

**Zeitschrift
des Bernischen
Juristenvereins**

**Revue
de la société
des juristes bernois**

134. Jahrgang

Erscheint
jeden Monat

1998

ZBJV

Organ für schweizerische
Rechtspflege
und Gesetzgebung

Redaktor
Professor Dr.
Heinz Hausheer

Stämpfli Verlag AG Bern



Die UNO-Konvention über die Rechte des Kindes und ihre Umsetzung in das schweizerische Kindesrecht*

Von Dr. STEPHAN WOLF, Fürsprecher und Notar,
Oberassistent an der Universität Bern

Inhaltsübersicht

- A. Entstehungsgeschichte
- B. Beitritt der Schweiz
- C. Die Konvention im Überblick
 - I. Übersicht
 - II. Zielsetzungen: Garantie individueller Rechte und Schutz der Kinder
 - III. Leitende Grundsätze
 - 1. Der Begriff des Kindes (Art. 1 KRK)
 - 2. Das Kindeswohl (Art. 3 KRK)
 - 3. Vorrang der Eltern bei der Erziehung des Kindes (Art. 3 Abs. 2, Art. 5 und Art. 18 Abs. 1 KRK)
 - 4. Die Menschenwürde des Kindes
 - 5. Das Diskriminierungsverbot (Art. 2 KRK)
 - 6. Die Verpflichtung der Staaten zur Verwirklichung der Rechte des Kindes (Art. 4 KRK)
 - 7. Die Günstigkeitsklausel (Art. 41 KRK)
 - IV. Das Kind, seine Familie und sein Status
 - 1. Rechte und Pflichten der Eltern (Art. 5 und 18 KRK)
 - 2. Recht auf Kenntnis der Eltern und elterliche Betreuung (Art. 7 KRK)
 - 3. Schutz des Kindes vor Trennung von seinen Eltern (Art. 9 Abs. 1, 2 und 4 KRK)
 - 4. Recht auf regelmässige persönliche Kontakte zu beiden Elternteilen (Art. 9 Abs. 3 KRK)
 - 5. Gewährung von Ein- und Ausreise von Eltern und Kind zwecks Familienzusammenführung (Art. 10 KRK)
 - 6. Massnahmen gegen das Entführen von Kindern ins Ausland (Art. 11 KRK)
 - 7. Statusrechte des Kindes
 - a. Recht auf Namen, Staatsangehörigkeit und Registrierung (Art. 7 Abs. 1 KRK)
 - b. Recht auf Identität (Art. 8 KRK)
 - 8. Die Adoption (Art. 21 KRK)
 - 9. Unterhaltsrecht (Art. 27 KRK)
 - V. Individuelle Freiheitsrechte
 - VI. Wirtschaftliche, soziale und kulturelle Grundrechte
 - VII. Schutzgarantien ⁶

* Überarbeitete Fassung des Textes zu einem am 27. November 1997 an der vom Schweizerischen Institut für Verwaltungskurse an der Universität St. Gallen organisierten Tagung «Einzelfragen zum Kindes- und Vormundschaftsrecht» in Luzern gehaltenen Referat.

- VIII. Verfahrensgarantien
 - 1. Das allgemeine Anhörungsrecht (Art. 12 KRK)
 - 2. Weitere prozessuale Rechte
- IX. Das internationale Durchführungsinstrumentarium
 - 1. Öffentlichkeitsarbeit (Art. 42 KRK)
 - 2. Der Ausschuss für die Rechte des Kindes (Art. 43–45 KRK)
- X. Schlussbestimmungen (Art. 46–54 KRK)
- D. Würdigung der Kinderrechtskonvention
- E. Die Umsetzung der Konvention in das schweizerische Kindesrecht
- I. Allgemeines zur Anwendbarkeit der KRK in der Schweiz
 - 1. Monistisches System
 - 2. Direkt anwendbare und nicht direkt anwendbare Bestimmungen
- II. Begriff des Kindes
- III. Das Kindeswohl
- IV. Abstammungsrecht
 - 1. Unterschiede zwischen ehelichen und ausserehelichen Kindern
 - a. Feststellung der Vaterschaft
 - b. Anfechtung der Vaterschaft
 - 2. Recht auf Kenntnis der Eltern und auf Betreuung durch diese
 - a. Vorbemerkung
 - b. Adoptivkind
 - c. Fortpflanzungsmedizin
 - d. Anfechtung der Vaterschaft durch das eheliche oder das legitimierte Kind
 - e. Anfechtung der Mutterschaft?
- V. Die Beziehungen des Kindes zu seinen Eltern
 - 1. Elterliche Gewalt
 - a. Terminologie
 - b. Gemeinsame Verantwortung der Eltern für das Kind
 - aa. Allgemeines
 - bb. Unverheiratete Eltern
 - cc. Geschiedene Eltern
 - dd. Rechtslage bis zum Inkrafttreten des revidierten Gesetzesrechts
 - 2. Trennung des Kindes von seinen Eltern
 - a. Schutz des Kindes vor Trennung
 - b. Gelegenheit zur Teilnahme am Trennungsverfahren
 - c. Persönlicher Verkehr
- VI. Wenig problematische Bereiche des schweizerischen Kindesrechts
- VII. Die Verfahrensrechte des Kindes
 - 1. Anhörungsrecht im Eltern-Kind-Verhältnis
 - 2. Zivilrechtliche Verfahren
 - 3. Entwurf zum neuen Scheidungsrecht
 - 4. Zur Rechtslage bis zum Inkrafttreten des neuen Scheidungsrechts
- VIII. Weitere Fragen
- F. Schlussbemerkung

Materialien

Literatur

A. Entstehungsgeschichte

Nachdem bereits früher auf internationaler Ebene verschiedene, die Rechte und den Schutz des Kindes anvisierende Resolutionen und Deklarationen gefasst worden waren, legte Polen 1978 im Hinblick auf das von der UNO-Generalversammlung für 1979 proklamierte Jahr des Kindes einen Entwurf zu einem Übereinkommen über die Rechte des Kindes vor¹. Nach über zehn Jahren intensiver und teils schwieriger Arbeit wurde die Konvention über die Rechte des Kindes (KRK) am 20. November 1989 in der UNO-Generalversammlung ohne förmliche Abstimmung mit Akklamation angenommen². In der Folge verzeichnete die Konvention einen für Menschenrechtsabkommen beispiellosen Erfolg. Schon am 26. Januar 1990 als dem ersten Tag seiner Auflage wurde das Übereinkommen durch eine Rekordzahl von 61 Staaten unterzeichnet. Bereits am 2. September 1990, dreissig Tage nach der zwanzigsten Ratifizierung³, trat die Konvention in Kraft⁴. Auf universeller Ebene war damit erstmals ein umfassender Katalog von Rechten des Kindes entstanden⁵, welchem – im Gegensatz zu den früheren Deklarationen – völkerrechtlich verbindliche Kraft zukommt.

B. Beitritt der Schweiz

Die Schweiz unterzeichnete das Übereinkommen über die Rechte des Kindes am 1. Mai 1991. Der Bundesrat beauftragte in der Folge am 16. September 1992 das Eidgenössische Departement für auswärtige Angelegenheiten, ein Vernehmlassungsverfahren zum Beitritt der Schweiz durchzuführen. Am 5. Mai 1993 nahm die Landesregierung vom überwiegend positiven Ergebnis des Vernehmlassungsverfahrens Kenntnis⁶.

¹ VERHELLEN, 66.

² UNO-GV-Resolution 44/25. Vgl. HAUSAMMANN, 9; NEIRINCK, 9, A 1, N. 1; MEIER-SCHATZ, 1042; Botschaft, 9.

Sehr ausführlich zur Ausarbeitung der KRK DORSCH, 72 ff.; vgl. dazu auch STÖCKER, 245 ff.

³ Nach der Bestimmung von Art. 49 Abs. 1 KRK tritt das Übereinkommen am dreissigsten Tage nach Hinterlegung der zwanzigsten Ratifikationsurkunde in Kraft.

⁴ Vgl. HAUSAMMANN, 9 f.; NEIRINCK, 11, A 3, N. 6; VERHELLEN, 7 und 75.

⁵ Botschaft, 9; MEIER-SCHATZ, 1042.

⁶ Botschaft, 9 ff. Vgl. zu den Vernehmlassungsergebnissen auch JAMETTI GREINER, 64 f.

Am 29. Juni 1994 legte der Bundesrat die «Botschaft betreffend den Beitritt der Schweiz zum Übereinkommen von 1989 über die Rechte des Kindes» vor⁷.

Nach erfolgter Behandlung in den eidgenössischen Räten ermächtigte die Bundesversammlung den Bundesrat mit Bundesbeschluss vom 13. Dezember 1996, den *Beitritt* der Schweiz zum Übereinkommen unter fünf *Vorbehalten* zu erklären⁸.

Der Bundesrat ist ermächtigt, diese Vorbehalte zurückzuziehen, wenn sie gegenstandslos werden⁹.

Der Bundesrat beschloss am 13. Februar 1997 die *Ratifikation* der Konvention mit den erwähnten Vorbehalten und deponierte am 24. Februar 1997 die Ratifikationsurkunde. Am 26. März 1997 ist das Übereinkommen für die Schweiz *in Kraft getreten*¹⁰.

7 Botschaft 94.064, in: BBl 1994, Bd. V, 1 ff. Auch als Separatdruck erhältlich.

8 Die bei der Genehmigung durch die Bundesversammlung angebrachten *Vorbehalte* lauten:

«a. Vorbehalt zu Artikel 5:

Die schweizerische Gesetzgebung über die elterliche Sorge bleibt vorbehalten.

b. Vorbehalt zu Artikel 7:

Die schweizerische Bürgerrechtsgesetzgebung, die keinen Anspruch auf Erwerb der schweizerischen Staatsangehörigkeit einräumt, bleibt vorbehalten.

c. Vorbehalt zu Artikel 10 Absatz 1:

Die schweizerische Gesetzgebung, die bestimmten Kategorien von Ausländerinnen und Ausländern keinen Familiennachzug gewährt, bleibt vorbehalten.

d. Vorbehalt zu Artikel 37 Buchstabe c:

Die Trennung zwischen Jugendlichen und Erwachsenen im Freiheitsentzug wird nicht ausnahmslos gewährleistet.

e. Vorbehalt zu Artikel 40:

Das schweizerische Jugendstrafverfahren, das weder einen bedingungslosen Anspruch auf einen Beistand noch die organisatorische und personelle Trennung zwischen untersuchenden und urteilenden Behörden sicherstellt, bleibt vorbehalten. Die Bundesgesetzgebung über die Organisation der Strafrechtspflege, die im Fall der erstinstanzlichen Beurteilung durch das oberste Gericht eine Ausnahme vom Recht vorsieht, einen Schuldspruch oder eine Verurteilung von einer höheren Instanz überprüfen zu lassen, bleibt vorbehalten. Die Garantie der Unentgeltlichkeit des Beistandes eines Dolmetschers befreit die begünstigte Person nicht endgültig von der Zahlung entsprechender Kosten.»

9 Art. 1 Abs. 3 Bundesbeschluss vom 13. Dezember 1996.

Nach WIRZ, 94, wird es vom Gesetzgeber abhängen, ob in Zukunft die Vorbehalte durch Revisionen des nationalen Rechts obsolet werden oder ob sie als Rechtfertigung dienen, um unser Recht nie der Konvention anpassen zu müssen.

10 Die relativ späte Ratifizierung der KRK durch die Schweiz ist zumindest teilweise damit zu erklären, dass die Schweiz als sich der Rechtsstaatlichkeit verpflichteter führender direktdemokratischer Kleinstaat die in einem internationalen Übereinkommen festgelegten Rechte und Pflichten vorgängig jeweils sehr genau prüft. Vgl. JAMETTI GREINER, 64.

c. Die Konvention im Überblick

I. Übersicht

Das Übereinkommen über die Rechte des Kindes enthält nach einer ausführlichen Präambel 54 Artikel, welche in *drei Teile* gegliedert sind. Teil I (Art. 1–41 KRK) weist materiellen Gehalt auf und enthält die Bestimmungen über die Rechte des Kindes sowie die Verpflichtungen der Vertragsstaaten. Gegenstand von Teil II (Art. 42–45 KRK) bilden die Bekanntmachung der Konvention und das internationale Überprüfungsverfahren. In Teil III (Art. 46–54 KRK) finden sich die Schlussbestimmungen.

II. Zielsetzungen: Garantie individueller Rechte und Schutz der Kinder

Die Präambel¹¹ formuliert unter Bezugnahme auf die verschiedenen internationalen Menschenrechtstexte und die früheren Erklärungen über die Rechte des Kindes das Grundanliegen der KRK, den Kindern Schutz zu gewähren und zur Entfaltung ihrer Persönlichkeit beizutragen¹². Die KRK verfolgt somit unterschiedliche Zielsetzungen¹³. Einerseits garantiert sie dem als Rechtssubjekt betrachteten Kind *individuelle Rechte*, die ihm kraft seines Menschseins und seiner selbständigen Persönlichkeit zustehen. Andererseits wird bei aller Anerkennung seiner Rechte auch die Notwendigkeit betont, dem Kind *Schutz* zu gewähren¹⁴. Trotz Respektierung seiner Individualität soll das Kind auch nicht aus dem Kontext seiner Familie herausgelöst werden¹⁵.

11 Die Präambel erläutert den Hintergrund und die Absichten des Übereinkommens. Obwohl ihr verbindlicher Gehalt fehlt, ist sie grundlegend für das Verständnis und wegleitend für die Auslegung der Konvention. Vgl. VERHELLEN, 70.

12 Siehe besonders Präambel Abs. 7 und 9. Vgl. auch Botschaft, 11.

13 Siehe zum folgenden auch Botschaft, 11 f.

14 Präambel Abs. 9.

15 Die Bedeutung der Familie als natürliche Umgebung für das Kind betont Präambel Abs. 6 und 7. Vgl. auch NEIRINCK, 12, A 4, N. 7.

