



pro juventute

Engagiert für die Zukunft

Symbol oder Motor?

Spuren der Kinderrechtskonvention im Recht der Schweiz

Michael Marugg

pro juventute Stabstelle Recht und Politik

1. Einleitung

Das Menschenrechtssystem der Vereinten Nationen will die nationalen Normengerüste nicht nur ästhetisch stärken. Es soll auch eine wirksame Umsetzung der Vertragspflichten im Landesrecht fördern, etwa mit Individualbeschwerde- oder Staatenberichtsverfahren. Aber auch mit Evaluationsstudien zur Wirksamkeit von Menschenrechtsverträgen, die beispielsweise Spuren der Kinderrechtskonvention in Rechtsprechung und Gesetzgebung untersuchen. Es bleibt eine andere Frage, inwieweit Verhaltensänderungen in der Gesellschaft und ihren Institutionen zu verzeichnen sind. Bei der Kinderrechtskonvention übernehmen „Impact-Studies“ von UNICEF diese Evaluationsrolle, mit den „Allgemeinen Massnahmen zur Umsetzung des Übereinkommens über die Rechte des Kindes“ als Schwerpunkt¹. Diese beleuchten nicht einzelne Konventionsrechte, sondern Umsetzungsstrategien². Dazu gehören die Justiziabilität der Rechte, Gesetzgebungsmassnahmen oder administrative Massnahmen wie Koordinationsmechanismen und unabhängige nationale Menschenrechtseinrichtungen. Der Beitrag orientiert sich an diesem Analysemuster.

2. die Rechtsprechung des Bundesgerichtes

2.1. Verfahrensbeteiligung in familienrechtlichen Verfahren (Artikel 12 KRK)

Kurz nach Inkrafttreten der Kinderrechtskonvention (KRK) anerkannte das Bundesgericht deren Artikel 12 als direkt anwendbar, als es ein Besuchsrecht eines sechsjährigen Mädchens mit dem Vater seiner nicht miteinander verheirateten Eltern zu beurteilen hatte³. Direkt anwendbare Bestimmungen sind inhaltlich hinreichend bestimmt, um im Einzelfall als Entscheidungsgrundlage zu dienen. Direkte Anwendbarkeit bedeutet Geltung für alle Gerichts- und Verwaltungsverfahren, von denen Kinder betroffen sind, nicht nur im Scheidungs- und Kinderschutzverfahren.

In der Rechtsprechung steht Artikel 144 ZGB im Vordergrund, wonach Kinder in geeigneter Weise durch das Gericht oder durch eine beauftragte Drittperson persönlich angehört werden, soweit nicht ihr Alter oder andere wichtige Gründe dagegen sprechen. Das Bundesgericht liess zunächst offen, ob der Gehalt von Artikel 9 Absatz 2 und Artikel 12 KRK über die Bestimmung des Zivilgesetzbuches hinausgeht⁴, um dies später zu verwerfen⁵.

Mehrere Entscheide kreisen um Altersgrenzen bei Kinderanhörungen. Nach Artikel 12 KRK werden Kinder angehört die fähig sind, „sich eine eigene Meinung zu bilden“. Das Bundesgericht erkennt darin einen Bezug zur Urteilsfähigkeit, die bei Artikel 144 ZGB nicht vorausgesetzt wird⁶. Insofern geht das Zivilgesetzbuch über Artikel 12 KRK hinaus⁷. Die Kommentierungen unterscheiden zwischen der Anhörung als persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht und der Anhörung zur Sachverhaltsermittlung⁸. Die Urteilsfähigkeit wird nur bei der Anhörung zur Sachverhaltsermittlung als irrelevant betrachtet, sonst gilt sie sehr wohl als entscheidend. Das Bundesgericht folgt dieser Unterscheidung, freilich mit Unschärfen und einem primären Interesse an der Sachverhaltsermittlung. Über verschiedene

¹ UNICEF, Study on the Impact of the Implementation of the Convention on the Rights of the Child, Summary Report, Innocenti Research Center, 2004; UNICEF, The General Measures of the Convention on the Rights of the Child, the Process in Europe and Central Asia, Innocenti Research Center, 2006

² Vgl. CRC/GC/2003/5, Allgemeine Bemerkung Nr. 5 über Allgemeine Massnahmen zur Umsetzung des Übereinkommens über die Rechte des Kindes (Artikel 4, 42 und 44 Abs. 6), in: Deutsches Institut für Menschenrechte, Die „General Comments“ zu den VN-Menschenrechtsverträgen, Nomos Verlag 2005, S. 599ff.

³ BGE 124 III 90, vom 22. Dezember 1997; zum Einfluss der KRK auf die am 1. Januar 2000 in Kraft getretene Revision des ZGB vgl. Dieter Freiburghaus-Arquint, Der Einfluss des Übereinkommens auf die schweizerische Rechtsordnung, das Beispiel des revidierten Scheidungsrechts, in: Gerber Jenni, Regula/Hausammann, Christina: Das UNO-Übereinkommen und seine Auswirkungen auf die Schweiz, Helbing&Lichtenhahn, Basel-Genf-München, 2001, S. 185ff.

⁴ Bger 5P.290/2001, vom 16. November 2001

⁵ Bger 5P.322/2003, vom 18. Dezember 2003

⁶ BGE 131 III 553, vom 1. Juni 2005

⁷ Thomas Sutter/Dieter Freiburghaus, Kommentar zum neuen Scheidungsrecht, Schulthess 1999, S. 548; BGE 131 III 553, vom 1. Juni 2005; Bger 5P.214/2005, vom 24. August 2005

⁸ Thomas Sutter/Dieter Freiburghaus, a.a.O., S. 550

Entscheide hinweg⁹ entwickelt sich die Richtlinie, dass die Kinderanhörung grundsätzlich ab vollendetem sechsten Altersjahr möglich ist, ohne im vornherein auszuschliessen, dass sich je nach den konkreten Umständen auch die Anhörung eines etwas jüngeren Kindes aufdrängen kann, etwa wenn von mehreren Geschwistern das jüngste kurz vor dem genannten Schwellenalter stehen. Sobald das Kind urteilsfähig ist, gewinnt der Gehörsanspruch das Element eines persönlichen Mitwirkungsrechts, das vom Kind selber wahrgenommen wird¹⁰.

Gemäss Bundesgericht legt Artikel 12 KRK die Methoden des Anhörens nicht fest. Für das Gericht steht die persönliche Anhörung im Vordergrund, die nur unter besonderen Umständen an fachkundige Dritte delegiert werden soll¹¹. Dogmatisch stützt das Gericht somit tendenziell das Unmittelbarkeitsprinzip¹², in der Praxis werden delegierte Anhörungen aber selten umgestossen¹³. Die von einer Minderheit der Lehre erwogene Delegation der Anhörung an einen allfälligen Prozessbeistand des Kindes hat das Zürcher Kassationsgericht klar verworfen¹⁴.

Der Anwendungsbereich der Kinderanhörung für alle Scheidungs-, Trennungs- und Abänderungsverfahren ist unbestritten¹⁵. Das Bundesgericht hat die Geltung für vorsorgliche Massnahmen im Eheschutzverfahren¹⁶ und Scheidungsverfahren unter Hinweis auf Artikel 12 KRK ausdrücklich anerkannt¹⁷.

Die Rechtsprechung zur Kindervertretung ist spärlich und stärkt sie nicht. Ein Urteil hält mit beiläufigem Hinweis auf Artikel 12 KRK fest, über „wichtige Gründe“ zur Einsetzung einer Vertretung im Sinne von Artikel 146 ZGB müsse nicht mit eigener, prozessleitender Verfügung entschieden werden¹⁸. Ein weiteres Urteil lässt die in der Lehre umstrittene Frage, ob Artikel 12 KRK dem Kind ein direkt anwendbares Recht auf Vertretung einräumt¹⁹, ausdrücklich offen, weil sich der 5-jährige Sohn kein eigenes Urteil zur Bestellung einer Rechtsvertretung bilden könne²⁰.

Artikel 12 KRK spielt auch in anderen familienrechtlichen Verfahren als Scheidungen eine Rolle. Im Zusammenhang mit einer Pflegebewilligung zur späteren Adoption schützte das Bundesgericht die Anhörung eines 10-jährigen Kindes und die Berücksichtigung seiner Meinung. Unerheblich war, dass das Kind widerrechtlich in die Schweiz mitgenommen wurde und es im Ausland nicht zu einer vergleichbaren Anhörung gekommen wäre²¹.

Im Adoptionsrecht berücksichtigt das Bundesgericht nun unter Berufung auf Artikel 12 KRK auch die Kindesinteressen und –wünsche bei der Frage, ob nach Artikel 265c ZGB von der Zustimmung eines Elternteils abgesehen werden kann. Der Schutz der Persönlichkeit des Kindes erhielt im beurteilten Fall den Vorrang vor den Persönlichkeitsrechten des ablehnenden Elternteils²². Lange wurde die entscheidende Frage, ob sich der zustimmungsberechtigte Elternteil nicht ernstlich um das Kind gekümmert hat, unabhängig von Verschulden oder Umständen rein objektiv geprüft²³. Das war eine tendenziell adoptionsfreundliche Haltung. Später wurde die Auslegung insofern restriktiver, als Zustimmungsweigerungen dann geschützt wurden, wenn die Beziehungspflege an nicht vom Elternteil zu verantwortenden

⁹ BGer 5P.112/2001, vom 27. August 2001, BGer 5P.322/2003, vom 18. Dezember 2003

¹⁰ BGE 131 III 553, 1. Juni 2005; Bger 5P.290/2001, vom 16. November 2001; Bger 5P.214/2005, vom 24. August 2005

¹¹ BGE 127 III 295; 5P.276/2005, vom 28. September 2005; Bger 5P.345/2005, vom 23. Dezember 2005

¹² In der parlamentarischen Phase der Scheidungsrechtsrevision noch umstritten; vgl Thomas Sutter/Dieter Freiburghaus, a.a.O., S. 549 und S. 555

¹³ Dazu Michelle Cottier, Kommentar zu Bger 5P.322/2003 vom 18. Dezember 2003, in FamPra 4/2004, S. 972

¹⁴ Kass-Nr. AA040041 vom 21. August 2004, in FamPra 4/2004, S. 973ff.

¹⁵ Thomas Sutter/Dieter Freiburghaus, a.a.O., S. 550; BGE 131 III 553, vom 1. Juni 2005.

