommt es bei der Umsetzung des Entscheides seltener zu Problemen. 1.21
- Es ist sicherzustellen, dass ein Kind vor, während und nach einem Verfahren die relevanten Informationen in einer verständlichen Weise erhält, die für seine Meinungsbildung nötig sind. 1.22
- Es ist sicherzustellen, dass alle Personen, die das Kind informieren, anhören, begleiten und vertreten, die notwendigen Informationen und den für sie notwendigen Handlungsspielraum haben, um ihre Aufgaben gegenüber dem Kind wahrzunehmen. Sie müssen die für einen Entscheid relevanten Inhalte in das Verfahren einbringen können und es ist sicherzustellen, dass sie dies auch tun. 1.23
- Gespräche mit einem Kind erfolgen an einem sicheren und möglichst freundlichen Ort in Anwesenheit von Vertrauen einflössenden Personen. Ein Gespräch erfolgt ohne Zeitdruck und es wird in einer einfühlsamen, für Kinder verständlichen Sprache gesprochen. 1.24

[3] Diese Grundsätze entsprechen den Leitlinien des Ministerkomitees des Europarates für eine kindgerecht Justiz aus dem Jahr 2010; vgl. § 2 Rz. ■ ff.

Erstauflage

C. Wer hat welche Aufgaben in einem Verfahren mit Kind?

1.25 In jedem Verfahren müssen gegenüber dem Kind folgende wichtigen Aufgaben wahrgenommen werden: Information, Anhörung, Begleitung, Unterstützung und Vertretung (inkl. Beratung). Diese Aufgaben lassen sich konzeptionell gedacht und damit entsprechend vereinfacht verschiedenen Funktionen und damit verschiedenen Beteiligten im Verfahren schematisch zuordnen:

1.26 Die Information und die Anhörung eines Kindes im Verfahren dienen der Wahrung der übergeordneten Kindesinteressen, das heisst des übergeordneten Kindeswohls[4]. Diese Aufgaben und diese Funktion obliegen in erster Linie dem Gericht respektive der Behörde, die ex officio darüber wachen muss, dass ein Verfahren im Sinne des übergeordneten Kindeswohls ausgeht und alle Beteiligten des Verfahrens sich an dieses halten (sogleich Rz. 1.30 ff.■).

1.27 Die Begleitung und die Unterstützung eines Kindes im Verfahren dienen in erster Linie der Stärkung des Wohlbefindens des Kindes. Dafür ist konzeptionell eine Vertrauensperson zuständig (unten Rz. 34 ff.■).

1.28 Die rechtliche Vertretung des Kindes im Verfahren dient in erster Linie dessen Interessenvertretung. Für diese ist regelmässig eine Fachperson zuständig (unten Rz. 1.47 ff.■). Es kann sein, dass die Fachperson neben der Vertretungsaufgabe auch die Aufgaben der Begleitung und der Unterstützung wahrnimmt.

1.29 Im Normalfall werden die Eltern sowohl die Aufgaben der Begleitung und der Unterstützung als auch der Vertretung des Kindes übernehmen (unten Rz. 1.56 ff.■).

1. Behörde: Information und Anhörung zur Berücksichtigung der übergeordneten Kindesinteressen (Kindeswohl)

1.30 Das Kind hat unabhängig von seinem Alter einen Anspruch darauf, sowohl vor als auch nach einem Verfahren vor Gericht oder einer anderen Behörde sowie während des Verfahrens über dessen Verlauf und über seine Möglichkeiten in verständlicher Weise informiert zu werden. Ist das Verfahren abgeschlossen, sollte die Behörde das Kind auch bei der Umsetzung weiter mitwirken lassen.

[4] Vgl. zu dieser Begrifflichkeit, die sich in der Schweiz in der Rechtsprechung und in der Lehre noch nicht durchgesetzt hat, Rz. ■.

Erstauflage

Beispiel 1.31

Der 13-jährige X. wurde im Verfahren betreffend seine Fremdplatzierung von der KESB schriftlich eingeladen und persönlich angehört. Der Entscheid der Behörde steht fest: Das Kind soll im Heim H. untergebracht werden, das in der Nähe des Wohnorts seiner Grossmutter liegt. Der Entscheid wird dem Kind sofort mündlich in verständlichen Worten erklärt und ihm zusätzlich schriftlich zugestellt.

Meist wird eine schriftliche Zustellung des Entscheids als Information nicht ausreichen. Die Erklärung des Inhalts kann aber auch durch die Vertrauensperson des Kindes (i.c. die Grossmutter) oder den Beistand erfolgen, was das Behördenmitglied in die Wege leiten sollte. Zudem bleibt das Behördenmitglied mit der Heimleitung im Gespräch.

Die Informationspflicht und vor allem auch die Anhörungspflicht liegen primär bei den Gerichten und den Behörden. Die Informationspflicht wird regelmässig auch eine gewisse Beratungsfunktion umfassen. Dies ergibt sich bereits aus dem Untersuchungsgrundsatz und der Offizialmaxime, die etwa in familienrechtlichen Belangen regelmässig bestehen und die sich in Jugendstraf-, Asyl- oder Schulverfahren aus dem öffentlichen-rechtlichen Verfahrensgegenstand ableiten. 1.32

Zu beachten ist, dass in sämtlichen Verfahren, in denen ein Kind mitwirkt, und zwar unabhängig davon, ob es de lege lata Partei ist (z.B. in einem Jugendstrafverfahren[5] oder Kindesschutzverfahren[6]) oder nicht, aber das Eltern-Kind-Verhältnis berührt ist (z.B. eherechtliche Verfahren[7]), dem Gericht die Aufgabe zukommt, für die übergeordneten Kindesinteressen besorgt zu sein.[8] Deswegen gilt es aufseiten des Gerichtes respektive anderer Behörden auch die Meinung des Kindes aktiv zu ermitteln.[9] 1.33

Die Verantwortung für die Wahrung des übergeordneten Kindeswohls beziehungsweise der übergeordneten Kindesinteressen liegt in erster Linie bei den Behörden. Die folgenden Punkte können helfen, die Meinung eines Kindes und dessen übergeordnete Interessen zu ermitteln: 1.34

5 Art. 18 JStPO.

6 Weder im ZGB noch in einem Bundesgerichtsentscheid steht ausdrücklich, dass das Kind im Kindesschutzverfahren Partei ist. Die Lehre ist sich diesbezüglich jedoch einig. Vgl. BGE 120 Ia 369 E. 1 (das Kind ist *Partei* in einem Besuchsrechtsstreit); aber BGer, 5A_569/2013, 18.11.2013, E. 5 (das Kind ist im Beschwerdeverfahren vor Bundesgericht betr. die aufschiebende Wirkung eines Obhutsentzugs der Mutter *nicht Partei*).

7 BGE 142 III 153 E. 2.4.

8 Affolter, in: FS Häfeli, 207 ff.

9 Art. 296 ZPO.

Erstabzug

1.35 – Alle in einem Verfahren zu erwartenden Schritte, vor allem aber die getroffenen Entscheide und deren Umsetzung sind dem Kind zeitnah, transparent und in einer für das Kind verständlichen Weise zu erklären, sodass es Fragen stellen und sich äussern kann.

1.36 – Es ist darauf zu achten, dass tatsächlich mit dem Kind gesprochen wird, das heisst, dass es Gesprächsinhalte ins Verfahren einbringen kann und dies auch tatsächlich tut. Dies gelingt am besten, wenn die zuständige Person mit dem betreffenden Kind direkt spricht.[10]

1.37 – Lebt das Kind nicht vor Ort (sondern z.B. in einem weit entfernt liegenden Kanton), hat das Gericht oder die Behörde dafür zu sorgen, dass es vor der Behörde persönlich erscheinen kann. Gelingt dies nicht, haben die Behördenmitglieder das Kind aufzusuchen.

1.38 – Damit die Information (inkl. Beratung) des Kindes gewährleistet wird und sich laufend verbessern kann, ist auf eine sorgfältige Dokumentation der Gespräche mit dem Kind zu achten, damit die Dokumentation seines Willens nicht untergeht.[11] Es sind aber nur Ergebnisprotokolle zu erstellen.[12]

1.39 – Aus der Entscheidbegründung soll schliesslich hervorgehen, wie ernsthaft sich die Behörde mit den Ergebnissen der Anhörung im Verfahren, das heisst mit den Wünschen und der Meinung des Kindes, auseinandergesetzt hat. Anderenfalls hat das Kind u.a. keine rechtlich angemessene Möglichkeit, um sich über die Wahrnehmung seiner Mitwirkungsrechte zu beschweren. Zudem kann die entscheidende Behörde nicht darlegen, ob sie die Kinderrechte im Verfahren wahrgenommen hat oder nicht. Somit dient eine sorgfältige Entscheidbegründung auch der Rechtssicherheit.

1.40 Über die Art und Weise, wie die Meinung eines Kindes zu allen rechtlich relevanten Fragen eingeholt wird und wie es angehört wird, entscheidet die Behörde selbst unter Wahrung der allgemeinen Grundsätze (s. Rz. ■).

---

[10] Bala/Birnbaum/Cyr/McCollery, 381 ff., plädieren für einen möglichst direkten Kontakt zwischen dem Kind und der Richterperson; ähnlich in der Tendenz eine Ankündigung des Family Justice Minister Sir Hon Simon Hughes vom 25. Juli 2015, in der erklärt wird, dass alle Kinder ab 10 Jahren in familiengerichtlichen Verfahren vom entscheidenden Richter persönlich zu treffen und anzuhören sind; siehe ‹https://www.gov.uk/government/news/children-will-be-seen-and-heard-in-family-courts› (besucht am 7.7.2019).

[11] SKMR-Studie 2017, 72; die Dokumentation kann für spätere Beweiszwecke wichtig sein.

[12] Vgl. Gesprächsprotokolle in § 10; z.B. Art. 52 Abs. 2 KESG/BE; s.a. Schweppe/Bussian, 13 ff. Diese Autoren sprechen sich etwa gegen Ton- oder Videoaufnahmen anlässlich einer Anhörung in familienrechtlichen Verfahren aus.

Erstabzug

Überdies ist es Aufgabe der Behörde, das Kind auf den Beizug einer Vertrauensperson oder einer Fachperson anzusprechen und zu fragen, ob es den ihm zugeteilten Personen zustimme. Manchmal wird es nicht möglich sein, die diesbezüglichen Wünsche eines Kindes zu berücksichtigen, oder das Kind will bzw. kann sich nicht zur Vertrauensperson äussern. Die Behörde hat deshalb generell während der gesamten Verfahrensdauer darauf zu achten, ob es Anzeichen dafür gibt, dass sich das Kind mit der ihm zugeteilten Fachperson und/oder Vertrauensperson nicht wohlfühlt. 1.41

2. Vertrauensperson: Begleitung und Unterstützung zur Stärkung des Wohlbefindens des Kindes

Zur Stärkung und zur tatsächlichen Gewährleistung der Mitwirkungsrechte des Kindes in einem Verfahren trägt ein möglichst vertrauenerweckendes Setting bei. Dazu gehört, dass das Kind von einer Person seines Vertrauens durch das gesamte Verfahren begleitet wird («Wegbegleitung»). Der Beizug einer Vertrauensperson ist daher für sämtliche Verfahren, an denen ein Kind teilnimmt, allgemein und gleichermassen festzulegen.[13] 1.42

Ein Kind wünscht sich in der Regel vor allem, dass es von Eltern, Geschwistern oder Freundinnen und Freunden begleitet wird, die ihm die Verfahrensrechte erklären.[14] Eine Vertrauensperson soll sich deshalb nicht über besondere Fachkenntnisse ausweisen müssen. Sie soll das Kind psychisch unterstützen, ihm Sicherheit vermitteln können und damit zu seinem Wohlbefinden und zur Stärkung der Stellung des Kindes im Verfahren beitragen. Das wird in der Regel nicht gelingen, wenn eine Vertrauensperson selbst Interessenkonflikte hat. 1.43

Beispiel 1.44

Yves, 8 Jahre alt, ist in einem städtischen Wohnhaus mit vielen Familien aufgewachsen. Seine Eltern haben sich damals mit der alleinerziehenden Nachbarin Lea und deren Sohn betreffend Mittagstisch, Übernachten usw. abgewechselt und sind noch heute befreundet. Er fühlt sich bei Lea wohl. Gerne liesse er sich von ihr zum schulrechtlichen Verfahren begleiten.

[13] Nicht nur in Schlichtungsverfahren nach Art. 204 ZPO; vgl. dazu § 5 Rz. ■ sowie § 6 Rz. ■.

[14] Vgl. die in Rz. ■ erwähnten Untersuchungen.

Entwurf

1.45 Es kann aber auch sein, dass bei einer konkreten Anhörung ein Kind spontaner und präziser antwortet, wenn keine Vertrauenspersonen – meist Eltern – anwesend sind.

1.46 Damit Vertrauenspersonen ihren Unterstützungspflichten nachkommen können, sollen ihnen Informations- und Fragerechte im Verfahren zukommen.

3. Fachperson: Vertretung des Kindes im Verfahren zur Einbringung und Wahrnehmung der Kindesinteressen (Kindeswille)

1.47 Zu seiner Entlastung hat ein Kind im Verfahren Anspruch auf eine von den Behörden unabhängige Fachperson zur Vertretung der Kindesinteressen.

1.48 Ein einheitlicher Begriff, der diese Funktion in allen Verfahren für alle Beteiligten transparent erkennen liesse, ist wünschenswert. In diesem Konzept wird für eine Person, die für die Verfahrensvertretung des Kindes zuständig ist, die offene Bezeichnung *Fachperson Kindesvertretung* oder kurz *Fachperson* verwendet. Dieser Begriff grenzt sich eindeutig von demjenigen der Vertrauensperson ab, die für die Begleitung und die Unterstützung des Kindes zuständig ist und keine Fachperson zu sein braucht (oben Rz. 1.42 ff.■), und von der gesetzlichen Vertretung der Eltern (unten Rz. 1.56).

1.49 Damit könnten die de lege lata zahlreichen unterschiedlichen Bezeichnungen für Personen, welche die Funktion der Vertretung des Kindes im Verfahren übernehmen können,[15] aufgegeben werden. Typische Bezeichnungen sind: Kindesvertreterinnen, Kinderanwälte, Verfahrensvertreterinnen, Prozessbeistände oder Verfahrensbeiständinnen.[16] Zudem schreibt der Begriff Fachperson Kindesvertretung im Gegensatz zur Vertrauensperson fest, dass es eine Person mit Kenntnissen in kin-

[15] Affolter, in: FS Häfeli, 192 ff., 208.

[16] S.a. Zogg■Seitenzahl ergänzen?■. Mit den Begriffen «Prozessbeistand» und «Verfahrensbeistand» bleibt unklar, ob die betreffende Person auch wirklich Vertretungskompetenz oder doch nur eine Begleitungs- und Unterstützungsfunktion hat. Ein Beispiel aus dem Kanton Aargau zur Kostenregelung des «Verfahrensbeistands» (Art. 314a^{bis}, 449a ZGB; Art. 299 Abs. 1 ZPO) vermag dies zu illustrieren: § 62b EG ZGB/AG unterscheidet zwischen dem *ordentlichen* und dem *üblichen* Berufssatz für Verfahrensbeistände (w/m). Wenn es sich bei diesen «Verfahrensbeiständen» um ordentliche Beistände handelt und sie die Funktion des «Verfahrensbeistandes» wahrnehmen, ist die Entschädigungsregelung für Beistände anwendbar und der Ansatz für Rechtsanwälte kann zur Anwendung gelangen; s.a. BGer, 5A_168/2012, 26.6.2012.

Freiexemplar

derpsychologischen und juristischen Belangen ist, die einen Hochschulabschluss im Bereich des Rechts, der Sozialarbeit, der Psychologie oder der Sozialwissenschaften hat. Wenn im Verfahren allerdings komplexe internationale Rechtsfragen auftreten, muss eine entsprechend rechtlich ausgebildete Fachperson beigezogen werden. Das gilt gleichermassen, wenn in einem Verfahren etwa spezielle kinderpsychologische Kenntnisse nötig sind.[17] Zudem soll diese Fachperson zur Kindesvertretung unabhängig von den Behörden sein, anderenfalls kann sie die Kindesinteressen nicht unabhängig vertreten. – Ist künftig einmal klar, dass eine Verfahrensvertreterin oder ein Verfahrensvertreter oder eine Kindesvertretung eines Kindes eine fachlich spezialisierte Person für die Wahrnehmung der Kindesinteressen im Verfahren ist, mag ein kürzerer Begriff – beispielsweise der schon heute teilweise gebräuchliche Begriff «Kindesvertretung» oder präziser «Verfahrensvertretung Kind» oder «Kindesverfahrensvertretung» – ausreichen. Der■ Zusatz «Kind», der gegen aussen erkennbar macht, dass es sich um eine Fachperson handelt, die Kenntnisse■ von Kinderanliegen hat, erscheint indes vor allem aus Kinderperspektive sinnvoll.

Es ist *Aufgabe der Fachperson, das Kind behördenunabhängig zu vertreten und zu beraten*. Die Fachperson soll in der Lage sein, einfühlsam und altersgerecht auf Kinder einzugehen, deren Vorstellungen von Lösungswegen aufzunehmen und diese dann ins Verfahren einzubringen. Die Fachperson soll dem Kind vermitteln, dass seine Person und seine Meinung im Verfahren wichtig sind. Sie soll dem Kind beispielsweise auch vermitteln, dass es keine Verantwortung dafür trägt, dass sich beispielsweise seine Eltern im Scheidungsverfahren befinden. 1.50

Die Fachperson nimmt zudem regelmässig Kontakt mit den Personen im nahen Umfeld des Kindes und mit der Vertrauensperson auf und bezieht letztere in das Verfahren ein (sog. Sozialgeflecht).[18] 1.51

Der Begriff Kinderanwalt kann missverständlich sein, da der Eindruck erweckt wird, es handle sich generell um auf Kinderbelange spezialisierte Rechtsanwälte. Das kann zwar durchaus der Fall sein, muss aber nicht. Es sind auch nicht immer zwingend Juristen für die Vertretung zuständig, sondern etwa auch Psychologinnen, was beispielsweise bei Kleinkindern sinnvoll ist.

17 Z.B. in einem strittigen Scheidungsverfahren und im anschliessenden Kindesschutzverfahren betreffend Obhutsentzug mit einem Kind, das an einem Autismus-Spektrum leidet.

18 Blum/Weber Khan, 32 ff., 40 ff.

Erstabzug

1.52 Zusammengefasst verfügt eine Fachperson Kindesvertretung über (1) allgemeine juristische Kenntnisse, (2) eine besondere Unabhängigkeit von einer Behörde und (3) eine besondere Schulung in Psychologie.

1.53 De lege lata liegen zwischen den hier unterschiedenen Funktionen der Begleitung oder Unterstützung durch die Vertrauensperson sowie der behördenunabhängigen Vertretung durch eine Fachperson Kindesvertretung im Verfahren die vielfältigen Aufgaben einer *Beistandschaft:* Ein Beistand im Sinne von Art. 307 ff. ZGB kann eine Vertrauensperson sein (oder sie wird es mit der Zeit), die das Kind durch ein Verfahren begleitet. Er *kann* mehr oder weniger ausgeprägte Vertretungsbefugnisse haben; beides muss aber nicht der Fall sein. Häufig nimmt ein Beistand eine reine *Beratungsfunktion* bei der Erziehung wahr (sog. Erziehungsbeistandschaft nach Art. 308 ZGB):[19] Ein Erziehungsbeistand unterstützt die Eltern mit Rat und Tat bei erzieherischen Aufgaben. Die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde kann ihm aber auch bestimmte Rechte übertragen, zum Beispiel das Kind bei der Wahrung seines Unterhaltsanspruchs zu vertreten oder die Ausübung des Besuchsrechts zu überwachen. Der Beistand ist dann die rechtliche Vertretung des Kindes in den konkret umschriebenen materiell-rechtlichen Belangen.

1.54 Im Ergebnis kann ein Erziehungsbeistand nach der hier vorgeschlagenen Terminologie die Begleitfunktion der Vertrauenspersonen, jedoch nicht immer die Funktion der Fachperson übernehmen, welche der unabhängigen Vertretung im Verfahren (und zwar unabhängig von den Eltern *und* den Behörden) dient. Ein Beistand hat stets systemische und psychosoziale Aufgaben, ist primär für das übergeordnete Kindeswohl besorgt und hat von Amtes wegen zu dessen Verwirklichung beizutragen. Ein Beistand ist in seiner Funktion demnach *nicht unabhängig* von der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde. Die Fachperson, welche die Verfahrensvertretung des Kindes wahrnimmt, ist hingegen behörden*un*abhängig und primär den Kindesinteressen verpflichtet. Umgekehrt können die Befugnisse eines Beistandes viel weiter gehen als die einer Fachperson zur Kindesvertretung.[20]

1.55 *Ausnahmsweise* kann eine Fachperson, die das Kind im Verfahren vertritt, die Funktion der Vertrauensperson übernehmen, wenn keine andere Vertrauensperson wie ein Elternteil, ein Geschwister, ein Freund oder eine Gotte des Kindes vorhanden ist, und damit das Kind allein begleiten, unterstützen und vertreten.

---

[19] Eine Beistandschaft kommt erst dann in Betracht, wenn die milderen Massnahmen nach Art. 307 Abs. 3 ZGB (Weisung, Ermahnung zur Erziehung) nicht greifen oder von vornherein aussichtslos erscheinen.

[20] Dazu BGE 142 III 153 E. 5.2.3.

Leseprobe

4. Eltern: Begleitung, Unterstützung und Vertretung

Im Normalfall sind die Eltern als gesetzliche Vertreter des Kindes (oder ein Vormund) nach Art. 304 ZGB automatisch in ein Verfahren, das das Kind betrifft, involviert und üben auch die Funktionen der Begleitung und Unterstützung sowie der Vertretung im Verfahren aus. Regelmässig sind sie also die massgeblichen Vertrauenspersonen, die ihr Kind in einem Verfahren unterstützen. 1.56

Das urteilsfähige Kind entscheidet in höchstpersönlichen Angelegenheiten allerdings selbst. Das heisst, die Eltern haben dann auch im Verfahren *keine Vertretungsrechte*, ausser sie sind vom urteilsfähigen Kind zur Vertretung beauftragt.[21] Darüber hinaus haben Eltern keine Vertretungsrechte im Verfahren, wenn *potenzielle Interessenkonflikte* mit dem Kind bestehen. Ein Interessenkonflikt liegt vor, wenn die das Kind vertretenden Eltern etwas wünschen, das dem Willen und/oder den Interessen des Kindes widersprechen könnte. Dies ist namentlich bei strittigen Verfahren betreffend Aufenthalts- und Besuchsrechte zwischen getrennten/geschiedenen Eltern der Fall. Auch bei einer Mutter, welche die alleinige elterliche Sorge über das Kind hat und einen Unterhaltsanspruch im Namen des Kindes gegen den geschiedenen Vater stellt, kann ein Interessenkonflikt bestehen, wenn ihre Beziehung zum geschiedenen Mann konfliktgeladen ist und sie weit getrennt voneinander leben (internationaler Sachverhalt). In Familienangelegenheiten wird ein Interessenkonflikt tendenziell öfters vorkommen als in Schul-, Gesundheits- oder Asylbelangen. Das heisst aber keineswegs, dass – ohne eine Anhörung des Kindes vorzunehmen – regelmässig von gleichgeschalteten Interessen zwischen den/dem Eltern(teil) und dem Kind ausgegangen werden kann. Zum Beispiel wird im Falle eines Kindes, in dem die Eltern aus religiösen Gründen keine Bluttransfusion für das Kind wünschen, von Anfang an nicht von gleichgeschalteten Meinungen und Interessen ausgegangen. Aber auch in einem Verfahren, in dem es um die Ausweisung oder die Einreisebewilligung eines Elternteils geht, kann nicht abstrakt von gleichen Interessen zwischen dem Kind und diesem Elternteil ausgegangen werden. 1.57

Sobald Anzeichen für potenzielle Interessenkonflikte zwischen den Eltern und dem Kind bestehen, ist es Aufgabe der zuständigen Behörde, eine Fachperson Kindesvertretung zu bestellen, welche die Meinung, die Interessen und die Rechte des Kindes vertritt. Zu berücksichtigen ist die etwaige Urteilsfähigkeit des Kindes. Es kann aber auch vorkommen, dass die Eltern das Kind trotz Interessenkonflikt als Vertrauensperson begleiten und unterstützen (z.B. bei einer vermögensrechtlichen 1.58

[21] Art. 11 BV; Art. 19c, Art. 305 ZGB; zur Unterscheidung zwischen absolut und relativ höchstpersönlichen Rechten s. Rz ■.

Erstabzug

Interessenkollision). Besteht eine Interessenkollision mit den Eltern, müssen die Funktionen einer Vertrauens- und einer Fachperson aber getrennt betrachtet werden.

1.59 Schliesslich dürfen auch Kostenüberlegungen zur Bestellung einer Fachperson Kindesvertretung keine Rolle spielen, insbesondere nicht bei der Beurteilung der Behörden, ob potenzielle Interessenkonflikte zwischen den Eltern und dem Kind vorliegen.

D. Rasche, kostenfreie Verfahren vor einer Fachbehörde

1. Fachbehörde

1.60 Der Erfolg eines Verfahrens mit Kind hängt entscheidend davon ab, ob und in welchem Masse es den zuständigen amtlichen Behörden gelingt, sich in die Situation eines Kindes hineinzufühlen.[22]

1.61 Ein kinderfreundliches Verfahren kann deshalb am besten vor einem Gericht oder einer anderen Behörde stattfinden, die mit Personen besetzt sind, die mit Kinder- und Jugendbelangen, unabhängig von der konkreten juristischen Materie, über die zu entscheiden ist, besonders betraut sind. In der Rechtswissenschaft spricht man diesbezüglich in der Regel von einem *Fachgericht;* ergebnisoffener ist jedoch der Ausdruck *Fachbehörde.*

1.62 Wie die zuständige Instanz zusammengesetzt (und bezeichnet) wird, ob es sich um eine besondere Behörde, um ein Gericht oder eine Abteilung eines Gerichts handelt, ist von untergeordneter Bedeutung. Tatsache ist, dass mit den in der Schweiz neu geschaffenen interdisziplinären Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden nunmehr Fachbehörden existieren, die im Kollektiv über das fachliche Potenzial verfügen und somit in der Lage sind, eine massgebliche Rolle in kinderfreundlichen Verfahren zu spielen. Die Diskussion um solche Fachbehörden ist zwar alt, sie erlebt aber gerade deshalb derzeit einen Aufschwung.[23] Anstatt dass verschie-

[22] So ähnlich bereits das deutsche Bundesverfassungsgericht mit Beschluss vom 5. November 1980, FamRZ 1981, 124 ff.

[23] Häfeli Christoph, Familiengerichte in der Schweiz – eine ungeliebte Institution mit Zukunft; FamPra.ch 1/2010, 34 ff., 48 ff.; bereits zu der historischen und rechtsvergleichenden Diskussion: Schwenzer Ingeborg, Braucht die Schweiz Familiengerichte?, in: Rolf Vetterli, Auf dem Weg zum Familiengericht, Bern 2004, 89 ff., 91 ff., 99 ff.

Erstabzug

dene Ämter parallel an einem Fall arbeiten, liegt die Entscheidungsgewalt bei einer Fachbehörde, welche die Familiengeschichte des Kindes gut kennt.

Der Entscheid, ob es sich bei der betreffenden Behörde um ein interdisziplinär zusammengesetztes Team (wie im Falle der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden) oder um ein eigentliches Gericht bzw. um eine Gerichtsabteilung handeln soll, ist und bleibt grundsätzlich den Kantonen überlassen. Wichtig ist, dass die zuständigen Behördenmitglieder einen *Nachweis über die entsprechende Berufserfahrung sowie über Aus- oder Weiterbildungen* in den folgenden Bereichen vorweisen können: Straf-, Familien-, Gesundheits-, Schul- oder Ausländerrecht, Mediation und Kinderpsychologie, insbesondere Gesprächsführung mit Kindern. 1.63

2. Rasche und kostenfreie Verfahren

Mit dem Einsatz einer Fachbehörde in Kinder- und Jugendbelangen geht die Vorstellung einher, dass ein Verfahren, welches Kinderbelange betrifft, für Kinder einfach zugänglich sein und rasch sowie möglichst kostenfrei erfolgen soll. 1.64

Kinder sind im Verfahren nicht nur aufgrund ihrer geringen Erfahrung besonders schutzbedürftig, sondern es werden zusätzlich meist existentielle Fragen für ihren Lebensalltag verhandelt (Fragen betreffend Familie, Schule, Gesundheit oder ggf. strafrechtliche Angelegenheiten). Die Hemmschwelle, an einem Verfahren (gewollt) aktiv mitzuwirken und sich insbesondere gegen rechtliche Belange zur Wehr zu setzen, sollte deshalb möglichst tief liegen. 1.65

Da Kinder in der Regel nicht über finanzielle Mittel verfügen, um ein Verfahren zu finanzieren, soll dieses im Grundsatz kostenfrei sein.[24] Denkbar sind Ausnahmen zu *Billigkeitsfällen,* beispielsweise dann, wenn es sich um das Verfahren eines Kindes mit grossem Vermögen handelt (etwa zur Querfinanzierung von Verfahren anderer Kinder). Entsprechend muss die Kostenübernahme kantonal und kommunal für jedes Kind gleichermassen gesetzlich garantiert sein. – Welche nachhaltig kostengünstigen Strategien und Massnahmen im Verfahren zum Schutz des Kindeswohls und der Kinderrechte angewendet werden sollen, bleibt dabei grundsätzlich Sache der Behörden. 1.66

[24] Dem lässt sich freilich entgegnen, dass die Eltern die rechtliche Pflicht zur entsprechenden Kostentragung haben. Nur kann diese Sichtweise wiederum zu zusätzlichen Interessenkonflikten zwischen dem Kind und den Eltern beitragen. Dies gilt insbesondere dann, wenn urteilsfähige Kinder auch prozessual selbst über ihre persönlichen Angelegenheiten bestimmen, wovon in diesem Handbuch ausgegangen wird.

Fachbuch

1.67 Eine *aussergerichtliche Streitbeilegung* unter Berücksichtigung der Mitwirkung des Kindes vor, aber auch während eines bereits laufenden Verfahrens kann dabei zu unkomplizierten Lösungen führen und im Interesse des Kindes sein und sollte deshalb stets erwogen werden.

1.68 Mit anderen Worten: Die Mitwirkung eines Kindes im Verfahren ist nicht nur zu garantieren, sondern es sind auch die aus einem Verfahren resultierenden psychischen und finanziellen Belastungen von Kindern und Jugendlichen zu minimieren.

E. Unabhängige Kontrollinstanz

1.69 Zur Stärkung und zum Schutz der Kinderrechte im Verfahren wäre als erster Schritt die Einrichtung einer unabhängigen, für Kinder einfach zugänglichen Monitoring- oder Kontrollinstanz für Kinderbelange zu realisieren, was relativ kurzfristig möglich ist.

1.70 Für die Umsetzung der Kinderrechte wäre es wichtig, dass eine solche unabhängige Institution die Überwachung der Kinderrechte wahrnimmt:[25] Entscheidet beispielsweise ein Gericht oder eine andere Behörde aus irgendeinem Grund nicht kinderfreundlich bzw. nach dem Leitbild von Mitwirkung und besonderem Schutz oder nicht im übergeordneten Kindesinteresse oder gelangt ein Kinderrechtsfall gar nie vor eine Behörde, weil das Kind entweder keine Eltern (oder keine andere Vertrauensperson) hat oder nicht über eine Fachperson verfügt, die es im Verfahren vertreten kann, so könnte eine solche Kontrollinstanz sehr wichtige Dienste leisten.

1.71 Einer solchen unabhängigen Kontrollinstanz kämen etwa folgende Aufgaben zu:

- *Anlaufstelle:* Kinder, die beispielsweise keine Fachperson und keine Vertrauensperson zur Seite haben, könnten sich relativ einfach an diese Instanz wenden.
- *Koordination:* Diese Instanz könnte ferner die Zusammenarbeit von bereits existierenden kantonalen Akteuren und Institutionen im Kindes- und Jugendschutz in einem konkreten Fall koordinieren.
- *Weiterbildung:* Faktisch würde ein gesamtschweizerischer Wissenspool geschaffen, der weit über das rechtswissenschaftliche Know-how hinausginge. Damit bestünde auch eine Instanz, die alle Akteure im Verfahren mit Kind weiterbilden könnte.

[25] Der UN-Kinderrechtsausschuss fordert die Schaffung einer solchen Instanz für Kinder.

Erstabzug

– *Politisches Mandat:* Diese Instanz hätte sich politisch für eine einheitliche Umsetzung von Kinderrechten im Verfahren einzusetzen. Dazu sollte sie etwa regelmässig in Gesetzgebungsverfahren, die Kinderrechte tangieren, einbezogen werden.
– *Beschwerderecht:* Effektiv wäre zudem ein Beschwerderecht dieser Institution hinsichtlich der Umsetzung eines kinderfreundlichen Verfahrens (z.B. Aufsichtsbeschwerde).

Wie eine solche unabhängige Kontrollinstanz zu strukturieren und zu organisieren wäre, ist eine andere Frage: Es könnte sich sowohl um eine unabhängige *Ombudsstelle für Kinderrechte und Kinderbelange* als auch um eine neue Abteilung der vorgesehenen *nationalen Menschenrechtsinstitution* (NMRI) handeln.[26] Sie würde den Kindern und Jugendlichen nicht nur den Zugang zu Mitwirkung und Schutz im Verfahren, namentlich Information, Beratung und Beschwerdemöglichkeit, verschaffen bzw. vereinfachen, sondern könnte die Kinderrechte systematisch politisch einbringen und fördern. 1.72

[26] Der Bundesrat hat zwar am 28. Juni 2017 einen Vorentwurf zu einem nationalen Menschenrechtsinstitut veröffentlicht, dessen Vernehmlassungsverfahren am 31. Oktober 2017 endete, der aber noch Mängel aufweist und entsprechend in den «Concluding observations» des UN-Menschenrechtsausschusses vom 22. August 2017 (CCPR/C/CHE/CO/4) kritisiert wurde (Ziff. 14 und 15): Es ist u.a. kein breites Schutzmandat für Menschenrechte vorgesehen, sondern die Verpflichtung zur Förderung von solchen. Zudem sind nur bescheidene finanzielle Ressourcen vorgesehen. Schliesslich soll das Institut an einer oder mehreren Universitäten verankert sein, was nicht ideal für die Beratungsaufgaben gegenüber Kindern und die Praxisnähe im Allgemeinen ist.

Erstabzug

Erstabzug

Teil 2: Grundlagen

Erstabzug

Erstabzug

§ 2 Kinderfreundliche Verfahren als Teil einer europäischen Agenda

Inhaltsverzeichnis

A. Aktuelle Entwicklung in Europa 2.3
B. Leitlinien des Ministerkomitees des Europarates für eine kindgerechte Justiz (2010) 2.15
1. Leitbild eines freundschaftlichen Verhaltens 2.16
2. Wichtigste Inhalte der Leitlinien 2.19
3. Vorbildfunktion für die Schweiz 2.27
C. Praxisrelevanz in der Schweiz 2.30
D. Zwischen Denkkonzept, Notwendigkeit und Machbarkeit 2.44
1. Denkkonzept 2.44
2. Notwendigkeit 2.47
3. Machbarkeit 2.48

Die Forderung nach einem kinderfreundlichen Verfahren ist *weder neu noch unrealistisch;* sie fügt sich in die gegenwärtige Entwicklung in Europa ein, und ist praxisrelevant für die Schweiz. 2.1

Mittlerweile ist diese Forderung Teil einer europäischen Agenda geworden, welcher politische Priorität eingeräumt wird (Rz. ■ ff.). Im Mittelpunkt dieser Entwicklung stehen die *Leitlinien des Ministerkomitees des Europarates für eine kindgerechte Justiz* vom 17. November 2010 (Rz. ■ ff.), die auch Vorbildfunktion für die Schweiz haben. Ausgewählte empirische Studien zu Erfahrungen von Kindern in Verfahren aus Europa und der Schweiz legen zudem nahe, dass eine verbesserte Umsetzung der Verfahrensrechte von Kindern zeitnah nötig ist (Rz. ■ ff.). Den Abschluss dieses Kapitels bilden die Ausführungen zum Übergang vom Denkkonzept zu notwendigen und machbaren Umsetzungsschritten (Rz. ■ ff.). 2.2

A. Aktuelle Entwicklung in Europa

Die Entwicklung, die durch die *UN-Kinderrechtskonvention (1989)* und die völkerrechtliche Referenznorm zur Mitwirkung von Kindern in Verfahren und allen sie persönlich betreffenden Angelegenheiten (Art. 12 KRK) angestossen wurde, ist insgesamt betrachtet beachtlich, obschon die Lösungsansätze in den einzelnen Ländern unterschiedlich sind.[1] – Eine Entwicklung, die freilich undenkbar wäre ohne 2.3

[1] Zur Entwicklung vgl. Carl, in: Carl/Clauss/Karle, Rz. 19 ff.; s.a. Hotz Sandra/Weber Kahn Christina, Studie des Schweizerischen Kompetenzzentrums für Menschenrechte (SMRK) 2019 zur Umsetzung von Art. 12 KRK in der Schweiz, im Ersch.■

Erstabzug

die allgemeine europäische Stärkung der Kinderrechte, die durch die *Europäische Menschenrechtskonvention (1950)*[2] angestossen wurde und durch die Rechtsprechung des EGMR massgeblich geprägt wird sowie durch die zahlreichen europäischen Rechtsgrundlagen für das Familienrecht ergänzt wird, namentlich die internationalen *Haager Übereinkommen,* die teilweise auch schon früheren Datums sind.[3]

2.4 Die verbesserte Mitwirkung von Kindern im Verfahren und die Umsetzung ihrer Verfahrensrechte wird im europäischen Raum (und auch darüber hinaus[4]) und in der aktuell laufenden Rechtsentwicklung heute als *politisch prioritär* eingestuft.

2.5 Der *Europarat* führt schon länger ein Programm zum Aufbau eines «Europas für Kinder und mit Kindern», das Kinder vor Gewalt schützen, ihre Menschenrechte sichern und fördern will. Anfang 2016 ist in diesem Rahmen ein *neues Strategiepapier* (2016–2021) entstanden, das dem Ziel einer kinderfreundlichen Justiz erklärtermassen Priorität einräumt[5] und die Verbreitung und Umsetzung der in die-

---

2 EGMR, *Nielsen v. Dänemark*, Nr. 10929/34, Urteil vom 22. November 1988.

3 Wichtige Rechtsgrundlagen für das Familienrecht innerhalb Europa sind: Verordnung (EG) Nr. 2201/2003 des Rates vom 27. November 2003 über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung und zur Aufhebung der Verordnung (EG) 1347/2000 (EheVO II/Brüssel IIa; ABl. L 338, 23.12.2003, 1–29); beansprucht Vorrang, soweit anwendbar gemäss Art. 59: z.B. Art. 11 zu weitergehenden Anhörungsrechten des Kindes bei Kindesentführungen; Verordnung (EG) Nr. 4/2009 des Rates vom 18. Dezember 2008 über die Zuständigkeit, das anwendbare Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen und die Zusammenarbeit in Unterhaltssachen (UnterhaltsVO; ABl. L 7, 10.1.2009, 1–76); Übereinkommen (88/592/EWG) über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen – Geschlossen in Lugano am 16. September 1988 (Lugano-Übereinkommen; ABl. L 319, 25.11.1988, 9–48); Europäisches Übereinkommen vom 20. Mai 1980 über die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen über das Sorgerecht für Kinder und die Wiederherstellung des Sorgeverhältnisses (ESÜ; SEV Nr. 105).

4 Beispielsweise hat CRIN (Child Rights International Network, ein anerkanntes globales Netzwerk mit Sitz in Grossbritannien) Anfang 2016 einen Bericht zum Zugang zur Justiz publiziert: Rights, Remedies & Representation: Global Report on Access to Justice for Children, ‹https://www.crin.org/sites/default/files/crin_a2j_global_report_final_1.pdf› (besucht am 24.7.2017■aktualisieren■).

5 Council of Europe Strategy for the Rights of the Child: Building a Europe for and with children (2016–2021), ‹https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168066cff8› (besucht am 2.5.2019), Rz. 52–55, insbes.■ 53; vgl. nur die zahlreichen finanzierten Projekte der Europäischen Kommission zur Umsetzung von Art. 12 KRK: Summary of EU-funded projects on

Entwurf

sem Programm entstandenen Leitlinien des Ministerkomitees des Europarates für eine kindgerechte Justiz aus dem Jahre 2010 gezielt fördern möchte (vgl. Rz. ■unter B.■). Mittlerweile hat der Europarat zusätzlich allgemeine Empfehlungen zur Partizipation von Kindern und jungen Menschen unter 18 Jahren erlassen (2012).[6]

Die verbesserte Umsetzung der Kinderrechte steht ebenfalls schon länger *auf der Agenda der Europäischen Union (EU)*. Bereits im Jahr 2006 haben die EU-Staaten ein *Strategiepapier zur Stärkung und Gewährleistung der Rechte von Kindern* verfasst,[7] gemäss welchem den Kinderrechten eine Vorrangstellung zukommen soll. Gefördert werden sollen dabei der Aufbau von Wissens- und Expertensystemen für die Förderung und Einhaltung von Kinderrechten und ein Kinderschutzsystem mit kinderfreundlichen Gerichten und Behörden (sog. Child Protection System, CPS) sowie ein transnationales Netzwerk zwecks Realisierung des Kinderschutzes. Angestrebt ist der umfassende Zugang zur Thematik Kinderrechte und -schutz, der zum einen kohärenter erfolgen, und zum anderen möglichst viele Akteure miteinbeziehen soll. Das Verfahren vor Gericht auf die besonderen Bedürfnisse von Kindern auszurichten, wird heute als eines der zentralen Vorhaben dieser Agenda angesehen.[8] 2.6

rights of the child and violence against children 2013–2019 (Stand 26. März 2019), ‹http://ec.europa.eu/justice/fundamental-rights/files/rights_child/compilation_previously_funded_projects_rights_of_the_child_and_violence_against_children.pdf› (besucht am 2.5.2019).

6 Council of Europe, Recommendation on the participation of children and young people under the age of 18, 28. März 2012, CM/Rec(2012)2, ‹https://rm.coe.int/168046c478› (besucht am 2.5.2019).

7 Commission of the European Communities, Communication from the Commission, Towards an EU Strategy on the Rights of the Child, COM(2006) 367 final, Brüssel, 4. Juli 2006 (Strategieerklärung der EU-Kommission). Gestützt auf Art. 3 (3) des Abkommens von Lissabon besteht heutzutage eine explizite Rechtsgrundlage für die EU zur Förderung von Kinderrechten. Die Strategie stützte sich damals auf Art. 24 der Charta der Grundrechte der EU (ABl. C 364, 18.12.2000, 1–22), welche die Kinder als selbstständige Träger von Rechten und Pflichten und ihr Meinungsäusserungsrecht anerkennt und festhält, dass ihre Meinung in den Angelegenheiten, die sie betreffen, in einer ihrem Alter und Reifegrad entsprechenden Weise zu berücksichtigen ist. Im Übrigen baut sie auf den UN-Kinderrechtskonvention von 1989 auf■, die alle europäischen Mitgliedstaaten ratifiziert haben.

8 Siehe European Commission, Principles for integrated child protection systems, ‹https://ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights/rights-child/child-protection-systems_en#principles-for-integrated-child-protection-systems› (besucht am 2.5.2019).

Entwurf

2.7 Die EU hat entschieden, die Leitlinien des Ministerkomitees des Europarates für eine kindgerechte Justiz (2010) vorbehaltlos zu unterstützen und zu fördern, indem sie vorsieht, diese bei sämtlichen ihrer künftigen Gesetzgebungsprojekte zu berücksichtigen. Die EU hat in den letzten Jahren denn auch zahlreiche Bestimmungen erlassen, die der Verwirklichung von Mitwirkungsrechten und Schutzbestimmungen von Kindern im Verfahren dienen.

2.8 Als *jüngere gesetzgeberische Ergebnisse,* welche die Mitwirkungsrechte von Kindern stärken sollen, seien aus dieser europäischen Agenda (Europarat und EU) folgende Beispiele angeführt:

2.9 – Auf Grundlage des Übereinkommens des Europarats zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt vom 11. Mai 2011, der sog. *Istanbul-Konvention,* das für die Schweiz am 1. April 2018 in Kraft getreten ist,[9] soll häusliche Gewalt insgesamt verhütet und bekämpft werden. Die Konvention verpflichtet die Mitgliedstaaten u.a. zur *Bewusstseinsbildung* und zur *Beteiligung* aller Akteure sowie zum *besonderen Schutz* von gewaltbetroffenen Kindern im Zeugenschutz (Art. 26) oder bei gewalttätigen Vorfällen bei Sorgerechts- und Besuchsrechtsentscheiden (Art. 31). Gemäss Kapitel VI zum Verfahrensrecht■ werden gegebenenfalls besondere *Schutzregelungen für gewaltbetroffene Kinder* unter Berücksichtigung ihres Kindeswohls getroffen (Art. 56 Abs. 2).

2.10 – Seit der Ratifizierung der Lanzarote-Konvention des Europarats von 2007, die am 1. Juli 2014 für die Schweiz in Kraft getreten ist, besteht zusätzlich ein detailliertes internationales Instrument zum Schutz von Kindern vor sexueller Ausbeutung und sexuellem Missbrauch,[10] welches u.a. auf Prävention und Sensibilisierung der Kinder setzt (Art. 5) und diese explizit am Umsetzungsprozess von Konzepten und Initiativen zur Bekämpfung und Prävention von sexueller Ausbeutung beteiligen will (Art. 9).

2.11 – Am 25. Oktober 2012 wurde die *EU-Richtlinie über Mindeststandards im Opferschutz* verabschiedet, die besonders auch Kinder als ausserordentlich schutzbedürftige Opfer angemessen schützen soll.[11] Unabhängig von der Straftat sol-

[9] SR 0.311.35; SEV Nr. 210.

[10] SR 0.311.40.

[11] Richtlinie 2012/29/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2012 über Mindeststandards für die Rechte, die Unterstützung und den Schutz von Opfern von Straftaten sowie zur Ersetzung des Rahmenbeschlusses 2001/220/JI (L 315, 14.11.2012, 57–73). Die RL wurde vom Ministerrat am 14. Oktober 2012 verabschiedet (IP/12/1066), nachdem das Europäische Parlament diese mit einer überwältigenden Mehrheit am 12. September 2012 angenommen hatte (MEMO/12/659). Die EU-Kom-

Probezug

len die Interessen der Kinder in strafrechtlichen Untersuchungen und Gerichtsverfahren Vorrang haben. Kinder sollen *jederzeit respektvoll und würdig* behandelt werden. Sie haben ein Recht auf *Information, Zugang zur Justiz und auf Anhörung, ein Recht auf Schutz, insbesondere Datenschutz, und ein Recht auf Entschädigung*. Die Mitgliedstaaten hatten drei Jahre Zeit, um die Bestimmungen in nationales Recht umzusetzen und dafür zu sorgen, dass Kinder in strafrechtlichen Verfahren angehört und verstanden werden.

– Am 22. Mai 2013 ist die *EU-Verordnung zur gegenseitigen Anerkennung und europaweiten Vollstreckung von zivilrechtlichen Schutzmassnahmen für Opfer* angenommen worden, die vor allem Opfern von häuslicher Gewalt, d.h. Frauen und Kindern, zugutekommen soll.[12] 2.12

– Am 5. April 2011 ist die *EU-Richtlinie über das Verbot und die Verhinderung von Menschenhandel und Prostitution (Trafficking)* erlassen worden, welche Kinder aufgrund *ihrer besonderen Vulnerabilität und Betroffenheit* (Erw. 8) mit mehreren besonderen Bestimmungen schützt – so sollen z.B. Verfahren für sie kostenlos sein (Erw. 19).[13] 2.13

Allerdings bestehen noch *Lücken in der Umsetzung dieser europäischen Agenda:* So ist namentlich das Übereinkommen des Europarates über den Umgang mit Kindern vom 15. Mai 2003, das seit dem 1. September 2005 in Kraft ist (SEV Nr. 192), weitgehend unberücksichtigt geblieben und bisher nur von wenigen Staaten unterzeichnet worden – weder von der Schweiz, noch von Frankreich oder Deutschland.[14] In 2.14

mission hatte die Richtlinie im Mai 2011 zum Schutze von Verbrechensopfern in Europa vorgelegt (IP/11/585).

12 ■■

13 Richtlinie 2011/36/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. April 2011 zur Verhütung und Bekämpfung des Menschenhandels und zum Schutz seiner Opfer sowie zur Ersetzung des Rahmenbeschlusses 2002/629/JI des Rates (ABl. L 101, 15.4.2011, 1–11); Richtlinie 2012/29/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2012 über Mindeststandards für die Rechte, die Unterstützung und den Schutz von Opfern von Straftaten sowie zur Ersetzung des Rahmenbeschlusses 2001/220/JI (ABl. L 315, 14.11.2012, 57–73); ähnlich punkto spezifischer Schutzbestimmungen die Richtlinie zum Schutz der Kinder vor sexueller Ausbeutung und Kinderpornographie: Richtlinie 2011/92/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Dezember 2011 zur Bekämpfung des sexuellen Missbrauchs und der sexuellen Ausbeutung von Kindern sowie der Kinderpornografie sowie zur Ersetzung des Rahmenbeschlusses 2004/68/JI des Rates (Abl. L 335, 17.12.2011, 1–14).

14 Vgl. Treaty Office unter: ‹https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/192/signatures?p_auth=GLDJrBsK› (besucht am 25.7.2017■aktualisieren ■).

Entstehung

Anbetracht dessen, dass es wichtige Grundsätze zu den Kontaktrechten der Kinder regelt und konkrete Bestimmungen zur Vertretung und Begleitung durch eine Vertrauensperson von Kindern umfasst, ist das bedauerlich.

B. Leitlinien des Ministerkomitees des Europarates für eine kindgerechte Justiz (2010)

2.15 Die Leitlinien des Ministerkomitees des Europarates für eine kindgerechte Justiz vom 17. November 2010 (Originaltitel: Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on child-friendly justice; nachfolgend auch Leitlinien)[15], die dem Leitbild eines freundschaftlichen Verhaltens folgen (Rz. ■), weisen wichtige Inhalte betreffend Mitwirkung, Diskriminierungsschutz, übergeordnete Kindesinteressen und Rechtsstaatlichkeit auf (Rz. ■) und haben eine Vorbildfunktion für die Schweiz (Rz. ■).

1. Leitbild eines freundschaftlichen Verhaltens

2.16 Die Leitlinien des Ministerkomitees des Europarates für eine kindgerechte Justiz (2010) wollen sicherstellen, dass die Justiz den Bedürfnissen von Kindern gerecht wird, und zwar unabhängig davon, welche Rolle sie im Verfahren haben. Die Vorstellung, wie eine kindgerechte bzw. kinderfreundliche[16] Justiz in sämtlichen Verfahren aussehen soll, wird dabei konkret verstanden und durch das *Leitbild eines freundschaftlichen Verhaltens* veranschaulicht: Das Leitbild richtet sich nach dem Grundsatz, wonach das Kind so zu behandeln ist, wie man einen Freund oder eine Freundin behandeln würde:

---

[15] Die offizielle deutsche Übersetzung der Leitlinien wurde 2012 veröffentlicht und ist abrufbar unter: ‹http://kinderanwaltschaft.ch/sites/default/files/uploads/guidelineschildfriendlyjustice_de_0.pdf› (besucht am 25.7.2017■aktualisieren■). Zur Terminologie siehe nachfolgend Rz. ■.

[16] Der in den Leitlinien verwendete Ausdruck «child-friendly justice» wird im deutschsprachigen Raum regelmässig mit «kindgerechte Justiz» übersetzt. Der Begriff «kinderfreundlich» würde hingegen den Sinngehalt dieser Leitlinien, das Kind wie eine Freundin oder einen Freund zu behandeln, besser spiegeln. Es ist aber ohne weiteres nachvollziehbar, dass im Deutschen gewisse Hemmungen bestehen, von einer kinderfreundlichen Justiz auszugehen; kindgerecht mag etwas sachlicher klingen. In diesem Handbuch werden beide Begriffe synonym■ verwendet.

Ersatzzug

Leitbild 2.17

Sich wie eine Freundin oder ein Freund zu verhalten bedeutet, ein betroffenes Kind gut zu behandeln, mit ihm vertraut zu sein, ihm zuzuhören und es zu verstehen. Dazu gehört auch, den Mut zu haben zu sagen, wenn das Kind im Unrecht ist, sowie diesem beizustehen und zu helfen, eine Lösung zu finden.[17]

Damit wird bereits ein wichtiger Inhalt vermittelt: Die Justiz steht «auf der Seite des Kindes», und behandelt dieses mit Offenheit, Freundlichkeit, Wohlwollen und Fairness. 2.18

2. Wichtigste Inhalte der Leitlinien

Die Leitlinien sehen folgende Grundprinzipien[18] vor: 2.19

- Das Kind soll jederzeit als vollwertiger Rechtsträger angesehen und behandelt werden («Beteiligung»).
- Die Rechte eines jeden Kindes, über seine Rechte informiert zu werden und Zugang zur Justiz zu erhalten, sollen gewährleistet sein («Schutz vor Diskriminierung», «Beteiligung»).
- Die übergeordneten Kindesinteressen sind dabei bestmöglich zu beachten («Kindeswohl»).
- Die physische und psychische Integrität des Kindes ist jederzeit zu respektieren («Würde»[19]).
- Das Verfahren muss ordnungsgemäss verlaufen («Rechtsstaatlichkeit»).

Im Detail soll mittels der Leitlinien *vor und nach dem Gerichtsverfahren* sowie *während desselben* eine kindgerechte Justiz etabliert werden: «Allgemeine Elemente» der Leitlinien bilden die Information und Beratung des Kindes sowie dessen Schutz (Privatsphäre, Familienleben) und Sicherheit (z.B. Schutz vor Einschüchterung oder sekundärer Viktimisierung). Dazu gehören auch die Schulung der Behörden und die Anwendung eines multidisziplinären Ansatzes (inkl. kinderfreundlicher Vernehmungsmethoden und Veröffentlichung kinderfreundlicher Informations- 2.20

[17] Vgl. Vorwort der dt. Übersetzung der Leitlinien (S. 7).

[18] Die Grundprinzipien der Leitlinien für eine kindgerechte Justiz (2012) sind: Beteiligung, Kindeswohl, Würde, Schutz vor Diskriminierung, Rechtsstaatlichkeit (Leitlinien, 17 ff).

[19] Die dt. Übersetzung schliesst unter dem Grundprinzip »Würde" sowohl den Schutz der Integrität des Kindes als auch die würdige Behandlung im Verlauf des gesamten Verfahrens ein (S. 19).

Erstabzug

materialien). Hinzu kommt der allgemeine Grundsatz, dass jeder Freiheitsentzug *ultima ratio* sein muss.

2.21 *Vor* einem Gerichtsverfahren ist die Justiz gemäss den Leitlinien u.a. dann kindgerecht, wenn sie die Strafmündigkeit gesetzlich und nicht zu tief festlegt, und wenn sie alternative Streitbeilegungsverfahren fördert, die eher im Interesse des Kindes liegen. Zudem ist auf eine besondere Beachtung des Verhältnisses zwischen Kind und Polizei zu achten.

2.22 *Im Verlaufe* des Gerichtsverfahrens ist die Justiz dann als kindgerecht zu bezeichnen, wenn sie den Zugang zur Justiz ermöglicht (hat), die Rechts- und Interessenvertretung gewährleistet und das rechtliche Gehör des Kindes sowie dessen Meinungsäusserungsrecht jederzeit schützt.

2.23 Die Behörde hat zu untersuchen, ob bereits andere Fachpersonen, von denen sich das Kind gut vertreten fühlt, in seinem Leben eine Rolle spielen. Eine professionelle Verfahrensvertretung soll jedoch kein fakultatives Instrument sein. Die Anhörung des Kindes sollte in der Regel in kinderfreundlicher Weise erfolgen – es sei denn, die Kindesinteressen verbieten es.

2.24 Dabei ist wiederum zu beachten, dass eine aussergerichtliche Streitbeilegung auch während eines bereits laufenden Verfahrens im Interesse des Kindes sein kann.

2.25 *Nach Abschluss* des Gerichtsverfahrens muss gemäss den Leitlinien die Fachperson[20], die für die Verfahrensvertretung zuständig ist, oder der gesetzliche Vertreter unverzüglich darum bemüht sein, dem betroffenen Kind den Entscheid zu erklären und allfällige nächste Schritte zu erläutern und in die Wege zu leiten. Den Opfern sind angemessene Massnahmen einzuräumen, und die Verfahrensvertretung hat die nötigen Schritte für allfällige Zivilklagen einzuleiten. Den Behörden kommt vor allem die Aufgabe zu, die Umsetzung von richterlichen Entscheiden zu erleichtern.

2.26 Ausserdem ist das Kind in allen Verfahrensstadien, also bereits vor Verfahrensbeginn, aber auch während der gesamten Verfahrensdauer sowie nach dem Abschluss des Verfahrens über alle Optionen umfassend und kindgerecht zu informieren (d.h. in seiner Sprache und mit einem Wortschatz, den es versteht). Ferner gilt es seine Entscheidungsfindung so gut wie möglich zu unterstützen.

[20] Dt. Übersetzung der Leitlinien, Rz. 75, 77, 81 (S. 33 f.), mit Begründung (Zweiter Teil) in Rz. 98f (S. 82 f.), Rz. 134 ff. (S. 98).

Entwurf

3. Vorbildfunktion für die Schweiz

Nun mag man einwenden wollen, das EU-Recht gelte für die Schweiz grundsätzlich nicht, und die Regelungen des Europarates seien – wie im Falle der Leitlinien für eine kindgerechte Justiz aus dem Jahre 2010 – als blosse Standards formuliert. Dennoch handelt es sich dabei um *reale und potentiell wirkungsmächtige Vorbilder*. Die Schweiz ist als einer der Mitgliedstaaten des Europarates dazu aufgefordert, ihr Rechtssystem an die besonderen Bedürfnisse der Kinder anzupassen und die Kluft zwischen international anerkannten Grundsätzen und der Realität zu überbrücken. Es ist deshalb zu erwarten, dass die Schweiz ihr Rechtssystem weiter an die besonderen Schutzbedürfnisse und Mitwirkungsrechte von Kindern anpassen wird. Ausserdem ist davon auszugehen, dass die Schweiz als Land mitten in Europa den europäischen Standard in Sachen Kinderrechte und Kindesschutz nicht unterschreiten will. Aus diesen Gründen wird auch in der Schweiz seit einigen Jahren die strengere Umsetzung dieser Leitlinien gefordert: 2.27

Allen voran fordert der *Verein für Kinderanwaltschaft Schweiz* die Umsetzung der Leitlinien unter dem Konzept «Umsetzung von Child-friendly Justice 2020».[21] Ziel des Vereins ist es gemäss seiner Homepage, dass Kinder und Jugendliche, die von einem Verfahren betroffen sind, «durch Behörden, Ämter, Gerichte und Polizei geschützt und in ihrer Resilienz gestärkt werden», und dass die Leitlinien des Ministerkomitees des Europarates für eine kindgerechte Justiz bis 2020 umgesetzt worden ist. Der Verein möchte dieses Ziel u.a. mit Hilfsmitteln wie Best Practices und Weiterbildungsangeboten erreichen. 2.28

Unter anderem aus diesen Gründen hat die Kommission für Wissenschaft, Bildung und Kultur des Bundes (WBK) im Jahre 2014 entschieden, angestossen durch ein politisches Postulat, eine Studie an das Kompetenzzentrum für Menschenrechte (SKMR) zur Umsetzung des rechtlichen Gehörs und der Anhörung nach Art. 12 KRK in der Schweiz in Auftrag zu geben. Die Studie ist im Jahre 2017 unter dem Titel «Une justice adaptée aux enfants»[22] erschienen (zu dieser Studie s. Rz. ■); zwischenzeitlich ist eine weitere Studie des SKMR zum Stand der Umsetzung von Art. 12 KRK in den Kantonen in Arbeit. Ausserdem hat der Bundesrat im Dezem- 2.29

[21] Siehe ‹http://www.kinderanwaltschaft.ch› (besucht am 2.5.2019).

[22] Autorinnen sind Nicole Hitz Quenon und Fanny Matthney, erschienen ist die Studie am 7. April 2017 in Bern.

Entwurf

ber 2018 ein Massnahmenpapier[23] veröffentlicht, das die Umsetzung der Kinderrechtskonvention verbessern will (z.B. soll im Jugendstrafverfahren die Aufhebung des schweizerischen Vorbehalts zu Art. 37c KRK geprüft werden).

C. Praxisrelevanz in der Schweiz

2.30 Bereits der *Entstehungshintergrund der Leitlinien des Europarates* von 2010 zeigt, dass diese auf konkreten Erfahrungen und Bedürfnissen von Kindern in der Verfahrenspraxis beruhen. *Einige im Rahmen der laufenden europäischen Agenda* entstandenen jüngeren Studien zur tatsächlichen Mitwirkung von Kindern in Verfahren und eine vom Bund in Auftrag gegebene Studie (2017) zeigen ferner eindrücklich die anhaltende Relevanz dieser Leitlinieninhalte sowie den Umsetzungsbedarf von Art. 12 KRK (dazu unter Kapitel 4■= interner Verweis?■) und damit auch die Notwendigkeit eines Konzeptes für ein kinderfreundliches Verfahren in der Schweiz.

2.31 Im Auftrag der europäischen Justizminister wurde im Jahre 2007 eine Expertengruppe von 17 unabhängigen Fachleuten verschiedenster Berufsfelder[24] eingesetzt. Diese entwickelten einen interdisziplinären Fragebogen, der als Basis diente, um rund 3800 Kinder und Jugendliche beider Geschlechter zwischen 5 und 17 Jahren aus 25 verschiedenen Ländern zu ihren Erfahrungen mit Justizsystemen zu befragen.[25] Die wichtigsten Erkenntnisse aus dieser Untersuchung lauten zusammengefasst wie folgt:

– Die meisten Minderjährigen waren bei einer offiziellen Entscheidung anwesend, und es wurde ihnen auch erklärt, was sie erwarten würde.

---

[23] Massnahmen zum Schliessen von Lücken bei der Umsetzung der Kinderrechtskonvention; Bericht des Bundesrates in Folge der Empfehlungen des UN-Kinderrechtsausschusses an die Schweiz vom 4. Februar 2015 (zit. Massnahmenpapier BR 2018).

[24] Aus den Rechtswissenschaften (Judikatur, Universitäten, Advokatur), der Psychologie, der Polizei- und Sozialarbeit und den Regierungen.

[25] Council of Europe, Secretariat of the Group of Specialists on child-friendly justice (Autorin: Ursula Kilkelly), Listening to children about justice: report of the Council of Europe, consultation with children on child-friendly justice, Strassburg, 5. Oktober 2010, CJ-S-CH (2010) 14 rev., ‹https://rm.coe.int/168045f81d› (besucht am 25.7.2017■aktualisieren■); Council of Europe, Group of Specialists on child-friendly justice (Autorin: Ursula Kilkelly), Summary report on the consultation of children and young people concerning the draft Council of Europe Guidelines on Child-Friendly Justice, Strassburg, 10. Juni 2010, CJ-S-CH (2010) 6 E, ‹https://rm.coe.int/168045f81c› (besucht am 2.5.2019).

Entstaltzig

– Die meisten Befragten fühlten sich im Grossen und Ganzen fair behandelt.
– Die wenigsten Befragten wurden (direkt) von der entscheidenden Person nach ihrer persönlichen Meinung gefragt.
– Nur wenige der Befragten hatten das Gefühl, ihre Meinung habe Gewicht (gehabt).
– Die meisten Befragten gaben an, dass sie kein grosses Vertrauen in die Behörden und Behördenmitglieder hätten und dass sie sich vor allem wünschten, von ihren Familienmitgliedern oder Freunden rechtliche Informationen zu erhalten oder begleitet zu werden.

Es wurden damals, das heisst vor der Entstehung der Leitlinien, zahlreiche weitere Untersuchungen vorgenommen, um die Erfahrungen von Kindern mit der Justiz zu ermitteln. Namentlich zu erwähnen ist das Projekt «*Child-Friendly Justice*» *Consultation de mineures en conflit avec la loi* aus der Romandie, das 2009–2010 vom Institut Universitaire Kurt Bösch (IUKB) durchgeführt wurde: Studentengruppen besuchten im Rahmen dieses Projekts sechs Erziehungsinstitutionen und befragten 24 Jugendliche, die in Haft genommen worden waren oder Angehörige im Gefängnis hatten.[26] Aus diesem Projekt sind folgende Erkenntnisse gezogen worden: 2.32

– Es mangelte den Jugendlichen an Informationen und/oder am Verständnis für ihre Rechte, insbesondere sei die Sprache nicht ihren Bedürfnissen angepasst gewesen.
– Den Fachpersonen fehlte es an Zeit und am Willen zuzuhören (z.B. delegierte ein Rechtsanwalt die Aufgabe des Zuhörens an seinen Substituten).[27]

Von den im Rahmen der europäischen Agenda vorgenommenen *zeitnahen umfassenden Studien* zur anhaltenden Praxisrelevanz dieser Richtlinien bzw. des Konzeptes eines kinderfreundlichen Verfahrens können namentlich die folgenden angeführt werden: 2.33

1. *Child-friendly justice – Perspectives and experiences of professionals on children's participation in civil and criminal judicial proceedings in 10 EU Member States* der 2.34

[26] Interviews à 45 Minuten durchgeführt von vier Personen in sechs Institutionen (N = 24: 4 Mädchen, 20 Jungen). Es handelt sich um eine Studie über Jugendliche in den folgenden Erziehungsanstalten: Foyer La Croisée Lausanne et de Jouy de l'Abbaye, Foyer d'éducation de Prêles, Centre Communal pour les adolescents de Valmont, La Fontanelle, Foyer La Clairière (Folien von Céline Morisod und Isabelle Fournier, 2011, auf Anfrage).

[27] Es besteht keine Publikation des IUKB. Die Ergebnisse sind nach Auskunft des IUKB jedoch direkt in den Bericht des Europarates zu den Leitlinien eingeflossen.

Erstabzug

European Union Agency for Fundamental Rights (FRA).[28] Die internationale Studie präsentierte im Mai 2015 das Ergebnis der Fachpersonenbefragung aus dem Jahre 2012, das sich wie folgt zusammenfassen lässt: Die Mitwirkungspraktiken in den Mitgliedstaaten seien sehr unterschiedlich, insgesamt müsse aber die Justiz in Europa kinderfreundlicher werden. Es dürfe nicht sein, dass Kinder infolge ihrer Mitwirkung in Verfahren belastet oder verunsichert würden. In einem zweiten Bericht (2017) zur Studie wurde über die in den Jahren 2013 und 2014 durchgeführten Interviews mit Kindern in Gerichtsverfahren berichtet. Diese gaben im Wesentlichen an, dass ein Verfahren etwas Unangenehmes für sie sei. In Kombination beider Studienteile verfasste FRA Empfehlungen. Die Empfehlung Nr. 2 (Opinion 2) etwa umfasst Vorschläge, wie die effektive Mitwirkung von Kindern im Verfahren unterstützt werden könnte, u.a. durch die Anerkennung von Lücken bei der Partizipation von Kindern, durch Einführung von prozessualen Mitteln unter besonderer Berücksichtigung von Kindern, die mehrfach betroffen sind (z.B. im Trennungs- und Kindesschutzverfahren), oder durch vermehrt kindgerechte Mediationsverfahren.

2.35 2. *Evaluation of legislation, policy and practices on child participation in the European Union (EU): Children's participation*.[29] Diese Studie konstatiert folgende Hindernisse hinsichtlich der Mitwirkung von Kindern im Allgemeinen:

- Die Schutzbestimmungen sind noch zu wenig bekannt;
- den Erwachsenen fehlt es an der erforderlichen Kompetenz; und
- gewisse Gruppen von Kindern (z.B. Roma, Migranten, behinderte Kinder) haben weniger Möglichkeiten zur Mitwirkung.

---

[28] Luxemburg 2015; abrufbar unter: ‹https://fra.europa.eu/en/publication/2015/child-friendly-justice-perspectives-and-experiences-professionals-childrens› und Teil 2 (2017) unter: ‹https://fra.europa.eu/en/publication/2017/child-friendly-justice-childrens-view› (beide besucht am 20.2.2019■aktualisieren■): die Befragungen wurden in Bulgarien, Kroatien, Estland, Finnland, Frankreich, Deutschland, Polen, Rumänien, Spanien und Grossbritannien durchgeführt.

[29] European Commission, Directorate-General for Justice and Consumers (JUST) (Autoren: Laurie Day, Barry Percy-Smith, Sandy Ruxton, Katharine McKenna, Katy Redgrave und Tricia Young), 22. Mai 2015, ‹https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/f425176f-cc2c-46bd-8a3a-65d958fff780› (besucht am 2.5.2019). In allen 28 Mitgliedstaaten wurden von November 2012 bis August 2018 630 Interviews mit Kindern, 331 Befragungen von spezialisierten Regierungs- und Nichtregierungsorganisationen und 23 Interviews mit EU-Kommissionsmitarbeitenden durchgeführt.

Entwurf

Die *Schweizer Verhältnisse* berücksichtigen folgende zeitnahen Studien: 2.36

1) Die Studie des Kompetenzzentrums für Menschenrechte (SKMR) aus dem Jahre 2017, die vom Bund in Auftrag gegeben wurde, um die Umsetzung von Art. 12 der UN-Kinderrechtskonvention zu untersuchen, trägt den Titel «Une justice adaptée aux enfants». Sie untersuchte die Anhörung von Kindern zum einem in zivilrechtlichen Fremdplatzierungsverfahren (Trennung vom Elternteil im Privatrecht) mit je drei qualitativen Interviews von Behördenmitgliedern der Kantone Bern, Freiburg und Neuenburg und zum anderen bei der Ausweisung eines Elternteils im Ausländerrecht (Trennung vom Elternteil im öffentlichen Recht) durch einen Online-Fragebogen bei allen kantonalen Migrationsbehörden.[30] 2.37

Die Studie kam in Bezug auf privatrechtliche Verfahren u.a. zu folgenden Ergebnissen:[31] 2.38

– Es bestehen grosse Unterschiede zwischen den Kantonen hinsichtlich der Frage, bei welcher Behörde zu welchem Zeitpunkt eine Anhörung nach Art. 314a ZGB bei einer Fremdplatzierung stattfindet (Kinder- und Jugendhilfe, KESB, Sozialdienstabklärungen, bei der Einrichtung oder Pflegefamilie). Das heisst: Oft wird das Kind nicht zu Beginn des Verfahrens informiert und/oder angehört.[32]

[30] Nicole Hitz Quenon und Fanny Matthney, Bern 2017 (zit. SKMR-Studie 2017). Die Studie besteht aus (1) einer Befragung von Behördenmitgliedern mittels Fragebogen in den Kantonen Bern, Neuenburg und Freiburg (insgesamt 9 Interviews), (2) einer Online-Befragung der Migrationsämter sowie (3) Expertengesprächen aus dem Jahre 2016.
Eine frühere Studie des SKMR von Nicole Hitz Quenon, Eric Paulus und Laure Luchetta Myit mit dem Titel «Le droit de protection de l'enfant. Les premiers effets de la mise en oeuvre dans les cantons de Genève, Vaud et Zurich» aus dem Jahre 2014 hatte betreffend Anhörung bereits was folgt ergeben: ■Kommt hier noch was?■

[31] SKMR-Studie 2017, 78 f.: Die Studie formuliert abschliessend Empfehlungen an die Forschung: **(1)** die Untersuchung von Kommunikationswegen (wie das Kind seine Informationen erhält) zur Umsetzung von Art. 12 KRK bei freiwilligen Platzierungen und (2) die Berücksichtigung des Kindeswillens in Sozialabklärungsberichten. Die Empfehlungen an die Kantone sind zahlreich, sie beinhalten Massnahmen zur Sicherstellung der Mitwirkung, Sensibilisierung, Weiterbildung, Datenerhebung und zur Erstellung/Verbreitung von bestehenden Best Practices.

[32] SKMR-Studie 2017, 69; im Zuge der Expertendiskussion ergab sich ein weiterer Hinweis auf eine anonyme Umfrage bei Kindern aus dem Jahre 2013 im Kanton Wallis, die ergab, dass 13% der Kinder den Grund für ihre Fremdplatzierung nicht kannten (ibd., 68, Fn. 114).

Freiabzug

– Oft dient die Anhörung der Sachverhaltsermittlung, denn der Wille des Kindes lasse sich nicht einfach aus den Sozialabklärungsberichten oder Dokumentationen ablesen.
– Bei der Anhörung spielt in der Regel nicht das Alter des Kindes, sondern dessen individuelle Reife eine Rolle.
– Es scheint ein Bedürfnis nach konkreter Aufgabenteilung im Zusammenspiel unter den Behörden (Wer macht was?) zu bestehen.[33]

2.39 Die Studie kam in Bezug auf öffentlich-rechtliche Verfahren v.a. zu folgenden Ergebnissen:[34]

– 13 der 24 antwortenden kantonalen Migrationsbehörden gaben an, im Wegweisungsverfahren eines Elternteils das Kind nicht anzuhören.[35]
– Der Grund dafür ist, dass sie entweder keine Erfahrung (in Anhörung von Kindern) haben oder dass die Interessen des Kindes mit denjenigen der Eltern in der Regel/immer/generell übereinstimmen (6 Behörden) oder das gelegentlich tun (17 Behörden).[36]
– Nur 1 der 11 Behörden, die ein Kind anhören, sagte aus, dass die Meinung des Kindes ein massgebender Faktor für ihren Entscheid sei.

2.40 2) Eine 2013 publizierte Studie zum Ländervergleich in Europa in Sachen *Jugendstrafrecht* attestiert der Schweiz und Schottland eine sehr gute Berücksichtigung der Mitwirkung von Jugendlichen.[37]

2.41 3) Eine Befragung von 50 Behördenmitgliedern erstinstanzlicher Gerichte der Kantone Genf, Freiburg, Wallis, Neuenburg und Jura im Sommer 2012 ergab, dass die regionalen Unterschiede gross sind und lediglich in rund 10% der Fälle eine Anhörung von Kindern regelmässig stattfindet – v.a. in «hochstrittigen» Fällen und sol-

---

33 SKMR-Studie 2017, 77, wobei der Leitfaden PRISMA, der im Kanton Neuenburg verwendet wird, für eine Mitwirkung in allen Phasen des Prozesses angepriesen wird.

34 SKMR-Studie 2017, 79 f.: abschliessende Empfehlungen, wie das Kind als Verfahrenspartei zu betrachten und mündlich anzuhören ist und wie man das Zusammenarbeit zwischen den Akteuren verbessern soll.

35 SKMR-Studie 2017, 83: 8 Behörden befragten die Eltern zur Meinung des Kindes, 7 holten zur Meinung des Kindes eine schriftliche Erklärung der Eltern ein.

36 SKMR-Studie 2017, 87.

37 Die Studie von Rap Stephanie, The Participation of Juvenile Defendants in the Youth Court. A Comparative Study of Juvenile Justice Procedures in Europe, 2013, 336, untersuchte von 2000 bis 2001 knapp über 3000 Fälle vor Jugendanwaltschaften und Jugendgerichten in 11■12[?] europäischen Ländern: Belgien, England und Wales, Frankreich, Deutschland, Griechenland, Irland, Italien, Holland, Schottland, Schweiz und Spanien.

Einsehzug

chen, in denen das Kind 10 Jahre alt oder älter ist.[38] Darüber hinaus wird erst jedes hundertste Kind in einem gerichtlichen oder behördlichen Verfahren durch eine Verfahrensvertreterin oder einen Verfahrensvertreter professionell unterstützt.[39] – Das soll aber nicht heissen, dass es keine löblichen Ausnahmen gibt.[40]

4) Die Studie der Berner Fachhochschule aus dem Jahre 2011, welche die *Kindesschutzsysteme* in Australien, Deutschland, Finnland, Schweden, Grossbritannien und der Schweiz untersuchte, kam u.a. zum Schluss, dass die *Mitwirkung der Gesamtfamilie* und eine *unabhängige Monitoringinstanz* hilfreich sein könnten.[41] 2.42

Zusammenfassend lässt sich festhalten: Die aktuelle politische und rechtliche *Entwicklung in Gesamteuropa* zeigt, dass der Umsetzung und Gewährleistung von Kinderrechten im Verfahren eine prioritäre Bedeutung zukommt. Diese länderübergreifenden Studien formulieren zwar keine direkten Empfehlungen zur Vereinheitlichung der Verfahren vor Gericht und vor anderen Verwaltungsinstanzen für Kinder in der Schweiz. Doch spiegeln sie gut die anhaltende Praxisrelevanz für eine noch verbesserte Bekanntmachung und Umsetzung der Leitlinien des Europarates für eine kindgerechte Justiz (2010) und deren Grundprinzipien, die für ein kinderfreundliches Verfahren festgelegt sind. Sowohl den Studien zur Entste- 2.43

---

38 Cruchon, 88, Rz. 84 ff.: Gemäss Antworten von knapp 50 Behördenmitgliedern erstinstanzlicher Gerichte der Kantone Genf, Freiburg, Wallis, Neuenburg und Jura im Sommer 2012 variiert die Anhörung zwischen 10 und 95%.

39 Jahresbericht 2012 der Kinderanwaltschaft Schweiz, Child-friendly Justice 2020, ‹http://www.kinderanwaltschaft.ch/sites/default/files/uploads/kinderanwaltschaft_jahresbericht_jahresrechnung_2012.pdf› (besucht am 24.7.2017■aktualisieren■).

40 In einem Fall des Zürcher Obergerichts vom 30. Januar 2015 (PQ140044) zum strittigen Besuchsrecht wird von der Anhörung der drei Kinder durch den Referenten und den Gerichtsschreiber am Wohnort berichtet. Der Referent sei dabei auch zum Abendessen geblieben, um das Gespräch mit den Beteiligten zu suchen (BGer, 5A_200/2015, 22.9.2015).

41 Jachen C. Nett (Berner Fachhochschule) und Trevor Spratt (Belfast University), Stiftung Kinderschutzfond, «Kindesschutzsysteme: Ein internationaler Vergleich der ‹Good Practice› aus fünf Ländern (Australien, Deutschland, Finnland, Schweden und Vereinigtes Königreich) mit Schlussfolgerungen für die Schweiz», 2012, formuliert folgende 14 Empfehlungen zur Governance im Kinderschutzsystem in der Schweiz: (1) nationaler ständiger Ausschuss; (2) kantonale Kindeswohlausschüsse; (3) Sozialarbeiterteams; (4) Fallbesprechungsmeetings; (5) professionelle Kindesschutzausbildung; (6) Förderung der Sozialarbeit; (7) Familienpartizipation; (8) Überprüfung der Angebote und Massnahmen; (9) begleitende Unterstützung bei Kindesschutzaufgaben; (10) zweistufiges Beurteilungssystem; (11) Überprüfung der Methoden; (12) Überprüfung der staatlichen Obhut; (13) nationales Kindes- und Jugendschutzregister; (14) Messen von Leistungen und Ergebnissen.

Fussbzlg

hungszeit der Leitlinien als auch zeitnahen Studien kann etwa konkret das von den Kindern geäusserte Bedürfnis nach Mitwirkung von Familienmitgliedern abgelesen werden. Zudem wiederholen sich die Plädoyers für eine Professionalisierung der am Verfahren Beteiligten sowie eine Einführung von Monitoring-Instanzen, die für eine höhere Rechtssicherheit von Kindern sorgen können.

D. Zwischen Denkkonzept, Notwendigkeit und Machbarkeit

1. Denkkonzept

2.44 Es braucht auch in der Schweiz ein *Gesamtkonzept,* wie Kinder in allen Verfahren mitwirken und dabei geschützt werden können: Dies gilt besonders für diejenigen alltäglichen, aber zentralen und breit gefächerten, die Kinderrechte betreffenden Themenbereiche, die in der Schweiz *de lege lata* kantonal unterschiedlich geregelt sind, wie beispielsweise der Gesundheits- und der Schulbereich. In diesen Belangen hat sich das Verständnis zur Umsetzung der Mitwirkungsrechte im Verfahren noch weniger durchgesetzt als in Familien-, Kindesschutz- und Jugendstrafverfahren. Auch wenn die Mitwirkungsrechte des Kindes in jedem dieser Verfahrenstypen wieder sehr unterschiedlich geregelt und umgesetzt sind. Daher wird es wohl noch einige Jahrzehnte dauern, bis *einheitliche Verfahrensrechte* für Kinder in allen Rechtsbereichen, die ihre Person betreffen, als Ziel erkannt und sich durchgesetzt haben werden.

2.45 Dennoch sollte, als Denkkonzept (oder als Leitziel) verstanden, jedes Kind, wenn es einwilligt, von einer *Person seines Vertrauens* in einem Verfahren begleitet und in seinen Interessen unterstützt werden. *Zusätzlich soll es durch eine Fachperson vertreten werden,* die auch über juristische Kenntnisse und besondere Schulung verfügt. Vertrauens- und Fachpersonen sind Interessenvertreterinnen und -vertreter der minderjährigen Person, allerdings mit unterschiedlichen Funktionen: Bei der *Vertrauens*person liegen die Vertrauensbildung und das Wohlbefinden des Kindes sowie das Kindeswohl im Vordergrund, bei der *Fach*person hingegen die fachliche Vertretung und die Interessen des Kindes. – Es würde nach der hier vertretenen Ansicht indes zu weit gehen, für jedes Kind, das in ein Verfahren involviert ist, sowohl eine Vertrauensperson als auch eine Fachperson zu fordern – komplexe rechtliche Verhältnisse ausgenommen –,[42] aber zu denken■anzudenken[?]■ sind stets

[42] In einem jüngeren Entscheid verweigerte dieses die Entschädigung der Kindesvertreterin in einem Verfahren nach Art. 299 ZPO, in dem das Kind nicht Partei war: BGE 142 III 153 E. 5.2.2.

Erstauszug

eine Begleitung und eine Rechtsvertretung des Kindes. Eltern oder eine Fachperson können, sofern keine (andere) Vertrauensperson vorhanden ist und sie das Vertrauen des Kindes geniessen, auch alle Funktionen übernehmen.

Das Kind ist jedenfalls (mit seinem Einverständnis) nicht von einem Verfahren fernzuhalten, auch wenn noch so viele andere Personen beteiligt sind. Es zählt die subjektive Meinung des Kindes. Die *allgemeinen Grundprinzipien sind als notwendiger Minimalstandard anzuerkennen und umzusetzen.* Ausserdem soll für sämtliche Verfahren eine (einheitliche) Fachbehörde zuständig sein. 2.46

2. Notwendigkeit

Die wenigen genannten empirischen Studien, namentlich diejenige des SKMR aus dem Jahre 2017, weisen noch Lücken in der Umsetzung der Anhörung auf, die so schnell wie möglich behoben werden müssen: Es ist nicht haltbar, dass ein Kind etwa den Grund für seine Platzierung nicht kennt oder die kantonalen Migrationsbehörden bei einer Ausweisung eines Elternteils davon ausgehen, dass ein Kind nicht angehört werden müsse, weil seine Interessen wie die des Elternteils lauteten. 2.47

3. Machbarkeit

In einem ersten Schritt wäre die Einrichtung einer *unabhängigen Monitoring- bzw. Kontrollinstanz für Kinderbelange* relativ kurzfristig realisierbar. Denkbar wäre auch ein *Netz lokaler Beratungsstellen* für Kinder und Jugendliche als zusätzliche Option, um die Kinderrechte zu stärken und zu garantieren.[43] Norwegen, Grossbritannien, Dänemark, Österreich, Belgien und Luxemburg verfügen derzeit über unabhängige Instanzen zu Kinderrechten und -belangen (z.B. Ombudsstellen), welche das Monitoring der Behörden und Fachgerichte übernehmen und Beschwerden entgegennehmen sowie prüfen können. Eine solche Amtsstelle fehlt etwa in Frankreich oder in der Schweiz – zumindest auf Bundesebene. 2.48

In einem zweiten Schritt könnten besondere Verfahrensregelungen aufgestellt werden. Die besondere gesetzliche Verankerung der Verfahrensrechte für Kinder, insbesondere der Anhörung und der Vertretung, würde eine klare Stärkung der Rechtsposition mit sich bringen, da sich Eltern und Gericht dann in jedem Fall mit dem Kind und seiner Meinung auseinandersetzen müssten. Die Beachtung des 2.49

[43] Der Bundesrat hat diese Möglichkeit in seiner Stellungnahme vom 19. November 2014 auf die Motion 14.3758 von Bulliard-Marbach jedoch abgelehnt.

Erstabzug

Kindeswillens liegt dann nicht mehr im Ermessen der Erwachsenen. Solche gesetzlichen Verankerungen finden sich heute in vielen europäischen Rechtsordnungen (z.B. in Deutschland, Frankreich, England und Norwegen), auch in der schweizerischen. Was heute aber noch fehlt, ist die *Einheitlichkeit der Regelung* dieser Verfahrensrechte für Kinder in sämtlichen Zivilverfahren und dann auch in allen Verwaltungs- und Strafverfahren – sei diese Einheitsinstanz nun eine Fachbehörde, ein Familiengericht oder ein echtes «Tribunal pour enfants» wie in Frankreich.

Erstabzug

§ 3 Psychologische Grundlagen

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung 3.1
B. Partizipation oder Mitwirkung von Kindern und Jugendlichen aus psychologischer Sicht 3.3
1. Zur Begrifflichkeit 3.3
2. Wie beurteilen Kinder und Jugendliche ihre Möglichkeiten der Mitwirkung? . . . 3.10
3. Bedeutung der Mitwirkung für Kinder und Jugendliche 3.25
4. Warum Kinder und Jugendliche nicht einbezogen werden 3.32
5. Möchten Kinder und Jugendliche mitsprechen oder entscheiden? 3.38
C. Entwicklungspsychologische Voraussetzungen für eine Mitwirkung des Kindes . . . 3.44
1. Wille des Kindes 3.46
2. Entscheidungskompetenz 3.52
3. Emotionale und psychosoziale Voraussetzungen 3.59
D. Merkpunkte für eine gelingende Mitwirkung des Kindes 3.61
1. Aufklärung über die Möglichkeiten der Mitwirkung 3.63
2. Aufklärung über die Problemlage 3.66
3. Erfragen des Wunsches nach Mitwirkung 3.70
4. Kinderfreundliche Gesprächsführung 3.72
E. Schlusswort 3.77

A. Einleitung

In einer demokratischen Gesellschaft ist die Mitwirkung der Bürger und Bürgerinnen ein Grund- und Menschenrecht.[1] Die Sichtweise, dass die Entwicklung des Kindes nicht rein genetisch und biologisch definiert ist, sondern dass die sozialen Erfahrungen während seiner Entwicklungsphasen massgeblich sein Wohlbefinden und seine Entwicklung beeinflussen, hat im Laufe der Zeit dazu geführt, dass Kinder und Jugendliche stärker als eigenständige Persönlichkeiten wahrgenommen worden sind. Und damit richtete sich der Fokus verstärkt auf die notwendigen Rahmenbedingungen von Erziehung und Betreuung von Kindern und Jugendlichen. Auch Kinder sind daher, insbesondere seit Verabschiedung der UN-Kinderrechtskonvention, klar als eigenständige Persönlichkeiten zu betrachten und zu respektieren und haben neben Schutzrechten auch zentrale Beteiligungsrechte (siehe Art. 12 KRK; s.a. Rz. ■). 3.1

[1] Kohout Franz, Vom Wert der Partizipation: Eine Analyse partizipativ angelegter Entscheidungsfindung in der Umweltpolitik, Münster 2002, 45.

Erstabzug

3.2 Im Bereich der psychotherapeutischen und medizinischen Behandlung, bei Trennungen der Eltern sowie bei der Fremdbetreuung sind alsdann das Thema des Einbezugs von Kindern und Jugendlichen in Entscheidungen, die sie betreffen, immer stärker diskutiert und erforscht worden. Studien auf diesem Forschungsgebiet sind bedeutsam, da sie mögliche Antworten geben auf Fragen bezüglich des Einbezugs von Kindern in Entscheidungen, die sie betreffen. Ist Mitwirkung von den Kindern und Jugendlichen selbst überhaupt gewünscht oder wird sie unter Umständen abgelehnt? Wenn Mitwirkung gewünscht ist, in welcher Form soll diese ausgeübt werden? Ab welchem Alter können Kinder Auskunft geben, ihren freien Willen und ihre Bedürfnisse äussern und sollten somit einbezogen werden? Kann ein Einbezug auch schaden, da die Kinder überfordert werden könnten und Entscheidungen treffen müssen, die in ihnen möglicherweise Loyalitätskonflikte auslösen? Können Kinder in ihrer Abhängigkeit von den sie betreuenden Erwachsenen überhaupt ihren Willen und ihre Ansichten frei äussern? Wie soll eine Mitwirkung aussehen, die das Wohlbefinden des Kindes und seine Entwicklung möglichst gut gewährleisten kann?

B. Partizipation oder Mitwirkung von Kindern und Jugendlichen aus psychologischer Sicht

1. Zur Begrifflichkeit

3.3 Beteiligung sowie Mitwirkung an für die betreffenden Personen bedeutsamen Entscheidungen wird als Partizipation beschrieben. Der Begriff «Partizipation» stammt aus dem Lateinischen und bedeutet wörtlich übersetzt «Teilhabe». Partizipation kann im heutigen Sprachgebrauch sowohl Beteiligung, Teilnahme und Mitwirkung, Mitbestimmung, Mitsprache, Einflussnahme wie auch Einbezug bedeuten.[2]

3.4 Unterschiedliche Konzepte versuchen den Begriff der Partizipation genauer zu beschreiben. Hart entwickelte mit seiner «Partizipationsleiter» einen Vorschlag zur Abstufung unterschiedlicher Partizipationsintensitäten.[3] Das Ziel bestand dabei nicht zuletzt darin, «scheinbare» Partizipationsformen von «echten» Partizipationsformen abzugrenzen. Das Konzept beschreibt mehrere Stufen der Partizipa-

[2] Pfaffenberger Hans, Partizipation, in: Deutscher Verein für öffentliche und private Fürsorge (Hrsg.), Fachlexikon der sozialen Arbeit, Frankfurt am Main 2002, 688 f.

[3] Hart Roger, Children's Participation: The Theory and Practice of Involving Young Citizens in Community Development and Environmental Care, New York 1997.

Erstabzug

tion, welche sich bezüglich des Verbindlichkeitsgrades und des direkten Einbezugs des Kindes bei Entscheidungen unterscheiden:[4]

– *1. Stufe: Fremdbestimmung/Manipulation*

  Sowohl Inhalte als auch Arbeitsformen und Ergebnisse von Projekten sind fremdbestimmt. Kinder und Jugendliche haben keinen Einfluss auf die Inhalte des Angebots, sondern setzen die Zielsetzungen von erwachsenen Personen um.

– *2. Stufe: Dekoration*

  Kinder wirken mit, ohne zu wissen, worum es eigentlich geht.

– *3. Stufe: Alibi-Teilnahme*

  Kinder wirken mit und können auch selbst entscheiden, ob sie teilnehmen wollen. Was sie sagen, wird jedoch nicht berücksichtigt.

– *4. Stufe: Zugewiesen, informiert*

  Erwachsene bereiten die Aktivitäten vor, die Kinder sind informiert und verstehen, worum es geht und was das Ziel der Aktivität ist. Sie können freiwillig daran teilnehmen.

– *5. Stufe: Mitwirkung*

  Kinder können auf Aktivitäten indirekt Einfluss nehmen (durch Anhörung, Einbezug der Ansichten des Kindes), sie haben jedoch keine Entscheidungsmöglichkeit.

– *6. Stufe: Mitbestimmung*

  Die Kinder werden in die Entscheidungen einbezogen. Die Projekte kommen von den Erwachsenen, aber alle Entscheidungen werden mit den Kindern gemeinsam und demokratisch getroffen.

– *7. Stufe: Selbstbestimmung*

  Die Initiative kommt von den Kindern, die Kinder fällen die Entscheidungen, die Erwachsenen sind beteiligt und tragen die Entscheidungen mit.

– *8. Stufe: Selbstverwaltung*

  Die Kinder haben die völlige Entscheidungsfreiheit und die Entscheidungen werden den Erwachsenen lediglich mitgeteilt.

Bei dieser Aufteilung wird ersichtlich, dass unter Partizipation ganz Unterschiedliches verstanden werden kann. Während in den Stufen 1–3 eine Nichtbeteiligung 3.5

[4] Hart (FN 3), 40–55.

Erstabzug

oder Scheinbeteiligung beschrieben wird, kann bei den Stufen 4–8 von verschiedenen Graden einer Beteiligung gesprochen werden. Während auf der Stufe 4 das Kind maximal informiert wird, jedoch sein Wunsch und seine Bedürfnisse nicht mitberücksichtigt werden, nimmt die echte Partizipation im Sinne einer Mitsprache oder Mitwirkung mit den Stufen 5–6 zu. Diese Teilhabe an Entscheidungsprozessen ist von den Stufen 7–8 zu unterscheiden, in denen Kindern die Autonomie zukommt, eigenständig Entscheidungen zu treffen.

3.6 Analog differenzieren Wiethoff und Diepold zwischen zwei Stufen der Nichtbeteiligung (Fremdbestimmung und Zugewiesen, aber informiert), zwei Stufen der Partizipation (Mitwirkung und Mitbestimmung) und einer Stufe der Autonomie (auch Selbstbestimmung).[5]

3.7 Jaun definiert den Begriff der Partizipation als «verbindliche Einflussnahme von Kindern und Jugendlichen auf Planungs- und Entscheidungsprozesse, von denen sie betroffen sind, mittels ihnen angepasster Form und Methoden».[6] Für Lenz beginnt Partizipation, «wenn Menschen bei Planung und Vorhaben angehört werden und sie ihre Ziele und Wünsche in den Prozess der Willensbildung und Entscheidungsfindung einbringen können».[7]

3.8 In allen Definitionen zur Partizipation wird deutlich, dass von einer echten Partizipation dann gesprochen wird, wenn die Wünsche und Überlegungen der Kinder *nicht nur pro forma* angehört werden, sondern wenn sie *die Möglichkeit erhalten, an der Entscheidungsfindung beteiligt und in Entscheidungsprozessen einbezogen zu werden*. Partizipation bedeutet damit nicht, dass Kinder und Jugendliche allem zustimmen müssen, sondern dass ihre Ansichten und Meinungen einbezogen sowie diskutiert und ihnen Umsetzungsmöglichkeiten, potenzielle Konsequenzen, Handlungsmöglichkeiten und Anforderungen aufgezeigt werden. In diesem Sinne kann gemäss den Beteiligungsrechten von einer wahren Partizipation erst dann gesprochen werden, wenn Kinder und Jugendliche nicht nur informiert werden, sondern auch die Möglichkeit erhalten, mitwirken und mitbestimmen zu können.

3.9 Partizipation bzw. Teilhabe ist jedoch – und darin liegt die Schwierigkeit – ein *relatives* Konzept. Die Interpretationsbreite reicht von der Bereitstellung minimaler Informationen bis hin zu beinahe völliger Eigenentscheidung Wie viel Teilhabe im individuellen Fall ermöglicht, gefördert, vorenthalten oder entzogen wird, liegt in der Kontrolle der Erwachsenen. Genau dieser Umstand birgt jedoch die Gefahr,

[5] Wiethoff/Dippold, 20–22.
[6] Jaun, 91.
[7] Lenz, Psychologische Dimension, 13.

Leseprobe

dass Partizipation zu einer Scheinbeteiligung wird oder als Vorwand dafür missbraucht wird, kompetenten Minderjährigen ihre Autonomie zu verwehren.

2. Wie beurteilen Kinder und Jugendliche ihre Möglichkeiten der Mitwirkung?

Kenntnisse über das Konzept der Mitwirkung von Kindern und Jugendlichen an für sie bedeutsamen Entscheidungsprozessen haben im Laufe der Jahre zugenommen. Wird der aktuelle internationale Stand der Studien bezüglich der Mitwirkung von Kindern und Jugendlichen betrachtet, konzentriert sich die Literatur auf die Mitwirkung von Kindern und Jugendlichen in den Bereichen der Kinderfürsorge und des Kinderschutzes und bei der elterlichen Trennung oder auf deren Einbezug in Entscheidungen betreffend (psychische und medizinische) Gesundheitsversorgung. 3.10

Das Gesamtbild aus einem Grossteil der Forschung zeigt, dass auf einer ideologischen Ebene der Einbezug von Kindern in die Entscheidungsprozesse als zunehmend wichtig angesehen wird. Dennoch berichten viele Kinder und Jugendliche von nicht zufriedenstellenden Erfahrungen bei der Mitwirkung an Entscheidungen. Schon frühere Studien weisen darauf hin, dass Kinder und Jugendliche sich in den verschiedenen Mitwirkungsbereichen nur mangelhaft involviert fühlten. Neuere Studien berichten von geringen Veränderungen bezüglich der Wahrnehmung einer gelungenen Mitwirkung von Kindern und Jugendlichen. In der Folge werden einige Beispiele aus den verschiedenen Mitwirkungsbereichen auf- und ausgeführt. 3.11

Die Studie von Petersen mit 360 Jugendliche, deren Familien im Kontext der *Erziehungs- bzw. Jugendgerichtshilfe* involviert waren, hat aufgezeigt, dass rund 25% der Jugendlichen die zur Verfügung gestellten Mitwirkungschancen als hoch einschätzten, jedoch 42% von gar keinen bzw. nur geringfügig vorhandenen Mitwirkungsmöglichkeiten berichteten. Wenn sie sich beteiligt fühlten, dann räumten die Jugendlichen der Möglichkeit, mitwirken zu können, eine hohe Bedeutung ein. Ausserdem konnte ein hoher Zusammenhang zwischen dem subjektiv erlebten Beteiligungsgrad und der Zufriedenheit mit dem jugendamtlichen Vorgehen sowie zwischen der wahrgenommenen Beteiligung und dem Erfolg der erhaltenden Jugendhilfe aufgezeigt werden.[8] 3.12

[8] Petersen Kerstin, Partizipation als Indikator responsiver sozialer Arbeit, in: Gaby Flösser/Hans-Uwe Otto (Hrsg.), Neue Steuerungsmodelle für die Jugendhilfe, Neuwied 1996, 75 ff.

Erstabzug

3.13 In einer Untersuchung von Lenz von 100 Kindern zwischen 3 und 16 Jahren, deren Familien *Erziehungs- und Familienberatung* in Anspruch nahmen, äusserten 65% der Kinder, sie seien nicht an den Aushandlungs- und Definitionsprozessen beteiligt gewesen. Insbesondere fühlten sie sich im Familiensetting wenig einbezogen. Diese geringe Einbeziehung in Familiengespräche korrelierte mit einem grösseren Unwohlsein und einer höheren Unzufriedenheit der Kinder. Je stärker die Kinder in die Gespräche einbezogen wurden, desto positiver wurden die Gespräche von den Kindern wahrgenommen.[9]

3.14 Bessel berichtet in ihrer Studie, dass viele *Jugendliche in Pflegesituationen* sich bei Entscheidungen nicht involviert fühlten. Sie hatten das Gefühl, selten einbezogen worden zu sein. Und wenn doch eine Art von Mitwirkung stattfand, hatten sie nicht unbedingt den Eindruck, dass ihre Ansichten geschätzt wurden oder man danach handelte. Die in dieser Studie befragten Kinder und Jugendlichen hatte alle das Gefühl, nicht ausreichend Gelegenheit erhalten zu haben, ihre Meinung zu Angelegenheiten zu äussern, die sie während ihrer Fremdplatzierung betrafen. Wenn sie angehört wurden, empfanden die jungen Menschen, dass ihre Meinung wenig bis gar keinen Einfluss auf die endgültige Entscheidung hatte. Viele berichteten, dass Treffen stattfanden, an denen Entscheidungen diskutiert wurden, dass sie an diesen Treffen bestenfalls präsent waren, aber nicht mitwirkten. Ein weiterer bemerkenswerter Befund der Studie ist, dass eine beträchtliche Anzahl der Jugendlichen das Gefühl hatte, über grosse Veränderungen in ihrem Leben nicht oder zu wenig informiert worden zu sein.[10]

3.15 Auch Studien aus dem Bereich der *Kinder- und Jugendpsychotherapie* weisen nach, dass sich viele Kinder und Jugendliche wenig involviert fühlen. Wiethoff und Dippold zeigen in ihrer Studie in zwei deutschen stationären Kinder- und Jugendpsychiatrien auf, dass 70% der Kinder und 55% der Jugendlichen das Gefühl hatten, vom Fachpersonal (hier vom zuweisenden Arzt) nicht über die bevorstehende Behandlung informiert worden zu sein. Mehr als die Hälfte der unter 14-Jährigen fühlte sich bei den Gesprächen über ihre Zukunft und die Behandlung nicht einbezogen. Teilhabe war jedoch den meisten Minderjährigen sehr wichtig: 80% äusserten ein grosses Bedürfnis nach Teilnahme an Gesprächen.[11]

---

9 Lenz, Partizipation, 128.

10 Bessel Sharon, Participation in decision-making in out-of-home care in Australia: What do young people say? Children and Youth Services Review 2011, 496 ff.

11 Wiethoff/Dippold, 285.

Entwurf

In der Studie von Rothärmel et al. in zwei Kliniken für *Kinder- und Jugendpsychiatrie* sowie Psychotherapie hielten fast 90% der Kinder und Jugendliche eine umfassende Aufklärung bei Behandlungsbeginn für wichtig. Jedoch äusserte nur die Hälfte der Befragten konkrete Informationswünsche, die sich insbesondere auf Alltagsabläufe und die Dauer des Aufenthaltes, jedoch weniger auf Angaben zur konkreten Behandlung bezogen. Mit zunehmenden Alter nahm auch das Informationsbedürfnis zu. Ebenso stieg der Wunsch, über Gespräche informiert zu werden, die ohne Beisein des Kindes/des Jugendlichen stattfinden.[12] 3.16

Auch bei Fragen zum Einbezug betreffend *medizinische Eingriffe* äussern Kinder und Jugendliche häufig den Wunsch, in die Entscheidung einbezogen zu werden. In der Studie von Alderson und Montgomery wünschten vor dem Eingriff 46% und nach dem Eingriff 39% der Kinder, in eine orthopädische Entscheidung einbezogen zu werden.[13] 3.17

Analoge Ergebnisse bestehen auch zur Mitwirkung des Kindes bei Entscheidungen zum Aufenthaltsort nach der *elterlichen Trennung*. In der Studie von Cashmore und Parkinson beispielsweise äusserten 60% der Kinder im Alter von 6–18 Jahren, dass sie ein bisschen bis ziemlich mitsprechen konnten. Das Gefühl, mitreden zu können, war bei Kindern über 12 Jahren stärker ausgeprägt. Auffallend war auch in dieser Studie, dass über die Hälfte der Kinder gern mehr in den Entscheidungsprozess involviert gewesen wäre und gern mehr mitgesprochen hätte, als dass ihnen möglich war. Insbesondere Kinder unter 12 Jahren äusserten gehäuft den Wunsch, stärker einbezogen zu sein: Vier von fünf Kindern unter 12 Jahren wünschten sich, mehr mitsprechen zu dürfen.[14] 3.18

In der Studie von Morag/Rivkin/Sorek bejahten 93% der Kinder und Jugendlichen im Alter von 6–18 Jahren die Frage, ob sie es positiv ansehen, dass sie sich auch zu den Konflikten der Eltern äussern dürfen. 62% gaben darüber hinaus an, dass ihnen das Gespräch geholfen habe. Sie begründeten ihre Antwort damit, dass ihnen damit Respekt gezeigt wurde und ihre Meinung und Gefühle einbezogen wurden und dass das Gespräch ihnen geholfen habe zu entscheiden, was sie wirklich möchten.[15] 3.19

---

12 Rothärmel Sonja/Dippold Ines/Wiethoff Katja/Wolfslast Gabriele/Fegert Jörg M., Patientenaufklärung, Informationsbedürfnis und Informationspraxis in der Kinder- und Jugendpsychiatrie und Psychotherapie, Göttingen 2006, 252–264.

13 Alderson/Montgomery.

14 Cashmore/Parkinson, 91–104.

15 Morag/Rivkin/Sorek, 1.

Freiabzug

3.20 Kinder und Jugendliche erleben in den Entscheidungsfindungsprozessen oftmals Gefühle von Hilflosigkeit. Es fehlt ihnen an Wissen betreffend die entscheidende Situation, die Möglichkeiten der Mitwirkung und die Lösungen und sie verspüren wenig Kontrollgefühl aufgrund des Mangels an Möglichkeiten, Entscheidungen über das eigene Leben zu treffen.[16]

3.21 Während Kinder und Jugendliche sich oftmals zu wenig wahrgenommen fühlen, beurteilen dies Fachpersonen nicht selten anders. Während die Fachpersonen (hier Sozialarbeiter) berichteten, umfangreiche Anstrengungen unternommen zu haben, auf Kinder zu hören und ihnen die Mitwirkung zu ermöglichen, waren nur wenige junge Leute der Meinung, dass ihre Ansichten gehört und berücksichtigt wurden.[17]

3.22 Es kann ausserdem davon ausgegangen werden, dass Kinder und Jugendliche nicht in allen Lebensbereichen, die ihr Leben beeinflussen (z.B. Bildung, Gesundheitsfragen, Kinderschutz), gleichermassen angehört und in die Entscheidungen einbezogen werden. So zeigt eine Übersichtsstudie aus England, dass in Bereichen wie Asylverfahren und Kindesschutzfällen junge Menschen kaum angehört und einbezogen werden.[18]

3.23 Dies deutet darauf hin, dass partizipative Praxis tendenziell weniger gut umgesetzt wird und schwieriger ist, als die politische Rhetorik vermuten lässt.[19]

---

16 Bessel (FN 10), 496–501; Leeson Caroline, My life in care: experiences of non-participation in decision-making processes, Child & Family Social Work 2007, 268 ff.

17 McLeod Alison, Respect or empowerment? Alternative understandings of «listening» in childcare social work, Adoption and Fostering 2006, 43–52.

18 Burke Tom, Anyone listening? Evidence of children and young people's participation in England, London 2010, 56–65.

19 Bell Margaret, Promoting Children's Rights in Social Work and Social Care: A Guide to Participatory Practice, London/Philadelphia 2011; Franklin Anita/Sloper Patricia, Listening and Responding? Children's Participation in Health Care within England, International Journal of Children's Rights 2005, 11 ff.; Taylor Nicola/Fitzgerald Robyn/Morag Tamar/Bajpaid Asha/Graham Anne, Participation and Health – A Research Review of Child Participation in Planning and Decision-Making, Child & Family Social Work 2012, 325 ff.; Gallagher Michael/Smith Mark/Hardy Mark/Wilkinson Heather, Children and Families' Involvement in Social Work Decision Making, Children & Society 2012, 74 ff.

Entwurf

Fazit 1: Einbezug von Kindern und Jugendlichen 3.24

Noch heute fühlen sich viele Kinder und Jugendliche nicht bzw. zu wenig in die sie betreffenden Entscheidungen einbezogen. Ein Grossteil der Kinder und Jugendlichen wünscht jedoch eine Mitwirkung. Sie möchten zumindest informiert und angehört werden. Der Wunsch nach aktiver Mitwirkung, das heisst, in Entscheidungen einbezogen zu werden und diese mitzugestalten, steigt mit zunehmendem Alter und gelungenen Erfahrungen, bei welchen sich Kinder einbezogen und wahrgenommen fühlen.

Klare Altersgrenzen scheint es nicht zu geben. Auch jüngere Kinder wünschen sich, informiert und einbezogen zu werden und fühlen sich wohler, wenn sie teilhaben können. Während jüngere Kinder das Einverständnis der Eltern bei Entscheidungen benötigen oder diesen die Entscheidung überlassen, möchten Jugendliche deutlich in die Entscheidungen einbezogen sein und aktiv mitgestalten können.

3. Bedeutung der Mitwirkung für Kinder und Jugendliche

Diverse Lernerfahrungen, die Lebensumstände (Familie, soziales Umfeld) sowie individuelle Persönlichkeitseigenschaften des Kindes tragen dazu bei, dass ein Kind sich psychisch und physisch gesund entwickeln kann. Das Konzept der Resilienz ist ein Beitrag zum Verständnis der Unterschiede in der Fähigkeit von Kindern, unter verschiedenen Umständen zu bestehen. Drei Faktoren werden häufig mit Resilienz in Verbindung gebracht: ein positives Selbstwertgefühl, der Glaube an die Selbstwirksamkeit und die Fähigkeit, Probleme zu lösen.[20] 3.25

Unabhängig von der jeweiligen individuellen Lebenssituation ist es daher für jedes Kind bedeutsam, das Gefühl entwickeln zu dürfen, sein Leben mitzugestalten und daran teilhaben zu können. Dieses Bedürfnis nach Gestaltung und Mitwirkung am eigenen Leben entspricht einem zentralen Grundbedürfnis des Menschen. So bezeichnet Grawe dieses Bedürfnis nach Kontrolle und Selbstbestimmung als eines der vier wichtigsten psychologischen Grundbedürfnisse des Menschen.[21] 3.26

Aktiv in bedeutsame Entscheidungen involviert zu sein, sei es durch offene Information der Problemlage oder durch Entscheidungsmöglichkeiten, ist daher einer 3.27

[20] McAuley Colette/Davis Teresa, Emotional well-being and mental health of looked after children in England, Child & Family Social Work 2009, 147 ff., 155.

[21] Grawe, 183 ff. Klaus Grawe beschreibt vier zentrale Grundbedürfnisse: das Bedürfnis (1) nach Kontrolle und Selbstbestimmung, (2) nach Bindung und Zugehörigkeit, (3) nach Selbstwerterhöhung (sich selbst gut, kompetent, wertvoll und von anderen geliebt zu fühlen) und (4) nach erfreulichen Erfahrungen – unter Vermeidung unangenehmer Erfahrungen (Lust und Unlust).

Erstauflage

von diversen Faktoren, die dazu beitragen, dass ein Kind eine Entscheidung mittragen und langfristig in seine Lebensgeschichte integrieren kann. Hinter diesen Aussagen sind zwei wichtige Begriffe der Psychologie verborgen: die Selbstwirksamkeitsüberzeugung und die Kontrollüberzeugung.

3.28 *Selbstwirksamkeitsüberzeugungen* beschreiben die subjektive Überzeugung, neue oder schwierige Anforderungssituationen mit eigenen Kompetenzen bewältigen zu können.[22] Selbstwirksamkeitsüberzeugungen entwickeln sich durch Erfahrungen, dass Anforderungen bewältigt werden können. Eine positive Einschätzung seines Selbst als Individuum, das gestalten und formen kann, gehört daher zu den wichtigsten Faktoren der psychischen Gesundheit bis ins Erwachsenenalter. Schon früh möchten Kinder dieses Gefühl erleben. Beobachten lässt sich dieser Wunsch durch die zunehmende Selbstständigkeit im Kindes- und Jugendalter.

3.29 Eng mit den Selbstwirksamkeitsüberzeugungen verbunden sind die *Kontrollüberzeugungen* eines Individuums. Diese lassen sich in *interne* und *externe* Kontrollüberzeugungen unterscheiden.[23] Während *interne* Kontrollüberzeugungen die subjektive Überzeugung beschreiben, selbst Kontrolle über sein Leben zu haben, beschreiben die *externen* Kontrollüberzeugungen das Gefühl, dass andere oder der Zufall das Leben kontrollieren. Das Gefühl, eine Situation zu verstehen, darüber mitzusprechen und diese zu gestalten, hängt stark mit einem positiven Selbstwertgefühl zusammen, welches eng mit einer positiven psychischen Entwicklung assoziiert ist. Diverse Studien weisen auf einen Zusammenhang zwischen einer niedrigen Selbstwirksamkeitsüberzeugung und Problemverhaltensweisen wie Delinquenz, erhöhter Gewaltbereitschaft und politischem Extremismus im Jugendalter[24] hin. Auf der anderen Seite vulnerabilisiert das Gefühl, wenig Kontrolle über sein Leben zu haben und von anderen abhängig zu sein, und erhöht das Risiko, Opfer von Ausgrenzungserfahrungen, Gewalt und Depressionen zu werden.

3.30 In diesem Kontext erhält die Mitwirkung des Kindes im Sinne einer Anhörung, von Mitreden und allenfalls der Möglichkeit, mitentscheiden zu dürfen, eine bedeutsame Rolle. Entscheidungen, eine Stimme zu erhalten, die das Kind betrifft, können die Entwicklung eines positiven Selbstbildes unterstützen.■Satz kontrollieren■ Eine gelungene Mitwirkung von Kindern und Jugendlichen in dem Sinne,

[22] Bandura, 191–215.

[23] Rotter Julian B., Generalized expectancies for internal versus external control of reinforcement, Psychological Monographs 1966, 1–28.

[24] Sturzbecher Dietmar/Tausendteufel Helmut, Gewalt unter Jugendlichen – Trends und Ursachen, in: Sabine Andresen et al. (Hrsg.), Vereintes Deutschland – geteilte Jugend. Ein politisches Handbuch, Opladen 2003, 197–212.

Entwurf

dass ihr Wunsch nach Informationen und Mitsprache berücksichtigt wird, kann diverse positive Effekte mit sich bringen. So sind Kinder und Jugendliche, die angeben, in hohem Grade beteiligt zu sein, mit den entschlossenen und durchgeführten Massnahmen zufriedener.[25] Es besteht auch eine gewisse Evidenz, dass Platzierungen stabiler verlaufen, wenn Kinder bei den Entscheidungen zur Platzierung mitentscheiden können.[26] Ausserdem weisen einige Studien darauf hin, dass durch eine gelungene Mitwirkung das Interesse der Kinder und Jugendlichen gesteigert wird, dass sie sich verstärkt für die Mitwirkung interessieren und auch bereit sind zu investieren, um sich in den Entscheidungssitzungen besser einbringen zu können (Kommunikationstraining, Vorbereitung auf ein Auftreten in Ausschüssen).[27] Gleichzeitig beurteilten sie sich als kompetenter und selbstbewusster. Ausserdem kann es auch Eltern entlasten beziehungsweise unterstützen, indem diese das Gefühl entwickeln können, dass sie die Entscheidungen nicht allein treffen müssen, sondern das im Einvernehmen mit ihrem Kind tun können.[28]

Fazit 2: Positive Aspekte der Mitsprache für das Kind 3.31

Mitwirkung ermöglicht dem Kind die Teilhabe an Entscheidungen. Das Gefühl, gehört und wahrgenommen zu werden, und die Berücksichtigung der Bedürfnisse und Wünsche des Kindes im möglichen Rahmen hat Einfluss auf dessen Selbstwirksamkeit und dessen Selbstbewusstsein. Die Mitwirkung kann das Verständnis für eine geplante Massnahme, die Mitarbeit an und den Erfolg einer Massnahme erhöhen.

4. Warum Kinder und Jugendliche nicht einbezogen werden

Verschiedene Überlegungen können dazu führen, dass Kinder nicht in sie betreffende Entscheidungen einbezogen werden: 3.32

Bei *Fachpersonen* wird häufig die Sorge geäussert, die Kinder durch den Einbezug zu überfordern. So zeigten Arnold et al. in einer Studie bei Pflegefamilien und Heimplatzierungen auf, dass 60% der Sozialarbeiter angaben, die Kinder in den Entscheidungsprozess nicht zu integrieren. Ausserdem wurden 56% der Kinder 3.33

[25] Rosen Lee D./Heckman Timothy/Carro Michelle G./Burchard John D., Satisfaction, Involvement, and Unconditional Dare: The Perceptions of Children and Adolescents Receiving Wraparound Services, Journal of Child and Family Studies 1994, 55–67.

[26] Lindsay Michael J., Involving young people in decision-making, Children Australia 1995, 39 ff.

[27] Taylor/Adelman/Kaser-Boyd, Minors' attitudes and competence.

[28] Hallström/Elander.

Fristgerecht

nicht über die Formulierung der Ziele der Platzierung informiert und 66% der Kinder nicht in die Regelungen der Besuchskontakte einbezogen. Für den Nichteinbezug der Kinder wurden folgende Gründe genannt: fehlende klare Vorgaben für eine konkrete Umsetzung der Mitwirkung, Alterseinschränkungen, mögliche unrealistische Vorstellungen der Kinder, die enttäuscht werden würden, Konflikte zwischen den Eltern und Kindern, zusätzlicher Aufwand, die Komplexität des Dossiers, zu wenig Auswahlmöglichkeiten und die Begründung, dass den Eltern die Aufgabe zukäme, die Kinder zu informieren.[29]

3.34 Ein entscheidendes Kriterium, das die zuständigen Sozialarbeiter zur Entscheidung führte, Kinder nicht oder nur wenig einzubeziehen, war die Einstellung, dass Kinder nicht fähig seien, ihren Wünschen und Bedürfnissen freien Ausdruck zu geben. Neben der möglichen Schwierigkeit für das Kind, seinen Willen äussern zu können, wurde oft das Kriterium der Urteilsfähigkeit vorgebracht. Dieser Begriff bezeichnet die kognitive Fähigkeit, die Konsequenzen einer Entscheidung in ihrer Tragweite zu verstehen und dadurch vernunftgemäss zu handeln. Wenn davon ausgegangen wird, dass ein Kind die Problemsituation nicht verstehen kann, so liegt der Schluss nahe, dass es auch nicht in die Entscheidungsfindung einbezogen werden sollte.

3.35 Die Angst, das Kind zu überfordern, wird immer wieder als Grund genannt, um das Kind nicht bzw. geringfügig einzubeziehen. Auch in Scheidungsverfahren bereitet es Fachpersonen oftmals Sorgen, durch eine Anhörung womöglich gar die elterliche Autorität zu gefährden oder das Kind in Loyalitätskonflikte zu bringen. Zudem sind sie sich bezüglich der Fähigkeit des Kindes, Position zu beziehen, unsicher und zweifeln daran, dass die Vertraulichkeit der Angaben des Kindes ein faires Verfahren ermöglichen würde. Darüber hinaus besteht oft die Befürchtung, die Richter seien nicht fähig, eine dem jeweiligen Kind angemessene Anhörung durchzuführen.[30] Fachpersonen erachteten es ausserdem oftmals als schwierig, Kinder aufgrund ihrer eingeschränkten sprachlichen Möglichkeiten sowie aufgrund eigener fehlender Aus- und Weiterbildungen in diesem Bereich konkret einzubeziehen.[31]

3.36 *Eltern bzw. Sorgeberechtigte* spielen ebenfalls eine wichtige Rolle, warum Kinder und Jugendliche in gerichtlichen Belangen nicht einbezogen werden. Der Widerstand oder diverse Befürchtungen der Eltern können die Teilnahme der Kinder,

[29] Arnold et al.
[30] Morag/Rivkin/Sorek.
[31] Lenz, Kinder in der Familienberatung.

Ergänzung

beispielsweise an einer Anhörung, stark einschränken. Morag/Rivkin/Sorek haben in ihrer Studie über Kinder und Jugendliche, deren Eltern im Trennungsprozess waren, aufgezeigt, dass lediglich 35% dieser Kinder und Jugendlichen die Möglichkeit wahrnahmen, an den Anhörungen teilzunehmen Als Hauptgrund für die Nichtteilnahme der Kinder und Jugendlichen erwies sich der Widerstand oder die Befürchtungen der Eltern.[32] Damit Kinder und Jugendliche die Möglichkeit erhalten, teilnehmen beziehungsweise mitwirken zu können, ist ein offener Einbezug der Eltern und Sorgeberechtigten von grosser Wichtigkeit, da diese die Mitwirkung der Kinder verhindern können. Durch eine verstärkte Aufklärung der Eltern und der Fachpersonen, welche die Anhörung durchführten, sowie durch eine Veränderung der Einladung der Kinder konnte die Teilnahmerate der Kinder auf 60% erhöht werden.

Die aufgeführten Gründe machen deutlich, dass noch etliche Befürchtungen und Unsicherheiten vonseiten der Fachpersonen hinsichtlich des Umgangs mit Kindern und des konkreten Einbezugs von Kindern bestehen. Unsicherheiten über die Verarbeitung der Informationen durch das Kind, welche zu einer Verunsicherung führen können, hemmen einen offenen Einbezug des Kindes. 3.37

5. Möchten Kinder und Jugendliche mitsprechen oder entscheiden?

Der Einbezug von Kindern und Jugendlichen wird von Eltern und Fachpersonen oftmals als schwierig erachtet, da Mitwirkung teils missverstanden wird in dem Sinne, dass den Kindern durch eine Mitwirkung die Aufgabe übertragen wird, selbst entscheiden zu dürfen oder zu müssen. Nicht selten steht die Angst im Raum, die Kinder mit diesen schwierigen Entscheiden «allein zu lassen». 3.38

Die Angst, die Kinder durch absolute Selbstbestimmung zu überfordern, ist nicht von der Hand zu weisen. Eine zu grosse Fülle an Informationen, die vom Kind weder verstanden noch verarbeitet werden kann, überfordert das Kind zwangsläufig und kann es daher auch verunsichern. Ebenso bedingt dies eine hohe Stressresistenz des Kindes, wenn seine Entscheidung den Wünschen seines sozialen Umfeldes widerspricht. 3.39

Gemäss Morrow ist die Diskussion um absolute Selbstbestimmung vor allem von Erwachsenen geprägt. Kinder wünschten oft primär, informiert zu werden und 3.40

[32] Morag/Rivkin/Sorek.

Entwurf

mitsprechen zu können, was jedoch nicht notwendigerweise bedeuten muss, dass sie die Entscheidungen selbst treffen möchten.[33] In der Studie von Cashmore und Parkinson zu Familien im Trennungsprozess gaben 91% der befragten Kinder und Jugendlichen im Alter von 6–18 Jahren an, dass sie in die Entscheidungen der Regelungen für die Zeit nach der Trennung der Eltern involviert sein möchten (insbesondere Kinder und Jugendliche, die von Gewalt, Missbrauch und hohem Konfliktniveau zwischen den Eltern betroffen waren), jedoch nicht immer die Entscheidung treffen möchten.[34]

3.41 Ähnliche Ergebnisse weisen auch andere Studien auf. Gemäss Wiethoff und Dippold wünschten über 80% der Jugendlichen gegenüber 50% der Kinder (bis 12 Jahre), bei der Entscheidung über eine Behandlung einbezogen zu werden. In dieser Studie wünschte rund die Hälfte der Kinder zwar, informiert und einbezogen zu werden, bevorzugte jedoch, dass die Eltern die Entscheidung der Behandlung treffen.[35] In der Studie von Alderson und Montgomery antworteten die Kinder auf die Frage, wer entscheiden soll, dass eindeutig alle Beteiligten in die Entscheidung einbezogen werden sollten, wobei eine Person (der Arzt in der Leitungsfunktion, der von allen respektiert werden soll) alle Meinungen zusammenbringen sollte.[36] Auch Taylor/Adelman/Kaser-Boyd beschreiben, dass Kinder und Jugendliche häufig weniger den Wunsch äussern, den Entscheid selbstzu treffen, sondern dass ihnen viel wichtiger ist, an den Vorbereitungstreffen einer Intervention beteiligt oder anwesend zu sein. Sie stellten fest, dass je älter die Kinder waren, desto wirksamer empfanden sie ihre Beteiligung. Je positiver sie die eigene Wirksamkeit einschätzten, desto grösser war das Interesse der Kinder an einer zukünftigen Mitwirkung.[37]

3.42 Blandow/Gintzel/Hansbauer unterscheiden daher zwischen Partizipation und Einbeziehung, wobei beim Einbezug keine Voraussetzungen erfüllt werden müssen, da die Voraussetzung, Konsequenzen zu betrachten und abzuwägen, erst dann von Bedeutung ist, wenn Entscheidungen mit weitreichenden Auswirkungen getroffen werden müssen.[38]

---

[33] Morrow Virginia, «We are people too»: children's and young people's perspectives on children's rights and decision-making in England, The International Journal of Children's Rights 1999, 149 ff.

[34] Cashmore/Parkinson.

[35] Wiethoff/Dippold.

[36] Alderson/Montgomery.

[37] Taylor/Adelman/Kaser-Boyd, Perspectives.

[38] Blandow/Gintzel/Hansbauer, 52.

Erstentwurf

Fazit 3: Wunsch nach Mitsprache oder Entscheidung? 3.43

Kinder und Jugendliche möchten wie Erwachsene in für ihr Leben bedeutsame Entscheidungen einbezogen und darüber informiert werden. Mitwirkung bei Kindern und Jugendlichen bedeutet jedoch nicht zwingend, dass diese die Entscheidung auch allein treffen möchten. Mitwirkung oder Partizipation als Prozess, der das Recht der Kinder und Jugendlichen benennt, ihre Meinung und ihre Ansichten einzubringen und diese in Entscheidungsprozessen zu berücksichtigen, ermöglicht jedoch verschiedene Facetten des Einbezugs und der Mitsprache von Kindern und Jugendlichen.

C. Entwicklungspsychologische Voraussetzungen für eine Mitwirkung des Kindes

Mitwirkung von Kindern und Jugendlichen beinhaltet, den Wunsch des Kindes und seine Einschätzung der Situation aufzunehmen und allenfalls in die Entscheidung einfliessen zu lassen. Voraussetzung hierzu ist, dass das Kind eine Präferenz oder klaren Willen bezüglich einer Entscheidung fassen und diese oder diesen äussern kann. Verschiedene kognitive und emotionale Kompetenzen sind die Voraussetzung dafür, dass dies einem Kind möglich wird. 3.44

Entwicklungspsychologisches Wissen kann Hilfestellung geben bei der Frage, welche Fähigkeiten Kinder mitbringen sollten, um mit den spezifischen Herausforderungen, zum Beispiel einer Anhörung, der Teilhabe bei der Entscheidungsfindung und allenfalls der Mitwirkung bei der Entscheidungsfindung in juristischen Angelegenheiten, umgehen zu können. In diesem Zusammenhang ist hervorzuheben, dass Kinder sich unterschiedlich schnell entwickeln, einen unterschiedlichen Erfahrungshintergrund und unterschiedliches Wissen mit sich bringen, und dass *Altersangaben daher nicht als starre Grenzen, sondern als Orientierungshilfen* angewendet werden sollten. 3.45

1. Wille des Kindes

Dettenborn definiert den Kindeswillen als «die altersgemäss stabile und autonome Ausrichtung des Kindes auf erstrebte, persönlich bedeutsame Zielzustände».[39] Der Autor unterscheidet in seinem Modell der Willensbildung die *prä*intentionale Phase von der *intentionalen* Phase. 3.46

[39] Dettenborn, 65.

Ersatzexemplar

3.47 In der *präintentionalen Phase* wird der Prozess beschrieben, der den Willen auslöst. In dieser Phase spürt das Individuum ein Unbehagen, einen Leidensdruck oder Veränderungswunsch, der sich auf Bedürfnisse bezieht, die nicht erfüllt sind. Oftmals sind diese nicht immer bewusst zu benennen. Die Fähigkeit, ein Unbehagen zu spüren, ist jedoch schon ganz früh vorhanden. So drücken schon Säuglinge ihr Unbehagen aus, wenn sie Nähe und Halt (Bindung) benötigen, Hunger verspüren oder müde sind, wobei ihre Ausdrucksform noch beschränkt ist und sie sich mehrheitlich durch Schreien ausdrücken. Ältere Kinder verspüren das Bedürfnis nicht nur als generelles Unbehagen, sondern dieses ist mit der Wahrnehmung von Gefühlen wie Angst, Wut, Freude oder Trauer verbunden. Dem Willen vorangestellt sind damit Emotionen, die Erregung, Spannungsgefühle oder Unlustgefühle anzeigen. Emotionen sind also Bewertungssysteme, welche uns darauf hinweisen, ob etwas für uns beispielsweise bedrohlich, anziehend oder abschreckend ist.

3.48 Während in der präintentionalen Phase das Kind Unbehagen, einen Leidensdruck oder den Wunsch zu Veränderung wahrnimmt (basierend auf seinen Bedürfnissen), ist ihm in der *intentionalen Phase* das Ziel des Willens (Absicht) sowie die Mittel, wie dieses Ziel erreicht werden könnte (Vorsätze), bewusst, und das Kind kann diesen Willen gedanklich und sprachlich ausformulieren.

3.49 Dettenborn beurteilt die Qualität des Kindeswillens anhand von vier Gesichtspunkten:[40]

1. *Zielorientierung:* Dem Willen liegt nicht nur ein stimmungsabhängiger, richtungsloser Leidensdruck zugrunde, sondern auch eine Vorstellung darüber, was sein soll. Darüber hinaus sind Vorstellungen vorhanden, wie das Ziel erreicht werden kann.
2. *Intensität:* Die Ziele werden mit Nachdrücklichkeit und Entschiedenheit angestrebt. Die Intensität ist umso stärker, je bedeutender und attraktiver die Zielzustände für das Individuum sind. Die Intensität ist erkennbar am Beharrungsvermögen bei Hindernissen und Widerständen.
3. *Stabilität:* Die Willenstendenz wird über einen angemessenen Zeitraum gegenüber verschiedenen Personen und unter verschiedenen Umständen beibehalten.
4. *Autonomie:* Die Willensäusserung ist Ausdruck einer hinreichend individuellen eigenen Bestrebung und Selbstwirksamkeitsüberzeugung des Kindes. Das schliesst nicht aus, dass Fremdeinflüsse an der Willensbildung beteiligt waren und dass zu den Selbstwirksamkeitsüberzeugungen auch Kontrollillusionen gehören.

[40] Dettenborn, 63.

Erstauflage

Entwicklungspsychologisch erfasst ein altersgerecht entwickeltes Kind im Alter von 3–4 Jahren die notwendigen kognitiven Kompetenzen, um einen psychologisch und rechtlich beachtenswerten Willen haben und äussern zu können. Im Alter von ca. 4 Jahren entwickeln Kinder ausserdem die Fähigkeit, Annahmen über Bewusstseinsvorgänge anderer Personen gedanklich vorzunehmen und damit eigene Gefühle, Bedürfnisse, Ideen, Absichten, Erwartungen und Meinungen von denjenigen einer anderen Person zu unterscheiden («Theory of Mind»). Kinder können nun die Perspektive von anderen einnehmen, sich von diesen abgrenzen oder auf diese Rücksicht nehmen. 3.50

Typischerweise hat der Wille von kleineren Kindern eine eher emotionale und weniger rationale Grundlage als derjenige von Jugendlichen oder Erwachsenen. Ein kleines Kind lebt unmittelbarer in der Gegenwart und kann Zukünftiges aufgrund seines Entwicklungsstandes noch nicht in all seinen Facetten abschätzen. Die langfristigen Konsequenzen seines Handelns sind für das Kind noch nicht in all ihren Ausprägungen vorstellbar. Das bedeutet jedoch nicht, dass sein Wille bezüglich Intensität, Stabilität und Autonomie ungenügend ausgebildet ist. Es bedeutet vielmehr, dass das Kind darauf angewiesen ist, dass seine unmittelbare emotionale Befindlichkeit wahrgenommen wird und in die Erwägungen, die Erwachsene für das Kind treffen und die sein Wohl betreffen, einfliesst.[41] 3.51

2. Entscheidungskompetenz

Von der Willensäusserung ist die Entscheidungsfindung abzugrenzen. Gemäss Grisso und Vierling sind für die Entscheidungsfindung verschiedene Faktoren von Bedeutung. Sie unterscheiden in ihrer Theorie zur Entscheidungsfindung zwischen der Fähigkeit, sich auf ein Problem zu konzentrieren und es zu verstehen, der Fähigkeit, eine Entscheidung während des Entscheidungsprozesses aufzuschieben, dem Vermögen, Risiken und Vorteile zu erkennen und die Alternativen gegeneinander abzuwägen, sowie der Fähigkeit zu *in*duktivem und *de*duktivem Schlussfolgern.[42] 3.52

Für eine bewusste *Entscheidungsfindung* ist daher insbesondere bedeutsam, dass sich Kinder vorstellen können, welche Folgen ihre Entscheidungen haben können, und dass sie die verschiedenen Möglichkeiten mit ihren Folgen gegeneinander abwägen können. Dieses formal-operative Denken gemäss der *Theorie der geistigen* 3.53

41 ■

42 Grisso/Vierling, 412–427.

Entwurf

Entwicklung von Piaget[43] beschreibt die Fähigkeit, Denkoperationen auf abstraktem Niveau durchzuführen. Während jüngere Kinder ihre Entscheidungen basierend auf eigenen Erfahrungen und Erlebnissen fällen, ist es für Kinder im Alter von 11–12 Jahren schon möglich, abstrakt und komplex zu denken. Sie benötigen zur Entscheidungsfindung weniger konkrete Erfahrungen, sondern können hypothetisch ableiten.

3.54 Für die Ausbildung der *Entscheidungskompetenz* ist andererseits wesentlich, dass ein Kind lernt, aktuelle Bedürfnisse aufzuschieben, sich zukünftige vorzustellen, die Motive und Bedürfnisse zu ordnen und in eine zeitliche Abfolge zu bringen: Das ist eine Fähigkeit, die Kinder im Laufe ihrer Entwicklung erlernen. Problem- und Entscheidungssituationen beinhalten oftmals verschiedene Bedürfnisse und Lösungsmöglichkeiten, die gleichzeitig bedeutsam sein und sich auch widersprechen können. Kinder können ab ca. 5-jährig Ambivalenzen bewusst spüren und erkennen. Der Umgang mit diesen *Ambivalenzgefühlen* ist eine Aufgabe, die Kinder mithilfe ihres Umfeldes, insbesondere der Bezugspersonen, im Laufe ihrer Entwicklung erlernen. Diese Erfahrungen haben einen wesentlichen Anteil daran, ob ein Kind die Fähigkeit erlernen kann, autonome Entscheidungen treffen zu können.[44]

3.55 Ab welchem Alter aber können Kinder und Jugendliche eine komplexe Problemsituation erfassen und begründete Entscheidungen fällen? Gemäss Lenz sind bereits 6–13-jährige Kinder in der Lage, komplexe Informationen aufzunehmen und darauf basierend Entscheidungen zu treffen:[45] «Kinder in den Altersstufen zwischen 6–13 Jahren [sind] von ihrem kognitiv-interaktionalen und emotionalen Entwicklungsstand her in der Lage, eigenständige Positionen einzunehmen und kritische, auch von der Erwachsenenperspektive abweichende Meinungen und Sichtweisen über die Beratung, deren Verlauf, Arbeitsweisen und Ergebnisse zu äussern.»[46] Voraussetzung ist, dass den Kindern das Problem verständlich ist und die Anzahl der Informationen überschaubar bleibt.

3.56 Weithorn und Campbell zeigten in einem Entscheidungsexperiment mit Kindern und Jugendlichen ausunterschiedlichen Alterskategorien (9, 14, 18 und 21 Jahre), dass ab dem Alter von 14 Jahren nicht mehr unterscheidbar ist, ob die

[43] Ginsburg Herbert P./Opper Sylvia, Piagets Theorie der geistigen Entwicklung, Stuttgart 2004.
[44] Simoni, 25 ff.
[45] Lenz, Partizipation, 137.
[46] Lenz, Partizipation, 126.

Entwurf

Antworten von einer erwachsenen Person oder einem Minderjährigen stammen. Die Kinder und Jugendlichen wurden vor vier hypothetische Behandlungsdilemmas einer medizinischen Intervention gestellt und ihre Entscheidungsgrundlagen wurden protokolliert. Kinder im Alter von 9 Jahren waren fähig, Entscheidungskonflikte zu begreifen. Die Entscheidungen von Kindern wurden – trotz weniger stark rationaler Begründungen – als authentisch und rational eingeschätzt. Bereits Kinder in einem Alter von 9 Jahren sind also durchaus in der Lage, sinnvolle und vernünftige Entscheidungen zu treffen, wenn auch nicht auf dem abstrakten Niveau der Informationsverarbeitung und der Schlussfolgerung eines Erwachsenen.[47]

Bei komplexen Entscheidungen, bei denen Fachwissen eine bedeutsame Rolle spielt, wie z.B. bei medizinischen Eingriffen, ist unklar, ob Kinder unter 9 Jahren über diese Eingriffe reflektiert entscheiden können. Kinder im Alter von 9 Jahren zeigten in einer Studie von Ondrusek et al. deutliche Schwierigkeiten, die ihnen vermittelten Informationen zu einem geplanten medizinischen Eingriff zu verstehen.[48] Analoge Ergebnisse bei Kindern im Alter von 9 Jahren werden von Belter und Grisso berichtet, die Minderjährige in simulierten Beratungssitzungen über die eigenen Rechte aufklärten und testeten, wie die Kinder ihr Wissen auf Rechtsverletzungen anwenden konnten.[49] 3.57

In Bezug auf die soeben erwähnten Befunde ist zu betonen, dass sich Denkprozesse in Abhängigkeit von Wissensinhalten entwickeln. Je mehr ein Kind über ein Thema weiss und je stärker es sich mit diesem (allenfalls aus eigener Erfahrung) auseinandergesetzt hat, desto fundierter ist sein Wissen und desto besser kann das Kind dieses auch in hypothetischen Entscheidungsprozessen einbringen. Wissensinhalte entwickeln sich bereichsspezifisch und in steter Wechselwirkung mit dem Wissenserwerb.[50] Ein Kind kann in einem Bereich Schwierigkeiten zeigen, die notwendigen Informationen zu verstehen und einordnen zu können, jedoch in einem anderen Bereich gut mitentscheiden, insbesondere wenn es in diesem Bereich schon Erfahrungen gesammelt hat. So zeigt Alderson, dass die Fähigkeit von Kindern im Alter von 8–15 Jahren, in einen chirurgischen Eingriff einzuwilligen, vor allem von ihren 3.58

47 Weithorn/Campbell, 1589–1598.

48 Ondrusek Nancy/Abramovitch Rona/Pencharz Paul/Koren Gideon, Empirical examination of the ability of children to consent to clinical research, Journal of Medical Ethics 1998, 158–165.

49 Belter/Grisso, 899–910.

50 Oerter Rolf, Psychologische Aspekte: Können Jugendliche politisch mitentscheiden?, in: Aydin Gürlevik/Klaus Hurrelmann/Christian Palentien (Hrsg.), Jugend und Politik. Politische Bildung und Beteiligung von Jugendlichen, Berlin 2016, 69–84.

Freiexemplar

individuellen Vorerfahrungen bezüglich Krankheit, Behinderung und früheren Behandlungsmassnahmen abhängig ist.[51] Daher ist die Einwilligungsfähigkeit von Kindern immer direkt mit dem Kind und den erwachsenen Begleitpersonen im Rahmen eines Aufklärungsgesprächs individuell abzuklären.

