

# Kaleidoskop des Familien- und Erbrechts

Liber amicarum  
für Alexandra Rumo-Jungo

# Kaleidoskop des Familien- und Erbrechts

Liber amicarum  
für Alexandra Rumo-Jungo

Herausgegeben von

Paul Eitel  
Alexandra Zeiter

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, vorbehalten. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2014  
ISBN 978-3-7255-7103-1

[www.schulthess.com](http://www.schulthess.com)

# Inhaltsübersicht

Dank	V
Vorwort	VII
Abkürzungen	XI
DANIEL ABT/MARTIN KÜNZLI	
Stinkende Fälle: Entwicklungen, Erfahrungen, Erkenntnisse	1
ANDREA BÄDER FEDERSPIEL	
Vorbezüge für Wohneigentum in der Revision des Vorsorgeausgleichs	29
GIAN BRÄNDLI	
Gemeinschaftliches Eigentum an Grundstücken in der güterrechtlichen Auseinandersetzung	51
PAUL EITEL/MELANIE FRIEDRICH	
Enkelerbrecht de lege lata und de lege ferenda	71
SYBILLE GASSNER	
Das Vertretungsrecht der Pflegeeltern	89
REGULA GERBER JENNI	
Kindesvertretung in familienrechtlichen Verfahren – Streiflichter aus Praxis und Theorie	107
TARKAN GÖKSU	
Das Rechtsbegehren der Erbteilungsklage	127
CHRISTOPHE A. HERZIG	
Prozessstandschaft im Kindesunterhaltsrecht – quo vadis?	147
SANDRA IMBACH	
Abänderung einer nachehelichen Unterhaltsrente infolge Arbeitslosigkeit?	169
TABEA S. JENNY	
Besitzesänderung durch Ausstellung der Erbbescheinigung?	195
GISELA KILDE	
Anhörung des Kindes in familienrechtlichen Verfahren	205
MARKUS KRAPF	
Praktische Probleme bei der Koordination von Unterhaltsbeiträgen mit den Kinderrenten der IV und der beruflichen Vorsorge	221

NADJA MAJID

Die Urteilsfähigkeit der minderjährigen Patientin mit Bezug auf den  
Abschluss eines Vertrages über eine medizinische Behandlung 241

LUCIE MAZENAUER

Elterliche Sorge, Obhut, Aufenthaltsbestimmungsrecht und internationale  
Kindesentführung – der Anwendungsbereich des HKÜ unter altem und neuem Recht 261

ALEXANDRA ZEITER

Wertveränderungen zwischen Erbgang und Erbteilung 281

# Kindesvertretung in familienrechtlichen Verfahren – Streiflichter aus Praxis und Theorie

REGULA GERBER JENNI \*

## Inhaltsübersicht

1. Einleitung .....	109
2. Die Innensicht .....	111
2.1 Das Handeln aus eigenem Recht: Unabhängigkeit und Zusammenarbeit .....	111
2.2 Feststellung und Übermittlung der Anliegen des Kindes .....	114
2.3 Kindeswille – was dann? .....	118
3. Die Aussensicht: eine kindgerechte Justiz .....	121
4. Die Wünsche .....	123

## Literaturverzeichnis

REGINA E. AEBI-MÜLLER, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2012, ZBJV 2013, S. 641 ff.; KURT AFFOLTER, Kindesvertretung im behördlichen Kindeschutzverfahren, in: Daniel Rosch/Diana Wider (Hrsg.), Zwischen Schutz und Selbstbestimmung, Festschrift für Professor Christoph Häfeli zum 70. Geburtstag, Bern 2013, S. 191 ff.; DANIEL BÄHLER, The Swiss Introduction Law to the 1980 Hague Convention – trying to do the splits (Das schweizerische Einführungsgesetz zum Haager Übereinkommen 1980 – der Versuch eines Spagats), International Family Law, Juli 2013, S. 176 ff.; PETER BIERI, Eine Art zu leben, Über die Vielfalt menschlicher Würde, München 2013; STEFAN BLUM/CHRISTINA WEBER KHAN, Der «Anwalt des Kindes» – eine Standortbestimmung, ZKE 2012, S. 32 ff.; ANDREAS BUCHER, Kindesentführungen: Neuigkeiten in Gesetz und Praxis, Jusletter 15. Februar 2010; MICHELLE COTTIER, Verfahrensvertretung des Kindes im Familienrecht der Schweiz: aktuelle Rechtslage und Reformbedarf, in: Stefan Blum/Michelle Cottier/Daniela Migliazza (Hrsg.), Anwalt des Kindes, Bern 2008, S. 125 ff.; HARRY DETTENBORN/EGINHARD WALTER, Familienrechtspsychologie, München/Basel 2002; CHRISTINE GERBER, Hochkonfliktliche Trennungen und Scheidungen aus der Sicht des Jugendamtes, in: Sabine Walper et al. (Hrsg.), Hochkonfliktliche Trennungsfamilien, Weinheim/München 2011, S. 71 ff.; REGULA GERBER JENNI/ALEXANDRA RUMO-JUNGO/MIRJAM WIDMER/GUY BODENMANN/PASQUALINA PERRIG-CHIELLO, Kinder vor Gericht – Zwischenergebnisse einer interdisziplinären Studie, FamPra.ch 2009, S. 60 ff.; CLAUDIA KAUFMANN/FRAZ ZIEGLER, Kindeswohl – eine interdisziplinäre Sicht, Le bien de l'enfant – une approche interdisciplinaire, Zürich/Chur 2003; LUCIE MAZENAUER, Internationale Kindesentführungen und Rückführungen, Diss. Freiburg 2012, Zürich/Basel/Genf 2012 (AISUF 314); JÖRG MAYWALD,

---

\* Dr. iur., Lehrbeauftragte am Lehrstuhl von Prof. Alexandra Rumo-Jungo seit 2008.