¹⁶ Bger 5P.290/2001, vom 16. November 2001.

¹⁷ BGE 126 III 497, vom 19. Oktober 2000

¹⁸ Bger 5C.210/2000, vom 27. Oktober 2000

¹⁹ ablehnend Dieter Freiburghaus-Arquint, Der Einfluss des Übereinkommens auf die Schweizerische Rechtsordnung, S. 199, befürwortend Jonas Schweighauser, Die Vertretung der Kindesinteressen im Scheidungsverfahren, Helbing & Lichtenhahn 1998, S. 87.

²⁰ Bger 5P.65/2002, vom 11. April 2002

²¹ Bger 5A.1/2001, vom 19. April 2001

²² Bger 5C.4/2001, vom 26. April 2001, bestätigt in Bger 5C.251/2001 vom 19. April 2002.

²³ BGE 107 II 18

Umständen gescheitert ist²⁴. Artikel 12 KRK bringt mit der neuen Praxis zumindest für urteilsfähige Kinder wieder eine adoptionsfreundliche Korrektur.

Bei einem Obhutsentzug als Kindesschutzmassnahme wurde ein von 13- und 15-jährigen Kindern anhörungswise geäussertes Wunsch berücksichtigt²⁵. Es handelt sich allerdings um einen der Fälle, bei denen Kinder eine Fremdplatzierungspräferenz der Behörden stärken. Ein anderer Entscheid im Kinderschutzbereich betrifft die Kinderanhörung beim fürsorgerischen Freiheitsentzug (Artikel 314 und 314a ZGB). Das Bundesgericht rügte, dass der erstinstanzliche Einzelrichter von der Anhörung des betroffenen Kindes absah, sah den Mangel aber behoben, weil später eine Anhörung durch eine Delegation des vorinstanzlichen Rechtsmittelgerichtes erfolgte²⁶.

Rechtsprechung zu Artikel 12 KRK gibt es ferner im Zusammenhang mit Rückführungen unter dem Haager Abkommen über internationale Kindesentführung. Ein erwähntes Urteil schützte den Verzicht der Vorinstanz, für das betroffene 5-jährige Kind eine Vertretung einzusetzen²⁷. Für Kinderanhörungen beim Rückführungsvollzug geht das Bundesgericht von anderen Altersgrenzen aus als bei Scheidungen. Nach der Richtlinie für Scheidungsverfahren sind Kinderanhörungen grundsätzlich ab vollendetem sechsten Altersjahr möglich²⁸. Demgegenüber sollen Anhörungen zum Vollzug materieller Rückführungsentscheide vor 11 bis 12 Jahren in aller Regel nicht möglich sein, weil der Sachverhalt abstrakter und schwieriger zu beurteilen sei als die Regelung der elterlichen Sorge und des Besuchsrechts²⁹. Dieses Urteil erging allerdings ohne sichtbaren Erwägungen zu Artikel 12 KRK.

2.2. Verfahrensbeteiligung in ausländerrechtlichen Verfahren (Artikel 12 KRK)

Das Anhörungsrecht von Kindern spielt im Ausländerrecht primär dann eine Rolle, wenn es um das Aufenthaltsrecht eines Kindes oder einer Betreuungsperson geht. Das Bundesgericht schützt gewöhnlich den Verzicht auf die persönliche Anhörung und lässt schriftliche Äusserungen (Briefe) oder Ausführungen des Rechtsvertreters der Eltern genügen³⁰, namentlich bei schriftlichen Verfahren³¹. Es wird vermutet, die Haltung der Kinder hinsichtlich des Verbleibens in der Schweiz decke sich mit derjenigen der Eltern³², allenfalls mit Ausnahmen, wenn es zur Sachverhaltsabklärung nötig ist³³. Diese Praxis verkennt die - in Scheidungsverfahren anerkannte - Anhörung als persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht. Nach anderen Entscheiden soll sich der Gehörsanspruch nach Artikel 12 KRK „vernünftigerweise auf Verfahren beschränken, in denen persönlichkeitsrelevante essentielle eigene Interessen des Kindes unmittelbar auf dem Spiel stehen“³⁴. Nun gilt Artikel 12 KRK für alle das Kind „berührende“ Gerichts- und Verwaltungsverfahren. Das verweist auf den Massstab des schutzwürdigen Interesses. Eine derart substantielle Einschränkung ist damit nicht zu vereinbaren. Droht eine Unterbrechung oder Erschwerung der Kontaktmöglichkeiten zum nicht betreuungsberechtigten ausländischen Elternteil oder zu einem sonstigen Familienmitglied, so ist das Kind gemäss neueren Entscheiden dann „berührt“, wenn es sich um eine „lebendige und wichtige persönliche Beziehung“ handelt³⁵. Indes wird auch dieser Begriff wieder an „persönlichkeitsrelevante, essentielle Interessen“ zurückgebunden³⁶.

²⁴ BGE 108 II 523

²⁵ Bger 5C.117/2002, vom 1. Juli 2002

²⁶ BGE 131 III 409, vom 28. April 2005

²⁷ Bger 5P.65/2002, vom 11. April 2002

²⁸ BGE 131 III 553

²⁹ Bger 5P.3/2007, vom 13. Februar 2007

³⁰ BGE 124 II 361, vom 23. Juni 1998; Bger 2A.226/2002, vom 17. Januar 2003; Bger 2A.450/2006, vom 21. Dezember 2006

³¹ Bger 2A.573, vom 6. Februar 2006; 2A.615, vom 14. März 2006

³² Bger 2P.117/2001, vom 26. Juli 2001

³³ Bger 2A.484/1999, vom 25. Februar 2000; Bger 2A.82/2002, vom 23. Mai 2002

³⁴ Bger 2A.348/2005, vom 21. Oktober 2005; Bger 2A.423/2005, vom 25. Oktober 2005

³⁵ Bger 2A.450/2006, vom 21. Dezember 2006

³⁶ Bger 2A.473/2006, vom 24. Januar 2007

Auch zur Vertretung unbegleiteter Kinder im Asylverfahren gibt es Gerichtspraxis, die allerdings anders gelagert ist als bei familienrechtlichen Verfahren. Nach einem Grundsatzurteil³⁷ der ARK ist unbegleiteten und weder durch Vormund noch Beistand vertretene Minderjährigen für die Dauer des Asylverfahrens eine rechtskundige Person zuzuordnen. Der Entscheid stützt sich massgeblich auf die Kinderrechtskonvention, allerdings nicht auf Artikel 12, sondern auf die Artikel 3 und 22³⁸. Die Diskussion mündete in die ambivalente Figur der weder rechtsanwalt- noch vormundschaftsrechtlichen Vertrauensperson gemäss Artikel 17 AsylG³⁹.

2.3. Verfahrensbeteiligung in Strafverfahren (Artikel 12 KRK)

Die Anhörung minderjähriger Opfer ist im Opferhilfegesetz speziell geregelt. Soweit minderjährige nicht als Opfer, sondern als Geschädigte, Verletzte, Auskunftsperson oder Zeugen angehört werden, verweist das Bundesgericht grundsätzlich auf die im Scheidungsrecht entwickelte Praxis. Von förmlichen Befragungen sei nach Massgabe der konkreten Umstände aber eher zurückhaltend Gebrauch zu machen sei⁴⁰.

2.4. Kindeswohl als vorrangiger Gesichtspunkt (Art. 3 KRK)

In älteren Entscheiden wird die Streitfrage der direkten Anwendbarkeit von Artikel 3 KRK teilweise eingehend erörtert, letztlich aber offengelassen⁴¹. Andere Urteile berücksichtigen Artikel 3 KRK ohne sich zur direkten Anwendbarkeit zu äussern⁴². Das führte zur Doktrin, wonach Artikel 3 KRK als Interpretationsgrundsatz und programmatische Bestimmung für „sich allein“ nicht unmittelbar anwendbar ist⁴³. „Zusammen mit anderen“ demnach schon, wie die Rechtsprechung der Asylrekurskommission im Ergebnis zeigt. Sie beurteilt die Zumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs unter Mitberücksichtigung von Artikel 3 KRK, indem die Bestimmung für eine „am Prinzip der vorrangigen Berücksichtigung des Kindeswohls orientierten, völkerrechtskonformen Auslegung von Art. 14a Abs. 4 ANAG“ beigezogen wird⁴⁴. In diesem Sinn wird Artikel 3 KRK primär in familien- und ausländerrechtlichen Angelegenheiten ins Prüfungsprogramm der Gerichte einbezogen, wobei sehr unterschiedliche Gewichtungen auffallen.

Einige Entscheide befassen sich mit der Geltung von Artikel 3 KRK im Verfahren zur Vollstreckung materieller Rückführungsentscheide nach dem Haager Abkommen über internationale Kindesentführung. In einem frühen Urteil ging es um eine erneute Kinderbegutachtung im Vollstreckungsverfahren, wobei der materielle Rückführungsentscheid bereits vier Jahre zurücklag. Das Bundesgericht wies eine dagegen gerichtete Beschwerde ab und hielt fest, der Vollstreckungsrichter dürfe die Exekution des Sachurteils nicht unbekümmert um mögliche Auswirkungen auf das Kindeswohl anordnen, nicht zuletzt weil Artikel 3 KRK von allen staatlichen Behörden in sämtlichen Verfahren zu achten ist⁴⁵. Darauf kam das Bundesgericht mit BGE 130 III 350 zurück. Der Entscheid anerkennt zwar, dass die Kinderrechtskonvention grundsätzlich auch im Vollstreckungsverfahren zu beachten ist. Allerdings könne das in Artikel 3 KRK erwähnte Kindeswohl im Vollstreckungsstadium nicht in dem Sinn oberste Leitmaxime sein kann, als der materielle Rückführungsentscheid inhaltlich in Frage gestellt oder die Streitsache neu aufgerollt werden darf. Das Gericht untermauert diese Haltung mit Artikel 11 KRK, der Kindesentführungen missbilligt und die Vertragsstaaten auffordert, den entsprechenden Übereinkommen beizutreten⁴⁶.

