

Titel	Das Kind in den familienrechtlichen Verfahren
Buchautoren	Christophe A. Herzig
Jahr	2012
Herausgeber	Peter Gauch
Serie/Reihe	AISUF Band/Nr. 318
ISBN	978-3-7255-6609-9
Verlag	Schulthess Juristische Medien AG

§ 8 Das Recht auf Vertretung

I. Rechtsgrundlagen und Begriff

- 421 Das Recht des Kindes auf eine Kindesvertretung ist Ausfluss seiner Persönlichkeit sowie seines Anspruchs auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV, Art. 53 ZPO, vgl. N 222) und mithin wie das Anhörungsrecht ein (absolut) **höchstpersönliches Recht**.⁶²⁷ Als Faustregel ist die Urteilsfähigkeit bei einem zehnjährigen Kind zu bejahen (vgl. N 102 ff.; insbesondere N 116 ff.), und dieses kann entsprechend dieses Recht selbständig wahrnehmen (Art. 19c Abs. 1 nZGB, Art. 305 Abs. 1 nZGB, Art. 67 Abs. 3 lit. a ZPO; vgl. N 46 ff. und 68 ff.). Das Gericht muss aufgrund der uneingeschränkten Untersuchungsmaxime (vgl. N 175 ff.) für jeden konkreten Einzelfall prüfen, ob das Kind bezüglich des Rechts auf Vertretung urteilsfähig ist oder nicht. Ist das Kind urteilsfähig, so muss das Gericht bzw. die Kindesschutzbehörde das Kind über dieses ihm zustehende Recht aufklären.
- 422 Die Behörden sollen sowohl das Kind als auch die Eltern **umfassend über die Möglichkeit der Kindesvertretung aufklären**, und auch die eingesetzte Vertretungsperson sollte das Kind über seine Rolle informieren.⁶²⁸
- 423 Die Kindesvertretung sollte in der Regel mit dem Kind **persönlich Kontakt** aufnehmen. Auch bei kleineren Kindern sollte nicht auf den persönlichen Kontakt verzichtet werden, denn durch die Beobachtung des kindlichen Verhaltens – allenfalls unter Beizug eines kinderpsychologischen Sachverständigen – können wertvolle Hinweise für die Vertretung gewonnen werden. Somit stellt sich die Frage nach dem **geeigneten Ort** der persönlichen Kontaktaufnahme.⁶²⁹

Es sollte sich um einen Ort handeln, an dem sich das Kind möglichst wohl fühlt. Auch können Spielsachen bei kleineren Kindern das Bewusstsein wecken, dass andere Kinder den gleichen Ort bereits aufgesucht haben und sie sich entsprechend wohler

⁶²⁷ Vgl. Levante, Kindesinteressen, S. 102.

⁶²⁸ Vgl. zu den positiven Auswirkungen auf das Kind, wenn dieses umfassend informiert wird Stötzl, S. 115 ff., insbesondere S. 121.

⁶²⁹ Vgl. Schweighauser, Anwalt des Kindes, S. 219 und 237; Schweighauser, ZPO-Komm. zu Art. 300 ZPO, N 18. Weigert sich das Kind vehement mit der Vertretung in Kontakt zu treten, so ist dies zu akzeptieren, sofern eine eindeutige Willenshaltung vorliegt (vgl. N 105), und auch medizinische Gründe können gegen die persönliche Kontaktaufnahme sprechen.

fühlen.⁶³⁰ Die Vertretung muss sich einer **kindes- und altersgerechten Sprache** bedienen und dem Kind versichern, dass es nicht alle Fragen beantworten muss oder kann. Sie kann auch **Geschwister** vertreten, sofern zwischen den Kindern kein Interessenkonflikt vorhanden ist oder im Laufe des Verfahrens entsteht.⁶³¹

- 424 Das urteilsfähige Kind kann seinen eigenen Vertreter bestimmen (vgl. N 451), während dem urteilsunfähigen Kind (wenn nötig) von Amtes wegen eine Vertretung ernannt wird.⁶³²

II. Im eherechtlichen Verfahren im Besonderen

1. Allgemeines

- 425 Gemäss Art. 299 Abs. 1 ZPO **ordnet das Gericht wenn nötig die Vertretung des Kindes an** und bezeichnet als Beiständin oder Beistand eine in fürsorgerischen und rechtlichen Fragen erfahrene Person. Die Bestimmungen der ZPO zur Kindesvertretung (Art. 299 und 300 ZPO) entsprechen im Grossen und Ganzen denjenigen von Art. 146 und 147 aZGB. Die altrechtlichen Bestimmungen galten bereits entgegen ihrer systematischen Stellung

175

für alle eherechtlichen Verfahren.⁶³³ Die ZPO-Bestimmungen zur Kindesvertretung gelten nun explizit aufgrund ihrer Systematik für alle eherechtlichen Verfahren.⁶³⁴ Neu ist, dass die Zuständigkeit für die Bezeichnung der Kindesvertretung dem Gericht übertragen wurde.⁶³⁵ Zweck der Kindesvertretung ist, die Rechte der grundsätzlich handlungsunfähigen Kinder selbständig zu wahren (vgl. Art. 67 Abs. 2 ZPO). Deshalb kann sie als eine Kindesschutzmassnahme sui generis qualifiziert werden, die verfahrensrechtlich begründet wird.⁶³⁶

- 426 Die Anordnung einer Kindesvertretung ist nach wie vor eine **Randerscheinung**. Damit wird dem gesetzgeberischen Willen nicht gebührend Rechnung getragen. Im Jahr 2010 wurden bei ca. 22'000 Scheidungen mit ca. 15'300 betroffenen Kindern gesamtschweizerisch nur 152 Kindesvertretungen angeordnet.⁶³⁷

176

⁶³⁰ Schweighauser, ZPO-Komm. zu Art. 300 ZPO, N 20; vgl. auch Schweighauser, Anwalt des Kindes, S. 232 f.

⁶³¹ Schweighauser, ZPO-Komm. zu Art. 300 ZPO, N 21 ff.; vgl. zudem zur Geschwisterversetzung Schweighauser, Anwalt des Kindes, S. 242 f.; Schreiner/Schweighauser, S. 539, Mutter-Freuler, S. 74 ff.; Steck, AJP 8, S. 1566.

⁶³² Vgl. Häring, S. 267.

⁶³³ Vgl. Schreiner/Schweighauser, S. 527; Schweighauser, ZPO-Komm. zu Art. 299 ZPO, N 4; Sutter/Freiburghaus, Kommentar zu Art. 146/147 ZGB, N 6; Bähler, ZVW 56, S. 191; Steck, BaK zu Art. 299 ZPO, N 3; vgl. ferner BGer 5P.139/2002 E. 2.

⁶³⁴ Botschaft ZPO, 7367.

⁶³⁵ Steck, BaK zu Art. 299 ZPO, N 1 und 5; Schweighauser, ZPO-Komm. zu Art. 299 ZPO, N 7; zuständig war bisher die Vormundschaftsbehörde (jetzt: Kindesschutzbehörde), vgl. dazu die Kritik an diesem dualen System von Schweighauser, Kinder und Scheidung, N 375.

