



Regierungsrat des Kantons Basel-Stadt

An den Grossen Rat

10.5293.02

JSD/P105293
Basel, 16. Januar 2013

Regierungsratsbeschluss
vom 15. Januar 2013

Anzug Tanja Soland und Konsorten betreffend Förderung der Verfahrensbeteiligung von Kindern

Der Grosser Rat hat an seiner Sitzung vom 16. Dezember 2010 den nachstehenden Anzug Tanja Soland und Konsorten dem Regierungsrat überwiesen:

"Artikel 12 Abs. 2 der Kinderrechtskonvention verlangt die Beteiligung von Kindern an allen staatlichen Verfahren, soweit sie vom Verfahrensgegenstand berührt sind. Eine Studie ("Kindheit, Jugend und Generationenbeziehungen im gesellschaftlichen Wandel") weist aber nach, dass nur rund 10% der von einer Scheidung betroffenen Kinder angehört werden. Eine andere Studie zur Praxis des Kantons Basel Stadt zeigt, dass selbst in Kinderschutzverfahren 8% der betroffenen Kinder kein Alleingespräch ohne Eltern führen konnte und kein einziges Kind eine unabhängige anwaltliche Vertretung für sich alleine hatte.

Die Praxis zum Anhörungsrecht und zur Kindesvertretung im Scheidungsrecht zeigt, dass Kinder immer noch wenig angehört und nur selten Vertretungen angeordnet werden. Zudem wird der Einsatz unabhängiger, professioneller Kindesvertretungen faktisch durch die Schwierigkeit verhindert, solche Mandate zu finanzieren. Es fehlt eine aktive Aufklärung von Behörden, Gerichten und verfahrensinvolverter Personen über die Rechte von Kindern auf Beteiligung an jeglichen Verfahren. Gleiches gilt auch für weite Bereiche des Verwaltungsrechts, unter anderem des Asyl- und Ausländerrechts. Auch da finden Kinder zu wenig Gehör, welche von den Verfahren ihrer Eltern mitbetroffen werden.

Die Regierung wird gebeten zu prüfen und zu berichten, wie die Verfahrensbeteiligung von Kindern im Familien-, Straf und Verwaltungsrecht unter Einschluss des Asyl- und Ausländerrechts effektiv gefördert und umgesetzt werden kann. Insbesondere soll auch geprüft werden, ob Ausbildungsprogramme für Gerichte, Verwaltung und KindesverfahrensvertreterInnen durchgeführt werden können und wie die Finanzierung unabhängiger Kindesverfahrensvertretungen sichergestellt werden kann.

Tanja Soland, Franziska Reinhard, Stephan Luethi-Brüderlin, Ursula Metzger Junco P., Brigitta Gerber, Martin Lüchinger, Christine Keller, Atilla Toptas, Mustafa Atici, Sibel Arslan, Sabine Suter, Philippe P. Macherel, Loretta Müller, Dominique König-Lüdin, Brigitte Hollinger, Maria Berger-Coenen, Heidi Mück"

Wir berichten zum Anzug wie folgt:

1. Allgemeines

Die Anzugstellerinnen und -steller bitten den Regierungsrat zu prüfen, auf welche Weise die Verfahrensbeteiligung von Kindern gemäss Art. 12 Abs. 2 der UNO-Kinderrechtskonvention gefördert und die Finanzierung einer unabhängigen Kindesvertretung sichergestellt werden kann.

Zur Beantwortung des Anzuges wurden Stellungnahmen der Abteilung Kindes- und Jugendschutz (AKJS), der Vormundschaftsbehörde, des Migrationsamts, der Jugendanwaltschaft und von den Gerichten eingeholt.

Der Regierungsrat erkennt die Stossrichtung der Anliegen der Anzugstellerinnen und -steller. Die Kinderrechtskonvention bezweckt den Schutz der Kinder in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht zu verbessern, da sie das schwächste Glied in jeder Gesellschaft sind. Ihre Interessen können Kinder nur beschränkt selbst wahrnehmen, weshalb sie auf die Unterstützung der Politik angewiesen sind.