³⁷ EMARK 1998/13 vom 31. Juli 1998

³⁸ Gemäss Walter Stöckli, Völkerrechtliche Bestimmungen in der Praxis der Schweizerischen Asylrekurskommission, ASYL 4/99, S. 19, sind Art. 3 und 22 die wichtigsten Referenzpunkt der Rechtsprechung der ARK zur KRK

³⁹ Art. 17 Abs. 3 AsylG vom 26. Juni 1998, heute in der Fassung vom 16. Dezember 2005

⁴⁰ Bger 1P.549/2001, vom 11. Januar 2002

⁴¹ BGE 123 III 445, vom 20. November 1997; EMARK 1998/13, vom 31. Juli 1998; Bger 5P.263/2002, vom 31.01.2003

⁴² 2A.205/2000 vom 25. Juli 2000; Bger 5A.1/2001, vom 19. April 2001; BGE 129 III 250, vom 19. Dezember 2002

⁴³ Bger 1P.453/2002, vom 12. Februar 2003

⁴⁴ EMARK 1998/13, vom 31. Juli 1998; EMARK 2005/6, vom 12. Januar 2005

⁴⁵ Bger 5P.160/2001, vom 13. September 2001; Bger 5P.454/2001, vom 16. Oktober 2001

⁴⁶ BGE 130 III 530, E. 2; Bger 5P.156/2004, vom 8. Juni 2004

Ein starkes Gewicht erhielt Artikel 3 KRK demgegenüber, als an sich anwendbares iranisches Recht bei einer Scheidung iranischer Staatsangehöriger in der Schweiz ausgeschaltet wurde. Nach iranischem Recht wäre die elterliche Sorge dem Vater zugefallen, weil diese Lösung das Kindeswohl nicht gefährdet hätte. Nicht zuletzt unter Berufung auf Artikel 3 KRK entschied das Bundesgericht aber, der schweizerische ordre public verlange mehr, indem die Sorge demjenigen Elternteil zu übertragen sei, der die Persönlichkeitsentwicklung der Kinder voraussichtlich besser unterstützen könne⁴⁷.

Beim Namensrecht schliesslich sah das Bundesgericht keine Relevanz von Artikel 3 KRK. Es beurteilte, ob dem unter der elterlichen Sorge seiner geschiedenen Mutter aufwachsenden Kind bewilligt werden darf, deren Namen anzunehmen. Namensänderungen seien nicht dazu bestimmt, das Kind vor negativen Einstellungen des nächsten Umfeldes gegenüber einem Vater zu verschonen, dessen Namen es trägt. Eine Namensänderung kann „deshalb auch nicht als Kinderschutzmassnahme betrachtet werden, so dass die Rüge der Verletzung von Art. 3 des UNO-Übereinkommens über die Rechte des Kindes ins Leere stösst“⁴⁸. Diese Begründung greift schon insofern zu kurz, als sich Artikel 3 KRK nicht auf Kinderschutzmassnahmen reduzieren lässt.

Weiter Hinweise zur Bedeutung von Artikel 3 in der Rechtsprechung folgen im Abschnitt über die Familieneinheit im Ausländerrecht.

2.5. Familieneinheit im Ausländerrecht (Art. 3, 9 und 10 KRK)

In der Rechtsprechung zum ausländerrechtlichen Familiennachzug steht im menschenrechtlichen Bezug eindeutig Artikel 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) im Vordergrund. Der Kinderrechtskonvention werden keine darüber hinausgehenden Bewilligungsansprüche zugestanden⁴⁹. Kinder oder Eltern können weder aus Artikel 9 noch Artikel 10 der KRK einen gerichtlich durchsetzbaren Anspruch auf Familienzusammenführung herleiten. Dabei wird ausdrücklich auf den Vorbehalt der Schweiz zu Artikel 10 Absatz 1 KRK verwiesen⁵⁰.

Dennoch ist die KRK nicht bedeutungslos. Besteht nach der Praxis zu Artikel 8 EMRK potentiell ein Aufenthaltsanspruch, kann Artikel 9 KRK „als Zünglein an der Waage“ eine Aufenthaltsbewilligung für den mit der schweizerischen Mutter nicht verheirateten Vater begründen, damit er das Besuchsrecht mit den Kindern effektiv ausüben kann. Entscheidend im beurteilten Fall dürfte auch gewesen sein, dass die Kinder vorher im Sinne einer Begutachtung angehört wurden⁵¹.

In der Rechtsprechung der Asylrekurskommission kann auch Artikel 3 KRK wie gesagt eine stützende Rolle spielen. So hielt die Kommission den Wegweisungsvollzug einer Familie mit einem in der Schweiz geborenen zehnjährigen Kind aus Gründen des Kindeswohl für unzumutbar⁵². Aufgrund von Artikel 3 KRK verlangt sie auch besondere Abklärungen zur familiären Situation im Herkunftsstaat, wenn es um den Wegweisungsvollzug bei unbegleiteten minderjährigen Asylsuchenden geht⁵³.

Im Übrigen änderte Artikel 3 KRK die Praxis zum Aufenthaltsrecht, besonders zu den Aufenthaltsbewilligungen aus humanitären Gründen⁵⁴ kaum. In einem Fall ging es um die nicht verlängerte Aufenthaltsbewilligung eines straffällig gewordenen ausländischen Vaters. Seine Ehefrau und drei Kinder im Alter von 8, 4 und 2 Jahren konnten entweder in der Schweiz bleiben - wodurch die Kinder praktisch ohne Vater aufwachsen müssten - oder sie

⁴⁷ BGE 129 III 250, 5C.158/2002, vom 19. Dezember 2002

⁴⁸ Bger 5C.97/2004, vom 23. Juni 2004.

⁴⁹ Bger 2A.472/2006, vom 11. Oktober 2006; Bger 2A.550/2006, vom 7. November 2006

⁵⁰ BGE 124 II 361 vom 23. Juni 1998; BGE 126 II 377, vom 11. September 2000; Bger 2A.414/2001, vom 5. Februar 2002

⁵¹ BGer 2A.563/2002 vom 23. Mai 2003

⁵² EMARK 2005/6, vom 12. Januar 2005; vgl. auch EMARK 1998/13, vom 31. Juli 1998

⁵³ EMARK 1999/2, vom 27. Oktober 1998

⁵⁴ Ausnahme von den Zulassungsbedingungen nach Artikel 13 lit. f ANAV bei persönlichem Härtefall; z.B. 123 II 125

müssten dem Mann in die gemeinsame dominikanische Heimat folgen. Das Bundesgericht hielt eine Trennung der Familie hinsichtlich des Kindeswohls tatsächlich für problematisch, die Variante des gemeinsamen Wegzugs aber auch den Kinder zumutbar⁵⁵. Bei humanitären Aufenthaltsbewilligungen fällt das Kindeswohl ins Gewicht, wenn die Kinder ihre obligatorische Schulzeit in der Schweiz mit guten Resultaten absolviert haben⁵⁶.

2.6. Kenntnis der leiblichen Eltern (Art. 7 KRK)

Das Bundesgericht anerkannte Artikel 7 KRK schon früh als direkt anwendbar⁵⁷. Im beurteilten Fall ging es – wie auch in einem späteren Entscheid im Bereich der Adoption⁵⁸ - um Einsicht in Vormundschaftsakten, um daraus Wissen über die leibliche Abstammung zu gewinnen. In beiden Fällen konnten sich die einsichtsberechtigten Personen auch auf andere Bestimmungen berufen und waren weit über 18 Jahre alt. Insofern wäre die Kinderrechtskonvention nicht mehr anwendbar gewesen. Genereller scheint das Bundesgericht den Trend zur „genetischen Wahrheit“ in Abstammungssachen wie Vaterschaftsklagen, medizinisch unterstützter Fortpflanzung oder Kenntnis der leiblichen Eltern bei Adoptionen auch mit Artikel 7 KRK zu untermauern⁵⁹.

2.7. Weitere Artikel der Kinderrechtskonvention

In der Rechtsprechung zur Körperstrafe und einem „allfälligen Züchtigungsrecht“ der Eltern zieht das Bundesgericht auch Artikel 19 KRK (Schutz vor jeder Form körperlicher Gewaltanwendung) in Erwägung. Es lässt aber im konkreten Fall aber offen, ob ein Recht auf leichte Körperstrafen überhaupt noch existiert⁶⁰. Immerhin ist anerkannt, dass als wiederholte Tötlichkeit im Sinne von Artikel 126 Absatz 2 StGB zu qualifizierende Handlungen jedenfalls der Pflicht der Eltern gemäss Artikel 5 KRK widersprechen, das Kind in einer seiner Entwicklung entsprechender Weise angemessen zu leiten und zu führen⁶¹.

In einem Scheidungsverfahren rief der Kläger Artikel 18 KRK an, um noch vor Inkrafttreten des revidierten Scheidungsrechts eine gemeinsame Sorge für das Kind zu erwirken. Das Bundesgericht umging eine Stellungnahme zur direkten Anwendbarkeit von Artikel 18 KRK⁶². In der Literatur gehen die Meinungen dazu auseinander⁶³. Die Frage blieb auch in einem Entscheid offen, in dem es um die gemeinsame Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern ging. In der Auslegung des Bundesgerichtes verlangt Artikel 18 KRK bei unverheirateten Eltern keine Lösung, bei der die elterliche Sorge von Gesetzes wegen beiden Elternteilen übertragen wird⁶⁴.

Im Bildungsrecht wurde im Zusammenhang mit dem disziplinarischen Schulausschluss auch Artikel 28 KRK erwähnt. Das Bundesgericht stützt sich in diesen Fällen primär auf Artikel 19 BV und spricht weder der Kinderrechtskonvention noch Artikel 13 des internationalen Paktes über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte darüber hinausgehende Ansprüche zu⁶⁵.

⁵⁵ Bger 2A.205/2000, vom 25. Juli 2000

⁵⁶ Bger 2A.43/2006, vom 31. Mai 2006

⁵⁷ BGE 125 I 257, vom 24. Juni 1999

⁵⁸ BGE 126 I 63, vom 4. März 2002

⁵⁹ Bger 5C.113/2005, vom 29. September 2005

⁶⁰ BGE 129 IV 216, vom 5. Juni 2003

⁶¹ Bger 6S.178/2005, vom 22. Juni 2005

⁶² BGE 123 III 445ff., vom 20. November 1997

⁶³ Dieter Freiburghaus-Arquint, Der Einfluss des Übereinkommens auf die Schweizerische Rechtsordnung, S. 187f.