Kinder haben Rechte, Weinheim/Basel 2012; KARIN MEYER/LUCIE MAZENAUER, Internationale Kindesentführung – Wie ist das HKÜ auszulegen?, FamPra.ch 2013, S. 57 ff.; MERVYN MURCH, Rechtsvertretung von Kindern in familienrechtlichen Verfahren in England und Wales, in: Stefan Blum/Michelle Cottier/Daniela Migliazza (Hrsg.), *Anwalt des Kindes*, Bern 2008, S. 3 ff.; ALEXANDRA RUMO-JUNGO, Die Anhörung des Kindes, unter besonderer Berücksichtigung verfahrensrechtlicher Fragen, AJP 1999, S. 1578 ff.; DIESELBE, Zeugung und Geburt: Das Machbare und seine Grenzen, in: Véronique Dasen-Tuor (Hrsg.), *Geboren im Jahr 2001, Interdisziplinäre Aspekte*, Freiburg 2002, S. 47 ff.; DIESELBE, Das Kind und die Scheidung seiner Eltern: ausgewählte Fragen, in: Claudia Kaufmann/Franz Ziegler (Hrsg.), *Kindeswohl – eine interdisziplinäre Sicht, Le bien de l'enfant – une approche interdisciplinaire*, Zürich/Chur 2003, S. 149 ff.; DIESELBE, Kindesunterhalt als Schaden: familienrechtliche Aspekte, HAVE 2006, S. 375 ff.; DIESELBE, Betreuungsunterhalt bei getrennt lebenden nicht verheirateten Eltern: ein Denkanstoss, recht 2008, S. 27 ff.; DIESELBE, Gemeinsame elterliche Sorge unverheirateter und geschiedener Eltern: Zur Gleichbehandlung der Eltern oder zum Wohl des Kindes?, ZVW 2008, S. 1 ff.; DIESELBE, Kenntnis der Abstammung: Recht von Kind und Eltern, AR 2009, S. 355 ff.; DIESELBE, Selbstbestimmung Minderjähriger in der Psychotherapie, in: Andrea Büchler et al. (Hrsg.), *Private Law: national – global – comparative*, Festschrift für Ingeborg Schwenzer, Bern 2011, S. 1465 ff.; DIESELBE, Der Betreuungsunterhalt: Nachholbedarf in der Schweiz, in: Dieter Schwab/Hans-Joachim Dose (Hrsg.), *Familienrecht in Praxis und Theorie*, Festschrift für Meo-Micaela Hahne, Bielefeld 2012, S. 49 ff.; DIESELBE, Das Kind im Familienprozess – erhöhte Präsenz durch neue Rechte, in: Alexandra Rumo-Jungo/Christiana Fountoulakis/Pascal Pichonnaz (Hrsg.), *Der neue Familienprozess, Durchsetzung und Vollstreckung familienrechtlicher Ansprüche*, Zürich/Basel/Genf 2012, S. 1 ff.; DIESELBE, Finanzielle Sicherung Alleinerziehender: Die Sicht des Rechts, in: Bettina Bannwart et al. (Hrsg.), *Keine Zeit für Utopien?: Perspektiven der Lebensformenpolitik im Recht*, Basel 2013, S. 97 ff.; ALEXANDRA RUMO-JUNGO/EVA MARIA BELSER, Einmal volle Lippen, bitte! Vom Traum des massgeschneiderten Körpers und den Schwierigkeiten des Rechts mit dem Mass, den Schneidern und den Körpern, in: Marcel Alexander Niggli (Hrsg.), *Festschrift für Franz Riklin*, Zürich/Basel/Genf 2007, S. 555 ff.; ALEXANDRA RUMO-JUNGO/GUY BODENMANN, Die Anhörung des Kindes aus rechtlicher und psychologischer Sicht, FamPra.ch 2003, S. 22 ff.; ALEXANDRA RUMO-JUNGO/SANDRA HOTZ, Der Vorentwurf zur Revision des Kindesunterhalts: ein erster Schritt, FamPra.ch 2013, S. 1 ff.; ALEXANDRA RUMO-JUNGO/PETER LIATOWITSCH, Nichteeliche Lebensgemeinschaft: vermögens- und kinderrechtliche Belange, FamPra.ch 2004, S. 895 ff.; ALEXANDRA RUMO-JUNGO/MARC SPESCHA, Kindeswohl, Kindesanhörung und Kindeswille in ausländerrechtlichen Kontexten, AJP 2009, S. 1103 ff.; LUDWIG SALGO ET AL., Verfahrensbeistandschaft – Ein Handbuch für die Praxis, Köln 2010, Teil 5: Aufgaben, Rechte und Pflichten des Verfahrensbeistands (zit.: SALGO ET AL., Verfahrensbeistandschaft); DERSELBE, Die Verfahrenspflegschaft in Deutschland, in: Stefan Blum/Michelle Cottier/Daniela Migliazza (Hrsg.), *Anwalt des Kindes*, Bern 2008, S. 59 ff. (zit.: SALGO, Verfahrenspflegschaft); DERSELBE, *Der Anwalt des Kindes*, Frankfurt am Main 1996 (zit.: SALGO, Anwalt); HEIKE SCHULZE, Das advokatorische Dilemma der Kindesinteressenvertretung – ein dreidimensionales Handlungsmodell, in: Stefan Blum/Michelle Cottier/Daniela Migliazza (Hrsg.), *Anwalt des Kindes*, Bern 2008, S. 85 ff.; IVO SCHWANDER, Das Haager Kinderschutzübereinkommen, ZVW 2009, S. 1 ff.; JONAS SCHWEIGHAUSER, Kommentar zu Art. 298 und 300 ZPO, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger (Hrsg.), *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung*, Zürich 2013 (zit.: SCHWEIGHAUSER, ZPO Komm.); DERSELBE, Warum gibt es keine Kindesvertretungen in Scheidungsverfahren, in: Andrea Büchler/Heidi Simoni (Hrsg.), *Kinder und Scheidung*, Zürich/Chur 2009, S. 372 ff. (zit.: SCHWEIGHAUSER, Kindesvertretungen);

ANDREA STAUBLI, Anhörung und Mitwirkung von Kindern und Jugendlichen, in: Regula Gerber Jenni/Christina Hausammann (Hrsg.), *Kinderrechte – Kinderschutz*, Basel 2002, S. 91 ff.; DANIEL STECK, Die Vertretung des Kindes (Art. 146 f. ZGB) – erste praktische Erfahrungen, ZVW 2001, S. 102 ff.; VEREIN KINDERANWALTSCHAFT SCHWEIZ, *Kindesvertretung – Gerichte und Behörden auf dem Weg zu kindgerechten Entscheidungen*, Dokumentation der Fachtagung vom 19. Mai 2011 (zit.: VEREIN KINDERANWALTSCHAFT, *Kindesvertretung*); DERSELBE, *Praktische Kindesverfahrensvertretung und Berücksichtigung des Kindeswillens*, Dokumentation der Fachtagung vom 30. Oktober 2009 (zit.: VEREIN KINDERANWALTSCHAFT, *Berücksichtigung des Kindeswillens*); MAUD ZITELMANN, *Kindeswille und Kindeswohl*, in: Salgo Ludwig et al. (Hrsg.), *Verfahrensbeistandschaft – Ein Handbuch für die Praxis*, Köln 2010, S. 123 ff. (zit.: ZITELMANN, *Kindeswille*); DIESELBE, *Kindeswohl und Kindeswille*, Münster 2001 (zit.: ZITELMANN, *Kindeswohl*); RAPHAELA ZÜRCHER, *Kindesentführungen und Kindesrechte*, Diss. Zürich 2005, Zürich/Basel/Genf 2005 (*Zürcher Studien zum Privatrecht*, Band 193).

## 1. Einleitung

Im Juli 2004 äusserten sich 950 RichterInnen, AnwältInnen und MediatorInnen über ihre Erfahrungen mit dem revidierten Scheidungsrecht.<sup>1</sup> Rund ein Fünftel fand keine Antwort auf die Frage, ob sie die Kindesvertretung als «zufriedenstellend, eher zufriedenstellend, eher nicht oder nicht zufriedenstellend» erlebten. Etwas weniger als ein Fünftel der Befragten beurteilte die Kindesvertretung als «eher nicht oder nicht zufriedenstellend»; und bei der Anschlussfrage, wie die Kindesvertretung zu ändern sei, wies «eine stattliche Anzahl» lediglich darauf hin, dass ihnen «jegliche Erfahrung fehle.»<sup>2</sup> Diese dürftige Ausbeute deckt sich mit den Resultaten der im Rahmen des Nationalen Forschungsprogramms NFP 52 durchgeführten Studie von BÜCHLER und SIMONI *Kinder und Scheidung: Der Einfluss der Rechtspraxis auf familiäre Übergänge*: BÜCHLER und SIMONI haben bei der Analyse von 567 Scheidungsakten in den Jahren 2002 und 2003, welche die Situation von 933 Kindern erfassen, nur gerade in einem einzigen Fall die Anordnung einer Kindesvertretung festgestellt.<sup>3</sup> Die Gründe für dieses Abseitsstehen – warum gibt es keine Kindesvertretungen in Scheidungsverfahren?<sup>4</sup> – sah SCHWEIGHAUSER vor allem im grossen Ermessensspielraum der Gerichte bei der Anordnung einer Kindesvertretung, in der Befürchtung, das Verfah-

---

<sup>1</sup> Bericht über die Umfrage zum Scheidungsrecht bei Richter/innen und Anwält/innen sowie Mediatoren/Mediatorinnen (Zusammenfassung der Ergebnisse), Bundesamt für Justiz, Mai 2005. [www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/pressemitteilung/2005/pm\\_2005\\_07\\_01/ber-scheidungsumfrage-d.pdf](http://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/pressemitteilung/2005/pm_2005_07_01/ber-scheidungsumfrage-d.pdf) (besucht 26. Mai 2014).

<sup>2</sup> Bericht, a.a.O.

<sup>3</sup> BÜCHLER/SIMONI, S. 33, 372.

<sup>4</sup> So der Titel des Gastbeitrags von SCHWEIGHAUSER, *Kindesvertretungen*.



ren würde komplizierter und teurer, im (seinerzeitigen) dualen System<sup>5</sup> und in der Tatsache, dass KindesvertreterInnen «unbekannte Wesen» seien. Letzteres führte SCHWEIGHAUSER auf die gesetzlich nur vage vorgeschriebene Qualifikation der Kindesvertretung<sup>6</sup> sowie auf ihre unklare Rolle zurück.