3. Emotionale und psychosoziale Voraussetzungen

3.59 Weit weniger häufig wird im Zusammenhang mit der Fähigkeit, Entscheidungen zu treffen, die Bedeutung von psychosozialen Faktoren betrachtet. Neben dem kognitiven Bereich sind für eine reife Urteilsfindung gemäss Steinberg und Cauffmann auch Aspekte wie die Bereitschaft, Verantwortung zu tragen (Autonomie, Unabhängigkeit von sozialen Einflüssen, soziale Erwünschtheit, Selbstvertrauen und Identität), die Risikobereitschaft sowie die Entwicklung von Perspektiven bedeutsam.[52] In diesem Sinne stellen die Autoren die freie Entscheidungsfähigkeit von Jugendlichen infrage, obwohl diese zweifelsohne über die kognitiven Voraussetzungen für eine kompetente Entscheidungsfindung verfügen, jedoch unter Einfluss von entwicklungsabhängigen, nicht-kognitiven Faktoren stehen. So sind Kinder und Jugendliche gemäss ihren Sozialisationserfahrungen oft schnell bereit, Autoritäten zu gehorchen.

3.60 Damit autonome Entscheidungen gefällt werden können, braucht es neben kognitiven Fähigkeiten auch *emotionale* Fähigkeiten (eigene Gefühle wahrnehmen, interpretieren und damit umgehen können), *kommunikative* Fähigkeiten (eigene Wünsche, Bedürfnisse und Meinungen ausdrücken, andere Meinungen anhören sowie Kompromisse finden) sowie *Fähigkeiten in Bezug auf die Umsetzung* im Alltag (Problemlösung, Umgang mit Stress). All diese Aspekte sind zentrale Punkte im Erziehungs- und pädagogischen Alltag. Damit Kinder und Jugendliche autonom entscheiden können, benötigen sie ein Umfeld, welches ihnen zugesteht, eigene Meinungen zu vertreten und Entscheidungen zu treffen. Ein psychosoziales Umfeld, das die Anliegen der Kinder und Jugendlichen anhört, diese aufnimmt, mit ihnen zusammen reflektiert und bereit ist, die getroffene Entscheidung mitzutragen, stärkt die Fähigkeit der autonomen Entscheidungsfindung bei Kindern und Jugendlichen. Die Fähigkeit, autonome Entscheidungen fällen zu können, ist dementsprechend bei Kindern und Jugendlichen unterschiedlich entwickelt. Diese Ent-

---

51 Alderson, 28–47.

52 Steinberg Laurence/Cauffman Elizabeth, Maturity of judgment in adolescence: Psychosocial factors in adolescent decision making, Law and Human Behavior 1996, 249–272.

Entwurf

wicklung hängt davon ab, ob die Fähigkeit, autonome Entscheidungen treffen zu dürfen, gefördert und ihnen zugestanden wird.

D. Merkpunkte für eine gelingende Mitwirkung des Kindes

Diverse Faktoren beeinflussen den Umstand, ob Kinder und Jugendliche die Teilhabe und die Mitsprache an Entscheidungen als positiv erleben und diese auch ausüben möchten. Eine klare Handlungsanweisung für die Mitwirkung von Kindern und Jugendlichen, die für alle Situationen gilt, ist schwierig zu erarbeiten. Je nach Bereich, zu dem das Kind seine Meinung äussern kann, müssen unter Umständen verschiedene Mitwirkungsmodelle zur Verfügung stehen: vom Recht, informiert zu sein, bis hin zum Recht, an Entscheidungen mitzuwirken oder sie allenfalls sogar selbst zu treffen.[53] Bei letzterer Möglichkeit ist darauf zu achten, dass Kinder und Jugendliche ein *soziales Unterstützungsnetz* haben, das die von ihnen getroffenen Entscheidungen unterstützt und mitträgt. Jede Beteiligung ist daher auf die konkrete Situation, das konkrete Ziel, das Alter und den Entwicklungsstand der Kinder und Jugendlichen sowie ihr Vorwissen abgestimmt.[54] Grundsätzlich kann bei 6-jährigen Kindern davon ausgegangen werden, dass diese genügend Fähigkeiten besitzen, um über ihre Wünsche und Bedürfnisse sowie ihren Lebensalltag Auskunft zu geben.[55] 3.61

Gemäss Smith/Taylor/Tapp ist der entscheidende Faktor bezüglich der Mitwirkung von Kindern und Jugendlichen nicht die Kompetenz der Kinder und Jugendlichen, sich äussern zu können, sondern vielmehr die Fähigkeit der Erwachsenen, eine vertrauensvolle, unterstützende und reziproke Beziehung zu gewährleisten, die es dem Kind ermöglicht, sich zu äussern und mitzuwirken.[56] In einer aktuellen Übersicht von van Bijleveld/Dedding/Bunders-Aelen über die Herausforderungen und Moderatoren für die Beteiligung von Jugendlichen an Kinder- und Jugendschutzdiensten war die persönliche Beziehung zwischen dem Jugendlichen und dem Sozialarbeiter einer der wichtigsten Faktoren zur Teilnahme. Die Kinder reagierten positiv, wenn sie der Meinung waren, dass die Sozialarbeiter oder der Fallmanager ihren Ansichten zuhörte, selbst wenn ihre Entscheidungen nicht in die Realität umgesetzt werden konnten. Es war wichtiger, *dass* sie gehört wurden, 3.62

[53] Morag/Rivkin/Sorek, 1–30.
[54] Schröder, 43.
[55] Morag/Rivkin/Sorek, 1–30.
[56] Smith Anne B./Taylor Nicola/Tapp Pauline, Rethinking Children's Involvement in Decision-Making after Parental Separation, Childhood 2003, 201–216.

Freiexemplar

als dass sie tatsächlich bekamen, was sie wollten. Umgekehrt fühlten sich Kinder machtlos, wenn Pläne nicht umgesetzt wurden *und* ihre Bedenken nicht angesprochen wurden.[57]

1. Aufklärung über die Möglichkeiten der Mitwirkung

3.63 Diverse Studien zeigen, dass vielen Kindern und Jugendlichen ihr Recht auf Mitwirkung nicht bewusst ist. Ausserdem haben Kinder und Jugendliche oftmals eine falsche Vorstellung von Gerichten und ihrer Funktion. So zeigt etwa die Studie von Büchler und Simoni, dass fast allen befragten Kindern und Jugendlichen unklar war, was eine Kindesanhörung beinhaltet und wie sie im Scheidungsverfahren der Eltern umgesetzt wird.[58]

3.64 Damit Kinder und Jugendliche ihr Recht auf Mitwirkung wahrnehmen können, ist es daher unabdingbar, dass sie über ihre Rechte sowie die ihnen offenstehenden Möglichkeiten der Mitwirkung altersgerecht informiert werden. Fachpersonen, sowohl aus dem sozialen, medizinischen als auch juristischen Bereich, müssen Kindern und Jugendlichen erklären können, warum ihre Wünsche, ihr Wille sowie ihre Bedürfnisse von Bedeutung sind, wie sie ihre Wünsche einbringen können und wie ihre Äusserungen in den Entscheidungsprozess einbezogen werden. Eine direkte Information des Kindes ist empfehlenswert, da nicht davon ausgegangen werden kann, dass die Eltern die Kindesinteressen immer angemessen vertreten und selbst gut über die gerichtlichen Abläufe informiert sind. Insbesondere bei pathogenen Familienkonstellationen, schwierigen Eltern-Kind-Beziehungen sowie Eltern mit psychischen Einschränkungen muss beachtet werden, dass die Interessen des Kindes von der Kommunikation und der Interaktionskultur in der Familie beeinflusst sind.

3.65 Da Kinder oftmals zuerst von ihren Eltern über ihre Rechte informiert werden, ist auch eine ausführliche und offene Information der Eltern von grosser Bedeutung. Denn wenn die Eltern einer Anhörung oder einer Mitsprache der Kinder skeptisch oder abwehrend gegenüberstehen ist es für Kinder und Jugendliche schwieriger, ihre Rechte in Anspruch zu nehmen. Da Eltern darüber hinaus ebenfalls Wissensdefizite aufweisen können, kann die Aufklärung nicht allein an die Eltern delegiert werden.

---

[57] Van Bijleveld Ganna G./Dedding Christine W. M./Bunders-Aelen Joske F. G., Children's and young people's participation within child welfare and child protection services: a state-of-the-art review, Child & Family Social Work 2015, 129–138 ff.

[58] Büchler/Simoni.

Einsicht

2. Aufklärung über die Problemlage

Neben dem Wissen über die Abläufe an den Gerichten und vor den Behörden sowie über die ihnen zur Verfügung stehenden Mitwirkungsmöglichkeiten sind Kinder und Jugendliche über die zu entscheidende Sachlage sowie die damit verbundenen Konsequenzen oftmals ungenügend informiert. So weist die Studie von Rothärmel et al. darauf hin, dass beispielsweise das Wissen in Bezug auf kinder- und jugendpsychiatrische Einrichtungen bei Kindern und Jugendlichen unter 14 Jahren, die in einer Institution behandelt werden, bedenklich gering ist. Dies bezieht sich sowohl auf die Vorstellung darüber, was während eines stationären Aufenthaltes geschehen wird, als auch darüber, was das Ziel ihres Aufenthaltes ist.[59] 3.66

Damit Kinder und Jugendliche ihr Recht auf Mitwirkung wahrnehmen können, ist es daher unabdingbar, dass sie verstehen können, was die Problemlage ist und über welche Möglichkeiten der Problemlösung beziehungsweise Behandlungs- oder Interventionsmöglichkeiten diskutiert wird. Grundvoraussetzung für eine Mitwirkung ist daher die Bereitstellung und die kindgerechte Vermittlung notwendiger Informationen über die bestehenden Möglichkeiten und die daraus folgenden Konsequenzen, die das Kind erst in den Stand versetzen, sich eine eigene Meinung zu bilden.[60] 3.67

Sowohl die Kinder als auch die Eltern können nur ein Kontrollgefühl entwickeln, wenn die zu entscheidende Problemlage offengelegt wird, damit alle Beteiligten ihre Ansichten, Überlegungen sowie Wünsche anbringen können. Die Offenlegung der Problemlage umfasst sowohl das Aufzeigen der Handlungsmöglichkeiten, der Erwartungen, des Verfahrensablaufs als auch der Befürchtungen und der (möglichen) Konsequenzen. 3.68

Während die Offenlegung der Problemlage bei den Eltern ausführlicher und detaillierter ausfällt, ist beim Kind darauf zu achten, dass es die grundsätzliche Problemlage versteht: Was ist das Grundproblem? Warum ist es eingeladen? Worüber soll entschieden werden und wer entscheidet? Welche Möglichkeiten bestehen? Zu ausführliche und zu detaillierte Beschreibungen sind zu vermeiden, da insbesondere 3.69

[59] Rothärmel et al. (FN)12, 252 ff.

[60] Fegert Jörg/Wiethoff Katja/Dippold Ines/Rothärmel Sonja/Wolfslast Gabriele, Information und Partizipation von Kindern und Jugendlichen bei Behandlungsentscheidungen in der Kinder- und Jugendpsychiatrie, in: Christoph Brochhausen/Hannsjörg W. Seyberth (Hrsg.), Kinder in klinischen Studien – Grenzen medizinischer Machbarkeit?, Münster 2005, 117–144.

Ersatzexemplar

jüngere Kinder durch die Komplexität und die Menge der Informationen überfordert werden können.

3. Erfragen des Wunsches nach Mitwirkung

3.70 Die meisten Kinder möchten in der einen oder anderen Form mitsprechen und empfinden es als positiv, angehört und informiert zu werden. Nicht alle Kinder und Jugendlichen möchten im selben Ausmass mitwirken. Der Wunsch, einbezogen und informiert zu werden, ist auch nicht gleichzusetzen mit dem Wunsch, die Entscheidung treffen zu wollen. Ein zu hoher Erwartungsdruck, dass sie entscheiden müssen, kann Kinder und Jugendlichen belasten und ihnen eine Verantwortung übergeben, die sie nicht allein tragen können.

3.71 Herauszufinden, wie viel Beteiligung, Information und Unterstützung vom jeweiligen Kind oder Jugendlichen gewünscht wird, ist die Aufgabe Erwachsener. Nach einer klaren Aufklärung über die Ziele und die Möglichkeiten der Mitwirkung ist beim Kind oder beim Jugendlichen der Wunsch nach Mitwirkung ausdrücklich zu erfragen. Einerseits soll damit eine Überforderung und Verängstigung nichtmitwirkungswilliger Kinder und Jugendlicher verhindert werden und andererseits soll denjenigen, die eine Mitsprache oder Beteiligung wünschen, die Möglichkeit der Teilhabe gewährleistet werden. So ist nach der erfolgten Information über die Rechte des Kindes auch eine Entscheidung für oder gegen eine Mitwirkung (selbst wenn die kognitiven und sozialpsychologischen Kompetenzen vorhanden sind) zu respektieren.■Satz bitte prüfen■

4. Kinderfreundliche Gesprächsführung

3.72 Zu den wichtigen *Gesprächsführungselementen* gemäss Mutzeck gehören: direktes, persönliches Ansprechen des Kindes, das Zeigen von Anteilnahme, aktives Zuhören, Konkretisieren, Ansprechen von Gedanken sowie das Verbalisieren von Gefühlen. Während ältere Kinder oft gut beschreiben können, welche Gedanken sie in gewissen Situationen haben, ist das Äussern von Emotionen bei jüngeren Kindern oftmals schwieriger. Jüngere Kinder können ihre Gefühle besser benennen, wenn ihnen eine Auswahl angeboten wird oder Symbole zur Veranschaulichung benutzt werden (Bilder, Gesichter, Geschichten etc.).[61]

[61] Mutzeck Wolfgang, Kooperative Beratung: Grundlagen, Methoden, Training, Effektivität, Weinheim/Basel 2008, 97 f.

Erstauszug

Kinder fühlen sich von Gesprächen ausgeschlossen, wenn sie nicht direkt angesprochen werden oder nur rudimentär oder beiläufig einbezogen werden: Ein wichtiger Faktor, damit ein Kind sich einbringen kann, ist das *effektive Ansprechen* des Kindes. Damit ist gemeint, dass es während des ganzen Gesprächsverlaufs immer wieder angesprochen und um seine Ansicht gebeten wird und dass seine Gedanken aufgenommen werden. Das explizite Erteilen einer Erlaubnis, Fragen zu stellen und Ansichten zu äussern, kann die Beteiligung der Kinder erhöhen, da ihnen dadurch vermittelt wird, dass es den Erwachsenen wichtig ist, dass das Kind das Problem versteht und mitreden kann. 3.73

Kinder und Jugendliche haben andere Bedürfnisse als Erwachsene und drücken diese sprachlich auch anders aus. Damit eine echte *Mitwirkung* im Sinne eines Einbezugs in die Entscheidungsfindung oder zumindest des Verstehens der Situation und der geplanten Schritte möglich wird, ist es unabdingbar, dass die verwendete *Sprache* auf die Fähigkeiten und Möglichkeiten des Kindes abgestimmt wird. Eine Erwachsenensprache schliesst jüngere Kinder aus. Es ist daher auf die Verwendung von Fachausdrücken zu verzichten und der praktischen Erklärung der Problemlage sowie der Ausführung der Möglichkeiten und der Konsequenzen ist der Vorzug zu geben 3.74

Neben der kinderfreundlichen Sprache ist bei Kindern besonders wichtig, dass auf ihre *nonverbalen Signale* geachtet wird. Signale wie Blickkontakte, Gesichtsausdruck und Körperhaltung sind aufzunehmen und das Unbehagen allenfalls zu verbalisieren. 3.75

Damit sich Kinder sicher fühlen und das Gespräch eine Struktur erhält, ist ein wiederholtes Zusammenfassen des Gesagten hilfreich. Bei der Zusammenfassung werden die wichtigsten Punkte wiederholt und dem Kind wird damit die Möglichkeit gegeben, seine Aussage zu bestätigen oder zu korrigieren. Die Fragen an die Kinder sollten möglichst eindeutig, klar, sprachlich einfach formuliert und am besten in einem Satz gestellt werden.[62] 3.76

E. Schlusswort

Noch heute werden viele Kinder und Jugendliche über Entscheidungen, die ihr Leben massgeblich beeinflussen, oftmals zu wenig einbezogen. Eine echte Mitwirkung geht über eine reine Informationsvermittlung hinaus: Sie ermöglicht Kindern 3.77

[62] Melzer Conny/Methner Andreas, Gespräche führen mit Kindern und Jugendlichen, Stuttgart 2012, 72–79.

Erstabzug

und Jugendlichen, sich ein eigenes Bild über die Problemlage, die im Raum stehende Entscheidung, die Lösungsmöglichkeiten sowie deren Auswirkungen zu bilden. Eine echte und offene Mitwirkung, die auf das Verstehen des Kindes ausgerichtet ist, ermöglicht dem Kind ein Gefühl der Kontrolle und der Selbstbestimmung und damit eine Integration der getroffenen Entscheidungen in sein Lebensbild.

3.78 Oftmals sind es Ängste von Fachpersonen und Eltern, die einer offenen Mitwirkung im Wege stehen. Die Erwachsenen machen sich insbesondere Sorgen, dass eine offene Mitwirkung die Kinder überfordert oder dass die Kinder und Jugendlichen den Anspruch haben, selbstständig eine Entscheidung treffen zu wollen, die ihrem langfristigen Wohlbefinden entgegenstehen.

3.79 Die Studienlage zeigt, dass sich die Mehrheit der Kinder und Jugendlichen wünscht, einbezogen zu werden. Dieser Einbezug kann von einer transparenten Information über die Problemlage und die möglichen Lösungsschritte bis hin zu einer Mitsprache bei der Entscheidung gehen. Wie stark Kinder und Jugendliche in Entscheidungen einbezogen werden, hängt von diversen Komponenten ab. Je älter die Kinder werden, desto mehr möchten sie nicht nur informiert werden, sondern auch mitsprechen und mitentscheiden dürfen. Andererseits sind kognitive Fähigkeiten, das Vorwissen und die Erfahrungen in diesem speziellen Thema von Bedeutung. Darüber hinaus ist eine unabhängige und freie Meinungsbildung des Kindes auch davon abhängig, ob die begleitenden Erwachsenen (in der Regel die Eltern) eine eigene Meinungsbildung unterstützen und mittragen können.

3.80 Eine Mitwirkung oder Partizipation von Kindern kann zur Zufriedenheit des Kindes und der Jugendlichen gelingen, wenn sowohl bezüglich des Inhalts der zu entscheidenden Situation als auch bezüglich der Bedeutung ihrer Äusserungen auf die Entscheidungsfindung ehrlich und transparent informiert wird. Erfahrungen zeigen, dass manche Kinder das Einverständnis von der Erwachsenenseite benötigen und sich zugleich wünschen, ihre Meinung und Gefühle auszudrücken, und dass ihnen die Möglichkeit dazu geboten werden sollte. Das Kind muss Gelegenheit erhalten, Fragen stellen zu können. Die Sprache, mit der zum Kind gesprochen wird, muss für das Kind verständlich sein. Die Freiwilligkeit der Teilnahme sowie der Grad der Mitwirkung an der Entscheidung muss erfragt und respektiert werden. Zu einer behutsamen Mitwirkung gehört neben einer Vorbereitung auf die anstehende Entscheidung auch eine Rückmeldung zur Entscheidung und zum weiteren Verlauf, damit das Kind die Entscheide verstehen und annehmen kann.

Erstabzug

§ 4 Rechtliche Grundlagen

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung 4.1
B. Mitwirkungsrechte – eine begrifflich-dogmatische Annäherung 4.2
1. Selbstbestimmungsrecht 4.5
2. Mitwirkungsrecht 4.7
3. Partei- und Prozessfähigkeit 4.8
4. Fazit 4.9
C. Mitwirkungsrecht und Schutz der übergeordneten Kindesinteressen als völker- und verfassungsrechtlich geschützte Kinderrechte 4.10
1. Recht auf Mitwirkung nach UN-Kinderrechtskonvention (1997) 4.11
a) Kinderrechte als Menschenrechte 4.12
b) Verfahren zur Überwachung der Kinderrechte 4.23
c) Das Mitwirkungsrecht des Kindes nach Art. 12 KRK 4.34
d) Unauflösbares Zusammenspiel zwischen dem verwirklichten Mitwirkungsrecht und der Berücksichtigung der übergeordneten Kindesinteressen 4.65
2. Recht auf Mitwirkung nach Art. 7 UN-Behindertenrechtskonvention 4.79
3. Recht auf Mitwirkung und Schutz der übergeordneten Kindesinteressen nach EMRK und weiteren jüngeren Konventionen des Europarates 4.89
a) Kinderrechte in der EMRK und in jüngeren Konventionen des Europarates . . 4.89
b) Schutz des Privat- und Familienlebens des Kindes nach Art. 8 EMRK 4.99
4. Mitwirkungsrechte und Schutz der übergeordneten Kindesinteressen nach den internationalen Haager Übereinkommen 4.112
5. Besonderer Schutz der Kinder und Förderung ihrer Entwicklung nach Verfassungsrecht (Art. 11 BV) 4.121
a) Grundrechtsfähigkeit und -mündigkeit des Kindes 4.122
b) Übergeordnetes Kindeswohl verfassungsrechtlich verankert 4.128
c) Zur Justiziabilität 4.131
d) Besonderer Schutz im Verfahren als prototypischer Anwendungsfall von Art. 11 BV 4.142
e) Handlungsfähigkeit urteilsfähiger Kinder hat Verfassungsrang 4.148
f) Fazit 4.151
D. Allgemeine Verfahrensgarantien des Völker- und des Verfassungsrechts 4.152
1. Internationale und nationale Verfahrensgarantien 4.153
a) Zum Verhältnis von internationalen und nationalen Verfahrensgarantien 4.153
b) Allgemeine Verfahrensgarantien nach Art. 29 BV 4.166
2. Rechtliches Gehör und garantierter Zugang zum Verfahren als zentrale Garantien für ein Kind 4.172
a) Rechtliches Gehör als Verfassungsanspruch (Art. 29 Abs. 2 BV) 4.172
b) Zugang des Kindes zu einem Gericht oder einer Behörde 4.178
3. Verhältnis der Verfahrensgarantien zu den spezifischen Kinderrechten (Art. 12 KRK und Art. 11 BV) 4.182

Entwurf

E. Mitwirkungs- und Selbstbestimmungsrechte als Persönlichkeitsrechte des Kindes . . 4.188
1. Das Kind als Träger von Persönlichkeitsrechten 4.189
a) Zur Rechts- und Handlungsfähigkeit des Kindes 4.189
b) Zur Prozessfähigkeit des Kindes 4.192
2. Selbstbestimmungsrechte von Kindern 4.196
a) Unterscheidung zwischen Selbstbestimmungs- und Mitwirkungsrechten entlang der Urteilsfähigkeit 4.196
b) Zur Urteilsfähigkeit von Kindern 4.199
c) Bedeutung von Art. 19c ZGB im Allgemeinen und für das Kind im Verfahren im Besonderen 4.211
3. Auch urteilsunfähige Kinder haben Mitwirkungsrechte 4.227
F. Zusammenfassung der wichtigsten rechtlichen Grundlagen 4.233

A. Einleitung

4.1 Dieses Kapitel beginnt mit einer begrifflich-dogmatischen Annäherung an die Mitwirkungsrechte (Rz. ■ ff.). Darauf folgt eine Übersicht über die allgemeinen Rechtsgrundlagen betreffend die Mitwirkung eines Kindes im Verfahren. Diese finden sich in den Kinderrechten des Völker- und des Verfassungsrechts (Rz. ■ ff.), in den allgemeinen Verfahrensgarantien und -grundsätzen des Völker- und des Verfassungsrechts (Rz. ■ ff.) sowie im zivilrechtlichen Persönlichkeitsrecht (Rz. ■ ff.). Die Zusammenfassung der wichtigsten Rechtsgrundlagen für das Kind im Verfahren bildet den Schluss (Rz. ■ ff.).

B. Mitwirkungsrechte – eine begrifflich-dogmatische Annäherung

4.2 Die *Subjektstellung des Kindes* ist heute unbestritten und auf verschiedenen Stufen der Normenhierarchie verankert und geschützt. Kinder sind Trägerinnen und Träger von Rechten und Pflichten[1] und können diese teilweise selbstständig ausüben und geltend machen. Es stehen ihnen Grund-, Kinder-, Persönlichkeits- und Verfahrensrechte zu, die sie unabhängig von der Art eines Verfahrens zur Mitwirkung in gerichtlichen und anderen behördlichen Verfahren berechtigen.

[1] In der Schweiz haben insbesondere die Revision des Kindesrechts (in Kraft seit 1978) und die UN-Kinderrechtskonvention (in Kraft seit 1997) diesbezüglich neue Perspektiven eröffnet. Zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (1. Januar 1912) stand das Kind noch unter der väterlichen resp. familienrechtlichen Gewalt und wurde nicht als individuelles Rechtssubjekt behandelt.

Erstauflage

Unter Mitwirkung im Verfahren kann, wie bereits einleitend (Rz. ■) und in den psychologischen Grundlagen (§ 3) dargelegt, tatsächlich und rechtlich sehr Unterschiedliches verstanden werden. Der rechtliche Terminus ist daher grundsätzlich auch *weit zu verstehen:* Dieser umfasst namentlich das Recht auf Information über das Verfahren, das Recht auf Teilnahme an einem Verfahren resp. an einem spezifischen Verfahrensteil (z.B. bei der Sachverhaltsfeststellung, vgl. Art. 8 AsylG; am Beweisverfahren, s. Art. 160 ff. ZPO; bei der Eröffnung des Entscheides (Art. 301 lit. b ZPO) das Recht auf Mitsprache (Meinungsäusserung/Anhörung[2]), das Recht darauf, angehört und ernst genommen zu werden, das Recht auf Mitbestimmung oder das Recht auf Selbstbestimmung i.S. einer Alleinentscheidung des Kindes. 4.3

In der Meinung, dass das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit nur unter der Voraussetzung zu erreichen ist, dass ein Freiraum für Selbstbestimmung *und* für Mitwirkung einer Person vorhanden ist, kann *dogmatisch* zwischen Selbstbestimmungs- und Mitwirkungsrechten des Kindes unterschieden werden: 4.4

1. Selbstbestimmungsrecht

Das Selbstbestimmungsrecht einer Person, also ihre autonome Entscheidung, bildet das *juristische Grundprinzip,* das seine Rechtsgrundlagen im grund- und zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutz findet (Art. 10 Abs. 2 BV; Art. 11 ff. ZGB). Das Gegenteil bildet die Fremdbestimmung. 4.5

Von seiner juristischen Wirkungskraft her betrachtet ist das Selbstbestimmungsrecht der umfassendere Begriff. Von seinen Voraussetzungen her – von der Urteilsfähigkeit (Art. 16 ZGB), also der Fähigkeit, zu entscheiden – kann das Selbstbestimmungsrecht aber auch als der engere Begriff verstanden werden. Ein Beispiel: Die Mitwirkung einer 4-jährigen Person in Form einer Anhörung im Rahmen eines Scheidungsverfahrens ist durchaus denkbar, ihre Selbstbestimmung hingegen nicht. Oder anders formuliert: Ohne Mitwirkungsrechte wird eine Person nicht imstande sein, selbst zu bestimmen, und je mehr Mitwirkungsrechte bestehen, desto eher kann eine Selbstbestimmung vorliegen. Das Selbstbestimmungsrecht des Kindes (oder das Abstellen auf den Willen des Kindes) soll aber auch Grenzen haben, denn es ist nicht voraussetzungslos formuliert. Das Recht legt vielmehr die *Voraussetzung der Urteilsfähigkeit für die rechtliche Handlungsfähigkeit des Kindes* (z.B. Art. 11 Abs. 2 BV; Art. 19c ZGB; Art. 265 ZGB) oder manchmal ein Mindest- 4.6

[2] Nach BGE 131 III 553 E. 1.2.2 setzt die Anhörung semantisch eine sprachliche Äusserung voraus, während die Beobachtung allein dem Erfordernis nicht gerecht wird.

Entwurf

alter für die Selbstbestimmung fest (z.B. Art. 301 lit. b ZPO); vgl. dazu nachfolgend Rz. ■ff.

2. Mitwirkungsrecht

4.7 Das Mitwirkungsrecht eines Kindes bedarf hingegen grundsätzlich weder eines Mindestalters noch einer Urteilsfähigkeit im Sinne von Art. 16 ZGB, sondern – je nach Art und Weise der Mitwirkung – bloss die Fähigkeit zu hören, zu verstehen und sich auszudrücken (verbal oder nonverbal). Hinzu kommt, dass der Begriff der Mitwirkungsrechte, wie bereits ausgeführt (Rz. ■), von seinem allgemeinen Sprachverständnis her sowie rechtlich schon *verfahrensbezogen* ist.

3. Partei- und Prozessfähigkeit

4.8 Ausschliesslich verfahrensbezogen sind die Begriffe *Partei- und Prozessfähigkeit*. Diese gelten als die prozessuale Seite der zivilrechtlichen Rechts- und Handlungsfähigkeit nach Art. 66 f. ZPO (s. § 5 Rz. ■). Ein Kind ist regelmässig rechtsfähig und sollte demnach grundsätzlich auch als Partei auftreten können. Da aber ein Kleinkind zweifelsfrei sein Recht nicht selbstständig durchsetzen kann, sondern nur *handlungsfähige, d.h. volljährige und urteilsfähige Personen* fähig sind, ihre Verfahren selbstbestimmt zu bewerkstelligen oder durch eine frei gewählte Rechtsvertreterin durchführen zu lassen, wird es gegebenenfalls zu einer gesetzlichen Vertretung nach Art. 67 Abs. 1 ZPO kommen.[3] Entsprechend dem materiellen Recht (Art. 19c ZGB) ist ferner ausdrücklich vorgesehen, dass *urteilsfähige handlungsunfähige Personen* bei höchstpersönlichen oder sehr dringlichen Angelegenheiten im Verfahren ihre Rechte selbstständig ausüben können (Art. 67 Abs. 3 lit. a und b ZPO), beispielsweise wenn es um ihre Kontaktrechte (z.B. zu den Eltern), um die eigene medizinische Behandlung oder um ihre Schulbelange (z.B. betreffend die Teilnahme am Logopädieunterricht) geht.[4] Prozess*fähig* zu sein bedeutet aber nicht unbedingt, dass das Kind auch tatsächlich an einem Prozess mitwirkt oder dass es diesen ohne eine Vertretung führen kann.[5]

---

[3] Art. 69 ZPO und Art. 41 BGG sprechen zudem jedem Gericht die Kompetenz zu, Parteien aufzufordern, eine Vertretung zu beauftragen, wenn es den Eindruck hat, dass eine Partei überfordert ist: Kilde, persönlicher Verkehr, Rz. 262.

[4] Ähnlich Herzig, familienrechtliches Verfahren, Rz. 369 f.; bereits Stössel/Gerber Jenni, 338.

[5] Vielmehr beinhaltet die Prozessfähigkeit lediglich die rechtliche Befugnis, die zu treffenden prozessualen Entscheidungen zu fällen, das heisst, eine Klageeinleitung zu beschliessen, über die im Streit stehenden, materiellrechtlichen Ansprüche durch Klage-

Entwurf

4. Fazit

Aus dem Gesagten lässt sich für das Mitwirkungsrecht des Kindes im Verfahren begrifflich-dogmatisch folgendes Fazit ziehen: 4.9

– Der Begriff *Mitwirkungsrechte* wird als verfahrensbezogener Oberbegriff und als Synonym für Partizipations- und Beteiligungsrechte verstanden und soll die unterschiedlichen Rollen der an einem Verfahren offiziell beteiligten Kinder aufnehmen. Die ausschliesslich prozessualen Termini der Partei- und der Prozessfähigkeit umschreiben je eine Form der Mitwirkungsrechte.
– Mitwirkungsrechte leiten sich materiellrechtlich direkt aus dem grund- und zivilrechtlichen Persönlichkeitsrecht ab. Sie müssen aber nicht mit dem Selbstbestimmungsrecht im Sinne des Alleinbestimmungsrechts des Kindes oder des Jugendlichen (oder dessen Mitbestimmungsrecht) korrelieren – auch wenn dies der Fall sein kann.
– Auch urteils*un*fähige Personen, namentlich ein urteilsunfähiges Kind (s. dazu Rz. ■) können im Verfahren Mitwirkungsrechte haben.[6]

C. Mitwirkungsrecht und Schutz der übergeordneten Kindesinteressen als völker- und verfassungsrechtlich geschützte Kinderrechte

Rechtsgrundlagen für die verfahrensbezogenen Mitwirkungsrechte des Kindes und für den Schutz des übergeordneten Kindeswohls finden sich zunächst im Völkerrecht, namentlich im Übereinkommen über die Rechte des Kindes (Rz. ■) sowie im Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen (Rz. ■) der Vereinten Nationen, in der Europäischen Menschrechtskonvention (Rz. ■) und in verschiedenen Haager Übereinkommen (Rz. ■). Verfassungsrechtlich ist der besondere Schutz der Kinder und die Förderung ihrer Entwicklung in Art. 11 BV verankert (Rz. ■). 4.10

rückzug, Klageanerkennung oder Vergleich zu verfügen, Rechtsmittel zu ergreifen oder auf solche zu verzichten: BK-Bucher/Aebi-Müller, Art. 12 ZGB N 22.

6 Z.B. Art. 377 ZGB (s. aber zur Anwendbarkeit auf Minderjährige Rz. ■) oder Art. 382 Abs. 2 ZGB, in denen von Gesetzes wegen auf die Meinung und die Wünsche urteilsunfähiger Personen abgestellt wird.

Ersatzzug

1. Recht auf Mitwirkung nach UN-Kinderrechtskonvention (1997)

4.11 Das Übereinkommen über die Rechte des Kindes der Vereinten Nationen mit seinen Zusatzprotokollen verbrieft die internationalen Kinderrechte als Menschenrechte (Rz. ■). Es berechtigt ein Kind in der Schweiz, eine Individualbeschwerde wegen Verletzung der Konventionsrechte an den Kinderrechtsausschuss der Vereinten Nationen einzureichen, und begründet ein staatliches Berichterstattungssystem, das einen Einfluss auf die Kinderrechte in der Schweiz hat (Rz. ■). Für das Kind im Verfahren sind insbesondere das Mitwirkungsrecht nach Art. 12 KRK (Rz. ■) und das Zusammenspiel mit der überragenden Rolle des Kindeswohlprinzips nach Art. 3 KRK (Rz. ■) von Bedeutung.

a) Kinderrechte als Menschenrechte

4.12 Das Übereinkommen über die Rechte des Kindes der Vereinten Nationen (UN-Kinderrechtskonvention, KRK) wurde am 20. November 1989 von der Generalversammlung der Vereinten Nationen verabschiedet und trat am 2. September 1990 in Kraft. Für die Schweiz trat die KRK am 26. März 1997 in Kraft.[7] Die UN-Kinderrechtskonvention gründet sich auf die bereits 30 Jahre vorher von der Generalversammlung verfasste Erklärung der Kinderrechte vom 20. November 1959.[8] Die KRK ist heute die am meisten ratifizierte Menschenrechtskonvention.[9] Die Unterzeichnerstaaten haben sich verpflichtet, *bei allen Kindern ihr Bestes zu geben*.

4.13 **Konkretisierter Menschenrechtskatalog**

Die UN-Kinderrechtskonvention konkretisiert den bereits geltenden Geltungsanspruch der Menschen-rechte für Kinder und umschreibt die internationalen Kinderrechte in einem Menschenrechtskatalog, vorab die Rechte auf Leben, Entwicklung,[10] Sicherheit

[7] SR 0.107.

[8] UN General Assembly, Declaration of the Rights of The Child Resolution, 20. November 1959, A/RES/1386(XIV); KRK-Komm-Schmahl, Einl. N 2, 5.

[9] UN Treaty Series, Stand 13. August 2018.

[10] Inkl. Schutz vor wirtschaftlicher Ausbeutung nach Art. 32 KRK.

Entwurf

(namentlich auch von Flüchtlingskindern),[11] Gesundheit,[12] Bildung[13] sowie Mitwirkung und Mitsprache[14], unabhängig von Rasse, Religion und Geschlecht.

4.14 Die KRK enthält diverse Grundsätze, die den Verlauf eines Verfahrens mit Kindern direkt oder indirekt in jedem Rechtsgebiet und vor jeder Behörde beeinflussen können: Von besonderer Bedeutung für jedes Verfahren, das ein Kind in seinen Lebensbelangen betrifft, sind das Anhörungs- und/oder Mitspracherecht nach Art. 12 KRK und die Leitmaxime der übergeordneten Kindesinteressen bzw. des übergeordneten Kindeswohls nach Art. 3 KRK. Beide Bestimmungen gehören zu den *Grundprinzipien* der KRK.[15]

4.15 Weiter werden die Vertragsstaaten durch die programmatische Bestimmung von Art. 19 KRK aufgefordert, bei Erziehungsversagen geeignete Massnahmen zu treffen, um das Kind gegebenenfalls auch vor den Eltern zu schützen.

4.16 Kinderrechte gelten *für Kinder jeden Alters*. Ein Kind im Sinne von Art. 1 KRK ist eine Person, die das 18. Lebensalter noch nicht erreicht hat. Die Kindheit kann je nach Recht des Vertragsstaats auch früher enden, dann entfällt der Rechtsschutz der KRK. Die Rechte werden in der KRK bewusst nicht nach Alter abgestuft. Dennoch spielen Reife und Alter bei der Ausübung und der Beurteilung der Rechte eines Kindes eine Rolle. Das Mitspracherecht eines Kindes nach Art. 12 KRK ist beispielsweise ausdrücklich *alters- und reifeabhängig* (Rz. ■).[16]

4.17 Hinzu kommt, dass ein Kind, das etwa Opfer von Folter oder einer anderen Form von Gewalt ist, das behindert ist oder eine spezifische sexuelle Orientierung oder Genderidentität hat, das die Landessprache nicht spricht oder unbegleitet auf der

[11] Art. 3 Abs. 2 KRK; für den Schutz von Flüchtlingskindern ist Art. 22 KRK besonders wichtig. Diese Bestimmung regelt den Schutz von Flüchtlingskindern, statuiert aber kein Recht auf Asyl. Das Aufenthaltsrecht, das Recht auf Asyl und der Schutz vor Abschiebung sind von zentraler Bedeutung für die Sicherheit eines Kindes.

[12] Art. 24 KRK regelt z.B. den Anspruch des Kindes auf Gesundheitsschutz gegenüber dem Staat; Art. 19 KRK verpflichtet die Schweiz, Schutzmassnahmen gegen alle Formen der Gewalt in der Familie zu ergreifen; Art. 34 KRK schützt Kinder vor Gewalt ausserhalb der Familie; Art. 33 KRK statuiert ferner die Pflicht, zum Schutz von Kindern geeignete Massnahmen für den Gebrauch von Suchtstoffen und psychotropen Stoffen zu treffen.

[13] Art. 28 KRK: Recht des Kindes auf Bildung und Chancengleichheit; Pflicht der Vertragsstaaten, einen obligatorischen unentgeltlichen Grundschulunterricht anzubieten.

[14] Art. 12 KRK.

[15] CRC, General Comment no. 12, Rz. 2, 17.

[16] KRK-Komm-Schmahl, Art. 1 N 2, Art. 12 N 28.

Leseprobe

Flucht ist, in mehrfacher Hinsicht *besonders vulnerabel* sein kann, was in einem Verfahren besonders zu berücksichtigen ist (vgl. Rz. ■).

4.18 Die KRK wird durch drei Fakultativprotokolle ergänzt:

4.19 Das *erste Zusatzprotokoll*[17] enthält Regelungen zum Einsatz von Kindern im Krieg; es verbessert namentlich die Situation von Kindersoldaten. Es wurde am 25. Mai 2000 verabschiedet und ist am 26. Juli 2002 für die Schweiz in Kraft getreten.

4.20 Das *zweite Zusatzprotokoll*[18] betreffend den Verkauf von Kindern, Kinderprostitution und Kinderpornographie setzt vor allem das Mindestalter von Kindern für Prostitution für alle Vertragsstaaten auf 18 Jahre herauf. Es wurde am 25. Mai 2000 verabschiedet und ist am 19. Oktober 2006 für die Schweiz in Kraft getreten.

4.21 Mit diesen beiden Fakultativprotokollen und den Bestimmungen der KRK zur Entwicklung, Gesundheit und Sicherheit (Art. 32–36) ist das Kind völkerrechtlich vor den schlimmsten Formen der wirtschaftlichen und sexuellen Ausbeutung geschützt.[19] – Heute besteht für Kinder ein zusätzlicher Schutz durch das *ILO-Abkommen Nr. 182* über das Verbot und unverzügliche Massnahmen zur Beseitigung der schlimmsten Formen der Kinderarbeit aus dem Jahre 1999, das in der Schweiz seit dem 28. Juni 2001 in Kraft ist und umfassend beschreibt, was alles verbotene schwere Kinderarbeit sein kann.[20] Ferner existiert seit der Ratifikation der *Lanzarote-Konvention* des Europarats von 2007 zusätzlich ein detailliertes internationales Instrument für den Schutz von Kindern vor sexueller Ausbeutung und sexuellem Missbrauch, das seit dem 1. Juli 2014 in der Schweiz in Kraft ist.[21]

---

17 Fakultativprotokoll zum Übereinkommen über die Rechte des Kindes betreffend die Beteiligung von Kindern an bewaffneten Konflikten vom 25. Mai 2000 (SR 0.107.1).

18 Fakultativprotokoll zum Übereinkommen über die Rechte des Kindes betreffend den Verkauf von Kindern, die Kinderprostitution und die Kinderpornografie vom 25. Mai 2000 (SR 0.107.2).

19 KRK-Komm-Schmahl, Art. 32 N 5 ff., Art. 36 N 1 f.

20 Übereinkommen Nr. 182 über das Verbot und unverzügliche Massnahmen zur Beseitigung der schlimmsten Formen der Kinderarbeit vom 17. Juni 1999 (SR 0.822.728.2; von über 186 Staaten nach ILO-Normlex ratifiziert, Stand 8. August 2019). Nach Art. 3 dieses Übereinkommens werden namentlich Menschenhandel, Zwangsarbeit, Einsatz von Kindersoldaten, Zuführung zu Prostitution oder Pornografie, Missbrauch von Kindern für illegale Handlungen sowie letztlich jede Tätigkeit an und von einem Kind verboten, die ihm in Gesundheit, Sicherheit und Sittlichkeit schaden kann. Zudem verpflichtet Art. 1 alle Staaten unverzüglich zu Aktionsprogrammen gegen alle Formen der Kinderarbeit.; zum Schutz nach dem ILO-Übereinkommen Nr. 182 s. Frei, 129 ff.

21 Übereinkommen des Europarats zum Schutz von Kindern vor sexueller Ausbeutung und sexuellem Missbrauch vom 25. Oktober 2007 (SR 0.311.40). Dieser völkerrecht-

Entwurf

Das *dritte Zusatzprotokoll* (FP KRK III)[22] ist am 19. Dezember 2011 verabschiedet worden. Es ermöglicht Kindern (oder ihren Vertretern) neu den Zugang zum sog. Mitteilungsverfahren. Bei diesem Verfahren handelt es sich um ein *Individualbeschwerdeverfahren vor dem UN-Kinderrechtsausschuss,* dem für die Überwachung der Kinderrechte zuständigen Organ der Vereinten Nationen. Dieses Zusatzprotokoll wurde von der Bundesversammlung am 16. Dezember 2016 genehmigt und ist am 24. Juli 2017 für die Schweiz in Kraft getreten (vgl. nachfolgend Rz. ■). 4.22

b) Verfahren zur Überwachung der Kinderrechte

Es bestehen heute zwei besondere Verfahrensinstrumente zur Umsetzung der Kinderrechte: das Beobachtungs- und Berichterstattungsverfahren der Staaten zur Überwachung und Umsetzung der KRK (Rz. 4.24 ff.) und das Mitteilungsverfahren des Kindes (Rz. 4.28 ff.). 4.23

aa) Das Beobachtungs- und Berichterstattungsverfahren

Die Schweiz hat sich mit der Ratifizierung der KRK für das sog. *Beobachtungs- und Berichterstattungssystem* zur Überwachung und Umsetzung der verbrieften Kinderrechte verpflichtet.[23] Diesem System kommt *grosse Bedeutung* zu, denn durch die regelmässigen abschliessenden Bemerkungen des UN-Kinderrechtsausschusses zum Stand der nationalen Kinderrechte (sog. Concluding Observations) an die Schweiz, wird mit der Zeit die innerstaatliche Gesetzgebung und Rechtsprechung beeinflusst. Mindestens so wichtig sind auch die innerstaatlichen, im Vorlauf angelegten und gesammelten Berichte der massgeblichen Schweizer Akteure, d.h. der Regierung sowie von Nicht-Regierungsorganisationen, die dem UN-Kinderrechtsausschuss vorgelegt werden. 4.24

liche Vertrag enthält zahlreiche Bestimmungen zur Prävention, namentlich zur Sensibilisierung von Kindern (Art. 5), zur Beteiligung von Kindern am politischen Prozess, an der Ausarbeitung und an der Umsetzung von Schutzkonzepten (Art. 9) sowie zur Ausbildung der beteiligten Akteure.

22 Fakultativprotokoll zum Übereinkommen über die Rechte des Kindes betreffend ein Mitteilungsverfahren vom 19. Dezember 2011 (SR 0.107.3).

23 Die Schweiz hat sich als Vertragsstaat dazu verpflichtet, zwei Jahre nach der Ratifikation und dann alle fünf Jahre dem UN-Kinderrechtsausschuss einen Bericht über den Stand der Umsetzung der UN-Kinderrechtskonvention zu unterbreiten (Art. 44 KRK). Im Juni 2012 hat die Schweiz den zweiten, dritten und vierten Staatenbericht gemeinsam veröffentlicht. Neben der Regierung dürfen auch Nichtregierungsorganisationen eigene Parallelberichte einreichen, die ebenfalls in die Beurteilung des UN-Kinderrechtsausschusses einfliessen (z.B. UNICEF Schweiz oder Netzwerk Kinderrechte Schweiz).

Entwurf

4.25 Am 4. Februar 2015 veröffentlichte der UN-Kinderrechtsausschuss seine aktuellsten Concluding Observations zum jüngsten Staatenbericht der Schweiz.[24] In diesen kommt der Ausschuss zum Schluss, dass es den Kindern in der Schweiz insgesamt gut geht, dass sie jedoch in diesem hoch entwickelten und reichen Land noch besser geschützt werden könnten. Die Schweiz wird im Bericht für die Unterzeichnung diverser internationaler Abkommen zum Schutz von Kindern vor sexueller Ausbeutung d.h. zur Prävention[25] sowie für die laufenden Verbesserungen im nationalen Recht gelobt.[26] Kritisiert wird hingegen etwa, dass immer noch Ratifikationsvorbehalte aus dem Jahre 1997 bestehen[27] und dass die kantonalen Unterschiede in der Umsetzung der KRK insgesamt gross sind, weshalb eine verbesserte Schulung zu den Kinderrechten von Fachkräften, die mit Kindern arbeiten, nötig ist (vgl. Rz. ■). Zudem wären eine Harmonisierung der finanziellen und rechtlichen Bemühungen zwischen der Landesregierung und den Kantonen durch eine *einheitliche Institution*[28] sowie eine *unabhängige Kontrollinstanz* wie das Kompetenzzentrum für Menschenrechte[29] förderlich für den Schutz der Kinder. Der UN-Kinderrechtsausschuss formuliert dazu 40 Empfehlungen.

4.26 Explizit angesprochen wurden etwa die in der Schweiz im internationalen Vergleich tiefe Strafmündigkeit von 10 Jahren sowie z.B. die noch immer offenen Fragen in der Schweiz betreffend das absolute *Verbot körperlicher Züchtigung von Kindern* und die *Gleichstellung von Migrantenkindern hinsichtlich ihres Zugangs zur*

---

24 UN Committee on the Rights of the Child, Concluding observations on the combined second to fourth periodic reports of Switzerland, 26. Februar 2015, CRC/C/CHE/CO/2–4 (zit. CRC/C/CHE/CO/2–4). Vgl. auch diejenigen zum Zusatzprotokoll: UN Committee on the Rights of the Child, Concluding observations on the report submitted by Switzerland under article 12, paragraph 1, of the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the sale of children, child prostitution and child pornography, 26. Februar 2015, CRC/C/OPSC/CHE/CO/1.

25 CRC/C/CHE/CO/2–4, Rz. 3–4; s.a. § 1 Rz. ■.

26 CRC/C/CHE/CO/2–4, Rz. 4.

27 Vgl. CRC/C/CHE/CO/2–4, Rz. 6 zu Art. 10 Abs. 1 KRK (Vereinigung von Familien in Asylverfahren), Art. 37 lit. c KRK (absolute Trennung von Kindern und Erwachsenen, die ihrer Freiheit beraubt wurden) und Art. 40 Abs. 2 lit. b Ziff. ii–iii KRK (Trennung der strafverfolgenden und der urteilenden Behörden im Jugendstrafrecht). Die Vorbehalte betr. Art. 40 Abs. 2 lit. b Ziff. vi KRK (Unentgeltlichkeit des Dolmetschers; s. AS 2004 339) und betr. Art. 40 Abs. 2 lit. b Ziff. v KRK (Anspruch auf Überprüfung von Strafurteilen durch eine höhere Instanz; s. AS 2007 3839) sind zwischenzeitlich aufgehoben worden. Den Kantonen wurde bis Ende 2016 Zeit eingeräumt, um Art. 37 KRK umzusetzen; Art. 48 JStG.

28 CRC/C/CHE/CO/2–4, Rz. 7, 11–13.

29 CRC/C/CHE/CO/2–4, Rz. 18 f.

Exemplar

Bildung. Dass sich das Berichterstattungssystem des UN-Kinderrechtsausschusses auch in Gesundheitsbelangen des Kindes (dazu § 7) bewährt, zeigt sich etwa daran, dass die Schweiz 2015 aufgefordert worden ist, die Behandlung von Autismus mit sog. Packings[30] zu hinterfragen bzw. zu verbieten und die Verschreibungspraxis betreffend methylphenidathaltige Medikamente bei Kindern mit Aufmerksamkeitsstörungen zu überprüfen.

Als Reaktion auf die Concluding Observations des UN-Kinderrechtsausschusses hat der Bundesrat am 19. Dezember 2018 ein *Massnahmenpaket* zur verbesserten Umsetzung der UN-Kinderrechtskonvention vorgestellt (vgl. Rz. ■). Dieses enthält namentlich folgende Punkte: 4.27

- Sensibilisierung und Schulung von Erwachsenen zur Förderung der Partizipation der Kinder;
- besserer Schutz vor jeglicher Gewalt;
- Informationsbeschaffung zur Situation fremdplatzierter Kinder sowie von Kindern mit einem inhaftierten Elternteil;
- Infragestellung der Packing-Behandlungsmethode bei Kindern mit Autismus-Spektrum-Störungen;
- Prüfung des Rückzugs des Vorbehalts zu Art. 37c KRK (räumliche Trennung von Minderjährigen und Erwachsenen während des Freiheitsentzugs).

bb) Das Mitteilungsverfahren

Mit der Ratifizierung des dritten Fakultativprotokolls ist das betroffene Kind (und seine Vertretung) in der Schweiz neu berechtigt, beim UN-Kinderrechtsausschuss Beschwerden einzureichen; es steht ihm das sog. *individuelle Mitteilungsverfahren* offen.[31] Das Verfahren ist vorgesehen bei Verletzungen der Konventionsrechte sowie der Rechte aus dem ersten und zweiten Zusatzprotokoll, sofern der innerstaatliche Instanzenzug erschöpft ist (Art. 5 FP KRK III).[32] 4.28

Zugelassen zum Mitteilungsverfahren sind Kinder sowohl als Einzelpersonen als auch als Personengruppe, aber auch ihre Vertreter, sofern sie *Opfer* einer Kinder- 4.29

[30] Bei dieser Methode wird ein Kind in nasse und kalte Tücher eingewickelt, um die Krankheitssymptome zu bekämpfen.

[31] Wyttenbach/Schläppi, 448 ff.

[32] Der Instanzenzug muss nicht ausgeschöpft sein, wenn das innerstaatliche Rechtsverfahren unangemessen lange dauert oder keine Abhilfe zu erwarten ist (Art. 7 lit. e FP KRK III).

Erstabzug

rechtsverletzung geworden sind.[33] Nicht-staatliche Kinderrechtsorganisationen können damit seit Juli 2017 im Namen von Opfern Mitteilungen einreichen.[34] – Allerdings wird für jedes Opfer weiterhin individuell zu bestimmen sein, ob eine bestimmte Massnahme seinem Kindeswohl entspricht oder nicht.[35]

4.30 Erhält der UN-Kinderrechtsausschuss eine Mitteilung (engl. «communication»), kann er noch vor der Prüfung der Zulässigkeit ebendieser den betreffenden Staat bitten, vorsorgliche Massnahmen zu treffen (Art. 6 FP KRK III). Eine Mitteilung gemäss Art. 5 ist dann unzulässig, wenn sie anonym oder nicht schriftlich erfolgt, wenn sie rechtsmissbräuchlich ist, bereits behandelte Streitgegenstände betrifft oder mangelhaft bzw. offensichtlich unbegründet erfolgt (Art. 7 lit. a–d, f FP KRK III). Ist die Mitteilung aber zulässig, so wird diese dem betroffenen Staat übermittelt. Dieser hat innert sechs Monaten zur Sache Stellung zu nehmen und gegebenenfalls Abhilfe zu leisten (Art. 8 FP KRK III). Der Ausschuss bietet dabei seine guten Dienste an, um eine gütliche Einigung zu finden (Art. 9 FP KRK III). Wird keine Lösung gefunden, überprüft der Ausschuss die mitgeteilte Kinderrechtsverletzung, teilt den Parteien dann seine Auffassung mit und tätigt etwaige Empfehlungen (Art. 10 Abs. 5 FP KRK III). Der UN-Kinderrechtsausschuss fällt zwar einen offiziellen Entscheid, es handelt sich aber *nicht* um ein *rechtsverbindliches Urteil*.[36] Daraufhin muss der betroffene Staat wiederum eine schriftliche Antwort verfassen, worin er Angaben über die zu treffenden Massnahmen bzw. Verbesserungen macht. Der Ausschuss kann unter Umständen weitere Folgemassnahmen empfehlen (Art. 11 FP KRK III).

4.31 Macht ein Vertragsstaat beim UN-Kinderrechtsausschuss geltend, ein anderer Staat sei seinen Verpflichtungen aus der Konvention oder den Fakultativprotokollen I und II nicht nachgekommen, so kann letzterer die Zuständigkeit des Ausschusses und die Entgegennahme der Mitteilung anerkennen, sodass es zu sog. *zwischenstaatlichen Mitteilungen* kommt (Art. 12).

---

[33] Rechtsverletzungen liegen bei Handlungen oder Unterlassungen von Schutzpflichten vor: Wyttenbach/Schläppi, 448 ff.; Botschaft zur Genehmigung des Fakultativprotokolls vom 19. Dezember 2011 zum Übereinkommen über die Rechte des Kindes vom 20. November 1989 betreffend ein Mitteilungsverfahren vom 11. Dezember 2015, BBl 2016 217 (zit. Botschaft Genehmigung FP KRK III).

[34] Botschaft Genehmigung FP KRK III, 2.

[35] KRK-Komm-Schmahl, Art. 12 N 3.

[36] Botschaft Genehmigung FP KRK III, 221; bei einer Verletzung von Kinderrechten auf internationaler Ebene ist eine Beschwerde an den EGMR möglich.

Erstabzug

Schliesslich *kann* der UN-Kinderrechtsausschuss ausnahmsweise auch *von sich aus* ein Unter-suchungsverfahren gegen einen Vertragsstaat einleiten, wenn er Angaben erhalten hat, die eine schwerwiegende und systematische Kinderrechtsverletzung im Rahmen des 1. und 2. Fakultativprotokolls glaubhaft machen (Art. 13). 4.32

cc) Fazit

Zusammenfassend hat die Schweiz im Rahmen des UN-Beobachtungs- und Berichterstattungssystems regelmässig Rechenschaft über die Umsetzung der UN-Kinderrechtskonvention und deren Zusatzprotokolle abzulegen. Die Empfehlungen des UN-Kinderrechtsausschusses an die Schweiz bewirken durchaus Verbesserungen in der Umsetzung der KRK, auch wenn sie nicht rechtsverbindlich sind. Zudem besteht seit dem Inkrafttreten des 3. Fakultativprotokolls zur KRK im Juli 2017 neben der Individualbeschwerde an den EGMR (wegen Verletzung dieser Kinderrechte als Menschenrechte) die Möglichkeit eines individuellen Mitteilungsverfahrens vor dem UN-Kinderrechtsausschuss. 4.33

c) Das Mitwirkungsrecht des Kindes nach Art. 12 KRK

aa) Begriff und zentrale Inhalte des Anhörungs- und Mitspracherechts

Art. 12 KRK 4.34

(1) Die Vertragsstaaten sichern dem Kind, das fähig ist, sich eine eigene Meinung zu bilden, das Recht zu, diese Meinung in allen das Kind berührenden Angelegenheiten frei zu äussern, und berücksichtigen die Meinung des Kindes angemessen und entsprechend seinem Alter und seiner Reife.

(2) Zu diesem Zweck wird dem Kind insbesondere Gelegenheit gegeben, in allen das Kind berührenden Gerichts- oder Verwaltungsverfahren entweder unmittelbar oder durch einen Vertreter oder eine geeignete Stelle im Einklang mit den innerstaatlichen Verfahrensvorschriften gehört zu werden.

Art. 12 KRK verpflichtet die Unterzeichnerstaaten mit Nachdruck («shall assure that»), jedem Kind, das fähig ist, sich eine eigene Meinung zu bilden, das Recht einzuräumen, seine Meinung in allen es berührenden Angelegenheiten frei zu bilden und zu äussern, und verlangt weiter, dass diese Meinung auch angemessen sowie entsprechend dem Alter und der Reife des Kindes berücksichtigt wird.[37] Zu diesem Zweck wird dem Kind nach Abs. 2 Gelegenheit gegeben, in allen es berührenden Gerichts- und Verwaltungsverfahren entweder unmittelbar oder durch einen Ver- 4.35

[37] CRC, General Comment no. 12, Rz. 1 ff., 5, 19.

Entwurf

treter oder eine geeignete Stelle im Einklang mit den innerstaatlichen Verfahrensvorschriften angehört zu werden.

4.36 Nach dem *Wortlaut* von Abs. 1 umfasst das Recht auf freie Meinungsbildung und -äusserung im Verfahren also mehr Mitwirkungsrechte als bloss das Recht auf Anhörung gemäss Abs. 2. – Der im Schweizer Recht teils umgesetzte Begriff Anhörungsrecht (z.B. Art. 268ter ZGB; Art. 299 ZPO; Art. 9 BG-KKE) ist damit enger gefasst, als dies Art. 12 KRK formuliert. – Der Begriff Mitspracherecht, der etwa in Deutschland verwendet wird, erscheint vom Wortlaut her treffender. Der Gebrauch des *Oberbegriffs* Mitwirkungsrecht, der sowohl die Anhörung als auch die Mitsprache sowie darüber hinaus das «Wirken» und das Einbeziehen des Erfahrenen in die Entscheidungsfindung betont und besser umfasst, wäre wünschenswert, denn ein Kind kann sich zum einen unbestrittenermassen auch nonverbal äussern und zum anderen sind seine mitwirkenden Handlungen sorgfältig zu würdigen.

4.37 Als Grundsatz gilt, dass Art. 12 KRK keine Einschränkung der Anhörungs- und Mitspracherechte von Kindern intendiert.[38] Der UN-Kinderrechtsausschuss betont vielmehr, dass Art. 12 Abs. 1 KRK weit auszulegen ist und dass die Staaten grundsätzlich davon ausgehen sollen, dass jedes Kind die Fähigkeit zur Meinungsbildung hat.[39] Zudem sind die Unterzeichnerstaaten dazu aufgerufen, das Kind darin zu stärken, seine Meinung frei zu äussern, und die dafür nötigen (kinderfreundlichen) Bedingungen zu schaffen.[40]

4.38 Insbesondere ist in Art. 12 KRK *kein Mindestalter* für eine Anhörung und die Mitsprache eines Kindes festgesetzt.[41] Die Reife und das Alter des Kindes spielen aber bei der Anhörung und der rechtlichen Würdigung dessen, was das Kind geäussert hat, eine Rolle. Ferner ist zu beachten, dass sich gerade der Reifegrad des Kindes selbst am einfachsten und sichersten durch Gespräche mit dem Kind ermitteln lässt.[42] Zudem kann es gut sein, dass ein Kind gewisse Unterstützung braucht, um seine Meinung äussern zu können, weshalb sich das Gespräch mit dem Kind ebenfalls anbietet.[43]

---

38 CRC, General Comment no. 12, Rz. 11, 20 ff., CRC, General Comment no. 7, Rz. 14.

39 CRC, General Comment no. 12, Rz. 20.

40 CRC, General Comment no. 12, Rz. 11: «States should encourage the child to form a free view and should provide an environment that enables the child to exercise her or his right to be heard.»

41 CRC, General Comment no. 12, Rz. 28 f.

42 Jaffé et al., Rz. 22 f.

43 Art. 5 und 13 KRK; Lundy, 935; Krappmann, 507.

Erstauflage

Schliesslich zeigt sich aus der Regelungssystematik der KRK und der Komplementarität mit der Leitmaxime des übergeordneten Kindesinteresses nach Art. 3 KRK (dazu nachfolgend Rz. ■), dass die Kindesinteressen ohne Berücksichtigung des Kindeswillens und damit der Anhörung des Kindes regelmässig nicht ermittelbar ist (dazu Rz. ■ ff.).[44] 4.39

Daraus ergibt sich, dass die Anhörung und die Mitsprache nach Art. 12 KRK unabhängig vom Alter des Kindes immer dann vorzunehmen sind, wenn kein wichtiger Grund dagegenspricht.[45] – Die Rechtsprechung und die Lehre in der Schweiz setzen denn für eine Anhörung und die Mitsprache des Kindes nach Art. 12 KRK richtigerweise *keine Urteilsfähigkeit* voraus[46] (dazu weiterführend in § 6 Rz. ■). Der individuelle Entwicklungsstand des Kindes ist allerdings stets zu beachten, und die konkrete Ausgestaltung der Mitwirkung hat sich nach diesem zu richten. Ein heranwachsendes Kind hat im Hinblick auf die Mitwirkung andere Bedürfnisse und Fähigkeiten als ein Kleinkind.[47] 4.40

Nicht zu vergessen ist, dass Art. 12 KRK ein *Recht* des Kindes ist. Möchte das Kind nicht mitwirken oder zu gewissen Fragen nicht Stellung nehmen, so steht ihm dies – in jeder Form – frei. Dem vorgelagert ist wiederum die Pflicht, dem Kind vorab zu erklären, dass es ein Mitwirkungsrecht hat und dass es ihm freisteht, dieses auszuüben oder nicht. 4.41

Das Kind darf also einerseits keinem Druck ausgesetzt werden und muss selbst entscheiden können, ob und mit welchem Inhalt es sich äussern möchte. Insoweit stellt Art. 12 KRK ein *klassisches Abwehrrecht* dar. Andererseits ist es aber auch wichtig, dass die vom Kind ausgedrückten Interessen und Erwartungen sorgfältig in die Entscheidungsfindung einbezogen werden. Die Vertragsstaaten haben damit auch eine *positive Pflicht,* dafür zu sorgen, dass das Kind sein Mitwirkungsrecht 4.42

---

44 CRC, General Comment no. 12, Rz. 70 ff.

45 CRC, General Comment no. 12, Rz. 20 f.; so explizit auch das Bundesgericht, zumindest für das eherechtliche Verfahren: «Le juge est dès lors tenu d'entendre l'enfant, non seulement lorsque celui-ci ou ses parents le requièrent, mais aussi dans tous les cas où aucun juste motif ne s'y oppose […]» (BGer, 5A_714/2015, 28.4.2016, E.4.2.2 m.w.H.); Lohrenscheit, 122 ff.

46 BGE 133 III 553 E. 4; BGer, 5A_775/2016, 17.1.2017, E. 3.3; Herzig, familienrechtliches Verfahren, Rz. 368 ff., 370; bereits schon Rumo-Jungo, 1578 ff., 1580 m.w.H., oder Freiburghaus-Arquint Dieter, Der Einfluss des Übereinkommens auf die schweizerische Rechtsordnung: das Beispiel des revidierten Scheidungsrechts, in: Regula Gerber Jenni/Christina Hausammann (Hrsg.), Die Rechte des Kindes. Das UNO-Übereinkommen und seine Auswirkungen auf die Schweiz, Basel/Genf/München 2001, 185 ff., 193 f.

47 KRK-Komm-Schmahl, Art. 12 N 10.

Entwurf

auch ausüben kann (Informationsangebote, Schaffen von förderlichen Bedingungen).[48] Es reicht nicht, ein Kind (nur) reden zu lassen und/oder ihm zuzuhören,[49] sondern es soll geredet, zugehört, ernst genommen und gehandelt werden.[50]

4.43 Das Mitwirkungsrecht nach Art. 12 KRK betrifft *die Dauer des gesamten Verfahrens* inklusive der Zeit vor dem Verfahren und der Zeit danach, dann nämlich, wenn es etwa um die Eröffnung und Umsetzung eines Entscheides geht. Ist das Kind vorab nicht über das Verfahren, die einzelnen Verfahrensschritte und deren Bedeutung informiert worden, so fehlt im Resultat entweder seine Mitwirkung oder der Informed Consent zur Mitwirkung. Damit würde sein Wille übergangen oder eingeschränkt.

4.44 Das Mitwirkungsrecht des Kindes nach Art. 12 KRK wird heute als ein *Prozess* verstanden, in dem sich das Kind und die Erwachsenen in einem laufenden Dialog über ihre Meinungen, Interessen und Erwartungen austauschen und der sich fortentwickeln sowie das Verfahren beeinflussen kann (z.B. weil mit der Zeit die Kompetenzen des Kindes im laufenden Verfahren, einen Entscheid in eigener Sache zu fällen, zunehmen).[51]

bb) Anwendbarkeit und Umsetzung von Art. 12 KRK

4.45 Das Bundesgericht hat bereits einige Monate nach dem Inkrafttreten der KRK mit BGE 124 III 90 anerkannt, dass *Art. 12 KRK direkt anwendbares Recht* darstellt. Dieses konventionsrechtliche Anhörungs- und Mitspracherecht des Kindes ist damit Schweizer Recht und kann vom Kind beziehungsweise von seinen Rechtsvertretern angerufen werden.

4.46 Die Bestimmungen der UN-Kinderrechtskonvention werden im Übrigen primär als *Auslegungshilfe* für die Bestimmung von Inhalt und Reichweite der Grundrechte angesehen.[52] Sie sind im nationalen Recht nicht alle direkt anwendbar; davon aus-

---

48 Schmahl, Zwangsbehandlung, 97 f.

49 KRK-Komm-Schmahl, Art. 12 N 10; CRC, General Comment no. 12, Rz. 28, 40 ff., siehe auch schon CRC, General Comment no. 5 aus dem Jahre 2003; der englische Originalwortlaut «the right to be heard» hat diese Konnotation und ist auch eher ernst zu nehmen als der deutsche Terminus Anhörungsrecht: KRK-Komm-Schmahl, Art. 12 N 2. Vgl. ausführlich Lundy, ■Seitenzahl einfügen?■; Krappmann spricht von «the right to being given weight to the views of the child» (502, 506 f., 513).

50 Ähnlich etwa der treffende Titel von Stamm/Bettzieche.

51 CRC, General Comment no. 12, Rz. 31, 84 ff.; für ein Beispiel vgl. Hotz, Kinder fördern, 22 ff.

52 BGE 124 III 90 E. 3a; Rhinow/Schefer/Uebersax, Rz. 1333.

Erstabzug

genommen sind die Bestimmungen des zwingenden Völkerrechts. Neben Art. 12 KRK hat auch Art. 7 KRK unbestrittenermassen Self-executing-Charakter, denn dieser garantiert dem Kind das Recht auf einen Namen und eine Staatsangehörigkeit sowie das Recht, seine Eltern zu kennen.[53]

Für das Strafverfahren hält Art. 40 Abs. 2 lit. b Ziff. ii KRK zudem als *Lex specialis zu Art. 12 KRK* ausdrücklich fest,[54] dass dem Kind in jeder Phase des Verfahrens das rechtliche Gehör gewährt werden soll, dass es in einer Sprache angesprochen werden soll, die es versteht, und dass ihm ein Anspruch auf unentgeltliche Rechtsvertretung zusteht.[55] 4.47

Inhaltlich ist Art. 12 KRK gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts in allen Schweizer Verfahren anwendbar, «in denen persönlichkeitsrelevante essentielle eigene Interessen des Kindes unmittelbar auf dem Spiel stehen».[56] Dazu werden folgende Beispiele genannt: die Trennung des Kindes von seiner Familie,[57] der Entscheid über das Sorgerecht bei der Ehescheidung,[58] aber auch Namensänderungen,[59] die das Kind betreffen (vgl. heute Art. 270b ZGB). 4.48

Der Schweizer Gesetzgeber hat nach dem Inkrafttreten von Art. 12 KRK sukzessive einzelne verfahrensrechtliche Regelungen eingeführt und Mitwirkungsrechte für 4.49

---

53 Rhinow/Schefer/Uebersax, Rz. 1333.

54 KRK-Komm-Schmahl, Art. 40 N 8 ff.

55 Die UN-Kinderrechtskonvention gewährt Kindern im Freiheitsentzug besondere Rechte (KRK-Komm-Schmahl, Art. 37 N 7 ff.). Diese haben mehrheitlich Eingang in die JStPO gefunden: Für den Freiheitsentzug im Sinne eines Strafvollzugs legt Art. 37 lit. b KRK neben einem *strengen Gesetzmässigkeitsprinzip* zwei spezifische Voraussetzungen zum Schutz des Kindes fest: (1) Der Freiheitsentzug ist *ultima ratio* und muss (2) so *kurz wie möglich* sein. Art. 37 lit. c KRK hält schliesslich auch *Bedingungen* für den Freiheitsentzug in Form eines Strafvollzugs sowie für alle anderen Formen von Freiheitsentzug (z.B. Unterbringung in einem Heim oder einer Psychiatrie, Abschiebungshaft) fest: Dieser soll menschlich, würdevoll und altersbezogen erfolgen. Daraus folgt u.a. die Forderung *nach einer getrennten Unterbringung von Minderjährigen und Erwachsenen*.

56 BGE 124 II 361; 124 III 90 E. 3a; 126 III 497 E. 4b; BGer, 5A_61/2008, 16.6.2008, E. 2.3.

57 BGer, 2C_652/2016, 30.1.2017, E. 2.1, betr. Wegweisungsverfahren des Vaters; *aber* BGer, 2A.348/2005, 21.10.2005, E. 4.5, in welchem das Bundesgericht es für möglich erachtet, dass auch das Verfahren bezüglich der ausländerrechtlichen Ausweisung einer für das Kind sorgenden Person eine Anhörung des Kindes erfordern kann.

58 In BGer, 5A_214/2008, 20.6.2006, E. 2.5, hat das Bundesgericht es für möglich erachtet, dass im Verfahren bezüglich der Sorgerechtszuteilung eines Halbbruders die Anhörung der (selbst nicht direkt durch die Sorgerechtsregelung betroffenen) Halbschwester erforderlich ist.

59 BGer, 5A_61/2008, 16.6.2008, E. 2.3.

Leseprobe

Kinder im Verfahren umgesetzt – sei dies im Jugendstrafrecht (Art. 4 Abs. 2 S. 2 JStPO), im Verwaltungsrecht (z.B. betreffend kantonale Schul- oder Gesundheitsrechte), im Asylrecht (z.B. Art. 47 Abs. 4 AIG; Art. 17 Abs. 2bis AsylG und betreffend unbegleitete Minderjährige im Asylverfahren § 9 Rz ■) oder im Zivilrecht. Im Zivilrecht wurden bisher beispielsweise folgende Bestimmungen umgesetzt:

– Zur *Anhörung:* Art. 133 Abs. 2 ZGB (Fragen der elterlichen Sorge und des persönlichen Verkehrs); Art. 298a ZGB (Kinderzuteilung bei gemeinsamer elterlicher Sorge); Art. 298 ZPO (eherechtliche Verfahren); Art. 268a^{bis} ZGB (Adoptionsverfahren; gemäss Art. 265 ZGB Zustimmung bei Urteilsfähigkeit); Art. 314a ZGB (im Kindesschutzverfahren durch Behörde oder Drittperson, Anhörung zur Person des Beistandes oder der Pflegeeltern); Art. 405 ZGB (Beistandschaft).
– Zur *Vertretung:* Art. 299 f. ZPO (eherechtliche Verfahren); Art. 314bis ZGB (Kindesschutz-verfahren); Art. 268a^{ter} ZGB sowie Art. 9 Abs. 3 BG-KKE (Rückführungsverfahren).

4.50 Dieser gesetzgeberische Umsetzungsprozess ist noch längst nicht abgeschlossen. Es werden neue Bestimmungen in neuen Teilrechtsgebieten umgesetzt: So z.B. Art. 268a^{bis} ZGB zur Anhörung im Adoptionsverfahren, der besagt, dass grundsätzlich alle Kinder zu ihrer eigenen Adoption anzuhören sind, auch wenn ihre Zustimmung keine formelle Voraussetzung sein kann, weil die Urteilsfähigkeit nach Art. 265 ZGB fehlt (dazu weiterführend § 6 Rz. ■). Zudem bestehen 20 Jahre nach Inkrafttreten von Art. 12 KRK, wie bereits ausgeführt (§ 2 Rz. ■), immer noch Lücken in der tatsächlichen Umsetzung.[60] Dies, obschon es seit dem Jahr 2010 die Leitlinien des Ministerkomitees des Europarates für eine kindgerechte Justiz (§ 2 Rz. ■) gibt.

4.51 Die anhaltende Entwicklung entspricht dem Wortlaut von Art. 12 Abs. 2 KRK, der besagt, dass die Mitwirkungsrechte in allen das Kind berührenden Gerichts- oder Verwaltungsverfahren zum Tragen kommen sollen. Die persönlichkeitsrelevanten Lebensbelange des Kindes sind nicht eingeschränkt zu verstehen, sondern sie sind so vielfältig wie das Leben eines Kindes selbst. In der Schweiz sind Kinder wohl am häufigsten in Verfahren um *Familienbelange* (z.B. im Scheidungsverfahren, in dem es de lege lata keine parteiähnliche Stellung hat) in ihren Rechten berührt.[61] Bei

[60] Vgl. nur das Massnahmenpaket des Bundesrats 2018 oder der SKMR-Studie 2017.

[61] Die Mitwirkung eines Kindes im Verfahren betr. die Trennung seiner Eltern, das heisst regelmässig im Kindesschutzverfahren, wird überdies speziell durch Art. 9 KRK gesichert.

Entwurf

Fremdplatzierungen im Kindesschutzverfahren dürften seine Rechte aber noch stärker tangiert sein, womit eine umso strengere Beachtung der Mitwirkungsrechte erforderlich wäre.

Der UN-Kinderrechtsausschuss weist ausdrücklich auf die Wichtigkeit der Umsetzung des Mitwirkungsrechts eines einzelnen Kindes oder einer Gruppe von Kindern in sämtlichen Aspekten ihres Lebens hin und nennt konkret die folgenden Bereiche:[62] 4.52

- Familie und alternative Betreuungsformen (z.B. Pflegefamilien);
- Gesundheitssorge;
- Bildung und Schule;
- Freizeit (z.B. Sport);
- Berufsleben;
- Migration und Asyl;
- Gewalt- und Krisensituationen (z.B. Kriegs- oder Nachkriegszeiten, Erdbeben).

Aus dem Recht auf Mitwirkung *in Gesundheitsbelangen* (Art. 24 KRK) ergibt sich etwa die Pflicht der Staaten dafür zu sorgen, dass die Eltern und medizinische Fachpersonen ein Kind unabhängig von seinem Alter über seine eigenen gesundheitlichen Belange informieren und diese mit dem Kind diskutieren.[63] Das schliesst etwa mit ein, dass ein Kind mit psychischen Beeinträchtigungen (d.h. Behinderungen i.S.v. Art. 23 KRK; Art. 7 BRK) nach Art. 12 KRK einen Anspruch auf Mitsprache bei der Unterbringung und Behandlung hat[64] oder dass es nicht gegen seinen Willen isoliert oder medikamentiert[65] werden darf (vgl. nachfolgend zur BRK Rz. ■ und § 7 Rz. ■). 4.53

Auch in Bezug auf seine in Art. 28/29 KRK sehr umfassend verstandenen *Bildungsbelange* hat das Kind ein Recht auf die Umsetzung seiner Mitwirkungsrechte nach Art. 12 KRK. Hingegen ist seine Mitwirkung in *schulrechtlichen Verfahren* gemäss Rechtsprechung und Expertenmeinungen nicht systematisch garantiert (dazu § 8 4.54

62 CRC, General Comment no. 12, Rz. 89 ff.

63 KRK-Komm-Schmahl, Art. 12 N 22.

64 Schmahl, Zwangsbehandlung, 95 ff., 100 ff.; vgl. folgende Länderberichte des UN-Kinderrechtsausschusses: CRC/C/GBR/CO/4 (2008) (Vereinigtes Königreich und Nordirland), Rz. 38 f.; CRC/C/ARM/CO/3–4 (2013) (Armenien), Rz. 27 f.; CRC/C/BEL/CO/3–4 (2010) (Belgien), Rz. 58 betr. Isolation von Kindern in einer psychiatrischen Klinik.

65 Siehe z.B. betreffend den Anstieg medikamentöser Therapien von ADHS in Belgien CRC/C/BEL/CO/3–4 (2010), Rz. 58, sowie in der Schweiz, CRC/C/CHE/CO/2–4, Rz. 61.

Erstabzug

Rz. ■). Beispielsweise sieht das Sonderpädagogik-Konkordat vom 25. Oktober 2007 (in Kraft seit dem 1. Januar 2011) den Einbezug von Kindern mit besonderem Bildungsbedarf nicht explizit vor, sondern umschreibt die Mitwirkung der Erziehungsberechtigten (Art. 2 lit. d).[66]

4.55 Schliesslich verlangt Art. 12 KRK auch in *asyl- und ausländerrechtlichen Belangen* eine verstärkte Mitwirkung des Kindes, namentlich bei unbegleiteten Minderjährigen (Art. 22 KRK) (s.a. § 9).[67]

4.56 Das Mitwirkungsrecht nach Art. 12 KRK kann sodann *alle Arten von Verfahren* betreffen, das heisst auch sog. alternative Verfahren wie die *Mediation*.[68] Das Mitwirkungsrecht kann aber auch ein innerschulisches Verfahren beziehungsweise ein Verfahrensinstrument wie ein Standortgespräch betreffen (dazu vertieft § 8 Rz. ■).

cc) Art und Weise der Anhörung und der Mitsprache

4.57 In Bezug auf die konkrete Ausgestaltung der Gerichtsbarkeit in Kinderbelangen – was also die Ausübung der Anhörungs- und Mitspracherechte sowie der Schutz von Kindern in den verschiedenen Verfahren des Familienrechts, des Asylrechts, des Strafrechts oder des Verwaltungsrechts (Schulrecht, Gesundheitsrecht) anbelangt – bleiben die Unterzeichnerstaaten grundsätzlich autonom.[69]

4.58 Gemäss dem Wortlaut von Art. 12 Abs. 2 KRK ergibt sich lediglich, dass die Anhörung nicht unbedingt persönlich erfolgen muss, sondern grundsätzlich an eine Drittperson delegiert werden kann.[70] Hinzu kommt aus dem bisher Ausgeführten, dass für die Durchführung einer Kindesanhörung die Voraussetzung der Urteilsfähigkeit des Kindes weniger wichtig ist als das Wie der Anhörung. Denn auch das Bundesgericht geht davon aus, dass Kinder schon in der frühen Kindheit fähig sind, sich mit nonverbalen Kommunikationsmethoden auszudrücken.[71]

---

66 Interkantonale Vereinbarung über die Zusammenarbeit in der Sonderpädagogik vom 25. Oktober 2007; s.a. Kommentar der EDK zu den einzelnen Bestimmungen vom 4. Dezember 2007, abrufbar unter ‹https://edudoc.educa.ch/static/web/arbeiten/sonderpaed/kommentar_d.pdf› (besucht am 3.7.2019), 5; Schefer/Hess-Klein, 371 ff., 373.

67 CRC, General Comment no. 12, Rz. 89 ff.; KRK-Komm-Schmahl, Art. 12 N 23.

68 KRK-Komm-Schmahl, Art. 12 N 15.

69 Zur Art und Weise der Anhörung s.a. BGer, 5A_61/2008, 16.6.2008, in: FamPra.ch 2008, 883 ff., 885 f.

70 BGer, 6B_538/2009, 4.11.2009, E. 5.2; 2C_746/2010, 16.6.2010, E. 4.1.

71 § 6 Rz ■.

Ersatzzug

Ein Gericht oder eine Kindesschutzbehörde kann demnach die Anhörung des Kindes grundsätzlich problemlos an eine medizinische oder psychologische Fachperson delegieren.[72] 4.59

Heikler ist, dass nach Rechtsprechung des Bundesgerichts die Anhörung je nach der zu behandelnden Problematik und den Umständen des Einzelfalles über einen Vertreter des Kindes auch schriftlich vorgenommen werden kann.[73] Das bedeutet, dass eine Behörde auf eine Anhörung verzichten kann, wenn gesichert ist, dass die Kindesinteressen durch die Eltern, die das Kind vertreten und die gleichlautenden Interessen haben, in ein Verfahren eingebracht werden können. Zudem muss der Sachverhalt ohne Kindesanhörung rechtsgenüglich festgestellt werden können.[74] – Die Grenzziehung zwischen einem solchen ausnahmsweise zulässigen Verzicht auf eine persönliche Anhörung des Kindes und einer antizipierten Beweiswürdigung erscheint in den nachfolgenden Rechtsbelangen schwierig:[75] 4.60

- In einem Fall zur *Begründung einer De-facto-Familie* nach Art. 8 EMRK ist das Bundesgericht gestützt auf die Akten zum Schluss kommen, es sei keine Befragung der Tochter nötig gewesen, da die rechtlichen Voraussetzungen nach Art. 8 EMRK ohnehin fehlten (s.a. Rz. ■).
- Im Rahmen eines *Wegweisungsverfahrens des Vaters* wurde auf eine Anhörung des Sohnes verzichtet.[76]
- In einem Verfahren betreffend *Familiennachzug* genügten sodann zwei Briefe der Tochter und die Annahme, dass der Vater den Standpunkt seiner Kinder vertritt, um auf eine Anhörung der Tochter zu verzichten.[77]
- Ein Entscheid des Bundesgerichts aus dem Jahre 2007 zum *Verfahren betreffend Übertritt in eine andere Volksschulstufe* erscheint besonders fragwürdig. Das Mitwirkungsrecht des Kindes ist heute in vielen kantonalen Schulgesetzen ausdrücklich verankert und das Kind ist gerade im Schulbereich direkt in seinen

[72] In Bezug auf eine Autismus-Spektrum-Störung des Kindes: BGer, 5A_775/2016, 17.1.2017, E. 3.2.

[73] BGE 124 II 361 E. 3c; 124 III 90 E. 3b m.w.H.

[74] BGE 144 II 1 E. 6.3., E. 6.5 m.w.H.

[75] Aufgrund der jeweils beschränkten Sachverhaltswiedergabe ist eine abschliessende Beurteilung nicht möglich.

[76] BGer, 2C_652/2016, 30.1.2017, E. 2.1; *aber* BGer, 2A.348/2005, 21.10.2005, E. 4.5, in welchem das Bundesgericht es für möglich erachtet, dass auch das Verfahren bezüglich der ausländerrechtlichen Ausweisung einer für das Kind sorgenden Person eine Anhörung des Kindes erfordern kann.

[77] BGE 124 II 361 E. 3c; ähnlich BGer, 2C_656/2007, 6.3.2008, E. 2.1, und 2C_481/2007, 11.12.2007, E. 2.

Fachzeitschrift

unmittelbaren Lebensbelangen (Bildung, [Wohn-]Nähe zur Familie, Freundschaft) betroffen. Das Bundesgericht erachtete die Vertretung des Standpunktes des Kindes durch die das Kind vertretenden Eltern als genügend im Sinne von Art. 12 KRK und verwies darauf, dass sich das Kind im Rahmen seines Schulbesuchs und des permanenten Kontakts mit der Lehrperson zu seiner schulischen Laufbahn genügend äussern könne.[78]

4.61 Auch in weiteren – weniger komplexen – Rechtsbereichen liess das Bundesgericht einen Verzicht auf eine direkte Anhörung gelten: In einem *Verfahren betreffend Namensänderung g*enügte etwa ein Gutachten durch den Kinder- und Jugendpsychiatrischen Dienst des Kantons sowie ein Privatgutachten den Anforderungen von Art. 12 KRK.[79] Ebenso genügte in einem *Verfahren betreffend die falsche Eintragung des Namens* der Tochter die Vertretung des Standpunktes der Tochter durch die Mutter.[80]

4.62 Allerdings soll ein Kind auch *nicht unnötig oft befragt* werden, denn das könnte ebenfalls belastend sein:[81] Die Pflicht zur Anhörung besteht grundsätzlich *einmal* im Verfahren inkl. Instanzenzug. Auf eine mehrmalige Anhörung kann etwa dann verzichtet werden, wenn keine neuen Erkenntnisse zu erwarten sind oder wenn eine erneute Anhörung für das Kind unnötig belastend wäre.[82]

4.63 Der UN-Kinderrechtsausschuss hat folgende Kriterien für eine kinderfreundliche Art und Weise der Information, Anhörung und der Mitsprache von Kindern entwickelt.[83] Diese soll

- informativ und transparent sein;
- freiwillig erfolgen;
- respektvoll sein – das heisst, die Meinungen von Kindern sind zu achten;
- bedeutsam für die Bedürfnisse und den Erfahrungsschatz von Kindern sein;
- ermutigend und zugänglich für Kinder sein;
- inklusiv ausfallen, damit alle Kinder ihr Recht auf Mitwirkung ohne Diskriminierung ausüben können;

78 BGer, 2D_21/2007, 9.8.2007, E. 4.2.2.
79 BGer, 5A_61/2008, 16.6.2008, E. 2.4.
80 BGer, 2D_20/2007, 20.9.2007, E. 2.2.
81 KRK-Komm-Schmahl, Art. 3 N 7.
82 BGE 133 III 553 E. 4; BGer, 5A_775/2016, 17.1.2017, E. 3.3.
83 CRC, General Comment no. 12, Rz. 134 lit. a–i.

Erstabzug

– durch Erwachsene unterstützt sein, welche dafür auch eine entsprechende Schulung brauchen;
– schützend und feinfühlig in Bezug auf das Risiko sein, welches mit den Meinungsäusserungen der Kinder einhergehen kann;
– verpflichtend sein, denn es sollen stets Rückmeldungen an die Kinder erfolgen sowie ein Monitoring und eine Evaluation stattfinden.

Auf diese Weise kann die Mitwirkung des Kindes zu einem kontinuierlichen Prozess werden (Rz. ■) und bleibt kein einmaliges Ereignis.[84] 4.64

d) Unauflösbares Zusammenspiel zwischen dem verwirklichten Mitwirkungsrecht und der Berücksichtigung der übergeordneten Kindesinteressen

Art. 3 Abs. 1 KRK erhebt die Kindesinteressen bzw. den im Schweizer Recht geläufigeren Begriff «Kindeswohl»[85] zum rechtlichen Leitprinzip der UN-Kinderrechtskonvention: 4.65

Art. 3 KRK 4.66

(1) Bei allen Massnahmen, die Kinder betreffen, gleichviel, ob sie von öffentlichen oder privaten Einrichtungen der sozialen Fürsorge, Gerichten, Verwaltungsbehörden oder Gesetzgebungsorganen getroffen werden, ist das Wohl des Kindes ein Gesichtspunkt, der vorrangig zu berücksichtigen ist.

(2) Die Vertragsstaaten verpflichten sich, dem Kind unter Berücksichtigung der Rechte und Pflichten seiner Eltern, seines Vormunds oder anderer für das Kind gesetzlich verantwortlicher Personen den Schutz und die Fürsorge zu gewährleisten, die zu seinem Wohlergehen notwendig sind; zu diesem Zweck treffen sie alle geeigneten Gesetzgebungs- und Verwaltungsmassnahmen.

(3) Die Vertragsstaaten stellen sicher, dass die für die Fürsorge für das Kind oder dessen Schutz verantwortlichen Institutionen, Dienste und Einrichtungen den von den zuständigen Behörden festgelegten Normen entsprechen, insbesondere im Bereich der Sicherheit und der Gesundheit sowie hinsichtlich der Zahl und der fachlichen Eignung des Personals und des Bestehens einer ausreichenden Aufsicht.

Im verbindlichen englischen Originaltext ist nicht von Kindeswohl, sondern – wörtlich übersetzt – von den «besten Interessen des Kindes» («the best interests of the child shall be a primary consideration») die Rede. Dies legt bereits begrifflich 4.67

[84] Reitz, 7 f.
[85] Der deutsche Wortlaut der UN-Kinderrechtskonvention ist im Streitfall nicht verbindlich (Art. 54 KRK).

Entwurf zur Begutachtung

nahe, dass damit die *Kindesinteressen* gemeint sind, worunter eine Mehrzahl von subjektiven und objektiven Interessen fallen können. «Best» heisst nicht automatisch, dass die objektiven Interessen des Kindes immer vor den subjektiven Vorrang haben; «best» bedeutet aber, dass es sich für das Kind um vorrangige Interessen handelt. Daraus ergibt sich: Es wäre empfehlenswert, einheitlich von einem übergeordneten Kindesinteresse zu reden. Das gilt, zumal der Kindeswohlbegriff allzu leicht mit der englischen Formulierung «well-being of the child»[86] verwechselt wird,[87] die so viel wie das Wohlergehen oder Wohlfühlen eines Kindes beschreibt. – Im Konzept (§ 1) wurde aus diesen Gründen bewusst der Terminus «Kindesinteressen» gewählt. Es ist aber sprachlich in jedem Fall treffender, von «übergeordnetem Kindeswohl» oder «vorrangigem Kindeswohl» auszugehen; anderenfalls geht die Übersetzung von «best» verloren.

4.68 Die Terminologie ändert nichts daran, dass *all diese Begriffe unbestimmt* sind und dass sich ihr normativer Gehalt nicht aus der KRK ablesen lässt, sondern im Einzelfall von den rechtsanwenden Behörden zu bestimmen ist. Dies ist durchaus sinnvoll, denn die Bedeutung der «Kindesinteressen» oder des «Kindeswohls» ist bekanntlich werterelativ und zeitabhängig.[88] Es sind also kulturelle wie auch dynamische Momente zu berücksichtigen, solange die Sicht des betroffenen Kindes berücksichtigt wird.[89]

4.69 Die Auslegung der «übergeordneten Kindesinteressen» muss deswegen aber nicht beliebig ausfallen: Sie erfolgt vielmehr *systematisch im Einklang mit dem gesamten Inhalt der Konvention*.[90] Daraus ergeben sich gewisse Kriterien für die Bestimmung

---

86 Zum Stand der theoretischen Herangehensweisen zur Bestimmung des «well-being» und deren Unterschiede vgl. Comparative Child Well-being across the OECD, in: OECD, Doing Better for Children, 2009, 21 ff., 25 ff., abrufbar unter: ‹https://www.oecd.org/els/family/43570328.pdf› (besucht am 8. 8. 2019).

87 CRC/C/CHE/CO/2–4, Rz. 26; a.A. KRK-Komm-Schmahl, Art. 3 N 2.

88 KRK-Komm-Schmahl, Art. 3 N 9; Dettenborn/Walter, 68 ff.; Brauchli, 115 ff., 123; BSK ZGB I-Schwenzer/Cottier, Art. 301 N 2 ff., 5 m.w.N., und *rechtshistorisch* vgl. Wapler 29 ff., 41 f., 69 ff.: Historisch zeigt sich etwa im ersten Drittel des 20. Jh. eine Entwicklung zu einem Kindeswohlbegriff, der die Individualität des Kindes vermehrt berücksichtigt, während die Vorstellungen darüber, was «gute Erziehung» ist, um 1900 noch dominanter waren. Auch die Vorstellung, dass der Staat nicht in die Familienerziehung eingreifen darf, war wohl um 1900 noch ausgeprägter; s.a. den EGMR-Leitentscheid zum Kindeswohl gegen die Schweiz: *Neulinger und Shuruk v. Schweiz,* Nr. 41615/07, Urteil vom 6. 7. 2010, §§ 49–55.

89 KRK-Komm-Schmahl, Art. 3 N 9.

90 KRK-Komm-Schmahl, Art. 3 N 12.

Erstabzug

des Kindeswohls:[91] Art. 3 KRK ist eines der vier Grundprinzipien der UN-Kinderrechtskonvention,[92] woraus zu schliessen ist, dass den «intérêts supérieurs de l'enfant» eine überragende normative Rolle zukommt.[93] Es dürfen zwar auch andere private oder öffentliche Interessen berücksichtigt werden (bspw. Schutzgedanken bei Straffälligkeit Jugendlicher, Belange der Mutter bei Geburt, ausländerrechtliche Überlegungen), aber es besteht in jeder Situation, in der ein Kindesinteresse berührt ist, ein Gebot der «bestmöglichen Realisierung» des Kindeswohls.[94] Ferner bestimmen sich die übergeordneten Kindesinteressen multidimensional – so ist beispielsweise nicht nur auf das künftige (und ideale) Wohlergehen eines Kindes abzustellen:[95] Vielmehr muss konkret berücksichtigt werden, was das Kind zu seiner momentanen Situation zu sagen hat und was es sich wünscht; massgebend ist also auch der *Kindeswille:*[96] Das übergeordnete Kindesinteresse bestimmt sich infolgedessen nach dem Kindeswillen, dem individuellen Reifegrad des Kindes und den potenziellen Auswirkungen einer Entscheidung auf sein individuelles Leben (und für die Verletzung der Kinderrechte an sich).[97]

Das übergeordnete Kindeswohl ist deshalb wie folgt zu bestimmen:[98] 4.70

1) durch *Anhörung und Mitsprache* des Kindes (auch nonverbal) nach Art. 12 KRK, denn damit werden die subjektiven Interessen eines Kindes, also der Kindeswille, ermittelt;[99] sowie
2) durch die *Ermittlung dessen, was der psychischen und körperlichen Entwicklung des Kindes zugutekommt.* Damit werden die objektiven Interessen des Kindes (Recht auf Gesundheit und Recht auf Bildung) ermittelt, welche dem Kindeswillen widersprechen können (z.B. dass ihm nicht gestattet wird, jeden Tag mit einer von ihm zwar geliebten, aber psychisch sehr kranken Person zusammenzuleben), wobei

91 Cremer, Vorrang des Kindeswohls, 328.
92 CRC, General Comment no. 5, Rz. 12.
93 Jaffé et al., Rz. 12; Gerber Jenni, Verfahren, 201 ff.; Cremer, Vorrang des Kindeswohls, 328; das entspricht dem Wortlaut von Art. 3 Abs. 1 KRK, der die vorrangige Beachtung des Kindeswohls auf mehreren Ebenen der amtlichen Entscheidungsfindung verlangt.
94 KRK-Komm-Schmahl, Art. 3 N 7.
95 OLG Hamm, Beschluss vom 6. Juni 2011, II-8 UF 46/11, Rz. 28.
96 Dettenborn/Walter, 79 unten.
97 Jaffé et al., Rz. 12.
98 CRC, General Comment no. 14, Rz. 52 ff.
99 KRK-Komm-Schmahl, Art. 3 N 12.

Entwurf

3) der *Reifegrad* und die *bisherige Entwicklung sowie die Lebenserfahrungen des Kindes* (z.B. die Frage, ob ein Kind, das nie gelernt hat, selbstbestimmt zu sein, überhaupt die Fähigkeit haben kann, seine Meinung und seinen Willen zu äussern) sowie

4) die *konkreten Lebensumstände* bei der Beurteilung der Interessen des Kindes eine entscheidende Rolle spielen werden (z.B. die besondere Verletzlichkeit des Kindes, weil es eine Behinderung hat oder in einem Asylverfahren ist).

4.71 Diese diversen Faktoren lassen sich aber nicht einfach summieren, sondern müssen wie bei einem Puzzle richtig zusammengefügt werden.

4.72 Art. 3 Abs. 1 KRK gilt in jedem Verfahren, denn Art. 3 KRK ist bei allen Massnahmen, die Kinder betreffen, zu berücksichtigen, und zwar unabhängig davon, ob diese von Gerichten oder Verwaltungsbehörden getroffen werden, und unabhängig davon, ob es sich um private oder öffentliche Einrichtungen, etwa der sozialen Fürsorge, handelt, welche die Massnahme treffen.[100] *Zur direkten Anwendbarkeit von Art. 3 KRK* im Schweizer Recht gibt es bis dato zwar keinen höchstrichterlichen Entscheid, der diese klar bejahen würde. Mit Art. 11 Abs. 1 BV ist die Beachtung der übergeordneten Kindesinteressen und des Kindeswohls jedoch als Grundrecht umgesetzt worden, sodass heute Art. 3 KRK im Schweizer Recht verankert ist und auch regelmässig angerufen wird[101] (dazu Rz. ■).

4.73 Das Recht auf Mitwirkung des Kindes nach Art. 12 KRK kann damit als *Ausfluss des Kindeswohlprinzips* betrachtet werden. Zum anderen betont aber gerade Art. 12 KRK die aktive Rolle des Kindes im Verfahren, und erst durch dieses Mitwirkungsrecht kann das übergeordnete Kindeswohl nach Art. 3 KRK überhaupt ermittelt werden. Damit ergibt sich, dass erst im Zusammenspiel mit der Ermittlung des Kindeswillens und seiner Stellungnahme zu allen relevanten Aspekten des potenzi-

[100] BGE 135 I 153 E. 2.2.2. S. 157.

[101] BGE 140 I 312 E. 4.2.4 (unklar; Art. 3 KRK wird angerufen und vom BGer erwogen); BGE 138 I 297 E. 8.2 (unklar; es wird geltend gemacht, dass Art. 3 KRK ein Leitprinzip statuiert, womit nicht zu beanstanden ist, dass andere Punkte erwogen werden); BGE 135 I E. 2.2.2 S. 156 f. (nicht self-executing); BGer, 2C_387/2015, 10.9.2015, E. 2.4.2. (nicht self-executing); s. Wyttenbach, Grund- und Menschenrechtskonflikte, 306, die zum Schluss kommt, dass das Bundesgericht mit der Übernahme des Kindeswohlartikels (Art. 3 KRK) implizit dessen direkte Anwendbarkeit bejaht; BSK BV-Tschentscher, Art. 11 N 32. Gestützt auf Art. 3 KRK und Art. 11 BV lässt sich nach der Rechtsprechung u.a. kein Anspruch auf eine Aufenthaltsbewilligung (Familiennachzug) in der Schweiz begründen: BGer, 2C_129/2010, 9.7.2010, E. 4.3.

Erstabzug

ellen Kindeswohls mittels Anhörung die Interessen des Kindes festgestellt werden können, die dann gestützt auf Art. 3 KRK vorrangig zu beachten sind.[102]

Dieses Zusammenspiel ist nunmehr als Grundsatz in Art. 2 des 3. Fakultativprotokolls der KRK formuliert: 4.74

Art. 2 FP KRK III 4.75

Bei der Erfüllung der ihm durch dieses Protokoll übertragenen Aufgaben lässt sich der Ausschuss vom Grundsatz des Wohls des Kindes leiten. Er trägt ausserdem den Rechten sowie der Meinung des Kindes Rechnung, wobei die Meinung des Kindes angemessen und entsprechend dem Alter und der Reife des Kindes zu berücksichtigen ist.

Daraus folgt für die Praxis: Art. 3 und 12 KRK sind generell als miteinander verbunden zu denken und es gilt als Grundsatz, dass ohne die Mitwirkung des betroffenen Kindes letztlich keine Ermittlung des übergeordneten Kindesinteresses möglich ist. Mit anderen Worten: Der subjektive Wille des Kindes ist jeweils sorgfältig zu ermitteln und dem Gericht als solcher zu vermitteln. 4.76

Weiter erschliesst sich, dass es (deshalb) auch nicht die primäre Aufgabe der eingesetzten Kindesvertretung sein kann, das übergeordnete Kindeswohl durchzusetzen. Es ist vielmehr ihre Pflicht, im Rahmen des üblichen Berufsstandards eines Rechtsanwaltes den Kindeswillen, das heisst die subjektiven Interessen des Kindes, zu ermitteln und zu vertreten. Zu bedenken ist auch, dass Anträge gegen den ausdrücklichen Willen des Kindes die Vertrauensbeziehung zur Verfahrensvertretung zerstören und darum zu vermeiden sind.[103] Entspricht aber der Wille des urteilsfähigen Kindes eindeutig nicht seinem Wohl, muss die Fachperson für Verfahrensvertretung dies im Rahmen ihrer anwaltlichen Informations- und Beratungspflicht mit dem Kind besprechen.[104] 4.77

Es ergibt sich die im Konzept (§ 1) bereits angesprochene Verteilung der Funktionen im Verfahren: Eine Fachperson übernimmt die unabhängige Verfahrensvertretung und vertritt den Kindeswillen, das Gericht und die Behörde suchen Lösungen, die dem übergeordneten Kindeswohl entsprechen.[105] Im Einzelfall kann nicht aus- 4.78

[102] CRC, General Comment no. 14, Rz. 43–45.

[103] Meier, Kindesvertretung■, 357.

[104] BGE 142 III 153 E. 5.2.4.

[105] A.A.: Das Bundesgericht erkennt keine Notwendigkeit einer auf den subjektiven Standpunkt des Vertretenen fokussierten Tätigkeit der unabhängigen Fachperson (konkret dem Verfahrensvertreter) des Kindes. Das Gericht kann auch keine solche aus Art. 12 KRK ableiten und vertritt demgegenüber die Auffassung, dass die objektiven Interessen

Erstellt 2019

geschlossen werden, dass die Verfahrensvertretung einen (viel) besseren Kontakt zum Kind hat als das Gericht oder die Behörde und deshalb auch die kindeswohlorientierten Erwägungen einfliessen lassen muss.[106] Weiter ergibt sich, dass sich die übergeordneten Kindesinteressen im Allgemeinen nur durch Konsultation des Kindeswillens ermitteln lassen[107] (weiterführend § 6 Rz. ■).

2. Recht auf Mitwirkung nach Art. 7 UN-Behindertenrechtskonvention

4.79 Etwas jüngeren Datums ist die Ratifizierung des Übereinkommens über die Rechte von Menschen mit Behinderungen der Vereinten Nationen vom 13. Dezember 2006 (UN-Behindertenkonvention, BRK), das für die Schweiz am 15. Mai 2014 in Kraft getreten ist[108] und einige *spezifische Bestimmungen für die Mitwirkung und den Schutz von Kindern mit Behinderungen beinhaltet*.[109] Mit der Unterzeichnung dieses Übereinkommens hat sich die Schweiz zum Staatenberichtsverfahren durch den UN-Ausschuss zum Schutz der Rechte von Menschen mit Behinderungen bereit erklärt.

4.80 In Art. 7 BRK sind die Rechte von Kindern mit Behinderungen direkt angesprochen:

4.81 **Art. 7 BRK**

(1) Die Vertragsstaaten treffen alle erforderlichen Massnahmen, um zu gewährleisten, dass Kinder mit Behinderungen gleichberechtigt mit anderen Kindern alle Menschenrechte und Grundfreiheiten geniessen können.

(2) Bei allen Massnahmen, die Kinder mit Behinderungen betreffen, ist das Wohl des Kindes ein Gesichtspunkt, der vorrangig zu berücksichtigen ist.

---

des Kindes im Vordergrund stehen müssten: BGE 142 III 153 E. 5.2.2; bestätigt und konkretisiert in BGer, 5A_232/2016, 6.6.2016, E. 5.2.1–5.2.2 je m.w.H. zu den in der Lehre vertretenen unterschiedlichen Meinungen zur Rolle der Verfahrensvertretung. In einem früheren Entscheid beurteilte das BGer die Aufgabe der Verfahrensvertretung noch in der Klarstellung der subjektiven Sicht des Kindes: BGer, 5P.84/2006, 3.5.2006, E. 3.4.

106 Gerber Jenni, Anwalt, 111; Affolter, in: FS Häfeli, 209.

107 Coester, 182 f., 255 f.; Maywald, 27.

108 SR 0.109; BGer, 2C_974/2014, 27.4.2015, E. 3.2; 2C_368/2014, 19.12.2014; 2C_930/2011, 9.5.2012.

109 Mit dem Inkrafttreten der KRK wurden erstmals Bestimmungen zu Rechten von Kindern mit Behinderungen normiert: Art. 23 KRK.

FISRAOZUG

(3) Die Vertragsstaaten gewährleisten, dass Kinder mit Behinderungen das Recht haben, ihre Meinung in allen sie berührenden Angelegenheiten gleichberechtigt mit anderen Kindern frei zu äussern, wobei ihre Meinung angemessen und entsprechend ihrem Alter und ihrer Reife berücksichtigt wird, und behinderungsgerechte sowie altersgemässe Hilfe zu erhalten, damit sie dieses Recht verwirklichen können.

Die Vertragsstaaten sollen nach dieser Bestimmung, mit noch grösserem Nachdruck als in der KRK formuliert (vgl. Rz. ■), *gewährleisten oder sicherstellen* («shall ensure»), dass Kinder mit Behinderungen die gleichen Reche haben wie alle anderen Kinder (Abs. 1, vgl. Art. 2 KRK). Explizit gewährleistet werden ausserdem die beiden Kinderrechte nach Art. 3 und 12 KRK, nämlich die Pflicht, *bei allen Massnahmen* das übergeordnete Kindeswohl zu berücksichtigen (Abs. 2), und das Recht auf Mitwirkung des Kindes in allen es berührenden Angelegenheiten (Abs. 3). 4.82

Zudem hält Art. 7 Abs. 3 BRK über Art. 12 KRK hinaus fest, dass Kinder mit Behinderungen einen entsprechenden *Anspruch auf behindertengerechte und altersgemässe Hilfe haben,* damit sie dieses Mitwirkungsrecht verwirklichen können.[110] Denkbare Beispiele für solche Unterstützungen sind: 4.83

Für die Umsetzung dieser Kinderrechte sind zusätzlich zwei Spezialbestimmung vorgesehen:[111] Art. 4 Abs. 3 BRK formuliert, dass die Unterzeichnerstaaten dafür sorgen sollen, dass Kinder mit Behinderungen in den Gesetzgebungsprozess sowie in alle administrativen und weiteren politischen Massnahmen einbezogen werden, die direkt oder indirekt Einfluss auf Menschen mit Behinderungen haben können.[112] Erwachsenen kommt dabei eine zentrale Rolle bei der Stärkung der Kinder zu.[113] Nach Art. 33 Abs. 3 BRK sollen Kindesinteressen und das Kinderrecht auf 4.84

[110] Menschen mit Behinderungen sind nach den Bemerkungen des UN-Ausschusses zum Schutz der Rechte von Menschen mit Behinderungen aus dem Jahre 2018 generell mehr als andere von der Mitwirkung ausgeschlossen: CRPD, General Comment no. 7, Rz. 4, Rz. 25: «The recognition and promotion of the right to individual autonomy is of paramount importance for all persons with disabilities, including children, to be respected as rights holders»; CRC, General Comment no. 12, Rz. 134 lit. f; Inclusion Handicap, Schattenbericht, Bericht der Zivilgesellschaft anlässlich des ersten Staatenberichtsverfahrens vor dem UN-Ausschuss für die Rechte von Menschen mit Behinderungen vom 16. Juni 2017, ‹https://www.procap.ch/fileadmin/user_upload/customers/redesign_procap/Aktuell/News/NewsTexte_2017/170829_d_UnoBRK_Schattenbericht_158_Seiten.pdf› (besucht am 3.7.2019), 25.

[111] CRPD, General Comment no. 7, Rz. 74 f.

[112] CRPD, General Comment no. 7, Rz. 24–26.

[113] CRPD, General Comment no. 7, Rz. 12 (f).

Mitwirkung auch durch private Organisationen wahrgenommen werden können, wobei deren Mitglieder sich teils aus Kindern mit Behinderungen zusammensetzen sollen. Den staatlichen Stellen obliegt die Förderung dieser Organisationen.[114]

4.85 Zusammenfassend handelt es sich um eine Konkretisierung von Art. 12 KRK: Es sollen die *Mitwirkungsrechte von Kindern mit Behinderungen in allen sie berührenden Angelegenheiten bestmöglich gewährleistet und damit auch verwirklicht werden,* sodass diese Kinder als die Rechtssubjekte wahrgenommen werden, als welche sie wahrgenommen werden sollten. Art. 7 BRK hält fest, dass die internationalen Kinderrechte *für alle Kinder gelten* (Art. 2 Abs. 1 KRK), und verleiht der eher programmatischen Natur der Fürsorgeanordnung gegenüber behinderten Kindern nach Art. 23 KRK[115] mehr rechtliches Gewicht.

4.86 Bezogen auf Kinder mit Behinderungen in den verschiedenen denkbaren Verfahren ist etwa für das *schulrechtliche Verfahren* besonders zu erwähnen, dass Art. 24 Abs. 1 und Abs. 2 BRK die Vertragsstaaten verpflichtet, allen Kindern mit Behinderungen das inklusive Recht auf Bildung auf allen Ebenen «auf Augenhöhe» zu gewährleisten.[116] Sie dürfen nicht vom unentgeltlichen und obligatorischen Grundschulunterricht oder vom Besuch weiterführender Schulen ausgeschlossen sein. Zu diesem Zweck stellen die Vertragsstaaten auch sicher, dass für Menschen mit Behinderungen angemessene Vorkehrungen getroffen werden.[117]

4.87 Für die Beseitigung faktischer Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen ist ferner Art. 8 Abs. 4 BV massgebend, wonach das Gesetz Massnahmen zur Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen vorsieht. Diese Verfassungsgrundlage wird indes als Gesetzgebungsauftrag verstanden und nicht als individuelle positive Anspruchsgrundlage.[118] Mit dem Bundesgesetz über

---

114 Wobei deren Mitglieder hauptsächlich wiederum Menschen mit Behinderungen, sprich Kinder mit Behinderungen, sein sollen: CRPD, General Comment no. 7, Rz. 24.

115 KRK-Komm-Schmahl, Art. 23 N 4; bereits der General Comment no. 9 aus dem Jahre 2006 zu den Rechten von Kindern mit Behinderungen unterstrich die Bedeutung der Mitwirkungsrechte nach Art. 12 KRK (Rz. 32f).

116 Der Anspruch auf Inklusion nach Art. 24 Abs. 1 BRK ist im Schweizer Recht direkt anwendbar, geht aber nach Schefer/Hess-Klein, 325 f., 396, nicht über die Ansprüche von Art. 8 Abs. 3 BV i.V.m. Art. 19 und Art. 62 Abs. 3 BV hinaus.

117 BGer, 9C_837/2015, 23.11.2016, E. 4.1: Dieser Forderung ist der Gesetzgeber mit dem Erlass von Art. 16 und 17 IVG, die für behinderte Versicherte den Zugang zu Berufsausbildung mithilfe von beruflichen Massnahmen sichern, nachgekommen; vgl. Botschaft zur Genehmigung des Übereinkommens vom 13. Dezember 2006 über die Rechte von Menschen mit Behinderungen vom 19. Dezember 2012, BBl 2012 661, 703.

118 BGE 139 II 289 E. 2.2.1; vgl. Schefer/Hess-Klein, 32.

Fischer Zürich

die Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen vom 13. Dezember 2002 (BehiG) ist der Gesetzgeber diesem Auftrag nachgekommen.[119] Unter einer Behinderung werden nach Art. 2 Abs. 1 BehiG alle Formen dauerhafter körperlicher, geistiger oder psychischer Beeinträchtigungen von einer gewissen Schwere erfasst.[120] Das umfasst neben somatischen Krankheiten wie Blind- oder Taubheit auch psychische Störungen von Kindern. Nach Art. 2 Abs. 5 BehiG liegt eine Benachteiligung bei der Inanspruchnahme von Aus- und Weiterbildung insbesondere dann vor, wenn die Dauer und die Ausgestaltung des Bildungsangebots sowie die Prüfungen den spezifischen Bedürfnissen Behinderter *nicht* angepasst sind.[121]

4.88 Trotz dieser vielseitigen spezifischen Rechtsgrundlagen zum Schutze von Kindern mit Behinderung und eines grundsätzlichen Bekenntnisses zu besonderen Massnahmen sowohl gegen Diskriminierung als auch gegen Gewalt an diesen Kindern sowie der Befürwortung eines Inklusionsansatzes im Schulwesen *bleiben Kinder mit Behinderung in der Schweiz in der Realität benachteiligt.* Dies zeigen sowohl der letzte Bericht des UN-Kinderrechtsausschusses vom 26. Februar 2015 zur Schweiz[122] als auch der Schattenbericht einer der massgeblichen Fachorganisationen in der Schweiz anlässlich des ersten Staatenberichtverfahrens vor dem UN-Ausschuss zum Schutz der Rechte von Menschen mit Behinderungen vom 16. Juni 2017 betreffend den Zugang zu Bildung auf allen Stufen in der Schweiz.[123] Kinder mit Behinderungen werden namentlich in schulbezogenen Verfahren noch ungenügend angehört. – Selbst neuere Regelwerke, wie etwa das interkantonale Sonderpädagogik-Konkordat, gehen noch von der Annahme aus, dass zwar die Eltern der betroffenen Kinder in ein Verfahren einbezogen und angehört werden, aber nicht die direkt betroffenen Kinder selbst.[124] Ihr Recht auf Anhörung in allen sie betreffenden Angelegenheiten und damit auch ihren Schulangelegenheiten ist nach Art. 12 KRK und Art. 7 BRK noch ungenügend umgesetzt (vgl. § 8 Rz. ■).

---

119 SR 151.3.

120 BGE 135 I 49 E. 6.1; SGK BV-Schweizer, Art. 8 N 79 f.; Biaggini, Art. 8 BV N 24; zum Ganzen Müller/Schefer, N 756.

121 BGE 139 III 289 E. 2.2.2.

122 CRC/C/CHE/CO/2–4, Rz. 24.

123 Gemäss dem Schattenbericht von Inclusion Handicap anlässlich des ersten Staatenberichtsverfahrens vor dem UN-Ausschuss zum Schutz der Rechte von Menschen mit Behinderungen vom 16. Juni 2017 (oben Fn. 110■) ist in der Schweiz bspw. nur ein Frauenhaus barrierefrei zugänglich.

124 Interkantonale Vereinbarung über die Zusammenarbeit im Bereich der Sonderpädagogik vom 25. Oktober 2007, die noch nicht von allen Kantonen unterzeichnet wurde.

Erstabzug

3. Recht auf Mitwirkung und Schutz der übergeordneten Kindesinteressen nach EMRK und weiteren jüngeren Konventionen des Europarates

a) Kinderrechte in der EMRK und in jüngeren Konventionen des Europarates

4.89 Kinderrechte werden in Europa schon länger durch die Europäische Menschenrechtskonvention vom 4. November 1950 garantiert, denn diese ist auf *alle Personen* anwendbar, die der Hoheitsgewalt der Vertragsstaaten unterstehen, unabhängig davon, ob sie Staatsangehörige des betroffenen Staates sind oder nicht (Art. 1 und Art. 14 EMRK).[125] Die EMRK ist für die Schweiz am 28. November 1974 in Kraft getreten.[126]

4.90 Auch wenn die EMRK die Kinderrechte und das Kind kaum explizit erwähnt (vgl. Rz. ■ betr. Ausnahmen), kann seit der Ratifizierung der EMRK und ihrer Zusatzprotokolle auch das vertretene Kind nach Erschöpfung des innerstaatlichen Instanzenzuges *Individualbeschwerde* an den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) in Strassburg erheben (Art. 34 EMRK). Dies ist heute keine Seltenheit mehr.[127] Die Rechtsprechung des EGMR ist von grosser Bedeutung für die Konkretisierung und Weiterentwicklung der Kinderrechte.

4.91 Die Grundrechte der EMRK sind wie die Grundrechte der Bundesverfassung unmittelbar anwendbar in der Schweiz.[128] Die Bestimmungen der EMRK sind in der Schweiz grösstenteils *direkt anwendbar.* Zu den Bestimmungen mit Self-executing-Charakter gehören die materiellen Menschenrechtsgarantien ausser Art. 13 und die

---

125 Zur Bedeutung der EMRK für das Kind bereits Hänni Peter/Belser Eva, Die Rechte der Kinder: Zu den Grundrechten Minderjähriger und der Schwierigkeit ihrer Durchsetzung, AJP 1998, 139 ff.; Kälin/Künzli, Rz. 12.65 ff., denn die EMRK ist auf alle Personen anwendbar, die der Hoheitsgewalt der Vertragsstaaten unterstehen.

126 Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (SR 0.101); nicht ratifiziert hat die Schweiz im Gegensatz zu ihren Nachbarländern die Europäische Sozialcharta vom 18. Oktober 1961 bzw. vom 3. Mai 1999 (SEV 35 bzw. 163), die einige spezifische Bestimmungen in Bezug auf Kinder enthält.

127 Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr Rz. 235 ff. Hat der EGMR eine Menschenrechtsverletzung festgestellt, liegt nach Art. 122 BGG grundsätzlich ein Revisionsgrund vor; zum Einfluss der Rechtsprechung zu Art. 8 EMRK auf das Schweizer Familienrecht s. Cottier/Wyttenbach.

128 Rhinow/Schefer/Uebersax, Rz. 1049 f.; BGE 125 II 417 E. 4c, E. 4d; 117 Ib 371.

Entwurf

verfahrensrechtlichen Bestimmungen, vorab Art. 5 und Art. 6 EMRK.[129] Sie beeinflussen darüber hinaus auch die Auslegung des nationalen Rechts.[130] Es handelt sich um Minimalgarantien, welche den Gesetzgeber, die Gerichte und die Verwaltungsbehörden in der Schweiz verpflichten (Art. 190 BV), etwas zu tun.[131]

Aus kinderrechtlicher Perspektive sind von Bedeutung: vorab das Recht des Kindes auf Zugang zur Justiz und das Recht auf ein faires Verfahren inkl. das Recht auf Gehör nach Art. 6 Ziff. 1 EMRK als *allgemeine Verfahrensgarantien* (dazu nachfolgend jedoch separat Rz. ■). 4.92

Nachfolgend zur Illustration ein Beispiel aus einem Fall betreffend Ehestreitigkeit vor dem EGMR, in welchem der Vater, gestützt auf Art. 6 Ziff. 1 EMRK, für seine Kinder und sich selbst den Ausschluss der Öffentlichkeit verlangte: 4.93

EGMR, *B. und P. v. Vereinigtes Königreich*, Nrn. 36337/97 und 35974/97, Urteil vom 24.4.2001, § 38 4.94

«The proceedings which the present applicants wished to take place in public concerned the residence of each man's son following the parents' divorce or separation. The Court considers that such proceedings are prime examples of cases where the exclusion of the press and public may be justified in order to protect the privacy of the child and parties and to avoid prejudicing the interests of justice. To enable the deciding judge to gain as full and accurate a picture as possible of the advantages and disadvantages of the various residence and contact options open to the child, it is essential that the parents and other witnesses feel able to express themselves candidly on highly personal issues without fear of public curiosity or comment.»

Ferner ist das *Recht des Kindes auf Achtung seines Privat- und Familienlebens* (Art. 8 EMRK) von zentraler Bedeutung. Auch wenn Art. 8 EMRK keine spezifischen Verfahrensrechte ausformuliert, müssen die Verwaltungs- und Gerichtsverfahren so ausgestaltet sein, dass der Schutz des Privat- und Familienlebens garantiert werden kann. Die Berücksichtigung des übergeordneten Kindeswohls 4.95

[129] Noch nicht erwähnt und spezifisch kinderrechtlich geregelt ist, dass ein Kind – gestützt auf das absolute Folterverbot nach Art. 3 EMRK (sowie Art. 10 BV) und gestützt auf Art. 37 KRK – generell vor einer erniedrigenden Behandlung geschützt werden muss/geschützt wird.

[130] Rhinow/Schefer/Uebersax, Rz. 3023; vgl. BGE 105 Ia 379 E. 6 oder BGE 129 I 207 zu den «Kriterien der Anwendbarkeit» von Art. 6 EMRK auf Einzelfälle.

[131] Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, Rz. 235 ff., Rz. 1967; Rhinow/Schefer/Uebersax, Rz. 1049 f.

Erstauflage

wird regelmässig die Mitwirkung der Eltern und/oder die des Kindes an einem Verfahren zur Folge haben.[132]

4.96 Heute existieren neben der EMRK weitere Konventionen des Europarates zum Schutz von Kinderrechten: Neben der *Lanzarote-Konvention*[133] von 2007 zum Schutz von Kindern vor sexueller Ausbeutung und sexuellem Missbrauch, die in der Schweiz seit dem 1. Juli 2014 in Kraft ist, und der *Istanbul-Konvention*[134] von 2011 zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt, für die Schweiz in Kraft seit dem 1. April 2018, gibt es zwei weitere wichtige Konventionen des Ministerkomitees des Europarates, die spezifische Bestimmungen zum Opferschutz von Kindern und betreffend Kinder als Zeugen im Verfahren aufweisen.

4.97 Schliesslich bleibt anzufügen, dass heute auf unionsrechtlicher Regelungsebene die *EU-Grundrechtecharta* den Regelungsgehalt von Art. 12 KRK praktisch inhaltsgleich in Art. 24 Abs. 1 Satz 2 wiedergibt.[135]

4.98 Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass die Ausdehnung sowie die Konkretisierung der Mitwirkungsrechte von Kindern auf europäischer Ebene anhalten.

---

[132] Gonin/Bigler, Art. 8 EMRK N 109; Grabenwarter/Pabel, Rz. 41 ff.; Cottier/Wyttenbach.

[133] Übereinkommen des Europarats zum Schutz von Kindern vor sexueller Ausbeutung und sexuellem Missbrauch vom 25. Oktober 2007 (SR 0.311.40). Dieser Völkerrechtsvertrag enthält zahlreiche Bestimmungen zur Prävention, namentlich zur Sensibilisierung von Kindern (Art. 5) sowie zur Beteiligung von Kindern am politischen Prozess, zur Ausarbeitung und Umsetzung von Schutzkonzepten (Art. 9) sowie zur Ausbildung der beteiligten Akteure.

[134] Übereinkommen des Europarats zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt vom 11. Mai 2011 (SR 0.311.35; AS 2018 1119). Zur Kontrolle der Umsetzung der Istanbul-Konvention in den einzelnen Staaten ist zudem die Einrichtung einer internationalen Gruppe von unabhängigen Expertinnen und Experten geplant.

[135] Charta der Grundrechte der Europäischen Union vom 18.12.2000 (ABl. C 326, 26.10.2012, 391–407).

Entwurf

b) Schutz des Privat- und Familienlebens des Kindes nach Art. 8 EMRK

Art. 8 EMRK 4.99

(1) Jede Person hat das Recht auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens, ihrer Wohnung und ihrer Korrespondenz.

(2) Eine Behörde darf in die Ausübung dieses Rechts nur eingreifen, soweit der Eingriff gesetzlich vorgesehen und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig ist für die nationale oder öffentliche Sicherheit, für das wirtschaftliche Wohl des Landes, zur Aufrechterhaltung der Ordnung, zur Verhütung von Straftaten, zum Schutz der Gesundheit oder der Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer.

Der Schutz von Art. 8 Ziff. 1 EMRK umfasst sämtliche personenbezogenen *Lebensbelange eines Kin-des,* wie etwa Identität, Gesundheit und Familie, die in einem Verfahren, an welchem ein Kind in der einen oder anderen Form mitwirkt, eine Rolle spielen.[136] Art. 8 EMRK spielt in der Schweiz vor allem bei Verfahren über ausländerrechtliche Massnahmen, Kindesentführungen resp. die Rückverbringung eines Kindes und in familienrechtlichen Verfahren, namentlich bei der Bestimmung des Kindesverhältnisses, eine Rolle, und die Rechtsprechung des EGMR trägt massgeblich zur Öffnung des geltenden Familienverständnisses bei.[137] 4.100

Darüber hinaus leitet der EGMR aus Art. 8 Ziff. 1 EMRK auch entsprechende *verfahrensrechtliche Garantien* ab: Elternteile[138] müssen etwa genügend am Verfahren beteiligt gewesen sein, damit das Gericht materiell entscheiden kann. Ferner wird der angemessene Zeitfaktor des Verfahrens oder die genügend substanziierte Begründung gewürdigt.[139] – Nichts anderes kann für die Mitwirkung des Kindes in es berührenden Angelegenheiten nach Art. 8 Ziff. 1 EMRK gelten. Der *Leitmaxime* 4.101

136 ■

137 Zur Bedeutung von Art. 8 EMRK im Familienrecht s. Cottier/Wyttenbach, 79; Meier/Stettler, Rz. 10, 465 f. – Unter Umständen kann sich auch eine über 18-jährige Person auf den Schutz des Familienlebens berufen, denn ein Abhängigkeitsverhältnis bleibt oft auch nach Volljährigkeit bestehen: BGE 115 Ib 1.

138 EGMR, *Görgülü v. Deutschland,* Nr. 74969/01, Urteil vom 26.2.2004, betr. genügende Beteiligung am Prozess zum Umgangsrecht eines Vaters; EGMR, *B. v. Vereinigtes Königreich,* Nr. 9840/82, Urteil (Plenum) vom 8.7.1987: Elternteil war ungenügend in den Prozess der Entscheidungsfindung der Behörden betr. das Adoptionsverfahren seines eigenen Kindes einbezogen worden; EGMR, *Connors v. Vereinigtes Königreich*, Nr. 66746/01, Urteil vom 27.5.2004, § 95.

139 EMRK-HK-Meyer-Ladewig/Nettesheim, Art. 8 N 73 ff., N 120.

Ersatzexemplar

der übergeordneten Kindesinteressen (Art. 3 KRK) kommt deshalb im Zusammenhang mit dieser Bestimmung besonderes Gewicht zu:[140]

4.102 Besteht etwa ein *De-facto-Familienleben* im Sinne der Rechtsprechung zu Art. 8 Ziff. 1 EMRK, werden sich ein Kind und seine Vertretung auf den rechtlichen Schutz desselben berufen (können). Die Entfernung eines Kindes aus dem familiären Umfeld wäre umgekehrt – wie nach nationalem Recht – nur im Falle einer Gefährdung gerechtfertigt.[141] Besteht hingegen (noch) kein Familienleben im Sinne der Praxis des EGMR, kann sich ein Kind oder seine Vertretung auch auf das *Recht auf Privatleben* berufen,[142] welches das ungehinderte Leben von Beziehungen mit anderen Personen erfasst. Zudem umfasst dieses einen Anspruch auf persönliche Identität und Entfaltung.[143]

4.103 Der EGMR hatte sich in den letzten Jahren unter diesem Titel unter anderem auch mit sog. *ausländischen Leihmutterschaftsfällen* zu befassen, in welchen gestützt auf Art. 8 EMRK und Art. 3 KRK die innerstaatliche Anerkennung des im Ausland durch Leihmutterschaft bereits begründeten Kindesverhältnisses zu beurteilen war.[144]

---

140 EMRK-HK-Meyer-Ladewig/Nettesheim, Art. 8 N 119.

141 BGE 141 II 312 E. 6.2; 135 I 143.

142 BGE 138 I 6 E. 4; 131 II 128.

143 BGE 137 I 154 E. 3.4.1; 134 III 241 E. 5.2.1: Zugang zu den Daten der Abstammung, das heisst des Samenspenders, mit Volljährigkeit, wobei schon vorher bei schutzwürdigem Interesse ein Anspruch auf die Daten besteht (Art. 27 Abs. 2 FMedG). Dies entspricht auch dem Grundgedanken von Art. 7 Abs. 1 KRK. Danach ist der Zugang einer Person zu den Daten ihrer Abstammung zu gewährleisten. Diese Tendenzen in der Gesetzgebung resp. in den zwischenstaatlichen Abkommen zeigen klar die Bedeutung der biologischen Vaterschaft. Dem Kläger und dem gesetzlichen Vertreter des Erstbeklagten ist deshalb insofern Recht zu geben, als dass sie auf das längerfristige Interesse des Kindes an der Kenntnis seiner wahren Abstammungsverhältnisse hinweisen und feststellen, dass «kaschierte Familienverhältnisse» deshalb nicht in seinem Wohl lägen.

144 EGMR, *Menesson v. Frankrei*ch, Nr. 65192/11, Urteil vom 26.6.2014, § 78; *Labassée v. Frankreich,* Nr. 65941/11, Urteil vom 26.6.2014; *Paradiso und Campanelli v. Italien,* Nr. 25358/12, Urteil (GK) vom 24.1.2017. Im letzteren Fall konnte das Gericht weder ein bestehendes Familienleben (nach «nur» 8 Monaten Zusammenleben bei fehlender rechtlicher und biologischer Elternschaft der Wunscheltern Paradiso und Campanelli) noch eine Verletzung des Privatlebens des Kindes erkennen. Der italienische Staat habe legitim und verhältnismässig reagiert, als er das Kind den Wunscheltern entzogen habe (§ 178■). Der Rechtsprechung des EGMR aus dem Jahre 2014 folgend urteilte das Bundesgericht in BGE 141 III 312, dass Art. 8 EMRK aus Sicht des Kindes nicht verletzt ist, solange der mit dem Kind genetisch verwandte Elternteil dieses als rechtliches Elternteil als sein Kind anerkannt und in der Schweiz eingetragen habe, sodass das Kind über ent-

Entwurf

Die EMRK garantiert zwar grundsätzlich *keinen Anspruch auf Aufenthalt (Familiennachzug) in einem Konventionsstaat,*[145] aber das in Art. 8 Ziff. 1 EMRK verankerte Recht kann berührt sein, wenn einer ausländischen Person das Zusammenleben mit in der Schweiz aufenthaltsberechtigten Personen verboten oder nicht gewährt wird. Der Anspruch ist berührt, wenn eine staatliche Massnahme eine nahe, echte und tatsächlich gelebte familiäre Beziehung beeinträchtigt, sofern das Familienleben nicht anderenorts zumutbar gelebt werden kann und die Person, die in der Schweiz lebt, über ein gefestigtes Anwesenheitsrecht (Bürgerrecht, Niederlassungsbewilligung oder Aufenthaltsbewilligung mit ihrerseits gefestigtem Rechtsanspruch) verfügt.[146] Zum geschützten Kreis gehört in erster Linie die *Kernfamilie,* das heisst die Gemeinschaft des Kindes mit seinen Eltern. Es kann sich aber auch um eine weitere familiäre Beziehung des *Kindes* zu einer anderen Person handeln, etwa zu nahen Verwandten wie einem Geschwister oder einer Tante.[147] Massgebend ist dann eine besonders enge, echte und tatsächlich gelebte emotionale Beziehung.[148] Hinweise für eine solche Beziehung sind das Zusammenleben im gleichen Haushalt, finanzielle Abhängigkeit und regelmässige Kontakte. Der EGMR hat eine solche Beziehung beispielsweise im Jahre 2012 im Falle von zwei Geschwistern, deren Eltern nicht mehr lebten, anerkannt.[149] 4.104

Das Bundesgericht verneinte in einem Leitentscheid Ende 2017 im Fall einer Tochter und dem Ehemann der Schwester der Mutter, der zum Ersatzvater geworden sei, eine solche enge Beziehung, u.a. mit der Begründung, dass die Mutter für die 17-jährige Tochter allein finanziell aufkomme und keine Betreuungsleistungen des Ersatzvaters, auch nicht abends, ersichtlich seien, auch wenn die Betreffenden in einer Wohngemeinschaft lebten. In diesem Entscheid wurde gerügt, dass die Tochter zu ihrem persönlichen Verhältnis zum Ersatzvater *nicht angehört* worden sei (Art. 12 KRK). Das Bundesgericht und die Vorinstanz sahen keine Notwendigkeit 4.105

sprechende Bürger-, Namens- und Aufenthaltsrechte in der Schweiz verfüge. Hingegen verweigerte das Bundesgericht dem nichtgenetischen, mit dem anderen Elternteil in eingetragener Partnerschaft lebenden Elternteil die Eintragung. Dieser und ein weiterer ähnlicher Fall wurden an den EGMR weitergezogen. In BGE 141 III 328 verweigerte das Bundesgericht beiden nicht-biologischen Elternteilen die Anerkennung der ausländischen Elternschaft.

145 EMRK-HK-Meyer-Ladewig/Nettesheim, Art. 8 N 76.

146 BGE 144 II 1 E. 6; 143 I 21 E. 5.1; 139 I 330; 135 I 143 E. 2.2.2 m.w.H.

147 BGE 144 II 1 E. 6; 136 II 65 (Stiefkinder gehören auch zur Kernfamilie); 135 I 143 E. 3.1–3.2 m.w.H.

148 Rhinow/Schefer/Uebersax, Rz. 1363–1375; BGE 129 II 22.

149 EGMR, *Butt v. Norwegen*, Nr. 470017/09, Urteil vom 4.12.2012, § 76.

Fachbuch

für eine Anhörung, da ihrer Meinung nach die Rechtsschriften bereits genügend Informationen dazu boten.[150]

4.106 In einem weiteren Leitentscheid aus dem Jahre 2009[151] hatte das Bundesgericht im Fall eines sog. umgekehrten Familiennachzugs über die *Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung* einer verwitweten türkischen Mutter zu entscheiden: Die Mutter lebte noch nicht lange in der Schweiz, als ihr (eingebürgerter) Schweizer Ehemann nach kurzer Ehedauer starb, und verfügte deshalb über kein gefestigtes Aufenthaltsrecht. Da die 3-jährige Tochter das Schweizer Bürgerrecht besass, erwog das Bundesgericht, dass dem privaten Interesse des Kindes *gestützt auf Überlegungen zum Kindeswohl nach Art. 3 KRK* (u.a. Zukunftsperspektiven) nicht ohne Weiteres zugemutet werden kann, das Land zu verlassen, womit die privaten Interessen am Familienleben die öffentlichen ausländerrechtlichen Interessen überwogen.

4.107 Gestützt auf Art. 8 EMRK sind in diesem ausländerrechtlichen Kontext auch einige Urteile des EGMR gegen die Schweiz ergangen, die sich auf das übergeordnete Kindeswohl stützen, das sich im Anspruch auf Familienzusammenführung realisiert[152]: Im Urteil *El Ghatet gegen die Schweiz* von 2016[153] erklärte der EGMR, dass in Fällen von Familiennachzug resp. Familienvereinigung dem Kind stets ein besonderer Schutz zukomme: Das Kindesinteresse habe eine besondere Rolle und das Wohlergehen des Kindes nach Art. 3 KRK müsse für die nationalen Gerichte oberste Priorität haben (§ 46). Im fraglichen Fall kam es zum Schluss, dass die Schweizer Gerichte das Kindeswohl des 15-Jährigen, der in einer komplexen, unstetigen, binationalen Patchworkfamilie lebte, nicht genügend abgeklärt und deshalb nicht genügend berücksichtigt hatten (§ 56); dies aufgrund seines Alters und der Annahme, dass er deswegen die Nähe zum Vater nicht mehr brauche.

---

150 BGE 144 II 1 E. 6.2–6.3.

151 BGE 135 I 153.

152 EGMR, *Polidario v. Schweiz,* Nr. 33619/10, Urteil vom 11.6.2013; *Hasanbasic v. Schweiz,* Nr. 52166/09, Urteil vom 11.6.2013. Im letzteren Urteil entschied der EGMR, dass eine soziale Beziehung zu (den bereits erwachsenen) Kindern in der Schweiz gegenüber Kriterien wie der Verschuldung und Sozialhilfeabhängigkeit stärker ins Gewicht falle (§ 57, § 60); EGMR, *Berisha v. Schweiz,* Nr. 948/12, Urteil vom 30.7.2013 (Weiterzug an die grosse Kammer ist einzig in diesem erwähnten Entscheid erfolgt, der Ausgang ist zurzeit noch offen); EGMR, *Udeh v. Schweiz,* Nr. 12020/09, Urteil vom 16.4.2013. Der EGMR geht von einem übergeordneten Interesse der Kinder auf Nähe und Kontakt zu den Eltern aus, dies trotz der Straffälligkeit eines Elternteils.

153 EGMR, *El Ghatet v. Schweiz,* Nr. 56971/10, Urteil vom 8.11.2016, § 44 m.w.H.

Leseprobe

Als *internationaler Kindesentführungsfall,*[154] in dem es um die Durchsetzung des Rückverbringungsentscheids für das Kind ging, sei an dieser Stelle das Urteil des EGMR *Neulinger und Shuruk gegen die Schweiz* aus dem Jahre 2010 erwähnt: Mutter und Sohn (7 -jährig) haben sich erfolgreich auf das Recht auf Achtung des Familienlebens (Art. 8 Ziff. 1 EMRK) berufen und damit konkret seinen Verbleib in der Schweiz erwirkt und sich gegen einen Rückführungsentscheid nach Israel aufgrund einer unrechtmässigen Kindesentführung durchsetzen können. Eine Abwägung im Sinne des Kindeswohls (Art. 3 KRK) und der Regelungen nach Haager Übereinkommen (dazu nachfolgend Rz. 106■ ff.) ergab, dass der Sohn sich seit seinem 2. Lebensjahr in der Schweiz gut eingelebt hatte, während der Vater ihn in dieser Zeit nicht besucht hatte. Zudem war das Recht des Vaters auf Kontakt bereits vor der Entführung eingeschränkt gewesen: Er lebte zum zweiten Mal verheiratet mit seiner neuen Familie in Israel und es war ein Verfahren wegen Nichtzahlung von Unterhaltskosten ausstehend. Die Mutter hätte zudem bei einer Rückkehr nach Israel eine strafrechtliche Sanktion zu befürchten gehabt, was ebenfalls nicht im Wohl des Kindes sein könne.[155] 4.108

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die Rechtspraxis des EGMR zum Schutz des Kindeswohls in der Schweiz von grosser Bedeutung ist, sei es, weil Schweizer Fälle an den EGMR weitergezogen werden, oder sei es, weil das Bundesgericht sich in seiner Rechtsprechung an dessen Praxis orientiert. Der EGMR hat gestützt auf Art. 8 EMRK die Rechtmässigkeit eines staatlichen Eingriffs in das Familien- oder Privatleben des Kindes unter Würdigung *aller faktischen (inkl. verfahrensmässigen) Umstände* des Einzelfalls – insbesondere aber unter der Berücksichtigung des Kindeswohls – gewürdigt. Die erwähnten Urteile des EGMR aus dem Jahr 2013 gegen die Schweiz in Sachen Schutz des Familienlebens im Ausländerrecht weisen darauf hin, dass *dem Kindeswohl künftig noch mehr Gewicht* gegenüber einem restriktiv verstandenen Migrationsschutz beigemessen werden wird.[156] 4.109

[154] EGMR, *Gajtani v. Schweiz*, Nr. 43730/07, Urteil vom 9.9.2014; *Carlson v. Schweiz,* Nr. 49492/06, Urteil vom 6.11.2008; *Bianchi v. Schweiz,* Nr. 7548/04, Urteil vom 22.6.2006.

[155] EGMR, *Neulinger und Shuruk v. Schweiz,* Nr. 41615/07, Urteil (GK) vom 6.7.2010, §§ 49–76.