⁶⁴ Bger 5C.265, vom 26. Januar 2005

⁶⁵ BGE 129 I 12, vom 7. November 2002, BGE 129 I 35, vom 7. November 2002

3. Individualbeschwerden bei internationalen Instanzen

Die Durchsetzungskraft einzelner Menschenrechtsabkommen wird mit der Möglichkeit gestärkt, Individualbeschwerde bei internationalen Gremien zu erheben⁶⁶. Für die Schweiz ist die Beschwerde an den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) wegen Missachtung der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) der wichtigste Rechtsbehelf. Zur Kinderrechtskonvention gibt es bislang kein Individualbeschwerdeverfahren. Dennoch kann die Konvention in Einzelfallentscheidungen des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte bedeutsam werden. Der Gerichtshof zieht die Kinderrechtskonvention bei der Auslegung von Bestimmungen der EMRK in ihrer kinderrechtlichen Dimension bei⁶⁷. In Einzelfällen können auch „Concluding Observations“ (Schlussbemerkungen) des Ausschusses für die Rechte des Kindes im Staatenberichtsverfahren des eingeklagten Staates bedeutsam werden. Urteile des EGMR beginnen jeweils mit der Darstellung der relevanten Entscheidungsgrundlagen, die sich aus Sachverhalt und massgebendem Landesrecht zusammensetzen. Ergänzend zum Landesrecht werden unter dem Titel „Andere Quellen“ mitunter auch einschlägige Hinweise aus „Concluding Observations“ beigezogen⁶⁸. Allerdings ist noch kein derartiger Fall mit der Schweiz als Verfahrenspartei bekannt.

4. Gesetzgebung des Bundes

4.1. Ratifizierung der Kinderrechtskonvention, Rückzug des Vorbehaltes zu Artikel 5 und die neue Bundesverfassung

Das grosse Thema der Ratifizierungsdebatte war, inwieweit die Kinderrechtskonvention ein familienrechtliches Konzept stört, wonach das Wohlergehen der Kinder eine Reflexwirkung der elterlichen Pflicht sein muss, ihr Erziehungsrecht in deren Interesse auszuüben. Die Auseinandersetzung mündete in den politischen Vorbehalt zu Artikel 5 KRK, wonach die schweizerische Gesetzgebung über die elterliche Gewalt vorbehalten bleibe. Dieser Vorbehalt wurde im März 2004 auf eine vom Ständerat diskussionslos angenommene Empfehlung zurückgezogen. Ein unscheinbarer Vorgang. Er signalisiert aber ein wachsendes Verständnis für die partizipativ-emanzipatorische Grundhaltung, mit der die Kinderrechtskonvention das Verhältnis des Kindes zu Eltern und Staat konstruiert.

Die am 1. Januar 2000 in Kraft getretene Bundesverfassung stärkt dieses kinderrechtliche Konzept. Sie spricht die Elternrechte in Artikel 13 an, aber nicht so klar wie etwa das deutsche Grundgesetz in § 16. Dagegen räumt sie Kindern und Jugendlichen mit Artikel 11 einen grundrechtlichen Anspruch auf besonderen Schutz und Förderung ein. Das Bundesgericht kommt zum Schluss, der Verfassungsgeber habe damit die in der KRK verbrieften Rechte in allgemeiner Form im Grundrechtsteil verankern wollen. Die Zielsetzungen von Artikel 11 BV und der KRK seien identisch, so dass zur Konkretisierung von Artikel 11 Absatz 1 BV die Rechtsprechung zur KRK beizuziehen sei⁶⁹.

4.2. Familienrecht

Die schweizerische Gesetzgebung bestätigt rechtsvergleichende Studien, wonach sich die KRK zuerst im Familienrecht auswirkt⁷⁰. Parallel zur Diskussion um die Ratifizierung der Kinderrechtskonvention wurde das Scheidungsrecht revidiert. Neuerungen wie die Kinder-

⁶⁶ Z.B. internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte; Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung; Übereinkommen gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe; Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau

⁶⁷ z.B. A v. The United Kingdom, 23. September 1998, N 22 (100/1997/884/1096)

⁶⁸ Wallová und Walla vs. Tschechische Republik, vom 26. Oktober 2006 (23848/04), N 45ff.

⁶⁹ BGE 126 II 377 E. 5 d, vom 11. September 2000

⁷⁰ UNICEF, Study on the Impact of the Implementation of the Convention on the Rights of the Child, Summary Report, Innocenti Research Center, 2004, S. 5

anhörung, die Kindervertretung oder das Konzept des Besuchsrechts als Recht des Kindes finden auch in der Kinderrechtskonvention eine Begründung.

Die ausdrückliche Verankerung der Kinderanhörung in Artikel 144 ZGB sowie die Figur der Kindervertretung in Artikel 146 ZGB stärkt⁷¹ die Verfahrensbeteiligung des Kindes zweifellos im Sinne von Artikel 12 KRK. Letztlich blieb das Konzept aber einem kinderschutzrechtlichen Verständnis verpflichtet, wonach Eltern, Gerichte oder Vormundschaftsbehörde für das Kindeswohl sorgen. Ein klarer Paradigmawechsel zu einem Konzept mit dem Kind als eigenständiger Prozesspartei und entsprechender Vertretung setzte sich nicht durch.

Als Nebenfolge der Scheidungsrechtsrevision wurde das Kindesschutzrecht in 314 Absatz 1 Ziffer 1 ZGB mit einem ausdrücklichen Anhörungsgrundsatz ergänzt. Die Praxis hat dies kaum wesentlich verändert. Das Kind musste auch unter dem alten Recht ins Verfahren um Anordnung von Kinderschutzmassnahmen einbezogen werden und eine Erweiterung der Verfahrensbeteiligung auf selbständige Partei- und Vertretungsrechte blieb aus⁷².

Ferner verhalf das neue Scheidungsrecht mit Artikel 273 Absatz 1 ZGB dem Kind zu einem eigenen Anspruch auf persönlichen Verkehr, freilich ohne parteirechtliche Stärkung des Kindes im Scheidungs- oder Kinderschutzverfahren. Die Revision bewirkte keine erkennbaren Änderungen gegenüber dem früheren elterlichen Pflichtrechtkonstrukt⁷³.

Kinderkonventionsrechtlich wichtige Impulse kamen aus dem Haager Recht. Die Ratifizierung des Haager Adoptionsübereinkommens führte zu einer kindorientierten Revision des Adoptionsrechts. Das Projekt eines Bundesgesetzes über internationale Kindesentführungen stärkt die Stellung des Kindes und die Berücksichtigung seiner Interessen in Rückführungsfällen. Diese Entwicklung ist insofern paradox, als das Haager Recht tendenziell zwischenstaatlichen Verkehr reguliert und sich aus materiellrechtlichen Fragen heraushält. Allerdings stützen sich das Haager Entführungsübereinkommen und das Haager Adoptionsübereinkommen in ihren Ingressen auch auf die Kinderrechtskonvention.

Ins nähere Umfeld gehört das revidierte Personenrecht des ZGB, das am 1. Juli 2007 in Kraft treten wird. Es soll den Schutz vor häuslicher Gewalt verbessern, indem Gewalttätige angewiesen werden können, die gemeinsame Wohnung zu verlassen oder diese nicht mehr zu betreten. Eine spezifische Auseinandersetzung mit der Situation von Kindern als Opfer häuslicher Gewalt fand bei dieser Vorlage nicht statt. Im Bericht der zuständigen Kommission des Nationalrates blieb es bei einem pauschalen Verweis auf das geltende Kindesschutzrecht⁷⁴. So wurde ein Verbot der Körperstrafe an Kindern weder in den Vorarbeiten noch in der parlamentarischen Phase überhaupt nur angesprochen.

Ab 1. April 2007 wird Artikel 34 des Bundesgesetzes über gentechnische Untersuchung beim Menschen die Abstammungsgutachten ausserhalb behördlicher Verfahren mit DNA-Analysen so regeln, dass sie nicht mehr im Unwissen des Kindes oder seines gesetzlichen Vertreters durchgeführt werden können.

4.3. Familienpolitik

Familienpolitik hat in den letzten Jahren an Stellenwert gewonnen, wie nicht zuletzt vier abgeschlossene Gesetzgebungsprojekten zeigen. Getrieben wird diese Entwicklung von wirtschafts-, gleichstellungs- und eventuell demografiepolitischen Überlegungen. Spezifische Anliegen der Kinderrechtskonvention werden allenfalls und immerhin als Mitnahmewirkungen umgesetzt.

⁷¹ Praxiskommentar Scheidungsrecht, Helbing & Lichtenhahn, 2000: Schweighauser Art. 146 N 1ff.

⁷² Michelle Cottier, Subjekt oder Objekt?, S. 6f.

⁷³ PraxKomm/Wirz, Art. 273 ZGB N 4ff.

⁷⁴ Parlamentarische Initiative Schutz vor Gewalt im Familienkreis und in der Partnerschaft, Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates, BBl. 2005, S. 6871ff.

Der Bericht der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrates zur parlamentarischen Initiative „Anstossfinanzierung für familienergänzende Kinderbetreuung“ erwähnt die Kinderrechtskonvention beiläufig⁷⁵. Das Bundesgesetz über Finanzhilfen für familienergänzende Kinderbetreuung anerkennt implizit kinderrechtlich wichtige Qualitätsansprüche⁷⁶, zielt aber klar auf mehr Betreuungsplätze.

Kein Thema waren Kinderrechte bei der Einführung des bezahlten Mutterschaftsurlaubs in der Erwerbsersatzordnung⁷⁷. Auch im revidierten Krankenversicherungsgesetz wurde die spezifische Prämienreduktion für Kinder nicht als kinderrechtspolitisches Postulat realisiert. Selbst in den Materialien zum Familienzulagengesetz vom 24. März 2006, das eine schweizweit einheitliche minimale Kinderzulage bringen wird, sucht man Hinweise auf die Kinderrechtskonvention vergeblich⁷⁸.

4.4. Strafrecht

Die Kinderrechtskonvention kümmert sich sowohl um die Rechte minderjähriger Opfer von Straftaten als auch um die Verfahrens- und Vollzugsrechte unmündiger Täterschaft.

Für minderjährige Opfer brachte das Opferhilfegesetz in der Fassung vom 1. Oktober 2002 wichtige Sonderregeln. Das Gesetz regelt nun den Ausschluss der Gegenüberstellung von Kind und Beschuldigtem (Art. 10b), die Einvernahme minderjähriger Opfer (Art. 10b) und die Möglichkeit, das Strafverfahren einzustellen (Art. 10c)⁷⁹. Die Materialien bringen die KRK freilich nur bei der massgebenden Altersgrenze ins Spiel. Bei Artikel 10a über die „Definition des Kindes“ obsiegte letztlich ein vom Bundesrat unterstützter Minderheitsantrag, wonach sich der Geltungsbereich der Sondernormen in Anlehnung an Artikel 1 KRK auf Kinder erstrecken soll, die im Zeitpunkt der Eröffnung des Strafverfahrens weniger als 18 Jahre alt waren⁸⁰. Erst der erläuternde Bericht der Expertenkommission zur derzeit hängigen Totalrevision des Opferhilfegesetzes zitiert die Kinderrechtskonvention ausdrücklich als internationale Rechtsgrundlage⁸¹.