Das Bundesgericht hat 2006 dieses «unbekannte Wesen» etwas geklärt. Es hat festgehalten, dass die Kindesvertretung unabhängig von Behörden und Gericht handle und namentlich dafür zu sorgen habe, dass die Anliegen des Kindes und eine Beurteilung der Situation aus der Sicht des Kindes in den Prozess eingebracht würden. Ihre Sachdarstellung sei insofern eine wertvolle Entscheidungshilfe in der Urteilsfindung, als sie sich dazu eignen könne, Unsicherheiten zu beseitigen und die subjektive Meinung des Kindes klarzustellen.<sup>7</sup> Diese Ausführungen geben m.E. Pflichtenheft und Profil der Kindesvertretung treffend wieder – wenn auch summarisch – und sind immer noch aktuell.

Der 2006 gegründete *Verein Kinderanwaltschaft Schweiz* trägt massgeblich dazu bei, dass KindesvertreterInnen ihr Profil entwickeln und schärfen können,<sup>8</sup> und fördert das Institut der Kindesvertretung: Während der Verein im Jahr 2008 sechzehn Kindesvertretungen vermittelte, resultierten aus den über 650 Beratungsgesprächen im Jahr 2013 rund 250 Kindesvertretungen.<sup>9</sup> Die steigende Tendenz lässt wünschen und hoffen, dass die eingangs festgestellte terra incognita der Kindesvertretung durch eine alle Verfahrensgebiete umfassende kinderanwaltliche Praxis belebt und beleuchtet wird. Dazu mögen die folgenden Streiflichter als «kurze, erhellende Darlegung»<sup>10</sup> bei-

---

<sup>5</sup> Art. 147 Abs. 1 aZGB: Anordnung der Kindesvertretung durch die Gerichte, Bestimmung der Person durch die damaligen Vormundschaftsbehörden. Mit Art. 299 Abs. 1 ZPO obliegen nun Anordnung und Einsetzung der Kindesvertretung dem Gericht.

<sup>6</sup> Art. 147 Abs. 1 aZGB (jetzt Art. 299 Abs. 1 ZPO) spricht von einer in rechtlichen und fürsorglichen Fragen erfahrenen Person.

<sup>7</sup> BGer 5P.84/2006, E. 3, mit Hinweis auf STECK. Zur Rolle und Funktion der Kindesvertretung vgl. etwa auch AFFOLTER, BLUM/WEBER KHAN und SALGO ET AL., Verfahrensbeistandschaft.

<sup>8</sup> [www.kinderanwaltschaft.ch](http://www.kinderanwaltschaft.ch). Der Verein beteiligt sich am Certificate of Advanced Studies Hochschule Luzern/FHZ in Kindesvertretung.

<sup>9</sup> Jahresberichte 2008 und 2013. Die schweizerische Statistik der Kinderschutzmassnahmen 2000-2010 weist durchschnittlich 145 Einsetzungen pro Jahr aus ([www.vbk-cat.ch/assets/pdf/de/dokumentationen/statistik/aktuell/Statistik\\_1996\\_-\\_2012\\_Kinder.pdf](http://www.vbk-cat.ch/assets/pdf/de/dokumentationen/statistik/aktuell/Statistik_1996_-_2012_Kinder.pdf) [besucht 26. Mai 2014]). Seit 2011 sind keine gesamtschweizerischen Zahlen mehr verfügbar, da die Einsetzung gestützt auf Art. 299 ZPO durch die Gerichte erfolgt.

<sup>10</sup> So die Bedeutung des Worts «Streiflicht» gemäss Duden.

tragen. Sie beruhen auf Erfahrungen mit rund vierzig Kindesvertretungen<sup>11</sup> und sind als Innensicht (2.) zu lesen.

Die alten Zeiten, als das Wünschen noch geholfen hat, sind jedoch längst vorbei, und (auch) für die Etablierung einer Kindesvertretung, die dem Kind und seinen Rechten verpflichtet ist, ist Wünschen allein kein taugliches Konzept. Kinder und Jugendliche erwarten von ihrer Kindesvertreterin denn auch nicht nur gute Wünsche, sondern und vor allem fachliche Kompetenz und persönliches Engagement – und dies wörtlich und im übertragenen Sinn zu Recht. Deshalb folgt der Innensicht eine Aussensicht (3.), gerahmt durch die *Leitlinien des Ministerkomitees des Europarates für eine kindgerechte Justiz*. Zentrale Prinzipien der *Leitlinien* sind das Recht des Kindes auf Achtung seiner Würde und auf Beteiligung, Prinzipien also, die das Kind als aktives Subjekt begreifen und die Erwachsenen zur Umsetzung verpflichten.

Weil aber ein Geburtstag ohne Wünsche kein richtiger Geburtstag ist, dürfen diese nicht fehlen (4.). Für ALEXANDRA RUMO-JUNGO, die als Ordinaria für Zivilrecht in der Diskussion über die Rechte des Kindes immer wieder neue Akzente setzt,<sup>12</sup> verbinde ich sie mit Gratulationen und Dank. Mir und allen Kindern und Jugendlichen wünsche ich viele weitere kinderrechtliche Wegmarken aus ihrer Feder.

## 2. Die Innensicht

### 2.1 Das Handeln aus eigenem Recht: Unabhängigkeit und Zusammenarbeit

Der erwähnte Bundesgerichtsentscheid fordert von der Kindesvertretung Unabhängigkeit von Gerichten und Behörden.<sup>13</sup> Das bedeutet, dass die Kindesvertretung von der sie einsetzenden Instanz keine Weisungen bezüglich ihrer Arbeit und ihres Vorgehens entgegennimmt. Ebenso wenig darf das

---

<sup>11</sup> Nach Art. 314a<sup>bis</sup> ZGB, Art. 299 ZPO, Art. 9 BG-KKE; es waren/sind Kinder und Jugendliche im Alter zwischen eins und siebzehn.

<sup>12</sup> Vgl. die Aufzählung im Literaturverzeichnis.

<sup>13</sup> BGer 5P.84/2006, E. 3, mit Hinweis auf STECK, S. 107 f.: «Von wesentlicher Bedeutung ist dabei, dass die Kindesvertretung in völliger Unabhängigkeit handelt. Sie hat weder von Seiten der sie ernennenden Vormundschaftsbehörde, noch von Seiten der Prozessparteien (d.h. den Eltern der Kinder) Instruktionen entgegenzunehmen, sondern handelt aus eigenem Recht für das Kind, ähnlich wie ein vom Gericht bestellter amtlicher Verteidiger oder ein unentgeltlicher Rechtsvertreter dies für seinen Mandanten tut.»

Gericht oder die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (KESB) die Anhörung des Kindes nach Art. 298 ZPO und Art. 314a ZGB an die Vertretung delegieren. Die Gespräche zwischen dem Kind und der Kindesvertretung können die Anhörung durch das Gericht oder die KESB nicht ersetzen, da die Aufgabe des Gerichts und diejenige der Kindesvertreterin verschieden sind und eine Delegation der Anhörung an den Beistand oder die Kindesvertreterin nicht möglich ist.<sup>14</sup> Die Kindesvertretung entscheidet mithin selbst, «aus eigenem Recht»<sup>15</sup> und zusammen mit dem Kind, welche Fragen wann, wie und in Zusammenarbeit mit welchen Personen zu beantworten sind.

In verschiedenen Fällen kann es jedoch zur Aufgaben- und Rollenklärung beitragen, wenn das Gericht oder die KESB vor Erlass der Einsetzungsverfügung mit der Kindesvertretung deren Aufgaben bespricht und diese in der Verfügung umschreibt, beispielsweise die Stellungnahme zu einem Gutachten, die Empfehlung von Kindesschutzmassnahmen oder sonstigen Massnahmen, die Konkretisierung der Befugnisse der (allenfalls zu ernennenden) Beiständin oder des Beistands. Ein solcher Aufgabenbeschrieb ist vor allem dann sinnvoll, wenn es sich um junge Kinder handelt, die von hochstrittigen Trennungs- und Scheidungsverfahren<sup>16</sup> oder Kindesschutzverfahren mit zu prüfender Fremdplatzierung betroffen sind, und das «Helfernetz» gross ist. Mandatiert die oder der Jugendliche selbst die Kindesvertretung (Art. 299 Abs. 3 ZPO),<sup>17</sup> darf diese jedoch keine vorgängigen Absprachen mit dem Gericht oder der KESB treffen. In diesem Fall übermittelt die Kindesvertretung als erstes dem Gericht oder der KESB das Gesuch um Einsetzung samt Vollmacht der oder des Jugendlichen.

---

<sup>14</sup> SCHWEIGHAUSER, ZPO Komm., N. 17 zu Art. 298 ZPO.