Völkerrechtliche Verträge, zu denen auch das UNO-Übereinkommen über die Rechte des Kindes vom 20. November 1989 (SR 0.107; Kinderrechtskonvention) zählt, werden mit Inkrafttreten für die Schweiz Bestandteil der Rechtsordnung. Das UNO-Übereinkommen enthält direkt und nicht direkt anwendbare Normen. Ob einzelne Bestimmungen direkt anwendbar sind, hängt unter anderem davon ab, ob sie voraussetzungsfrei und genügend bestimmt sind, um auf den zu beurteilenden Sachverhalt angewendet werden zu können (vgl. BGE 124 III 90). Die direkt anwendbaren Normen des UNO-Übereinkommens sind von den für die Umsetzung zuständigen Behörden somit anzuwenden. Der angesprochene Art. 12 der Konvention ist direkt anwendbar (vgl. BGE 124 III 90).

Art. 12 Kinderrechtskonvention:

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

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

Eine persönliche mündliche Anhörung des Kindes ist gemäss der Konvention nicht zwingend vorgesehen. Vielmehr hat die Anhörung angemessen zu erfolgen (vgl. BGE 124 II 361 E. 3c). Dabei sind die zu behandelnde Problematik und der Einzelfall zu beachten. Eine Anhörung durch eine Vertreterin oder einen Vertreter auf dem schriftlichen Weg kann genügen. Der Abwägung der Interessen im Einzelfall und der angemessenen Umsetzung der Kinderrechtskonvention kommt eine zentrale Bedeutung zu.

Im Zuge der Umsetzung im Landesrecht wurden mit Einführung der Schweizerischen Zivilprozessordnung und des neuen Erwachsenen- und Kinderschutzrechtes die Forderungen der Praxis nach Implementierung des Rechts und Förderung der Anhörung der Kinder Rechnung getragen.

Die Förderung der Rechte der Kinder in der Rechtsetzung und der Rechtsanwendung ist zu unterstützen. Die von den Anzugstellerinnen und Anzugstellern angeführte Studie des nationalen Forschungsprogramms NFP 52 kann jedoch nicht eins zu eins zur Bewertung der aktuellen Situation im Kanton Basel-Stadt herangezogen werden. Die für die Studie verwendeten Daten wurden in verschiedenen Kantonen im Jahre 2003 und früher erhoben (vgl. Büchler/Simoni, Abgeschlossene Studien des NFP 52, Zusammenfassung der Resultate, S. 22). Die Regierung stützt sich bei der Anzugsbeantwortung deshalb auf die aktuellen Stellungnahmen der eingeladenen Teilnehmerinnen und Teilnehmer.

2. Familienrecht

Für das eherechtliche Verfahren bestimmt die Schweizerische Zivilprozessordnung (SR 272; ZPO) vom 19. Dezember 2008, in Kraft seit 1. Januar 2011, Folgendes:

Art. 298 Anhörung des Kindes

¹ Das Kind wird durch das Gericht oder durch eine beauftragte Drittperson in geeigneter Weise persönlich angehört, sofern sein Alter oder andere wichtige Gründe nicht dagegen sprechen.

² Im Protokoll der Anhörung werden nur die für den Entscheid wesentlichen Ergebnisse festgehalten. Die Eltern und die Beiständin oder der Beistand werden über diese Ergebnisse informiert.

³ Das urteilsfähige Kind kann die Verweigerung der Anhörung mit Beschwerde anfechten.

In Verfahren vor dem Zivilgericht entscheidet das Gericht darüber, ob Kinder ab sieben Jahren angehört werden. In der Regel werden Kinder ab Schulpflicht persönlich angehört, wenn die Kinderbelange strittig sind. Bei Scheidungen werden Kinder ab dem 10. Lebensjahr immer eingeladen; bei Trennungen besteht die Möglichkeit dazu. Diejenigen Personen, welche diese Anhörungen durchführen (Gerichtspräsidentinnen und -präsidenten sowie Gerichtsschreiberinnen und -schreiber) werden durch Fachpersonen der Kinder- und Jugendpsychiatrischen Klinik (KJPK) ausgebildet.

Vor dem Appellationsgericht findet bei strittigen Kinderbelangen wie Kinderzuteilung oder auch Besuchsrecht praktisch immer eine Anhörung des betroffenen Kindes durch dazu ausgebildete Richterinnen und Richter oder durch Gerichtsschreiberinnen und -schreiber statt.