Die Vorarbeiten zum neuen materiellen Jugendstrafrecht begannen noch bevor die Generalversammlung der Vereinten Nationen die KRK überhaupt verabschiedet hatte. Dennoch begründete die Botschaft vom 21. September 1998 insbesondere die Regelungen für den getrennten Vollzug von Freiheitsentziehung ausdrücklich mit Artikel 37 lit. c KRK und der Absicht, den entsprechenden Vorbehalt zurückzuziehen⁸². Das Jugendstrafgesetz sieht nun besondere Einrichtungen für den Vollzug der Unterbringung und des Freiheitsentzugs vor, räumt den Kantonen aber eine extrem lange Übergangsfrist von 10 Jahren ein (Art. 48 JStG). Ferner wurde bei der Verteidigung (Art. 40 JStG) nach einer mit der Kinderrechtskonvention im Einklang stehenden Lösung gesucht⁸³. Bei anderen wichtigen Fragen – beispielsweise beim Strafmündigkeitsalter⁸⁴ – fehlt die Kinderrechtskonvention im Argumentationskontext.

Schliesslich führte die Ratifizierung des Fakultativprotokolls vom 25. Mai 2000 zum Übereinkommen über die Rechte des Kindes, betreffend den Verkauf von Kindern, die

⁷⁵ BBl 2002, S. 4246 und BBl 2006, S. 3384; vgl. auch Marie-Françoise Lücker-Babel, *Réflexions sur le „droit de l'enfant à une place de garde“*, Bulletin Suisse des Droits de l'enfant 1/2001.

⁷⁶ Art. 3 Abs. 1 lit. c betr. kantonale Qualitätsanforderungen und Art. 3 Abs. 2 lit. b betr. Ausbildung der Tagesfamilien.

⁷⁷ BBl 2002, S. 7555ff.; BBl 2003, S. 1119.

⁷⁸ Vgl. BBl 2000, S. 4784ff., BBl 2004, S. 6887ff., BBl 2004, S. 6941ff.

⁷⁹ Diese Bestimmungen sollen in die Schweizerische Strafprozessordnung überführt (Art. 151; Art. 320 Abs. 2) und dann im Opferhilfegesetz gestrichen werden.

⁸⁰ BBl 2000, S. 3758, BBl 2000, S. 3772

⁸¹ Totalrevision des Bundesgesetzes über die Hilfe an Opfer von Straftaten, Erläuternder Bericht, 25. Juni 2002, S. 57f; Botschaft zur Totalrevision des Bundesgesetzes über die Hilfe an Opfer von Straftaten vom 9. November 2005, BBl 2005, S. 7243

⁸² Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches, BBl 1999, insbes. S. 2278f.

⁸³ BBl 1999, S. 2279

⁸⁴ Neuerdings Committee on the Rights of the Child, General Comment No. 10 "Children's rights in Juvenile Justice", vom 2. Februar 2007.

Kinderprostitution und die Kinderpornografie zum neuen Straftatbestand „Menschenhandel“ in Artikel 182 des Strafgesetzbuches.

3.5. Schutz und Förderung von Kindern und Jugendlichen

Zum Jugendschutz werden hier Bestimmungen gezählt, die Kindern und Jugendlichen insofern eine ungestörte Entwicklung ermöglichen sollen, als um sie herum ein Schutzraum aus Verbotsnormen konstruiert wird. In diesem Bereich lässt der gesetzgeberische Aktivismus jede Linie und Orientierung an der Kinderrechtskonvention vermissen.

Bei der Revision des Filmgesetzes wurde eine nationale Regelung des Kinozutrittsalters gegen dem Wunsch mehrerer Kantone abgelehnt, weil Jugendschutz in die ausschliessliche Zuständigkeit der Kantone falle⁸⁵. Dieser Standpunkt wird nicht begründet, obschon Artikel 17 lit. e KRK und Artikel 11 BV aus guten Gründen für ein stärkeres Engagement des Bundes sprechen.

Nach Artikel 33 KRK treffen die Vertragsstaaten alle geeigneten Massnahmen einschliesslich Gesetzgebungs-, Verwaltungs-, Sozial- und Bildungsmassnahmen, um Kinder vor dem unerlaubten Gebrauch von Suchtstoffen und psychotropen Stoffen zu schützen. Im landesweiten legislatorischen Aktivismus im Substanzbereich bleibt diese Bestimmung weitgehend unbeachtet.

Gestützt auf Artikel 60 Lebensmittelgesetz schränkt Artikel 18 der Tabakverordnung vom 27. Oktober 2004 an „Jugendliche unter 18 Jahren“ gerichtete Werbung spezifisch ein. Soweit internationales Recht ausdrücklich berücksichtigt wurde, war es das von der Schweiz am 25. Juni 2004 unterzeichnet WHO-Rahmenübereinkommen zur Tabakkontrolle. Mehrere Kantone und Verbände riefen im Vernehmlassungsverfahren folgenlos nach einem bundesrechtlich stärker koordinierten Jugendschutz⁸⁶. Eine Revision des Tabaksteuergesetzes brachte schrittweise Erhöhungen der Tabakwarenpreise und die Einrichtung des Tabakpräventionsfonds⁸⁷. In der Vernehmlassung vorgebrachte Jugendschutzargumente werden in den Materialien eher gemieden⁸⁸. In der parlamentarischen Phase unterstützten sie aber den Entscheid, die Bandbreite für Steuererhöhungen von 50 auf 80 Prozent auszudehnen.

Die ambivalente Haltung zur Konsumlenkungsfunktion der Besteuerung ungeeigneter Substanzen spitzte sich im Alkoholbereich zu. Ganz klar im Zeichen des Kinder- und Jugendschutzes stand die fast unbestrittene Sondersteuer auf Alcopops im 2003 revidierten Alkoholgesetz⁸⁹. Dagegen setzte sich eine Jugend- und Gesundheitsschutzklausel im Biersteuergesetz vom 6. Oktober 2006 nur gegen zähen Widerstand durch⁹⁰. Bei beiden Vorlagen wurde nie mit der Kinderrechtskonvention argumentiert. Weiter geht es auf Verordnungsstufe. Die Verordnung des EDI über alkoholische Getränke vom 23. November 2005 schränkt speziell an Jugendliche unter 18 Jahren gerichtete Werbung ein⁹¹. Die Lebensmittelverordnung gleichen Datums macht dasselbe, allerdings ergänzt mit Abgabebeschränkungen⁹².

Auch die Gesetzgebung zu Radio und Fernsehen befasst sich mit der Materie, zunächst nicht aus der Sicht des Jugendschutzes. Bei der Revision des Bundesgesetzes über Radio und Fernsehen wurde heftig um den Alkoholwerbetopf gefeilscht. Werbung für Gebranntes und Vergärtes, das stärker als 15 Prozent ist, wurde generell verboten⁹³. Darüber hinaus gilt für schwache Alkoholika ein generelles Werbeverbot für die Schweizerische Radio- und

⁸⁵ Botschaft zum Bundesgesetz über Filmproduktion und Filmkultur, BBl. 2000, S. 5442

⁸⁶ EDI, Zusammenstellung der Vernehmlassungsergebnisse Verordnung über Tabak und Tabakerzeugnisse, Mai 2004, S. 11

⁸⁷ Bundesgesetz über die Tabakbesteuerung, SR 641.31, Art. 11 Abs. 2 Bst. b und Art. 28 Abs. 2 Bst. c; Verordnung über den Tabakpräventionsfonds SR. 641.316

⁸⁸ Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über die Tabakbesteuerung, BBl. 2001, S. 2727f.

⁸⁹ Botschaft betreffend die Einführung einer Sondersteuer auf Alcopops vom 26. Februar 2003, BBl. 2003, S. 2170.

⁹⁰ Bundesgesetz über die Biersteuer, Artikel 1 Absatz 2, BBl. 2006, S. 8403

⁹¹ SR 817.022.110, Artikel 4

⁹² SR 817.02, Artikel 11

⁹³ Tabakwerbung ist im Geltungsbereich des RTVG generell untersagt (Art. 10 Abs. 1 RTVG)

Fernsehgesellschaft, ebenso für in- und ausländische Veranstalter, deren Fernsehprogramme in der Schweiz national und sprachregional verbreitet werden und sich eigens an das schweizerische Publikum richten. Oder anders gewendet: Für Bier und Wein dürfen Privatradios sowie Fernsehsender mit nur lokaler Verbreitung werben. Der Bundesrat kann im Interesse des Jugendschutzes weitere Einschränkungen auf Verordnungsebene vorsehen (Art. 10 Abs. 1 lit. a und Abs. 5 RTVG, Art. 16 RTVV). Ergänzt wird dies mit generellen Werbeauflagen zum Schutz von Minderjährigen (Art. 13 RTVG) und einer allgemeinen Schutzvorschrift für jugendgefährdende Sendungen (Art. 5 RTVG, Art. 4 RTVV). Die Botschaft des Bundesrates zu dieser Revision verweist auf internationales Recht, insbesondere auf die Europaratskonvention über das grenzüberschreitende Fernsehen vom 5. Mai 1989 (EÜGF) und die EU Fernsehrichtlinie vom 3. Oktober 1989, nicht aber auf die Kinderrechtskonvention⁹⁴.

Das Kontrastprogramm dazu zeigt die völlig bewegungslose Gesetzgebung zur Kinder- und Jugendförderungs politik. Mit einer Revision der Jugendförderungsverordnung wurde der Namen der Eidgenössischen Kommission für Jugendfragen auf „Kinder“ erweitert⁹⁵. Die Revision des Bildungsrechts in der Bundesverfassung streifte die Marginalie von Artikel 67 BV, der neu mit „Förderung von Kindern und Jugendlichen“ überschrieben ist. Eine 2002 als Postulat überwiesene Motion von Nationalrat Claude Janiak⁹⁶ über ein Rahmengesetz für eine schweizerische Kinder- und Jugendpolitik blieb bis Ende 2006 unbearbeitet liegen.