<sup>15</sup> BGer 5P.84/2006, E. 3.

<sup>16</sup> Zur Umschreibung vgl. etwa GERBER, S. 75 f. (mit Hinweis auf KINDLER/FICHTNER): Hochkonfliktvolle Familien nach einer Trennung sind insbesondere dadurch charakterisiert, dass «ihre Konflikte über mehrere Jahre anhalten, gerichtliche und aussergerichtliche Massnahmen, die auf Konfliktklärung und Interessenausgleich abzielen und die eine Fokussierung auf die Bedürfnisse betroffener Kinder begünstigen sollen, ohne nachhaltig befriedigende Wirkung bleiben und selbst kleinere Konflikte nicht ohne Mitwirkung des Gerichtes oder anderer professioneller Helfer geregelt werden können.»

<sup>17</sup> Für Verfahren vor der KESB fehlt ein entsprechender Artikel. Die ZPO gilt aber sinngemäss auch hier; dazu COTTIER, S. 151. Dieser Argumentation ist der Regierungsrat des Kantons Schwyz mit Beschluss Nr. 33/2012 vom 17. Januar 2012 gefolgt (nachzulesen in ZKE 2012, S. 157 ff.). Es handelt sich um eine Beschwerde gegen einen Entscheid der (damaligen) Vormundschaftsbehörde, die Mandatierung einer Kinderanwältin durch einen zwölfjährigen Jugendlichen anzuerkennen. In ihrer Beschwerde rügt die Kinderanwältin auch die Verletzung von Art. 11 Abs. 2 BV und Art. 19 Abs. 2 aZGB.

Die Unabhängigkeit der Kindesvertretung bezieht sich, wie erwähnt, auch auf deren Arbeitsweise. Gerade in komplexen Verfahren sind methodische Unabhängigkeit und kreative – sprich: unkonventionelle – Vorgehensweisen geboten. Bereits der Ort des Treffens zwischen Kind und Kindesvertretung weicht bisweilen von der gängigen Vorstellung ab, wonach sich die Kinderanwältin in ihrem Büro mit ihren jungen Klientinnen und Klienten bespricht. So können das Erstgespräch und weitere Treffen etwa mit Jugendlichen «auf Kurve» auch in einem Bahnhofbuffet stattfinden, oder bei einem knapp einjährigen Mädchen ist es gut möglich, dass einem dieses auf dem Schoss seiner Betreuerin in der Institution empfängt, in der es vorübergehend zu Hause ist. Und weshalb sollte die Kinderanwältin nicht die Dinosauriersammlung im Kinderzimmer eines neunjährigen Knaben bewundern, wenn sie ihn kennenlernen möchte?

Um sich ein möglichst vollständiges Bild von der Lebenssituation des Kindes zu verschaffen, kann die Kindesvertretung mit Einverständnis des Kindes (bei jungen Kindern mit Einverständnis seiner Eltern) Personen kontaktieren, die das Kind durch seinen Alltag begleiten, also den Lehrer, die Kita- oder Tagesschulleiterin, allenfalls auch die Kinderärztin, den Therapeuten oder den Beistand. Gerade mit Beistandspersonen kann sich eine punktuelle Zusammenarbeit entwickeln, beispielsweise in Fällen, wo sich das Kontaktrecht schwierig gestaltet oder eine Fremdplatzierung ansteht und der Beistand in diesen Bereichen ebenfalls Aufgaben wahrnimmt. Manchmal etabliert sich sogar eine fruchtbare interdisziplinäre «Tandem-Arbeit» zwischen Beistand und Kinderanwältin.<sup>18</sup> Unabdingbare Grundlage einer solchen Kooperation ist jedoch – einmal mehr – die Rollentransparenz und seitens der Kindesvertretung ihre unmissverständlich kinderanwaltlich orientierte Arbeit.

Dass Kindesvertretung auch «Sozialgeflechtsarbeit»<sup>19</sup> ist, erfahren KinderanwältInnen in jedem Verfahren und immer wieder. Gerade in hochkonflikthaften Trennungs- und Scheidungssituationen können festgefahrene Standpunkte dadurch etwas entspannt werden, dass die Kindesvertretung den

---

<sup>18</sup> Das englische Familienrecht kennt das Tandem-Modell, d.h. die interdisziplinäre Zusammenarbeit zwischen KinderanwältInnen und KindersozialarbeiterInnen. Vgl. dazu SALGO, *Anwalt*, S. 191 f., 287 f.; MURCH, S. 3 ff.

<sup>19</sup> SCHULZE, S. 98 ff., stellt Kindesinteressenvertretung als juristisch-psychosozialpädagogisches Arbeitsfeld dar, welches folgende Handlungsebenen umfasst: 1. Anwaltliche Vertretung des Kindes, 2. Aufdecken der Fallkonstellation, 3. Sozialgeflechtsarbeit namentlich mit den Eltern.

Eltern und ihren Rechtsvertretern ihre Funktion und Arbeit für das Kind vorstellt und die Sicht der Eltern entgegennimmt. Die Fokussierung auf das Kind und seine Rechte trägt manchmal dazu bei, Blockaden zumindest für eine gewisse Zeit zu lösen. Erklärt die Kinderanwältin den Eltern, dass sie sich nebst der Vertretung der Kindesinteressen<sup>20</sup> auch für Regelungen einsetzt, die zur Beruhigung und Stabilisierung der Lage und damit zum Wohlergehen des Kindes beitragen, ist oft schon viel an Vertrauen gewonnen. Auch der Hinweis, dass die Übermittlung des Kindeswillens nicht als Parteinahme für einen und gegen den anderen Elternteil zu werten ist, entkrampft mitunter eine schwierige Situation. Freilich – trotz allem Verständnis für die Eltern und Respekt ihnen gegenüber: die Kinderanwältin ist und bleibt Parteivertreterin des Kindes. In dieser Funktion muss sie ihr Arbeitsfeld abstecken, ihr methodisches Vorgehen definieren, ihre Grenzen erkennen und ihr Handeln immer wieder kritisch überprüfen.

## 2.2 Feststellung und Übermittlung der Anliegen des Kindes

Das Bundesgericht erwartet von der Kindesvertreterin, dass sie die Anliegen des Kindes und eine Beurteilung der Situation aus dessen Sicht einbringt.<sup>21</sup> Wie hat sie das zu tun? Grundlage ihrer Arbeit ist die direkte Begegnung und das Gespräch mit dem Kind. Das bedeutet beim ersten Treffen mit dem Kind vorerst einmal «zuhören und entgegennehmen, was das Kind bereit ist, mitzuteilen.»<sup>22</sup> Aus dieser offenen Haltung heraus kann die Kindesvertretung dann behutsam nachfragen, neugierig sein, sorgfältig informieren und das Kind bei der Wahrnehmung und Formulierung seiner Bedürfnisse und seines Willens unterstützen. Die Kindesvertretung ist nicht nur bezüglich des Gesprächsinhalts flexibel, sondern, wie erwähnt, auch bezüglich des Orts. So macht sie – insbesondere bei jüngeren Kindern – auch Hausbesuche und Besuche in Pflegefamilien und Institutionen. Bei getrennt lebenden Eltern besucht sie das Kind wenn möglich bei beiden Elternteilen.

Begegnungen und Gespräche mit Kindern und Jugendlichen bereichern die vielfach etwas professionell zugeknöpfte und verengte Erwachsenenperspek-

---

<sup>20</sup> Ich verzichte auf die Wiedergabe von Definitionen und Umschreibungen der Begriffe Kindeswohl, Kindesinteresse, Kindeswille. Sie dürften bekannt sein – in ihrer Vielzahl ebenso wie in ihrer Vieldeutigkeit.

<sup>21</sup> BGer 5P.84/2006, E. 3.