Zudem besteht ein interdisziplinärer Arbeitskreis "Netzwerk Kinder" mit Fachleuten der KJPK, der AKJS, der Familien-, Paar- und Erziehungsberatung (FABE), von Anwältinnen und Anwälten sowie Richterinnen- und Richtern um jeweils aktuelle Fragen der Kinderbelange und Weiterbildungen zu besprechen und in der Praxis umzusetzen (vgl. auch Joachim Schreiner und Jonas Schweighäuser, Trennung und Scheidung: Alternative Formen der interdisziplinären Zusammenarbeit am Beispiel des "Netzwerks Kinder" im Kanton Basel-Stadt in Festschrift für Ingeborg Schwenzer zum 60. Geburtstag, Bern 2011, S. 1558).

Eine gewisse Zurückhaltung bei der Bestellung einer Kindesvertretung erscheint geboten, da die Kinder nicht ohne Notwendigkeit in die Streitigkeiten der Eltern hineingezogen werden sollen. Werden durch die Kindesvertretung Anträge gestellt, wird eine Elternseite speziell betroffen sein und der Loyalitätskonflikt zu den Eltern sich noch verstärken.

In den zivilrechtlichen Kinderschutzmassnahmen, für welche die Vormundschaftsbehörde zuständig ist, werden die Kinder von speziell ausgebildeten Juristinnen und Juristen angehört. Eine anwaltliche Vertretung ist sehr selten notwendig und wird entsprechend selten angeordnet. Die Kosten der Kindesvertretung werden nach den allgemeinen Regeln der unentgeltlichen Rechtspflege beurteilt. Erscheint ein Gesuch nicht aussichtslos, ist die Partei bedürftig und war eine Vertretung notwendig, übernimmt die Gerichtskasse die Kosten der Kindesvertretung.

3. Strafrecht

Wenn Kinder in ein Strafverfahren involviert sind, werden die Befragungen grundsätzlich von speziell ausgebildeten Mitarbeitenden der Jugandanwaltschaft durchgeführt. In der eidgenössischen Jugendstrafprozessordnung (SR 312.1; JStPO) wie im kantonalen Einführungsgesetz zur Jugendstrafprozessordnung ist die Beteiligung der Jugendlichen festgelegt. Gemäss Art. 13 JStPO kann die oder der beschuldigte Jugendliche denn auch in allen Verfahrensstadien eine Vertrauensperson beziehen, sofern die Interessen der Untersuchung oder überwiegender private Interessen einem solchen Bezug nicht entgegenstehen.

Das Jugendstrafrecht besteht zu einem grossen Teil auch aus Jugend- und Kinderschutz. Letzterer funktioniert einzig, wenn Kinder und Jugendliche einbezogen werden. Daher ist die Mitwirkung der Kinder seit Langem gelebte Tradition und im Bewusstsein der Mitarbeitenden der Jugandanwaltschaft verankert.

4. Verwaltungsrecht (inkl. Ausländer- und Asylrecht)

Das Bundesgericht (vgl. Entscheid des Bundesgerichts 2A.166/2004 vom 13. Juli 2004) hat zu Art. 12 der Konvention festgehalten, dass in ausländerrechtlichen Verfahren kein vorbehaltloser Anspruch auf eine persönliche Anhörung besteht. Es geht gemäss Auslegung des Bundesgerichts der Konvention um eine Anhörung in angemessener Weise. Den Anforderungen wird genüge getan, wenn der Standpunkt der Kinder in schriftlichen Eingaben bzw. über einen Vertreter zum Ausdruck kommt. Abs. 2 des Artikels 12 sieht zudem vor, dass die Kinder im Einklang mit den innerstaatlichen Verfahrensvorschriften in angemessener Weise angehört werden. Deshalb kann eine obligatorische mündliche Anhörung der Kinder einen prozessualen Leerlauf darstellen, der auch nicht im Sinne des Kindeswohles ist. Die Gerichte attestieren bis anhin grundsätzlich eine korrekte Umsetzung der Konvention durch das Migrationsamt Basel-Stadt.

Die Erfahrungen des Migrationsamtes wie auch des Appellationsgerichts zeigen, dass das Kindeswohl im Einzelfall auch gegen eine Anhörung des Kindes sprechen kann. Je nach Fallkonstellation kann von den Eltern Druck ausgeübt werden. Deshalb ist sorgfältig abzuwägen, wie im Einzelfall die Anhörung durchgeführt werden kann. In der Beantwortung der Interpellation Jürg Meyer betreffend Respektierung des UNO-Übereinkommens über die Rechte des Kindes im Kanton Basel-Stadt, unter anderem im Ausländerrecht (vgl. Schreiben des Regierungsrats vom 14. September 2011, Dokument Nr. 11.5188.02), hat sich der Regierungsrat bereits dazu geäussert. Dabei ging es unter anderem um die Fragestellung wie die Familienangehörigen einer ausländischen Person, gegen welche eine Wegweisung aus der Schweiz angeordnet werden soll, in das Verfahren involviert bzw. wie sie von den Behörden angehört werden. Für Einzelheiten wird deshalb auf die Beantwortung der Fragen 2 und 3 der Interpellation verwiesen.