⁶³⁶ Steck, BaK zu Art. 299 ZPO, N 3; vgl. auch Bernasconi, CPC-Kommentar zu Art. 299 ZPO, S. 1320.

⁶³⁷ Vgl. Schweizerische Statistik der Massnahmen im Kindes- und Erwachsenenschutz 2010, Kinder 2010 neu angeordnete Massnahmen (Details alle Kantone, <<http://www.vbk-cat.ch/de/04-dokumentation/01-statistik.php?navid=12>> (besucht am 16.11.2011) und die Scheidungsstatistik des Bundesamts für Statistik, <<http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/01/06/blank/key/06/06.html>> (besucht am 16.11.2011).

2. Die Bestellung der Kindesvertretung

A. Allgemeine Prüfungspflicht

a) Begriff

- 427 Art. 299 Abs. 1 ZPO verpflichtet das Gericht, wenn nötig eine Vertretung des Kindes anzuordnen. Dabei handelt es sich um eine **Generalklausel**, die vom Gericht i.S.v. Art. 4 ZGB konkretisiert werden muss. Mithin hat das urteilende Gericht nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden.⁶³⁸ Aufgrund der Official- und Untersuchungsmaxime muss das Gericht prüfen, ob Anhaltspunkte vorliegen, die eine Einsetzung einer Kindesvertreterin oder eines Kindesvertreters gebieten (vgl. N 201). Anhaltspunkte können die besonderen Fälle in Abs. 2 liefern, doch ist die Aufzählung nicht abschliessend, was durch das Wort „insbesondere“ klargestellt wird. Massgebend ist, dass die Notwendigkeit einer Einsetzung unter dem Aspekt des Kindeswohls geprüft wird. Die Nichtbestellung einer eigentlich notwendigen Kindesvertretung verletzt Bundesrecht (Art. 296 ZPO).⁶³⁹ Sobald im Verfahren eine Schutz- bzw. Vertretungsbedürftigkeit des Kindes und dadurch eine Gefährdung des Kindes besteht, was bei einem Interessenkonflikt zwischen dem Kind und einem Elternteil oder beiden Eltern sowie bei einem Interessenkonflikt zwischen dem Kind und/oder den Eltern einerseits und der Kindesschutzbehörde (ehem. Vormundschaftsbehörde) andererseits gegeben sein dürfte, ist eine Einsetzung der Kindesvertretung nötig.⁶⁴⁰ Die Notwendigkeit darf nur unter dem Aspekt des Kindeswohls geprüft werden; sachfremde Kriterien (z.B. Kosten, vermeintliche Verzögerung und Verkomplizierung des Verfahrens) dürfen dabei keine Rolle spielen.⁶⁴¹ Art. 146 Abs. 1 aZGB hielt fest, dass eine Kindesvertretung aus wichtigen Gründen anzuordnen sei.

177

- Aufgrund des Wortlauts drängt sich eine **weniger restriktive Anwendung** auf, da „wenn nötig“ im Vergleich zu „aus wichtigen Gründen“ eine weniger hohe Schranke darstellt.⁶⁴²
- 428 Unter dem alten Recht wurde die Kindesvertretung nur mit grösster Zurückhaltung angeordnet. Sogar die Prüfung der Anordnung für bestimmte Fallkonstellationen (Art. 146 Abs. 2 aZGB) wurde nicht konsequent wahrgenommen.
- 429 Die **Gründe für** die äusserst **restriktive Praxis** der Gerichte sind vielschichtig:⁶⁴³
- Erstens** befürchten die Gerichte durch die Kindesvertretung eine Verkomplizierung des Verfahrens. Doch gerade eine Kindesvertretung kann helfen, eine einvernehmliche Lösung (auch in hochgradig strittigen Verhältnissen) zu finden, und klare Anträge der Kindesvertretung (z.B. gegen die Erstellung eines Gutachtens) können das Verfahren beschleunigen. Untersuchungen zeigen sogar, dass sich ein Verfahren eher vereinfacht, wenn eine Kindesvertretung bestellt wird.⁶⁴⁴ Das Gericht wird durch einen Kindesvertreter entlastet, da sich eine Drittperson um das Kind kümmert bzw. sich mit den Eltern auseinandersetzt. Die eherechtlichen Verfahren mit Kinderbeteiligung dauern vielfach viel zu lang, was für Kinder enorm belastend sein kann. Die Anordnung einer Kindesvertretung kann hier zu einer Beschleunigung des Verfahrens und wenn möglich zu einer Vereinfachung des Verfahrens führen. So soll der

⁶³⁸ Steck, BaK zu Art. 299 ZPO, N 6; vgl. auch Schweighauser, ZPO-Komm. zu Art. 299 ZPO, N 9.

⁶³⁹ Vgl. Steck/Schweighauser, S. 807 f.; Schweighauser, ZPO-Komm. zu Art. 299 ZPO, N 9 f.

⁶⁴⁰ Schweighauser, Kinder und Scheidung, N 373; Schweighauser, ZPO-Komm. zu Art. 299 ZPO, N 11; Schweighauser, Fachtagung Anwalt des Kindes, S. 155.

⁶⁴¹ Schweighauser, ZPO-Komm. zu Art. 299 ZPO, N 12; vgl. auch Steck, BaK zu Art. 299 ZPO, N 11.

⁶⁴² Vgl. Steck, BaK zu Art. 299 ZPO, N 6; Schweighauser, FamKomm zu Art. 299 ZPO, N 10; Gasser/Rickli, ZPO-KK zu Art. 299 ZPO, N 3; Pfänder Baumann, Komm.-ZPO zu Art. 299 ZPO, N 2.

⁶⁴³ Vgl. zum Ganzen Schweighauser, Kinder und Scheidung, N 372 ff.; Schweighauser, Fachtagung Anwalt des Kindes, S. 155 ff.

⁶⁴⁴ Salgo, ZKJ 2009, S. 51.

Kindesvertreter möglichst rasch mit den Parteien Kontakt aufnehmen, um vermittelnde Lösungen oder eine Zwischenlösung zu finden.

Zweitens können auch finanzielle Gründe den Ausschlag gegen eine Kindesvertretung geben. Dies ist jedoch unhaltbar, da es unbillig ist, bei den Kindern, die ja nicht für die Streitigkeiten ihrer Eltern verantwortlich sind, zu sparen. Verhindert die Kindesvertretung unnötige Beweiserhebungen

178

(z.B. teure Gutachten) oder entlastet sie andere Verfahrensbeteiligte (Parteienanwälte und Richterinnen), kann dies sogar zu Einsparungen führen. Und verfügen die Eltern über ausreichende finanzielle Mittel, so tragen sie die Kosten für die Kindesvertretung.