<sup>22</sup> STAUBLI, S. 95, postuliert diesen Grundsatz für die Anhörung des Kindes durch das Gericht.

tive um neue und erfrischende Dimensionen. Trotzdem – das darf gesagt sein – erlebt die Kinderanwältin in ihrer Aufgabe, die subjektiven und objektiven Interessen des Kindes festzustellen und im Verfahren zu vertreten,<sup>23</sup> Gespräche mit ihren jungen Klientinnen und Klienten manchmal als wenig ergiebig.<sup>24</sup> So ist es mir kürzlich ergangen, als ich mit einer Erstklässlerin darüber gesprochen habe, was für sie die geplante Auswanderung nach Australien mit ihrer Mutter bedeutet.<sup>25</sup> Beim Thema «Australien» ist sie ausweichend und wortkarg geworden. Ich habe sie auf ihre Anhörung bei der KESB und auf ihren dort geäusserten Wunsch angesprochen, eine Schaukel zum Hin- und Herpendeln zu haben. Das Mädchen hat dieses Bild sofort wieder aufgenommen und einlässlich den spielerischen und technischen Aspekt solcher Geräte erläutert. Meine Erwartung, die Unterhaltung über die Schaukel könnte auch etwas klären, wie sich das Kind den Kontakt zum hier lebenden Vater vorstellt, hat sich nicht erfüllt. Bei meinem zweiten Besuch haben wir zusammen die grosse Katzenkiste studiert, in der ihre Katze zusammen mit ihm und seiner Mutter nach Australien ausreisen wird. Auch da, wo das Mädchen die Reisevorbereitungen ganz konkret erfahren hat und einbezogen worden ist, hat es sich kaum dazu geäussert, ob sie überhaupt ausreisen möchte, wie sie sich ihr Leben weit weg von hier und den Kontakt zu ihrem Vater und ihren Halbgeschwistern in der Schweiz vorstellt. Sie wusste zwar um die mögliche grosse Veränderung in ihrem Leben, schien jedoch mit einer diesbezüglichen eigenen Willensäusserung überfordert zu sein. Das ist angesichts der Tragweite des Vorhabens, ihres jungen Alters und der Tatsache, dass die geplante Ausreise zu Konflikten zwischen ihren Eltern geführt hat, gut verständlich. Vor diesem Hintergrund konnte ich den Willen und die Anliegen des Mädchens lediglich indirekt über meine Eindrücke bei den beiden Hausbesuchen und über Informationen aus den Akten übermitteln.<sup>26</sup>

<sup>23</sup> MAYWALD, S. 82: «Die Kindesvertreterin stellt die Interessen des Kindes fest und vertritt diese im Verfahren. Sowohl der geäusserte Wille (subjektives Interesse) als auch das Wohl des Kindes (objektives Interesse) sind dabei von Belang.» In diesem Sinne auch SCHWEIGHAUSER, ZPO Komm., N. 4 zu Art. 300 ZPO.

<sup>24</sup> Auf Fälle häuslicher Gewalt gehe ich nicht ein. Dieses Thema überfordert das Kind und seine Anwältin meistens, weshalb für das Ansprechen und Einordnen fachliche Begleitung und Unterstützung angefordert werden muss.

<sup>25</sup> Der Fall wird abgeändert dargestellt. – Das Kind kennt den Ort in Australien von mehreren früheren Besuchen.

<sup>26</sup> Diese Erfahrung spricht in keiner Weise gegen die Willensbildungsfähigkeit junger Kinder. Trotz ihres jungen Alters und der mehr emotionalen als rationalen Begründung sind junge Kinder fähig, einen auch rechtlich bedeutsamen Willen zu bilden und zu vertreten.

Soll das Gericht oder die Behörde in Kenntnis der Anliegen und Meinung des Kindes über eine tatsächliche und «wertvolle Entscheidungshilfe bei der Urteilsfindung»<sup>27</sup> verfügen, bedingt dies zusätzlich zur «Übermittlungstätigkeit» der Kindesvertretung, dass diese das Kind als eigene Persönlichkeit vorstellt und in das Verfahren einführt. Auch da darf der Kinderanwalt Alltägliches unkonventionell in den Gerichtssaal, das Sitzungszimmer oder die Akten einbringen, etwa indem er in seinem Parteivortrag einleitend festhält, dass die Dreijährige gerne Duplo spielt, der Sechsjährige ein Fan von Räuber Hotzenplotz ist, oder die bald Siebzehnjährige sich engagiert mit dem Thema «Wahrheit» beschäftigt, welches in der Projektwoche behandelt wird. Unterstützt wird ein solches Sichtbarmachen des Kindes dann (wie ich es mehrmals erlebt habe), wenn der Gerichtspräsident zu Beginn der Verhandlung die Kinderanwältin einlädt, informell zu berichten, wie es aktuell dem Kind geht. Das trägt dazu bei, Kinder und Jugendliche über ihre (schwierige) familiäre Situation hinaus wahrzunehmen als das, was sie sind und sein möchten – ganz «normale» Kinder und Jugendliche nämlich, die sich in ihrem Heranwachsen mit Beziehungen, Freundschaft, Freizeit, Schule, Musik, Sport, Ausgang auseinandersetzen.

Die am Verfahren Beteiligten sollen das Kind, über das diskutiert, verhandelt und gestritten wird, als Persönlichkeit in einer bestimmten Lebenssituation erleben und verstehen können. Mit einer solchen «individuellen Konkretisierung» sollte auch der nicht so selten vorgebrachte plakative Einwand, das Kind sei nicht urteilsfähig, hinfällig werden; denn wer ein Kind und seine Geschichte gut kennt, versteht auch seine Bedürfnisse und Nöte und seine damit zusammenhängende Sicht der Dinge und kann seinen Willen nachvollziehen. Kinder und Jugendliche beschäftigen sich oft lange Zeit mit einer sie bedrückenden Frage. Indem sie nach Lösungen für sich und ihre Familie suchen, reift und entwickelt sich ihre Urteilsfähigkeit. Abgesehen davon sind die Zweifel an der Urteilsfähigkeit des Kindes vielfach anwalts-taktisch motiviert und vertragen sich kaum mit den Prinzipien einer kindergerechten Justiz.<sup>28</sup>

---

Vgl. dazu DETTENBORN/WALTER, S. 77: «Kleineren Kindern zwar prinzipiell eine entwicklungspsychologische Willensfähigkeit zuzuerkennen, nicht aber eine rechtlich bedeutsame, ist erstens ethisch nicht vertretbar und zweitens unter psychologischem Aspekt offensichtlich ein Missverständnis.»

<sup>27</sup> BGer 5P.84/2006, E. 3.

<sup>28</sup> Dazu hinten 3.

Sowohl bei der «direkten» (unmissverständlichen) als auch bei der «indirekten» Übermittlung dessen, was das Kind will und möchte, ist die Kindesvertretung dem Wohl des Kindes verpflichtet und berücksichtigt seinen Lebenszusammenhang und die aktuellen Gegebenheiten. Die Kindesvertretung schildert mithin dem Gericht die Situation des Kindes möglichst authentisch und aus der Perspektive des Kindeswohls. Sie darf dabei eigene Wertungen abgeben, die sie jedoch explizit als solche kennzeichnen muss.<sup>29</sup> Damit respektiert und übermittelt sie Willen und Wünsche des Kindes so, wie sie sind, und verhilft dem Kind – «soweit ethisch und fachlich vertretbar» –, seine Anliegen durchzusetzen.<sup>30</sup> Mit der ethischen und fachlichen Vertretbarkeit wird der mögliche Konflikt zwischen Kindeswille und Kindeswohl angesprochen und zugleich entschärft: Ethik und Fachlichkeit zeichnen ein verantwortungsbewusstes kideranwaltschaftliches Handeln ebenso aus wie die klare Parteilichkeit für das Kind. Sind der advokatorische (Kindeswillen-orientierte) und der vormundschaftliche (Kindeswohl-orientierte) Part der Kindesvertretung transparent, «wird eine solche neue Rechtsfigur nachweislich positive Wirkungen haben.»<sup>31</sup> So betrachtet, muss das Handeln für Kinder und Jugendliche und zusammen mit ihnen in dem Sinn ganzheitlich sein, als dass deren Wille und Wünsche, Rechte und Bedürfnisse vor dem Hintergrund ihrer Lebensgeschichte und Lebenslage berücksichtigt und eingeordnet werden: «Dass Kinder und Jugendliche nicht ohne ihren Lebenszusammenhang gedacht, also nur im Kontext zu verstehen sind, dass Kindesrecht, Kindeswohl und Kindeswille ineinander verflochtene, untrennbare Kategorien sind, all‘ das wird zu oft bei der Rollen- und Aufgabenbestimmung der eigenständigen Interessenvertretung von Kindern und Jugendlichen übersehen oder je nach ideologischer Ausrichtung nur selektiv wahrgenommen.»<sup>32</sup> AFFOLTER versteht die Kindesvertretung denn auch als «elterliche Teilsorge» und formuliert Arbeitshaltung und -ziel des Kinderanwalts dahingehend, dass dieser «wie ein bon père de famille oder eine bonne mère de famille» danach strebe, «der für das Kind besten Lösung zum Durchbruch zu verhelfen.»<sup>33</sup>

<sup>29</sup> Vgl. auch AFFOLTER, S. 209: «Kindeswille und die aus Sicht des Vertreters massgeblichen Entscheidungskriterien zur Wahrung des Kindeswohls sind der entscheidenden Behörde offen darzulegen.»