Im Sinne eines Beispiels zum ungenügenden Bewusstsein für Kinder- und Jugendförderung in der Bundespolitik wird auf das neue Bundesgesetz über die Regionalpolitik hingewiesen⁹⁷. Gemäss Botschaft soll es die Anforderungen an eine nachhaltige Entwicklung berücksichtigen⁹⁸. Das Konzept der nachhaltigen Entwicklung sucht einen Abgleich zwischen ökonomischen, sozialen und ökologischen Aspekten. Zum sozialen Aspekt nachhaltiger Entwicklungen gehört die Partizipation der Bevölkerung an sozialräumlichen Planungsprozessen, von denen sie betroffen sind. Partizipation ist ein zentraler Aspekt der Kinder- und Jugendförderung. Kinder und Jugendliche müssten daher in geeigneter Form an regional- und raumplanerischen Prozessen partizipieren können. Im Gesetzgebungsprozess wurden keine Vorstellungen dazu entwickelt.

3.6. Bildung

Das Bildungsrecht bis Ende der obligatorischen Schulzeit ist primär Sache der Kantone. Auf Bundesebene gingen in den vergangenen zehn Jahren zwei wichtige Gesetzgebungsprojekte über die Bühne.

Das am 1. Januar 2004 in Kraft getretene Berufsbildungsgesetz hält in Artikel 3 lit. a und c Ziele fest, die im Ergebnis mit der Stossrichtung der KRK durchaus übereinstimmen. Auch Artikel 12 über die Vorbereitung auf die berufliche Grundbildung setzt Bildungsziele gemäss Artikel 29 KRK um. Freilich wurde in keinem Moment des Gesetzgebungsprozesses auf die Konvention Bezug genommen.

Gleiches gilt bei den seit Mai 2006 in Kraft stehenden neuen Bildungsrahmenartikeln der Bundesverfassung. Eine Vorlage, die einen zentralen Lebensbereich von Kindern und Jugendlichen betrifft wurde bar jeglichen normativen Bewusstseins gegenüber der Kinderrechtskonvention entworfen, beraten und verabschiedet.

3.8. Migration

⁹⁴ Botschaft zur Totalrevision des Bundesgesetzes über Radio und Fernsehen vom 18. Dezember 2002, BBl. 2003, S. 1577f., S. 1596, S. 1599ff., S. 1681, S. 1785

⁹⁵ Art. 19 Jugendförderungsverordnung, SR 446.11

⁹⁶ Motion 00.3469 vom 27. September 2000: Schaffung eines Rahmengesetzes für Kinder und Jugendliche

⁹⁷ Bundesgesetz über Regionalpolitik vom 6. Oktober 2006, SR 901.0

⁹⁸ Botschaft über die neue Regionalpolitik, BBl. 2005, S. 256

Gestützt auf Artikel 38 Absatz 3 BV regelt Artikel 30 des revidierten Bürgerrechtsgesetzes⁹⁹ die erleichterte Einbürgerung von staatenlosen Kindern. Gemäss der Botschaft zur Vorlage kann damit der Vorbehalt zu Artikel 7 der KRK zurückgezogen werden.

Im 1999 in Kraft getretenen totalrevidierten Asylgesetz¹⁰⁰ wurde der Bundesrat verpflichtet, ergänzende Bestimmungen über das Asylverfahren mit Minderjährigen zu erlassen (Artikel 17 Absatz 2 AsylG). Neu geregelt wurde die Pflicht der Kantone, unbegleiteten minderjährigen Asylsuchenden eine Vertrauensperson beizustellen (Artikel 17 Absatz 3 AsylG).

Das neue Bundesgesetz über Ausländerinnen und Ausländer stärkt den Integrationsbereich tendenziell, wobei den besonderen Anliegen der Integration von Kindern Rechnung zu tragen ist (Artikel 53 Absatz 4 AuG). Im Übrigen wird die kinderrechtspolitische Entwicklung im Migrationsbereich von der jüngsten Revision des Asylgesetzes und vom neuen Ausländergesetz überschattet. Das neue Recht missachtet die Kinderrechtskonvention in Bereichen der persönlichen Freiheit, des Familiennachzugs, der Sozialhilfe und des Freiheitsentzugs.

Im Ausländergesetz ist das neue Fristenregime beim Familiennachzug gemessen an Artikel 3 KRK fragwürdig¹⁰¹. Soweit ein Nachzugrecht überhaupt besteht, muss es innerhalb 5 Jahren beansprucht und bei über 12-jährigen Kindern binnen 12 Monaten ausgeübt werden. Ein rascher und früher Nachzug der Kinder mag ihren Interessen grundsätzlich entgegenkommen. Nicht mit der Kinderrechtskonvention vereinbar ist aber der mit dieser Legalkonstruktion eingeschränkte nachträgliche Familiennachzug gemäss Artikel 47 Absatz 4 AuG. Er wird nur bewilligt, wenn „wichtige familiäre Gründe“ geltend gemacht werden. Gemäss Artikel 3 und 10 KRK muss aber das Kindeswohl und eine Praxis der „wohlwollenden und humanen“ Beurteilung ausschlaggebend sein. Zudem werden Kinder über 14 Jahren gemäss Artikel 47 Absatz 4 AuG nur angehört, wenn „dies erforderlich“ ist. "Erforderlich" ist die Anhörung aber aufgrund von Artikel 12 KRK jedesmal, wenn das Kind vom Verfahren "berührt" ist.

Auch die lange Haftdauer für Vorbereitungs-, Ausschaffungs- und Beugehaft (Artikel 75, 76, 78 und 78 AuG) widersprechen der Kinderrechtskonvention¹⁰². Dies wurde vom Bundesrat zwar bestritten. Ein Bericht der Geschäftsprüfungskommission des Nationalrates bestätigt inzwischen aber die Befürchtungen als berechtigt¹⁰³. Der Bericht weist insbesondere nach, wie unterschiedlich die kantonale Praxis ist, dass Minderjährige im Durchschnitt länger inhaftiert sind als Erwachsenen und kein besonders Haftregime geniessen.

Konventionswidrig ist auch eine mit dem Ausländergesetz verbundene Revision des Zivilgesetzbuches. Wird eine Ehe ungültig erklärt, berührt dies die Vaterschaftsvermutung des Ehemannes grundsätzlich nicht (Artikel 109 Absatz 1 ZGB). Mit dem neuen Ausländergesetz wird Artikel 105 ZGB um einen Ungültigkeitsgrund ergänzt, wenn die Ehe zur Umgehung ausländerrechtlicher Bestimmungen über Zulassung und Aufenthalt eingegangen wurde. Im Widerspruch zur Kinderrechtskonvention wird in diesen Fall die Vaterschaftsvermutung entgegen der Grundsatzregelung entfallen (Artikel 109 Absatz 4 ZGB)¹⁰⁴.

Beim neuen Asylgesetz wirkt die Erweiterung der Befugnis gemäss Artikel 9 Absatz 1 AsylG, private Räume auch ausserhalb von Strafverfahren zu durchsuchen, auf asylsuchende Kinder diskriminierend¹⁰⁵. Die der neue Nichteintretensgrund fehlender Papier trägt Artikel 3 KRK keine Rechnung¹⁰⁶. Die Ausdehnung des Nothilferegimes von Nichteintretensentscheiden auf abgewiesene Asylsuchende widerspricht Artikel 3 KRK und dem Verbot regressiver Entwicklungen bei Sozialrechten¹⁰⁷.

⁹⁹ SR 141.00

¹⁰⁰ SR 142.31

¹⁰¹ Fondation Terre des hommes (Marguerat/Nguyen/Zermatten), La loi sur les étrangers et la loi sur l'asile révisée à la lumière de la Convention relative aux Droits de l'Enfant, S. 41

¹⁰² Fondation Terre des hommes (Marguerat/Nguyen/Zermatten), a.a.O., S. 61f.

¹⁰³ Kinderschutz im Rahmen der Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht, vom 7. November 2006

¹⁰⁴ Fondation Terre des hommes (Marguerat/Nguyen/Zermatten), a.a.O. S. 33

¹⁰⁵ Fondation Terre des hommes (Marguerat/Nguyen/Zermatten), a.a.O., S. 48ff.

¹⁰⁶ Fondation Terre des hommes (Marguerat/Nguyen/Zermatten), a.a.O., S. 57ff.

¹⁰⁷ Fondation Terre des hommes (Marguerat/Nguyen/Zermatten), a.a.O., S. 52ff.

3.9. Ratifizierung internationaler Kinderrechtsabkommen

Die Schweiz hat inzwischen den Vorbehalt zu Artikel 5 KRK zur elterlichen Gewalt und zu Artikel 40 Absatz 2 lit. b) vi) KRK betreffend Unentgeltlichkeit des Dolmetscher zurückgezogen. Damit bleiben noch Vorbehalte zu vier Artikeln der Kinderrechtskonvention bestehen.

Im Juni 2002 ist für die Schweiz das Fakultativprotokoll zum Übereinkommen über die Rechte des Kindes betreffend die Beteiligung von Kindern an bewaffneten Konflikten in Kraft getreten¹⁰⁸. Dies zog eine Revision von Artikel 5 lit. b der Verordnung über das Kriegsmaterial¹⁰⁹ nach sich. Danach gilt der Verzicht auf Kindersoldaten als Bewilligungsvoraussetzung für Auslandsgeschäfte mit Kriegsmaterial im Sinne von Artikel 22 Kriegsmaterialgesetz¹¹⁰.

Seit Oktober 2006 ist für die Schweiz das Fakultativprotokoll zum Übereinkommen über die Rechte des Kindes betreffend den Verkauf von Kindern, die Kinderprostitution und die Kinderpornografie¹¹¹ in Kraft. Aufgrund dieser Ratifizierung wurde das Schweizerische Strafgesetzbuch mit Artikel 182 revidiert. Genehmigt aber derzeit noch nicht ratifiziert ist in diesem Zusammenhang das Übereinkommen der Vereinten Nationen gegen die grenzüberschreitende organisierte Kriminalität und Zusatzprotokoll zur Verhütung, Bekämpfung und Bestrafung des Mädchenhandels, insbesondere des Frauen- und Kinderhandels.

Am 1. Januar 2003 ist für die Schweiz das Haager Übereinkommen über den Schutz von Kindern und die Zusammenarbeit auf dem Gebiet der internationalen Adoption in Kraft getreten. Damit verbunden waren das Bundesgesetz zum Haager Adoptionsübereinkommen und über Massnahmen zum Schutz von Kindern bei internationalen Adoptionen sowie eine Revision des Adoptionsrechts im Zivilgesetzbuch. Die Vorarbeiten zu diesem Reformpaket begannen vor der Ratifizierung der Kinderrechtskonvention.