[156] So bereits die Studie zur Umsetzung der Menschenrechte in der Schweiz im Bereich Migration 2013: Mahon Pascal/D'Amato Gianni/Maillefer Marie/Matthey Fanny/Schönenberger Silvia/Wichmann Nicole, Umsetzung der Menschenrechte in der Schweiz: Eine Bestandsaufnahme im Bereich Migration, Schriftenreihe SKMR, Bern 2013, ‹https://register.weblaw.ch/bookinfo.php?book_id=285&pref_lang=de› (besucht am 8.8.2019).

Ersatzexemplar

4.110 Die Grenzen zwischen dem Schutz des Kindeswohls gestützt auf Art. 8 EMRK und der Beachtung der formell-rechtlichen Verfahrensgarantien, v.a. gestützt auf Art. 6 EMRK, sind fliessend. Gestützt auf Art. 8 und Art. 6 EMRK wird etwa auch geltend gemacht, dass gewisse Personen nur ungenügend in den Prozess der Entscheidungsfindung der Behörden betreffend das Adoptionsverfahren des eigenen Kindes einbezogen worden sind.[157] – Mit Blick auf die Leihmutterschaftsfälle ist etwa fraglich, ob das *Kindeswohl grundsätzlich ohne konkrete Anhörung des Kindes überhaupt gewahrt werden kann* (wobei es auf die individuelle Reife und das konkrete Alter ankommen wird).

4.111 Art. 13 BV und die Gesetzgebung nach Art. 42 ff. AIG garantieren heute zumindest im Ausländerrecht einen ähnlich weitreichenden Anspruch auf Schutz des Familienlebens wie Art. 8 EMRK.[158]

4. Mitwirkungsrechte und Schutz der übergeordneten Kindesinteressen nach den internationalen Haager Übereinkommen

4.112 Zum Schutz des Kindes in internationalen zivilrechtlichen Verfahren hat die Schweiz bereits früh, nämlich seit den 1960er-Jahren, die folgenden *Haager Übereinkommen* ratifiziert:[159]

- Übereinkommen über das auf Unterhaltsverpflichtungen gegenüber Kindern anzuwendende Recht vom 24. Oktober 1956, in Kraft getreten für die Schweiz am 17. Januar 1965 (SR 0.211.221.431);
- Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen auf dem Gebiet der Unterhaltspflicht gegenüber Kindern vom 15. April 1958, in Kraft getreten für die Schweiz am 17. Januar 1965 (SR 0.211.221.432);
- Übereinkommen über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung vom 25. Oktober 1980, in Kraft getreten für die Schweiz am 1. Januar 1984 (Haager Kindesentführungsübereinkommen, HKÜ; SR 0.211.230.02);

---

157 EGMR, *B. v. Vereinigtes Königreich,* Nr. 9840/82, Urteil (Plenum) vom 8.7.1987, in: EGMR-E 3, 574, Rz. 67.

158 Rhinow/Schefer/Uebersax, Rz. 1358–1375, 1363 ff.; Cottier/Wyttenbach, 79, in der Anerkennung von verschiedenen Familienrechten bekundet das Bundesgericht noch mehr Mühe.

159 Das Übereinkommen vom 23. November 2007 über die internationale Geltendmachung der Unterhaltsansprüche von Kindern und anderen Familienangehörigen samt Protokoll vom 23. November 2007 über das anzuwendende Recht ist noch nicht ratifiziert.

Erstauszug

– Übereinkommen über den Schutz von Kindern und die Zusammenarbeit auf dem Gebiet der internationalen Adoption vom 29. Mai 1993, in Kraft getreten für die Schweiz am 1. Januar 2003 (HAÜ; SR 0.211.221.311);
– 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 vom 19. Oktober 1996, in Kraft getreten für die Schweiz am 1. Juli 2009 (Haager Kindesschutzübereinkommen, HKsÜ; SR 0.211.231.011).[160]

Diese Staatsverträge regeln die internationale Zusammenarbeit in vielfältiger Weise und bauen die internationale Rechtshilfe aus. Sie verfolgen das Ziel, Konflikte zwischen den Vertragsstaaten möglichst zu minimieren, und tragen direkt oder indirekt zum internationalen Schutz von Kindern bzw. zum Wohl der Kinder (vgl. die Präambeltexte) bei. 4.113

Das *Haager Kindesentführungsübereinkommen* sei hier exemplarisch erläutert: Ziel dieses Staatsvertrags ist es, durch internationale Zusammenarbeit möglichst konfliktfrei und rasch zu einer Rückführung eines entführten Kindes beizutragen (Art. 1).[161] Ziel eines Rückführungsverfahrens ist es grundsätzlich, den aufenthaltsrechtlichen *Status quo ante* wiederherzustellen:[162] Bei internationalen Rückführungen geht es nicht um die inhaltliche Beurteilung von Sorgerechts- und Obhutsfragen oder um Kindesschutzmassnahmen. Trotzdem wird kein Gericht, das eine Rückführung anordnet, dies tun können ohne zu untersuchen,[163] ob eine Rückführung im Einzelfall für das Kind und/oder die entführende Person nach Art. 13 Abs. 1 lit. b HKÜ *unzumutbar* ist: Auf eine Rückführung soll dann verzichtet wer- 4.114

[160] Dieses Übereinkommen ersetzt im Verhältnis zu den Vertragsstaaten das Übereinkommen über die Zuständigkeit der Behörden und das anzuwendende Recht auf dem Gebiet des Schutzes von Minderjährigen vom 5. Oktober 1961, in Kraft getreten für die Schweiz am 4. Februar 1969 (SR 0.211.231.01).

[161] Ein Kind ist dann unrechtmässig entführt (Art. 3 Abs. 1 HKÜ), wenn dem gesuchstellenden Elternteil ein faktisch ausgeübtes «Sorgerecht» respektive ein «Obhutsrecht» im weiten Sinne verwehrt wird (Art. 1 HKÜ). Zudem muss das Kind jünger als 16 Jahre sein (Art. 4 HKÜ). Das HKÜ ist auch anwendbar, wenn ein «Besuchsrecht» verwehrt wird (Art. 5 lit. b HKÜ), BGE 136 III 353 E. 3.5; Durel Bastien, Droits de garde et enlèvement international d'enfants, ZKE 2012, 190 ff., 218.

[162] BGE 134 III 88 E. 4.

[163] Ungeachtet der Prüfung, ob bereits ein «Einleben» in die neue Umgebung stattgefunden hat, das einer Rückführung widerspricht (Art. 12 Abs. 2 HKÜ), wobei das Rückführungsgesuch innert Jahresfrist zu stellen ist: BGE 130 III 530; Kritik dieser Jahresfrist in Horvath, 1001; Bucher, in: FS Schwander, 448.

Entwurf

den, wenn sie mit der schwerwiegenden Gefahr eines körperlichen oder seelischen Schadens für das Kind verbunden ist oder wenn sie das Kind auf andere Weise in eine unzumutbare Lage versetzt. Ferner kann ausnahmsweise auch ein *qualifiziertes Widersetzen des Kindes* nach Art. 1 Abs. 2 HKÜ berücksichtigt werden (vgl. dazu § 6, Rz ■). Die *Unzumutbarkeit einer Rückführung* wird in Art. 5 des Bundesgesetzes über internationale Kindesentführung und die Haager Übereinkommen zum Schutz von Kindern und Erwachsenen vom 21. Dezember 2007 (BG-KKE)[164] konkretisiert, wobei mehrfach auf das Wohl des Kindes abgestellt wird (lit. a und c):

4.115

Art. 5 BG-KKE (Rückführung und Kindeswohl)

Die Rückführung bringt das Kind insbesondere dann in eine unzumutbare Lage nach Artikel 13 Absatz 1 Buchstabe b HKÜ, wenn:

a. die Unterbringung bei dem das Gesuch stellenden Elternteil offensichtlich nicht dem Wohl des Kindes entspricht;

b. der entführende Elternteil unter Würdigung der gesamten Umstände nicht in der Lage ist oder es ihm offensichtlich nicht zugemutet werden kann, das Kind im Staat zu betreuen, in dem es unmittelbar vor der Entführung seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte; und

c. die Unterbringung bei Drittpersonen offensichtlich nicht dem Wohl des Kindes entspricht.

4.116 Die Voraussetzungen nach Art. 5 lit. a–c BG-BKKE müssen kumulativ vorliegen, was den Ausnahmecharakter der Unzumutbarkeit unterstreicht.[165] Unzumutbarkeit liegt wohl bei Kindesmissbrauch vor.[166] In der Lehre wird die richterliche

[164] In Kraft seit 1. Juli 2009 (SR 211.222.32).

[165] Botschaft zur Umsetzung der Übereinkommen über internationale Kindesentführung sowie zur Genehmigung und Umsetzung der Haager Übereinkommen über den Schutz von Kindern und Erwachsenen vom 28. Februar 2007, BBl 2007 2595 (zit. Botschaft Umsetzung Haager Übereinkommen), 2621 ff.; Mazenauer, Rz. 299 ff.; BGer, 5A_479/2012, 13.7.2012, E. 5.1. Erst wenn die Unterbringung beim gesuchstellenden Elternteil im Herkunftsstaat mit dem Kindeswohl unvereinbar ist (lit. a), macht es für das Kind einen Unterschied, ob es mit der entführenden Person (das ist in 70 % der Fälle die Mutter bzw. diejenige Person, die am meisten Kontakt zu ihm hat) zurückkehren kann oder nicht (lit. b). Eine Trennung des Kindes von beiden Elternteilen ist «nur in Extremfällen tragbar». Liegt kein Extremfall vor (und ist die Unterbringung bei einem Dritten für das Kind insofern nicht zumutbar), so ist auch die dritte Voraussetzung nach lit. c erfüllt.

[166] Mazenauer, Rz. 300.

Strenge in der Beurteilung dieser Ausnahme kritisiert:[167] erstens, weil sich diese nicht genügend am Kindeswohl orientiere,[168] und zweitens, weil gar keine Anhörung des Kindes stattfinde und sich damit schwer Aussagen zum Kindeswohl treffen lassen oder weil keine Vertretung für das Kind bestellt werde, womit die Anhörung fragwürdig werde.

Nach BG-KKE besteht auch explizit die *Pflicht zur Anhörung* des Kindes (Art. 9 Abs. 2 BG-KKE) und zur *Kindesvertretung* (Art. 9 Abs. 3 BG-KKE). Art. 9 BG-KKE lautet wie folgt: 4.117

Art. 9 BG-KKE (Anhörung und Vertretung des Kindes) 4.118

[1] Das Gericht hört so weit als möglich die Parteien persönlich an.

[2] Soweit nicht das Alter des Kindes oder andere wichtige Gründe dagegen sprechen, hört das Gericht das Kind in geeigneter Weise persönlich an oder beauftragt damit eine Fachperson.

[3] Es ordnet die Vertretung des Kindes an und bezeichnet als Beistand oder als Beiständin eine in fürsorgerischen und rechtlichen Fragen erfahrene Person. Diese kann Anträge stellen und Rechtsmittel einlegen.

Diese Pflichten sind von Amtes wegen zu erheben und *damit zwingend:* Ein Schweizer Gericht muss also das rückzuführende Kind anhören respektive nach dem Wortlaut von Art. 9 Abs. 2 BG-KKE die Gründe darlegen, wenn es auf die Anhörung des Kindes verzichtet. Art. 9 BG-KKE ist entsprechend dem Art. 298 ZPO formuliert und die Botschaft zur Umsetzung der Haager Übereinkommen verweist auch auf das Scheidungsrecht, was so ausgelegt werden kann, dass eine Anhörung ab rund 6 Jahren stattfinden kann.[169] Die *Kindesvertretung* ist nach dem Wortlaut von Art. 9 BG-KKE indessen *an keine Bedingungen geknüpft*. Es ist ausdrücklich Aufgabe der Kindesvertretung, das Gericht aufzufordern zu prüfen, ob und auf welche Weise die Rückführung des Kindes vollzogen werden kann (Art. 10 Abs. 2 BG-KKE), oder auf andere Weise dafür zu sorgen, dass das Wohl des Kindes gewährleistet ist.[170] 4.119

[167] Krit. Bucher, Natürliche Personen,■ Rz. 34; gemäss Lehre sollte die Rechtsprechung des Bundesgerichts in dem Sinne etwas gelockert werden: Mazenauer, Rz. 311 m.w.H.

[168] Mazenauer, Rz. 304 f.; Bucher, Rechtsstellung, Rz. 34; Bucher, in: FS Schwander, 488; Horvath, 1009 f.

[169] Botschaft Umsetzung Haager Übereinkommen, 2625 ff., 2626; Bucher, in: FS Schwander, 488.

[170] BGer, 5A_537/2012, 20.9.2012, E. 4; 5A_80/2010, 20.5.2010, E. 2.2; 5A_764/2009 und 5A_778/2009, 11.1.2010, E. 5.1.

Freistaat

4.120 Inwiefern diese Mitwirkungsrechte des Kindes nach BG-KKE bei der Beurteilung des Kindeswohls tatsächlich immer beachtet werden, ist aufgrund der ausformulierten Urteile[171] fragwürdig.

5. Besonderer Schutz der Kinder und Förderung ihrer Entwicklung nach Verfassungsrecht (Art. 11 BV)

4.121 Das Grundrecht auf besonderen Schutz von Kindern und Jugendlichen findet im Jahre 1999 Eingang in die Bundesverfassung (Rz. ■) und setzt einen Minimalstandard (Rz. ■). Der besondere Schutz von Kindern im Verfahren ist ein Anwendungsfall (Rz. ■), die übergeordneten Kindesinteressen respektive das übergeordnete Kindeswohl (Rz. ■) und die Handlungsfähigkeit urteilsfähiger Kinder (Rz. ■) erhalten Verfassungsrang.

a) Grundrechtsfähigkeit und -mündigkeit des Kindes

4.122 Die Verfassung spricht mit Art. 11 BV Kinder und Jugendliche explizit als Grundrechtssubjekte an: Sie haben das Recht auf (besonderen) Schutz ihrer Unversehrtheit und auf Förderung ihrer Entwicklung. Abs. 2 spricht ihnen zudem im Rahmen der Urteilfähigkeit auch die Grundrechtsmündigkeit zu. Das heisst, urteilsfähige Kinder können ihre Grundrechte allein geltend machen (unten Rz. ■).[172]

4.123 Art. 11 BV wird diesbezüglich auch «Kinder- und Jugendschutzartikel» genannt und lautet wie folgt:

4.124 **Art. 11 BV**

[1] Kinder und Jugendliche haben Anspruch auf besonderen Schutz ihrer Unversehrtheit und auf Förderung ihrer Entwicklung.

[2] Sie üben ihre Rechte im Rahmen ihrer Urteilsfähigkeit aus.

[171] BGer, 5A_246/2014, 28.4.2014 (Rechtsvertreterin des Kindes erhebt Beschwerde, Anhörung des 7-jährigen Kindes ist durch Fachperson erfolgt); Anhörung der Kinder fraglich in BGer, 5A_577/2014, 21.8.2014, E. 2 (Rechtsvertretung erfolgt, Unterlassen des Mediationsverfahrens bei fehlendem Konsens sei zulässig); BGer, 5A_880/2013, 16.1.2014; 5A_637/2013, 1.10.2013 – immerhin fand eine Rückweisung an die Vorinstanz statt; vgl. EGMR, *Neulinger und Shuruk v. Schweiz,* Nr. 41615/07, Urteil vom 6.7.2010 (betr. Art. 8 EMRK und Art. 3 KRK).

[172] SGK BV-Reusser/Lüscher, Art. 11 N 7.

Erstabzug

Im Verfassungsentwurf von 1996 wurden die Kinder und Jugendlichen im Grundrechtsteil noch nicht explizit aufgeführt, sondern bloss als eine besonders zu schützende und zu fördernde Gruppe unter dem Titel der Sozialziele erwähnt.[173] Der Bundesrat argumentierte damals, dass Grundrechte für alle Menschen ohne Unterschied gültig seien und eine Unterscheidung der Grundrechtsträger in verschiedene Kategorien dem *universellen Charakter der Grundrechte* zuwiderlaufe. Auf der anderen Seite wurde geltend gemacht, dass *Kinder als besonders verletzliche Gruppe* in gewissen Bereichen das Recht auf besonderen Schutz und Förderung haben bzw. haben sollten. Darüber hinaus gelte es, den Kindern den Anspruch auf Entwicklung zu garantieren und ihnen zu ermöglichen, ihre Rechte im Rahmen ihrer Urteilsfähigkeit selbst auszuüben. Ein Kommissionsmitglied wies damals zu Recht darauf hin, dass dies dem Mitwirkungsgedanken entspreche, wie er in der UN-Kinderrechtskonvention festgelegt sei. Zweck, Inhalt, Dogmatik und Justiziabilität von Art. 11 BV führten bereits damals zu engagierten Diskussionen im Parlament.[174] Die Auslegung und die Bedeutung der Norm sind bis heute wenig konturiert.[175] Es ist deshalb höchste Zeit, dass dieses Grundrecht genutzt wird. Kinder haben (auch) ein Grundrecht auf Mitwirkung und Berücksichtigung ihrer übergeordneten Interessen. 4.125

Unbestritten ist zunächst die Grundrechtsfähigkeit eines Kindes. Alle natürlichen Personen sind rechts- und grundrechtsfähig (Art. 1 KRK; Art. 1 EMRK; Art. 11 f. ZGB), unabhängig von Alter, Nationalität und Aufenthaltsort;[176] Von diesem Grundsatz ausgenommen sind spezielle Rechte wie das Stimm- und Wahlrecht auf Bundesebene oder das Recht auf Ehe (Art. 14 BV).[177] 4.126

[173] Zur Normgenese ausführlich Reich, 365 ff.; Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBl 1997 I 1 ff., 138 f.

[174] Für die Gegner war diese Verfassungsnorm nur ein «Erbe der Generation der 68er», das jetzt als «Ideologie der Antiautorität» Verfassungsrang erhalten solle. Die Befürworter argumentierten ebenso pointiert: «Die Jugendlichen sollen […] hier zum Ausdruck kommen[: W]ir sind ihnen das schuldig[.] Nur so können wir etwas von dem wiedergutmachen, woran wir es im Alltag permanent [haben] fehlen lassen, indem wir ihnen ihren Lebensraum wegn[a]hmen» (Votum des Nationalrats Peter Vollmer anlässlich der Beratung von Art. 11a BV, AB/Separatdruck N 1998, 195).

[175] Vgl. die Übersicht zu den Meinungen in der Lehre bei Mahon, Art. 11 BV N 4, Fn. 10; Meier/Stettler, Rz. 1677 ff., 1184.

[176] Biaggini, Art. 11 BV N 2.

[177] Mahon, Art. 11 BV N 4; SGK BV-Reusser/Lüscher, Art. 11 N 12 ff; Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, Rz. 293; Kiener/Kälin/Wyttenbach, 381; Hänni/Belser 139 f.

Festdruck

4.127 Klar erscheint weiter, dass der Anspruch des Kindes auf Schutz seiner Unversehrtheit und das Selbstbestimmungsrecht des urteilsfähigen Kindes sich bereits unmittelbar aus dem Schutz der Persönlichkeit nach Art. 10 Abs. 2 BV[178] und Art. 11 ff. ZGB ergeben sowie aus der programmatischen Verpflichtung des Bundes und der Kantone, die Selbständigkeit und soziale Verantwortlichkeit der Kinder und Jugendlichen (Art. 41 Abs. 1 lit. g BV) zu fördern.[179] Ferner kann sich ein Kind auf das Diskriminierungsverbot (Art. 8 Abs. 2 BV) aufgrund des Alters berufen oder daraus gewisse konkrete Förderungsansprüche ableiten.[180] Art. 11 BV will nach seinem Wortlaut und dem Bedeutungsfeld besonders über den erwähnten Grundrechtsschutz hinausgehen und diesen ergänzen. Auch lässt sich aus den Materialien erschliessen, dass an einen qualitativ erhöhten Schutz gedacht wurde.[181] Es besteht soweit auch Einigkeit darüber, dass Art. 11 BV einen im Vergleich zu Art. 10 Abs. 2 BV qualitativ erhöhten Persönlichkeitsschutz für Kinder normiert, weil sie besonders vulnerabel sind.[182]

b) Übergeordnetes Kindeswohl verfassungsrechtlich verankert

4.128 Einigkeit besteht auch darüber, dass mit der Normierung von Art. 11 BV das Leitprinzip des übergeordneten Kindeswohls Verfassungsrang erlangt hat.[183] Da auch das Bundesgericht Art. 11 Abs. 1 BV als Aufforderung versteht, die Kindesinteressen in allen staatlichen Entscheidungsverfahren als Leitprinzip zu beachten,[184] wurde Art. 3 KRK damit im Schweizer Verfassungsrecht verankert. Der Schutzgehalt der beiden Bestimmungen ist somit identisch.[185] Ferner folgt daraus allgemein für Art. 11 BV, dass die Rechtsprechung zur KRK für dessen Konkretisierung wichtig ist.[186]

---

178 BGE 127 I 6 E. 5; 126 I 377 E. 5d.

179 Müller/Schefer, 801 ff.; Wyttenbach, Grund- und Menschenrechtskonflikte, 314.

180 Hotz/Kuhn, ■Seitenzahlen einfügen■.

181 Reich, 369.

182 Reich, 376; Wyttenbach, Grund- und Menschenrechtskonflikte, 272 ff., 280 ff., 314; Kälin/Kiener/Wyttenbach, 453 f.; Müller/Schefer/Uebersax, 801 ff.; SGK BV-Reusser/Lüscher, Art. 11 N 14 f.; Biaggini, Art. 11 BV N 5; BGE 142 I E. 5.3; 29 II 250 E. 3.4.2; 127 I 6 E. 5a; ausführlich BGE 126 II 377 E. 5b–d.

183 Wyttenbach, Grund- und Menschenrechtskonflikte, 306, die daraus schliesst, dass das Bundesgericht mit der Übernahme des Kindeswohlartikels (Art. 3 KRK) implizit dessen direkte Anwendbarkeit bejaht; BSK BV-Tschentscher, Art. 11 N 32; Bucher, Rechtsstellung, 34.

184 BGE 129 III 250 E. 3.4.2; 132 III 359 E. 4.4.2; BGer, 5C.158/2002, 19. 12. 2002.

185 BGE 126 II 377 E. 5b und E. 5c m.w.H. zur Rezeption in der Lehre; SGK BV-Reusser/Lüscher, Art. 11 N 10.

186 SGK BV-Reusser/Lüscher, Art. 11 N 42.

Festschrift

Das übergeordnete Kindeswohl bildet die *oberste Richtschnur*[187] *durch alle Rechtsgebiete und Entscheidungsverfahren*[188], es steht für die objektiven Interessen des Kindes und umschreibt die Pflicht, auch nach Lösungen zu suchen, die im subjektiven Interesse des Kindes (Kindeswille) sind. Demgegenüber haben Wünsche der Eltern in einem Kernbereich der Persönlichkeit des Kindes (betr. dessen körperliche und psychische Integrität, z.B. Gesundheit oder intimste Beziehungen, dazu § 7) gegebenenfalls vor dem Kindeswohl zurückzutreten. Mit anderen Worten: Die übergeordneten Kindesinteressen geniessen unter Umständen Vorrang vor den Interessen der Eltern.[189] Die meisten Fälle aus der Gerichtspraxis stehen im Zusammenhang mit der Zuteilung der elterlichen Sorge im Rahmen von Scheidungsverfahren und/oder der Bestimmung des internationalen Aufenthaltsortes des Kindes. Ferner sind darunter auch Fälle betreffend das Selbstbestimmungsrecht von Minderjährigen in Adoptionsverfahren[190] und den Anspruch des Kindes auf Kenntnis seiner genetischen Eltern. Dabei wird vom Kindeswohl in einem umfassenden Sinne ausgegangen, beispielsweise in Anbetracht dessen, dass dem Minderjährigen eine «altersgerechte Entfaltungsmöglichkeit» zu ermöglichen ist – dies in geistiger, körperlicher und sozialer Hinsicht. Dabei sind stets die Besonderheiten des Einzelfalls zu berücksichtigen. 4.129

Damit kann festgehalten werden, dass der staatliche Schutzauftrag zugunsten des Kindes und die Berücksichtigung des übergeordneten Kindeswohls unbestritten sind. 4.130

c) Zur Justiziabilität

Ein Kind oder ein Jugendlicher kann dementsprechend verlangen, dass der Staat von allen Handlungen absieht, welche seine besondere Unversehrtheit und Förderung oder seine Handlungsfähigkeit beeinträchtigen (Abwehranspruch).[191] Ob auch ein individuell durchsetzbarer positiver Leistungsanspruch auf ein Tun des Staates besteht, hängt von der Beurteilung ab, ob der Inhalt und der Umfang der zu erbringenden Leistung sich genügend konkret bestimmen lassen (sog. *Justiziabilität,* vgl. bereits zu Art. 3 KRK Rz. ■).[192] 4.131

---

187 BGer, 5C.133/2003, 10.7.2003, E. 2.2.

188 Bischof, 50.

189 BGE 129 III 250 E. 3.4.2; 117 II 353 E. 3; 115 II 206 E. 4a; 115 II 317 E. 2; BGer, 5A_138/2012, 26.6.2012, E. 5; 5A_376/2011, 13.9.2011, E. 2.2; 5A_482/2007, 17.12.2007, E. 4.1.

190 BGE 137 III 1 E. 3.2.

191 Rhinow/Schefer/Uebersax, Rz. 1332, 1340 ff., 1343.

192 Kiener/Kälin/Wyttenbach, 32 ff.; Jörg Paul Müller■nicht im Lit.verz.■, 56, 64 ff; neben der *Bestimmtheit der Norm* spielt für die Justiziabilität auch die Abwägung zwischen der Art der öffentlichen Interessen, die mit den individuellen Interessen abgewo-

Freiexemplar

4.132 Nach bundesrichterlicher Rechtsprechung kann mangels Justiziabilität aus Art. 11 BV zwar kein individueller Leistungsanspruch auf Anhörung abgeleitet werden.[193] Allerdings sieht das Bundesgericht selbst[194] und auch die jüngere Lehre *in Art. 11 BV vermehrt ein Sozialrecht für den Schutz und die Förderung von Kindern und Jugendlichen*.[195] In jedem Fall bleibt klar, dass den Behörden ein *grosser Spielraum* in der Beurteilung zusteht, welche Mittel nötig und geeignet sind, um Kinder und Jugendliche zu fördern. Es ist also je nach Anspruch des Kindes zu differenzieren; hierüber besteht Einigkeit. Darüber aber, welche Ansprüche justiziabel sind, gehen die Meinungen auseinander:

4.133 Zu den justiziablen Ansprüchen gehört etwa das Recht eines Kindes, nicht mit Erwachsenen inhaftiert zu werden, oder das Erlassen einer spezifischen Schutzmassnahme gegen Vergewaltigung von Minderjährigen.[196] Über das Diskriminierungsverbot und den Anspruch auf obligatorischen unentgeltlichen Grundschulunterricht (Art. 19 BV) hinaus könnte gestützt auf Art. 11 Abs. 1 BV oder in Bezug auf behindertenrechtliche Ansprüche ausserhalb der Schule (gestützt auf Art. 8 Abs. 2 und Abs. 4 BV; Art. 24 BRK) der besondere Schutz und die spezifische Förderung von Kindern und Jugendlichen geltend gemacht werden,[197] z.B. für Sonderschulung behinderter oder begabter Schülerinnen oder Schüler.[198] Weitere denkbare Anwendungsbereiche, die von der Lehre genannt werden, sind Kinder, die *Opfer von Mehrfachdiskriminierung* sind und nur ungenügend durch Art. 8 Abs. 2 BV geschützt sind. Gemeinsam ist diesen denkbaren Anwendungsfällen von Art. 11 Abs. 1 BV, dass sie die Position von Kindern und Jugendlichen stärken sollen.

---

gen werden müssen, und dem Umstand, dass die rechtsanwendende Behörde in einem nächsten Fall die entsprechenden Leistungen wieder zu erbringen hätte, eine Rolle.

193 BGer, Urteil vom 30.4.2015 (5A_746/2014) E. 3, allerdings fehlt eine substantielle Begründung, es wird bloss auf BGE 126 II 377 E. 5d verwiesen; auch gibt es (andere) Ansprüche, die sich konkret auf Art. 11 BV stützen (z.T. mit anderen Bestimmungen), womit sich das rein programmatische erübrigt.

194 BGE 132 III 359 E. 4.4.2 («sozialen Grundrecht der Kinder»).

195 BSK BV-Tschentscher, Art. 11 N 25; Kiener/Kälin/Wyttenbach erkennen etwa justiziable Inhalte (§ 37 N 1 ff., N 20) in der staatlichen Pflicht zur sozialen Erziehung von Kindern; s.a. Häfelin/Haller/Keller/Turnherr, Rz. 908, 291 ff., nach welchen der Gehalt von Art. 11 BV in den nächsten Jahren von der Rechtsprechung geklärt werden müsse.

196 Rhinow/Schefer/Uebersax, Rz. 1346 f.

197 BSK BV-Tschentscher, Art. 11 N 10.

198 SGK BV-Reusser/Lüscher, Art. 11 N 23, 34. Reich, 380; Wyttenbach, Grund- und Menschenrechtskonflikte, 297 f. Ein Beispiel ist der sog. Nachteilsausgleich: Hotz/Kuhn, ■Seitenzahl einfügen?■.

Erstabzug

Das Grundrecht nach Art. 11 BV wirkt mit anderen Grundrechten (z.B. Art. 10, Art. 19, Art. 8 BV) und den Sozialzielen gemäss Art. 41 BV zusammen und ergänzt sie dort, wo der spezifische Schutz von Kindern und Jugendlichen dies erfordert. Im Resultat ist nach Art. 11 BV von einem blossen *Minimalstandard* an Schutz und Förderung von Kindern und Jugendlichen auszugehen.[199] 4.134

In der *Praxis des Bundesgerichts* hat Art. 11 BV bisher noch keine grosse Rolle gespielt.[200] Es hat jedoch die folgenden Anwendungsbereiche von Art. 11 BV beurteilt, erwogen oder erwähnt: 4.135

- In seinem ersten Leitentscheid aus dem Jahre 2000, in dem sich das Bundesgericht ausführlicher mit Art. 11 BV auseinanderzusetzen hatte, stellte es zum Anwendungsbereich fest, dass Art. 11 BV die *Gleichbehandlung und Chancengleichheit spezifisch für Kinder* zu gewährleisten habe.[201]: Das Bundesgericht will etwa berücksichtigen, dass Kinder und Jugendliche vom Alter als einem diskriminierenden Merkmal (Art. 8 Abs. 2 BV) besonders stark betroffen oder gefährdet sein können, sodass daraus eine besondere Schutzpflicht resultiert.[202] 4.136
- Das Bundesgericht sieht in jenem Entscheid ferner den Staat sowie jeden Einzelnen gestützt auf Art. 11 BV dazu verpflichtet, *Kinder vor jeglicher Form von Gewalt und erniedrigender Behandlung zu schützen*.[203] – Der Anspruch auf eine absolut gewaltfreie Erziehung liesse sich mit Art. 11 BV begründen.[204] Es wäre wünschenswert, dass dieses elementare Kinderrecht, wie von der Lehre und dem UN-Kinderrechtsausschuss gefordert (s. Rz. ■), endlich umgesetzt würde. 4.137
- Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts wird ferner allgemein eine *altersgerechte Entfaltung des Kindes angestrebt,* wobei sich diese an den bestmöglichen Kindesinteressen zu orientieren habe.[205] 4.138
- In einem jüngeren Entscheid wendete das Bundesgericht Art. 11 BV im Zusammenhang mit Art. 15 BV an, um für ein elementares Interesse von allen urteils- 4.139

199 BSK BV-Tschentscher, Art. 11 N 11.
200 Biaggini, Art. 12 BV N 6.
201 BGE 126 II 377 E. 5b und E. 5c m.w.H. zur Rezeption in der Lehre.
202 BSK BV-Waldmann, Art. 8 N 73, 87 f. Schutzbedürfnisse nach Art. 11 BV können auch für Mindestaltersvorschriften sprechen; Biaggini, Art. 8 BV N 24; Müller/Schefer, 722, bezeichnen den Schutz von Art. 11 BV als genügend.
203 BGE 126 II 377 E. 5b und E. 5c m.w.H. zur Rezeption in der Lehre.
204 BSK BV-Tschentscher, Art. 11 N 14; Bucher, Rechtsstellung, 62 f., 102; Wyttenbach, Gewaltfreie Erziehung, 790 ff.
205 BGE 129 III 250 E. 3.4.2.

Erstabzug

fähigen Minderjährigen an ihrer Religions- und Glaubensfreiheit zu argumentieren.[206]

4.140 – Im jüngsten Leitentscheid BGE 144 II 233 haben 35 Kinder und Jugendliche zwischen 4 und 17 Jahren gegen eine öffentliche AIDS-Kampagne als einen Realakt mit generell-abstrakter Natur i.S.v. Art. 25a VwVG geklagt (dazu Rz. 8■) und u.a. gestützt auf Art. 11 Abs. 1 BV besonderen Schutz geltend gemacht mit der Begründung, die Konfrontation mit den «sexuell aufgeladenen Botschaften und Bildern» habe eine schädliche Wirkung auf ihre Entwicklung.

4.141 – Am häufigsten wird Art. 11 BV zur Geltendmachung eines Anspruchs auf Erteilung oder Verlängerung einer Aufenthaltsbewilligung für ein Kind angerufen. Ein solcher Anspruch wird allerdings regelmässig verneint,[207] und zwar mit der Begründung, Art. 11 BV sei zu unbestimmt, um daraus einen solchen Anspruch ableiten zu können.[208]

d) Besonderer Schutz im Verfahren als prototypischer Anwendungsfall von Art. 11 BV

4.142 Ein Verfahren vor Gericht oder einer anderen Behörde kann namentlich nach Tschentscher als prototypischer Anwendungsfall von Art. 11 BV angesehen werden, in dem ein spezifischer Schutz für Kinder und Jugendliche eben gerade nötig ist.[209]

4.143 Erstens sind die *Zugangsschwierigkeiten besonders hoch* für ein Kind, denn dieses verfügt in der Regel weder über die materiellen Kenntnisse seiner Kinderrechte noch über die rechtlichen und praktischen Kenntnisse hinsichtlich der relevanten Verfahrensabläufe sowie der Verhandlungssprache. Zudem verfügt es regelmässig nicht über die finanziellen Mittel, um sich ein Verfahren zu leisten.

4.144 Zweitens ist das *Machtgefälle gegenüber Gerichten und Behörden* für ein Kind noch ausgeprägter als für Erwachsene. Deshalb erscheint die Umsetzung der Mitwirkungs- und Selbstbestimmungsrechte des Kindes im Verfahren als besonders wichtig.

---

206 BGE 142 I E. 5.3.

207 BGE 144 II 1 E. 5; 126 II 377 E. 5b–d, insb. S. 389 f.; 124 II 361 E. 3b S. 367; BGer, 6B_846/2010, 9.3.2011, E. 2.2., s.a. EGMR, *El Ghatet v. Schweiz,* Nr. 56971/10, Urteil vom 8.11.2016, § 29.

208 SGK BV-Reusser/Lüscher, Art. 11 N 32 m.w.H. Interessant ist, dass Art. 11 BV in EGMR, G*hatet v. Schweiz,* Nr. 56971/10, Urteil vom 8.11.2016, § 29, Erwähnung findet; vgl. auch den verblüffend ähnlichen Wortlaut in § 48.

209 BSK BV-Tschentscher, Art. 11 N 13; aus der Praxis des EGMR: *Ghatet v. Schweiz,* Nr. 56971/10, Urteil vom 8.11.2016, § 29.

Erstabzug

Drittens dürfte ein Kind im Verfahren regelmässig *besondere Bedürfnisse auf Unterstützung* (z.B. Begleitung) haben, weil es stärker als Erwachsene in emotionalen Bindungen verhaftet ist und weil der Gegenstand des Verfahrens für ein Kind meist – nicht zuletzt aufgrund des geringeren Lebensalters – existentielle Fragen rund um Familie, Schule, Gesundheit und Asyl betrifft. 4.145

Konkret genug, und damit grundsätzlich justiziabel, sind in diesem Anwendungsbereich nach der hier vertretenen Ansicht folgende Ansprüche: 4.146

– Anspruch auf *ein möglichst kostenfreies Verfahren* eines Kindes (insb. des urteilsfähigen Kindes, das unabhängig von den Eltern seine Rechte umsetzen können soll); und
– Anspruch auf eine möglichst *rasche Durchführung eines Verfahrens* zum besonderen Schutz jedes Kindes.

Art. 11 BV kann u.a. bei diesen zwei Rechtsansprüchen einem Kind im Verfahren spezifischen Schutz bieten, der von anderen Verfassungsbestimmungen wie Art. 10 Abs. 2 BV oder den verfassungsrechtlichen Verfahrensgarantien gemäss Art. 29–32 BV nicht erfasst wird. 4.147

e) Handlungsfähigkeit urteilsfähiger Kinder hat Verfassungsrang

Mit Art. 11 Abs. 2 BV wird Kindern und Jugendlichen ferner verfassungsrechtlich zugesichert, dass sie ihre Rechte im Rahmen ihrer Urteilsfähigkeit ausüben können. Abs. 2 regelt die Grundrechts*mündigkeit* der urteilsfähigen Minderjährigen.[210] Mit anderen Worten: Die Handlungsfähigkeit der urteilsfähigen Kinder und Jugendlichen hat mit Art. 11 BV im Jahre 1999 ebenfalls Verfassungsrang erhalten. 4.148

Ob Art. 11 Abs. 2 BV über den Anwendungsbereich der höchstpersönlichen Rechte (Art. 19c ZGB) hinausgehen sollte, ist nicht restlos geklärt. Im Ergebnis scheint die praktische Relevanz dieser Kontroverse für das Kind nicht allzu gross zu sein, denn meist wird es sich bei den infrage kommenden verfahrensbezogenen Mitwirkungs- oder Selbstbestimmungsrechten von Kindern sachlich um die Durchsetzung ihrer materiellrechtlichen höchstpersönlichen Belange betreffend Familienfragen, Privatsphäre, Niederlassung, Gesundheit, Identität, Religion usw. handeln, sodass von einer weitgehenden inhaltlichen Kongruenz zu Art. 19c ZGB ausgegangen werden kann. – Selbst der spezifische Schutz betreffend den *Zugang eines Kindes zu Bildung und Unterricht* wird, wenn es sich um Sonderschulungs- oder Fördermass- 4.149

[210] Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, Rz. 293; Bucher, Rechtstellung, 36; BSK BV-Tschentscher, Art. 11 N 25.

Entwurf

nahmen handelt, regelmässig auch gesundheitsrechtliche und damit höchstpersönlichen Rechte des Kindes betreffen.

4.150 *In jedem Fall gilt:* Art. 11 Abs. 2 BV steht sämtlichen festen Altersschranken für die Ausübung von höchstpersönlichen Rechten urteilsfähiger Minderjähriger entgegen. Um eine Altersschranke legitimieren zu können, müssten demnach zuerst die Voraussetzungen von Art. 36 BV erfüllt sein. (§ 8 Rz. ■).[211]

f) Fazit

4.151 Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass Art. 11 Abs. 1 BV das übergeordnete Kindeswohl als Schutzziel aufgestellt hat und dass Kinder und Jugendliche als besondere Personengruppe einen individuell durchsetzbaren Leistungsanspruch auf Schutz und Förderung gegenüber dem Staat haben, der über die Wirkung der anderen Grundrechte (v.a. Art. 10, Art. 8 und Art. 19 BV, aber auch Art. 29 Abs. 2 BV) hinausgeht. Art. 11 Abs. 2 BV bietet sodann viel rechtliches Potenzial dafür, dass urteilsfähige Kinder und Jugendliche sich auf ihre Rechte berufen können.

D. Allgemeine Verfahrensgarantien des Völker- und des Verfassungsrechts

4.152 Neben diesen spezifischen völker- und verfassungsrechtlich geschützten Kinderrechten auf Mitwirkung und Schutz der übergeordneten Kindesinteressen stehen einem Kind, wie jeder anderen Person auch, allgemeine Verfahrensrechte und -garantien zu: Es sind dies die *allgemeinen Verfahrensgarantien* des Völker- und des Verfassungsrechts (Rz. ■). Für das Kind sind namentlich der garantierte Zugang zu einem Verfahren nach Art. 29a BV (Rz. ■) und das rechtliche Gehör nach Art. 29 Abs. 2 BV von Bedeutung (Rz. ■).

1. Internationale und nationale Verfahrensgarantien

a) Zum Verhältnis von internationalen und nationalen Verfahrensgarantien

4.153 Internationale Verfahrensgarantien nach dem UN-Pakt II (Art. 9 f., Art. 14 f., Art. 23) und der EMRK (Art. 5–6, Art. 13)[212] garantieren neben[213] den Verfahrens-

[211] Beispiel: Art. 303 ZGB oder Art. 11 BV; BGE 142 I 49 E. 5.3.
[212] Art. 5, 6 und 13 EMRK sowie Protokoll Nr. 7 zur EMRK (SR 0.101.07).
[213] Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, Rz. 827 ff., 828a.

Erstabzug

grundrechten der Bundesverfassung (Art. 29–32 BV) und dem Grundrecht auf Schutz vor Willkür (Art. 9 BV) sowie den Grundsätzen der Strafprozessordnungen[214] jeder Person einen Minimalstandard an Rechten und Pflichten im Verfahren.[215] – Hervorzuheben ist, dass der UN-Pakt II[216] und Art. 5–6 EMRK bereits einige besondere Verfahrensregeln für Kinder und Jugendliche vorsehen (zur Umsetzung der spezifischen Verfahrensregeln vgl. § 5–9). Dazu gehören:

- der Anspruch auf Durchsetzung des innerstaatlichen materiellen Gesetzesrechts, welches die Rechtsstellung des Kindes oder des Jugendlichen einfordert;[217]
- der Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung vor Gerichts- und Verwaltungsinstanzen sowie auf Beurteilung innert angemessener Frist;[218]
- der Anspruch auf rechtliches Gehör;[219]
- der Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege sowie – soweit zur Wahrung der Rechte notwendig – auf einen unentgeltlichen Rechtsbeistand für Personen, die nicht über die erforderlichen Mittel verfügen und deren Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheinen;[220]
- der Anspruch auf Beurteilung durch eine richterliche Behörde bei Rechtsstreitigkeiten (Rechtsweggarantie), sofern das Gesetz keine Ausnahme vorsieht;[221]
- der Anspruch auf ein durch Gesetz geschaffenes, zuständiges, unabhängiges und unparteiisches Gericht im gerichtlichen Verfahren;[222]

---

214 Grundsätze der Strafprozessordung: Art. 3–11, zur Stellung der beschuldigten Person nach Art. 157 ff., Art. 143 StPO (Art. 3 Abs. 2 JStPO listet ausdrücklich auf, welche Bestimmungen der StPO auf Jugendliche *nicht* anwendbar sind); ergänzend die Grundsätze nach Art. 4 JStPO, welche wegleitend sind für die Auslegung der JStPO.

215 EMRK-HK-Meyer-Ladewig/Harrendorf/König, Art. 6 N 4; SGK BV-Steinmann, Art. 29 N 6 ff.; Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, Rz. 827 ff.; Bucher, Rechtsstellung, 76 ff.

216 Spezialregelungen für Kinder/Jugendliche: Art. 4 Abs. 1 letzter Satz betr. eingeschränkte Öffentlichkeit, betr. Strafverfahren: Art. 14 Abs. 4 betr. Altersentsprechung und Wiedereingliederung von Jugendlichen, Art. 10 Abs. 2 lit. b betr. Trennung von jugendlichen Beschuldigten und Tempo des Verfahrens; Art. 23 Abs. 4 betr. Schutz der Kinder bei Auflösung der Ehe.

217 Art. 24 Abs. 1 UN-Pakt II; Kälin/Künzli, Rz. 1362 ff.

218 Art. 29 Abs. 1 BV; Art. 6 Ziff. 1 EMRK; zum Grundsatz des fairen Verfahrens im Strafrecht vgl. Art. 31 f. BV; Art. 5 und 6 Ziff. 2 und 3 EMRK; Art. 9 UN-Pakt II.

219 Art. 29 Abs. 2 BV als Minimalgarantie: Rz. ■.

220 Art. 29 Abs. 3 BV als prozessualer Ausfluss der Chancengleichheit: Rhinow/Schefer/Uebersax, Rz. 3048 f.

221 Art. 13 EMRK; Art. 29a BV.

222 Art. 6 Ziff. 1 EMRK; Art. 30 Abs. 1 BV.

Fallbox.ch

- der Anspruch bei Zivilklage, vom Gericht des eigenen Wohnortes beurteilt zu werden, sofern das Gesetz keine Ausnahme vorsieht;[223]
- die Öffentlichkeit von Gerichtsverhandlungen und Urteilsverkündungen, sofern das Gericht gerade für Kinder und Jugendliche keine Ausnahmen vorsieht;[224]
- die Willkürfreiheit vor staatlichen Organen;[225] und
- der Grundsatz von Treu und Glauben.[226]

4.154 Die internationalen Verfahrensgarantien nach Art. 5–6 und Art. 13 EMRK sind in der Schweiz, wie bereits erwähnt, direkt anwendbar und beeinflussen die Auslegung des nationalen Rechts, auch wenn die Anwendungsbereiche der nationalen Verfahrensgarantien heute teils weiter reichen:[227]

4.155 Art. 5 EMRK garantiert das Recht auf Sicherheit und regelt die rechtmässige Einschränkung der Freiheit. Art. 6 Ziff. 1 EMRK gewährleistet unter anderem das Recht auf ein unabhängiges gerichtliches Verfahren, das Recht auf Zugang zu Gerichten und das Recht auf rechtliches Gehör. Art. 13 EMRK verankert schliesslich das Recht auf eine wirksame innerstaatliche Beschwerde. Vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des EGMR zu Art. 5 und Art. 6 EMRK haben die *Verfahrensgrundrechte in der Schweiz allgemein an Bedeutung gewonnen,* was namentlich in Art. 29–32 BV zum Ausdruck kommt.[228]

4.156 Für die Entwicklung des besonderen Schutzes von Kindern und Jugendlichen waren und bleiben die Verfahrensgarantien von Art. 5 f. EMRK besonders wichtig:

4.157 Art. 5 Ziff. 1 lit. d EMRK regelt *ausdrücklich* die *verfahrensrechtlich garantierten Voraussetzungen des rechtmässigen Freiheitsentzugs von Jugendlichen* zum Zweck der überwachten Erziehung und zur Vorführung vor die zuständige Behörde.[229] Damit sind sowohl die rechtmässige Einweisung in eine geeignete Einrichtung des Jugend-

---

223 Art. 30 Abs. 2 BV.

224 Vgl. Rz. ■.

225 Art. 9 BV.

226 Art. 9 BV; für das Zivilverfahren: Art. 52 ZPO; für das Strafverfahren: Art. 3 Abs. 2 lit. a StPO.

227 Rhinow/Schefer/Uebersax, Rz. 3023 ff.; Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, Rz. 828a. BGE 105 Ia 379 E. 6 oder 129 I 207 zu den «Kriterien der Anwendbarkeit» von Art. 6 EMRK auf Einzelfälle.

228 Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, Rz. 827a.

229 Siehe allerdings BGE 119 Ia 99, nach dem ein individueller Anspruch gestützt auf das Grundrecht auf Freiheit geltend zu machen ist. Der Zusammenhang zwischen Grundrecht und Verfahrensgarantie wird in Art. 5 EMRK deutlich.

Ersatzzug

strafrechts wie auch in eine solche des Kinder- und Jugendschutzes angesprochen.[230] Art. 31 BV setzt die Garantien bei einem Freiheitsentzug in Gefängnissen oder in Psychiatrien für alle Personen und damit auch für Kinder um.[231]

Das Jugendstrafgesetz von 2003 (in Kraft seit 2007) und die Jugendstrafprozessordnung von 2009 (in Kraft seit 2011) setzen ferner die spezifischen Schutz- und Strafmassnahmen für straffällige Jugendliche, deren Vollzug und das Verfahren besonders um (weiterführend § 5 Rz. ■). Kommt es zu einem Freiheitsentzug (ab 15 Jahren),[232] wird dieser in den speziellen Jugendabteilungen von Gefängnissen oder in einem besonderen Erziehungsheim vollzogen. Nach Art. 27 ff. JStPO ist auch die Untersuchungs- und Sicherheitshaft von Jugendlichen ausdrücklich in speziellen Einrichtungen zu vollziehen.[233] 4.158

Bezüglich der *fürsorgerischen Unterbringung (FU)* von Kindern und Jugendlichen kommen in der Schweiz seit 2013 die Bestimmungen des Kindesschutzverfahrens nach Art. 314b i.V.m. Art. 426 ff. ZGB zur Anwendung. – Bereits vor dem Hintergrund von Art. 5 Ziff. 1 lit. d EMRK wird klar, dass eine Unterbringung von Kindern in einer geschlossenen Einrichtung oder einer psychiatrischen Klinik (Art. 313b ZGB) nicht in einer Einrichtung für Erwachsene erfolgen kann (s. § 7 Rz. ■).[234] 4.159

Art. 6 Ziff. 1 Satz 2 EMRK sieht ausdrücklich eine *mögliche Ausnahme vom Öffentlichkeitsprinzip* bei der Gerichtsverhandlung und Urteilsverkündung zum Schutz von Jugendlichen vor. Kinder können zu ihrem eigenen Schutz entgegen Art. 6 Ziff. 1 Satz 2 EMRK von den mündlichen Verhandlungen ausgeschlossen werden – obschon gerade bei Kindesschutzmassnahmen, die in grossem Masse in das Familien- und Privatleben eingreifen, die Kontrolle der Öffentlichkeit einem Bedürfnis entspräche.[235] Art. 30 Abs. 3 Satz 2 BV nimmt die Möglichkeit der Ausnahme vom Öffentlichkeitsprinzip allgemein auf. Ferner bestehen weitere besondere Vorschriften zum Schutz der Jugendlichen: Das Jugendgericht kann die Öffentlichkeit im Interesse des straffälligen Jugendlichen von einem Verfahren ausschliessen, sofern der 4.160

[230] Konventionswidrig wäre nach dieser Bestimmung etwa ein längerer Freiheitsentzug in einer Strafanstalt: EMRK-HK-Meyer-Ladewig/Harrendorf/König, Art. 5 N 46.

[231] Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, Rz. 860.

[232] Art. 25 JStG.

[233] Eine kurzfristige Untersuchungshaft ist nach Art. 5 Abs. 1 lit. d EMRK und Art. 31 BV möglich: zur Untersuchungshaft Jugendlicher unter Art. 5 EMRK: BGE 121 I 208 E. 4c, und unter Art. 31 Abs. 1 BV: BGE 142 IV 389.

[234] KUKO ZGB-Cottier, Art. 314b N 2; Cantieni/Blum, Rz. 15.101.

[235] BGE 118 Ia 473 E. 5a; Hegnauer, Rz. 27.6.

Freiexemplar

Jugendlich oder seine Vertretung dies verlangen oder es im Interesse der Öffentlichkeit ist (Art. 14 Abs. 2 JStPO). In familienrechtlichen Angelegenheiten ist die Öffentlichkeit regelmässig ausgeschlossen (Art. 54 Abs. 4 ZPO).

4.161 Der *sachliche Anwendungsbereich von Art. 6 EMRK* reicht generell weit. Es sind deshalb sehr gute Gründe erforderlich, um ein Kind etwa von einem schulrechtlichen Verfahren auszuschliessen, denn dies verletzt unter Umständen Art. 6 EMRK.[236]

4.162 Gemäss der Rechtsprechung des EGMR muss ein Gericht gestützt auf Art. 6 Ziff. 1 EMRK einen *minderjährigen Beschuldigten* im Verfahren etwa bei der Teilnahme unterstützen, ihm helfen Hemmungen zu überwinden, ihm den Prozess erklären oder ihm ermöglichen, mithilfe einer anderen Person verstehen zu können, worum es im Verfahren geht.[237]

4.163 Auch kann sich auf Art. 6 Ziff. 1 EMRK berufen, wer *nicht Partei* in einem Verfahren ist, sondern nur eine mitwirkende Person im weiteren Sinne.[238]

4.164 Es ist aber auch festzuhalten, dass die Verfahrensgrundrechte der Bundesverfassung im Gegensatz zu Art. 6 Ziff. 1 EMRK sachlich nicht auf Zivil- und Strafsachen beschränkt sind und insoweit von einem umfassenderen Anwendungsbereich der nationalen Verfahrensgarantien ausgegangen werden kann. Namentlich sind die allgemeinen Verfahrensgarantien nach Art. 29 BV und die Rechtweggarantie nach Art. 29a BV auf alle Arten von Verfahren, auch die verwaltungsrechtlichen, anwendbar.[239]

4.165 Schliesslich regelt die Bundesverfassung von 1999 die verfassungsrechtlichen *Anforderungen an ein gerichtliches Verfahren* in Art. 30 BV besonders. Überdies sind wie bereits erwähnt für die rechtlich heikelsten Verfahren besondere verfassungsrechtliche Bestimmungen aufgestellt. Gemeint sind Verfahren, welche mit einem *Freiheitsentzug* (Art. 31 BV) ausgehen können, und solche, die mit einer *Strafe* (Art. 32 BV) enden können.[240]

---

236 Fortin Jane, Children's Rights and the Developing Law, 3. Auflage, Cambridge 2009, 183 f.

237 EMKR-HK-Meyer-Ladewg/Nettesheim, Art. 6 N 87 ff., N 125.

238 EMKR-HK-Meyer-Ladewig/Harrendorf/König, Art. 6 N 4.

239 Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, Rz. 829, 845.

240 Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, Rz. 827 ff.; s.a. Art. 37 KRK, gestützt auf den das Kind Anspruch auf Rechtsvertretung hat (KRK-Komm-Schmahl, Art. 37 N ■).

Freiexemplar

b) Allgemeine Verfahrensgarantien nach Art. 29 BV

Art. 29 BV 4.166

[1] Jede Person hat in Verfahren vor Gerichts- und Verwaltungsinstanzen Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung sowie auf Beurteilung innert angemessener Frist.

[2] Die Parteien haben Anspruch auf rechtliches Gehör.

[3] Jede Person, die nicht über die erforderlichen Mittel verfügt, hat Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint. Soweit es zur Wahrung ihrer Rechte notwendig ist, hat sie ausserdem Anspruch auf unentgeltlichen Rechtsbeistand.

Diese allgemeinen Verfahrensgarantien gelten im gerichtlichen Zivil- und Strafverfahren wie auch im streitigen oder unstreitigen verwaltungsrechtlichen Verfahren und sind einzuhalten.[241] 4.167

Der Anspruch auf gerechte und gleiche Behandlung in Verfahren vor Gerichts- und Verwaltungsinstanzen nach Art. 29 Abs. 1 BV setzt den allgemeinen Anspruch auf ein faires Verfahren um und umfasst zum einen das Verbot der Rechtsverzögerung und der Rechtsverweigerung und zum anderen das Verbot des überspitzten Formalismus. 4.168

Der Anspruch auf rechtliches Gehör nach Art. 29 Abs. 2 BV ist neben der Rechtsweggarantie nach Art. 29a BV der wichtigste allgemeine verfahrensrechtliche Anspruch eines Kindes (dazu sogleich Rz. ■).[242] 4.169

In Verfahren, in denen es um höchstpersönliche Belange des Kindes geht, *muss* dem Kind auf dessen Antrag, unabhängig von seiner Vermögenssituation, gestützt auf Art. 29 Abs. 3 BV unentgeltliche Rechtspflege gewährt werden. Im Zivilverfahren ergibt sich die unentgeltliche Rechtspflege bereits aus Art. 29 Abs. 3 BV; explizit findet sich der Anspruch in Art. 117 ZPO. 4.170

Diese Verfahrensgarantien sind namentlich bei der Auslegung des kantonalen Gesetzesrechts, beispielsweise im Schul- und Gesundheitsrecht, von grosser Bedeutung.[243] Ferner ist in diesem Zusammenhang rechtlich interessant, inwiefern von einem traditionell engen, auf individuell-konkrete Hoheitsakte beschränkten Ver- 4.171

[241] Rhinow/Schefer/Uebersax, Rz. 3075, 3030; Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, Rz. 848 ff.

[242] Bucher, Rechtsstellung, 76 ff.

[243] Häfelin/Müller/Uhlmann, Rz. 1001 ff., 1040 ff.

Freiexemplar

fahrensbegriff abgewichen werden könnte (z.B. auch auf ein Verfahren angewendet werden könnte, das sog. Realakten vorausgeht; vgl. Rz. ■).[244]

2. Rechtliches Gehör und garantierter Zugang zum Verfahren als zentrale Garantien für ein Kind

a) Rechtliches Gehör als Verfassungsanspruch (Art. 29 Abs. 2 BV)

4.172 Elementares Mitwirkungsrecht einer Partei in einem Verfahren ist ihr rechtliches Gehör: *audiatur et altera pars* («man höre auch die andere Seite»). Art. 29 Abs. 2 BV verlangt, dass die Behörde die Vorbringen des durch den Entscheid in seiner Rechtsstellung Betroffenen auch tatsächlich hört, prüft und in der Entscheidungsfindung berücksichtigt. Nicht erforderlich ist, dass sie sich mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzt. Vielmehr kann sie sich auf die für den Entscheid wesentlichen Punkte beschränken. Die Begründung muss so abgefasst sein, dass der Betroffene über die Tragweite des Entscheids Rechenschaft geben und diesen in voller Kenntnis der Sache an die höhere Instanz weiterziehen kann.[245] Das Recht gilt in allen rechtsanwendenden Verfahren, die einen individuell-konkreten Entscheid betreffen, wobei den sachlichen Zuständigkeitsbereichen der unterschiedlichen Instanzen Rechnung getragen werden darf.[246]

4.173 Art. 29 Abs. 2 BV ist als *Minimalgarantie* konzipiert, die konkretisiert werden kann.[247] Der Anspruch auf rechtliches Gehör wird denn etwa in den bundesrechtlichen Verfahrensvorschriften (z.B. Art. 29 ff. VwVG), in den Straf- und Zivilprozessordnungen sowie im materiellen Kindesschutzrecht weiter ausgeführt (dazu § 5 Rz. ■ und § 6 Rz. ■). Für die kantonalen Behörden kommen zusätzlich die kantonalen Verfahrensgarantien zur Anwendung (zum schulischen Verfahren weiterführend § 8 Rz. ■).[248]

4.174 Das Kind als Partei konnte sich bereits früher, d.h. vor dem Inkrafttreten der KRK, unter dem Titel der Rechtsgleichheit auf das rechtliche Gehör berufen.[249] Auch das

---

244 Thurnherr, 319 ff.

245 BGE 138 IV 81 E. 2.2; 134 I 83 E. 4.1.

246 BGE 138 I 154 E. 2.5: einen bedingten Anspruch erkannte das Bundesgericht bereits unter Herrschaft von Art. 4 aBV.

247 BGE 135 I 279 E. 2.2.

248 Häfelin/Müller/Uhlmann, Rz. 100q ff.; 1003; BGE 135 I 279 E. 2.2; BGer, 5A_31/2011, 20. 1. 2011, E. 4.3; z.B. Kantonsverfassungen und Einführungsgesetze zum Kindes- und Erwachsenenschutz (§ 18 KV/ZH; §§ 50 ff. EG KESR/ZH).

249 Gerber Jenni, Verfahren, 201 ff. m.w.H.

Fischer Zug

Recht des Kindes auf Vertretung hat seine Grundlage im verfassungsrechtlichen Anspruch auf rechtliches Gehör.[250] Das rechtliche Gehör hat traditionell zwei Komponenten: Es dient zum einen der Sachverhaltsaufklärung, zum anderen der persönlichkeitsbezogenen Mitwirkung.

Das rechtliche Gehör umfasst alle Befugnisse, die einer Partei einzuräumen sind, damit sie in einem Verfahren ihren Standpunkt wirksam zur Geltung bringen kann:[251] 4.175

- Das Recht auf vorgängige Information:[252] Die Parteien (z.B. eines Einbürgerungsverfahrens) sind über diejenigen Verfahrensschritte vorweg zu informieren, die geeignet sind, den Entscheid zu beeinflussen, sodass sich die Parteien gezielt darauf vorbereiten können.
- Zum Anspruch auf rechtliches Gehör gehört sodann, dass die Behörde alle erheblichen und rechtzeitigen Vorbringen der Parteien würdigt und die ihr angebotenen Beweise abnimmt, wenn diese zur Abklärung des Sachverhalts tauglich erscheinen.[253]
- Es umfasst das Recht, sich zu Eingaben der Vorinstanz oder der Gegenpartei äussern zu können, soweit die darin vorgebrachten Noven prozessual zulässig und materiell geeignet sind, den Entscheid zu beeinflussen.[254]
- Zum Anspruch auf rechtliches Gehör zählt ferner die Wahrheitspflicht der Parteien.[255]
- Schliesslich gehört auch der Anspruch auf Begründung der Entscheide, sodass neben der Partei auch andere am Entscheid interessierte Personen diesen ver-

[250] Bzgl. Art. 314a^{bis} ZGB: Botschaft Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht, 7081.

[251] BGE 135 II 286 E. 5.1.

[252] BGE 141 I 60 E. 3.3.

[253] BGE 141 I 60 E. 3.3; 140 I 99 E. 3.5 betr. Einbürgerungsverfahren; die Wahrnehmung des Replikrechts setzt voraus, dass die fragliche Eingabe der Partei vor Erlass des Urteils zugestellt wird, damit sie sich darüber schlüssig werden kann, ob sie sich dazu äussern will (BGE 137 I 195 E. 2.3.1; 133 I 100 E. 4.3–4.6).

[254] Etwa sich zu den Stellungnahmen und Vernehmlassungen der anderen Verfahrensparteien, unteren Instanzen und weiteren Stellen zu äussern (BGE 133 I 98 E. 2.1); unabhängig davon, ob die eingereichte Eingabe neue Tatsachen oder rechtliche Argumente enthält und ob sie im Einzelfall geeignet ist, den richterlichen Entscheid zu beeinflussen (BGE 138 I 484 E. 2.1; BGer, 5A_569/2013, 18.11.2013, E. 3).

[255] Vgl. dazu. Markus/Droese, 41 f.; Art. 52 ZPO. Vgl. zur Ausgestaltung dieser Rechte im Strafverfahren: Schmid, N 115 ff., N 152 ff., N 205 ff., N 216 ff., N 233 ff.

Entwurf

stehen können, dazu.[256] Ein Ziel der Begründung ist, dass der Entscheid gegebenenfalls sachgerecht angefochten werden kann.[257]

4.176 Art. 29 Abs. 2 BV kommt in einem Verfahren, das den Erlass vorsorglicher Massnahmen zum Gegenstand hat, nicht die gleiche Tragweite zu wie in einem Verfahren betreffend die Hauptsache. Insbesondere liegt es in der Natur von richterlichen Verfügungen bezüglich der aufschiebenden Wirkung, dass sie rasch und ohne lange zusätzliche Erhebungen getroffen werden müssen.[258]

4.177 Der Anspruch auf rechtliches Gehör und damit auch der Anspruch auf Akteneinsicht ist formeller Natur. Das heisst, seine Verletzung, ungeachtet der Erfolgsaussichten der Beschwerde selbst, führt zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids.[259]

b) Zugang des Kindes zu einem Gericht oder einer Behörde

4.178 Ferner regelt die Verfassung die Rechtsweggarantie *zur richterlichen Behörde* (Art. 29a BV) und die *minimalen Anforderungen an das Gericht* (Art. 30 BV). Die Rechtsweggarantie nach Art. 29a BV ist zentral für das Kind, da der Zugang zu einem Gericht oder einer Behörde u.a. aufgrund seines geringen Lebensalters noch viel schwieriger ist, als es für Erwachsene schon ist.

4.179 Der individuelle Anspruch des Kindes auf Rechtsweggarantie verlangt die volle Sachverhalts- und Rechtskontrolle von mindestens einer gerichtlichen Behörde in allen Arten von Verfahren. Dieser Anspruch geht über den Anwendungsbereich von Art. 6 Ziff. 1 EMRK hinaus.[260]

4.180 Die Rechtsweggarantie zählt u.a. zum Minimalstandard der Verfahrensgrundrechte.[261] Das bedeutet, dass ein Nichteintretensentscheid infolge Verneinung der Parteistellung des Kindes eine formelle Rechtsverweigerung darstellen kann.[262]

4.181 Art. 29 Abs. 2 BV kommt in einem Verfahren, das den Erlass vorsorglicher Massnahmen zum Gegenstand hat, nicht die gleiche Tragweite zu wie in einem Verfahren betreffend die Hauptsache. Insbesondere liegt es in der Natur von richterlichen

---

256 BGE 139 V 496 E. 5.1: «Le destinataire de la décision et toute personne intéressée doit pouvoir la comprendre et l'attaquer utilement en connaissance de cause [...].»
257 BGE 142 III 433 E. 4.3.2.
258 BGE 139 I 189 E. 3.3.
259 BGE 137 I 195 E.2.2.
260 Rhinow/Schefer/Uebersax, Rz. 2828 ff., 2830, 2834.
261 Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, Rz. 847, 869a.
262 SGK BV-Steinmann, Art. 29 N 21; BGE 139 IV 102; 138 II 162; 135 I 265.

Erstabzug

Verfügungen bezüglich der aufschiebenden Wirkung, dass sie rasch und ohne lange zusätzliche Erhebungen getroffen werden müssen.[263]

3. Verhältnis der Verfahrensgarantien zu den spezifischen Kinderrechten (Art. 12 KRK und Art. 11 BV)

Verfahrensgarantien und Verfahrensgrundrechte stehen jeder Person zur Mitwirkung im Verfahren zu, so auch jedem Kind.[264] Verfahrensgarantien sind aber regelmässig an die Parteistellung in einem Verfahren geknüpft. Das heisst, Dritte ohne Parteistellung können sich nicht auf Art. 29 BV berufen.[265] Wird davon ausgegangen, dass das Kind in öffentlich-rechtlichen Verfahren (Jugendstraf- oder Verwaltungsverfahren) oft Parteistellung hat, steht ihm demnach bereits *von Verfassung wegen ein minimaler Anspruch auf rechtliches Gehör nach Art. 29 Abs. 2 BV* zu. Dieser Anspruch kann durch die konkreten Verfahrensrechte der Zivil-, Jugendstraf- und Asylgesetzgebung oder durch die kantonalen Erlasse ergänzt und erweitert sein.[266] 4.182

Ein grosser Unterschied zu Art. 12 KRK besteht darin, dass einem *Kind mit Parteistellung* neben den bereits erörterten spezifischen internationalen und nationalen Kinderrechten im Verfahren auch formelle Rechte zustehen, die grundsätzlich von der Berechtigung in der Sache unabhängig sind: 4.183

Hat das Kind im Verfahren *keine Parteistellung* wie beispielsweise in einem eherechtlichen Verfahren, wenn es von der Scheidung seiner Eltern betroffen ist, so sind neben Art. 29 Abs. 2 BV grundsätzlich besondere Bestimmungen für die Mitwirkungsrechte des Kindes im Verfahren vonnöten. Diese sind teilweise umgesetzt, beispielsweise mit Art. 298 ZPO. 4.184

Fehlen solche besonderen verfahrensrechtlichen Bestimmungen im Bundesrecht, kann das Kind seine Mitwirkungsrechte in allen Verfahren und darüber hinaus in allen Entscheidungsprozessen zu seinen Angelegenheiten, die es inhaltlich berühren, gestützt auf Art. 12 KRK geltend machen, denn diese Bestimmung ist wie aus- 4.185

263 BGE 139 I 189 E. 3.3.

264 SGK BV-Steinmann, Art. 29 N 15.

265 Biaggini, Art. 29 BV N 3a; BGE 130 II 521 E. 2.8.

266 BGer, 5A_31/2011, 29.11.2011, E. 4.3; weitere Rechtsgrundlagen für das rechtliche Gehör sind Art. 6 EMRK, die Kantonsverfassungen und die Verwaltungsverfahrensgesetze: z.B. Art. 29 KV/FR, wobei Art. 29 Abs. 5 die besonderen Bedürfnisse der Kinder und Jugendlichen hinsichtlich des rechtlichen Gehörs explizit ausführt; Art. 57 f. des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege des Kantons Freiburg vom 23. Mai 1991 (SGF 150.1).

Erstabzug

geführt unbestrittenermassen direkt anwendbar: Art. 12 KRK verpflichtet die Mitgliedstaaten, die Mitwirkung des Kindes direkt zu garantieren oder entsprechende Bestimmungen zu erlassen, damit es seine Rechte wahrnehmen kann.

4.186 Im Ergebnis sind die Mitwirkungsrechte nach Art. 12 KRK somit unzweifelhaft weiter gefasst als das verfassungsrechtlich geschützte rechtliche Gehör im Verfahren des Kindes. Dies lässt sich teils historisch begründen, indem die Kinderrechte *relativ gesehen jüngeren Datums* sind als die allgemeinen Verfahrensgarantien nach Verfassung.

4.187 Die Bedeutung von Art. 11 Abs. 1 BV im Verfahren eines Kindes liegt nach der in diesem Buch vertretenen Ansicht gerade darin, einen spezifischen Schutz für Kinder und Jugendliche im Verfahren aufzubringen (vgl. Rz. ■):[267] Dabei handelt es sich um einen Schutz, der nicht durch andere Verfassungsbestimmungen wie Art. 29 Abs. 2 BV oder durch die Zivilprozessordnung, die Jugendstrafprozessordnung (StPO) oder die Asylrechtsgesetzgebung gewährleistet wird. Sofern es sich um Mitwirkungsrechte des Kindes nach Art. 12 KRK handelt, ist inhaltlich keine über den Geltungsbereich von Art. 12 KRK hinausgehende Bedeutung zu erkennen, ausser dass mit Art. 12 KRK auch im Hinblick auf die Mitwirkungsrechte von einer verfassungsrechtlichen Umsetzung ausgegangen werden kann.

E. Mitwirkungs- und Selbstbestimmungsrechte als Persönlichkeitsrechte des Kindes

4.188 Zu den rechtlichen Grundlagen eines Kindes im Verfahren zählen schliesslich auch seine Persönlichkeitsrechte, aus welchen sich das Recht auf Selbstbestimmung und Mitwirkung ableitet: Ein *urteilsfähiges* Kind ist Träger von höchstpersönlichen Rechten (Rz. ■) und hat in diesem Rahmen Anspruch auf Selbstbestimmung und Mitwirkung (Rz. ■). Ein *urteilsunfähiges* Kind hat Anspruch auf Mitwirkung (Rz. ■). Zudem leitet sich aus den Persönlichkeitsrechten des Kindes der Anspruch auf Unterstützungshandlungen zur Befähigung der Mitwirkung und Selbstbestimmung ab (Rz. ■).

[267] BSK BV-Tschentscher, Art. 11 N 13; *Ghatet v. Schweiz,* Nr. 56971/10, Urteil vom 8.11.2016, § 29.

Entwurf

1. Das Kind als Träger von Persönlichkeitsrechten

a) Zur Rechts- und Handlungsfähigkeit des Kindes

Das Kind ist wie alle natürlichen Personen nach Art. 11 ZGB aller Privatrechte fähig. Die Rechts-fähigkeit ist auch in Art. 7 und Art. 8 BV garantiert.[268] Die Rechtsfähigkeit des Kindes ist unabhängig von Alter, Geschlecht, Gesundheit, Ethnie und sozialer Herkunft gegeben. Sie ist sowohl zwingend als auch unverzichtbar (Art. 27 ZGB) und lässt sich nicht durch ein Rechtsgeschäft beschränken.[269] Dennoch *erlaubt* die Rechtsordnung Schranken, wie etwa die Festlegung eines Mindestalters als Voraussetzung für ein Recht oder eine Pflicht, und ist deshalb relativ (Art. 11 Abs. 2 ZGB).[270] 4.189

Handlungsfähig ist, wer selbstbestimmt, das heisst allein durch seine Handlungen (inkl. deren Unterlassung) im Stande ist, Rechtswirkung zu erzeugen (Art. 12 ZGB). Die Handlungsfähigkeit des Kindes setzt gemäss Gesetz die Volljährigkeit (Art. 13 f. ZGB) und die Urteilsfähigkeit (Art. 16 ZGB) voraus. Damit sind alle Kinder unter 18 Jahren grundsätzlich handlungs*un*fähig (Art. 17 ZGB) und können sich weder zu etwas verpflichten noch berechtigen. Kinder brauchen deshalb normalerweise die rechtliche Zustimmung ihrer gesetzlichen Vertreter, um im Rechts- und Geschäftsleben handlungsfähig zu sein (Art. 304 ZGB). Bei einer Interessenkollision zwischen dem Kind und seinen Eltern entfallen die Vertretungsbefugnisse der Eltern von Gesetzes wegen (Art. 306 Abs. 3 ZGB). 4.190

Sind Kinder urteilsfähig, spricht das Gesetz entsprechend von *urteilsfähigen handlungsunfähigen Personen* (Art. 19 ZGB).[271] Für diese gelten die folgenden Grundregeln: 1.) Sie können mit Zustimmung ihrer gesetzlichen Vertreter sämtliche Pflichten eingehen sowie Rechte erwerben und aufgeben (Art. 19 Abs. 1 ZGB, Art. 19a–d ZGB), wenn keine besonderen Bestimmungen bestehen. 2.) Urteilsfähige handlungsunfähige Personen können ausnahmsweise ohne Zustimmung der gesetzlichen Vertretung unentgeltliche rechtliche Vorteile (z.B. Erbschaft, Schenkung) erlangen und geringfügige Alltagsgeschäfte (z.B. Brötchen beim Bäcker oder eine Zeitung am Kiosk kaufen) besorgen (Art. 19 Abs. 2 ZGB). Ausserdem ist es ur- 4.191

[268] BK-Bucher/Aebi-Müller, Art. 11 ZGB N 2.
[269] BGE 50 II 481 E. 3.
[270] Tuor/Schnyder/Schmid/Jungo, § 9 Rz. 5.
[271] Die Rechtslage der urteilsfähigen Kinder wurde mit der Revision des Erwachsenen- und Kindesschutzrechts per 1. Januar 2013 zwar vereinheitlicht und verständlicher, aber materiell nicht anders geregelt: vgl. Botschaft Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht, 7095.

Erstabzug

teilsfähigen Minderjährigen nach Art. 19c ZGB erlaubt, selbstständig Rechte auszuüben, die ihnen um ihrer Persönlichkeit willen zustehen. Rechtsprechung und Doktrin bezeichnen diese persönlichkeitsbezogenen Rechte als höchstpersönliche Rechte (dazu nachfolgend Rz. ■). Umgekehrt dürfen Kinder in höchstpersönlichen Belangen nicht gegen ihren Willen vertreten werden.[272]

b) Zur Prozessfähigkeit des Kindes

4.192 Die Prozessfähigkeit im Zivilrecht umfasst die Fähigkeit, selbst oder mithilfe einer Prozessvertretung rechtswirksam Handlungen in einem Verfahren vorzunehmen. Sie stellt die prozessuale Seite der Handlungsfähigkeit dar (Art. 67 Abs. 1 ZPO). Wer volljährig (Art. 14 ZGB) und urteilsfähig (Art. 16 ZGB) ist, gilt als handlungsfähig (Art. 13 ZGB) und damit auch als prozessfähig (s.a. § 6, Rz. XXX).[273]

4.193 Urteilsfähige Kinder gelten als beschränkt handlungsunfähig, *verfahrensrechtlich als beschränkt prozessunfähig*.[274] Sie können selbstständig Rechte ausüben, die ihnen um ihrer Persönlichkeit willen zustehen (Art. 19c Abs. 1 ZGB; Art. 67 Abs. 3 lit. a ZPO): In Bereichen der höchstpersönlichen Rechte dürfen sie daher ihre Rechte selbstständig geltend machen. Urteilsfähige Kinder sind im Rechtsstreit über ihre Prozessfähigkeit generell prozessfähig.[275] Sie dürfen auch die mit der Verwaltung und Nutzung ihres Arbeitserwerbs aus selbstständiger Berufs- und Gewerbeausübung (Art. 323 ZGB) resp. mit zur freien Verwendung oder Verwaltung überlassenen Vermögenswerten zusammenhängenden Rechte selbstständig gerichtlich geltend machen.[276] Hingegen können sie Prozesse im Hinblick auf den Vollzug unentgeltlicher Zuwendungen oder hinsichtlich Verpflichtungen aus Delikten nicht selbstständig führen.[277]

4.194 *Urteilsunfähige* Kinder gelten als handlungsunfähig (Art. 17 ZGB) und sind damit auch prozessunfähig (Art. 67 Abs. 1 ZPO). Die Handlungen des Kindes sind grundsätzlich wirkungslos und nichtig. Die Zustimmung der gesetzlichen Vertretung kann diesen Mangel nicht heilen.[278] Die gesetzliche Vertretung handelt grundsätzlich im Namen des urteilsunfähigen Kindes (Art. 67 Abs. 2 ZPO), nicht jedoch im Bereich der absolut höchstpersönlichen Rechte. In diesen Fällen kann auch die ge-

272 BGer, 5A_94/2007, 31.5.2007, E. 1.3.
273 BSK ZPO-Tenchio, Art. 67 N 4.
274 Kilde, persönlicher Verkehr, Rz. 257 m.w.H.
275 Bischof, 259; BGE 120 Ia 369; BGE 118 Ia 236 E. 3a.
276 BSK ZPO-Tenchio, Art. 67 N 32; BGE 112 II 102; 106 III 8; 85 III 161 E. 3.
277 Markus/Droese, 41 f.; BSK ZPO-Tenchio, Art. 67 N 33.
278 Schätzle, 33.

Entwurf

setzliche Vertretung nicht für das urteilsunfähige Kind handeln (Art. 19c Abs. 2 ZGB; dazu Rz. ■).

Die *Prozessfähigkeit im Strafverfahren, das heisst die des strafmündigen Kindes,* entspricht hingegen den Voraussetzungen der Urteilsfähigkeit gemäss Art. 16 ZGB. Sie ist Voraussetzung dafür, dass ein Verfahren durchgeführt werden kann und dass es möglich ist, Prozesshandlungen vorzunehmen (Art. 106 StPO). Das bedeutet, dass die urteils*fähige*, aber handlungs*un*fähige Person höchstpersönliche Rechte im Strafverfahren geltend machen kann (Abs. 3) und dass die urteilsunfähige Person zu vertreten ist (Abs. 2). – Das Strafrecht legt die Strafmündigkeit eines Kindes ausdrücklich fest: Ein Kind resp. ein Jugendlicher ist erst ab dem vollendeten 10. Lebensjahr strafmündig (Art. 3 Abs. 1 JStG). Für die Reaktionen auf Straftaten, die vor dem 10. Lebensjahr begangen werden, sind die Eltern des Kindes verantwortlich (Art. 4 JStG). Gegebenenfalls wird auch die Kinderschutzbehörde benachrichtigt. Bei Straftaten einer Person zwischen dem 10. und dem 18. Lebensjahr kommen die Spezialbestimmungen des Jugendstrafgesetzbuchs und die Jugendstrafprozessordnung zur Anwendung. Der Zweck des Jugendstrafrechts■ liegt in der Erziehung der Jugendlichen (sog. Schutzmassnahmen) und nicht in deren Bestrafung (vgl. weiterführend § 5). 4.195

2. Selbstbestimmungsrechte von Kindern

a) Unterscheidung zwischen Selbstbestimmungs- und Mitwirkungsrechten entlang der Urteilsfähigkeit

Ein Kind ist Träger von Persönlichkeitsrechten nach Art. 27 ff. ZGB (vgl. Rz. ■). Der Schutzbereich seiner Persönlichkeitsrechte hat dabei seinen spezifischen Bedürfnissen gerecht zu werden und ist nicht zwingend identisch mit demjenigen einer volljährigen Person.[279] Einem Kind stehen aufgrund seiner Persönlichkeit Selbstbestimmungs- und Mitwirkungsrechte zu: 4.196

Ist ein Kind urteilsfähig, kann es auch handlungsfähig im Sinne von Art. 12 f. ZGB werden und im Rahmen von Art. 19 ff. ZGB über seine Persönlichkeitsrechte selbst bestimmen. Begrifflich-dogmatisch kann damit, wie bereits zu Beginn dieses Kapitels ausgeführt (Rz. ■), von *Selbstbestimmungsrechten des urteilsfähigen Kindes* ausgegangen werden. 4.197

[279] BGE 131 III 409 E. 4.4.2: Als Grundsatz müsse gelten, dass persönlichkeitsbezogene Gründe bei Kindern stärker ins Gewicht fallen und in concreto auch etwa weitreichendere Ausnahmen zur Anhörung rechtfertigen können.

Freiabzug

4.198 Unter Mitwirkungsrechten *urteilsunfähiger* Kinder sind jene Rechte zu verstehen, die ihnen kraft ihrer Persönlichkeit im Verfahren vor amtlichen Behörden oder in ähnlichen Prozederen zustehen, in denen es um ihre höchstpersönlichen Belange betreffend Familie, Gesundheit und Schule geht (vgl. dazu gleich Rz. ■): Ihre Meinung soll angehört und ihre Wünsche sollen berücksichtigt werden. Dabei bleibt die Selbstbestimmung freilich eine Form von Mitwirkung (§ 3 Rz. ■), sodass auch urteilsfähige Kinder Mitwirkungsrechte haben.

b) Zur Urteilsfähigkeit von Kindern

aa) Grundvoraussetzung für selbstbestimmtes Handeln

4.199 Die Urteilsfähigkeit nach Art. 16 ZGB ist Grundvoraussetzung für rechtlich relevantes Handeln und spielt die zentrale Rolle bei der Frage, ob Kinder ihre Rechte im Rahmen von Art. 19 und Art. 19a–c ZGB selbst ausüben können (nachfolgend Rz. ■lit. e■), oder ob sie dazu der Hilfe anderer Personen bedürfen.

4.200 Nach Art. 16 ZGB ist jede Person urteilsfähig, «der nicht wegen ihres Kindesalters, infolge geistiger Behinderung, psychischer Störung, Rausch oder ähnlicher Zustände die Fähigkeit mangelt, vernunftgemäss zu handeln». Auch wenn damit das Gesetz das Kindesalter als Grund für eine Urteilsunfähigkeit ansieht,[280] ist die Urteilsfähigkeit im Kindesalter nicht ausgeschlossen. Sie ist zu beweisen (Art. 8 ZGB).[281] Es gibt im Schweizer Recht keine Altersvoraussetzungen für die Urteilsfähigkeit, das heisst, sie ist im Einzelfall differenziert abzuklären (Rz. ■). Während die Urteilsunfähigkeit im Falle eines Neugeborenen etwa offensichtlich ist, muss im Falle der 13-Jährigen, welche eine Gynäkologin aufsucht, um sich ein Verhütungsmittel verschreiben zu lassen, die Urteilsfähigkeit hinsichtlich ihres selbstbestimmten Handelns geprüft werden.[282] Ein Rechtsakt eines tatsächlich urteilsunfähigen

---

[280] BGE 117 II 231 E. 2a («en partie du moins»).

[281] BGE 134 II 235 E. 4.3.3; 124 III 5 E. 1b; 117 II 231 E. 2b; BGer, 5A.204/2007, 16.10.2007; 5C.259/2002, 6.2.2003, E. 1.3; KUKO ZGB-Hotz, Art. 16 N 2; Deschenaux/Steinauer, § 4 Rz. 70; betr. Kind vgl. Majid, 249 ff.; Aebi-Müller et al., § 5 N 20 ff., 35, 164 ff. Die Lehre ist auch in Bezug auf eine pauschale Annahme einer Urteilsunfähigkeit kranker und betagter Personen zu Recht kritisch: BSK ZGB II-Breitschmid, Art. 467/468 N 4; Hausheer/Aebi-Müller, Rz. 06.54 ff.: Die Lehre spricht teils auch von zwei kumulativen Voraussetzungen, die vorliegen müssen, damit eine Person als urteilsunfähig gilt: Es muss (1) eine der erwähnten gesetzlichen Ursachen vorliegen und (2) die mangelnde Fähigkeit zu vernunftgemässem Handeln bestehen. Bei Vorliegen der ersten Voraussetzung, das heisst bei Minderjährigkeit, liegt die Beweislast des vernunftgemässen Handelns bei der minderjährigen Person.

[282] Büchler/Hotz, 574 f.

Leseprobe

Kindes sowie allfällige Rechtsgeschäfte mit urteilsunfähigen Kindern sind ungültig.[283]

bb) Individueller Entwicklungsstand des Kindes ist massgebend

Die Urteilsfähigkeit ist die Fähigkeit einer Person, sich ein vernünftiges Urteil über die Zustände und Geschehnisse in ihrem Umfeld zu bilden und entsprechend zu handeln. Nach ständiger Rechtsprechung umfasst die Urteilsfähigkeit zwei Elemente:[284] (1) eine verstandesmässige, kognitive Komponente, nämlich die Fähigkeit, einen eigenen Willen zu bilden, wobei die Beweggründe, der Zweck und die Folgen des eigenen Verhaltens erkannt werden; und (2) eine willensmässige, voluntative Komponente, sprich das Verfügen über die Willenskraft und die Charakterstärke, um entsprechend der Einsicht zu handeln, das heisst, den gebildeten Willen umzusetzen. An beide Elemente sind grundsätzlich keine allzu hohen Anforderungen zu stellen.[285] So setzt die intellektuelle Komponente etwa weder einen hohen Intelligenzquotienten noch Spezialwissen voraus. Es genügt, wenn die betreffende Person in der zu beurteilenden Situation eine Fähigkeit zur Einsicht zutage legt, die als sinnvoll, realistisch und nachvollziehbar beurteilt werden kann. Die Einsichtsfähigkeit zeigt sich beispielsweise darin, dass die betreffende Person in der Lage ist zu erkennen, wann sie eine fremde Person zur Beratung beiziehen muss.[286] Die voluntative Komponente ist ebenfalls grosszügig zu beurteilen, insbesondere bei Kindern.[287] 4.201

Bei Kindern ist besonders zu beachten, dass die kognitiven und voluntativen Fähigkeiten sich graduell entwickeln und je von ihrem Entwicklungsstand und der individuellen Reife abhängen. Relevant sind dabei sowohl die persönliche Lebenserfahrung als auch die individuellen emotionalen Erlebnisse eines Kindes. Allen voran können emotionale Abhängigkeiten von Bedeutung sein, vorab von Eltern, aber auch von «Peers», die das Kind in seiner Entscheidungsfindung bewusst oder 4.202

283 Eine gegen eine handlungsunfähige Person persönlich gerichtete Betreibungshandlung ist nichtig: BGE 104 III 4 E. 2; ebenso Verträge und alle anderen Rechtshandlungen (z.B. Kündigung, Urteil MietGer Uster vom 23. Juli 1992, in: SJZ 1994, 290) mit einer solchen Person.

284 BGE 134 II 235 E. 4.3.2; 124 III 5 E. 1a–b; 127 I 6 E. 7b; 117 II 231 E. 2a; 90 II 9 E. 2; 77 II 97 E. 2; BGer, 5A_467/2015, 25. 8. 2016, E. 6.3; 5C.259/2002, 6. 2. 2003, E. 1.

285 Bucher, Natürliche Personen, Rz. 75 f.

286 Hausheer/Aebi-Müller, Rz. 06.33; vgl. schon BGE 77 II 97.

287 BGE 102 II 363: 14-Jährige springt auf den fahrenden Zug auf, weil sie Angst vor dem Zuspätkommen hat; BGE 104 II 184: 9-Jähriger weiss zwar um die Gefahr von Pfeil und Bogen und doch konnte er dem Spiel nicht widerstehen.

Erstabzug

unbewusst beeinflussen. Kinder sind generell von Gefühlen und Intuitionen beeinflusst (vgl. zu den kinderpsychologischen Aspekten § 3).[288] Zur Beurteilung der Urteilsfähigkeit eines Kindes hinsichtlich des infrage stehenden Sachverhalts gehört etwa immer auch, ob es die längerfristigen Auswirkungen seines Entscheides beurteilen kann.[289]

4.203 Erschwerend kommt bei der Beurteilung der Urteilsfähigkeit eines Kindes im Einzelfall hinzu, dass *somatische Krankheiten*[290] *und psychische Störungen*[291] in jedem Alter und jedem Entwicklungsstand eines Minderjährigen zu dessen Urteils*un*fähigkeit im Hinblick auf eine individuelle konkrete Rechtshandlung führen können. Dies muss aber nicht zwingend der Fall sein, beispielsweise dann nicht, wenn das fast 14-jährige Kind durch seine Lebenserfahrung zum Experten der eigenen Krankheit geworden ist (vgl. weiterführend § 7 Rz. ■).[292]

4.204 Das Schweizer Recht kennt bekanntlich *keine festen Altersvoraussetzungen* für die Urteilsfähigkeit eines Kindes.[293] Die Urteilsfähigkeit eines Kindes ist namentlich nicht an das Volljährigkeitsalter gebunden (Art. 14 ZGB). Und doch besteht in der Praxis das Bedürfnis nach *gewissen Richtwerten,*[294] die aber aufgrund des Ausgeführten nicht mehr und nicht weniger darstellen können als das und damit im Einzelfall immer wieder anders beurteilt werden dürfen und sollen.[295]

---

288 SAMW-Richtlinie 2019■, 12 f.; Simoni, Autonomie und Beziehung■nicht im Lit.verz. ■, 29 ff.; Brauer/Strub, 23f; Werlen, Rz. 1119, 1125.

289 Brauer/Strub, 22 ff.

290 BGE 134 III 235.

291 BGE 131 III 409.

292 BGE 134 II 235.

293 BGE 134 II 235 E. 4.1, 4.3.2; Tuor/Schnyder/Schmid/Jungo, § 9 Rz. 28; Steinauer/Fountoulakis, Rz. 85; BK-Bucher, Art. 16 ZGB N 112 ff., s. für Kasuistik N 144.

294 Büchler/Hotz, 572 f.

295 Z.B. fehlen gemäss Bundesgericht den Kleinkindern («petits enfants») die intellektuellen Fähigkeiten, die Motive und Wirkungen ihrer Handlungen und Unterlassungen abzuschätzen (BGE 134 II 235 E. 4.3). Deshalb ist etwa die Deliktsfähigkeit für Kinder unter 4 Jahren in der Rechtsprechung kein Thema (BGE 130 III 736 E. 2.1; 95 II 255 E. 4.) Ab dem Schulalter hingegen kann in der Tendenz von einem gewissen Gefahrenbewusstsein im Sinne der Deliktsfähigkeit ausgegangen werden (BGE 116 II 422 E. 3, 4; 90 II 9 E. 3). Es besteht jedoch keine einheitliche Rechtsprechung: Es gibt ältere Bundesgerichtsentscheide, die von einer Urteilsfähigkeit ab dem 10. Lebensalter ausgehen (BGer, 5C.51/2005, 2.9.2005, E. 2.2); s. zur Uneinheitlichkeit der Richtwerte auch Aebi-Müller et al., § 5 N 166. Ferner bleibt es trotz allfälliger Richtwerte stets fraglich, ob dann im Einzelfall die Willenskraft des Kindes besteht, gemäss seiner Einsichtsfähigkeit zu handeln. Dies gilt es in jedem Einzelfall zu prüfen (BGE 102 II 363 E. 4).

Entwurf

Schliesslich können zum Schutz des Kindes die Anforderungen an die Urteilsfähigkeit auch bewusst punktuell tiefer angesetzt werden. Damit lässt sich etwa erklären, weshalb die Fähigkeit zur Aussageverweigerung einer 4-Jährigen in einem Sexualstrafverfahren nach kantonalem Recht bejaht wurde.[296] 4.205

cc) Grundsatz der Relativität der Urteilsfähigkeit

Weiter ist für die Beurteilung der Urteilsfähigkeit eines Kindes entscheidend, wie nah eine zu entscheidende Frage an der eigenen Lebenswelt ist.[297] Das betrifft den Grundsatz der Relativität der Urteilsfähigkeit (Art. 16 ZGB), den es gerade in Kinderbelangen besonders zu unterstreichen gilt. Dieser Grundsatz besagt, dass die Urteilsfähigkeit des Kindes stets mit Blick auf die *konkrete, infrage stehende Handlung oder Unterlassung zu prüfen ist* und darauf, wie anspruchsvoll der Inhalt des konkreten Rechtsgeschäfts ist.[298] Die Urteilsfähigkeit hinsichtlich eines komplizierten Rechtsgeschäfts oder eines komplexen Prozesses ist anders zu beurteilen als diejenige hinsichtlich eines Alltagsgeschäfts (Art. 19 Abs. 2 ZGB).[299] Je feinmaschiger die einzelnen Handlungen differenziert werden■ und jeder einzelne Akt eines Kindes (Äusserung, Verweigerung, Entscheidung, Körperhaltung usw.) für sich genommen sachlich kontextualisiert und rechtlich beurteilt wird, umso treffender kann der Entscheid darüber ausfallen, ob ein Kind diesbezüglich urteilsfähig sein kann und damit selbst bestimmen kann oder nicht. 4.206

Entsprechend differenziert das Bundesgericht etwa in einer Besuchsstreitigkeit aus dem Jahre 2015, dass es weder erstaune noch widersprüchlich sei, wenn ein Kind unter 12 Jahren hinsichtlich Fragen zur Organisation des Lebensalltags durchaus 4.207

296 BGE 120 IV 217 E. 3.

297 SAMW-Richtlinie 2019, 13.

298 BK-Bucher, Art. 16 ZGB N 87 ff.; Tuor/Schnyder/Schmid/Jungo, § 9 Rz. 28; Petermann, Rz. 102 f., und BGE 134 II 235 E. 4.3.2; 124 III 5 E. 1a. In BGE 90 II 9 E. 3 heisst es: «Cette capacité est relative. Le juge doit rechercher in concreto, pour un acte déterminé ou une série d'actes, si le défendeur la possédait […].» S.a. BGer, 5A_459/2015, 13.8.2015, E. 6.2.3.
Das Kindes- und Erwachsenenschutzrecht trägt dem Grundsatz der Relativität der Urteilsfähigkeit in besonderem Masse Rechnung: Botschaft Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht, 7015 ff.; es wurde indes verpasst, diesen fundamentalen Grundsatz festzuschreiben: Gutzwiller■nicht im Lit.verz.■, 1225 f.

299 BGE 124 III 5 E. 1a; 117 II 231 E. 2a. Z.B. zu den unterschiedlich komplizierten Testamenten s. BSK ZGB II-Breitschmid, Art. 467 N 13; Gutzwiller, 1227; Druey Jean-Nicolas, Ungültigkeitserklärung eines Testaments wegen altersbedingter Geistesschwäche: Besprechung von BGE 124 III 5, AJP 1998, 730 ff., 734.

Fristzug

urteilsfähig erscheine, aber nicht die notwendige Reife habe, um Entscheidungen in Bezug auf die Beziehung zu seinen Eltern zu treffen, wenn es seit langer Zeit in einem Loyalitätskonflikt gelebt habe.[300] ■umformuliert bzw. ergänzt■

4.208 Hinsichtlich des zu beurteilenden Einzelaktes ist jedoch immer auch der allgemeine Zustand des Handelnden zu würdigen, und zwar anhand■ der gesamten Umstände.[301] Es ist etwa anerkannt, dass eine Urteils*un*fähigkeit auch vorübergehend (z.B. durch Rausch, zeitweilige Verwirrung oder Schwäche) sein kann, was beispielsweisen bei Strafverfahren oder bei Verfahren betreffend einen Unfall entscheidend ist.[302] Umgekehrt ist auch ein sog. Lucidum intervallum («lichter Augenblick»), das heisst, wenn eine an sich urteilsunfähige Person eine klare und einsichtsfähige Phase hat, zu berücksichtigen. Ein Rechtsgeschäft, das in einem solchen Moment abgeschlossen wird, ist daher grundsätzlich gültig (Art. 19 ZGB). Im Strafrecht kommt es unter diesen Umständen darauf an, ob die betreffende Person schuldfähig ist oder nicht.

dd) Fazit

4.209 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass sich die kognitiven und voluntativen Fähigkeiten eines Kindes graduell entwickeln. Die Urteilsfähigkeit eines Kindes ist in hohem Masse *relational* sowie *kontextabhängig,* das heisst, die zivilrechtliche Handlungs- und Prozessfähigkeit hängt stark vom einzelnen Kind und dem konkret zu beurteilenden, individuellen Rechtsakt ab. Nichts vermag deshalb die sorgfältige, individuelle und wertende Beurteilung zu ersetzen. Diese setzt nach dem Ausführen aber voraus, dass die Entscheidungsträgerinnen und -träger die entwicklungsbedingte Fähigkeit eines Kindes, sich auszudrücken (sei es nonverbal emotional oder physisch), auch verstehen können.

4.210 Generell ist in einem (zivilrechtlichen) Verfahren darauf zu achten, dass die Prozess*un*fähigkeit eines Kindes oft nur ganz bestimmte Rechtsstreitigkeiten betreffen wird[303] und das Kind nicht vorschnell aus einem Verfahren ausgeschlossen werden sollte.

---

300 BGer, 5A_459/2015, 13.8.2015, E. 6.3.
301 BK-Bucher, Art. 16 ZGB N 9.
302 Aebi-Müller et al., § 5 N 44 ff.; BGE 117 II 231 E. 2a; 124 III 5 E. 1a; 102 II 363.
303 BGE 98 Ia 324 E. 3.

Freiexemplar

c) Bedeutung von Art. 19c ZGB im Allgemeinen und für das Kind im Verfahren im Besonderen

aa) Zu Art. 19c ZGB im Allgemeinen

Über höchstpersönliche Rechte entscheiden urteilsfähige Kinder nach Art. 11 Abs. 2 BV und Art. 19c ZGB selbst. Letztere Bestimmung lautet wie folgt: 4.211

Art. 19c ZGB 4.212

[1] Urteilsfähige handlungsunfähige Personen üben ihre Rechte, die ihnen um ihrer Persönlichkeit willen zustehen, selbstständig aus; vorbehalten bleiben Fälle, in welchen das Gesetz die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters vorsieht.

[2] Für urteilsunfähige Personen handelt der gesetzliche Vertreter, sofern nicht ein Recht so eng mit der Persönlichkeit verbunden ist, dass jede Vertretung ausgeschlossen ist.

Der Wortlaut von Art. 19c ZGB beschränkt sich im Gegensatz zu Art. 11 Abs. 2 BV auf *höchstpersönliche Rechte.*[304] Demnach fallen bezüglich der Legitimation der Ausübung von Grundrechten oder der Rüge einer Grundrechtsverletzung nur besonders persönlichkeitsbezogene Grundrechte unter Art. 19c ZGB. Allerdings sind «letztlich alle Grundrechte am Schutz des Individuums ausgerichtet und deshalb von spezifischer Persönlichkeitsrelevanz»,[305] sodass Art. 19c ZGB grundsätzlich für alle Grundrechte Geltung hat.[306] Typische Beispiele sind etwa das Recht auf religiöse Freiheit (allerdings erst ab dem 16 Altersjahr; Art. 303 ZGB), auf Bewegungsfreiheit, auf Meinungsäusserungsfreiheit oder auf Versammlungsfreiheit. 4.213

Als höchstpersönliche Rechte werden diejenigen Rechte bezeichnet, die so eng mit der Persönlichkeit verbunden sind, dass die betroffene Person befugt sein muss, diese *selbstständig auszuüben* (Art. 19c ZGB). Es handelt sich dabei um *Rechte betreffend emotionale, familiale und körperliche Belange* und nicht um rein vermögensrechtliche Rechte.[307] Zu den höchstpersönlichen Rechten zählen namentlich die Persönlichkeitsrechte (Art. 27–31 ZGB) sowie die persönlichkeitsbezogenen Familien- und Erbrechte.[308] Klassische Beispiele hierfür sind die Statusrechte wie etwa das Eheschliessungsrecht, die Einwilligung in eine Adoption (Art. 265 ZGB) oder 4.214

[304] Kiener/Kälin/Wyttenbach■neue Aufl.!■, 384.
[305] Kiener/Kälin/Wyttenbach■neue Aufl.!■, 385.
[306] Kiener/Kälin/Wyttenbach■neue Aufl.!■, 385.
[307] Bucher, Natürliche Personen, Rz. 513.
[308] BSK ZGB I-Bigler-Eggenberger/Fankhauser, Art. 19 N 34.■veraltete Quelle■

Erstdruck

die Erhebung der Vaterschaftsklage und die Rechtsbeziehungen zwischen den Eltern und dem Kind (z.B. elterliche Sorge, Besuchsrecht; Art. 273 ZGB).[309]

4.215 Unter die Persönlichkeitsrechte nach Art. 28 ZGB fallen etwa das Abwehrrecht gegen Persönlichkeitsverletzungen (z.B. gegen das ungefragte Verbreiten von Fotos eines Kindes; Art. 28a Abs. 1 ZGB), oder das Recht auf Einwilligung in Heileingriffe in die psychische und körperliche Integrität bzw. auf Verweigerung solcher Eingriffe.[310] Die Ausübung dieser Rechte ist dem urteilsfähigen Kind nach Art. 19 Abs. 2 und Art. 19c ZGB auch ohne die Zustimmung seiner Eltern oder anderer gesetzlicher Vertreter erlaubt.[311]

4.216 Lehre und Rechtsprechung unterscheiden dabei zwischen *absolut höchstpersönlichen* Rechten (Art. 19c Abs. 2 ZGB), die vertretungs*feindlich* sind[312] – das heisst, die Rechte dürfen von den Eltern oder der gesetzlichen Vertretung nicht ausgeübt werden –, und *relativ höchstpersönlichen* Rechten, bei denen eine *Vertretung möglich* ist.[313]■umformuliert■ Ein urteils*un*fähiges Kind kann also bei absolut höchstpersönlichen Rechten nicht rechtsgültig vertreten werden und ist insoweit *partiell rechtsunfähig*. Ausdrückliche Ausnahmen bleiben *vorbehalten:* Eine Verlobung nach Art. 90 Abs. 2 ZGB und der Abschluss eines Ehevertrags nach Art. 183 Abs. 2 ZGB gehören zwar zu den absolut höchstpersönlichen Rechten, bedürfen aber nach Gesetz trotzdem einer Zustimmung des gesetzlichen Vertreters.■umformuliert■

4.217 Die Einwilligung des Kindes in einen *körperlichen Eingriff im Rahmen einer medizinischen Behandlung* müsste aufgrund von dessen Tragweite stets als absolut höchstpersönliches Recht beurteilt werden. Dies wird indessen als wenig praktikabel erachtet, denn es würde im Falle der Urteilsunfähigkeit eines Minderjähriges darauf hinauslaufen, dass niemand (nicht einmal seine Eltern) an dessen Stelle entschei-

---

309 Zu den absolut höchstpersönlichen Rechten, zu deren Ausübung Mündigkeit erforderlich ist, gehören: Heirat (Art. 94 Abs. 1 ZGB), das Verfassen eines Testaments (Art. 467 ZGB) und der Abschluss eines Erbvertrags (Art. 468 ZGB).

310 Hausheer/Aebi-Müller, Rz. 7.21 ff.; BK-Bucher, Art. 19 ZGB N 206 f.; BSK ZGB I-Bigler-Eggenberger/Fankhauser, Art. 19 N 37 ff.■veraltete Quelle■; BGE 134 III 235; 117 II 6 E. 1b, 116 II 385 E. 4; BGE 114 Ia 350 E. 7b/bb.

311 Michel, 129.

312 Das urteilsunfähige Kind kann bei absolut höchstpersönlichen Rechten wie etwa der Zustimmung zur Adoption (Art. 265 Abs. 2 und Art. 265a Abs. 1 ZGB) oder einem Verlöbnis (Art. 90 ZGB) nicht rechtsgültig vertreten werden.

313 BK-Bucher/Aebi-Müller, Art. 19 ZGB N 206, 230; Bucher, Natürliche Personen, Rz. 528, 173; Hausherr/Aebi-Müller, Rz. 07.23, 12.49 ff.; Guillod, 202, 205 ff.■Quelle konkretisieren■; Guillod/Meier, 338 f.■nicht im Lit.verz.■

Entwurf

den dürfte. In seltenen Fällen – etwa bei gewissen medizinischen Eingriffen, die für urteilsunfähige Kinder und Jugendliche persönlich von äusserst grosser Tragweite sind – bleibt eine Vertretung jedoch ausgeschlossen bzw. die Einwilligung der Eltern allein reicht nicht aus (dazu § 7 Rz. ■).

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass dem urteilsfähigen Kind in höchstpersönlichen Angelegenheiten Selbstbestimmungsrechte zukommen. Ob das Kriterium der Urteilsfähigkeit vorliegt, ist für jedes Kind nach dem Grundsatz der Relativität im konkreten Einzelfall zu bestimmen. Die Rechtsprechung legt hier (nur) Richtwerte fest, die grundsätzlich relativ sind. 4.218

bb) Bedeutung von Art. 19c ZGB für das Kind im Verfahren

Die besondere Bedeutung von Art. 19c ZGB für das urteilsfähige Kind *im Verfahren* liegt darin, dass das Verfahren mit Kindern *oftmals* höchstpersönliche Rechte berührt. Daher ist davon auszugehen, dass urteilsfähige Minderjährige in ihren höchstpersönlichen Belangen grundsätzlich auch prozessfähig sind (vgl. Rz. ■). Es handelt sich namentlich um folgende Rechte: 4.219

– Recht auf Privat- und Familienleben (Sorgerechtsverfahren, strittiges Besuchs- und Kontaktrecht);
– Status- und Persönlichkeitsrechte (Namen, medizinische Eingriffe, fürsorgerische Unterbringung);
– Recht auf rechtmässigen Freiheitsentzug im Strafverfahren.

Für das *Zivilverfahren* ist davon auszugehen, dass einem urteilsfähigen Kind in materiellrechtlich höchstpersönlichen Belangen – insbesondere in *absolut höchstpersönlichen* Belangen (z.B. wenn es um sein Besuchsrecht gegenüber den Eltern geht) – auch die volle Prozessfähigkeit zukommen muss. Anderenfalls könnte das höchstpersönliche Recht nicht durchgesetzt werden. Diesen Gedanken nimmt heute Art. 67 Abs. 3 lit. a und b ZPO explizit auf. Die Prozessfähigkeit eines Kindes umfasst auch die Fähigkeit, einen Verfahrensvertreter zu bevollmächtigen.[314] In Verfahren, in denen es um höchstpersönliche Belange des Kindes geht, muss dem Kind zudem auf dessen Antrag gestützt auf Art. 29 Abs. 3 BV unabhängig von seiner Vermögenssituation die unentgeltliche Rechtsvertretung gewährt werden, falls es dies wünscht.[315] 4.220

[314] BGE 120 Ia 369 E. 1.
[315] BGE 120 Ia 369 E. 1; Blum/Cottier, 31 f.

Entwurf

4.221 Art. 19c ZGB entfaltet auch *im Straf- und im Ausländerrecht* (z.B. in einem Asylverfahren) seine Wirkung, dies vor allem bei Rechtsbegehren, die den Schutz der Grundrechte betreffen. Im Strafverfahrensrecht zählen namentlich das Zeugnisverweigerungs- und das Verteidigungsrecht sowie das Recht auf Entschädigung für eine rechtswidrige Haft zu den höchstpersönlichen Rechten.[316]

4.222 Dieser allgemeine Anwendungsbereich von Art. 19c ZGB wird durch das Gesetz an verschiedenen Stellen ausdrücklich konkretisiert, indem es einige zusätzliche Mitwirkungs- und Selbstbestimmungsrechte für Kinder zum Verfahren in höchstpersönlichen Angelegenheiten vorsieht. Diese Rechte stehen sowohl dem urteilsfähigen als auch dem urteilsunfähigen Kind zu.

4.223 In *eherechtlichen Verfahren,* in dem es u.a. um die Kontaktrechte des Kindes zu seinen Eltern geht, hat ein Kind Anspruch auf Anhörung nach Art. 298 ZPO[317] und auf Anordnung einer Kindesvertretung nach Art. 299 ZPO.

4.224 *Im Kindesschutzverfahren* hat ein Kind Anspruch auf Anhörung und auf Vertretung (Art. 314a, Art. 314a^{bis} ZGB) sowie auf Anhörung zur Person des Beistands (Art. 398 ff. ZGB). Nach Art. 314a Abs. 3 ZGB kann das urteilsfähige Kind die Verweigerung der Anhörung mit einer Beschwerde anfechten.

4.225 Die *fürsorgerische Unterbringung* von Minderjährigen in geschlossenen Einrichtungen oder psychiatrischen Kliniken richtet sich sinngemäss nach den Bestimmungen für Erwachsene. Dem urteilsfähigen Kind steht ein Beschwerderecht zu (Art. 314b Abs. 2 ZGB).

4.226 Die Bestellung eines Verteidigers in einem *Jugendstrafverfahren* ist ebenfalls ein höchstpersönliches Recht des Minderjährigen. Das heisst, der urteilsfähige beschuldigte Jugendliche bestimmt selbst, wer sein Verteidiger werden soll (Art. 19 Abs. 2 JStPO).[318] Allerdings kann die Bestellung des Verteidigers in schwerwiegenden Fällen auch *gegen den Willen* des minderjährigen Beschuldigten erfolgen (Art. 24 JStPO).

316 Wyttenbach, Grund- und Menschenrechtskonflikte, 317.

317 Bezüglich Parallelität zur älteren Bestimmung von Art. 144 Abs. 2 ZGB vgl. Botschaft Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht, 7101 f.; BGer, 5A_869/2013, 24.3.2014.

318 Neben dem Beschuldigten haben auch die Eltern ein Recht auf gesetzliche Vertretung: Riedo, Rz. 1773 f.

Erstabzug

3. Auch urteilsunfähige Kinder haben Mitwirkungsrechte

Fehlt einer Person die Urteilsfähigkeit, so folgt keine Rechtswirkung aus ihrem Verhalten – die gesetzlichen Ausnahmen sind davon ausgenommen. Urteilsunfähige Personen sind, unabhängig davon, ob die Urteilsunfähigkeit der Gegenpartei oder der Öffentlichkeit bekannt war, nicht geschäftsfähig. Urteilsunfähige Personen sind auch nicht deliktsfähig i.S.v. Art. 41 OR, da es ihnen an der Schuldfähigkeit fehlt.[319] Es ist ein *Schutzgedanke, welcher der Handlungsunfähigkeit von Kindern zugrunde liegt*. Jede Person kann sich unter dem Vorbehalt des rechtsmissbräuchlichen Verhaltens (Art. 2 Abs. 2 ZGB) jederzeit auf die Handlungsunfähigkeit einer anderen Person, das heisst eines Kindes, berufen.[320] 4.227

Fehlt dieses besondere Schutzbedürfnis des Kindes, existieren auch explizite Ausnahmen: Ein urteilsunfähiges Kind kann etwa zu seinem Vorteil eine Erbschaft erhalten (Art. 19 Abs. 2 ZGB, Art. 544 ZGB), es kann adoptiert werden (Art. 265c ZGB), einen Wohnsitz begründen (Art. 25 Abs. 2, Art. 26 ZGB) oder einen Fund erwerben (Art. 720 ZGB). 4.228

Nur ausnahmsweise ist die Mitwirkung von urteilsunfähigen Kindern gesetzlich vorgesehen. Art. 377 ZGB, der die Mitwirkung und die Rücksichtnahme auf die *Wünsche der Patientinnen und Patienten formuliert,* kann indes also auch eines Kindes, ausdrücklich anerkannt (§ 7 Rz. ■).■unvollständiger Satz■ 4.229

Dogmatisch lassen sich mit den Persönlichkeitsrechten eines urteilsunfähigen Kindes und einem fehlenden Schutzbedürfnis letztlich auch *Mitwirkungsrechte für urteilsunfähige Kinder erklären*. Das Gesetz hat diese verschiedenen Stellen ausdrücklich festgeschrieben, indem es einige zusätzliche Mitwirkungs- und Selbstbestimmungsrechte für Kinder zum Verfahren in Angelegenheiten der höchstpersönlichen Rechte vorsieht – unabhängig davon, ob das Kind urteilsfähig oder urteilsunfähig ist. 4.230

Damit kann in Verfahren und Prozedere zu *höchstpersönlichen Belangen* des Kindes, wie Familien- oder Gesundheitsbelangen, grundsätzlich auch von *einem Mitwirkungsrecht des urteilsunfähigen Kindes* ausgegangen werden; ein Rückgriff auf das Würdeprinzip (Art. 7 BV) ist nicht nötig. 4.231

---

319 Steinauer/Fountoulakis, Rz. 223.

320 BGE 117 II 18 E. 7. Bei Handlungsunfähigkeit existiert in der Regel auch kein Gutglaubensschutz: BK-Bucher, Art. 17/18 ZGB N 12 ff., N 129; zu Ausnahmen betr. den Erwerb eines Schuldbriefs oder einer Gült vgl. BGE 89 II 387 E. 3 und betr. das Ersetzen einer Grunddienstbarkeit BGer, 5C.122/2006, 6.10.2006, E. 2.2.

Fristabzug

4.232 Zudem ist das Gespräch mit dem Kind die beste Methode, um herauszufinden, ob das Kind urteilsfähig ist oder nicht.

F. Zusammenfassung der wichtigsten rechtlichen Grundlagen

4.233 Die wichtigsten internationalen UN-Kinderrechte, Art. 12 und Art. 3 KRK, sind in der Schweiz umgesetzt:

- Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist das Meinungsäusserungsrecht des Kindes nach Art. 12 KRK explizit ein direkt anwendbares Recht, das heisst, es ist self-executing.
- Art. 3 KRK ist mit Art. 11 Abs. 1 BV in der Schweiz umgesetzt und verankert.
- Die KRK wird im Übrigen als Auslegungshilfe für die Bestimmung des Inhalts und der Reichweite der Grundrechte angesehen.
- Die internationalen Verfahrensgarantien der EMRK sind in der Schweiz wiederum *direkt anwendbar* und beeinflussen darüber hinaus die Auslegung des nationalen Rechts.[321]

4.234 Mit der Ratifizierung der Völkerrechtsverträge zu Kinder- und Verfahrensrechten hat die Schweiz die völkerrechtliche Pflicht übernommen, die darin verankerten Rechte zu respektieren und umzusetzen. Aufgrund des monistischen Systems in der Schweiz sind diese Bestimmungen grundsätzlich direkt anwendbar und müssen nicht zuerst in nationales Recht umgesetzt werden. Nach Art. 190 BV sind die rechtsanwendenden Gerichte und Behörden verpflichtet, das Völkerrecht anzuwenden.[322] Schweizer Recht ist *völkerrechtskonform* auszulegen und anzuwenden.[323] Bei einem Konflikt zwischen völkerrechtlichen und landesrechtlichen Normen geht die Rechtsprechung von einem grundsätzlichen Vorrang des Völkerrechts aus.[324] Eine klare Regelung wie etwa diejenige Norwegens wäre indes wünschenswert. Norwegen erklärt die EMRK, die UN-Pakte I und II sowie die KRK mitsamt

[321] Rhinow/Schefer/Uebersax, Rz. 3023; vgl. BGE 105 Ia 379 E. 6 oder BGE 129 I 207 zu den «Kriterien der Anwendbarkeit» von Art. 6 EMRK auf Einzelfälle.

[322] Zu den Voraussetzungen vgl. Art. 35 f. EMRK.

[323] Rhinow/Schefer/Uebersax, Rz. 2853 ff., 2857; Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, Rz. 291; Wyttenbach/Schläppi, 431 f.

[324] BGE 142 II 35 E. 3.2; 139 I 16 E. 5.1–5.2 (im Verhältnis zum Verfassungsrecht); BGE 138 II E. 5.

Ersatzzug

Protokollen in einem sog. *Menschenrechtsgesetz*[325] zu direkt anwendbarem Recht, das dem nationalen Recht vorgeht.

Das Mitwirkungsrecht des Kindes nach Art. 12 KRK betrifft alle Verfahren, die seine persönlichen Lebensangelegenheiten, das heisst Gesundheit, Familie, Schule und Status, betreffen. Es ist ein justiziables Recht, das vom materiellen Kinder- und Persönlichkeitsrecht sowie von den allgemeinen Verfahrensgarantien auf verschiedenen Stufen der Schweizer Normenhierarchie gedeckt ist. 4.235

Da Mitwirkungsrechte des Kindes generell *nicht* an bestimmte Voraussetzungen gebunden sind, stehen sie auch urteilsunfähigen Kindern zu.[326] Die Mitwirkungsrechte gelten unabhängig davon, ob ein Kind in einem spezifischen rechtlich untergeordneten Verfahren von Gesetzes wegen oder aufgrund der Rechtsprechung als Partei anerkannt wird oder nicht oder ob es selbstständig handelnde Partei oder vertretene Partei ist. 4.236

Das Mitwirkungsrecht des Kindes umfasst sein Meinungsäusserungsrecht in einem Verfahren, verbunden mit dem Recht, sich eine Meinung bilden zu können, dem Recht, angehört und informiert zu werden und dazu, wenn nötig, auch eine Rechtsvertretung zu bekommen. Zum Mitwirkungsrecht gehört auch, dass seine Meinungsäusserung wahrgenommen wird und sich die Entscheidungsträgerinnen und -träger mit den Inhalten seiner Meinungsäusserung ernsthaft auseinandersetzen. 4.237

Möchte ein Kind in einem Verfahren mitwirken (und wurde dies entsprechend erfragt), so entspricht sein Mitwirkungsrecht seinem subjektiven Willen und damit regelmässig auch dem Kindeswohl.[327] Oft können die Interessen eines Minderjährigen erst durch dessen Mitwirkung bestmöglich gewahrt werden. 4.238

---

325 Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven), LOV-1999-05-21-30, in Kraft seit 21. Mai 1999: «§ 2. Følgende konvensjoner skal gjelde som norsk lov i den utstrekning de er bindende for Norge […]» (Folgende Konventionen sollen als norwegisches Recht in vollem Umfang für Norwegen verbindlich gelten: EMRK, UN-Pakt I und II, KRK mit den zugehörigen Protokollen), und insb. «§ 3. Bestemmelsene i konvensjoner og protokoller som er nevnt i § 2 skal ved motstrid ga foran bestemmelser i annen lovgivning» (Bestimmungen in den Konventionen und Protokollen, die in § 2 genannt werden, gehen gegenteiligen Bestimmungen in anderen Gesetzen vor).

326 Bischof, 241.

327 Es ist weniger eine Frage von Entweder-oder der Kinderrechte oder des Kindeswohls; vgl. Aebi-Müller/Herzig, 109 ff., die das beschränkte Handlungsfähigkeitsrecht des Kindes mit dem Kindeswohl begründen. Dies trifft selbstverständlich zu, doch im Rah-

Fristenzug

4.239 Das übergeordnete Kindesinteresse bzw. das Kindeswohl ist als Leitprinzip unserer Rechtsordnung völker-, verfassungs- und bundesrechtlich[328] anerkannt; es erhebt den Anspruch auf Entscheidungen, die den Interessen jedes einzelnen Kindes bestmöglich gerecht werden.[329] Auch wenn es sich hierbei um einen unbestimmten Rechtsbegriff handelt, ist das damit anvisierte Ziel klar: Den (vielseitigen) Interessen des individuellen Kindes ist in der konkreten Situation vorrangig Rechnung zu tragen – und dazu ist die Mitwirkung des Kindes unumgänglich.

4.240 Ohne Information und ohne Mitwirkung kann eine minderjährige Person ihre Mitwirkungs- und Selbstbestimmungsrechte nicht ausüben. Ohne Information und ohne Mitwirkung der betroffenen minderjährigen Person ist eine Behörde nicht imstande, in ihrem Entscheid das Kindeswohl gebührend zu berücksichtigen. Denn das Kindeswohl umfasst auch den Kindeswillen, das subjektive Kindesinteresse sowie das, was objektiv (nach allgemeiner Meinung) betrachtet im Interesse des Kindes liegt.

4.241 Es existiert eine Vielzahl rechtlicher Grundlagen auf verschiedenen Normstufen, welche die Mitwirkungsrechte (z.B. Recht auf Anhörung) von Kindern in Verfahren ansprechen. Weitere spezifische Verfahrensregeln kommen hinzu (s. Teil 3 dieses Buchs). Zudem sieht das kantonale Recht (betr.■ Schul- und Gesundheitsbelange) teils weitere umfassende Regelungen vor (vgl. § 7 Rz. ■ und § 8 Rz. ■). Weitere Rechtsgrundlagen würden kaum mehr Klarheit bringen. Stattdessen sollten die gesetzliche Harmonisierung, die Weiterbildung von Fachpersonen und das Monitoring der Kinderfreundlichkeit im Verfahren im Vordergrund stehen.

4.242 Der Wortlaut und die Systematik von Art. 11 BV bieten noch viel ungenutzten Auslegungsspielraum und grosses Potenzial für eine bessere Umsetzung von Kinderrechten, namentlich:

– Jedes Verfahren ist ein prototypischer Anwendungsfall dafür, dass ein Kind besonderen Schutz braucht, woraus sich einheitliche Verfahrensgrundsätze zum Schutz des Kindes und zu einem kinderfreundlichen Verfahren ableiten lassen (vgl. § 1 Rz. ■).
– Der Bund muss aufgrund dieser Bestimmung Verantwortung für besondere Massnahmen zum Schutz und zur Förderung von Kindern ergreifen, auch wenn es sich im Resultat um einen Minimalstandard handeln wird. Er kann

men der einmal statuierten Kinderrechte bildet das objektive Kindeswohl i.d.R. keinen Kontrapunkt dazu.

328 Art. 301 i.V.m. Art. 302 Abs. 1 i.V.m. Art. 327b ZGB.

329 Cremer, Vorrang des Kindeswohls, 328.

Erstabzug

sich nicht damit begnügen, in kantonalen Kompetenzbereichen wie Bildung und Gesundheit auch gestützt auf Art. 11 BV nichts zu tun.

– Urteilsfähige Kinder können nach Art. 11 Abs. 2 BV auch in nicht personenbezogenen/höchstpersönlichen Rechten, z.B. in Bildungsbelangen, grundrechtsmündig sein.

Mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Kindes lassen sich seine materiellrechtlichen Mitwirkungsrechte allgemein begründen. Mit der dogmatischen Trennung von Selbstbestimmungsrechten, die ausschliesslich urteilsfähigen Kinder zustehen und Mitwirkungsrechten, die auch urteilsunfähigen Kindern zustehen, lässt sich ferner ein Rückgriff auf das Würdeprinzip (Art. 7 BV) vermeiden. 4.243

Im Ergebnis zeigt sich also, dass diese Persönlichkeitsrechte des Kindes umfangreicher sind als gemeinhin angenommen. Das urteilsfähige Kind hat im Rahmen von Art. 19cZGB mehr Selbstbestimmungsrechte als die weit verbreitete Meinung annimmt, die behauptet, dass ein Kind mit 16 Jahren zwar über seine Religion bestimmen dürfe (Art. 303 ZGB), aber mit allen anderen Entscheiden bis zu seiner Volljährigkeit, also bis es 18-jährig ist, warten müsse. 4.244

Diese Persönlichkeitsrechte sowie der Anspruch auf die vorrangige Respektierung des Kindeswohls einer minderjährigen Person in einem Verfahren sind unauflösbar verbunden mit dem prozessrechtlichen Informations-, Beratungs- und Mitwirkungsanspruch sowie mit dem Meinungsäusserungs- und dem Anhörungsrecht der betreffenden minderjährigen Person. 4.245

Erstabzug

Erstabzug

Teil 3: Stellung und Mitwirkung des Kindes in einzelnen Verfahren

Erstabzug

Erstabzug

§ 5 Jugendstrafverfahren

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung 5.2
B. Parteistellung der Jugendlichen 5.4
C. Wirkungen der Parteistellung 5.5
1. Rechtliches Gehör 5.6
2. Beauftragen einer Rechtsvertretung 5.11
a) Wahlverteidigung 5.12
b) Notwendige Verteidigung 5.13
c) Amtliche Verteidigung 5.16
3. Mitwirkungspflicht bei der Beweiserhebung 5.18
a) Erscheinungspflicht 5.19
b) Gesetzlich vorgesehene Zwangsmassnahmen 5.21
4. Eröffnung des Entscheids oder der Verfügung 5.24
a) Strafbefehlsverfahren 5.25
b) Erstinstanzliches Hauptverfahren 5.26
5. Beschwerderecht 5.27
6. Kostenübernahme 5.30
a) Verfahrenskosten 5.31
b) Vollzugskosten 5.33
7. Unentgeltliche Rechtspflege 5.34
a) Für den beschuldigten Jugendlichen 5.35
b) Für die Privatklägerschaft 5.37
D. Das selbstständig handelnde Kind 5.38
1. Parteifähigkeit 5.39
a) Minderjährige Beschuldigte 5.40
b) Minderjährige Opfer 5.41
2. Prozessfähigkeit 5.42
a) Minderjährige Beschuldigte 5.43
b) Minderjährige Opfer 5.46
E. Das vertretene Kind 5.49
1. Verhältnis zwischen Kind und gesetzlicher Vertretung 5.50
a) Gesetzliche Vertretung 5.51
b) Rechte und Pflichten der gesetzlichen Vertretung 5.52
c) Verhältnis zu den Parteirechten des urteilsfähigen Jugendlichen 5.53
d) Lösungsansätze bei Interessenkollision 5.55
2. Verhältnis zwischen Kind und Vertrauensperson 5.57
a) Beizug einer Vertrauensperson 5.58
b) Aufgaben der Vertrauensperson 5.59
c) Interessenkollision 5.61
F. Das mitwirkende Kind 5.62
1. Direkt betroffenes Kind 5.63
a) Einvernahme 5.64
b) Gegenüberstellung 5.67

Fachzug

c) Begleitung durch das Verfahren . . . 5.68
d) Zeugnis- und Aussageverweigerungsrecht . . . 5.69
2. Zeuge . . . 5.70
a) Begriff . . . 5.71
b) Zeugnisfähigkeit . . . 5.72
c) Zeugnispflicht . . . 5.73
d) Zeugnisverweigerungsrecht . . . 5.76
3. Auskunftsperson . . . 5.78
a) Wer ist als Auskunftsperson einzuvernehmen? . . . 5.79
b) Pflichten und Schutzrechte . . . 5.80
c) Rolle der gesetzlichen Vertretung . . . 5.81
G. Das Kind in der Mediation . . . 5.82
1. «Angeleitetes Versöhnungsverfahren» . . . 5.83
2. Voraussetzungen . . . 5.84
3. Ablauf . . . 5.86
4. Ausschlussgründe . . . 5.88
5. Praktische Bedeutung . . . 5.89
H. Zusammenfassung . . . 5.90

5.1 **Beispiel**

Ein sechzehnjähriger Jugendlicher, angeklagt wegen verschiedener strafbarer Handlungen, wird im Rahmen einer vorläufigen Massnahme in einem Heim untergebracht. Von dort flüchtet er zweimal, wobei er immer von sich aus in die Einrichtung zurückkehrt. Auf der Grundlage von Art. 16 Abs. 2 JStG[1] wird der Jugendliche zu sieben Tagen Isolationshaft in einer Haftvollzugsanstalt verurteilt. Das Gericht begründet dies unter anderem mit seiner Flucht während insgesamt vier Tagen, seinem inadäquaten Verhalten gegenüber den Erzieherinnen und Erziehern sowie seiner fehlenden Reue. Am gleichen Tag, an dem dieser Entscheid gefällt wird, findet ein Netzwerktreffen mit dem Beschuldigten und seinen Eltern statt. Weder erwähnt noch diskutiert der zuständige Richter am Treffen diese Disziplinarmassnahme. Die Eltern werden erst einen Tag nach Beginn des Vollzugs telefonisch darüber informiert. Auch der Jugendliche selbst erhält erst im Laufe des Vollzugs telefonisch durch den zuständigen Richter Auskunft über die Gründe dieser Disziplinarmassnahme. Auf Beschwerde des Jugendlichen, vertreten durch seine Eltern, beurteilt das Kantonsgericht dieses Verhalten als Verstoss gegen den Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 3 Abs. 2 lit. a StPO) und gegen die Prinzipien des Jugendstrafrechts. Ausserdem wird die ausgesprochene Disziplinarmassnahme als unverhältnismässig beurteilt.

(KGer FR, 502 2016 249+262, 25.1.2017)

[1] Gestützt auf Art. 16 Abs. 2 JStG darf ein Jugendlicher im Vollzug einer disziplinarischen Massnahme ausnahmsweise und nicht länger als sieben Tage ununterbrochen von den anderen Jugendlichen getrennt werden.

A. Einleitung

Das Schweizer Jugendstrafrecht zielt auf die Erziehung und den Schutz von beschuldigten Jugendlichen (Art. 2 JStG). Als täterorientiertes Strafrecht liegt der Schwerpunkt des Strafverfahrens darin, eine individuelle, auf die betroffene Person zielende jugendgerechte Sanktion zu finden. Dafür müssen umfassende Kenntnisse zum beschuldigten Jugendlichen sowie zu seinen familiären und schulischen Verhältnissen vorliegen.[2] Zum einen ist daher eine interdisziplinäre Zusammenarbeit mit öffentlichen und privaten Einrichtungen vorgesehen (Art. 31 JStPO), zum anderen sind sowohl beschuldigte Jugendliche als auch ihre gesetzliche Vertretung als Parteien in das Verfahren eingebunden. Im oben erwähnten Fallbeispiel hätte der Richter anlässlich des zeitnahen Netzwerktreffens eine Diskussion mit dem Jugendlichen und seinen Eltern suchen sollen.[3] 5.2

Dieses Kapitel gliedert sich wie folgt: Die beschuldigten Jugendlichen gelten als Rechtssubjekte, weshalb ihre Parteistellung im Strafverfahren grundsätzlich gegeben ist (Rz. ■B.■). Die Wirkungen der Parteistellung (Rz. ■C.■) können teilweise eingeschränkt werden. Erfüllen Jugendliche die Prozessvoraussetzungen, können sie selbstständig handeln (Rz. ■D.■). In der Regel werden die Jugendlichen vertreten (Rz. ■E.■), haben aber im Strafverfahren mitzuwirken (Rz. ■F.■). Die Mediation stellt eine interessante Alternative zum ordentlichen Strafverfahren dar (Rz. ■G.■). Die wichtigsten Punkte werden abschliessend zusammengefasst (Rz. ■H.■). 5.3

B. Parteistellung der Jugendlichen

Das Strafverfahren gibt beschuldigten Jugendlichen[4] die Möglichkeit, als Partei aktiv teilzunehmen. Ihre Parteistellung ist durch Art. 18 lit. a JStPO grundsätzlich gegeben. Weitere Parteien sind die gesetzliche Vertretung der beschuldigten Jugendlichen, die Privatklägerschaft sowie im Haupt- und im Rechtsmittelverfahren die Jugendanwältin oder der Jugendanwalt beziehungsweise die Jugendstaatsanwaltschaft. Sowohl beschuldigte Jugendliche als auch eine allfällige minderjährige Pri- 5.4

[2] Jositsch/Riesen-Kupper, Einleitung N 7 und 15 f.
[3] KGer FR, 502 2016 249+262, 25. 1. 2017, E. 3a.
[4] Als beschuldigt gilt die Person, die in einer Strafanzeige, in einem Strafantrag oder von einer Strafbehörde in einer Verfahrenshandlung einer Strafhandlung verdächtigt, beschuldigt oder angeklagt wird (Art. 111 Abs. 1 StPO).

Erstauflage

vatklägerin müssen gegebenenfalls Einschränkungen bei den Wirkungen der Parteistellung hinnehmen.

C. Wirkungen der Parteistellung

5.5 Die umfangreichste Wirkung der Parteistellung stellt das rechtliche Gehör (Rz. ■1.■) dar. Zu den weiteren Wirkungen gehören das Beauftragen einer Rechtsvertretung (Rz. ■2.■), die Mitwirkungspflicht bei der Beweiserhebung (Rz. ■3.■), das Recht auf Eröffnung des Entscheids (Rz. ■4.■), das Beschwerderecht (Rz. ■5.■), die Regelung der Kostenübernahme (Rz. ■6.■) sowie der Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege (Rz. ■7.■).

1. Rechtliches Gehör

5.6 Die in Art. 18 JStPO genannten Parteien, darunter insbesondere die beschuldigten Jugendlichen, verfügen u.a. über einen Anspruch auf rechtliches Gehör.[5] Sie haben namentlich das Recht,

- Akten einzusehen;
- an Verfahrenshandlungen teilzunehmen;
- einen Rechtsbeistand beizuziehen;
- sich zur Sache und zum Verfahren zu äussern;
- Beweisanträge zu stellen (Art. 107 Abs. 1 StPO) oder
- Eingaben an die Verfahrensleitung zu machen (Art. 109 StPO).

5.7 Rechts*un*kundige, wie es Jugendliche eben gerade sind, müssen von den Behörden auf diese Rechte aufmerksam gemacht werden (Art. 107 Abs. 2 StPO). Dies sollte in einer altersangepassten und für Rechtsunkundige verständlichen Sprache erfolgen.

5.8 Das Recht auf Akteneinsicht kann für die beschuldigten Jugendlichen und ihre gesetzliche Vertretung eingeschränkt werden (Art. 15 lit. a StPO). Davon betroffen sind Akten, die Informationen zur Person und ihren familiären Verhältnissen enthalten. Diese Informationen umfassen etwa Abklärungsberichte, psychologische Untersuchungen oder psychiatrische Gutachten, Berichte und Auskünfte der Schulbehörden oder des Arbeitgebers. Eine solche Einschränkung ist aus Sorge um den Schutz der beschuldigten Jugendlichen gerechtfertigt. Folgerichtig sind

[5] BSK StPO/JStPO-Hebeisen, Art. 18 JStPO N 6.

Ersatzzug

diejenigen Akten, die sich auf die Erhebung des Sachverhalts beziehen, wie etwa Polizeirapporte, Befragungen und Einvernahmeprotokolle oder Resultate von Urin- oder Blutproben, von dieser Einschränkung nicht betroffen.[6]

Weiter kann die Behörde urteilsfähigen Jugendlichen mit Rücksicht auf ihr Alter und ihre ungestörte Entwicklung das Recht auf Teilnahme an bestimmten Verfahrenshandlungen beschränken (Art. 19 Abs. 3 Satz 1 JStPO). Es wird sich dabei regelmässig um Beweiserhebungen der Untersuchungsbehörde handeln, etwa Persönlichkeitsabklärungen. Im Schrifttum wird zu Recht die Meinung vertreten, dass die Beschränkung der Teilnahme analog zu Art. 15 Abs. 1 lit. b JStPO auch auf die gesetzliche Vertretung anzuwenden ist, weil ansonsten die Gefahr besteht, dass diese den betroffenen Jugendlichen dennoch über den Inhalt informiert.[7] Die Rechtsvertretung hingegen ist von dieser Beschränkung ausgenommen (Art. 19 Abs. 3 Satz 2 JStPO). 5.9

Die *Privatklägerschaft* hat im Strafverfahren grundsätzlich denselben Anspruch auf rechtliches Gehör wie die anderen Parteien. In gewissen Punkten ist ihre Stellung jedoch eingeschränkt: Sie nimmt an der Hauptverhandlung nicht teil, ausser wenn besondere Umstände dies erfordern. Ebenso kann sie sich an der Untersuchung nur insoweit beteiligen, als dies den Interessen des beschuldigten Jugendlichen nicht zuwiderläuft (Art. 20 JStPO). Schliesslich entscheidet das Jugendgericht nur über ihre Zivilforderungen, sofern deren Beurteilung ohne zusätzliche Untersuchungen möglich ist (Art. 32 Abs. 3 JStPO zum Strafbefehlsverfahren, Art. 34 Abs. 6 JStPO).[8] 5.10

2. Beauftragen einer Rechtsvertretung

Die Verteidigung beschuldigter Jugendlicher wird durch eine Rechtsvertretung wahrgenommen, die entweder als Wahlverteidigung (Rz. ■a.■), als notwendige Verteidigung (Rz. ■b.■) oder als amtliche Verteidigung (Rz. ■c.■) die Rechte ihres Mandanten wahrt. 5.11

a) Wahlverteidigung

Urteilsfähige beschuldigte Jugendliche sowie die gesetzliche Vertretung können gestützt auf Art. 23 JStPO eine Wahlverteidigung mit der Interessenwahrung des 5.12

[6] Stettler, N 80; Jositsch/Riesen-Kupper, Art. 15 JStPO■ N 9 ff.
[7] BSK StPO/JStPO-Hebeisen, Art. 19 JStPO N 11.
[8] Aebersold, Rz. 799.

Erstauflage

Jugendlichen betrauen. Folglich können unter Umständen zwei Rechtsbeistände beauftragt sein und allenfalls auch unterschiedliche Anträge stellen (siehe Rz. ■§ 5 E. 1.■). Die Wahlverteidigung darf und kann bei Bagatelldelikten und von der ersten Einvernahme an hinzugezogen werden.[9] Da die Wahl einer Rechtsvertretung ein Parteirecht darstellt, kann die Privatklägerschaft ebenfalls einen Rechtsbeistand bestellen.[10]

b) Notwendige Verteidigung

5.13 Eine notwendige Verteidigung ist gestützt auf Art. 24 JStPO, allenfalls auch gegen den Willen der beschuldigten Person, unter folgenden Voraussetzungen vorgesehen:

- Dem Jugendlichen droht ein Freiheitsentzug von mehr als einem Monat oder eine Unterbringung (lit. a);
- der Jugendliche kann die eigenen Verfahrensinteressen nicht ausreichend wahren und auch seine gesetzliche Vertretung ist dazu nicht in der Lage (lit. b);
- die Untersuchungs- oder Sicherheitshaft hat mehr als 24 Stunden gedauert (lit. c);
- der Jugendliche ist vorsorglich in einer Einrichtung untergebracht worden (lit. d);
- die Jugendanwaltschaft beziehungsweise die Jugendstaatsanwaltschaft tritt persönlich an der Hauptverhandlung auf (lit. e).

5.14 Aus dem Sinn und Zweck von Art. 24 JStPO ergibt sich, dass es sich bei den lit. a–e um alternative Anspruchsvarianten (und nicht um kumulative Voraussetzungen) handelt.[11]

5.15 Eine notwendige Verteidigung ist etwa dann zu ernennen, wenn beschuldigte Jugendliche und ihre gesetzliche Vertretung die eigenen Verfahrensinteressen nicht wahrnehmen können. Dies kann aus persönlichen Gründen, z.B. wegen mangelnder Sprachkenntnisse, Interessenkonflikten oder einer spezifischen Unterstützungsbedürftigkeit, der Fall sein. Ebenso können fallbezogene sachliche Gründe wie eine besondere Schwierigkeit oder Komplexität des Verfahrens eine Pflichtverteidigung notwendig machen.[12]

---

[9] Jositsch/Riesen-Kupper, Art. 23 JStPO■ N 2 f.; Aebersold, Rz. 804.
[10] BSK StPO/JStPO-Hebeisen, Art. 18 JStPO N 6.
[11] BGE 138 IV 35 E.6.1, m.w.H.
[12] BGer, 6B_532/2011, 29.9.2011, E. 2.3; BGE 138 IV 35 E. 6.3 f.; BGer, 1B_112/2013, 12.4.2013, E. 3.4.