<sup>30</sup> ZITELMANN, Kindeswille, N. 471 ff., 486.

<sup>31</sup> SALGO, Verfahrenspflegschaft, S. 73, mit Hinweis auf ZITELMANN, Kindeswohl.

<sup>32</sup> SALGO, Verfahrenspflegschaft, S. 73.

<sup>33</sup> AFFOLTER, S. 210 f.



## 2.3 Kindeswille – was dann?

Die Sachdarstellung der Kindesvertretung sei, so das Bundesgericht, eine «wertvolle Entscheidungshilfe in der Urteilsfindung», weil sie sich eigne, «Unsicherheiten zu beseitigen und die subjektive Meinung des Kindes klarzustellen.»<sup>34</sup> Sind diese Unsicherheiten ausgeräumt und liegt die subjektive Meinung des Kindes vor, ist also die Sachdarstellung wertvoll oder zumindest brauchbar für die Urteilsfindung, stellt sich die Frage, nach welchem Massstab und wie weit die Meinung des Kindes berücksichtigt wird. Als Tendenz kann ich festhalten, dass in familienrechtlichen und kindesschutzrechtlichen Verfahren die Gerichte und Behörden bemüht sind, bei Jugendlichen den Kindeswillen umzusetzen, beziehungsweise bei jungen Kindern aufgrund der Sachdarstellung der Kinderanwältin nach deren Empfehlungen entscheiden: Das Kind und die Kindesvertretung werden folglich ernst genommen.<sup>35</sup> Dies gilt – wie gesagt – für Verfahren nach Art. 295 ff. ZPO und Art. 314 ff. ZGB. Anders ist die Situation in Verfahren, welche internationale Kindesentführungen betreffen.<sup>36</sup> Hier hat der Kindeswille regelmässig zurückzustehen hinter dem Ziel des Übereinkommens, die sofortige Rückgabe widerrechtlich in einen Vertragsstaat verbrachter oder dort zurückgehaltener Kinder sicherzustellen (Art. 1 HKÜ). Etwas pointiert kann denn auch gefolgert werden, dass der Massstab für die Berücksichtigung des Kindeswillens nicht nach verfahrensunabhängigen Kriterien festgelegt wird, sondern durch das Verfahren selbst.<sup>37</sup>

Dass gerade in dem Verfahren, welches als einziges zwingend die Einsetzung einer Kindesvertretung vorsieht, der Kindeswille am wenigsten berück-

---

<sup>34</sup> BGer 5P.84/2006, E. 3.

<sup>35</sup> Diese – zugegebenermassen sehr optimistische Sichtweise – kann natürlich nicht als Aussage verallgemeinert werden. Sie beruht auf der eingangs erwähnten Erfahrung mit rund 40 Kindesvertretungen.

<sup>36</sup> Verfahren nach Haager Übereinkommen über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführungen (HKÜ, SR 0.211.230.02) und nach Bundesgesetz über internationale Kindesentführung und die Haager Übereinkommen zum Schutz von Kindern und Erwachsenen (BG-KKE, SR 211.222.32).

<sup>37</sup> Das gilt übrigens auch für das Kindeswohl. Das Argument, wonach die neuere Tendenz in der ausländerrechtlichen Rechtsprechung das Kindeswohl verstärkt berücksichtige und es einer Diskriminierung gleichkäme, wenn diese Sichtweise nicht auch auf Rückführungsfälle übertragen würde, hat das Bundesgericht nicht gelten lassen. Es befand, infolge der «völlig unterschiedlichen Fragestellung» gäbe es «von vornherein» keine Rechtsprechung aus dem Ausländerrecht zu übertragen (BGer 5A\_246/2014, E. 4).

sichtigt wird, entbehrt nicht einer gewissen Ironie.<sup>38</sup> Die folgenden Ausführungen beziehen sich auf zwei Bundesgerichtsurteile über Rückführungsge-  
suche (BGer 5A\_799/2013 und 5A\_246/2014). Sie sind im Sachverhalt sehr  
ähnlich: Beide Entscheide betreffen Mädchen (beide 2007 geboren), welche  
mit der Mutter in die Schweiz gekommen sind und hier mit ihr und ihrem  
neuen Partner zusammenleben. In beiden Fällen besteht der Verdacht, dass  
das Zusammenleben im Herkunftsland von häuslicher Gewalt geprägt gewe-  
sen ist.

Das Gericht setzt nun die Verfahrensrechte der Kinder gesetzestreu um, in-  
dem es eine Kindesvertretung bestellt und die Anhörung durch eine Psycho-  
login anordnet (Eltern und Kindesvertretung können sich sowohl zur anhö-  
renden Person als auch zum Fragekatalog äussern). Auch im Rückführungs-  
verfahren hat die Kinderanwältin dem Gericht die Situation aus der Sicht des  
Kindes darzulegen und dessen Wünsche an jenes weiterzuleiten, wobei sie  
sich auf die aus der Optik des Kindes wichtigen Elemente beschränken  
kann.<sup>39</sup> Sie vertritt mithin – wie in familienrechtlichen Verfahren – «die Inter-  
essen des Kindes unabhängig und ohne übertriebene Einflussnahme durch  
die Eltern.»<sup>40</sup> Die Mädchen bekunden gegenüber der Kinderanwältin immer  
wieder ihren Wunsch und Willen, weiterhin zusammen mit der Mutter hier  
leben zu wollen. Ihr Wille ist sehr gut nachvollziehbar und die Bedingungen  
ihres Aufwachsens hier entsprechen auch ihrem Wohl. Die Kinderanwältin  
subsumiert diesen Befund unter Art. 13 Abs. 2 HKÜ, wonach das Gericht es  
ablehnen kann, die Rückgabe des Kindes anzuordnen, wenn festgestellt  
wird, dass sich das Kind der Rückgabe widersetzt und dass es ein Alter und  
eine Reife erreicht hat, angesichts deren es angebracht erscheint, seine Mei-  
nung zu berücksichtigen.

Folglich ist zu prüfen, ob und wie sich das Kind widersetzt und ob seine  
Meinung berücksichtigt werden kann. In beiden Fällen attestiert die Psycho-  
login dem Kind, es erfülle die Kriterien der Willensfähigkeit bezüglich des  
Wunsches, bei der Mutter und in der Schweiz bleiben zu wollen. Sie weist

---

<sup>38</sup> Gemäss Art. 299 ZPO bzw. Art. 314a<sup>bis</sup> ZGB ordnet das Gericht bzw. die Kindesschutz-  
behörde «wenn nötig» eine Vertretung an. Nach BGer 5A\_153/2013, E. 3.1, trifft das Ge-  
richt einen Ermessensentscheid über die Vertretung; verlangt jedoch das urteilsfähige  
Kind eine Vertretung, hat das Gericht eine solche zu bestellen. Gemäss Art. 9 Abs. 3 BG-  
KKE «ordnet das Gericht die Vertretung an». BÄHLER, S. 179, gesteht denn auch ein, dass  
sich der verstärkte Einbezug der Kinder «noch wenig ausgewirkt» hat.

<sup>39</sup> BUCHER, N. 17.