III. Leitende Grundsätze

1. Der Begriff des Kindes (Art. 1 KRK)

Ein *Kind* im Sinne des Übereinkommens ist jeder Mensch, der das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet hat, soweit nicht die Volljährigkeit nach dem anwendbaren nationalen Recht bereits vor 18 Jahren eintritt (Art. 1 KRK).

Von der begrifflichen Umschreibung des Kindes hängt der *Anwendungsbereich* der Konvention ab¹⁶. Je tiefer das Höchstalter für das Kind angesetzt wird, desto eingeschränkter ist die KRK anwendbar; je höher umgekehrt die Altersgrenze festgelegt wird, desto weiter wird der Anwendungsbereich¹⁷. Der Definition des Kindes kommt insofern zentrale Bedeutung zu.

Bezüglich des Anfangszeitpunktes des «Kindseins» legt sich die Konvention nicht fest. Die Frage der Anwendung der KRK auf das ungeborene Kind war bei der Ausarbeitung umstritten und wurde letztlich offen gelassen¹⁸. Der Entscheid über den Beginn des rechtlichen Schutzes des Kindes obliegt damit den einzelnen Vertragsstaaten¹⁹. Ebenso ist die obere Altersgrenze von 18 Jahren einer abweichenden nationalen Regelung zugänglich²⁰.

2. Das Kindeswohl (Art. 3 KRK)

Bei allen Kinder betreffenden Massnahmen öffentlicher oder privater Einrichtungen, Verwaltungsbehörden, Gerichten und Gesetzgebungsorganen ist das *Kindeswohl* ein vorrangig zu beachtender Gesichtspunkt (Art. 3 Abs. 1 KRK). Art. 3 Abs. 2 KRK verpflichtet die Vertragsstaaten, dem Kind, unter Berücksichtigung der Rechte und Pflichten der Eltern, den Schutz und die Fürsorge zu gewährleisten, die zu seinem Wohlergehen erforderlich sind, und zu

¹⁶ DORSCH, 100.

¹⁷ NEIRINCK, 12, A 4, N. 8.

¹⁸ DORSCH, 101; VERSCHRAEGEN, 21 f. Vgl. ferner die neben Art. 1 KRK auch die Bestimmungen von Art. 6 und 41 KRK sowie Präambel Abs. 9 (nach der hier verwendeten allgemeinen Zählweise: 10) einbeziehenden Ausführungen von VERSCHRAEGEN, 76 ff.

¹⁹ Vgl. Botschaft, 12 f., mit Hinweis darauf, dass die KRK damit die Möglichkeit sowohl der Zulassung als auch des Verbotes der Abtreibung offen hält. Ebenso VERHELLEN, 71, wonach der Text von Art. 1 KRK unterschiedliche Auffassungen über den Schutz des Lebens vor der Geburt zulässt.

²⁰ Zu daraus möglicherweise sich ergebenden Konflikten DORSCH, 102 f., m. w. H.

diesem Zweck alle geeigneten Gesetzgebungs- und Verwaltungsmassnahmen zu treffen.

Art. 3 KRK stellt eine leitende Interpretationsmaxime der Konvention dar²¹. Das Wohl des Kindes ist *generell*, auf allen Gebieten und durch alle Beteiligten, *vorrangig* zu berücksichtigen.

Die KRK enthält keine allgemeine Definition des «Kindeswohls». Nachdem das Übereinkommen praktisch alle Lebensbereiche des Kindes erfasst²², wird jede das Kind betreffende Massnahme oder Entscheidung zunächst am Inhalt einer besonderen materiellen Vorschrift zu messen sein²³. Der KRK in ihrer Gesamtheit lässt sich mancher Hinweis entnehmen, wie der Begriff des «Kindeswohls», der aus nationalen und internationalen Rechtserlassen bestens vertraut ist²⁴, auszulegen ist²⁵. Auf eine generelle – und in Anbetracht der Lebensvielfalt auch gar nicht mögliche – Umschreibung des Kindeswohls konnte und musste daher verzichtet werden.

Eine vorgegebene staatliche Definition des Kindeswohls wäre in Anbetracht der Anerkennung individueller Rechte des Kindes und der Achtung der Elternrechte (Art. 3 Abs. 2 und Art. 5 KRK) mit dem Sinn und Zweck des Übereinkommens nicht vereinbar²⁶. Dagegen ermöglicht es die nur vorrangige und nicht ausschlaggebende Berücksichtigung des Kindeswohls, andere Interessen der Sorgeberechtigten und der Staaten mitzuberücksichtigen²⁷.

3. Vorrang der Eltern bei der Erziehung des Kindes (Art. 3 Abs. 2, Art. 5 und Art. 18 Abs. 1 KRK)

In der Optik der KRK ist die *Familie* zentraler Bezugspunkt des Kindes (Präambel Abs. 6 und 7)²⁸. Den *Eltern* steht, wie sich aus Art. 3 Abs. 2, Art. 5, Art. 14 Abs. 2 und Art. 18 Abs. 1 KRK ergibt, vorrangig das Recht zu, das Kind bei der Ausübung seiner im Übereinkommen anerkannten Rechte zu leiten und zu führen, und zwar in einer seiner Entwicklung angemessenen Weise.

²¹ VERSCHRAEGEN, 13.

²² SCHWENZER, 818, Abschnitt B, i. f.

²³ Vgl. DORSCH, 107 f.

²⁴ Für das schweizerische Recht siehe etwa: HEGNAUER, Grundriss, N. 1.30 und 26.04 a ff.; BRAUCHLI, passim; TSCHÜMPERLIN, 81 ff.

²⁵ Botschaft, 15.

²⁶ Botschaft, 15.

²⁷ VERSCHRAEGEN, 18.

²⁸ VERSCHRAEGEN, 4. Vgl. auch PAPAUX-OFFNER, 46.

4. Die Menschenwürde des Kindes

Aus ihrer Gesamtheit und vor allem aus ihrer Präambel²⁹ ergibt sich, dass die KRK auf dem Grundsatz der *Menschenwürde des Kindes* basiert. Einzelne besondere Ausprägungen des Grundsatzes finden sich im Anspruch des behinderten Kindes auf ein menschenwürdiges Leben (Art. 23 Abs. 1 KRK) sowie im Postulat der Ausrichtung der Disziplin in der Schule an der Menschenwürde des Kindes (Art. 28 Abs. 2 KRK).

5. Das Diskriminierungsverbot (Art. 2 KRK)

Art. 2 Abs. 1 KRK verpflichtet als *allgemeines Diskriminierungsverbot* die Vertragsstaaten, die im Übereinkommen festgelegten Rechte zu achten und sie jedem ihrer Hoheitsgewalt unterstehenden Kind ohne jede Diskriminierung zu gewährleisten. Im Vergleich mit anderen Menschenrechtsübereinkommen geht der nicht als abschliessend zu verstehende Katalog verbotener Diskriminierungsgründe, die in personeller Hinsicht nicht nur auf das Kind, sondern auch auf seine Eltern oder seinen Vormund Bezug nehmen, weit. Aus der Bestimmung resultiert daher eine begrüssenswerte Tendenz zur Ausweitung des Diskriminierungsverbotes³⁰. Insbesondere gewährt Art. 2 Abs. 1 KRK, ohne dies explizit zu erwähnen, auch dem ausserehelichen Kind Anspruch auf diskriminierungsfreie Behandlung³¹.

Die Vertragsstaaten haben sodann nach Art. 2 Abs. 2 KRK alle geeigneten *Massnahmen* zu treffen, um das Kind vor allen Formen der Diskriminierung zu schützen.

²⁹ Vgl. besonders Präambel Abs. 2 und 3.

³⁰ Vgl. DORSCH, 118.

³¹ VERSCHRAEGEN, 56; Botschaft, 13, mit in Anm. 40 enthaltenem Hinweis darauf, dass die Praxis der EMRK-Organe ein Verbot der Diskriminierung ausserehelicher Kinder auch aus Art. 8 und 14 EMRK ableitet. Siehe auch DORSCH, 118, Anm. 130, wonach in der Literatur überwiegend die Nichtehelichkeit als unzulässiger Diskriminierungsgrund angesehen wird.

Nach HAUSAMMANN, 11, dürfen uneheliche Kinder nur hinsichtlich der in der Konvention garantierten Rechte nicht benachteiligt werden, während ausserhalb derselben eine ungleiche Behandlung nicht absolut verboten wäre.

6. Die Verpflichtung der Staaten zur Verwirklichung der Rechte des Kindes (Art. 4 KRK)

Die Vertragsstaaten haben alle geeigneten Gesetzgebungs-, Verwaltungs- und sonstigen Massnahmen zur *Verwirklichung* der in der Konvention verankerten Rechte zu ergreifen. Die Sorge für die praktische Realisierung der Rechte des Kindes ist Pflicht der Staaten³². Diese Verpflichtung wird in Art. 4 Satz 2 KRK für die wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte relativiert, indem diesbezügliche Massnahmen durch die Vertragsstaaten nur «unter Ausschöpfung ihrer verfügbaren Mittel und erforderlichenfalls im Rahmen der internationalen Zusammenarbeit» zu treffen sind.

7. Die Günstigkeitsklausel (Art. 41 KRK)

Nach Art. 41 KRK lässt das Übereinkommen die zur Verwirklichung der Rechte des Kindes *besser geeigneten Bestimmungen* des Rechts eines Vertragsstaates oder des Völkerrechts unberührt.

IV. Das Kind, seine Familie und sein Status

1. Rechte und Pflichten der Eltern (Art. 5 und 18 KRK)³³

Die KRK geht von der vorrangigen Zuständigkeit der *Eltern* bei der Erziehung des Kindes aus³⁴. Nach Art. 5 KRK achten die Vertragsstaaten die Aufgaben, Rechte und Pflichten der Eltern bzw. der weiteren Mitglieder der Familie oder der Gemeinschaft, des Vormundes oder anderer für das Kind gesetzlich verantwortlicher Personen, das Kind bei der Ausübung der in der Konvention anerkannten Rechte in einer seiner Entwicklung entsprechenden Weise zu leiten und zu führen. Ergänzend betont Art. 18 KRK die gemeinsame und primäre Verantwortung beider Elternteile für die Erziehung und Entwicklung des Kindes.

³² Botschaft, 15, m. w. H. in Anm. 50; DORSCH, 121.

³³ Vgl. dazu auch C.III.3. hievor.

³⁴ SCHWENZER, 818; DORSCH, 108.

2. Recht auf Kenntnis der Eltern und elterliche Betreuung (Art. 7 KRK)

Art. 7 Abs. 1 KRK gewährt dem Kind u. a. das Recht, seine *Eltern* zu *kennen* und von ihnen *betreut* zu werden. Die Norm gehört zu denjenigen Bestimmungen der Konvention, die am schwierigsten zu verstehen sind³⁵. Im Rahmen des Rechts auf Kenntnis der Eltern ist auf die natürlichen Eltern abzustellen³⁶.

3. Schutz des Kindes vor Trennung von seinen Eltern (Art. 9 Abs. 1, 2 und 4 KRK)

Die Vertragsstaaten haben sicherzustellen, dass ein Kind nicht gegen den Willen seiner Eltern von diesen *getrennt* wird. Die Trennung von Eltern und Kind ist – als materielle Voraussetzung – nur zulässig, wenn sie zum *Wohl des Kindes* nötig ist (Art. 9 Abs. 1 KRK).

In formeller Hinsicht darf die Trennung des Kindes von seinen Eltern nur durch die zuständigen Behörden mittels einer gerichtlich nachprüfaren *Entscheidung* erfolgen. Dabei sind die Rechte aller Beteiligten, am Verfahren teilzunehmen und ihre Meinung zu äußern, zu wahren (Art. 9 Abs. 2 KRK). Im Falle einer tatsächlich angeordneten Trennung von Eltern und Kind besteht ein gegenseitiges Auskunftsrecht über den Verbleib der abwesenden Familienangehörigen (Art. 9 Abs. 4 KRK).

4. Recht auf regelmäßige persönliche Kontakte zu beiden Elternteilen (Art. 9 Abs. 3 KRK)

Die Staaten achten das Recht des Kindes, das von einem oder beiden Elternteilen getrennt ist, regelmäßig persönliche Beziehungen und unmittelbare *Kontakte* zu beiden Elternteilen zu pflegen, soweit dies nicht dem Kindeswohl widerspricht.

5. Gewährung von Ein- und Ausreise von Eltern und Kind zwecks Familienzusammenführung (Art. 10 KRK)

Nach Art. 10 Abs. 1 KRK sind Anträge des Kindes und seiner Eltern auf Ein- oder Ausreise zwecks Familienzusammenführung

³⁵ NEIRINCK, 18, A 10, N. 22 i. f.

³⁶ NEIRINCK, 27, B 7, N. 37; DORSCH, 153.

wohlwollend, human und beschleunigt zu behandeln. Art. 10 Abs. 2 KRK bekräftigt in Ergänzung von Art. 9 KRK das Recht des Kindes auf grenzüberschreitenden Familienkontakt³⁷.

6. Massnahmen gegen das Entführen von Kindern ins Ausland (Art. 11 KRK)

Die Staaten verpflichten sich, Massnahmen zur Bekämpfung des rechtswidrigen Verbringens von Kindern ins Ausland und ihrer rechtswidrigen Nichtrückgabe zu treffen.