Fistabzug

c) Amtliche Verteidigung

Besteht trotz Aufforderung keine Wahlverteidigung und handelt es sich um einen Fall notwendiger Verteidigung, muss zwingend eine amtliche Verteidigung bestellt werden (Art. 25 JStPO). Ein typischer Anwendungsfall besteht dann, wenn die gesetzliche Vertretung respektive der beschuldigte Jugendliche aus finanziellen Gründen auf eine Verteidigung verzichten will.[13] Die Behörden haben dann unverzüglich eine auf Jugendstrafverfahren spezialisierte Verteidigung zu bestellen.[14] Weitere Ausführungen dazu finden sich im Abschnitt zur unentgeltlichen Rechtspflege (unten Rz. ■). 5.16

Beispiel 5.17

Die Jugendanwaltschaft führt eine Strafuntersuchung gegen einen Jugendlichen, der im untersuchten Tatzeitraum etwas weniger als 15 Jahre alt war, wegen Verdacht auf sexuelle Handlungen mit Kindern, sexuelle Nötigung, Vergewaltigung, Schändung und Körperverletzung. Zuerst bewilligt die Jugendanwaltschaft die amtliche Verteidigung bis zur Durchführung der Zweitbefragung des mutmasslichen Opfers, dann aber widerruft sie die amtliche Verteidigung drei Wochen später. Eine vom Beschuldigten dagegen erhobene Beschwerde heisst das Appellationsgericht gut. Es weist die Jugendanwaltschaft an, dem Beschuldigten für das gesamte Strafverfahren die amtliche Verteidigung zu gewähren, solange der Vorwurf der Vergewaltigung beziehungsweise sexuellen Nötigung aufrechterhalten wird. Das Bundesgericht erwägt, dass im vorliegenden Fall das Alter des beschuldigten Jugendlichen, die Schwere der gegen ihn erhobenen Tatvorwürfe, die prozessuale Konstellation des Falles sowie die Schulbildung und Sprachkenntnisse seiner gesetzlichen Vertretung für die sachliche Gebotenheit der amtlichen Verteidigung im Sinne von Art. 24 lit. b JStPO sprechen.

(BGE 138 IV 35 E.6.4)

3. Mitwirkungspflicht bei der Beweiserhebung

Das Strafverfahren kennt grundsätzlich keine Mitwirkungspflicht für beschuldigte Jugendliche. Sie dürfen ihre Aussage und ihre Mitwirkung im Strafverfahren verweigern, denn sie müssen sich nicht selbst belasten. Dieser Grundsatz wird eingeschränkt durch ihre Pflicht, vor Gericht zu erscheinen (Rz. ■a.■), und durch gesetzlich vorgesehene Zwangsmassnahmen (Rz. ■b.■). 5.18

[13] In der Praxis stellt die Kostenfolge einer notwendigen Verteidigung gerade für Mittelstandsfamilien ein Problem dar; vgl. Urwyler/Nett, 143.

[14] BSK StPO/JStPO-Hebeisen, Art. 25 JStPO N 2 ff.

a) Erscheinungspflicht

5.19 Der beschuldigte Jugendliche muss vor Gericht erscheinen, auch wenn er die Aussage verweigern will (Art. 35 JStPO; Art. 201 ff. StPO). Folglich kann er, falls notwendig, vorgeführt (Art. 205 ff. StPO) oder bei Fluchtgefahr in Untersuchungshaft (Art. 221 Abs. 1 lit. a StPO) gesetzt werden. Grundsätzlich gilt die persönliche Erscheinungspflicht für die Hauptverhandlung vor dem Jugendgericht und der Berufungsinstanz sowohl für den beschuldigten Jugendlichen als auch für seine gesetzliche Vertretung (Art. 35 Abs. 1 JStPO). Ist die Anwesenheit des Jugendlichen bei der ersten Verhandlung zwingend, kann unter Umständen auf die Anwesenheit der gesetzlichen Vertretung verzichtet werden, auch wenn sie vorgeladen wurde (siehe dazu unten Rz. ■).

5.20 Ausnahmsweise kann das Gericht den Jugendlichen von der Hauptverhandlung ganz oder teilweise ausschliessen, wenn überwiegende private oder öffentliche Interessen dies rechtfertigen. Ein (Teil-)Ausschluss kann weiter dann erfolgen, wenn das Opfer verlangt, eine Begegnung mit der beschuldigten Person vermeiden zu wollen (Art. 152 Abs. 3 und Art. 153 Abs. 2 StPO i.V.m. Art. 117 Abs. 1 lit. c StPO). Zu den Einschränkungen betreffend die Teilnahme an Verfahrenshandlungen siehe bereits in Rz. 9■.

b) Gesetzlich vorgesehene Zwangsmassnahmen

5.21 Gemäss Art. 113 Abs. 1 StPO muss sich die beschuldigte Person gesetzlich vorgesehenen Zwangsmassnahmen unterziehen. Hierzu gehören etwa

- eine Untersuchungshaft (Art. 224 ff. StPO);
- körperliche Untersuchungen und Durchsuchungen (Art. 241 ff. StPO);
- Hausdurchsuchungen (Art. 244 ff. StPO);
- DNA-Analysen (Art. 255 ff. StPO); oder
- Beschlagnahmungen von Gegenständen und Vermögenswerten (Art. 263 ff. StPO).

5.22 Diese Zwangsmassnahmen gelten grundsätzlich auch für das Jugendstrafverfahren (Art. 3 Abs. 1 JStPO), wobei die Persönlichkeitsrechte und der Schutz der Jugendlichen, unter angemessener Berücksichtigung des Alters und des Entwicklungsstands, besonders zu achten sind (Art. 4 JStPO). In Ausnahmefällen und nach Prüfung sämtlicher Möglichkeiten von Ersatzmassnahmen darf eine Untersuchungshaft auch gegen mutmassliche Straftäterinnen und Straftäter im Alter zwischen 10 und 15 Jahren angeordnet werden.

Erstabzug

Beispiel 5.23

Ein mutmasslich zwölfjähriger Junge wird am 9. Dezember 2013 von der Polizei angehalten, da ein Haftbefehl wegen Verdacht auf Beteiligung an einem Einbruch besteht. Der Jugendliche gibt zu, in der Schweiz bereits Einbrüche begangen zu haben. Weiter gibt er an, dass er über keine Ausweispapiere verfüge, seine Eltern in Rumänien lebten und er bei seiner Grossmutter in Frankreich lebe, deren Wohnadresse er jedoch nicht bekannt geben will. Der Junge wird in einer speziellen Einrichtung für Jugendliche in Untersuchungshaft gesetzt. Am 9. Januar 2014 spricht ihn der Jugendrichter des versuchten Diebstahls und wegen weiterer Delikte schuldig. Die gegen die Untersuchungshaft erhobene Beschwerde wird vom Bundesgericht abgewiesen. Die Anordnung einer Untersuchungshaft gegenüber Jugendlichen unter 15 Jahren ist als ultima ratio grundsätzlich zulässig. Aufgrund der fehlenden Ausweispapiere, der unbekannten Wohnadresse sowie der Fluchtgefahr ist die Massnahme zudem verhältnismässig.

(BGE 142 IV 389)

4. Eröffnung des Entscheids oder der Verfügung

Aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör leitet sich die Pflicht der Behörde ab, den Entscheid zu eröffnen (Art. 29 Abs. 2 BV; Art. 6 Ziff. 1 EMRK). Dabei ist zwischen dem Strafbefehlsverfahren (Rz. ■a.■) und dem erstinstanzlichen Hauptverfahren (Rz. ■b.■) zu unterscheiden. 5.24

a) Strafbefehlsverfahren

Der Strafbefehl wird dem beschuldigten Jugendlichen und seiner gesetzlichen Vertretung auf schriftlichem Weg zugestellt. Die Privatklägerschaft erhält nur so weit Kenntnis, wie ihre Anträge behandelt werden (Art. 32 Abs. 4 lit. a und lit. b JStPO). Da es zulässig ist, einen beschuldigten Jugendlichen vor dem Erlass des Strafbefehls nicht einzuvernehmen (Art. 32 Abs. 2 JStPO), kann das Verfahren ohne direkten Kontakt zwischen der beschuldigten Person und der Untersuchungsbehörde abgeschlossen werden. Damit ist die eigentlich erwünschte Auseinandersetzung des Jugendlichen mit seiner Straftat nicht gewährleistet. Besonders im Wiederholungsfall oder in Fällen, die über den Bagatellbereich hinausgehen, sollte daher der Inhalt und die Bedeutung des Strafbefehls dem beschuldigten Jugendlichen in einer altersangepassten, verständlichen Sprache eröffnet werden.[15] 5.25

[15] BSK StPO/JStPO-Hebeisen, Art. 32 JStPO N 10; differenziert: Riedo, Rz. 2313 ff., 2327; Jositsch/Riesen-Kupper, Art. 32 JStPO■ N 8 ff. und 20.

Entwurf

b) Erstinstanzliches Hauptverfahren

5.26 Das Strafurteil wird dem beschuldigten Jugendlichen und seiner gesetzlichen Vertretung möglichst mündlich eröffnet und sogleich begründet (Art. 37 Abs. 1 JStPO). Einem verurteilten Jugendlichen kann dadurch unmittelbar erklärt werden, welche Sanktionen aus seiner Straftat folgen. Das Gericht händigt das Urteilsdispositiv am Ende der Verhandlung aus oder stellt es den Parteien und anderen Verfahrensbeteiligten[16] innert fünf Tagen zu. Die schriftliche Begründung wird dem urteilsfähigen beschuldigten Jugendlichen und der gesetzlichen Vertretung sowie der Privatklägerschaft und den anderen Verfahrensbeteiligten, soweit ihre Anträge behandelt werden, zugestellt (Art. 37 Abs. 3 JStPO). Das Gericht kann auf eine schriftliche Begründung verzichten, wenn es das Urteil mündlich begründet und keinen Freiheitsentzug und keine Schutzmassnahme verhängt hat (Art. 37 Abs. 4 JStPO).

5. Beschwerderecht

5.27 Sowohl der urteilsfähige Jugendliche als auch die gesetzliche Vertretung sind zum Ergreifen von Rechtsmitteln legitimiert (Art. 38 JStPO, hinsichtlich Strafbefehl: Art. 32 Abs. 5 lit. a JStPO). Dazu sind beide je selbstständig berechtigt.[17] Jede Partei und auch andere Verfahrensbeteiligte, die ein rechtlich geschütztes Interesse an der Aufhebung oder Änderung eines Entscheids haben (Art. 38 Abs. 3 JStPO i.V.m. Art. 382 Abs. 1 StPO), sind zur Beschwerde legitimiert.

5.28 Rechtsmittelbelehrungen sind in der Praxis Standard, führen aber durch die schwer verständlichen juristischen Formulierungen oft zu Verständnisproblemen.[18] Letzteren könnte einfach begegnet werden, indem sowohl in der schriftlichen als auch in der mündlichen Rechtsmittelbelehrung eine altersgemässe Sprache gewählt wird.

5.29 Die *Privatklägerschaft* kann einen Entscheid hinsichtlich der ausgesprochenen Sanktion nicht anfechten (Art. 382 Abs. 2 StPO), wohl aber in allen anderen Punkten, soweit sie in ihren rechtlich geschützten Interessen betroffen ist.[19]

---

16 Siehe bereits die Ausführungen unter Rz. ■Teil 3, § 5 A.1■.

17 Riedo, Rz. 2434; eine andere Meinung vertreten BSK StPO/JStPO-Bürgin/Biaggi, Art. 38 JStPO N 2: Sind der gesetzlichen Vertretung Kosten auferlegt worden, handelt die gesetzliche Vertretung im eigenen Namen. Ansonsten handeln sie in Vertretung des Jugendlichen.

18 Urwyler/Nett, 144 f.

19 BSK StPO/JStPO-Ziegler/Keller, Art. 382 StPO N 4; Riedo, Rz. 2439.

Erstabzug

6. Kostenübernahme

Bei Fragen betreffend die Kostenübernahme ist zwischen Verfahrenskosten (Rz. ■ a.■) und Vollzugskosten (Rz. ■b.■) zu unterscheiden. 5.30

a) Verfahrenskosten

Gemäss Art. 422 StPO umfassen Verfahrenskosten zum einen die Gebühren zur Deckung des Aufwands, beispielsweise Kosten für allgemeine Aufwendungen der Jugendstrafbehörden, und zum anderen die Auslagen im konkreten Streitfall, wie etwa Kosten für eine amtliche Verteidigung oder ein Gutachten. 5.31

Erfüllt ein beschuldigter Jugendliche gemäss Art. 426 StPO die Voraussetzungen für eine Kostenauflage zu seinen Lasten, so können seine Eltern, unabhängig von der konkreten Regelung der elterlichen Sorge, für die Kosten solidarisch haftbar erklärt werden (Art. 44 Abs. 2 JStPO).[20] In der Praxis spielt die Haftung der Eltern allerdings eine eher marginale Bedeutung, da die Voraussetzungen gemäss Art. 333 ZGB erfüllt sein müssen.[21] 5.32

b) Vollzugskosten

Die Vollzugskosten von Schutzmassnahmen und Strafen einer im Laufe des Verfahrens angeordneten Beobachtung oder vorsorglichen Unterbringung werden grundsätzlich vom Staat getragen (Art. 45 Abs. 2–4 JStPO). Die Eltern haben sich im Rahmen ihrer zivilrechtlichen Unterhaltspflicht an den Kosten der Schutzmassnahmen und der Beobachtung zu beteiligen (Art. 45 Abs. 5 JStPO). Mit dem Begriff *Eltern* statt *gesetzlicher Vertretung* wird explizit auf das Kindesverhältnis und nicht auf die elterliche Sorge abgestellt.[22] Zivilrechtlich ist die elterliche Unterhaltsplicht in Art. 276 Abs. 1 ZGB geregelt und enthält auch unter dem neuen Unterhaltsrecht keine Berechnungsvorgaben, sondern stellt individuell auf die Lebensverhältnisse der Eltern ab. Verfügen Jugendliche über ein regelmässiges Erwerbseinkommen oder über Vermögen, so können sie zu einem angemessenen Beitrag an die Vollzugskosten verpflichtet werden (Art. 45 Abs. 6 JStPO). Denkbar ist etwa die Abgabe 5.33

[20] Zur Regelung der Kostentragung des Beschuldigten: Art. 426 Abs. 1–3 StPO, der Privatklägerschaft: Art. 427 Abs. 1 StPO, des Strafantragstellers: Art. 427 Abs. 2 StPO, im Rechtsmittelverfahren: Art. 428 StPO.

[21] BSK StPO/JStPO-Hebeisen, Art. 44 JStPO N 5; Riedo, Rz. 2537.

[22] Riedo, Rz. 2551; BSK StPO/JStPO-Hebeisen, Art. 45 JStPO N 8.

Freiabzug

eines Teils des erzielten Lehrlingslohns als Beteiligung an den Verpflegungskosten bei Halbgefangenschaft.[23]

7. Unentgeltliche Rechtspflege

5.34 Im Strafverfahren kann die unentgeltliche Rechtspflege und der unentgeltliche Rechtsbeistand dem beschuldigten Jugendlichen (Rz. ■a.■) wie auch der Privatklägerschaft (■b.■) zuerkannt werden:

a) Für den beschuldigten Jugendlichen

5.35 Eine amtliche Verteidigung, die seitens des Staats bestellt und grundsätzlich vorerst von ihm entschädigt wird, kommt gemäss Art. 25 Abs. 1 JStPO nur bei einer notwendigen Verteidigung eines beschuldigten Jugendlichen infrage (siehe dazu bereits Rz. ■Teil 3, § 5.A. 2.b.)■).

5.36 Im Erwachsenenstrafrecht wird eine amtliche Verteidigung bei fehlenden Eigenmitteln auch angeordnet, wenn sie als *geboten* erachtet wird. Im Jugendstrafrecht fehlt eine entsprechende Bestimmung. Dies wird im Schrifttum zu Recht kritisiert.[24] In analoger Anwendung von Art. 132 Abs. 2 StPO sollte für beschuldigte Jugendliche die Abwägung vorgenommen werden, ob eine amtliche Verteidigung aufgrund tatsächlicher oder rechtlicher Schwierigkeiten, denen die beschuldigte Person nicht gewachsen wäre, geboten ist.

b) Für die Privatklägerschaft

5.37 Die Privatklägerschaft hat Anspruch auf (teilweise) unentgeltliche Rechtspflege, um ihre Zivilansprüche geltend zu machen, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und die Zivilklage nicht aussichtslos erscheint (Art. 136 Abs. 1 StPO). Die unentgeltliche Rechtspflege umfasst die Befreiung von Vorschuss- und Sicherheitsleistungen sowie von den Verfahrenskosten (Art. 136 Abs. 2 lit. a und b StPO). Sie umfasst zudem die Bestellung einer Rechtsvertretung, wenn dies zur Wahrung der Rechte der Privatklägerschaft notwendig ist (Art. 136 Abs. 2 lit. c StPO). Gilt die geschädigte Person gleichzeitig als *Opfer,*[25] kann sie subsidiär zur prozessrechtlichen unentgeltlichen Rechtspflege Hilfe gestützt auf das Opferhilfe-

[23] BSK StPO/JStPO-Hebeisen, Art. 45 JStPO N 9.

[24] Riedo, Rz. 1797 f.; Aebersold, Rz. 809.

[25] Gestützt auf Art. 1 Opferhilfegesetz (s. sogleich Fn. 26■) hat jede Person, die durch eine Straftat in ihrer körperlichen, psychischen oder sexuellen Integrität unmittelbar

Erstabzug

gesetz[26] in Anspruch nehmen. Will das Opfer etwa nur als Strafkläger auftreten und auf eine Zivilklage verzichten, so können gemäss Art. 13 und 14 OHG die Beratungsstellen die Kosten für eine Rechtsvertretung übernehmen.[27] Diese sind gemäss Art. 30 Abs. 3 OHG nicht rückerstattungspflichtig.

D. Das selbstständig handelnde Kind

Das selbstständig handelnde Kind muss sowohl parteifähig (Rz. ■a.■) als auch prozessfähig (Rz. ■b.■) sein. 5.38

1. Parteifähigkeit

Die Parteifähigkeit bestimmt sich nach Zivilrecht (siehe Rz. ■). Es ist zwischen minderjährigen Beschuldigten (Rz. ■a.■) und minderjährigen Opfern[28] (Rz. ■b. ■) zu unterscheiden. 5.39

a) Minderjährige Beschuldigte

Wie bereits festgestellt (Rz. ■§ 5 A.1.■), gelten minderjährige Beschuldigte sowie minderjährige Privatkläger im Jugendstrafverfahren als Parteien (Art. 18 lit. a und lit. c JStPO). Nur *Jugendliche zwischen dem vollendeten 10. und dem vollendeten 18. Lebensjahr* fallen unter das Jugendstraf(prozess)recht (Art. 3 Abs. 1 JStG; Art. 1 JStPO).[29] Für die Bestimmung des anzuwendenden Verfahrensrechts – Jugendstrafprozess- oder Strafprozessrecht – ist der Tatzeitpunkt massgeblich. Es kann demnach vorkommen, dass ein volljähriger Beschuldigter dem Verfahren nach JStPO unterliegt.[30] 5.40

---

beeinträchtigt worden ist, Anspruch auf Unterstützung nach diesem Gesetz. Weiter können auch ihre Kinder Anspruch auf Opferhilfe haben.

26 Bundesgesetz über die Hilfe an Opfer von Straftaten vom 23. März 2007 (OHG; SR 312.5).

27 BSK StPO/JStPO-Mazzucchelli/Postizzi, Art. 137 StPO N 19.

28 Als Opfer gilt die geschädigte Person, die durch die Straftat in ihrer körperlichen, sexuellen oder psychischen Integrität unmittelbar beeinträchtigt worden ist (Art. 116 Abs. 1 StPO). Als Angehörige des Opfers gelten seine Eltern sowie die Personen, die ihm in ähnlicher Weise nahestehen (Art. 116 Abs. 2 StPO; Art. 1 OHG). Eine Person gilt als geschädigt, wenn sie durch die Straftat in ihren Rechten unmittelbar verletzt worden ist (Art. 115 Abs. 1 StPO) oder wenn sie zur Stellung eines Strafantrags berechtigt ist (Art. 115 Abs. 2 StPO).

29 Siehe bereits oben Rz. ■Teil 1, II., B.3■.

30 Riedo, Rz. 1721 und 1393 ff.

Fussabzug

b) Minderjährige Opfer

5.41 Ein minderjähriges Opfer erhält Parteistellung (Art. 18 lit. c JStPO; Art. 104 lit. b StPO), wenn es als geschädigte Person einen Strafantrag stellt (Art. 118 Abs. 2 StPO) oder ausdrücklich erklärt, sich am Strafverfahren als Privatklägerschaft beteiligen zu wollen (Art. 118 Abs. 1 StPO). Hier stellt sich sogleich die Frage nach der Prozessfähigkeit, denn diese Erklärung stellt bereits eine Verfahrenshandlung dar, deren gültige Vornahme Prozessfähigkeit erfordert.[31]

2. Prozessfähigkeit

5.42 In Bezug auf die Prozessfähigkeit gelten für minderjährige Beschuldigte (Rz. ■a. ■) andere Voraussetzungen als für minderjährige Opfer (Rz. ■b.■).

a) Minderjährige Beschuldigte

5.43 Beschuldigte Jugendliche gelten als grundsätzlich handlungsunfähig und werden daher durch ihre gesetzliche Vertretung vertreten (Art. 106 StPO; Art. 19 Abs. 1 JStPO).

5.44 Sind beschuldigte Jugendliche *urteilsfähig,* so können sie ihre Parteirechte, namentlich alle Verteidigungsrechte, selbstständig wahrnehmen (Art. 19 Abs. 1 und 2 JStPO). Im Strafverfahren wird das Vorhandensein der Urteilsfähigkeit vermutet. Wie im Zivilverfahren wird auch im Strafverfahren die Urteilsfähigkeit konkret im Hinblick auf die infrage stehende Verfahrenshandlung beurteilt.[32]

5.45 Neben der Urteilsfähigkeit stellt die *Verhandlungsfähigkeit* der beschuldigten Person eine weitere Voraussetzung für die selbstständige Ausübung der Parteirechte dar.■Satz bitte prüfen■ Diese ist gegeben, wenn sie an der Verhandlung teilzunehmen und dieser inhaltlich zu folgen vermag, ihre Teilnahmerechte bei Beweiserhebungen ausüben, die gegen sie erhobenen Vorwürfe verstehen und dazu Stellung nehmen kann. Ist die beschuldigte Person vertreten, sind an ihre Verhandlungsfähigkeit keine hohen Anforderungen zu stellen.[33]

---

31 BSK StPO/JStPO-Mazzucchelli/Postizzi, Art. 118 StPO N 10.
32 BSK StPO/JStPO-Hebeisen, Art. 19 JStPO N 5.
33 Riedo, Rz. 1730 ff.

Erstabzug

b) Minderjährige Opfer

Bei Minderjährigen ist zwischen urteilsfähigen (Rz. ■aa.■) und urteilsunfähigen (Rz. ■bb.■) Opfern zu unterscheiden: 5.46

aa) Urteilsfähige Opfer

Gemäss Art. 106 Abs. 3 StPO können urteilsfähige Jugendliche neben ihrer gesetzlichen Vertretung jene Verfahrensrechte ausüben, die höchstpersönlicher Natur sind. So können urteilsfähige Jugendliche z.B. als Privatklägerschaft im Verfahren selbstständig auftreten; es genügt die Urteilsfähigkeit hinsichtlich des Strafpunkts.[34] Wollen urteilsfähige Jugendliche auch bezüglich des Zivilpunkts als Privatklägerschaft auftreten, so wird im Schrifttum die Zustimmung der gesetzlichen Vertretung vorausgesetzt, zumindest wenn es sich dabei um grössere Schadenersatzforderungen oder Genugtuungsansprüche handelt.[35] 5.47

bb) Urteilsunfähige Opfer

Urteilsunfähige Opfer sind regelmässig auf das Handeln ihrer gesetzlichen Vertretung angewiesen. Diese Konstellation wird dann problematisch, wenn die gesetzliche Vertretung des Kindes als Beschuldigte am Strafverfahren beteiligt ist oder aus sonstigen Gründen ein Konflikt zwischen ihnen besteht. Kinder benötigen dann eine eigenständige Vertretung.[36] Die StPO sieht einen solchen «Automatismus» nicht vor. Immerhin muss die Strafverfolgungsbehörde die zuständige KESB über eingeleitete Verfahren und Strafentscheide informieren, wenn dies zum Schutz der geschädigten Person erforderlich ist (Art. 75 Abs. 2 und 3 StPO). Die KESB trifft dann die notwendigen Kindesschutzmassnahmen und die Befugnisse der gesetzlichen Vertretung in der entsprechenden Angelegenheit entfallen von Gesetzes wegen (Art. 306 Abs. 2 und Abs. 3 ZGB; siehe dazu Rz. ■). 5.48

E. Das vertretene Kind

Das Jugendstrafrecht geht davon aus, dass ein Kind, das in ein Strafverfahren involviert ist, grundsätzlich durch seine gesetzliche Vertretung handelt (Rz. ■1.■). Zudem räumt es der Vertrauensperson eine unterstützende Funktion ein (Rz. ■2.■). 5.49

[34] BSK StPO/JStPO-Mazzucchelli/Postizzi, Art. 118 StPO N 10.
[35] BSK StPO/JStPO-Hebeisen, Art. 20 JStPO N 3.
[36] Vgl. Wyss Sisti, 239.

Erstabzug

1. Verhältnis zwischen Kind und gesetzlicher Vertretung

5.50 Zunächst ist der Begriff der gesetzlichen Vertretung zu umschreiben (Rz. ■a.■). Anschliessend werden die Rechte und Pflichten der gesetzlichen Vertretung (Rz. ■b.■) sowie deren Verhältnis zu den Parteirechten des urteilsfähigen Jugendlichen (Rz. ■c.■) aufgezeigt und schliesslich Lösungsansätze bei einer allfälligen Interessenkollision (Rz. ■d.■) präsentiert.

a) Gesetzliche Vertretung

5.51 Die JStPO verwendet in der Regel den Begriff *gesetzliche Vertretung* statt *Eltern*. Es wird auf das elterliche Sorgerecht abgestellt, in welchem das Vertretungsrecht enthalten ist (Art. 304 Abs. 1 ZGB).[37] In der Praxis ist zu differenzieren: Spielt die gesetzliche Vertretung im Leben der beschuldigten Person eine untergeordnete Rolle, so ist beispielsweise ihre Anwesenheit an der Hauptverhandlung gestützt auf Art. 35 JStPO nicht zwingend erforderlich. Der nicht sorgeberechtigte Elternteil hingegen kann unter Umständen wichtige Auskünfte zur Gesamtbeurteilung der persönlichen Situation des Jugendlichen geben. In diesem Fall ist der Elternteil ohne Sorgerecht zur Hauptverhandlung einzuladen.[38]

b) Rechte und Pflichten der gesetzlichen Vertretung

5.52 Die gesetzliche Vertretung wird in Art. 18 JStPO neben dem beschuldigten Jugendlichen als *Partei* definiert. Der Jugendliche handelt grundsätzlich durch die gesetzliche Vertretung (Art. 19 Abs. 1 JStPO). Entsprechend stehen der gesetzlichen Vertretung sämtliche Parteibefugnisse zu, auch diejenigen der StPO, wie etwa jederzeit Eingaben an die Untersuchungsbehörde zu machen (Art. 109 StPO). Die gesetzliche Vertretung kann durch die Jugendstrafbehörde ausdrücklich *zur Mitwirkung verpflichtet* werden, sollte sie ihre Parteirechte nicht wahrnehmen oder vorwiegend passiv bleiben (Art. 12 JStPO). Diese Mitwirkungspflicht kann wahlweise mittels Verwarnung, Ordnungsbusse oder Gefährdungsmeldung an die zivilrechtliche Kindesschutzbehörde durchgesetzt werden.[39] In der Praxis dürfte sich die gesetzliche Vertretung mehrheitlich kooperativ zeigen. Andernfalls ist subsidiär, d.h. nach eigenem Bemühen um Zusammenarbeit, die KESB zu informieren. Die finanzielle Sanktionierung wird

---

37 Eine Ausnahme bildet die Kostenübernahme, bei der von den rechtlichen Eltern ausgegangen wird; s. Rz. ■Teil 3, B.6■.

38 BSK StPO/JStPO-Bürgin/Biaggi, Art. 35 JStPO N 9.

39 Aebersold, Rz. 767.

Ersatzzug

kaum zielführend sein.[40] Bei der *Einvernahme* der gesetzlichen Vertretung ist sich die Lehre uneins, ob sie als Zeugin[41] oder als Auskunftsperson respektive als Partei sui generis[42] vorzuladen und zu Protokoll einzuvernehmen ist. In jedem Fall steht ihr ein Aussageverweigerungsrecht zu (analoge Anwendung von Art. 168 StPO).[43]

c) Verhältnis zu den Parteirechten des urteilsfähigen Jugendlichen

Beschuldigte Jugendliche können bei bestehender Urteilsfähigkeit, die sich nach Art. 16 ZGB bestimmt,[44] ihre Parteirechte selbstständig wahrnehmen (Art. 19 Abs. 2 JStPO). Die Mitwirkung der gesetzlichen Vertretung neben den urteilsfähigen Jugendlichen ist somit regelmässig entweder kumulativ[45] oder alternativ[46] möglich.[47] Die gesetzliche Vertretung kann ihre Parteirechte jedoch auch gegen den Willen des Jugendlichen wahrnehmen, da ihr eine Fürsorgepflicht zukommt.[48] In diesem Fall muss sie zum Wohl des Jugendlichen handeln.[49] 5.53

Erreicht der beschuldigte Jugendliche während der laufenden Strafuntersuchung die Volljährigkeit, verliert die gesetzliche Vertretung die Parteistellung und damit auch das Recht auf Information. Dies ändert sich auch bei einer allfälligen fortbestehenden Kostenbeteiligung nicht.[50] Steht etwa die Beteiligung der gesetzlichen Vertretung am Massnahmenverlauf wie etwa bei Schutzmassnahmen im Raum, so ist das (schriftliche) Einverständnis des volljährigen Jugendlichen einzuholen.[51] 5.54

---

40 BSK StPO/JStPO-Hug/Schläfli, Art. 12 JStPO N 6 f.

41 Riedo, Rz. 1766.

42 BSK StPO/JStPO-Hebeisen, Art. 19 JStPO N 12.

43 Riedo, Rz. 1766; BSK StPO/JStPO-Hebeisen, Art. 19 JStPO N 12.

44 BSK StPO/JStPO-Hebeisen, Art. 19 JStPO N 5.

45 Zum Beispiel in Art. 9 JStPO (Ablehnung Jugendrichter).

46 Zum Beispiel in Art. 14 JStPO (Öffentlichkeit der Verhandlung auf Antrag des urteilsfähigen Jugendlichen oder der gesetzlichen Vertretung).

47 Eine vollständige Aufzählung aller Bestimmungen mit Rechten und Pflichten der gesetzlichen Vertretung im Jugendstrafprozess findet sich bei BSK StPO/JStPO-Hebeisen, Art. 18 JStPO N 9 f.

48 Erläuterungen Änderungen zur JStPO, 3149; Verfügung der Schweizerischen Bundesanwaltschaft vom 30. April 2003, VPB 68.13, E. 6.

49 BSK StPO/JStPO-Hebeisen, Art. 18 JStPO N 11.

50 BSK StPO/JStPO-Hebeisen, Art. 19 JStPO N 3.

51 Ansonsten kann eine Anzeige wegen Amtsgeheimnisverletzung folgen; BSK StPO/JStPO-Hebeisen, Art. 19 JStPO N 3.

Erstabzug

d) Lösungsansätze bei Interessenkollision

5.55 Die Praxis nennt als mögliche Auslöser für Interessenkollisionen die anfallenden Kosten hinsichtlich einer zu bestellenden Verteidigung[52] oder widersprüchliche Prozessinteressen.[53] Typische Interessenkollisionen liegen etwa vor, wenn

- die gesetzliche Vertretung selbst gegen den Jugendlichen Strafanzeige eingereicht hat;
- die gesetzliche Vertretung selbst in die untersuchte Straftat verwickelt ist;
- Hinweise auf Gewalt, Missbrauch oder Misshandlungen in der Familie bestehen.

5.56 In den genannten Fällen kann die gesetzliche Vertretung die Interessen des Jugendlichen nicht ausreichend wahren. Neben der anzuordnenden Verteidigung für Jugendliche gestützt auf Art. 24 lit. b JStPO ist insbesondere in Fällen von Gewalt, Missbrauch oder Misshandlungen in der Familie die Kindesschutzbehörde einzuschalten (Art. 4 Abs. 4 JStPO). Diese errichtet gestützt auf Art. 307 ff. ZGB die geeigneten Kindesschutzmassnahmen. Die elterliche Sorge kann entsprechend beschränkt werden (Art. 308 Abs. 3 ZGB). Sollte die Kindesschutzbehörde anstelle der gesetzlichen Vertretung handeln, entsteht dadurch für die Kindesschutzbehörde keine Parteistellung im Jugendstrafverfahren.[54] Immerhin kann sie gemäss Art. 38 Abs. 1 lit. b JStPO Beschwerde einlegen, soweit die gesetzliche Vertretung fehlt.

2. Verhältnis zwischen Kind und Vertrauensperson

5.57 Kinder, die als Parteien in das Strafverfahren involviert sind, können Unterstützung durch eine Rechtsvertretung (siehe bereits Rz. ■Teil 3, § 5 B.2.■) oder eine Vertrauensperson erfahren. Im Folgenden wird nach grundsätzlichen Erwägungen zum Beizug einer Vertrauensperson (Rz. ■a.■) auf ihre Aufgaben (Rz. ■b.■) sowie auf die Problematik der Interessenkollision (Rz. ■c.■) eingegangen.

---

52 Die gesetzliche Vertretung kann gemäss Art. 44 Abs. 3 JStPO für die dem Jugendlichen auferlegten Verfahrenskosten solidarisch haftbar gemacht werden.

53 Urwyler/Nett, 144.

54 BSK StPO/JStPO-Hebeisen, Art. 18 JStPO N 11.

Erstabzug

a) Beizug einer Vertrauensperson

Beschuldigte Jugendliche dürfen eine Vertrauensperson beiziehen, sofern die Interessen der Untersuchung oder überwiegende private Interessen einem solchen Beizug nicht entgegenstehen (Art. 13 JStPO). Dies ist in allen Verfahrensstadien möglich, insbesondere auch im Untersuchungsverfahren. Wird die Öffentlichkeit von der Gerichtsverhandlung ausgeschlossen, können sich die beschuldigte Person, das Opfer und die Privatklägerschaft von höchstens drei Vertrauenspersonen begleiten lassen (Art. 70 Abs. 2 StPO). 5.58

b) Aufgaben der Vertrauensperson

Die Hauptaufgabe der Vertrauensperson besteht in der Begleitung der Jugendlichen in den Verfahren neben einer allfällig bestehenden Rechtsvertretung.[55] Weiter soll sie psychische und moralische Unterstützung leisten. Damit sie diese Rolle auch tatsächlich wahrnehmen kann, ist ihre Anwesenheit – möglichst in demselben Raum und nahe beim Jugendlichen – in allen Phasen des Strafverfahrens (Ermittlungs-, Untersuchungs- und Gerichtsverfahren) notwendig. Da die Vertrauensperson weder Partei ist noch eine prozessuale Stellung innehat, wird sie nicht zur Hauptverhandlung geladen. Sie darf jedoch beschuldigte Jugendliche dorthin begleiten. Entsprechend hat das Gericht Jugendliche mit der Vorladung darüber zu informieren, dass sie eine Vertrauensperson mitbringen dürfen. Die Jugendlichen müssen die Angaben zur Identität der Vertrauensperson dem Gericht zwecks Überprüfung vor der Verhandlung mitteilen.[56] 5.59

Die Vertrauensperson hat neben der Unterstützungsfunktion keine weiteren Aufgabenbereiche. Sie hat kein Beanstandungs-, Antrags- oder Fragerecht. Hingegen wird der Vertrauensperson zugestanden, mit dem Jugendlichen während der Befragung zu sprechen und ihn zu beraten, namentlich hinsichtlich seiner prozessualen Rechte.[57] In dieser Hinsicht überschneidet sich der Aufgabenbereich der Rechtsvertretung mit demjenigen der Vertrauensperson. 5.60

[55] Zur Rechtsvertretung bereits Rz. ■Teil 3, II., 2. b■; siehe auch Rz. ■Konzept Teil 1, I■.

[56] BSK StPO/JStPO-Bürgin/Biaggi, Art. 35 JStPO N 12 f.

[57] Aebersold, Rz. 769 ff.; BSK StPO/JStPO-Wehrenberg, Art. 152 StPO N 12 f. und Art. 154 StPO N 5 f.

Freiexemplar

c) Interessenkollision

5.61 Als Vertrauenspersonen werden in der Regel Personen aus dem näheren Umfeld des beschuldigten Jugendlichen eingesetzt. Auch ein Elternteil ist zulässig.[58] Dies ist dann sinnvoll, wenn der Elternteil zwar ein Näheverhältnis zum Kind hat, jedoch nicht Inhaber der elterlichen Sorge ist. Andernfalls verfügt der Elternteil als Sorgerechtsinhaber bereits über Parteistellung im Verfahren und erhält keine zusätzlichen Rechte als Vertrauensperson. Die Einsetzung einer Vertrauensperson aus dem familiären Umfeld kann jedoch zu einer Interessenkollision führen. Denkbar ist auch eine mögliche Beeinflussung.[59] Besteht diese Möglichkeit, sodass Jugendliche nicht vollständig oder wahrheitsgetreu auszusagen wagen, darf die Behörde die Vertrauensperson des Opfers vom Verfahren ausschliessen (Art. 154 Abs. 3 StPO). Auch die Vertrauensperson beschuldigter Jugendlicher kann von Untersuchungshandlungen (Art. 13 JStPO) oder von der Hauptverhandlung (Art. 35 Abs. 2 JStPO) teilweise oder ganz ausgeschlossen werden, wenn Interessen der Untersuchung respektive überwiegende private oder öffentliche Interessen bestehen. Dieser Ausschluss sollte frühzeitig erfolgen, damit die Jugendlichen eine andere Vertrauensperson bestimmen können.[60] Bezugspersonen aus dem Freundes- oder Bekanntenkreis dürfen ebenfalls mit der Aufgabe der Vertrauensperson betraut werden. Hier gilt es ebenfalls darauf zu achten, dass keine Interessenkollision besteht.

F. Das mitwirkende Kind

5.62 Direkt betroffene Kinder, die entweder als beschuldigte Personen oder als Privatklägerschaft auftreten, erhalten Parteistellung. Ihre Mitwirkungsrechte wurden bereits unter Rz. ■Teil 3, II.B.1.ff.■ vorgestellt. In diesem Abschnitt liegt der Fokus auf den Mitwirkungsrechten direkt betroffener, geschädigter Kinder[61] als «andere Verfahrensbeteiligte» (Rz. ■1.■).[62] Zudem kann ein Kind in einem Strafverfahren als Zeuge (Rz. ■2.■) oder als Auskunftsperson (Rz. ■3.■) mitwirken.

---

58 Riedo, Rz. 1825.

59 Siehe dazu oben Rz. ■5 D.1■.

60 Siehe zur Interessenkollision im Strafverfahren Rz. ■Teil 3, § 5 D.1■; BSK StPO/JStPO-Wehrenberg, Art. 154 StPO N 5.

61 Wobei Art. 154 Abs. 1 StPO als Kind eine Person definiert, die zum Zeitpunkt der Einvernahme oder der Gegenüberstellung weniger als 18 Jahre alt ist.

62 Gemäss Art. 105 Abs. 1 lit. a StPO gilt die geschädigte Person im Strafverfahren als «andere Verfahrensbeteiligte». Parteistellung erhalten diese Personen nur, wenn sie sich

Freiexemplar

1. Direkt betroffenes Kind

Hat das Kind keine Parteistellung, bildet dessen Einvernahme respektive Befragung die wichtigste Mitwirkungsart (Rz. ■a.■), ausnahmsweise kann auch eine Gegenüberstellung erfolgen (Rz. ■b.■). Seine Begleitung durch das Verfahren (Rz. ■c.■) sowie das Recht auf Aussageverweigerung (Rz. ■d.■) sind nicht explizite Schutzbestimmungen für das Kind, sie erhalten aber durch dessen Verletzlichkeit eine besondere Bedeutung. 5.63

a) Einvernahme

Bei Einvernahmen von Kindern als geschädigte Personen gelten besondere Schutzmassnahmen: Die erste Einvernahme hat so rasch als möglich stattzufinden (Art. 154 Abs. 2 StPO). Zwei Ziele werden damit verfolgt: Zum einen sollen die Aussagen des Kindes möglichst unbeeinflusst entgegengenommen werden können, um damit die Verwertbarkeit der Aussagen zu verbessern. Zum anderen soll dadurch eine sekundäre Viktimisierung verhindert werden. Trotz der Anforderung der möglichst zeitnahen Einvernahme muss dieser eine sorgfältige Planung und Vorbereitung vorangehen, da Kinder möglichst nur einmal einvernommen werden sollten (Art. 154 Abs. 4 lit. b StPO).[63] 5.64

Nicht jede Einvernahme stellt für das Kind dieselbe Belastung dar. Je nach Art und Umständen der Tat, deren Auswirkungen auf das Kind, je nach Alter und Reife des Kindes oder je nach Art des Verhältnisses zwischen dem Kind und der beschuldigten Person kann eine seelische Beeinträchtigung längere Zeit andauern. Ist erkennbar, dass die Einvernahme für das Kind zu einer schweren psychischen Belastung führen könnte, so gelten die folgenden Regeln gemäss Art. 154 Abs. 4 lit. b–f StPO: 5.65

- Das Kind darf während des ganzen Verfahrens in der Regel nicht mehr als zweimal einvernommen werden (lit. b).
- Eine zweite Einvernahme findet nur statt, wenn die Parteien bei der ersten Einvernahme ihre Rechte nicht ausüben konnten oder dies im Interesse der Ermittlungen oder des Kindes unumgänglich ist. Soweit möglich erfolgt die Befragung durch die gleiche Person, welche die erste Einvernahme durchgeführt hat (lit. c).

als Privatkläger im Sinne von Art. 118 StPO konstituieren; Riedo, Rz. 1849. Die Stellung der Zeugen und Auskunftspersonen wird nachfolgend in Rz. ■2. sowie 3. dieses Teils■ erläutert.

63 BSK StPO/JStPO-Wehrenberg, Art. 154 StPO N 4; Ryser Büschi, 264 ff.

Freiexemplar

- Einvernahmen werden im Beisein einer Spezialistin oder eines Spezialisten von einer zu diesem Zweck ausgebildeten Ermittlungsbeamtin oder einem entsprechenden Ermittlungsbeamten durchgeführt. Findet keine Gegenüberstellung statt, so werden die Einvernahmen mit Bild und Ton aufgezeichnet (lit. d).
- Die Parteien üben ihre Rechte durch die befragende Person aus (lit. e).
- Die befragende Person und die Spezialistin oder der Spezialist halten ihre besonderen Beobachtungen in einem Bericht fest (lit. f).

5.66 Die Beschränkung der Anzahl Einvernahmen ist eine Ordnungsvorschrift i.S.v. Art. 141 Abs. 3 StPO. Eine dritte Einvernahme des Kindes ist deshalb ausnahmsweise möglich und verwertbar. Die Einvernahmen werden durch Ermittlungsbeamten, Polizistinnen oder durch die Staatsanwaltschaft geführt, ein direktes Fragerecht der Parteien und deren Rechtsvertretung ist ausgeschlossen. Der Spezialist oder die Spezialistin nimmt im Hintergrund eine Beobachtungs- und Überwachungsfunktion ein.[64]

b) Gegenüberstellung

5.67 Eine direkte Gegenüberstellung zwischen dem minderjährigen Opfer und dem Täter kann je nach Umständen eine schwere Belastung für das Kind darstellen. Betrifft die Straftat die sexuelle Integrität des Kindes, ist eine Gegenüberstellung gegen den Willen des Opfers grundsätzlich ausgeschlossen (Art. 153 Abs. 2 StPO). Kann eine Gegenüberstellung zu einer schweren psychischen Belastung des Kindes führen, wird diese nur angeordnet, wenn das Kind diese ausdrücklich verlangt (Art. 154 Abs. 4 lit. a StPO). Vorbehalten bleibt jeweils bei beiden Bestimmungen, dass der Anspruch auf rechtliches Gehör der beschuldigten Person auf andere Weise gewährleistet werden kann. Als Ersatzmassnahme kann etwa vorgesehen werden, dass die gesamte Einvernahme audiovisuell in einen anderen Raum übertragen wird. Die beschuldigte Person kann von dort aus die Einvernahme mitverfolgen und Ergänzungsfragen stellen. Zudem sind auch zufällige persönliche Begegnungen durch die Behörden zu verhindern, soweit das Opfer dies verlangt (Art. 152 Abs. 3 StPO).[65]

64 Ryser Büschi, 267, m.w.H.
65 Ryser Büschi, 268 f., m.w.H.

Erstabzug

c) Begleitung durch das Verfahren

Bei allen Verfahrenshandlungen darf sich das Kind sowohl *von einem Rechtsbeistand als auch von einer Vertrauensperson begleiten* lassen (Art. 152 Abs. 2 StPO).[66] Bei einer Einvernahme sollte die Vertrauensperson zur moralischen Unterstützung neben dem Kind sitzen können oder sich zumindest im gleichen Raum aufhalten dürfen.[67] Siehe zum Rechtsbeistand bereits die Ausführungen in Rz. ■Teil 3, § 5 B. 2■ und Rz. ■Teil 3, § 5 D.2■ zur Vertrauensperson. 5.68

d) Zeugnis- und Aussageverweigerungsrecht

Richten sich Ermittlungen im Strafverfahren gegen Familienmitglieder, sind die Zeugnis- und Aussageverweigerungsrechte des Opfers zu beachten. Wie im Folgenden dargestellt wird, ist dabei entscheidend, ob das Kind als Zeuge mit der damit verbundenen Aussagepflicht oder als Auskunftsperson einvernommen wird. 5.69

2. Zeuge

Nach der Definition des Begriffs (Rz. ■a.■) und den Kriterien der Zeugnisfähigkeit (Rz. ■b.■) werden im Folgenden die Zeugnispflicht (Rz. ■c.■) und das Zeugnisverweigerungsrecht (Rz. ■d.■) erläutert. 5.70

a) Begriff

Zeugin oder Zeuge ist eine an der Begehung einer Straftat nicht beteiligte Person, die der Aufklärung dienende Aussagen machen kann und nicht Auskunftsperson ist (Art. 162 StPO). Auch die geschädigte Person wird grundsätzlich als Zeugin einvernommen (Art. 166 StPO), wenn sie nicht als Auskunftsperson nach Art. 178 StPO einzuvernehmen ist. Dies ist etwa der Fall, wenn sie als Privatklägerschaft gemäss Art. 104 Abs. 1 lit. b StPO in das Verfahren einbezogen ist und damit ein unmittelbares Interesse am Ausgang des Verfahrens hat (Art. 178 lit. a StPO). 5.71

---

[66] Gleiches gilt auch für die zu schützende Person. Besteht die Annahme, dass die Mitwirkung im Verfahren als Zeuge, als Auskunftsperson oder als beschuldigte Person für die Person selbst oder für eine Person, die mit ihr in einem Verhältnis nach Art. 168 Abs. 1–3 StPO steht, zu einer erheblichen Gefahr für Leib und Leben oder einem anderen schweren Nachteil führen kann, so gilt sie als eine zu schützende Person mit Anspruch auf besondere Schutzmassnahmen. Die Verfahrensleitung trifft auf Gesuch oder von Amtes wegen die geeigneten Schutzmassnahmen (Art. 149 StPO).

[67] Ryser Büschi, 269 f.

Erstabzug

b) Zeugnisfähigkeit

5.72 Um als zeugnisfähig zu gelten, werden zwei Kriterien herangezogen: Zum einen wird vorausgesetzt, dass die Person älter als 15 Jahre ist, zum anderen hat sie hinsichtlich des Gegenstands der Einvernahme im Zeitpunkt der Zeugenaussage[68] urteilsfähig zu sein (Art. 163 Abs. 1 StPO). Implizit wird damit angenommen, dass Jugendliche über 15 Jahre grundsätzlich in allen Belangen urteilsfähig sein und deshalb als Zeugen einvernommen werden können. Dennoch bezieht sich der Begriff der Urteilsfähigkeit auf Art. 16 ZGB und ist entsprechend als relativer Begriff immer in Bezug auf eine bestimmte Person und auf eine bestimmte Frage hin abzuklären.[69] Psychische Voraussetzungen sind unter anderem die Fähigkeiten, Gegebenheiten objektiv wahrzunehmen, sich daran erinnern zu können und diese von Fantasien unterscheiden zu können (Suggestionsresistenz) sowie sich sprachlich einigermassen differenziert ausdrücken zu können.[70] Jugendliche unter 15 Jahren sind als Auskunftsperson einzuvernehmen (siehe sogleich Rz. 5.78 ff.■). Bestehen Zweifel an der Urteilsfähigkeit oder liegen Anhaltspunkte für psychische Störungen vor, so kann die Verfahrensleitung eine ambulante Begutachtung des Zeugen anordnen, wenn die Bedeutung des Strafverfahrens und des Zeugnisses dies rechtfertigt (Art. 164 Abs. 2 StPO). Die Prüfung der Glaubhaftigkeit von Aussagen ist primär Sache der Gerichte. Nur unter besonderen Umständen ist auf eine Begutachtung zurückzugreifen. Namentlich für die Abklärung des Wahrheitsgehalts von kindlichen Zeugenaussagen bei Verdacht auf sexuellen Kindsmissbrauch bestehen fachliche Standards wie die sogenannte Aussageanalyse. Sie basiert darauf, dass wahre und falsche Schilderungen unterschiedliche geistige Leistungen erfordern. Konkret wird geprüft, ob das Kind in der Lage wäre, die fragliche Aussage zu machen, ohne das geschilderte Geschehen tatsächlich erlebt zu haben. Nur wenn dies verneint werden muss, gilt die Aussage als wahr.[71]

c) Zeugnispflicht

5.73 Die Pflichten eines Zeugen umfassen das persönliche Erscheinen und die Aussage an sich sowie die Bindung an eine umfassende und wahrheitsgetreue Aussage.[72]

---

68 BSK StPO/JStPO-Bähler, Art. 163 StPO N 14.
69 Donatsch, Art. 163 StPO N 2; BSK StPO/JStPO-Bähler, Art. 163 StPO N 10 ff.
70 Scheidegger, 9.
71 BGE 128 I 81 E.2.
72 BSK StPO/JStPO-Bähler, Art. 163 StPO N 15 ff.

Fischer

Die Aussage kann sich entweder auf die Tat selbst oder auf deren Begleitumstände beziehen, nicht jedoch auf persönliche Werturteile und Interpretationen.[73]

Das Erscheinen kann erzwungen werden, indem etwa eine Ordnungsbusse (Art. 64 StPO) angedroht wird oder mittels polizeilicher Vorführung (Art. 207 ff. StPO). Allenfalls können bei Säumnis Verfahrenskosten und Entschädigungen derjenigen verfahrensbeteiligten Person auferlegt werden, die sie verursacht hat (Art. 417 StPO). Da Art. 3 JStPO keine Ausnahmeregelung betreffend diese Zwangsinstrumente vorsieht, können sie grundsätzlich auch auf Jugendliche Anwendung finden. Immerhin sind sie anhand der Grundsätze von Art. 4 JStPO auszulegen (Art. 3 Abs. 3 JStPO), namentlich unter Berücksichtigung des Alters und des Entwicklungsstands des Jugendlichen (Art. 4 Abs. 1 JStPO) sowie unter Achtung der Grundsätze von Verhältnismässigkeit und Subsidiarität (Art. 4 Abs. 2 JStPO). Die Erscheinungspflicht gilt auch, wenn Jugendliche sich auf ihr Verweigerungsrecht berufen möchten, denn eine Aussagepflicht kann auch bei Vorliegen eines Zeugnisverweigerungsrechts teilweise weiterbestehen.[74] Soweit eine Aussage zu machen ist, sollte sie klar und vollständig sein, wobei zu Beginn der Einvernahme die Beziehungen zu den Parteien sowie zur Glaubwürdigkeit der Person geklärt werden sollten.[75] Besonders wichtig erscheint bei der Einvernahme von minderjährigen Zeugen deren Aufklärung über den Begriff der «falschen Aussage». Nicht nur eine wissentliche Falschaussage, sondern auch das Verschweigen von relevanten Umständen oder die falsche Behauptung von Nichtwissen unterliegt diesem Begriff und ist somit nach Art. 307 StGB strafbar.[76] 5.74

Bei der Einvernahme von Jugendlichen als Zeugen kann die Verfahrensleitung besondere Schutzmassnahmen anordnen (Art. 149 Abs. 4 StPO), wie etwa deren rasche Einvernahme (Art. 154 Abs. 2 StPO). Ist erkennbar, dass die Einvernahme oder die Gegenüberstellung für Jugendliche zu einer schweren psychischen Belastung führen könnte, so gelten die besonderen Regeln von Art. 154 Abs. 4 StPO (siehe Rz. 5.65■). 5.75

[73] Scheidegger, 3.

[74] BSK StPO/JStPO-Vest/Horber, Vorbem. zu Art. 168–176 StPO N 2; BSK StPO/JStPO-Bähler, Art. 163 StPO N 15.

[75] BSK StPO/JStPO-Bähler, Art. 163 StPO N 18. Zur Glaubwürdigkeit siehe Rz. ■Teil 3 III.A.2■.

[76] BSK StPO/JStPO-Bähler, Art. 163 StPO N 19.

Ersatzexemplar

d) Zeugnisverweigerungsrecht

5.76 Die hier beschriebenen Zeugnisverweigerungsrechte für Jugendliche gründen auf deren persönlichen Beziehungen zur (Pflege-)Familie (Art. 168 StPO) oder sollen sie selbst respektive die nahen Angehörigen vor Belastung durch die eigene Aussage schützen (Art. 169 StPO). Zum einen gilt der Schutz für die in gerader Linie (Pflege-)Verwandten der beschuldigten Person (Art. 168 Abs. 1 lit. c StPO), zum anderen für die (Pflege-)Geschwister der beschuldigten Person (Art. 168 Abs. 1 lit. d StPO). Dem Opfer einer Straftat gegen die sexuelle Integrität steht in jedem Fall ein Aussageverweigerungsrecht zu Fragen betreffend seine Intimsphäre zu (Art. 169 Abs. 4 StPO). Die Aussagepflicht, die in Art. 168 Abs. 4 StPO verankert ist, geht dieser Schutznorm nach.[77]

5.77 Ob das Zeugnisverweigerungsrecht überhaupt genutzt wird, ist ein Entscheid höchstpersönlicher Natur. Urteilsfähige Jugendliche können gestützt auf Art. 19c Abs. 1 ZGB selbstständig darüber entscheiden.[78] Unter Berücksichtigung der Relativität des Urteilsfähigkeitsbegriffs wird Urteilsfähigkeit ab einem Alter von 10 bis 12 Jahren angenommen. Zur Beantwortung der Frage, ob die Urteilsfähigkeit gegeben ist, ist zum einen der individuelle Entwicklungsstand des Jugendlichen und zum anderen die infrage stehende Situation zu berücksichtigen.[79]

3. Auskunftsperson

5.78 Zuerst wird diskutiert, wer als Auskunftsperson einvernommen wird (Rz. ■a.■), um dann deren Pflichten und Schutzrechte (Rz. ■b.■) sowie die Rolle der gesetzlichen Vertretung respektive der KESB (Rz. ■c.■) zu erläutern.

a) Wer ist als Auskunftsperson einzuvernehmen?

5.79 Haben Jugendliche zur Zeit der Einvernahme das 15. Altersjahr noch nicht zurückgelegt oder steht ihre Urteils*un*fähigkeit fest, werden sie als Auskunftspersonen einvernommen (Art. 178 lit. b StPO).[80] Gleiches gilt für die Privatklägerschaft (Art. 178 lit. a StPO). Umstritten ist, ob die gesetzliche Vertretung, die immer auch Partei im Strafverfahren ist, als Zeugin oder «nur» als Auskunftsperson einvernom-

---

77 Ryser Büschi, 271.

78 Ryser Büschi, 272; BSK StPO/JStPO-Vest/Horber, Vorbem. zu Art. 168–176 StPO N 5.

79 Scheidegger, 107 f., m.w.H.

80 BSK StPO/JStPO-Vest/Horber, Vorbem. zu Art. 168–176 StPO N 5.

Erstabzug

men werden darf. In Art. 178 StPO wird die gesetzliche Vertretung nicht als Auskunftsperson aufgeführt, was dafür spricht, die gesetzliche Vertretung als Zeugin einzuvernehmen.[81] Immerhin steht ihr das Zeugnisverweigerungsrecht gestützt auf Art. 168 Abs. 1 lit. c und g StPO zu. Ist im Einzelfall allerdings eine Mittäterschaft oder eine Teilnahme der gesetzlichen Vertretung nicht auszuschliessen, ist die gesetzliche Vertretung als Auskunftsperson einzuvernehmen (Art. 178 lit. d StPO).

b) Pflichten und Schutzrechte

Die Auskunftsperson gibt Auskunft über eigene Wahrnehmungen und ist – mit Ausnahme der Privatklägerschaft (Art. 180 Abs. 2 StPO) – weder zur Aussage verpflichtet (Art. 180 Abs. 1 StPO) noch untersteht sie der Wahrheitspflicht. Ihr steht somit ein allgemeines Aussageverweigerungsrecht zu. Immerhin werden Auskunftspersonen auf die möglichen Straffolgen einer falschen Anschuldigung, einer Irreführung der Rechtspflege und einer Begünstigung aufmerksam gemacht (Art. 181 Abs. 2 StPO).[82] Die Bestimmungen über die Einvernahme beschuldigter Personen werden sinngemäss angewandt (Art. 180 Abs. 1 StPO).[83] Allenfalls gelten auch hier besondere Schutzmassnahmen, wenn erkennbar ist, dass die Einvernahme des Kindes für dieses zu einer schweren psychischen Belastung führen könnte (Art. 149 Abs. 4 i.V.m. Art. 154 Abs. 4 StPO). 5.80

c) Rolle der gesetzlichen Vertretung

Bei urteilsunfähigen Kindern entscheidet die gesetzliche Vertretung über den Gebrauch des Aussageverweigerungsrechts.[84] Verbietet diese die Aussage, darf das Kind nicht befragt werden, selbst wenn es dies wollte. Lässt die gesetzliche Vertretung die Einvernahme zu, so entscheidet das Kind, ob es aussagen möchte.[85] Sollte ein Elternteil als beschuldigte Person in das Verfahren involviert sein, trifft der andere Elternteil diesen Entscheid allein. Gilt dieser jedoch als befangen oder sind etwa beide Elternteile im Strafverfahren involviert, so ist gestützt auf Art. 306 Abs. 2 ZGB eine Beistandschaft zu errichten respektive kann die Kindesschutzbehörde selbst über die Frage des Aussageverweigerungsrechts entscheiden. Die Kin- 5.81

[81] Der Argumentation von Riedo folgend; Riedo, Rz. 1766.
[82] Scheidegger, 4.
[83] Riedo, Rz. 1934.
[84] BSK StPO/JStPO-Vest/Horber, Vorbem. zu Art. 168–176 StPO N 5.
[85] Scheidegger, 107; BSK StPO/JStPO-Vest/Horber, Vorbem. zu Art. 168–176 StPO N 5.

Fahnenabzug

desschutzbehörde handelt selbst, wenn die Angelegenheit beispielsweise■ dringlich und die Frage einfach und schnell zu beantworten ist.[86]

G. Das Kind in der Mediation

5.82 Aufgrund der erzieherischen und präventiven Zielsetzung der Jugendstrafprozessordnung (Rz. ■2■) wurde die Mediation in Art. 17 JStPO als «angeleitetes Versöhnungsverfahren»[87] aufgenommen (Rz. ■1.■). In den folgenden Abschnitten werden die Voraussetzungen (Rz. ■2.■), der Ablauf (Rz. ■3.■), die Ausschlussgründe (Rz. ■4.■) und die praktische Bedeutung (Rz. ■5.■) umrissen.

1. «Angeleitetes Versöhnungsverfahren»

5.83 Die Mediation bildet eine Methode der «Restorative Justice». Dabei wird versucht, einen Dialog zu führen, statt auf die Bestrafung des Täters hinzuwirken. Das Ziel besteht darin, eine Lösung für einen triadischen Konflikt zwischen Opfer, Täter und Gesellschaft zu finden.[88] Die Auseinandersetzung mit der Tat und der eigenen Verantwortung daran soll beim Täter eine erzieherische Wirkung erzielen. Das Opfer muss bereit sein, die vereinbarte Wiedergutmachung (finanziell oder durch aktives Tun) beziehungsweise die Entschuldigung zu akzeptieren und auf eine weitere Bestrafung durch den Staat zu verzichten.[89]

2. Voraussetzungen

5.84 Gemäss Art. 17 Abs. 1 JStPO können die Untersuchungsbehörde und die Gerichte ein Mediationsverfahren veranlassen, wenn die folgenden zwei Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind:[90]

- Schutzmassnahmen sind nicht notwendig oder die Behörde des Zivilrechts hat bereits geeignete Massnahmen angeordnet (lit. a); und
- die Voraussetzungen von Art. 21 Abs. 1 JStG sind nicht erfüllt (lit. b).

---

86 BSK ZGB I-Schwenzer/Cottier, Art. 306 N 7b; CHK-Biderbost, Art. 306 ZGB N 2.
87 Aebersold, Rz. 306.
88 Queloz, 3 f.
89 Siehe dazu Urwyler/Nett, 91.
90 BSK StPO/JStPO-Hug/Schläfli, Art. 17 JStPO N 9.

Erstabzug

Damit kommt die Mediation in Bagatellfällen nicht zur Anwendung, die Straf- 5.85
befreiung erhält den Vorrang vor der Mediation.[91]

3. Ablauf

Die Untersuchungsbehörde und die Gerichte können das Verfahren jederzeit sistieren und eine auf dem Gebiet der Mediation geeignete Organisation oder Person mit der Durchführung eines Mediationsverfahrens beauftragen (Art. 17 Abs. 1 JStPO). Im Kanton Freiburg kann das Gericht die Stellungnahme einer Mediationsperson einholen, bevor es die Mediation anordnet (Art. 33 Abs. 3 MedV/FR[92]). Im Kanton Zürich ist ebenfalls eine Vorprüfung durch die Mediationsperson vorgesehen (§ 6 MedV/ZH[93]). Der Mediationsversuch soll bereits im Untersuchungsverfahren durchgeführt werden können.[94] Mit der aussergerichtlichen Mediation wird eine «geeignete Organisation oder Person» beauftragt. In der Praxis werden freischaffende Mediationspersonen, private Vereine oder staatliche Fachstellen mit der Mediation beauftragt.[95] So übernimmt im Kanton Freiburg etwa das «Büro für Mediation in Jugendstrafsachen» diese Aufgabe, das administrativ dem kantonalen Amt für Justiz zugewiesen ist. Die Eignung der mit der Mediation beauftragten Person wird angenommen, wenn sie über eine fachspezifische Qualifikation, etwa eine anerkannte Ausbildung in Mediation, verfügt respektive dem Schweizerischen Dachverband Mediation angehört.[96] Die Kantone haben teilweise weitere Anforderungen formuliert. So verlangt beispielsweise der Kanton Zürich nebst den anerkannten Mediationskenntnissen Kenntnisse im Straf- und Strafprozessrecht, insbesondere im Jugendstraf- und Jugendstrafprozessrecht, sowie einen guten Leumund (§ 2 Abs. 2 MedV/ZH). In Freiburg findet die Mediation in der Regel in Anwesenheit der gesetzlichen Vertretung der Parteien statt (Art. 36 Abs. 2 MedV/FR). Die Parteien können sich von ihrer Rechtsvertretung, einem Vertreter des Jugendamts und von einer Vertrauensperson begleiten lassen (Art. 36 Abs. 3 5.86

91 Aebersold, Rz. 787.

92 Verordnung über die Mediation in Zivil-, Straf- und Jugendstrafsachen des Kantons Freiburg vom 6. Dezember 2010 (MedV/FR; SGF 134.11).

93 Verordnung über die Mediation im Jugendstrafverfahren des Kantons Zürich vom 3. November 2010 (MedV/ZH; LS 321.6).

94 Aebersold, Rz. 783.

95 Demierre, 90.

96 BSK StPO/JStPO-Hug/Schläfli, Art. 17 JStPO N 15 f.; Aebersold, Rz. 785. In der Praxis scheint dies jedoch nicht durchwegs garantiert; siehe die Kritik diesbezüglich bei Demierre, 90.

Freiexemplar

MedV/FR). Im Kanton Zürich kann die Mediatorin den Parteien gestatten, sich von ihrer gesetzlichen Vertretung oder einer Vertrauensperson begleiten zu lassen. Die Zulassung der Vertrauensperson der beschuldigten Person richtet sich nach Art. 13 JStPO (§ 7 Abs. 2 MedV/ZH).

5.87 Die Mediation gilt als gelungen und das Strafverfahren wird eingestellt (Art. 17 Abs. 2 JStPO), wenn eine förmliche Vereinbarung zwischen den Parteien erfolgt und sich insbesondere das Opfer als befriedigt erklärt. Die Vereinbarung regelt etwa den Schadenersatz und die Genugtuung, den Rückzug des Strafantrags bei Antragsdelikten respektive die Desinteresseerklärung betreffend die Fortsetzung des Verfahrens bei Offizialdelikten sowie weitere Handlungen wie etwa eine aktive Wiedergutmachung oder offizielle Entschuldigung.[97]

4. Ausschlussgründe

5.88 Eine Mediation erscheint vor allem dann sinnvoll, wenn im Hinblick auf die Art der Delikte ein Opfer entweder in seiner körperlichen Integrität oder in seinem Vermögen geschädigt wurde, nicht jedoch beispielsweise bei Seriendelikten oder abstrakten Gefährdungsdelikten etwa im Strassenverkehr.[98] Ein Ausschlussgrund kann unter Umständen das öffentliche Interesse bei besonders schweren oder verwerflichen Straftaten sein. Im Kanton Freiburg ist bei schwerwiegenden Delikten eine vorgängige Genehmigung durch die Staatsanwaltschaft einzuholen (Art. 33 Abs. 2 MedV/FR). Sollte die beschuldigte Person die Tatsachen kategorisch bestreiten oder ist keine Einsicht in das Fehlverhalten zu erwarten, ist auf eine Mediation zu verzichten. Ein Mediationsverfahren macht ausserdem keinen Sinn, wenn die Tat auf eine Suchterkrankung zurückzuführen ist.[99]

5. Praktische Bedeutung

5.89 Da es sich bei Art. 17 JStPO um eine «Kann-Vorschrift» handelt, können die Untersuchungsbehörde und das Gericht auf eine Mediation verzichten, selbst wenn beide Voraussetzungen für ein solches Verfahren erfüllt sind. Meditation bleibt denn in der Praxis auch in vielen Kantonen ein wenig genutztes Instrument, das insgesamt

---

97 BSK StPO/JStPO-Hug/Schläfli, Art. 17 JStPO N 16; Aebersold, Rz. 783 ff.

98 Riedo, Rz. 2406; BSK StPO/JStPO-Hug/Schläfli, Art. 17 JStPO N 13; Aebersold, Rz. 797.

99 BSK StPO/JStPO-Hug/Schläfli, Art. 17 JStPO N 14.

Erstauflage

nur etwa in 1,5% der eröffneten Jugendstrafverfahren und vor allem in Verfahren mit unter 15-Jährigen angewendet wird.[100] Praktische Bedeutung hat die Mediation vor allem in jenen Kantonen erlangt, die diese Methode durch eine eigene gesetzliche Basis institutionalisiert haben.[101]

H. Zusammenfassung

Die *Parteistellung* der beschuldigten minderjährigen Person ist durch Art. 18 lit. a JStPO grundsätzlich gegeben. Beschuldigte Jugendliche gelten als grundsätzlich handlungsunfähig und werden daher durch ihre gesetzliche Vertretung vertreten (Art. 106 StPO; Art. 19 Abs. 1 JStPO). Urteilsfähige beschuldigte Jugendliche können ihre Parteirechte, namentlich alle *Verteidigungsrechte*, selbstständig wahrnehmen (Art. 19 Abs. 1 und 2 JStPO). Sie müssen jedoch gewisse Einschränkungen in ihren Parteirechten hinnehmen. Urteilsfähige beschuldigte Jugendliche dürfen eine *Wahlverteidigung* auch für Bagatelldelikte und von der ersten Einvernahme an hinzuziehen. Im Vergleich zum Erwachsenenstrafrecht ist die amtliche Verteidigung im Jugendstrafrecht nur in Fällen der notwendigen Verteidigung vorgesehen, nicht jedoch, wenn sie als geboten erscheint. Die beschuldigte Person hat zwar vor Gericht zu erscheinen und Zwangsmassnahmen zu erdulden, sie muss jedoch nicht aussagen. Sowohl der Strafbefehl als auch das Urteil werden dem beschuldigten Jugendlichen persönlich auf schriftlichem Weg zugestellt. Problematisch erscheint, dass im Strafbefehlsverfahren kein direkter Kontakt zwischen den beschuldigten Jugendlichen und der Untersuchungsbehörde entsteht, da eine Einvernahme nicht verpflichtend ist. Damit ist eine Auseinandersetzung der beschuldigten Jugendlichen mit ihrer Straftat nicht gewährleistet. Besonders bei Wiederholungstätern oder schwereren Delikten sollte daher eine persönliche und mündliche Erläuterung durch die zuständige Behörde erfolgen. Das Strafurteil wird hingegen Jugendlichen und ihren gesetzlichen Vertretungen möglichst mündlich eröffnet und sogleich begründet (Art. 37 Abs. 1 JStPO). Den verurteilten Jugendlichen kann dadurch unmittelbar erklärt werden, welche Sanktionen aus ihrer Straftat folgen. Sowohl die urteilsfähigen Jugendlichen als auch deren gesetzliche Vertretungen sind zum Ergreifen von Rechtsmitteln legitimiert. 5.90

Ein *minderjähriges Opfer* erhält Parteistellung, wenn es als geschädigte Person einen Strafantrag stellt oder ausdrücklich erklärt, sich am Strafverfahren als Privatkläger- 5.91

[100] Urwyler/Nett, 91.
[101] Demierre, 91.

Einsichtsexemplar

schaft beteiligen zu wollen. Diese Verfahrenshandlung erfordert bereits Prozessfähigkeit, welche wiederum die Urteilsfähigkeit des betroffenen Kindes verlangt. Urteilsunfähige Minderjährige sind regelmässig auf das Handeln ihrer gesetzlichen Vertreter angewiesen.

5.92 Die *gesetzliche Vertretung* wird zusätzlich zu den beschuldigten Jugendlichen als Partei genannt. Das Gesetz geht grundsätzlich davon aus, dass die gesetzliche Vertretung für den beschuldigten Jugendlichen handelt. Ihr stehen sämtliche Parteibefugnisse zu, auch diejenigen der StPO. Die Jugendstrafbehörde kann die gesetzliche Vertretung ausdrücklich zur Mitwirkung verpflichten und die Mitwirkung bei Bedarf mit einer Busse durchsetzen. Zielführender wird jeweils eher die Gefährdungsmeldung an die KESB sein. Die Mitwirkung der gesetzlichen Vertretung neben dem urteilsfähigen Jugendlichen ist regelmässig entweder kumulativ oder alternativ möglich. Die gesetzliche Vertretung kann ihre Parteirechte jedoch auch gegen den Willen des Jugendlichen wahrnehmen, soweit sie zu seinem Wohl handelt.

5.93 Entsteht eine *Interessenkollision* zwischen der gesetzlichen Vertretung und dem Jugendlichen, ist neben der anzuordnenden Verteidigung für den Jugendlichen die Kindesschutzbehörde einzuschalten. Diese errichtet gestützt auf Art. 307 ff. ZGB die geeigneten Kindesschutzmassnahmen. Sollte die Kindesschutzbehörde anstelle der gesetzlichen Vertretung handeln, entsteht dadurch für die Kindesschutzbehörde keine Parteistellung im Jugendstrafverfahren. Immerhin kann sie gemäss Art. 38 Abs. 1 lit. b JStPO Beschwerde einlegen, falls die gesetzliche Vertretung fehlt.

5.94 Eine *Vertrauensperson* darf dem Opfer oder der beschuldigten Person in allen Verfahrensstadien beistehen und es bzw. sie moralisch unterstützen; sie hat ansonsten aber kein Beanstandungs-, Antrags- oder Fragerecht. Gemäss der Schweizerischen Strafprozessordnung kann die Vertrauensperson unter bestimmten Umständen teilweise oder ganz vom Verfahren ausgeschlossen werden, namentlich bei möglicher Beeinflussung des Opfers oder zur Wahrung von privaten oder öffentlichen Interessen respektive bei Interessenkollision.

5.95 Hat das geschädigte Kind keine Parteistellung, bildet dessen Einvernahme respektive Befragung die wichtigste Mitwirkungsart. Ausnahmsweise kann auch eine Gegenüberstellung erfolgen. Verschiedene Schutzbestimmungen, insbesondere in Bezug auf die Einvernahme, versuchen das Kind vor einer (zu) grossen psychischen Belastung zu schützen.

5.96 Jugendliche werden als *Zeugen* einvernommen, wenn sie älter als 15 Jahre sind und hinsichtlich des Gegenstands der Einvernahme zum Zeitpunkt der Zeugenaussage urteilsfähig sind. Die Pflichten eines Zeugen umfassen das persönliche Erscheinen

Fretz Zürich

und die Aussage an sich sowie die Bindung an eine umfassende und wahrheitsgetreue Aussage. Zeugnisverweigerungsrechte schützen seine familiären Beziehungen. Ob das Zeugnisverweigerungsrecht überhaupt genutzt wird, ist ein Entscheid höchstpersönlicher Natur. Urteilsfähige Jugendliche können gestützt auf Art. 19c Abs. 1 ZGB selbstständig darüber entscheiden.

5.97 Jugendliche, die im Zeitpunkt der Einvernahme das 15. Altersjahr noch nicht zurückgelegt haben oder bei denen die Urteilsunfähigkeit feststeht, sind als *Auskunftspersonen* einzuvernehmen. Sie geben Auskunft über eigene Wahrnehmungen und sind weder zur Aussage verpflichtet noch unterstehen sie der Wahrheitspflicht. Eine Ausnahme davon bildet die Privatklägerschaft, die zur Aussage verpflichtet ist und für die die Bestimmungen der Zeugen sinngemäss anzuwenden sind (Art. 180 Abs. 2 StPO).

5.98 Die *Mediation* kann ein sinnvolles Instrument darstellen, wenn Schutzmassnahmen nicht notwendig sind oder die Behörde des Zivilrechts bereits geeignete Massnahmen angeordnet hat und die Voraussetzungen zur Strafbefreiung nicht erfüllt sind. Damit kommt die Mediation bei Bagatellfällen nicht zur Anwendung. Die Mediation gilt als gelungen und das Strafverfahren wird eingestellt, wenn eine förmliche Vereinbarung zwischen den Parteien erfolgt ist.

Erstauszug

§ 6 Familienrechtliche Verfahren

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung 6.2
B. Parteistellung 6.3
1. Eherechtliche Verfahren 6.4
2. Kindesschutzverfahren 6.6
C. Wirkungen der Parteistellung 6.7
1. Rechtliches Gehör 6.8
2. Beauftragen einer Rechtsvertretung 6.9
a) Zivilverfahren 6.10
b) Eherechtliche Verfahren 6.11
c) Kindesschutzverfahren 6.12
d) Einschränkende Rechtsprechung des Bundesgerichts 6.13
3. Mitwirkungspflicht bei der Beweiserhebung und Zeugnisverweigerungsrecht . . . 6.14
a) Mitwirkungspflicht bei der Beweiserhebung 6.15
b) Mitwirkungspflicht in Abstammungsverfahren 6.16
c) Zeugnisverweigerungsrecht 6.17
4. Eröffnung des Entscheids oder der Verfügung 6.18
5. Beschwerderecht 6.19
a) Kindesschutzverfahren 6.20
b) Verweigerung der Kindesanhörung 6.21
c) Nichtanordnung einer Kindesvertretung 6.22
6. Kostenübernahme 6.25
a) Zusammensetzung der Prozesskosten 6.26
b) Verteilung der Prozesskosten 6.27
7. Unentgeltliche Rechtspflege 6.28
D. Das selbstständig handelnde Kind in den einzelnen Verfahren 6.31
1. Abstammungsverfahren 6.33
a) Anfechtung der Vaterschaftsvermutung 6.34
b) Anfechtung der Vaterschaftsanerkennung 6.35
c) Vaterschaftsklage 6.36
2. Adoptionsverfahren 6.37
a) Zustimmungsrechte des urteilsfähigen Kindes 6.38
b) Informations- und Mitwirkungsansprüche des urteilsunfähigen Kindes . . . 6.43
c) Bestimmung der Urteilsfähigkeit 6.48
3. Regelung der elterlichen Sorge, der Obhut, der Betreuung oder des persönlichen Verkehrs 6.49
4. Verfahren zur Rückführung des Kindes 6.51
5. Kindesschutzverfahren, insbesondere fürsorgerische Unterbringung 6.55
a) Voraussetzungen 6.56
b) Fürsorgerische Unterbringung 6.57
6. Verfahren betreffend Unterhaltsanspruch gegenüber den Eltern 6.62
E. Das vertretene Kind 6.64
1. Verhältnis zwischen Kind und gesetzlicher Vertretung 6.65

Entwurf

a) Umfassende Vertretungsbefugnis . . . 6.66
b) Begrenzung der Vertretungsbefugnis . . . 6.67
c) Interessenkollision . . . 6.68
2. Verhältnis zwischen Kind und Fachperson . . . 6.70
a) Verfahrensvertretung . . . 6.71
b) Vertrauensperson . . . 6.82
F. Das mitwirkende Kind . . . 6.84
1. Mitwirkungsrechte . . . 6.85
a) Gesetzliche Grundlagen . . . 6.86
b) Zweck der Anhörung . . . 6.92
c) Ausnahmen von der Anhörung . . . 6.94
d) Anhörende Person . . . 6.101
e) Rechtliche Relevanz der Kindesaussagen . . . 6.103
f) Protokoll . . . 6.109
2. Zeuge . . . 6.112
a) Dritte . . . 6.113
b) Parteien . . . 6.114
c) Zeugnisverweigerungsrecht . . . 6.115
G. Das Kind in der Mediation . . . 6.116
1. Direkte Beteiligung des Kindes . . . 6.117
2. Indirekte Beteiligung des Kindes . . . 6.120
H. Zusammenfassung . . . 6.122

Beispiel 6.1

Am 15. März 1993 gelangt ein Vater an das Friedensgericht und verlangt, seine ehemalige Ehefrau sei aufzufordern, die Ausübung des Besuchsrechts mit seinem Sohn entsprechend dem Scheidungsurteil vom 4. Dezember 1991 zu respektieren. Die Durchsetzung seines Besuchsrechts wird mit Entscheid vom 17. März 1993 abgelehnt. Die kantonale Instanz heisst die Beschwerde des Vaters mit Entscheid vom 27. Juli 1993 gut und weist die Sache zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurück. Das Friedensgericht entscheidet am 16. September 1993 zugunsten des Vaters. Mit Entscheid vom 13. Oktober 1993 nimmt das Friedensgericht Kenntnis von der Weigerung des Kindes, das Besuchsrecht mit dem Vater auszuüben. Nach Anhörung des Kindes lehnt es die zwangsweise Durchsetzung des Besuchsrechts ab, es beauftragt den «Service de protection de la jeunesse», die Situation zu klären, und ordnet begleitete Besuche an. Der Vater erhebt gegen diesen Entscheid Beschwerde, die von der zuständigen kantonalen Behörde mit Entscheid vom 22. April 1994 gutgeheissen wird mit Rückweisung der Sache an die Vorinstanz, um die zwangsweise Durchsetzung des Besuchsrechts neu zu entscheiden, allenfalls mithilfe staatlicher Gewalt. Das Kind, vertreten durch seine Mutter, gelangt gegen den Entscheid vom 22. April 1994 mit Beschwerde ans Bundesgericht.

Das Bundesgericht hält bezüglich der Beschwerdelegitimation fest, dass urteilsfähige Kinder selbstständig – oder durch eine Vertretung ihrer Wahl – handeln können, um Rechte betreffend ihre Persönlichkeit wahrzunehmen.

(BGE 120 Ia 369 E.1)

Probezug

A. Einleitung

6.2 Seit dem soeben ausgeführten BGE 120 Ia 369 aus dem Jahr 1994 hat sich die Rechtsstellung des Kindes im familienrechtlichen Verfahren in vielfacher Weise verstärkt und präzisiert. In den folgenden Ausführungen werden die allgemeinen Erläuterungen (Rz. ■) bezogen auf die einzelnen Verfahrensarten im Familienrecht aufgenommen und detailliert dargestellt. Im besonderen Fokus steht die Parteistellung des Kindes (Rz. ■), die immer noch uneinheitlich geregelt ist. Daraus folgen unterschiedlich ausgeprägte Wirkungen der Parteistellung (Rz. ■), je nachdem, ob das Kind selbstständig (Rz. ■) oder durch Vertretung (Rz. ■) handelt. Ist es nicht ins Verfahren involviert, stehen ihm dennoch Mitwirkungsrechte oder -pflichten zu (Rz. ■). Abschliessend wird die Stellung des Kindes in der Mediation erörtert (Rz. ■) und die wichtigsten Punkte des Verfahrens werden zusammengefasst (Rz. ■).

B. Parteistellung

6.3 Im Zivilverfahren ist die Parteistellung des Kindes nicht einheitlich geregelt. Das Kind ist einerseits Partei, wenn es selbst oder wenn an seiner Stelle seine Vertretung vom materiellen Recht verliehene subjektive Rechte geltend macht. Andererseits ist das Kind Partei, wenn es verklagt wird.[1] Diese generelle Definition ist in Bezug auf eherechtliche (Rz. ■) und auf kindesschutzrechtliche (Rz. ■) Verfahren zu präzisieren.[2]

1. Eherechtliche Verfahren

6.4 In eherechtlichen Verfahren ist im Schrifttum umstritten, ob einem urteilsfähigen Kind eine eigenständige Parteistellung zusteht.[3] Wird diese Frage im Hinblick auf seine Verfahrensrechte analysiert, sprechen *für eine Parteistellung* sein Recht, in

[1] BSK ZPO-Tenchio, Art. 66 N 1; s. zu den allg. Grundlagen Rz. ■.

[2] Siehe zur Parteistellung des Kindes im Abstammungsverfahren Rz. ■, im Adoptionsverfahren Rz. ■, im Rückführungsverfahren Rz. ■ sowie im Verfahren betreffend Unterhaltsanspruch Rz. ■.

[3] Levante, 194; Rumo-Jungo, 1591; Schütt, 82; Schweighauser, 49 ff.; Schweighauser, FamKomm Scheidung, Art. 299 ZPO N 45, differenziert: Ein Kind erlangt durch Anordnung einer Kindesvertretung partielle Parteistellung; a.M. Sutter-Somm/Freiburghaus, Art. 146/147 ZGB N 2; Sutter-Somm, Rz. 865: prozessuale Stellung eigener Art, aber nicht Hauptpartei; ähnlich Zogg, 435 f.

Erstabzug

Kinderbelangen Eingaben vorzunehmen, sowie seine Beschwerdebefugnisse in diesen Fragen (Art. 284 Abs. 1 ZPO; Art. 134 Abs. 1 und 2 ZGB). Analog kennt auch Art. 298d ZGB das selbstständige Antragsrecht des Kindes zur Neuregelung der elterlichen Sorge bei nicht verheirateten Eltern. Zudem wird dem 14-jährigen Kind der Entscheid selbstständig eröffnet (Art. 301 lit. b ZPO). Seine Rechtsstellung wird durch seine Beschwerderechte bei der Nichtanordnung einer Anhörung respektive bei einer Verfahrensbeistandschaft (Art. 298 Abs. 3 bzw. Art. 299 Abs. 2 ZPO) verstärkt. *Gegen eine Parteistellung* des Kindes spricht, dass es nicht von sich aus ein eherechtliches Verfahren anheben und damit Parteistellung einnehmen kann. Das Bundesgericht geht von einer besonderen prozessualen Stellung aus: Das Kind werde «nur in formeller, nicht aber in materieller Hinsicht als Partei begriffen».[4]

In dieser Arbeit wird der neueren Lehre gefolgt. Diese anerkennt für Kinder in eherechtlichen Verfahren eine *eigenständige Parteistellung* im Umfang der sie betreffenden höchstpersönlichen Rechte, soweit diese mittels Kindesvertretung Anträge stellen respektive Rechtsmittel einlegen.[5] 6.5

2. Kindesschutzverfahren

Im Kindesschutzverfahren anerkennt die jüngere Lehre das Kind als eigenständige Partei,[6] da das urteilsfähige Kind im Rahmen des Personenrechts durch eigenes Handeln Rechte und Pflichten begründen und höchstpersönliche Rechte ausüben kann (Art. 305 Abs. 1 ZGB, Art. 19c ZGB). Entsprechend sind Kindesschutzmassnahmen immer auch Kinderrechtsschutzmassnahmen.[7] In der Praxis werden Kinder nicht immer als eigenständig handelnde Rechtssubjekte wahrgenommen. Dies zeigt sich bereits in der kantonal stark schwankenden Anzahl angeordneter Kindesverfahrensvertretungen.[8] 6.6

[4] BGE 142 III 153 E. 5.2.2; bestätigt zuletzt in BGer, 5A_721/2018, 6.6.2019, E. 2.4.

[5] Bezüglich eherechtlicher Verfahren: Herzig, familienrechtliches Verfahren, Rz. 140 ff., insb. Rz. 148; Kilde, persönlicher Verkehr, Rz. 268 f.; wohl auch Pradervand-Kernen, 344; Schweighauser, FamKomm Scheidung, Art. 299 ZPO N 45.

[6] Cottier, FamKomm Erwachsenenschutz, Art. 314 ZGB N 7; Herzig, familienrechtliches Verfahren, Rz. 149 ff., Kilde, persönlicher Verkehr, Rz. 267; Bischof, 266; Pradervand-Kernen, 345; differenziert: Meier/Stettler, Rz. 1188 ff., jeweils m.w.H.

[7] Gerber Jenni, Platzierung, 168.

[8] KOKES, Statistik, abrufbar unter: ‹https://www.kokes.ch/de/dokumentation/statistik/aktuellste-zahlen› (besucht am 23.8.2019).

Ersatzexemplar

C. Wirkungen der Parteistellung

6.7 Üblicherweise wirkt sich die Parteistellung auf verschiedene Verfahrensrechte und -pflichten aus. Im Folgenden werden das rechtliche Gehör (Rz. ■), das Beauftragen einer Rechtsvertretung (Rz. ■), die Mitwirkung bei der Beweiserhebung (Rz. ■), die Eröffnung des Entscheids oder der Verfügung (Rz. ■), das Beschwerderecht (Rz. ■), die Kostenübernahme (Rz. ■) und die unentgeltliche Rechtspflege (Rz. ■) beleuchtet.

1. Rechtliches Gehör

6.8 Im Zivilverfahren garantiert Art. 53 ZPO den Parteien das rechtliche Gehör, was namentlich das Recht auf Anhörung vor dem Entscheid, das Recht auf Äusserungen zu Vorbringen der Gegenpartei[9] und zum Beweisergebnis sowie das Recht auf Akteneinsicht beinhaltet.[10] Wie im Jugendstrafverfahren (§ 5 Rz. ■) besteht auch hier das Recht auf Einsicht in Akten nicht ausnahmslos, sondern kann bei überwiegenden öffentlichen oder privaten Interessen beschränkt werden (Art. 53 Abs. 2 ZPO). Die Wahrung des Kindeswohls als Einschränkungsgrund ist unbestritten.[11] Der Anspruch auf rechtliches Gehör und damit auch der Anspruch auf Akteneinsicht ist formeller Natur, womit seine Verletzung, ungeachtet der Erfolgsaussichten der Beschwerde selbst, zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids führt.[12] Vorbehalten bleiben praxisgemäss Fälle, in denen die Verletzung des Akteneinsichtsrechts nicht besonders schwer wiegt und dadurch geheilt wird, dass die Partei, deren rechtliches Gehör verletzt wurde, sich vor einer Rechtsmittelinstanz äussern kann, welche sowohl die Tat- als auch die Rechtsfragen uneingeschränkt überprüfen kann. Entsprechend beurteilte das Bundesgericht erstinstanzlich unterlassene Anhörungen des Kindes, die im Rechtsmittelverfahren nachgeholt wurden, als geheilte Verfahrensmängel[13] Zudem kann bei superprovisorischen Massnahmen aufgrund der besonderen Dringlichkeit ebenfalls auf eine vorgängige Anhörung ver-

[9] Stellt das Ergebnis der Anhörung des Kindes ein wesentliches Entscheidungselement dar und konnte sich eine Partei vor dem Entscheid nicht dazu äussern, wird die Partei in ihrem aus Art. 29 Abs. 2 BV fliessenden Recht auf rechtliches Gehör beschnitten; BGer, 5A_370/2009, 4. 8. 2009, E. 4.

[10] Z.B. Sutter-Somm/Chevalier, Art. 53 ZPO N 4.

[11] BGE 122 I 153 E. 4; damals zum Anspruch auf Akteneinsicht gestützt auf Art. 4 aBV.

[12] BGE 137 I 195 E. 2.2.

[13] BGE 131 III 409 E. 4; BGer, 5C.149/2006, 10. 7. 2006, in: FamPra.ch 2006, 977 ff., 978 ff. mit Bemerkungen von Jonas Schweighauser.

Freiexemplar

zichtet werden. Diese ist jedoch schnellstmöglich nachzuholen.[14] Ausserdem ist von einer Rückweisung der Sache an die Vorinstanz – im Sinne einer Heilung des Mangels – selbst bei einer schwerwiegenden Verletzung des rechtlichen Gehörs abzusehen, wenn und soweit die Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen würde, die mit dem (der Anhörung respektive Akteneinsicht gleichgestellten) Interesse der betroffenen Partei an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wären.[15]

2. Beauftragen einer Rechtsvertretung

Die Frage, ob ein Kind selbstständig eine Rechtsvertretung beauftragen kann, ist im Zivilverfahren (Rz. ■), in eherechtlichen Verfahren (Rz. ■) oder in Kindesschutzverfahren (Rz. ■) unterschiedlich zu beantworten.[16] Zu berücksichtigen bleibt die einschränkende Rechtsprechung des Bundesgerichts (Rz. ■). 6.9

a) Zivilverfahren

Im Zivilverfahren wird mehrheitlich davon ausgegangen, dass urteilsfähige Kinder in höchstpersönlichen Angelegenheiten selbstständig eine Rechtsvertretung beauftragen dürfen. Die vertragliche Mandatierung eines Rechtsanwalts setzt grundsätzlich Prozessfähigkeit voraus (sogleich Rz. ■). Will ein urteilsfähiges Kind höchstpersönliche Rechte i.S.v. Art. 19c ZGB geltend machen, darf es daher einen Anwalt mandatieren. Die dogmatischen Begründungen hierzu weichen voneinander ab: Zum einen wird die Meinung vertreten, als verknüpftes Rechtsgeschäft[17] bedürfe die Beauftragung eines Rechtsvertreters grundsätzlich der Zustimmung der gesetzlichen Vertretung, die gesetzliche Vertretung dürfe den Jugendlichen oder die Jugendliche aber nicht daran hindern, eine Klage mithilfe der Rechtsvertretung einzureichen. Folglich wird die gesetzliche Vertretung zustimmen und die finanziellen Konsequenzen tragen müssen.[18] Zum anderen soll es sich bei der Mandatierung eines Rechtsanwalts zur Geltendmachung eines höchstpersönlichen Rechts selbst 6.10

[14] Sutter-Somm/Chevalier, Art. 57 ZPO N 23.

[15] BGer, 5A_18/2015, 10.8.2015, E. 3.2; BGer, 4A_29/2014, 7.5.2014, E. 3.2; BGE 137 I 195 E. 2.3.2; BGE 132 V 387 E. 5.1.

[16] Zu den Aufgabenbereichen der Verfahrensvertretung siehe Rz. ■II.C.2■.

[17] Die Mandatierung der Rechtsvertretung ist zur Geltendmachung der materiellen Rechte notwendig, weshalb hier von einem verknüpften Rechtsgeschäft ausgegangen wird.

[18] Diese Meinung vertreten etwa Bucher, Natürliche Personen, Rz. 155; Hausheer/Aebi-Müller, Rz. 07.75. Ähnlich BK-Bucher/Aebi-Müller, Art. 19–19c ZGB N 234.

Probezug

um ein (relativ) höchstpersönliches Recht handeln, wofür ein urteilsfähiges und in der Sache selbst prozessfähiges Kind keine Zustimmung der gesetzlichen Vertretung benötigt.[19] Damit kommt dem urteilsfähigen Kind grundsätzlich die Geschäftsfähigkeit zur Beauftragung einer Kindesverfahrensvertretung zu.[20]

b) Eherechtliche Verfahren

6.11 In eherechtlichen Verfahren ist eine Verfahrensvertretung gesetzlich vorgesehen, die ein urteilsfähiges Kind selbst beantragen kann (Art. 299 Abs. 3 ZPO), um mit ihrer Hilfe betreffend die Zuteilung der elterlichen Obhut oder Sorge, die Aufteilung der Betreuung oder wichtige Fragen des persönlichen Verkehrs, den Unterhaltsbeitrag[21] oder Kindesschutzmassnahmen Anträge zu stellen respektive Rechtsmittel einzulegen. Das Gericht hat diesem Antrag zwingend zu folgen.[22] Kann das urteilsfähige Kind diesen Antrag noch in einem zweitinstanzlichen Verfahren stellen, ist für das Verfahren vor Bundesgericht keine erstmalige Beantragung einer Kindesverfahrensvertretung mehr möglich.[23] Die gewillkürte Rechtsvertretung hat neben der Kindesverfahrensvertretung nur ausnahmsweise Platz.[24]

c) Kindesschutzverfahren

6.12 Stellt ein urteilsfähiges Kind im Rahmen eines Kindesschutzverfahrens Antrag auf eine Verfahrensvertretung, so besteht für die Kindesschutzbehörde – im Gegensatz zu eherechtlichen Verfahren – kein Zwang, eine solche einzusetzen.[25] Ihr obliegt von Gesetzes wegen eine Prüfpflicht, wenn sie die Verfahrensvertretung als nötig erachtet und insbesondere dann, wenn erstens die Unterbringung des Kindes Gegenstand des Verfahrens ist oder wenn zweitens die Beteiligten bezüglich der Regelung der elterlichen Sorge oder bezüglich wichtiger Fragen des persönlichen Verkehrs unterschiedliche Anträge stellen (Art. 314a^{bis} Abs. 2 ZGB).

---

19 Herzig, familienrechtliches Verfahren, Rz. 495.

20 Kilde, persönlicher Verkehr, Rz. 262; Herzig, familienrechtliches Verfahren, Rz. 494 ff.; differenziert: Hausheer/Aebi-Müller, Rz. 07.74 f.; BK-Bucher/Aebi-Müller, Art. 19–19c ZGB N 310 ff.

21 Seit Inkrafttreten der neuen Bestimmungen zum Kindesunterhalt am 1. Januar 2017 umfasst Art. 300 lit. e ZPO auch den Unterhaltsbeitrag (AS 2015 4299).

22 BSK ZPO-Steck, Art. 299 N 17; Schweighauser, FamKomm Scheidung, Art. 299 ZPO N 22.

23 BGer, 5A_768/2011, 23.2.2012, E. 1.5.

24 BGE 142 III 153 E. 5.

25 BGer, 5A_232/2016, 6.6.2016, E. 4.

Erstabzug

Die Entscheidung liegt im Ermessen der Behörde, entweder auf Antrag oder von Amtes wegen.[26]

d) Einschränkende Rechtsprechung des Bundesgerichts

6.13 In einem jüngeren Entscheid hat das Bundesgericht festgestellt, dass selbst bei älteren Kindern nicht von deren Urteilsfähigkeit ausgegangen werden könne: «Die Tragweite von Fragen der Obhut, der elterlichen Sorge oder von Kindesschutzmassnahmen ist auch für ein älteres Kind schwerlich überblickbar.»[27] In diesem Handbuch wird die Meinung vertreten, dass die Beurteilung der Urteilsfähigkeit für jedes Kind individuell und im Hinblick auf die einzelne differenzierte Rechtsfrage zu erfolgen hat. Mit einer altersangemessenen Umschreibung der Rechtsbegriffe verstehen auch jüngere Kinder, wovon die abstrakten Fachtermini handeln. Gerade in Bezug auf Fragen der Obhut oder der elterlichen Sorge und der Ausgestaltung der Betreuung respektive des persönlichen Verkehrs können Kinder bereits ab 10 Jahren urteilsfähig sein.[28] Ihre Urteilsfähigkeit und damit Prozessfähigkeit ist dann gegeben. Folgerichtig ist ihnen in der Praxis regelmässig die unentgeltliche Rechtsvertretung zu gewähren (Art. 29 Abs. 3 BV).[29] Dennoch ist es empfehlenswert, im Einzelfall die elterliche Zustimmung einzuholen oder die Urteilsfähigkeit des Kindes von einer Fachperson feststellen zu lassen und dieses Attest dem Gericht beziehungsweise der Behörde vorzulegen.[30]

3. Mitwirkungspflicht bei der Beweiserhebung und Zeugnisverweigerungsrecht

6.14 Die Mitwirkungspflicht zur Beweiserhebung für Parteien (Rz. ■) sowie besonders in Abstammungsverfahren (Rz. ■) kann grundsätzlich auch für das Kind gelten. Es verfügt ebenfalls über ein Zeugnisverweigerungsrecht (Rz. ■).

a) Mitwirkungspflicht bei der Beweiserhebung

6.15 Das Zivilverfahren kennt als Verfahrensgrundsätze den Verhandlungs- und den Untersuchungsgrundsatz (Art. 55 ZPO). Im ordentlichen Verfahren gilt in der Re-

[26] Z.B. BGer, 5A_403/2018, 23.10.2018, E. 4.1.2.
[27] BGE 142 III 153 E. 5.2.4.
[28] Kritisch ebenfalls Schweighauser, FamKomm Scheidung, Art. 299 ZPO N 28.
[29] Dazu BGE 120 Ia 369 E. 1; Blum/Cottier, 31 f.
[30] Gl.M.und m.w.H. Pradervand-Kernen, 343.

Freiexemplar

gel der *Verhandlungsgrundsatz,* während die familienrechtlichen Angelegenheiten sowie die vereinfachten sowie teilweise die summarischen Verfahren dem *Untersuchungsgrundsatz* unterliegen.[31] Namentlich in Verfahren betreffend Kinderbelange inkl. Vaterschaftsprozesse gilt die strenge Untersuchungsmaxime (Art. 296 ZPO). Daraus ergeben sich entsprechende Mitwirkungspflichten der Parteien (Art. 160 Abs. 1 ZPO): Die Parteien haben wahrheitsgemäss auszusagen, Urkunden herauszugeben oder einen Augenschein durch Sachverständige zu dulden. In Bezug auf die Mitwirkungspflicht eines Kindes entscheidet das Gericht nach seinem Ermessen und es berücksichtigt dabei das Kindeswohl (Art. 160 Abs. 2 ZPO). Eine weitere Mitwirkungspflicht der Partei kann in der Befreiung der Geheimhaltungspflicht Dritter bestehen.[32] Damit kann regelmässig die Geheimhaltungspflicht des behandelnden Arztes oder der behandelnden Ärztin durch das als Partei auftretende urteilsfähige Kind aufgehoben werden.

b) Mitwirkungspflicht in Abstammungsverfahren

6.16 In Abstammungsverfahren ist das Kind als Partei zur Mitwirkung an Untersuchungen zur Aufklärung der Abstammung verpflichtet. Die Bestimmungen über die Verweigerungsrechte der Parteien und Dritte sind nicht anwendbar (Art. 296 Abs. 2 ZPO).[33] Es handelt sich dabei um DNA-Analysen, die auch zwangsweise durchgeführt werden können. Als *ultima ratio* und bei gegebener Verhältnismässigkeit ist der erforderliche Wangenschleimhautabstrich auch real erzwingbar.[34]

c) Zeugnisverweigerungsrecht

6.17 Eine Partei darf ihre Mitwirkung aus *zwei Gründen* verweigern: erstens, wenn die Partei durch ihr Mitwirken eine nahestehende Person der Gefahr der strafrechtlichen Verfolgung oder zivilrechtlichen Verantwortung aussetzt (Art. 163 Abs. 1 lit. a ZPO), und zweitens, falls sie durch die Aussage ein Berufsgeheimnis nach Art. 321 StGB verletzen würde (Art. 163 Abs. 1 lit. b ZPO). Sind diese zwei abschliessend geltenden Gründe nicht gegeben, gilt die Verweigerung der Mitwirkung als unberechtigt und das Gericht berücksichtigt dieses Verhalten bei der Beweiswürdigung (Art. 164 ZPO). Urteilsfähige Kinder üben die Mitwirkungsverweigerungsrechte selbstständig aus. Fehlt die Urteilsfähigkeit, entscheidet die gesetzliche Vertretung.[35]

---

31 BSK ZPO-Gehri, Art. 55 N 1.
32 BSK ZPO-Schmid, Art. 160 N 34.
33 Hasenböhler, Rz. 4.89; Pradervand-Kernen, 647.
34 BGE 143 III 624 E. 6; BGer, 5A_492/2016, 5.8 2016, E. 3.3.
35 BSK ZPO-Schmid, Art. 160 N 63.

Festschrift

Die Erscheinungspflicht bleibt sowohl für die Partei als auch für Drittpersonen bei allfällig bestehenden Mitwirkungsverweigerungsrechten bestehen.[36]

4. Eröffnung des Entscheids oder der Verfügung

Die Urteilseröffnung betreffend Kinderbelange ist in familienrechtlichen Angelegenheiten in Art. 301 ZPO geregelt. Ein Entscheid ist dem Kind, welches das 14. Altersjahr vollendet hat, zu eröffnen. Die Lehre ist sich einig, dass die Eröffnung sowohl End- als auch Zwischenentscheide betreffend Kinderbelange wie elterliche Sorge, Obhut, Kindesunterhalt, persönlicher Verkehr und Kindesschutzmassnahmen umfasst.[37] Kritisiert wird im Schrifttum die im Gesetz festgehaltene Altersgrenze des vollendeten 14. Altersjahrs.[38] Gestützt auf Art. 12 KRK ist ein Entscheid, soweit dieser Angelegenheiten des Kindes betrifft, sowohl urteilsunfähigen als auch urteilsfähigen Kindern zu eröffnen. Da dem Kind ein Beschwerderecht gegen die Nichtanhörung respektive Nichtanordnung einer Verfahrensvertretung zusteht, muss dem urteilsfähigen Kind, auch wenn es jünger als 14 Jahre alt ist, zwingend ein entsprechender Zwischenentscheid eröffnet werden, damit es diesen anfechten kann (siehe sogleich Rz. ■).[39] Hat das Kind nicht ausdrücklich einen Antrag gestellt, kann eine formlose Mitteilung in altersangemessener Sprache und mit entsprechendem Vermerk in den Akten genügen.[40] 6.18

5. Beschwerderecht

Für Klagen des Kindes gelten die üblichen Rechtsmittelvorschriften der Zivilprozessordnung. Ein allgemeines Beschwerderecht in einem Kindesschutzverfahren ist bei höchstpersönlichen Rechten für urteilsfähige Kinder gegeben (Rz. ■). Für 6.19

[36] BSK ZPO-Schmid, Art. 160 N 14.

[37] Schweighauser, Famkomm Scheidung, Art. 301 ZPO N 13; CR CPC-Jeandin, Art. 301 N 3; BSK ZPO-Steck, Art. 301 N 11.

[38] BSK ZPO-Steck, Art. 301 N 21; Diggelmann/Isler, 147; Herzig, familienrechtliches Verfahren, Rz. 512 f.; Meier, enfant, 79; a.M. CR CPC-Jeandin, Art. 301 N ■.

[39] Diggelmann/Isler, 147; Herzig, familienrechtliches Verfahren, Rz. 503. Nicht zwingend: BSK ZPO-Steck, Art. 301 N 21; Meier, enfant, 79. Für das Kindesschutzverfahren: BK-Affolter/Vogel, Art. 314a^{bis} ZGB N 59; Cottier, FamKomm Erwachsenenschutz, Art. 314a^{bis} ZGB N 15.

[40] BK-Affolter/Vogel, Art. 314a ZGB N 88; Herzig, familienrechtliches Verfahren, Rz. 550.

Erstabzug

die Verweigerung einer Kindesanhörung (Rz. ■) oder die Nichtanordnung einer Kindesvertretung (Rz. ■) sind ausdrückliche Beschwerderechte vorgesehen.

a) Kindesschutzverfahren

6.20 Ein Beschwerderecht in einem Kindesschutzverfahren lässt sich aus der Verfahrensbeteiligung des Kindes am Verfahren herleiten (Art. 450 Abs. 2 ZGB). Sofern das Kind urteilsfähig ist und der Verfahrensgegenstand ein höchstpersönliches Recht beinhaltet, wird auch seine Prozessfähigkeit gegeben sein (Art. 19c Abs. 1 und Art. 305 Abs. 1 ZGB), und es wird ein entsprechendes Rechtsmittel einlegen können.[41] Das urteilsfähige Kind darf betreffend eine Unterbringung in einer geschlossenen Einrichtung oder in einer psychiatrischen Klinik selbst das Gericht anrufen (Art. 314b Abs. 2 ZGB).

b) Verweigerung der Kindesanhörung

6.21 Das Beschwerderecht des urteilsfähigen Kindes gegen eine Verweigerung der Kindesanhörung ist ausdrücklich in eherechtlichen Verfahren (Art. 298 Abs. 3 ZPO i.V.m. Art. 319 lit. b Ziff. 1 ZPO), in Kindesschutzverfahren (Art. 314a Abs. 3 ZGB) oder in Adoptionsverfahren (Art. 268a^{bis} Abs. 3 ZGB) vorgesehen. Besteht ein Anspruch des Kindes auf Anhörung und will das Gericht diese Anhörung unterlassen, muss es dazu einen förmlichen Entscheid fällen, damit das Kind gegen diesen Entscheid allenfalls Beschwerde einlegen kann.[42] Unterlässt dies das Gericht, liegt eine Rechtsverzögerung respektive eine Rechtsverweigerung vor, die jederzeit mit einer Beschwerde angefochten werden kann (Art. 319 lit. c ZPO, Art. 321 Abs. 4 ZPO).[43]

---

41 BK-Bucher/Aebi-Müller, Art. 19–19c ZGB N 234; BK-Vogel/Affolter, Art. 314 ZGB N 152, m.w.H.

42 Zur Diskussion, ob der betreffende Entscheid als Endentscheid oder als prozessleitende Verfügung zu erlassen sei, siehe Schweighauser, Famkomm Scheidung, Art. 298 ZPO N 36, mit Verweis auf BSK ZPO-Steck, Art. 298 N 28 (Endentscheid) sowie BK-Spycher, Art. 298 ZPO N 19 (prozessleitende Verfügung); ebenfalls für die Qualifikation als prozessleitende Verfügung CR CPC-Jeandin, Art. 298 ZPO N 16. Gemäss dem Bundesgericht handelt es sich in der Frage der Kindesvertretung um eine prozessleitende Verfügung: BGer, 5A_51/2016, 1.4.2016, E. 2.1.

43 Herzig, familienrechtliches Verfahren, Rz. 547 ff., Rz. 554 f.

Erstauflage

c) Nichtanordnung einer Kindesvertretung

Bei der Frage der Nichtanordnung einer Kindesvertretung ist zwischen eherechtlichen Verfahren (Rz. ■) und Kindesschutzverfahren (Rz. ■) zu unterscheiden: 6.22

aa. Eherechtliche Verfahren

Hat das urteilsfähige Kind in einem eherechtlichen Verfahren einen Antrag auf Anordnung einer Kindesverfahrensvertretung gestellt und hat das Gericht diesem Antrag nicht Folge geleistet, kann das betroffene Kind die Nichtanordnung mit Beschwerde anfechten (Art. 319 lit. b Ziff. 1 i.V.m. Art. 299 Abs. 3 ZPO).[44] Präzisierend ist dazu auszuführen, dass eine Nichtanordnung in zwei Fällen vorliegen kann: erstens, wenn dem Antrag des Kindes auf Bestellung einer Verfahrensvertretung nicht entsprochen wird, und zweitens, wenn der Antrag des Kindes vom Gericht abgewiesen wird, weil letzteres entweder die Urteilsfähigkeit oder die Notwendigkeit einer Vertretung verneint.[45] Über die Frage der Kindesvertretung muss aber nicht in jedem Fall vorab entschieden werden.[46] Es liegt eine Rechtsverzögerung respektive eine Rechtsverweigerung vor, wenn das Gericht einen Entscheid über den Antrag des Kindes auf Anordnung einer Kindesverfahrensvertretung unterlässt.[47] 6.23

bb. Kindesschutzverfahren

Im Kindesschutzverfahren wird dem urteilsfähigen Kind das entsprechende Beschwerderecht nicht von Gesetzes wegen eingeräumt. Seine Beschwerdebefugnis im Hinblick auf die Anordnung, die Aufhebung oder den Verzicht der Verfahrensbeistandschaft stützt sich auf Art. 450 Abs. 2 ZGB.[48] Gestützt auf die subsidiäre sinngemässe Anwendbarkeit der ZPO (Art. 450f ZGB) kann das urteilsfähige Kind allenfalls die Nichtanordnung der Kindesvertretung mittels Art. 319 lit. b Ziff. 1 i.V.m. Art. 299 Abs. 3 ZPO anfechten.[49] 6.24

---

44 Gl.M. BK-Spycher, Art. 299 ZPO N 16; BSK ZPO-Spühler, Art. 319 N 10; Schweighauser, Famkomm Scheidung, Art. 299 ZPO N 53; a.M. BSK ZPO-Steck, Art. 299 N 19.

45 Schweighauser, Famkomm Scheidung, Art. 299 N 53.

46 BGer, 5C.210/2000, 27.10.2000, E. 2b.

47 Herzig, familienrechtliches Verfahren, Rz. 557.

48 BK-Affolter-Fringli/Vogel, Art. 314a^{bis} ZGB N 74.

49 Herzig, familienrechtliches Verfahren, Rz. 561 ff.

Erstabzug

6. Kostenübernahme

6.25 Zuerst ist die Zusammensetzung der Prozesskosten (Rz. ■) zu umschreiben, um dann deren Verteilung (Rz. ■) zu thematisieren.

a) Zusammensetzung der Prozesskosten

6.26 Gemäss Art. 95 ZPO umfassen zivilrechtliche Prozesskosten zum einen die Gerichtskosten, wie etwa die Entscheidgebühr, die Kosten für die Beweisführung und allenfalls für die Vertretung des Kindes im Rahmen von Art. 299 f. ZPO. Zum anderen enthalten sie die Parteientschädigung, wie etwa den Ersatz notwendiger Auslagen und die Kosten einer berufsmässigen Vertretung respektive in begründeten Fällen eine angemessene Umtriebsentschädigung, wenn die Partei nicht berufsmässig vertreten war. Gestützt auf Art. 105 Abs. 1 ZPO werden die Gerichtskosten von Amtes wegen festgesetzt und verteilt.

b) Verteilung der Prozesskosten

6.27 Da in Kinderbelangen die Offizialmaxime gilt (Art. 296 Abs. 3 ZPO i.V.m. Art. 58 ZPO; Art. 446 Abs. 3 und 4 ZGB), wird das Gericht die Parteientschädigung von Amtes wegen festsetzen. Dabei kann in familienrechtlichen Verfahren eine Verteilung der Prozesskosten nach Ermessen vorgenommen werden (Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO). Dem Kind sollten grundsätzlich keine Prozesskosten auferlegt werden, denn primär haben die Eltern diese als Teil des Kindesunterhalts zu tragen.[50] Nur wenn das Kind über eigene Mittel verfügt, sei es aus Vermögen oder aus Erwerbstätigkeit,[51] kann es ausnahmsweise verpflichtet werden, die Kosten (teilweise) zu übernehmen.[52] Soweit die Kantone in Bezug auf das Kindesschutzverfahren nichts anderes bestimmen, gilt Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO sinngemäss und eine Kostenverteilung kann nach Ermessen getroffen werden.[53]

7. Unentgeltliche Rechtspflege

6.28 Im Zivilverfahren ergibt sich die unentgeltliche Rechtspflege bereits aus Art. 29 Abs. 3 BV. Explizit finden sich die Bestimmungen zur unentgeltlichen Rechtspflege

---

50 BGer, 5A_606/2018, 13.12.18, E. 5.2, m.w.H. auf Rechtsprechung.

51 Art. 305 Abs. 2, Art. 276 Abs. 3, Art. 323 ZGB.

52 Urwyler/Grütter, Art. 107 ZPO N 5; Herzig, familienrechtliches Verfahren, Rz. 497, 623 ff.

53 CHK-Steck, Art. 449a ZGB N 30; Fassbind, Art. 449a ZGB N 2.

Erstabzug

in Art. 117 ZPO: Verfügt die Person nicht über die erforderlichen Mittel und erscheint ihr Rechtsbegehren nicht als aussichtslos, ist ihr die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren. Im ZGB finden sich keine Bestimmungen zur unentgeltlichen Rechtspflege im Verfahren vor der KESB. In Kindesschutzbelangen richtet sich die unentgeltliche Rechtspflege daher sinngemäss nach der ZPO, soweit die Kantone nichts anderes vorsehen (Art. 450f ZGB).[54]

6.29 In Bezug auf das selbstständig handelnde Kind stellt sich vor allem die Frage nach der Mittellosigkeit. Die Prüfung der Mittellosigkeit umfasst nicht nur das freie Kindesvermögen, sondern auch die finanziellen Mittel der Eltern, da die Finanzierung eines Prozesses der Unterhaltspflicht der Eltern unterliegt. Insoweit ist das Kind nur mittellos, wenn es auch beide Eltern sind.[55] Damit werden die Eltern zumindest faktisch in das Verfahren involviert, nämlich durch das Edieren ihrer Einkommens- und Vermögensverhältnisse.[56]

6.30 Weigern sich die Eltern, die Kosten freiwillig zu übernehmen, würde die Kostenvorschusspflicht für das Kind eine unüberwindbare Hürde darstellen. Abzulehnen ist die Haltung, dem Kind sei vorrangig die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren, verbunden mit der Auflage, innert Frist ein Verfahren einzuleiten, das die Leistung des Kostenvorschusses durch den oder die Unterhaltsverpflichtete festsetzt.[57] Generell ist es wünschenswert, Kindern eine unentgeltliche Rechtspflege gestützt auf Art. 29 Abs. 3 BV zu gewähren, unabhängig von den allenfalls bestehenden finanziellen elterlichen Ressourcen.[58] Dadurch wird der Forderung des dargelegten Konzepts (Rz. ■) nach kostenfreien Verfahren entsprochen. Dem Staat steht die Möglichkeit offen, die Kosten mittels Legalzession (Art. 289 Abs. 2 ZGB) gegenüber den Eltern geltend zu machen.[59]

---

54 Z.B. BGer, 5A_716/2018, 27.11.2018, E. 3.1.

55 BGE 67 I 65 E. 2 und 3; BGE 108 Ia 9 E. 3; BGE 119 Ia 134 E. 4 und 5; BGE 127 I 202 E. 3; BGer, 5A_606/2018, 13.12.2018, E. 5.2 und E. 6.3; Maier, 834; Wuffli/Fuhrer, Rz. 161.

56 Immerhin müsste wohl eine Verweigerungshaltung der Eltern berücksichtigt werden: Kann die wirtschaftliche Situation der vorschusspflichtigen Eltern nicht geklärt werden, dürfte das Gericht die unentgeltliche Rechtspflege (wohl) nicht mit Verweis auf den Vorrang des Prozesskostenvorschusses verweigern; Maier, 850, mit Hinweisen auf die Zürcher Rechtsprechung.

57 BK-Bühler, Art. 117 ZPO N 48.

58 Wie hier für den Bereich der Kindesvertretung: Blum/Cottier, 28, 31 f.

59 Wuffli/Fuhrer, Rz. 162, m.w.H.

Fistaz19

D. Das selbstständig handelnde Kind in den einzelnen Verfahren

6.31 Die Voraussetzungen für die Parteifähigkeit sowie die Prozessfähigkeit sind bereits ausführlich erläutert worden (Rz. ■), weshalb die folgenden Ausführungen sich auf die Stellung des Kindes in den einzelnen Verfahren beziehen.

6.32 Die Stellung des Kindes ist in den einzelnen familienrechtlichen Verfahren unterschiedlich normiert, weshalb ein kurzer Überblick über das Abstammungsverfahren (Rz. ■.), das Adoptionsverfahren (Rz. ■), die Regelung der elterlichen Sorge, der Obhut, der Betreuung und des persönlichen Verkehrs (Rz. ■), das Verfahren zur Rückführung des Kindes (Rz. ■), die fürsorgerische Unterbringung (Rz. ■) sowie das Verfahren betreffend Unterhaltsansprüche (Rz. ■) geboten ist.

1. Abstammungsverfahren

6.33 In Abstammungsverfahren wie der Anfechtung der Vaterschaftsvermutung (Rz. ■) oder der Vaterschaftsanerkennung (Rz. ■) respektive der Vaterschaftsklage (Rz. ■) ist das Kind gemäss Wortlaut der entsprechenden Normen Partei.

a) Anfechtung der Vaterschaftsvermutung

6.34 Gemäss Art. 256 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB darf das Kind die Vermutung der Vaterschaft beim Gericht anfechten, wenn während seiner Minderjährigkeit der gemeinsame Haushalt der Ehegatten faktisch oder rechtlich und auf unbestimmte Zeit aufgelöst wurde.[60] Dem Kind steht die Aktivlegitimation jedoch nicht zu, wenn der Haushalt erst nach seinem 18. Altersjahr aufgelöst wurde.[61] Die Klage des Kindes richtet sich gegen den Ehemann und die Mutter, umgekehrt richtet sich die Klage des Ehemannes gegen die Mutter und das Kind (Art. 256 Abs. 2 ZGB). Ist das Kind *urteilsfähig,* so darf es die Anfechtungsklage als relativ höchstpersönliches Recht selbst anheben. An die Urteilsfähigkeit sind jedoch hohe Anforderungen zu stellen.[62] Das *urteilsunfähige* Kind wird in der Regel durch einen Beistand nach Art. 306 ZGB vertreten.[63] Bevor die Kindesschutzbehörde jedoch einen Beistand bestellt, hat sie eine

---

60 Die Auflösung des Haushalts vor dem 18. Altersjahr stellt eine Voraussetzung des materiellen Rechts und keine Prozessvoraussetzung dar: BGer, 5A_667/2018, 2.4.2019, E. 4.3.

61 CHK-Reich, Art. 256 ZGB N 3; kritisch dazu: Meier/Stettler, Rz. 97.

62 CHK-Biderbost, Art. 256 ZGB N 5.

63 CHK-Biderbost, Art. 256 ZGB N 4; Zogg, 414 f.

Entwurf

sorgfältige Abwägung der Kindesinteressen in psycho-sozialer und finanzieller Hinsicht vorzunehmen.[64]

b) Anfechtung der Vaterschaftsanerkennung

Besteht das Kindesverhältnis nur zur Mutter, kann der Vater das Kind anerkennen (Art. 260 Abs. 1 ZGB). Bei unverheirateten Eltern kommt dem Kind ein unbeschränktes Klagerecht zu, ansonsten unterliegt es der Schranke von Art. 259 Abs. 2 Ziff. 2 ZGB. Die Klage des Kindes richtet sich gegen den Anerkennenden. Ist beim Anerkennenden ein kausaler Willensmangel in Bezug auf die Anerkennung gegeben, kann der Anerkennende Klage gegen das Kind führen (Art. 260a Abs. 2 ZGB). Klagt die Mutter, so bilden der Anerkennende und das Kind eine notwendige passive Prozessstandschaft. Dem urteilsunfähigen Kind ist in allen Fällen eine Beistandschaft nach Art. 306 ZGB zu ernennen, das urteilsfähige Kind kann die Klage selbst führen.[65] 6.35

c) Vaterschaftsklage

Sowohl die Mutter als auch das Kind können auf Feststellung des Kindesverhältnisses zwischen dem Kind und dem Vater klagen (Art. 261 Abs. 1 ZGB). Demnach steht das Klagerecht der Mutter und dem Kind gemeinsam oder einzeln zu. Die Aktivlegitimation besteht also unabhängig voneinander.[66] Als relativ höchstpersönliches Recht darf das urteilsfähige Kind selbstständig klagen. Ist die Mutter nicht willens, selbst eine Vaterschaftsklage anhängig zu machen, und ist der Vater unbekannt, weil die Mutter den Erzeuger nicht bekannt geben kann oder will, so hat die Kindesschutzbehörde gestützt auf den Anspruch des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung (Art. 7 KRK; Art. 8 EMRK) eine Beistandschaft nach Art. 308 Abs. 2 ZGB zu ernennen, auch gegen den Willen der Mutter. Der Beistand wird in der Regel versuchen, ein rechtliches Kindesverhältnis zum Vater herzustellen. Ausnahmsweise kann er – unter Vorbehalt der Zustimmung durch die Kindesschutzbehörde (Art. 416 Ziff. 9 ZGB) – auf eine solche Vaterschaftsklage verzichten, falls das Kindeswohl einen solchen Verzicht verlangt.[67] 6.36

64 Meier/Stettler, Rz. 101, m.w.H.
65 CHK-Biderbost, Art. 260a ZGB N 2 ff.; Zogg, 416 f.
66 Meier/Stettler, Rz. 166.
67 BGE 142 III 549 E. 3.2 f.

Entwurf

2. Adoptionsverfahren

6.37 Das revidierte Adoptionsrecht gesteht dem *urteilsfähigen* Kind weitgehende Zustimmungsrechte zu (Rz. ■). Dem *urteilsunfähigen* Kind werden immerhin Mitwirkungs- und Informationsrechte eingeräumt (Rz. ■). Ob das Kriterium der Urteilsfähigkeit vorliegt, ist für jedes Kind im Einzelfall zu bestimmen (Rz. ■).

a) Zustimmungsrechte des urteilsfähigen Kindes

6.38 Im Adoptionsverfahren erhält das urteilsfähige Kind umfassende Zustimmungs- und Mitbestimmungsrechte zur Adoption selbst (Rz. ■), betreffend das Adoptionsgeheimnis (Rz. ■) sowie zu einem allfälligen persönlichen Verkehr (Rz. ■). Zusätzlich stehen ihm Verfahrensinstrumente zur Geltendmachung dieser Rechte zu (Rz. ■).

aa. Zustimmung des Kindes zur Adoption

6.39 Gemäss Art. 265 Abs. 1 ZGB ist die Zustimmung des urteilsfähigen Kindes zur Adoption notwendig. Die Zustimmung des urteilsfähigen Kindes ist ein Gültigkeitserfordernis: Ist seine Zustimmung ohne gesetzlichen Grund nicht eingeholt worden, so kann das urteilsfähige Kind die Adoption beim Gericht anfechten (Art. 269 ZGB). Die gesetzliche Einschränkung, wonach eine Anfechtung das Wohl des Kindes nicht ernstlich beeinträchtigen darf, ist gemäss hier vertretener Ansicht bei einem klagenden urteilsfähigen Kind nur mit Vorbehalt und nur ausnahmsweise anzunehmen.

bb. Mitbestimmung über das Adoptionsgeheimnis

6.40 Weiter darf das urteilsfähige Kind über das Adoptionsgeheimnis mitbestimmen. Grundsätzlich haben das Adoptivkind und die Adoptiveltern Anspruch auf Wahrung des Adoptionsgeheimnisses (Art. 268b Abs. 1 ZGB).[68] Ist das Kind urteilsfähig, so ist die Weitergabe von identifizierenden Informationen über das minderjährige Kind oder über seine Adoptiveltern an seine leiblichen Eltern nebst der Einwilligung durch beide Adoptiveltern ebenfalls von seiner Zustimmung abhängig (Art. 268b Abs. 2 ZGB). Solche Informationen dürfen entsprechend vor dem Eintritt der Urteilsfähigkeit des Kindes gar nicht weitergegeben werden.[69] Dem Kind steht somit ein absolut höchstpersönliches Recht betreffend die Bekanntgabe von

[68] Meier/Stettler, Rz. 410 ff., m.w.H.
[69] Botschaft Adoptionsrecht, 932.

Entwurf

Informationen zu, die es identifizieren.[70] Das volljährige Kind wird darüber allein bestimmen dürfen, unabhängig von seinen Adoptiveltern (Art. 268b Abs. 3 ZGB). Den leiblichen Eltern wird nur ein beschränkter Anspruch auf Kenntnis der Identität des Kindes eingeräumt. Der Gesetzgeber gewichtete die Informationsansprüche unter Hinweis des fehlenden verfassungsmässigen Anspruchs der leiblichen Eltern bewusst unterschiedlich.[71]

cc. Zustimmung über den persönlichen Verkehr

6.41 Adoptiveltern und leibliche Eltern können eine offene Adoption vorsehen, indem sie miteinander einen persönlichen Verkehr zwischen den leiblichen Eltern und dem Kind vereinbaren. Ist das Kind urteilsfähig, so hat es dieser Vereinbarung ebenfalls zuzustimmen (Art. 268e Abs. 1 ZGB). Bevor die Kindesschutzbehörde die Vereinbarung genehmigt, hat sie das Kind anzuhören (s. Rz. ■). Dabei hat sie sicherzustellen, dass das Kind über die Tragweite dieser Vereinbarung sowie über seine Mitwirkungsrechte am Verfahren informiert ist. Insbesondere hat sie das Kind darauf hinzuweisen, dass es den Kontakt zu den leiblichen Eltern auch verweigern darf (Art. 268e Abs. 1 ZGB). Das Kind darf den Kontakt zu den leiblichen Eltern jederzeit verweigern (Art. 268e Abs. 3 ZGB). Da der Gesetzgeber nicht auf die Urteilsfähigkeit abstützt, darf angenommen werden, dass auch dem Wunsch eines urteilsunfähigen Kindes entsprochen wird.[72] Gegen seinen Willen dürfen die Adoptiveltern keine persönlichen Informationen über das Kind wie etwa Fotos oder Schulzeugnisse an die leiblichen Eltern weitergeben (Art. 268e Abs. 3 ZGB).[73]

dd. Verfahrensinstrumente

6.42 Um die Zustimmungs- und Mitbestimmungsrechte ausüben zu können, muss der Kindeswille der Behörde bekannt sein. Deshalb wurden die Verfahrensinstrumente der Anhörung (siehe ebenfalls Rz. ■§ 5 E.1.■) und der Verfahrensvertretung (Rz. ■§ 5 D.2.■) mit ähnlichem Wortlaut wie im Zivilverfahren normiert.

b) Informations- und Mitwirkungsansprüche des urteilsunfähigen Kindes

6.43 Das urteilsunfähige Kind hat gewisse Informationsansprüche (Rz. ■) und ist angemessen in das Adoptionsverfahren einzubeziehen (Rz. ■).

---

70 Cottier, Balance, 161 f.
71 Botschaft Adoptionsrecht, 914.
72 Gl.M. Cottier, Balance, 167.
73 Botschaft Adoptionsrecht, 933.

Erstabzug

aa. Informationsansprüche

6.44 In Art. 10 Abs. 2 BV ist das Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung enthalten.[74] Entsprechend sieht Art. 268c Abs. 1 ZGB eine Informationspflicht der Adoptiveltern vor. Es obliegt den Adoptiveltern, das (minderjährige) Kind entsprechend seinem Alter und seiner Reife über die Tatsache seiner Adoption in Kenntnis zu setzen. Bei Unterlassung erfolgt keine Sanktion.[75] Das minderjährige Kind hat gegenüber der Behörde Anspruch auf Auskunft über seine leiblichen Eltern, soweit dadurch keine Rückschlüsse auf deren Identität möglich sind. Identifizierende Informationen erhält es nur, wenn es ein schutzwürdiges Interesse nachweisen kann (Art. 268c Abs. 2 ZGB). Dieses kann beispielsweise angenommen werden, wenn die Adoptiveltern nachträglich eine offene Adoption anstreben. Im Schrifttum wird der Anspruch als relativ höchstpersönliches Recht gewertet.[76]

bb. Einbezug des urteilsunfähigen Kindes

6.45 Der Einbezug des urteilsunfähigen Kindes in das Adoptionsverfahren ist durch die Anhörung (Rz. ■) und die Verfahrensvertretung (Rz. ■) gesetzlich vorgesehen:

i. Anhörung

6.46 Im Adoptionsverfahren ist das urteilsunfähige Kind anzuhören, soweit nicht wichtige Gründe oder sein Alter dagegensprechen.[77] Wollen die leiblichen und die adoptierenden Eltern eine Vereinbarung über den persönlichen Verkehr treffen, ist das urteilsunfähige Kind zuvor anzuhören. Wie bereits in Rz. ■ erläutert, entspricht die Formulierung zur Anhörung der entsprechenden Anhörungsnorm im Zivilverfahren, weshalb die von Lehre und Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zur Anhörung analog im Adoptionsverfahren übernommen werden dürften.[78] Es wird hier die Meinung vertreten, dass das Anhörungsalter von 6 Jahren auf 4 Jahre gesenkt werden sollte. Weiter ist im gesamten Verfahren – wie bei platzierten Kindern bereits in Art. 1a PAVO normiert – auf eine altersangemessene Beteiligung zu achten.

---

74 SGK BV-Schweizer, Art. 10 N 38; BSK BV-Tschentscher, Art. 10 N 34.
75 Botschaft Adoptionsrecht, 932 f.
76 Cottier, Balance, 163.
77 BezGer Laufen, Entscheid vom 13. Januar 2009, in: ZVW 6/2009, 437 ff.
78 Gl.M. Cottier, Balance, 166. Siehe zur Durchführung der Anhörung Büchler et al., 5 ff.

Erstabzug

ii. Verfahrensvertretung

Es wird im Ermessen der Behörde liegen, darüber zu entscheiden, ob zusätzlich eine Verfahrensvertretung für das Kind angeordnet wird. Der Gesetzgeber hat aufgrund der sehr unterschiedlichen Adoptionsumstände auf einen Automatismus verzichtet. Die Verfahrensvertretung ist vor allem für Situationen bestimmt, in denen die Umstände einen besonderen Druck oder Loyalitätskonflikte für das Kind schaffen können. Der Gesetzgeber nennt ausdrücklich die Stiefkindadoptionen. Denkbar sind aber auch andere Situationen wie etwa Auslandsadoptionen von älteren Kindern.[79] 6.47

c) Bestimmung der Urteilsfähigkeit

Die bundesgerichtliche Wertung, dass bei Kindern ab 14 Jahren die Urteilsfähigkeit sicher gegeben sei und im Alter zwischen 10 und 14 Jahren auf die Umstände im Einzelfall abzustellen sei,[80] erscheint aus heutiger Sicht zu streng. Im Einzelfall ist etwa darauf abzustellen, wie stark die Adoption die konkreten Lebensumstände des Kindes verändern wird.[81] Es ist anzunehmen, dass ein Kind bereits vor seinem 14 Lebensjahr urteilsfähig ist. Während der Anhörung kann die Urteilsfähigkeit mit entsprechenden Fragen überprüft werden. Ist das Kind nicht urteilsfähig, kann es aber den Verfahrensgegenstand verstehen, muss es in altersgerechter Form in das Verfahren einbezogen werden und vor Aussprechen der Adoption über seine Abstammung aufgeklärt werden.[82] Dieses Vorgehen gründet auch in Art. 7 KRK, der dem Kind das Recht auf Kenntnis seiner Abstammung anerkennt. 6.48

3. Regelung der elterlichen Sorge, der Obhut, der Betreuung oder des persönlichen Verkehrs

Mit der elterlichen Sorge, der Obhut, der Betreuung oder dem persönlichen Verkehr werden in eherechtlichen Verfahren Bereiche geregelt, die zu den höchstpersönlichen Rechten des Kindes zählen. Leiten Eltern eherechtliche Verfahren ein, kann ein urteilsfähiges Kind gestützt auf Art. 67 Abs. 3 lit. a ZPO in diesen Bereichen selbst handeln und darf umgekehrt auch nicht gegen seinen Willen 6.49

---

79 Botschaft Adoptionsrecht, 912.

80 BGE 119 II 1 E. 4b mit Verweis auf BGE 107 II 18 E. 4.

81 BSK ZGB I-Breitschmid, Art. 265 N 6, und BK-Bucher/Aebi-Müller, Art. 16 ZGB N 92: Einzelfallprüfung ab ca. 10 Jahren; Meier/Stettler, Rz. 341, gehen davon aus, dass die Urteilsfähigkeit ab 11–12 Jahren angenommen werden kann.

82 BGE 107 II 18 E. 6; BSK ZGB I-Breitschmid, Art. 265 N 8 f.

Erstabzug

vertreten werden.[83] Entsprechend wurde in Art. 299 f. ZPO die Verfahrensvertretung geregelt, die in Fragen der Kinderbelange Anträge und Rechtsmittel einlegen darf.[84]

6.50 Die *Urteilsfähigkeit* in Bezug auf das Sorgerecht, das Aufenthaltsbestimmungsrecht und die Betreuung wird in der Regel ab einem Alter von 12 Jahren angenommen.[85] Im Zweifelsfall kann das Kind seine Urteilsfähigkeit durch ein ärztliches Attest nachweisen.[86] Um die Urteilsfähigkeit von Kindern betreffend den persönlichen Verkehr zu beurteilen, muss auf die im Raum stehende Rechtsfrage abgestellt werden: Höhere Voraussetzungen sind an die Urteilsfähigkeit zu stellen, wenn der persönliche Verkehr grundsätzlich infrage gestellt ist. Sind Modalitäten des Besuchsrechts zu regeln, kann bereits ein jüngeres Kind von 5 bis 6 Jahren urteilsfähig sein.[87] Urteilsunfähige Kinder sind zur Regelung der Kinderbelange auf die gesetzliche Vertretung angewiesen.[88]

4. Verfahren zur Rückführung des Kindes

6.51 Wird das Kind widerrechtlich in einen Vertragsstaat des Haager Übereinkommens über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung (HKÜ)[89] verbracht oder dort zurückgehalten, dann soll dieses Übereinkommen die möglichst schnelle Rückkehr des Kindes sicherstellen (Art. 1 HKÜ). Ausnahmsweise kann das Gericht gestützt auf gewisse *Rechtfertigungsgründe* auf eine Rückführung des Kindes verzichten. Hier interessiert vor allem der in Art. 13 Abs. 2 HKÜ formulierte Rechtfertigungsgrund, der im Kindeswillen, nämlich im Widersetzen des Kindes, gründet.

6.52 Das *Widersetzen* des Kindes muss qualifizierter Natur sein: Es hat mit nachvollziehbaren, speziellen Gründen seinen Widerstand zu belegen und diese Meinung mit

---

83 BGer, 5A_94/2007, 31.5.2007, E. 1.3 in fine.

84 Siehe zur Verfahrensvertretung Rz. ■Teil 3, II., C■.

85 BGer, 5A_1013/2018, 1.2.2019, E. 5; BGer, 5A_793/2010, 14.11.2011, E. 3.1.; BGer, 5A_107/2007, 16.11.2007, E. 3; BGer, 5C.293/2005, 6.4.2006, E. 4.2.

86 Z.B. BGer, 5A_220/2009, 30.6.2009, E. 2.2; BGer, 5C.51/2005, 2.9.2005, E. 2.2; BGer, 5A_453/2010, 11.8.2010, E. 2.3; BGer, 5A_357/2011, 7.10.2011, E. 6.1; BGer, 5A_615/2011, 5.12.2011, E.1.

87 Kilde, persönlicher Verkehr, Rz. 149, m.w.H. auf bundesgerichtliche Rechtsprechung.

88 BSK ZGB I-Breitschmid, Art. 134 N 5.

89 Vom 25. Oktober 1980, in Kraft getreten für die Schweiz am 1. Januar 1984 (SR 0.211.230.02). Der Anwendungsbereich der Konvention ist auf Kinder unter 16 Altersjahren beschränkt (Art. 4 HKÜ).

Fristen 2019

einem gewissen Nachdruck zu vertreten.[90] Nicht ausreichend ist die Bevorzugung der aktuellen Lebenslage ohne konkrete Weigerung.[91] Die Abwägung, inwieweit die Meinungsäusserungen des Kindes beeinflusst, zumindest «gecoacht» sind, kann Schwierigkeiten bereiten. Unter diesem Verdacht erhalten sie kein ausschlaggebendes Gewicht bei der Qualifizierung des kindlichen Widerstands.[92]

Das HKÜ legt kein Alter fest, ab wann ein Widersetzen des Kindes gegen die Rückführung als rechtlich relevant gilt und damit berücksichtigt werden muss.[93] Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist die erforderliche Reife erreicht, wenn das Kind zu autonomer Willensbildung fähig ist.[94] Da das Kind unter besonders starkem Einfluss des «entführenden» Elternteils steht, besteht sehr schnell der Verdacht, dass der Kindeswille nicht frei gebildet wurde. Ein manipulierter Kindeswille kann gemäss Rechtsprechung den Ausschlussgrund von Art. 13 Abs. 2 HKÜ nicht begründen.[95] Hier stellt sich die Frage, ob ein manipulierter Wille tatsächlich ignoriert werden darf oder ob er nicht vielmehr als abgeschlossener Willensprozess des Kindes und somit als eigentlicher Kindeswille gewertet werden muss. Weiter wird vom Bundesgericht die Meinung vertreten, jüngere Kinder verstünden den Sinn und die Problematik des Rückführungsentscheids nicht. Erst ab 11 bis 12 Jahren sollen sie diese abstrakten Unterscheidungen vornehmen können.[96] Auch hier gilt es, dies im Einzelfall konkret festzustellen. Eine Anhörung sollte gemäss hier vertretener Meinung deshalb ab demselben Alter wie in den eherechtlichen Verfahren vorgenommen werden (Rz. ■). 6.53

Beispiel 6.54

Im Verfahren vor dem Kantonsgericht hat das 10-jährige Kind noch den Wunsch geäussert, die Zeit je hälftig mit seinen Eltern verbringen zu dürfen, einen Modus, den es vor dem widerrechtlichen Verbringen in die Schweiz gelebt hat. Nun reicht es dem Bundesgericht ein Schreiben ein, das genau das Gegenteil verlangt, nämlich den Verbleib bei der «entführenden» Mutter. Der Brief erscheint dem Bundesgericht sowohl hinsichtlich Sprache als auch Aufbau und Inhalt wie von einem erwachsenen Menschen diktiert. Auch wenn der Brief sinngemäss beinhalten mag, was das Kind aktuell empfindet, deutet

90 BGE 134 III 88 E. 4.
91 BGer, 5A_674/2011, 31.10.2011, E. 3.3.
92 Alfieri, 137, mit Verweis auf BGer, 5A_764/2011, 30.3.2012, E. 3.3.
93 Alfieri, 91.
94 Zuletzt in BGer, 5A_439/2019, 2.7.2019, E. 4.5, m.w.H. auf Rechtsprechung.
95 BGer, 5A_439/2019, 2.7.19, E. 4.5.
96 BGer, 5A_439/2019, 2.7.19, E. 4.5; BGE 133 III 146 E. 2; BGer, 5A_764/2009, 11.1.2010, E. 5.1.

vieles darauf hin, dass das Kind mit der Mutter eine Schicksalsgemeinschaft bildet und seinen Loyalitätskonflikt löst, indem es sich auf die Seite der Mutter schlägt.