Drittens wirft die unklare Rolle des Vertreters Fragen auf. Mithin ist es von grundlegender Bedeutung, dass das Gericht und die Kindesvertretung in jedem konkreten Fall zu Beginn des Mandats ihre Rollen klären. Auch das Verhältnis der Kindesvertretung zum Kind muss definiert werden. Das Kindeswohl ist zwar eine Richtschnur für das Handeln der Kindesvertretung, doch ist die Kindesvertretung in erster Linie als Interessenvertreter des Kindes anzusehen. Sie soll v.a. die subjektiven Wünsche und Bedürfnisse des Kindes in das Verfahren einfließen lassen (vgl. N 454).⁶⁴⁵

- 430 Die Kindesvertretung ist unabhängig vom Alter des Kindes anzuordnen.⁶⁴⁶ Die Anordnung der Vertretung kann auch nicht wegen Aussichtslosigkeit der Begehren des Kindes verweigert oder aufgehoben werden, da die Bestimmungen über die unentgeltliche Rechtspflege (Art. 117 ff. ZPO) nicht anwendbar sind.⁶⁴⁷

b) De lege ferenda: Einschränkung des richterlichen Ermessens

- 431 Die Verankerung einer Generalklausel (vgl. N 427) im Gesetz, die durch das Gericht zu konkretisieren ist, ist nicht unumstritten. So bemerkt auch Schweighauser dazu, dass es seiner Meinung nach zu Recht eine gegenläufige Bewegung im Ausland gibt.⁶⁴⁸ In diesem Zusammenhang wird auch die Neuregelung in Deutschland über die Bestellung des Verfahrensbeistandes in § 158 Abs. 1 bis 3 FamFG gelobt und dabei insbesondere hervorgehoben,

179

dass die bisherige Regelung, bei der die Bestellung im Prinzip in das Ermessen des Gerichts gestellt wurde („kann-Vorschrift“), durch den Grundsatz, wonach das Gericht dem minderjährigen Kind einen Verfahrensbeistand zu bestellen hat, abgelöst wird.⁶⁴⁹

- 432 Es wäre wünschenswert, dass Kinder in gerichtlichen Verfahren, die sie unmittelbar betreffen, vertreten werden und damit den gleichen Rechtsschutz wie ihre Eltern geniessen (vgl. N 154). Deshalb ist das richterliche Ermessen einzuschränken, und bestimmte **Fallkonstellationen** sind ins Gesetz aufzunehmen, **die zwingend die Einsetzung einer Kindesvertretung vorsehen**.⁶⁵⁰

⁶⁴⁵ Vgl. ausführlich zum Ganzen Schweighauser, Kinder und Scheidung, N 372 ff.; Schweighauser, Fachtagung Anwalt des Kindes, S. 155 ff.

⁶⁴⁶ Schweighauser, ZPO-Komm. zu Art. 299 ZPO, N 13.

⁶⁴⁷ Steck, BaK zu Art. 300 ZPO, N 8.

⁶⁴⁸ Schweighauser, ZPO-Komm. zu Art. 299 ZPO, N 9; Schweighauser, Fam-Komm zu Art. 299 ZPO, N 9 (jeweils mit Hinweis auf Menne, ZKJ 2009, S. 68); vgl. auch Steck/Schweighauser, S. 807 FN 39 sowie Schweighauser/Migliazza, S. 55.

⁶⁴⁹ Menne, ZKJ 2009, S. 68. Wobei anzumerken ist, dass § 158 Abs. 1 FamFG festhält, dass das Gericht einen Verfahrensbeistand bestellen muss, soweit dies zur Wahrnehmung der Interessen des Kindes erforderlich ist (vgl. Röchling, § 2, N 1 ff.; Salgo, Anwalt des Kindes, S. 69; Heiss, Das Mandat im Familienrecht, Teil 4, N 21).

⁶⁵⁰ So auch Schweighauser, Kinder und Scheidung, N 379; Aeschlimann, S. 149 f.; vgl. auch Standards der Kinderanwaltschaft Schweiz, S. 2, <http://www.kinderanwaltschaft.ch/standards_de.cfm> (besucht am 16.11.2011). Gemäss Tuor/Schnyder/Rumo-Jungo, § 25, N 49 war genau dies noch im Entwurf des Bundesrates zum neuen Scheidungsrecht vorgesehen, indem gewisse Konstellationen obligatorisch die Vertretung

B. Die besonderen Fälle

a) Begriff

- 433 Gemäss Art. 299 Abs. 2 ZPO prüft das Gericht die Anordnung der Vertretung insbesondere beim Vorliegen spezifischer Fallkonstellationen. Das Gericht kann zwar auch beim Vorliegen eines dieser Fälle auf die Anordnung einer Vertretung verzichten, hat aber die Nichtanordnung mittels prozessleitender Verfügung zu begründen.⁶⁵¹ Sind die Voraussetzungen von Art. 299 Abs. 2 lit. a-c ZPO erfüllt, besteht eine „**gesetzliche Vermutung**“, dass eine

180

Kindesvertretung grundsätzlich notwendig ist.⁶⁵² Die Parteien können deshalb die Nichtanordnung mittels Beschwerde anfechten.⁶⁵³

b) Die besonderen Fälle im Einzelnen

aa) Unterschiedliche Anträge der Eltern

- 434 Gemäss Art. 299 Abs. 2 lit. a ZPO prüft das Gericht die Anordnung der Vertretung insbesondere, wenn die Eltern bezüglich der Zuteilung der elterlichen Obhut oder Sorge oder bezüglich wichtiger Fragen des persönlichen Verkehrs unterschiedliche Anträge stellen. Im Gegensatz zur altrechtlichen Bestimmung (Art. 146 Abs. 1 Ziff. 1 aZGB) wird nun auch die Obhut erwähnt.⁶⁵⁴ Für die Prüfung, ob **wichtige Fragen des persönlichen Verkehrs** vorliegen, gilt ein **objektiver Massstab**. Die Besuchsrechtsstreitigkeit muss eine derartige Intensität erreichen, dass auch nach allgemeinen Kriterien von einem schweren Fall gesprochen werden kann. Dies ist insbesondere zu bejahen, wenn das Besuchsrecht komplett verweigert oder entzogen wird oder auf Antrag eines Elternteils derart eingeschränkt werden soll, dass das übliche Mass erheblich unterschritten wird.⁶⁵⁵

bb) Antragsrecht der Kindesschutzbehörde und der Eltern

- 435 Gemäss Art. 299 Abs. 2 lit. b ZPO prüft das Gericht die Anordnung der Vertretung insbesondere, wenn die **Kindesschutzbehörde** (ehem. Vormundschaftsbehörde) oder ein **Elternteil** eine Vertretung **beantragen**. Im Gegensatz zur altrechtlichen Bestimmung (Art. 146 Abs. 2 Ziff. 2 aZGB) steht nun auch den Eltern ein Antragsrecht zu. Dieses Antragsrecht wurde jedoch auch

181

des Kindes nach sich gezogen hätten. Diese absolute Formulierung wurde dann aber bedauerlicherweise nicht Gesetz.