7. Statusrechte des Kindes

a. *Recht auf Namen, Staatsangehörigkeit und Registrierung* (Art. 7 Abs. 1 KRK)

Das Kind hat von Geburt an das Recht auf einen *Namen* – gemeint ist der Geschlechtsname³⁸ – und auf Erwerb einer *Staatsangehörigkeit*. Es ist unverzüglich in ein *Register* einzutragen. Diese auf den ersten Blick eher formal anmutenden Ansprüche bezwecken sicherzustellen, dass das Kind mit seiner Geburt als Rechtspersonlichkeit anerkannt wird³⁹. Das Recht auf einen Namen legt den Grundstein zur eigenen Identität des Kindes⁴⁰. Die Pflicht sofortiger Registrierung ist unabdingbares Element in der Bekämpfung des Kinderhandels⁴¹.

b. *Recht auf Identität* (Art. 8 KRK)

Die Vertragsstaaten sind verpflichtet, das Recht des Kindes auf Beibehaltung seiner *Identität* zu achten. Für den Fall rechtswidriger Eingriffe sind dem Kind zur Wiederherstellung seiner Identität Beistand und Schutz zu gewähren.

³⁷ Vgl. DORSCH, 161.

³⁸ NEIRINCK, 35, C 1, N. 48.

³⁹ Vgl. DORSCH, 131.

⁴⁰ ORLANDI, 104.

Zum Recht des Kindes auf Identität (Art. 8 KRK) sogleich C.IV.7.b.

⁴¹ ORLANDI, 102 f.

8. Die Adoption (Art. 21 KRK)

Die KRK begegnet der Adoption insofern mit einer gewissen Zurückhaltung, als Art. 21 KRK jene Vertragsstaaten, die das Institut nicht kennen, nicht dazu einlädt, es einzuführen⁴². Die Adoption wird folglich nicht als ein für das Kind unentbehrliches Institut angesehen⁴³. Andererseits haben die Staaten gemäss Art. 20 Abs. 2 KRK für ein aus seiner familiären Umgebung herausgelöstes Kind andere Formen der Betreuung sicherzustellen.

Diejenigen Vertragsstaaten, welche das System der Adoption kennen, sind verpflichtet, dem *Wohl des Kindes* bei der Adoption höchste Bedeutung beizumessen. Hinsichtlich der *Inlandadoption* ist sicherzustellen, dass sie nur durch die zuständigen Behörden bewilligt wird, welche nach den anwendbaren Vorschriften auf der Grundlage aller verfügbaren Informationen und nach Einholung der erforderlichen Zustimmungen über die Zulässigkeit der Adoption entscheiden (Art. 21 lit. a KRK). Die *internationale Adoption* ist subsidiär (Art. 21 lit. b KRK)⁴⁴. Die Staaten haben für diesen Fall sicherzustellen, dass das Kind in den Genuss der für nationale Adoptionen geltenden Schutzvorschriften kommt (Art. 21 lit. c KRK) und dass für die Beteiligten keine unstatthaften Vermögensvorteile entstehen (Art. 21 lit. d KRK).

9. Unterhaltsrecht (Art. 27 KRK)

Art. 27 Abs. 1 KRK statuiert als Grundsatz im Sinne eines wirtschaftlichen und sozialen Rechts einen Anspruch des Kindes auf angemessenen *Lebensstandard*. Die Sicherstellung der notwendigen Lebensbedingungen für das Kind ist in erster Linie Aufgabe der Eltern (Art. 27 Abs. 2 KRK). Der Staat nimmt eine subsidiäre Rolle ein (Art. 27 Abs. 3 und 4 KRK).

⁴² Die Frage der Adoption war bei den Vorarbeiten zur KRK äusserst umstritten; vgl. VERSCHRAEGEN, 19f.; siehe auch JAMETTI GREINER, 70.

⁴³ NEIRINCK, 121, G 7, N. 226.

⁴⁴ DORSCH, 265.

Die Verankerung des Grundsatzes der Subsidiarität der internationalen Adoption reflektiert eine in den Herkunftsstaaten von Adoptivkindern weit verbreitete Auffassung; vgl. JAMETTI GREINER, 70f.

V. Individuelle Freiheitsrechte

Die KRK enthält eine Reihe klassischer *individueller Freiheitsrechte* des Kindes. Im einzelnen anerkennt das Übereinkommen das Recht des Kindes auf Leben (Art. 6 KRK), die Meinungsäusserungsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 und Art. 13 KRK), die Informationsfreiheit (Art. 17 KRK), die Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit (Art. 14 KRK), die Vereinigungs- und Versammlungsfreiheit (Art. 15 KRK) und den Schutz des Privatlebens (Art. 16 KRK).

VI. Wirtschaftliche, soziale und kulturelle Grundrechte

Zur Kategorie der *wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Grundrechte* gehören das Recht des Kindes auf Gesundheit (Art. 24, 25 KRK), auf soziale Sicherheit (Art. 26 KRK), auf einen angemessenen Lebensstandard (Art. 27 KRK), auf Bildung (Art. 28, 29 KRK), auf Ruhe, Freizeit, Spiel, Erholung und Teilnahme am kulturellen Leben (Art. 31 KRK). Weiter sind zu dieser Gruppe zu zählen die kulturellen Rechte der Kinder von Minderheiten (Art. 30 KRK), die Sicherstellung des Zugangs zu den Massenmedien (Art. 17 KRK) und das Postulat der Förderung von Kinderbetreuungseinrichtungen (Art. 18 Abs. 2 KRK). Im Gegensatz zu den Freiheitsrechten bestehen die wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Grundrechte des Kindes nur im Umfang der Ausschöpfung der *verfügbaren Mittel* der Staaten sowie erforderlichenfalls im Rahmen internationaler Zusammenarbeit (Art. 4 KRK).

VII. Schutzgarantien

Ganz generell betont die Präambel in Abs. 9 und 10 die Notwendigkeit, dem Kind besonderen Schutz zu gewähren⁴⁵. Sodann stellt die Grundsatznorm des Art. 3 Abs. 2 KRK⁴⁶ eine allgemeine Verpflichtung der Vertragsstaaten auf, dem Kind den Schutz und die

⁴⁵ Der Schutz des Kindes ist eine Grundzielsetzung der KRK überhaupt. Vgl. C.II. hievon.

⁴⁶ Dazu vorne C.III.2.

Fürsorge zu gewährleisten, die zu seinem Wohlergehen notwendig sind.

Im einzelnen sind Schutzgarantien zu finden in der Fürsorgepflicht des Staates für das von der Familie getrennte Kind (Art. 20 KRK), dem Recht des Flüchtlingskindes auf Schutz und Beistand (Art. 22 KRK), dem Recht des behinderten Kindes auf Betreuung, Unterstützung und Förderung (Art. 23 KRK) und der Verpflichtung zum Ergreifen von Massnahmen zur Rehabilitation des zum Opfer von Vernachlässigung, Misshandlung, Folter oder bewaffneten Konflikten gewordenen Kindes (Art. 39 KRK). Weiter gehören hierher die Bestimmungen zum Schutz vor Gewalt, Misshandlung und Ausbeutung durch Eltern, Vormund oder andere Betreuungspersonen (Art. 19 KRK), vor wirtschaftlicher Ausbeutung (Art. 32 KRK), Drogen (Art. 33 KRK), sexuellem Missbrauch (Art. 34 KRK), das Verbot des Kinderhandels (Art. 35 KRK), der Anspruch auf Schutz vor Ausbeutungen sonstiger Art (Art. 36 KRK), das Verbot der Folter, der Todesstrafe und der uneingeschränkten lebenslangen Freiheitsstrafe (Art. 37 lit. a KRK), die Regelungen für den Fall bewaffneter Konflikte (Art. 38 KRK) und die Minderheitenrechte (Art. 30 KRK).

VIII. Verfahrensgarantien

1. Das allgemeine Anhörungsrecht (Art. 12 KRK)

Das Recht des Kindes, gehört zu werden, zählt zu den grundlegenden Bestimmungen der Konvention. Die Norm stellt auf verfahrensrechtlicher Ebene sicher, dass das Kind in seiner Persönlichkeit ernst genommen wird⁴⁷.

Nach Art. 12 Abs. 1 KRK steht 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». Die Vertragsstaaten sind verpflichtet, die *Meinung des Kindes* angemessen und entsprechend seinem Alter und seiner Reife zu berücksichtigen.

Gemäss Art. 12 Abs. 2 KRK ist dem Kind insbesondere in allen es berührenden Gerichts- oder Verwaltungsverfahren ein *Anhörungsrecht* einzuräumen. Dieses kann indessen statt durch das Kind

47 Vgl. Botschaft, 37.

selbst auch durch einen Vertreter oder eine geeignete Stelle im Einklang mit den innerstaatlichen Verfahrensvorschriften ausgeübt werden.

2. Weitere prozessuale Rechte

Weitere prozessuale Rechte des Kindes stellen der Anspruch auf Anhörung im Trennungsverfahren (Art. 9 Abs. 2 KRK) sowie die Grundgarantien im Strafverfahren (Art. 40 KRK) und im Freiheitsentzug (Art. 37 KRK) dar.

IX. Das internationale Durchführungsinstrumentarium

1. Öffentlichkeitsarbeit (Art. 42 KRK)

Die Vertragsstaaten verpflichten sich, die Grundsätze und Bestimmungen der KRK durch geeignete und wirksame Massnahmen bei Erwachsenen und auch bei Kindern allgemein bekannt zu machen. Besondere Bemühungen sind deshalb angezeigt, weil der Adressatenkreis der Konvention, d. h. vorab Kinder und Eltern, mit der ordentlichen Publikationspraxis für Rechtserlasse allein kaum erreicht werden kann⁴⁸.

2. Der Ausschuss für die Rechte des Kindes (Art. 43–45 KRK)

Zur Prüfung der Fortschritte der Vertragsstaaten bei der Erfüllung ihrer im Übereinkommen eingegangenen Verpflichtungen wird ein *Ausschuss für die Rechte des Kindes* eingesetzt (Art. 43 Abs. 1 KRK). Dieser besteht aus zehn Sachverständigen (Art. 43 Abs. 2 KRK), welche von den Vertragsstaaten vorgeschlagen und auf vier Jahre gewählt werden (Art. 43 Abs. 3, 5 und 6 KRK). Bei der Auswahl der Experten ist auf eine gerechte geographische Verteilung zu achten und es sind die hauptsächlichlichen Rechtssysteme zu berücksichtigen (Art. 43 Abs. 2 KRK).

Die Vertragsstaaten sind nach Art. 44 KRK verpflichtet, dem Ausschuss innerhalb von zwei Jahren seit Inkrafttreten des Übereinkommens und danach periodisch alle fünf Jahre einen *Bericht* über die Verwirklichung der Kinderrechte zu erstatten. Der Aus-

48 Botschaft, 71.

schuss kann von den Vertragsstaaten weitere Angaben über die Durchführung der KRK verlangen. Der Ausschuss hat seinerseits der UNO-Generalversammlung alle zwei Jahre einen Tätigkeitsbericht vorzulegen.

Entsprechend den von der KRK vorgesehenen Kontrollmechanismen steht dem Kinderrechtsausschuss keine Kompetenz zu, Staaten wegen Verletzungen von Bestimmungen der Konvention zu verurteilen⁴⁹. Der Ausschuss kann lediglich *Vorschläge* und *allgemeine Empfehlungen* unterbreiten. Im weiteren hat er den Informationsaustausch zu ermöglichen⁵⁰.

X. Schlussbestimmungen (Art. 46–54 KRK)

Die Schlussbestimmungen enthalten Regelungen über den Beitritt (Art. 48 KRK), die Auflage der Konvention (Art. 46 KRK), die Ratifikation (Art. 47 KRK), das Inkrafttreten (Art. 49 KRK), die Änderung des Übereinkommens (Art. 50 KRK), die Anbringung von Vorbehalten (Art. 51 KRK)⁵¹, die Kündigung (Art. 52 KRK), die Verwahrung (Art. 53 KRK) und die verbindlichen Sprachen des Konventionstextes (Art. 54 KRK).

D. Würdigung der Kinderrechtskonvention

Die Ausarbeitung der KRK erfolgte in der Absicht, dem Übereinkommen möglichst breite Anwendung zu verschaffen⁵². Diese Absicht hat sich verwirklicht: Ende Juli 1997 hatten 191 Staaten die Konvention ratifiziert. Dass praktisch alle Länder der Welt sich auf einen verbindlichen, inhaltlich generell und vorrangig auf das Kindeswohl ausgerichteten Text einigen konnten und damit der KRK *globale Anwendbarkeit* verschafften, darf vorab als Positivum vermerkt werden.

Im einzelnen herrschen in den Vertragsstaaten ganz unterschiedliche rechtliche, gesellschaftliche, wirtschaftliche, religiöse

und kulturelle Auffassungen und Realitäten. Diese haben zur natürlichen Folge, dass die KRK *Kompromisscharakter* aufweist⁵³. Als Werk des Kompromisses enthält sie eine inhaltlich wenig systematisierte Mischung ganz verschiedener Kategorien von Rechten, die im einen Fall klar bestimmbar sind, im andern aber bloss allgemeinprogrammatischen Gehalt aufweisen. Die KRK wird in den verschiedenen Staaten auch *unterschiedlich interpretiert*. Bereits innerhalb der Länder Kontinentaleuropas bestehen etwa unterschiedliche Auffassungen darüber, ob die Konvention direkt anwendbar sei oder nicht.

Als eigentlicher *Schwachpunkt* der KRK ist das *Durchsetzungsinstrumentarium* zu beurteilen. Im Gegensatz zu einer blossen Deklaration müsste die KRK als verbindliches Übereinkommen an sich vor einem internationalen Gericht angerufen werden können. Indessen ist weder ein Rechtsprechungsorgan noch die Möglichkeit einer Staaten- oder Individualbeschwerde vorgesehen. Selbst schwere Menschenrechtsverletzungen können daher im Rahmen des Instrumentariums der KRK nicht zum Gegenstand eines Verfahrens auf der Ebene der UNO gemacht werden⁵⁴. Die mit der EMRK gemachten Erfahrungen bestätigen, dass das Individualbeschwerderecht an ein unabhängiges Rechtsprechungsorgan das effizienteste völkerrechtliche Durchsetzungsinstrument darstellt⁵⁵. Die *Einführung einer Individual- und Staatenbeschwerdemöglichkeit* sowie die Einsetzung eines unabhängigen Gerichtshofes zu deren Beurteilung sind deshalb für die KRK *anzustreben*.