(BGer, 5A_513/2016, 12.8.2016)

5. Kindesschutzverfahren, insbesondere fürsorgerische Unterbringung

6.55 Zuerst werden die wichtigsten Grundsätze für das Kindesschutzverfahren (Rz. ■) zusammengefasst, um anschliessend auf die fürsorgerische Unterbringung (Rz. ■) einzugehen.

a) Voraussetzungen

6.56 Sind die Voraussetzungen der Prozessfähigkeit gegeben (Rz. ■), kann das Kind im Kindesschutzverfahren selbstständig handeln, denn es verfügt über Parteistellung.[97] Dem Kind wird in Art. 310 Abs. 2 ZGB ausdrücklich ein Antragsrecht auf Aufhebung des Aufenthaltsbestimmungsrechts der Eltern gegeben. Abgeleitet aus dem Auslegungsgrundsatz «a maiore ad minus» darf das Kind auch weniger eingreifende Kindesschutzmassnahmen verlangen. Dem urteilsfähigen Kind steht ein Beschwerderecht gegen einen das Kind in seinen höchstpersönlichen Rechten betreffenden Entscheid zu[98] und es darf nicht gegen seinen Willen vertreten werden.[99]

b) Fürsorgerische Unterbringung

6.57 Dem Kind stehen bei einer fürsorgerischen Unterbringung wichtige Verfahrensrechte bei der Unterbringung (Rz. ■) sowie bei der Behandlung der psychischen Störung (Rz. ■) zur Verfügung.

aa. Unterbringung

6.58 Steht eine fürsorgerische Unterbringung im Raum, dürfen urteilsfähige Kinder jederzeit um Entlassung ersuchen (Art. 426 Abs. 4 ZGB), was auch in mündlicher Form möglich ist.[100] Ausserdem darf das urteilsfähige Kind selbstständig das Gericht anrufen (Art. 314b Abs. 2 i.V.m. Art. 450 Abs. 1 ZGB). Eine Begründung ist

[97] Statt vieler: BK-Bucher/Aebi-Müller, Art. 19–19c ZGB N 305.
[98] BGE 120 Ia 369 E. 1; BGer, 5P.41/2006, 17.2.2006.
[99] BGer, 5A_94/2007, 31.5.2007, E. 1.3.
[100] Herzig, familienrechtliches Verfahren, Rz. 898.

Freiexemplar

dabei nicht notwendig (Art. 450e Abs. 1 ZGB). Da das Kind die Unterbringung und deren Auswirkungen selbst miterlebt und an die Urteilsfähigkeit in diesem Bereich generell keine allzu hohen Anforderungen gestellt werden, wird der in der Lehre vertretenen Meinung gefolgt, dass eine Urteilsfähigkeit bereits früh angenommen werden darf.[101] Zur Unterstützung ist in der Regel eine Verfahrensvertretung zu benennen.[102]

bb. Behandlung einer psychischen Störung

6.59 In Bezug auf die Behandlung einer allfälligen psychischen Störung im Rahmen ihrer Unterbringung sind die erwachsenenschutzrechtlichen Bestimmungen in Art. 433 ff. ZGB sinngemäss auch auf Kinder anwendbar.[103] Steht eine *Zwangsbehandlung* infrage, das heisst eine Behandlung ohne Zustimmung des Patienten, ist zwischen urteilsfähigen (Rz. ■) und urteilsunfähigen (Rz. ■) Kindern zu unterscheiden:

i. Behandlung urteilsfähiger Kinder

6.60 Ist das Kind grundsätzlich urteilsfähig, so entscheidet es selbst über medizinische Behandlungen.[104] Es sind die Voraussetzungen von Art. 434 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB zu prüfen[105]: Es wird u.a. die Urteilsunfähigkeit hinsichtlich seiner Behandlungsbedürftigkeit verlangt. Diese teilweise Urteilsunfähigkeit in Bezug auf eine ganz spezifische Rechtsfrage kann im Einzelfall auch bei grundsätzlich urteilsfähigen Kindern vorliegen. Wenn selbst nach altersangepasster Information das Kind erkennen lässt, dass es Schwierigkeiten hat, die Auswirkungen seiner Entscheidungen auf das zukünftige Leben abzuschätzen, dann fehlen dem Kind wesentliche Elemente der Urteilsfähigkeit, nämlich die Erkenntnisfähigkeit und die Wertungsfähigkeit.[106]

---

101 BSK ZGB I-Breitschmid, Art. 314b N 6; Herzig, familienrechtliches Verfahren, Rz. 908, m.w.H.

102 Gerber Jenni/Blum, 26; a.M. BSK ZGB I-Breitschmid, Art. 314b N 6, der bei gerichtlicher Beurteilung einer FU von urteilsunfähigen Kindern vorschlägt, eine Vertrauensperson gestützt auf Art. 432 ZGB beizuziehen.

103 Cottier, FamKomm Erwachsenenschutz, Art. 314b ZGB N 13.

104 BGer, 5A_889/2014, 11.2.2015, E. 3.3.1.

105 A.M. Gerber Jenni/Blum, 21, die Art. 434 ZGB im Fall von untergebrachten Minderjährigen generell als nicht anwendbar erachten.

106 Vgl. SAMW, Richtlinien 2019, 13; illustrativ: Geissberger, 157.

Ersteabzug

ii. Behandlung urteilsunfähiger Kinder

6.61 Bei urteilsunfähigen Kindern ist grundsätzlich ihre gesetzliche Vertretung für die Zustimmung der medizinischen Behandlung zuständig. Veweigert diese die Zustimmung, so wird nicht die Chefärztin oder der Chefarzt die Zustimmung geben, wie dies Art. 434 Abs. 1 ZGB vorsieht. Vielmehr wird die KESB die Zustimmung im Rahmen von Art. 307 ZGB prüfen und allenfalls selbst erteilen (Art. 392 Ziff. 1 ZGB) oder gestützt auf Art. 308 ZGB eine Beistandschaft mit Vertretungsrecht in medizinischen Fragen anordnen.[107] Das urteilsunfähige Kind ist entsprechend seines Reifegrads am Entscheid über die Behandlung zu beteiligen.[108]

6. Verfahren betreffend Unterhaltsanspruch gegenüber den Eltern

6.62 Art. 279 Abs. 1 ZGB enthält ausdrücklich die Klagebefugnis des Kindes zur Geltendmachung seines Unterhaltsanspruchs. Das Kind gilt damit als Partei im Verfahren um Kindesunterhalt.[109] Art. 289 Abs. 1 ZGB sieht vor, dass der Anspruch auf Unterhaltsbeiträge dem Kind zusteht. Solange das Kind minderjährig ist, wird die Schuld durch Leistung an seine gesetzliche Vertretung oder den Inhaber der Obhut erfüllt. Eine Unterhaltsklage ausserhalb eines eherechtlichen Verfahrens darf das urteilsfähige minderjährige Kind selbst anheben. Die herrschende Lehre vertritt die Meinung, es benötige dafür die Zustimmung der gesetzlichen Vertretung.[110] Eine abweichende Lehrmeinung qualifiziert den Anspruch auf Unterhalt als höchstpersönliches Recht, womit die Zustimmung zur klageweisen Geltendmachung dieses Anspruchs nicht mehr von der Zustimmung der gesetzlichen Vertretung abhängt.[111]

6.63 In der Regel wird der Inhaber der elterlichen Sorge gestützt auf Art. 318 Abs. 1 ZGB die Rechte des minderjährigen Kindes in vermögensrechtlichen Angelegenheiten (insbesondere betreffend Unterhaltsbeiträge) in eigenem Namen ausüben und vor Gericht oder in einer Betreibung selbst geltend machen (siehe zur Prozessstandschaft sogleich unter Rz. ■B.1.■). Die Frage bleibt, ob im Bereich des Kindesunterhalts nicht generell eine Interessenkollision anzunehmen ist, da beide Elternteile grundsätzlich zum Unterhalt des Kindes beizutragen haben (Art. 276 ZGB).

---

107 Gerber Jenni/Blum, 21.
108 SAMW, Richtlinien 2019, 13.
109 BK-Bucher/Aebi-Müller, Art. 19–19c ZGB N 305.
110 Statt vieler: Zogg, 424, m.w.H.
111 Ausführlich Herzig, familienrechtliches Verfahren, Rz. 806 ff.

Freiexemplar

Noch mehr ins Gewicht fallen dürfte diese Überlegung bei der Unterhaltsregelung für ein minderjähriges Kind, das bei keinem seiner Elternteile mehr wohnt. Der Verfahrensbeistand nach Art. 299 ZPO kann dieser Interessensgefährdung wirksam begegnen.[112]

E. Das vertretene Kind

Das minderjährige Kind wird regelmässig bei Rechtshandlungen vertreten, in der Regel durch die gesetzliche Vertretung (Rz. ■). In bestimmten Situationen wird das Kind durch Fachpersonen begleitet und unterstützt (Rz. ■). 6.64

1. Verhältnis zwischen Kind und gesetzlicher Vertretung

Grundsätzlich handelt die gesetzliche Vertretung umfassend für das minderjährige Kind (Rz. ■). Die Vertretungsmacht kann unter gewissen Umständen begrenzt werden (Rz. ■). Auf die Interessenkollision als Einschränkungsgrund ist gesondert einzutreten (Rz. ■). 6.65

a) Umfassende Vertretungsbefugnis

Die Inhaber der elterlichen Sorge erhalten durch Art. 304 und Art. 305 ZGB die gesetzliche Vertretungsbefugnis für ihre Kinder. Für urteilsunfähige Kinder besteht eine umfassende Vertretungsbefugnis. Sie können nur durch ihre gesetzliche Vertretung an einem Zivilverfahren teilnehmen. Ist das Kind von Gesetzes wegen parteifähig, jedoch noch nicht prozessfähig, darf die gesetzliche Vertretung für das Kind handeln (Handeln in fremdem Namen; Art. 304 ZGB). Handelt der Sorgerechtsinhaber oder die Sorgerechtsinhaberin persönlich als Partei mit Wirkung für das Kind, handelt es sich um eine Prozessstandschaft.[113] Sind sowohl das Kind als auch die Eltern prozessführungsberechtigt, so ist von einer parallelen Prozessstandschaft auszugehen. Dies kann beispielsweise bei Status- und Unterhaltsklagen der Fall sein. Steht dem Kind in Eheschutz- und Scheidungsverfahren ebenfalls die Prozessführungsbefugnis zu, so ist in Fragen der Kinderbelange ebenfalls von einer parallelen Prozessstandschaft auszugehen.[114] 6.66

[112] Kritisch dazu Zogg, 428 f.

[113] Siehe etwa BGE 142 III 78 E. 3.2; BGE 136 III 365 E. 2; kritisch hierzu Herzig, Prozessstandschaft, 147 ff., insb. 161 ff.

[114] Ausführlich dazu: Lötscher, 623 ff., 634 ff.

Freiabzug

b) Begrenzung der Vertretungsbefugnis

6.67 Die Vertretungsmacht der Eltern kann durch Beschränkung der elterlichen Sorge begrenzt sein:

- Das Gesetz erteilt dem Kind die Entscheidkompetenz über eine bestimmte Frage (z.B. Art. 303 Abs. 3 ZGB).
- Das urteilsfähige Kind darf in relativ höchstpersönlichen Rechten nicht gegen seinen Willen von seinen Eltern vertreten werden.[115]
- Die elterliche Sorge wird in Bezug auf eine bestimmte Frage beschränkt und stattdessen wird eine Beistandschaft errichtet (Art. 308 Abs. 3 ZGB).
- Bei Vorliegen einer Interessenkollision erlischt die elterliche Vertretungskompetenz von Gesetzes wegen (Art. 306 Abs. 3 ZGB).

c) Interessenkollision

6.68 Die *direkte* Interessenkollision, also sich widersprechende Interessen von Eltern und Kind, kann beispielsweise bei Geltendmachung eines Kindes- oder Betreuungsunterhalts vorliegen.[116] Geht bereits Art. 299 lit. a Ziff. 5 ZPO davon aus, dass unterschiedliche elterliche Anträge bezüglich des Unterhaltsbeitrags die Prüfung einer Verfahrensvertretung verlangen, erlischt die elterliche Vertretungskompetenz von Gesetzes wegen bei Vorliegen einer Interessenkollision und eine Verfahrensvertretung für das Kind ist zwingend einzusetzen.

6.69 Auch *indirekte Interessenkollisionen* fallen unter Art. 306 Abs. 2 ZGB. Steht beispielsweise ein Dritter, der mit dem Kind einen Vertrag abschliesst, den Eltern so nah, dass die Eltern nicht unbeeinflusst handeln können, wird eine indirekte Interessenkollision angenommen.[117] Liegt eine direkte oder indirekte Interessenkollision vor, so entfällt die gesetzliche Vertretungsmacht der Eltern per Gesetz. Die Kindesschutzbehörde hat entweder eine Beistandschaft für die konkrete Frage bzw. das einzelne Geschäft anzuordnen oder sie regelt die Angelegenheit selbst.[118] Sie kann insbesondere dann selbst handeln, wenn schnell zu entscheiden ist respektive eine unkomplizierte Frage im Raum steht.[119] Für die prozessuale Vertretung er-

---

115 BK-Bucher/Aebi-Müller, Art. 19–19c ZGB N 242.

116 Gl.M. Lötscher, 628.

117 Z.B. BGE 107 II 105: Vertrag des Mündels mit Stieftochter des Vormundes; BGer, 5A_743/2009, 4.3.2010, E. 2.3.

118 BK-Affolter/Vogel, Art. 306 ZGB N 38.

119 CHK-Biderbost, Art. 306 ZGB N 2.

Erstauflage

gibt sich folglich aus Art. 306 Abs. 2 und 3 ZGB die zwingende Einsetzung einer Verfahrensvertretung.[120]

2. Verhältnis zwischen Kind und Fachperson

Ob einem Kind eine Verfahrensvertretung oder eine andere Fachperson zugeordnet wird und ob damit ein Verhältnis zwischen dem Kind und der Fachperson entstehen kann, ist regelmässig von einem Entscheid einer Behörde abhängig. 6.70

a) Verfahrensvertretung

Der folgende Abschnitt skizziert die Voraussetzungen zur Einsetzung einer Verfahrensvertretung (Rz. ■), die Funktion der Verfahrensvertretung (Rz. ■), ihr sachliche Zuständigkeit (Rz. ■) sowie die persönlichen Anforderungen einer Verfahrensvertretung (Rz. ■). 6.71

aa. Einsetzung einer Verfahrensvertretung

Das Gericht ist für die Einsetzung einer Verfahrensvertretung zuständig und verfügt dabei über unterschiedlich *grosses* Ermessen (Rz. ■), wie hier am Beispiel des Rückführungsverfahrens (Rz. ■), des Adoptionsverfahrens (Rz. ■), des eherechtlichen Verfahrens (Rz. ■) sowie des Kindesschutzverfahrens (Rz. ■) aufgezeigt wird. 6.72

i. Rückführungsverfahren

Das Gericht ist in Rückführungsverfahren zwingend zur Anordnung einer Verfahrensvertretung verpflichtet (Art. 9 Abs. 3 BG-KKE).[121] In der Regel wird die Verfahrensvertretung zu Beginn des Gerichtsverfahrens eingesetzt. Gestützt auf Art. 6 Abs. 2 BG-KKE wäre die Einsetzung einer Verfahrensvertretung bereits in den Vermittlungsversuchen respektive in der Mediation wünschenswert, damit die Kinderperspektive von Anfang an eingebracht werden kann.[122] In der Praxis wurde in wenigen Fällen aufgrund des sehr jungen Alters (unter 3 Jahren) des betroffenen Kindes auf eine Ernennung einer Verfahrensvertretung verzichtet. Gerade beson- 6.73

[120] BSK ZGB I-Schwenzer/Cottier, Art. 306 N 7a; Cottier, FamKomm Erwachsenenschutz, Art. 314 ZGB N 6 und 8.

[121] Mazenauer, Rz. 58.

[122] Alfieri, 138 f.; Mazenauer, Rz. 59.

Entwurf

ders junge Kinder benötigen jedoch eine neutrale Verfahrensvertretung, die ihre von der Elternperspektive abweichenden Interessen vertreten kann.[123]

ii. Adoptionsverfahren

6.74 Im Adoptionsverfahren ist dem zu adoptierenden Kind immer dann eine Verfahrensvertretung zu bestellen, wenn dies der Behörde erforderlich erscheint (Art. 268a^{ter} Abs. 1 ZGB). Das urteilsfähige Kind kann von sich aus verlangen, dass ihm eine Vertretung bestellt wird (Art. 268a^{ter} Abs. 2 ZGB). Sie ist dann zwingend anzuordnen.[124] Bei Nichtanordnung kann das Kind Beschwerde führen (Art. 268a^{bis} Abs. 3 ZGB für die Anhörung, Art. 268a^{ter} Abs. 3 ZGB für die Verfahrensvertretung). Aufgrund des identischen Wortlauts zu Art. 298 und Art. 299 ZPO ist die entsprechende Rechtsprechung auf die Verfahrensvertretung im Adoptionsverfahren zu übertragen, namentlich hat das Gericht dem Antrag des urteilsfähigen Kindes auf Bestellung einer Verfahrensvertretung nachzukommen (Rz. 75■).

iii. Eherechtliche Verfahren

6.75 Das urteilsfähige Kind kann in eherechtlichen Verfahren eine Verfahrensvertretung verlangen, die das Gericht anordnen muss.[125] Sobald die Verfahrensvertretung ernannt ist, wird das Kind zur Partei. Verlangt das urteilsfähige Kind keine Verfahrensvertretung oder ist das Kind nicht urteilsunfähig, verfügt das Gericht in eherechtlichen Verfahren über ein grosses Ermessen. Sein Antrag ist aber als starkes Indiz für die Errichtung einer Verfahrensvertretung zu werten.[126] Es besteht zwar eine Prüfpflicht, jedoch ist die Formulierung (zu) unverbindlich gewählt. Entsprechend ist in der Lehre umstritten, ob bezüglich dieses Entscheids in jedem Fall ein förmlicher Entscheid zu ergehen hat.[127] Gemäss Art. 299 Abs. 2 ZPO prüft das Gericht die Anordnung der Vertretung insbesondere, wenn die Eltern bezüglich der Zuteilung der elterlichen Sorge oder der Obhut, wichtiger Fragen des persönlichen Verkehrs, der Aufteilung der Betreuung oder des Unterhaltsbeitrages unterschied-

123 Alfieri, 139 f.

124 Meier/Stettler, Rz. 352.

125 BSK ZPO-Steck, Art. 299 N 17; Schweighauser, FamKomm Scheidung, Art. 299 ZPO N 22.

126 CHK-Biderbost, Art. 314a^{bis} ZGB N 2; Cottier, FamKomm Erwachsenenschutz, Art. 314a^{bis} ZGB N 6.

127 Bejahend: MURPHY/STECK/BLUM, Rz. 18.164; Schweighauser, FamKomm Scheidung, Art. 299 ZPO N 16; verneinend: BK-Affolter/Vogel, Art. 314a^{bis} ZGB N 26; CHK-Biderbost, Art. 314a^{bis} ZGB N 2.

Ersatzzug

liche Anträge stellen. Weiter hat es die Anordnung zu prüfen, wenn der entsprechende Antrag der Kindesschutzbehörde oder eines Elternteils vorliegt. Entstehen etwa aufgrund der Anhörung der Eltern oder des Kindes Zweifel an der Angemessenheit der gemeinsamen Anträge der Eltern oder erwägt das Gericht den Erlass von Kindesschutzmassnahmen, entsteht dieselbe Prüfpflicht.

iv. Kindesschutzverfahren

6.76 In Kindesschutzverfahren prüft die Kindesschutzbehörde die Anordnung der Vertretung nach Art. 314a^{bis} Abs. 2 ZGB insbesondere, wenn die Unterbringung des Kindes Gegenstand des Verfahrens ist oder die Beteiligten bezüglich der elterlichen Sorge oder wichtiger Fragen des persönlichen Verkehrs unterschiedliche Anträge stellen. Verlangt ein urteilsfähiges Kind eine Rechtsvertretung, so sollte die Kindesschutzbehörde gemäss vorherrschender Meinung in der Lehre wie in eherechtlichen Verfahren eine Verfahrensvertretung anordnen müssen.[128] Das Bundesgericht ist dieser Meinung jedoch nicht gefolgt (vgl. dazu bereits Rz. ■Teil 3, § 5 B.2.■).[129]

v. Ermessensfreiheit des Gerichts

6.77 Das gemeinsame Kriterium gemäss dem Wortlaut der soeben zitierten Art. 292 Abs. 2 ZPO und Art. 314a^{bis} ZGB sind unterschiedliche Anträge der Eltern respektive der Beteiligten im Bereich der Elternrechte. Obwohl nicht ausdrücklich im Gesetz erwähnt, können Eltern auch im Kindesschutzverfahren einen entsprechenden Antrag stellen.[130] Die unter Art. 292 Abs. 2 ZPO und Art. 314a^{bis} ZGB zu subsumierenden Fälle sind durch den in beiden Bestimmungen explizit verwendeten Begriff «insbesondere» nicht abschliessend geregelt. Die gesetzlich erwähnten Fallgruppen weisen lediglich beispielhaft auf, wann eine Notwendigkeit einer Verfahrensvertretung besonders häufig gegeben sein könnte.[131] Die Praxis kann daher auf das Bedürfnis des Kindes auf verstärktes Einbringen seiner Interessen abstellen, namentlich auch wenn das (urteilsunfähige) Kind sich entsprechend äussert. Diese grosse Ermessensfreiheit des Gerichts oder der Kindesschutzbehörde erscheint aber auch problematisch, da dieselbe Norm schweizweit von den Behörden ganz unterschiedlich angewandt wird, wodurch Ungleichbehandlungen je nach zuständigem Gericht oder Behörde entstehen.[132] Im Adoptionsverfahren ist gestützt auf die offene Formulierung in Art. 268a^{ter} Abs. 1 ZGB eine ähnliche Entwicklung wie zu Art. 292

[128] Herzig, familienrechtliches Verfahren, Rz. 471; Murphy/Steck/Blum, Rz. 18.166.
[129] BGer, 5A_232/2016, 6.6.2016, E. 4.
[130] Murphy/Steck/Blum, Rz. 18.164.
[131] BK-Affolter/Vogel, Art. 314a^{bis} ZGB N 24; CHK-Biderbost, Art. 314a^{bis} ZGB N 2.
[132] Siehe zu den kantonalen Differenzen: KOKES, KOKES-Statistik 2015, ZKE 2016, 313 ff.

Fischer Lizenz

Abs. 2 ZPO und Art. 314a^bis ZGB zu erwarten. Das Kriterium der Erforderlichkeit lässt eine grosse Ermessensfreiheit zu, zumal auch in der Botschaft nur auf allenfalls bestehende «erhebliche Konflikt- und Drucksituationen bei Stiefkindadoptionen»[133] hingewiesen wird.

bb. Funktion der Verfahrensvertretung

6.78 Die Funktion der Verfahrensvertretung ist umstritten, gerade wenn sich bei älteren Kindern ein Spannungsverhältnis zwischen dem Kindeswohl und dem Kindeswillen ergibt.[134] Entsprechend stellt sich die Frage, ob die Verfahrensvertretung das Kindeswohl oder den Kindeswillen vor Gericht oder der Behörde zu vertreten hat. Die eine Lehrmeinung sieht das Erfassen und die Vertretung des subjektiven Kindeswillens als Aufgabe der Verfahrensvertretung,[135] die andere Lehrmeinung will das objektivierte Interesse des Kindes in den Vordergrund stellen.[136] Dieser zweiten Meinung folgt nun auch das Bundesgericht.[137] Da das Kindeswohl kaum je gegen einen stabilen und autonomen Kindeswillen realisierbar ist,[138] kann in der Praxis wohl nur eine «Sowohl-als-auch-Haltung» zielführend sein: Der subjektive Wille des Kindes ist sorgfältig zu ermitteln und dem Gericht als solcher zu vermitteln. Da das Gericht oder die Behörde nicht dieselbe Nähe zum Kind hat, sind möglicherweise auch kindeswohlorientierte Erwägungen der Kindesverfahrensvertretung notwendig, um die Interessen des Kindes angemessen in die Entscheidung des Gerichts einfliessen lassen zu können.[139] Entspricht der Wille des urteilsfähigen Kindes nicht seinem Wohl, kann und sollte die Verfahrensvertretung ihre anwaltliche Informations- und Beratungspflicht wahrnehmen und dies mit dem Kind besprechen.[140] Zwar sei ge-

---

133 Botschaft Adoptionsrecht, 92.

134 Kilde, persönlicher Verkehr, Rz. 111.

135 Blum/Weber Khan, 32 ff., 42; BSK ZPO-Steck, Art. 300 N 13; Schweighauser, 215 f.; Schweighauser, KommZPO, Art. 300 N 5; Herzig, familienrechtliches Verfahren, Rz. 429 und 454; Meier, 357.

136 Affolter, in: FS Häfeli, 209; Bähler, 191; Levante, 166; Sutter/Freiburghaus, Art. 146/147 ZGB N 46 ff.; Reusser, Rz. 4.99; Zogg, 430.

137 BGE 142 III 153 E. 5.2.1 f. In einem früheren Entscheid beurteilte das Bundesgericht die Aufgabe der Verfahrensvertretung in der Klarstellung der subjektiven Sicht des Kindes; BGer, 5P.84/2006, 3.5.2006, E. 3.4.

138 Der Kindeswille ist ein Teilaspekt des Kindeswohls: Coester, 182 f., 255 f.; Fassbind, 179; Maywald, 27.

139 BK-Affolter/Vogel, Art. 314a^bis ZGB N 34; CHK-Biderbost, Art. 314b ZGB N 6; Gerber Jenni, Anwalt, 111; Affolter, in: FS Häfeli, 209.

140 Cottier, FamKomm Erwachsenenschutz, Art. 314a^bis ZGB N 11; Meier/Stettler, Rz. 753.

Entwurf

mäss Bundesgericht selbst bei älteren Kindern die Urteilsfähigkeit im Hinblick auf die elterliche Sorge oder Obhut kaum je gegeben, weshalb sich die Frage einer «genuin anwaltlichen» Interessenvertretung nicht stelle.[141] Zu bedenken bleibt jedoch, dass Anträge gegen den ausdrücklichen Willen des Kindes die Vertrauensbeziehung zur Verfahrensvertretung zerstören kann und darum zu vermeiden sind.[142] Es ist auf eine klare Rollenverteilung zu achten: Die Verfahrensvertretung vertritt den Kindeswillen, das Gericht und die Behörde sucht Lösungen, die dem Kindeswohl entsprechen.[143]

cc. Aufgabenbereich

Zwar sind die Kompetenzen der Kindesvertretung in Art. 300 ZPO und Art. 314a^{bis} Abs. 3 ZGB umrissen (siehe bereits Rz. ■II.B.3.b) ha■); der konkrete Aufgabenbereich der Kindesvertretung ist jedoch nicht gesetzlich verankert. Gemäss Bundesgericht hat die Verfahrensvertretung Abklärungen vorzunehmen, das Kind während des Verfahrens zu begleiten sowie seine Verfahrensrechte als Prozesspartei wahrzunehmen.[144] Weitere Aufgaben bestehen in der Übersetzungs- und Informationstätigkeit sowie einem Monitoring, was wohl unter «Begleitung des Kindes» verstanden werden kann. Es ist jedoch abzulehnen, dass das Gericht der Verfahrensvertretung quasi Abklärungsaufträge respektive Einschränkungen in ihrer Tätigkeit auferlegen kann.[145] 6.79

dd. Persönliche Anforderungen

Als persönliche Anforderung an die Verfahrensvertretung wird gemäss Wortlaut der Gesetzesgrundlagen (Art. 9 Abs. 3 BG-KKE; Art. 268a^{ter} Abs. 1 ZGB, Art. 314a^{bis} Abs. 1 ZGB; Art. 299 Abs. 1 ZPO) Erfahrung in fürsorgerischen und rechtlichen Fragen verlangt.[146] Zu begrüssen sind konkretere Formulierungen dieser Anforderungen.[147] Ein gutes Beispiel hierfür ist die basel-städtische Verordnung über die Ausbildung der mit Kindesanhörungen und Kindesvertretung beauftrag- 6.80

[141] BGE 142 III 153 E. 5.2.4.

[142] Meier, 357.

[143] Gl.M. CHK-Biderbost, Art. 314a^{bis} ZGB N 6 in fine.

[144] BGE 142 III 153 E. 5.2.3.1 ff., E. 5.2.4.

[145] Ausführlich in: Leuthold/Schweighauser, 476.

[146] Siehe etwa Wortlaut von Art. 314a^{bis} Abs. 1 ZGB; Art. 299 Abs. 1 ZPO; Art. 9 Abs. 3 BG-KKE.

[147] In freiwilligem Rahmen findet sich ein solcher Kriterienkatalog auch für die bei dem Verein Kinderanwaltschaft eingetragenen Verfahrensvertretungen; vgl. ‹https://www.kinderanwaltschaft.ch/node/82› (besucht am 28.8.2019).

Freiexemplar

ten Personen[148], die in § 3 folgende persönlichen Anforderungen an die Kindesvertretung stellt:

6.81 **§ 3 Kindesvertretung**

[1] Das Gericht respektive die KESB betraut mit der Kindesvertretung eine in fürsorgerischen und rechtlichen Fragen erfahrene Person als Beiständin oder als Beistand.

[2] Zum Beistand kann nur ernannt werden,

– wer über eine juristische Grundausbildung mit durch geeignete Aus- oder Weiterbildung erworbenen Kenntnissen des anwendbaren Prozessrechtes und der Entwicklungspsychologie, der Familiensysteme und der Gesprächsführung verfügt oder
– wer über eine psychologische, psychiatrische oder fürsorgerische Grundausbildung mit durch geeignete Aus- oder Weiterbildung erworbenen Kenntnissen des Familien- und Prozessrechts verfügt.

[3] Über die Erfüllung der Voraussetzungen entscheidet das Gericht respektive die KESB.

b) Vertrauensperson

6.82 Die Vertrauensperson, wie sie für platzierte Kinder in Art. 1a PAVO und für fürsorgerisch untergebrachte Kinder in Art. 432 ZGB i.V.m. Art. 314b ZGB vorgesehen ist, nimmt eine ganz andere Rolle ein als die oben beschriebene Verfahrensvertretung. Gemäss hier vertretener Ansicht ersetzt die Vertrauensperson die Verfahrensvertretung nicht, sondern sie nimmt ergänzend ihre Rolle wahr.[149] Als Vertrauensperson kann grundsätzlich jede (handlungsfähige) Person eingesetzt werden, welcher das Kind Vertrauen entgegenbringt und die nicht in einer Interessenkollision steht. Als typisches Beispiel gilt der Götti oder die Gotte als Bezugsperson aus dem sozialen Umfeld des Kindes. Auch Freundinnen oder Freunde der Familie, enge Bekannte oder Lehrpersonen sind potenzielle Vertrauenspersonen.[150] Werden nahe Angehörige als Vertrauenspersonen gewählt, muss darauf geachtet werden, dass mit ihrer Einsetzung keine (indirekte) Interessenkollision geschaffen wird (siehe oben Rz. ■). In der Praxis entwickeln sich u.U. auch Vertrauensverhältnisse zu eingesetzten Erziehungsbeiständen und -beiständinnen. Als Fachpersonen weisen sie nicht eine genügende Unabhängigkeit gegenüber der KESB auf, um als geeignet zu gelten.

---

148 Verordnung über die Ausbildung der mit Kindesanhörungen und Kindesvertretung beauftragten Personen des Kantons Basel-Stadt vom 28. August 2001 (SG 212.500).

149 Zur Diskussion, ob die Vertrauensperson oder die Verfahrensvertretung die Interessen des fürsorgerisch untergebrachten Kindes wahrnehmen sollen: BSK ZGB-I Breitschmid, Art. 314b N 12; Cottier, FamKomm Erwachsenenschutz, Art. 314b ZGB N 12; Gerber Jenni/Blum, 26.

150 Gl.M. Gassner, Rz. 564.

Entwurf

Nennt das Kind in der Anhörung aber ausdrücklich eine Fachperson, so sind diese gewachsenen Vertrauensverhältnisse zu respektieren.[151] Allerdings kann diese Doppelfunktion zu Rollenkonflikten führen. Es ist daher notwendig, mit klarem Rollenbewusstsein eine gute Kommunikation zwischen den Beteiligten zu pflegen. Umstritten ist die Frage, ob auch Personen, etwa eine Psychotherapeutin oder ein Psychotherapeut, eingesetzt werden können, zu denen das Kind erst Vertrauen entwickeln soll und die dafür entschädigt werden. Der Vorteil einer solchen Vertrauensperson liegt einerseits sicherlich in der zu erwartenden professionellen Haltung der psychologischen Fachperson. Andererseits entwickelt nicht jedes Kind ein entsprechendes Vertrauen in eine «fremde» Person. Ausgangspunkt ist ein bereits bestehendes oder wenigstens ein sich anbahnendes Vertrauensverhältnis. Die Vertrauensperson sollte ein gewisses Verantwortungsgefühl für das Kind erkennen lassen.[152] Die anordnende Behörde wird auf formlosen Antrag des Kindes hin die Vertrauensperson auswechseln, sollte das Vertrauensverhältnis zwischen dem Kind und der Vertrauensperson nicht mehr bestehen. Legt die Vertrauensperson ein Verhalten an den Tag, der das Kindeswohl schädigt, so hat die KESB für einen Ersatz zu sorgen.[153] Analog zur Bestimmung der Vertrauensperson bei einer fürsorgerischen Unterbringung ist die Wahl der Vertrauensperson als absolut höchstpersönliches Recht einzustufen, wobei die Anforderungen an die Urteilsfähigkeit nicht hoch sein dürfen.[154]

Ihre *Rolle* kann mithilfe ihres *Aufgabenbereichs* definiert werden: Die Vertrauensperson begleitet das Kind durch das Verfahren, sie vermittelt dem Kind Sicherheit und erklärt ihm bei Fragen oder Unwissenheit das Notwendige, damit es vollständig informiert ist. Dabei wird hier die Meinung vertreten, dass die Vertrauensperson darauf achten sollte, Wissenslücken des Kindes während des Gesprächs zwischen dem Kind und der Fachperson durch eigenes Nachfragen zu füllen. Wenn also die Vertrauensperson im Verlauf eines Gesprächs merkt, dass das Kind nicht versteht, was die Fachperson ihm gerade erläutert, sollte die Vertrauensperson die Initiative ergreifen und durch Nachfragen beim Kind prüfen, dass es tatsächlich versteht, was erklärt wird. Die Aufgabe der Vertrauensperson ist demnach, dem Kind so viel *Sicherheit und Hilfestellung zu geben,* wie es dies benötigt, um als Rechtssubjekt am Verfahren teilzunehmen.[155] 6.83

[151] Häfeli argumentiert denn auch für eine restriktive Einsetzung von Vertrauenspersonen, da Platzierungen das Ergebnis eines längeren Prozesses mit Einbezug von Eltern, Kindern und Beistandspersonen sei; Häfeli, Rz. 38.43. A.M. Gassner, Rz. 563.

[152] Hotz/Gassner, 299; Gassner, Rz. 564, m.w.H.

[153] Gassner, Rz. 561.

[154] Analog zu Gassmann/Bridler, Rz. 9.138; Gassner, Rz. 556.

[155] BK-Affolter-Fringeli/Vogel, Art. 310/314b ZGB N 121; Gassner, Rz. 574.

Leseprobe

F. Das mitwirkende Kind

6.84 Im Zivilverfahren sind sowohl Mitwirkungsrechte (Rz. ■) als auch Mitwirkungspflichten (Rz. ■) für das Kind vorgesehen.

1. Mitwirkungsrechte

6.85 Die folgenden Ausführungen fokussieren auf die Anhörung. Zuerst werden die gesetzlichen Grundlagen als Ausgangspunkt (Rz. ■) aufgeführt, um dann auf den Zweck der Anhörung (Rz. ■) und die Ausnahmen von der Anhörung einzugehen (Rz. ■). Weiter wird auf die anhörende Person (Rz. ■), die rechtliche Relevanz von Kindesaussagen (Rz. ■) sowie auf das bei einer Anhörung zu verfassende Protokoll (Rz. ■) eingegangen.

a) Gesetzliche Grundlagen

6.86 *Ausgangspunkt* der Anhörungsnormen im Zivilrecht bildete für den Gesetzgeber das Recht auf Mitwirkung, formuliert in Art. 12 KRK (siehe dazu bereits Rz. ■).

6.87 Die Anhörung des Kindes wird *ausdrücklich normiert*

- in den eherechtlichen Verfahren in Art. 298 ZPO;
- im Kindesschutzverfahren in Art. 314a ZGB;[156]
- im Rückführungsverfahren in Art. 9 BG-KKE;[157]
- im Adoptionsverfahren in Art. 268a[bis] ZGB.[158]

6.88 Der Wortlaut der einzelnen Normen ist nahezu identisch. Bei Fragen etwa zu den Ausnahmen von der Anhörung (Rz. ■), den Delegationsanforderungen an die anhörende Drittperson (Rz. ■) oder zum Protokoll (Rz. ■) darf daher auf die bereits sehr differenzierte Rechtsprechung und Lehre zu Art. 144 aZGB resp. Art. 298 ZPO Bezug genommen werden.

---

156 Kommt bei fürsorgerischer Unterbringung Art. 447 Abs. 2 ZGB sinngemäss zur Anwendung, unterliegt die fürsorgerische Unterbringung von Minderjährigen dennoch den Anforderungen von Art. 314a ZGB; Gerber Jenni/Blum, 24, m.w.H.

157 BGer, 5P.507/2006, 5.4.2007, E. 4.1; BGer, 5A_566/2009, 29.9.2010, E. 3.2.1; BGer, 5P.293/2003, 5.3.2009, betr. Eheschutzmassnahmen; BGE 126 III 497 betr. Verfahren auf vorsorgliche Massnahmen.

158 In Kraft seit 1. Januar 2018; AS 2017 3699; BBl 2015 877 ff., 911.

Erstabzug

Durch Art. 1a PAVO wurde die Stellung platzierter Kinder gestärkt.[159] Die Kindesschutzbehörde sorgt dafür, dass diese Kinder 6.89

- über ihre Rechte, insbesondere Verfahrensrechte, entsprechend ihrem Alter aufgeklärt werden (lit. a);
- eine Vertrauensperson zugewiesen erhalten (lit. b);
- an allen Entscheidungen, die einen wesentlichen Einfluss auf ihr Leben haben, entsprechend ihrem Alter beteiligt werden (lit. c).

Es wäre wünschenswert, wenn diese Bestimmung allen Anhörungen als Vorlage dienen würde. Besonders die unabhängig von einem bestimmten Grenzalter vorgesehene, altersangemessene Beteiligung an allen Entscheidungen wie auch die gesetzlich ausdrücklich verlangte Aufklärung über ihre Verfahrensrechte müssten gemäss hier vertretener Meinung allgemein für alle Anhörungssituationen gelten.[160] 6.90

In ständiger Rechtsprechung hält das Bundesgericht fest, dass die bundesrechtlich geregelten Anhörungsnormen Art. 12 KRK vorgehen und die Konventionsnorm daher in diesen Bereichen keine eigenständige Bedeutung mehr hat.[161] Bereits unter der Geltung von Art. 144 aZGB galt die Anhörungsnorm für alle (zivil-)gerichtlichen Verfahren betreffend Kinderbelange. Im *Vollstreckungsverfahren* besteht eine differenzierte Rechtsprechung: Grundsätzlich ist keine Anhörung des Kindes (mehr) vorzunehmen. Ausnahmsweise ist dann eine Anhörung des Kindes vorzusehen, wenn das Urteil vollstreckungsmässig modifiziert werden soll und somit materiell in die Rechtslage eingegriffen wird.[162] 6.91

b) Zweck der Anhörung

Der Zweck der Anhörung liegt gemäss ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts in der Wahrnehmung eines höchstpersönlichen Rechts des Kindes. Zudem dient die Anhörung der Sachverhaltsermittlung der Behörde oder des Gerichts.[163] Namentlich bei *jüngeren Kindern,* die noch nicht fähig sind, sich einen eigenständi- 6.92

[159] Detailliert: Hotz/Gassner, 298 ff.

[160] Die Information des betroffenen Kindes betr. seine Verfahrensrechte ist in der Lehre unbestritten; statt vieler: Meier/Stettler, Rz. 740, m.w.H.

[161] Z.B. BGer, 5A_746/2014, 30.4.2015, E. 4.4; BGer, 5A_465/2012, 18.9.2012, E. 3.1.1.

[162] BGer, 5A_754/2013, 4.2.2014, E. 3; BGer, 5A_64/2010, 25.2.2010, E. 2 und 3; BGer, 5A_388/2008, 22.8.2008, E. 3.

[163] Zuletzt etwa in BGer, 5A_87/2019, 26.3.2019, E. 2.2. Vgl. dazu ebenfalls Bischof, 281, m.w.H.

Fristablauf

gen und stabilen Willen zu bilden, dient die Anhörung der Komplementierung des Sachverhalts, damit das Gericht oder die Behörde sich ein ungefiltertes Bild vom Kind und dessen Neigungen machen kann.[164] Gemäss älterer Rechtsprechung mussten Eltern jeweils die Anhörung als Beweismittel anrufen, wenn ihr urteilsunfähiges Kind angehört werden sollte.[165] Gemäss neuerer Rechtsprechung hat das Gericht oder die Behörde – unabhängig von Eltern oder Kind – gestützt auf die Offizial- und Untersuchungsmaxime die Anhörung immer dann vorzunehmen, wenn kein wichtiger Grund dagegen spricht.[166] Zumindest liegt es im Ermessen des Gerichts und nicht der Eltern, ob es im Rahmen der Sachverhaltsklärung das urteilsunfähige Kind anhören will.[167]

6.93 Sobald das Kind als *urteilsfähig* anzusehen ist, darf es seinen Anspruch selbst geltend machen. Damit erhält der Anspruch auf Anhörung die Komponente eines persönlichen Mitwirkungsrechts und das Gericht ist (sowieso) zur Anhörung verpflichtet.[168]

c) Ausnahmen von der Anhörung

6.94 Auf eine Anhörung des Kindes kann aufgrund seines Alters (Rz. ■) oder aufgrund anderer wichtiger Gründe (Rz. ■) rechtmässig verzichtet werden (Art. 298 Abs. 1 ZPO; Art. 314a Abs. 1 ZGB, Art. 268a^{bis} Abs. 1 ZGB; Art. 9 Abs. 2 BG-KKE).

aa. Alter des Kindes

6.95 Die Rechtsprechung unterscheidet zwischen *drei Altersstufen:* Vor dem vollendeten 6. Altersjahr werden Kinder kaum angehört, obwohl bereits eine gewisse Gesprächsfähigkeit des Kindes als ausreichend gilt. Je nach den konkreten Umständen könnte die Anhörung eines etwas jüngeren Kindes infrage kommen, etwa wenn von mehreren Geschwistern das jüngste kurz vor dem genannten Schwellenalter steht. Der Verzicht auf eine Anhörung vor dem vollendeten 6. Altersjahr

---

164 Statt vieler: Pradervand-Kernen, 349.

165 BGE 136 III 353 E. 2; BGer, 5A_554/2014, 21.10.2014, E. 5.1.2; BGer, 5C.209/2005, 23.9.2005, E. 3.1. Daher verletzt eine entgegen dem ausdrücklichen Begehren und ohne Angabe eines Grundes unterlassene Anhörung klar Bundesverfahrensrecht; BGer, 5P.112/2001, 27.8.2001, E. 4b.

166 BGer, 5A_714/2015, 28.4.2016, E. 4.2.2; BGer, 5A_971/2015, 30.6.2016, E. 6; BGer, 5A_402/2011, 5.12.2011, E. 5.1.

167 BGer, 5A_473/2013, 6.8.2013, E. 3.

168 BGer, 5A_89/2010, 3.6.2010, E. 4.1.1; KGer SG, RF.2008.33, 4.6.2008, in: FamPra.ch 2009, 283 ff.

Erstabzug

verletzt aber kein Bundesrecht.[169] Ab dem vollendeten 6. Altersjahr ist eine Anhörung grundsätzlich durchzuführen.[170] In Rückführungsverfahren lehnt sich Art. 9 Abs. 2 BG-KKE mit einem ähnlichen Wortlaut an die Modalitäten in der familienrechtlichen Anhörung an. In der Praxis wird die Anhörung in Rückführungsverfahren für Kinder mittlerweile ab ca. 7 Jahren vorgenommen.[171] Erst ein urteilsfähiges Kind ist gemäss Bundesgericht zu einer umfassenden Beweisaussage und zur Ausübung des Persönlichkeitsrechts fähig. Letztere soll pauschal etwa mit 12 Jahren gegeben sein.[172] Gemäss hier vertretener Meinung benötigen Persönlichkeitsrechte jedoch keiner Urteilsfähigkeit, um ausgeübt zu werden.

bb. Andere wichtige Gründe

6.96 Andere wichtige Gründe, die einen Verzicht auf eine Anhörung rechtfertigen, wurden von der Rechtsprechung wie folgt konkretisiert:

i. Person des Kindes

6.97 Wichtige Gründe können in der Person des Kindes liegen: Der wichtigste Grund liegt in der Ablehnung der Anhörung durch das Kind. Allenfalls kann auch der dauernde Aufenthalt im Ausland zum Verzicht führen.[173] Kann das Kind wegen fehlender eigener Erfahrungen keine Aussage zu einer Frage machen, darf die Behörde die Anhörung ebenfalls unterlassen. So wurde beispielsweise keine Anhörung durchgeführt, weil das Kind den leiblichen Vater nicht kannte[174] resp. der letzte Kontakt bereits zu lange her war, um sich eine eigenständige Meinung zur Rechtsfrage bilden zu können.[175]

ii. Schutz des Kindes

6.98 Ein Verzicht auf eine Anhörung kann zum Schutz des Kindes geboten sein, etwa bei begründetem Verdacht auf Druckausübung gegenüber dem Kind oder aufgrund

169 BGer, 5A_522/2009, 25.9.2009, E. 2.2 ff.
170 BGE 131 III 553 E. 1.2.
171 Alfieri, 134 ff.; vgl. die Rechtsprechung zur Anhörung des Kindes im Rückführungsverfahren vor Inkrafttreten des BG-KKE, die für die Durchführung der Anhörung die Urteilsfähigkeit des Kindes voraussetzte: BGer, 5P.65/2002, 11.4.2002, E. 4c.
172 BGer, 5A_701/2011, 12.3.2012, E. 2.2.2; BGer, 5A_89/2010, 3.6.2010, E. 4.1.2.
173 Grundlegend BGE 131 III 553.
174 BGE 124 III 90 E. 3a.
175 BGer, 5A_64/2010, 25.2.2010, E. 2. und 3; BGer, 5C.55/2002, 27.5.2002, E. 3.2.

Erstabzug

einer zu befürchtenden Beeinträchtigung der (psychischen) Gesundheit[176] durch die Anhörung selbst.[177] Ein durchschnittlich starker Loyalitätskonflikt des Kindes rechtfertigt einen Verzicht auf Anhörung jedoch nicht, ein aussergewöhnlich starker Loyalitätskonflikt hingegen schon.[178] Eine Behinderung des Kindes steht einer Anhörung nicht entgegen. Eine solche kann durch eine entsprechende fachliche oder technische Unterstützung dennoch durchgeführt werden.[179] Gelingt etwa die Anhörung durch eine spezialisierte Fachperson nicht, darf das Gericht auf einen weiteren Anhörungsversuch verzichten.[180] Eine Behörde darf ausnahmsweise auf eine Anhörung verzichten, wenn etwa das Alter des Kindes die Kooperation eines Elternteils voraussetzt, dieser aber dazu nicht bereit ist und eine baldige Entscheidung notwendig ist.[181]

iii. Grundsatz der einmaligen Anhörung

6.99 Weiter wurde die Richtlinie aufgestellt, eine Anhörung sei in der Regel nur einmal im Verfahren, einschliesslich Instanzenzug, vorzunehmen.[182] Wurde beispielsweise ein Kind bereits in einem immer noch aktuellen Gutachten zu den im Raum stehenden Rechtsfragen im Einzelgespräch angehört, so darf die Behörde auf eine Anhörung verzichten.[183] Ein 9 Monate alter Ergänzungsbericht wurde z.B. als aktuell beurteilt, nicht jedoch ein mehr als 2 Jahre zurückliegendes Gutachten.[184] Dasselbe gilt im Rechtsmittelverfahren, soweit sich das Kind zu allen entscheidrelevanten Fragen äussern konnte und das Ergebnis immer noch aktuell ist[185] oder wenn das Kind bereits mehrmals befragt wurde und eine erneute Anhörung nur eine Belas-

176 Siehe etwa BGer, 5P.322/2003, 18.12.2003; BGer, 5A_46/2007, 23.4.2007; BGer, 5A_735/2007, 28.1.2008.

177 Grundlegend BGE 131 III 553.

178 BGE 131 III 553 E. 1.2; BGer, 5A_171/2007, 11.9.2011 (beides Entscheide aufgrund eines «durchschnittlichen» Loyalitätskonflikts); BGer, 5P.214/2005, 24.8.2005 (weit über das übliche Mass hinausgehender Loyalitätskonflikt).

179 Bischof, 283.

180 BGer, 5A_485/2012, 11.9.2012, E. 6.

181 BGer, 5A_144/2012, 4.4.2012, E. 4.2. Hinzu kam noch die Erwägung, dass in casu von der Anhörung selbst kein entscheidender Einfluss auf den Entscheid zu erwarten war.

182 BGer, 5A_724/2015, 2.6.2016, E. 4.3.

183 Z.B. in BGer, 5A_869/2013, 24.3.2014, E. 2.2.

184 BGer, 5A_971/2015, 30.6.2016, E. 5 f.; BGer, 5P.322/2003, 18.12.2003, E. 4.3.2.

185 BGE 142 I 188, nicht publizierte E. 4.3 (BGer, 5A_724/2015, 2.6.2016; BGer, 5A_911/2012, 14.2.2013, E. 7.2.3; BGer, 5A_138/2012, 26.6.2012, E. 4, mit Hinweisen, in: FamPra.ch 2012, 1171 ff.).

Pilotzud

tung ohne Erkenntnisgewinn darstellen würde.[186] Urteilsfähige Kinder sollten jedoch selbst entscheiden dürfen, ob sie im Rechtsmittelverfahren nochmals angehört werden.[187]

iv. Besondere Dringlichkeit

Die besondere Dringlichkeit der Anordnungen etwa im Kindesschutzverfahren kann zu einem (vorläufigen) Verzicht auf eine Anhörung führen. Dieser Verfahrensmangel muss jedoch spätestens im Rechtsmittelverfahren durch das Nachholen der Anhörung geheilt werden.[188] 6.100

d) Anhörende Person

Gemäss Wortlaut der zivilrechtlichen Normen kann die Anhörung anstelle einer Kindesschutzbehörde oder eines Gerichtes von einer geeigneten Drittperson durchgeführt werden. Gleichwohl würde eine systematische Delegierung der Anhörung an eine Drittperson der ursprünglichen Idee der Anhörung widersprechen (siehe soeben unter Rz. ■).[189] Eine Delegation kann jedoch angezeigt sein, wenn beispielsweise das Alter kombiniert mit einer ausserordentlichen Belastungssituation[190] oder ein bestehender Loyalitätskonflikt und psychische Schwierigkeiten des Kindes besonderes psychologisches Geschick erfordern.[191] Damit das Ergebnis des Gesprächs mit der beauftragten Fachperson als rechtsgenügliche Anhörung gelten kann, muss das Kind sich im Rahmen dieser Anhörung zu allen entscheidrelevanten Fragen geäussert haben können.[192] Zudem muss das Ergebnis aktuell sein.[193] 6.101

---

186 BGer, 5A_411/2014, 3.2.2015; BGer, 5A_821/2013, 16.6.2014, E. 4. Siehe dazu bereits BGE 133 III 553 E. 1.2.

187 Vgl. BGer, 5A_721/2018, 6.6.2019, E. 2.4.2.

188 BGE 131 III 409 E. 4; BGer, 5C.149/2006, 10.7.2006, in: FamPra.ch 2006, 977 ff., 978 ff., mit Bemerkungen von Jonas Schweighauser.

189 BGE 127 III 295 E. 2; BGE 133 III 553 E. 4.

190 Z.B. Staub/Felder, 67: Aufteilung zwischen Gericht und Fachperson je nach Alter und Schwere des Ehekonflikts.

191 Bereits Rumo-Jungo, 1584.

192 Ungenügend, da sich nicht zur Fremdplatzierung äussernd: BGer, 5A_354/2015, 3.8.2015, E. 3; ungenügend, weil im Rahmen des Gutachtens sich nicht zum Besuchsrecht äussernd: BGer, 5C.51/2005, 2.9.2005, E. 3.2

193 BGer, 5A_148/2014, 8.7.2014, E. 5; BGer, 5A_397/2011, 14.7.2011, E. 2.5; BGer, 5A_756/2009, 29.1.2010, E. 4.

Entwurf

6.102 Gemäss ständiger Rechtsprechung muss die *Drittperson* unabhängig und fachlich qualifiziert sein; sie verfügt also über ein besonderes Fachwissen.[194] Die Anhörung durch den Erziehungsbeistand wurde in der älteren Rechtsprechung als ungenügend qualifiziert.[195] Mitarbeitende des Jugendamts[196] und des Jugendsekretariats[197] erfüllten hingegen diese Anforderungen. In einem jüngeren Entscheid hat das Bundesgericht die Anhörung durch den Erziehungsbeistand jedoch als grundsätzlich genügend beurteilt.[198] Die Verfahrensvertretung eines Kindes kann in der Regel keine delegierte Anhörung durchführen, da ein Rollen- und Interessenkonflikt bestehen kann.[199] Ob die Verfahrensvertretung bei der Anhörung dabei sein soll, wird in der Lehre kontrovers diskutiert: Vielfach wird diese Frage ohne Begründung verneint. Andere Lehrmeinungen befürworten die Anwesenheit der Verfahrensvertretung zumindest in Ausnahmesituationen, wenn etwa das Kind besonders jung ist, unter einem starken Loyalitätskonflikt leidet oder Angst hat.[200] Dient die Anwesenheit der Verfahrensvertretung dazu, dass eine Anhörung überhaupt stattfinden kann, dann ist diese Lösung dem Verzicht auf eine Anhörung vorzuziehen. Da die Verfahrensvertretung in allen Verfahrensbelangen involviert sein muss, um die Vertretung des Kindes auch wirklich in dessen Sinn wahrnehmen zu können, ist gegen ihre Anwesenheit nichts einzuwenden; diese ist aber nicht immer notwendig. Beispielweise kann ein Kind, dessen Wille stabil ist, bei einer klaren Sachlage auf die Anwesenheit der Verfahrensvertretung verzichten.

---

194 Beispielsweise in BGE 133 III 553 E. 4; BGE 127 III 295 E. 2a; BGer, 5A_756/2009, 29. 1. 2010, E. 3.1; BGer, 5C.19/2002, 15. 10. 2002, E. 2.1.

195 BGer, 5P.276/2005, 28. 9. 2005, E. 3.3.

196 BGer, 5A_497/2011, 5. 12. 2012, E. 4.

197 BGer, 5C.19/2002, 15. 10. 2002, E. 2.1.

198 Ungenügend: BGer, 5P.276/2005, 28. 9. 2005, E. 3.3; ungenügend ein Bericht des Erziehungsbeistands im Rahmen seines Mandats als Besuchsrechtsbeistand: BGE 133 III 553 E. 5; im Grundsatz genügend, i.c. aber Anforderungen nicht erfüllt, da in den Gesprächen nicht konkret auf Fremdplatzierung angesprochen: BGer, 5A_354/2015, 3. 8. 2015, E. 3; genügend, da die Beiständin im Gegensatz zum Gericht die Muttersprache der Kinder sprach: BGer, 5A_793/2010, 14. 11. 2011, E. 3. Die herrschende Lehre lehnt eine Delegation an den Erziehungsbeistand ab: Schweighauser, KommZPO, Art. 298 N 20; BSK ZPO-Steck, Art. 298 N 12 f.; BK-Affolter/Vogel, Art. 314a ZGB N 85; Herzig, familienrechtliches Verfahren, Rz. 405; Kilde, persönlicher Verkehr, Rz. 119; Pradervand-Kernen, 351, je m.w.H.

199 KassGer ZG, AA040041, 21. 8. 2004, in: FamPra.ch 2004, 973 ff.

200 Verneinend: BSK ZPO-Steck, Art. 298 N 21; Schweighauser, KommZPO, Art. 298 N 20; bejahend: Meier, 64; Vaerini, 180; Pradervand-Kernen, 351 f.

Entwurf

e) Rechtliche Relevanz der Kindesaussagen

Den Kindeswillen zu berücksichtigen heisst nicht, auf eine Interessenabwägung zu verzichten. Weder erfährt ein Kinderwunsch in der Entscheidungsfindung der Behörde oder des Gerichts vorrangige Berücksichtigung[201], noch kann er berücksichtigt werden, wenn damit gegen das Kindeswohl verstossen würde.[202] Dem Kind ist dies vor dem eigentlichen Anhörungsgespräch zu erklären, damit keine Missverständnisse über die Bedeutung seiner Aussagen bei der Entscheidfindung des Gerichts oder der Behörde entstehen.[203] Die Aussagen des Kindes finden je nach Alter und Reife Beachtung durch ernsthaften Einbezug und Würdigung in den Entscheid.[204] 6.103

Je langfristiger und erheblicher die Auswirkungen des zu fällenden Entscheids sind und je jünger das Kind ist, desto schwächer werden die Äusserungen des Kindes gewichtet.[205] In der Rechtspraxis wird unterschieden zwischen urteilsfähigen (Rz. ■) und urteilsunfähigen (Rz. ■) Kindern sowie Kindern, deren Wille manipuliert wurde (Rz. ■). 6.104

aa. Urteilsfähige Kinder

Dem stabilen Willen des urteilsfähigen Kindes wird in der Praxis Rechnung getragen, wenn er auf einem stabilen Willen oder auf eigenen konkreten Erfahrungen basiert.[206] Älteren Kindern nahe der Volljährigkeit wird gegen ihren Willen kaum mehr persönlicher Verkehr auferlegt und der gewünschten Obhutszuteilung wird eher gefolgt.[207] Es wurden pauschale Richtlinien entwickelt, in denen beispielsweise in Sorgerechts- und Obhutsfragen eine Urteilsfähigkeit ab ca. 12 Jahren angenommen wurde.[208] In einem jüngeren Entscheid vertrat das Bundegericht die Meinung, dass die Urteilsfähigkeit des Kindes «umso später anzunehmen sei, je abstrakter die Fragestellung ist. 6.105

---

201 BGer, 5A_115/2015, 1.9.2015, E. 5.4.2.

202 BGer, 5A_397/2011, 14.7.2011, E. 2.5.

203 Gl.M. Meier/Stettler, Rz. 719.

204 Bischof, 288, m.w.H. Dabei stellt das Protokoll ein wichtiges Element in der rechtlichen Würdigung des Anhörungsergebnisses dar; z.B. BGE 134 III 88 E. 4.

205 Kilde, persönlicher Verkehr, Rz. 159, m.w.H.

206 Z.B. BGer, 5A_1013/2018, 1.2.2019, E. 5 (Umzug in die USA); BGer, 5A_369/2018, 14.8.2018, E. 5.1; BGer, 5A_716/2010, 23.2.2011, E. 4.

207 Z.B. BGE 144 III 442, nicht publizierte E. 4.5.5 (BGer, 5A_463/2017, 10.7.2018); BGE 126 III 219 E. 2b; BGer, 5A_745/2015 und 5A_755/2015, 15.6.2016, E. 3.2.2.2; 5A_528/2015, 21.1.2016, E. 5.1; BGer, 5A_63/2011, 1.6.2011, E. 2.

208 Z.B. BGer, 5A_793/2010, 14.11.2011, E. 3.1; BGer, 5A_119/2010, 12.3.2010, E. 2.1.3.

Einsehbzug

Die Tragweite der Obhut, der elterlichen Sorge oder von Kindesschutzmassnahmen sind auch für ältere Kinder schwerlich überblickbar. Immerhin wird die subjektive Meinung mit zunehmendem Alter eine stets wichtigere, wenn auch nicht ausschlaggebende Entscheidungsgrundlage.»[209] Diese pauschale Äusserung bzgl. Urteilsfähigkeit ist im Einzelfall hinsichtlich der im Raum stehenden Rechtsfrage und des betroffenen Kindes zumindest zu überprüfen. Auch abstrakte Rechtsbegriffe respektive deren Inhalt und deren Bedeutung können einem Kind so erläutert werden, dass es gesamthaft und umfassend die verschiedenen Faktoren der im Raum stehenden Rechtsfrage verstehen kann. Gewichtet ein Kind die Kriterien anders als die anhörende Person oder begründet es seine Willensäusserung «nur» emotional und nicht rational, so spricht dieses Verhalten nicht gegen seine Urteilsfähigkeit.[210] Zentral erscheint in diesen Fällen die Fähigkeit der anhörenden Person, in einer kindgerechten Sprache das Gespräch zu führen und auszuloten, ob das Kind die Rechtsfrage versteht und umfassend beurteilen kann. Die Urteilsfähigkeit kann denn auch in Teilbereichen bereits gegeben sein. Beispielsweise kann ein relativ junges Kind Aussagen über die Modalitäten des persönlichen Verkehrs machen, hingegen wird es die Folgen eines vollständigen Kontaktabbruchs nicht einschätzen können.

bb. Urteilsunfähige Kinder

6.106 Urteilsunfähige Kinder werden angehört. Ihre Aussagen dienen zur Ergänzung des Sachverhalts und stellen nur ein Entscheidkriterium unter anderen dar.[211] Wurde deshalb früher ausdrücklich auf den Antrag der Eltern abgestützt, geht heute das Bundesgericht davon aus, dass das Gericht oder die Behörde die Anhörung unabhängig von Eltern und Kind immer dann vorzunehmen hat, wenn kein wichtiger Grund dagegen spricht.[212] Die Aussagen des an sich urteilsunfähigen Kindes sollen in den Entscheid einfliessen und diesen beeinflussen, selbst wenn sie eine ambivalente Haltung beinhalten.[213] Das Kind sollte nicht nur zur Bedeutung der einzelnen Elternteile befragt, sondern konkret auf einen Zuteilungswunsch angesprochen werden dürfen.[214] Werden

---

209 BGE 142 III 153 E. 5.1 f.; BGer, 5A_894/2015, 16.3.2016, E. 4.4.

210 Kilde, persönlicher Verkehr, Rz. 148.

211 BGer, 5A_619/2007, 25.2.2008, E. 8.3; 5C.19/2002, 15.10.2002, E. 2.1, 3.4; 5C.176/2001, 15.11.2001, E. 2c.

212 BGer, 5A_714/2015, 28.4.2016, E. 4.2.2; 5A_971/2015, 30.6.2016, E. 6; 5A_402/2011, 5.12.2011, E. 5.1.

213 Z.B. BGer, 5A_374/2010, 9.7.2010, E. 2; 5C.176/2001, 15.11.2001, E. 2c.

214 Gl.M. Pradervand-Kernen, 349; a.M. BGer, 5A_465/2012, 18.9.2012, E. 5; 5A_119/2010, 12.3.2010, E. 2.1; BSK ZPO-Steck, Art. 298 N 19; Meier/Stettler, Rz. 703 f. und Rz. 1041.

Erstabzug

die Kinder nicht zu den wichtigen Punkten befragt, ergibt das Gespräch weder für die Kinder noch für die Behörden und Gerichte einen Sinn.[215]

cc. Kinder, deren Wille manipuliert wurde

Ein manipulierter Wille des Kindes wird in der Regel in der Entscheidfindung berücksichtigt, ihm wird jedoch nicht gefolgt. Zum einen soll die manipulierende Person für ihr Verhalten nicht belohnt werden,[216] zum anderen ist die Meinungsbildung des Kindes durch massive Loyalitätskonflikte so eingeschränkt, dass keine freie Willensbildung möglich ist und seine Meinung nicht berücksichtigt werden kann.[217] Ein induzierter Kindeswille wurde hingegen bereits als eigenständige Willensbildung respektiert und floss massgeblich in den Entscheid ein.[218] 6.107

In Rückführungsverfahren kann nach konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung ein manipulierter Kindeswille den Ausschlussgrund des qualifizierten Widersetzens des Kindes (Art. 13 Abs. 2 HKÜ) nicht begründen (siehe bereits Rz. ■). 6.108

f) Protokoll

Das Gespräch zwischen dem Kind und der anhörenden Person ist in der Regel vertraulich. Will das Kind am Ende der Anhörung gewisse Äusserungen nicht in das gemeinsam besprochene Protokoll aufnehmen, so ist diesem Wunsch zu entsprechen. Die anhörende Person sollte das Kind dahingehend aufklären, dass die nicht protokollierten Aussagen im Verfahren auch nicht verwertbar sein werden.[219] 6.109

Die Eltern werden anhand eines Protokolls über die Ergebnisse der Anhörung mit dem Kind informiert. Nur die für den Entscheid wesentlichen Ergebnisse sind darin festzuhalten (Art. 298 Abs. 2 ZPO). Damit darf der Inhalt nur summarisch mitgeteilt werden.[220] Dieser Grundsatz gilt auch, wenn eine Anhörung an eine 6.110

[215] Zitelmann, 29.

[216] Z.B. BGer, 5A_157/2012, 23.7.2012, E. 3; 5A_457/2009, 9.12.2009, E. 2 und 3.

[217] Etwa in BGer, 5A_459/2015, 13.8.2015, E. 6; BGer, 5C.52/2005, 1.7.2005, E. 4.2.

[218] KreisGer Untertoggenburg-Gossau, N. 2004.168-UG2F, 3.3.2006, in: FamPra.ch 2006, 763 ff., mit Bemerkungen von Linus Cantieni.

[219] BK-Affolter/Vogel, Art. 314a ZGB N 82; Tuor/Schnyder/Schmid/Jungo, § 25 Rz. 46; Kilde, Anhörung des Kindes, 215.

[220] Grundlegend: BGE 122 I 53 E. 4c; BGer, 5C.210/2000, 27.10.2000, E. 2a; BGer, 5A_361/2010, 10.9.2010, E. 2.2.

Erstabzug

Drittperson delegiert wurde.[221] Die Parteien haben insbesondere keinen Anspruch, über die Beweggründe des Kindes informiert zu werden.[222] Ganz auf die Information der Parteien darf dann verzichtet werden, wenn die Behörde oder das Gericht in ihrem Entscheid gar nicht auf die Aussagen des Kindes abstellt. In einem Entscheid zu einer Fremdplatzierung von zwei Kindern war allein die Wahnvorstellung der Mutter und die dadurch entstandene (Fremd-)Gefährdung der Kinder für die Kindesschutzmassnahme ausschlaggebend. Da die Aussagen der Kinder keinen Einfluss auf den Entscheid hatten, verletzte die Vorinstanz durch das Vorenthalten der Anhörungsinhalte kein Bundesrecht.[223] Das rechtliche Gehör der Eltern ist gewahrt, wenn sie sich vor dem Entscheid zum Ergebnis der Kindesanhörung äussern können.[224] Folglich darf das Gericht nicht sofort nach der Anhörung des Kindes entscheiden, sondern es muss eine gewisse Frist für eine (spontane) Reaktion der Eltern auf das Protokoll abwarten.[225]

6.111 **Beispiel**

Der 16-jährige Jugendliche, der seit 11 ½ Jahren keinen regelmässigen Kontakt zum Vater hat, verzichtet in einem Brief an das Gericht auf eine Anhörung und nimmt zugleich Stellung zur Frage der Erziehungsbeistandschaft und zur Beziehung zum Vater. Im Wesentlichen gestützt auf dieses Schreiben entscheidet das Gericht, den persönlichen Verkehr aufzuheben. Dem Vater wird das Schreiben des Jugendlichen weitergleitet mit dem Hinweis, der Entscheid werde umgehend aufgrund der Akten gefällt. Weil das Urteil nur zwei Tage, nachdem dem Beschwerdeführer das Schreiben des Jugendlichen zur Kenntnis gelangt war, gefällt wurde, ist der Beschwerdeführer in seinem aus Art. 29 Abs. 2 BV fliessenden Recht, sich zu einer wesentlichen Entscheidgrundlage zu äussern, in ungerechtfertigter Weise beschnitten worden.

(BGer, 5A_370/2009, 4.8.2009, E.4)

2. Zeuge

6.112 Mitwirkungspflichten bestehen auch für Kinder. Sie können in einem Zivilverfahren namentlich als Zeugen zur Mitwirkung aufgefordert werden. Das Zivilrecht kennt bei der Beweiserhebung eine allgemeine Mitwirkungspflicht von Parteien

[221] Drittpersonen müssen kein eigentliches Protokoll erstellen, da für sie keine Vorschriften formeller Natur gelten; BGer, 5A_859/2009, 25.5.2010, E. 4.5.2; BGer, 5A_361/2010, 10.9.2010, E. 2.2.

[222] BGer, 5A_88/2015, 5.6.2015, E. 3.

[223] BGer, 5A_701/2011, 12.3.2012, E. 2.2.

[224] BGer, 5A_714/2015, 28.4.2016, E. 4.2.2.

[225] Pradervand-Kernen, 353.

und von Dritten. Sie haben z.B. als Partei oder als Zeuge wahrheitsgemäss auszusagen, Urkunden herauszugeben oder einen Augenschein an Person oder Eigentum zu dulden (Art. 160 Abs. 1 ZPO).[226] Es ist zwischen Dritten (Rz. ■) und Parteien (Rz. ■) zu unterscheiden; beide verfügen über ein Zeugnisverweigerungsrecht (Rz. ■).

a) Dritte

Nur wer nicht Partei ist, kann über Tatsachen Zeugnis ablegen, die er oder sie unmittelbar wahrgenommen hat (Art. 169 ZPO). Die Schweizerische Zivilprozessordnung geht stillschweigend davon aus, dass jedermann über die Zeugnisfähigkeit verfügt.[227] Im Gegensatz zur Strafprozessordnung sieht die Zivilprozessordnung keine Altersgrenzen oder andere Voraussetzungen für Kinder vor.[228] Als indirekte Altersgrenze gilt das 14. Altersjahr, denn gemäss Art. 171 Abs. 1 ZPO werden Minderjährige erst ab dem 14. Altersjahr auf die strafrechtlichen Folgen einer Falschaussage (Art. 307 StGB) aufmerksam gemacht. Ob in Anlehnung an die entwickelten Altersgrenzen zur Anhörung in familienrechtlichen Verfahren bereits 6-jährige Kinder als Zeugen vorgeladen werden sollten, ist im Einzelfall zu entscheiden.[229] Dabei hat das Gericht neben dem Wohl des Kindes die Beziehungen zwischen dem Kind und den Parteien, die Beweisthemen und das Sinnes- und Denkvermögen des betroffenen Kindes zu beachten.[230] Welchen Wert das Gericht einer bestimmten Aussage des Kindes zumisst, ist eine Frage der Beweiswürdigung.[231] 6.113

b) Parteien

Eine im Zivilverfahren als Partei auftretende Person kann vom Gericht zu den rechtserheblichen Tatsachen befragt werden. Zu unterscheiden ist zwischen der Parteibefragung (Art. 191 ZPO) und der formelleren Beweisaussage (Art. 192 ZPO). Bei der Parteibefragung werden die Parteien vor der Befragung zur Wahrheit ermahnt und darauf hingewiesen, dass sie mit einer Ordnungsbusse von bis zu CHF 2000.– und im Wiederholungsfall bis zu CHF 5000.– bestraft werden können, wenn sie mutwillig leugnen (Art. 191 Abs. 2 ZPO). Bei der formellen Beweisaus- 6.114

[226] BSK ZPO-Schmid, Art. 160 N 2, 5.
[227] BSK ZPO-Schmid, Art. 160 N 7.
[228] Hasenböhler, Rz. 4.22
[229] CR CPC-Jeandin, Art. 160 N 24; Hasenböhler, Rz. 4.23; Pradervand-Kernen, 346.
[230] BSK ZPO-Schmid, Art. 160 N 61; CR CPC-Jeandin, Art. 160 N 23; Hasenböhler, Rz. 4.23; Pradervand-Kernen, 346 f.; Herzig, familienrechtliches Verfahren, Rz. 183.
[231] BSK ZPO-Schmid, Art. 160 N 62; Hasenböhler, Rz. 4.23.

Erstabzug

sage kann das Gericht gemäss Art. 192 ZPO eine oder beide Parteien von Amtes wegen zur Beweisaussage unter Strafdrohung verpflichten. Die Parteien werden vor der Beweisaussage zur Wahrheit ermahnt und auf die Straffolgen einer Falschaussage hingewiesen (Art. 306 StGB). Ist eine Partei prozessunfähig, aber urteilsfähig, so kann sie selbst befragt werden. Urteilsunfähige hingegen können nicht befragt werden. In der Lehre ist umstritten, ob die gesetzliche Vertretung anstelle des urteilsunfähigen Kindes aussagen darf, selbst wenn sie den Prozess führt.[232]

c) Zeugnisverweigerungsrecht

6.115 Die Zeugnispflicht wird *im verwandtschaftlichen Verhältnis* durch ein umfassendes Verweigerungsrecht aufgehoben: Wer mit einer Partei in gerader Linie oder in der Seitenlinie bis und mit dem dritten Grad verwandt oder verschwägert ist, darf jede Mitwirkung verweigern (Art. 165 Abs. 1 lit. c ZPO). Pflegekinder, Pflegegeschwister (Art. 165 Abs. 1 lit. d ZPO) und Stiefgeschwister (Art. 165 Abs. 3 ZPO) einer Partei sind im gleichen Umfang geschützt. Soweit Kinder urteilsfähig sind, können sie die Mitwirkungsverweigerungsrechte selbstständig ausüben, andernfalls entscheidet die gesetzliche Vertretung.[233] Da sich die Mitwirkungsverweigerungsrechte der Zivilprozessordnung an diejenigen der Strafprozessordnung anlehnen,[234] ist für die weitere Auslegung der Normen auf die entsprechenden Ausführungen zu verweisen (Rz. ■).

G. Das Kind in der Mediation

6.116 Das Kind kann als gleichgestellte Partei mit einem oder beiden Elternteilen an einer Mediation teilnehmen (Rz. ■) oder an einer Mediation betreffend seine Eltern beteiligt sein (Rz. ■).

1. Direkte Beteiligung des Kindes

6.117 Ein wichtiger Entwicklungsschritt der Jugendlichen ist die Loslösung von ihren Eltern. Dieser Prozess kann ruhig bis stürmisch verlaufen und eine Situation kann eskalieren. Leben die Eltern getrennt, können insbesondere Fragen der Betreuung

---

232 Verneinend: BSK ZPO-Hafner, Art. 191 N 12; bejahend: BK-Bühler, Art. 191 und 192 ZPO N 32.

233 Pradervand-Kernen, 347; BSK ZPO-Schmid, Art. 160 N 63.

234 BSK ZPO-Schmid, Art. 160 N 3.

Erstabzug

respektive des persönlichen Verkehrs problematisch werden und bis hin zum Kontaktabbruch mit einem Elternteil führen. So ist beispielsweise nachvollziehbar, dass ein Jugendlicher mit einer schlechten Beziehung zum besuchsberechtigten Elternteil wenig Lust aufbringen kann, ein ganzes Wochenende bei diesem Elternteil zu verbringen. Weiter ist denkbar, dass eine vereinbarte Besuchsregelung nicht mehr den Bedürfnissen des Jugendlichen entspricht, weil sich beispielsweise seine Freizeitaktivitäten verändert haben.

Finden die Beteiligten selbst keine Lösung, kann eine Mediation zwischen dem Jugendlichen und dem Elternteil helfen, eine für beide stimmige Lösung zu finden. Sollten die Streitigkeiten bis vor die Kindesschutzbehörde gelangen, können als *rechtliche Grundlage* Art. 273 Abs. 2 ZGB resp. Art. 307 Abs. 3 ZGB dienen. Beide Normen bieten die Möglichkeit, eine Weisung an die Eltern und das Kind zu erlassen. Gestützt auf Art. 273 Abs. 2 ZGB ist eine Weisung bereits möglich, wenn sich die Ausübung oder Nichtausübung des persönlichen Verkehrs für das Kind nachteilig auswirkt. Im Gegensatz zu Art. 307 Abs. 3 ZGB wird also keine Gefährdung des Kindeswohls vorausgesetzt. 6.118

Drei Vorteile sind durch ein solches Verfahren offensichtlich: Erstens zielt die Mediation darauf ab, eine Win-win-Situation für den Jugendlichen und den betroffenen Elternteil zu finden. Zweitens können Jugendliche in diesem aussergerichtlichen Verfahren ohne Formvorschriften ihre eigene Position und ihre Interessen selbst und direkt vertreten. Drittens muss der hauptsächlich betreuende Elternteil seine Beziehung zum anderen Elternteil nicht mit Auseinandersetzungen zum persönlichen Verkehr des urteilsfähigen Jugendlichen belasten. Neben den allgemeinen Kontraindikationen[235] verspricht eine Mediation zwischen einem Jugendlichen und einem Elternteil wenig Erfolg, wenn der Elternteil autoritär erzieht und in der Familie wenig Mitsprache erlaubt ist. In dieser Konstellation wird der Elternteil dem Jugendlichen nicht auf gleicher Augenhöhe begegnen. Ausserdem ist auf Seiten des Jugendlichen abzuklären, ob er seine eigenen Interessen und Bedürfnisse gegenüber dem Elternteil vertreten kann.[236] Andernfalls ist auf eine Mediation zu verzichten. 6.119

[235] Allemann et al., 8.

[236] Vgl. mit ähnlicher Argumentation zwischen Eltern: Domenig/Lutz, 185.

Entwurf

2. Indirekte Beteiligung des Kindes

6.120 Streiten die Eltern vornehmlich über Paar- und nicht über Kinderthemen, so ist ein *Einbezug des Kindes nicht notwendig*. Umgekehrt gilt es das Kind in das Mediationsverfahren einzubeziehen, sobald die Themen in der Mediation Kindesinteressen betreffen. Wenn sich die Eltern in den folgenden Gesprächen besser auf die festgestellten konkreten Interessen des Kindes fokussieren können und damit tatsächlich alltagstaugliche Lösungen diskutieren, wird deren Einigung erleichtert. Für das Kind ist sein Einbezug in das Mediationsverfahren zur besseren Verarbeitung der Trennung aus psychologischer Sicht förderlich.[237] Aus rechtlicher Sicht wird damit sein Anspruch, sich in allen es betreffenden Angelegenheiten äussern zu dürfen (Art. 12 KRK) respektive sein Anspruch, dass seine Eltern in wichtigen Angelegenheiten auf seine Meinung Rücksicht nehmen (Art. 301 Abs. 2 ZGB), erfüllt.

6.121 Die *Form der Mitwirkung* ist eine Frage, die das Kindeswohl betrifft. Sie unterscheidet sich je nach Entwicklungsstand, Alter sowie psychischer Befindlichkeit des Kindes.[238] Allgemein sollten Kinder jedoch immer nur punktuell, vor allem in der Phase der Themensammlung und der Lösungssuche, nicht jedoch bei der Konfliktlösungsphase selbst, mitwirken.[239] Die Verantwortung für die Konfliktlösung muss klar bei den Erwachsenen bleiben.[240] Sodann wird zwischen direkter, indirekter und stellvertretender Mitwirkung unterschieden: Eine *direkte Mitwirkung* lässt die betroffenen Kinder während der Mediation persönlich zu Wort kommen. Ihre Bedenken, Wünsche und Anliegen sollten sie direkt einbringen können. Oft werden dafür Einzelgespräche mit der Mediatorin oder dem Mediator gewählt, manchmal werden die Geschwister gemeinsam zu einem Gespräch eingeladen.[241] Sie können in einer gemeinsamen Sitzung über die verabredeten Regeln und Abmachungen informiert werden. Auf den direkten Einbezug des Kindes ist zu verzichten, wenn es dies ausdrücklich wünscht oder wenn es gar noch nicht gesprächsfähig ist. Besteht aufseiten der Eltern nur der Wunsch, ihre eigene Meinung bestätigt zu erhalten, oder ist die Fachperson nicht ausgebildet, um mit Kindern zu arbeiten, spricht dies auch eher gegen einen direkten Einbezug von Kindern. Sprechen sachliche Gründe gegen einen direkten Einbezug, so ist ein *indirekter Einbezug* möglich, indem in den Gesprächen immer wieder auf das Wohl und die Bedürfnisse des be-

[237] Salzgeber, 854; Simoni/Vetterli, 261.
[238] Banholzer, 559.
[239] Kostka, Rz. 644.
[240] Allemann et al., 16.
[241] Lutz/Frigg, 18.

Entwurf

troffenen Kindes Bezug genommen und dieses in den Mittelpunkt gestellt wird. Andernfalls kann eine Kindesverfahrens*vertretung* oder eine andere Person, die das Kind gut kennt, dessen Interessen vermitteln.[242]

H. Zusammenfassung

In Abstammungs- oder in Unterhaltsklagen wird dem Kind ausdrücklich *Parteistellung* eingeräumt. Gemäss hier vertretener Meinung sollte dem in seinen höchstpersönlichen Rechten betroffenen urteilsfähigen Kind in allen anderen familienrechtlichen Verfahren eine eigenständige Parteistellung im Umfang der das Kind betreffenden höchstpersönlichen Rechtsfragen zukommen. 6.122

Das *rechtliche Gehör* steht dem Kind grundsätzlich zu, wobei namentlich das Akteneinsichtsrecht zur Wahrung des Kindeswohls eingeschränkt werden kann. Die selbstständige Beauftragung der Rechtsvertretung ist für prozessfähige Kinder in höchstpersönlichen Angelegenheiten möglich. In Adoptions-, in Rückführungs- oder etwa in eherechtlichen Verfahren ist die Verfahrensvertretung als lex specialis geregelt und geht dem allgemeinen Recht auf gewillkürte Rechtsvertretung vor. 6.123

Die *Mitwirkungspflicht* der Parteien bei der Beweiserhebung, die besondere Bedeutung in Abstammungsverfahren erhält, gilt grundsätzlich auch für das Kind. Urteilsfähige Kinder üben die diesbezüglichen Verweigerungsrechte selbstständig aus. Fehlt die Urteilsfähigkeit, entscheidet die gesetzliche Vertretung darüber. Die *Eröffnung eines Entscheids* ist gemäss Art. 301 ZPO dem 14-jährigen Kind zu eröffnen. Diese Altersgrenze wird in der Lehre zu Recht kritisiert, da ein urteilsfähiges Kind unter 14 Jahren sein Beschwerderecht nicht wahrnehmen kann. 6.124

Das *Beschwerderecht* des urteilsfähigen Kindes betreffend die Verweigerung der Kindesanhörung ist für verschiedene Verfahren ausdrücklich gesetzlich geregelt: für eherechtlichen Verfahren in Art. 298 Abs. 3 ZPO i.V.m. Art. 319 lit. b Ziff. 1 ZPO, für Kindesschutzverfahren in Art. 314a Abs. 3 ZGB oder für das Adoptionsverfahren in Art. 268a^{bis} Abs. 3 ZGB. Im Kindesschutzverfahren kann ein Beschwerderecht des Kindes auch über die Verfahrensbeteiligung und die Ausübung der höchstpersönlichen Rechte urteilsfähiger Kinder oder über die subsidiäre Anwendung der ZPO hergeleitet werden. 6.125

Grundsätzlich sollten dem Kind gemäss hier vertretener Meinung keine *Prozesskosten* auferlegt werden. Nur wenn das Kind über eigene Mittel verfügt (Art. 305 6.126

[242] Kilde, persönlicher Verkehr, Rz. 221 f., m.w.H.; Lutz/Frigg, 18.

Entwurf

Abs. 2, Art. 276 Abs. 3, Art. 323 ZGB), kann es ausnahmsweise verpflichtet werden, die Kosten (teilweise) zu übernehmen. Verfügt das Kind nicht über die erforderlichen Mittel und erscheint sein Rechtsbegehren nicht aussichtslos, ist ihm die *unentgeltliche Rechtspflege* zu gewähren. Die Prüfung der Mittellosigkeit umfasst nicht nur das freie Kindesvermögen, sondern auch die finanziellen Mittel der Eltern. Insoweit ist das minderjährige Kind nur mittellos, wenn es auch beide Eltern sind. Generell ist es wünschenswert, Kindern eine unentgeltliche Rechtspflege gestützt auf Art. 29 Abs. 3 BV zu gewähren, unabhängig von den allenfalls bestehenden finanziellen elterlichen Ressourcen.

6.127 *In Abstammungsverfahren* ist das Kind grundsätzlich Partei. Ist das Kind *urteilsfähig,* darf es die Anfechtungsklage bei gegebenen Voraussetzungen (Art. 256 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB) als relativ höchstpersönliches Recht selbst anheben. An die Urteilsfähigkeit sind jedoch hohe Anforderungen zu stellen, weshalb das urteilsunfähige Kind in der Regel durch einen Beistand nach Art. 306 ZGB vertreten wird. Bevor die Kindesschutzbehörde einen Beistand bestellt, hat sie eine sorgfältige Abwägung der Kindesinteressen vorzunehmen. Ist die Mutter nicht willens, selbst eine Vaterschaftsklage anhängig zu machen, und ist der Vater unbekannt, so hat die Kindesschutzbehörde tätig zu werden. Sie wird eine Beistandschaft nach Art. 308 Abs. 2 ZGB ernennen mit dem Ziel, ein rechtliches Kindesverhältnis zum Vater herzustellen, und zwar auch gegen den Willen der Mutter. Wenn das Kindeswohl dadurch gefährdet würde, darf der Beistand darauf verzichten, unter Vorbehalt der Zustimmung der Kindesschutzbehörde (Art. 416 Ziff. 9 ZGB).

6.128 *Im Adoptionsverfahren* muss das urteilsfähige Kind zur Adoption selbst, zur Aufhebung des Adoptionsgeheimnisses sowie zu einem persönlichen Verkehr ausdrücklich zustimmen (Art. 265 Abs. 1, Art. 268b Abs. 2, Art. 268e Abs. 1 ZGB).

6.129 Leiten Eltern *eherechtliche Verfahren* ein, kann ein urteilsfähiges Kind gestützt auf Art. 67 Abs. 3 lit. a ZPO in diesen Bereichen selbst handeln und es darf umgekehrt auch nicht gegen seinen Willen vertreten werden. Die Urteilsfähigkeit in Bezug auf das Sorgerecht, das Aufenthaltsbestimmungsrecht und die Betreuung wird in der Regel ab einem Alter von 12 Jahren angenommen. Im Zweifelsfall kann das Kind seine Urteilsfähigkeit durch ein ärztliches Attest nachweisen. Die Urteilsfähigkeit von Kindern betreffend den persönlichen Verkehr muss hinsichtlich der konkreten Rechtsfrage beurteilt werden und kann bereits bei jüngeren Kindern gegeben sein.

6.130 Das HKÜ legt *im Rückführungsverfahren* kein Alter fest, ab wann ein Widersetzen des Kindes gegen die Rückführung als rechtlich relevant gilt und folglich berücksichtigt werden muss. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist die erforderliche Reife erreicht, wenn das Kind zu autonomer Willensbildung fähig ist. Ein

Entwurf

manipulierter Kindeswille soll jedoch den Ausschlussgrund von Art. 13 Abs. 2 HKÜ nicht begründen können. Es stellt sich die Frage, ob ein manipulierter Wille als abgeschlossener Willensbildungsprozess und somit als eigentlicher Kindeswille gewertet werden muss. Ob ein jüngeres Kind den Sinn und die Problematik eines Rückführungsentscheids verstehen kann, ist gemäss hier vertretener Meinung im Einzelfall durch Anhörung des Kindes festzustellen.

Dem Kind stehen bei einer *fürsorgerischen Unterbringung* wichtige Verfahrensrechte etwa bei der Unterbringung sowie bei der Behandlung einer psychischen Störung zur Verfügung. An die Urteilsfähigkeit sind keine hohen Anforderungen zu stellen. Eine *Unterhaltsklage* ausserhalb eines eherechtlichen Verfahrens darf das urteilsfähige minderjährige Kind selbst anheben. Die herrschende Lehre vertritt die Meinung, es benötige dazu die Zustimmung der gesetzlichen Vertretung. Eine abweichende Lehrmeinung qualifiziert den Anspruch auf Unterhalt als höchstpersönliches Recht, womit die Zustimmung zur klageweisen Geltendmachung dieses Anspruchs nicht von der Zustimmung der gesetzlichen Vertretung abhängt. 6.131

Für urteilsunfähige Kinder besteht eine umfassende Vertretungsbefugnis durch die *gesetzliche Vertretung*. Ist das Kind von Gesetzes wegen parteifähig, jedoch noch nicht prozessfähig, darf die gesetzliche Vertretung für das Kind handeln (Handeln in fremdem Namen; Art. 304 ZGB). Handelt die Sorgerechtsinhaberin persönlich als Partei mit Wirkung für das Kind, handelt es sich um eine Prozessstandschaft. Sind sowohl das Kind als auch die Eltern prozessführungsberechtigt, so ist von einer parallelen Prozessstandschaft auszugehen. Die Vertretungsmacht der Eltern kann durch die Beschränkung der elterlichen Sorge begrenzt sein, namentlich wenn eine direkte oder indirekte Interessenkollision vorliegt. Die elterliche Vertretungskompetenz erlischt von Gesetzes wegen und eine Verfahrensvertretung für das Kind gestützt auf Art. 306 ZGB ist zwingend einzusetzen. 6.132

Das Gericht ist für die Einsetzung einer *Verfahrensvertretung* zuständig und verfügt je nach Verfahrensart über unterschiedlich grosses Ermessen: Über kein Ermessen verfügt die Behörde in Rückführungsverfahren oder in eherechtlichen Verfahren sowie wohl in Adoptionsverfahren, soweit das urteilsfähige Kind eine Verfahrensvertretung verlangt. Verlangt es keine oder ist das Kind nicht urteilsunfähig, verfügt das Gericht in eherechtlichen Verfahren sowie in Kindesschutzverfahren über ein grosses Ermessen. Es besteht zwar eine Prüfpflicht, jedoch ist die Formulierung (zu) unverbindlich gewählt. Diese grosse Ermessensfreiheit ergibt faktisch eine Ungleichbehandlung je nach zuständigem Gericht oder zuständiger Behörde. Zur *Funktion der Verfahrensbeistandschaft* bestehen unterschiedliche Ansichten. Die eine vertritt die Meinung, die Verfahrensbeistandschaft vertrete nur den Kindeswil- 6.133

Exemplar

len, die andere sieht sie als Vermittlerin des Kindeswohls. Hier wird die Meinung vertreten, dass in der Praxis nur eine «Sowohl-als-auch-Haltung» zielführend sein kann: Der subjektive Wille des Kindes ist sorgfältig zu ermitteln und dem Gericht als solcher zu vermitteln. Möglicherweise sind aber auch kindeswohlorientierte Erwägungen der Kindesverfahrensvertretung notwendig, um die Kindesinteressen angemessen in die Entscheidung des Gerichts einfliessen lassen zu können.

6.134 Als *Vertrauensperson* kann grundsätzlich jede Person eingesetzt werden, welcher das Kind Vertrauen entgegenbringt. Sie ersetzt die Verfahrensvertretung nicht, sondern nimmt deren Aufgabe ergänzend wahr. Werden nahe Angehörige zu Vertrauenspersonen, muss darauf geachtet werden, dass mit deren Einsetzung keine (indirekte) Interessenkollision geschaffen wird. In der Praxis entwickeln sich unter Umständen auch Vertrauensverhältnisse zu eingesetzten Erziehungsbeiständen. Ihre Unabhängigkeit ist nicht gewahrt, weshalb sie nicht geeignet sind■als was?■. Gewachsene Vertrauensverhältnisse sind jedoch zu respektieren. Die Doppelfunktion kann unter Umständen zu Rollenkonflikten führen. Es ist daher notwendig, mit einem klaren Rollenbewusstsein eine gute Kommunikation zwischen den Beteiligten zu pflegen. Umstritten ist die Frage, ob auch Personen, wie etwa psychologische Fachpersonen, eingesetzt werden können, zu denen das Kind erst Vertrauen entwickeln soll und die dafür entschädigt werden. Gemäss hier vertretener Meinung muss ein Vertrauensverhältnis bereits bestehen respektive ein sich anbahnendes Vertrauensverhältnis erkennbar sein. Analog zur Bestimmung der Vertrauensperson bei einer fürsorgerischen Unterbringung ist die Wahl der Vertrauensperson als absolut höchstpersönliches Recht einzustufen, wobei die Anforderungen an die Urteilsfähigkeit nicht hoch sein dürfen. Die *Rolle* einer Vertrauensperson kann mithilfe ihres *Aufgabenbereichs* definiert werden: Die Vertrauensperson begleitet das Kind durch das Verfahren, sie vermittelt dem Kind Sicherheit und erklärt ihm bei Fragen oder Unwissenheit das Notwendige. Dabei wird hier die Meinung vertreten, dass die Vertrauensperson darauf achten sollte, Wissenslücken des Kindes während des Gesprächs zwischen dem Kind und der Fachperson durch eigenes Nachfragen zu füllen. Die Rolle der Vertrauensperson ist es demnach, dem Kind so viel *Sicherheit und Hilfestellung* zu geben, wie es benötigt, um als Rechtssubjekt am Verfahren teilzunehmen.

6.135 Das wichtigste *Mitwirkungsrecht* des Kindes bildet die Anhörung, deren *Zweck* in der Wahrnehmung eines höchstpersönlichen Rechts des Kindes liegt. Zudem dient die Anhörung der Sachverhaltsermittlung der Behörde oder des Gerichts. Sobald das Kind als *urteilsfähig* anzusehen ist, darf es seinen Anspruch selbst geltend machen. Damit erhält der Anspruch auf Anhörung die Komponente eines persönlichen Mitwirkungsrechts und das Gericht ist zur Anhörung verpflichtet. Die

Fischer-Kilde

Rechtsprechung hat eine umfangreiche Kasuistik entwickelt, wann auf eine Anhörung verzichtet werden kann. Vor dem vollendeten 6. Altersjahr werden Kinder kaum angehört. *Wichtige Gründe,* um auf eine Anhörung zu verzichten, können etwa vorliegen, wenn das Kind in einem immer noch aktuellen Gutachten zu den im Raum stehenden Rechtsfragen im Einzelgespräch angehört wurde. Dasselbe gilt im Rechtsmittelverfahren, soweit sich das Kind zu allen entscheidrelevanten Fragen äussern konnte und das Ergebnis immer noch aktuell ist oder wenn das Kind bereits mehrmals befragt wurde und eine erneute Anhörung nur eine Belastung ohne Erkenntnisgewinn darstellen würde. Weitere wichtige Gründe werden etwa in der Ablehnung der Anhörung durch das Kind selbst oder in einer zu befürchtenden Beeinträchtigung der (psychischen) Gesundheit des Kindes aufgrund der Anhörung gesehen. Gemäss dem Wortlaut der zivilrechtlichen Normen kann die Anhörung anstelle einer Kindesschutzbehörde oder eines Gerichtes von einer geeigneten Drittperson durchgeführt werden. Eine Anhörung systematisch an eine Drittperson zu delegieren, widerspricht jedoch dem Sinn und Zweck der Anhörung. Eine Delegation erscheint angezeigt, wenn beispielsweise das junge Alter des Kindes kombiniert mit einer ausserordentlichen Belastungssituation besonderes psychologisches Geschick erfordert. Gemäss ständiger Rechtsprechung muss die Drittperson unabhängig und fachlich qualifiziert sein, das heisst, ein besonderes Fachwissen haben. Das Kind muss sich zu allen entscheidrelevanten Fragen geäussert haben können und das Ergebnis muss noch aktuell sein. Die *rechtliche Relevanz* der Kindesaussagen unterliegt einer Interessenabwägung: Weder erfährt ein Kindeswunsch in der Entscheidungsfindung der Behörde oder des Gerichts vorrangige Berücksichtigung, noch kann er berücksichtigt werden, wenn damit gegen das Kindeswohl verstossen würde. Je langfristiger und erheblicher die Auswirkungen des zu fällenden Entscheids sind und je jünger das Kind ist, desto schwächer werden die Äusserungen des Kindes gewichtet. Das Gespräch zwischen dem Kind und der anhörenden Person ist in der Regel vertraulich. Will das Kind am Ende der Anhörung gewisse Äusserungen nicht in das gemeinsam besprochene *Protokoll* aufnehmen, so ist diesem Wunsch zu entsprechen. Die Eltern werden anhand des Protokolls über das Ergebnis der Anhörung mit dem Kind informiert. Nur die für den Entscheid wesentlichen Ergebnisse sind darin festzuhalten (Art. 298 Abs. 2 ZPO).

Das Kind kann sowohl als Drittperson als auch als Partei in Zivilverfahren einvernommen werden. Es verfügt ebenfalls über ein Zeugnisverweigerungsrecht. Ob in Anlehnung an die entwickelten Altersgrenzen zur Anhörung in familienrechtlichen Verfahren bereits 6-jährige Kinder als *Zeugen* vorgeladen werden sollten, ist im Einzelfall zu entscheiden. Dabei hat das Gericht neben dem Wohl des Kindes auch die Beziehungen zwischen dem Kind und den Parteien, die Beweisthemen und das 6.136

Entwurf

Sinnes- und Denkvermögen des Kindes zu beachten. Welchen Wert das Gericht einer bestimmten Aussage des Kindes zumisst, ist eine Frage der Beweiswürdigung. Ist eine Partei prozessunfähig, aber urteilsfähig, so kann sie selbst befragt werden. Für Urteilsunfähige ist eine Befragung ausgeschlossen. Ob die gesetzliche Vertretung anstelle des urteilsunfähigen Kindes aussagen darf, ist in der Lehre umstritten.

6.137 Die *Mediation* kann zwischen dem Kind und seinen Eltern oder nur einem Elternteil durchgeführt werden. Findet diese nicht in freiwilligem Rahmen statt, dient als rechtliche Grundlage Art. 273 Abs. 2 ZGB resp. Art. 307 Abs. 3 ZGB. Beide Normen bieten die Möglichkeit, eine Weisung an die Eltern und das Kind zu erlassen, wobei Art. 273 Abs. 2 ZGB im Unterschied zu Art. 307 Abs. 3 ZGB keine Gefährdung des Kindes voraussetzt. Neben den allgemeinen Kontraindikationen ist zusätzlich darauf zu achten, ob der Elternteil den Jugendlichen als Mediationsteilnehmenden ernst nehmen wird. Zudem ist vorgängig zu klären, ob der Jugendliche seine eigenen Interessen und Bedürfnisse gegenüber seinem Elternteil vertreten kann. Führen die Eltern eine Mediation durch und sind Kindesinteressen betroffen, so kann das Kind je nach Entwicklungsstand und psychischer Befindlichkeit punktuell, vor allem in der Phase der Themensammlung und der Lösungssuche, nicht jedoch in der Konfliktlösungsphase, an der Mediation mitwirken. Die Verantwortung für die Konfliktlösung bleibt bei den Erwachsenen. Bei der direkten Mitwirkung darf das Kind in Einzelgesprächen mit der Mediationsperson persönlich zu Wort kommen. Allenfalls ist ein indirekter Einbezug durch fortdauernde Hinweise auf das Wohl und die Bedürfnisse des betroffenen Kindes sinnvoll. Allenfalls kann eine Kindesverfahrens*vertretung* oder eine andere Person, die das Kind gut kennt, dessen Interessen vermitteln.

Erstauflage

§ 7 Gesundheitsrechtliche Verfahren

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung 7.3
1. Gesundheit und Mitwirkungsrechte 7.3
2. Potenzial für Interessenkollisionen 7.8
B. Völker- und grundrechtlicher Kontext 7.13
1. Kinderrechte in Gesundheitsbelangen nach UN-Kinderrechtskonvention 7.13
a) Anspruch auf Gesundheitsversorgung nach Art. 24 KRK 7.13
b) Anspruch des Kindes auf Mitwirkung in Gesundheitsbelangen nach Art. 12 KRK 7.16
2. Schutzanspruch einwilligungsunfähiger minderjähriger Personen nach Art. 6 Abs. 2 Biomedizinkonvention 7.18
3. Integrativer Ansatz einer kinderfreundlichen Gesundheitsversorgung nach den Leitlinien des Europarates 7.23
4. Verfassungsrechtlicher Anspruch des Kindes auf Selbstbestimmung und Mitwirkung in Gesundheitsbelangen 7.27
C. Mitwirkungsrechte im Gesundheitsbereich 7.29
1. Materielle Mitwirkungsrechte des Kindes 7.29
a) Informed Consent des urteilsfähigen Kindes 7.29
b) Mitwirkungsrechte von urteils*un*fähigen Kindern 7.37
c) Information, Mitsprache und Begleitung 7.40
2. Vertretungsrechte der Eltern und ihre Grenzen 7.46
a) Stellvertretender Informed Consent 7.46
b) Grenzen der Stellvertretung 7.48
c) Kindeswohl, Meldepflichten und Melderechte sowie Kindesschutzmassnahmen 7.50
3. Bedeutung des Informed Consent für das Verfahren 7.53
D. Anwendungsbereiche 7.58
1. Schadenersatz- und Genugtuungsansprüche des direktgeschädigten Kindes . . . 7.58
a) Direktgeschädigtes Kind ist im Zivil- oder im Verwaltungsverfahren aktivlegitimiert 7.58
b) Interessenkollision als Regelfall 7.65
c) Bedeutung von Art. 12 KRK für das Verfahren 7.67
2. Genetische Untersuchungen bei Kindern 7.69
a) Bundesgesetzliche Schranken betreffend genetische Untersuchungen 7.69
b) Informationsanspruch des Kindes 7.73
c) Selbstständiges Klagerecht des Kindes mit Auswirkungen auf das Eltern-Kind-Verhältnis (Abstammungsverfahren) 7.75
d) Mitwirkungspflicht des Kindes im Abstammungsverfahren (Art. 296 Abs. 2 ZPO) 7.83
3. Zwangsbehandlungen und fürsorgerische Unterbringung 7.84
a) Behandlungen ohne Zustimmung des Kindes 7.84
b) Fürsorgerische Unterbringung des Kindes in einer psychiatrischen Klinik (Kindesschutzverfahren) 7.91
c) Zwang zur Gesundheitskontrolle von schulpflichtigen Kindern und Zwangsbehandlung (Verwaltungsverfahren) 7.100

Erlaubnis

E. Verfahrens- und Mitwirkungsrechte im Gesundheitsbereich■Titel praktisch identisch mit C.■ 7.104
1. Rechtsgrundlagen 7.104
2. Zugang zum Verfahren 7.105
3. Kind als Partei 7.107
a) Kind als selbstständig handelnde Partei 7.109
b) Mitwirkungsrechte in Gesundheitsbelangen bei Interessenkollision 7.110
c) Mitwirkungsrechte des Kindes betreffend Gesundheitsbelange im Kindesschutzverfahren sind nur teils konkretisiert 7.112
F. Zusammenfassung 7.113

7.1 **Beispiel**

A., geboren am 25. Juni 1992, wendet sich am 2. September 2005 mit ihrer Mutter ans Centre Médical Y., weil sie im Nachgang eines Sturzes auf das Steissbein im Sportunterricht Schmerzen verspürt. Die untersuchende Ärztin B. diagnostiziert eine Verletzung des Steissbeins und klärt A. und ihre Mutter über zwei Therapieoptionen auf: Entweder ist auf eine Behandlung zu verzichten (und abzuwarten) oder es ist ein rektaler Eingriff vorzunehmen, um das Steissbein korrigierend in Position zu bringen. Letzteres nehme B. nicht selbst vor, aber sie kenne den Osteopathen X., der diesen Eingriff machen könne. Da die Mutter Interesse an dieser Behandlung bekundet, wird X. kontaktiert, der noch gleichentags einen Eingriff durch das Rektum vornimmt, um die Position des Steissbeins zu korrigieren, obschon sich die Patientin A. in der Gegenwart von ihrer Mutter und von X. gegen den Eingriff ausspricht. X. nimmt einen ersten Eingriff vor und dann einen zweiten, nachdem er im Röntgenbild gesehen hat, dass der erste noch nicht den gewünschten Erfolg zeigt. X. gibt zwar zu, dass A. während der Behandlung schrie, angespannt war und keine Anzeichen von Kooperation zeigte, er dies aber für eine übliche Reaktion eines Mädchens hielt, das Schmerzen verspürte. A. erklärt demgegenüber, sie habe X. während beiden Eingriffen gebeten, diese zu unterlassen; dieser habe aber nicht auf sie gehört. Die Mutter von A. beschwert sich am 6. September 2005 beim kantonalen Ärzteverband über das Verhalten von X. Der Leiter der kantonalen Gesundheits- und Sozialbehörde leitet ein Administrativverfahren ein. Nachdem beide Parteien angehört worden sind und eine Befragung von A. am 6. Oktober 2006 ergeben hat, dass A. nach einer gewissen Überlegungszeit und der Einnahme eines Beruhigungsmittels erklärt hat, dass sie die Behandlungen nicht wünsche, entscheidet der kantonale Gesundheitsrat, dass X. verpflichtet gewesen wäre, auf die Meinung von A. zu hören, auch wenn sich deren Mutter nicht gegen die Behandlung ausgesprochen hat. Der Leiter der kantonalen Gesundheits- und Sozialbehörde verurteilt X. am 10. Mai 2007 zu einer Disziplinarbusse von CHF 1'500.–.

(BGE 134 II 235; Original auf Französisch)

7.2 Dieses Kapitel behandelt die Stellung des Kindes in gesundheitsrechtlichen Verfahren; es gibt nicht *das* formell-gesetzlich geregelte Verfahren im Gesundheitsbereich (Rz. ■A.■). Damit kommt in diesem für das Kind mindestens ebenso wichtigen Themenbereich wie Familie oder Schule den Rechtsgrundlagen (vgl. § 4) besondere

Bedeutung zu (Rz. ■B.■). Für medizinische Behandlungen ist der *Informed Consent* (informierte Einwilligung) des urteilsfähigen minderjährigen Patienten zentral. Dieser führt letztlich auch dazu, dass in der Regel Parteirechte bestehen. Darüber hinaus ist auch das urteils*un*fähige und einwilligungs*un*fähige Kind in seinen Mitwirkungsrechten in gesundheitsrechtlichen Verfahren zu schützen, was auf Mitwirkungsrechte wie Information, Begleitung oder Unterstützung hinausläuft (Rz. ■C.■). Die Mitwirkungsrechte des Kindes fallen aber je nach gesundheitsrechtlichem Anwendungsbereich unter spezifische Regelungen und verschiedene Verfahren. Herausgegriffen werden drei Verfahrensbereiche: Schadenersatz- und Genugtuungsansprüche im Zivilverfahren, genetische Untersuchungen im Zivil- oder Abstammungsverfahren und Zwangsbehandlungen im Kindesschutzverfahren (Rz. ■D.■). Es gibt keine Einheit der gesundheitsrechtlichen Verfahren, aber es gibt Stellungen des Kindes, die alle in den soeben genannten Verfahren vorkommen und sich herausschälen lassen (Rz. ■E.■). Zum Schluss dieses Kapitels werden die gemeinsamen Punkte zur Stellung des Kindes in gesundheitsrechtlichen Verfahren zusammengefasst (Rz. ■F.■).

A. Einleitung

1. Gesundheit und Mitwirkungsrechte

Ein Kind kann in vielfältiger Weise mit Verfahren im Gesundheitsbereich in Berührung kommen. Manchmal wird es gar nichts davon merken, beispielsweise bei einer DNA-Untersuchung in einem Abstammungsverfahren. In der Schule kommt ein Kind mit diversen vorsorgenden medizinischen Untersuchungen in Berührung. Ferner möchten Jugendliche unter Umständen selbstständig eine medizinische Fachperson konsultieren können, wenn Fragen zu Schwangerschaft oder Gewalterlebnissen auftreten. Meist werden Kinder jedoch von ihren Eltern zu privaten medizinischen Fachpersonen begleitet und die Eltern der Kinder entscheiden als rechtliche Vertretung (de facto) über einen Heileingriff der Minderjährigen (Art. 304 ZGB). 7.3

Die Gesundheitsbelange des Kindes betreffen je nach konkretem Anwendungsbereich *ein privatrechtliches oder ein öffentlich-rechtliches Verfahren.* Manchmal kommen auch verschiedene Verfahren nebeneinander in Frage. Das Eingangsbeispiel zur medizinischen Behandlung des Kindes zeigt beispielsweise, dass dieses Gegenstand eines Disziplinarverfahrens und damit eines verwaltungsrechtlichen Verfahrens war. In der Praxis kann eine unsorgfältige medizinische Behandlung des Kindes gleichzeitig Gegenstand eines zivilrechtlichen Verfahrens und eines 7.4

Fachbuch

Strafverfahrens sein. Fälle von kantonaler Staatshaftung (z.B. Behandlungsfehler eines Universitätsspitals) sind zwar öffentlich-rechtlicher Natur, letztlich sind aber meist die Zivilgerichte bzw. zivilrechtlichen Kammern zuständig.[1]

7.5 Besonders heikel sind im Rahmen eines gesundheitsrechtlichen Kindesschutzverfahrens die fürsorgerische Unterbringung von Kindern in eine Psychiatrie oder die Zwangsbehandlung (s. Rz. ■). Das zivilrechtliche Kindesschutzverfahren zählt, wie bereits in § 6 dargelegt, formell zum Familienrecht, und es kommen subsidiär die Bestimmungen der ZPO zur Anwendung (Art. 314 i.V.m. Art. 450 f. ZGB). Die Frage nach der Zulässigkeit von medizinischen Zwangseingriffen kann aber etwa in die Zuständigkeit staatlicher Gesundheitsvorsorge (Stichwort: schulärztliche Untersuchung) fallen[2] und damit dem verwaltungsrechtlichen Verfahren zugeordnet sein.

7.6 Der Gesundheitsbereich liegt ausserdem weitgehend *in der Kompetenz der Kantone,*[3] das heisst, zu den Mitwirkungsrechten des Kindes im Gesundheitsbereich sind stets auch die kantonalen Gesundheits- oder Patientinnen- und Patientengesetze sowie die Kantonsverfassungen zu konsultieren. Es gibt aber auch einige bundesrechtlich geregelte Bereiche: Heute kommt es etwa vermehrt zu genetischen Untersuchungen des Kindes und zu Verfahren bezüglich des Abstammungsrechts, in die das Kind unfreiwillig involviert wird – so etwa bei Klagen betreffend das Bestehen oder Nichtbestehen einer Vaterschaft oder zur Klärung eines angezweifelten Kindesverhältnisses.[4] In der Praxis kommt es bei bleibenden Gesundheitsbeeinträchtigungen eines Kindes ausserdem relativ häufig zu öffentlich-rechtlichen Verfahren betreffend sozialversicherungsrechtliche Ansprüche.[5] Ferner setzt beispielsweise ein Forschungsprojekt mit Kindern gemäss dem Humanforschungsgesetz[6] eine Bewilligung des Gesuchs durch die zuständige kantonale Ethikkommission voraus; – ein weiteres Verfahrensbeispiel zum Gesundheitsschutz, das den verwaltungsrechtlichen Verfahren zuzuordnen ist.

7.7 Der Gesundheitsbereich ist aber nicht nur von unterschiedlichen Anwendungsbereichen und Verfahren geprägt, sondern auch von Handlungsanweisungen, die

---

1 Vgl. § 19 Haftungsgesetz des Kantons Zürich vom 14. September 1969 (Haftungsgesetz/ZH; LS 170.1); Art. 72 Abs. 2 lit. b BGG (BGE 139 III 252).

2 BGE 118 Ia 427 E. 7c.

3 Art. 118 BV.

4 BGE 144 III 1 betr. Vaterschaftsfeststellungklage eines biologischen Vaters.

5 Auf Ausführungen zu diesem Aspekt wird im vorliegenden Buch verzichtet.

6 Bundesgesetz über die Forschung am Menschen vom 30. September 2011 (HFG; SR 810.30).

Fischer Zürich

nur zum Teil in ein förmliches Verfahren münden. Die Mitwirkungsrechte des Kindes nach Art. 12 KRK gelten (auch) im Gesundheitsbereich *explizit über die formellen gerichtlichen und administrativen Verfahren hinaus* (§ 4 Rz. ■) und erfassen damit auch sämtliche Entscheidungsprozesse zu gesundheitlichen Belangen (gemeinsam mit den Eltern und der medizinischen Fachperson, im Krankenhaus oder in einer psychiatrischen Klinik).

2. Potenzial für Interessenkollisionen

7.8 Minderjährige Patientinnen und Patienten haben im Grundsatz die gleichen Rechte wie Erwachsene. Sie sind aber auf besonderen Schutz angewiesen, weil der gesamte Gesundheitsbereich materiell und formell sehr komplex ist.[7] Bei Gesundheitsfragen handelt es sich zunächst oft um existentielle und höchstpersönliche Fragen, die für das Kind schon *sehr früh* im Leben wichtig sind.

7.9 Erschwerend kommt hinzu, dass zwischen den Wertvorstellungen des Kindes und denjenigen der um das Kindeswohl besorgten Eltern ein Spannungsfeld bestehen kann. Die Situation wird noch schwieriger, wenn sich die beiden Elternteile nicht einig sind oder wenn deren Vorstellungen vom Kindeswohl von denjenigen der medizinischen Fachperson (und dem Betreuungsteam) und/oder von jenen der Behörden (KESB oder Schulbehörden) abweichen. Es ist also besonders wichtig, dass die Abläufe von Entscheidungsprozessen zwischen den Akteuren geklärt und die Stellung des Kindes im Verfahren sowie seine Mitwirkungsrechte frühzeitig dargestellt werden (bevor es zu einem eigentlichen Behandlungsplan kommt).[8]

7.10 Kinder und Jugendliche haben das Recht, über alle Heileingriffe selbst zu entscheiden, die sie entsprechend ihrer Entwicklung und Reife selbst einschätzen können – für die sie also urteilsfähig sind. Grundsätzlich bleibt rechtlich weder für die gesetzliche Vertretung noch für eine behördliche Massnahme Raum.[9] Ausser Frage steht auch, dass es für den Erfolg einer medizinischen oder psychologischen Behandlung von entscheidender Bedeutung ist, dass das betroffene Kind die Behandlung mitträgt. Dies setzt voraus, dass eine solche Behandlung dem Kind erklärt und von diesem verstanden wurde. Ebenso unbestritten ist, dass es für den Behandlungserfolg

---

7 Bundesrat, Bericht Patientenpartizipation, 7 ff.

8 Ein konkretes Beispiel bilden die interdisziplinär verfassten Handlungsempfehlungen zum Umgang mit Kindern, die von einer Aufmerksamkeits- und Hyperaktivitätsstörung betroffen sind: Hotz, Kinder fördern, 22 ff.

9 OGer, LGVE 2007 Nr. 2, 3.12.2007.

Erstabzug

von Nutzen ist, wenn die betroffene minderjährige Patientin durch ihre Eltern oder andere Vertrauenspersonen unterstützt wird.[10]

7.11 Die Eltern sind für die Betreuung, die Erziehung und den Unterhalt ihres Kindes verantwortlich und haben deshalb ein berechtigtes Anliegen, in den Informationsprozess einbezogen zu werden. Dies kann aber *in Konflikt zur ärztlichen Schweigepflicht* stehen, die bei einem urteilsfähigen Kind auch gegenüber den Eltern besteht (bspw. betreffend Verschreibung eines Verhütungsmittels).[11]

7.12 In sehr *schwierigen Situationen*, wie z.B. bei Suizidalität oder bei lebensgefährdenden Essstörungen von Minderjährigen, werden es ferner nicht die Kinder sein, die um ärztliche Beratung ersuchen, sondern die Eltern (evtl. auch Lehrpersonen). Zudem können bei psychischen Erkrankungen die Eltern oder manchmal auch die Lehrperson oder die Schule Teil des Konfliktes bzw. ein Mitgrund für die Krankheit sein.[12] Es kommt auch vor, dass die Eltern eine stationäre Behandlung des Kindes in einer psychiatrischen Klinik als eigenes Versagen auffassen und sich deswegen dagegen sträuben.[13] Oder umgekehrt: Eltern stimmen einer fürsorgerischen Unterbringung, die durch einen Arzt oder eine Ärztin empfohlen wird, rasch zu, weil sie sich vor dem Kontakt mit den Behörden und allfälligen Massnahmen fürchten.

Erstabzug

[10] Vgl. die Leitlinien des Europarates für eine kinderfreundliche Gesundheitsversorgung, Rz. ■; Rumo-Jungo Alexandra, Selbstbestimmung Minderjähriger in der Psychotherapie, in: Andrea Büchler/Markus Müller-Chen (Hrsg.), Festschrift für Ingeborg Schwenzer zum 60. Geburtstag, Bern 2011, 1465 ff., 1474.

[11] Entsprechend ist ab Urteilsfähigkeit des Kindes davon auszugehen, dass dieses allein zur Entbindung von der ärztlichen Schweigepflicht zuständig ist: Büchler/Hotz, 568 f.

[12] Sonja Rothärmel/Gabriele Wolflast/Jörg Michael Fegert, Informed Consent, ein kinderfeindliches Konzept? Von der Benachteiligung minderjähriger Patienten durch das informed consent-Konzept am Beispiel der Kinder- und Jugendpsychiatrie, MedR 1999, 293 ff., 296; Rumetsch, 90 f.

[13] Rumetsch, 90 f.

B. Völker- und grundrechtlicher Kontext

1. Kinderrechte in Gesundheitsbelangen nach UN-Kinderrechtskonvention

a) Anspruch auf Gesundheitsversorgung nach Art. 24 KRK

In der Schweiz besteht zweifellos ein hoher Standard in der Grundversorgung und der Behandlung von Krankheiten und die Rechte betreffend die Gesundheitsversorgung sind im Wesentlichen durch Art. 24 KRK gewährleistet.[14] Dennoch hat der UN-Kinderrechtsausschuss die Schweiz in seinem letzten Bericht aus dem Jahr 2015 in Bezug auf einige Gesundheitsbelange des Kindes explizit kritisiert und entsprechende Empfehlungen verfasst.[15] Kinderspezifische Gesundheitsthemen wie Stress, Magersucht oder Suizidalität zeigen, dass es sich – auch in einem reichen Industriestaat – um ein Themenfeld von existentieller Bedeutung für das Kind (und alle Beteiligten) handeln kann. Gesundheitsrechtliche Verfahren können genauso einschneidend sein wie das Scheidungsverfahren der Eltern oder ein Strafverfahren, die für Kinder formell-gesetzliche Mitwirkungsrechte vorsehen (vgl. Kapitel §§ 5–6). 7.13

Art. 24 KRK legt fest, dass Kinder ein Recht auf das «erreichbare Höchstmass an Gesundheit sowie auf Inanspruchnahme von Einrichtungen zur Behandlung von Krankheiten und zur Wiederherstellung der Gesundheit» haben. Im General Comment no. 15 zur Gesundheit des Kindes vom 17. April 2013 legt der UN-Kinderrechtsausschuss aus, was darunter zu verstehen ist.[16] Die Gesundheitsrechte des Kindes können grob in drei verschiedene Schutzbereiche unterteilt werden: (1) Zu- 7.14

[14] Das Recht des Kindes auf gesunde Entwicklung und Wohlbefinden ist in Art. 41 lit. b BV als verfassungsmässiges Sozial*ziel* formuliert. Nur der Anspruch auf elementare Gesundheitsversorgung ist gemäss Art. 12 BV unmittelbar einklagbar (vgl. Art. 41 Abs. 4 BV).

[15] CRC/C/CHE/CO/2–4: Der UN-Kinderrechtsausschuss äusserte sich beispielsweise zur Suizidalitätsrate unter Jugendlichen (Rz. 62), zu Übergewicht bei Kindern (Rz. 56 lit. b, Rz. 57 lit. b), zur Diskriminierung und Fehlbehandlung von Kindern mit Autismus-Spektrum-Störungen (Rz. 54 lit. d–f, Rz. 55 e–f). Weiter zeigte er sich besorgt, dass Kinder mit AD(H)S vorschnell als psychisch krank betitelt und mit Stimulanzien behandelt würden (Rz. 60), dass eine signifikant hohe Zahl von Mädchen in der Schweiz von Genitalverstümmelungen betroffen oder von solchen bedroht sind (Rz. 42 lit. a, Rz. 43) sowie über die Fälle von medizinisch nicht indizierten chirurgischen Geschlechtsoperationen oder anderen Eingriffen an intersexuellen Kindern mit Varianten der Geschlechtsentwicklung (DSD) (Rz. 42 lit. b, 43). S.a. § 4 Rz. ■.

[16] CRC, General Comment no. 15 ist derzeit in Überarbeitung.

Fassung

gang des Kindes zu medizinischer Behandlung und Gesundheitsversorgung (vgl. Art. 24 Abs. 1 KRK), (2) Gesundheitsvorsorgemassnahmen für das Kind, worunter staatliche Schutzmassnahmen, private und öffentlich-rechtliche gesundheitliche Behandlungen des Kindes (vgl. Art. 24 Abs. 2–3 KRK) sowie die internationale Zusammenarbeit (Art. 24 Abs. 4 KRK) fallen, und (3) finanzielle Unterstützung aufgrund gesundheitlicher Beeinträchtigungen, seien dies Schadensersatzansprüche infolge Haftung oder sozialrechtliche Ansprüche infolge langfristiger Gesundheitsbeeinträchtigung.

7.15 Für *Zwangsbehandlungen* des Kindes (s. Rz. 7.84 ff.■) ist ferner Art. 25 KRK zu beachten, der die regelmässige Überprüfung der Behandlung und der Unterbringung verlangt. Art. 23 KRK hält ferner die Rechte des Kindes mit Behinderung fest: Weder diese Bestimmung noch Art. 25 KRK (Unterbringung) oder Art. 7 BRK äussern sich jedoch dazu, ob Zwangsbehandlungen bei Kindern aufgrund von Eigengefährdung zulässig sind. Gemäss dem UN-Kinderrechtsausschuss sollte die notwendige Gesundheitsversorgung für Kinder mit psychischen Störungen aber idealerweise ohne Zwangsunterbringung und ohne Zwangsmedikation erfolgen.[17]

b) Anspruch des Kindes auf Mitwirkung in Gesundheitsbelangen nach Art. 12 KRK

7.16 Die Mitwirkungsrechte des Kindes in allen Aspekten der gesundheitlichen Versorgung nach Art. 12 KRK werden bereits im General Comment no. 12 (2009) besonders betont (s. § 4 Rz. 54 f.■):[18] Der UN-Kinderrechtsausschuss führt für diesen Themenbereich erstens explizit aus, dass bereits *sehr junge Kinder* – d.h. Kinder von 0–8 Jahren[19] – mitwirken können sollen.[20] Zweitens soll die Mitwirkung in Gesundheitsbelangen sowohl auf individueller als auch auf institutioneller Ebene stattfinden:[21] Das bedeutet konkret, dass Kinder von medizinischen Fachpersonen, von Institutionen des Gesundheitsbereichs (z.B. Spitälern), aber auch von Bildungsstätten im Rahmen von Gesundheitsberufen und von Gesetzgebern tatsächlich zu ihren Bedürfnissen zu befragen sind. Wichtig sind inhaltlich u.a. folgende vier Punkte: (1) der Zugang zur Gesundheitsversorgung, (2) das altersunabhängige Recht auf medizinische Beratung, (3) der Informed Consent, der vom UN-Kinder-

17 CRC, General Comment no. 15, Rz. 38 f.
18 CRC, General Comment no. 15, Rz. 19; CRC, General Comment no. 12, Rz. 98 ff.
19 CRC, General Comment no. 7, Rz. 4; CRC, General Comment no. 12, Rz. 101–102.
20 CRC, General Comment no. 12, Rz. 100.
21 CRC, General Comment no. 12, Rz. 98 ff., 104.

Fragbox

rechtsausschuss (ausnahmsweise) von einem Mindestalter abhängig gemacht wird,[22] und (4) die behindertengerechte Aufklärung.[23]

Der jüngere General Comment no. 15 (2013) sieht zur Mitwirkung des Kindes nach Art. 12 KRK in Gesundheitsbelangen schlicht vor,[24] dass Kinder über sämtliche sie betreffende Gesundheitsbelange zu informieren sind und dass ihre Meinung zu diesen Belangen individuell und institutionell einzuholen ist. Das Informationsrecht des Kindes richtet sich gleichermassen an die Eltern und die medizinischen Fachpersonen.[25] Das Mitwirkungsrecht schliesst mit ein, dass Kinder mit psychischen Beeinträchtigungen und Behinderungen (i.S.v. Art. 23 KRK; Art. 7 BRK) sowie nach Art. 12 KRK einen Anspruch auf Mitsprache bei der Unterbringung in ein Spital oder eine Psychiatrie haben[26] und nicht gegen ihren Willen von den Eltern getrennt, isoliert oder medikamentös behandelt werden dürfen[27]. 7.17

[22] Dies steht im Gegensatz zur allgemeinen Regel gemäss CRC, General Comment no. 12, Rz. 21, wonach keine Altersregelungen festzulegen sind, sondern stets auf den Individualfall abzustellen ist. Begründet wird diese Ausnahme damit, dass mit einer sog. fixen Mindestaltersregelung (a) die Aufmerksamkeit der Verfahrensbeteiligten allgemein auf das Kind gerichtet werde und damit (b) eine Vermutung zugunsten der Urteilsfähigkeit des Kindes festgelegt werde. Eine solche Regelung schliesst die Mitwirkung jüngerer Kinder nicht aus.

[23] CRC, General Comment no. 12, Rz. 100.

[24] CRC, General Comment no. 15, Rz. 19.

[25] KRK-Komm-Schmahl, Art. 12 N 22.

[26] Schmahl, 95 ff., 100 ff.; vgl. die folgenden allgemeinen Bemerkungen des UN-Kinderrechtsausschusses (ältere und jüngere Beispiele) an Grossbritannien in 2008 (CRC/C/GBR/CO/4■eingefügt ‹ korrekt?■, Rz. 38 f., 45 lit. f, 56) und an Grossbritannien in 2016 (■UN-Dok-Nr. einfügen■, Rz. 60 lit. c/e) sowie an Belgien in 2010 (CRC/C/BEL/CO/3–4■eingefügt ‹ korrekt?■, Rz. 58, betr. Trennung von Eltern und Isolation von Kindern in der psychiatrischen Klinik.

[27] Betreffend Anstieg von psychischen Störungen bei Kindern, namentlich auch dem Anstieg der medikamentösen ADHS-Therapie zeigt sich der UN-Kinderrechtsausschuss in seinen Bemerkungen explizit besorgt (jüngere und ältere Beispiele): an Belgien in 2010 (CRC/C/BEL/CO/3–4■eingefügt ‹ korrekt?■, Rz. 58) und an Belgien in 2019 (■UN-Dok-Nr. einfügen■, Rz. 32–33, insb. Rz. 32 lit. a) wie auch an Japan 2019 (■UN-Dok-Nr. einfügen■, Rz. 34–35, insb. Rz. 34 lit. d, Rz. 35 lit. e) und wie auch an die Schweiz 2015 (CRC/C/CHE/CO/2–4, Rz. 60).

Einsatzzug

2. Schutzanspruch einwilligungsunfähiger minderjähriger Personen nach Art. 6 Abs. 2 Biomedizinkonvention

7.18 In der Schweiz gilt seit dem 1. November 2008 in gesundheitsrechtlichen Belangen des Kindes auch das Übereinkommen über Menschenrechte und Biomedizin des Europarates mit seinen Zusatzprotokollen.[28] Die sog. Biomedizinkonvention statuiert für sämtliche Interventionen im Gesundheitsbereich Regeln zur Aufklärung und Einwilligung (Art. 5 ff.) sowie namentlich für alle Personen und damit auch für Kinder ein Recht auf Auskunft und ein Recht auf Nichtwissen (Art. 10 Abs. 2).[29]

7.19 Während Art. 5 Biomedizinkonvention das Prinzip des *Informed Consent* international festschreibt (dazu Rz. ■) und das Selbstbestimmungsrecht aller einwilligungsfähigen Patientinnen und Patienten statuiert,[30] regelt Art. 6 explizit die Mitwirkung der einwilligungs*un*fähigen Personen.

7.20 Art. 6 Abs. 1 Biomedizinkonvention schreibt den Grundsatz fest, dass für eine einwilligungs*un*fähige Person die Zustimmung vertretungshalber nur dann erteilt werden darf, wenn die Intervention zu ihrem unmittelbaren Nutzen erfolgt.[31] Art. 6 Abs. 2 berücksichtigt die *minderjährigen einwilligungsunfähigen* Personen speziell,[32] wobei die Meinung des Kindes mit zunehmender Reife mehr Gewicht haben soll.[33]

---

28 Übereinkommen zum Schutz der Menschenrechte und der Menschenwürde im Hinblick auf die Anwendung von Biologie und Medizin vom 4. April 1997, in Kraft getreten für die Schweiz am 1. November 2008 (Biomedizinkonvention; SR 0.810.2); BGE 127 I 6 E. 5 f.; die Schweiz hat im Rahmen der Ratifizierung Vorbehalte im Bereich der Transplantationsmedizin sowie mit Bezug auf die Vertretungsberechtigung bei urteilsunfähigen Personen angebracht, wobei letzterer mit Inkraftsetzung des neuen Erwachsenenschutzrechtes obsolet wurde (AS 2008 5151). Die Zusatzprotokolle vom 30. Juni 2004 zur biomedizinischen Forschung sowie jene vom 27. November 2008 zu Gentests für gesundheitliche Zwecke wurden von der Schweiz bisher nicht unterzeichnet.

29 Darüber hinaus enthält die Biomedizinkonvention zentrale Anforderungen an genetische Untersuchungen, an die Transplantationsmedizin und an die Forschung am Menschen.

30 Botschaft Biomedizinkonvention, 284: «Das *2. Kapitel* (Art. 5–9) markiert die Wende von der direktiven Medizin zum Selbstbestimmungsrechte der Patientin oder des Patienten» (Hervorhebung im Original).

31 Botschaft Biomedizinkonvention, 284.

32 Botschaft Biomedizinkonvention, 295.

33 Michel, 21 f., 60 f., 202; Werlen, Rz. 348 ff.

Entabzug

Art. 6 Biomedizinkonvention (Schutz einwilligungsunfähiger Personen) 7.21

(1) Bei einer einwilligungsunfähigen Person darf eine Intervention nur zu ihrem unmittelbaren Nutzen erfolgen; die Artikel 17 und 20 bleiben vorbehalten.

(2) Ist eine minderjährige Person von Rechts wegen nicht fähig, in eine Intervention einzuwilligen, so darf diese nur mit Einwilligung ihres gesetzlichen Vertreters oder einer von der Rechtsordnung dafür vorgesehenen Behörde, Person oder Stelle erfolgen.

Der Meinung der minderjährigen Person kommt mit zunehmendem Alter und zunehmender Reife immer mehr entscheidendes Gewicht zu.

(3) Ist eine volljährige Person auf Grund einer geistigen Behinderung, einer Krankheit oder aus ähnlichen Gründen von Rechts wegen nicht fähig, in eine Intervention einzuwilligen, so darf diese nur mit Einwilligung ihres gesetzlichen Vertreters oder einer von der Rechtsordnung dafür vorgesehenen Behörde, Person oder Stelle erfolgen.

Die betroffene Person ist so weit wie möglich in das Einwilligungsverfahren einzubeziehen.

[…]

Art. 6 Abs. 2 Biomedizinkonvention ist ein wichtiges *Signal*, denn für Kinder fehlt eine vergleichbare ausdrückliche Bestimmung in einem Bundesgesetz.[34] Der materielle Rechtsschutz geht aber letztlich nicht über denjenigen des allgemeinen zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes hinaus,[35] sodass diese Bestimmung in der Praxis kaum von Belang ist. 7.22

3. Integrativer Ansatz einer kinderfreundlichen Gesundheitsversorgung nach den Leitlinien des Europarates

Internationale Vorbildfunktion für die Mitwirkung von Kindern in allen sie betreffenden Gesundheitsbelangen haben heute die Leitlinien des Europarates für eine kinderfreundliche Gesundheitsversorgung vom 21. September 2011 (Originaltitel: «Council of Europe guidelines on child-friendly health care»)[36], die auch im Rahmen der Initiative «Ein Europa für und mit Kindern bauen» entstanden ist (s.a. § 2 Rz. ■). 7.23

[34] Art. 377 Abs. 3 ZGB besagt es jedoch sinngemäss auch für minderjährige Patientinnen und Patienten (Schneller/Bernardon, 120; Biderbost, FU, 365) und Art. 301 Abs. 2 ZGB besagt nichts anderes im Verhältnis zwischen dem Kind und seinen Sorgeberechtigten.

[35] Entsprechend findet sich auch keine höchstrichterliche Rechtsprechung zur Biomedizinkonvention; BGE 127 Ia 6 E. 5 f. (noch vor der Ratifikation); BGer, 2C_9/2010, 12.4.2010, E. 3.3.

[36] Abrufbar unter ‹https://rm.coe.int/168046ccef› (besucht am 26.8.2019).

Freiabzug

7.24 **Leitlinien des Europarates für eine kinderfreundliche Gesundheitsversorgung (2011)**[37] **(Auszug)**

I. Gegenstand und Zweck

1. Die Leitlinien für eine kinderfreundliche Gesundheitsversorgung bieten einen integrativen Ansatz für die Entwicklung einer breiten Palette von Gesundheitsmassnahmen für Kinder.

2. Dieser Ansatz stellt die Rechte, Bedürfnisse und Ressourcen der Kinder in den Mittelpunkt der Gesundheitsmassnahmen und berücksichtigt dabei ihr familiäres und soziales Umfeld. Er fördert die Bereitstellung kinderorientierter Dienste, die auf den spezifischen Bedürfnissen der Kinder und ihren sich entwickelnden Fähigkeiten beruhen und die Mitwirkung der Kinder auf allen Entscheidungsebenen ihrem Alter und Reifegrad entsprechend sicherstellen.

III. Prinzipien des kinderfreundlichen Gesundheitsansatzes

C. Mitwirkung (engl. «participation»)

11. Es ist ein anerkanntes Prinzip, dass ein Kind, das in der Lage ist, sich eine eigene Meinung zu bilden, das Recht hat, diese Ansichten in allen das Kind betreffenden Angelegenheiten offen zum Ausdruck zu bringen, wobei die Ansichten des Kindes dem Alter und der Reife entsprechend gebührend berücksichtigt werden.

12. Im Gesundheitsbereich hat dieses Prinzip zwei Dimensionen:

i. Wenn das Kind nach dem Gesetz in der Lage ist, einer Intervention zuzustimmen, darf diese Intervention erst dann durchgeführt werden, wenn das Kind seine freie und informierte Zustimmung erteilt hat. Ist das Kind nach dem Gesetz nicht in der Lage, einer Intervention zuzustimmen, so ist die Meinung des Kindes als mitbestimmender Faktor im Verhältnis zu seinem Alter und seinem Reifegrad zu berücksichtigen. (Alle) Kinder sollten vorher angemessen informiert werden.

ii. Kinder sollten auch als aktive Mitglieder unserer Gesellschaft betrachtet werden und nicht als rein passive Subjekte von Entscheidungen, die von Erwachsenen getroffen werden. Dies bedeutet, dass sie unter Berücksichtigung ihres Alters und ihres Reifegrads informiert und konsultiert werden (müssen) und die Möglichkeit erhalten, an gesellschaftlichen Entscheidungsprozessen zu Gesundheitsfragen teilzunehmen, einschliesslich solcher zur Bewertung, Planung und Verbesserung von Gesundheitsdiensten.

IV. Der kinderfreundliche Gesundheitsansatz

A. Die Rechte, die dem kinderfreundlichen Gesundheitsansatz zugrunde liegen

Mitwirkung

23. Mitwirkung bedeutet, dass die Kinder das Recht haben, informiert, beraten und gehört zu werden sowie ihre Meinung unabhängig von ihren Eltern zu äussern und dass

[37] Die deutsche Übersetzung des folgenden Auszuges stammt von der Autorin dieses Kapitels.

ihre Meinungen berücksichtigt werden. Mitwirkung impliziert die Anerkennung von Kindern als aktive Interessensvertreterinnen und -vertreter und beschreibt den Prozess, durch den sie an der Entscheidungsfindung beteiligt sind. Der Umfang der Beteiligung von Kindern hängt sowohl von ihrem Alter, ihren Fähigkeiten, ihrer Reife und von der Bedeutung der zu treffenden Entscheidung ab.

24. Eltern und Familien sollten Kinder ermutigen, sich an der Entscheidungsfindung in der Familie, Gemeinschaft und Gesellschaft zu beteiligen, indem sie entsprechend der Entwicklung der Fähigkeiten des Kindes zu Selbstbestimmung und Unabhängigkeit deren Unabhängigkeit fördern und die eigene Unterstützung verringern.

V. Umsetzung des kinderfreundlichen Gesundheitsansatzes

Mitwirkung

42. Eine erfolgreiche (engl. «meaningful») Mitwirkung erfordert, dass Kinder und Familien umfassend über die von ihnen in Betracht gezogenen Themen informiert werden, um die Qualität ihrer Entscheidungsfindung zu verbessern. Dies erfordert, dass relevante Informationen in einer Weise präsentiert werden, die dem Entwicklungsstand und der Leistungsfähigkeit des Kindes entspricht. Die Mitwirkung sollte auf drei Ebenen stattfinden:

i. Individuelle Entscheidungsfindung, unabhängig davon, ob es sich um eine Entscheidung betreffend die Lebensform oder die Beteiligung an medizinischen Entscheidungen handelt. Die Umsetzung erfordert zugängliche Informationen, medizinisches Personal, das in der Lage ist, mit Kindern zu kommunizieren, sowie Massnahmen für eine Mediation bei auftretenden Differenzen;

ii. Kindern sollte die Möglichkeit geboten werden, Feedback hinsichtlich ihrer Erfahrungen mit den beanspruchten Diensten zu geben. Die Umsetzung dessen erfordert die Entwicklung eines Evaluationsinstruments zur patientenorientierten Erfassung von Erlebnissen und Erfahrungen.

iii. Mit zunehmender Reife und wachsenden Fähigkeiten sollen Kinder in den (politischen) Planungsprozess für die von ihnen genutzten Dienste einbezogen werden. […]

Ebenfalls *Soft Law* und damit nicht direkt rechtsverbindlich für die Schweiz ist die *Charta der European Association for Children in Hospitals (EACH)* aus dem Jahr 1993, die in der Schweizer Spitalpraxis verwendet wird.[38] Die EACH-Charta hält in zehn Artikeln die Rechte von Kindern während und nach einem Spitalaufenthalt fest und formuliert damit zentrale Anliegen von Art. 12 KRK im Spitalbereich. Im Vordergrund steht das Recht auf Information und Meinungsäusserung (Art. 4 EACH-Charta): 7.25

[38] Die EACH-Charta mit Erläuterungen, Kind+Spital, für die Rechte von Kindern und Jugendlichen im Gesundheitswesen, 2016; ‹https://www.kindundspital.ch/downloads/each-charta› (besucht am 27.8.2019).