⁶⁵¹ Schweighauser, ZPO-Komm. zu Art. 299 ZPO, N 14; vgl. auch Schweighauser, Kinder und Scheidung, N 373; Steck, BaK zu Art. 299 ZPO, N 12. Das Bundesgericht hatte unter den altrechtlichen Bestimmungen noch entschieden, dass keine Begründung der Nichtanordnung notwendig sei (z.B. BGer 5A.619/2007 E. 4.1; 5P.173/2001 E. 2a; 5C.210/2000 E. 2b).

⁶⁵² Vgl. Levante, Kindesinteressen, S. 86 ff.; Schweighauser, ZPO-Komm. zu Art. 299 ZPO, N 14; Van de Graaf, KUKO zu Art. 299 ZPO, N 4; Steck/Schweighauser, S. 808; Gasser/Rickli, ZPO-KK zu Art. 299 ZPO, N 5. Liegt die Vermutungsbasis vor (Konstellationen von Art. 299 Abs. 2 lit. a-c ZPO), gilt das Vermutete (Notwendigkeit) als gegeben, solange nicht das Gegenteil (keine Notwendigkeit) bewiesen ist. Damit kommt es zu einer Umkehrung der Beweislast bezüglich der Vermutungsfolge.

⁶⁵³ Schweighauser, ZPO-Komm. zu Art. 299 ZPO, N 14.

⁶⁵⁴ Steck, BaK zu Art. 299 ZPO, N 13.

⁶⁵⁵ Schweighauser, ZPO-Komm. zu Art. 299 ZPO, N 16; vgl. auch Steck, BaK zu Art. 300 ZPO, N 18; Steck, AJP 8, S. 1564.

schon teilweise unter dem alten Recht anerkannt.⁶⁵⁶ Die Anträge müssen nach den allgemeinen Prozessvorschriften begründet werden. Das Gericht hat dann in einer prozessleitenden Verfügung darüber zu befinden.⁶⁵⁷

cc) Auffangtatbestand

- 436 Das Gericht prüft die Anordnung der Vertretung insbesondere, wenn es **aufgrund der Anhörung** der Eltern oder des Kindes oder aus anderen Gründen 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 wenn es den Erlass von Kindeschutzmassnahmen erwägt. Diese Regelung dient als Auffangtatbestand (Art. 299 Abs. 2 lit. c ZPO).⁶⁵⁸

C. Das Antragsrecht des urteilsfähigen Kindes

- 437 Das Vertretungsrecht des Kindes ist Ausfluss seiner Persönlichkeit und mithin ein höchstpersönliches Recht (N 421).⁶⁵⁹ Gemäss Art. 299 Abs. 3 ZPO hat deshalb das urteilsfähige Kind einen **unbedingten Vertretungsanspruch**. Stellt das urteilsfähige Kind den Antrag auf eine Kindesvertretung und möchte es mithin seinen Anspruch wahrnehmen, so muss das Gericht diesem Antrag zwingend folgen.⁶⁶⁰
- 438 Das Gericht darf an den Antrag des Kindes keine formalen Anforderungen stellen.⁶⁶¹ Es hat im Anschluss des Antrags eine **prozessleitende Verfügung** zu erlassen und diese dem Kind zu eröffnen. Der Antrag kann auch erst im Verlaufe des Verfahrens oder in einem allfälligen zweitinstanzlichen Verfahren

182

gestellt werden, da das Bedürfnis nach Unterstützung bei einem Kind auch erst durch eine lange Verfahrensdauer geweckt werden kann und auch im Rechtsmittelverfahren die Offizialmaxime gilt.⁶⁶² Das urteilsfähige Kind kann gegebenenfalls die Nichtanordnung – die mittels prozessleitender Verfügung dem Kind mitgeteilt werden muss – mit Beschwerde anfechten (vgl. N 556).⁶⁶³ Für das **Beschwerderecht der Eltern** sei auf N 560 verwiesen.

- 439 Der Gesetzgeber hat bewusst in Bezug auf das Antragsrecht auf eine starre Altersgrenze verzichtet und hat auf das Kriterium der Urteilsfähigkeit abgestellt (vgl. N 22 ff. und N 102 ff.). Mithin kann (nur) als Faustregel festgehalten werden, dass in diesem Zusammenhang ein **zehnjähriges Kind** urteilsfähig ist und das Antragsrecht entsprechend ausüben kann (vgl. N 116 ff. und N 421).
- 440 Damit diese Bestimmung nicht toter Buchstabe bleibt, **muss das Kind über sein Recht aufgeklärt werden**. Bei der Kindesanhörung sollte das Kind diesbezüglich informiert werden, und auch die Abgabe von Merkblättern ist ein sinnvolles Mittel, um das Kind auf dieses Recht aufmerksam zu machen.⁶⁶⁴

⁶⁵⁶ Steck, BaK zu Art. 299 ZPO, N 14; vgl. zum alten Recht Bähler, ZVW 56, S. 190; Sutter/Freiburghaus, Kommentar zu Art. 146/147 ZGB, N 15.

⁶⁵⁷ Vgl. Schweighauser, ZPO-Komm. zu Art. 299 ZPO, N 17; Steck, BaK zu Art. 299 ZPO, N 14.

⁶⁵⁸ Schweighauser, ZPO-Komm. zu Art. 299 ZPO, N 19; Steck, BaK zu Art. 299 ZPO, N 15.

⁶⁵⁹ Levante, Kindesinteressen, S. 102.

⁶⁶⁰ Vgl. BGer 5P.139/2002 E. 2; 5P.173/2001 E. 2a; Schweighauser, ZPO-Komm. zu Art. 299 ZPO, N 20; Steck, BaK zu Art. 299 ZPO, N 17; Steck/Schweighauser, S. 808; Pfänder Baumann, Komm.-ZPO zu Art. 299 ZPO, N 6.

⁶⁶¹ Steck/Schweighauser, S. 808.

⁶⁶² Vgl. Steck, BaK zu Art. 299 ZPO, N 17; Steck/Schweighauser, S. 808; Schweighauser, ZPO-Komm. zu Art. 299 ZPO, N 22.

⁶⁶³ Schweighauser, ZPO-Komm. zu Art. 299 ZPO, N 23.

⁶⁶⁴ Schweighauser, Anwalt des Kindes, S. 165; Schweighauser, ZPO-Komm. zu Art. 299 ZPO, N 21; Steck/Schweighauser, S. 808.

- 441 **Verzichtet** das urteilsfähige Kind auf eine Kindesvertretung, so ist diesem Wunsch nachzukommen, sofern es sich dabei um eine eindeutige Willenshaltung handelt (vgl. N 105). Da die Kindesvertretung zum Zweck hat, die Stellung des Kindes im Verfahren zu stärken, sind dabei an die Urteilsfähigkeit des Kindes hohe Anforderungen zu stellen (vgl. N 102 ff.).
- 442 Wird hingegen das prozessfähige Kind i.S.v. Art. 69 ZPO vertreten, da ihm die Postulationsfähigkeit (vgl. N 161 ff.) abgeht, kann es auf diese Vertretung nicht verzichten.