Letztlich wird die KRK an der *konkreten Verwirklichung* ihrer vielen Ziele und teils offenen Programmsätze zu messen sein. Weil das Kind besonders verletzlich und zum Schutz seiner Rechte überhaupt nicht oder doch nur beschränkt in der Lage ist, zählt mehr als in anderen Rechtsgebieten die tatsächliche Realisierung und Umsetzung des Rechts und nicht die bestehende Regelung allein⁵⁶.

53 DORSCH, 303; VERSCHRAEGEN, 24.

54 DORSCH, 285.

55 HAUSAMMANN, 24.

56 Vgl. VERSCHRAEGEN, V, wonach «das Defizit nicht in Rechtsvorschriften, sondern in der Effektivität ihrer Durchsetzung zu orten ist».

Zur Verbesserung der Durchsetzung der KRK hat das UNO-Kinderhilfswerk (UNICEF) im Januar 1998 ein umfangreiches Handbuch zur Umsetzung der Rechte der Kinder veröffentlicht; vgl. NZZ Nr. 10 vom 14. Januar 1998, 16.

49 Botschaft, 19.

50 DORSCH, 287.

51 Nicht zulässig sind Vorbehalte, die mit Ziel und Zweck der KRK nicht vereinbar sind (Art. 51 Abs. 2 KRK).

52 NEIRINCK, 17, A 9, N. 19.

E. Die Umsetzung der Konvention in das schweizerische Kindesrecht

1. Allgemeines zur Anwendbarkeit der KRK in der Schweiz

1. Monistisches System

Die KRK ist ein völkerrechtlicher Vertrag. Bei der Überführung von Völkerrecht in Landesrecht hält sich die Schweiz an das sog. *monistische System*: Ein ratifizierter Staatsvertrag erlangt zugleich mit seiner völkerrechtlichen Verbindlichkeit auch landesrechtliche Wirkung⁵⁷. Eines zusätzlichen Aktes zur Transformation in das schweizerische Landesrecht bedarf es nicht⁵⁸. Die KRK ist folglich mit ihrem für unser Land am 26. März 1997 erfolgten völkerrechtlichen Inkrafttreten ohne weiteres *Teil der objektiven schweizerischen Rechtsordnung* geworden.

2. Direkt anwendbare und nicht direkt anwendbare Bestimmungen

Nach schweizerischer Praxis gelten Bestimmungen internationaler Übereinkommen dann als *direkt anwendbar*, wenn sie inhaltlich hinreichend bestimmt und klar sind, um im Einzelfall Grundlage eines Entscheides bilden zu können⁵⁹. Derart konkret formulierte, sog. «self executing»-Bestimmungen können vom Bürger vor Gericht angerufen werden und sind von den Behörden bei der Entscheidfällung anzuwenden⁶⁰. Rechte aus direkt anwendbaren Bestimmungen der KRK können somit seit Inkrafttreten des Abkommens für unser Land vor schweizerischen Gerichts- und Verwaltungsbehörden geltend gemacht werden⁶¹.

⁵⁷ BGE 122 II 237 E. 4a.

⁵⁸ BGE 120 Ib 366, mit Hinweis auf die gemeinsame Stellungnahme des Bundesamtes für Justiz und der Direktion für Völkerrecht vom 26. April 1989 über das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht im Rahmen der schweizerischen Rechtsordnung, in: VPB 53/1989 Nr. 54, 400 und 403. Vgl. auch WIRZ, 89; VON OVERBECK, 483 und 492.

⁵⁹ BGE 120 Ia 11 E. 5b.

⁶⁰ BGE 122 II 237 E. 4a; Botschaft, 20. Vgl. auch WIRZ, 90f.

⁶¹ Botschaft, 20.

Die Bejahung der unmittelbaren Anwendbarkeit einzelner Bestimmungen der KRK hat der Botschaft – seitens von VERSCHRAEGEN, 52f. – die Kritik eines etwas oberflächlichen Umganges mit Entstehungsgeschichte, Wortlaut, Gesamtzusammenhang sowie

Es ist den schweizerischen rechtsanwendenden Behörden aufgegeben, im konkreten Fall über die direkte Anwendbarkeit der einzelnen Bestimmungen der KRK zu entscheiden⁶². Die Entscheidung über die unmittelbare Anwendbarkeit einer Bestimmung kann im Einzelfall Schwierigkeiten bereiten. Als direkt anwendbar dürfen die in der KRK enthaltenen klassischen Freiheitsrechte eingestuft werden⁶³. Ebenso enthält das Diskriminierungsverbot des Art. 2 KRK unmittelbar verbindlichen Gehalt⁶⁴. Für eine direkte Anwendbarkeit grundsätzlich geeignet erscheinen auch etwa Art. 7 Abs. 1, Art. 9 Abs. 2 und 3 sowie Art. 12 KRK.

Andere Bestimmungen sind dagegen zu wenig bestimmt, um einen gerichtlich durchsetzbaren Anspruch begründen zu können. Auch diese *nicht direkt anwendbaren Bestimmungen* der KRK sind aber nicht bloss politische oder moralische Absichtserklärungen, sondern völkerrechtliche Verpflichtung und Teil der objektiven schweizerischen Rechtsordnung. Sie sind wie die direkt anwendbaren Bestimmungen im Rahmen der völkerrechtskonformen Auslegung des eidgenössischen, kantonalen und kommunalen Rechts zu berücksichtigen⁶⁵.

II. Begriff des Kindes

Das schweizerische Recht bezeichnet mit dem Begriff «Kind» einerseits den Menschen in seiner vom Alter unabhängigen Bezie-

Ziel und Zweck der Konvention eingetragen. M. E. hat man sich zur Verwirklichung der Anliegen der Konvention jedenfalls von deren Entstehungsgeschichte und Wortlaut auch etwas zu lösen, um weiter zu fragen, wie im jeweiligen Land, entsprechend dessen Möglichkeiten, dem Wohl und den Interessen des Kindes am besten gedient werden kann. Dass den Interessen des Kindes in Einzelfällen mit der Bejahung unmittelbarer Anwendbarkeit der KRK besser entsprochen werden kann, ist offensichtlich. Zu beachten ist auch, dass für die Auslegung internationaler Übereinkommen die tatsächlich gelebte Staatenpraxis wichtiger ist als die Entstehungsgeschichte. Sodann ist die Einstufung einer Rechtsnorm als direkt anwendbar eine durch die nationalen rechtsanwendenden Behörden nach Massgabe des nationalen Rechts zu entscheidende Frage – vgl. WIRZ, 92, m. w. H. in Anm. 341 –, so dass die Kritik an der schweizerischen Auffassung bereits aus diesem Grunde nicht berechtigt ist.

⁶² Botschaft, 20.

⁶³ Botschaft, 21, mit der zutreffenden Begründung, es wäre nicht folgerichtig, diesen Bestimmungen die direkte Anwendbarkeit zu verweigern, während die praktisch gleichlautenden Bestimmungen der EMRK unbestrittenermassen als direkt anwendbar gelten.

⁶⁴ VERHELLEN, 78; JAMETTI GREINER, 69.

⁶⁵ Zum ganzen Botschaft, 20f.

hung zu seinen Eltern und andererseits den Menschen im ersten Lebensalter⁶⁶. Die KRK versteht den Begriff in erster Linie im zweiten Sinne: Nach Art. 1 KRK ist ein Kind jeder Mensch, der das 18. Altersjahr noch nicht vollendet hat⁶⁷. Nachdem das zivilrechtliche Mündigkeitsalter per 1. Januar 1996 auf 18 Jahre gesenkt worden ist, decken sich der Eintritt der Volljährigkeit nach dem ZGB (Art. 14 ZGB) und das Aufhören des Kindseins nach der KRK (Art. 1 KRK).

III. Das Kindeswohl

Nach Art. 3 Abs. 1 KRK ist das *Kindeswohl* bei allen Kinder betreffenden Massnahmen ein vorrangig zu berücksichtigender Gesichtspunkt⁶⁸. Das Kindesrecht des ZGB orientiert sich ebenfalls am Leitstern des Kindeswohls (vgl. etwa Art. 301 Abs. 1, 307, 298 Abs. 2, 264, 274 Abs. 2 ZGB). Auch die Rechtsprechung des Bundesgerichts hat das Kindeswohl mehr und mehr als umfassende bundesrechtliche Maxime des Unmündigenrechts anerkannt⁶⁹.

Art. 3 KRK fordert die vorrangige Berücksichtigung des Wohls des Kindes generell bei allen Massnahmen; er geht damit über den im schweizerischen Kindesrecht bereits breiten Anwendungsbereich des Kindeswohls hinaus. Die Konventionsbestimmung ist demzufolge «Auftrag an Gesetzgebung und Praxis, dem in der Schweiz unbestrittenen Grundsatz vermehrt Nachachtung zu verschaffen»⁷⁰.

IV. Abstammungsrecht

1. Unterschiede zwischen ehelichen und ausserehelichen Kindern⁷¹

a. *Feststellung der Vaterschaft*

Das schweizerische Kindesrecht enthält für das ehelich und das ausserehelich geborene Kind unterschiedliche Regelungen hin-

66 HEGNAUER, Grundriss, N. 1.01.

67 Zum Begriff des Kindes nach Art. 1 KRK auch vorne C.III.1.

68 Vgl. C.III.2. hievor.

69 BRAUCHLI, 187. Vgl. zum ganzen auch Botschaft, 26.

70 So die Botschaft, 26f.

71 Vgl. zu diesem Abschnitt insbesondere SCHWENZER, 820.

sichtlich der *Feststellung der Vaterschaft*. Der Ehemann einer Frau wird von Gesetzes wegen als Vater des ehelichen Kindes vermutet, wogegen die Begründung der Vaterschaft des ausserehelichen Kindes der Anerkennung oder des Vaterschaftsurteils bedarf (Art. 252 Abs. 2 ZGB). Eine vollständige Gleichstellung würde erfordern, dass entweder auch bezüglich des ausserehelichen Kindes eine Vaterschaftsvermutung, etwa für den mit der Kindesmutter zusammenlebenden Mann, aufgestellt oder umgekehrt auch für das eheliche Kind die Vaterschaft erst aufgrund einer Anerkennung oder eines Urteils wirksam würde⁷². Die Differenzierung des geltenden Rechts beruht jedoch auf sachlichen Gründen: Für die Vaterschaftsvermutung des Ehemannes sprechen Überlegungen der Praktikabilität, welche mit dem Kindesinteresse an einer einfachen und doch relativ sicheren Feststellung der Vaterschaft zusammenfallen; umgekehrt kann eine an das blosse Zusammenleben mit der Kindesmutter anknüpfende Vaterschaftsvermutung für das aussereheliche Kind nicht als sachgerecht angesehen werden, womit sie auch nicht im Kindesinteresse läge⁷³. Die bei der Feststellung der Vaterschaft Unterschiede zwischen ehelichen und ausserehelichen Kindern treffende schweizerische Rechtsordnung ist somit konventionskonform⁷⁴.

b. *Anfechtung der Vaterschaft*

Für eheliche und aussereheliche Kinder unterschiedlich geregelt ist auch die *Anfechtung der Vaterschaft*. Es lassen sich hier sogar drei Kategorien von Kindern unterscheiden: Das eheliche Kind, das durch nachträgliche Ehe der Eltern legitimierte Kind und das aussereheliche Kind⁷⁵. Die Vermutung der Vaterschaft des Ehemannes kann grundsätzlich nur von diesem selbst (Art. 256 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB) sowie unter sehr einschränkenden Voraussetzungen durch das Kind angefochten werden (Art. 256 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB). Heiratet der Anerkennende die Mutter des Kindes nach dessen Geburt, so

72 SCHWENZER, 820 mit Anm. 25.

73 SCHWENZER, 820.

74 HAUSAMMANN, 35; SCHWENZER, 820; Botschaft, 25, jedoch mit Hinweis in Anm. 82 darauf, dass nach Auffassung einzelner Stellungnahmen im Vernehmlassungsverfahren die aktuelle Gesetzgebung die Kinder unverheirateter Eltern nicht diskriminierungsfrei behandelt.

75 SCHWENZER, 820.

können neben Ehemann und Kind auch die Mutter sowie die Heimat- oder Wohnsitzgemeinde die Anerkennung der Vaterschaft anfechten (Art. 259 Abs. 2 ZGB)⁷⁶. Die Anerkennung eines ausserehelichen Kindes schliesslich kann überhaupt von jedermann, der ein Interesse hat⁷⁷, angefochten werden (Art. 260a Abs. 1 ZGB). Nach den Ausführungen in der Botschaft genügt das schweizerische Recht diesbezüglich den Anforderungen der KRK⁷⁸. Demgegenüber hält SCHWENZER dafür, die unterschiedliche Ausgestaltung der Anfechtung der Vaterschaft könne aus Gründen des Kindeswohls nicht gerechtfertigt werden; vielmehr sei die positivrechtliche Regelung beim ehelichen Kind, wo die Vaterschaft des Ehemannes im Vergleich zur Anerkennung nur unter einschränkenden Voraussetzungen angefochten werden kann, vom Schutz der Ehe und beim ausserehelichen Kind vom Schutz der Interessen anderer Personen und des Staates geprägt. Da die geltende gesetzliche Ordnung aus Gründen des Kindeswohls nicht zu rechtfertigen sei, liege eine nach Art. 2 Abs. 1 KRK unzulässige Diskriminierung vor. Eine konventionskonforme Regelung dürfte bei der Anfechtung der Vaterschaft nicht nach Status unterscheiden. Weiter müsste bei der Regelung des Anfechtungsrechts durch Dritte das Kindeswohl gestützt auf Art. 3 Abs. 1 KRK stärker beachtet werden, als dies heute in Art. 260a Abs. 1 ZGB der Fall sei⁷⁹. Die geltende Ordnung der Anfechtung der Vaterschaft ist im Lichte der Argumentation von SCHWENZER zu überprüfen. Gegebenenfalls wird, nachdem die KRK hierfür keine unmittelbar anwendbare Norm bereithält, der Gesetzgeber aufzurufen sein, tätig zu werden.