Ferner sind zwei Übereinkommen der Internationalen Arbeitsorganisation ratifiziert worden. Am 17. August 2000 ist das Übereinkommen Nr. 138 über das Mindestalter für die Zulassung zur Beschäftigung in Kraft getreten, am 28. Juni 2001 das Übereinkommen Nr. 182 über das Verbot und unverzügliche Massnahmen zur Beseitigung der schlimmsten Formen der Kinderarbeit. Letzteres zog eine Heraufsetzung des zulässigen Rekrutierungsalter im Landesverteidigungsdienst gemäss Artikel 82 Militärgesetz nach sich.

5. Die Kinderrechtskonvention bei Kantonen und Gemeinden

Die Wirkungen der Kinderrechtskonvention im Recht der Kantone und Gemeinden kann nicht mit vertretbarem Aufwand ermittelt werden. Ausgewählte Beispiele zeigen dennoch Tendenzen.

5.1. Schulrecht

Mehrere Kantone haben seit der Jahrtausendwende das Schulrecht revidiert. Der Einfluss der Kinderrechtskonvention wird beispielsweise im Partizipationsbereich erkennbar. Gemäss § 50 des Volksschulgesetzes für den Kanton Zürich werden Schülerinnen und Schüler an den sie betreffenden Entscheiden beteiligt, soweit nicht ihr Alter oder andere wichtige Gründe dagegen sprechen. Das Organisationsstatut und das Schulprogramm sehen eine dem Alter und dem Entwicklungsstand entsprechende Mitverantwortung und Mitsprache der Schülerinnen und Schüler vor. Hier ist die Anlehnung an Artikel 12 KRK deutlich erkennbar.

¹⁰⁸ SR 0.107.1

¹⁰⁹ SR 514.511

¹¹⁰ SR 514.51

¹¹¹ SR 0.107.2

Die Formulierung der Bildungsziele zeigen dagegen wenig Spuren der Kinderrechtskonvention. Gemäss § 2 des Volksschulgesetzes für den Kanton Zürich erzieht die Volksschule "zu einem Verhalten, das sich an christlichen, humanistischen und demokratischen Wertvorstellungen orientiert. Dabei wahrt sie die Glaubens- und Gewissensfreiheit und nimmt auf Minderheiten Rücksicht. Sie fördert Mädchen und Knaben gleichermaßen". Während das Schulgesetz christliche und humanistische Wertvorstellung zuvorderst sieht, verweist Artikel 29 KRK viel stärker auf die Menschenrechte und Grundfreiheiten.

In der schulpolitischen Diskussion verschiedener Kantone hatten menschenrechtliche Argumente durchaus Einfluss gegen die Einführung eines Schulgeldes für die Sekundarstufe II, bei Forderungen nach getrennten Klassen für sprachschwache ausländische Kinder oder beim Aufbau integrierter Schulklassen mit behinderten Kindern.

5.2. Kinder- und Jugendgesetze

im Bereich spezifischer Kodifikationen des Kinder- und Jugendbereiches zeigt sich erstaunlich wenig Einfluss der Kinderrechtskonvention Hinzuweisen ist auf zwei interessante Ausnahmen.

Das "Loi sur la politique de la jeunesse" des Kantons Jura vom 22. November 2006 nimmt im Ingress ausdrücklich Bezug auf die Kinderrechtskonvention und gewichtet die Partizipationsfrage mit einer ausführlichen Regelung zum Jugendparlament stark. Auch das Jugendgesetz des Kanton Wallis vom 11. Mai 2000 nimmt im Ingress ausdrücklichen Bezug auf die Kinderrechtskonvention.

Im Kanton Bern konnte eine exemplarische Umsetzung des (alten) Artikel 317 ZGB im Gesetz über Jugendhilfe und Koordination durch die kantonale Jugendkommission eine beachtliche kinder- und jugendpolitische Dynamik entwickeln. Die Stadt Bern verankerte die Partizipation beispielsweise ausdrücklich und stark im Reglement und in der Verordnung über die Mitwirkung von Kindern und Jugendlichen von 2003.

5.3. Kinderschutzgruppen und Kinderbüros

Seit Mitte der 90er Jahre haben verschiedene Kantone regionale oder kantonale Kinderschutzgruppen mit unterschiedlichen Konzepten aufgebaut¹¹². Es handelt sich um qualifizierte Netze von Fachpersonen, die entweder Aussenstehende beim Zugang zum amtlichen Kinderschutz beraten oder einzelne Kinderschutzfälle multidisziplinär bearbeiten. Teilweise werden ergänzend dazu strategisch und politisch arbeitende Kinderschutzkommissionen eingesetzt. Ein wichtiger Impuls für diese Entwicklung ging vom 1992 erstellten Bericht des Bundes über Kindesmisshandlungen aus. Heute wird die Einrichtung solcher Organisationsstrukturen auch mit Artikel 19 und 34 der Kinderrechtskommission begründet. Grössere Kantone haben inzwischen Erfahrungen mit Vernetzungsstrukturen dieser Art und werten sie grundsätzlich positiv. Die Beteiligten scheinen Abwehrreflexe in Kinderschutzfällen zu verlieren und gewinnen Sicherheit bei deren Bearbeitung. Dieser Gewinn für die betroffenen Kinder darf nicht regional beschränkt sein. Der Bund muss gesetzliche Grundlagen erhalten, um auch mit strukturschwachen Kantonen funktionierende Modelle entwickeln zu können.

Ebenfalls seit Mitte der 90er Jahre haben grössere Städte mit dem Aufbau von „Kinderbüros“ begonnen. Die Stadt Luzern setzte 1992 einen Kinderbeauftragten ein. Aus dessen Aktivität entstanden das Kinderparlament und spezifische soziokulturelle Angebote für Kinder. Andere grössere Städte wie Bern, Zürich, Basel oder St. Gallen entwickelten eine vergleichbare

¹¹² Zürich: Amt für Jugend und Berufsberatung, Standards für regionale und städtische Kinderschutzgruppen im Kanton Zürich; RRB 1499 vom 22. Mai 1996 über die kantonale Kommission für Kinderschutz, deren Mandat 2000 verlängert wurde; Bern: Vortrag des Regierungsrates an den Grosse Rat betreffend Pilotprojekt "Umsetzung des Kinderschutzes im Kanton Bern"; definitive Einrichtung

Kinderförderung. Solche Programme hängen wesentlich vom Interesse und Engagement der zuständigen Exekutivmitglieder des betreffenden Gemeinwesens ab. Die Rechtsgrundlagen sind oft noch schwächer als diejenigen der Entwicklung im Kinderschutzbereich.

6. Koordination beim Umsetzen der Kinderrechtskonvention und unabhängige Menschenrechtsinstitution

Für die Erfüllung der Verpflichtungen aus der Konvention ist die Regierung des jeweiligen Vertragsstaates verantwortlich. Dies gilt auch bei föderalistisch strukturierten Staaten, die zudem dafür sorgen müssen, dass es zu keiner Diskriminierung beim Genuss der Rechte des Kindes in den verschiedenen Regionen kommt¹¹³. Bei den allgemeinen Massnahmen zur Verwirklichung der in der Kinderrechtskonvention festgehaltenen Rechte (Art. 4 KRK) wird deshalb nationalen Koordinierungsmechanismen und unabhängigen Menschenrechtsinstitutionen besonderes Gewicht beigemessen¹¹⁴.

Als „nationaler Koordinationsmechanismus“ kommen insbesondere Aktionspläne in Betracht, die mit allen an der Verwirklichung der Kinderrechtskonvention beteiligten Stellen erarbeitet werden. Die Schweiz hat sich im Umfeld der Kinderrechtskonvention ebenso wiederholt wie folgenlos zur Erarbeitung von Aktionsplänen verpflichtet:

- 1990 schloss sich die Schweiz anlässlich des 1. Weltkindergipfels der "universellen Erklärung zugunsten des Überlebens, des Schutzes und der Entwicklung von Kindern" an. In der dazu gehörenden Aktions-Agenda werden die nationalen Regierungen aufgefordert, innerhalb eines Jahres nationale Aktionspläne zur Umsetzung der Deklaration zu entwickeln.
- 1996 verpflichtete sich die Schweiz anlässlich des 1. Weltkongresses gegen die kommerzielle sexuelle Ausbeutung von Kindern in Stockholm, die Umsetzung der Schlusserklärung mit einem nationalen Aktionsplan zu fördern.
- 2001 bestätigte die Schweiz am 2. Weltkongress gegen die kommerzielle sexuelle Ausbeutung von Kindern ihre Verpflichtung gemäss den Schlussdokumenten des ersten Weltkongresses in Stockholm.
- 2002 verpflichtete sich die Schweiz anlässlich des als Sondersession der Vereinten Nationen durchgeführten 2. Weltkindergipfels, die Umsetzung der Schlusserklärung „A World Fit for Children“ mit einem nationalen Aktionsplan zu fördern.
- 2002 empfiehlt der Ausschuss für die Rechte des Kindes in den abschliessenden Bemerkungen zum ersten Staatenbericht der Schweiz, einen umfassenden Aktionsplan zur Umsetzung der Kinderrechtskonvention auszuarbeiten.
- 2004 sagte die Schweiz an der 4. „ministeriellen Konferenz Umwelt und Gesundheit“ zu, die Beschlüsse über einen auf die Verbesserung von Umwelt und Gesundheit der Kinder gerichteten „Aktionsplan Umwelt und Gesundheit“ einzulösen.

Am 10. Dezember 2001 reichten Nationalrätin Vreni Müller-Hemmi und Ständerat Eugen David in den beiden Räten je eine parlamentarische Initiative ein, in der sie die Schaffung einer eidgenössischen Kommission für Menschenrechte forderten. Der Nationalrat gab der parlamentarische Initiative Müller-Hemmi am 20. Juni 2003 Folge. Die kleine Kammer überwies ein Postulat, das einen Bericht des Bundesrates zur Frage der Schaffung einer Menschenrechtskommission verlangt. In beiden Geschäften konnte seither keine Fortschritte erzielt werden.