183

D. Die Einsetzung der Vertretungsperson

- 443 Grundsätzlich bezeichnet das **urteilende Gericht** die Vertretungsperson mittels prozessleitender Verfügung. Die Ausnahme im Rahmen der strittigen Verfahren⁶⁶⁵ bildet eine Abänderungsstreitigkeit alleine bezüglich des Besuchsrechts, in welcher eine Vertretungsperson eingesetzt werden muss. Über eine derartige Streitigkeit entscheidet nämlich gemäss Art. 134 Abs. 4 nZGB die Kindesschutzbehörde (ehem. Vormundschaftsbehörde). Somit setzt sie in einem solchen Verfahren die Vertretungsperson ein. Gemäss Entwurf zur Teilrevision des schweizerischen Zivilgesetzbuches (Elterliche Sorge) soll gemäss Art. 134 Abs. 2 E ZGB das für die Änderung des Scheidungsurteils zuständige Gericht über umstrittene Änderungen des Unterhaltsbeitrages für ein minderjähriges Kind entscheiden. In den übrigen Fällen (insbesondere auch strittige Änderungen der elterlichen Sorge) soll die Kindesschutzbehörde zuständig sein.⁶⁶⁶ Folglich würde in diesen übrigen Fällen auch die Kindesschutzbehörde die Vertretungsperson bezeichnen.
- 444 Die **Vertretungsdauer** bestimmt sich durch die Verfahrensdauer: Sie beginnt mit der Anordnung durch das Gericht und bleibt durch alle Instanzen bis zum rechtskräftigen Verfahrensabschluss über die Kinderbelange bestehen.⁶⁶⁷

E. Anforderungen an die Vertretungsperson

- 445 Die Vertretungsperson muss gemäss Art. 299 Abs. 1 ZPO eine in **fürsorgerischen und rechtlichen Fragen erfahrene Person** sein. Der Gesetzgeber hat es unterlassen, einzelne Anforderungskriterien in das Gesetz hineinzuschreiben.

184

Die Kantone können und sollten Anforderungsprofile erstellen und Aus- und Weiterbildungsanforderungen festlegen.⁶⁶⁸

⁶⁶⁵ In nicht strittigen Verfahren (Eltern sind sich einig), ist stets die Kindesschutzbehörde zuständig (Art. 134 Abs. 3 ZGB).

⁶⁶⁶ Vgl. den einschlägigen Entwurf und die Erläuterungen der Botschaft zu Art. 133 und 134 E ZGB, http://www.ejpd.admin.ch/content/ejpd/de/home/themen/gesellschaft/ref_gesetzgebung/ref_elterlichesorge.html (besucht am 16.11.2011); vgl. noch zum Vorentwurf Schweighauser, ZPO-Komm. zu Art. 299 ZPO, N 24 f.; Steck/Schweighauser, S. 808 f.

⁶⁶⁷ Steck, BaK zu Art. 300 ZPO, N 9.

⁶⁶⁸ Die Kantone haben bisher nur sehr zurückhaltend von dieser Kompetenz Gebrauch gemacht (vgl. VO des Baselstädtischen Gesetzgebers über die Ausbildung der mit Kindesanhörungen und Kindesvertretungen beauftragten Personen vom 28. August 2001, Systematische Gesetzessammlung Basel-Stadt, SG 212.500), und es ist zu hoffen, dass zumindest mittelfristig mit der Einführung der Schweizerischen Zivilprozessordnung die meisten Kantone derartige Verordnungen erlassen werden. Gemäss Auskunft von Frau Cavallieri Hug von der Kinderanwaltschaft Schweiz ist Basel-Stadt weiterhin der einzige Kanton mit einer entsprechenden gesetzlichen Regelung. Vgl. Schweighauser, ZPO-Komm. zu Art. 299 ZPO, N 26; ferner auch Schweighauser, Kinder und Scheidung, N 377; Schweighauser, Anwalt des Kindes, S. 195 und S. 252 ff.; Steck/Schweighauser, S. 809; vgl. zum von der Lehre geforderten Anforderungsprofil in Deutschland Salgo, ZKJ 2009, S. 55.

- 446 Einerseits muss die Vertretungsperson über **psychologische und soziale Kompetenz** verfügen. Sie muss das Vertrauen des Kindes und wenn möglich auch dasjenige der Eltern und der Behörden gewinnen können. Praktische Erfahrung im Umgang mit Kindern und Jugendlichen ist dabei von grosser Bedeutung. Andererseits soll sich die Vertretungsperson im **Scheidungs- und Kindesrecht sowie im Prozessrecht** auskennen. Im Idealfall wird ein „Tandem“, bestehend aus einer Sozialarbeiterin oder einem Sozialarbeiter und einer Anwältin oder einem Anwalt, bestellt.⁶⁶⁹ Die Anforderungen an die Person ergeben sich jeweils aus dem konkreten Einzelfall. Bei der Vertretungsperson muss es sich nicht zwingend um einen Anwalt handeln. Geschwister können durch die gleiche Person vertreten werden, vorausgesetzt, es bestehen keine Interessenkonflikte oder ausgeprägte Unverträglichkeiten.⁶⁷⁰
- 447 Die Interdisziplinarität der Tätigkeit der Kindesvertretung gebietet eine spezifische **Weiterbildung**. Deshalb sollten sich Personen im Hinblick auf diese Aufgabe das nötige Fachwissen aneignen.⁶⁷¹ Von der Vertretungsperson

185

- kann erwartet werden, dass sie eine juristische, sozialarbeiterische, psychologische, pädagogische oder medizinische Grundausbildung (Universitäts- oder Fachhochschulabschluss mit Ausweis) besitzt. Zudem sollte sie eine Zusatzausbildung gemacht haben: für psycho-sozial-pädagogische Fachpersonen im juristischen Bereich und für juristische Fachpersonen im psychosozial-pädagogischen Bereich.⁶⁷²
- 448 Es ist von grosser Wichtigkeit, dass die Vertretungsperson völlig **unabhängig** ist.⁶⁷³ Damit unterscheidet sie sich auch wesentlich von der Erziehungsbeistandschaft gemäss Art. 308 ZGB. Eine Erziehungsbeistandin oder ein Erziehungsbeistand kann deshalb auch nicht die Rolle der Kindesvertretung übernehmen. Auch eine Vertretung durch die Kindesschutzbehörde – welche in komplexen Fällen in das Verfahren involviert sein dürfte – kommt nicht in Frage.⁶⁷⁴ Die Vertretungsperson sollte vor der Übernahme des Mandats prüfen, ob die (innere und äussere) Unabhängigkeit zur Ausübung des Mandats gegeben ist.⁶⁷⁵
- 449 Ein zentraler Punkt professioneller Kindesvertretung ist das ständige **Sichbewusstsein der Grenzen der eigenen Fachlichkeit**. Damit werden Fehleinschätzungen vermieden, die auf einer Überschätzung der eigenen Kompetenzen beruhen. Dabei gilt es auch, professionelles Wissen von der persönlichen Überzeugung zu trennen.⁶⁷⁶
- 450 Die Anwältin bzw. der Anwalt des Kindes muss sich einer **non-suggestiven und kindergerechten Kommunikation** bedienen können. Ist das Kind stark verunsichert, kann es zunächst sinnvoll sein, eine vertraute Person des Kindes in die Begegnung einzubeziehen, und Kindern im Vorschulalter kann es helfen, nebenher zu spielen oder zu malen. Über den Alltag (Kindergarten

186

⁶⁶⁹ Schweighauser, ZPO-Komm. zu Art. 299 ZPO, N 27; vgl. ferner auch Steck, BaK zu Art. 299 ZPO, N 9; Steck, AJP 8, S. 1565; Sambeth Glasner, S. 78 f.; kritisch zum Tandem-Modell Mutter-Freuler, S. 118 f.