2. Recht auf Kenntnis der Eltern und auf Betreuung durch diese

a. Vorbemerkung

Art. 7 Abs. 1 KRK gewährt dem Kind «soweit möglich» das Recht, seine Eltern zu kennen und von ihnen betreut zu werden. Die Bestimmung wirft für das schweizerische Recht vor allem hinsicht-

⁷⁶ Vgl. dazu HEGNAUER, Grundriss, N. 8.08.

⁷⁷ Dazu HEGNAUER, N. 101 ff. zu Art. 260a ZGB.

⁷⁸ Botschaft, 25.

⁷⁹ Zum Ganzen SCHWENZER, 820.

lich der Adoption und der künstlichen Fortpflanzung Fragen auf⁸⁰. Sodann sind aber auch die dem Kind zustehenden Möglichkeiten der Anfechtung der Vaterschaft bzw. der Feststellung der Mutterschaft zu überdenken.

b. Adoptivkind

Das *Adoptivkind* hat im schweizerischen Recht einen absoluten Anspruch auf Kenntnis seiner leiblichen Eltern⁸¹. Das schweizerische Recht befindet sich damit grundsätzlich in Einklang mit Art. 7 Abs. 1 KRK. Weiter ist indessen angesichts dieser Konventionsbestimmung zu prüfen, ob und gegebenenfalls wie sichergestellt werden kann, dass das Kind tatsächlich über seine Adoption erfährt. Unterlassen es die Adoptiveltern entgegen ihrer Verpflichtung⁸², das Kind aufzuklären, und sind Dritte auch ihm gegenüber an die Wahrung des Adoptionsgeheimnisses gebunden⁸³, besteht die Gefahr, dass das Adoptivkind wegen mangelnder Kenntnis der tatsächlichen Verhältnisse die Identität der leiblichen Eltern gar nicht erfahren kann⁸⁴.

c. Fortpflanzungsmedizin

Aus Art. 7 Abs. 1 KRK lassen sich auch Folgerungen für die rechtliche Ausgestaltung der *Fortpflanzungsmedizin* ziehen⁸⁵. Bei der heterologen Insemination, wo genetische und soziale bzw. rechtliche Elternschaft auseinanderfallen, ist – auch entsprechend der Bestimmung von Art. 24^{novies} Abs. 2 lit. g BV – der Zugang zu den Daten über die Abstammung sicherzustellen, so dass das Kind spä-

⁸⁰ Botschaft, 28.

⁸¹ HEGNAUER, Grundriss, N. 13.11, m. w. H. Vgl. besonders auch HEGNAUER, Adoptierten, 101 ff., wonach dem urteilsfähigen Kind – unter anderem auch gestützt auf sein Recht auf Identität nach Art. 8 KRK – die Identität seiner leiblichen Eltern auch gegen den Willen der Adoptiveltern bekannt zu geben ist.

⁸² Vgl. HEGNAUER, N. 12 zu Art. 265 ZGB. Aus der Rechtsprechung BGE 107 II 23 f. E. 6.

⁸³ So SCHWENZER, 821.

⁸⁴ Vgl. SCHWENZER, a. a. O. Ähnlich für Frankreich NEIRINCK, 29, B 9, N. 41. Die in der Botschaft, 29, geäußerte Auffassung, welche diesbezüglich die schweizerische Rechtsordnung als mit der KRK durchaus vereinbar erklärt, erscheint als zu optimistisch.

⁸⁵ SCHWENZER, 820 f.; ORLANDI, minore, 111 f., 114; a. M. aufgrund der Entstehungsgeschichte VERSCHRAEGEN, 54.

ter die Identität des Samenspenders erfahren kann; der Samenspenders kann sich dem Kind gegenüber nicht auf sein Bedürfnis nach Anonymität berufen⁸⁶. Die bisherigen Arbeiten zu einem Bundesgesetz über die medizinisch unterstützte Fortpflanzung halten sich an diese Vorgaben⁸⁷. In der Lehre ist im weiteren umstritten, ob sich aus dem in Art. 7 Abs. 1 KRK verankerten Recht des Kindes, seine Eltern zu kennen und von ihnen betreut zu werden, ein Verbot der postmortalen Insemination ableiten lässt⁸⁸.

d. *Anfechtung der Vaterschaft durch das eheliche oder das legitimierte Kind*

Im geltenden Kindesrecht ist dem ehelichen oder dem durch nachträgliche Ehe der Eltern legitimierten Kind die *Anfechtung der Vaterschaft des Ehemannes* der Mutter nur unter den erschwerten Voraussetzungen von Art. 256 Abs. 1 Ziff. 2 bzw. Art. 259 Abs. 2 Ziff. 2 ZGB möglich⁸⁹. Nach SCHWENZER steht hinter dieser Regelung nicht ausschliesslich der Gedanke des Schutzes des Kindes, sondern vielmehr das Interesse der verheirateten Eltern⁹⁰. Unter dem Gesichtspunkt des Kindeswohls lasse sich das Anfechtungsrecht des minderjährigen Kindes beschränken auf den Fall, wo keine soziale Beziehung zwischen dem als Vater vermuteten Mann und dem Kind bestehe. Nach eingetretener Volljährigkeit des Kindes sei diesem indessen gestützt auf Art. 7 Abs. 1 KRK ein uneingeschränktes Anfechtungsrecht einzuräumen⁹¹. De lege ferenda wird eine Erweiterung des Klagerechts des Kindes zu prüfen sein.

e. *Anfechtung der Mutterschaft?*

Eine *Anfechtung der Mutterschaft* ist dem schweizerischen Kindesrecht unbekannt. Nach Art. 252 Abs. 1 ZGB entsteht das Kindesverhältnis zwischen dem Kind und der Mutter mit der Ge-

86 SCHWENZER, 821; vgl. auch Botschaft, 29.

87 Vgl. Botschaft FMedG, 29 und 39 mit Hinweis auf Art. 7 KRK. Zur Gewährleistung des Auskunftsrechtes des Kindes bei heterologen Verfahren auch REUSSER, Fortpflanzungsmedizin, 488–490.

88 Bejahend NEIRINCK, 27, B 7, N. 37; zweifelnd SCHWENZER, 821.

89 Vgl. dazu auch E.IV.1.b. hievov.

90 SCHWENZER, 821.

91 Vgl. auch SCHWENZER, BS-K, N. 5 zu Art. 256 ZGB, unter Abstützung des Klagerechtes des Kindes auch auf Art. 8 KRK.

burt. Die gebärende Frau gilt auch dann als Mutter des Kindes, wenn sie zufolge eines Eizellen- oder Embryonentransfers genetisch nicht Mutter ist⁹². Obwohl die Eizellenspende und alle Arten von Leihmutterschaften nach Art. 24^{novies} Abs. 2 BV lit. d BV unzulässig sind⁹³, können entsprechende Massnahmen im Ausland vorgenommen werden, womit sich auch in der Schweiz ein Regelungsbedarf ergibt. Unabhängig von der Ausgestaltung der Regelung im einzelnen ergibt sich aus Art. 7 Abs. 1 und Art. 8 KRK ein Recht des Kindes auf Kenntnis der genetischen Mutter; dem Kind müsste daher ein einzig durch das Kindeswohl beschränkbares Recht auf Anfechtung der Mutterschaft der gebärenden Frau gewährt werden⁹⁴. M. E. ist jedoch folgende Lösung vorzuziehen: Unter Festhalten am Grundsatz der Unanfechtbarkeit der Mutterschaft gilt die Gebärende als Mutter, aber das Kind hat einen Anspruch, auch die genetische Mutter feststellen zu lassen⁹⁵.

V. Die Beziehungen des Kindes zu seinen Eltern

1. Elterliche Gewalt

a. Terminologie

Die unterschiedliche Optik von ZGB und KRK offenbart sich einprägsam in der Beschreibung des Verhältnisses zwischen Eltern und Kind. Während das ZGB davon spricht, dass die unmündigen Kinder «unter der elterlichen Gewalt» stehen (Art. 296 Abs. 1 ZGB), geht die KRK davon aus, dass dem Kind vorab Rechte zustehen⁹⁶. Der im Gesetzesentwurf zur Scheidungsrechtsrevision vom 15. Dezember 1995 verwendete Ausdruck der «elterlichen Sorge» entspricht den Grundgedanken der KRK zweifellos besser als jener der elterlichen Gewalt.

92 SCHWENZER, 821.

93 Ein Verbot der Leihmutterschaft, der Embryonenspende und der Eispende sieht auch Art. 4 E FMedG vor. Vgl. REUSSER, Fortpflanzungsmedizin, 488.

94 Zum Ganzen SCHWENZER, 821.

95 So nun auch SCHWENZER, BS-K, N. 11 zu Art. 252 ZGB.

96 Vgl. nur schon den Titel des Übereinkommens.

b. *Gemeinsame Verantwortung der Eltern für das Kind*

aa. Allgemeines

Nach Art. 18 Abs. 1 KRK bemühen sich die Vertragsstaaten nach besten Kräften, die Anerkennung des Grundsatzes sicherzustellen, dass beide Elternteile gemeinsam für Erziehung und Entwicklung des Kindes verantwortlich sind.

Im schweizerischen Recht üben *verheiratete Eltern* die elterliche Gewalt gemeinsam aus (Art. 297 Abs. 1 ZGB), womit diesbezüglich keine Probleme mit den Anforderungen von Art. 18 Abs. 1 KRK bestehen. Dagegen bedarf das Fehlen einer entsprechenden Möglichkeit für *nicht verheiratete* oder *geschiedene Eltern* (vgl. Art. 298 Abs. 1 und Art. 297 Abs. 3 ZGB) der näheren Betrachtung. Auch wenn die Problematik in den Vorbereitungsarbeiten nicht zur Diskussion stand⁹⁷, kann in Anbetracht insbesondere von Art. 18 Abs. 1 KRK nicht zweifelhaft sein, dass mindestens die Schaffung der gesetzlichen Möglichkeit gemeinsamer elterlicher Verantwortung auch für unverheiratete und geschiedene Eltern ein Anliegen der KRK bildet⁹⁸.

bb. Unverheiratete Eltern

Sind die Eltern nicht verheiratet, so steht die elterliche Gewalt nach geltendem Gesetzesrecht der *Mutter* zu (Art. 298 Abs. 1 ZGB). Gemeinsame elterliche Gewalt ist selbst dann ausgeschlossen, wenn die Eltern zusammenleben und einen entsprechenden Wunsch äussern⁹⁹.

Mit dem generellen Ausschluss gemeinsamer elterlicher Gewalt nicht verheirateter Eltern erfüllt das geltende Recht die Anforderungen der KRK nicht¹⁰⁰. Entsprechender Handlungsbedarf wird

⁹⁷ VERSCHRAEGEN, 24 und 79.

⁹⁸ Botschaft, 43 f. Die Tragweite von Art. 18 KRK ist allerdings umstritten; vgl. Botschaft Scheidungsrecht, 126, Anm. 398.

⁹⁹ BGE 114 II 415: «Le droit suisse n'admet pas l'exercice commun de l'autorité parentale par des parents non mariés.» SCHWENZER, 822; vgl. auch HEGNAUER, Grundriss, N. 25.22.

¹⁰⁰ WIRZ, 95; SCHWENZER, BS-K, N. 11 zu Art. 298 ZGB. A. M. Botschaft, 43, wonach die geltende schweizerische Regelung angesichts der offenen Formulierung des Art. 18 Abs. 1 KRK mit den Anforderungen des Übereinkommens vereinbar ist. Ebenso steht nach HAUSAMMANN, 56, das schweizerische Recht jedenfalls vorerst nicht in Widerspruch mit der Konvention.

zunehmend in der Botschaft zur *Revision* des Scheidungsrechts unter Bezugnahme auch auf Art. 18 Abs. 1 KRK anerkannt¹⁰¹. Mit Art. 298a E ZGB wird die Schaffung einer gesetzlichen Grundlage zur *Ermöglichung gemeinsamer elterlicher Sorge unverheirateter Eltern* vorgeschlagen. Haben sich die Eltern in einer genehmigungsfähigen Vereinbarung über ihre Anteile an der Betreuung des Kindes und die Verteilung der Unterhaltskosten verständigt, so überträgt ihnen die Vormundschaftsbehörde auf gemeinsamen Antrag die gemeinsame elterliche Sorge, sofern dies mit dem Kindeswohl vereinbar ist (Art. 298a Abs. 1 E ZGB). Nach Art. 298a Abs. 2 E ZGB ist auf Begehren eines Elternteils, des Kindes oder der Vormundschaftsbehörde die Zuteilung der elterlichen Sorge durch die vormundschaftliche Aufsichtsbehörde neu zu regeln, wenn dies wegen wesentlicher Veränderung der Verhältnisse zum Wohl des Kindes geboten ist.

Art. 298a E ZGB erfüllt die Anforderungen der KRK. Angesichts des in Art. 3 KRK enthaltenen Grundsatzes der generellen Berücksichtigung des Kindeswohls als ein vorrangiger Gesichtspunkt muss jede Entscheidung über die elterliche Sorge die Wahrung des Kindeswohls gewährleisten¹⁰². Die Abhängigmachung gemeinsamer elterlicher Sorge unverheirateter Eltern von deren gemeinsamem Willen und einer Kindeswohlprüfung steht damit in Einklang mit den Leitideen der KRK¹⁰³.

cc. Geschiedene Eltern

Gemäss Art. 297 Abs. 3 ZGB steht die elterliche Gewalt bei Scheidung demjenigen *Ehegatten* zu, *dem die Kinder zugeteilt werden*. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung lässt es Art. 297 Abs. 3 ZGB nicht zu, dass die elterliche Gewalt nach der Scheidung der Ehe durch beide Eltern gemeinsam ausgeübt wird; einer solches vorsehenden Vereinbarung der Eltern über die Nebenfolgen der Scheidung hat der Richter die Genehmigung zu verweigern¹⁰⁴. Die

¹⁰¹ Botschaft Scheidungsrecht, 162 f.