¹¹³ Allgemeine Bemerkung Nr. 5 über Allgemeine Massnahmen zur Umsetzung des Übereinkommens über die Rechte des Kindes (Artikel 4, 42 und 44 Abs. 6), in: Deutsches Institut für Menschenrechte, Die „General Comments“ zu den VN-Menschenrechtsverträgen, Nomos Verlag 2005, S. 614, N 40 und 41.

¹¹⁴ UNICEF, Study on the Impact of the Implementation of the Convention on the Rights of the Child, Summary Report, Innocenti Research Center, 2004; UNICEF, The General Measures of the Convention on the Rights of the Child, the Process in Europe and Central Asia, Innocenti Research Center, 2006; CRC/GC/2003/5, Allgemeine Bemerkung Nr. 5 über Allgemeine Massnahmen zur Umsetzung des Übereinkommens über die Rechte des Kindes (Artikel 4, 42 und 44 Abs. 6), a.a.O., S. 599ff.

7. Fazit: Die Kinderrechtskonvention wirkt – es könnte mehr sein

7. 1. Vorbemerkung

Die Untersuchung konzentriert sich auf Spuren der Kinderrechtskonvention (KRK) in der höchstrichterlichen Rechtsprechung und in der Gesetzgebung des Bundes. Vorauszuschicken ist, dass sich die Schweiz internationalen Menschenrechtsvereinbarungen nur widerwillig annähert¹¹⁵. Das setzt den Wirkungshorizont der Kinderrechtskonvention im vornherein zurück und spricht gegen sichtbare Spuren in der Praxis von Justiz, Legislative und Exekutive. Trotz dieses kollektiven Mentalvorbehaltes gegen die normative Kraft der Konvention wird Bemerkenswertes sichtbar.

7.2. Rechtsprechung

Die Rechtsprechung von Bundesgericht und Asylrekurskommission hat den quantitativen Schwerpunkt beim Anhörungsrecht nach Artikel 12 KRK in familien- und ausländerrechtlichen Fällen. Mit etwas Abstand folgen Artikel 3 KRK (Kindeswohl) und Artikel 9 KRK (Trennung von den Eltern). Das trifft den Kern der Sache, zählen doch die Bestimmungen zur Partizipation und zum Vorrang des Kindeswohl zu den vier zentralen Grundprinzipien der Konvention. In den einzelnen Urteilen entwickelt die Kinderrechtskonvention sehr unterschiedliche argumentative Kraft. Sie reicht von beiläufigen Erwähnungen bis zur Entscheidungsrelevanz in Leiturteilen.

Noch bevor das neue Scheidungsrecht in Kraft trat, anerkannte das Bundesgericht den Artikel 12 KRK als direkt anwendbares Recht. In konstanter Praxis stützen sich Scheidungsurteile seither auch auf die KRK, zeitweise wegliegend wie ein 2005 gefälltes Urteil zur Anhörung ab dem sechsten Altersjahr¹¹⁶. Das darf nicht über unausgeleuchtete Alltagsrealien bei erstinstanzlichen Gerichten hinwegtäuschen. Scheidungen folgen als forensisches Massenprodukt einer eigenen Logik. Kinderbelange werden als Nebenfolge geregelt, meist elterlicher Vereinbarung entsprechend und eher zufällig nach weiteren Abklärungen¹¹⁷. Eine 1998 durchgeführte Untersuchung von 350 Scheidungsdossiers mit betroffenen Kindern zeigte in nur 86 Fällen Hinweise auf eine Verfahrensbeteiligung dieser Kinder, allein 62 davon waren einem von vier untersuchten Gerichten zuzuschreiben¹¹⁸. Die Verfahrensbeteiligung von Kindern spielt im Scheidungsalltag eine verschwindende Rolle. Wahrscheinlich brachte die Kinderrechtskonvention keine Wende. Nach ersten Hinweisen einer Studie des Nationalen Forschungsprogramms 52 wird nur rund 10 % der von Scheidungsverfahren betroffenen Kinder effektiv angehört und diese sind mit den Anhörungen zudem oft unzufrieden¹¹⁹.

Auffallend sind die je nach Materie unterschiedlichen Faustregeln zur Kinderanhörung. In Scheidungsverfahren steigt das Bundesgericht bei 6 Jahren ein, beim Vollzug von Rückführungsentscheidungen bei internationalen Kindesentführungen bei 11 Jahren. In ausländerrechtlichen Verfahren gilt geradezu ein Sonderrecht. Danach soll sich der konventionsrechtliche Gehörsanspruch vernünftigerweise auf Verfahren beschränken, in denen persönlichkeitsrelevante essentielle eigene Interessen des Kindes unmittelbar auf dem Spiel stehen¹²⁰. Hier scheint nicht mehr Artikel 12 KRK wegliegend zu sein, wonach Kinder dann anzuhören sind, wenn sie vom Verfahren im Sinne schutzwürdiger Interessen "berührt" sind. Vielmehr dringt eine vorausseilende Abwehr befürchteter Störungen einer schlanken Verfahrensabwicklung durch.

¹¹⁵ Jon A. Fanzun: Die Grenzen der Solidarität. Schweizerische Menschenrechtspolitik im Kalten Krieg, Verlag Neue Zürcher Zeitung, Zürich 2005

¹¹⁶ BGE 131 III 553

¹¹⁷ Schweighauser, Die Vertretung der Kinder, S. 21f, 30f., 43f.

¹¹⁸ Schweighauser, Die Vertretung der Kinder, S. 66ff.

¹¹⁹ Andrea Büchler/Heidi Simoni, Kinder und Scheidung – Der Einfluss der Rechtspraxis auf familiäre Übergänge, in: Soziale Sicherheit CHSS, 5/2006, S. 261.

¹²⁰ Bger 2A.348/2005, vom 21. Oktober 2005; Bger 2A.423/2005, vom 25. Oktober 2005

Neben Artikel 12 wurde insbesondere Artikel 7 KRK über das Recht auf eine Identität als direkt anwendbar erklärt. Und wie verhält es sich nun mit Artikel 3 der Konvention, wonach das Kindeswohl ein vorrangig zu berücksichtigender Gesichtspunkt ist? In der international umstrittenen Frage schwenkte die schweizerische Praxis auf eine Haltung ein, nach der Artikel 3 KRK als Interpretationsgrundsatz und programmatische Bestimmung für „sich allein“ nicht als direkt anwendbar gilt. Die Bestimmung wird zur völkerrechtskonformen Auslegung unbestimmter Gesetzesbegriffe beigezogen oder kann zusammen mit anderen Bestimmungen des Völker- und Landesrechts den entscheiderelevanten Ausschlag geben. Die gleiche Funktion wird anderen Bestimmungen beigezogen, beispielsweise Artikel 9 über die Trennung von den Eltern.

7.3. Gesetzgebung

Das grosse Thema der Ratifizierungsdebatte war, inwieweit die KRK ein familienrechtliches Konzept stört, wonach das Wohlergehen der Kinder eine Reflexwirkung der elterlichen Pflicht sein muss, ihr Erziehungsrecht in deren Interesse auszuüben. Die Auseinandersetzung mündete in den politischen Vorbehalt zu Artikel 5 KRK, wonach die schweizerische Gesetzgebung über die elterliche Gewalt vorbehalten bleibe. Dieser Vorbehalt wurde im März 2004 diskussionslos zurückgezogen. Das signalisiert ein wachsendes Verständnis für die Grundhaltung der KRK einer partizipative Teilhabe des Kindes in seinen Beziehung zu Eltern, Gesellschaft und Staat.

Die schweizerische Gesetzgebung bestätigt den Befund rechtsvergleichender Studien, dass sich die Kinderrechtskonvention zuerst im Familienrecht auswirkt. So zeigt das seit 2000 geltende Scheidungsrecht beim Anhörungsrecht betroffener Kinder deutliche Spuren ihrer Verfahrensbeteiligung im Sinne von Artikel 12 KRK. Man ging freilich nicht so weit, dem Kind eine vollständige Parteistellung einzuräumen und dem Kindesschutzverfahren blieb selbst die bescheidene Lösung des Scheidungsrechts versagt.

Eine wegleitende Entwicklung zeigt das Adoptionsrecht nach der Ratifizierung des Haager Adoptionsübereinkommen. Der Bund übernahm mit dem begleitenden Gesetz über Massnahmen zum Schutz von Kindern bei internationalen Adoptionen auch Mitverantwortung beim Vollzug, mit anerkannt guten Ergebnissen. Ansatzweise gilt dies auch im Ausbildungswesen für Anhörungen minderjähriger Opfer nach Opferhilfegesetz, wiewohl die Initiative vom zentralen Kindesschutz getrieben aus einzelnen Kantonen kam. Im Gegensatz dazu wurden die Kantone beim Vollzug der Verfahrensbeteiligung von Kindern im Scheidungsverfahren allein gelassen, mit groben Vollzugslücken als Ergebnis. De lege ferenda macht dies deutlich: Das Bundesgesetz über internationale Kindesentführung, die Revision des Vormundschaftsrechts, anstehende Revisionen des Scheidungsrechts oder die schweizerischen Straf- und die Zivilprozessordnung müssen mit Rechtsgrundlagen verbunden werden, um die Kantone beim Vollzug wirksamer unterstützen zu können.

Die Gesetzgebung beim klassischen Jugendschutz zeigt ein schwieriges Bild, sei es bezüglich Substanzen oder ungeeigneter Medieninhalte. Eigentliche wären klare Botschaften nötig. Schon das Bundesrecht verliert sich aber in feinsten Verästelungen auf Verordnungsebene, vom bunten Straus kantonaler Regelungen ganz zu schweigen. Die Kinderrechtskonvention dringt ebensowenig in die jugendschutzrechtlich relevanten Argumentationszusammenhänge vor, wie die damit untrennbar verbundene Kinder- und Jugendförderung.

Wichtige familien- oder bildungspolitische Entwicklungen der letzten Jahre, wie der bezahlte Mutterschaftsurlaub, der schweizweit einheitlichen, minimalen Familienzulage, die geförderte familienergänzenden Kinderbetreuung oder Harmonisierungen im Bildungsbereich erfüllen im Ergebnis auch Postulate der Kinderrechtskonvention, wurden aber kaum vom Bewusstsein ihrer Umsetzung getragen.

Insgesamt ging die Gesetzgebung der letzten zehn Jahre durchaus auf die Kinderrechtskonvention zu. Je weniger sich der Regelungsgegenstand aber von der Kind-Opfer-Metapher einfangen lässt, desto schwächer werden die Spuren eines an der Kinderrechtskonvention orientierten normativen Bewusstseins.