7.26 **Art. 4 EACH-Charta**

Kinder haben wie ihre Eltern das Recht, ihrem Alter und ihrem Verständnis entsprechend informiert zu werden. Die Informationen sind individuell an das Kind zu richten. Sie sollen altersgerecht und den Vorkenntnissen des Kindes angepasst formuliert werden, sollen einfach und ehrlich sein und wenn immer möglich in der Sprache des Kindes und der Familie (wenn nötig mithilfe eines Dolmetschers) erteilt werden. Die Informationen erklären den Ablauf des Spitalaufenthaltes oder der Untersuchung bzw. der Behandlung und was alles auf das Kind zukommt, was es sehen, hören, riechen oder fühlen wird. Die Informationen sind bei Bedarf zu wiederholen und sollten wenn immer möglich in Anwesenheit der Eltern erteilt werden. Eltern müssen wissen, welche Informationen das Kind erhalten hat, damit sie sich darauf beziehen und sie wiederholen können, bis das Kind sie richtig verstanden hat.

4. Verfassungsrechtlicher Anspruch des Kindes auf Selbstbestimmung und Mitwirkung in Gesundheitsbelangen

7.27 Das Recht des Kindes auf Leben und auf persönliche Freiheit sowie das Recht auf Schutz der körperlichen und psychischen Integrität (Art. 10 und 11 BV) sind wie bereits ausgeführt (§ 4 Rz. ■) zentrale Grundrechte des Kindes.[39] Das Recht auf Selbstbestimmung (Art. 10 Abs. 2 BV) hat im medizinischen Bereich eine besondere Bedeutung. Es besagt, dass jeder medizinische Eingriff, das heisst eine medikamentöse oder verhaltenstherapeutische Behandlung, eine Impfung oder eine chirurgische Operation, grundsätzlich nur mit dem Einverständnis des betroffenen Patienten erfolgen kann, der darüber hinaus vorgängig umfassend informiert werden muss (Informed Consent). Zugleich bestehen in Gesundheitsbelangen besondere Interessenkollisionen für das Kind und damit auch Konflikt- und Gefährdungspotenzial für das Selbstbestimmungsrecht des Kindes (s. Rz. 7.29 ff.■).

7.28 Überdies kann die minderjährige Person in Gesundheitsbelangen einen Anspruch auf Privatsphäre geltend machen (Art. 13 BV) und sie hat ein Recht auf Meinungsfreiheit, das neben Art. 12 KRK das Recht auf Information, auf Meinungsbildung und auf freie Meinungsäusserung hinsichtlich der eigenen gesundheitlichen Belange umfasst (Art. 16 Abs. 2 und 3 BV).[40]

---

[39] Schliesslich kommt in Gesundheitsbelangen des Kindes, wenn gegen seinen Willen gehandelt wird, mit dem Gefühl der Fremdbestimmung neben der Verletzung von Art. 10 Abs. 2 BV auch eine Verletzung des Gebots der Achtung und des Schutzes der Menschenwürde nach Art. 7 BV in Frage: BGE 127 I 6 E. 5g (allerdings betr. Zwangsmedikation eines Erwachsenen).

[40] Michel, 31 f., 62 ff.; Majid, 29 ff.

Entwurf

C. Mitwirkungsrechte im Gesundheitsbereich

1. Materielle Mitwirkungsrechte des Kindes

a) Informed Consent des urteilsfähigen Kindes

7.29 Die medizinische Behandlung stellt einen Eingriff in die durch Art. 28 ZGB geschützten Persönlichkeitsrechte dar. Damit ein medizinischer Eingriff rechtmässig erfolgt, muss die Einwilligung des urteilsfähigen Kindes vorliegen (Art. 28 Abs. 2 ZGB).[41] Es ist anerkannt, dass eine urteilsfähige minderjährige Person in Gesundheitsbelangen, die höchstpersönliche Rechte betreffen, nach Art. 19c ZGB selbst entscheidet und damit die Einwilligung informiert und frei sowie allein erteilt (vgl. § 4 Rz. ■).[42]

7.30 Gemäss Bundesgericht muss die medizinische Aufklärung bei Kindern und Jugendlichen deshalb *besonders sorgfältig, einfach und klar* sein.[43] Das heisst, das Kind muss zunächst kindergerechte Informationen zu seiner Untersuchung, seiner Krankheit oder zum behandelnden Eingriff erhalten, wobei die Fachperson sich zu vergewissern hat, dass das Kind das Erklärte auch versteht. Dann ist dem Kind freundlich genügend Möglichkeit einzuräumen, um Fragen zu stellen, seine Meinung zu äussern und gegebenenfalls in den Eingriff einzuwilligen (mündlich, konkludent oder schriftlich).

7.31 An diese Form der Mitwirkung – der Aufklärung und des anschliessenden selbstbestimmten einwilligenden oder ablehnenden Entscheides zu einem medizinischen Eingriff – wird die Anforderung der Urteilsfähigkeit (Art. 16 ZGB) gestellt, wobei das Grundprinzip der Relativität zu beachten ist und für jeden Rechtsakt des betrof-

---

41 Auch im «Therapieakt» selbst liegt ein Eingriff in die persönliche Freiheit der Patientin oder des Patienten, sodass die Einwilligung immer nötig ist: BGE 118 Ia 427 E. 4b, m.w.H.; BGE 117 Ib 197 E. 2; 124 IV 258; Hausheer/Aebi-Müller, Rz. 12.43 ff.

42 BGE 134 III 235 E. 4.1; OGer ZH, NX.080009, 26.3.2008; OGer LU, LGVE 2007 Nr. 2, 3.12.2007, E. 4.2; s. bereits BGE 114 Ia 350 E. 7a und 7b zur abstrakten Normenkontrolle des Gesetzes über das Arzt-Patientenverhältnis des Kantons Genf oder BGE 118 Ia 427a betr. das Schulzahnpflegesetz des Kantons Freiburg (dazu nachfolgend unter Rz. ■).

43 BGE 114 Ia 350 E. 7a: «L'information du médecin doit être particulièrement prudente, simple et claire.» Damit die erteilte Einwilligung des Kindes nach Art. 27 Abs. 2 ZGB rechtlich wirksam ist, muss die medizinische Aufklärung kindergerecht und damit der individuellen Entwicklungsstufe des betreffenden Kindes entsprechend erfolgen; das Kind muss diese verstanden haben. Anderenfalls ist die Einwilligung des Kindes nach Art. 28 Abs. 2 ZGB ungültig.

Entwurf

fenen Kindes der individuelle Entwicklungsstand berücksichtigt werden muss (vgl. § 4 Rz. 192■): Es sind auch junge Kinder fähig, sich konkludent zu äussern. Der UN-Kinderrechtsausschuss ist in diesem Punkt unmissverständlich (s. Rz. ■).

7.32 Bei der *Beurteilung der Urteilsfähigkeit* eines minderjährigen Patienten spielt nach der Fachliteratur namentlich sein konkreter Kontext – besonders seine krankheitsbedingten Motive und Gefühle – eine Rolle.[44] Gemäss den jüngsten Richtlinien zur Urteilsfähigkeit in der medizinischen Praxis (2019) der Schweizerischen Akademie der Medizinischen Wissenschaften ist bei der Beurteilung der Urteilsfähigkeit eines Kindes vor allem auch den Eigenheiten von Kindern und Jugendlichen, die bei ihren Aussagen tendenziell zur «Verharmlosung» neigen, sowie dem erwähnten Beziehungsgeflecht genügend Rechnung zu tragen.[45] Bestehen Zweifel an der Urteilsfähigkeit des Kindes, *muss die gesetzliche Vertretung beigezogen* werden.[46] Können die Eltern (oder die gesetzliche Vertretung) des Kindes nicht erreicht werden, empfiehlt es sich, die Urteilsfähigkeit medizinisch abzuklären oder die Behörden einzuschalten.[47] In der Praxis wird in einem solchen Fall eine Ärztin oder ein Arzt oft notfallmässig handeln dürfen (Art. 379 ZGB).

7.33 In jüngeren spezialgesetzlichen Bestimmungen im Gesundheitsbereich bestehen zudem besondere Regelungen zum Umgang mit Kindern, namentlich mit urteils*un*fähigen Kindern: Das Humanforschungsgesetz (HFG) regelt z.B. die Forschung mit Kindern und den weitestmöglichen Einbezug von urteilsfähigen und urteilsunfähigen Minderjährigen in den Einwilligungsprozess betreffend die Teilnahme an Forschungsprojekten explizit in Art. 21 ff. Das revidierte Gesetz über genetische Untersuchungen beim Menschen (nGUMG)[48] regelt diesen Punkt noch etwas ausführlicher in Art. 5 Abs. 3 (s. Rz. ■).

7.34 In einigen kantonalen Gesundheits- oder Patientinnen- und Patientengesetzen sind der Informed Consent des urteilsfähigen Kindes sowie weitere Mitwirkungsrechte und Vertretungsrechte von minderjährigen Patientinnen und Patienten heute ausdrücklich festgeschrieben,[49] beispielsweise in den nachfolgend abgedruckten Bestimmungen des Patientinnen- und Patientengesetzes des Kantons Zürich[50].

---

44 Aebi-Müller et al., Rz. 170 f.; Guillod, Consentement éclairé, 214 f.; Pfister Piller, Rz. 2.25 ff.; Sprecher, 252 ff.

45 SAMW, Richtlinien 2019, Ziff. 3.3 (Kinder und Jugendliche).

46 BGE 114 Ia 350 E. 7a und b.

47 Aebi-Müller et al., Rz. 170 f.

48 Siehe unten Fn. 99■.

49 Bundesrat, Bericht Patientenpartizipationsrechten, 15 f.

50 Vom 5. April 2004 (PatG/ZH; LS 813.13).

Fistaoxio

Patientinnen- und Patientengesetz des Kantons Zürich 7.35

§ 2 (Vertretung von Minderjährigen)

[1] Die gesetzliche Vertretung im Sinne dieses Gesetzes wird ausgeübt

a. bei minderjährigen Patientinnen und Patienten durch:
   1. die Inhaberinnen und Inhaber der elterlichen Sorge,
   2. die Vormundin oder den Vormund,
   3. die Beiständin oder den Beistand, die oder der zur Vertretung bei medizinischen Massnahmen bestimmt ist,

[…]

[2] Ist bei medizinischen Massnahmen keine gesetzliche Vertretung gewährleistet, informieren die verantwortlichen Ärztinnen und Ärzte unverzüglich die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (KESB).

§ 2a (Bezugsperson bezeichnen können)

[1] Urteilsfähige Patientinnen und Patienten können Bezugspersonen bezeichnen.

[2] Haben die Patientinnen und Patienten keine Bezugspersonen bezeichnet, gelten als solche in erster Linie die Lebenspartnerin oder der Lebenspartner sowie in zweiter Linie nahe Angehörige, die mit den Patientinnen und Patienten persönlich eng verbunden sind.

[3] Den Bezugspersonen stehen die in diesem Gesetz aufgeführten Informationsrechte zu.

[…]

§ 7 (Orientierung betreffend Aufnahme)

[1] Die Patientinnen und Patienten, soweit nötig auch die gesetzliche Vertretung und die Bezugspersonen, werden in verständlicher Weise

a. über ihre Rechte und Pflichten informiert,
b. in die Organisation und den Tagesablauf der Institution eingeführt,
c. über die von ihnen persönlich zu übernehmenden voraussichtlichen Kosten der Behandlung in Kenntnis gesetzt.

[…]

§ 13 (Aufklärung)

[1] Die behandelnden Personen klären im Rahmen ihrer Verantwortlichkeit Patientinnen und Patienten rechtzeitig, angemessen und in verständlicher Form über die Vor- und Nachteile sowie die Risiken der medizinischen Behandlung und möglicher Alternativen auf. Sie beantworten Fragen zum Gesundheitszustand und dessen voraussichtlicher Entwicklung.

[2] Soweit die urteilsfähigen Patientinnen und Patienten zustimmen, erfolgt diese Aufklärung auch gegenüber der gesetzlichen Vertretung bei

a. minderjährigen Patientinnen und Patienten,
b. Patientinnen und Patienten, die mit Bezug auf Fragen der medizinischen Behandlung unter Beistandschaft stehen.

§ 20 (Einwilligung zur Behandlung)

[1] Urteilsfähige Patientinnen und Patienten dürfen nur mit deren Einwilligung behandelt werden.

[…]

7.36 Immer mehr kantonale Gesetze weisen heute eine Informed-Consent-Regel für urteilsfähige minderjährige Patientinnen und Patienten auf; siehe etwa Art. 48 Gesundheitsgesetz des Kantons Freiburg vom 16. November 1999 (GesG/FR)[51] und besonders differenziert aus dem Jahre 2016 Art. 14 Verordnung über die Rechtsstellung der Patientinnen und Patienten des Kantons St. Gallen (PatV/SG)[52], der vorsieht, dass urteilsfähige Minderjährige grundsätzlich selbst über ihre medizinische Behandlung entscheiden, dass bei kostspieligen und/oder komplizierten Eingriffen aber jeweils auch die Zustimmung der gesetzlichen Vertretung nötig ist.

b) Mitwirkungsrechte von urteils*un*fähigen Kindern

7.37 Der völker- und verfassungsrechtlich geschützte Anspruch des Kindes auf Mitwirkung nach Art. 12 KRK umfasst nicht (nur) den selbstbestimmten Informed Consent des urteilsfähigen Kindes zu einem Heileingriff, sondern das Mitwirkungsrecht ist zeitlich und inhaltlich weiter gefasst und betrifft die Teilhabe jedes Kindes – auch eines urteilsunfähigen – an einem langen Entscheidungsprozess und an verschiedenen Verfahrensrechten:

7.38 Das urteils*un*fähige Kind, das im Einzelfall keinen Informed Consent zu seiner medizinischen Behandlung erteilen kann, hat also auch Anspruch auf Mitwirkung. Diesen Gedanken nimmt das Mitspracherecht des einwilligungs*un*fähigen Kindes nach Art. 6 Abs. 2 Biomedizinkonvention[53] und sinngemäss Art. 377 Abs. 3 ZGB auf (Rz. ■). Was Art. 377 Abs. 3 ZGB für die Behandlungen urteilsunfähiger Patientinnen und Patienten im Erwachsenenschutzrecht explizit regelt, gilt auch

[51] SGF 821.0.1. Der Wortlaut von Art. 48 Abs. 1 lautet wie folgt: «Keine Pflege kann ohne die freie und aufgeklärte Einwilligung der urteilsfähigen Patientin oder des urteilsfähigen Patienten erteilt werden, ob sie oder er volljährig ist oder nicht.»

[52] Vom 13. Dezember 2016 (sGS 321.12). Der Wortlaut von Art. 14 (urteilsfähige handlungsunfähige Patientinnen und Patienten) lautet wie folgt: «Behandlung und Betreuung von urteilsfähigen handlungsunfähigen Patientinnen oder Patienten, die mit erheblichen Risiken oder erheblichen Kosten verbunden ist, bedürfen der Einwilligung der Patientin oder des Patienten sowie der Zustimmung ihrer gesetzlichen Vertretung.»

[53] Wobei einwilligungsunfähig und urteilsunfähig nicht unbedingt deckungsgleiche Termini sind: Botschaft Biomedizinkonvention, ■Seitenzahl einfügen■.

Erstabzug

sinngemäss für die Behandlung von urteils*un*fähigen Kindern: Sie sollen wie Subjekte behandelt werden.[54] Die Sorgeberechtigten müssen zudem nach Art. 301 Abs. 2 ZGB die Meinung des kranken (urteilsunfähigen) Kindes berücksichtigen.[55]

7.39 In jüngeren spezialgesetzlichen Bestimmungen zum Gesundheitsbereich entstehen zudem besondere Regelungen zum Umgang mit Kindern, namentlich mit urteils*un*fähigen Kindern: Das Humanforschungsgesetz regelt z.B. die Forschung mit Kindern und den weitestmöglichen Einbezug von urteilsfähigen und urteilsunfähigen Minderjährigen in den Einwilligungsprozess betreffend die Teilnahme an Forschungsprojekten explizit in Art. 21 ff. Das revidierte Gesetz über genetische Untersuchungen beim Menschen (nGUMG) regelt diesen Punkt noch etwas ausführlicher in Art. 5 Abs. 3 (s. Rz. ■).

c) Information, Mitsprache und Begleitung

7.40 Über das Recht des urteilsfähigen Kindes auf Erteilung des Informed Consent hinaus gehen etwa folgende Mitwirkungsrechte:

7.41 Jedes Kind hat einen *eigenständigen Anspruch auf kindergerechte Information*.[56] Der Anspruch des Kindes auf Information betreffend seine Gesundheitsbelange steht neben dem Informationsanspruch der Eltern. Zudem unterscheidet sich sein Informationsanspruch wesentlich von demjenigen seiner Eltern, denn er muss kindergerecht befriedigt werden können. Dieser Informationsanspruch beginnt bereits vor einer ambulanten Behandlung oder einem Spitaleintritt und dauert nach einer Behandlung oder einem Spitalaustritt an.

7.42 Zum *Mitspracherecht* des Kindes zählt, dass es sich – unabhängig vom Informed Consent – zu seiner Behandlung äussern und Fragen stellen darf und mitentscheiden kann, von wem es behandelt wird und wo das geschieht.[57]

7.43 Zudem umfassen das Mitwirkungsrecht des Kindes nach Art. 12 KRK und sein Persönlichkeitsschutz auch die *Begleitung und die Unterstützung in Verfahren oder in Entscheidungsprozessen* in einem Spital oder in einer anderen Einrichtung. Dieses

---

54 Auch wenn die allgemeinen Vertretungsrechte nach Art. 378 ZGB nicht zur Anwendung kommen, weil in der Regel die gesetzliche Vertretung (Eltern) entscheidet: Aebi-Müller et al., § 5 Rz. 158 ff.; Aebi-Müller, Rz. 6.76; wie hier: Biderbost, FU 365; Schneller/Bernardon, 120.

55 BSK ZGB I-Eichenberger/Kohler, Art. 377 N 11.

56 Cottier, Partizipation von Kindern, 20 f.; Michel, 188 ff.; Aebi-Müller et al., Rz. 170 ff.

57 Vgl. EACH-Charta, Art. 4.

Erstabzug

Recht ist mit Art. 432 ZGB, dem Recht auf eine Vertrauensperson im Rahmen einer fürsorgerischen Unterbringung oder bei Zurückbehaltung in einer Einrichtung gegen den Willen einer Person, explizit umgesetzt.[58]

7.44 Kantonale Gesetze wie § 2a PatG/ZH[59] (s.a. Rz. ■) formulieren den Anspruch auf Begleitung durch Angehörige oder eine andere Drittperson zwar explizit, nicht aber speziell für minderjährige Patientinnen und Patienten. Mit den Art. 41, 41a und 42 GesG/FR bestehen im Kanton Freiburg neben einer allgemeinen Bestimmung zur Begleitung zwei besondere: Nach Art. 41a Abs. 2 GesG/FR besteht die Rolle der Beratungs- und Begleitperson bei Personen mit psychischen Erkrankungen darin, wenn möglich einen Kompromiss zwischen den Wünschen der Patientin oder des Patienten und den Anforderungen der Institution zu finden. Sie kann jedoch keinerlei Vertretung wahrnehmen.

7.45 Zudem regeln sowohl das PatG/ZH als auch die PatV/SG weitere Mitwirkungsrechte wie *Ein- und Austrittsrechte aus einer Institution* sowie *Einsichtsrechte in Patientendossiers* ausdrücklich.

2. Vertretungsrechte der Eltern und ihre Grenzen

a) Stellvertretender Informed Consent

7.46 Urteils*un*fähige Kinder benötigen zwingend eine rechtliche Vertretung für den Informed Consent: In der Regel sind die sorgeberechtigten Eltern nach Art. 304 Abs. 1 ZGB für die Vertretung betreffend medizinische Heileingriffe zuständig.[60] Als gesetzliche Vertretung kommt auch eine Vormunds- oder Beistandsperson nach Art. 368 Abs. 1 und Abs. 3 ZGB in Frage (§ 6 Rz. ■).[61]

7.47 Alle gesetzlichen Vertreterinnen und Vertreter sind bei ihren Vertretungshandlungen dem Kindeswohl verpflichtet (Art. 301 Abs. 1 ZGB; Art. 11 BV; Art. 3 KRK) und müssen die Kindesmeinung zur medizinischen Behandlung entsprechend der individuellen Reife und Entwicklung des Kindes berücksichtigen (sinngemäss Art. 377 Abs. 3 ZGB; Art. 12 KRK; s.a. § 4 Rz. ■). Kann sich das urteilsfähige Kind nicht äussern resp. ausdrücken, verfügt es aber über eine Patientenverfügung, so ist

---

58 KUKO ZGB-Rosch, Art. 432 N 2; BSK ZGB I-Geiser/Etzensberger, Art. 432 N 9.

59 Patientinnen- und Patientengesetz des Kantons Zürich vom 5. April 2004 (LS 812.13).

60 BGE 134 II 235 E. 4; steht die elterliche Sorge beiden Elternteilen zu, müssen medizinische Behandlungen grundsätzlich gemeinsam entschieden werden: BSK ZGB I-Schwenzer/Cottier, Art. 301 N 3a ff.

61 Aebi-Müller et al., Rz. 195 ff.; Michel, 152 ff.; Botschaft Biomedizinkonvention, 295.

Fahnenabzug

auch sein geschriebener Wille (Patientenverfügung)[62] für die gesetzliche Vertretung massgebend. Ebenso können früher getätigte Aussagen und Behandlungen des Kindes Hinweise für dessen Willen sein (vgl. sinngemäss Art. 377 ZGB und Art. 9 Biomedizinkonvention).

Die Vertretungsbefugnis der gesetzlichen Vertreter endet generell dort, wo die Eingriffe dem Wohl des Kindes «eindeutig widersprechen». Dies bedeutet im Ergebnis, dass Eltern aufgrund des elterlichen Sorge- und Erziehungsrechts in der Schweiz über einen Handlungsspielraum hinsichtlich des stellvertretenden Informed Consent verfügen.[63]

b) Grenzen der Stellvertretung

Zudem sind einige medizinische Eingriffe an Kindern spezialgesetzlich vom Vertretungsrecht ausgenommen. Das heisst, dass weder die Sorgeberechtigten noch das urteils*un*fähige Kind über diese Inhalte entscheiden können. Ausdrücklich geregelt ist ein *Stellvertretungsverbot* bei folgenden Eingriffen: 7.48

- Die Genitalverstümmelung■ von urteilsunfähigen Mädchen (wie auch von einwilligenden urteilsfähigen minderjährigen oder volljährigen Mädchen) ist seit dem Juli 2012 explizit verboten (Art. 124 StGB).[64]
- Die Sterilisation urteilsunfähiger Minderjähriger ist verboten (Art. 3 Sterilisationsgesetz[65]).
- Die Organ-, Gewebe- und Zellenentnahme bei Minderjährigen oder Urteilsunfähigen ist grundsätzlich verboten. Vorbehalten ist die Entnahme von regenerierbarem Gewebe bzw. regenerierbaren Zellen u.a. bei minimaler Belastung und keinerlei Anzeichen von Widerstand des Kindes (Art. 13 Transplantationsgesetz[66]).

---

62 KUKO ZGB-Gassmann, Art. 370 N 6.

63 BGer, 6P.106/2006, 8.8.2006; BGE 114 Ia 350 E. 7a–b; Aebi-Müller et al., Rz. 195 f.; Pfister Piller, Rz. 2.11 ff.; Thommen, 5 ff., 23.

64 BGer, 6B_77/2019, 22.2.2019.

65 Bundesgesetz über Voraussetzungen und Verfahren bei Sterilisationen vom 17. Dezember 2004 (SR 211.111.1), in Kraft seit dem 1. Juli 2005; strenge Ausnahme für über 16-Jährige nach Art. 3 i.V.m. Art. 7 Sterilisationsgesetz; vgl. OGer ZH, NX080009, 26.3.2008.

66 Bundesgesetz über die Transplantation von Organen, Geweben und Zellen vom 8. Oktober 2004 (SR 810.21), in Kraft seit dem 1. Juli 2007. Eine Erklärung zur Organspende kann ab dem 16. Lebensjahr gegeben werden (Art. 8 Abs. 7 Transplantationsgesetz).

Ersatzzug

– Ein urteils*un*fähiges Kind kann nicht von der Person vertreten werden, die einen DNA-Test ausserhalb eines behördlichen Verfahrens durchführen möchte (Art. 34 Abs. 1 GUMG; vgl. Rz. ■).

7.49 Bei den nachfolgenden medizinischen Behandlungen ist ein *Vertretungsverbot der Sorgeberechtigten bis dato* zwar noch nicht gesetzlich festgeschrieben, aber von der Lehre aufgrund der absoluten Höchstpersönlichkeit *gefordert:*

– Über geschlechtszuweisende Operationen sollten intersexuelle und transgender Kinder nur selbst entscheiden dürfen.[67]

– Über medizinisch nicht indizierte Eingriffe an Minderjährigen, z.B. Schönheitsoperationen[68] oder Piercings[69], sollen die Eltern nicht stellvertretend entscheiden dürfen.

– Über das Vertretungsverbot der Eltern bei Beschneidungen von urteils*un*fähigen Knaben aus religiösen Gründen – das heisst, der Eingriff ist medizinisch nicht indiziert – wird ebenfalls zunehmend diskutiert.[70]

– Schliesslich sollte auch eine Stellvertretung durch Sorgeberechtigte bei Schwangerschaftsabbrüchen debattiert werden.[71]

c) Kindeswohl, Meldepflichten und Melderechte sowie Kindesschutzmassnahmen

7.50 Alle gesetzlichen Vertreterinnen und Vertreter sind bei ihren Vertretungshandlungen dem Kindeswohl verpflichtet (Art. 301 Abs. 1 ZGB; Art. 11 BV; Art. 3 KRK) und müssen die Kindesmeinung zur medizinischen Behandlung entsprechend der individuellen Reife und Entwicklung des Kindes berücksichtigen (sinngemäss

---

67 Der Grosse Rat des Kantons Genf will nicht lebensnotwendige Eingriffe an Kindern, deren Geschlecht nicht eindeutig zugewiesen werden kann, künftig als Genitalverstümmelung qualifizieren und damit kantonal verbieten (Motion 2491, eingereicht am 12. Juli 2018); Werlen, Rz. 461 ff.; Büchler/Cottier, 128.

68 Wobei die Grenzen zwischen indizierter Behandlung aufgrund eines psychischen Leidens und Enhancement fliessend sind: Hotz, Schönheitsoperationen, 369 ff.; Majid, 42 ff.; Rumo-Jungo Alexandra/Belser Eva-Maria, Einmal volle Lippen, bitte!, in: Marcel Alexander Niggli/José Hurtado Pozo/Nicolas Queloz, Festschrift für Franz Riklin, Zürich 2007, 555 ff., 569.

69 Hausheer/Aebi-Müller, Rz. 11.14 f.

70 Vionnet, Rz. 160 ff., 167 ff.; Wapler, 539 ff.; vgl. die Regelung im dt. Recht: § 1631d Bürgerliches Gesetzbuch (seit 28. Dezember 2012 in Kraft).

71 Büchler/Hotz, 565 ff.; das Recht auf reproduktive Selbstbestimmung ist Teil des verfassungsrechtlichen Schutzes der individuellen Selbstbestimmung nach Art. 10 Abs. 2 BV und gilt auch für Minderjährige.

Entwurf

Art. 377 Abs. 3 ZGB; zu Art. 12 KRK s. § 4 Rz. ■). Kann sich das urteilsfähige Kind nicht äussern resp. ausdrücken, verfügt es aber über eine Patientenverfügung, so ist auch sein geschriebener Wille (Patientenverfügung)[72] für die gesetzliche Vertretung massgebend. Ebenso können früher getätigte Aussagen und Behandlungen des Kindes Hinweise für dessen Willen sein (vgl. sinngemäss Art. 9 Biomedizinkonvention und Art. 377 ZGB).

Fällen die Eltern (oder die gesetzliche Vertretung) des Kindes *keinen stellvertretenden Informed Consent* oder fällen sie generell einen Entscheid, der das Kindeswohl in gesundheitlichen Belangen ausser Acht lässt, so hat die KESB die *geeigneten Kindesschutzmassnahmen* nach Art. 307 ff. ZGB zu treffen. Das gesundheitsrechtliche Kindesschutzverfahren ist ein möglicher und wichtiger Anwendungsbereich für Kinder in Verfahren im Gesundheitsbereich (Rz. ■D.3.■). Die auf den Einzelfall bezogene, am Kindeswohl orientierte Abwägung muss vom Gericht oder der Behörde getätigt werden, wobei nicht nur das zentrale physische Wohlbefinden des Kindes ausschlaggebend sein kann, sondern auch dessen psychisches Wohlbefinden berücksichtigt werden muss. Zu Letzterem kann etwa auch die Integration des Kindes in seiner Familie gehören.[73] 7.51

Meldepflichten und Melderechte sowie Mitwirkungspflichten haben im Gesundheitsbereich des Kindes eine wichtige Schutzfunktion (Art. 314c–d ZGB):[74] Hilfsbedürftige Kinder sollen rasch und wirksam geschützt werden. Jede Person, die begründet annimmt, dass die Gesundheit eines Kindes gefährdet ist, kann bei der KESB schriftlich oder mündlich eine Meldung tätigen. Neu können auch Personen, die dem Berufsgeheimnis nach Strafgesetzbuch unterliegen, wie etwa die medizinische Fachperson, der Kinderpsychologe oder die Rechtsanwältin, eine Meldung im Kindesschutz tätigen, ohne sich zuvor von ihrem Berufsgeheimnis befreien lassen zu müssen (Art. 314c Abs. 2 erster Satz ZGB). Diese spezifischen Fachpersonen haben aber keine Melde*pflicht*. Die Pflicht, die Behörden einzubeziehen, haben aber 7.52

[72] KUKO ZGB-Gassmann, Art. 370 N 6.

[73] BSK ZGB I-Schwenzer/Cottier, Art. 301 N 4 ff.; CHK-Biderbost, Art. 307 ZGB N 8 ff.

[74] In Kraft seit dem 1. Januar 2019. Siehe KOKES, Melderechte und Meldepflichten an die KESB nach Art. 314c, 314d sowie 453 ZGB, Merkblatt vom 25. Januar 2019, ‹https://www.kokes.ch/application/files/7815/4843/1295/Merkblatt_Melderechte-Meldepflichten_definitiv_Version_25.1.2019.pdf› (besucht am 8.8.2019). Daneben weitere bundesrechtliche Melderechte wie Art. 11 Abs. 3 OHG; Art. 314 Abs. 1 ZGB i.V.m. Art. 453 ZGB bzw. Art. 317 ZGB; Art. 3c BetmG; s. dazu Maranta Luca, Im «Irrgarten» zwischen Meldepflichten, Melderechten und Berufsgeheimnissen – die Revision der Meldevorschriften im Kindesschutz, ZKE 2018, 231 ff.

Freiexemplar

diejenigen Fachpersonen, die regelmässig in Kontakt mit dem Kind stehen, namentlich Kindergärtner, Lehrerinnen, Sozialarbeitende in der Schule oder Beratende von einschlägigen Fachstellen, sofern konkrete Hinweise auf eine Kindeswohlgefährdung bestehen (Art. 314d Abs. 1 Ziff. 1 und 2 ZGB). Die Behörde kann dabei von sich aus einschreiten oder sie kann auch von einer medizinischen Fachperson oder einer Lehrperson benachrichtigt werden.

3. Bedeutung des Informed Consent für das Verfahren

7.53 Der Informed Consent kann zusammenfassend als ein *zwingend notwendiges Mitwirkungsrecht des urteilsfähigen Kindes im Gesundheitsbereich* verstanden werden (Art. 19c, Art. 305 ZGB). Dieses Recht umfasst die vorgängige Aufklärung über die Behandlung und deren Risiken sowie über mögliche Behandlungsalternativen sowie eine Auseinandersetzung bis zur Entscheidung über die medizinische Behandlung.

Das urteilsfähige Kind ist Adressat der medizinischen Aufklärung und Information. Dies gilt unabhängig davon, ob es sich um eine Behandlung einer somatischen oder psychischen Erkrankung handelt und ob diese intra muros erfolgt, also in einer stationären kinder- und jugendpsychiatrischen Einrichtung (Art. 314b i.V.m. Art. 426 ff. ZGB) oder einer somatischen Klinik, oder ob es sich um eine ambulante Behandlung handelt.

7.54 Der Informed Consent ist im Vergleich zu anderen Mitwirkungsrechten des urteilsfähigen Kindes im Gesundheitsbereich relativ *gut dokumentiert und theoretisch anerkannt.* Das Bundesgericht verlangt für den Beweis der Aufklärung und Einwilligung eine inhaltlich konkret nachvollziehbare Dokumentation.[75] – Das kann nicht weiter erstaunen, denn für die aufklärenden Personen ist es von grosser rechtlicher Tragweite, tragen sie im Streitfall doch die *Beweislast* für den Informed Consent des urteilsfähigen Kindes.

7.55 Das Recht des urteilsfähigen Kindes auf einen Informed Consent führt ferner dazu, dass es in einem Verfahren die zur Umsetzung der höchstpersönlichen Rechte (betr. Aufklärung und Einwilligung) nötigen Verfahrensrechte selbstständig ausübt.

7.56 Das heisst aber nicht, dass sich das Kind in einem Verfahren nicht von seinen Eltern rechtlich vertreten lässt. Es ändert auch nichts daran, dass im Idealfall das

[75] Meist wird daher ein Aufklärungsformular verwendet oder ein Eintrag im Patientendossier gemacht. Der entsprechende Eintrag im Operationsprotokoll reicht nicht aus.

Entwurf

urteilsfähige Kind und die gesetzliche Vertretung gemeinsam in eine medizinische Entscheidung einbezogen werden und gemeinsam über ein Verfahren entscheiden.[76] In vielen Verfahren betreffend die Gesundheitsbelange und die Krankheitssituationen des Kindes werden aber nach wie vor die Eltern (oder die gesetzliche Vertretung) des Kindes für dieses entscheiden.[77] In akuten Situationen bleibt womöglich auch gar keine Zeit, um den Willen des Kindes und/oder denjenigen seiner Eltern zu eruieren oder denjenigen der Beistandsperson oder der Behörden in Erfahrung zu bringen.

Gerade mit Blick auf jüngere bundesrechtliche Spezialbestimmungen und kanto- 7.57
nale Bestimmungen zum Gesundheitsbereich wird heute zunehmend anerkannt, dass die materiellen Mitwirkungs- respektive Partizipationsrechte des Kindes in Gesundheitsbelangen über das Recht des Informed Consent hinausgehen und dass auch ein urteils*un*fähiges Kind aufgrund seines Persönlichkeitsrechts (Art. 12 KRK und sinngemäss Art. 377 Abs. 3 ZGB) Anspruch auf Mitwirkung an einem Entscheidungsprozess und einem Verfahren (z.B. bei KESB, Schulbehörden, Gerichten) betreffend seine Gesundheitsbelange hat. Alles andere würde letztlich bedeuten, das Kind zum *Objekt eines Verfahrens* zu machen.[78]

D. Anwendungsbereiche

1. Schadenersatz- und Genugtuungsansprüche des direktgeschädigten Kindes

a) Direktgeschädigtes Kind ist im Zivil- oder im Verwaltungsverfahren aktivlegitimiert

Ist das Kind von einem Unfall, einer Straftat oder einer fehlerhaften medizinischen 7.58
Behandlung betroffen und in seiner Gesundheit beeinträchtigt, kann es zu *Schadenersatz- und Genugtuungsforderungen* kommen. Es gibt in diesem Zusammen-

[76] Es kann aber auch im kantonalen Recht eine konkretisierende Bestimmung existieren: Z.B. besagt Art. 14 PatV/SG, dass urteilsfähige Minderjährige zwar grundsätzlich selbst über ihre medizinische Behandlung entscheiden können, bei kostspieligen und/oder komplizierten Eingriffen hingegen die Zustimmung der gesetzlichen Vertretung nötig sei.

[77] So auch jüngere Studienergebnisse: Hotz, Kinder fördern, 46 f.; s. zum Ganzen § 3 Rz. ■.

[78] Cottier, Partizipation von Kindern, 20 f.; Michel, 173 ff., 188 ff.; Aebi-Müller et al., Rz. 90 ff., 216.

Erstabzug

hang eine ständige Praxis zu Forderungsprozessen,[79] in denen das direkt geschädigte Kind, unabhängig von seinem Alter und seiner Urteilsfähigkeit, die anspruchsberechtigte Person ist und somit als die klagende Partei in den Entscheiden aufgeführt ist.

7.59 **Beispiel**

Isabelle Ackermann, 2 ½ Jahre alt, kauert auf dem Boden und macht Schneehäufchen, während ihre Mutter mit Frau B. redet. Der Hund von Frau B. beisst das Kind plötzlich in die Wange, ohne dass er irgendwie gereizt oder sonst dazu veranlasst wurde. Das Mädchen erleidet eine schwere Wunde, die zwölffach geheftet werden muss. In der Folge entwickelt sich eine verhärtete Narbe, die sich rosafarben und unschön über die Haut erhebt und sich entsprechend dem Wachstum des Kindes verlängert. Knapp ein Jahr nach dem Unfall klagt Isabelle Ackermann auf Schadensersatz und Genugtuung. Die Klagen des Kindes werden gutgeheissen. Trotz operativen kosmetischen Eingriffen wird das Kind mit einer Narbe im Gesicht verbleiben. Das Bundesgericht berücksichtigt neben den Kosten der kosmetischen Behandlung auch die Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens durch Beeinträchtigung der Berufswahl als Schadensposten und bestätigt die vorinstanzlich zugesprochene Genugtuung von CHF 2'000.– für die erhebliche seelische Belastung, welche die dauerhafte Entstellung des Gesichts durch die Narbe zu Folge haben wird.

(BGE 81 II 512)

7.60 Ein behandlungs- oder unfallgeschädigtes Kind, das in seiner Gesundheit beeinträchtigt ist, ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung sowohl im Zivilverfahren als auch im öffentlich-rechtlichen Verfahren betreffend Staatshaftung *als anspruchsberechtigte Person klagelegitimiert.*[80] Das Kind bleibt aber regelmässig prozess*un*fähig, da die Handlungsfähigkeit des minderjährigen Kindes nach Art. 13 ZGB fehlt (s. § 4 Rz. ■; § 6 Rz. ■).

7.61 Da Schadensersatz- und Genugtuungsforderungen infolge einer Verletzung der persönlichen Integrität eines in seiner Gesundheit beeinträchtigten Kindes tradi-

[79] Siehe bereits BGE 33 II 124; 81 II 159; BGer, 4C_206/2014 und 4C_236/2014, 18.9.2014: Forderung wegen Verletzung der Pistensicherungspflicht, Klägerin war zum Zeitpunkt des Unfalls 11-jährig, zum Zeitpunkt der Klageerhebung 20-jährig; BGer, 4C_458/2008, 21.1.2009: 16-jähriges Kind klagt; BK-Brehm, Art. 46 OR N 14 ff.

[80] BK-Brehm, Art. 46 OR N 14 ff.; s.a. BGE 81 II 159 betr. Schadenersatz- und Genugtuungsklage der knapp 3-jährigen Irene Wenger, deren Vater für sie Klage gegen die SBB erhob (Sachverhalt C). Irene konnte über eine nicht korrekt gesicherte Eisenbahnüberführung gehen, wurde von einem Geleisetraktor erfasst und erlitt bleibende körperliche Beeinträchtigungen. S.a. BGE 115 Ib 175 betr. Herzoperation an einem 3-jährigen Kind.

Erstauflage

tionell nicht als höchstpersönliche Rechte gelten,[81] wird *Art. 19c ZGB* nicht zur Anwendung gelangen. Das aktivlegitimierte Kind wird teils von seinen Eltern[82] und teils von privat mandatierten Anwältinnen oder Anwälten in kontradiktorischen Verfahren vertreten. Dabei kann es auch vorkommen, dass das Kind unentgeltliche Rechtsvertretung erhält.[83]

Als materielle Rechtsgrundlagen im Zivilrecht stehen Art. 41 ff. OR für Unfälle und Behandlungsfehler im Vordergrund, während es sich bei einer privatrechtlichen Behandlung bei der Hausärztin oder in der Klinik auch um eine Vertragshaftung handeln kann.[84] 7.62

Da die Behandlung eines Kindes in einem kantonalen oder anderen Spital mit öffentlicher Funktion (z.B. Universitätsspital) sich in erster Linie nach dem kantonalen öffentlichen Recht bestimmt, kann es sich auch um ein *öffentlich-rechtliches Verfahren betreffend Staatshaftung* handeln.[85] Haftungsgrundlage bilden dann die jeweiligen kantonalen Grundlagen der Staatshaftung. Im Kanton Zürich richtet sich die Haftung nach §§ 6 ff. Haftungsgesetz/ZH, wobei Art. 41 ff. OR ergänzend anwendbar ist (§ 29 Haftungsgesetz/ZH).[86] Diese öffentlich-rechtlichen Haftungsansprüche werden wegen ihrer Nähe zum Zivilrecht in der Regel *von den Zivilgerichten behandelt und entschieden* (§§ 19 ff. Haftungsgesetz/ZH). Vor Bundesgericht werden die Entscheide über die Verantwortlichkeiten bei rechtswidrigen Handlungen von in öffentlichen Spitälern angestellten medizinischen Fachpersonen, die in Anwendung von kantonalem öffentlichem Recht ergangen sind, mit einer *Beschwerde in Zivilsachen* geltend gemacht (Art. 72 Abs. 2 lit. b BGG).[87] 7.63

[81] BGE 142 III 153 E. 5.2.3; 134 II 235 E. 4.3.2; 120 Ia 269 E. 1; BGer, 5A_232/2016, 6.6.2016, E. 4 in fine; BGer, 5A_94/2007, 31.5.2007, E. 1.3; BSK ZGB I-Bigler-Eggenberger/Fankhauser, Art. 19c N 4.

[82] BGE 138 II ■; 81 II 159.

[83] BGE 115 Ib 175 (s. Sachverhalt B).

[84] Es wird sich dann mangels Handlungsfähigkeit des Minderjährigen regelmässig um einen Vertrag zugunsten des Kindes handeln, welchen die Eltern in eigenem Namen und auf eigene Rechnung schliessen (Michel, 173 f.) und entsprechend führen werden. In einem solchen Fall wird das Kind nicht direktgeschädigt sein.

[85] Die Behandlung im öffentlichen Spital gilt nicht als gewerbliche Verrichtung i.S.v. Art. 61 Abs. 2 OR, sondern als eine Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe. Spitalträger ist der Staat, und Schäden, die entstehen, sind auf die Ausübung staatlicher Hoheit und nicht auf die Verletzung eines privatrechtlichen Vertrags zurückzuführen: BGE 139 III 252 E. 1.3; 134 III 426 E. 2.1; 122 III 101 E. 2a; 111 II 149 E. 4.

[86] BGE 115 Ib 175 E. 2; 113 Ib 423; 111 II 149 ff.

[87] Auch BGE 139 III 252.

Erstauszug

7.64 Kinder können zudem *Opfer von Straftaten* in einem Strafverfahren sein (§ 5 Rz. ■) und als Privatklägerschaft Schadenersatz- und Genugtuungsforderungen *nach dem Opferhilfegesetz*[88] *geltend machen.*

b) Interessenkollision als Regelfall

7.65 Aus der Kinderrechtsperspektive stellt sich in solchen Verfahren vor allem die Frage nach einer grundsätzlichen materiellen Interessenkollision zwischen dem direkt geschädigten Kind und seinen Eltern.[89] Üblicherweise sind die Sorgeberechtigten nämlich Reflexgeschädigte und müssen ihre «eigenen» Schadenersatzansprüche, namentlich ihre Betreuungs- und Berufsausfallsschäden, im Forderungsprozess des geschädigten Kindes als dessen Ansprüche geltend machen. Denn die Sorgeberechtigten selbst sind nicht in der absolut geschützten körperlichen Integrität verletzt, sondern nur in ihren Vermögensrechten.[90] Nur teilweise wird den Eltern ein eigener Genugtuungsanspruch (Art. 49 OR) oder gar ein Schadenersatzanspruch zukommen. Dies ist dann der Fall, wenn sie aufgrund ihres gesundheitlich beeinträchtigten Kindes selbst psychisch erheblich beeinträchtigt worden sind.[91]

7.66 Die Interessenkollision zwischen dem dauerhaft gesundheitlich beeinträchtigten Kind und den Eltern in Bezug auf Schadenersatz- und Genugtuungsklagen zeigt sich zugespitzt bei sog. *Wrongful-life-Klagen* der Sorgeberechtigten: Während die Mutter eine Genugtuungsklage infolge der unerwünschten Behinderung des Kindes geltend machen kann, ist das Kind selbst nicht zur Genugtuungsklage zugelassen. Die Interessenkollision wird sich spätestens dann zeigen, wenn das Kind alt

---

88 Bundesgesetz über die Hilfe an Opfer von Straftaten vom 23. März 2007 (OHG; SR. 312.5); Art. 1: «Jede Person, die durch eine Straftat in ihrer körperlichen, psychischen oder sexuellen Integrität unmittelbar beeinträchtigt worden ist, hat Anspruch auf Unterstützung nach diesem Gesetz (Opferhilfe).»

89 Das Bundesgericht verneinte eine Interessenkollision, weil jeder Anspruch einzeln begründet und damit auch einzeln behandelt werden müsse (BGer, 4C.413/2006, 27. 3. 2007, E. 4).

90 Eltern, die ihr Kind vermehrt betreuen müssen, weil es behandlungs- oder unfallgeschädigt ist, sind sog. Reflex- oder Drittgeschädigte und können gegenüber dem Schädiger im Grundsatz keinen Schaden geltend machen: BK-Brehm, Art. 46 OR N 14g und N 17 f. sowie Art. 41 OR N 22 f.; BGer, 4C.413/2006, 27. 3. 2007, E. 4; BGE 104 II 95.

91 BGE 138 III 276, betr. Schockschaden wegen Verlust des Sohnes; BGE 112 II 118 E. 5b, betr. Genugtuungsanspruch aufgrund Art. 49 OR. Umgekehrt steht auch dem Kind ein (zukünftiger) selbstständiger Genugtuungsanspruch zu, wenn der Vater schwer verunfallt und invalid wird (zum Zeitpunkt der explodierten Gasheizung war der Sohn 1-jährig: BGE 117 II 50).

Entwurf

genug ist, um den (vergangenen) Inhalt der Klage der Sorgeberechtigten zu verstehen.[92]

c) Bedeutung von Art. 12 KRK für das Verfahren

In einem solchen Schadenersatz- und Genugtuungsklageverfahren ist das Kind zwar regelmässig aktivlegitimiert, aber es hat keine explizite formell-gesetzlich umschriebene Parteistellung. Die Eltern werden – die Anerkennung der Interessenkollision vorbehalten – regelmässig zur direkten Vertretung des urteilsfähigen oder urteilsunfähigen■geändert ‹ korrekt?■ Kindes befugt sein (Art. 304 Abs. 1 ZGB; Art. 67 Abs. 2 ZPO) und können im Namen des Kindes Klage erheben.[93] Ein solches Verfahren fällt auch weder explizit unter den Anwendungsbereich von familienrechtlichen Verfahren (Art. 295 ff. ZPO) noch unter Kindesschutzverfahren (Art. 314a ZGB). Da weder die kantonalen Haftungsgesetze bzw. öffentlich-rechtlichen Haftpflichtbestimmungen noch die massgebenden kantonalen Gesundheits- oder Patientinnen- und Patientengesetze spezialgesetzliche Verfahrensregeln für in ihrer Gesundheit beeinträchtigte Kinder vorsehen[94] und generell spezialgesetzliche Bestimmungen zur Rechtspflege rar sind[95] und die mangels besonderer Bestimmungen anwendbaren kantonalen Verwaltungsverfahrensgesetze auch keine allgemeinen Bestimmungen zur Mitwirkung von Kindern in Verfahren beinhalten,[96] bleibt aus der Kinderperspektive im Wesentlichen die Berufung auf die Mitwirkungsrechte nach Art. 12 KRK (oder das sinngemässe Heranziehen der Art. 295 ff. ZPO). 7.67

[92] OGer BE, ZK 10 569, 2.5.2011, kommentiert von Christoph Müller in seinem Beitrag *Wrongful-life*-Klage – erster Entscheid eines Obergerichts, recht 2013, 46 ff.; es gibt auch Länderrechte, die Wrongful-life-Klagen von Kindern explizit verbieten: Hotz, Pränatale Tests, 2 ff.

[93] Die Geltendmachung von Ansprüchen des Kindes in eigenem Namen der■durch die [?]■ Eltern ist auch in Fällen nach Art. 318 ZGB nicht nötig (Zogg, 404 ff., 407; KUKO ZPO-Domej, Art. 67 N 27; zur sog. Prozessstandschaft s. BGE 136 III 365 E. 2.2; 142 III 78 E. 3.2).

[94] Weder das PatG/ZH noch das GesG/FR oder die PatV/SG sehen eine Bestimmung zu Kinderrechten oder zum Verfahren vor.

[95] § 5 PatG/ZH sieht unter dem Titel Rechtspflege einzig vor, dass öffentlich-rechtliche Institutionen eine Verfügung erlassen sollen, und bestimmt die Beschwerdeinstanzen.

[96] Entweder sind die Bestimmungen der Verwaltungsrechtspflege kraft ausdrücklicher Vorschrift oder durch sinngemässe Auslegung *auf allfällige Verwaltungsakte* im Gesundheitswesen anzuwenden.

Erstanzeig

7.68 Aus Art. 12 KRK lassen sich u.a. folgende Mitwirkungsrechte ableiten: Das direktgeschädigte Kind ist in Gesundheitsbelangen deshalb schon in jungem Alter über ein solches Verfahren zu informieren und über die Bedeutung und über mögliche Ausgänge des Verfahrens aufzuklären und anzuhören. Ab einem gewissen Reifegrad sollte es auch dazu angehört werden, was es von der Genugtuungsklage der Eltern «in seinem Fall» denkt. Sodann ist das Kind bei grundsätzlichen Interessenkollisionen im Hinblick auf das materielle und formelle Recht zu vertreten. Schliesslich ist auch die Anordnung einer Mediation zu prüfen, damit das Kind besser mitwirken kann. Ein rein kontradiktorisches Verfahren eignet sich bei gesundheitlichen Beeinträchtigungen des Kindes schlecht, denn dieses Verfahren bedeutet für das Kind und die Eltern oftmals auch grosses Leid, dessen Intensität je nach gesundheitlicher Beeinträchtigung unterschiedlich ist (s. § 4 Rz. ■, § 6 Rz. ■).

2. Genetische Untersuchungen bei Kindern

a) Bundesgesetzliche Schranken betreffend genetische Untersuchungen

7.69 Das Kind kann auch von verschiedenen Verfahren betroffen sein, die genetische Untersuchungen betreffen. Da es sich bei genetischen Untersuchungen zweifellos um einen besonders sensiblen Gesundheitsbereich handelt, ist dieser seit dem Jahr 2007 durch das Bundesgesetz über genetische Untersuchungen beim Menschen (GUMG) explizit geregelt (Art. 1 ff., Art. 31 ff.). Die Technik hat seither aufgeholt: Mit einem in fünf Minuten zu Hause durchgeführten Speicheltest, der vom Anbieter analysiert wird, kann ein Kind heute unbekannte biologische Elternteile finden. Umgekehrt kommt es zu Vaterschaftstests ohne Einwilligung der Mutter und/oder des Kindes[97] oder Eltern können mit pränatalen Gentests bereits vor der Geburt erfahren, ob der Fötus Träger eines Gendefekts ist.[98]

---

97 BGE 144 III 1 E. 4.3; 134 III E. 4.2; Herzig, familienrechtliches Verfahren, Rz. 850 ff., 853; s.a. Teichmann Daniel/Camprubi Madeleine, Rechtliche Konsequenzen von Vaterschaftstests ohne Zustimmung der Mutter nach GUMG und StGB, AJP 2019, 528 ff.

98 Hotz, Pränatale Tests, 2 ff. Das revidierte GUMG sieht in Art. 17 Abs. 2 etwa explizit vor, dass im Rahmen der pränatalen genetischen Testergebnisse vor der 12. Schwangerschaftswoche keine Auskunft über das Geschlecht des Kindes gegeben werden darf, es sei denn, es besteht ein Zusammenhang zwischen dem Geschlecht und der vermuteten Krankheit. Weitere Vorschriften bestehen nicht, denn das Schweizer Recht anerkennt die Rechtspersönlichkeit grundsätzlich erst mit der Geburt (Art. 31 ZGB).

Erstabzug

Das Gesetz wurde deshalb umfassend revidiert und vom Parlament am 15. Juni 2018 verabschiedet (zit. nGUMG). Die Inkraftsetzung des revidierten Gesetzes wird für das Jahr 2021 erwartet.[99] Geregelt sind prädiktive und diagnostische genetische Untersuchungen für den medizinischen Bereich sowie zur Klärung der Abstammung und zur Identifizierung. Genetische Untersuchungen im Gesundheitsbereich dürfen nur auf Veranlassung einer medizinischen Fachperson für Risikoabklärungen, Untersuchungen zur Familienplanung sowie weitere medizinische Zwecke (Art. 19 ff. nGUMG) und unter Wahrung des Selbstbestimmungsrechts der Betroffenen (Art. 5 ff. nGUMG/Art. 5 ff., Art. 10 Abs. 1 GUMG) vorgenommen werden. Bei der Erstellung von DNA-Profilen darf dagegen nicht nach dem genetischen Gesundheitszustand der betroffenen Person geforscht werden, sondern einzig nach dem Geschlecht, wenn dies für die Klärung der Abstammung oder zur Identifizieriung erforderlich ist (Art. Art. 31 GUMG/Art. 47 f. nGUMG). Wer vorsätzlich ohne die erforderliche Zustimmung der betroffenen Person eine genetische Untersuchung veranlasst, in Auftrag gibt oder durchführt, wird strafrechtlich sanktioniert (Art. 36 GUMG/Art. 56 Abs. 1 nGUMG). 7.70

Mit der Entnahme einer Probe wird regelmässig in die physische Integrität des betroffenen Kindes eingegriffen. Da es sich um einen *Eingriff in ein höchstpersönliches Recht* handelt, ist das urteilsfähige Kind Adressat der Aufklärung zu einer genetischen Untersuchung. Ferner bedarf es nach Art. 5 GUMG/nGUMG und Art. 18 GUMG/Art. 16 nGUMG der Zustimmung des betroffenen Kindes, Ausnahmen vorbehalten (Rz. ■). Das urteilsfähige Kind bestimmt also im Rahmen der Höchstpersönlichkeit (Art. 19c ZGB) grundsätzlich allein, ob es an einem entsprechenden Verfahren betreffend genetische Untersuchungen teilnimmt (§ 4 Rz. ■). 7.71

Ist das Kind urteils*un*fähig, können die Sorgeberechtigten die Einwilligung zu einer genetischen Untersuchung erteilen, wenn die genetische Untersuchung für die Gesundheit des Kindes unbedingt notwendig ist (Art. 5 Abs. 2 GUMG i.V.m. Art. 10 GUMG/Art. 5 Abs. 2 nGUMG, Art. 16 nGUMG); ausserhalb dieses Zwecks entfällt die Vertretungsmacht nach Art. 306 Abs. 3 ZGB. Liegt eine schwere Erbkrankheit in der Familie vor oder lässt sich eine entsprechende Anlageträgerschaft nicht anders abklären und ist der Eingriff wenig invasiv für das Kind, kann ein stellvertretender 7.72

[99] BBl 2018 3509 ff.; das Verordnungsrecht ist derzeit noch in Überarbeitung (Verordnung über genetische Untersuchungen beim Menschen und die Verordnung über die Erstellung von DNA-Profilen im Zivil- und Verwaltungsbereich); s. ‹https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/medizin-und-forschung/genetische-untersuchungen/aktuelle-rechtsetzungsprojekte1.html› (besucht am 8.8.2019).

Erstabzug

Entscheid in diesem Fall ausnahmsweise zulässig sein (Art. 10 Abs. 2 GUMG/ Art. 16 Abs. 2 nGUMG).[100]

b) Informationsanspruch des Kindes

7.73 Das Recht des Kindes auf Kenntnis der eigenen Abstammung ist ein auf sämtlichen Stufen der Schweizer Normenhierarchie festgeschriebenes, unverjährbares und unverzichtbares Grundrecht und höchstpersönliches Recht des Kindes.[101]

7.74 Der Anspruch auf Erforschung der eigenen Herkunft gehört nach Bundesrechtsprechung zum Schutz der Identität, der von Art. 28 ZGB gewährleistet wird.[102] Dieser *umfassende Informationsanspruch* des Kindes richtet sich sowohl *gegen den Staat,* z.B. im Falle von Adoptionen oder fortpflanzungsmedizinischen Verfahren, als auch *gegen Private.*[103]

c) Selbstständiges Klagerecht des Kindes mit Auswirkungen auf das Eltern-Kind-Verhältnis (Abstammungsverfahren)

7.75 Von diesem umfassenden, klageweise durchsetzbaren Informationsanspruch des Kindes zu unterscheiden ist das Recht des Kindes auf Anfechtung der Vaterschaft oder der Vaterschaftsanerkennung im Abstammungsverfahren, welche neben der Feststellung einer genetischen Verwandtschaft rechtliche Auswirkungen auf das Vater-Kind-Verhältnis haben. Nachfolgend seien deshalb die Klagen des Kindes im Abstammungsverfahrens erläutert (s.a. § 6 Rz. ■):[104]

---

100 Das nGUMG stellt klar, dass es bei der gesetzlichen Aufklärungspflicht nicht einzig um den Informed Consent, sondern um die Information zum *gesamten Entscheidungsprozess* geht, namentlich um die Beratung im Vorfeld, aber auch um die Aufbewahrung der Proben, die Datensicherheit und das Recht auf Nichtwissen.

101 Art. 7 KRK; Art. 8 EMRK; Art. 119 Abs. 2 lit. g BV; Art. 27 FMedG (betr. Fortpflanzungsmedizin); Art. 268c ZGB (betr. Adoption), Art. 28 ZGB; BGE 144 III 1 E. 4.3, 134 III 241 E. 5.3.1; 128 I 63; Herzig, familienrechtliches Verfahren, Rz. 815 ff.; Büchler Andrea/ Ryser Nadine, Das Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung, FamPra.ch 2009, 1 ff., 8 ff., 21 f.; Besson Samantha, Das Grundrecht auf Kenntnis der eigenen Abstammung, ZSR 2005, 39 ff., 46 ff. Dieses Recht umfasst m.E. auch das Recht auf Kenntnis der Eizellenspenderin oder des Samenspenders sowie das Recht auf Angaben derjenigen Person, die eine Schwangerschaft gegen Entgelt austrägt; s. VerwGer SG, B 2013/158, 19.8.2014.

102 BGE 134 III 241 E. 5.3.1.

103 Es liegt eine «Klage sui generis» vor: herzig, familienrechtliches Verfahren, Rz. 819.

104 BGE 134 III 241 E. 5.3.2: Verfahrensrechtlich wird für die Durchsetzung des Anspruchs auf Kenntnis der eigenen Abstammung mittels Feststellungsklage die Mitwirkungs-

Entwurf

Dem Kind steht ein *eigenständiges Klagerecht zur Anfechtung der Vaterschaft* nach Art. 256 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB zu, sofern der gemeinsame Haushalt der Eltern während seiner Minderjährigkeit aufgelöst wurde. – Ein Nachweis der faktischen Trennung auf Dauer reicht dabei aus.[105] Die Anfechtungsklage des Kindes richtet sich gegen die Mutter und deren Ehemann. Diese kann bis zum Erreichen der Volljährigkeit des Kindes jederzeit eingereicht werden, danach gilt eine absolute Verwirkungsfrist von 1 Jahr (Art. 256c Abs. 2 ZGB).[106] Die Anfechtungsklage des Kindes ist jedoch ausdrücklich ausgeschlossen, wenn es durch eine Samenspende gezeugt wurde (Art. 23 Abs. 1 FMedG[107]). 7.76

Die Schweizerische Zivilprozessordnung regelt zudem den besonderen Fall, in welchem eine Unterhaltsklage mit einer Vaterschaftsklage verbunden ist, und bestimmt die vorsorglichen Massnahmen von Bundesrechts wegen (Art. 303 Abs. 2 ZPO): die Hinterlegung der Unterhaltszahlungen für Mutter und Kind. Da das Kind auch zur Unterhaltsklage berechtigt ist (Art. 285 ZGB), steht ausser Frage, dass dem Kind auch in diesem Fall ein eigenständiges Klagerecht zukommt. 7.77

Ferner kann das urteilsfähige Kind die *vom Vater getätigte Anerkennung eigenständig anfechten* (Art. 260a ZGB).[108] – Voraussetzung ist allerdings, dass dem Kind die Anerkennung auch tatsächlich mitgeteilt wurde (Art. 11 Abs. 7 ZStV[109]).[110] 7.78

Schliesslich kann das Kind in den sehr seltenen Fällen, in denen das Mutter-Kind-Verhältnis nicht feststeht (z.B. im Falle eines Findelkindes oder bei einer Kindsverwechslung), gestützt auf seinen Anspruch auf Kenntnis der eigenen Identität (s. Rz. ■) die *Feststellung der Mutterschaft* mit den entsprechenden Statusfolgen *unverjährbar einklagen*.[111] 7.79

pflicht für Statusklagen analog angenommen, ohne dass die Rechtswirkungen der Statusklagen eintreten.

105 BSK ZGB I-Schwenzer/Cottier, Art. 256 N 3 ff.

106 Das Klagerecht geht mit dem Tod des Kindes unter: Gloor/Umbricht, Rz. 11.31.

107 Bundesgesetz über die medizinisch unterstützte Fortpflanzung vom 18. Dezember 1998 (Fortpflanzungsmedizingesetz; SR 810.11).

108 Dieses Klagerecht geht nach dem Tod des Kindes auf die Nachkommen über (Art. 260a Abs. 1 ZGB), und auch der Vertretungsbeistand des Kindes nach Art. 394 ZGB kann die Vaterschaftsanerkennung anfechten, sofern dies im Kindesinteresse ist (BGE 121 III 1 E. 2c).

109 Zivilstandsverordnung vom 28. April 2004 (SR 211.112.1).

110 Die Anfechtung der Vaterschaftsanerkennung kann auch nach dem Tod des Kindes von den Nachkommen erhoben werden; BSK ZGB I-Schwenzer/Cottier, Art. 260 N 1, 7; Gloor/Umbricht, Rz. 11.41.

111 Art. 42 Abs. 1 ZStV; Gloor/Umbricht, Rz. 11.16.

Entwurf

7.80 Das urteilsfähige Kind ist in diesen Abstammungsverfahren in der Regel *selbstständige Partei,* da alle Klagen betreffend seine Abstammung höchstpersönlicher Natur sind.[112] Diese Klagen sind auch für das urteilsfähige Kind eine persönliche und rechtliche Herausforderung, sodass – falls keine Vertretungsbeistandschaft angeordnet ist – analog Art. 314b ZGB das Kind in solchen Verfahren durch eine Kindsvertretung unterstützt werden sollte.

7.81 Während das urteilsfähige Kind diese Klagen (lit. a und b)■Verweis auf Rz.?■ selbstständig einreichen kann, muss das urteils*un*fähige Kind *durch eine Drittperson vertreten* werden, denn es handelt sich dabei lediglich um ein relativ höchstpersönliches Recht. Das heisst, eine Vertretung ist möglich. Da *regelmässig Interessenkollisionen* zwischen dem Kind und dem rechtlichen Elternteil (vorab der Mutter) bestehen, finden die Bestimmungen über die Vertretungsbeistandschaft nach Art. 306 Abs. 2 ZGB Anwendung.[113]

7.82 Die KESB kann dem Kind ausnahmsweise (im Falle einer Kindeswohlgefährdung) für die Feststellung der Vaterschaft einen Beistand nach Art. 308 Abs. 2 ZGB zur Seite stellen. Ein solcher Beistand wird unter Umständen auch gegen den Willen der Mutter eingesetzt,[114] was aber sehr sorgfältig abgewogen werden muss. Je nach kantonaler Behördenpraxis ist es ausreichend, wenn der Name des genetischen Vaters bei einem Notariat oder in einem schriftlichen Vorsorgeauftrag für das Kind hinterlegt wird.

d) Mitwirkungspflicht des Kindes im Abstammungsverfahren (Art. 296 Abs. 2 ZPO)

7.83 Die Mitwirkungspflicht des Kindes in einem Abstammungsverfahren ist von Bundesrechts wegen explizit vorgesehen. Betroffene Eltern oder Dritte können ebenfalls Klage erheben und ein höchstpersönliches Interesse an einer DNA-Analyse geltend machen. Das Kind ist dann zur Mitwirkung bei der Sachverhaltsfeststellung verpflichtet und kann zu einem Wangenschleimhautabstrich oder zu einer Blutentnahme verpflichtet werden. Es kann sich zur Abwehr nicht auf das eigene Persönlichkeitsrecht berufen (Art. 296 Abs. 2 ZPO).[115] Die genetische Untersuchung be-

[112] Herzig, familienrechtliches Verfahren, Rz. 864.

[113] BGer, 5C.98/2001, 9.7.2010, E. 2; BGE 122 II 289 E. 1c.

[114] BGE 142 III 545 E. 3.2 nahm eine Kindeswohlgefährdung an, weil sich die Mutter weigerte, den Namen des Präsumptivvaters bekannt zu geben, und setzte einen Beistand ein. KUKO ZGB-Cottier, Art. 308 N 4b, 4e.

[115] BGE 144 III 1 E. 4.3; 134 III E. 4.2; Herzig, familienrechtliches Verfahren, 850 ff., 853.; zu den rechtlichen Konsequenzen eines Vaterschaftstests ohne Einwilligung der Mutter nach GUMG und StGB s. Teichmann/Camprubi (Fn. 7.100).

Entwurf

treffend das Kind wird damit zu einer real erzwingbaren Massnahme, sofern die sorgfältige Interessenabwägung diese als *ultima ratio* zulässt (s.a. § 6 Rz. ■). Das Gericht ist in Abstammungsverfahren aufgrund des Offizialgrundsatzes und der Untersuchungsmaxime nach Art. 296 ZPO dazu angehalten, nach der Wahrheit zu forschen und ein mit den tatsächlichen Verhältnissen übereinstimmendes Urteil anzustreben.[116]

3. Zwangsbehandlungen und fürsorgerische Unterbringung

a) Behandlungen ohne Zustimmung des Kindes

Eine Zwangsbehandlung ist nach dem Wortlaut des Erwachsenenschutzrechts jede Form von medizinischer Behandlung ohne Zustimmung der Patientin oder des Patienten (s. Rz. ■).[117] Dies kann eine Behandlung sein, zu der die Urteilsfähigkeit fehlt, aber auch eine, die gegen den Willen der betroffenen Person erfolgt, oder eine, die unter dem Druck bevorstehenden Zwangs erfolgt (z.B. Drohung einer Verlegung ins Isolierzimmer,[118] einer Anordnung einer Unterbringung oder einer Zwangsapplikation bei Verweigerung). Zwang liegt auch dann vor, wenn nach einer bereits erfolgten zwangsweisen Verabreichung eines Medikaments dieses in der Folge «ohne Druck» eingenommen wird.[119] 7.84

Die minderjährige Patientin kann bei einer Behandlung ohne Zustimmung sowohl urteilsfähig als auch urteils*un*fähig bezüglich des Heileingriffs sein. Eine Behandlung ohne Zustimmung kann sowohl bei somatischen als auch psychischen Krankheiten auftreten und sie kann sowohl stationär als auch ambulant in Frage kommen. Rechtlich gesehen ist aber je nach Form der Behandlung ohne Zustimmung zu differenzieren: 7.85

- Ist das Kind in Bezug auf den Heileingriff *urteilsfähig,* entscheidet es selbst (Art. 19c ZGB). Fehlt die Zustimmung des urteilsfähigen Kindes, ist jede Form von Behandlung nach Art. 28 Abs. 2 ZGB rechtswidrig und somit nach Art. 122 ff. StGB auch strafbar und ein ungerechtfertigter Eingriff in die persönliche Freiheit nach Art. 10 BV. 7.86
- Ist das Kind in Bezug auf den Heileingriff urteils*un*fähig und handelt es sich um eine *somatische Erkrankung,* die behandelt werden muss, so entscheiden die 7.87

[116] BGer, 5F_6/2017, 23.5.2016, E. 2.3; 5A_745/2014, 16.3.2015, E. 2.3.
[117] Häfeli, Rz. 28.04.
[118] BGE 143 III 337 E. 2.7; OGer ZH, PA 190002, 5.3.2019, E. 2.6.
[119] BGer, 5A_353/2012, 19.6.2012, E. 3.4.1.

Entwurf

Eltern in ihrer Funktion als gesetzliche Vertretung (Art. 304 f. ZGB). Dabei muss die gesetzliche Vertretung nach Art. 301 Abs. 2 ZGB (für Kinder) sicherstellen, dass die Bedürfnisse des urteilsunfähigen minderjährigen Patienten beachtet werden.[120] – Je nach anwendbarer kantonaler Regelung kann ein kurzfristiger Zwang zur Behandlung zulässig sein.[121]

7.88 – Ist das Kind in Bezug auf den Heileingriff urteils*un*fähig und handelt es sich um eine *psychische Erkrankung,* die behandelt werden muss, entscheiden im Grundsatz ebenfalls die Eltern in ihrer Funktion als gesetzliche Vertretung (Art. 304 f. ZGB) oder ein Vormund (Art. 327c Abs. 1 ZGB),[122] unabhängig davon, ob das Kind *ambulant* oder *stationär* behandelt wird.

7.89 Sollten die Sorgeberechtigten eine indizierte Behandlung zugunsten des urteils*un*fähigen Kindes verweigern oder umgekehrt eine nicht indizierte oder unverhältnismässige Behandlung anstreben, besteht also zwischen den Sorgeberechtigten und der medizinischen Fachperson keine Einigkeit, so ist *generell die KESB einzubeziehen,* die eine Beistandschaft ernennt (nach Art. 306 oder Art. 308 Abs. 2 ZGB) oder selbst entscheidet (Art. 392 ZGB). Es kommt damit zu einem Kindesschutzverfahren.

7.90 Das bedeutet, dass bei einer stationären psychiatrischen Behandlung eines urteils*un*fähigen Kindes (dazu gleich Rz. ■77■ f.) im Unterschied zum Erwachsenenschutz *nicht* die Chefärztin oder der Chefarzt in der Klinik entscheidet (Art. 434 ZGB, Behandlung ohne Zustimmung),[123] wobei die ärztliche Notfallbehandlung vorbehalten ist (Art. 435 ZGB).

---

120 Vgl. Art. 377 Abs. 3 ZGB sinngemäss; s. Aebi-Müller et al., § 5 Rz. 158 ff.; Aebi-Müller, Rz. 6.76: Ist die gesetzliche Vertretung nicht gewährleistet, informieren die verantwortlichen Ärztinnen und Ärzte unverzüglich die zuständige Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (§ 1 Abs. 2 PatG/ZH).

121 Vgl. Art. 37 KRK; im Kanton Zürich ist beispielsweise nach §§ 24 ff. PatG/ZH kurzfristiger Zwang möglich. Zudem kann die KESB im Kanton Zürich auf Antrag der Einrichtung und gestützt auf eine fachärztliche Beurteilung im Rahmen der Nachbetreuung einer fürsorgerischen Unterbringung ambulante Massnahmen anordnen, namentlich Weisungen bezüglich Aufenthalt, Verhalten und Medikamenteneinnahme oder Meldepflichten bei Behörden (§ 37 Abs. 2 Einführungsgesetz zum Kindes- und Erwachsenenschutzrecht des Kantons Zürich vom 15. Juni 2012 [LS 232.3]); Bernhart, Rz. 237 ff.

122 Aufgrund des Verweises und der Systematik ist davon auszugehen, dass Art. 380 ZGB bei minderjährigen Patientinnen und Patienten *nicht anwendbar* ist: Häfeli, Rz. 38.44; KUKO ZGB-Cottier, Art. 314b N 6; Gassmann/Bridler, Rz. 9.44; so ausdrücklich Schneller/Bernardon, 120 f.

123 KUKO ZGB-Cottier, Art. 314b N 6; Schneller/Bernardon, 130 ff.; Biderbost, FU, 365, der ausserdem auf allfällige Aufsichtsmassnahmen gegenüber einem Vormund oder einem bereits eingesetzten Beistand hinweist.

Entabzug

b) Fürsorgerische Unterbringung des Kindes in einer psychiatrischen Klinik (Kindesschutzverfahren)

Wird das Kind in eine psychiatrische Klinik verbracht, so liegt eine *fürsorgerische Unterbringung* vor, die gegebenenfalls unfreiwillig erfolgt und grundsätzlich von der medizinischen Zwangsbehandlung innerhalb der Einrichtung unterschieden wird. Bei einer fürsorgerischen Unterbringung eines Kindes im Gesundheitsbereich geht es um die längerfristige Verbringung eines Kindes in eine psychiatrische Klinik[124] aufgrund der evidenzbasierten Erfahrung, dass dem Kind dort am besten geholfen werden kann. 7.91

Die fürsorgerische Unterbringung eines Kindes ist eine stationäre Massnahme von grosser Tragweite und muss entsprechend gesetzeskonform und kontrolliert stattfinden. Nach Art. 314b Abs. 1 ZGB sind deshalb die Bestimmungen für die fürsorgerische Unterbringung in einer psychiatrischen Klinik (Art. 426 ff. ZGB) «sinngemäss anwendbar» beispielsweise dann, wenn sich das Kind tobend *weigert,* sich stationär behandeln zu lassen. 7.92

In den meisten Fällen treten Kinder «freiwillig und mit Zustimmung der Eltern» in eine psychiatrische Einrichtung ein.[125] Ob ein Kind dann auch ohne seine Zustimmung behandelt wird, entscheiden wie bereits erwähnt (Rz. ■) im Grundsatz die Sorgeberechtigten gemeinsam mit den medizinischen Fachpersonen oder die Behörden.[126] 7.93

Inwieweit für eine Zwangsbehandlung des Kindes bei einer psychischen Erkrankung innerhalb einer psychiatrischen Klinik die Bestimmungen des Erwachsenenschutzrechts zur Anwendung gelangen, ist in der Lehre umstritten, speziell bezüglich Art. 434 ZGB (Behandlung ohne Zustimmung).[127] Einigkeit besteht insoweit, dass bei einer fürsorgerischen Unterbringung des Kindes als einer behördlichen 7.94

---

124 Das Kind kann auch in einer Abteilung eines Spitals, das kindergerecht psychische Störungen behandelt, stationär untergebracht werden. Entscheidend ist der Behandlungszweck und die Eignung der Institution für diesen: Biderbost, FU, 355.

125 Schneller/Bernardon, 116 ff.

126 Vgl. Good-Practice-Beispiel: Merkblatt von Lena E. Schneller und Angelo Bernardon mit dem Titel «Intergenerationelle Zusammenarbeit: Mitsprache von Minderjährigen bei medizinischen Heilbehandlungen» aus dem Jahr 2016, das praktische Hinweise für die Ausgestaltung der Mitsprache gibt (abrufbar unter: ‹https://organizers-congress.org/custom/media/SGP16/PDF/p_2167_1471258625.pdf› [besucht am 27.8.2019]).

127 Botschaft Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht, 7102; Häfeli, Rz. 38.44; KUKO ZGB-Cottier, Art. 314b N 6; Gassmann/Bridler, Rz. 9.44; anders etwa Herzig, familienrechtliches Verfahren, Rz. 895 f.; Biderbost, FU, ■Seitenzahl■.

Entwurf

Massnahme (KESB bzw. Gericht) in einer psychiatrischen Klinik den Eltern des Kindes zugleich das Aufenthaltsbestimmungsrecht und das Recht auf die unmittelbare Pflege und Erziehung entzogen werden muss (Art. 310 Abs. 1 ZGB).[128] Die materiellen Voraussetzungen der fürsorgerischen Unterbringung richten sich nach der in Frage stehenden *Gefährdung des Kindeswohls*[129] und danach, wie sich das Kind verhält (Selbstgefährdung durch Suchtmittelkonsum, Suizidalität), und wie bzw. ob einem Kind in der fraglichen Klinik (überhaupt) geholfen werden kann. Zudem muss die fürsorgerische Unterbringung in Bezug auf die psychische Beeinträchtigung stets verhältnismässig sein: Es muss also in concreto feststehen, dass dem Kind nicht anders geholfen werden kann als mit einer Unterbringung. Unbestritten ist im Übrigen, dass die Verfahrensbestimmungen zur fürsorgerischen Unterbringung nach Art. 426 ff. ZGB analog zur Anwendung kommen sollen.

7.95 Der gesetzliche Verweis nach Art. 314b ZGB umfasst sodann die Zulässigkeit der ärztlichen Unterbringung von Kindern nach Art. 429 ZGB für maximal sechs Wochen.[130] Eine ärztliche fürsorgerische Unterbringung erfolgt ohne behördliches Verfahren (vor KESB) und ohne den formellen Entzug der Aufenthaltsbestimmung. Nachfolgend ein Beispiel dafür, wie die ärztliche Unterbringung eines Kindes im Kanton Zürich gesetzlich weiter umgesetzt ist:[131]

7.96 **Ärztliche Unterbringung eines Kindes nach dem Einführungsgesetz zum Kindes- und Erwachsenenschutzrecht des Kantons Zürich (EG KESR/ZH)**

Im Kanton Zürich können Ärztinnen und Ärzte jeder Fachrichtung eine Unterbringung oder Entlassung eines Kindes veranlassen (§ 27 EG KESR/ZH). Bedingung ist, dass die Einweisung nicht in eine Klinik mit Leitung erfolgt, zu welcher die betreffenden Ärztinnen

[128] BGer, 5A_188/2013, 17.5.2013, E. 3; 5C.27/2002, 21.2.2002, E. 2; Gassmann/Bridler, Rz. 9.44 ff.; KUKO ZGB-Cottier, Art. 310 N 1 ff., 4 und Art. 314b N 1, 4; Tuor/Schnyder/Schmid/Jungo, § 44 N 61; BK-Affolter/Vogel, Art. 310/314b ZGB N 29; Häfeli, Rz. 38.33; KUKO ZGB-Rosch, Art. 426 N 5.

[129] Tuor/Schnyder/Schmid/Jungo, § 44 N 61; BK-Affolter/Vogel, Art. 310/314b ZGB N 29; Häfeli, Rz. 38.33; KUKO ZGB-Rosch, Art. 426 N 5; Guillod, FamKomm Erwachsenenschutz, Art. 426 ZGB N 31; BGer, 5A_188/2013, 17.5.2013, E. 3; Botschaft Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht, 7012.

[130] Häfeli, Rz. 38.38; Gassmann/Bridler, Rz. 9.46; zu anderen Meinungen s. Birchler Ursula, Fürsorgerische Unterbringung Minderjähriger, ZKE 2013, 141 ff., 145 f., 147.

[131] Einführungsgesetz zum Kindes- und Erwachsenenschutzrecht des Kantons Zürich vom 15. Juni 2012 (EG KESR/ZH; LS 232.3).

Leseprobe

und Ärzte in einem Unterstellungsverhältnis steht (§ 27 Abs. 2).[132] Zudem müssen sich die Ärztinnen und Ärzte, die fürsorgerische Unterbringungen vornehmen, in diesem Bereich regelmässig weiterbilden (§ 30 EG KESR/ZH). Handelt es sich um einen freiwilligen Eintritt, so muss die einweisende Fachperson einen Facharzttitel in Psychiatrie oder Kinder- und Jugendpsychiatrie aufweisen (§ 31 lit. b i.V.m. § 27 EG KESR/ZH).

Die Ärztin oder der Arzt untersucht das betroffene Kind persönlich und hört es an. Sofern möglich, werden die Eltern informiert. Dann wird das Formular zum Unterbringungsentscheid ausgefüllt. Das Kind respektive die Eltern und die Klinik erhalten je ein Exemplar dieses Formulars.

Der Aufenthalt darf maximal sechs Wochen dauern (§ 29 Abs. 1 EG KESR/ZH; Art. 429 ZGB).[133] Erscheint der Klinikleitung eine längere Unterbringung nötig, muss der KESB ein entsprechender Antrag gestellt werden, über den sie sofort zu entscheiden hat (§ 29 Abs. 2 EG KESR/ZH). Nach sechs Wochen braucht es zwingend eine Überprüfung durch die KESB (Art. 429 Abs. 2 ZGB).

Jede Einrichtung muss die Aufnahme von minderjährigen Patientinnen und Patienten unverzüglich der KESB melden (§ 35 Abs. 2 EG KESR/ZH). Damit soll gewährleistet werden, dass kein ärztlich untergebrachtes Kind von den Behörden unbemerkt bleibt. In der Klinik selbst findet eine interne Kontrolle der Vorschriften statt, aber in der Regel erfolgt diese nicht durch eine juristische Fachperson.[134]

Zudem ist das eingewiesene Kind über seine Rechte zu informieren, namentlich das Recht, eine Vertrauensperson beiziehen zu können (§ 35 Abs. 1 EG KESR/ZH; Art. 432, 439 ZGB).

Da die medizinischen Fachpersonen allein befähigt sind, den Gesundheitszustand der Kinder zu beurteilen, und es sich meist um Notfallsituationen handeln wird und die Behörden die umfassenden Akten, Berichte und Diagnosen nicht kennen,[135] erscheinen ausnahmsweise ausgestellte, fachgerechte ärztliche Unterbringungen praktikabel. 7.97

[132] Diese Regelung ist zwar theoretisch richtig. Nur stellt sich die Frage, ob es in der Praxis genügend Kliniken gibt, die auf Kinder spezialisiert sind, oder ob gerade aufgrund dieser Regelung Kinder in Kliniken für Erwachsene untergebracht werden müssen,

[133] Viel kürzer etwa im Kanton Solothurn: max. 72 Stunden (§ 123 Abs. 1 Gesetz über die Einführung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches des Kantons Solothurn vom 4. April 1954 [Stand: 1. Januar 2018; BGS 211.1]). Allerdings ist im Kanton Solothurn die ärztliche Unterbringung die Regel, sodass eine behördliche Kontrolle rechtsstaatlich noch dringender ist; vgl. Übersicht betreffend die kantonalen Regelungen bei Gassmann/Bridler, Rz. 9, S. 208 f.

[134] Gassmann/Bridler, Rz. 9.7 ff.

[135] In der Schweiz gibt es bis dato nicht überall echte KESB-Pikettdienste rund um die Uhr; zurzeit gibt es sie in 17 Kantonen.

7.98 Den bereits erwähnten Meldepflichten und -rechte sowie Mitwirkungspflichten kommt in diesem hochsensiblen Gesundheitsbereich eine äusserst wichtige Kontroll- und Schutzfunktion (Art. 314c–314e ZGB[136]).

7.99 Gegen die Behandlung einer psychischen Störung ohne Zustimmung kann sinngemäss nach Art. 426 ff. ZGB und Art. 439 Abs. 1 Ziff. 4 ZGB das Gericht angerufen werden. Gemäss Art. 439 Abs. 3 ZGB richtet sich das Verfahren sinngemäss nach den Bestimmungen über das Verfahren vor der gerichtlichen Beschwerdeinstanz, das heisst nach Art. 450 ff. ZGB sowie den kantonalen Bestimmungen zum Kindes- und Erwachsenenschutz. Subsidiär gelten die Bestimmungen der ZPO.[137] Das bedeutet Folgendes:

- Das urteilsfähige Kind hat ein eigenständiges Beschwerderecht nach Art. 314b Abs. 2 ZGB.[138]
- Das untergebrachte Kind kann jederzeit ein Entlassungsgesuch nach Art. 426 Abs. 4 ZGB stellen.
- Das untergebrachte Kind kann die periodische Überprüfung nach Art. 431 ZGB verlangen.
- Das untergebrachte Kind hat ein Recht auf eine Vertrauensperson nach Art. 432 ZGB.
- Das untergebrachte Kind hat ein Recht auf eine Kindesvertretung nach Art. 314a^{bis} Abs. 2 ZGB.

c) Zwang zur Gesundheitskontrolle von schulpflichtigen Kindern und Zwangsbehandlung (Verwaltungsverfahren)

7.100 Jede medizinische Behandlung des Kindes, die seitens der Behörden angeordnet wird, stellt aus Sicht des Kindes *eine Behandlung ohne Zustimmung* und damit einen erheblichen Eingriff in die persönliche Freiheit und in die körperliche Inte-

136 In Kraft seit dem 1. Januar 2019. Medizinische Fachpersonen würden es z.B. begrüssen, eine Rückmeldung zu ihren Gefährdungsmeldungen zu erhalten.

137 Nach §§ 48–59 EG KESR/ZH; Beschwerden gegen Entscheide betreffend FU (§ 62 EG KESR/ZH mit Verweis auf Art. 314b, 426 ff. ZGB) werden beim Einzelrichter nach § 30 GOG/ZH erhoben; Beschwerden nach Art. 450 Abs. 1 ZGB gegen die KESB (§ 63 EG KESR/ZH) hingegen werden beim Bezirksrat erhoben. Bei Einzelentscheiden ist die Bezirksratspräsidentin oder der Bezirksratspräsident allein entscheidberechtigt; ansonsten muss der Bezirksrat in Dreierbesetzung entscheiden. Vorbehalten bleibt die Zuständigkeit des Einzelrichters bei FU.

138 Botschaft Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht, 7067 f.; Herzig, familienrechtliches Verfahren, Rz. 905 ff.

Leseprobe

grität des Kindes dar und erfordert die Einhaltung strenger Voraussetzungen (Art. 36 BV): Angenommen, es besteht ein entsprechendes *Gesetz im formellen Sinne,* so lässt sich argumentieren, dass eine Gesundheitskontrolle bzw. eine «Zwangsbehandlung» bei festgestellten Erkrankungen grundsätzlich im Interesse des Kindes liegt. Ein Zwang zur Vornahme einer Behandlung kann also dem Interesse des Kindes dienen und daher auf *überwiegenden öffentlichen Interessen* beruhen. Da der Zwang zur Verfolgung dieser Interessen grundsätzlich *geeignet* ist, stellt sich noch die Frage, ob dieser *verhältnismässig und zumutbar* ist. Gemäss Bundesgericht ist massgebend, wofür respektive wogegen die Zwangsbehandlung ist.[139]

Im Falle eines neuen Gesetzes über die Schulzahnpflege und -prophylaxe für den Kanton Freiburg[140] wurde zu Recht eine besondere Rechtfertigung für eine Gesundheitskontrolle verlangt, da von einer Zahnerkrankung weder eine gravierende Selbstgefährdung ausgeht noch eine Fremdgefährdung besteht. Hingegen geht das Bundesgericht davon aus, dass Kinder hinsichtlich ihrer Zahngesundheit nicht urteilsfähig sein können und die Tragweite ihrer Zahnerkrankung beziehungsweise -behandlung nicht in vollem Umfang zu erfassen vermögen. Da das konkrete kantonale Schulzahnpflegegesetz aber nur auf zahnerhaltende und notwendige Massnahmen beschränkt war (Beurteilung oblag der Schulzahnärztin oder dem Schulzahnarzt, welche/r die Massnahme begründen musste) und zudem nur für Kinder vom Kindergartenalter an bis zum Abschluss des Schulobligatoriums anwendbar war, hielt das Bundesgericht die Pflicht zur Zahnkontrolle für verhältnismässig. Ein realer Zwang zur Zahnbehandlung erschien dem Bundesgericht hingegen nicht genügend gerechtfertigt. 7.101

In jüngster Zeit wird in der Schweiz aufgrund der erhöhten Zahl von Masernfällen über einen Impfzwang gegen Masern diskutiert und das Erheben von Bussen für Eltern erwogen, die ihre Kinder nicht impfen lassen wollen.[141] Ein Impfzwang ist ebenfalls ein schwerer Grundrechtseingriff (Art. 36 BV)[142] und es ist festzuhalten, 7.102

139 ■.

140 BGE 118 Ia 427.

141 Bundesamt für Gesundheit, Masern – Lagebericht Schweiz, 16. Juli 2019, ‹https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/krankheiten/ausbrueche-epidemien-pandemien/aktuelle-ausbrueche-epidemien/masern-lagebericht-schweiz.html› (besucht am 24.7.2019); s.a. Bundesamt für Gesundheit, Richtlinien zur Bekämpfung von Masern und Masernausbrüchen, April 2013.

142 BGE 144 I 1 E. 2.3 m.w.H.; s.a. BGE 144 II 233 betr. 35 Kinder und Jugendliche zwischen 4 und 17 Jahren, die gegen eine öffentliche AIDS-Kampagne als Realakt in generell-abstrakter Natur i.S.v. Art. 25a VwVG vorgehen können (dazu Rz. 8■). Das Bundesgericht kam aber zum Schluss, der Schutzbereich im aktuell sexualisierten Zeitalter sei nicht

Fretz Zug

dass das Epidemiegesetz (EpG)[143] keine Grundlage für einen Impfzwang bietet. Nach Art. 22 EpG haben allenfalls die Kantone die Kompetenz, ein sog. *Impfobligatorium* einzuführen, was noch kein realer Impf*zwang* ist.[144] Ein Sanktionssystem wie das Auferlegen einer Busse bei unterlassener Impfung wird Eltern generell unter Druck setzen und damit einen indirekten Zwang auf sie ausüben. Entscheidend ist auch in solchen Fällen, dass das betroffene Kind unabhängig von seinen Eltern persönlich angehört wird. Im nachfolgenden Fall wurde das Unterlassen der Anhörung des Kindes wegen Dringlichkeit gestützt.

7.103 **Beispiel**

Vorabinformation: Art. 52 Abs. 3 des Gesundheitsgesetzes des Kantons St. Gallen (GesG/SG)[145] enthält den Grundsatz, dass die Teilnahme an öffentlichen Impfungen freiwillig ist.

X., gesetzlich vertreten durch ihre Eltern (Art. 304 ZGB), erhebt Beschwerde gegen das Gesundheitsdepartement des Kantons St. Gallen, weil sie zum Schutz der öffentlichen Gesundheit und zur Bekämpfung einer weiteren Ausbreitung des Masernvirus befristet von der Schule ausgeschlossen worden ist.

Im Schuljahr 2016/2017 erkrankt eine Mitschülerin von X. an Masern. Die Kantonsärztin fordert daraufhin die Eltern von X. mit einem unadressierten Schreiben auf, X. während knapp zwei Wochen nicht mehr zur Schule zu schicken, weil diese nicht gegen Masern geimpft und noch nie an Masern erkrankt sei; sie ist eines von fünf Kindern der Klasse, die ungeimpft und noch nie an Masern erkrankt ist. Die Kantonsärztin verfügt den Ausschluss von X. vom 7.–20. Februar 2017, wobei die Sportferien am 19. Februar 2017 beginnen.

Da die zwischenzeitlich 12-jährige Beschwerdeführerin X. geltend macht, dass sie sich auch künftig nicht gegen Masen impfen lassen werde, geht das Verwaltungsgericht des Kantons St. Gallen von einer potenziell wiederholbaren Situation aus und bejaht das rechtliche Interesse ausnahmsweise. Nicht auf die Beschwerde eingetreten wird indes, soweit beantragt wird, die Vorinstanz sei zu verpflichten, auch «Schulausschlüsse weiterer nicht geimpfter, aber gesunder Kinder und Jugendlicher zu unterlassen» (E. 1). Die Beschwerdeführerin X. beanstandet zunächst, vor der Verfügung der Kantonsärztin zu Unrecht nicht angehört worden zu sein, was aufgrund der Dringlichkeit der Situation, der Zuständigkeit der Kantonsärztin nach Art. 53 EpG sowie Art. 3 lit. d GesG/SG und deren genereller Kompetenz zu vorsorglichen Massnahmen nach dem kantonalem Verwal-

berührt, und betonte, dass die Kampagne dem Gesundheitsschutz der Allgemeinheit dient.

143 Bundesgesetz über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen vom 28. September 2012 (SR 818.101).

144 Zudem müsste sich ein kantonales Impfobligatorium zum einen auf besonders exponierte Gruppen beschränken, zum anderen müsste eine erhebliche Gefahr drohen, um dieses Obligatorium zu rechtfertigen (Gächter/Rütsche, Rz. 838 ff., 841).

145 Gesundheitsgesetz vom 28. Juni 1979 des Kantons St. Gallen (sGS 311.1).

tungsrechtspflegegesetz (Art. 15 Abs. 3 VRP/SG) abgewiesen wird (E. 3.2). Weiter führt das Gericht aus, dass der Schutz der öffentlichen Gesundheit und die Bekämpfung des Masernvirus ein gewichtiges öffentliches Interesse darstelle und die Beschwerdeführerin X. unbestrittenermassen potenzielle Überträgerin des Virus sei, sodass ihr befristeter Schulausschluss bis zum Ablauf der Inkubationszeit (21 Tage) der Senkung des Übertragungsrisikos gedient habe und (daher) gerechtfertigt sei (E. 4.1).

(VerwGer SG, B 2018/97, 16.3.2019 (Beschwerde zum Zeitpunkt der Drucklegung beim Bundesgericht hängig, Verfahren 2C_395/2019)

E. Verfahrens- und Mitwirkungsrechte im Gesundheitsbereich■Titel praktisch identisch mit C.■

1. Rechtsgrundlagen

Das Handeln im Gesundheitsbereich und die Mitwirkung des Kindes sind, wie die unterschiedlichen Rechtsgrundlagen (Rz. ■ ff., Rz. ■ ff.) und Anwendungsbereiche zeigen (Rz. ■ ff.), sowohl durch Verfahrensbestimmungen in kantonalen Gesundheits- oder Patientinnen- und Patientengesetzen als auch in verschiedenen Bundesgesetzen (z.B. ZGB, GUMG, EpG, HFG) geregelt. Sind keine solchen Vorschriften vorhanden, gelten in öffentlich-rechtlichen Gesundheitsbelangen die kantonalen Verwaltungsverfahrensgesetze. *In öffentlich-rechtlichen Haftungsfällen* im Gesundheitsbereich gelten indes die kantonalen Bestimmungen zur Staatshaftung und subsidiär die kantonalen Verwaltungsverfahrensgesetze. *In zivilrechtlichen Gesundheitsbelangen* des Kindes können die Bestimmungen des Bundes und der Kantone zum Kindesschutzverfahren zur Anwendung gelangen. Bei *Verfahren betreffend Schadenersatz oder Genugtuung* kommen die allgemeinen zivilprozessualen Bestimmungen zur Anwendung. In Gesundheitsbelangen ist je nach Anwendungsfall von einer besonderen Heterogenität von Verfahrensarten und -regeln auszugehen. Es gibt keine «kompilierten» Verfahrensrechte im Gesundheitsbereich und schon gar keine allgemeinen Regeln zu den Verfahrensrechten des Kindes. Umso bedeutungsvoller ist in diesem Themenbereich deshalb die Umsetzung der völker- und verfassungsrechtlichen Grundlagen, namentlich der Art. 12 KRK, Art. 11 BV sowie der Verfahrensgarantien nach Art. 6 EMRK und Art. 29–32 BV. Diese Grundrechtsbestimmungen können in kantonalen Verfahren direkt angerufen werden und sind bei der Auslegung des Verfahrensrechts als Minimalstandards zu berücksichtigen (s.a. § 4 Rz. ■, § 8 Rz. ■). Nachfolgend werden die wichtigsten rechtlichen Stellungen und Mitwirkungsrechte, die das Kind in einem gesundheitsrechtlichen Verfahren haben kann, zusammengeführt: 7.104

Erstabzug

2. Zugang zum Verfahren

7.105 Ein Kind, das als Rechtssubjekt ernst genommen wird, soll auch Zugang zu Verfahren in Gesundheitsbelangen haben, die es betreffen. Ansonsten kann es seine Kinderrechte nicht durchsetzen. Diesem sog. Kinderrechte-Ansatz («Child Rights based Approach»)[146] folgt der Schutzgedanke, wonach ein Kind im Verfahren möglichst geschützt und nicht (weiter) gefährdet werden soll.[147] Die Mitwirkungsrechte des Kindes können dabei je nach Anwendungsbereich (Rz. ■ ff.) und je nach Stellung im Verfahren unterschiedlich sein. Wird eine medizinisch indizierte Behandlung bei einem Kind von den Eltern oder gar einer medizinischen Fachperson nicht ausgeführt, steht eine Form von Behandlungszwang zur Diskussion oder steht eine fürsorgerische Unterbringung eines Kindes an, so kann und wird das Verfahren regelmässig durch eine entsprechende *Meldung bei der KESB* eingeleitet werden. Aufgrund der im Kindes- und Erwachsenenschutzverfahren geltenden Untersuchungs- und Offizialmaxime ist die KESB verpflichtet, von Amtes wegen den erhaltenen Hinweisen nachzugehen und damit das Verfahren einzuleiten.

7.106 Damit die Interessen des klagelegitimierten gesundheitsgeschädigten Kindes ins Zivil- oder Verwaltungsverfahren einfliessen können, sind auch dem klagelegitimierten prozess*un*fähigen Kind minimale Mitwirkungsrechte einzuräumen (Rz. ■).

3. Kind als Partei

7.107 Sobald die KESB im Zusammenhang mit einer medizinischen Behandlung ein Verfahren eröffnet hat, kommt dem betroffenen Kind aufgrund des höchstpersönlichen Rahmens (Art. 19c ZGB) auch *Parteistellung* zu. Dies wird zwar weder im Kindesschutzrecht noch im Zivilverfahrens- oder Verwaltungsverfahrensrecht ausdrücklich festgeschrieben. Für das Kindesschutzverfahren ist es aber mehrheitlich anerkannt (§ 6 Rz. ■).[148] Im Kindesschutzverfahren betreffend eine *fürsorgerische Unterbringung* in einer psychiatrischen Einrichtung ist die Parteistellung des urteilsfähigen Kindes

[146] Das Kind hat einen Anspruch auf aktive Partizipation. Es beteiligt sich nicht, «um Angebote zu verbessern»: Maywald/Eichholz, 31 f.; es geht damit auch um einen Paradigmenwechsel von einem Qualitäts- zu einem Partizipationsdiskurs: Blum/Cottier/Migliazza, Einleitung.

[147] Bischof, 150.

[148] BGE 120 Ia 369 E. 1 (betr. Besuchsrecht); jüngst vom Bundesgericht bestätigt in BGer, 5A_702/2018, 1.2.2019 (betr. Eheschutzverfahren); 5P.41/2006, 17.2.2006, E. 1.3 (betr. Obhut). Der Grossteil der Lehre anerkennt die Parteistellung; zur Übersicht über die Meinungen s. Zogg.

Erstabzug

unbestritten.[149] In Zivil- und Verwaltungsverfahren betreffend Schadenersatzforderungen wegen Behandlungsfehlern ist das Kind sodann regelmässig einzig aktivlegitimiert und Partei, die aber regelmässig von den Eltern vertreten wird.

Die Parteistellung des Kindes im Verfahren ist Voraussetzung dafür, dass dieses prozessuale Rechte und Pflichten hat. Das urteilsfähige Kind soll *als selbstständig handelnde Partei* Verfahrensrechte ausüben dürfen, das heisst, angehört werden, Anträge stellen dürfen und Rechtsmittel einlegen können. 7.108

a) Kind als selbstständig handelnde Partei

Ein urteilsfähiges Kind übt dabei die zur Umsetzung dieser höchstpersönlichen Rechte nötigen Verfahrensrechte selbstständig aus, was aber eine gesetzliche Vertretung durch seine Eltern in einem Verfahren aber nicht ausschliesst (Handeln in fremdem Namen; Art. 304 ZGB). Die Tatsache, dass im Idealfall in der Praxis ein urteilsfähiges Kind und die gesetzliche Vertretung gemeinsam in eine medizinische Entscheidung einbezogen werden und gemeinsam über ein Verfahren entscheiden, ändert daran nichts.[150] In vielen Verfahren betreffend die Gesundheitsbelange und die Krankheitssituationen eines Kindes werden nach wie vor die Eltern (oder die gesetzliche Vertretung des Kindes) für dieses entscheiden.[151] In akuten Situationen bleibt womöglich auch gar keine Zeit, um den Willen des Kindes und/oder denjenigen seiner Eltern zu eruieren oder den eines Beistandes oder einer Behörde in Erfahrung zu bringen. 7.109

b) Mitwirkungsrechte in Gesundheitsbelangen bei Interessenkollision

Damit die Interessen des Kindes rechtsgenüglich ins Kindesschutzverfahren einfliessen können, sind auch dem klagelegitimierten prozessunfähigen Kind Mitwirkungsrechte einzuräumen.[152] 7.110

Da medizinische Belange auch bei einer erwachsenen Person zu Verständnisschwierigkeiten führen können, ist nach hier vertretener Auffassung in Gesundheitsbelangen in der Regel dem Antrag eines urteilsfähigen Kindes auf Vertretung nachzukommen. Dafür spricht, dass *Art. 12 KRK nicht nur Vorbild* für Art. 314a^{bis} ZGB gewesen ist,[153] sondern *direkt anwendbar ist*. Zudem ist eine solche Auslegung 7.111

[149] BK-Affolter/Vogel, Art. 314a^{bis} ZGB N 95 ff.
[150] Bundesrat, Bericht Patientenpartizipation, 7 ff.
[151] S. § 3 Rz. ■; Hotz, Kinder fördern, 46 f.
[152] Pfister Piller, Rz. 3.69.
[153] CHK-Biderbost, Art. 314a^{bis} ZGB N 1.

Fristabzug

wertungskohärent mit den entsprechenden Bestimmungen im Adoptionsrecht (Art. 268a[ter] Abs. 2 ZGB) und im eherechtlichen Verfahren (Art. 299 Abs. 3 ZPO), nach denen ausdrücklich von der Verbindlichkeit des Antrags des urteilsfähigen Kindes auf Vertretung auszugehen ist.

c) Mitwirkungsrechte des Kindes betreffend Gesundheitsbelange im Kindesschutzverfahren sind nur teils konkretisiert

7.112 Für diejenigen Mitwirkungsrechte des Kindes im Gesundheitsbereich, für welche das Kindesschutzverfahren gilt, werden nachfolgend einige Parteirechte des Kindes, die nichts anderes als ■hier passendes Adjektiv einfügen■ sind, explizit festgehalten und konkretisiert: Das *Recht auf Anhörung* ist in Art. 314a ZGB umgesetzt und wie folgt konkretisiert: Gefragtes und Gehörtes, das wichtig ist für die Entscheidung der Behörde, muss *protokolliert* werden. Das ist wichtig für die Sicherstellung der Anhörung des Kindes und dafür, dass eine Auseinandersetzung der Entscheidungsträgerinnen und -träger mit dem Gehörten stattfindet. Zudem ist das *Beschwerderecht* des Kindes für den Fall festgeschrieben, dass es nicht angehört wurde (Art. 314a Abs. 2 und 3 ZGB; ausführlicher unter § 6 Rz. ■). In Bezug auf das Recht des Kindes auf *rechtliche Vertretung durch eine Fachperson* (Kindesvertretung) nach Art. 314a[bis] ZGB wird für das Kindesschutzverfahren im Gesundheitsbereich in der Regel von einer Interessenkollision zwischen den Eltern und dem Kind ausgegangen, und es ist deshalb eine Kindesvertretung nach Art. 314a[bis] ZGB einzusetzen, welche die Interessen des Kindes unabhängig wahrnimmt. Nicht ausdrücklich formell-gesetzlich geregelt ist indes das Verfahren bei einer fürsorgerischen Unterbringung eines Kindes. Gemäss Art. 314b Abs. 2 ZGB kann das urteilsfähige Kind bei einer stationären Unterbringung in einer psychiatrischen Klinik oder einer anderen geschlossenen Einrichtung das Gericht zwar selbstständig anrufen. In der Praxis wird sich jedoch regelmässig die Frage stellen, wie es dieses Recht umsetzen kann.[154]

F. Zusammenfassung

7.113 Das Recht des Kindes auf Gesundheitsversorgung (Art. 24 KRK; Art. 41 BV), auf Beteiligung an medizinischen Entscheidungen (Art. 12 KRK; Art. 10–11 BV; Art. 19c, Art. 28 ZGB) und auf Verfahren unabhängig von den Eltern ist aus dem materiellen internationalen und nationalen Recht klar ableitbar und im Gesund-

[154] CHK-Biderbost, Art. 314b ZGB N 2a f.

Erstabzug

heitsbereich anwendbar. Es fehlen aber klare formell-gesetzliche Grundlagen, welche die Rechte des Kindes als Rechtssubjekt in allen Belangen, die seine Gesundheit betreffen, umfassend umsetzen und konkretisieren. Je nach Anwendungsbereich enthalten Bundesgesetze (z.B. das Humanforschungsgesetz, das Gesetz über genetische Untersuchungen beim Menschen oder das Epidemiegesetz), verfahrensrechtliche Sonderbestimmungen. Es fehlt folglich an einem einheitlichen Umgang mit Kindern in gesundheitsrechtlichen Verfahren.

Im Gesundheitsbereich wird *unter der Mitwirkung des Kindes* noch immer regel- 7.114
mässig die medizinische Aufklärung und die informierte Einwilligung des Kindes respektive seiner Eltern verstanden. Das greift zu kurz, denn andere Formen der Mitwirkung, wie etwa die Information vor und nach einem Klinikaufenthalt oder die Begleitung durch eine Behandlung sowie die Mitwirkung von sehr jungen und/oder urteilsunfähigen Kindern, werden dadurch meist ausser Acht gelassen.

Die Selbstverständlichkeit, das Kind in den gesamten Entscheidungsprozess ein- 7.115
zubeziehen, fehlt nach wie vor. In der Rechtsprechung zeigt sich, dass ein Kind je nach Anwendungsbereich nur aktivlegitimiert ist (etwa bei einer Schadenersatz- und Genugtuungsforderung wegen fehlerhafter Behandlung) oder aber Parteistellung hat (z.B. bei einer Vaterschaftsklage oder bei einem kurzfristigen Schulausschluss wegen fehlender Masernimpfung). Nur ist nirgends formell-gesetzlich ausgeführt, was das genau bedeutet. Wird ein Kind in einem Forderungsprozess, der seine medizinische Behandlung betrifft, beispielsweise tatsächlich angehört? Denn nur wenn eine Anhörung stattgefunden hat, kann das Gericht eine Interessenkollision zwischen dem Kind und seinen Eltern feststellen. Oder kann sich ein Kind im Zivilverfahren sinngemäss auf Art. 298 ZPO berufen, auch wenn es sich nicht um «Kinderbelange» handelt? Will ein 12-jähriges Kind einen jahrelangen Prozess zu seinem längst vergangenen zweiwöchigen Schulausschluss aufgrund fehlender Masernimpfung überhaupt führen? Wollte das Kind damals keine Masernimpfung und will es dies auch heute nicht oder sind es die Eltern, die keine wünsch(t)en? (s. Rz. ■) Dieses Kind hat sich zwischenzeitlich wohl längst einige Kenntnisse zum Masern-Virus angeeignet und entscheidet aufgrund der Höchstpersönlichkeit eines medizinischen Eingriffs selbst über die Impfung (Art. 19c ZGB). Eine formelle Rechtsgrundlage für eine Kindesvertretung, wie sie Art. 314a^{bis} Abs. 1 Ziff. 2 ZGB formuliert (mit Ermessensspielraum «falls nötig») existiert ausserhalb eines Kindesschutzfalles (Gefährdung des Kindeswohls) indes nicht.

Die Tatsache, dass bei Fällen von Zwangsbehandlungen und fürsorgerischen Unter- 7.116
bringungen keine klaren formell-gesetzlichen Grundlagen zum Umgang mit dem

Erstdruck

urteilsfähigen und dem urteilsunfähigen Kind und zur Rolle der Sorgeberechtigen bestehen, gibt Anlass zur Sorge.[155]

7.117 Die Verfahrensbestimmungen für eine fürsorgerische Unterbringung in einer Kinder- und Jugendpsychiatrie nach Art. 314b ZGB i.V.m. Art. 426 ff. ZGB können sinngemäss angewendet werden und sollen auch angewendet werden: Aus Sicht eines Kinderrechte-Ansatzes ist es zu unwägbar, was mit einem Kind im Geflecht von Akteuren sowie von Not, Krankheit und Ressourcenmangel geschieht. Zudem bestehen nur punktuelle Rechtsgrundlagen für eine Bezugs- oder Vertrauensperson, die das Kind begleiten kann, oder für ein selbstständiges Beschwerderecht des Kindes. – Hier sollten systematisch Daten erhoben und alle 3–5 Jahre evaluiert werden, wobei vorab den betroffenen Kindern ein fester Platz in der Evaluation zukommen sollte.

7.118 Hingegen fehlen umfassende besondere Vorschriften für die fürsorgerische Unterbringung eines Kindes, was sich mit einem Kinderrechte-Ansatz nur schwerlich vereinbaren lässt. Tatsache ist ferner, dass es in der Praxis oft zu ärztlichen Unterbringungen von Kindern kommt, die ausserhalb eines behördlichen (KESB) oder gerichtlichen Verfahrens stattfinden.

7.119 Die Festschreibung und die Umsetzung *eines integrativen Ansatzes,* wie ihn die Leitlinien des Europarates für eine kinderfreundliche Gesundheitsversorgung skizzieren und der das Kind, die Eltern, medizinische Fachpersonen und Behörden systematisch in die Entscheidungsprozesse einbezieht, fehlen. Den Beteiligten ist daher zu empfehlen, sich möglichst früh mit allen Akteuren an den «runden Tisch» zu setzen[156] und Bedürfnisse, Notwendigkeiten und Ressourcen zu besprechen sowie den «Behandlungsplan» gemeinsam zu erarbeiten und festzuhalten – wobei das Kind (sofern möglich) anwesend ist und die Interessen des Kindes unabhängig von denjenigen der Eltern wahrgenommen werden und im Mittelpunkt stehen. Ferner sollte systemisch klar sein, welche Fachperson die Rolle der Kindesvertretung übernimmt. Oft sind es die medizinischen Fachpersonen, die etwa gegenüber den Behörden (Schulbehörden, KESB) die Funktion der Kindesvertretung (teils

[155] Die Revision des Erwachsenenschutzrechts von 2013 war auf Erwachsene ausgerichtet (Botschaft Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht, 7102, enthält gerade mal eine halbe Seite zum Kindesschutz). Gemäss Häfeli, Rz. 38.32, besteht «beträchtlicher Erklärungsbedarf» und es existiert in Praxis und in Theorie ein Desiderat, dass dieser Rechtsbereich ausdrücklich geregelt wird: Schneller/Bernardon, 121; Büchler/Michel, 150.

[156] Hotz, Kinder fördern, 28 ff.

Freiabzug

auch der Eltern) übernehmen, was nicht angehen kann, da ihnen sowohl die Ressourcen als auch das juristische Know-how fehlen.

Im Zusammenhang mit den zunehmenden gesundheitsrechtlichen Themen, die für Kinder und ihre Eltern und weitere Kreise (Schule) individuell und gesellschaftlich relevant sind, sollte den Mitwirkungsrechten der Kinder als unabhängige Rechtssubjekte und den Rechten der anderen Verfahrensbeteiligten künftig (noch) mehr Bedeutung beigemessen werden. 7.120

Erstabzug

§ 8 Schulrechtliche Verfahren*

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung 8.2
1. Schule und Rechte des Kindes 8.2
2. Die rechtliche Stellung des Kindes in der Schule 8.5
B. Grundrechtskontext 8.7
1. Anspruch auf Grundschulunterricht (Art. 19 BV) 8.7
a. Sachlicher Schutzbereich 8.7
b. Grundrechtsträger 8.9
2. Glaubens- und Gewissensfreiheit (Art. 15 BV) 8.10
a. Sachlicher Schutzbereich 8.10
b. Grundrechtsträger 8.11
3. Schutz der Kinder und Jugendlichen (Art. 11 BV) 8.12
a. Sachlicher Schutzbereich 8.12
b. Grundrechtsträger 8.13
4. Grundrechtsmündigkeit 8.14
C. Anwendungsbereiche 8.18
1. Zugang zur Schule und zum Unterricht 8.18
2. Leistungsbewertungen 8.20
3. Massnahmen für Kinder mit besonderen Bedürfnissen 8.21
4. Disziplinarische Massnahmen 8.22
D. Verfahrensrecht im Schulbereich 8.23
1. Rechtsgrundlagen 8.23
2. Verfahrensgarantien 8.24
3. Verwaltungs- und Beschwerdeverfahren 8.26
a. Verwaltungsverfahren 8.26
b. Beschwerdeverfahren 8.27
c. Beschwerdeinstanzen 8.28
4. Verfahrensmaximen 8.30
5. Verfahrensbeteiligte 8.32
a. Parteibegriff 8.32
b. Partei- und Prozessfähigkeit 8.34
c. Parteien in■ schulrechtlichen Verfahren 8.35
d. Parteivertretung 8.38
E. Zugang zum Verfahren 8.41
1. Handeln der Behörden mittels Verfügung 8.41
2. Verfahren bei verfügungsfreiem Handeln 8.44
3. Beschwerdebefugnis 8.45

* Die Autorin äussert hier ausschliesslich ihre persönliche Meinung.

Entabzug

F. Mitwirkungsrechte 8.46
1. Mitwirkung des Kindes gemäss kantonalen Schulerlassen 8.46
a. Allgemeines Mitwirkungsrecht im formellen Schulgesetz 8.46
b. Mitwirkungsrechte auf Verordnungsstufe 8.47
c. Mitwirkungsrecht bei disziplinarischen Massnahmen 8.48
d. Mitwirkungsrecht bei sonderpädagogischen Massnahmen 8.49
2. Mitwirkung der Eltern gemäss kantonalen Schulerlassen 8.50
a. Allgemeines Mitwirkungsrecht 8.50
b. Mitwirkung bei Promotions- und Übertrittsentscheiden 8.51
c. Mitwirkungsrecht bei sonderpädagogischen Massnahmen 8.52
3. Organisierte Mitwirkung der Kinder in der Schule 8.54
4. Anspruch auf rechtliches Gehör gemäss Verfassung und Völkerrecht 8.55
a. Rechtsgrundlagen 8.55
b. Schülerinnen und Schüler als Anspruchsberechtigte 8.56
c. Informationspflicht der Schulbehörden 8.57
d. Recht der Schülerinnen und Schüler auf Anhörung und Äusserung 8.58
e. Akteneinsichtsrecht und Aktenführungspflicht 8.61
f. Eröffnungs- und Begründungspflicht 8.65
g. Modalitäten 8.68
h. Folgen der Gehörsverletzung 8.69
G. Zusammenfassende Schlussbetrachtung 8.70

Beispiel 8.1

C., geboren 2007, ist Schüler der zweiten Primarklasse. 2015 reicht das pädagogische Team in Absprache mit den Eltern beim Amt für Sonderpädagogik einen Antrag auf verstärkte sonderpädagogische Massnahmen für C. ein, der nach der Prüfung im standardisierten Abklärungsverfahren abgelehnt wird. Die Eltern erheben dagegen Rekurs beziehungsweise Beschwerde und rügen eine fehlende Begründung des Entscheids und verlangen Einsicht in das standardisierte Abklärungsverfahren. Das Freiburger Kantonsgericht kommt zum Schluss, dass das rechtliche Gehör der Beschwerdeführer verletzt wurde. Die verfügende Behörde hätte den Eltern vor ihrem Entscheid Gelegenheit geben müssen, Stellung zu nehmen, wobei sichergestellt hätte sein müssen, dass sich die Eltern in ausreichender Kenntnis des Sachverhalts hätten äussern können. Dem Kantonsgericht liegt kein solches Protokoll zwischen den Eltern und den involvierten Fachpersonen vor. Die verfügende Behörde hätte den Eltern überdies Einsicht in die einschlägigen Unterlagen gewähren müssen. Das Kantonsgericht erachtet das standardisierte Abklärungsverfahren sinngemäss als integralen Bestandteil der Begründung der Verfügung.

(KGer FR, 601 2016 22, 19.4.2016)

Belegexemplar

A. Einleitung

1. Schule und Rechte des Kindes

8.2 In der Schule kommen Kinder zum ersten Mal bewusst mit einer Institution in Kontakt und sind von Beschlüssen sowie Verfahren betroffen. Zur Verwirklichung von materiellen Rechten des Kindes nimmt das Verfahrensrecht dabei eine besondere Funktion ein: Es dient der Durchsetzung des materiellen Rechts.[1] Vorausgesetzt wird dazu einerseits die rechtliche Verankerung, andererseits aber auch der effektive Zugang zum Verfahren in einer kindgerechten Form.

8.3 Schulrechtliche Verfahren zeichnen sich nicht nur durch eine Vielfalt an rechtlichen Normen aus, sie stellen aufgrund der sich gegenüberstehenden Parteien und der Auswirkungen auf das betroffene Kind hohe Anforderungen an die Ausgestaltung des Verfahrens. Offene Normen, ein mitunter grosser Ermessensspielraum der Behörden sowie die häufige Grundrechtsrelevanz erhöhen die Bedeutung der Verfahren im Schulbereich.

8.4 Aufgrund ihres Bildungsauftrags hat die Schule nicht nur eine führende Rolle bei der Verwirklichung der Rechte der Kinder in■ schulrechtlichen Verfahren einzunehmen, sondern auch in der eigentlichen Vermittlung der Kinderrechte.[2] In der Schule soll für Kinder erlebbar gemacht werden, was Mitwirkung heisst. Der UN-Kinderrechtsausschuss führt aus, dass die Mitwirkung des Kindes unabdingbar ist, um ein soziales Klima in der Schulklasse zu schaffen, das zu Zusammenarbeit und gegenseitiger Hilfe anspornt. Nicht zuletzt dient die Mitwirkung der Verhinderung von Diskriminierung und der Prävention von Disziplinarmassnahmen.[3] Um Rechte in Bezug auf das Verfahren überhaupt wahrnehmen zu können, braucht es zunächst das Wissen darüber, welche Rechte Kinder haben. Am Anfang steht das Recht des Kindes, über seine Rechte informiert zu werden.[4] Weiter braucht es auch die Information darüber, wie die Verfahren ablaufen und welche Folgen sie nach sich ziehen können.[5] Die UN-Kinderrechtskonvention fordert von

[1] Vgl. Rhinow et al., Rz. 9.

[2] Vgl. Leitlinien des Ministerkomitees des Europarates für eine kindgerechte Justiz vom 17. November 2010, Erster Teil, Kapitel V., lit. h; Eidgenössische Kommission für Kinder- und Jugendfragen, Kindern zuhören, Bern 2011, 54; CRC, General Comment no. 12■, Ziff. 108.

[3] CRC, General Comment no. 12■, Ziff. 109.

[4] Siehe Leitlinien des Ministerkomitees des Europarates für eine kindgerechte Justiz vom 17. November 2010, Erster Teil, Kapitel III., A. Ziff. 1.

[5] Vgl. auch CRC, General Comment no. 12, Ziff. 16 und 34.

Ersatzexemplar

den Vertragsstaaten, die Bestimmungen der Konvention allgemein bekannt zu machen (vgl. Art. 42 KRK[6]). Die Vermittlung von Menschenrechten wird sodann als ausdrückliches Bildungsziel statuiert (Art. 29 Abs. 1 lit. b KRK). Die diesbezügliche Umsetzung in der Schweiz ist gemäss dem UN-Kinderrechtsausschuss nach wie vor ungenügend. In seinem Bericht von 2015 kritisiert er, dass Kinder, Eltern und die breite Öffentlichkeit das Übereinkommen kaum kennen würden. Schulungen zu den Kinderrechten für Fachkräfte, die mit Kindern oder für Kinder arbeiten, seien zudem nicht systematisch und umfassend.[7]

2. Die rechtliche Stellung des Kindes in der Schule

In der Beziehung des Kindes zur Schule liegt ein besonderes Rechtsverhältnis vor, ein sogenanntes Sonderstatusverhältnis. Aus diesem können sich besondere Pflichten und Einschränkungen von Grundrechten ergeben. Die Anforderungen an Normstufe und Normdichte sind weniger streng. Einzelheiten des Sonderstatusverhältnisses dürfen beispielsweise auf Verordnungsstufe geregelt werden.[8] Schwere Grundrechtseingriffe hingegen sind ebenfalls mit hinreichender Bestimmtheit in einem formellen Gesetz vorzusehen, sofern sie sich nicht bereits in voraussehbarer Weise aus dem Zweck des Sonderstatusverhältnisses ergeben.[9] Aus dem Sonderstatusverhältnis lässt sich sodann die Möglichkeit von Sanktionen (disziplinarischen Massnahmen) gegenüber dem Kind ableiten. Auch wenn das Kind verschiedene Einschränkungen seiner Grundrechte hinzunehmen hat, bedeutet dies nicht, dass es sich nicht auf diese berufen kann.[10] Inwieweit das besondere Rechtsverhältnis zu Besonderheiten im Rechtsschutz führt, wird nachfolgend ausgeführt. 8.5

Zunächst soll der grundrechtliche Kontext des Schulbereichs anhand von drei zentralen Garantien der Bundesverfassung[11] umrissen (Rz. ■B.■), dann die Hauptanwendungsfälle von schulrechtlichen Verfahren skizziert werden (Rz. ■C.■). Im Anschluss daran werden ausgewählte Verfahrensthemen aufgegriffen (Rz. ■D.■). 8.6

6 Übereinkommen über die Rechte des Kindes vom 20. November 1989, in Kraft getreten für die Schweiz am 26. März 1997 (KRK; SR 0.107).

7 CRC/C/CHE/CO/2–4■, 20.

8 Vgl. BGE 135 I 79 E. 6.2.

9 BGer, 2C_132/2014, 15.11.2014, E. 5.3.1, mit Hinweisen. So wurde beispielsweise in BGE 139 I 280 das Verbot des Tragens eines Kopftuches an der Schule als schwerer Grundrechtseingriff qualifiziert, der einer formellgesetzlichen Grundlage bedarf.

10 Plotke, Schulrecht, 375 f. Dazu weiter hinten Rz. ■.

11 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101).

Erstabzug

Für die Verwirklichung von Kinderrechten besonders bedeutsam sind sodann der eigentliche Zugang zum Verfahren (Rz. ■E.■) und Mitwirkungsrechte (Rz. ■F.■). Dabei soll insbesondere auch die Umsetzung der Mitwirkungsrechte in ausgewählten schulrechtlichen Erlassen illustriert werden.[12] Das Kapitel schliesst mit einer zusammenfassenden Schlussbetrachtung (Rz. ■G.■).

B. Grundrechtskontext

1. Anspruch auf Grundschulunterricht (Art. 19 BV)

a. Sachlicher Schutzbereich

8.7 Schulrechtliche Verfahren bewegen sich materiellrechtlich zum grossen Teil im Anwendungsbereich eines sozialen Grundrechts, dem Anspruch auf Grundschulunterricht gemäss Art. 19 BV. Diese Verfassungsnorm gewährleistet allen Kindern, unabhängig von ihrem Aufenthaltsstatus, das Recht auf ausreichenden und unentgeltlichen Grundschulunterricht.[13] Der Begriff «Grundschulunterricht» wird in der Verfassung nicht näher definiert. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist damit der obligatorische Unterricht des Kindergartens bis und mit der Sekundarstufe I erfasst.[14] Nach wie vor nicht vom Anspruch auf Grundschulunterricht erfasst ist gemäss Bundesgericht der Unterricht an einem Untergymnasium während der obligatorischen Schulzeit.[15]

8.8 Art. 19 BV garantiert individualrechtlich eine Ausbildung, die das Kind auf ein selbstverantwortliches Leben im modernen Alltag vorbereitet.[16] Die Grundschulbildung dient der Verwirklichung der Chancengleichheit. Dies gilt gemäss Art. 8

---

12 Vgl. CRC, General Comment no. 12■, Ziff. 65: Die Vertragsstaaten der Kinderrechtskonvention sind dazu angehalten, Gesetze zu schaffen, die das Mitwirkungsrecht des Kindes auch im Verwaltungsverfahren gewährleisten sollen.

13 Völkerrechtlich: Art. 13 Abs. 2 lit. a des Internationalen Pakts über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte vom 16. Dezember 1966, in Kraft getreten für die Schweiz am 18. September 1992 (UNO-Pakt I; SR 0.103.1) sowie Art. 28 f. KRK. Vgl. Wintsch, 132 ff.

14 BGE 140 I 153 E. 2.3.1.

15 Vgl. BGE 133 I 156 E. 3.5.3. Diese Ausklammerung wird von der Lehre seit Längerem kritisiert, siehe die Hinweise in Glaser Andreas, Urteilsbesprechung 2C_206/2016, ZBl 2018, 191 ff., 201; SGK BV-Kägi-Diener, Art. 19 N 34; Kaufmann, 583 f.; Wintsch, 122 ff.

16 BGE 133 I 156 E. 3.1; BGE 129 I 12 E. 4.2; SGK BV-Kägi-Diener, Art. 19 N 15, auch zum Folgenden.

Einsatzzug

Abs. 4 BV und Art. 20 BehiG[17] auch für behinderte Kinder, die besonders zu fördern und nach Möglichkeit in die Regelschule zu integrieren sind.[18] Der Grundschulunterricht ist unentgeltlich. Der verfassungsmässige Anspruch umfasst ein angemessenes, erfahrungsgemäss ausreichendes Bildungsangebot an öffentlichen Schulen. Ein darüber hinausgehendes Mass an individueller Betreuung kann gemäss Rechtsprechung mit Rücksicht auf das staatliche Leistungsvermögen nicht gefordert werden.[19] Für das Schulwesen sind die Kantone zuständig (Art. 62 Abs. 1 BV). Das Schulrecht wird demnach durch kantonales Recht beherrscht, was zu unterschiedlichen Schulsystemen und -normen führt und was Vergleiche zwischen den verschiedenen Kantonen erschwert. Einschränkende Konkretisierungen durch den kantonalen Gesetzgeber sind daran zu messen, ob sie mit dem verfassungsrechtlich garantierten Minimalgehalt noch zu vereinbaren sind.[20]

b. Grundrechtsträger

Der verfassungsrechtlich kodifizierte Anspruch auf Grundschulunterricht steht nur Kindern zu, wobei die Kantone die Altersgrenzen festlegen (vgl. Art. 62 Abs. 1 BV). Eine diesbezügliche Harmonisierung ergibt sich aus der Interkantonalen Vereinbarung über die Harmonisierung der obligatorischen Schule (HarmoS-Konkordat) vom 14. Juni 2007.[21] Die Eltern, als die für die Erziehung und Entwicklung des 8.9

[17] Bundesgesetz über die Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen vom 13. Dezember 2002 (SR 151.3).

[18] BGE 143 I 361 E. 6.1; BGE 141 I 9 E. 5; BGE 138 I 162 E. 4.6; BGE 130 I 352 E. 6.1.1; BGer, 2C_154/2017, 23.5.2017, E. 4 f. Gemäss Art. 62 Abs. 3 BV gilt der Anspruch auf besondere Schulung bis zum 20. Altersjahr.

[19] BGE 138 I 162 E. 3.2, mit weiteren Hinweisen.

[20] BGE 144 I 1 E. 2. Aufwendungen für Exkursionen und Lager gehören zum notwendigen und somit zwingend unentgeltlichen Unterricht, sofern eine Pflicht zur Teilnahme besteht. Für solche Veranstaltungen dürfen den Eltern nur diejenigen Kosten in Rechnung gestellt werden, die sie aufgrund der Abwesenheit ihrer Kinder einsparen (E. 3.1 des genannten Urteils). Erachtet eine Schule einen Sprachkurs als notwendig, damit das betroffene Kind ein ausreichendes Bildungsangebot erhält, muss dieser zwingend unentgeltlich erfolgen. Dasselbe gilt für allenfalls benötigte Dolmetscherdienste (E. 3.2 des genannten Urteils). In BGE 141 I 9 beurteilte das Bundesgericht eine kantonalrechtliche Regelung, welche über die Zuteilung eines behinderten Kindes in die separative Sonderschulung aufgrund schematischer Grundlagen bestimmt, als mit dem Kindeswohl im Einzelfall nicht vereinbar.

[21] SGK BV-Kägi-Diener, Art. 19 N 28 ff.

Entabzug

Kindes verantwortlichen Personen, können sich jedoch auf Art. 19 BV berufen und dabei die Rechte des Kindes geltend machen.[22]

2. Glaubens- und Gewissensfreiheit (Art. 15 BV)

a. Sachlicher Schutzbereich

8.10 Art. 15 BV gewährleistet in vier Absätzen die Glaubens- und Gewissensfreiheit, auch Religionsfreiheit genannt.[23] Sie hat im Schulbereich eine grosse praktische Bedeutung, was sich in Literatur und Rechtsprechung wiederspiegelt.[24] Die Religionsfreiheit ist primär ein subjektives Individualrecht und bietet Schutz gegen jeglichen Zwang seitens des Staates.[25] In einem Leitentscheid betreffend das Kopftuchtragen von Schülerinnen an öffentlichen Schulen hat das Bundesgericht weitere Funktionen der Glaubens- und Gewissensfreiheit unterschieden: das Toleranzgebot, die Sicherung des religiösen Friedens und die Integrationsfunktion.[26] Kontrovers wurde im Schulbereich etwa die Frage diskutiert, ob auf der Primarstufe das Obligatorium des gemischtgeschlechtlichen Schwimmunterrichts zulässig sei.[27] Der in Abs. 4 genannte Schutz gegen staatlich verordneten Religionszwang hat insbesondere im Bereich der öffentlichen Schule eine praktische Bedeutung.[28] So verpflichtet nach allgemeiner Auffassung Art. 15 BV

---

22 Kaufmann, 580; SGK BV-Kägi-Diener, Art. 19 N 31. Siehe etwa BGer, 2C_446/2010, 16.9.2010, E. 1.2 (Vater als alleiniger Beschwerdeführer betreffend Disziplinarmassnahme gegen Sohn).

23 Völkerrechtlich: Art. 9 Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950, in Kraft getreten für die Schweiz am 28. November 1974 (EMRK; SR 0.101); Art. 18 und 27 des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte vom 16. Dezember 1966, in Kraft getreten für die Schweiz am 18. September 1992 (UNO-Pakt II; SR 0.103.2); Art. 3 und 14 Abs. 1 KRK. Die Religionsfreiheit ist überdies in kantonalen Verfassungen enthalten.

24 Als aktuelles Beispiel der Literatur siehe etwa Werder Gregori, Religionsfreiheit in der Schule als Interessenkonflikt. Vorschlag einer strukturierten Methode des Interessenausgleichs, Zürich 2018.

25 BGE 134 I 114 E. 6.2; BGE 125 I 300 E. 3a; BGE 116 Ia 252 E. 5a.

26 BGE 142 I 49. Siehe die Kritik in Biaggini, Art. 15 BV N 6a ff.

27 Das Bundesgericht beurteilte das Obligatorium zunächst als unverhältnismässigen Eingriff in die Religionsfreiheit (BGE 119 Ia 178). 2008 erachtete es die Teilnahmepflicht zwar noch als Grundrechtseingriff, kam aber zum Schluss, die Verpflichtung sei verhältnismässig (BGE 135 I 79).

28 Biaggini, Art. 15 BV N 10. Vgl. BGE 142 I 49 E. 4.1.

Entwurf

den Staat, namentlich die öffentlichen Schulen, zu religiöser und konfessioneller Neutralität.[29]

b. Grundrechtsträger

Kinder sind Träger der Glaubens- und Gewissensfreiheit, wobei das Bundesgericht von einer doppelten Trägerschaft (Kind und Eltern) ausgeht.[30] Auch Personen in Sonderstatusverhältnissen können sich grundsätzlich auf die Religionsfreiheit berufen.[31] Dass die Rechtsprechung in der Tendenz die Sicht der Eltern bevorzugt, wird in der Literatur zu Recht kritisiert mit dem Argument, die grundrechtlich geschützten Interessen des Kindes und der Eltern würden nicht immer parallel verlaufen.[32] 8.11

3. Schutz der Kinder und Jugendlichen (Art. 11 BV)

a. Sachlicher Schutzbereich

Im Kapitel der Grundrechte wurde mit Art. 11 BV eine Norm in die Verfassung aufgenommen, die zu den umstrittensten Bestimmungen gehört.[33] Gemäss Abs. 1 haben Kinder und Jugendliche Anspruch auf besonderen Schutz ihrer Unversehrtheit und auf Förderung ihrer Entwicklung. Sie üben ihre Rechte im Rahmen ihrer Urteilsfähigkeit aus (Abs. 2). Beeinflusst von der UN-Kinderrechtskonvention kommt dem in Art. 11 Abs. 1 BV verankerten Kindeswohl Verfassungsrang zu und gilt gemäss Bundesgericht in der Schweiz als oberste Maxime des Kindesrechts in einem umfassenden Sinn.[34] Die Bestimmung ist jedoch (gesetzlich) zu konkretisieren, wobei der Staat über einen weiten Gestaltungsspielraum verfügt.[35] Neben dem Ab- 8.12

---

29 1990 entschied das Bundesgericht, dass das Anbringen eines Kruzifixes im Schulzimmer einer Primarschule im Widerspruch zur staatlichen Neutralitätspflicht steht (BGE 116 Ia 252). Vgl. BGE 142 I 49 zur neueren Rechtsprechung des Bundesgerichts und des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte; Biaggini, Art. 15 BV N 14, mit Hinweisen.

30 Zum Ganzen Biaggini, Art. 15 BV N 17.

31 SGK BV-Cavelti/Kley, Art. 15 N 25.

32 Biaggini, Art. 15 BV N 17, mit Hinweisen.

33 SGK BV-Reusser/Lüscher, Art. 11 N 2. Eingehend Wyttenbach, Grund- und Menschenrechtskonflikte.

34 BGE 142 I 49 E. 8.2.1; BGE 142 III 481 E. 2.6; BGE 132 II 359 E. 4.4.2. Völkerrechtlich ebenso: Art. 23 und 24 UNO-Pakt II; Art. 10 UNO-Pakt I sowie diverse Bestimmungen der KRK.

35 Vgl. SGK BV-Reusser/Lüscher, Art. 11 N 16, mit Hinweisen; zur umstrittenen Frage der Justiziabilität s. Rz. 30■ ff.

Entwurf

wehrrecht vermittelt Art. 11 Abs. 1 BV ein subjektives Recht auf Förderung und Entwicklung. Art. 41 Abs. 1 BV führt Ziele von Förderungsmassnahmen näher aus.[36] Neben rechtsetzenden Massnahmen sind die Behörden verpflichtet, ihre Tätigkeit an den Leitlinien von Art. 11 BV auszurichten und bei der Rechtsanwendung den besonderen Schutzbedürfnissen von Kindern Rechnung zu tragen.[37] Das Bundesgericht hat indes bisher in verschiedenen schulrechtlichen Entscheiden einen Anspruch gestützt auf Art. 11 BV verneint.[38] Das objektiv zu bestimmende Kindeswohl und der subjektive Kindeswille im Einzelfall sind nicht notwendig kongruent.[39] Vor diesem Hintergrund wird treffend gefordert, dass Verfahren vor Gerichts- und Verwaltungsbehörden so auszugestalten sind, dass sie eine verlässliche Grundlage für eine am Kindeswohl orientierte Entscheidung vermitteln.[40]

b. Grundrechtsträger

8.13 Vom Schutzbereich von Art. 11 BV sind alle Kinder, unabhängig von ihrer Nationalität und ihrem Aufenthaltsstatus, erfasst.[41]

4. Grundrechtsmündigkeit

8.14 Ob ein Kind Grundrechte selbst wahrnehmen kann und diesbezüglich prozessfähig ist, ist eine Frage der Grundrechtsmündigkeit. Das Kind kann im Rahmen seiner Urteilsfähigkeit seine Grundrechte bereits vor dem Erreichen der zivilrechtlichen Mündigkeit selbstständig und ohne Einwilligung der gesetzlichen Vertreter geltend machen (Art. 11 Abs. 2 BV). Im Einzelfall ist demzufolge zu prüfen, ob das Kind für die konkrete Streitfrage als grundrechtsmündig gelten kann. In der Lehre besteht zur Frage der Grundrechtsmündigkeit die Kontroverse, ob sich die Grundrechtsmündigkeit nur auf besonders persönlichkeitsnahe Grundrechte (z.B. Reli-

---

36 SGK BV-Reusser/Lüscher, Art. 11 N 21.

37 Vgl. SGK BV-Reusser/Lüscher, Art. 11 N 27.

38 BGer, 2C_495/2007, 27.3.2008, E. 2.4 (betreffend Zuteilung in ein weiter entferntes Schulhaus); BGE 133 I 156 E. 3.6.4 (Transportkosten für den Besuch des Untergymnasiums); BGE 129 I 12 (Zulässigkeit eines befristeten Schulausschlusses). Vgl. auch BGE 131 V 9 E. 3.5.1.2 betreffend den Förderungsauftrag zugunsten behinderter Kinder. Zur Frage der Justiziabilität siehe Biaggini, Art. 11 BV N 5.

39 Reich, 376, mit Hinweisen. Dazu auch vorne Rz. ■.

40 Reich, 379.

41 Biaggini, Art. 11 BV N 2; Reich, 383 f.; SGK BV-Reusser/Lüscher, Art. 11 N 12.

Ersatzzug

gionsfreiheit, persönliche Freiheit) erstreckt oder auf sämtliche national und international garantierten Grundrechte.[42]

Die Verletzung der Glaubens- und Gewissensfreiheit kann mit 16 Jahren selbstständig gerügt werden (vgl. Art. 303 ZGB[43]). Ist das Kind noch nicht 16 Jahre alt, können die Eltern die Glaubens- und Gewissensfreiheit sowohl in ihrem eigenen Namen wie auch im Namen ihres Kindes anrufen.[44] In einem neueren Entscheid wurde die starre Altersgrenze mit Blick auf Art. 11 BV relativiert. Das Bundesgericht führte aus, dass «[n]eben dem Gesichtswinkel der religiösen Erziehung […] auch ein innerer, persönlicher Bereich der Glaubens- und Gewissensfreiheit zu achten [sei], der bei jedem urteilsfähigen Kind mitzuberücksichtigen [sei]».[45] 8.15

Das Bundesgericht hat sodann in einem Entscheid betreffend den Zugang zu einer Mittelschule den betroffenen Schülerinnen ein selbstständiges Beschwerderecht zuerkannt.[46] Hinsichtlich Art. 19 BV wird etwa bei einem disziplinarischen Schulausschluss von einem Grundrecht mit persönlichkeitsrechtlichem Bezug ausgegangen. Kinder, welche die Tragweite eines Disziplinarentscheids ermessen können, sollten sich selbstständig zur Wehr setzen können.[47] In der Literatur wird dafür plädiert, urteilsfähigen Kindern mit der Erfüllung des 16. Altersjahres die Chance zu eröffnen, ihre Rechte selbst zu wahren, zumindest in einfachen, übersichtlichen Fällen wie leichten Disziplinarsachen, Notengebung oder Promotionen.[48] 8.16

Stellen Eltern und das Kind prozessual unterschiedliche Begehren, gilt das Kindeswohl als oberste Maxime. Die Eltern können beispielsweise gegen den Willen des urteilsfähigen Kindes nicht für dieses gültig auf gewisse Leistungen verzichten. Das Kind muss in solchen Situationen seinen Anspruch auch gegen den Willen der Eltern durchsetzen können.[49] 8.17

---

42 Gächter, 453; Biaggini, Art. 11 BV N 7; SGK BV-Reusser/Lüscher, Art. 11 N 43 ff. Dazu auch vorne Rz. ■.

43 Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210).