¹⁰² VERSCHRAEGEN, 79.

¹⁰³ Vgl. auch SCHWENZER, 822, wonach die gemeinsame elterliche Verantwortung nicht verheirateter Eltern anzuerkennen ist, während über die Voraussetzungen hiezu diskutiert werden kann.

¹⁰⁴ BGE 117 II 523 ff.; jüngstens bestätigt im Urteil 5C.206/1997 vom 20. November 1997 (dazu hinten E. V. 1. b. dd.). Verschiedene erst- und zweitinstanzliche Gerichte

generelle Nichtzulassung der Möglichkeit gemeinsamer elterlicher Gewalt geschiedener Eltern ist mit den Zielsetzungen der KRK nicht zu vereinbaren, weil die Scheidung das in Art. 18 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 KRK verankerte Prinzip fortdauernder gemeinsamer Elternverantwortung nicht ausschaltet¹⁰⁵.

Der *Revisionsentwurf* vom 15. November 1995 sieht das gemeinsame Sorgerecht geschiedener Eltern nicht als Regel vor. Vielmehr ist auch nach dem Entwurf die elterliche Sorge im Scheidungsfall grundsätzlich einem Elternteil allein zuzuteilen (Art. 133 Abs. 1 E ZGB)¹⁰⁶. Neu wird aber die *Möglichkeit der gemeinsamen elterlichen Gewalt Geschiedener* positivrechtlich verankert (Art. 133 Abs. 3 E ZGB). Nach dieser Bestimmung sind – parallel zu Art. 298a E ZGB für nicht verheiratete Eltern – ein gemeinsamer Antrag der Eltern, eine Vereinbarung über die Anteile an der Betreuung des Kindes und die Verteilung der Unterhaltskosten sowie die Vereinbarkeit mit dem Kindeswohl vorauszusetzen, damit das Gericht die elterliche Sorge beiden Eltern belässt¹⁰⁷. Nach Art. 134 E ZGB ist auf Begehren eines Elternteils, des Kindes oder der Vormundschaftsbehörde die Zuteilung der elterlichen Sorge neu zu regeln, wenn dies wegen wesentlicher Veränderung der Verhältnisse zum Wohl des Kindes geboten ist; sind die Eltern hierüber uneinig, ist das Gericht, in den anderen Fällen die Vormundschaftsbehörde zuständig.

Die vorgeschlagene Lösung ist mit der KRK zu vereinbaren. Die zur Einräumung gemeinsamer elterlicher Gewalt an geschiedene Eltern vorgesehenen Anforderungen erscheinen als sinnvoll. In Anbetracht von Art. 3 Abs. 1 KRK ist insbesondere an einer Kindeswohlprüfung festzuhalten. Auch der gemeinsame Antrag und die Vereinbarung über die Anteile an Betreuung und Unterhaltskosten

haben indessen von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung abweichende Entscheide gefällt. Vgl. zum Ganzen SCHWENZER, BS-K, N. 12 ff. zu Art. 297 ZGB, m. w. H.; Botschaft Scheidungsrecht, 125 f., mit Hinweisen in Anm. 394.

¹⁰⁵ Vgl. SCHWENZER, 822; dieselbe, BS-K, N. 14 zu Art. 297 ZGB. Siehe ferner WIRZ, 95.

¹⁰⁶ Gl. M. WENGER-LENHERR, 1226.

¹⁰⁷ Botschaft Scheidungsrecht, 129 f.

Nach dem Ständerat hat auch der Nationalrat – entgegen der Mehrheit der Rechtskommission, welche strengere Anforderungen an die Gewährung des gemeinsamen Sorgerechts geschiedener Eltern stellen wollte (siehe NZZ Nr. 245 vom 22. Oktober 1997, 14) – dem Vorschlag des Bundesrates zugestimmt. Vgl. NZZ Nr. 294 vom 18. Dezember 1997, 17 f.

sind als letztlich im Dienste des vorrangig massgebenden Kindeswohls stehende Voraussetzungen gutzuheissen¹⁰⁸. Die praktische Handhabung der gemeinsamen elterlichen Sorge Geschiedener, die wohl auch künftig die Ausnahme bilden wird¹⁰⁹, wird nicht einfach sein. Die Möglichkeit der Einräumung gemeinsamer elterlicher Gewalt an geschiedene Eltern darf jedenfalls nicht «zur bequemen Hintertüre werden, durch welche das Recht sich aus der Verantwortung für das Scheidungskind wegstiehlt»¹¹⁰.

dd. Rechtslage bis zum Inkrafttreten des revidierten Gesetzesrechts

Nicht einfach zu beantworten ist die Frage, was bis zum Inkrafttreten des revidierten Rechts gelten soll. Das Bundesgericht hat in einem jüngsten Entscheid gestützt auf Art. 297 Abs. 3 ZGB am Ausschluss des gemeinsamen Sorgerechts für geschiedene Eltern festgehalten^{110a}. Mit den von beiden Parteien im Berufungsverfahren angerufenen Bestimmungen der KRK – Art. 2, 3 und 18 KRK – hat sich das Bundesgericht allerdings gar nicht auseinandergesetzt, so dass das Urteil jedenfalls unter diesem Aspekt nicht zu überzeugen vermag^{110b}. Nach WIRZ ist demgegenüber die gemeinsame elter-

¹⁰⁸ Nach WIRZ, 192, ist im Rahmen eines Scheidungsverfahrens ein Antrag der Eltern auf Belassung der gemeinsamen elterlichen Sorge zu verlangen. Dieser ist genehmigungsbedürftig, wobei bei Einigkeit der Eltern zu vermuten ist, dass die Regelung dem Kindeswohl am besten entspricht.

¹⁰⁹ In Deutschland liegt der Anteil geschiedener Eltern mit gemeinsamem Sorgerecht gemäss Untersuchungen zwischen einem und zwei Prozent. Vgl. OELKERS/KASTEN, 19 mit Hinweisen in Anm. 8.

¹¹⁰ HEGNAUER, Elterliche Gewalt, 377.

^{110a} Zur Publikation vorgesehenes Urteil 5C.206/1997 vom 20. November 1997.

^{110b} Das Bundesgericht beschränkt sich im erwähnten Entscheid 5C.206/1997, E. 2 b bb i. f., darauf, festzustellen, der Kläger äussere sich weder zur Frage der direkten Anwendbarkeit von Art. 2, 3 und 18 KRK, noch dazu, ob der Konvention überhaupt eine über die Scheidung hinausdauernde gemeinsame elterliche Gewalt zu entnehmen sei. In E. 2 c i. f. wird sodann eine konventionskonforme Auslegung von Art. 297 Abs. 3 ZGB erwähnt; eine solche ist jedoch in bezug auf die Bestimmungen der KRK im ergangenen Entscheid nicht vorgenommen worden.

Es fällt auf, dass das Bundesgericht die Frage, ob Art. 2, 3 und 18 KRK direkt anwendbar sind oder nicht, im zu beurteilenden Fall gar nicht geprüft hat. Diese Vorgehensweise steht in Widerspruch zu den Ausführungen der Materialien, wonach es Sache der rechtsanwendenden Behörden ist, «im konkreten Fall über die Justiziabilität der einzelnen Bestimmungen des Übereinkommens zu entscheiden» (Botschaft, 20). Im Urteil fehlt auch jede inhaltliche Auseinandersetzung mit den von beiden Parteien geltend gemachten Konventionsbestimmungen. Nachdem das Übereinkommen im Zeit-

liche Sorge unverheirateter und geschiedener Eltern bereits nach geltendem Recht, d.h. seit Inkrafttreten der KRK, gestützt auf Art. 18 KRK zuzulassen¹¹¹. Dem ist an sich entgegenzuhalten, dass Art. 18 KRK programmatisch im Sinne eines Auftrages an die Staaten formuliert ist¹¹². Das Übereinkommen enthält auch keine Beurteilungskriterien für den Entscheid über die Gewährung gemeinsamer elterlicher Gewalt¹¹³. Insoweit kann das jüngste Urteil des Bundesgerichts trotz der in bezug auf die fehlende Auseinandersetzung mit der KRK anzubringenden Vorbehalte im Ergebnis durchaus gebilligt werden. Andererseits könnte in Anbetracht der Anliegen der KRK¹¹⁴ sowie der Erkenntnisse der Humanwissenschaften¹¹⁵ bei Vorliegen eines gemeinsamen Antrages beider nicht verheirateter

punkt der Ausfällung des erst- und zweitinstanzlichen Urteils für die Schweiz noch nicht in Kraft getreten war, hätte das Bundesgericht in casu als einzige Instanz Gelegenheit gehabt, sich unter der Geltung der KRK als Landesrecht über deren Bedeutung und Tragweite in bezug auf den Grundsatz der gemeinsamen elterlichen Verantwortung zu äussern. Dabei wäre in einem ersten Schritt die Frage der direkten Anwendbarkeit der angerufenen Normen zu prüfen und deren allfälliger materieller Gehalt zu konkretisieren gewesen. Bei Verneinung eines justiziablen Anspruchs hätte eine Auslegung von Art. 297 Abs. 3 ZGB im Lichte der KRK erfolgen müssen. Offen bleibt, ob das seitens des Bundesgerichtes unterbliebene Eingehen auf die angerufenen Bestimmungen der KRK mit den bereits fortgeschrittenen Gesetzgebungsarbeiten, welche die Möglichkeit der Einräumung gemeinsamer elterlicher Gewalt auch an unverheiratete und geschiedene Eltern vorsehen, zu erklären ist.

111 WIRZ, 95. Ebenso bezüglich geschiedener Eltern DUNAND, 145 ff., besonders 151, welche sich allerdings vorab auf eine teleologische Gesetzesauslegung stützt und auf Art. 18 Abs. 1 KRK nur kurz – S. 148, Anm. 20 – verweist; dagegen die Antwort von MÜLLER, 457 ff., allerdings ohne Einbezug der KRK. Noch weiter als die Auffassung von WIRZ geht jene von BALSCHWEIT, 1209, welcher sich bereits vor Inkrafttreten der KRK für die Zulassung gemeinsamer elterlicher Gewalt ausgesprochen hat. In einem Scheidungsurteil vom 22. März 1994 hat auch das Obergericht des Kantons Basel-Landschaft entgegen BGE 117 II 523 ff. beiden Eltern die elterliche Gewalt zugewiesen; vgl. SJZ 93 (1997), 129.

112 Art. 18 Abs. 1 Satz 1 KRK lautet: «Die Vertragsstaaten bemühen sich nach besten Kräften, die Anerkennung des Grundsatzes sicherzustellen, dass beide Elternteile gemeinsam für die Erziehung und Entwicklung des Kindes verantwortlich sind.»

113 Siehe auch REUSSER, Revision, 52, Anm. 16, wonach es nach der KRK Sache der einzelnen Staaten ist, die Grenzen des Grundsatzes der gemeinsamen elterlichen Gewalt festzulegen.

114 Es sei insbesondere daran erinnert, dass nach der Grundsatzbestimmung des Art. 3 KRK das Wohl des Kindes generell, auf allen Gebieten und durch alle Beteiligten, vorrangig zu berücksichtigen ist. Vgl. dazu vorne C. III. 2 sowie E. III. mit Hinweis darauf, dass Art. 3 KRK eine über den im schweizerischen Recht bereits breiten Anwendungsbereich des Kindeswohls hinausgehende Bedeutung zukommt.

115 Vgl. für den Scheidungsfall: Botschaft Scheidungsrecht, 128; von STURM ZU VEHLINGEN, 1066 f., m. w. H.

oder zu scheidender Eltern und im Einzelfall seriös gewonnener Überzeugung, das Kindeswohl sei damit am besten gewahrt, ebenso gut auch gegenteilig entschieden und die gemeinsame elterliche Gewalt gewährt werden.

2. Trennung des Kindes von seinen Eltern

a. Schutz des Kindes vor Trennung

Im schweizerischen Kindesrecht ist die Trennung des Kindes von seinen Eltern in Form der *Kindesschutzmassnahmen* der Aufhebung der elterlichen Obhut (Art. 310 ZGB) und der ordentlichen Entziehung der elterlichen Gewalt gemäss Art. 311 ZGB möglich¹¹⁶. Weiter erfolgt eine Trennung von Eltern und Kind, wenn in *eherechtlichen Verfahren* (Ehescheidungs- und Trennungsverfahren oder Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes) über die Zuteilung der elterlichen Obhut und der elterlichen Gewalt zu entscheiden ist (Art. 156 und 176 ZGB).

Das schweizerische Recht erfüllt diesbezüglich sowohl hinsichtlich der Voraussetzungen als auch des Verfahrens die sich aus Art. 9 Abs. 1 KRK ergebenden Anforderungen¹¹⁷.

b. Gelegenheit zur Teilnahme am Trennungsverfahren

Art. 9 Abs. 2 KRK stellt m. E. eine direkt anwendbare Bestimmung dar. Aus ihr ist folglich in allen zur Trennung führenden Kindesschutz- und Ehrechtsverfahren ein *Anhörungsrecht des Kindes* abzuleiten. Soweit ein solches im anwendbaren Prozessrecht nicht vorgesehen sein sollte, ist es dem Kind unmittelbar gestützt auf die KRK zu gewähren. Zugleich sind damit die in erster Linie für die Regelung des Kindesschutzverfahrens und des Zivilprozessrechts zuständigen Kantone¹¹⁸ aufgerufen, konventionskonformes Verfahrensrecht zu erlassen.