⁶⁷⁰ Vgl. Steck, BaK zu Art. 300 ZPO, N 11; Steck, AJP 8, S. 1565 f.

⁶⁷¹ Vgl. Steck, BaK zu Art. 299 ZPO, N 10; Schweighauser, ZPO-Komm. zu Art. 299 ZPO, N 28. Eine solche Ausbildung ist z.B. der CAS, Kindesvertretung, der Hochschule für Soziale Arbeit Luzern. Vgl. zur Wichtigkeit der Zusatzausbildung auch in Deutschland Salgo, Anwalt des Kindes, S. 74 f.

⁶⁷² Vgl. die Standards der Kinderanwaltschaft Schweiz, S. 3, <http://www.kinderanwaltschaft.ch/standards_de.cfm> (besucht am 16.11.2011); Blum, S. 46.

⁶⁷³ Steck, ZVW 56, S. 107; Steck, AJP 8, S. 1565; Schweighauser, ZPO-Komm. zu Art. 299 ZPO, N 30; Mutter-Freuler, S. 92; Levante, Kindesinteressen, S. 125; Steck/Schweighauser, S. 809. Die Vertretungsperson handelt weisungsunabhängig. Vgl. zur Wichtigkeit der Unabhängigkeit auch in Deutschland Salgo, Anwalt des Kindes, S. 75 ff.

⁶⁷⁴ Schweighauser, ZPO-Komm. zu Art. 299 ZPO, N 30; vgl. auch Steck, BaK zu Art. 300 ZPO, N 10.

⁶⁷⁵ Blum, S. 45 f.

⁶⁷⁶ Vgl. Blum, S. 46 f.

oder Schule, Interessen und Fähigkeiten, Freunde, etc.) des Kindes kann man mit ihm ins Gespräch kommen. Jede Frage der Vertretungsperson sollte nur einen Gedanken aufgreifen. Dabei sollen offene Fragen gestellt werden: was, wann, wie, wo, warum?⁶⁷⁷

- 451 Schlägt das **urteilsfähige Kind** eine geeignete Vertretungsperson vor, so ist dieser Wunsch aus persönlichkeitsrechtlichen Überlegungen zu respektieren (vgl. N 424 und N 481).⁶⁷⁸

3. Die Kompetenzen der Kindesvertretung

A. Prozessführung

- 452 Die Kindesvertretung ist eine vom Gericht angeordnete Vertretung des Kindes für die Führung des Prozesses. Die Kindesvertretung kann Anträge stellen und Rechtsmittel einlegen (Art. 300 ZPO). Der Kindesvertretung steht ein umfassendes Verweigerungsrecht zu und sie ist zur Verschwiegenheit verpflichtet. Auch wenn sich die Kindesvertretung in wesentlichen Punkten von einer Beistandschaft unterscheidet (Unabhängigkeit, Einsetzung, keine Rechenschaftspflicht), ist es sachlich gerechtfertigt, das Zeugnisverweigerungsrecht von Art. 165 Abs. 1 lit. e ZPO auf die Kindesvertretung analog anzuwenden. Die Kindesvertretung ist **unabhängig** und muss mithin keine Weisungen von Seiten des Gerichts, Verwaltungsbehörden noch von den Eltern des Kindes entgegennehmen.⁶⁷⁹
- 453 Zwingende Voraussetzung für das Stellen von Anträgen ist eine umfassende Abklärung des Sachverhalts mit Berücksichtigung sämtlicher Erkenntnisquellen. Die Kindesvertretung sollte deshalb eine unabhängige und gewissenhafte Untersuchung über das von ihm vertretene Kind führen. Weiter

187

muss sie über vollständige Kenntnis der Akten verfügen, weshalb ihr ein uneingeschränktes **Akteneinsichtsrecht** zu gewähren ist.⁶⁸⁰

B. Übermittlung

- 454 In praktisch allen ausländischen Rechtsordnungen, welche das Institut der Kindesvertretung kennen, ist eine Kontroverse über die Rolle des Kindesvertreters ausgebrochen. Dabei geht es um die Frage, ob sich die Vertretung nach den Wünschen und dem Willen des Kindes oder nach dem objektiven Kindeswohl⁶⁸¹ zu richten hat.⁶⁸² Es versteht sich von selbst, dass das Kindeswohl berücksichtigt werden soll, doch kann es für die Vertretung nicht zuletzt aufgrund ihrer Ausbildung sehr schwierig sein, die objektiven Kindesinteressen zu eruieren, und die Wertvorstellungen bezüglich der Frage des Kindeswohls ändern sich stetig. Oftmals können auch die Erwachseneninteressen mit Kindesinteressen verwechselt werden. Im Vordergrund sollte aber die **Übermittlung der sorgfältig und umfassend abgeklärten subjektiven**

⁶⁷⁷ Zitelmann, S. 29; vgl. auch die Standards der Kinderanwaltschaft, S. 5 ff. <http://www.kinderanwaltschaft.ch/standards_de.cfm> (besucht am 16.11.2011).

⁶⁷⁸ Schweighauser, ZPO-Komm. zu Art. 299 ZPO, N 29.

⁶⁷⁹ Vgl. Schweighauser, ZPO-Komm. zu Art. 300 ZPO N 26 ff.; vgl. ferner auch Steck, BaK zu Art. 300 ZPO, N 8 ff.; Schreiner/Schweighauser, S. 538; Botschaft ZPO, 7319.

⁶⁸⁰ Steck/Schweighauser, S. 809 f.

⁶⁸¹ Vgl. zum Kindeswohl statt vieler Inversini Martin, Psycho-soziale Aspekte des Kindeswohls, in: Hausamann Christina/Jenni Gerber Regula (Hrsg.), Kinderrechte – Kinderschutz, Basel/Genf/München 2002, S. 47 ff.; Kaufmann Claudia/Ziegler Franz (Hrsg.), Kindeswohl, Eine interdisziplinäre Sicht, Zürich/Chur 2003; Schreiner, FamKomm, N 113 ff.