<sup>40</sup> Botschaft zur Umsetzung der Übereinkommen über internationale Kindesentführung (...),  
BBl 2007 2595 ff., 2626.

aber darauf hin, dass dieser Wunsch als «Bewältigungsstrategie» für die komplexe und belastende Situation gesehen werden könne. Damit erklärt sie zwar mögliche Hintergründe des Kindeswillens, relativiert diesen aber zugleich, beziehungsweise setzt die Messlatte für eine autonome Willensbildung ausserordentlich hoch. Hoch ist die Messlatte auch beim Erfordernis des Widersetzens: Es reicht – bei weitem – nicht, dass die Mädchen vorbringen, gerne in der Schweiz zu sein, dass es ihnen hier auch gefalle, weil es im Kindergarten beziehungsweise in der Schule schön sei und sie Freundinnen hätten. Der Umstand, dass der Kontakt mit den Vätern sehr schwierig ist und von den Mädchen nicht gewünscht wird, wird als ambivalente Haltung und vermutlicher Loyalitätskonflikt qualifiziert. Kurz: die Sicht der unteren Instanz, wonach (in beiden Fällen) der Wille des Kindes «nicht zum Nennwert» zu nehmen sei, wird geschützt. Das Bundesgericht verweist dabei auf die «kinderpsychologische Erkenntnis (...), wonach die Fähigkeit zu autonomer Willensbildung, d.h. die emotionale und kognitive Reife zu überdauernder eigener Meinungsbildung, erst ab ungefähr elf bis zwölf Jahren einsetzt».<sup>41</sup> Die Fähigkeit zu autonomer Willensbildung wird jüngeren Kindern nicht zugestanden – zugemutet wird ihnen allerdings, ihren Aufenthaltsort wieder zu wechseln, nachdem sie sich eingelebt haben.<sup>42</sup> In dieser Frage wird nicht kinderpsychologisch argumentiert, sondern auf die «allgemeine Lebenserfahrung» verwiesen, wonach «sich Kinder im Alter von X in einem neuen Umfeld rasch einleben können, was sich auch beim Umzug in die Schweiz gezeigt hat», beziehungsweise «Z sich altersgemäss rasch wieder einleben würde».<sup>43</sup>

Auch in Rückführungsverfahren hat sich alles Handeln für das Kind am Kindeswohl zu orientieren. Diese Handlungsmaxime ist unter anderem in der KRK festgelegt, einem Staatsvertrag, welcher für die Schweiz ebenso verbindlich ist wie das HKÜ.<sup>44</sup> Ihr kommt universelle Bedeutung zu, und sie ist auch im Verhältnis zu älteren Staatsverträgen – also auch im Verhältnis zum HKÜ zu befolgen.<sup>45</sup> Spätestens seit Erscheinen des Aufsatzes von MEYER/MAZENAUER ist bekannt, dass in der Fachwelt darüber diskutiert wird, ob eine strikte, buchstabengetreue Anwendung des HKÜ oder eine flexiblere, stärker am individuellen Kindeswohl ausgerichtete Handhabung

---

<sup>41</sup> BGer 5A\_799/2013, E. 5.7.

<sup>42</sup> In BGer 5A\_799/2013 hat das Kind 13 Monate, in BGer 5A\_246/2014 16 Monate in der Schweiz gelebt.

<sup>43</sup> BGer 5A\_246/2014, E. 3.1; 5A\_799/2013, E. 5.6.

<sup>44</sup> Kinderrechtskonvention (SR 0.107), Art. 1 Abs. 1 KRK.

<sup>45</sup> SCHWANDER, S. 9.

des HKÜ ausschlaggebend sein soll.<sup>46</sup> Die Gerichte müssen sich dieser Diskussion ebenfalls stellen und die Interessen des Kindes nicht nur im Verfahren (mit Anhörung und Vertretung), sondern auch im Entscheid selbst wahren. Das Fazit des Berner Oberrichters DANIEL BÄHLER lässt diesbezüglich auf Veränderungsbereitschaft schliessen und erlaubt vorsichtigen Optimismus: «Der verstärkte Einbezug der Kinder hat sich in den Entscheiden noch wenig ausgewirkt. Längerfristig dürfte jedoch der (beschränkte) Spielraum, den Art. 13 Abs. 2 HKÜ bietet, vermehrt zu Gunsten des Kindeswohls ausgenützt werden.»<sup>47</sup>

### 3. Die Aussensicht: eine kindgerechte Justiz

2010 hat der Europarat die *Leitlinien für eine kindgerechte Justiz* verabschiedet.<sup>48</sup> Die *Leitlinien* orientieren sich an der Kinderrechtskonvention und an der Europäischen Menschenrechtskonvention sowie an der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte. An der Redaktion haben sich auch Kinder und Jugendliche beteiligt und ihre Ansichten sind insbesondere in die Formulierung des Rechts auf Gehör, Verstanden werden, Vertraulichkeit, Vertretung, Beteiligung, Information und Zugang zu Beschwerdeverfahren eingeflossen.<sup>49</sup> Eine kindergerechte Justiz garantiert dem Kind in allen Verfahren (und vor, während und nach dem Verfahren) Rechtsstaatlichkeit, sein Recht auf Beteiligung, die Wahrung seines Wohls und seiner Würde, und schützt es vor Diskriminierung. Sie zeichnet sich aus durch Information und Beratung, schützt Privat- und Familienleben des Kindes und seine Sicherheit, wird durch ausgebildete Fachkräfte und in multidisziplinärer Zusammenarbeit ausgeübt und ist sich bewusst, dass jede Form des Freiheitsentzugs als letztes Mittel einzusetzen ist.<sup>50</sup> Kurz: «Die Leitlinien

<sup>46</sup> Die unterschiedlichen Ansätze kommen auch in den Dissertationen von MAZENAUER und ZÜRCHER zum Ausdruck. Erwähnt sei auch ANDREAS BUCHER, der sich in seinen Publikationen und Urteilsbesprechungen seit Jahren für eine Kindeswohlorientierte Umsetzung des HKÜ einsetzt.

<sup>47</sup> BÄHLER, S. 179.

<sup>48</sup> Die Leitlinien sind online verfügbar: [www.coe.int/t/dghl/standardsetting/childjustice/Source/GuidelinesChildFriendlyJustice\\_DE.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/childjustice/Source/GuidelinesChildFriendlyJustice_DE.pdf) (besucht 26. Mai 2014).

<sup>49</sup> Leitlinien, a.a.O., S. 44 ff.

<sup>50</sup> Leitlinien, a.a.O., S. 20 ff. Vgl. auch die Definition (S. 17), wonach «kindgerechte Justiz ein Justizsystem (bedeutet), das die Einhaltung und wirksame Umsetzung aller Kinderrechte auf dem höchstmöglichen Niveau garantiert und dabei die nachfolgend aufgeführten Grundprinzipien beachtet und den Reifegrad des Kindes, seine Verständnisfähigkeit sowie die Umstände des Falles angemessen berücksichtigt. Eine solche Justiz ist zugäng-

fördern und schützen unter anderem das Recht des Kindes auf Information, Vertretung und Teilnahme an gerichtlichen und aussergerichtlichen Verfahren und geben dem Kind in allen Phasen des Verfahrens einen Platz und eine Stimme.»<sup>51</sup>

Das Kind hat Anspruch auf Rechtsbeistand und Vertretung; dieser ist – wie die Behörden – für die Beteiligung, Information und Beratung des Kindes verantwortlich und dafür, dass seine Stimme gehört wird.<sup>52</sup> Die diesbezüglichen Vorgaben in den *Leitlinien* zur Wahrnehmung und Durchsetzung der Beteiligungsrechte sollen deshalb als Qualitätskriterien einer gelingenden Kindesvertretung etwas näher betrachtet werden. Als Grundsatz gilt: Das Kind ist «vollwertiger Rechtsträger» und übt seine Rechte in einer Weise aus, die seiner Entwicklung, seinen Fähigkeiten und möglichen Kommunikationsschwierigkeiten sowie seiner individuellen Situation gerecht wird.<sup>53</sup> Die Information und Beratung geschieht ab dem ersten Kontakt des Kindes mit der Justiz und umfasst die Auskunft über seine Rechte (insbesondere die Verfahrensrechte), die Art und Weise des Verfahrens sowie über den Entscheid samt möglichen Rechtsmitteln und Massnahmen. Das Kind ist in einer ihm verständlichen Sprache und geschlechts- und kultursensibel anzuhören.<sup>54</sup> Beteiligung beinhaltet, dass das Kind das Recht (nicht die Pflicht) hat, sich in allen es betreffenden Angelegenheiten frei und in einer sicheren Umgebung zu äussern. Es muss genau wissen, was geschieht und wie seine Äusserungen und Meinung gewichtet werden. Dazu gehört auch, dass das Kind weiss, dass seine Ansicht für das Urteil möglicherweise nicht oder nicht in dem Masse, wie es das Kind wünscht und erwartet, berücksichtigt wird. Die Berücksichtigung seines Standpunkts darf jedoch nicht wegen des jungen Alters, der fehlenden Reife oder des eingeschränkten Verständnisses unterlaufen werden, und man darf vom Kind nicht verlangen, «dass es ein umfassendes Wissen über alle Aspekte der betreffenden Angelegenheit besitzt.» Es ist davon auszugehen, dass das Kind die Fähigkeit hat, sich eine eigene Meinung zu bilden; gestützt darauf muss es diese Fähigkeit auch nicht nachweisen, sondern die Behörden sind verpflichtet, die Meinungsbil-

---

lich, altersgerecht, zügig, sorgfältig und auf die Bedürfnisse und Rechte des Kindes zugeschnitten und fokussiert. Sie achtet die Rechte des Kindes, etwa das Recht auf einen fairen Prozess, auf Beteiligung an dem Verfahren und darauf, dieses zu verstehen, auf Achtung des Privat- und Familienlebens sowie auf Unversehrtheit und Würde.»