¹¹⁶ Mit dem Willen der Eltern erfolgt die Entziehung der elterlichen Gewalt durch die Vormundschaftsbehörde nach Art. 312 ZGB.

¹¹⁷ Ebenso Botschaft, 31. Gl. M. für das Kindeswohl im Bereich des Kindesschutzes LÜCKER-BABEL, 222.

¹¹⁸ Botschaft, 32.

c. *Persönlicher Verkehr*

Art. 273 ZGB gewährt den Eltern Anspruch auf angemessenen persönlichen Verkehr mit dem unmündigen Kind, das nicht unter ihrer elterlichen Gewalt oder Obhut steht¹¹⁹. Das Recht der Eltern wird in der Lehre als *Pflichtrecht* angesehen, so dass daraus als *Reflexwirkung* ein Anspruch des Kindes auf persönlichen Verkehr mit seinen Eltern resultiert¹²⁰. Ein selbständiger Anspruch des Kindes auf persönlichen Verkehr ist im geltenden Recht dagegen nicht vorgesehen.

Im Lichte der KRK ist ein Perspektivenwechsel vom Recht der Eltern und einem lediglich daraus resultierenden, abgeleiteten Reflexrecht des Kindes hin zu einem eigenen und *selbständigen Recht des Kindes* auf persönlichen Verkehr vorzunehmen.

Um dem in Art. 9 Abs. 3 KRK vorgesehenen Recht des Kindes vermehrt Rechnung zu tragen, wird denn in Art. 273 Abs. 1 E ZGB *neu ein gegenseitiger Anspruch des nicht sorge- oder obhutsberechtigten Elternteils und des Kindes auf angemessenen persönlichen Verkehr* vorgesehen. Wie im geltenden Recht wird allerdings eine zwangsweise Durchsetzung des Anspruchs des Kindes gegen den Willen der Eltern nicht möglich sein¹²¹. Die Geltendmachung des Besuchsrechts des Kindes gegen den Willen eines Elternteils ist jedoch mit dem Sinn des persönlichen Verkehrs und auch mit dem Wohl des Kindes ohnehin nicht vereinbar. Das Erzwingen des Besuchsrechts kann in Anbetracht von Art. 3 Abs. 1 KRK auch nicht aus der Konvention abgeleitet werden.

Nach Art. 133 Abs. 1 E ZGB regelt im Scheidungsverfahren das Gericht den Anspruch des Elternteils, dem die elterliche Sorge entzogen wird, auf persönlichen Verkehr. Dabei ist soweit tunlich auf die *Meinung des Kindes* Rücksicht zu nehmen (Art. 133 Abs. 2 E ZGB). Sodann sieht Art. 275a E ZGB für den Elternteil ohne elterliche Sorge besondere *Informations-, Anhörungs- und Auskunft-*

119 Der Vergleich von Art. 9 Abs. 3 KRK und Art. 273 ZGB offenbart ein weiteres Mal die Gegensätzlichkeit der Optik von Konvention und schweizerischem Kindesrecht.

120 HEGNAUER, Grundriss, N. 19.05; SCHWENZER, 823; Botschaft, 33. Vgl. aus der Rechtsprechung BGE 122 III 406 f. E. 3a.

121 Vgl. für das geltende Recht HEGNAUER, N. 57 f. zu Art. 273 ZGB. Siehe zu den Schwierigkeiten des Vollzugs des Besuchsrechts in der Praxis auch WENGER-LENHERR, 1226.

rechte vor¹²². Diese neuen Rechte des nicht sorgeberechtigten Elternteils sind als notwendige Ergänzung zum Recht auf persönlichen Verkehr zu befürworten¹²³.

Die vorgesehenen Neuerungen verstärken das Recht des Kindes auf Kontakt zu beiden Elternteilen und sind daher aus der Optik der KRK zu begrüssen.

VI. **Wenig problematische Bereiche des schweizerischen Kindesrechts**

Mehrere Bereiche des schweizerischen Kindesrechts lassen sich mehr oder weniger problemlos mit der KRK vereinbaren.

So trägt die Regelung der *Rechtsfähigkeit, Handlungsfähigkeit* und *Urteilsfähigkeit* im schweizerischen Privatrecht in Übereinstimmung mit den Zielen der KRK sowohl dem Bedürfnis des Kindes, geschützt zu werden, wie auch seiner Individualität Rechnung¹²⁴.

Das in Art. 7 KRK verankerte Recht des Kindes auf einen *Namen* ist im schweizerischen Recht durch Art. 270 ZGB dem Grundsatz nach gewährleistet¹²⁵. Fragen können sich allenfalls im Zusammenhang mit einer Änderung des bei der Geburt erworbenen Namens stellen; im Lichte von Art. 7 und 8 KRK wird das Recht des Kindes an der Beibehaltung seines Namens stärker als bisher zu gewichten sein.

Das schweizerische Recht entspricht weiter mit der in Art. 59 ff. ZStV enthaltenen Regelung der Eintragung in das *Geburtsregister* Art. 7 Abs. 1 KRK und dem in Art. 8 KRK stipulierten Recht des Kindes auf Identität, soweit dessen Tragweite heute abgeschätzt werden kann¹²⁶.

Ebenso erfüllt die Regelung der *Unterhaltungspflicht* im ZGB die Anforderungen der KRK¹²⁷.

Weiter darf auch das schweizerische *Adoptionsrecht* als mit Art. 21 KRK in Einklang stehend beurteilt werden¹²⁸.

122 Botschaft Scheidungsrecht, 160 f.

123 WENGER-LENHERR, 1227.

124 Botschaft, 23.

125 HAUSAMMANN, 41; Botschaft, 27.

126 HAUSAMMANN, 44; Botschaft, 30.

127 Gl. M. HAUSAMMANN, 69.

128 Ebenso HAUSAMMANN, 61; LÜCKER-BABEL, 222.

Die KRK enthält schliesslich keine Regelung der mit dem Kindsein verbundenen vermögensrechtlichen Fragen. Sie verbleibt somit ohne direkten¹²⁹ Einfluss auf die innerstaatliche Normierung hinsichtlich des *Kindesvermögens*¹³⁰.

VII. Die Verfahrensrechte des Kindes

1. Anhörungsrecht im Eltern-Kind-Verhältnis

Der Leitidee des Anhörungsrechts gemäss Art. 12 KRK entspricht für das *Eltern-Kind-Verhältnis* Art. 301 Abs. 2 ZGB¹³¹. Nach dieser Grundsatzbestimmung gewähren die Eltern dem Kind die seiner Reife entsprechende Freiheit der Lebensgestaltung und nehmen in wichtigen Angelegenheiten, soweit tunlich, auf seine Meinung Rücksicht. Der in Art. 301 Abs. 2 ZGB ausgesprochene Grundsatz gilt nicht nur für die Eltern, sondern auch für Stief- und Pflegeeltern, den Vormund sowie jede Behörde, die Entscheidungen für oder über den Unmündigen zu treffen hat¹³².

2. Zivilrechtliche Verfahren

Schlecht ausgestaltet ist im geltenden Recht die Stellung des Kindes in *zivilrechtlichen Verfahren*^{133, 134}.

Im Abstammungs- (Art. 256 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB, Art. 259 Abs. 2 Ziff. 2 ZGB; Art. 260a Abs. 1 ZGB; Art. 261 Abs. 1 ZGB) oder Unterhaltsprozess (Art. 279 Abs. 1 ZGB) sowie im Namensänderungsverfahren (Art. 30 Abs. 1 ZGB) ist das Kind selbst Partei. Es wird dabei grundsätzlich durch den Inhaber der elterlichen Gewalt vertreten; bei Interessenkollisionen ist gemäss Art. 306 Abs. 2 ZGB ein Beistand im Sinne von Art. 392 Ziff. 2 ZGB zu ernennen¹³⁵.

¹²⁹ Indirekt bleibt ein Einfluss via die allgemeinen Schutzvorschriften zugunsten des Kindes bestehen.

¹³⁰ Vgl. NEIRINCK, 56, D 12, N. 98.

¹³¹ Vgl. Botschaft, 38.

¹³² HEGNAUER, Grundriss, N. 26.04.

¹³³ SCHWENZER, 823. Vgl. auch die Kritik von HEGNAUER, *Anwalt*, 181 ff.

¹³⁴ Anders garantiert Art. 4 BV im Verhältnis zu staatlichen Behörden den Betroffenen einen Anspruch auf rechtliches Gehör in allen Verfahren, in welchen im konkreten Einzelfall ein hoheitlicher Entscheid getroffen wird, der sie belasten könnte. Das betroffene Kind ist dabei in solchen Verfahren aufgrund seiner Rechtsfähigkeit (Art. 11 ZGB) parteifähig. Vgl. Botschaft, 38.

¹³⁵ Vgl. auch SCHWENZER, 823.

In den eherechtlichen Verfahren seiner Eltern, wo namentlich auch über die Zuteilung der elterlichen Gewalt zu entscheiden ist, und in den Kindesschutzverfahren stehen dem Kind dagegen nach geltendem Recht keine Parteirechte und auch kein Anspruch auf Anhörung zu¹³⁶. Es kann keinem Zweifel unterliegen, dass das schweizerische Kindesrecht in bezug auf die rechtliche Stellung des Kindes im eherechtlichen Prozess der Eltern, insbesondere hinsichtlich des Anhörungsrechts, den Anforderungen von Art. 12 und Art. 9 Abs. 2 KRK nicht gerecht wird¹³⁷.

3. Entwurf zum neuen Scheidungsrecht

Nach dem Entwurf zum neuen Scheidungsrecht ist in den *eherechtlichen Verfahren* bei der Zuteilung der elterlichen Sorge und der Regelung des persönlichen Verkehrs soweit tunlich auf die *Meinung des Kindes* Rücksicht zu nehmen (Art. 133 Abs. 2 E ZGB). Bei veränderten Verhältnissen steht dem Kind gemäss Art. 134 Abs. 1 E ZGB das Recht zu, ein Begehren um Neuregelung der elterlichen Sorge zu stellen. Nach Art. 144 Abs. 2 E ZGB hat das Gericht die Kinder hinsichtlich der sie betreffenden Anordnungen in geeigneter Weise persönlich *anzuhören*, soweit nicht ihr Alter oder andere wichtige Gründe dafür sprechen, dass die Anhörung durch eine Drittperson erfolgt oder überhaupt unterbleibt¹³⁸. Weiter ist gemäss Art. 147 E ZGB durch das Gericht eine *Vertretung des Kindes* durch einen Beistand im eherechtlichen Prozess anzuordnen, wenn die Eltern bezüglich der Zuteilung der elterlichen Sorge oder wichtiger Fragen des persönlichen Verkehrs unterschiedliche Anträge stellen (Ziff. 1), wenn das urteilsfähige Kind es beantragt (Ziff. 2), wenn die Vormundschaftsbehörde es beantragt und wichtige Gründe vorliegen (Ziff. 3) oder wenn erhebliche Zweifel an der Angemessenheit gemeinsamer Anträge der Eltern über die Zuteilung der elterlichen Sorge und den persönlichen Verkehr bestehen oder Kindesschutz-

¹³⁶ Botschaft, 38. Eingehend dazu mit Darstellung der Mängel der geltenden Ordnung und ihren teilweise gravierenden Folgen HEGNAUER, *Anwalt*, 184 ff.

Immerhin ist positiv zu vermerken, dass die neuere Rechtsprechung des Bundesgerichts die Meinung der Kinder beim Zuteilungsentscheid in eherechtlichen Verfahren zunehmend stärker gewichtet; vgl. BGE 122 III 401 ff.

¹³⁷ Ebenso BRÄM/HASENBÖHLER, N. 96 zu Art. 176 ZGB.

¹³⁸ Zum Anhörungsrecht des Kindes im Gesetzesentwurf MANÄI, 1192 ff.

massnahmen in Erwägung zu ziehen sind (Ziff. 4)¹³⁹. Die vorgeschlagene Regelung sieht von einer generellen Vertretungspflicht zu Recht ab. Zuständig zur Bezeichnung des Beistandes ist die Vormundschaftsbehörde (Art. 148 Abs. 1 E ZGB). Gemäss Art. 148 Abs. 2 E ZGB kann der Beistand hinsichtlich der Zuteilung der elterlichen Sorge, grundlegender Fragen des persönlichen Verkehrs oder Kindesschutzmassnahmen Anträge stellen und Rechtsmittel einlegen. Gerichts- und Parteikosten dürfen dem Kind nicht auferlegt werden (Art. 148 Abs. 3 E ZGB).

Der Entwurf bringt im Vergleich zum geltenden Recht eine wesentliche Verbesserung der Stellung des Kindes in den eherechtlichen Verfahren seiner Eltern¹⁴⁰. Er entspricht auch weitgehend den Vorgaben der KRK. Aus der Optik der Konvention wäre allerdings zu begrüssen, wenn das Anhörungsrecht des Kindes in eherechtlichen Verfahren jedenfalls dem Grundsatz nach zwingend vorgeschrieben würde¹⁴¹.

Für das *Kindesschutzverfahren* sieht Art. 314 Ziff. 1 E ZGB vor, dass das Kind vor dem Erlass von Kindesschutzmassnahmen in geeigneter Weise *anzuhören* ist, soweit nicht sein Alter oder andere wichtige Gründe dafür sprechen, dass die Anhörung durch einen Dritten erfolgt oder überhaupt unterbleibt. Die Bestimmung ist sinngemäss auch im Besuchsrechtsverfahren nach Art. 273 ff. ZGB anwendbar¹⁴². Die Norm entspricht dem gleichlautenden, für eherechtliche Verfahren massgebenden Art. 144 Abs. 2 E ZGB. Auch hier würde ein grundsätzlich zwingendes Anhörungsrecht zugunsten des Kindes der KRK noch besser entsprechen.

4. Zur Rechtslage bis zum Inkrafttreten des neuen Scheidungsrechts

Welche Schlüsse sind bis zum Inkrafttreten des – im Entwurf geeignete Vorschläge aufweisenden – neuen Scheidungsrechts in bezug auf das Anhörungsrecht des Kindes aus der KRK zu ziehen?