44 BGE 135 I 79 E. 1.2; 119 Ia 178 E. 2. Im gleichen Entscheid wurde es als fraglich bezeichnet, ob die Eltern berechtigt sind, aus eigenem Recht die persönliche Freiheit ihres Kindes anzurufen. Die Frage konnte offengelassen werden.

45 BGE 142 I 49 E. 5.3.

46 BGE 108 Ia 22.

47 Rohr, 212, mit weiteren Hinweisen.

48 Plotke, Schulrecht, 700 f. Die Behörden hätten diesfalls auch Nachforschungen zu unterlassen, ob die Eltern mit der Beschwerde einverstanden sind oder im Gegenteil die Verfügung anerkennen würden.

49 SGK BV-Kägi-Diener, Art. 19 N 32. Als Beispiel wird die Vereinbarung eines sogenannten Time-out genannt.

Fischer

C. Anwendungsbereiche

1. Zugang zur Schule und zum Unterricht

8.18 Das Kind kann zunächst an einem Verfahren betreffend den Zugang zu einer Bildungsinstitution beteiligt sein. Beim Zugang zum Grundschulunterricht können sich Fragen nach dem Zeitpunkt des Schuleintritts stellen. Das Kind kann trotz Erreichen des Schuleintrittsalters ein Jahr zurückgestellt werden oder es tritt vor dem gesetzlich vorgesehenen Alter in die Schule ein. Bereits hier bewegt man sich im Spannungsfeld zwischen dem Elternrecht und der Frage nach dem Kindeswohl.[50] Weiter gibt die Frage nach der Schulhauszuteilung in der Praxis mitunter Anlass für (gerichtliche) Verfahren. Zu beurteilen ist dabei unter anderem, was einem Kind hinsichtlich Schulweg zugemutet werden kann.[51]

8.19 Eine umfangreiche Praxis existiert sodann zum Absenzenwesen beziehungsweise zu Dispensationsgesuchen. Gerichtliche Rechtsprechung findet man insbesondere zur Befreiung vom Unterricht aus religiösen Gründen.[52]

2. Leistungsbewertungen

8.20 Ein grosser Teil der schulrechtlichen Verfahren betrifft Leistungsbewertungen und daran anknüpfende Promotionsentscheide.[53] Das diesbezügliche Regelwerk ist umfangreich und detailliert ausgestaltet. In der Rechtsprechung sind insbesondere Verletzungen von Verfahrensrechten relevant beziehungsweise haben Aussicht auf Erfolg einer Beschwerde. Formelle Fehler werden mit voller Rechtskontrolle überprüft. In den Beurteilungsspielraum bei der Leistungsbewertung wird hingegen nur mit Zurückhaltung eingegriffen, was gemäss Bundesgericht das Verfassungsrecht grundsätzlich nicht verletzt.[54]

---

50 Vgl. etwa die Kasuistik in Plotke, Schulrecht, 359.

51 Siehe dazu Plotke, Schulrecht, 225 ff.; SGK BV-Kägi-Diener, Art. 19 N 52 ff., je mit Hinweisen auf die Rechtsprechung.

52 Neuere Entscheide des Bundesgerichts: BGE 134 I 114 (betreffend Dispensation von einer Maturitätsprüfung an einem Samstag aus religiösen Gründen); BGer, 2C_132/2014, 15.11.2014 (betreffend Sexualkundeunterricht im Kindergarten und in der Primarschule); BGer, 2C_897/2012, 14.2.2013 (betreffend Dispensation vom Yoga-Unterricht im Kindergarten); vgl. auch die Kasuistik in Plotke, Schulrecht, 399 ff.

53 Ausführlich dazu Aubert, 17 ff., Plotke, Schulrecht, 435 ff.

54 BGE 136 I 229 E. 5.4.1; Plotke, Schulrecht, 461.

Ersatzzug

3. Massnahmen für Kinder mit besonderen Bedürfnissen

Die Verfassung garantiert einen «ausreichenden» Unterricht, wobei den Kantonen bei der Ausgestaltung ein erheblicher Gestaltungsspielraum zukommt.[55] Kann ein Kind in der Regelklasse nicht angemessen gefördert werden, kommen besondere pädagogische Massnahmen in Betracht. Für Kinder mit Lernschwierigkeiten oder Behinderungen sind in den Schulgesetzen verschiedene Massnahmen normiert und das Zuweisungsverfahren ist spezifisch geregelt.[56] Da es sich hier um besonders vulnerable Kinder handelt, ist eine sorgfältige Abklärung unter Mitwirkung aller Beteiligten eine notwendige Voraussetzung, um eine dem Kindeswohl dienende Massnahme anordnen zu können. Für Kantone, die dem Sonderpädagogik-Konkordat[57] beigetreten sind, steht als Instrument ein standardisiertes Abklärungsverfahren zur Verfügung, das darauf ausgerichtet ist, auch die Mitwirkung des Kindes zu sichern.[58] Aber auch für die Förderung von Kindern mit Hochbegabung stehen verschiedene Möglichkeiten zur Verfügung. Ihre spezifischen Bedürfnisse werden inzwischen anerkannt.[59] 8.21

4. Disziplinarische Massnahmen

Nicht immer gelingt es, den Schulbetrieb ohne disziplinarische Massnahmen, bis hin zum Schulausschluss, aufrechtzuerhalten. Für das betroffene Kind wirken sich Massnahmen wie der disziplinarische Schulausschluss äusserst einschneidend aus.[60] Nach Auffassung des Bundesgerichts stellt ein Schulausschluss auf unbestimmte Dauer 8.22

---

55 BGE 138 I 162 E. 3.

56 Vgl. Art. 20 BehiG; § 33 ff. des Volksschulgesetzes des Kantons Zürich vom 7. Februar 2005 (VSG/ZH; LS 412.100) als Beispiel für die kantonalrechtliche Umsetzung.

57 Interkantonale Vereinbarung über die Zusammenarbeit im Bereich der Sonderpädagogik vom 25. Oktober 2007 (zit. Sonderpädagogik-Konkordat). 16 Kantone sind dem Konkordat bisher beigetreten.

58 Vgl. Art. 6 Abs. 3 Sonderpädagogik-Konkordat. Schweizerische Konferenz der kantonalen Erziehungsdirektoren (EDK), Standardisiertes Abklärungsverfahren (SAV), Instrument des Sonderpädagogik-Konkordats als Entscheidungsgrundlage für die Anordnung verstärkter individueller Massnahmen, Bern 2014, 9.

59 Vgl. z.B. § 15 Abs. 4 des Schulgesetzes des Kantons Aargau vom 17. März 1981 (Schulgesetz/AG; SAR 401.100); Art. 7a des Volksschulgesetzes des Kantons Bern vom 19. März 1992 (VSG/BE; BSG 432.210); Art. 90 ff. des Reglements zum Gesetz über die obligatorische Schule des Kantons Freiburg vom 19. April 2016 (SchR/FR; SGF 411.0.11). Zum Ganzen etwa Rüssli Markus, Begabtenförderung an öffentlichen Schulen, ZBl 2003, 352 ff.; Plotke, Schulrecht, 471 f.

60 Plotke, Schulrecht, 408 ff.

Entabzug

einen schweren Eingriff in das verfassungsmässige Recht auf unentgeltlichen Grundschulunterricht dar.[61] Hier sind Verfahrensrechte und die Anhörung des Kindes besonders wichtig, zumal das Bundesgericht in seiner jüngeren Rechtsprechung das Recht auf Grundschulunterricht nach den in Art. 36 BV enthaltenen rechtsstaatlichen Garantien für einschränkbar hält.[62]

D. Verfahrensrecht im Schulbereich

1. Rechtsgrundlagen

8.23 Für das schulrechtliche Handeln gelten zunächst die spezialgesetzlichen Verfahrensregelungen der massgebenden kantonalen Schulerlasse. Sind keine solchen Vorschriften vorhanden, gelten die jeweiligen kantonalen Verwaltungsverfahrensgesetze. Entweder sind die Bestimmungen der Verwaltungsrechtspflege kraft ausdrücklicher Vorschrift oder durch sinngemässe Auslegung auf Verwaltungsakte im Schulwesen (teilweise) anzuwenden.[63]

2. Verfahrensgarantien

8.24 Zu beachten sind ausserdem die in der Bundesverfassung festgehaltenen Verfahrensgarantien (Art. 29–32). Diese Verfahrensprinzipien geniessen grundrechtlichen Schutz und werden deshalb auch Verfahrensgrundrechte genannt.[64] Sie stellen Minimalgarantien dar und sind insbesondere bei der Auslegung des kantonalen Gesetzesrechts von grosser praktischer Bedeutung.[65] Dazu gehört neben dem

---

61 BGE 129 I 35 E. 8.2.

62 BGE 129 I 35 E. 8.2; kritisch dazu Kaufmann, 582. Der Kanton Bern hat einen Leitfaden für Lehrpersonen, Schulleitungen und Schulkommissionen zu Disziplinarmassnahmen und Unterrichtsausschluss in den Volksschulen verfasst, der ein besonderes Augenmerk auf das Verfahren richtet (Erziehungsdirektion des Kantons Bern, 2. Auflage, Bern 2013).

63 Siehe etwa Art. 72 Abs. 5 VSG/BE; Plotke, Schulrecht, 63. Gewisse Verwaltungsrechtspflegegesetze sind im Schulbereich nur teilweise anwendbar, so etwa im Kanton Freiburg (Art. 6 Abs. 1 lit. b des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege des Kantons Freiburg vom 23. Mai 1991 [VRG/FR; SGF 150.1]) oder Luzern (§ 8 Abs. 1 lit. b des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege des Kantons Luzern vom 3. Juli 1972 [VRG/LU; SRL 40]).

64 Rhinow et al., Rz. 255.

65 Uhlmann Felix, § 40 Verfahrensgrundrechte, in: Giovanni Biaggini/Thomas Gächter/Regina Kiener (Hrsg.), Staatsrecht, 2. Auflage, Zürich/St. Gallen 2015, 560 ff., 560; Kiener/Rütsche/Kuhn, Rz. 624; Thurnherr, 173.

Entwurf

Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV) der Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung (Art. 29 Abs. 1 BV) und der Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege (Art. 29 Abs. 3 BV). Weiter zählen der Anspruch auf richterliche Beurteilung (Art. 29a BV) sowie verschiedene Garantien in Gerichtsverfahren (Art. 30 BV) zu den Verfahrensgrundrechten. Auch völkerrechtliche Normen sind im öffentlichen Verfahrensrecht zu beachten. So üben insbesondere die Garantien von Art. 6 EMRK einen massgebenden Einfluss auf die Rechtsprechung aus.[66] Bei schulrechtlichen Verfahren hat eine Beurteilung innert angemessener Frist eine wichtige Bedeutung, da ansonsten über längere Zeit unklar ist, wie das Kind seinen Anspruch auf Grundschulunterricht wahrnehmen kann.

Anspruch auf ein faires Verfahren haben alle Verfahrensbeteiligten. Die Anspruchsberechtigung ist an die Voraussetzung geknüpft, dass die Betroffenen nach Massgabe der einschlägigen Verfahrensordnung Parteistellung haben und durch das Verfahren in eigenen schutzwürdigen Interessen betroffen sind.[67] 8.25

3. Verwaltungs- und Beschwerdeverfahren

a. Verwaltungsverfahren

Das Verwaltungsverfahren bezieht sich auf den Erlass eines Verwaltungsaktes, in der Regel einer Verfügung. Es handelt sich bei Verwaltungsverfahren um erstinstanzliche Verfahren.[68] Sie werden von Amtes wegen oder auf Antrag eingeleitet. Die Behörden haben zunächst ihre Zuständigkeit zu prüfen sowie die Parteien zu eruieren und in das Verfahren einzubeziehen. Im Verwaltungsverfahren ist der rechtserhebliche Sachverhalt unter Einbezug der Parteien abzuklären. 8.26

b. Beschwerdeverfahren

Mit der Anfechtung der Verfügung beginnt das Rechtsmittelverfahren. Damit setzt das Rechtsmittelverfahren voraus, dass bereits ein Hoheitsakt (Verfügung, Erlass oder allenfalls Realakt) ergangen ist oder zumindest hätte ergehen sollen.[69] Im 8.27

[66] Die Garantien der EMRK stellen unmittelbar geltendes Recht dar (BGE 125 II 417 E. 4d).

[67] Rhinow et al., Rz. 264.

[68] Kiener/Rütsche/Kuhn, Rz. 5. Zur verfügungsfreien Handlungsform siehe hinten Rz. ■.

[69] Kiener/Rütsche/Kuhn, Rz. 6 f.: Neben den Beschwerdeverfahren sind namentlich die Einsprache sowie Revisions- und Wiedererwägungsgesuche relevant.

Einsatzzug

Rechtsmittelverfahren werden die Verfahrensabwicklung und die materielle Rechtsanwendung überprüft. Die Beschwerdeinstanzen prüfen den Sachverhalt üblicherweise umfassend. Gerichtliche Instanzen beschränken sich oft auf eine Rechtskontrolle. Eine Überprüfung der Angemessenheit der Verfügung erfolgt in der Regel nicht.[70] In schulrechtlichen Verfahren sind überdies Fragen der aufschiebenden Wirkung der Rechtsmittel und vorsorgliche Massnahmen zu beachten. Rechtsmittelverfahren brauchen Zeit und es muss für die Zeit des Verfahrens festgelegt werden, wie die Beschulung des Kindes unter Berücksichtigung des Kindeswohls erfolgen soll.

c. Beschwerdeinstanzen

8.28 Die kantonalen Erlasse regeln den Instanzenzug. Je nachdem, welches Staatsorgan für die Durchführung des Rechtmittelverfahrens zuständig ist, wird zwischen verwaltungsinterner und verwaltungsexterner Rechtspflege unterschieden.[71] Beim verwaltungsinternen Beschwerdeverfahren ist in der Regel diejenige Behörde zuständig, die der verfügenden Behörde direkt hierarchisch übergeordnet ist. Das verwaltungsexterne Verfahren zeichnet sich dadurch aus, dass es vor einer institutionell unabhängigen Behörde stattfindet, in der Regel vor einem Gericht.

8.29 Die Rechtsweggarantie (Art. 29a BV) verlangt, dass eine Streitsache wenigstens einmal von einer richterlichen Behörde überprüft werden muss.[72] Als Vorinstanz des Bundesgerichts müssen die Kantone ein oberes Gericht (Verwaltungsgericht) einsetzen, dessen Entscheide grundsätzlich der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten unterliegen.[73] Auf dem Gebiet der Schule ist namentlich Art. 83 lit. t BGG[74] zu beachten, wonach Entscheide über das Ergebnis von Prüfungen nicht mit der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten angefochten werden können. Diesfalls steht nur die subsidiäre Verfassungsbeschwerde zur Verfügung (Art. 113 ff. BGG).

---

70 Vgl. etwa § 50 Abs. 2 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes des Kantons Zürich vom 24. Mai 1959 (VRG/ZH; LS 175.2). Ausführlich zum Beschwerdeverfahren Kiener/Rütsche/Kuhn, Rz. 1210 ff.

71 Kiener/Rütsche/Kuhn, Rz. 12, auch zum Folgenden; Rhinow et al., Rz. 51 f.

72 BGE 143 III 193 E. 5.4.

73 Rhinow et al., Rz. 731.

74 Bundesgesetz über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (SR 173.110).

Erstabzug

4. Verfahrensmaximen

Der Schulbereich ist als Teil des öffentlichen Verfahrensrechts durch den Untersuchungsgrundsatz geprägt. Die Schulbehörden haben von Amtes wegen den rechtserheblichen Sachverhalt festzustellen. Die Behörde trägt die Beweisführungslast.[75] Dies trägt insofern auch dem verfahrensrechtlichen Teilgehalt von Art. 11 Abs. 1 BV Rechnung.[76] 8.30

Relativiert wird der Untersuchungsgrundsatz durch die Mitwirkungspflicht der Parteien. Die Parteien haben grundsätzlich trotz Untersuchungsmaxime die Pflicht, an der Feststellung des Sachverhalts mitzuwirken.[77] Mitwirkungspflichten ergeben sich nicht nur aus den Verfahrensgesetzen. Ausdrückliche Mitwirkungspflichten der Eltern und teilweise auch der Kinder sind in den meisten Schulgesetzen normiert. 8.31

5. Verfahrensbeteiligte

a. Parteibegriff

Nicht alle Verwaltungsverfahrensgesetze normieren die Parteistellung ausdrücklich. Der Parteibegriff kann im Verwaltungsverfahren dogmatisch auch nicht schlüssig erfasst werden.[78] Als Parteien werden Personen bezeichnet, die Träger von prozessualen Rechten und Pflichten sind.[79] Sie nehmen in eigenem Namen an einem Verfahren teil, verfolgen private oder öffentliche Interessen und haben mithin ein Interesse am Ausgang des Verfahrens.[80] Davon zu unterscheiden ist der Begriff der Rechtsmittelbefugnis. So kann jemand durch Rechtsmittelerhebung und Antragstellung als Partei gelten, auch wenn die Rechtsmittelbefugnis nicht gegeben ist. Tritt eine Rechtsmittelinstanz auf ein Rechtsmittel wegen fehlender Legiti- 8.32

75 Rhinow et al., Rz. 992, 994 und 996.

76 Reich, 383.

77 Vgl. etwa § 23 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege des Kantons Aargau vom 4. Dezember 2007 (VRPG/AG; SAR 271.200); § 47 ff. VRG/FR; § 55 VRG/LU.

78 Bertschi, §§ 21–21a VRG/ZH N 12 ff.; Rhinow et al., Rz. 858 ff.

79 Siehe etwa die Definition in Art. 6 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (VwVG; SR 172.021) für das nichtstreitige Verfahren vor Bundesverwaltungsbehörden; §§ 12–14 VRPG/AG; Art. 12–15 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege des Kantons Bern vom 23. Mai 1989 (VRPG/BE; BSG 155.21); Art. 11 VRG/FR; § 17 ff. VRG/LU. Das Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich verwendet den Begriff der Partei, ohne ihn zu definieren.

80 Kiener/Rütsche/Kuhn, Rz. 559.

Einsehbzug

mation nicht ein, wird die Parteistellung nicht nachträglich aufgehoben.[81] Als Partei gilt demnach, wer von Amtes wegen als solche in das Verfahren einbezogen wird.

8.33 Mit der Parteistellung werden Verfahrensrechte und -pflichten ausgelöst. Die Parteistellung ist notwendige Voraussetzung für prozessuale Rechte, wie etwa die verfassungsrechtlich garantierten Verfahrensrechte.[82] Weiter ist auch die Rechtsmittelbefugnis an die Parteistellung geknüpft. Die Ausübung der prozessualen Rechte kann dabei durch die gesetzlichen Vertreter erfolgen, ohne dass die gesetzlichen Vertreter Partei des Verfahrens werden.[83] Die Fähigkeit, prozessuale Rechte auszuüben, wird für die Parteistellung nicht vorausgesetzt.[84]

b. Partei- und Prozessfähigkeit

8.34 Die zivilprozessualen Definitionen gelten grundsätzlich auch im Verfahren in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten, sei es durch Verweise auf die ZPO[85] oder die Wiederholung der Definition in den kantonalen Verfahrensgesetzen.[86] So hält beispielsweise Art. 11 Abs. 1 des Berner Verwaltungsrechtspflegegesetzes fest: «Wer nach dem Zivilrecht handlungsfähig ist, kann seine Rechte als Partei selbstständig vor den Behörden verfolgen.»

c. Parteien in■ schulrechtlichen Verfahren

8.35 Im erstinstanzlichen Verfahren ist in der Regel das Kind, vertreten durch die Eltern, als Partei aufzuführen, wenn das Kind von diesem Entscheid direkt betroffen ist. Dies ist etwa bei Promotions- und Übertrittsentscheiden, Disziplinarentscheiden oder der Anordnung von sonderpädagogischen Massnahmen der Fall. Bei rein finanziellen Streitigkeiten kann es sachlich gerechtfertigt sein, dass die Eltern allein als Partei auftreten. Vertreten die Eltern eigene Interessen aufgrund ihrer Elternrechte, kommt ihnen Parteistellung zu.[87] Mit Erreichen der Volljährigkeit übernimmt das Kind die Parteirolle.

---

81 Bertschi, §§ 21–21a VRG/ZH N 15, mit Hinweisen.
82 Art. 29 ff. BV. Vgl. Kiener/Rütsche/Kuhn, Rz. 561.
83 Kiener/Rütsche/Kuhn, Rz. 563.
84 Kiener/Rütsche/Kuhn, Rz. 563, mit Hinweisen auf abweichende Meinungen.
85 Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (SR 272).
86 Vgl. zum Ganzen vorne Rz. ■.
87 SGK BV-Kägi-Diener, Art. 19 N 31.

Freiabzug

In der gerichtlichen Praxis lassen sich Entscheide finden, in denen das Kind als Partei genannt wird, vertreten durch die Eltern, aber auch Entscheide mit nur den Eltern in der Parteistellung, obwohl es sich nicht um rein finanzielle Streitigkeiten handelte.[88] Den Entscheid, ob ein Rechtsmittel im eigenen oder im Namen des Kindes ergriffen wird, scheinen die Eltern oft zufällig zu treffen.[89] Die verfügende Behörde steht jedoch in der Pflicht, die Prozessvoraussetzungen von Amtes wegen zu prüfen und insofern auch die Beteiligung aller vom Verfahren materiell Betroffenen zu sichern. 8.36

Spricht eine Verwaltungsbehörde oder ein Gericht einem Kind die Parteistellung ab, kann es seinen verfassungsmässigen Anspruch auf rechtliches Gehör nicht ausüben.[90] Ein Nichteintretensentscheid infolge Verneinung der Parteistellung kann eine formelle Rechtsverweigerung darstellen.[91] Art. 29 Abs. 1 BV räumt einen Anspruch auf Behandlung von formgerecht eingereichten Eingaben ein und verbietet formelle Rechtsverweigerung. Eine solche liegt vor, wenn eine Behörde fälschlicherweise auf eine Eingabe nicht eintritt und sie nicht regelgemäss prüft. Dies beurteilt sich nach dem anwendbaren (kantonalen) Verfahrensrecht.[92] Ein Nichteintretensentscheid kann nach Ausschöpfung des kantonalen Instanzenzugs an das Bundesgericht weitergezogen werden. Grundsätzlich ist vor Bundesgericht nur zur Beschwerde legitimiert, wer am vorinstanzlichen Verfahren als Partei teilgenommen hat (Art. 89 Abs. 1 lit. a BGG). Teilgenommen hat indes auch, wem die Vorinstanz mit einem Nichteintretensentscheid die Legitimation abgesprochen hat.[93] Ob eine formelle Rechtsverweigerung vorliegt, überprüft das Bundesgericht frei. Die Auslegung und Anwendung des einschlägigen kantonalen Rechts untersucht es indessen nur unter dem Gesichtswinkel der Willkür.[94] Im Rahmen der 8.37

[88] Siehe etwa BGer, 2C_121/2015, 11.12.2015 (Eltern als Parteien betreffend Tragen eines Kopftuches der Tochter, welche die 6. Klasse besucht); BGer, 2C_446/2010, 16.9.2010 (Vater als Partei betreffend Disziplinarmassnahme gegen den 10-jährigen Sohn); BGer, 2P.190/2004, 24.11.2004 (8-jähriges, schwer behindertes Kind als Partei, vertreten durch die Eltern, betreffend Sonderschulung).

[89] Plotke, Schulrecht, S. 700 Fn. 61.

[90] Dazu Rz. ■.

[91] SGK BV-Steinmann, Art. 29 N 21. Vgl. auch Herzig Christoph A., Die Parteistellung von Kindern und Jugendlichen, ZKE 2017, 461 ff., 473.

[92] BGer, 1P.14/2007, 26.3.2007, E. 3.1.

[93] Seiler Hansjörg, in: Hansjörg Seiler/Nicolas von Werdt/Andreas Güngerich/Niklaus Oberholzer (Hrsg.), Bundesgerichtsgesetz, Stämpflis Handkommentar, 2. Auflage, Bern 2015, Art. 89 N 29.

[94] BGer, 1C_33/2017, 23.6.2017, E. 2.2.1.

Fischer Zug

Rechtsanwendung von Amtes wegen sind die Interessen des Kindes indes auch ohne Parteistellung bei der Beurteilung der materiellen Frage einzubeziehen.

d. Parteivertretung

8.38 Zunächst ist zwischen der gesetzlichen Vertretung (bei fehlender Prozessfähigkeit) und der gewillkürten Vertretung (Vollmacht einer Partei an eine andere Person) zu unterscheiden.[95] Als Teilgehalt des rechtlichen Gehörs hat das Bundesgericht schon früh das Recht, sich in einem Prozess vertreten zu lassen, abgeleitet.[96]

8.39 Gemäss Art. 12 Abs. 2 KRK ist dem Kind in allen Gerichts- oder Verwaltungsverfahren entweder unmittelbar oder durch einen Vertreter oder eine geeignete Stelle im Einklang mit den innerstaatlichen Verfahrensvorschriften Gelegenheit zu geben, angehört zu werden. Innerstaatlich haben prozessfähige Personen grundsätzlich in allen Verfahren der öffentlichen Rechtspflege und auf jeder Stufe des Verfahrens das Recht, sich durch eine beauftragte Person vertreten zu lassen.[97] Dabei wird in der Regel eine Anwältin oder ein Anwalt beauftragt, im Verfahren stellvertretend zu handeln. Im öffentlichen Verfahrensrecht gilt in einzelnen Kantonen für bestimmte Verfahren ein Anwaltszwang. Der Anwaltszwang kann sich dabei auf bestimmte Rechtsgebiete beschränken oder für gewisse Rechtsmittelinstanzen festgelegt sein.[98] In den übrigen Fällen kann jede handlungs- und prozessfähige Person als Parteivertretung beauftragt werden.

8.40 Die Vertretung des Kindes hat dabei die Interessen des Kindes zu wahren und nicht diejenigen der Eltern oder der Behörden. Der UN-Kinderrechtsausschuss empfiehlt diesbezüglich den Vertragsstaaten der UN-Kinderrechtskonvention, Verhaltensregeln für die Kindesvertretung aufzustellen.[99]

---

95 Rhinow et al., Rz. 870.

96 BGE 119 Ia 260; zum Ganzen Rhinow et al., Rz. 349 ff.

97 Rhinow et al., Rz. 871.

98 Siehe z.B. § 14 VRPG/AG; Art. 15 Abs. 4 VRPG/BE; § 23 Abs. 2 VRG/LU. Zur Stellung der Anwältin oder des Anwalts siehe Rhinow et al., Rz. 876 ff.

99 CRC, General Comment no. 12■, Ziff. 37.

Ersatzdruck

E. Zugang zum Verfahren

1. Handeln der Behörden mittels Verfügung

Der Schulbereich ist von Handlungsanweisungen geprägt, die nur zum Teil in ein förmliches Verwaltungsverfahren münden. Ob schulrechtliche Akte Gegenstand einer Beschwerde bilden können, ist in der Praxis nicht selten umstritten.[100] Der Rechtsschutz im Bildungsrecht hat hier eine grosse Entwicklung erfahren und ist geprägt von der Sorge um eine zu weitgehende Verrechtlichung zulasten der Handlungsfähigkeit der Schulorgane.[101] 8.41

Die Verfügung bildet grundsätzlich den Ausgangspunkt und eröffnet damit die Möglichkeit, gegen Schulentscheide ein Rechtsmittel zu ergreifen. Sie ist auf Rechtswirkungen gerichtet. Ihre Definition ist den kantonalen Verwaltungsrechtspflegegesetzen zu entnehmen, wobei das Bundesgericht den Verfügungsbegriff nach Art. 5 VwVG als Auslegungshilfe für die Kantone heranzieht. Die Kantone dürfen keinen engeren Verfügungsbegriff verwenden, wenn sie öffentliches Recht des Bundes anwenden.[102] 8.42

In einem viel diskutierten Entscheid bejahte das Bundesgericht den Verfügungscharakter der Zuteilung eines Schülers in ein weiter entferntes Primarschulhaus.[103] Zuvor wurden solche Massnahmen als schulorganisatorische Angelegenheiten angesehen, gegen welche kein Rechtsmittel ergriffen werden konnten. Auch nach diesem Entscheid bleibt vieles im Bereich organisatorischer Massnahmen, die nicht anfechtbar sind, weil sie weder Rechte noch Pflichten des Kindes begründen. So werden in der Literatur als Beispiele schulorganisatorischer Massnahmen die Zuweisung eines Kindes in eine Parallelklasse innerhalb desselben Schulhauses oder Disziplinarmassnahmen ohne Auswirkungen auf Grundrechtspositionen (z.B. Verwarnung, Verweis) genannt.[104] Unbestritten ist gemäss Lehre und Rechtsprechung, dass etwa die Nichtpromotion, die Einweisung in eine Sonderschule oder -klasse oder der (vorübergehende) disziplinarische Schulaus- 8.43

[100] Siehe Richli, 250 f.; Hördegen, 156.

[101] Richli, 247; Hördegen, 155. Zur Entwicklung des Verwaltungsverfahrens allgemein siehe Thurnherr, 47 ff.

[102] Rhinow et al., Rz. 1055.

[103] BGer, 2P.324/2001, 28.3.2002.

[104] Richli, 250, 252. Siehe eingehend Hördegen, 156 ff., insbesondere auch zur dogmatischen Einordnung; Plotke, Schulrecht, 716.

Ersatzzug

schluss über eine organisatorische Massnahme hinausgehen und damit anfechtbar sind.[105]

2. Verfahren bei verfügungsfreiem Handeln

8.44 Schulbehörden handeln nur zu einem Teil in Verfügungsform. Auch Realhandeln des Staates kann in schützenswerte Rechtspositionen des Kindes eingreifen. Schützenswerte Rechtspositionen können sich aus dem Verfassungs-, Gesetzes- oder Verordnungsrecht in allen Rechtsbereichen ergeben.[106] Seit der Einführung der Rechtsweggarantie (Art. 29a BV) ist der Rechtsschutz auch für sogenannte Realakte ausdrücklich gewährleistet.[107] Als Realakte können behördliche Handlungen verstanden werden, die nicht in einer der Rechtsformen ergehen und auf einen Taterfolg (Gestaltung der Faktenlage) zielen.[108] Die jeweiligen Verfahrensordnungen enthalten entsprechende Bestimmungen, die den Zugang zum Verfahren bei faktischem Handeln der Behörden gewährleisten sollen.[109] Eine klare Abgrenzung der Verfügung vom Realakt und damit die Beantwortung der Frage nach dem Rechtsweg ist nicht leicht vorzunehmen.[110] Gesetzliche Regelungen schaffen insofern nur scheinbar mehr Rechtssicherheit, wie in der Literatur zutreffend festgestellt wird.[111]

3. Beschwerdebefugnis

8.45 Die Beschwerdebefugnis umschreibt die Berechtigung, ein bestimmtes Rechtsmittel zu ergreifen, und stellt eine Verfahrensvoraussetzung dar.[112] Neben der Partei- und Prozessfähigkeit wird ein Betroffensein vorausgesetzt. Je nach kantonalem Ver-

---

105 Richli, 250; Hördegen, 156, mit Hinweisen auf die Rechtsprechung. Zur hier nicht weiter behandelten Thematik der Anfechtbarkeit von Noten siehe Aubert, 72 ff., Plotke, Schulrecht, 712 ff.; Richli, 252 ff., sowie Patricia Egli, Gerichtlicher Rechtsschutz bei Prüfungsfällen: Aktuelle Entwicklungen, ZBl 2011, 538 ff.

106 BGE 143 I 336 E. 4.3. Vgl. auch Hördegen, 158.

107 Vgl. SGK BV-Kley, Art. 29a N 11; Rhinow et al., Rz. 1283.

108 BGE 144 II 233 E. 4.1; vgl. Rhinow et al., Rz. 1286. Ausführlich zu Terminus und Typenbildung von Realakten siehe Thurnherr, 66 ff.

109 Vgl. etwa Art. 25a VwVG; § 44a VRG/LU; § 10c VRG/ZH. Zur früheren Rechtslage: BGE 140 II 315 E. 4.4.

110 Dazu etwa Müller Markus, Grenzsituationen in der Verwaltungsrechtspflege. Beschwerdeobjekt zwischen Verfügung und Realakt, ZBl 2019, 295 ff. Vgl. auch Thurnherr, 80 ff., sowie Hördegen, 156 und 159 ff.

111 Hördegen, 158 f.

112 Rhinow et al., Rz. 1092 f.

Freiexemplar

fahrensrecht bedarf es eines persönlichen Nachteils im Sinne eines «besonderen Berührtseins» und eines schutzwürdigen Interesses an der Änderung oder Aufhebung des angefochtenen Aktes oder gar einer Verletzung rechtlich geschützter Interessen.[113]

F. Mitwirkungsrechte

1. Mitwirkung des Kindes gemäss kantonalen Schulerlassen

a. Allgemeines Mitwirkungsrecht im formellen Schulgesetz

Die Mitwirkung des Kindes wird in einigen Schulgesetzen ausdrücklich erwähnt. 8.46
Teilweise wird das allgemeine Mitwirkungsrecht aber auf «wichtige Entscheide» eingeschränkt. So hält etwa Art. 33 Abs. 4 des Freiburger Schulgesetzes[114] fest: «Bei allen wichtigen Entscheiden, die ein Schulkind direkt betreffen, wird die Meinung des Kindes seinem Alter und seiner Reife entsprechend angemessen berücksichtigt.» Das Zürcher Volksschulgesetz statuiert die Beteiligung der Schülerinnen und Schüler an den sie betreffenden Entscheiden als Grundsatz, soweit nicht ihr Alter oder andere wichtige Gründe dagegen sprechen.[115] Im Kanton Genf wird das Kind vor allen Entscheiden angehört, die das Kind betreffen. Seine Meinung wird seinem Alter und Reifegrad entsprechend berücksichtigt.[116] Im Kanton Waadt wiederum wird die Mitwirkung des Kindes auf wichtige Entscheide, die das Kind direkt betreffen, beschränkt. Sodann wird im Schulgesetz die persönliche Anhörung des Kindes bei disziplinarischen Massnahmen ausdrücklich festgehalten und Informationsrechte über die schulischen Leistungen statuiert.[117]

b. Mitwirkungsrechte auf Verordnungsstufe

Andere Kantone erwähnen die Mitwirkung des Kindes nicht in ihrem (formellen) 8.47
Schulgesetz, sondern auf Verordnungsstufe: Im Kanton Aargau wird etwa einzig genannt, dass die Schüler beziehungsweise ihre Eltern oder Pflegeeltern regelmäs-

[113] Vgl. Rhinow et al., Rz. 1096 ff.
[114] Gesetz über die obligatorische Schule des Kantons Freiburg vom 9. September 2014 (SchG/FR; SGF 411.0.1).
[115] § 50 Abs. 3 VSG/ZH.
[116] Art. 114 Abs. 2 Loi sur l'instruction publique de la République et canton de Genève du 17 septembre 2015 (LIP/GE; RSG C 1 10).
[117] Art. 116 Abs. 3, Art. 126 Abs. 1 und Art. 109 Abs. 1 Loi sur l'enseignement obligatoire du Canton de Vaud du 7 juin 2011 (LEO/VD; RSV 400.02).

Freiexemplar

sig über den Stand der Schulleistungen zu unterrichten sind (§ 36 Abs. 1 Schulgesetz/AG). Die Anhörung und die Mitsprache werden in der Verordnung als Grundsatz geregelt.[118] Zu Recht wird hier eine gesetzliche Regelung gefordert.[119] Bei den Verfahrensbestimmungen zu den Laufbahnentscheiden werden Gespräche zwischen der Lehrperson, den Eltern und dem Kind ausdrücklich für jede Schulstufe bestimmt, auf Kindergartenstufe nach Wunsch der Eltern mit Anhörung des Kindes.[120] Auch im Kanton Luzern enthält das formelle Gesetz nur ein Informationsrecht der Schülerinnen und Schüler. Die Mitwirkung, insbesondere beim Übertritt in eine andere Schulstufe, wird auf Reglementsstufe festgehalten.[121]

c. Mitwirkungsrecht bei disziplinarischen Massnahmen

8.48 Gewisse Kantone haben die Mitwirkungsrechte bei disziplinarischen Massnahmen in einem formellen Gesetz festgeschrieben: Der Kanton Bern regelt etwa in seinem Schulgesetz die Anhörung des Kindes vor einer Verfügung betreffend disziplinarische Massnahmen (Art. 28 Abs. 7 VSG/BE). Ansonsten wird im Gesetz nur die periodische Berichterstattung über die Schulleistungen erwähnt (Art. 25 Abs. 2 VSG/BE). In einer Verordnung zu den Schullaufbahnentscheiden wird Näheres ausgeführt; es werden etwa Informationsrechte sowie Standortgespräche – in der Regel mit dem Kind – geregelt. Beim Übertrittsverfahren von der 6. Klasse in die anschliessende Schulstufe wird der ausdrückliche Einbezug des Kindes gefordert. Das Kind wird im Übertrittsverfahren im deutschsprachigen Kantonsteil nicht nur angehört, sondern kann die Einschätzung im Beurteilungsbericht sogar um seine eigene ergänzen. Erst danach werden die Dokumente den Eltern übergeben.[122]

---

118 § 10 Abs. 1 der Verordnung über die Volksschule des Kantons Aargau vom 27. Juni 2012 (Volksschule-VO/AG; SAR 421.313): Schülerinnen und Schüler haben das Recht, in schulischen Sachfragen, vor schulischen Entscheidungen, die sie persönlich betreffen, sowie in persönlichen Anliegen und Problemen angehört zu werden. Sie werden auf ihr Recht aufmerksam gemacht und eingeladen, ihre Meinung frei zu äussern.

119 Früh Beatrice, Die Uno-Kinderrechtskonvention. Ihre Umsetzung im schweizerischen Schulrecht, insbesondere im Kanton Aargau, Zürich/St. Gallen 2007, 236.

120 Verordnung über die Laufbahnentscheide an der Volksschule (Promotionsverordnung) des Kantons Aargau vom 19. August 2009 (SAR 421.352).

121 § 17 des Gesetzes über die Volksschulbildung des Kantons Luzern vom 22. März 1999 (VBG/LU; SRL 400a).

122 Art. 7, Art. 10 Abs. 1 und Art. 13 Abs. 1 sowie Art. 35 und 38 ff. der Direktionsverordnung über die Beurteilung und Schullaufbahnentscheide in der Volksschule des Kantons Bern vom 6. März 2018 (DVBS/BE; BSG 432.213.11). Im französischsprachigen Kantonsteil werden die Dokumente von der Schule allein erstellt und danach an die Eltern und das Kind zur Ergänzung übergeben (Art. 48).

Entwurf

Hier wurde die Bedeutung dieses Entscheids für die weitere Laufbahn des Kindes erkannt und entsprechend wurden starke Mitwirkungsrechte des Kindes normiert. Der Kanton Tessin gewährt in seinem Schulgesetz ebenso ein Anhörungsrecht vor disziplinarischen Entscheiden. Weiter hat er eine differenzierte Bestimmung zu Informationsrechten der Schülerinnen und Schüler erlassen. So haben die Schülerinnen und Schüler unter anderem das Recht, Informationen über Gesetze und Reglemente zu erhalten, die sie betreffen.[123]

d. Mitwirkungsrecht bei sonderpädagogischen Massnahmen

Im sonderpädagogischen Bereich wird die Mitwirkung der Kinder noch kaum erwähnt. Positiv hervorzuheben ist hier das Freiburger Gesetz über die Sonderpädagogik vom 11. Oktober 2017, das im Grundsatzartikel neben dem Einbezug der Eltern festschreibt, dass das betroffene Kind unter Berücksichtigung seines Alters und seiner Reife in das Abklärungsverfahren zur Gewährung und Überprüfung sonderpädagogischer Massnahmen einbezogen wird (Art. 3 Abs. 1 lit. d). Die Kantone des Sonderpädagogik-Konkordats sind jedoch schon jetzt gehalten, die Einschätzungen und Wünsche des Kindes bei der Bedarfsabklärung stark zu gewichten, und je nach Behinderung, Entwicklungseinschränkung und Alter sind angemessene Formen zu finden, um die Beteiligung des Kindes an den nicht selten sehr einschneidenden Entscheiden sicherzustellen.[124] 8.49

2. Mitwirkung der Eltern gemäss kantonalen Schulerlassen

a. Allgemeines Mitwirkungsrecht

Nach wie vor wird die Mitwirkung der Eltern in den Schulgesetzen häufiger und umfassender geregelt als diejenige des Kindes.[125] Dies gilt insbesondere im Bereich der Sonderpädagogik, wo bereits in den Zielbestimmungen oder den Grundlagen 8.50

[123] Art. 57 Abs. 2 und Art. 58 Abs. 2 lit. c Legge della scuola del Cantone Ticino del 1º febbraio 1990 (RL 400.100).

[124] Schweizerische Konferenz der kantonalen Erziehungsdirektoren (EDK), Standardisiertes Abklärungsverfahren (SAV), Instrument des Sonderpädagogik-Konkordats als Entscheidungsgrundlage für die Anordnung verstärkter individueller Massnahmen, Bern 2014, 27.

[125] Siehe z.B. Art. 31 VSG/BE; Art. 30 SchG/FR; §§ 18–22 VBG/LU; § 56 Abs. 1 VSG/ZH. Zum Einbezug von Eltern ohne elterliche Sorge siehe Dolder Mattias, Die Bedeutung von Art. 275a ZGB im Bereich der Schule, am Beispiel der Kantone St. Gallen und Zürich, AJP 2002, 978 ff.

Erstabzug

betont wird, dass die Erziehungsberechtigten in den Prozess betreffend die Anordnung von sonderpädagogischen Massnahmen miteinzubeziehen sind.[126]

b. Mitwirkung bei Promotions- und Übertrittsentscheiden

8.51 Im Kanton Zürich wird bezüglich Promotion und Übertritt bestimmt, dass die Lehrpersonen, die Schulleitung und die Eltern gemeinsam entscheiden. Kann keine Einigung erzielt werden, entscheidet die Schulpflege.[127] Aufgrund der bereits erwähnten allgemeinen Norm (§ 50 Abs. 3 VSG/ZH) ist das Kind am Entscheid dennoch zu beteiligen. Ähnlich formulieren auch andere Kantone den Einbezug der Erziehungsberechtigten.[128]

c. Mitwirkungsrecht bei sonderpädagogischen Massnahmen

8.52 Wie bereits gesehen wird im Bereich der sonderpädagogischen Massnahmen der Einbezug der Eltern durchgehend betont.[129] Auch wird die Situation ausdrücklich geregelt, wenn keine Einigung zwischen der Schule und den Eltern vorliegt.[130] So hält etwa das Zürcher Volksschulgesetz fest, dass die Entscheidung über sonderpädagogische Massnahmen von den Eltern, der Lehrperson und der Schulleitung gemeinsam getroffen wird (§ 37 Abs. 1). Kann keine Einigung erzielt werden, wird im Kanton Zürich mitunter auch gegen den Willen der Eltern eine schulpsychologische Abklärung durchgeführt (§ 38 Abs. 1 VSG/ZH). Die Schulpflege entscheidet nach der Abklärung, wenn keine Einigung erzielt wird, und berücksichtigt dabei das Kindeswohl und die Auswirkungen auf den Schulbetrieb (§ 39 VSG/ZH). Im Kanton Luzern wird den Eltern lediglich ein Anhörungsrecht bei der Sonderschulung zugestanden.[131]

8.53 Im Bereich der Sonderpädagogik kommen den Eltern Mitsprache- oder zumindest Anhörungsrechte zu. Das Kind hingegen wird in fast allen untersuchten gesetz-

---

126 So ausdrücklich der Grundsatz in Art. 2 lit. d Sonderpädagogik-Konkordat; § 2 Abs. 2 VSG/ZH.

127 § 32 Abs. 1 VSG/ZH.

128 Siehe z.B. § 5 der Verordnung über die Übertrittsverfahren in der Volksschule des Kantons Luzern vom 15. Mai 2007 (SRL 405b) (Klassenlehrperson und Erziehungsberechtigte entscheiden gemeinsam, Kind wird miteinbezogen).

129 Vgl. vorne Rz. ■; Art. 18 Abs. 2 VSG/BE.

130 Siehe z.B. Art. 12 der Verordnung über die besonderen Massnahmen in der Volksschule des Kantons Bern vom 19. September 2007 (BSG 432.271.1).

131 § 21 der Verordnung über die Sonderschulung des Kantons Luzern vom 11. Dezember 2007 (SRL 409).

Erstabzug

lichen Grundlagen nicht erwähnt beziehungsweise lediglich als Objekt der Abklärung genannt. Anhörungsrechte werden nicht statuiert. Mit der Einführung des standardisierten Abklärungsverfahrens ist mit einer Anpassung der Rechtsnormen zu rechnen.

3. Organisierte Mitwirkung der Kinder in der Schule

8.54 Verschiedene Schulgesetze räumen den Kindern weitere Mitsprache in Schulbelangen ein.[132] Diese Gesetzesbestimmungen entsprechen den Forderungen des UN-Kinderrechtsausschusses.[133] So wird beispielsweise im Kanton Luzern im formellen Gesetz als Grundsatz festgehalten, dass die Kinder im Rahmen der Rechtsordnung bei der Gestaltung der Schule mitwirken (§ 17 Abs. 2 VBG/LU). Teilweise wird sogar von Mitverantwortung gesprochen.[134] Wie weit diese Mitverantwortung und Mitsprache der Kinder konkret gehen soll, wird im Kanton Zürich auf Gemeindeebene in einem Organisationsstatut geregelt und auf Schulebene im Schulprogramm verankert.[135] Den Kindern werden Gefässe zur Verfügung gestellt, in denen sie gemeinsame Themen regelmässig besprechen, sich eine Meinung bilden und gemeinsames Handeln beschliessen können, was sich positiv auf die Motivation auswirke und zu einem guten Schul- und damit Lernklima beitrage.[136]

Estratto

---

132 Etwa im Kanton Freiburg: Art. 33 SchG/FR i.V.m. Art. 63 Abs. 1 SchR/FR; im Kanton Tessin gemäss Art. 39 f. Legge della scuola del 1° febbraio 1990 (RL 400.100); Art. 36 LEO/VD.

133 CRC, General Comment no. 12■, Rz. 110 f.

134 Vgl. § 50 Abs. 3 VSG/ZH; § 39 Schulgesetz/AG (allerdings nur für Mittelschulen), § 10 Abs. 2 Volksschule-VO/AG.

135 § 43 VSG/ZH und § 41 f. der Volksschulverordnung des Kantons Zürich vom 28. Juni 2006 (LS 412.101); Bildungsdirektion Kanton Zürich, Volksschulamt, Umsetzung Volksschulgesetz, Handreichung Zusammenarbeit, Mitwirkung und Partizipation in der Schule, Zürich 2006, 13.

136 Bildungsdirektion Kanton Zürich, Handreichung Zusammenarbeit (Fn. 135■), 13. Partizipation könne nur dann eine positive Wirkung entfalten, wenn sie eine hohe Intensität erreiche (a.a.O. 15–17, mit Beispielen von Formen der Partizipation nach Schulebenen).

4. Anspruch auf rechtliches Gehör gemäss Verfassung und Völkerrecht

a. Rechtsgrundlagen

8.55 Verschiedene Kantone haben in ihren Schulgesetzen die Mitwirkung des Kindes noch nicht umfassend geregelt. Umso bedeutender sind die in Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 12 KRK statuierten Mitwirkungsrechte des Kindes in diesem Bereich.[137] Der Umfang des Anspruchs auf rechtliches Gehör richtet sich in erster Linie nach dem anwendbaren Verfahrensrecht. Dies ist in erster Linie den Schulerlassen zu entnehmen. Enthalten diese keine abschliessende Regelung, kommt das allgemeine kantonale Verwaltungsverfahrensgesetz zur Anwendung.[138] Genügen die kantonalen Vorschriften den Anforderungen im konkreten Fall nicht, greifen die aus Art. 29 BV folgenden Verfahrensregeln zur Sicherung des rechtlichen Gehörs.[139] Ob der Gehörsanspruch auch im Vorfeld von Realakten zu gewähren ist, wird in der Lehre diskutiert und ist noch ungeklärt.[140]

b. Schülerinnen und Schüler als Anspruchsberechtigte

8.56 Schülerinnen und Schüler haben wie Erwachsene Anspruch auf rechtliches Gehör, wenn sie von einem verwaltungsrechtlichen Verfahren betroffen sind. Die Garantien von Art. 29 BV bieten jenen Personen Schutz, die im fraglichen Verfahren Parteistellung haben.[141] Die UN-Kinderrechtskonvention schreibt in Art. 12 keine Altersgrenze fest, ab dem das Mitwirkungsrecht wahrgenommen werden kann.[142]

c. Informationspflicht der Schulbehörden

8.57 Damit das Kind sich zu einem schulrechtlichen Verfahren überhaupt äussern kann, müssen Kenntnisse über den Verfahrensgang vorhanden sein. Schülerinnen und Schüler haben gemäss Art. 29 Abs. 2 BV das Recht, über sämtliche entscheidrele-

---

137 Ausführlich zu Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 12 KRK vorne Rz. ■.

138 Beispielhaft seien folgende Bestimmungen in kantonalen Verwaltungsverfahrensgesetzen erwähnt: §§ 21 ff. VRPG/AG; Art. 21–24 VRPG/BE; §§ 57 ff. VRG/FR; §§ 46–50 VRG/LU; Art. 15 ff. des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege des Kantons St. Gallen vom 16. Mai 1965 (sGS 951.1).

139 Rhinow et al., Rz. 313; BGE 134 I 159 E. 2.1.1.

140 Thurnherr, 222 ff., 453 ff. Vgl. dazu Kiener/Rütsche/Kuhn, Rz. 231.

141 Biaggini, Art. 29 BV N 3a.

142 Eine solche starre Altersgrenze wäre abzulehnen (vgl. CRC, General Comment no. 12■, Ziff. 44). Zur Kontroverse, ob Urteilsfähigkeit gefordert ist, siehe vorne Rz. ■.

Prestabzug

vanten Vorgänge und Grundlagen informiert zu werden.[143] Es muss sichergestellt werden, dass das Kind versteht, worum es geht und was seine Rechte sind. Insofern besteht seitens der Schulbehörden eine kindgerechte Informationspflicht, damit sich das Kind eine Meinung bilden kann.

d. Recht der Schülerinnen und Schüler auf Anhörung und Äusserung

Der Anspruch auf Anhörung und Äusserung steht bei Verfahren mit einem Kind als hauptbetroffene Partei in einem Spannungsverhältnis zur im Verwaltungsverfahren vorherrschenden Schriftlichkeit. So erfolgt auch die Anhörung der Parteien in der Regel schriftlich. Grundsätzlich besteht gemäss Art. 29 Abs. 2 BV kein Anspruch auf mündliche Anhörung, es sei denn, das kantonale Verfahrensrecht geht über die Minimalgarantie in Art. 29 Abs. 2 BV hinaus.[144] Weiter als Art. 29 Abs. 2 BV gehen auch die Mitwirkungsrechte der UN-Kinderrechtskonvention.[145] Eine mündliche Anhörung kann auch gestützt auf die verfassungsrechtliche Minimalgarantie bei zeitlicher Dringlichkeit, bei komplexen Sachverhalten oder wenn persönliche Eigenschaften einer Person entscheidwesentlich sind, geboten sein.[146] Sie ist demzufolge im Schulbereich bei einem drohenden disziplinarischen Schulausschluss sachgerecht, da sowohl zeitliche Dringlichkeit anzunehmen ist als auch das persönliche Verhalten des Kindes entscheidwesentlich ist.[147] Ebenso bedarf die Anordnung von sonderpädagogischen Massnahmen aufgrund der Komplexität des Sachverhalts des Einbezugs aller Beteiligten im Rahmen von Gesprächen.[148] Eine konsensuale Lösung steht im Vordergrund, damit lange Rechtsmittelverfahren verhindert werden können.[149] Im standardisierten Abklärungsverfahren sind als Grundlage für die Einschätzung der Entwicklungs- und Bildungsziele die geführten Gespräche aufzuführen. Bemerkungen zu abweichenden Einschätzungen des Kindes, der Erziehungsberechtigten oder der Personen aus dem derzeitigen professio- 8.58

[143] Rhinow et al., Rz. 318.
[144] BGE 134 I 140 E. 5.3.
[145] Dazu vorne Rz. ■.
[146] Kiener/Rütsche/Kuhn, Rz. 655.
[147] Siehe Kettiger Daniel/Schwander Marianne, Disziplinarischer Schulausschluss im Kanton Bern – Nachlese zu einem Bundesgerichtsurteil, Jusletter vom 27. Januar 2003, Anmerkung B, Rz. 34. Die Anhörung von Eltern und Kind soll demnach allenfalls getrennt durchgeführt werden. Vgl. auch Rohr, 200 f.
[148] So auch Plotke, Mitwirkungsrechte, 71.
[149] Vgl. Mizrahi Cyril, L'égalité des personnes handicapées dans le domaine de la formation, III.–VII., in: François Bellanger/Thierry Tanquerel (Hrsg.), L'égalité des personnes handicapées: principes et concrétisation, Zürich 2017, 204 ff., 228 f.

Einsicht

nellen Umfeld sind anzugeben.[150] Diese Vorgehensweise dient der Verwirklichung des rechtlichen Gehörs des Kindes, sie hilft aber auch bei der Feststellung des Sachverhalts und den Rechtsmittelinstanzen bei der Überprüfung der angefochtenen Verfügung.

8.59 In der Rechtsprechung wird die Rüge, das Kind sei nicht persönlich angehört worden, oft mit der Annahme beantwortet, es könne seine Meinung über seine Vertretung einbringen. So genügt es gemäss Bundesgericht, dass der Standpunkt des Kindes in anderer tauglicher Weise, zum Beispiel durch eine Eingabe seines Vertreters, Eingang in das Verfahren gefunden hat.[151] Decken sich die Interessen des Kindes nicht mit denjenigen der Eltern, die das Kind vertreten, ist dies jedoch eine unzulässige Annahme. Um dies überhaupt festzustellen, ist eine mündliche Anhörung des Kindes geboten.

8.60 Vom Grundsatz, wonach die Anhörung vorgängig zu erfolgen hat, kann bei Vorliegen einer gesetzlichen Grundlage abgewichen werden, wenn die Einschränkung verhältnismässig ist, nur temporär oder punktuell wirkt und die Anhörung so bald als möglich nachgeholt wird. Die Gefahr der Vereitelung einer prozessualen Massnahme, Dringlichkeit oder Praktikabilitätsgründe können Gründe für das Abweichen vom Grundsatz sein.[152]■umformuliert■ Im Bereich der Leistungsbewertung ist es üblich, das Kind nicht vor dem Entscheid anzuhören. Im Sinne einer raschen Entscheidfindung wird ebenfalls auf eine Anhörung verzichtet, wenn gleichzeitig eine grössere Zahl von Fällen in einem schematisierten Prozedere beurteilt wird. Dies bedeutet auch, dass das Rechtsmittelverfahren eine umso grössere Bedeutung erhält.[153] In individuellen schulrechtlichen Verfahren ist das Kind jedoch unter Berücksichtigung seiner Urteilsfähigkeit mit Bezug auf den konkreten Sachverhalt vorgängig anzuhören, so insbesondere bei der Anordnung von disziplinarischen oder sonderpädagogischen Massnahmen sowie Schulhauszuteilungsentscheiden. Hinsichtlich der Form ist weiter festzuhalten, dass die Anhörung eines Kindes ausserhalb des Unterrichts stattzufinden hat und in einem Rahmen, wo es seine Meinung ungehindert – in Abwesenheit der Eltern – äussern kann und sich ernst genommen fühlt.[154] Freie Äusserung bedeu-

[150] Schweizerische Konferenz der kantonalen Erziehungsdirektoren (EDK), Standardisiertes Abklärungsverfahren (SAV), Instrument des Sonderpädagogik-Konkordats als Entscheidungsgrundlage für die Anordnung verstärkter individueller Massnahmen, Bern 2014, 24.

[151] BGE 124 II 361 E. 3c.

[152] Kiener/Rütsche/Kuhn, Rz. 237.

[153] Plotke, Schulrecht, 686 f., 690.

[154] Plotke, Schulrecht, 688 f.; Plotke, Mitwirkungsrechte, 72 und 86.

Erstabzug

tet auch, dass auf das Kind kein Druck ausgeübt werden darf und es selbst entscheiden kann, ob es sich äussern möchte oder nicht.[155]

e. Akteneinsichtsrecht und Aktenführungspflicht

8.61 Art. 29 Abs. 2 BV räumt Parteien und Betroffenen als allgemeine Verfahrensgarantie einen Anspruch auf Akteneinsicht ein. Im Hinblick auf den Erlass einer Verfügung sollen die Verfahrensbeteiligten von den Entscheidungsgrundlagen vorbehaltlos, und ohne dass ein besonderes Interesse geltend gemacht werden muss, Kenntnis nehmen können. Ausserhalb eines hängigen Verfahrens ist ein schutzwürdiges Interesse glaubhaft zu machen.[156] Zum Teil ist das Recht auf Akteneinsicht gemäss kantonalem Recht aber auch an ein schutzwürdiges Interesse geknüpft und nicht an die Parteistellung im Verfahren.[157] Andere Verfahrensbestimmungen adressieren ausdrücklich die Eltern.[158] Das Akteneinsichtsrecht der Kinder ist, wenn sie direkt betroffen sind, ohne Weiteres zu bejahen. Das Akteneinsichtsrecht findet seine Grenzen an überwiegenden öffentlichen Interessen des Staates oder bei berechtigten Interessen Dritter. Diesfalls sind die einander entgegenstehenden Interessen abzuwägen.[159]

8.62 Von grosser praktischer Bedeutung im Schulbereich ist das Recht auf Akteneinsicht, um etwa Bewertungen von Prüfungen nachvollziehen zu können. Der Teilgehalt der Akteneinsicht ist Vorbedingung des eigentlichen Anhörungsrechts: Nur wer die entscheidwesentlichen Akten kennt, kann sein Anhörungsrecht wirksam und sachgerecht ausüben.[160] Vom Akteneinsichtsrecht nicht erfasst sind dabei verwaltungsinterne Akten.[161] Darunter fallen gemäss Rechtsprechung etwa handschriftliche Notizen der Experten bei mündlichen Prüfungen.[162] Der Anspruch auf rechtliches Gehör verlangt jedoch auch hier, dass wenigstens die wesentlichen Ergebnisse der verwaltungsinternen Meinungsbildung in der Begründung der Verfügung transparent gemacht werden. Hingegen ist das Bewertungsraster Teil der Ent-

[155] CRC, General Comment no. 12■, Ziff. 16 und 22 f.
[156] BGE 129 I 249 E. 3.
[157] Vgl. z.B. § 8 VRG/ZH.
[158] § 22 Volksschule-VO/AG.
[159] BGE 129 I 249 E. 3.
[160] Kiener/Rütsche/Kuhn, Rz. 625.
[161] Kiener/Rütsche/Kuhn, Rz. 633 f., auch zum Folgenden mit Hinweisen auf die Rechtsprechung; Rhinow et al., Rz. 338 und 1230 ff.
[162] Siehe etwa BGer, 2D_29/2015, 27.11.2015, E. 2.3.

Freiexemplar

scheidbegründung und muss herausgegeben werden. Umstritten ist sodann, ob Berichte des schulpsychologischen Dienstes herausgegeben werden müssen.[163]

8.63 Das Akteneinsichtsrecht setzt eine Aktenführungspflicht der Verwaltung voraus.[164] Die Schule hat die Pflicht, den Sachverhalt so zu ermitteln und zu dokumentieren, dass ihn nachfolgende Instanzen auch überprüfen können. Gespräche mit dem Kind und den Erziehungsberechtigten sind zu dokumentieren und das Protokoll ist dem Kind beziehungsweise den Erziehungsberechtigten zur Stellungnahme zu unterbreiten. Eines Protokolls bedarf es insbesondere auch im Hinblick auf ein allfälliges Rechtsmittelverfahren.[165]

8.64 Das Akteneinsichtsrecht wird am Sitz der Behörde gewährt, wobei sich die Parteien Notizen machen und allenfalls Fotokopien erstellen dürfen.[166]

f. Eröffnungs- und Begründungspflicht

8.65 Verfügungen sind den Betroffenen grundsätzlich persönlich zu eröffnen, wobei die Verfahrensordnungen in der Regel Schriftlichkeit vorsehen.[167]

8.66 Aus dem verfassungsrechtlichen Anspruch auf rechtliches Gehör wird sodann ein Anspruch auf die Begründung von Entscheiden der Behörden abgeleitet.[168] Umfang und Dichte der Begründung richten sich nach den Umständen im Einzelfall. Je weiter der behördliche Spielraum und je grösser die Anzahl von Sachverhaltselementen, desto ausführlicher ist die Begründung zu verfassen.[169] Entscheidend ist weiter die Eingriffsintensität des Entscheids.[170] Die Begründung muss jedenfalls so abgefasst sein, dass sich der oder die Betroffene über die Tragweite des Entscheids Rechenschaft geben kann und ihn in voller Kenntnis der Sache anfechten kann.[171]

---

163 Dazu Plotke, Schulrecht, 693. Tests nicht herauszugeben, wird als zulässig erachtet. Die Praxis, Testresultate nicht herauszugeben, ist heute hingegen nicht mehr haltbar (Plotke, Mitwirkungsrechte, 73).

164 BGE 138 V 218 E. 8.1.2.; BGE 130 II 473 E. 4.1.

165 BGE 124 V 389 E. 4a; BGE 130 II 473 E. 4.

166 BGE 126 I 7 E. 2b; BGE 108 Ia 5 E. 2.

167 Siehe z.B. Art. 31 Abs. 1 VRPG/BE.

168 BGE 142 I 86 E. 2.2; BGE 136 I 229 E. 5.2.

169 Mosimann Hans-Jakob, Entscheidbegründung. Begründung und Redaktion von Gerichtsurteilen und Verfügungen, Zürich/St. Gallen 2013, 6; Rhinow et al., Rz. 347.

170 BGE 112 Ia 107 E. 2b.

171 BGE 134 I 83 E. 4.1.

Einsatzzug

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung wird dem Anspruch bei Prüfungsentscheiden Genüge getan, wenn die Behörde auch nur mündlich kurz darlegt, welche Lösungen erwartet wurden und inwiefern die Antworten den Anforderungen nicht zu genügen vermochten.[172] Eine schriftliche Begründung wird in der Regel erst verfasst, wenn sich ein Beschwerdeverfahren abzeichnet.[173] Das Bundesgericht lässt die Heilung einer allfälligen Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör zu, wenn im kantonalen Rechtsmittelverfahren die Akteneinsicht mit der Möglichkeit zur Anfertigung von Kopien sowie anschliessend zur umfassenden Äusserung gewährt und insofern auch die vollständige Begründung zugänglich gemacht wird.[174] Nach den oben genannten Ausführungen gilt jedoch, dass an die Begründungspflicht umso höhere Anforderungen zu stellen sind, je stärker in die Rechtsstellung des Kindes eingegriffen wird. 8.67

g. Modalitäten

Die rechtsanwendenden Behörden sind verpflichtet, das rechtliche Gehör des Kindes altersgerecht umzusetzen; ansonsten kann es nicht effektiv wahrgenommen werden.[175] Die Behörden haben im Einzelfall die Form zu wählen, die den Gehörsanspruch des betroffenen Kindes gewährleistet. 8.68

h. Folgen der Gehörsverletzung

Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist formeller Natur. Seine Verletzung führt ungeachtet der materiellen Begründetheit des Rechtsmittels zur Gutheissung der Beschwerde und zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids.[176] Eine nicht besonders schwerwiegende Verletzung des rechtlichen Gehörs kann gemäss Bundesgericht jedoch ausnahmsweise als geheilt gelten, wenn die betroffene Person die Möglichkeit erhält, sich vor einer Rechtsmittelinstanz zu äussern, die sowohl den Sachverhalt als auch die Rechtslage frei überprüfen kann. Darüber hinaus ist selbst bei einer schwerwiegenden Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör von einer Rückweisung der Sache an die Vorinstanz abzusehen, wenn und soweit die Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen würde, die mit dem (der Anhörung gleichgestellten) Interesse 8.69

[172] BGer, 2D_34/2012, 26.10.2012, E. 2.1, mit weiteren Hinweisen.
[173] Plotke, Schulrecht, 691.
[174] BGer, 2D_34/2012, 26.10.2012, E. 2.1.
[175] Die Verpflichtung ergibt sich auch aus Art. 12 Abs. 1 KRK (vgl. CRC, General Comment no. 12■, Ziff. 19 und 34).
[176] BGE 135 I 279 E. 2.6.1.

Erstabzug

der betroffenen Partei an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wären.[177]

G. Zusammenfassende Schlussbetrachtung

8.70 Auch wenn das Kind in der Praxis mehr als früher als Subjekt und handelnde Person im Erziehungsprozess wahrgenommen wird, so geben die gesetzlichen Bestimmungen diese Entwicklung nach wie vor nicht überall hinreichend wieder.[178] Wünschbar wären klare formell-gesetzliche Bestimmungen, um die Rechte des Kindes zu stärken. Je nach Eingriffsintensität der schulrechtlichen Anordnung ist sodann nicht nur ein Anhörungsrecht, sondern ein eigentliches Mitwirkungsrecht zu fordern.

8.71 In der Rechtsprechung kommt die Stimme des Kindes noch zu wenig zur Geltung. Das Bewusstsein, dass das Mitwirkungsrecht des Kindes über den Anspruch auf rechtliches Gehör hinausgeht und dass im Sinne von Art. 11 Abs. 1 BV sowie der Garantien von Art. 12 KRK die Bedürfnisse des Kindes unabhängig von denjenigen der Eltern zu berücksichtigen sind, ist noch zu wenig entwickelt. Implizit wird oft die Annahme getroffen, die Ansicht der Eltern entspreche derjenigen des Kindes beziehungsweise das Kind könne sich durch die Eltern Gehör verschaffen. Die Wichtigkeit der sorgfältigen Abklärung des Sachverhalts durch die erstinstanzlichen Schulbehörden kann hier nur betont werden. Die Gewährleistung des Mitwirkungsrechts des Kindes stellt an die Schulbehörden hohe Anforderungen. Aufgrund der Schriftlichkeit des Verwaltungsverfahrens ist es besonders wichtig, das Kind auf dieser Stufe mündlich einzubeziehen. Nur aufgrund der Anhörung des Kindes können auch allfällige Interessenkollisionen mit den Eltern oder den Behörden festgestellt werden.

8.72 Im Zusammenhang mit der zunehmenden Verrechtlichung des Schulbereichs und der Ausdehnung des Rechtsschutzes wird zu Recht darauf hingewiesen, dass Transparenz und die Mitwirkung (der Erziehungsberechtigten) die Akzeptanz schulischer Massnahmen erhöhen und dass sich so allenfalls auch Rechtsmittelverfahren mit geringen Erfolgsaussichten vermeiden lassen.[179] Dies steht im Einklang mit den Forderungen der neueren Verwaltungsrechtslehre, die sich für die Ent-

[177] BGE 137 I 195 E. 2.3.2. Siehe auch BGer, 2C_433/2011, 1.6.2012.
[178] So bereits Plotke, Schulrecht, 376.
[179] Vgl. Hördegen, 167.

Entwurf

wicklung einer Verfahrenskonzeption ausspricht, die nicht nur die nachträgliche Behebung von Rechtsfehlern im Blick hat, sondern vermehrt Gewicht auf die Ex-ante-Perspektive legt.[180] Die Stärkung der Mitwirkungsrechte aller Verfahrensbeteiligten leistet einen Beitrag in diese Richtung.

Erstabzug

[180] Thurnherr, 121–123.

§ 9 Asylverfahren

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung 9.2
B. Parteistellung des Kindes 9.4
1. Minderjährige Asylsuchende 9.6
2. Unbegleitete minderjährige Asylsuchende 9.7
C. Wirkungen der Parteistellung 9.9
1. Anspruch auf rechtliches Gehör 9.10
a. Recht auf Äusserung 9.13
b. Recht auf Akteneinsicht 9.14
c. Recht zur Stellungnahme zum Beweisergebnis 9.16
2. Recht auf Vertretung und Verbeiständung 9.17
a. Recht auf Vertretung und Verbeiständung im Asylverfahren 9.18
b. Anforderungen an die Rechtsvertretung 9.20
3. Pflicht zur Mitwirkung bei Beweiserhebungen 9.22
4. Recht auf Prüfung und Begründung der Verfügung 9.26
5. Recht auf Beschwerde 9.28
6. Pflicht zur Kostenübernahme 9.29
7. Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege 9.31
D. Das selbstständig handelnde Kind 9.33
1. Parteifähigkeit 9.34
2. Prozessfähigkeit 9.36
a. Urteilsfähige minderjährige Asylsuchende 9.37
b. Urteilsunfähige minderjährige Asylsuchende 9.38
E. Das vertretene Kind 9.39
1. Gesetzliche Vertretung bei der Einreise in die Schweiz 9.40
a. Einreise mit Eltern 9.41
b. Einreise mit erwachsener Begleitperson 9.42
c. Einreise ohne Begleitperson 9.44
2. Mit der gesetzlichen Vertretung betraute Fachpersonen 9.45
a. Vertrauensperson 9.46
b. Beistandschaft oder Vormundschaft 9.63
F. Das mitwirkende Kind 9.73
1. Anhörung 9.74
a. Minderjährige Asylsuchende in Begleitung der Eltern 9.75
b. Unbegleitete minderjährige Asylsuchende 9.77
2. Mitwirkungspflicht als Zeuge oder Auskunftsperson 9.81
a. Zeuge 9.82
b. Auskunftsperson 9.83
G. Das Kind in der Mediation 9.84
H. Zusammenfassung 9.85

Erlaubnis

Beispiel 9.1

Ein afghanischer Staatsangehöriger der Ethnie Hazara verlässt seinen Heimatstaat im August 2015 und reist am 12. Oktober 2015 in die Schweiz ein, wo er gleichentags um Asyl nachsucht. Am 2. November 2015 erhebt das Staatssekretariat für Migration (SEM) im Empfangs- und Verfahrenszentrum seine Personalien, befragt ihn zum Reiseweg und summarisch zu den Gründen für das Verlassen seines Heimatstaates. Der Asylsuchende reicht eine Kopie seiner Tazkara (verbreitetes Identitätspapier Afghanistans) ein. Die im Auftrag des SEM erfolgte Knochenaltersanalyse ergibt, dass das Knochenalter etwa bei 18 Jahren liegt. Am 26. November 2015 gewährt das SEM dem Asylsuchenden das rechtliche Gehör zur Altersbestimmung und teilt ihm mit, dass es ihn für das weitere Verfahren nicht als minderjährig betrachte. Sein Geburtsdatum setzt es auf den 1. Januar 1997 fest. Am 12. April 2016 reicht der Asylsuchende durch die Gemeindeverwaltung eine Tazkara im Original mit einer Übersetzung ein und ersucht um Korrektur seines Geburtsdatums. Weiter ersucht er noch zwei weitere Male um Anhörung zu seinen Asylgründen. Am 14. November 2016 und 10. Januar 2018 stellt das SEM fest, dass er die Flüchtlingseigenschaft nicht erfüllt, lehnt sein Asylgesuch ab, korrigiert das Geburtsdatum nach unten, verfügt die Wegweisung und ordnet deren Vollzug an. Der Asylsuchende führt dagegen Beschwerde und macht namentlich geltend, er sei nach erfolgter Erstbefragung zu Unrecht als Volljähriger eingestuft worden. In der Folge sei das gesamte Asylverfahren ohne Beachtung der spezifischen Verfahrensvorschriften für unbegleitete minderjährige Asylsuchende durchgeführt worden, insbesondere sei ihm nie eine Vertrauensperson beigestellt worden. Das Geburtsdatum sei nach unten korrigiert worden, als sämtliche wesentlichen Verfahrensvorschriften bereits abgeschlossen gewesen seien. Das Bundesverwaltungsgericht heisst die Beschwerde gut, da das SEM weder die Echtheit der eingereichten Tazkara überprüft hat noch auf das Gesuch betreffend die Anpassung des Geburtsdatums eingetreten ist und ausserdem den Sachverhalt mittels Anhörung des Asylsuchenden erhoben hat, ohne dabei fundamentale Vorschriften zum Schutz von Minderjährigen beachtet zu haben.

(BVGer, D_2762/2018, 5.7.2018)

A. Einleitung

Unabhängig davon, ob ausländische Kinder sich in Begleitung ihrer Eltern, anderer Begleitpersonen oder allein in der Schweiz befinden und Asyl begehren, garantiert Art. 22 KRK ihnen Anspruch auf angemessenen Schutz und humanitäre Hilfe bei der Wahrnehmung ihrer Rechte. In den Jahren 2016 und 2017 beantragten 1997 beziehungsweise 733 unbegleitete minderjährige Asylsuchende in der Schweiz Asyl, was im Verhältnis zu allen Asylsuchenden 7,3 % respektive 4,05 % ausmachte.[1] Diese 9.2

[1] ‹https://www.sem.admin.ch/dam/data/sem/publiservice/statistik/asylstatistik/statistiken_uma/uma-2017-d.pdf› (besucht am 4.2.2019■).

besonders verletzliche Gruppe verdient in den folgenden Erläuterungen besondere Aufmerksamkeit.

9.3 Dieses Kapitel gliedert sich in folgende Abschnitte: Die Parteistellung von Kindern im Asylverfahren ist regelmässig gegeben (Rz. ■). Entsprechend stehen ihnen die Wirkungen der Parteistellung zu (Rz. ■). Unter bestimmten Voraussetzungen können oder müssen asylsuchende Kinder selbstständig handeln (Rz. ■). Unabhängig davon, ob sie sich von Eltern begleitet oder unbegleitet in der Schweiz aufhalten, sind alle Kinder im Asylverfahren in einer bestimmten Form vertreten (Rz. ■). Die Mitwirkung dieser Kinder (Rz. ■) sowie ihre Position in einer allfälligen Mediation ist gesondert zu betrachten (Rz. ■). Die wichtigsten Punkte des Verfahrens werden abschliessend zusammengefasst (Rz. ■).

B. Parteistellung des Kindes

9.4 Im Asylbereich ist die Parteistellung des Kindes im Verfahren an sich gegeben, die Qualität als unbegleitete (Rz. ■) minderjährige (Rz. ■) asylsuchende Person hingegen umstritten. Darum wird unter Parteistellung ebenfalls geklärt, ab wann Asylsuchende als unbegleitete minderjährige Asylsuchende (UMA) gelten.

9.5 Die minderjährige asylsuchende Person ist Subjekt respektive Adressatin einer Verfügung betreffend ein Asylverfahren, das heisst, sie wird durch die Verfügung direkt berechtigt oder verpflichtet. Damit gilt sie als *Partei*.[2]

1. Minderjährige Asylsuchende

9.6 Der Begriff der Minderjährigkeit im Asylverfahren stützt sich auf den zivilrechtlichen Begriff in Art. 14 ZGB (Art. 1a lit. d AsylV 1[3]). Die Anforderungen an das Glaubhaftmachen einer nicht durch Identitätspapiere belegbaren Minderjährigkeit sind in der Praxis hoch.[4] Bestehen Hinweise, dass eine angeblich minderjährige Person das Mündigkeitsalter bereits erreicht hat, so kann das SEM ein Altersgutachten veranlassen (Art. 17 Abs. 3[bis] AsylG). Mit Unterstützung wissenschaftlicher Methoden soll abgeklärt werden, ob die Altersangabe der asylsuchenden Person dem tatsächlichen Alter entspricht (Art. 7 Abs. 1 AsylV 1). Gemäss ständiger Recht-

[2] BVGer, E-7337/2006, 11.2.2008, E.3.2; SEM, Handbuch Asyl und Rückkehr, Artikel B4, 4.

[3] Asylverordnung 1 über Verfahrensfragen vom 11. August 1999 (AsylV 1; SR 142.311).

[4] Lischetti, 6.

Erstauzug

sprechung hat die Methode der Handknochenanalyse als Beweismittel nur einen beschränkten Aussagewert.[5] Das Bundesverwaltungsgericht verlangt, dass eine Abwägung sämtlicher Anhaltspunkte vorzunehmen ist, um die Glaubhaftigkeit des angegebenen Alters zu beurteilen.[6] Besonderes Gewicht erhalten allfällig vorhandene Identitätsdokumente, die Würdigung der Aussage der asylsuchenden Person zu seinem eigenen Alter sowie das äussere Erscheinungsbild.[7] Die internationalen Richtlinien[8] empfehlen, eine umfassende Altersbestimmung durchzuführen. Dabei ist die Reife der Person anhand der physischen Erscheinung, aber auch in psychologischer, kognitiver und verhaltensspezifischer Hinsicht zu berücksichtigen.[9] Wünschenswert wäre eine Begutachtung aus interdisziplinärer Sicht. Dabei ist die psychosoziale Reife des Jugendlichen höher zu gewichten als medizinische Analysen.[10] Gemäss Art. 10 Abs. 3 des Übereinkommens des Europarates zur Bekämpfung des Menschenhandels[11] ist die Person auch dann als minderjährig zu betrachten, wenn das Alter des Opfers nicht bekannt ist und Anlass zur Annahme besteht, dass es sich dabei um ein Kind handelt.[12]

2. Unbegleitete minderjährige Asylsuchende

Weder im Schweizer Asylgesetz noch in der Asylverordnung 1 findet sich eine nähere Umschreibung, ab wann minderjährige Asylsuchende als unbegleitet gelten.[13] 9.7

[5] Z.B. EMARK 2001/19; BVGer, E-3301/2012, 3.8.2012, E. 4.4; BVGer, E-4497/2015, 23.9.2015, E. 2.5.1. Gemäss dem SEM gilt die Kochenaltersanalyse als schwaches Indiz und dürfte durch das sogenannte Drei-Säulen-Modell ersetzt werden; SEM, Handbuch Asyl und Rückkehr, Artikel C9, 10.

[6] EMARK 2004/30■ E. 6.1.

[7] Ausführlich: Müller, Rz. 25 ff.; Corbaz, Rz. 495 ff.; siehe zur abgestuften Beweiskraft der einzelnen Anhaltspunkte SEM, Handbuch Asyl und Rückkehr, Artikel C9, 10.

[8] UNHCR, Guidelines on Policies and Procedures in dealing with Unaccompanied Children Seeking Asylum, Februar 1997, Ziff. 5.11; UN Committee on the Rights of the Child, General Comment No. 6 (2005), Treatment of Unaccompanied and Separated Children Outside their Country of Origin (CRC/GC/2005/6, 1.9.2005), Ziff. 31 (i).

[9] Müller, Rz. 37.

[10] Kritik ebenfalls zu finden in: SEM, Empfehlungen 2018, 11; gl.M. Lischetti, 6; siehe ebenfalls den Diskussionsvorschlag zur Anwendung der bayesschen Methodologie; Sironi/Vuille/Taroni, Rz. 23 ff.

[11] Übereinkommen zur Bekämpfung des Menschenhandels vom 16. Mai 2005, in Kraft getreten für die Schweiz am 1. April 2013 (SR 0.311.543).

[12] Zum Grundsatz «in dubio pro minore»: Rz. ■24■; ausführlich bei Müller, Rz. 38 ff.

[13] Die nicht direkt anwendbare Richtlinie 2011/95/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Dezember 2011 über Normen für die Anerkennung von Drittstaats-

Fragezeichen

Gemäss Rechtsprechung gilt als *begleitet,* wer sich mit den Eltern oder mit einer anderen sorgeberechtigten Person in der Schweiz aufhält[14] (siehe dazu differenzierend Rz. ■Teil 3, IV., B.1.■).

9.8 Alle anderen minderjährigen Asylsuchenden gelten als *unbegleitet,* haben eine besondere Stellung im Verfahren und erhalten Schutzmassnahmen.[15] So sind etwa Asylgesuche von minderjährigen Asylsuchenden prioritär zu behandeln (Art. 17 Abs. 2bis AsylG). Weiter ist die Anhörung altersgemäss auszugestalten (siehe Rz. ■ Teil 3, IV. C.1.■) und den unbegleiteten minderjährigen Asylsuchenden ist eine Vertrauensperson beizuordnen (siehe dazu vertieft Rz. ■Teil 3, IV. B.2.■).

C. Wirkungen der Parteistellung

9.9 Die Parteistellung gibt den betroffenen Minderjährigen verschiedene Rechte und Pflichten hinsichtlich ihrer Mitwirkung am Verfahren. Hierzu gehören der Anspruch auf rechtliches Gehör (Rz. ■), das Recht auf Vertretung und Verbeiständung (Rz. ■), die Pflicht zur Mitwirkung bei Beweiserhebungen (Rz. ■), das Recht auf Prüfung und Begründung des Entscheids oder der Verfügung (Rz. ■), das Recht auf Beschwerde (Rz. ■), die Pflicht zur Kostenübernahme (Rz. ■) sowie der Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege (Rz. ■).

1. Anspruch auf rechtliches Gehör

9.10 Im Verwaltungsverfahren haben die Adressaten einer Verfügung Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV; Art. 29 VwVG). Sofern andere Personen in ihren schutzwürdigen Interessen berührt werden oder ihnen das anwendbare Recht

angehörigen oder Staatenlosen als Personen mit Anspruch auf internationalen Schutz, für einen einheitlichen Status für Flüchtlinge oder für Personen mit Anrecht auf subsidiären Schutz und für den Inhalt des zu gewährenden Schutzes (ABl. L 337, 20.12.2011, 9–26) (sogenannte Qualifikationsrichtlinie) definiert in Art. 2 lit. l einen unbegleiteten Minderjährigen als «einen Minderjährigen, der ohne Begleitung eines für ihn nach dem Gesetz oder der Praxis des betreffenden Mitgliedstaats verantwortlichen Erwachsenen in das Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats einreist, solange er sich nicht tatsächlich in der Obhut eines solchen Erwachsenen befindet».

14 EMARK 2004/9 E.3.

15 SEM, Handbuch Asyl und Rückkehr, Artikel C9, 5. Zu den besonderen Rechten und Schutzmassnahmen siehe z.B. Müller, Rz. 8 ff.; von minderjährigen Opfern von Menschenhandel siehe Frei, 179 ff.

Einsehbar

ausdrücklich Parteistellung einräumt, können auch andere Personen als Partei in einem Verwaltungsverfahren teilnehmen (siehe Rz. ■Teil 3 II. A.1.■).

Das rechtliche Gehör dient einerseits der Sachaufklärung, andererseits stellt es ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht beim Erlass eines Entscheids dar, der in die Rechtsstellung des Einzelnen eingreift.[16] Da das rechtliche Gehör auch im Verwaltungsverfahren formeller Natur ist, führt dessen Verletzung zur Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheids. Eine Verletzung kann unter gewissen Umständen und ausnahmsweise im Rechtsmittelverfahren geheilt werden.[17] 9.11

Das rechtliche Gehör umfasst folgende Verfahrensrechte und -pflichten: 9.12

- das Recht auf Äusserung (Rz. ■);
- das Recht auf Akteneinsicht (Rz. ■);
- das Recht zur Stellungnahme zum Beweisergebnis (Rz. ■);
- das Recht auf Vertretung und Verbeiständung (Rz. ■);
- die Pflicht zur Mitwirkung bei Beweiserhebungen (Rz. ■);
- das Recht auf Prüfung und auf Begründung des Entscheids oder der Verfügung (Rz. ■);
- das Recht auf unentgeltliche Rechtspflege (Rz. ■).

a. Recht auf Äusserung

Das Äusserungsrecht umfasst den Anspruch der asylsuchenden Person, Stellung zu allen entscheidrelevanten Fragen zu nehmen und zu den wesentlichen Tatsachen Beweis zu führen, und die Pflicht der Behörden, sich mit den Argumenten auseinanderzusetzen.[18] Asylsuchende dürfen sich nicht nur zu den Asylgründen äussern, sondern sie müssen möglichst alle zentralen Fluchtgründe sogleich bei der Erstbefragung vorbringen. Gestützt auf diese Äusserungen werden die weiteren Verfahrensschritte geplant.[19] Im Asylverfahren besteht in Art. 29 AsylG der grundsätzliche Anspruch auf eine mündliche Anhörung. Keine förmliche Anhörung findet ausnahmsweise in den Fällen von Art. 36 Abs. 1 AsylG sowie gestützt auf Art. 111c AsylG bei Mehrfachgesuchen statt. Die Ausführungen zu den besonderen Anforderungen an die Anhörung von minderjährigen Asylsuchenden finden sich unter Rz. ■Teil 3 IV., C.1■. 9.13

[16] Z.B. BVGer, E-626/2018, 9.7.2018, E.6.1.
[17] Hruschka, Art. 29 AsylG N 2; SEM, Handbuch Asyl und Rückkehr, Artikel B4, 4.
[18] SEM, Handbuch Asyl und Rückkehr, Artikel B4, 5, m.w.H. auf Rechtsprechung.
[19] Caroni, 88.

Freiabzug

b. Recht auf Akteneinsicht

9.14 Grundsätzlich gewährt das SEM das Recht auf Akteneinsicht nach Abschluss aller Verfahrenshandlungen, jedoch vor Fällung des Entscheids. Ausnahmsweise kann bei Vorliegen eines eigenen schutzwürdigen Interesses auch nach Abschluss eines Verfahrens respektive unabhängig von der früheren Beteiligung an einem Verfahren Akteneinsicht gewährt werden.[20] Das Einsichtsrecht bezieht sich auf sämtliche Verfahrensakten, welche für den Erlass des Entscheids berücksichtigt werden könnten.[21]

9.15 Zwischen minderjährigen und volljährigen Asylsuchenden wird in Bezug auf das Recht auf Akteneinsicht keine Unterscheidung gemacht. Gemäss Art. 27 VwVG kann die Einsichtnahme bei entgegenstehenden, überwiegenden öffentlichen oder privaten Geheimhaltungsinteressen oder im Interesse einer noch nicht abgeschlossenen amtlichen Untersuchung verweigert werden. Eine Einsicht in die Protokolle der eigenen Aussagen kann daher bis zum Abschluss der Untersuchung verweigert werden.[22]

c. Recht zur Stellungnahme zum Beweisergebnis

9.16 Da die Parteien nicht zwingend Akteneinsicht verlangen, ist die Behörde gehalten, die Parteien über neue, ohne ihr Wissen den Akten beigefügte Beweismittel zu orientieren.[23] Das Recht zur Stellungnahme zum Beweisergebnis beinhaltet den Anspruch, Beweisanträge zu stellen, an der Beweiserhebung teilzunehmen und zum Beweisergebnis Stellung zu nehmen. Bei minderjährigen Asylsuchenden besteht die Gefahr, dass sie widersprüchliche Angaben machen oder dass ihre Aussagen als unglaubhaft gewertet werden (siehe sogleich Rz.■ sowie Rz. ■Teil 3 IV. C.1.■). Diese Qualifizierung der Aussagen stellt eine Beweiswürdigung dar, die nicht dem Anspruch auf vorgängige Stellungnahme unterliegt. Gleichwohl ist die asylsuchende Person mit diesen Widersprüchen zu konfrontieren, da die Behörden verpflichtet sind, den Sachverhalt von Amtes wegen abzuklären.[24]

---

20 SEM, Handbuch Asyl und Rückkehr, Artikel B4, 7.

21 BVGE 2013/23 E.6.4.1.

22 Stellungnahme des Bundesrats vom 23. August 2017 auf die Interpellation 17.3471 von Glättli Balthasar. Die korrekte Rechtsvertretung von unbegleiteten Kinderflüchtlingen und jugendlichen Flüchtlingen im Asylverfahren tatsächlich garantieren, ‹https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=41568# votum1› (besucht am ■).

23 BGE 132 V 367 E.6.2.

24 SEM, Handbuch Asyl und Rückkehr, Artikel B4, 12, mit Verweis auf BVGer, D-5262/2013, 21.2.2014, E. 3.1.4.

Erstabzug

2. Recht auf Vertretung und Verbeiständung

Im Anspruch auf rechtliches Gehör enthalten ist auch das Recht auf Vertretung und Verbeiständung (Art. 11 VwVG). Auch der urteilsfähige minderjährige Asylsuchende darf dieses Recht wahrnehmen (Rz. ■). Auf die Anforderungen an die Rechtsvertretung ist hier ebenfalls einzugehen (Rz. ■). 9.17

a. Recht auf Vertretung und Verbeiständung im Asylverfahren

Im Asylverfahren werden die Interessen von unbegleiteten asylsuchenden Minderjährigen von einer Rechtsvertretung als Vertrauensperson (Art. 17 Abs. 3 AsylG) wahrgenommen. Die Vertrauensperson bleibt in ihrem Amt, solange die unbegleiteten asylsuchenden Minderjährigen sich in einem Zentrum des Bundes oder am Flughafen befinden (Art. 17 Abs. 3 lit. a AsylG; Art. 7 Abs. 2 AsylV 1). Im Dublin-Verfahren dauert ihre Tätigkeit bis zur Überstellung der unbegleiteten minderjährigen asylsuchenden Person in den zuständigen Dublin-Staat und erstreckt sich auch auf Verfahren nach den Art. 76a und 80a des Ausländer- und Integrationsgesetzes vom 16. Dezember 2005 (AIG; Art. 7 Abs. 2bis AsylV 1). Nach Zuweisung der unbegleiteten minderjährigen Asylsuchenden in einen Kanton ernennen die kantonalen Behörden bis zur formellen Ernennung eines Beistands oder Vormunds eine Vertrauensperson (Art. 7 Abs. 2^{quater} AsylV 1). Urteilsfähige Minderjährige dürfen höchstpersönliche Rechte wie die Einreichung des Asylgesuchs selbst wahrnehmen. Sie benötigen dazu keine Zustimmung ihrer gesetzlichen Vertretung.[25] Der Verzicht auf die in den Zentren des Bundes zugewiesene Rechtsvertretung ist in Art. 7 Abs. 2ter AsylV 1 ausdrücklich vorgesehen. Die Vertrauensperson bleibt weiterhin zuständig für die Wahrnehmung der Interessen des unbegleiteten minderjährigen Asylsuchenden (Art. 7 Abs. 2ter AsylV 1). Sie hat gemäss hier vertretener Meinung auch dafür zu sorgen, dass der unbegleitete minderjährige Asylsuchende nicht ohne Rechtsvertretung bleibt.[26] 9.18

Sind die unbegleiteten minderjährigen Asylsuchenden einem Kanton zugewiesen und haben sie eine gesetzliche Vertretung in Form einer Beistandschaft oder Vormund erhalten, übernimmt diese in der Praxis häufig die rechtliche Vertretung. Im Kanton Bern werden die rechtliche und die gesetzliche Vertretung regelmässig durch zwei verschiedene Personen wahrgenommen.[27] 9.19

[25] SEM, Handbuch Asyl und Rückkehr, Artikel C9, 7, mit Verweis auf EMARK 1996/5.
[26] Vgl. Kritik in SEM, Empfehlungen 2018, 11.
[27] GL KESB Bern, Merkblatt Pflegeplatzabklärung von UMA bei Verwandten, 12; Herrendorff, Rz. 48.

Erstabzug

b. Anforderungen an die Rechtsvertretung

9.20 Zur Rechtsvertretung in den Zentren des Bundes sind sowohl Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte als auch Personen mit universitärem juristischem Hochschulabschluss zugelassen, die sich beruflich mit der Beratung und Vertretung von Asylsuchenden befassen (Art. 102i Abs. 4 AsylG).[28] Übernimmt eine Rechtsvertretung die Funktion einer Vertrauensperson, muss diese über Kenntnisse des Asylrechts, des Rechts betreffend das Dublin-Verfahren und der Kinderrechte sowie über Erfahrung im Umgang mit Minderjährigen verfügen (Art. 7 Abs. 3 AsylV 1; vgl. Rz. ■E. 2.2.a■).

9.21 Im *Beschwerdeverfahren* können Personen nach Art. 102m Abs. 3 AsylG zur amtlichen Verbeiständung insbesondere dann zugelassen werden, wenn folgende Anforderungen gemäss Art. 53 AsylV 1 gegeben sind:

- Sie sind handlungsfähig (lit. a);
- es bestehen gegen sie keine Verlustscheine und es liegen keine strafrechtlichen Verurteilungen vor, die mit der amtlichen Verbeiständung nicht vereinbar sind (lit. b);
- sie verfügen über einen universitären juristischen Hochschulabschluss einer schweizerischen Universität oder über ein gleichwertiges ausländisches Diplom (lit. c); und
- sie befassen sich seit mindestens einem Jahr hauptberuflich mit der Beratung und Rechtsvertretung von Asylsuchenden (lit. d).

3. Pflicht zur Mitwirkung bei Beweiserhebungen

9.22 Im Asylverfahren gilt zwar grundsätzlich die Untersuchungsmaxime (Art. 6 AsylG i.V.m. Art. 12 VwVG), dennoch kennt das Asylverfahren ausdrückliche Mitwirkungspflichten bei der Feststellung des Sachverhalts. Diese sind in Art. 8 AsylG festgelegt.[29] Die Asylsuchenden müssen insbesondere:

- ihre Identität offenlegen (Abs. 1 lit. a);
- im Empfangs- und Verfahrenszentrum Reisepapiere und Identitätsausweise abgeben (Abs. 1 lit. b.);

---

[28] Vgl. detailliert SEM, Zulassung zur Beratung und Rechtsvertretung im erweiterten Verfahren (Art. 102l nAsylG), ‹https://www.sem.admin.ch/dam/data/sem/asyl/verfahren/richtlinien-sem-zulassung-rechtsvertretung-d.pdf› (besucht am ■), 8 f.

[29] Ausführlich Caroni/Scheiber/Preisig/Zoeteweij, 389 ff.

Erstabzug

- bei der Anhörung angeben, weshalb sie um Asyl nachsuchen (Abs. 1 lit. c.);
- allfällige Beweismittel vollständig bezeichnen und sie unverzüglich einreichen oder, soweit dies zumutbar erscheint, sich darum bemühen, sie innerhalb einer angemessenen Frist zu beschaffen (Abs. 1 lit. d);
- bei der Erhebung der biometrischen Daten mitwirken (Abs. 1 lit. e);
- sich allenfalls einer medizinischen Untersuchung unterziehen (Abs. 1 lit. f);
- für die Übersetzung von Dokumenten in eine Amtssprache sorgen (Abs. 2);
- sich den Behörden zur Verfügung halten (Abs. 3);
- für den Vollzug der Wegweisung gültige Reisepapiere beschaffen (Abs. 4)[30].

9.23 Weiter haben Asylsuchende die Durchsuchung von sich und ihren mitgeführten Sachen zu dulden (Art. 9 AsylG). Personen, die ohne triftigen Grund ihre Mitwirkungspflicht verletzen oder den Asylbehörden während mehr als 20 Tagen nicht zur Verfügung stehen, verzichten damit auf eine Weiterführung des Verfahrens. Ihre Gesuche werden formlos abgeschrieben (Art. 8 Abs. 3bis AsylG).[31]

9.24 Diese Mitwirkungspflichten zielen darauf ab, die Flüchtlingseigenschaft nachzuweisen oder zumindest glaubhaft machen zu können (Art. 7 Abs. 1 AsylG). Glaubhaft gemacht ist die Flüchtlingseigenschaft, wenn die Behörde ihr Vorhandensein mit überwiegender Wahrscheinlichkeit für gegeben hält (Art. 7 Abs. 2 AsylG). Unglaubhaft sind insbesondere Vorbringen, die in wesentlichen Punkten zu wenig begründet oder in sich widersprüchlich sind, den Tatsachen nicht entsprechen oder massgeblich auf gefälschte oder verfälschte Beweismittel abgestützt werden (Art. 7 Abs. 3 AsylG).[32] Unbegleitete minderjährige Asylsuchende tragen dieselbe Beweislast, wobei die Praxis den gleichen Massstab wie bei Erwachsenen anwendet.[33]

9.25 Unbegleitete minderjährige Asylsuchende müssen ihre Flüchtlingseigenschaft glaubhaft machen und bei der Feststellung des Sachverhalts mitwirken. Es besteht dabei ein Spannungsfeld zur Urteilsfähigkeit des Kindes (siehe dazu Rz. ■Prozessfähigkeit■). Um glaubhaft zu sein, dürfen die Asylsuchenden in der Anhörung zu den Asylgründen keine widersprüchlichen Aussagen machen. Die Rechtsprechung

---

30 Art. 11 BV fixiert das Kindeswohl als staatlichen Entscheidungsmassstab. Gleichwohl lässt sich weder aus der UN-Kinderrechtskonvention noch aus Art. 11 Abs. 1 BV einen Anspruch auf Erteilung oder Verlängerung einer Aufenthaltsbewilligung ableiten; BGE 126 II 377 E. 5d; BGE 124 II 361 E. 3b; vgl. dazu Rz. ■.

31 Ausführlich dazu: Nufer, 3 ff.; kritisch zu Art. 8 Abs. 3bis AsylG: Khammas, 123; Mösch, Fn. 70.

32 Ausführlich Corbaz, Rz. 432 ff.

33 Lischetti, 9.

Fristabzug

verlangt ausserdem, dass ihre Aussagen klar und vollständig sind.[34] Auch aus diesem Grund sind minderjährige Asylsuchende zum einen auf eine professionelle, sprich kindgerecht ausgestaltete Anhörung angewiesen (siehe dazu Rz. ■Teil 3 IV. C.1.■). Zum anderen muss es auch zur Aufgabe der Vertrauensperson gehören, dem minderjährigen Asylsuchenden die Bedeutung des Glaubhaftmachens deutlich zu machen und ihn auf die Anhörung vorzubereiten.[35] Dem hohen Beweismassstab können minderjährige Asylsuchende häufig nicht gerecht werden, weshalb dieser gesenkt werden sollte. Zudem sollte bei der Würdigung der Glaubhaftigkeit ihrer Aussagen die Persönlichkeit, das Alter und der Reifegrad des Kindes berücksichtigt werden.[36] Gemäss dem UNHCR sollte zudem im Zweifel grundsätzlich für das Kind entschieden werden.[37]

4. Recht auf Prüfung und Begründung der Verfügung

9.26 Grundsätzlich sind Verfügungen auch im Asylverfahren schriftlich zu eröffnen (Art. 12, Art. 12a, Art. 13 AsylG). Sie können aber in geeigneten Fällen mündlich eröffnet und summarisch begründet werden (Art. 12 Abs. 3 AsylG). Die Begründung muss die für die Entscheidfindung massgeblichen Überlegungen enthalten, damit die vom Entscheid betroffene Person den Entscheid nachvollziehen und ihre Erfolgsaussichten in einem Beschwerdeverfahren abschätzen kann.[38] Die mündliche Eröffnung ist samt Begründung protokollarisch festzuhalten und den Asylsuchenden oder ihrer bevollmächtigten Person ist ein Protokollauszug auszuhändigen (Art. 12 Abs. 3 AsylG; Beschwerdeverfahren: Art. 111a^{bis} Abs. 2 AsylG).

9.27 In Bezug auf die *unbegleiteten minderjährigen Asylsuchenden* gilt es zu differenzieren: Verfügt der unbegleitete minderjährige Asylsuchende über eine Vertrauensperson, so ist die erstinstanzliche Verfügung sowohl der minderjährigen Person als auch der Vertrauensperson zu eröffnen. Die Beschwerdefrist im Beschwerdeverfahren auf Bundesebene beginnt an dem auf die spätere Eröffnung dieser Verfügung folgenden Tag zu laufen (Art. 53a AsylV 1). Ist für den unbegleiteten minderjährigen Asylsuchenden eine Vormundschaft oder eine Beistandschaft mit Vertretungsrecht errichtet worden, so werden Verfügungen und Mitteilungen der Vertretung

[34] BVGer, E-1928/2014, 24.7.2014, E.2.4; EMARK 1992/2 E. 6d.
[35] UNHCR, Empfehlungen 2019, 41.
[36] Wintsch, 39 f.; Corbaz, Rz. 435 ff.
[37] UNHCR, Richtlinie 2009, 31; gemäss Müller ist der ungeschriebene Grundsatz in der Schweiz grundsätzlich anerkannt; Müller, Rz. 38.
[38] SEM, Handbuch Asyl und Rückkehr, Artikel B4, 14.

Fischbezug

zugestellt. Eine allenfalls vorhandene gewillkürte Vertretung wird die Entscheide entgegennehmen und an die gesetzliche Vertretung weiterleiten (siehe dazu Rz. ■ E. 2■).

5. Recht auf Beschwerde

Urteilsfähige Minderjährige können in den Bereichen, in denen ihnen Partei- und Prozessfähigkeit zukommt, also namentlich im Bereich der höchstpersönlichen Rechte, Beschwerde erheben, soweit die weiteren allgemeinen Voraussetzungen des Beschwerderechts gestützt auf Art. 48 VwVG erfüllt sind. Dies bedeutet in formeller Hinsicht, dass die Personen am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen haben oder trotz Berechtigung keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten haben (Art. 48 Abs. 1 lit. a VwVG). Weiter müssen die Personen durch die angefochtene Verfügung besonders berührt sein und über ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Änderung der Verfügung verfügen (Art. 48 Abs. 1 lit. b und lit. c VwVG),[39] was in Verfahren betreffend unbegleitete minderjährige Asylsuchende regelmässig gegeben ist. 9.28

6. Pflicht zur Kostenübernahme

Das *SEM* kann eine Gebühr von CHF 600.– erheben, sofern es ein Wiedererwägungs- oder Mehrfachgesuch ablehnt oder darauf nicht eintritt (Art. 111d Abs. 1 AsylG; Art. 7c Abs. 1 AsylV 1). Das SEM kann von der gesuchstellenden Person einen Gebührenvorschuss in der Höhe der mutmasslichen Verfahrenskosten verlangen. Im Verfahren mit unbegleiteten Minderjährigen verzichtet es jedoch darauf, wenn das Wiedererwägungs- oder Mehrfachgesuch nicht von vornherein aussichtslos erscheint (Art. 111d Abs. 3 lit. b AsylG). 9.29

Das *Bundesverwaltungsgericht* verlangte seit dem Jahr 2003 auch bei minderjährigen Asylsuchenden einen Kostenvorschuss, wenn sich die Beschwerde als offensichtlich aussichtslos zeigte.[40] Im Jahr 2017 wies das Bundesgericht das Bundesverwaltungsgericht an, zukünftig keine Kostenvorschüsse für unbegleitete minderjährige Asylsuchende mehr zu verlangen. Von dieser Anweisung ausgenommen seien vermögende unbegleitete minderjährige Asylsuchende. Das Bundesgericht erwog, dass ein Kostenvorschuss den Zugang zur Justiz übermässig erschwere. Die 9.30

[39] PraKomm VwVG-Marantelli/Huber, Art. 48 N 18.
[40] EMARK, Mitteilung 1/2003.

Freiexemplar

Beschwerdeverfahren unbegleiteter minderjähriger Asylsuchender würden regelmässig hohe Rechtsgüter wie die psychische und physische Integrität wie auch etwa die Menschenwürde betreffen. Das Bundesgericht verwies ausserdem auf den besonderen Schutz, den die UN-Kinderrechtskonvention in Art. 22 für Flüchtlingskinder vorsieht, und die prioritäre Behandlung ihrer Anträge im Asylverfahren.[41] Folgerichtig müsste eine analoge Anwendung auf begleitete Minderjährige möglich sein, da in der Regel dieselben Voraussetzungen gegeben sind.[42]

7. Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege

9.31 Bislang galt für Asylsuchende kein grundsätzlicher Anspruch auf kostenlose Rechtsvertretung. Mit der Neustrukturierung des Asylbereichs[43] wurde die unentgeltliche Rechtsberatung und Rechtsvertretung für alle Asylsuchenden eingeführt (Art. 102f ff. AsylG■). Dieser Anspruch gilt auch für entscheidrelevante Schritte im Rahmen des erweiterten Verfahrens (Art. 102l Abs. 1 AsylG i.V.m. Art. 52f AsylV 1). Für das Beschwerdeverfahren im erweiterten Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht hat die asylsuchende Person Antrag auf unentgeltliche Rechtsvertretung zu stellen (Art. 102m Abs. 1 lit. a AsylG). Die Unentgeltlichkeit der Rechtsvertretung wird gewährt, wenn die asylsuchende Person mittellos ist und die Beschwerde nicht von vornherein aussichtslos erscheint (Art. 65 Abs. 1 VwVG).[44] Für das beschleunigte Verfahren und das Dublin-Verfahren bleiben die in der Vorbereitungsphase zugewiesenen Rechtsvertretungen zuständig (Art. 102h AsylG).

9.32 In den Bundeszentren und am Flughafen nehmen die Rechtsvertretungen die Funktion der Vertrauensperson ein (Art. 17 Abs. 3 lit. a und Art. 102k Abs. 1 lit. e AsylG), womit den unbegleiteten minderjährigen Asylsuchenden ebenfalls grundsätzlich die unentgeltliche Rechtspflege zukommt.

D. Das selbstständig handelnde Kind

9.33 Die folgenden Ausführungen fokussieren sich auf die Parteifähigkeit (Rz. ■) sowie die Prozessfähigkeit (Rz. ■) von minderjährigen Asylsuchenden.

---

41 BGer, 12T_2/2016, 16.10.2017, E.5.3.

42 Gl.M. Leyvraz, 2.

43 Asylgesetz, Änderung vom 25. September 2015 (AS 1999 2262).

44 Caroni, 91; Caroni/Scheiber/Preisig/Zoeteweij, 415.

Erstabzug

1. Parteifähigkeit

Die Parteifähigkeit eines Minderjährigen im öffentlichen Recht, die Grundrechtsfähigkeit, bestimmt sich nach den Regeln des Zivilrechts, namentlich Art. 11 ZGB,[45] und als prozessrechtliche Seite der Rechtsfähigkeit nach Art. 66 ZPO: Parteifähig ist, wer rechtsfähig ist. 9.34

Im *Asylbeschwerdeverfahren* kann eine Person dann als Partei auftreten, wenn sie selbst am Asylverfahren teilgenommen und einen Antrag gestellt hat respektive persönlich vor einer schweizerischen Asylbehörde aufgetreten ist.[46] 9.35

2. Prozessfähigkeit

Im *Verwaltungsverfahren nach VwVG* werden urteilsfähige Minderjährige ihre Rechte in der Regel durch ihre gesetzliche Vertretung wahrnehmen (lassen). Ausnahmsweise kann die oder der urteilsfähige Minderjährige im Bereich der höchstpersönlichen Rechte oder durch gesetzliche Ermächtigung selbstständig handeln:[47] Auch im Asylverfahren ist zwischen urteilsfähigen (Rz. ■) und urteilsunfähigen (Rz. ■) Kindern zu unterscheiden. 9.36

a. Urteilsfähige minderjährige Asylsuchende

Sowohl das Einreichen eines Asylgesuches als auch das Ergreifen von damit zusammenhängenden Rechtsmitteln werden als relativ höchstpersönliche Rechte qualifiziert, die ein minderjähriger, aber urteilsfähiger Gesuchsteller ohne Zustimmung seiner gesetzlichen Vertretung ausüben darf.[48] Damit ist im Zusammenhang mit dieser Frage prozessfähig, wer urteilsfähig ist.[49] Als urteilsfähig gilt die minderjährige asylsuchende Person, wenn sie die Bedeutung und den Zweck des Asylverfahrens erfassen kann. Im Besonderen muss sie die Verfolgungssituation, die Gründe und die Befürchtungen, die sie zum Verlassen des Herkunftslands veranlasst haben, nachvollziehbar schildern können.[50] Die Urteilsfähigkeit wird pauschal 9.37

[45] Bucher, Rechtsstellung, 54.
[46] Bolz, 334.
[47] PraKomm VwVG-Marantelli/Huber, Art. 6 N 14.
[48] Etwa BVGer, D-5114/2010, 9.1.2013, E.2.1 f. m.w.H.; Wintsch, 37 f.
[49] Urteilsfähigkeit im Sinne des zivilrechtlichen Begriffs (Art. 16 ZGB); SEM, Empfehlungen 2018, 29; detailliert bei Corbaz, Rz. 529; kritisch zum Verhältnis zwischen Art. 16 ZGB und Art. 12 KRK: Corbaz, Rz. 533 ff.
[50] SEM, Handbuch Asyl und Rückkehr, Artikel C9, 11.

Freiexemplar

ab dem 14. Altersjahr angenommen.[51] Auch hier ist darauf hinzuweisen, dass diese Altersgrenze nicht strikt anzuwenden ist, sondern im Einzelfall das Vorliegen der Urteilsfähigkeit in Bezug auf die Rechtsfrage und den Jugendlichen oder die Jugendliche zu prüfen ist.[52]

b. Urteilsunfähige minderjährige Asylsuchende

9.38 Urteilsunfähige asylsuchende Kinder müssen sich durch ihre gesetzliche Vertretung, einen ernannten Beistand oder Vormund, vertreten lassen. Hat ein unbegleitetes unmündiges Kind (noch) keine solche gesetzliche Vertretung, wird in der Lehre die Befürchtung geäussert, in der Praxis werde ein von einem urteilsunfähigen Minderjährigen eingereichtes Gesuch erst gar nicht geprüft. Es wird darauf hingewiesen, dass in Anwendung von Art. 12 VwVG i.V.m. Art. 6 AsylG der Sachverhalt, namentlich ob eine Verfolgungsgefahr für das Kind vorliegt, von Amtes wegen abzuklären ist.[53] Richtigerweise lässt sich das SEM von der anzuordnenden gesetzlichen Vertretung das Einreichen des Asylgesuchs bestätigen (siehe Rz. ■C.1.■). Die Rechtsvertretung wird direkt an den Instruktionsmassnahmen mitwirken. Angehörige des urteilsunfähigen minderjährigen Asylsuchenden oder Begleitpersonen, die seine Situation kennen, werden als Drittpersonen angehört.[54] Der Verzicht auf eine Anhörung urteilsunfähiger minderjähriger Asylsuchender widerspricht dem Verständnis von Art. 12 KRK (siehe Rz. ■F.1.■).

E. Das vertretene Kind

9.39 Die Vertretungsverhältnisse des minderjährigen Asylsuchenden werden hinsichtlich seiner gesetzlichen Vertretung (Rz. ■) und der involvierten Fachpersonen (Rz. ■) dargestellt.

1. Gesetzliche Vertretung bei der Einreise in die Schweiz

9.40 Alle minderjährigen Asylsuchenden in der Schweiz müssen über eine gesetzliche Vertretung verfügen. Es ist zwischen minderjährigen Asylsuchenden, die mit ihren

---

51 Corbaz, Rz. 530, mit weiteren Hinweisen auf die ständige Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts.

52 Vgl. etwa auch SEM, Handbuch Asyl und Rückkehr, Artikel C9, 11.

53 Z.B. Motz, 485 f.; Mösch, Rz. 9.

54 SEM, Handbuch Asyl und Rückkehr, Artikel C9, 12.

Erstauflage

Eltern (Rz. ■), mit einer erwachsenen Begleitperson (Rz. ■) oder unbegleitet (Rz. ■) in die Schweiz einreisen, zu unterscheiden.

a. Einreise mit Eltern

Reisen Minderjährige mit ihren rechtlichen Eltern respektive mit Erwachsenen, die über die elterliche Sorge verfügen, ein, so gelten sie als begleitet. Damit sind sowohl rechtliche Eltern als auch Adoptiveltern erfasst.[55] In Dublin-Fällen gelten als Familienangehörige gemäss Art. 2 lit. g Dublin-III-Verordnung[56] der Vater, die Mutter oder ein anderer Erwachsener, der entweder nach dem Recht oder nach den Gepflogenheiten des Mitgliedstaats, in dem der Erwachsene sich aufhält, für den Minderjährigen verantwortlich ist. Entsprechend sind beispielsweise auch Pflegeeltern als Familienangehörige und damit als rechtlich verantwortliche Begleitung des minderjährigen Asylsuchenden anzuerkennen.[57] 9.41

b. Einreise mit erwachsener Begleitperson

Ein minderjähriges Kind, das mit nahen Verwandten in die Schweiz einreist, mit welchen es in einem gemeinsamen Haushalt im Sinne einer wirtschaftlichen Einheit gelebt hat, wird dann als begleitet betrachtet, wenn die Begleitpersonen für das Kind (finanziell) aufkamen und für ihn nach dem Gesetz oder dem Gewohnheitsrecht Verantwortung übernahmen.[58] Volljährigen Geschwistern steht die elterliche Sorge nicht von Amtes wegen zu.[59] Haben minderjährige Asylsuchende nicht mit den Begleitpersonen im gemeinsamen Haushalt gelebt, so kann die KESB diese Begleitpersonen als gesetzliche Vertretung ernennen, soweit sie weiterhin bereit sind, die Verantwortung einschliesslich Betreuung zu übernehmen, und diese Lösung das Kindeswohl am besten wahrt.[60] 9.42

---

55 SEM, Handbuch Asyl und Rückkehr, Artikel C9, 5.

56 Verordnung (EU) Nr. 604/2013 des europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaats, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen in einem Mitgliedstaat gestellten Antrag auf internationalen Schutz zuständig ist (ABl. L 180, 29.6.2013, 31–59).

57 SEM, Erläuternder Bericht zur Verordnung über die Anpassung verschiedener Verordnungen aufgrund von Neuerungen bezüglich dem Dublin/Eurodac-Acquis, Juni 2015, 5.

58 SEM, Handbuch Asyl und Rückkehr, Artikel C9, 6.

59 EMARK 2004/9.

60 SEM, Handbuch Asyl und Rückkehr, Artikel C9, 6.

Entwurf

9.43 In Bezug auf möglichen Menschenhandel muss immer auch bedacht werden, dass die Begleitpersonen des Kindes oder dessen Familie zu den Tätern gehören können. Dies muss sowohl bei der Ernennung der Begleitperson als Beistandschaft als auch bei der Risikoabschätzung anlässlich einer Familienzusammenführung oder der Rückkehr ins Heimatland bedacht werden.[61]

c. Einreise ohne Begleitperson

9.44 Fehlen sowohl Eltern als auch geeignete Angehörige, gelten minderjährige Asylsuchende als unbegleitet. Aufgrund einer Meldung der kantonalen Behörden respektive der Vertrauensperson (Art. 17 Abs. 3 AsylG), die als Gefährdungsmeldung i.S.v. Art. 443 Abs. 2 ZGB zu verstehen ist,[62] wird die KESB verpflichtet abzuklären, ob neben allfälligen anderen Kindesschutzmassnahmen eine Vormundschaft oder eine Beistandschaft zu errichten ist (dazu sogleich Rz. ■Teil II, C.2.a■).

2. Mit der gesetzlichen Vertretung betraute Fachpersonen

9.45 Im Verwaltungsrecht existiert keine explizite Verfahrensvertretung für Kinder, wie dies im Zivilrecht der Fall ist. Im Asylverfahren nehmen Vertrauenspersonen (Rz. ■) oder eine Beistandschaft respektive eine Vormundschaft (Rz. ■) die gesetzliche Vertretung für unbegleitete minderjährige Asylsuchende wahr.

a. Vertrauensperson

9.46 *Unbegleitete minderjährige Asylsuchende* erhalten für die Dauer des Verfahrens (Rz. ■) eine Vertrauensperson zugewiesen (Rz. ■), deren Aufgaben (Rz. ■) umfassend sind. Entsprechend sind an die Vertrauensperson hohe Anforderungen zu stellen (Rz. ■). Das direkte Verhältnis zwischen der Vertrauensperson und dem Kind ist abschliessend zu analysieren (Rz. ■).

aa. Dauer der Interessenwahrnehmung

9.47 Gemäss Art. 17 Abs. 3 AsylG nehmen die Vertrauenspersonen die Interessen von unbegleiteten minderjährigen Asylsuchenden für die Dauer des Verfahrens im Zentrum des Bundes oder am Flughafen wahr (lit. a). Nach der Zuweisung in einen Kanton übernimmt die durch die zuständigen kantonalen Behörden bestimmte Vertrauensperson die Interessenvertretung des unbegleiteten minderjährigen Asyl-

[61] Frei, 184 f.

[62] Affolter-Fringeli, 486.

Erstabzug

suchenden bis zur Ernennung einer Beistand- oder Vormundschaft (lit. b). Seit Inkrafttreten der Neustrukturierung des Asylbereichs am 1. März 2019 und der damit verbundenen Gesetzesrevision *beginnt* die Vertrauensperson ihre Tätigkeit nach Einreichung des Asylgesuchs und übt diese für die gesamte Dauer des Verfahrens in einem Zentrum des Bundes aus (Art. 17 Abs. 3 lit. b AsylG i.V.m. Art. 7 Abs. 2 AsylV 1), und zwar auch dann, wenn die gemachten Altersangaben vom SEM noch bezweifelt und abgeklärt werden müssen. Folglich sollte bereits bei der Erstbefragung eine Vertrauensperson anwesend sein.[63] In Dublin-Verfahren waren schon unter altem Recht Vertrauenspersonen vor der Kurzbefragung zu bestellen, da in diesen Verfahren keine Anhörung erfolgt.[64]

Die Dauer der Tätigkeit hängt nebst dem Eintritt der Volljährigkeit (Art. 7 Abs. 2 und Abs. 2bis AsylV 1) von der Verfahrensart ab: Grundsätzlich dauert die Tätigkeit der Vertrauensperson an, solange sich der unbegleitete minderjährige Asylsuchende in einem Zentrum des Bundes oder am Flughafen aufhält (Art. 7 Abs. 2 AsylV 1). Bezogen auf die einzelnen Phasen dauert die Tätigkeit der Vertrauensperson im *erweiterten Verfahren* in der Regel bis zum Entscheid, dass ein erweitertes Verfahren zur Anwendung kommt, d.h. bis und mit Anhörung zu den Asylgründen. Im *beschleunigten Verfahren* bleibt die Vertrauensperson hingegen tätig bis zum Vollzug einer allfälligen Wegweisung oder zur Gewährung von Asyl beziehungsweise zu einer vorläufigen Aufnahme und mithin bis zum Zeitpunkt, an dem der Kanton eine Beistandschaft oder Vormundschaft einsetzt.[65] Ist der Vollzug der Wegweisung angeordnet worden und der Asylentscheid in einem Zentrum des Bundes in Rechtskraft erwachsen oder das Asylgesuch in einem Zentrum des Bundes abgeschrieben worden, hat der Aufenthaltskanton für die minderjährigen Asylsuchenden eine Vertrauensperson zu ernennen (Art. 7 Abs. 2^{quater} AsylV 1). Im *Dublin-Verfahren* dauert die Tätigkeit der zugewiesenen Rechtsvertretung als Vertrauensperson bis zur Überstellung des unbegleiteten minderjährigen Asylsuchenden in den zuständigen Dublin-Staat oder bis zum Eintritt der Volljährigkeit und erstreckt sich ebenfalls auf Verfahren nach den Art. 76a und 80a AIG (Art. 7 9.48

[63] Unter altem Recht begann die Tätigkeit der Vertrauensperson mit der Kurzbefragung nach Art. 26 Abs. 2 aAsylG (Art. 7 Abs. 2bis aAsylV 1). Gemäss ständiger Rechtsprechung besteht jedoch keine Verpflichtung, eine Kurzbefragung nur in Anwesenheit einer Vertrauensperson durchzuführen; BVGer, D-7857/2015, 4.3.2016, E.5.4; BVGer, E-8390/2015, 15.3.2016, E.6.1; zu Recht kritisch dazu Frehner/Nufer, 267■Seitenzahl korrekt?■; Corbaz, Rz. 486.

[64] BVGE 2011/23: gesonderte Verfahrensbestimmungen zum Schutz von UMA gelten auch in Dublin-Verfahren.

[65] SEM, Empfehlungen 2018, 29.

Erstabzug

Abs. 2bis AsylV 1). So ist insbesondere die Vertrauensperson zu informieren, bevor eine unbegleitete minderjährige Person im Dublin-Verfahren verhaftet wird (Art. 80a Abs. 6 AIG). Ist die Schweiz zuständiger Dublin-Staat und wird darum ein nationales Verfahren eröffnet, bleibt die bereits im Rahmen des Dublin-Verfahrens ernannte Vertrauensperson in ihrer Funktion.[66]

9.49 Ordnet ein Kanton nach Zuweisung des unbegleiteten minderjährigen Asylsuchenden nicht sofort die notwendigen Kindesschutzmassnahmen an, wird dem unbegleiteten minderjährigen Asylsuchenden als Übergangslösung unverzüglich eine Vertrauensperson beigeordnet (Art. 17 Abs. 3 lit. b AsylG; Art. 7 Abs. 2quater AsylV 1). Die Kantone sind nicht nur grundsätzlich verpflichtet, Kindesschutzmassnahmen zu ergreifen,[67] sondern sie sollten diese frühzeitig prüfen und einleiten, damit eine lückenlose Begleitung des unbegleiteten minderjährigen Asylsuchenden mit möglichst wenig Wechseln bei den Fachpersonen gewährleistet werden kann. Um dies zu erreichen, nimmt die Vertrauensperson, die gemäss Art. 17 Abs. 3 lit. a 2. Halbsatz AsylG für die Koordination mit den kantonalen Behörden zuständig ist, eine wichtige Rolle ein.

bb. Zuweisung und Verzicht

9.50 Die Zuordnung einer Vertrauensperson stellt eine zwingend anzuordnende Massnahme dar, die die Wahrung der Verfahrensrechte und -pflichten des unbegleiteten minderjährigen Asylsuchenden sicherstellen soll. Unter altem Recht war ein Verzicht weder durch das SEM noch durch den unbegleiteten minderjährigen Asylsuchenden möglich. Eine Missachtung dieser Verpflichtung im erstinstanzlichen Verfahren gilt als Verletzung des rechtlichen Gehörs und führt in der Regel zur Kassation der angefochtenen Verfügung. Eine Heilung ist nur in Ausnahmefällen zulässig.[68]

9.51 Mit Inkraftsetzung der revidierten Asylverordnung 1 ist ein Verzicht auf die Rechtsvertretung gestützt auf Art. 7 Abs. 2ter AsylV 1 durch die minderjährige asylsuchende Person möglich. Gemäss der ihr zugeordneten Doppelrolle (Art. 17 Abs. 3 AsylG) bleibt die Vertrauensperson in den Bundeszentren und am Flughafen weiterhin für die Wahrnehmung der Interessen der minderjährigen asylsuchenden Person zuständig (Art. 7 Abs. 2ter AsylV 1). Der rechtsgültige Verzicht erfordert die Urteilsfähigkeit des unbegleiteten minderjährigen Asylsuchenden. Die Urteilsfähig-

66 SEM, Erläuternder Bericht, 6.
67 Lischetti, 7.
68 BVGer, D-5672/2014, 6.1.2016, E.5.3.4.

Entwurf

keit ist gemäss den Kriterien von Art. 16 ZGB unter Berücksichtigung des konkreten Sachverhalts und der Reife der asylsuchenden Person zu beurteilen (siehe bereits Rz. ■37 Prozessfähigkeit■).[69] Diese Regelung wurde im Vernehmlassungsverfahren zu Recht kritisiert: Ein Verzicht auf eine Rechtsvertretung sollte grundsätzlich nicht möglich sein.[70] Und wenn die zugewiesene Rechtsvertretung nicht das Vertrauen der minderjährigen asylsuchenden Person geniesst, dann kann sie auch schwerlich als ihre Vertrauensperson deren Interessen wahrnehmen (siehe bereits ■Rz. 17 Recht auf Rechtsbeistand■ und sogleich Rz. ■).

cc. Aufgaben

Eine Vertrauensperson hat die Interessen der minderjährigen asylsuchenden Person zu wahren und sie bei allen Verfahrensschritten im Asyl-, im Dublin- oder im Beschwerdeverfahren zu begleiten und zu unterstützen.[71] Die Interessenwahrung muss umfassend sein: Die Vertrauensperson hat in allen Phasen des Verfahrens den unbegleiteten minderjährigen Asylsuchenden in altersgemässer Sprache über das Asylverfahren sowie seine Rechte und Pflichten zu informieren. Sie unterstützt ihn in der Ausübung seiner Verfahrensrechte und allenfalls beim Wiederherstellen von Familienkontakten. Dabei stellt sie sicher, dass seine Wünsche und seine Anliegen in den Entscheidungsprozess einfliessen.[72] Die Vertrauensperson sollte insbesondere auch darauf hinwirken, die minderjährige asylsuchende Person als allfälliges Opfer von Menschenhandel zu identifizieren und ihr zu den besonderen Schutzmassnahmen zu verhelfen.[73] In der Praxis herrschte vor der Neustrukturierung des Asylrechts eine grosse Unsicherheit bezüglich der Funktion und des Aufgabenfelds einer Vertrauensperson.[74] Gestützt auf die neue gesetzliche Grundlage kann ihr Aufgabenfeld wie folgt umrissen werden: 9.52

Während des Verfahrens hat sie die Interessen des minderjährigen Asylsuchenden zu wahren (Art. 17 Abs. 3 AsylG), was namentlich folgende Aufgaben umfasst: 9.53

– Beratung vor und während den Befragungen (Art. 7 Abs. 3 lit. a AsylV 1);
– Unterstützung bei der Nennung und Beschaffung von Beweismitteln (Art. 7 Abs. 3 lit. b AsylV 1);

69 SEM, Weisung zum Asylverfahren, Ziff. 1.5.3.1.
70 SEM, Empfehlungen 2018, 18 f.
71 Mösch, Rz. 1.4.
72 Detailliert: UNHCR, Empfehlungen 2019, 41 ff.
73 Ausführlich Frei, 179 f.
74 Kritisch etwa Caroni/Scheiber, 63 f.; Mösch, Rz. 54 f.; Herrendorff, Rz. 61 ff.

Freebook

– Beistand insbesondere im Verkehr mit Behörden sowie mit Einrichtungen des Gesundheitswesens (Art. 7 Abs. 3 lit. c AsylV 1);
– im Zentrum des Bundes und am Flughafen: Koordination mit den kantonalen Behörden (Art. 17 Abs. 3 lit. a AsylG).

9.54 *Nach Eröffnung des Entscheids* umfasst die Interessenwahrung der Vertrauensperson namentlich

– die Erläuterung des Entscheids und der weiteren Handlungsmöglichkeiten in altersgemässer Sprache;
– den Hinweis auf die laufende Frist;
– allenfalls die notwendige Unterstützung, um Beschwerde zu erheben, unter Einbezug des übergeordneten Kindesinteressen des unbegleiteten minderjährigen Asylsuchenden.[75]

9.55 Die Interessenwahrung sollte gemäss hier vertretener Meinung auch beinhalten, dass die Vertrauensperson für ein zügiges Verfahren und für die prioritäre Behandlung der Asylgesuche des unbegleiteten Minderjährigen (Art. 17 Abs. 2bis AsylG) sorgt.

9.56 Solange keine Beistandschaft oder Vormundschaft für die unbegleiteten minderjährigen Asylsuchenden errichtet ist, wahrt die Vertrauensperson zusätzlich deren Interessen in nichtjuristischen Belangen:[76]

– Erste Ansprechperson für den unbegleiteten Minderjährigen sowie Bindeglied zwischen den verschiedenen Fachpersonen und -stellen;
– Gewährleisten einer dem Alter und der Reife entsprechende Betreuung am Wohnort;
– Regelung administrativer und organisatorischer Angelegenheiten, namentlich versicherungstechnischer Fragen;
– Sicherstellung allfälliger medizinischer/psychologischer Behandlung;
– Sicherstellung einer den Vorkenntnissen entsprechende Einschulung respektive Ausbildung sowie einer altersangemessenen Freizeitgestaltung.[77]

9.57 Die Vertrauensperson übt zum einen die Rechtsvertretung aus und wahrt zum anderen die Interessen des unbegleiteten minderjährigen Asylsuchenden in umfas-

[75] UNHCR, Empfehlungen 2019, 41 ff.
[76] SEM, Weisung zum Asylverfahren, Ziff. 1.5.3.2; EDA, Staatenbericht KRK, Rz. 380.
[77] SEM, Weisung zum Asylverfahren, Ziff. 1.5.3.2; ausführlich: UNHCR, Empfehlungen 2019, 43 f.

Ersatzzug

sender Weise. Der Vorteil der Doppelrolle von Rechtsvertretung und Vertrauensperson ist sicherlich, dass eine umfassende Interessenwahrung in Personalunion einfacher wahrzunehmen ist und der minderjährigen asylsuchenden Person nur eine Ansprechperson für alle ihre Anliegen zur Verfügung steht.[78] Daraus ergeben sich aber zumindest zwei Problemfelder: Erstens sieht das Gesetz den Verzicht auf eine Rechtsvertretung vor (siehe oben Rz. ■). Zweitens ist darauf hinzuweisen, dass die Rechtsvertretung auch die betreuenden Aufgaben der Vertrauensperson übernehmen soll. Die gesetzlich umschriebenen persönlichen Voraussetzungen sind mit Blick auf die umfassende Aufgabenstellung jedoch ungenügend (siehe sogleich Rz. ■).

dd. Anforderungen

Vertrauenspersonen benötigen gemäss Art. 7 Abs. 3 AsylV 1 Kenntnisse des Asyl- 9.58
rechts, des Rechts betreffend das Dublin-Verfahren und der Kinderrechte sowie Erfahrung im Umgang mit Minderjährigen (siehe bereits Rz.■19■).[79] Um den minderjährigen Asylsuchenden und ihren Schwierigkeiten gerecht zu werden, sollte nicht nur «Erfahrung», sondern eine qualifizierte Ausbildung in diesem Bereich vorliegen.[80] Art. 6 Abs. 2 Dublin-III-Verordnung verlangt, dass den unbegleiteten minderjährigen Asylsuchenden eine Vertretungsperson zugewiesen wird, die über Qualifikationen und Fachkenntnisse verfügt sowie Zugang zur Akte der minderjährigen Person hat. Im Schrifttum wird darauf hingewiesen, dass aufgrund der fehlenden zeitlichen Ressourcen der Rechtsvertretungen in den Zentren des Bundes eine solch umfassende Betreuung, wie es die Interessenwahrung verlangt, nicht gewährleistet werden kann. Weiter sind auch viele «Handwechsel» festgestellt worden. Damit ist eine umfassende Interessenwahrung, geschweige denn die Bildung eines Vertrauensverhältnisses, gar nicht möglich.[81] Der Aufgabenbereich der Vertrauensperson kommt dem Aufgabenbereich einer Beistandschaft nahe,[82] weshalb sich die Voraussetzungen der Vertrauensperson am Anforderungsprofil einer Beistandschaft orientieren sollten.[83] Nebst weiteren Qualifikationen wie etwa transkulturellen Gesprächsführungskompetenzen sind auch persönliche Kompetenzen wie Belastbarkeit und Konfliktfähigkeit oder persönliche Unabhängigkeit gefordert.[84]

---

78 SEM, Kommentar, 28.
79 Bereits SODK, Empfehlungen, 31.
80 Gl.M. Corbaz, Rz. 455.
81 Caroni/Scheiber, 65; Mösch, Rz. 54 f.
82 SEM, Kommentar, 30.
83 Gl.M. Affolter-Fringeli, 492.
84 Detailliert: UNHCR, Empfehlungen 2019, 46 ff.

Entwurf

9.59 Die Kantone haben unterschiedliche Konzepte betreffend Vertrauenspersonen erarbeitet und nutzen ihren Ermessensspielraum, wie die folgenden Beispiele zeigen[85]:

9.60 **Beispiel 1**

Im Kanton Graubünden bilden die Vertrauensperson und die Beistandschaft eine Personalunion, wobei für unbegleitete minderjährige Asylsuchende unter 16 Jahren jeweils eine Berufsbeiständin oder ein Berufsbeistand ernannt wird. Für ältere Jugendliche ist die Vertrauensperson eine Fachperson, die vom kantonalen Amt für Migration und Zivilrecht angestellt und zusätzlich von der KESB als Beiständin ernannt wird.[86]

Beispiel 2

Im Kanton Freiburg wurde mit Verordnung vom 11. November 2003 das Jugendamt als Vertrauensperson bezeichnet.[87] Dessen Mitarbeitende, Fachpersonen des Kindesschutzes, sorgen demnach für unbegleitete minderjährige Asylsuchende, die dem Kanton Freiburg zugewiesen werden. Die Mitwirkung ist vor allem für das administrative Verfahren zur Asylgewährung vorgesehen, bis eine Vormundschaft oder Beistandschaft errichtet worden ist. Im Idealfall wird die ernannte Vertrauensperson weiterhin als zivilrechtlicher Beistand respektive Vormund amten. Somit kann die wünschbare Kontinuität in der Betreuung gewährleistet werden.

ee. Verhältnis zwischen Kind und Vertrauensperson

9.61 Das Verhältnis zwischen dem Kind und der Vertrauensperson wird in der Praxis regelmässig oberflächlich bleiben und nicht von einem besonderen Vertrauensverhältnis geprägt sein, wie es der Name suggeriert. Um ein Mindestmass an Interessenwahrung erreichen zu können, ist eine möglichst schnelle Kontaktaufnahme der Vertrauensperson mit dem Kind anzustreben. Dafür muss die Vertrauensperson über genügend zeitliche Ressourcen verfügen. Ausserdem muss das Kind von sich aus mit der Vertrauensperson Kontakt aufnehmen können.[88]

---

85 Eine Übersicht findet sich beim Internationalen Sozialdienst Schweiz, Mapping der MNA-Betreuungsstrukturen in den Kantonen, ‹https://www.ssi-suisse.org/de/mapping-der-mna-betreuungsstrukturen-den-kantonen/137› (besucht am 21.8.2019).

86 Amt für Migration und Zivilrecht Graubünden, Konzept für den Umgang mit unbegleiteten minderjährigen Asylsuchenden, die im Rahmen des Asylverfahrens dem Kanton Graubünden zugewiesen werden, Chur, 9. Oktober 2015, 5.

87 Verordnung über die Bezeichnung des Organs für die Vertretung unbegleiteter minderjähriger Asylsuchender (Vertrauensperson) des Kantons Freiburg vom 11. November 2003 (SGF 114.23.13).

88 SODK, Empfehlungen, 29; UNHCR, Empfehlungen 2019, 41 ff.

Druckfreigabe

Die Vertrauensperson hat zwei Rollen inne: Zum einen ist sie die Rechtsvertreterin des Kindes, zum anderen hat sie dessen weitere Interessen zu wahren. Auf die Rechtsvertretung kann das Kind verzichten, nicht jedoch auf die Interessenvertretung (siehe soeben oben Rz. ■).[89] Gemäss hier vertretener Meinung hat die Vertrauensperson beim Erfüllen ihrer Aufgaben nicht nur objektive, sondern auch subjektive Interessen, also den Kindeswillen, zu berücksichtigen. Die Wünsche und Anliegen des Kindes sind zu erfragen, aufzunehmen und so weit wie möglich zu berücksichtigen.[90] Dabei gilt ebenfalls der Grundsatz: Je älter und reifer das begleitete Kind ist, desto stärker sollte die Vertrauensperson seine Meinung berücksichtigen.[91] Das Kindeswohl bleibt gleichwohl die oberste Maxime und die Richtschnur für das Handeln der Vertrauensperson.[92] 9.62

b. Beistandschaft oder Vormundschaft

Nach der Kantonszuweisung[93] ordnet die zuständige Kindesschutzbehörde grundsätzlich (Rz. ■aa.■) eine Beistandschaft oder Vormundschaft (Rz. ■bb.■) an. Deren Aufgabenfelder (Rz. ■cc.■) sind abhängig von der Situation und den Bedürfnissen des jeweiligen unbegleiteten minderjährigen Asylsuchenden. Das Verhältnis des Kindes zu den Fachpersonen ist abschliessend darzulegen (Rz. ■dd.■). 9.63

aa. Pflicht zur Prüfung und Anordnung kindesschutzrechtlicher Massnahmen

Die Kantone sind verpflichtet, für minderjährige Asylsuchende kindesschutzrechtliche Massnahmen zu prüfen und allenfalls anzuordnen. Bei den unbegleiteten minderjährigen Asylsuchenden ist so rasch wie möglich eine Beistandschaft oder Vormundschaft zu ernennen. Die Vertrauensperson, die ausnahmsweise durch den Kanton beigeordnet wird, stellt grundsätzlich nur eine Zwischenlösung dar; sie überbrückt die Zeit, bis eine langfristige Lösung gefunden ist.[94] 9.64

Ausnahmsweise darf auf die Anordnung einer Beistandschaft oder Vormundschaft verzichtet werden: Hält sich eine unbegleitete minderjährige asylsuchende Person voraussichtlich nur kurz im Kanton auf und können dadurch die kindesschutz- 9.65

[89] Siehe dazu auch BVGE D-5672/2014 E. 5.4.3.
[90] Siehe bereits SODK, Empfehlungen, 6.
[91] Vgl. § 6 Rz. ■.
[92] SODK, Empfehlungen, 29.
[93] Eine Zuweisung in einen Kanton findet beispielsweise statt, wenn nach der Anhörung zu den Asylgründen feststeht, dass ein Entscheid im Rahmen des beschleunigten Verfahrens nicht möglich ist (Art. 26d AsylG).
[94] SEM, Kommentar, 30.

Freiexemplar

rechtlichen Massnahmen aus zeitlichen Gründen erst greifen, wenn die Person bereits ausgereist ist, muss keine Beistandschaft oder Vormundschaft errichtet werden. Die KESB hat in diesen Fällen, wie auch bei zeitlicher Verzögerung,[95] eine Vertrauensperson zu ernennen.[96] Dies soll ebenfalls möglich sein bei nahender Volljährigkeit des asylsuchenden Jugendlichen. Bei über 17 Jahre alten und urteilsfähigen Jugendlichen wird in der Praxis auf eine Gefährdungsmeldung i.S.v. Art. 443 Abs. 1 ZGB verzichtet.[97] Auch in diesen Fällen ist die KESB gemäss hier vertretener Meinung verpflichtet zu prüfen, ob allenfalls gestützt auf die Unerfahrenheit und Schutzbedürftigkeit des jungen Erwachsenen erwachsenenschutzrechtliche Massnahmen gestützt auf Art. 390 ZGB notwendig sind. Auch junge Erwachsene können sich aufgrund vergangener traumatischer Ereignisse oder mangelnder Reife in einem Schwächezustand befinden, der es ihnen nicht erlaubt, ihre Angelegenheiten selbst erledigen zu können, weshalb sie persönlicher Fürsorge bedürfen.[98] Die verantwortliche Vertrauensperson müsste in solchen Fällen eine Gefährdungsmeldung bei der KESB anbringen.

bb. Anordnung

9.66 Bei Vorliegen der Minderjährigkeit vermutet das Gesetz eine Schutzbedürftigkeit, die erfordert, dass das Kind entweder unter elterlicher Sorge oder unter Vormundschaft steht.[99] Sind beide Elternteile verstorben oder wurde ihnen die elterliche Sorge entzogen und sind keine Dritten mit einer entsprechenden Vollmacht ausgestattet, wird die Kindesschutzbehörde eine *Vormundschaft* errichten müssen. Sie hat weiter zu prüfen, ob die Gründe für eine Entziehung der elterlichen Sorge von Art. 311 Abs. 1 ZGB gegeben sind. Wenn beispielsweise die Eltern nicht auffindbar sind und deshalb objektiv und auf Dauer nicht in der Lage sind, die elterliche Sorge auszuüben, ist der Entzugsgrund gemäss Art. 311 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB erfüllt. Leben die Eltern noch und sind sie nur momentan an der Ausübung der elterlichen Sorge verhindert, und übernimmt keine andere erwachsene Person die Sorgepflicht (siehe soeben Rz. ■Teil 3, IV., B.1.■), so ist eine *Beistandschaft* gestützt auf Art. 306 Abs. 2 ZGB zu erstellen. Allenfalls reicht eine solche Beistandschaft auch aus, wenn das Kind nahe der Volljährigkeit ist und bereits in vielen Bereichen als

---

95 Art. 17 Abs. 3 lit. b AsylG; Art. 7 Abs. 2quater AsylV 1; siehe dazu soeben Rz. ■.

96 Mösch, Rz. 41 f.m.w.H.; Lischetti, 8; SEM, Kommentar, 30.

97 Motz, 483, Fn. 51.

98 Vgl. etwa CHK-Fountoulakis, Art. 390 ZGB N 2 und N 4; gl.M. Affolter-Fringeli, 486.

99 Vgl. etwa CHK-Biderbost, Art. 327a–c ZGB N 3.

Entwurf

urteilsfähig gilt. Die Vertretungsbeistandschaft wird dann in den eingeschränkten, ihr zugewiesenen Aufgaben tätig bleiben.