<sup>51</sup> Leitlinien, a.a.O., S. 47.

<sup>52</sup> Leitlinien, a.a.O., S. 28 f.

<sup>53</sup> Leitlinien, a.a.O., S. 18.

<sup>54</sup> Leitlinien, a.a.O., S. 20 ff., 33, 63 ff.

dungsfähigkeit des Kindes so hoch wie möglich einzuschätzen.<sup>55</sup>

Nicht nur bei einer konkret zu beurteilenden Frage (beispielsweise Kinderzuteilung, Besuchsrecht), sondern auch bei der Kindeswohlprüfung ist der Ansicht des Kindes Rechnung zu tragen. Das Kindeswohl ist immer in Verbindung mit anderen Kinderrechten zu erschliessen, beispielsweise mit dem Recht auf Schutz vor Gewalt, mit dem Recht auf Familie und eben auch mit dem Recht, gehört zu werden.<sup>56</sup>

Vor dem Hintergrund des kindlichen Zeitempfindens ist es meines Erachtens auch Aufgabe der Kindesvertretung, auf ein zügiges Verfahren zu achten. Die Leitlinien statuieren denn auch den «Grundsatz der Dringlichkeit (...), um im Interesse des Kindeswohls schnell zu einer Entscheidung zu gelangen, ohne dabei den Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit zu verletzen.»<sup>57</sup>

Beteiligung, Information und Beratung bilden unabdingbare Grundlagen des Rechts, das eigene Leben als aktives Subjekt (mit) zu gestalten. Zu dieser Gestaltungsautonomie gehört auch, dass wir Zusammenhänge erfassen, also verstehen, was in welchen Situationen mit uns und um uns geschieht. BIERI begreift das «Recht zu verstehen, was mit dem eigenen Leben geschieht» als «besondere Art der Würde.»<sup>58</sup> So betrachtet, haben KinderanwältInnen, Gerichte und Behörden in ihrem Handeln für Kinder und Jugendliche und zusammen mit ihnen die vornehme Aufgabe, diese besondere Art der Würde zu schützen und zu verwirklichen.

#### 4. Die Wünsche

Der Wunsch, dass der weisse Fleck «Kindesvertretung» auf der Landkarte der Kinderrechte verschwindet, korrespondiert mit dem Befund, dass in den letzten Jahren bunte Punkte kindergerechter Justiz in Gesetzgebung und Rechtsprechung sichtbar wurden. Während das Bundesgericht im Jahr 2001 die Kindesvertretung nur für scheidungsrechtliche Verfahren zuließ und für Besuchsrechtsstreitigkeiten ausschloss, hat es dreizehn Jahre später festge-

<sup>55</sup> Leitlinien, a.a.O., S. 29 ff., 55, 85 ff.

<sup>56</sup> Leitlinien, S. 18, 57. Geht man nach diesem holistischen Ansatz vor, wird die vorn (2.2) angesprochene Dichotomie zwischen Kindeswohl und Kindeswille weiter entkräftet.

<sup>57</sup> Leitlinien, a.a.O., S. 30, 90 f. – Zum Zeitempfinden vgl. etwa DETTENBORN/WALTER, S. 46: «Sechs Monate für ein zwölfjähriges Kind bedeuten so viel wie vier Wochen für ein zweijähriges Kind und zwei Jahre für einen Fünfzigjährigen.» Vgl. auch die Sachverhalte in Fn. 42.

<sup>58</sup> BIERI, S. 126.

halten, als es eine Beschwerde gegen die Platzierung eines Kindes und die Besuchsrechtsregelung guthiess, dass ausserdem zu prüfen sei, ob dem Kind ein Prozessvertreter gemäss Art. 314a<sup>bis</sup> ZGB beizuordnen sei.<sup>59</sup> Diese Offenheit gegenüber der Kindesvertretung ist auf die veränderte Gesetzeslage zurückzuführen: Mit Inkrafttreten der Schweizerischen Zivilprozessordnung, des neuen Kindes- und Erwachsenenschutzrechts und des Bundesgesetzes über internationale Kindesentführung sind die Verfahrensrechte des Kindes gestärkt und die Kindesvertretung salon- beziehungsweise gerichts- und behördenfähig geworden.<sup>60</sup> Den Einsatz der KinderanwältInnen hat das Bundesgericht auch in monetärer Hinsicht gewürdigt, indem es Beschwerden gegen zu tiefe Entschädigungen guthiess und festhielt, die Entschädigung dürfe nicht so tief angesetzt werden, dass eine sorgfältige Vertretung nicht mehr möglich sei.<sup>61</sup>

Der Revisionsprozess und damit auch das Wünschen und Fordern ist freilich noch nicht abgeschlossen. Das Bundesgerichtsgesetz beispielsweise sieht keine Kindesvertretung vor, weswegen das Bundesgericht auf den Antrag, dem Kind im Verfahren vor Bundesgericht eine Vertretung zu bestellen, nicht eingetreten ist.<sup>62</sup> Zu Recht wird eine diesbezügliche Neuregelung gefordert, rufen doch «gerade die hochstrittigen Fälle, die bis vor Bundesgericht ausgetragen werden, nach einer verstärkten prozessualen Stellung des im Mittelpunkt des Streits – und damit zwischen den Fronten – stehenden Kindes».<sup>63</sup>

Am Geburtstag leben die alten Zeiten, als das Wünschen noch geholfen hat, wieder auf. Mir wünsche ich noch manchen anregenden und angeregten Austausch mit ALEXANDRA RUMO-JUNGO. Er hat mit dem Kindeswohl begonnen, hinzugekommen sind die Kinderrechte, und geht weiter mit Fragen einer kindergerechten Justiz.<sup>64</sup> Dafür – und für vieles mehr – danke ich

---

<sup>59</sup> BGer 5C.80/2001, E. 3 (publiziert als BGE 127 III 295, jedoch ohne E. 3); 5A\_827/2013, E. 4.1.

<sup>60</sup> Art. 295 ff. ZPO; Art. 314 ff. ZGB; Art. 9 BG-KKE. Diese kinderrechtlichen Fortschritte geschehen nicht ohne Sensibilisierungsarbeit. Vgl. dazu etwa die Publikationen der Fachtagungen des Vereins Kinderanwaltschaft Schweiz (siehe Literaturverzeichnis).

<sup>61</sup> BGer 5A\_168/2012, E. 4.2; 5A\_701/2013, E. 3, 4 (hier hat das Gericht der Kinderanwältin eine Entschädigung von CHF 806 zugesprochen, was umgerechnet einen Stundenantritt von CHF 38.75 ergab).

<sup>62</sup> BGer 5A\_768/2011, E. 1.5.

<sup>63</sup> AEBI-MÜLLER, S. 647.

<sup>64</sup> Am 1./2. März 2002 hat das von ALEXANDRA RUMO-JUNGO mitorganisierte interdisziplinäre Symposium *Blickpunkt Kindeswohl* an der Universität Freiburg stattgefunden. Der Ertrag ist nachzulesen in KAUFMANN/ZIEGLER. – Im Frühlingssemester 2007 führten

ALEXANDRA RUMO-JUNGO und wünsche ihr, juristisch unbestimmt, aber von Herzen, alles, alles Gute.

---

ALEXANDRA RUMO-JUNGO und EVA MARIA BELSER die öffentliche Ringvorlesung *10 Jahre UNO-Kinderrechtskonvention in der Schweiz* durch. – Vgl. dazu GERBER JENNI/RUMO-JUNGO/WIDMER/ BODENMANN/PERRIG-CHIELLO.