⁶⁸² Schweighauser, ZPO-Komm. zu Art. 300 ZPO, N 3; vgl. dazu auch Cottier, Subjekt oder Objekt?, S. 11 f. und S. 105. Vgl. in diesem Zusammenhang auch die Kritik an einer rein auf den Kindeswillen beschränkten Kindesvertretung bei Zitelmann, S. 16 ff.

Meinung des Kindes (subjektive Kindesinteressen) stehen.⁶⁸³ Trotzdem soll das Kind auf allenfalls problematische Wünsche aufmerksam gemacht

188

werden, und die Vertretung hat ihm zu erklären, dass das Gericht seinen Entscheid nicht allein gestützt auf seine Wünsche entscheiden wird. Sind die Wünsche des Kindes und das mutmassliche Kindeswohl nicht kongruent, ist es wichtig, dass auch der Standpunkt des Kindes dem Gericht klar dargelegt wird. Nur so lässt sich ein dauerhaftes Vertrauensverhältnis aufbauen, und nur so wird die Persönlichkeit des Kindes auch wirklich ernst genommen. Je kleiner ein Kind ist, desto eher gilt es zu überprüfen, ob die reine Willensvertretung dem Kind dienlich ist. Eine vollständige Trennung von Willensvertretung und Kindeswohlvertretung ist oft gar nicht möglich.⁶⁸⁴ Doch je älter ein Kind ist, desto stärker sollte die Willensvertretung überwiegen. Von grosser Bedeutung ist, dass die Rolle der Vertretung auch gegenüber dem Gericht von Anfang an geklärt ist, um Missverständnissen vorzubeugen.⁶⁸⁵

C. Übersetzung (Informationspflicht)

- 455 Die Vertretungsperson übernimmt eine **Übersetzungsfunktion**. Sie erklärt dem Kind altersgerecht die jeweils aktuellen Verfahrensschritte und begleitet das Kind durch das Verfahren.⁶⁸⁶ Die Informationspflicht besteht zudem darin, dem Kind aufzuzeigen, ob ein allfällig gegebenes Rechtsmittel auch sinnvollerweise ergriffen werden soll oder nicht.⁶⁸⁷

189

D. Monitoring

- 456 Weiter übt die Vertretung eine **Kontroll- und Überwachungs- bzw. Monitoringfunktion** aus, indem sie die Notwendigkeit von behördlichen Anordnungen kontrolliert und insbesondere deren Umsetzung. Sie weist auch auf Verfahrensverzögerungen durch das Gericht oder die Parteien hin und wirkt damit auf eine möglichst rasche Erledigung des Falles hin (vgl. N 217 ff).⁶⁸⁸

E. Vermittlung

- 457 Schliesslich kann die Kindesvertretung auch eine **Vermittlungsfunktion** ausüben, sofern sie aufgrund ihrer unabhängigen Stellung von den involvierten Parteien akzeptiert wird.⁶⁸⁹

⁶⁸⁴ Die konzeptionelle Ambiguität zwischen advokatorischer und kindeschutzrechtlicher Interessenvertretung – für die sich sowohl der deutsche Gesetzgeber als auch das britische Parlament entschieden haben – kann offengelegt und kontrolliert eine „...nachweislich positive Wirkung haben.“ (vgl. dazu Salgo, *Anwalt des Kindes*, S. 73 f.). Vgl. hinsichtlich Berücksichtigung der subjektiven und objektiven Interessen auch Schulze, S. 89. So muss auch der Kindesanwalt in Deutschland sowohl das subjektive Interesse des Kindes (Wille des Kindes) als auch das objektive Interesse des Kindes (Kindeswohl) berücksichtigen (Klein, *Kommentar zu § 158 FamFG*, N 17).

⁶⁸⁵ Schweighauser, *ZPO-Komm. zu Art. 300 ZPO*, N 5 ff.; vgl. ferner Röchling, § 2, N 9.

⁶⁸⁶ Schreiner/Schweighauser, S. 537 f.; Steck, *BaK zu Art. 300 ZPO*, N 14; vgl. auch Schweighauser, *ZPO-Komm. zu Art. 300 ZPO*, N 16; Schweighauser, *Anwalt des Kindes*, S. 222; Levante, *Kindesinteressen*, S. 153; Mutter-Freuler, S. 77.

⁶⁸⁷ Steck/Schweighauser, S. 810.

⁶⁸⁸ Schweighauser, *Anwalt des Kindes*, S. 222; Schreiner/Schweighauser, S. 538; Steck/Schweighauser, S. 810; vgl. auch Schweighauser, *ZPO-Komm. zu Art. 300 ZPO*, N 15; Steck, *BaK zu Art. 300 ZPO*, N 14; Mutter-Freuler, S. 78; Steck/Schweighauser, S. 810.

⁶⁸⁹ Schreiner/Schweighauser, S. 538; Schweighauser, *Anwalt des Kindes*, S. 223; Schweighauser, *ZPO-Komm. zu Art. 300 ZPO*, N 17; Steck, *BaK zu Art. 300 ZPO*, N 14.

F. Regelung der kindesrechtlichen Fragen

- 458 Die Kompetenzen der Kindesvertreterin oder des Kindesvertreters sind in Art. 300 ZPO geregelt. Gemäss dieser Bestimmung kann die Vertretung Anträge stellen und Rechtsmittel einlegen, soweit es um die **Zuteilung der elterlichen Obhut oder Sorge, wichtige Fragen des persönlichen Verkehrs** (vgl. N 434) oder um **Kindesschutzmassnahmen** geht. In diesem Zusammenhang kann die Kindesvertretung sämtliche prozessualen Rechte einer Partei wahrnehmen. Dies tangiert namentlich den Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 53 ZPO), die Teilnahme an mündlichen Verhandlungen (Art. 273 ZPO) sowie die Einreichung von Rechtsschriften, soweit es um Kinderbelange geht.⁶⁹⁰
- 459 **Nicht** in den Kompetenzbereich der Vertreterin oder des Vertreters des Kindes fällt gemäss Gesetz die Wahrung der **Unterhaltsansprüche** des Kindes.

190

Dies wird in der Lehre zu Recht kritisiert.⁶⁹¹ Gemäss Breitschmid müsste der Verflechtung von Kindeswohl und Unterhalt Rechnung getragen werden und allfälligen elterlichen „Gegengeschäften“ gerade im Bereich Sorgerecht bzw. persönlicher Verkehr versus Unterhalt Aufmerksamkeit geschenkt werden.⁶⁹²

G. Keine Gutachtertätigkeit und keine Kindesanhörung

- 460 Die Kindesvertretung kann nicht für eine Gutachtertätigkeit im Sinne der beweisrechtlichen Bedeutung (Art. 183 ff. ZPO) eingesetzt werden. Weder das Gericht noch die Eltern können von der Vertretung die Abklärung strittiger und unklarer Sachverhalte verlangen. Auch für die Anhörung des Kindes ist sie nicht zuständig.⁶⁹³

H. Bei behinderten Kindern im Besonderen

- 461 Die Befragung eines behinderten Kindes durch die Kindesvertretung erfordert eine **spezielle Vorgehensweise**.⁶⁹⁴ Dabei sind insbesondere folgende zehn Punkte zu beachten:⁶⁹⁵
- (1) Im Vorfeld der Befragung muss sich die Kindesvertretung über die spezifische Art der Behinderung und deren Auswirkung im Alltag informieren.