Das Asylverfahren bestimmt sich nach Bundesrecht. Dort finden sich detaillierte Bestimmungen wie mit Kindern und Jugendlichen, vor allem unbegleiteten Minderjährigen, umzugehen ist. Art. 17 des Asylgesetzes vom 26. Juni 1998 (SR 142.31; AsylG) bestimmt, dass der Bundesrat aufgrund der besonderen Schutzbedürftigkeit von Minderjährigen besondere Verfahrensvorschriften erlässt. In Art. 7 ff. Asylverordnung 1 über Verfahrensfragen vom 11. August 1999 (SR 142.311) hat der Bundesrat davon Gebrauch gemacht und unter anderem die Bestellung von Vertrauenspersonen und den Zugang zu einer Rechtsberatung geregelt.

Die Umsetzung des Bundesrechts obliegt zum grössten Teil den Bundesbehörden. Der Kanton ist nicht in die Entscheidfindung einbezogen, sondern führt die getroffenen Entscheide aus. Da vor allem in der Entscheidfindungsphase die besonderen Vorschriften zum Zuge kommen und der Kanton nicht involviert ist, wird auf weitere Ausführungen verzichtet.

5. Schulungen

Seit dem 2. September 2001 ist in Basel-Stadt die Verordnung über die Ausbildung der mit Kindesanhörungen und Kindesvertretung beauftragten Personen vom 28. August 2001 wirksam (SG 212.500). Basel-Stadt hat als einziger Kanton eine Ausbildungspflicht statuiert. Es gibt unter anderen spezielle Ausbildungsprogramme an der Universität Fribourg und der Fachhochschule Luzern. Die gerichtlichen Instanzen und auch die Vormundschaftsbehörde greifen auf die bestehenden Schulungsmöglichkeiten zurück. Auch das Migrationsamt beabsichtigt Mitarbeitende entsprechend zu schulen.

6. Kindesvertretungen

Die früher für das Scheidungsverfahren geltende Regelung zur Einsetzung einer Kindesvertretung wurde in die Schweizerische Zivilprozessordnung überführt. Art. 299 ZPO enthält eine Generalklausel, welche den Gerichten das Ermessen gibt, im Einzelfall zu entscheiden, wann eine Vertretung notwendig ist und wann nicht. Die Bestimmung gilt nun auch für alle anderen ehrenrechtlichen Verfahren. In Basel-Stadt war dies jedoch ohnehin Gerichtspraxis.

Art. 299 Anordnung einer Vertretung des Kindes

¹ Das Gericht ordnet wenn nötig die Vertretung des Kindes an und bezeichnet als Beistandin oder Beistand eine in fürsorgerischen und rechtlichen Fragen erfahrene Person.

² Es prüft die Anordnung der Vertretung insbesondere, wenn:

- a. die Eltern bezüglich der Zuteilung der elterlichen Obhut oder Sorge oder bezüglich wichtiger Fragen des persönlichen Verkehrs unterschiedliche Anträge stellen;
- b. die Vormundschaftsbehörde oder ein Elternteil eine Vertretung beantragen;
- c. das Gericht aufgrund der Anhörung der Eltern oder des Kindes oder aus anderen Gründen:
 1. erhebliche Zweifel an der Angemessenheit der gemeinsamen Anträge der Eltern über die Zuteilung der elterlichen Obhut oder Sorge oder über den persönlichen Verkehr hat, oder
 2. den Erlass von Kindesschutzmassnahmen erwägt.

³ Stellt das urteilsfähige Kind Antrag auf eine Vertretung, so ist diese anzurufen.

Das Kind kann die Nichtanordnung mit Beschwerde anfechten.