¹³⁹ Zum Recht des Kindes auf Vertretung MANAÏ, 1194 ff. Vom eben erwähnten Katalog zwingender Gründe für die Anhörung des Kindes ist der Ständerat abgewichen; vgl. MANAÏ, 1195 f. Der Nationalrat hat sich der ständerätlichen Fassung angeschlossen; siehe NZZ Nr. 294 vom 18. Dezember 1997, 18.

¹⁴⁰ Vgl. auch MANAÏ, 1196.

¹⁴¹ SCHWENZER, 823 f.; vgl. auch BRÄM-HASENBÖHLER, N. 98 zu Art. 176 ZGB.

¹⁴² Botschaft Scheidungsrecht, 165.

Art. 12 und Art. 9 Abs. 2 KRK¹⁴³ enthalten direkte Garantien an das Kind und sind so bestimmt formuliert, dass sie der weiteren Ausführung durch nationales Recht nicht bedürfen, um angewendet werden zu können. Art. 12 KRK gilt als eine der zentralen Bestimmungen des Übereinkommens. Er bringt wegleitend zum Ausdruck, dass das Kind nicht einfach Objekt ist, über das gestritten und verfügt werden kann, sondern dass das Kind vielmehr eine eigenständige Rechtspersönlichkeit mit eigenen Rechten ist¹⁴⁴. Wer die Anliegen der Konvention im besten Interesse des Kindes zu realisieren versucht, wird Art. 12 und Art. 9 Abs. 2 KRK als direkt anwendbare Bestimmungen einstufen müssen. Für die zur Regelung des Zivilprozessrechts und des Kindesschutzverfahrens zuständigen Kantone¹⁴⁵ ergibt sich die Pflicht zum *Erlass entsprechender Verfahrensrechts*. Bis zur Inkraftsetzung konventionskonformen Prozessrechts besteht direkt für die zuständigen rechtsanwendenden Gerichte und Vormundschaftsbehörden die Rechtspflicht, dem Kind unmittelbar gestützt auf Art. 12 bzw. Art. 9 Abs. 2 KRK ein *Anhörungsrecht zu gewähren*¹⁴⁶. Dagegen lassen sich aus der KRK nicht Parteistellung und Prozessfähigkeit ableiten; das Übereinkommen verlangt auch nicht direkt einen Vertreter für das Kind¹⁴⁷.

VIII. Weitere Fragen

Auch ausserhalb des Kindesrechts des ZGB bestehen Bereiche, wo zweifelhaft ist, ob das Landesrecht der KRK entspricht¹⁴⁸. Sodann werden die erforderlichen organisatorischen Vorkehren zur Durchführung des Übereinkommens zu treffen sein. Angesichts der unterschiedlichen Zuständigkeiten wird insbesondere eine Koordi-

¹⁴³ Wie weit Art. 12 und Art. 9 Abs. 2 KRK direkt anwendbar sind, ist auf internationaler Ebene offen. Der französische Kassationshof hat in einem konkreten Fall zu Art. 12 KRK dem Übereinkommen generell die direkte Anwendbarkeit versagt. In Belgien sind Art. 12 und Art. 9 KRK direkt anwendbar. Vgl. Botschaft, 39, Anm. 143. Die überwiegende französische und deutsche Literatur gehen allgemein von der unmittelbaren innerstaatlichen Anwendbarkeit der KRK aus; vgl. SCHWENZER, 819, mit Hinweisen in Anm. 21 und 22. Vgl. auch Botschaft Scheidungsrecht, 144 oben.

¹⁴⁴ Botschaft Scheidungsrecht, 143.

¹⁴⁵ Botschaft, 38.

¹⁴⁶ So für das Verfahren vor dem Eheschutzrichter auch BRÄM/HASENBÖHLER, N. 97 zu Art. 176 ZGB.

¹⁴⁷ VERSCHRAEGEN, 84.

¹⁴⁸ Vgl. SCHWENZER, 824.

nation aller kindesrelevanter Massnahmen zwischen Bund, Kantonen, Gemeinden, Organisationen und Privaten vonnöten sein.

F. Schlussbemerkung

Zum Schluss sei daran erinnert, dass die hinsichtlich der Stellung des Kindes erzielten *rechtlichen Fortschritte* keinesfalls automatisch eine generelle Verbesserung auch der tatsächlichen Lebensbedingungen für Kinder bedeuten. Die Kinder leiden unter den grossen aktuellen Problemen unserer Welt – Armut, Bevölkerungswachstum, Umweltzerstörung, Hunger, Krankheit, politische und militärische Konflikte – zweifellos am meisten¹⁴⁹. Die Zahl der in Armut lebenden Kinder nimmt weltweit zu¹⁵⁰. Die Studie der Arbeitsgruppe über Kindesmisshandlungen in der Schweiz, Schlussbericht zuhanden des Vorstehers des EDI, vom Juni 1992¹⁵¹, enthält auch für unser Land Befunde, die nachdenklich stimmen müssen und deutlich machen, wie schutz- und hilflos das Kind letztlich bleibt¹⁵². Bei aller Genugtuung über erreichte Verbesserungen der Rechtsstellung des Kindes werden weiterhin intensive Bemühungen zu deren Verwirklichung und damit zur *Verbesserung auch der tatsächlichen Lebensbedingungen des Kindes* erfolgen müssen.

Materialien

- Bericht Kindesmisshandlungen in der Schweiz vom Juni 1992, mit Stellungnahme des Bundesrates vom 27. Juni 1995, in: BBl 1995, Bd. IV, 1 ff.
- Botschaft betreffend den Beitritt der Schweiz zum Übereinkommen von 1989 über die Rechte des Kindes vom 29. Juni 1994 (zitiert: Botschaft)
- Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Personenstand, Eheschliessung, Scheidung, Kindesrecht, Verwandtenunterstützungspflicht, Heimstätten, Vormundschaft und Ehevermittlung) vom 15. November 1995 (zitiert: Botschaft Scheidungsrecht)

149 Vgl. Botschaft, 3, mit Hinweis in Anm. 1 auf den UNICEF-Bericht zur Situation der Kinder in der Welt 1994, New York/Genf, 1993/1994.

150 VERSCHRAEGEN, 31, mit Hinweis in Anm. 216.

151 Abgedruckt in BBl 1995, Bd. IV, 53 ff., mit Stellungnahme des Bundesrates vom 27. Juni 1995, in BBl 1995, Bd. IV, 1 ff.

152 Vgl. auch WETTSTEIN, 9.

Botschaft über die Volksinitiative «zum Schutz des Menschen vor Manipulationen in der Fortpflanzungstechnologie (Initiative für menschenwürdige Fortpflanzung, FMF)» und zu einem Bundesgesetz über die medizinisch unterstützte Fortpflanzung (Fortpflanzungsmedizinengesetz, FMedG) vom 26. Juni 1996 (zitiert: Botschaft FMedG)

Literatur

- PETER BALSCHWEIT, Gesetzgebung und Rechtsprechung zur gemeinsamen elterlichen Gewalt, AJP 1993, 1204 ff.
- ADRIANA BEGHÈ LORETI (a cura di), La tutela internazionale dei diritti del fanciullo, Padova 1995
- VERENA BRÄM/Franz HASENBÖHLER, Zürcher Kommentar, Bd. II: Das Familienrecht, 1. Abteilung: Das Eherecht (Art. 90–251 ZGB), Teilbd. II 1c: Die Wirkungen der Ehe im allgemeinen, Dritte Lieferung, Art. 169–180 ZGB, Zürich 1997
- ANDREAS BRAUCHLI, Das Kindeswohl als Maxime des Rechts, Diss. Zürich 1982 (Zürcher Studien zum Privatrecht 24)
- GABRIELE DORSCH, Die Konvention der Vereinten Nationen über die Rechte des Kindes, Schriften zum Völkerrecht, Bd. 115, Diss. München, Berlin 1994
- CATHERINE JOSEPHIDES DUNAND, «Pour une autorité parentale commune après le divorce de lege lata», SJZ 93 (1997), 145 ff.
- CHRISTIANA HAUSAMMANN, Die Konvention über die Rechte des Kindes und ihre Auswirkungen auf die schweizerische Rechtsordnung, Bern 1991
- CYRIL HEGNAUER, Berner Kommentar, Bd. II: Das Familienrecht, 2. Abt.: Die Verwandtschaft, 1. Teilbd.: Die Entstehung des Kindesverhältnisses, Art. 252–269c ZGB, Bern 1984 (zitiert: HEGNAUER)
- CYRIL HEGNAUER, «Der Anwalt des Kindes», ZVW 49 (1994), 181 ff. (zitiert: HEGNAUER, Anwalt)
- CYRIL HEGNAUER, Dürfen dem mündigen Adoptierten die leiblichen Eltern gegen den Willen der Adoptiveltern bekanntgegeben werden?, ZVW 46 (1991), 101 ff. (zitiert: HEGNAUER, Adoptierten)
- CYRIL HEGNAUER, Gemeinsame elterliche Gewalt, SJZ 86 (1990), 369 ff. (zitiert: HEGNAUER, Elterliche Gewalt)
- CYRIL HEGNAUER, Grundriss des Kindesrechts und des übrigen Verwandtschaftsrechts, 4. Aufl., Bern 1994 (zitiert: HEGNAUER, Grundriss)
- MONIQUE JAMETTI GREINER, Adoption in der Schweiz; Überblick über die Rechtsprechung, Adoption und UNO-Konvention über die Rechte des Kindes, ZVW 49 (1994), 52 ff.
- MARIE-FRANÇOISE LÜCKER-BABEL, Kinderrechte und Verstärkung der innerfamiliären Beziehungen, ZVW 50 (1995), 218 ff.

- DOMINIQUE MANAI, La réforme des droits de l'enfant dans la procédure de divorce, AJP 1997, 1191 ff.
- CHRISTIAN J. MEIER-SCHATZ, Über Entwicklung, Inhalt und Strukturelemente des Kindesrechts. Eine Gegenüberstellung von Schweizer Recht und UNO-Konvention, AJP 1993, 1035 ff.
- CHRISTOPH MÜLLER, Réponse à l'article de CATHERINE JOSEPHIDES DUNAND intitulé «Pour une autorité parentale commune après le divorce de lege lata», SJZ 93 (1997), 457 ff.
- CLAIRE NEIRINCK, Le droit de l'enfance après la Convention des Nations Unies, Paris 1993
- HARALD OELKERS/HARTWIG KASTEN, Zehn Jahre gemeinsame elterliche Sorge nach der Scheidung, FamRZ 40 (1993), 18 ff.
- MAURIZIO ORLANDI, Il diritto del minore alla registrazione, al nome, ad acquisire una cittadinanza, a conoscere i propri genitori e ad essere allevato da essi, nella Convenzione sui diritti del fanciullo e nella legislazione italiana, in: BEGHÈ LORETI, 99 ff.
- ALFRED E. VON OVERBECK, La convention relative aux droits de l'enfant et le droit de l'enfant d'être entendu et représenté, in: Familie und Recht, Festgabe Bernhard Schnyder (Herausgeber: PETER GAUCH, JÖRG SCHMID, PAUL-HENRI STEINAUER, PIERRE TERCIER, FRANZ WERRO), Freiburg 1995, 481 ff.
- ALEXANDRE PAPAUX-OFFNER, La Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant, plaidoyer 1993, 45 ff.
- RUTH REUSSER, Fortpflanzungsmedizin – Stand des Gesetzgebungsverfahrens, ZBJV 133 (1997), 472 ff. (zitiert: REUSSER, Fortpflanzungsmedizin)
- RUTH REUSSER, Die Revision des Scheidungsrechts – die aus kindes- und vormundschaftlicher Sicht relevanten Neuerungen, ZVW 48 (1993), 47 ff. (zitiert: REUSSER, Revision)
- INGEBORG SCHWENZER, in: HEINRICH HONSELL/NEDIM PETER VOGT/THOMAS GEISER, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch I, Art. 1–359 ZGB, Basel und Frankfurt am Main 1996 (zitiert: SCHWENZER, BS-K)
- INGEBORG SCHWENZER, Die UN-Kinderrechtskonvention und das schweizerische Kindesrecht, AJP 1994, 817 ff. (zitiert: SCHWENZER)
- HANS A. STÖCKER, Die UNO-Kinderkonvention und das deutsche Familienrecht, FamRZ 39 (1992), 245 ff.
- CHRYSANT VON STURM ZU VEHLINGEN, Gemeinsame elterliche Sorge (elterliche Gewalt) nach Ehescheidung. Ein Ziel der Scheidungsrechtsrevision im internationalen Vergleich, AJP 1997, 1059 ff.
- URS TSCHÜMPERLIN, Die elterliche Gewalt in bezug auf die Person des Kindes (Art. 301–303 ZGB), Diss. Freiburg 1989 (AISUF 92)

- EUGEN VERHELLEN, Convention on the rights of the child; Background, motivation, strategies, main themes, Leuven/Apeldoorn 1994
- BEA VERSCHRAEGEN, Die Kinderrechtskonvention, Wien 1996
- RITA WENGER-LENHERR, Scheidungsrechtsrevision: Neuerungen bei der Kinderzuteilung und im Kindesrecht, AJP 1996, 1225 ff.
- GÉRARD WETTSTEIN, Die Aufgaben von Bund und Kantonen nach der Ratifikation des Übereinkommens der Vereinten Nationen vom 20. November 1989 über die Rechte des Kindes («Kinderkonvention»), Bern 1994
- ANNATINA WIRZ, Gemeinsame elterliche Gewalt geschiedener und nicht verheirateter Eltern; unter Berücksichtigung des deutschen, französischen, englischen und schweizerischen Rechts; Diss. Basel 1995 (Schriftenreihe des Instituts für Internationales Recht und Internationale Beziehungen Bd. 68)