In den Kantonen hat sich eine unterschiedliche Praxis entwickelt. Der Kanton Appenzell Innerrhoden ordnet z.B. üblicherweise eine Vormundschaft an,[100] der Kanton Bern[101] sieht wiederum eine rechtliche Vertretung und eine Vertrauensperson für die gesetzliche Vertretung vor, die von zwei jeweils dafür qualifizierten Personen geführt werden. Entscheidend für einen qualitativ hochstehenden Kindesschutz ist nach Herrendorff nicht nur die rechtliche Ausgestaltung, sondern die tatsächlich erbrachten Unterstützungsleistungen, die von den eingesetzten Mitteln und Ressourcen abhängig sind.[102] 9.67

cc. Aufgaben

Die Aufgabenfelder der involvierten Fachbehörden und -personen fallen in den Bereich des zivilrechtlichen Kindesschutzes: 9.68

Die *Kindesschutzbehörde* ist für die Prüfung und Errichtung einer Beistandschaft oder Vormundschaft und von allenfalls ergänzenden Kindesschutzmassnahmen zuständig. Je nach ihrer internen Organisation führt sie die Abklärung selbst durch oder delegiert sie im Rahmen des kindesschutzrechtlichen Verfahrens. Ordnet sie keine Vormundschaft an, hat sie die Aufgaben der Beistandsperson zu umschreiben und im Entscheiddispositiv festzuhalten (Art. 314 Abs. 3 ZGB). Anders als bei einer Beistandschaft aufgrund einer Interessenkollision ist bei einer Vertretungsbeistandschaft aufgrund der elterlichen Abwesenheit die Aufgabenstellung umfassender und sollte daher auch entsprechend ins Urteilsdispositiv aufgenommen werden.[103] 9.69

In Ausnahmesituationen kann die Kindesschutzbehörde die Vertretung des Kindes selbst wahrnehmen (Art. 306 Abs. 2 ZGB), falls eindeutige und genau überschaubare Verhältnisse vorliegen oder eine dringende Entscheidung zu treffen ist.[104] Weiter hat sie ihre Verantwortung und Aufsichtspflicht gemäss den gesetzlichen Vorgaben zu erfüllen. 9.70

Die *Fachperson* als Vertretungsbeistand oder als Vormund übernimmt einen mehr oder weniger umfassenden Aufgabenkatalog gemäss dem durch Gesetz oder durch 9.71

---

100 Mösch, Masterarbeit, 51.
101 GL KESB Bern, Merkblatt Pflegeplatzabklärung von UMA bei Verwandten, 12 ff.
102 Herrendorff, Rz. 64 f.
103 CHK-Biderbost, Art. 314 ZGB N 5a.
104 CHK-Breitschmid, Art. 306 ZGB N 2.

Fristzug

Entscheid der KESB definierten Aufgabenbereich: Sie hat zusammen mit dem Kind Zukunftsperspektiven in der Schweiz oder gegebenenfalls im Ausland zu entwickeln. Bei einem Aufenthalt in der Schweiz sorgt sie für eine adäquate Beschulung und einen möglichst reibungslosen Übergang von der Schule zu einer Ausbildung oder Arbeitstätigkeit. Als gesetzliche Vertretung entscheidet sie etwa über die Unterbringung, über medizinische Eingriffe oder psychologische Abklärungen. Sie bietet Unterstützung bei der Gestaltung der Freizeitaktivitäten. Sie unterstützt das Kind sowohl bei den Integrationsbemühungen als auch bei der Suche beziehungsweise der Aufrechterhaltung des Kontakts mit der Familie im Herkunftsland oder bei der Kontaktpflege mit dem örtlich ansässigen Kulturkreis. Sie wahrt das Recht auf Religionsfreiheit. Sie ist zudem für die Sicherstellung von Sozialversicherungsleistungen in Ergänzung zu den Abklärungen der Sozialhilfestelle verantwortlich.[105] Damit verbunden ist das Verfassen von Berichten sowie von Zwischenberichten bei Gefährdungen zuhanden der Kindesschutzbehörde. Sollte weitere rechtliche Unterstützung notwendig sein, hat die gesetzliche Vertretung diese sicherzustellen.[106]

dd. Verhältnis zwischen Kind und Fachperson

9.72 Das Verhältnis des Kindes zu seinem Beistand oder Vormund ist geprägt von den Bestimmungen des ZGB und der Pflegekinderverordnung (PAVO)[107]: Ist dem Kind ein Vormund ernannt worden, obliegen letzterem die gleichen Rechte wie den Eltern (Art. 327c Abs. 1 ZGB). Auch ein Vertretungsbeistand hat nicht eine umfassendere Vertretungskompetenz als die Eltern.[108] Entsprechend haben die Fachpersonen die Handlungsfähigkeit des Kindes zu achten, dem Kind die seiner Reife entsprechende Freiheit in der Lebensgestaltung zu gewähren und in wichtigen Angelegenheiten auf seine Meinung Rücksicht zu nehmen (Art. 301 Abs. 1 und 2 ZGB). Sind die unbegleiteten minderjährigen Asylsuchenden in einer Pflegefamilie oder in einer Institution untergebracht, greifen ebenfalls die Bestimmungen der PAVO. Bereits in Art. 1a Abs. 2 lit. c PAVO ist eine altersgemässe Beteiligung der Kinder an allen Entscheidungen, die einen wesentlichen Einfluss auf ihr Leben haben, vorgesehen. Unabhängig von der Frage der Urteilsfähigkeit ist von den Fachpersonen zu erwarten, dass sie das betroffene Kind umfassend informieren, es an-

105 SODK, Empfehlungen, 7.

106 GL KESB Bern, Merkblatt Pflegeplatzabklärung von UMA bei Verwandten, 13; Affolter-Fringeli, 488.

107 Verordnung über die Aufnahme von Pflegekindern vom 19. Oktober 1977 (SR 211.222.338).

108 Vogel, Rz. 1133.

Freiexemplar

hören und seine Meinung entsprechend und soweit möglich einfliessen lassen, bevor sie einen Entscheid fällen.

F. Das mitwirkende Kind

Das Asylverfahren wird sowohl vom Untersuchungsgrundsatz als auch vom Prinzip der Rechtsanwendung von Amtes wegen beherrscht, weshalb sich die Mitwirkung eines Asylsuchenden in aller Regel auf das Schildern von Erlebnissen und das Bezeichnen (und allenfalls Beschaffen) von Beweismitteln beschränkt.[109] Die Anhörung bildet daher die wichtigste Art von Mitwirkung (Rz. ■). Der minderjährigen asylsuchenden Person obliegen auch Mitwirkungspflichten (Rz. ■). 9.73

1. Anhörung

Die Anhörung stellt im Asylverfahren das wichtigste Beweismittel dar.[110] Die Anhörung von Kindern ist ausdrücklich in Art. 7 Abs. 5 AsylV 1 erwähnt. Gemäss dieser Norm haben Personen, die minderjährige Personen anhören, den besonderen Aspekten der Minderjährigkeit Rechnung zu tragen. Gemäss ständiger Rechtsprechung hat die Anhörung in der Regel in Anwesenheit des gesetzlichen Vertreters oder der Vertrauensperson zu erfolgen.[111] Während der Anhörung hat das Kind namentlich seine Asylgründe anzugeben (Art. 8 lit. c AsylG). Die Beweislast trägt die minderjährige Person (Art. 7 AsylG; siehe dazu bereits Rz. ■Teil 3, IV., A.2. c ■). Es ist zwischen den minderjährigen Asylsuchenden in Begleitung ihrer Eltern (Rz. ■) und den unbegleiteten minderjährigen Asylsuchenden (Rz. ■) zu unterscheiden. 9.74

a. Minderjährige Asylsuchende in Begleitung der Eltern

Gemäss Art. 5 AsylV 1 hat jede urteilsfähige asylsuchende Person Anspruch auf Prüfung ihrer eigenen Asylvorbringen. Das SEM geht davon aus, dass Jugendliche in der Regel ab 13 oder 14 Jahren urteilsfähig sind.[112] Liegt Urteilsfähigkeit vor, werden die minderjährigen Asylsuchenden individuell angehört, damit sie ihre 9.75

[109] EMARK 2004/9 E. 3b.
[110] Wintsch, 39.
[111] Statt vieler: BVGE E-2680/2019 E. 6.1.
[112] 13 Jahre gemäss SEM, Handbuch Asyl und Rückkehr, Artikel C9, 11; 14 Jahre gemäss SEM, Handbuch Asyl und Rückkehr, Artikel C6.2, 13.

Ersatzzug

eigenen Asylgründe geltend machen können. Ihre Eltern als gesetzliche Vertretung nehmen die Interessen ihrer Kinder wahr und dürfen bei der Anhörung der Minderjährigen dabei sein. Entsprechend müssen sie ebenfalls zur Anhörung geladen werden. Sollten die Eltern bei der Anhörung nicht zugegen sein, so wird dies als Verzicht auf die Teilnahme gewertet.[113]

9.76 Kann sich der minderjährige Asylsuchende im Beisein seiner Eltern nicht frei äussern oder fühlt er sich unwohl, kann eine Interessenkollision zwischen den Eltern und dem Kind vorliegen. Gemäss SEM ist eine Güterabwägung zwischen dem Wunsch des Kindes und dem Recht der Eltern an der Teilnahme der Anhörung vorzunehmen.[114] Ist der minderjährige Asylsuchende urteilsfähig, darf er seine höchstpersönlichen Rechte selbst wahrnehmen und selbstständig handeln (siehe Rz. ■Prozessfähigkeit■). Entsprechend sollte gemäss hier vertretener Meinung seinem Wunsch gefolgt werden, ohne Beisein seiner Eltern angehört zu werden. In diesem Fall ist ihm eine Vertrauensperson zu bezeichnen, die den minderjährigen Asylsuchenden im Asylverfahren vertritt. Die Eltern sind entsprechend zu informieren.[115] Für die altersgemässe Form der Anhörung gelten dieselben Anforderungen wie bei den unbegleiteten minderjährigen Asylsuchenden (siehe sogleich Rz. ■).

b. Unbegleitete minderjährige Asylsuchende

9.77 Voraussetzung für eine persönliche Anhörung unbegleiteter minderjähriger Asylsuchender ist deren Urteilsfähigkeit (Rz. ■). Die Anhörung erfolgt in Anwesenheit mehrerer Personen (Rz. ■) und in einer altersgemässen Form (Rz. ■).

aa. Urteilsfähigkeit als Voraussetzung

9.78 Alle *urteilsfähigen* unbegleiteten Minderjährigen werden grundsätzlich persönlich zu ihren Asylgründen angehört.[116] Die Urteilsfähigkeit von unbegleiteten minderjährigen Asylsuchenden wird in der Praxis und in der Rechtsprechung vermutet. Eine geltend gemachte Urteilsunfähigkeit muss vom unbegleiteten minderjährigen Asylsuchenden widerlegt werden.[117] Wird ein urteilsfähiger minderjähriger Asylsuchender nicht angehört, so stellt dies eine nicht auf Beschwerdeebene heilbare

[113] SEM, Handbuch Asyl und Rückkehr, Artikel C6.2, 13.
[114] SEM, Handbuch Asyl und Rückkehr, Artikel C6.2, 13 f.
[115] SEM, Handbuch Asyl und Rückkehr, Artikel C6.2, 14.
[116] SEM, Handbuch Asyl und Rückkehr, Artikel C9, 11.
[117] Statt vieler: BVGE 2014/30; SEM, Handbuch Asyl und Rückkehr, Artikel C9, 11. Dies entspricht der Meinung des UN-Kinderrechtsausschusses; CRC/C/GC/12, Ziff. 20.

Freiexemplar

Verletzung des rechtlichen Gehörs dar.[118] *Urteilsunfähige* Minderjährige werden nicht angehört. In diesen Fällen wird sich das SEM zuerst von der gesetzlichen Vertretung die Einreichung eines Asylgesuchs im Namen der gesuchstellenden Person bestätigen lassen, um anschliessend mithilfe der Beteiligten den Sachverhalt zu ermitteln. Angehörige des minderjährigen Asylsuchenden oder andere Begleitpersonen werden in Anwesenheit der Rechtsvertretung der minderjährigen Person als Drittpersonen i.S.v. Art. 12 VwVG durch das SEM angehört (siehe bereits Rz. ■ Prozessfähigkeit■.

bb. Anhörung in Anwesenheit mehrerer Personen

Anders als etwa im Familienrecht nehmen an der Anhörung mehrere Personen teil: 9.79
Neben dem unbegleiteten minderjährigen Asylsuchenden und der befragenden Person sowie der Protokollführerin ist die Vertrauensperson des unbegleiteten minderjährigen Asylsuchenden sowie regelmässig eine Dolmetscherin bei der Anhörung dabei.[119] Zudem können sich die unbegleiteten minderjährigen Asylsuchenden auf eigene Kosten von einer Person und einem Dolmetscher ihrer Wahl, die selbst nicht Asylsuchende sind, begleiten lassen (Art. 29 Abs. 2 AsylG). Diese Dolmetscher ersetzen nicht die amtlichen Dolmetscher, dürfen aber bei allfälliger fehlerhafter Übersetzung eingreifen. Die Begleitperson hat keine Parteirechte und darf nicht in die Anhörung eingreifen. Sie darf immerhin nach Ende der Anhörung eine kurze Erklärung abgeben.[120] Die befragende Person muss sich vor der Anhörung vergewissern, dass der unbegleitete minderjährige Asylsuchende über eine Vertretung, namentlich eine Vertrauensperson, verfügt. Ist eine Vertretung des Kindes trotz vorgängiger Information während der Anhörung abwesend, wird dies als Verzicht gewertet und entsprechend im Dossier der asylsuchenden Person vermerkt.[121] Über die Anhörung wird ein Protokoll geführt, das von den Beteiligten unterzeichnet wird (Art. 29 Abs. 3 AsylG). Bei Nichteintretensentscheiden nach Art. 31a Abs. 1 AsylG findet keine Anhörung zu den Asylgründen (Art. 29 AsylG) statt. Dasselbe gilt, wenn die asylsuchende Person die Behörden über ihre Identität täuscht, ihr Gesuch sich massgeblich auf ge- oder verfälschte Beweismittel abstützt oder sie ihre Mitwirkungspflicht sonst grob verletzt hat. Das rechtliche Gehör bleibt für die asylsuchende Person gewährleistet (Art. 36 AsylG).

---

118 BVGer, E. 3141/2009, 12.10.2009, E.6.1.2 ff.; BVGer, E-523/2007, 16.9.2009, E.4.4 ff.
119 SEM, Handbuch Asyl und Rückkehr, Artikel C6.2, 5.
120 SEM, Handbuch Asyl und Rückkehr, Artikel C6.2, 15.
121 SEM, Handbuch Asyl und Rückkehr, Artikel C9, 16; SEM, Handbuch Asyl und Rückkehr, Artikel C6.2, 12.

Erstauszug

cc. Berücksichtigung der besonderen Aspekte der Minderjährigkeit

9.80 Die anhörende Person hat bei der Anhörung den besonderen Aspekten der Minderjährigkeit Rechnung zu tragen (Art. 7 Abs. 5 AsylV 1). Gemäss Rechtsprechung hat sie das Alter und den Reifegrad des Kindes (insbesondere dessen Fähigkeit, Fragen zu verstehen, sich zu erinnern und sich auszudrücken), die Komplexität der Vorbringen sowie besondere verfahrensrechtliche Anforderungen hinsichtlich des Beweiswerts der Vorbringen zu berücksichtigen. Dafür benötigt sie eine qualifizierte Ausbildung, unter anderem Kenntnisse im Bereich der Entwicklungs- und Verhaltenspsychologie. Sie hat ausserdem dafür zu sorgen, dass sich das Kind während der Anhörung wohlfühlt, indem sie eine kindgerechte Atmosphäre schafft.[122] Dafür muss die Sprache der Anhörung beispielsweise adressaten- und situationsgerecht sein und sie muss sich der eigenen Körpersprache bewusst sein und auch nonverbale Äusserungen der befragten Person thematisieren und aktenkundig machen. Es sollte zudem selbstverständlich sein, die Anhörung fallspezifisch vorzubereiten und zu konzipieren sowie die Besonderheiten der interkulturellen Kommunikation zu beachten.[123] Die Anhörung vermittelt der befragenden Person ein persönliches Bild des Asylsuchenden, das nicht in die Akten einfliessen kann. Deshalb ist es wünschenswert, dass – wie bei den Anhörungen im Familienrecht – die Anhörung durch die Person erfolgt, die auch am Entscheid mitwirken wird.[124] Dies ist jedoch weder gesetzlich normiert noch im Anspruch auf rechtliches Gehör enthalten.[125] Im Schrifttum wird weiter zu Recht kritisiert, dass die soeben erläuterten Anforderungen nicht immer konsequent eingehalten und ebenso nicht immer durch das Gericht geschützt werden.[126]

2. Mitwirkungspflicht als Zeuge oder Auskunftsperson

9.81 Die Mitwirkungspflichten von asylsuchenden Minderjährigen bei der Feststellung des Sachverhalts gemäss Art. 8 AsylG wurden bereits in Rz. ■Teil 3, § 7, B.3.■ ausführlich erläutert. Es bleibt zu prüfen, inwiefern im Asylverfahren eine Mitwirkungspflicht als Zeuge (Rz. ■) oder als Auskunftsperson (Rz. ■) besteht.

---

122 Grundsatzurteil: BVGE 2014/30 E. 2.3.2 f.; BVGer, E-3855/2015, 21.1.2016, m.w.H.

123 Aufführlich: SEM, Handbuch Asyl und Rückkehr, Artikel C6.2, 16 ff.

124 Gl.M. Kälin■, II.

125 BVGer, E-626/2018, 9.7.2018, E. 6.1.3.

126 Corbaz, Rz. 576 ff.

Erstfassung

a. Zeuge

Zeugen sind im Verwaltungsverfahren Dritte, die am Verfahren nicht beteiligt sind, die aber eine für den Verfahrensausgang wesentliche Tatsache wissen oder über eine entsprechende Sinneswahrnehmung verfügen.[127] Um als Zeuge einvernommen zu werden, wird Urteilsfähigkeit verlangt.[128] Denkbar wäre eine Zeugeneinvernahme eines urteilsfähigen Minderjährigen betreffend seine Kenntnisse über ein für das Asylverfahren wesentliches Element wie Angaben zur Herkunft oder zum Alter eines ihm persönlich bekannten Asylsuchenden. Zeugenaussagen sind grundsätzlich im streitigen wie auch im nichtstreitigen Verwaltungsverfahren nur subsidiär gegenüber anderen Beweismitteln einzusetzen und bilden daher die Ausnahme. Allenfalls werden Auskünfte von Parteien oder Dritten eingeholt.[129] 9.82

b. Auskunftsperson

Es ist denkbar, dass für urteilsunfähige minderjährige Asylsuchende Berichte von Begleitpersonen eingeholt werden müssen, die selbst noch minderjährig, aber in einem urteilsfähigen Alter sind. In diesen seltenen Fällen wird hier die Meinung vertreten, dass die Vertrauensperson als Interessenvertreterin notwendigerweise in die Berichterstellung einzubeziehen ist. 9.83

G. Das Kind in der Mediation

In der Verwaltungsrechtspflege ist jede Lösung an das Legalitätsprinzip gebunden. Muss eine ständige Entscheidungspraxis beachtet werden oder erfordert ein Präzedenzfall eine autoritative Entscheidung, besteht für eine Mediation nicht genügend Entscheidungsfreiraum. Eine Mediation findet deshalb im Asylverfahren keinen Raum. 9.84

H. Zusammenfassung

Als Adressaten einer Verfügung werden minderjährige Asylsuchende direkt berechtigt oder verpflichtet und gelten daher als *Partei*. 9.85

---

127 PraKomm VwVG-Weissenberger/Hirzel, Art. 14 N 5.
128 PraKomm VwVG-Weissenberger/Hirzel, Art. 14 N 37.
129 Prakomm VwVG-Waldmann, Art. 19 N 5; PraKomm VwVG-Weissenberger/Hirzel, Art. 14 N 2 und 8.

Ersatzzug

9.86 Als *minderjährig* gilt, wer das 18. Altersjahr noch nicht erreicht hat (Art. 1a lit. d AsylV 1 i.V.m. Art. 14 ZGB). Bestehen Hinweise, dass eine angeblich minderjährige Person das Mündigkeitsalter bereits erreicht hat, so kann das SEM ein Altersgutachten veranlassen (Art. 17 Abs. 3bis AsylG). Wünschenswert ist eine interdisziplinäre Sichtweise, bei welcher die psychosoziale Reife des Kindes höher gewichtet wird als medizinische Analysen. Reisen Minderjährige mit ihren rechtlichen Eltern respektive Erwachsenen, die über die elterliche Sorge verfügen, ein, gelten sie als begleitet. Damit sind sowohl rechtliche Eltern als auch Adoptiveltern erfasst. In Dublin-Fällen gelten als Familienangehörige gemäss Art. 2 lit. g Dublin-III-Verordnung der Vater, die Mutter oder ein anderer Erwachsener, der entweder nach dem Recht oder nach den Gepflogenheiten des Mitgliedstaats, in dem der Erwachsene sich aufhält, für den Minderjährigen verantwortlich ist. Entsprechend sind beispielsweise Pflegeeltern als Begleitung des minderjährigen Asylsuchenden anzuerkennen. Ein minderjähriges Kind, das mit nahen Verwandten in die Schweiz einreist, mit welchen es in einem gemeinsamen Haushalt im Sinne einer wirtschaftlichen Einheit gelebt hat, wird dann als begleitet betrachtet, wenn die Begleitpersonen für das Kind (finanziell) aufkamen und für ihn Verantwortung übernahmen. Volljährigen Geschwistern steht die elterliche Sorge nicht von Amtes wegen zu. Haben minderjährige Asylsuchende nicht mit den Begleitpersonen im gemeinsamen Haushalt gelebt, so kann die KESB die Begleitpersonen als gesetzliche Vertretung ernennen, soweit sie weiterhin bereit sind, die Verantwortung einschliesslich Betreuung zu übernehmen, und diese Lösung das Kindeswohl am besten wahrt. Alle anderen minderjährigen Asylsuchenden gelten als *unbegleitet.* Deren Asylgesuche müssen prioritär behandelt werden (Art. 17 Abs. 2bis AsylG) und ihnen stehen besondere Schutzmassnahmen zu.

9.87 Zu den wichtigsten *Wirkungen der Parteistellung* gehört das *rechtliche Gehör,* dessen Verletzung zur Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheids führt und nur ausnahmsweise im Rechtsmittelverfahren geheilt werden kann. Urteilsfähigen minderjährigen Asylsuchenden steht ein *Akteneinsichtsrecht* im gleichen Umfang wie einem volljährigen Asylsuchenden zu. Die Einsichtnahme kann bei entgegenstehenden überwiegenden öffentlichen oder privaten Geheimhaltungsinteressen oder im Interesse einer noch nicht abgeschlossenen amtlichen Untersuchung verweigert werden. Unbegleiteten minderjährigen Asylsuchenden wird zwingend eine Vertrauensperson als Rechtsvertretung zugeordnet. Der Verzicht auf die in den Zentren des Bundes zugewiesene Rechtsvertretung ist möglich, die Vertrauensperson bleibt weiterhin für die Interessen der unbegleiteten minderjährigen Asylsuchenden zuständig (Art. 7 Abs. 2ter AsylV 1). Im Sinne der Interessenwahrung hat die Vertrauensperson gemäss hier vertretener Meinung dafür zu sorgen, dass dem un-

Entwurf

begleiteten minderjährigen Asylsuchenden eine Rechtsvertretung zur Seite steht. Unbegleitete minderjährige Asylsuchende müssen sowohl *ihre Flüchtlingseigenschaft glaubhaft machen* als auch *bei der Feststellung des Sachverhalts mitwirken.* Um glaubhaft zu sein, dürfen die Asylsuchenden in der Anhörung zu den Asylgründen keine widersprüchlichen Aussagen machen. Aus diesem Grund sind minderjährige Asylsuchende besonders auf eine professionelle, sprich kindgerecht ausgestaltete Anhörung angewiesen. Weiter hat die Vertrauensperson den unbegleiteten minderjährigen Asylsuchenden die Bedeutung des Glaubhaftmachens zu erklären und sie sorgfältig auf die Anhörung vorzubereiten. Dem hohen Beweismassstab können minderjährige Asylsuchende häufig nicht gerecht werden, weshalb dieser gesenkt werden sollte. Zudem sollte bei der Würdigung der Glaubhaftigkeit ihrer Aussagen die Persönlichkeit, das Alter und der Reifegrad des Kindes berücksichtigt werden. In Bezug auf die *Eröffnung des Entscheids* ist zu differenzieren: Verfügt der unbegleitete minderjährige Asylsuchende über eine Vertrauensperson, so ist die erstinstanzliche Verfügung sowohl der minderjährigen Person als auch der Vertrauensperson zu eröffnen (Art. 53a AsylV 1). Ist für den unbegleiteten minderjährigen Asylsuchenden eine Vormundschaft oder eine Beistandschaft mit Vertretungsrecht errichtet worden, so werden alle Mitteilungen der gesetzlichen Vertretung zugestellt. Unbegleiteten minderjährigen Asylsuchenden steht regelmässig ein *Beschwerderecht* gegen Entscheide zu, die sie persönlich betreffen.

9.88 Im Asylbeschwerdeverfahren kann eine Person dann als *Partei* auftreten, wenn sie selbst am Asylverfahren teilgenommen und einen Antrag gestellt hat respektive persönlich vor einer schweizerischen Asylbehörde aufgetreten ist. Sowohl das Einreichen eines Asylgesuches als auch das Ergreifen von damit zusammenhängenden Rechtsmitteln werden als relativ höchstpersönliche Rechte qualifiziert, die ein minderjähriger, aber *urteilsfähiger* Gesuchsteller ohne Zustimmung seiner gesetzlichen Vertretung ausüben darf. Damit ist im Zusammenhang mit dieser Frage *prozessfähig,* wer urteilsfähig ist. Die Urteilsfähigkeit wird pauschal ab dem 14. Altersjahr angenommen. Dennoch sollte im Einzelfall das Vorliegen der Urteilsfähigkeit in Bezug auf die Rechtsfrage und den Jugendlichen oder die Jugendliche geprüft werden. *Urteilsunfähige* minderjährige Asylsuchende werden durch ihre gesetzliche Vertretung vertreten.

9.89 Alle minderjährigen Asylsuchenden müssen über eine gesetzliche Vertretung verfügen. Fehlen sowohl Eltern als auch geeignete Angehörige, gilt eine minderjährige asylsuchende Person als unbegleitet. Ihr wird unverzüglich eine Vertrauensperson als Rechtsvertretung zugewiesen. Meldet die Vertrauensperson den kantonalen Behörden eine unbegleitete minderjährige asylsuchende Person (Art. 17 Abs. 3 lit. a AsylG), hat die verantwortliche KESB abzuklären, ob neben allfälligen anderen

Entwurf

Kindesschutzmassnahmen eine Vormundschaft oder eine Beistandschaft zu errichten ist.

9.90 Eine *Vormundschaft* ist zu errichten, wenn beide Elternteile verstorben sind oder ihnen die elterliche Sorge entzogen wurde und wenn keine Dritten mit einer entsprechenden Vollmacht ausgestattet sind. Die Kindesschutzbehörde hat weiter zu prüfen, ob die Gründe für eine Entziehung der elterlichen Sorge gemäss Art. 311 Abs. 1 ZGB gegeben sind. Leben die Eltern noch und sind sie nur momentan an der Ausübung der elterlichen Sorge verhindert, so ist eine *Beistandschaft* gestützt auf Art. 306 Abs. 2 ZGB zu erstellen. Allenfalls reicht eine solche Beistandschaft auch aus, wenn das Kind nahe der Volljährigkeit ist und daher in vielen Bereichen als urteilsfähig gelten kann. Die Vertretungsbeistandschaft kann dann in weiteren ihr zugewiesenen Aufgaben tätig bleiben.

9.91 Die *Kindesschutzbehörde* ist für die Prüfung und Errichtung einer Beistandschaft oder Vormundschaft und allenfalls von ergänzenden Kindesschutzmassnahmen zuständig. Ordnet sie keine Vormundschaft an, hat sie die Aufgaben der Beistandsperson zu umschreiben und im Entscheiddispositiv festzuhalten (Art. 314 Abs. 3 ZGB). Anders als bei einer Beistandschaft aufgrund einer Interessenkollision ist bei einer Vertretungsbeistandschaft aufgrund der elterlichen Abwesenheit die Aufgabenstellung umfassender und sollte daher entsprechend auch ins Urteilsdispositiv aufgenommen werden. In Ausnahmesituationen kann die Kindesschutzbehörde selbst die Vertretung des Kindes vornehmen (Art. 306 Abs. 2 ZGB), falls eindeutige und genau überschaubare Verhältnisse vorliegen oder eine dringende Entscheidung zu treffen ist. Weiter hat sie ihre Verantwortung und Aufsichtspflicht gemäss den gesetzlichen Vorgaben wahrzunehmen.

9.92 Das Verhältnis des Kindes zu den Fachpersonen als gesetzliche Vertretung ist geprägt von den Bestimmungen des ZGB. Entsprechend haben die Fachpersonen die Handlungsfähigkeit des Kindes zu achten, dem Kind die seiner Reife entsprechende Freiheit in der Lebensgestaltung zu gewähren und in wichtigen Angelegenheiten auf seine Meinung Rücksicht zu nehmen (Art. 301 Abs. 1 und 2 ZGB). Sind die unbegleiteten minderjährigen Asylsuchenden in einer Pflegefamilie oder in einer Institution untergebracht, greifen auch die Bestimmungen der PAVO, namentlich Art. 1a Abs. 2 lit. c PAVO, der eine altersgemässe Beteiligung der Kinder an allen Entscheidungen, die einen wesentlichen Einfluss auf ihr Leben haben, verlangt. Unabhängig von der Frage der Urteilsfähigkeit ist von den Fachpersonen zu erwarten, dass sie das betroffene Kind umfassend informieren, anhören und seine Meinung entsprechend und soweit möglich einfliessen lassen, bevor sie eine Entscheidung treffen.

Entwurf

Die Beiordnung einer *Vertrauensperson* ist im asylrechtlichen Verfahren zwingend. 9.93
Die Vertrauensperson nimmt zwei Rollen ein: Zum einen ist sie die Rechtsvertreterin des unbegleiteten minderjährigen Asylsuchenden, zum anderen muss sie dessen weitere Interessen wahren. Die Aufgabenfelder der Vertrauensperson umfassen daher nicht nur die Rechtsberatung und die Begleitung durch das Verfahren, sondern auch das Besorgen von organisatorischen und administrativen Angelegenheiten. Als persönliche Anforderungen an die Vertrauensperson werden nicht nur Kenntnisse des Asylrechts, des Rechts betreffend das Dublin-Verfahren und der Kinderrechte, sondern auch Erfahrung im Umgang mit Minderjährigen verlangt. Auf die Rechtsvertretung kann das Kind verzichten, nicht jedoch auf die Interessenvertretung. Gemäss hier vertretener Meinung hat die Vertrauensperson beim Erfüllen ihrer Aufgaben nicht nur das Kindeswohl, sondern auch den subjektiven Willen des unbegleiteten minderjährigen Asylsuchenden zu berücksichtigen.

Die *Anhörung* von minderjährigen Asylsuchenden gemäss Art. 7 Abs. 5 AsylV 1 9.94
stellt das wichtigste Beweismittel dar, namentlich haben sie dort ihre Asylgründe anzugeben (Art. 8 lit. c AsylG). Gemäss Art. 7 AsylG tragen sie die Beweislast. Befinden sich die minderjährigen Asylsuchenden in Begleitung ihrer Eltern und sind sie urteilsfähig, werden sie zu den Asylgründen grundsätzlich persönlich angehört. Die Urteilsfähigkeit wird ab 14 Jahren vermutet. Die Eltern sind zur Anhörung einzuladen und nehmen daran teil. Besteht eine Interessenkollision, ist gemäss hier vertretener Meinung dem Minderjährigen eine Vertrauensperson als Rechtsvertretung beizuordnen. Unbegleitete urteilsunfähige Minderjährige werden nicht angehört. In diesen Fällen wird sich das SEM zuerst von der gesetzlichen Vertretung die Einreichung eines Asylgesuchs im Namen der gesuchstellenden Person bestätigen lassen, um anschliessend mithilfe der Beteiligten den Sachverhalt zu ermitteln. Angehörige des minderjährigen Asylsuchenden oder andere Begleitpersonen werden in Anwesenheit der Rechtsvertretung der minderjährigen Person als Drittpersonen i.S.v. Art. 12 VwVG durch das SEM angehört. Bei der Anhörung von unbegleiteten minderjährigen Asylsuchenden ist auf die besonderen Aspekte der Minderjährigkeit zu achten. Die anhörende Person hat dafür zu sorgen, dass sich das Kind während der Anhörung wohlfühlt. Die Sprache muss dem Alter und dem Reifegrad des Kindes angepasst sein, die Besonderheiten der interkulturellen Kommunikation sind zu beachten. Ferner sind nonverbale Äusserungen zu thematisieren und aktenkundig zu machen. Wie bei den Anhörungen im Familienrecht ist es wünschenswert, wenn die Anhörung durch die Person erfolgt, die auch am Entscheid mitwirken wird.

Zeugenaussagen sind grundsätzlich nur subsidiär gegenüber anderen Beweismitteln 9.95
einzusetzen und bilden daher die Ausnahme. Werden Berichte von Begleitpersonen

Entwurf

urteilsunfähiger minderjähriger Asylsuchender eingeholt, die selbst zwar urteilsfähig, aber minderjährig sind, ist gemäss hier vertretener Auffassung deren gesetzliche Vertretung notwendigerweise in die Berichterstellung einzubeziehen.

9.96 Im Asylverfahren besteht kaum Raum für eine *Mediation*.

Erstabzug

Teil 4: Praktischer Teil

Erstabzug

Erstabzug

§ 10 Arbeitsvorlagen und Hinweise für die Praxis

Inhaltsverzeichnis

A. Zu den Quellen 10.1
B. Anhörung des Kindes 10.3
1. Einladungsbriefe an Kinder 10.8
2. Kindesanhörung den Eltern erklären 10.18
3. Kindesanhörung dem Kind erklären 10.22
4. Kindesanhörung – eine Leitlinie 10.25
5. Fragetechniken und -beispiele 10.29
6. Rahmenbedingungen und Ausstattung 10.31
7. Gesprächsnotiz einer Anhörung in einem Scheidungsverfahren 10.33
C. Kindesvertretung im Verfahren 10.39
1. Wann ist eine rechtliche Vertretung für das Kind angezeigt? 10.42
2. Verfügung einer Kindesvertretung (Eheschutzverfahren) 10.44
3. Zur Rolle der Kindesvertreterin oder des Kindesvertreters 10.46
D. Mediation 10.49
1. Was ist Mediation? 10.52
2. Wann kommt eine Mediation infrage? 10.53
E. Adressen, Links und Literaturhinweise . . . . .
1. Ausgewählte Adressen und Links . . . . .
2. Literaturhinweise für Kinder, Eltern sowie beteiligte Fachpersonen (Auswahl) . .
a) Für Kinder . . . . .
b) Für Eltern und andere betroffene Personen . . . . .
c) Für Fachpersonen . . . . .

A. Zu den Quellen

Mit den nachfolgenden Arbeitsvorlagen und praktischen Hinweisen möchten wir 10.1
Ihnen als Leserin oder Leser Anschauungsmaterial bieten und Ihnen die praktische Umsetzung möglichst vereinfachen. Dies geschieht im Wissen darum, dass es viele verschiedene Herangehensweisen gibt und dass es sich bei den Vorlagen um Vorschläge handelt. Wir haben uns auf drei bedeutende Verfahrensbereiche für das Kind beschränkt: Anhörung, Vertretung und Mediation. Die Arbeitsvorlagen und Dokumentauszüge stammen alle, sofern nicht ausdrücklich anders angegeben, von Frau lic. iur. Andrea Staubli, Mediatorin SDM, Coach und Dozentin, und sind Ergebnisse ihrer langjährigen Berufstätigkeit als Gerichtspräsidentin des Bezirksgerichts Baden (1996–2015). Sie hat sich in dieser Funktion massgeblich dafür eingesetzt, dass die Umsetzung der Rechte der Kinder in der Verfahrenspraxis an den Familiengerichten im Kanton Aargau – und weit über die kantonalen Grenzen hinaus – geplant, vorangetrieben und etabliert wird. – Gewisse inhaltliche Wiederholungen zwischen den Dokumenten nehmen wir bewusst in Kauf.

Entlastung

10.2 Weiteres Informations- und Arbeitsmaterial für die Praxis zur Kindesanhörung finden Sie etwa auch bei Eberhard Carl/Clauss Marianne/Karle Michael, Kindesanhörung im Familienrecht, Rechtliche und psychologische Grundlagen sowie praktische Durchführung, München 2015, 148 ff., 240 ff.

B. Anhörung des Kindes

10.3 Das Kind ist aufgrund der dargelegten Rechtsgrundlagen grundsätzlich immer anzuhören – nicht nur dann, wenn es dies verlangt oder seine Eltern einen entsprechenden Antrag stellen. Kinder sind also von Amtes wegen *persönlich* zu einem Anhörungsgespräch einzuladen, wenn Entscheidungen zu fällen sind, die ihren Lebensalltag (namentlich ihr Familienleben, ihre Gesundheit oder die Schule) tangieren. Ein Kind wird damit direkt angesprochen und es wird ihm unmittelbar gezeigt, dass es ernst genommen wird. Es realisiert unter Umständen zum ersten Mal, dass es im Verfahren um seine Rechte, seine Interessen und auch seinen Willen geht.

10.4 Hierzu finden Sie nachfolgend *drei unterschiedliche Musterbriefe,* wobei diese sich an Kinder und Jugendliche unterschiedlichen Alters richten und/oder einen unterschiedlichen Verfahrensgegenstand betreffen (Rz. ■8 ff.■). Während ein Telefongespräch als Einladung persönlicher erscheinen mag, wirkt eine schriftliche Einladung verbindlicher. Das Kind meldet sich nach dem Erhalt der Einladung zur Anhörung entweder *mündlich oder schriftlich* für die Anhörung an oder sagt den Termin ab. Auch hier gilt es abzuwägen: Eine telefonische Rückmeldung des Kindes mag ein Gespräch erlauben, ein schriftlicher Antwort-Talon kann der Vereinfachung des Verfahrens dienen.

10.5 Die Einladung sollte *nicht an die Eltern* gerichtet werden, denn nur mit einem direkten Anschreiben wird auf verbindliche Art und Weise Kontakt mit dem Kind aufgenommen. Es ist aber notwendig, dass den Eltern von Anfang an das Anhörungsverfahren ihres Kindes erklärt wird und sie über den vorgesehenen Termin für die Anhörung informiert sind (Rz. ■). Eine gute Information der Eltern über Sinn und Zweck der Anhörung kann Ängste und falsche Vorstellungen abbauen. Das Kind wird einer Anhörung viel eher zustimmen, wenn seine Eltern dieser gegenüber nicht negativ eingestellt sind und die Anhörung unter anderem nicht als ein Ausfragen über das Ehe- und Familienleben betrachtet wird. Das bedeutet beispielsweise konkret, dass die Eltern neben der mündlichen Information über Sinn und Zweck der Kinderanhörung auch eine Kopie der Einladung an das Kind erhalten. (Hier ev. noch ein Hinweis, dass die.)■

Freiexemplar

Im *Idealfall* wird bereits zu dem Zeitpunkt, an dem die Eltern über das Anhörungsverfahren informiert werden, der Termin mit ihnen besprochen (vgl. Rz. 11■, s.a. Leitlinie, Rz. ■), es sei denn, es ist schon klar, dass das Kind keine Anhörung wünscht. 10.6

Dieses Unterkapitel enthält ausserdem *unterschiedliche Informationsblätter zur Anhörung,* wobei sich hier das erste, kurze grundsätzlich an die Eltern richtet und weiterführende Literaturangaben aufführt (Rz. ■) und das zweite sich direkt an die Kinder und Jugendlichen richtet (Rz. ■). Die Informationsbroschüre will den Kindern auf altersentsprechende Weise erklären, was eine Anhörung im Verfahren ist und welche Bedeutung eine solche für sie hat bzw. haben kann. Ferner folgt eine *Leitlinie zur Kindesanhörung,* die sich vor allem an Behördenmitglieder richtet und auf die Art und Weise der Durchführung der Anhörung, z.B. den Ablauf der Anhörung, das Setting sowie konkrete Fragetechniken und Fragebeispiele einer Kindesanhörung, eingeht (Rz. ■) Angefügt sind auch einige konkrete Fragetechniken mit Beispielen (Rz. ■) sowie Auszüge aus einer Aktennotiz zur Ausstattung eines Raumes für Kindesanhörungen (Rz.) Die Wiedergabe einer *Gesprächsnotiz* zu einer durchgeführten Kindesanhörung, die im Nachhinein erstellt worden ist, bildet den Schluss des Abschnittes zur Anhörung (Rz. ■) 10.7

1. Einladungsbriefe an Kinder

Der *erste Musterbrief* für eine Einladung zur Anhörung richtet sich an *Kinder bis 14 Jahre*. Dem Kind ist der Brief sowie eine seinem Alter entsprechende Informationsbroschüre zur Anhörung zu senden. 10.8

Einladung [bis 14 Jahre] 10.9

Lieber Pierre

Deine Eltern haben beschlossen, sich zu trennen. Unser Gericht behandelt nun die Scheidung deiner Eltern. Da gibt es einiges zu regeln, auch solches, das dich direkt betrifft: z.B. bei wem du wohnst, bei wem du isst, wo du deine Freizeit, Wochenenden und Ferien verbringst. – Das sind alles Fragen, die in nächster Zeit zu klären sind.

Du hast das Recht, deine Vorstellungen und Wünsche im Zusammenhang mit der Trennung deiner Eltern mit mir zu besprechen. Gleichzeitig können auch deine Fragen geklärt werden.

Zu deiner Information lege ich dir die Broschüre «Deine Meinung ist wichtig» mit Informationen für Kinder und Jugendliche zur Anhörung bei.

Entwurf

Damit ich weiss, ob du ein solches Gespräch möchtest oder nicht, bitte ich dich, den Talon auf der 2. Seite dieses Briefes auszufüllen und zurückzuschicken. Du wirst dann wieder von mir hören.

Freundliche Grüsse

****

Antworttalon

☐ Ich möchte ein Gespräch.

☐ Mir geht es an folgenden Tagen:

☐ Ich bin unter folgender Telefonnummer erreichbar:

☐ Ich habe folgendes Anliegen:

☐ Ich habe folgende Fragen:

☐ Ich möchte kein Gespräch.

☐ Ich habe folgendes Anliegen:

…… ……

Ort und Datum Unterschrift

Bitte Zutreffendes ankreuzen, unterschreiben und mit beiliegendem Umschlag innert 14 Tagen an das Bezirksgericht zurücksenden.

DANKE!

10.10 Das Kind, das kein Gespräch möchte, bekommt in dieser Variante die Gelegenheit, ein Anliegen schriftlich zu äussern. Das Kind kann z.B. einen Wunsch, den es an seine Eltern resp. an einen Elternteil oder an das Gericht hat, formulieren.

10.11 Der *zweite Musterbrief* für eine Einladung zur Anhörung richtet sich an *Jugendliche zwischen 14 und 16 Jahren*. Der Antworttalon bleibt gleich und wird deshalb hier nicht mehr abgedruckt. Bereits eine 14-jährige Person hat Anspruch darauf, über die sie betreffenden Inhalte eines Scheidungsurteils persönlich vom Gericht informiert zu werden.

10.12 **Einladung [14–16 Jahre]**

Liebe Azrah

Unser Gericht ist mit dem Scheidungsverfahren deiner Eltern betraut. Da gibt es einiges zu regeln, auch solches, das dich direkt betrifft. Bei wem du wohnst, bei wem du isst, wo du deine Freizeit, Wochenenden und Ferien verbringst – das sind alles Fragen, die in nächster Zeit zu klären sind. Du hast das Recht, deine Vorstellungen und Wünsche im Zusammenhang mit der Trennung deiner Eltern mit mir zu besprechen. Gleichzeitig können

auch deine Fragen geklärt werden. Zu deiner Information lege ich dir die Broschüre «Was ist eine Kindesanhörung?» bei.

Damit ich weiss, ob du ein solches Gespräch führen möchtest oder nicht, bitte ich dich, den Talon auf der 2. Seite des Briefs auszufüllen und zurückzuschicken. Du wirst dann wieder von mir hören.

Freundliche Grüsse

Wichtig zu wissen!

Nach Abschluss des Gerichtsverfahrens erhälst du von uns einen Auszug aus dem Scheidungsurteil deiner Eltern. Darin informieren wir dich über die wichtigsten Bestimmungen, die dich direkt betreffen. Solltest du dazu Fragen haben, kannst du dich bei uns melden.

Der *dritte Musterbrief* richtet sich in an Kinder respektive *Jugendliche ab 16 Jahren*. In diesem Alter sollten die Adressaten und Adressatinnen gesietzt werden. Einer 16-jährigen Person kann nach der hier vertretenen Ansicht das gleiche Informationsschreiben wie den Eltern abgegeben werden. Da der Antworttalon gleich bleibt, wird er hier ebenfalls weggelassen. 10.13

Einladung [16–18 Jahre] 10.14

Lieber Robin

Unser Gericht ist mit dem Scheidungsverfahren Ihrer Eltern betraut. Davon sind auch Sie direkt betroffen. Sie haben das Recht, sich in einem persönlichen Gespräch über Ihre Vorstellungen und Wünsche im Zusammenhang mit der Trennung Ihrer Eltern zu äussern. Gleichzeitig können auch Ihre Fragen geklärt werden. Zu Ihrer Information lege ich Ihnen das Informationsblatt «Die Kindesanhörung» bei.

Damit ich weiss, ob Sie ein solches Gespräch führen möchten oder nicht, bitte ich Sie, den Talon auf der zweiten Seite auszufüllen und mir zurückzuschicken. Sie werden dann von mir hören.

Freundliche Grüsse

Wichtig zu wissen!

Nach Abschluss des Gerichtsverfahrens erhalten Sie von uns einen Auszug aus dem Scheidungsurteil Ihrer Eltern. Darin informieren wir Sie über die wichtigsten Bestimmungen, die Sie direkt betreffen. Sollten Sie dazu Fragen haben, können Sie sich bei uns melden.

Es gibt immer wieder auch Situationen (z.B. bei strittigen Scheidungen), in denen das Gericht die Einladung ohne Talon versendet und das Kind direkt zu einem Gesprächstermin aufbietet. In solchen Fällen ist es der Richterin resp. dem Richter wichtig, einen direkten Kontakt zum Kind herzustellen und einen persönlichen Eindruck zu erhalten. 10.15

10.16 Der *vierte Musterbrief* für eine Einladung zur Anhörung (von uns verfasst), betrifft schliesslich nicht ein Trennungs-/Scheidungsverfahren, sondern einen von den Eltern *verweigerten Schulwechsel.* Dieser Fall unterscheidet sich von den vorhergehenden insoweit, als dass das Kind im Kindesschutzverfahren betroffene Partei ist und angehört werden muss.

10.17 **Einladung**

Liebe Mara

Wie du weisst, ist deine Situation in der Schule nicht einfach. Unsere Behörde behandelt nun die Frage, welche Lösungen für dich gut sein könnten. Da gibt es einiges mit dir, deinen Eltern und deinen Lehrerinnen und Lehrern zu überlegen und zu besprechen. Wir möchten nun gerne einmal mit dir alleine zusammensitzen und deine Vorstellungen und Wünsche erfahren. Das ist wichtig, um eine gute Lösung für dich finden zu können.

Ich schlage vor, wir treffen uns am kommenden Montag, 15. September, 10.00 Uhr, bei mir in den Räumlichkeiten der Kindesschutzbehörde. Diese befinden sich am Musterweg 10. Ich hole dich in der Eingangshalle ab. Das Gespräch wird etwa eine halbe Stunde dauern.

Wenn du Fragen hast, gebe ich dir gerne Auskunft. Meine Telefonnummer lautet XXX.

Falls du nicht zu einem Gespräch kommen möchtest oder am 15. September nicht kannst, gib mir doch bitte telefonisch Bescheid.

Zu deiner Information, wie ein solches Gespräch abläuft, lege ich dir die Broschüre «Was ist eine Kindesanhörung?» bei.

Freundliche Grüsse

2. Kindesanhörung den Eltern erklären

10.18 Die Eltern sind darüber zu orientieren, dass eine Anhörung ihres Kindes stattfinden wird – ohne dass sie oder Anwältinnen und Anwälte anwesend sein werden. Den Eltern ist zu erklären, was die Anhörung bedeutet und dass sie am Schluss über das Gesamtergebnis informiert werden. Im Idealfall ist bereits mit den Eltern ein Termin zu vereinbaren und zu klären, wer das Kind zu welchem Zeitpunkt bringt und abholt. Die Eltern werden darauf hingewiesen, dass das Kind gegebenenfalls den Talon des Kinderbriefes ausfüllen und an die Behörde zurücksenden muss und dass das Kind bei Fragen anrufen kann.

10.19 Da Eltern in der Regel mehr über ihre und die Situation ihrer Kinder wissen wollen, ist es auch sinnvoll, ihnen eine kurze Liste mit Literatur zum Thema Trennung und Scheidung zu überlassen (s. Literaturhinweise a.E. dieses Kapitels).

Entwurf

Zusätzlich zu den mündlichen Ausführungen über die Kindesanhörung wird den Eltern das nachfolgende Informationsblatt abgegeben: 10.20

Kindesanhörung 10.21

Informationen für die Eltern

Die Anhörung bezweckt die Respektierung der Persönlichkeit der Kinder. Ziel der Kindesanhörung ist es, einen persönlichen Eindruck darüber zu erhalten, wie die Kinder ihre Situation sehen und welche Bedeutung die beiden Elternteile für die Kinder haben. Ebenso sollen die Kinder die Gelegenheit erhalten, sich über ihre Wünsche und ihre Bedürfnisse zu äussern und mit einer unabhängigen Person über ihre momentane Situation während der Trennungsphase der Eltern zu reden. Dabei sollen die Kinder nicht zu Aussagen gezwungen werden bzw. sollen die Kinder nur zu denjenigen Fragen Stellung nehmen, die sie auch beantworten möchten. Es bleibt ihnen überlassen, wozu sie sich äussern wollen.

Die Kindesanhörung dient dem Gericht nicht dazu, die Kinder über die Eltern auszufragen; es soll kein Verhör sein. Ebenso wenig liegt der Zweck der Kindesanhörung darin, die Kinder gegen die Eltern auszuspielen oder sie über vergangene Geschehnisse auszuhorchen. Die Kindesanhörung dient dem Schutz des Kindes.

Die Anhörung der Kinder erfolgt in Abwesenheit der Eltern und ihrer Vertreter. Der wesentliche Inhalt der Kindesanhörung wird in einer Gesprächsnotiz festgehalten und den Eltern, dem Vertreter resp. der Vertreterin der Kinder sowie den Kindern selbst zugestellt.

Art. 298 der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) (Anhörung des Kindes)

[1] Das Kind wird durch das Gericht oder durch eine beauftragte Drittperson in geeigneter Weise persönlich angehört, sofern sein Alter oder andere wichtige Gründe nicht dagegen sprechen.

[2] Im Protokoll der Anhörung werden nur die für den Entscheid wesentlichen Ergebnisse festgehalten. Die Eltern und die Beiständin oder der Beistand werden über diese Ergebnisse informiert.

[3] Das urteilsfähige Kind kann die Verweigerung der Anhörung mit Beschwerde anfechten.

Anhang: Trennungs- und Scheidungsliteratur für Eltern

3. Kindesanhörung dem Kind erklären

Das Kind ist offen und transparent über das Anhörungsverfahren zu informieren. Dazu gehören vor allem die folgenden Inhalte: 10.22

– Ziel der Erklärung ist, dass das Kind danach weiss (bzw. eine Vorstellung davon hat), was es bei der Anhörung erwartet. Das Kind soll keine Angst vor dem Anhörungstermin haben. Es soll wissen, dass eine Zusammenfassung des

Gesprächs auch an die Eltern gehen wird, dass aber nur solche Dinge in die Gesprächsnotiz aufgenommen werden, die das Kind möchte (Vertraulichkeit des Gesprächs).

– Bei der Erklärung können etwa folgende *kindergerechte Informationsbroschüren zur Anhörung* zu Hilfe genommen werden.

10.23 Das Institut für Familienforschung und Familienberatung der Universität Freiburg i. Ue. hat eine Broschüre zur Information von Kindern und Jugendlichen zur Anhörung verfasst und herausgegeben (aktueller Stand: 2016). Sie trägt den Titel «Deine Meinung ist wichtig». Der erste Musterbrief (oben Rz. ■) verweist auf diese Broschüre. ■Sie finden diese illustrierte Broschüre *im Anhang des Buches*.■

10.24 Im Weiteren ist auf die Informationsbroschüren zur Anhörung von Kindern im Verfahren hinzuweisen, die das Marie Meierhofer Institut für das Kind (MMI) zusammen mit UNICEF Schweiz unter dem Titel «Die Kindesanhörung. Es geht um dich – deine Meinung ist gefragt» herausgegeben haben. Diese Broschüren, die in drei Varianten vorliegen (für Kinder ab 5 resp. ab 9 Jahren und für Jugendliche ab 13 Jahren), können für alle zivilrechtlichen Verfahren (z.B. KESR-Verfahren, Schule, Gesundheit) eingesetzt werden. Die Broschüren können kostenlos bezogen werden (unter ‹www.unicef.ch› oder 044 317 22 66).

4. Kindesanhörung – eine Leitlinie

10.25 Wichtig ist gemäss den empirischen Ergebnissen von Kinderbefragungen, dass der gesamte *Kontext* des Kindes sowie seine Persönlichkeit möglichst breit wahrgenommen wird: Ein Kind will nicht nur als «*Problemfall*» wahrgenommen werden, sondern als Persönlichkeit, die einen Alltag lebt und spezifische Interessen und Freundschaften hat. Es ist Kindern wichtig, dass die Erwachsenen ihnen *zuhören.* Kinder möchten generell eine *aktive Rolle* einnehmen können: Das Kind möchte Dinge wissen und bedeutungsvolle Informationen erhalten.[1]

10.26 Die folgende *Leitlinie* richtet sich *an Fachpersonen,* die eine Anhörung durchführen. Sie ist wie folgt gegliedert: 1. Zweck der Anhörung; 2. Grundsätze der Anhörung; 3. Vorbereitung der Anhörung (Information, Setting); 4. Durchführung der Anhörung in den verschiedenen Phasen (Begrüssungs- und Beziehungsaufbauphase, eigentliche Durchführung der Anhörung und Abschluss des Gesprächs).

[1] Delfos, Kinder, 58 f.,: sog. «Clear»-Kommunikation (benannt nach den ersten Buchstaben von «context, listening, empowerment, advice and reassurance»; wobei Ratschlag und Beruhigung den Kindern selbst weniger wichtig waren; Fergert, Rz. 1081.

Fachbuch

Die Kindesanhörung wird grundsätzlich von den Gerichtspräsidentinnen und –präsidenten sowie von den Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden, d.h. den verfahrensleitenden Personen, persönlich durchgeführt. Die verfahrensleitende Person kann die Anhörung auch an unabhängige und qualifizierte Fachpersonen (z.B. an die Jugendpsychologie resp. –psychiatrie) delegieren oder solche beiziehen, ohne dass dies eine Abgabe ihrer Verantwortung zur Folge hätte. Das Kind wird dann von der Drittperson zu den entscheidungsrelevanten Punkten befragt. 10.27

Leitlinie zur Kindesanhörung (Scheidungsverfahren) 10.28

1. Zweck der Anhörung

- Die Anhörung bezweckt die Respektierung der Persönlichkeit des Kindes.
- Ziel der Anhörung ist es, einen persönlichen Eindruck zu erhalten, wie das Kind seine Situation sieht und welche Bedeutung die beiden Elternteile für das Kind haben.
- Das Kind soll Gelegenheit erhalten, sich über seine Wünsche und Bedürfnisse zu äussern.

2. Grundsätze der Anhörung

Kontext: Der Grundsatz der Nichtschädigung des Kindes gilt auch im Rahmen einer Anhörung. Die Anhörung mag für das Kind u.U. eine Belastung sein; wahrscheinlich ist der Familienkonflikt für das Kind aber belastender und noch nicht verarbeitet.

Zuhören: Die Mitwirkung und die Selbstbestimmung des Kindes werden gestärkt, indem es eine möglichst aktive Rolle einnimmt. Die Devise lautet: Reden lassen, ohne zu unterbrechen; fragen statt sagen.

Empathie: Fühlen Sie sich in die Situation des Kindes ein und versuchen Sie, die Position des Kindes zwischen den Eltern nachzuvollziehen (Welche Verletzungen hat das Kind möglicherweise erfahren und wie verarbeitet es diese? Welcher Elternteil könnte diesen Prozess besser unterstützen?).

3. Vorbereitung der Anhörung

Information als Vorbereitung

- Eltern sollten frühzeitig, d.h. wenn möglich im ersten Gespräch, auf die Kindesanhörung und den zu erwartenden Einladungsbrief für das Kind vorbereitet werden. Informationsbroschüren abgeben.
- Die Eltern sollen vor einer Anhörung mit ihrem Kind darüber sprechen und es darauf vorbereiten (Wie muss sich das Kind eine Anhörung vorstellen, was passiert dort?).
- Die Eltern sollen mit ihrem Kind den Kinderbrief besprechen und dabei auch die Nachscheidungsphase, d.h. vor allem die Sorgerechtsregelung und das Besuchsrecht, zur Sprache bringen.
- Eltern sind auf Kinderbücher und Scheidungsliteratur hinzuweisen.
- Wenn möglich ist der Termin für die Anhörung direkt mit den Eltern zu vereinbaren oder es sind mögliche Termine mit ihnen vorzubesprechen.

- Eltern sind zu informieren, dass eine Anhörung ohne sie und ohne Anwälte erfolgt.
- Eltern sind darüber zu orientieren, wie sie vom Ergebnis der Anhörung erfahren.
- Mit den Eltern ist praktisch abzumachen, wer das Kind zur Anhörung bringt und wer es wieder abholt; die ungefähre Dauer des Gesprächs ist bekannt zu geben.
- Eltern kann evtl. der Kinderbrief mitgegeben werden.
- Eltern sind darauf hinzuweisen, dass das Kind den Talon des Kinderbriefes ausfüllen und an das Gericht zurücksenden muss und dass das Kind bei Fragen anrufen kann.

Rahmenbedingungen/Setting der Anhörung

- Anhörung findet nicht im Gerichtssaal statt (s.a. im Detail Rz. 10.31 f.■).
- Sitzordnung: auf gleicher Augenhöhe mit dem Kind, nicht «von oben herab»; aber auch nicht vis-à-vis sitzen, damit das Kind nicht dauernd Augenkontakt halten muss.
- Rund 30 Minuten Zeit einberechnen. (Ist ein Kind jünger, ist die Konzentrationsfähigkeit kürzer; ist ein Kind hyperaktiv oder aggressiv, muss evtl. mehr Zeit einberechnet werden.)
- Eine dem Alter des Kindes entsprechende Kommunikation wählen (s.a. Fragetechniken, Rz.■).
- Offen sein; keine vorgefertigte Meinung haben.
- Gesprächsnotiz erstellen, i.d.R. kein Protokoll.

4. Durchführung der Anhörung

a) Begrüssen und Beziehung aufbauen

- Sich und andere anwesende Personen vorstellen (z.B. «Hallo, ich bin […]. Wie heisst du?»).
- Kontakt zum Kind aufnehmen, Vertrauensbasis schaffen (z.B. mit «Wie bist du hierhergekommen?» oder «Deine Eltern kenne ich schon, nun möchte ich dich kennenlernen.»).
- Kind soll wissen, worum es in diesem Gespräch geht. Deshalb Kind fragen, ob es den Kinderbrief verstanden hat und ob es weiss, weshalb es anwesend ist. Sinn und Zweck der Anhörung erklären.
- Dann die Rollen klären, d.h., dem Kind insbesondere klarmachen, dass die Entscheidung nicht bei ihm liegt, sondern bei den Eltern resp. beim Gericht. Dem Kind erklären, dass das Wichtigste aufgeschrieben wird, dass die Gesprächsnotiz ihm und seinen Eltern später zugeschickt wird und dass am Ende gemeinsam überprüft wird, was in dieser Notiz stehen soll und was nicht.
- Befinden des Kindes in der aktuellen Situation klären (z.B. «Vielleicht war es für dich ja nicht so einfach, hierherzukommen. Ich danke dir, dass du gekommen bist. Ich möchte mit dir heute darüber sprechen, wie es dir geht, wenn du bei Mami oder Papi bist, was für dich gut und was vielleicht weniger gut ist.»).

b) Anhörungsgespräch durchführen

Das offene Fragegespräch (evtl. mit Kinderbüchern) dient dazu, die Meinung und die Gefühle des Kindes zu erfahren. Es geht darum, mit dem Kind ein Gespräch über die *familiären Beziehungen* zu führen:

- Welches sind die familiären Bezugspersonen des Kindes?
- Wie gestaltet sich der Lebensalltag des Kindes punkto Familienmitglieder, Nachbarn, Freunde, Schule, Freizeit, Wohnort und Wochenendgestaltung etc.? (z.B. «Kannst du mir erzählen, wo du jetzt wohnst und was dir dort besonders gefällt?»; «Wer ist deine beste Freundin und wo wohnt sie?»; «Mit wem spielst du, wenn du nicht mit deinen Geschwistern spielst?»)
- Welches sind die Aktivitäten des Kindes mit den Eltern? (z.B. «Kannst du mir erzählen, was du am letzten Wochenende mit deinem Vater gemacht hast?»)
- Welches sind die Präferenzen des Kindes? (z.B. «Was ist für dich wichtig?»)
- Welches sind die Wünsche des Kindes? (z.B. «Was ist dein grösster Wunsch?»; «Wenn jetzt eine Fee [oder ein Zauberer mit einem grossen Zauberstab] bei dir erscheinen würde und zu dir sagt: ‹Liebe XXX, du hast einen Wunsch frei!› Was würdest du dir wünschen?»)
- Wie ist das Befinden des Kindes? (z.B. «Wie ist es für dich, Mama zu besuchen?»; «Wie war es für dich, als dein Vater ausgezogen ist?»; «Deine Eltern sind sich nicht einig, was meinst du dazu?»; «Du wohnst jetzt bei deiner Mutter – was gefällt dir da?»; «Gibt es auch etwas, was für dich schwierig ist?»; «Wie geht es dir, wenn du an die Besuche bei XXX denkst?»; «Sind deine Freunde auch manchmal da?»; «Sprichst du manchmal mit deinen Geschwistern über die neue Familiensituation?»)
- Den Inhalt laufend mit eigenen Worten zusammenfassen und sich beim Kind vergewissern, dass es richtig verstanden worden ist. (z.B. «Jetzt habe ich von dir gehört, wie es dir damit geht, dass deine Eltern sich getrennt haben. Ich habe verstanden, dass du gerne bei deiner Mutter bleiben möchtest. Du möchtest aber gerne mehr Zeit mit deinem Vater verbringen. – Stimmt das so?»)

c) Anhörungsgespräch beenden

- Nach dem Gespräch genau abklären, welche Inhalte die Eltern nicht erfahren sollen. (z.B. «Was möchtest du, dass ich deinen Eltern nicht sage?»; «Gibt es etwas, über das wir zusammen gesprochen haben, von dem du nicht willst, dass ich es deinem Vater oder deiner Mutter sage?»)
- Hinweis zur vertraulichen Behandlung des Gesprächs und zum erwartenden Inhalt der Gesprächsnotiz sowie Hinweis zum weiteren Verfahrensablauf.
- Kurze freundliche Verabschiedung und Dank an das Kind für die Kooperation.

5. Fragetechniken und -beispiele

10.29 Wichtig sind auch die konkreten Fragetechniken, die je nach Frageintention unterschiedlich ausfallen. Nachfolgend sind – ohne Anspruch auf Vollständigkeit – einige Techniken mit Beispielen zusammengestellt:

10.30

Fragetechniken[2]	**Beispiele**	**Frageintention**
Offene Fragen	«Was machst du gerne und was weniger gerne an deinem freien Mittwoch?» «Erzähle mir mal vom Kinderhort, was da alles los ist?» «Was machen die Kinder auf deiner Schule denn in der Pause?» «Wie findest du es, dort zu wohnen?»	Alltag punkto Freizeit, Wohnen, Präferenz
Nach Unterschieden fragen	«Spielst du lieber mit deinem Bruder oder mit deiner Schwester?» «Zu wem gehst du mit deinen Matheaufgaben? Zu deiner Mutter oder deinem Vater oder deinem Bruder?»	Alltag punkto Familie, Präferenz
Nach Hierarchien fragen	«Welches Fach hast du in der Schule am liebsten, welches am wenigsten gern?» «Was machst du am liebsten wenn du nicht in die Schule gehst?» «Wie wichtig ist es dir, dass du jeden Samstag zum Fussballtraining gehen kannst?» «Wie gefällt es dir, zwei Zimmer zu haben? Sind sie gleich eingerichtet?»	Alltag punkto Schule, Freizeit
Nach Zeiträumen[3] oder Zeitpunkten fragen	«Was hast du heute Morgen gemacht?» «Was würdest du machen, wenn du jetzt zu Hause wärst?» «Was hast du am vergangenen Sonntag gemacht?» «Musst du manchmal auf deine Schwester aufpassen? Was macht ihr dann zusammen? Wie ist das für dich?»	Alltag punkto Familie, Schule, Freizeit

[2] Delfos, Kinder, 192 ff.

[3] Nach Delfos, Kinder, 79, funktioniert das Gedächtnis z.B. von 4–6 Jahre alten Kindern in räumlicher Hinsicht besser als in zeitlicher. Deshalb ist die Frage wie folgt zu stellen: «Wo warst du, als du erfahren hast, dass deine Eltern sich trennen wollen?»

Erstauflage

Fragetechniken[2]	Beispiele	Frageintention
	«Gehst du in den Ferien manchmal auch zu deiner Grossmutter? Wie ist es dort?»	
Keine Suggestivfragen stellen (Fragen oder Aussagen, die eine bestimmte Antwort suggerieren oder dem Befragten die Meinung des Fragenden zeigen)[4]	«Gehst du gerne in die Schule?» «Du spielst sicher gerne mit Maya.» «Möchtest du gerne weiterhin in den Hort gehen?»	
Keine resp. wenige geschlossene Fragen stellen (auf geschlossene Fragen gibt es begrenzte Antworten *[ja/nein]*, ermuntert nicht zum Erzählen)[5]	«Weisst du, weshalb du heute bei mir bist?» «Gehst du gerne in deine Schule?» «Hast du dieses Bild deiner Mutter gezeichnet?»	

6. Rahmenbedingungen und Ausstattung

Die folgenden Auszüge stammen aus einer Aktennotiz, die anlässlich der Planung der An-hörungsräume an den Familiengerichten des Kantons Aargau erstellt wurde, und ergeben interessante Einblicke in die idealen Bedingungen betreffend den Raum und die Einrichtung: 10.31

Aktennotiz zur Ausstattung eines Standardzimmers 10.32

(von Andrea Staubli, Gerichtspräsidentin Bezirksgericht Baden, 30. November 2011)

[…]

Vorschläge zum Raum:

Der Raum sollte möglichst neutral gehalten sein, eine Wand z.B. in einem feinen, warmen Gelbton. Wenige, aber freundliche Bilder (was die Kleinen gut finden, spricht die Jugendlichen nicht an, und umgekehrt). Die Grösse des Raumes hängt vom Mobiliar ab (s. Vorschläge unten), der Raum darf nicht eng sein, aber auch nicht zu gross.

[4] Diese Gefahr ist besonders gross, weil zum einen bei der fragenden Person Unsicherheiten im Gespräch mit Kindern bestehen und weil zum anderen Kinder besonders sensibel auf Erwartungen von Erwachsenen reagieren.

[5] Ausnahmen sind z.B. bei sehr ängstlichen Kindern möglich.

Einbezug

Vorschläge zum Mobiliar:

Grundsätzlich sollen sich Jugendliche wie auch (Klein-)Kinder im Raum wohlfühlen. Das Gleiche gilt auch für die anhörende Person. Die Einrichtung/das Mobiliar sollte daran ausgerichtet sein. Mit welchen Möbeln fühlt sich sowohl ein (Klein-)Kind als auch ein Jugendlicher wohl? Allenfalls ist es sinnvoll, eine Ecke für die Kleineren und eine Ecke für die Grösseren einzurichten. Das Mobiliar sollte stabil, warm, unaufdringlich und freundlich sein; z.B. ein bunter Teppich, damit auch mal am Boden gesessen, gespielt oder gezeichnet werden kann.

Betreffend Möblierung gibt es verschiedene Möglichkeiten:

Variante 1: Einen runden Tisch mit 3–4 Stühlen für die Anhörung von Jugendlichen und einen niedrigeren Tisch mit kleinen Stühlen (Spieltisch) für die Kleinen.

Nachteil: Die anhörende Person muss sich auch an den niedrigeren Tisch setzen, was meist nicht bequem ist. Selbst wenn sie dies tut, wird das wichtige Kriterium der gleichen Augenhöhe nicht erfüllt. Verzichtet man auf den kleinen Tisch und setzt man die Kinder an den grossen Tisch, so baumelt das Kind mit den Füssen, ist unruhig und kann sich nicht auf die Anhörung konzentrieren. Höhenverstellbare Stühle (z.B. ein Tripp Trapp) können in der Anwendung schwierig sein (Verstellen).

Variante 2: Ein 3er-Sofa mit einem zusätzlichen Stuhl (für die anhörende Person) und einem runden Tisch (wie bei Variante 1). Das Kind kann sich auf das Sofa setzen, die anhörende Person evtl. auch, oder diese setzt sich auf den zusätzlichen Stuhl. Grössere Kinder/Jugendliche können wählen, ob sie auf dem Sofa oder am runden Tisch Platz nehmen wollen. Diese Variante kommt den Bedürfnissen aller Altersgruppen nach.

Variante 3: In San Diego (USA) werden die Kindesanhörungen in einem Raum mit zwei Treppenstufen (belegt mit Teppich) durchgeführt. Die erste Stufe befindet sich auf ca. 75 cm Höhe, die zweite auf 1,50 m. Je nach Alter setzt sich ein Kind auf die eine oder andere Stufe und ist auf gleicher Augenhöhe mit der anhörenden Person. Der Platzbedarf ist dabei relativ gering.

Es braucht nicht viele Hilfsmittel wie Spiel- und Malzeug. Diese können auch ablenken! Weniger ist mehr; gute Qualität, keine Überfrachtung. Es gibt eine Referenzangabe, die besagt, dass Kinder ab ca. 6 Jahren Klarheit haben wollen, warum sie da sind, und nicht unbedingt spielen wollen.

Für kleinere Kinder: verschiedene Farb- und Malstifte, Zeichenblöcke, Mandala-Malbücher; Figuren, z.B. Playmobil-Figuren (je 5–6 männliche, weibliche und Kinderfiguren: So können Familien gestellt werden); Bauklötze (um Wohnsituationen darzustellen) oder Lego; wenige Spiele: z.B. UNO (das kennen alle) oder Puzzles; bei Puppen/Tieren/Spielzeugen müssen immer Mädchen und Jungen angesprochen werden (z.B. eine Puppenfamilie, ein Traktor, ein Kran).

Für Jugendliche braucht es nichts Zusätzliches. Sie wissen, weshalb sie hier sind, und wollen darin auch ernst genommen werden. […]

Ein weiteres Hilfsmittel kann ein Whiteboard sein; hier kann dem Kind etwa die Familien- oder Wohnsituation aufgezeichnet werden. […]

7. Gesprächsnotiz einer Anhörung in einem Scheidungsverfahren

Das Kind muss sich darauf verlassen können, dass es durch die Anhörung keinen negativen Auswirkungen ausgesetzt wird. Als wichtigster *Grundsatz des Protokollierens* gilt deshalb, dass zum Abschluss des Gesprächs geklärt wird, was genau inhaltlich an wen weitergehen kann und was nicht. Dazu gehört auch, mit dem Kind zu besprechen, was es bedeutet, wenn es etwas Wichtiges aus dem Gespräch nicht weiterleiten möchte. 10.33

Der Anspruch der Eltern auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV) ist, wie bereits ausgeführt (Rz ■), gewahrt, wenn sie zu den wichtigsten Ergebnissen des Anhörungsgesprächs Stellung nehmen können; ein *Anspruch auf Kenntnisnahme der Einzelheiten des Anhörungsgesprächs besteht nicht.* – Für die Anhörung durch eine Drittperson bestehen keine Vorschriften formeller Natur[6] (vgl. bereits Rz. ■). 10.34

Während einer Kindesanhörung (Scheidungsverfahren) wird also regelmässig *nicht wörtlich protokolliert, sondern es erfolgt nach dem Gespräch eine Notiz,* die den Ablauf, die wichtigsten Aussagen des Kindes und die zentralen Eindrücke der verfahrensleitenden Person festhält. Wichtig ist dabei, dass beschreibende und bewertende Teile strukturell klar unterschieden werden.[7] Erwähnt werden sollten auch besondere Ereignisse (z.B. Intervention der Richterin oder des Fachrichters). Einzig diese Gesprächsnotiz wird den Parteien (Eltern) zur Kenntnis gebracht. – Ein wörtliches Protokoll kann hingegen in einem Kindesschutzverfahren für die nötige Rechtssicherheit sorgen. 10.35

Bei einer Anhörung mehrerer Geschwister wird in der Regel jedes Kindes einzeln angehört, ohne dass die anderen Kinder im Raum anwesend sind. Hingegen kann die Begrüssung der Geschwister gemeinsam erfolgen. Dadurch wird eine gegenseitige Beeinflussung ausgeschlossen. 10.36

Nachfolgend ein Beispiel einer Anhörung von drei Geschwistern – die Begrüssung erfolgt gemeinsam, die Anhörungen werden je einzeln durchgeführt: 10.37

6 BGer, 5A_859/2009, 25.5.2010.

7 Carl, in: Carl/Clauss/Karle, Rz. 140.

Erstauflage

10.38 **Gesprächsnotiz Anhörung Geschwister A., B., und C.**

Teilnehmende: Richterin, Rechtspraktikantin

Dauer: 1 ½ Stunden

Die Richterin begrüsst A., B. und C. und bedankt sich für deren heutiges Erscheinen. Sie erläutert Sinn und Zweck der gesetzlich vorgesehenen Anhörung. Es gehe darum, die Sichtweise der betroffenen Kinder aufzunehmen, wobei deren Meinung für das Gericht wichtig sei. Sie seien alle drei noch nicht volljährig, weshalb das Gericht mit den Eltern zusammen wichtige Dinge zu regeln habe, die sie direkt betreffen würden (Obhut, Besuchsrecht etc.). Es werde keine Befragung stattfinden, sondern sie hätten die Möglichkeit, das zu besprechen, was ihnen am Herzen liege. Im Anschluss an die Anhörung werde eine Gesprächsnotiz verfasst, die ihnen und den Eltern zugestellt werde.

A. möchte zuerst angehört werden.

Anhörung von A.

A. (15 ½ Jahre alt) macht einen gefassten Eindruck und erzählt klar und überlegt. Sie bezieht ganz klar Stellung und weiss genau, was sie will bzw. nicht will. Sie hat eine sehr realistische Einschätzung der Gesamtsituation und denkt auch in Bezug auf ihre eigene Zukunft voraus.

A. findet die Anhörung eine gute Idee, weil sie mal frei ihre Meinung äussern könne, ohne dass immer beide Eltern anwesend seien und sie Angst haben müsse, etwas Falsches zu sagen.

A. erzählt, sie möchte gerne das KV machen, aber aufgrund der Noten klappe dies momentan nicht auf dem direkten Weg. Auf ihre Bewerbung habe sie eine Absage erhalten. Deshalb möchte sie zuerst das 10. Schuljahr absolvieren, um danach diesen Weg einzuschlagen.

A. berichtet weiter, dass sie in der Freizeit und am Wochenende ihre Zeit gerne mit Freunden verbringe und versuche, möglichst wenig zu Hause zu sein, um den Streitereien der Eltern aus dem Weg zu gehen. Sie finde es in Ordnung, dass sich ihre Eltern trennen wollen, sie seien ja schliesslich erwachsen. Allerdings finde sie es nicht gut, dass die Eltern ihren Streit vor ihnen und vor allem vor den jüngeren Geschwistern austragen würden. Besonders B. sei ja noch sehr jung.

Ihre Beziehung zum Vater beschreibt A. als eher schlecht. Sie führt das darauf zurück, dass sie immer klar Stellung beziehe und ihre Meinung sage. Die jüngeren Geschwister würden sich eher anpassen, deshalb hätten sie zum Vater auch das bessere Verhältnis. Sie habe das Gefühl, dass ihr Vater nicht wirklich für sie da sei.

Die Beziehung zu ihrer Mutter sei hingegen viel enger. Ihre Mutter halte immer zu ihr, weshalb es A. sehr traurig mache, wenn sie sehe, wie ihre Mutter unter der Situation zu Hause leide. Dass ihre Mutter wieder arbeitet und mittags nicht immer zu Hause ist, findet A. toll – zum einen, weil es ihrer Mutter sichtlich guttue, und zum anderen, weil sie und ihre Geschwister selbstständiger sein müssten bzw. dürften. Es könne ja nicht schaden, langsam erwachsen zu werden.

Die Beziehung unter den Geschwistern sei sehr gut und sie würden einander helfen. Allerdings sei die Situation zu Hause für alle schwierig. Vor allem die Jüngste wolle die Situation nicht akzeptieren. Sie sei aggressiv und schliesse sich zu Hause nur noch ein. Von daher hofft A., dass die Trennung etwas Ruhe bringt.

Am liebsten würde A. mit ihrer Mutter gemeinsam in eine neue Wohnung ziehen, um ganz neu anzufangen. Sie sieht jedoch Probleme in Bezug auf die Schule, die sie nicht wechseln möchte, und die Schwierigkeit, eine Wohnung zu finden, die sowohl bezüglich der Grösse als auch in finanzieller Hinsicht passe. Sie könne sich vorstellen, alleine mit ihrer Mutter auszuziehen. Die Hauptsache sei, dass sie nicht ihre Freunde oder ihre Schule verlassen müsse. Ob sich ihre Geschwister eine solche Lösung vorstellen könnten, wisse sie allerdings nicht. A. denkt, dass ihre Geschwister in erster Linie niemanden verletzen wollen.

Ihren Vater möchte A. auf jeden Fall regelmässig sehen. Jedoch wünsche sie sich eine flexible Lösung und nicht ein starr festgelegtes Besuchsrecht, welches unter Zwang eingehalten werden müsse. Ausserdem möchte sie auf keinen Fall, dass ihre Grosseltern (väterlicherseits) bei den Besuchen anwesend sind.

Alles in allem wünscht sich A., dass das «Theater» endlich aufhöre, sich die ganze Situation beruhige und ihre Eltern wieder einigermassen normal und vor allem respektvoller miteinander umgehen. Am meisten wünscht A. sich, dass ihre jüngeren Geschwister einfach normale Kinder sein können, die wissen, dass ihre Eltern immer für sie da sind, und dass sie ohne Schuldgefühle leben können.

Anhörung von B.

B. (12 ½ Jahre alt) ist etwas schüchtern und eher ruhig. Sie erzählt zwar offen, zögert aber manchmal und überlegt genau, bevor sie dann etwas sagt.

B. geht in die 1. Sek an derselben Schule wie ihre Schwestern. Als sie zu ihren Lieblingsfächern befragt wird, sagt B., Deutsch laufe schon einfacher und mittlerweile gehe es auch in Französisch besser. Mathematik laufe bei ihr aber nicht so, obwohl sie lerne. Turnen möge sie auch sehr. Ihre Hausaufgaben mache sie in der Schule, wo sie dreimal in der Woche in die Aufgabenhilfe gehe. Die Lehrerin helfe ihr auch, wenn sie Schwierigkeiten habe. Ihr Berufswunsch sei MPA (Medizinische Praxisassistentin), Pharmaassistentin oder Kleinkindererzieherin. Der Berufswunsch MPA sei durch ihre Cousine entstanden, die von ihrer Arbeit erzählt habe, und der Wunsch, Kleinkindererzieherin zu werden, durch ihre eigene Arbeit als Babysitterin in der Freizeit.

Ihre übrige Freizeit und die Wochenenden verbringt B. gerne mit ihren Freunden, mit denen sie in die Stadt gehe. Ausserdem spiele sie Handball. Sie erzählt, dass sie jetzt leider den Verein wechseln müsse, weil sie zu alt sei. Sie müsse dann im Frauenverein Y. spielen.

Mit ihrem Vater unternehme sie nicht viel an den Wochenenden, aber mit ihrer Mutter gehe sie öfters shoppen in Spreitenbach im Shoppingcenter oder auch in die IKEA. Ausflüge im engeren Sinne würden sie mit der ganzen Familie aber keine machen.

Dass ihre Mutter jetzt arbeitet und mittags nicht immer da ist, findet B. nicht schlimm. Sie und ihre Geschwister würden die Arbeit aufteilen: Eine koche, die andere mache

anschliessend die Küche und die dritte gehe dann mit dem Hund raus. Das funktioniere gut.

Zur Situation zu Hause sagt B. nicht viel. Etwas zögerlich meint sie schliesslich, dass es nicht einfach sei, da es viel Streit gebe und sie alles mitbekommen würde. Je nachdem, um was es gehe, sei es mehr oder weniger schwierig. Die Vorstellung, dass ein Elternteil ausziehen und die Familie getrennt wird, findet B. «nicht schön», aber die momentane Situation sei noch unangenehmer. B. versucht, der Situation möglichst auszuweichen, indem sie samstags in die Stadt geht und sonst im Dorf viel draussen ist.

B. möchte unbedingt in der Nähe vom Dorf X. bleiben, weil alle ihre Freunde da seien. Y. komme vielleicht noch infrage. Sie würde wohl eher im Elternhaus bleiben wollen, auf jeden Fall wolle sie nicht weg von X. Auch die Schule möchte sie unbedingt in X. abschliessen.

Bezüglich eines Besuchsrechts hat sich B. schon Gedanken gemacht. Falls sie bei ihrer Mutter bleibe, möchte sie ihren Vater an zwei Wochenenden im Monat besuchen. Sie bevorzuge eine fixe Regelung.

B. erwähnt, dass ihre Mutter mit ihren Grosseltern (väterlicherseits) zerstritten sei und dass, wenn sie beim Vater wäre, wohl die Grosseltern kommen und alles machen würden. Das sei auch so gewesen, als ihre Mutter krank gewesen sei. Sie habe das nicht gut gefunden, da sie keinen Babysitter gebraucht habe.

B.wünscht sich, dass sich die Eltern wieder vertragen und weiterhin alle zusammenleben könnten.

Anhörung von C.

C. (14 ½ Jahre alt) ist etwas schüchtern und zurückhaltend. Sie erzählt insgesamt offen und vor allem über ihren Berufswunsch äussert sie sich sehr engagiert. Sie bemüht sich sehr, nicht parteiisch zu sein.

C. geht in die 3. Sek Ihre Lieblingsfächer seien Hauswirtschaft, Sport, Werken, Fremdsprachen, Physik und Mathematik. Bei Problemen frage sie zuerst ihre Kollegin und sonst ihre Eltern oder ihre ältere Schwester. Ihre Hausaufgaben mache sie zu Hause.

C. möchte MPA oder Pharmaassistentin werden. Die Richterin bemerkt, dass B. denselben Berufswunsch habe. C. meint, das habe B. von ihr. Sie habe aber bereits «schnuppern» dürfen. Die Gesundheitssachen finde sie sehr interessant und sie möchte im Beruf viel mit Menschen zu tun haben. C. hat noch keine Lehrstelle und einen Wunsch bezüglich des konkreten Arbeitsplatzes hat sie ebenfalls noch nicht. Aber in der Apotheke, wo sie ihr Schnupperpraktikum gemacht hat, habe es ihr sehr gut gefallen.

In der Freizeit tanze C. gerne, unternehme viel mit Freunden, gehe mit dem Hund spazieren und mache gerne etwas am Computer.

Etwas traurig erzählt C., dass sie in letzter Zeit keine Ausflüge oder sonstige Unternehmungen mit der ganzen Familie mehr gemacht hätten. Das sei wohl wegen des Streits der Eltern.

C. ist traurig, dass sich ihre Eltern trennen wollen, aber sie könne ja nichts machen. Am meisten traurig ist C., weil sie nicht mehr mit ihrer Mutter und ihrem Vater zusammenleben könne und ein Elternteil ausziehen müsse. Die vielen Veränderungen seien für sie schwierig.

Sie möchte unbedingt in der Umgebung bleiben, wenn sie umziehen müsse, und auf jeden Fall möchte sie die Schule in X. beenden. Sie könne aber nicht sagen, ob sie im Haus bleiben wolle oder nicht. Falls sie umziehen müsse, dann wolle sie einfach nicht weit weg.

C. hat schon etwas darüber nachgedacht, wie ein Besuchsrecht des Elternteils, der ausziehen wird, aussehen könnte. Zögernd meint sie, sie wisse es nicht genau, aber sie möchte den Elternteil, der nicht mehr bei ihnen wohnt, dann am Wochenende sehen, das kenne sie von einer Kollegin. Sie bevorzuge eindeutig eine fixe Regelung.

C. wünscht sich, dass, falls sie bei ihrer Mutter wohne, sie ihren Vater oft genug sehen könne, oder dass sie, wenn sie bei ihrem Vater wohne, ihre Mutter oft genug sehen könne. Sie möchte auf jeden Fall, dass derjenige Elternteil, der auszieht, nicht zu weit wegzieht.

Die Richterin bedankt sich bei den Kindern für das Gespräch und wünscht ihnen alles Gute.

C. Kindesvertretung im Verfahren

Die nachfolgenden Arbeitsvorlagen illustrieren die rechtliche Bestellung, die Beauftragung und die Rolle einer Rechtsvertretung des Kindes, auch Kindesvertretung genannt, im Verfahren. Wie bereits ausgeführt, sind die Abgrenzungen zur «Beistandschaft» in der Praxis teils unscharf (Rz. ■). Nach der in diesem Handbuch vertretenen Ansicht ist zwischen einer Beistandschaft (im Kindesschutzverfahren) und einer Kindesvertretung im Verfahren, welche das Kind hinsichtlich seiner Rechte vertritt, zu unterscheiden. 10.39

Die Kindesvertretung beinhaltet – wie jede anwaltliche Vertretung auch – die rechtliche Vertretung des Kindes unabhängig von den Behörden und den Eltern und hat die Interessen der zu vertretenden Person im Verfahren zu wahren (Rz. ■). Kinderanwaltschaft Schweiz spricht deshalb auch von der *«Rechtsvertretung des Kindes»* statt von einem «Kindesvertreter» oder einem «Verfahrensbeistand» oder «Prozessbeistand». Nach der hier vertretenen Meinung reicht es begrifflich-dogmatisch aus, von Kindesvertretung zu sprechen, denn eine (Stell-)Vertretung ist stets rechtlich zu verstehen und betrifft die Rechte des Kindes. Wichtig erscheint, dass künftig der Begriff des Beistands oder der Beiständin in diesem Zusammenhang aufgegeben wird. 10.40

10.41 Gemäss Bundesgericht[8] hat die Kindesvertretung, wie schon ausgeführt (vgl. Rz. ■), den Sachverhalt abzuklären und das Kind im Verfahren zu begleiten und zu vertreten. Ausserdem hat sie das Recht und die Pflicht, Anträge zu stellen und Rechtsmittel einzulegen. Neben diesen juristischen Aufgaben zählen aber auch psychosoziale und pädagogische Aufgaben zum Tätigkeitsbereich der Kindesvertretung. Im Vordergrund stehen die Einordnung der Kindesinteressen in das konkrete Familien- und Sozialgeflecht und das Bemühen um Beruhigung der Situation zur Entlastung des Kindes.[9] Die Kindesvertreterin oder der Kindesvertreter ist eine in fürsorgerischen und rechtlichen Fragen erfahrene Person (Art. 299 ZPO; Art. 314a^{bis} ZGB, Art. 268a^{ter} ZGB). – Beide nachfolgend ausgewählten Vorlagen geben Auskunft über den praktischen, fachlichen Hintergrund der konkret eingesetzten Verfahrensvertreterin. Ferner wird mit Exzerpten aus einem Anhörungsprotokoll in einem Kindesschutzverfahren der Zweck verfolgt, die unaufdringliche, aber im Hintergrund tragende Rolle einer Kindesvertretung zu illustrieren (Rz. ■).

1. Wann ist eine rechtliche Vertretung für das Kind angezeigt?

10.42 Kinderanwaltschaft Schweiz hat einen Entscheidungsbaum respektive eine Checkliste mit dem Titel «Einsetzung einer Rechtsvertretung des Kindes im Sinne von Art. 314abis ZGB im Kindesschutzverfahren» entwickelt, die hier leicht gekürzt abgedruckt werden darf. Mithilfe dieser Checkliste soll besser beurteilt werden können, wann es in einem Kindesschutzverfahren nach Art. 314a^{bis} ZGB nötig ist, eine Kindesvertretung, d.h. eine Rechtsvertretung für das Kind, einzusetzen. Diese Checkliste ist als Empfehlung und vor allem als Unterstützung von KESB-Mitgliedern gedacht.

[8] BGer, 5A_52/2015, 17.12.2015; s.a. Schweighauser Jonas, Entscheidbesprechung BGer 5A_52/2015 vom 17. Dezember 2015, Art. 299 ZPO: Entschädigung der Kindesvertretung, Einsetzung einer Anwältin/eines Anwalts als Kindesvertretung, FamPra.ch 2016, 540 ff., 557.

[9] Vgl. zu den Erfahrungen einer Kindesvertreterin mit Art. 299 ZPO und Art. 314a^{bis} ZGB Regula Gerber Jenni, Das Gericht oder die Kindesschutzbehörde ordnet wenn nötig die Vertretung des Kindes an . . ., in dubio 3/2016, 82 ff., 89 f.

Erstabzug

Checkliste für die Einsetzung einer Rechtsvertretung des Kindes nach Art. 314bis ZGB 10.43

I. Rolle der Rechtsvertreterin/des Rechtsvertreters[10]

- Kinderrechte und Verfahrensrechte sicherstellen
- Kindgerecht und entwicklungsadäquat informieren
- Kinder im Meinungsbildungsprozess begleiten, unterstützen und beraten
- Den subjektiven Kindeswillen ermitteln
- Den subjektiven Kindeswillen vertreten und sicherstellen, dass er gehört wird
- Einvernehmliche Lösungen fördern
- Anträge stellen, Eingaben verfassen

II. Ablauf der Prüfung

Eröffnungs- und Abklärungsphase

Im Rahmen des Eröffnungs-, Beweis- und Abklärungsverfahrens gilt es sicherzustellen, dass alle Beteiligten über die mögliche Einsetzung einer Rechtsvertretung des Kindes und über ihre diesbezüglichen Rechte informiert sind. Ebenso muss während dieser Verfahrensschritte von Amtes wegen geprüft werden, ob die Einsetzung einer Rechtsvertretung des Kindes erforderlich ist.

Vorgehen

1. Schriftliche und mündliche Information über den Verfahrensablauf; die Möglichkeit der Rechtsvertretung des Kindes beim Erstkontakt mit dem Kind zur Sprache bringen. Urteilsfähige Kinder sind explizit auf ihr Antragsrecht zur Einsetzung einer Rechtsvertretung des Kindes hinzuweisen. Ebenfalls müssen sie darüber informiert werden, welche Rolle eine solche Rechtsvertretung des Kindes einnimmt (siehe oben I.).

2. Mitteilung an die Eltern, dass sie ebenfalls berechtigt sind, die Einsetzung einer Rechtsvertretung des Kindes zu beantragen.

3. Prüfung der Einsetzung einer Rechtsvertretung des Kindes von Amtes wegen (Art. 314abis Abs. 1 ZGB). *Prüfungszeitpunkt:* so früh wie möglich, spätestens vor der ersten Anhörung.

Durchführung der Prüfung

1. Antragstellung durch das urteilsfähige Kind: Stellt das urteilsfähige Kind selbst einen Antrag, ist sofort mit der Auswahl einer Rechtsvertretung nach Ziff. 3 (Gesamtbeurteilung) zu beginnen.

[10] Die Rolle, die das Bundesgericht in seiner jüngeren Rechtsprechung (BGer, 5A_52/2015, 17.12.2015) der Rechtsvertretung zuweist, wird von Kinderanwaltschaft Schweiz (siehe Stellungnahme auf deren Website) und einem bedeutenden Teil der Lehre kritisiert, da ein solches Rollenverständnis u.a. gegen die internationalen Vorgaben verstösst.

2. Keine Antragstellung des Kindes: Erfolgt keine Anstragstellung des Kindes sind Indikatoren für eine Einsetzung zu berücksichtigen.

Trifft einer oder mehrere der nachfolgenden Indikatoren zu, ist anhand einer Gesamtbeurteilung der Situation zu prüfen, ob die Einsetzung einer Rechtsvertretung des Kindes angezeigt ist.

Indikatoren sind:

- Verfahren betreffend die Aufhebung des Aufenthaltsbestimmungsrechts nach Art. 310 ZGB;
- Verfahren betreffend die Entziehung des Sorgerechts nach Art. 311 f. ZGB;
- Verfahren betreffend eine fürsorgerische Unterbringung nach Art. 314b und Art. 327c Abs. 3 ZGB;
- Adoptionsverfahren einschliesslich Stiefkindadoption nach Art. 265 ff. ZGB;
- Verfahren betreffend die Errichtung einer Vormundschaft über Minderjährige nach Art. 327a ff. ZGB;
- unterschiedliche Anträge der Beteiligten in einem Verfahren betreffend die Zuweisung der alleinigen elterlichen Sorge an einen Elternteil bei unverheirateten Eltern nach Art. 298 ff. ZGB;
- unterschiedliche Anträge der Beteiligten in einem Verfahren betreffend die Regelung des Besuchsrechts nach Art. 275 ZGB;
- unterschiedliche Anträge der Beteiligten in einem Verfahren betreffend die Errichtung einer Beistandschaft mit besonderen Befugnissen nach Art. 308 Abs. 2 ZGB;
- unterschiedliche Anträge der Beteiligten in einem Verfahren betreffend die Beschränkung des Informations- und Auskunftsrechts des nicht sorgeberechtigten Elternteils nach Art. 275a Abs. 3 ZGB;
- Wunsch eines Kindes nach einer Rechtsvertretung;
- Vorliegen von psychischer und/oder physischer Gewalt der Eltern gegenüber dem Kind;
- systematische Falschinformation bzw. Manipulation des Kindes durch einen oder beide Elternteile;
- erhebliche Zweifel an der Angemessenheit der gemeinsamen Anträge der Eltern;
- Antrag eines Elternteils zur Einsetzung einer Rechtsvertretung des Kindes;
- langwierige Abklärungen bei komplexen Familiensituationen, wenn der Gegenstand des Verfahrens noch unklar ist bzw. sich ein langes und komplexes Verfahren abzeichnet;
- Verfahren, in dem schwerwiegende Entscheidungen für die Zukunft des Kindes (z.B. zentrale Fragen bezüglich Ausbildung oder Gesundheit) getroffen werden.

3. Gesamtbeurteilung

Liegt ein Indikator vor, erfolgt eine Gesamtbeurteilung nach folgenden Kriterien:

Eine angemessene Beteiligung des Kindes am Verfahren bedingt die Einsetzung einer Rechtsvertretung des Kindes.

Beurteilungskriterien:

- Verfahren bietet aus einer objektiven Perspektive Schwierigkeiten;
- Kind ist in subjektiver Hinsicht überfordert;
- Einsetzung einer Rechtsvertretung des Kindes ist entwicklungs- und persönlichkeitsfördernd und stärkt dessen Resilienz

Grundsatz: Je weitergehend die Konsequenzen des Verfahrens für das Kind sind, desto schneller ist die Einsetzung einer Rechtsvertretung angezeigt.

→ **Einsetzung einer Rechtsvertretung des Kindes ist angezeigt**

oder

Das Verfahren wird mit grösster Wahrscheinlichkeit im Sinne des bereits anderweitig ermittelten subjektiven Willens des betroffenen Kindes enden.

Beurteilungskriterien:

- Die KESB hat den subjektiven Kindeswillen eruiert und dieser ist weitgehend deckungsgleich mit dem zu erwartenden Entscheid.
- Das Verfahren wird im Sinne des ermittelten Kindeswillens enden.

→ **Keine Einsetzung einer Rechtsvertretung des Kindes**

4. Einsetzung einer Rechtsvertretung angezeigt

Ist die Einsetzung einer Rechtsvertretung angezeigt, gestaltet sich das weitere Vorgehen für urteilsfähige und urteilsunfähige Kinder unterschiedlich:

a) Bei urteilsfähigen Kindern

- Vorschlag an das urteilsfähige Kind zur Einsetzung einer Rechtsvertretung.
- Kind ist einverstanden mit der Einsetzung einer Rechtsvertretung:

→ **Einsetzung einer Rechtsvertretung des Kindes**

- Urteilsfähiges Kind lehnt die Einsetzung einer Rechtsvertretung ab.
- Anhand eines Gesprächs feststellen, dass sich das urteilsfähige Kind über den Gegenstand und die Tragweite seines Entscheids im Klaren ist.
- Weiss das Kind über die Konsequenzen seines Entscheids Bescheid und lehnt es eine Rechtsvertretung weiterhin ab:

→ **Keine Einsetzung einer Rechtsvertretung des Kindes**

- Hält das Kind zwar an der Ablehnung fest, ist aber objektiv nicht in der Lage, das Verfahren ohne Rechtsvertretung zu bestreiten:

→ **Einsetzung einer Rechtsvertretung des Kindes**

– Ändert das Kind seine Meinung im Rahmen des Gesprächs und begrüsst es schliesslich die Einsetzung einer Rechtsvertretung:

→ **Einsetzung einer Rechtsvertretung des Kindes**

b) Bei urteilsunfähigen Kindern

Ist aufgrund der Gesamtbeurteilung die Einsetzung einer Rechtsvertretung angezeigt:

→ **Einsetzung einer Rechtsvertretung des Kindes**

5. Keine Einsetzung einer Rechtsvertretung

Ist keine Einsetzung einer Rechtsvertretung angezeigt, so wird dies entsprechend begründet und den Beteiligten erklärt.

Vorgehen

– Schriftliche Begründung des Verzichts auf Einsetzung einer Rechtsvertretung des Kindes erstellen und zu den Akten legen.
– Information aller Beteiligten über das Absehen einer Rechtsvertretung des Kindes und über die Gründe für diesen Entschluss.

2. Verfügung einer Kindesvertretung (Eheschutzverfahren)

10.44 Die nachfolgende Verfügung illustriert die Einsetzung einer Kindesvertreterin oder eines Kindesvertreters für drei Kinder in einem summarischen Verfahren betreffend Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes und gibt zugleich Hinweise auf den Aufgabenbereich und die Qualifikation der Verfahrensvertreterin.

10.45 **Verfügung vom [Datum]**

Gesuchsteller A. (vertreten durch D.)

Gesuchsgegnerin B. (vertreten durch E.)

Tochter Z 1.

Tochter Z 2.

Sohn Z 3.

Gegenstand: Summarisches Verfahren betreffend Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes/Bestellung Kindesvertretung

Die Gerichtspräsidentin zieht in Erwägung:

1.

Der Gesuchsteller (Vertreterin) reichte mit Eingabe vom [Datum] ein Begehren betreffend Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes ein. Dabei verlangte er unter anderem die Zuteilung der Obhut über die Kinder Z 1., geb. 2002, Z 2., geb. 2006, und Z 3., geb. 2007, an sich.

2.

Mit Eingabe vom [Datum] begehrte die Gesuchsgegnerin (Vertreterin) die Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes und die Zuteilung der drei Kinder an sich.

3.

Aufgrund der unterschiedlichen Anträge der Parteien ist im vorliegenden Eheschutzverfahren die Vertretung der Kinder durch einen Beistand anzuordnen (Art. 299 Abs. 2 lit. a ZPO).

Die Vertretung des Kindes kann Anträge stellen und Rechtsmittel einlegen, soweit es um die Zuteilung der elterlichen Obhut oder Sorge, um wichtige Fragen des persönlichen Verkehrs oder um Kindesschutzmassnahmen geht (Art. 300 ZPO). Die Kindesvertreterin wird ermächtigt, zur Ausübung der Kindesvertretung einen Dolmetscher beizuziehen.

Die Gerichtspräsidentin verfügt:

1.

Für die Kinder Z 1., geb. 2002, Z 2., geb. 2006, und Z 3., geb. 2007, wird eine Kindesvertretung i.S.v. Art. 299 ZPO angeordnet. Als Kindesvertreterin wird Frau S., Fürsprecherin und Mediatorin, aus [Ort] bestellt.

Hinweis:

Frau S. verfügt über einen Abschluss in Rechtswissenschaften und ist als selbstständige Rechtsanwältin tätig. Sie hat einen CAS zur Kindesvertretung an der Hochschule Luzern absolviert und eine Weiterbildung in Familienmediation am Institut für systemische Entwicklung und Fortbildung IEF in Zürich abgeschlossen.

2.

Die Kindesvertreterin hat bis [Datum] (eintreffend am Gericht) Bericht zu erstatten und Anträge zu den Kinderbelangen zu stellen (Art. 300 ZPO).

Zustellung an:

- den Gesuchsteller (Vertreterin)
- die Gesuchsgegnerin (Vertreterin)
- an die Kindesvertreterin (samt Akten, mit der Bitte um baldmöglichste Retournierung)

3. Zur Rolle der Kindesvertreterin oder des Kindesvertreters

Die nachfolgenden Protokollauszüge aus einem Kindesschutzverfahren illustrieren insbesondere, dass eine Kindesvertreterin für das Kind eine stärkende Rolle haben kann, ohne dass diese eine dominante Rolle im Verfahren einnehmen muss respektive dass dies zur «Aufblähung» des Verfahrens führen muss. 10.46

Im Allgemeinen zeigen diese Exzerpte auch schön die Rollenklärung, die Fragetechniken und wie eine Person aus dem Bereich Soziale Arbeit als Fachrichterin in 10.47

einem Kindesschutzverfahren sehr gezielten sachlichen Input leisten kann. Aus Gründen des Persönlichkeitsschutzes und der Lesbarkeit wurde das Protokoll stark gekürzt.

10.48 **Protokoll vom [Datum]**

Besetzung:	Gerichtspräsidentin
	Fachrichterin
	Gerichtsschreiberin
Betroffene:	X., geboren 2000, vertreten durch
	Kindesvertreterin RAin Y.
Vater	Z 1.
Mutter	Z 2.
Gegenstand:	Prüfung einer Massnahme

Dauer: 45 Minuten

Anwesende: Die Betroffene und ihre Kindesvertreterin

Vorbemerkungen:

Die Gerichtspräsidentin erklärt X., was die Rolle des Familiengerichtes sei, in welchem Verfahren sie sich hier befänden und dass das Gericht von Amtes wegen prüfen müsse, ob es ihr als Kind gut gehe in ihrer Familie. Sie erklärt X. auch, dass ihre Aufgabe nicht darin bestehe herauszufinden, wer die Wahrheit sage. Sie habe eine Gefährdungsmeldung […] bekommen, aufgrund derer sie nun schauen müsse, ob es X. gut gehe.

Dafür habe sie verschiedene Sachen abklären müssen. Sie habe z.B. schon mit der Lehrerin gesprochen und jetzt würde sie ihr gerne einige Fragen stellen.

Anhörung durch die Fachrichterin:

Wie geht es dir heute?

Es geht. Ein bisschen nervös.

Bist du von der Schule gekommen?

Ja. Ich bin um 10.30 Uhr auf den Bus gegangen. Ich bin mit J. gekommen. Sie durfte mich begleiten. Frau H. hat das organisiert.

Was hast du in der Schule gesagt, damit du früher gehen konntest?

Sie wissen, dass ich Probleme habe, und ich habe gesagt, ich müsse wegen dem gehen.

Hattest du Angst hierherzukommen?

Ja, ich will den Eltern nicht begegnen.

In welcher Klasse bist du jetzt?

2. Real. Ah nein, in der 3. Real. Im Sommer komme ich in die 4. Real. […]

Sind deine Eltern mit deinen Schulleistungen zufrieden?

Nein, weil ich in die Real gehe. Ich habe einen Notendurchschnitt von 4,8 und bin unter den 5 besten Schülern. Frau H. sagt auch, ich sei am richtigen Ort.

Hätten es Deine Eltern lieber, wenn du in die Sek gehen würdest?

Ja.

Wenn deine Eltern nicht zufrieden sind mit deinen Leistungen, was ist dann?

Früher haben sie mich bei schlechten Noten geschlagen, jetzt sagen sie, ich soll es besser machen. Wenn ich eine 5 habe, fragen sie mich, wieso ich keine 6 habe.

Was sagt deine Mutter?

Die ist meistens in der Küche. Sie fragt auch, wieso ich so schlecht sei und keine 6 habe.

Zu wem hast du ein besseres Verhältnis?

Zur Mutter. Ich habe ein besseres Verhältnis zu ihr. Ich rede nicht mit ihr über meine Sorgen. Nicht wegen der Sprache, ich weiss nicht wieso. Ich rede mit J. darüber. Frau H. sage ich auch am meisten. Sie ist 50. Sie sieht jung aus. Meine Mutter ist 40.

Wie sieht es mit der Beziehung zu deiner Schwester aus?

Früher hab ich schon eher mit ihr über solche Sachen gesprochen. Im Moment gerade gar nicht. Sie sagt alles den Eltern. Wenn ich ihr etwas sage, geht sie sofort zu den Eltern.

Weiss sie, dass du […] ausgesagt hast, dass du geschlagen wirst?

Nein. […]

Im Moment bist du bei Frau S. zuhause. Wie geht es dir dort?

Es ist mein zweites Zuhause. Ich fühle mich wohl. Wenn ich an die Eltern denke, fühle ich mich schlecht. Ich habe schlaflose Nächte und keinen Hunger. Schuldgefühle. Ich fühle mich schuldig, weil ich das falsch gemacht habe. […]

Du hast ausgesagt, es gehe dir nicht so gut. Du ritzest dich manchmal und du denkest manchmal, du wollest nicht mehr leben. Du hast […] gesagt, du seist traurig?

Meistens.

Hast du schon Hilfe bekommen deswegen? Gehst du zu deinem Hausarzt?

Nein, ich habe einen Hausarzt, den Kinderarzt. Mit dem kann ich nicht reden. Meine Mutter ist immer dabei.

Beratungsstelle?

Nein.

Protokollnotiz:

Die Fachrichterin erklärt ihr, dass sie in einem Alter sei, in welchem sie selber entscheiden könne. Es wäre gut, wenn X. einen Ort hätte, welcher sich mit dem professionell befasst, damit man abschätzen könne, was man unternehmen wolle.

Hast du mit deinen Eltern über das Ritzen und über deine Gedanken gesprochen?

Nein.

Könntest du dir vorstellen, zu jemandem zu gehen?

Ich weiss es nicht.

Hast du den Eindruck, dass deine Eltern deine Sorgen ernst nehmen?

Nein.

Wenn du einen Wunsch wünschen könntest und der Wunsch würde sich erfüllen: Was wäre das?

Ich weiss es nicht.

Was müsste sich ändern, damit du glücklich bist/wirst?

Dass ich mehr Freiheiten habe. Dass ich nicht immer lernen und in die Nachhilfe muss. […]

In der 4. Real musst du ja auch noch etwas lernen. Sagen die Eltern, du sollst diese Sachen machen?

Ja.

Bist du damit einverstanden?

Es geht. Früher habe ich Mathehilfe gebraucht. Englisch will ich machen. Noch 2 Tests, dann habe ich das Diplom.

Englischschule ist gut; Französisch willst du weghaben?

Ich will beides.

Wärst du glücklich, wenn du nicht so viel lernen müsstest?

Ja.

Möchtest du zu deinen Eltern zurück?

Nein.

Was müsste sich verändern, damit du diese Frage mit «ja» beantworten könntest?

Ich weiss es nicht, aber im Moment will ich nicht zurück.

Wie soll es deiner Meinung nach weitergehen?

Frau S. hat gesagt, dass ich eine Woche bei ihr sein könne. Samstag/Sonntag über Ostern gehen sie nach Paris, dann ist niemand da.

Noch nicht nach Hause?

Wahrscheinlich nicht.

Hast du noch Fragen?

Wegen Kleider und so allgemeine Sachen. Ich brauche Kleider und das Telefon, damit ich erreichbar bin.

Der Vater hat […] gesagt, dass du kein Telefon hast.

Ich habe eines.

Der Vater hat dir das weggenommen?

Ja, vorletzten oder letzten Freitag. Ich habe abgenommen und die Schwester hat das Telefon weggenommen wegen der Anrufliste. Zu Hause hatte ich Internet und dann habe ich megaviele Nachrichten erhalten. Wegen diesen Nachrichten hat mir der Vater das Telefon weggenommen. Das ist mein Handy. Ich möchte Kleider und das Natel holen. Die Schminke habe ich bereits mitgenommen.

Kannst du dir vorstellen, das zu Hause zu holen?

Mit J., aber ohne dass die Eltern im Haus sind. Ich weiss nicht, wo das Natel ist.

Kennst du jemanden, der es holen könnte?

Ich weiss, wo die Sachen sind. Ich könnte mit J. vorbeigehen.

Protokollnotiz:

Die Gerichtspräsidentin erklärt ihr, dass sie die Eltern in der Anhörung darauf ansprechen werde.

X.: Während der Woche wäre es einfacher. Die Mutter muss am Montag um 10.30 Uhr den Zug nehmen.

RAin Y.: Frau S. würde mitgehen.

Protokollnotiz:

Die Gerichtspräsidentin erklärt, dass sich X. an RAin Y. wenden könne, wenn es Probleme gebe. X. hat keine Fragen mehr.

RAin Y.: X. macht sich Sorgen wegen dem Geld. Wegen dem Gericht. Frau S. hat das Busbillett bezahlt. Sie will den Eltern nicht zur Last fallen. Mir gegenüber hat X. erklärt, sie könne sich vorstellen, zu einer Psychologin zu gehen.

Protokollnotiz:

RAin Y. erklärt X., dass das, was sie dort erzähle, den Eltern nicht gesagt werden könne. Des Weiteren erklärt sie dem Gericht, dass es das erste Mal sei, dass X. irgendwo anders übernachte.

D. Mediation

Die Mediation unterstützt Personen darin, in Konfliktsituationen gemeinsame Entscheidungen zu treffen. Als aussergerichtliches Verfahren dient die Mediation der Konfliktbearbeitung und -lösung und stellt eine Alternative zu einem Gerichtsprozess dar, in dem ein Gericht über die Streitsache urteilt. Was Mediation im Allgemeinen ist oder sein kann und welche primären Ziele mit ihr verbunden sind, lassen sich den nachfolgenden Auszügen eines Beschriebs von Frau Christine Knappert, Diplom-Sozialarbeiterin aus Deutschland, aus der Perspektive von Mediatorinnen und Mediatoren entnehmen (Rz. <style-vshift75mm?>10.52■). Sowohl die betroffenen Parteien als auch die Behörden dürften jedoch oftmals un- 10.49

sicher sein, ob in ihrem konkreten Fall eine Mediation das geeignete Verfahren darstellt oder nicht. Ein Informationsblatt mit einem einfachen Fragekatalog (Rz. <style-vshift5mm?>10.54) soll deshalb den betroffenen Personen die Entscheidung erleichtern.

10.50 Das Gericht kann den Parteien jederzeit eine Mediation empfehlen (Art. 214 Abs. 1 ZPO). In eherechtlichen Verfahren, in denen Anordnungen über ein Kind zu treffen sind, kann das Gericht die Eltern zu einem Mediationsversuch auffordern (Art. 297 Abs. 2 ZPO). Ebenso kann die Kindesschutzbehörde in geeigneten Fällen die Eltern zu einem Mediationsversuch auffordern (Art. 314 Abs. 2 ZGB). Gemäss einem Entscheid des Bundesgerichts (BGer, 5A_457/2009, 9.12.2009) kann das Gericht resp. die KESB gestützt auf Art. 307 Abs. 3 ZGB eine Mediation auch gegen den Willen der Eltern anordnen. Diese «Pflichtmediation» als Kindesschutzmassnahme (i.S. einer Weisung, s.a. Art. 273 Abs. 2 ZGB) begründet das Bundesgericht wie folgt: «Die angeordente Mediation unterscheidet sich von der freiwilligen in der konsequenten Orientierung an den Interessen und Rechten der Kinder. Dabei werden hochstrittige Eltern, die sich erfahrungsgemäss zumeist von ihren Ängsten, Verletzungen und hauptsächlich von ihren Erwachseneninteressen leiten lassen, mit den Interessen und Bedürfnissen der Kinder konfrontiert. Eltern erfahren, wie sich ihr Konflikt auf die Befindlichkeit ihrer Kinder auswirkt und was sie für ihre Kinder tun können» (BGer, 5A_457/2009, 9.12.2009, E. 4.3).

10.51 Nachfolgend findet sich eine Musterverfügung, in der die Mediation zum Wohl des Kindes im Sinne einer Kindesschutzmassnahme gemäss Art. 307 Abs. 3 ZGB angeordnet wird (Rz. <style-vshiftm?>10.57■).

1. Was ist Mediation?

10.52 **Grundgedanken der Mediation**

Die Mediation unterstützt Menschen darin, in Konfliktsituationen gemeinsame Entscheidungen zu treffen. Sie schafft eine Sicherheitszone, die es den Beteiligten ermöglicht, auf der Grundlage ihrer eigenen Empfindungen selbstbestimmt für sich faire Lösungen zu finden. Innerhalb solcher Zonen kann jeder etwas riskieren und hat die Möglichkeit, Neues auszuprobieren.

Die Mediation geht von der Grundannahme aus, dass es so viele Wirklichkeiten wie Menschen gibt. Diese unbegrenzte Vielfalt gilt es zu nutzen, um echte Veränderungen zu ermöglichen. […]

Die Mediation wirkt auf der sachlichen und auf der emotionalen Ebene. Sie trennt die Interessen von den Positionen und die Menschen von den Problemen.

Die Mediation setzt die Bereitschaft und Fähigkeit voraus, Interessen und Bedürfnisse des anderen wahrzunehmen und nach Lösungen zu suchen, die zum Vorteil aller Beteiligten sind. […]

Grundsätzliche Ziele der Mediation:

- Stärkung der Autonomie und Eigenverantwortlichkeit
- Beilegung von (Rechts-)Streitigkeiten
- Verminderung von Feindseligkeit
- Klima der Hoffnung schaffen
- Vereinbarungen erzielen, die alle Beteiligten für angemessen und fair halten
- Lösungen selbst entwickeln
- Integration von Polaritäten
- Erreichen einer tiefen Ebene des Mitteilens
- Unterschiedlichkeit achten und nutzen
- Befriedigung der Interessen/Bedürfnisse aller Beteiligten
- Vielfältige Formen des Verstehens finden
- Erweiterung der eigenen inneren Landkarte

Mediation ist [auch] eine Haltung. […]

Es ist notwendig, eine Stimmung der Bestätigung zu schaffen, die den Menschen würdigt und wertschätzt für das, was er ist, und nicht für das, was er macht. Diese Einstellung dient der Klärung von Beziehungen zwischen Menschen, kann Beziehungen beleben oder neu aufbauen und gestörte Verbindungen heilen. Der Mediator ist aktiv, positiv und unparteiisch am Prozess beteiligt und braucht die Fähigkeit, die unterschiedlichen Standpunkte gleichzeitig zu verstehen. Das setzt voraus, dass der Mediator sich seiner persönlichen Erlebnisprozesse, seiner eigenen Wertehierarchie bewusst ist und frei ist für «die Sache des anderen».

Das Herz der Mediatorin bleibt weitgehend neutral bezüglich der Ereignisse und bleibt nicht neutral bezüglich des Prozesses. Da ist sie aktiv, positiv neutral, d.h. eine Advokatin für die volle Beteiligung der Parteien. Sie muss zutiefst subjektiv sein, indem sie so viel wie möglich in «die Schuhe des anderen schlüpft» und muss zur gleichen Zeit objektiv sein, indem sie beide Positionen gleichzeitig versteht.

(Quelle: Christine Knappert, Diplom-Sozialarbeiterin, NLP-Master-Practitioner, Mediatorin, Bad Salzuflen)

2. Wann kommt eine Mediation infrage?

Die nachfolgende Kurzinformation mit Fragebogen soll betroffenen Personen helfen zu entscheiden, wann eine Mediation für sie infrage kommen könnte. 10.53

10.54 **Wann kommt eine Mediation infrage?**

Kurzinformation

Mediation ist ein aussergerichtliches Verfahren der Streitbeilegung, in dem neutrale Dritte die Konfliktbeteiligten darin unterstützen, ihren Streit einvernehmlich und eigenverantwortlich zu lösen. In freiwilligen und vertraulichen Verhandlungen entscheiden die Parteien selbst über ihre Möglichkeiten und Ergebnisse. Die Mediatorinnen und Mediatoren führen als unparteiliche Dritte den Verhandlungsprozess. Sie sind allen Parteien gleichermassen verpflichtet. Sie sind interessenunabhängig und sorgen für einen fairen, transparenten und effizienten Ablauf der Mediation.

Mediation heisst …

- Vermittlung zwischen den Konfliktbeteiligten;
- Konfliktregelung durch Konsens und nicht durch Urteil;
- Interessen statt Positionen.

Voraussetzungen für eine Mediation sind …

- Offenheit;
- Akzeptanz;
- Vertraulichkeit; und
- das Bedürfnis aller Konfliktbeteiligten nach einer gemeinsamen Lösung.

Die Kosten der Mediation werden in der Regel von den Parteien getragen. In kindesrechtlichen Angelegenheiten besteht die Möglichkeit der Gewährung der unentgeltlichen Mediation (Art. 218 ZPO).

Fragebogen Mediation

Die folgenden Überlegungen sollen Ihnen die Entscheidung erleichtern, ob eine Mediation in Ihrem Fall sinnvoll ist und zur Lösung Ihres Konflikts beitragen kann. Häufig begegnet man dem Einwand, die andere Seite sei nicht bereit, das Problem zu lösen. Dies trifft aber in Tat und Wahrheit nicht immer zu. Überlegen Sie deshalb gar nicht erst, was die Gegenseite denken oder wollen könnte. Betrachten Sie die Sache ganz aus Ihrer eigenen Optik.

Sind Sie bereit, eine Lösung im gegenseitigen Dialog auszuarbeiten?

JA, weil …

- ich die Möglichkeit sehe, eine angemessene Lösung zu finden.
- eine schnelle Lösung meinen Interessen entgegenkommt.
- ich auch weiterhin Kontakt zur anderen Seite haben werde.
- ich die Lösungsfindung aktiv mitgestalten möchte.
- es zurzeit einen Kommunikationsstillstand gibt.
- ich glaube, dass mit einer Mediation auch weitere Konflikte, die ich mit der Gegenseite habe, gelöst werden können.
- dadurch die Gerichtskosten wahrscheinlich erheblich reduziert werden.

NEIN, weil …

- ich diese Frage mit einem Gerichtsurteil geklärt haben will.
- ein früherer Mediationsversuch gescheitert ist.
- ich keinen Verhandlungsspielraum sehe, weil … (bitte Satz ergänzen).

ICH ZÖGERE, weil …

- ich nicht genau weiss, was mich erwartet/was von mir erwartet wird.
- ich nicht weiss, wie viel Verhandlungsspielraum besteht.
- es für mich schwierig ist, mit der Gegenseite am selben Tisch zu sitzen.
- ich nicht weiss, ob die andere Partei mitmacht.
- ich nicht viele Lösungsmöglichkeiten sehe.

Wenn Sie einmal oder mehrere Male mit «JA» geantwortet haben, wenden Sie sich an die Schlichtungsbehörde oder das Gericht. Dort können Sie eine Mediation beantragen.

Wenn Sie zögern oder noch weitere Informationen haben möchten, besuchen Sie die Website www.mediationschweiz.ch.

Die nachfolgenden Verfügungen (gekürzt) sollen illustrieren, in welchen Situationen es sinnvoll ist, eine Mediation anzuordnen. 10.55

In einem Sorgerechtsstreit zwischen den Eltern Y1. und Y2., die das gemeinsame Sorgerecht haben und nun neu je das alleinige Sorgerecht beantragen (dies vor der Gesetzesänderung vom 1. Juli 2014) und beide anwaltlich vertreten sind, und dem betroffenen Kind X., das durch den Beistand Z. in Unterhalts- und Kontaktrechten sowie anderen Rechten vertreten wird (Art. 308 Abs. 2 ZGB), ordnet das Gericht eine Mediation zwischen den Eltern an. Mithilfe einer Mediatorin oder eines Mediators sollen die Eltern lernen, ihre Verantwortung als Eltern (wieder) wahrzunehmen und gemeinsam Lösungen für eine Neuregelung der elterlichen Sorge, des persönlichen Verkehrs und des gegenseitigen Umgangs zu suchen. 10.56

Verfügung vom [Datum] 10.57

Betroffener X.

Mutter Y1.

vertreten durch

Vater Y2.

vertreten durch

Beistand Z.

Gegenstand: Regelung der elterlichen Sorge/Anordnung Mediation

Die Gerichtspräsidentin entnimmt den Akten:

1.

Mit Beschluss des Gemeinderates A vom [Datum] wurde den Eltern die gemeinsame elterliche Sorge über das gemeinsame Kind, X., geb. 2008, übertragen und die Vereinbarung über den Unterhalt genehmigt.

2.

Mit Beschluss des Gemeinderates B vom [Datum] wurde für den Betroffenen eine Beistandschaft gemäss Art. 308 Abs. 2 ZGB errichtet. Als Beistand wurde Herr Z. ernannt. Der Beistand wurde beauftragt, die Kinder bei der Wahrung des Unterhaltsanspruches und anderer Rechte zu vertreten und den persönlichen Verkehr zu überwachen.

3.

Mit Eingabe vom [Datum] stellte die Mutter des Betroffenen (Vertreterin) ein Gesuch um Abänderung des gemeinsamen Sorgerechts und stellte folgende Rechtsbegehren:

«1. Der Gesuchstellerin sei das alleinige Sorgerecht über die Kinder W., geb. 2006, und X., geb. 2008, zuzuweisen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen.
3. Der Gesuchstellerin sei die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen und die unterzeichnete Anwältin als unentgeltliche Rechtsvertreterin einzusetzen.»

4.

Mit Eingabe vom [Datum] erstattete der Vater des Betroffenen (Vertreterin) die Stellungnahme mit den Anträgen:

«1. Das Gesuch vom [Datum] sei abzuweisen.
2. Es sei dem Gesuchgegner das alleinige Sorgerecht über die Kinder W., geb. 2006, und X., geb. 2008, zuzuteilen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Gesuchstellerin.»

5.

Mit Schreiben vom [Datum] reichte die Mutter (Vertreterin) umfangreiche E-Mail-Korrespondenz der Eltern des Betroffenen ein.

Die Gerichtspräsidentin zieht in Erwägung:

Beide Eltern beantragen je das alleinige elterliche Sorgerecht, nachdem sie im Jahre 2009 einvernehmlich die gemeinsame elterliche Sorge vereinbart haben. Die Eltern haben sich im Juni 2011, nach erfolgloser Paartherapie, getrennt.

Den Ausführungen der Eltern in den Rechtsschriften sowie den eingereichten Unterlagen kann entnommen werden, dass es zwischen den Eltern immer wieder zu Konflikten und Auseinandersetzungen betreffend die Kinderbelange kommt. Dabei scheinen die Eltern keine andere Handlungsmöglichkeit zu kennen als diejenige der gegenseitigen Schuldzuweisung – auch wenn dabei durch das Verhalten der Eltern das Wohl der Kinder in Mitleidenschaft gezogen wird.

Gemäss Art. 314 Abs. 2 ZGB kann das Gericht die Eltern zu einem Mediationsversuch auffordern. Ist das Wohl der Kinder gefährdet, kann das Gericht im Sinne einer Kindesschutzmassnahme gemäss Art. 307 Abs. 3 ZGB eine Mediation anordnen (BGer 5A_457/2009).

Die Gerichtspräsidentin verfügt:

1. Das vorliegende Verfahren wird bis auf Weiteres sistiert.
2. Es wird eine Mediation angeordnet.

   Die Eltern haben mit Hilfe des Mediators resp. der Mediatorin gemeinsam Lösungen zu suchen zu den Themen elterliche Sorge und persönlicher Verkehr, gegenseitiger Umgang und Festlegung der Kompetenzen, Rechte und Pflichten des jeweiligen Elternteils, Wahrnehmung der Elternverantwortung.
3. Die Eltern werden ermahnt, ihre Verantwortung als Eltern wahrzunehmen und dies in der Mediation unter Beweis zu stellen. Im Übrigen werden die Eltern darauf hingewiesen, dass auf den [Datum] die gemeinsame elterliche Sorge als Regelfall in Kraft tritt.
4. Die Parteien können innert 10 Tagen Vorschläge betreffend die Mediationsperson einreichen.

Zustellung an:

– die Mutter (Vertreterin)
– den Vater (Vertreterin)
– den Beistand, z.K. (mit normaler Post)

Es folgt eine Musterverfügung zur Anordnung einer Mediation im Eheschutzverfahren, die einen Mediator direkt namentlich benennt, einsetzt und beauftragt. Das Gericht und die Behörden sollen den Parteien regelmässig behilflich sein bei der Auswahl von Mediatorinnen und Mediatoren.[11] 10.58

Verfügung vom [Datum] 10.59

Klägerin A.

Beklagter B.

Gegenstand: Summarisches Verfahren betreffend Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes/Anordnung einer Mediation

Die Gerichtspräsidentin zieht in Erwägung:

Gestützt auf Art. 273 i.V.m. Art. 275 Abs. 2 ZGB sowie Art. 307 i.V.m. Art. 315a ZGB ordnet das Gericht die Durchführung einer Mediation an betreffend Ausgestaltung des persönlichen Verkehrs zwischen dem Vater und den Kindern C. und D. (einschliesslich der Übergabe der Kinder). Ziel der Mediation soll sein, die elterliche Verantwortung zu stärken und

[11] Vgl. Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 28. Juni 2006, BBl 2006 7221 ff., 7335 f.

die notwendigen Voraussetzungen zur Wiederherstellung des ungehinderten persönlichen Kontaktes zwischen den Kindern und dem Vater zu schaffen.

Die Gerichtspräsidentin verfügt:

1.

Das vorliegende Verfahren wird bis auf Weiteres sistiert.

2.

Es wird eine Mediation angeordnet betreffend Ausgestaltung des persönlichen Verkehrs zwischen dem Vater und den Kindern C. und D. Dabei ist insbesondere die Übergabe der Kinder zu regeln.

Die Regelung weiterer Themengebiete […] im Rahmen der Mediation bleibt vorbehalten.

3.

Als Mediator wird bestimmt:

M.

[Adresse/Telefonnummer]

Der Mediator ist zu Verschwiegenheit und Beachtung der ethischen Richtlinien des Schweizerischen Dachverbandes Mediation SDM verpflichtet.

4.

Der Mediator nimmt mit den Parteien zwecks Terminvereinbarung Kontakt auf.

Der Mediator orientiert das Gericht periodisch über den Verlauf der Mediation und erstattet einen schriftlichen Bericht (unter Beilage der Rechnung).

5.

Die Kosten der Mediation bilden Bestandteil der Gerichtskosten.

Zustellung an:

– die Klägerin
– den Beklagten
– den Mediator (gilt als Auftrag)

Mitteilung z.K. an:

– die Beiständin

E. Adressen, Links und Literaturhinweise

1. Ausgewählte Adressen und Links

Institut für Familienforschung und Familienberatung (IFF)
Universität Freiburg
Rue de Faucigny 2
1700 Freiburg
Tel. +41 (0)26 300 73 52
E-Mail: institut-famille@unifr.ch

Kinderanwaltschaft Schweiz (Verein)
Theaterstrasse 29
8400 Winterthur
Tel. +41 (0)52 260 15 55
E-Mail: info@kinderanwaltschaft.ch
www.kinderanwaltschaft.ch

Koordination Mediation Schweiz (KMS)
c/o Schweizerischer Dachverband Mediation SDM
3000 Bern
Tel. +41 (0)31 398 22 22
E-Mail: info@mediation-ch.org
www.mediationschweiz.ch

Marie Meierhofer Institut für das Kind (MMI)
Pfingstweidstrasse 16
8005 Zürich
Tel. +41 (0)44 205 52 20
E-Mail: info@mmi.ch
www.mmi.ch

UNICEF Schweiz
Komitee für UNICEF Schweiz und Liechtenstein
Pfingstweidstrasse 10
8005 Zürich
Tel. +41 (0)44 317 22 66
E-Mail: info@unicef.ch
www.unicef.ch

Erstabzug

Netzwerk Kinderrechte Schweiz
Geschäftsstelle Netzwerk Kinderrechte Schweiz
c/o polsan AG
Effingestrasse 2
3011 Bern
Tel. +41 (0)31 508 36 14
http://www.netzwerk-kinderrechte.ch

Terre des Hommes
Avenue de Montchoisi 15
1006 Lausanne
+41 58 611 06 66
https://www.tdh.ch/fr
s.a. http://rechtederkinder.ch/de/espace-pedagogique/(«Kinderrechte verstehen»)

Für Weiterbildungen
Berner Fachhochschule, Departement Soziale Arbeit: https://www.bfh.ch/soziale-arbeit

Hochschule Luzern – Soziale Arbeiit: https://www.hslu.ch/de-ch/soziale-arbeit/

2. Literaturhinweise für Kinder, Eltern sowie beteiligte Fachpersonen (Auswahl)

a) Für Kinder

Maar Nele/Ballhaus Verena, Papa wohnt jetzt in der Heinrichstrasse, 12. A., Pro Juventute, Zürich 2010 (ab 5 Jahren)

Peter Max/Krauss Friderike, Das Geheimnis des Regenbogens, Pro Juventute, Zürich 1995 (kann auch direkt beim Autor [peter.mediatio@bluewin.ch] bezogen werden; CHF 20) (ab 5 Jahren)

Masurel Claire, Ich hab euch beide lieb! Wenn Eltern sich getrennt haben, 6. Auflage, Brunnen Verlag, Giessen 2016 (4–6 Jahre)

Randerath Jeannette, Fips versteht die Welt nicht mehr. Wenn Eltern sich trennen, 8. Auflage, Thienemann-Esslinger Verlag, Stuttgart 2016 (4–6 Jahre)

Orinsky Eva, Die Krokobären. Eine Geschichte für Kinder, deren Eltern sich trennen, 5. Auflage, iskopress, Salzhausen 2016 (4–5 Jahre)

Erstabzug

Volmert Julia/Szesny Susanne, Wir bleiben eure Eltern! Auch wenn Mama und Papa sich trennen, 4. Auflage, Albarello Verlag, Haan 2013, (3–6 Jahre)

b) Für Eltern und andere betroffene Personen

Trachsel Daniel, Scheidung. Faire Regelungen für Kinder – gute Lösungen für Wohnen und Finanzen, 18. Auflage, Beobachter-Buchverlag, Zürich 2017 (auch als E-Book erhältlich)

Trachsel Daniel, Trennung – von der Krise zur Lösung. Kinder, Rechtliches, Finanzen, 3. Auflage, Beobachter-Buchverlag, Zürich 2012 (auch als E-Book erhältlich)

Döbeli Cornelia, Wie Patchworkfamilien funktionieren. Das müssen Eltern und ihre neuen Partner über ihre Rechte und Pflichten wissen, Beobachter-Buchverlag, Zürich 2013

K-Tipp (Autor: Gabathuler Thomas), Das Handbuch zu Trennung und Scheidung. Alles Wichtige zum Scheidungsrecht: Unterhaltsbeiträge, Kinderbetreuung, Scheidungsverträge,3. Auflage, Konsumenteninfo AG, Zürich 2017 (in einzelnen E-Kapiteln erhältlich)

Bürgisser Margret, Gemeinsam Eltern bleiben trotz Trennung oder Scheidung, hep Verlag, Bern 2014 (auch als E-Book erhältlich) (enthält verschiedene Porträts von Scheidungsfamilien, mit Fotos ‹ hilfreich für Eltern)

Meier Rey Christine/Peter Max, Eltern bleiben. Informationen und Tipps für Eltern in Trennung, 2. Auflage, Verlag Pestalozzianum, Zürich 2018 (kleines, informatives Büchlein für Eltern, Neuauflage der 2000 bei Pro Juventute erschienen Broschüre)

Largo Remo H./Czernin Monika, München2015

Juul Jesper, Aus Stiefeltern werden Bonus-Eltern. Chancen und Herausforderungen für Patchwork-Familien, Kösel Verlag, 3. Auflage, München 2011

Koch Claus/Strecker Christoph, Kindern bei Trennung und Scheidung helfen. Psychologischer und juristischer Rat für Eltern, 2. Auflage, Beltz, Bad Langensalza2014

Caprez Christina, Familienbande. 15 Porträts, Limmat Verlag, Zürich 2012 (inkl. drei Experteninterviews mit Ingeborg Schwenzer, Heidi Simoni und Simon Teuscher)

Ersatzzug

c) Für Fachpersonen

Barth-Richtarz Judit, Gemeinsame Elternschaft nach der Scheidung. Auswirkungen der gemeinsamen und alleinigen Obsorge für die Entwicklungsbedingungen der Kinder, Springer Verlag, Wiesbaden 2012

Blum Stefan/Cottier Michelle/Migliazzia Daniela (Hrsg.), Anwalt des Kindes, Stämpfli Verlag, Bern 2008.

Bodenmann Guy, Lehrbuch Klinische Paar-und Familienpsychologie, 2. Auflage, Hogrefe Verlag, Göttingen 2016 (auch als E-Book erhältlich)

Bodenmann Guy, Die Folgen der Scheidung für die Kinder aus psychologischer Sicht, in: Alexandra Rumo-Jungo/Pascal Pichonnaz (Hrsg.), Kind und Scheidung, Symposium zum Familienrecht 2005, Universität Freiburg, Schulthess Verlag, Zürich 2006, 73 ff.

Bodenmann Guy/Rumo-Jungo Alexandra, Die Anhörung von Kindern aus rechtlicher und psychologischer Sicht, FamPra.ch 2003, 22 ff.

Büchler Andrea/Cottier Michelle/Jaffé D. Philip/Simoni Heidi, Empfehlungen zur Anhörung des Kindes im Verfahren der Adoption durch gleichgeschlechtliche Paare, 4. Juni 2018, ‹https://www.unige.ch/cide/files/3315/2904/4857/Anhoerung_Kinder_Adoption_Regenbogenfamilien.4.6.18.pdf›. ■ergänzt korrekt?■

Delfos Martine F., «Sag mir mal …». Gesprächsführung mit Kindern (4–12 Jahre), 10. Auflage, Beltz, Weinheim 2015.

Delfos Martine F., «Wie meinst du das?». Gesprächsführung mit Jugendlichen (13–18 Jahre), 6. Auflage, Beltz, Weinheim 2015.

Diggelmann Peter/Isler Martina, Vertretung und prozessuale Stellung des Kindes im Zivilprozess, SJZ 2015, 141 ff.

Frey Eberhard, Kindesinteressen im Scheidungsverfahren aus familiensystemischer Sicht. Mit Anregungen für einen Fragenkatalog zur Anhörung von Kindes, AJP 2002, 1050 ff.

Gerber Jenni Regula, Kindesvertretung in familienrechtlichen Verfahren – Streiflichter aus Praxis und Theorie, in: Paul Eitel/Alexandra Zeiter (Hrsg.), Kaleidoskop des Familien- und Erbrechts. Liber amicarum für Alexandra Rumo-Jungo, Schulthess Verlag, Zürich 2014, 107 ff.

Erstabzug

Jaun Thomas, Angst vor Kindern? Die Notwendigkeit der Kinderpartizipation und Wege dazu, Berner Lehrmittel- und Medienverlag, Bern 2001

Kirst Simone, Geschiedene Eltern – Belastete Kinder? Die Auswirkungen einer Scheidung auf Bindungssicherheit und Erziehungsstil, disserta, Hamburg 2015.

Balloff Rainer/Koritz Nikola A., Praxishandbuch für Verfahrensbeistände. Rechtliche und psychologische Schwerpunkte für den Anwalt des Kindes, 2. Auflage, Kohlhammer, Stuttgart 2016 (auch als E-Book erhältlich)

Reiling Nadine, Wenn der Vater fehlt. Vaterabwesenheit nach einer Trennung und Scheidung und ihre Auswirkungen im frühen Kindesalter, Diplomica Verlag, Hamburg 2015

Salgo Ludwig et al. (Hrsg.), Verfahrensbeistandschaft. Ein Handbuch für die Praxis, Bundesanzeiger Verlag, Köln 2014

Schröder Richard, Kinder reden mit! Beteiligung an Politik, Stadtplanung und Stadtgestaltung, Beltz, Weinheim 1995

Schulze Heike, Das advokatorische Dilemma der Kindesinteressenvertretung – ein dreidimensionales Handlungsmodell, in: Stefan Blum/Michelle Cottier/Daniela Migliazzia (Hrsg.), Anwalt des Kindes, Stämpfli Verlag, Bern 2008, 85 ff.

Schulze Heike, Handeln im Konflikt. Eine qualitativ-empirische Studie zu Kindesinteressen und professionellem Handeln in Familiengericht und Jugendhilfe, Ergon Verlag, Würzburg 2007

Erstabzug

Erstabzug