Das neue Kindesschutzrecht, welches auf den 1. Januar 2013 in Kraft tritt, sieht unter anderem eine Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vor. Art. 314a^{bis} Abs. 1 nZGB ordnet an, dass das Kind durch die Kindesschutzbehörde oder durch eine beauftragte Drittperson in geeigneter Weise persönlich angehört wird, soweit nicht sein Alter oder andere wichtige Gründe dagegen sprechen. Im Kindes- und Erwachsenenschutzgesetz (KESG) für den Kanton Basel-Stadt ist in § 8 denn auch vorgesehen, dass die KESB von Amtes wegen prüft, ob das betroffene Kind im Kindesschutzverfahren eine Vertreterin oder einen Vertreter benötigt. Dies wurde von diversen Gruppierungen, welche sich für die Interessenwahrung der Kinder einsetzen, wohlwollend aufgenommen (vgl. www.humanrights.ch/de/Schweiz/Inneres/Gruppen/Kinder/idart_9018-content.html). Der Grosse Rat hat der Vorlage am 12. September 2012 zugestimmt. Aufgrund von Anträgen aus der JSSK (so sollte beispielsweise "in der Regel" eine Kindesvertretung eingesetzt werden) hat die Verwaltung beim EJPD abklären lassen, ob es sich bei Art. 314a^{bis} nZGB um ein abschliessende Regelung handelt. Diese Frage wurde bejaht, weshalb kein Raum für eine weitergehende kantonale Regelung besteht (vgl. Bericht der JSSK zum Ratschlag und Entwurf zu einer neuen kantonalen Organisation und Gesetzgebung im Kindes- und Erwachsenenschutz vom 13. August 2012, Dokument Nr. 11.0811.02, S. 15). Es bleibt bei der Regelung, dass bei entsprechender Notwendigkeit eine Kindesvertretung angeordnet wird.

Die Kosten einer Kindesvertretung sind gemäss Art. 95 Abs. 2 lit. e ZPO Gerichtskosten, welche grundsätzlich nach dem Unterliegerprinzip (vgl. Art. 106 Abs. 1 ZPO) zu verlegen sind. Für familienrechtliche Verfahren wird als Ausnahme des erwähnten Grundsatzes die Verteilung nach Ermessen vorgesehen (Art. 107 Abs. 1 lit. c). Dadurch kann das Gericht auch die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit einer Partei in die Ermessensentscheidung einfließen lassen, wobei aber Art. 106 ZPO den Grundsatz bildet (Jenny David in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2010, N. 12 zu Art. 107). Wenn die Voraussetzungen der unentgeltlichen Rechtspflege gegeben sind, werden die Kosten vom Staat getragen. Bisher hat kein anderer Kanton ein eigenständiges Finanzierungsmodell eingeführt. Die Finanzierung über die im Prozessrecht gängigen Prinzipien ist eine zum jetzigen Zeitpunkt praktikable Lösung.

7. Fazit

Die Umsetzung der UN-Kinderrechtskonvention ist ein wichtiges Anliegen des Kantons Basel-Stadt. Die verschiedenen Bemühungen zur Umsetzung im Kanton Basel-Stadt sind deshalb auch stetig intensiviert worden. Was die Förderung der Verfahrensbeteiligung von Kindern anbelangt, sehen sowohl die beteiligten Verwaltungsstellen als auch die Gerichte – über die gesetzlichen Vorgaben hinaus – keinen generellen Handlungsbedarf, jedoch sind im Einzelfall Optimierungen möglich. Die Mitarbeiter der kantonalen Verwaltung, welche mit Kindesanhörungen oder der Kindesvertretung betraut sind, haben sich von Gesetzes wegen über eine geeignete Ausbildung auszuweisen und sind sich der besonderen Schutzbedürfnisse der Kinder bewusst. Durch das "Netzwerk Kinder" ist zudem gewährleistet, dass auftretende Probleme und Neuerungen in zivilrechtlichen Verfahren von involvierten Fachpersonen besprochen und entsprechend umgesetzt werden. Aus prozessualer Sicht beurteilt sich die Finanzierung von Kindesvertretungen nach den Regeln der unentgeltlichen Rechtspflege bzw. spezialgesetzlichen Regelungen, was bis anhin eine praktikable Lösung darstellt. So hat denn auch kein anderer Kanton eine spezielle, also von Prozessordnungen losgelöste staatliche Finanzierung eingeführt.

8. Antrag

Auf Grund dieses Berichts beantragen wir Ihnen, den Anzug Tanja Soland und Konsorten betreffend Förderung der Verfahrensbeteiligung von Kindern als erledigt abzuschreiben.

Im Namen des Regierungsrates des Kantons Basel-Stadt



Dr. Guy Morin
Präsident



Barbara Schüpbach-Guggenbühl
Staatsschreiberin