191

(2) Beim Gespräch muss darauf geachtet werden, dass dem Kind als Mensch und nicht als behindertem Wesen begegnet wird.

(3) In der Praxis hat sich bewährt, das behinderte Kind in seinem gewohnten Lebensumfeld (zu Hause, im Hort, im Kindergarten oder in der Schule) zu befragen. Anwesende Eltern können jedoch das Gespräch beeinflussen, deshalb sollten sie wenn möglich nicht im selben Raum sein.

(4) Die verbale Kommunikation hat mit möglichst einfachen Worten und kurzen Sätzen zu geschehen. Dabei ist der Gesprächsstil ruhig, wertschätzend und empathisch.

⁶⁹⁰ Steck, BaK zu Art. 300 ZPO, N 16.

⁶⁹¹ Vgl. Steck BaK zu Art 300 ZPO, N 19; Breitschmid, BaK zu Art. 146/147 ZGB, N 9 (in der 3.A. des Basler Kommentars: Honsell Heinrich/Vogt Nadim Peter/Geiser Thomas (Hrsg.), Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456 ZGB, 3. A., Basel/Genf/München 2006).

⁶⁹² Breitschmid, BaK zu Art. 146/147 ZGB, N 9 (in der 3. A. des Basler Kommentars: Honsell Heinrich/Vogt Nadim Peter/Geiser Thomas (Hrsg.), Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456 ZGB, 3. A., Basel/Genf/München 2006).

⁶⁹³ Steck, BaK zu Art. 300 ZPO, N 17; vgl. auch Steck, AJP 8, S. 1563.

⁶⁹⁴ Und i.d.R. auch eine spezifische Qualifikation seitens der Kindesvertretung.

⁶⁹⁵ Zum Ganzen Fetscher/Landolt, S. 50 f. Vgl. dazu auch den Fragekatalog im Anhang Atelier 1, in: Verein Kinderanwaltschaft Schweiz (Hrsg.), Anwalt des Kindes, Praktische Kindesvertretung und die Berücksichtigung des Kindeswillens, Dokumentation der Fachtagung vom 30. Oktober 2009, Schriftenreihe Anwalt des Kindes No. 1, Winterthur 2010, S. 70 f.

(5) Auf der nonverbalen Ebene gilt es, Augenkontakt zu halten und dabei dem Kind einen zugewandten, aufmerksamen sowie freundlichen Ausdruck entgegenzubringen.

(6) Ist die direkte verbale Kommunikation sehr erschwert, so können projektive Verfahren oder unterstützte Kommunikation helfen (z.B. Malen, Familie in Gestalt von Tieren, Satzergänzungen, Gebärden, etc.), mit dem Kind in Kontakt zu kommen (Beziehungsaufbau).

(7) Auch können nonverbale Reaktionen des Kindes (Mimik, Körperhaltung, Anspannung), die bestimmte Fragen auslösen, sehr informativ sein.

(8) Der Wille des Kindes ist dem Gericht grundsätzlich eins-zu-eins zu rapportieren, muss aber in den Kontext der gesundheitlichen Behinderung gestellt werden. Das bedeutet, dass dem Gericht aufzuzeigen ist, inwiefern das betroffene Kind die möglichen psychosozialen Folgen für seines geäusserten Willen (Wünsche) überblicken kann.

(9) Der Kindeswille darf nicht zu extensiv aus der Optik des vermeintlichen Kindeswohls erfragt werden. Diese Gefahr besteht bei behinderten Kindern besonders, da häufig unbewusst Beschützerinstinkte der Kindesvertretung hervorgerufen werden und mithin die Ressourcen des Kindes vernachlässigt werden.

(10) Wenn immer realisierbar sollte dem Kind ermöglicht werden, neue Situationen in der Realität auszuprobieren, bevor es sich entscheidet.

192

4. Beendigung des Mandats

462 Die ordentliche Beendigung des Mandats erfolgt grundsätzlich mit der **Rechtskraft des Urteils** bezüglich der Kinderbelange. Eine nachprozessuale Nachbetreuung ist in Ausnahmefällen denkbar, bedarf jedoch der Abstützung auf einer neuen Rechtsgrundlage (z.B. Art. 308 ZGB [Erziehungsbeistand] oder einer Vereinbarung zwischen dem urteilsfähigen Kind und den Eltern).⁶⁹⁶

463 Das Mandat kann weder unbegründet entzogen noch unbegründet niedergelegt werden, da die Bestimmungen über die Officialverteidigung oder die unentgeltliche Prozessführung analog zur Anwendung kommen. Liegen jedoch objektive Gründe (Pflichtverletzung oder offensichtliche Unfähigkeit) vor, die auch einer volljährigen Person einen Wechsel des Officialverteidigers gestatten würde, muss das Gericht die Einsetzung einer neuen Vertretung anordnen, da in diesen Konstellationen das Mandat nicht mehr sinnvoll ausgeübt werden kann.⁶⁹⁷

III. Im selbständigen Unterhaltsverfahren und den Abstammungsverfahren?

464 Die Frage nach einer Vertretung des Kindes stellt sich auch im Zusammenhang mit einem selbständigen Unterhalts- (vgl. N 782 ff.) sowie in den Abstammungsverfahren (vgl. N 813 ff.). Die besonderen Bestimmungen in der ZPO über die Vertretung des Kindes finden jedoch aufgrund der Gesetzessystematik (bedauerlicherweise) weder Anwendung auf das selbständige Unterhaltsverfahren noch auf die Abstammungsverfahren (vgl. Art. 299 f. ZPO). Vielmehr gelten diese Regeln lediglich für eherechtliche Verfahren. Deshalb stellen nicht Art. 299 f. ZPO die gesetzliche Grundlage für die Vertretung

193

des Kindes dar. Kann das urteilsunfähig Kind im selbständigen Unterhaltsverfahren oder in den Abstammungsverfahren nicht durch den gesetzlichen Vertreter vertreten werden (so beim Interessenkonflikt), so kann die Kindesschutzbehörde dem Kind einen

⁶⁹⁶ Schweighauser, ZPO-Komm. zu Art. 300 ZPO, N 29; Steck/Schweighauser, S. 810.

⁶⁹⁷ Vgl. Schweighauser, ZPO-Komm. zu Art. 300 ZPO, N 30; Schweighauser, Anwalt des Kindes, S. 248 f.; Steck, BaK zu Art. 300 ZPO, N 9; Steck/Schweighauser, S. 810.

Beistand gestützt auf Art. 306 Abs. 2 nZGB ernennen. Das urteilsfähige Kind kann hingegen auch selbständig einen Rechtsanwalt mandatieren (vgl. N 490 ff.).

- 465 Der Beistand bzw. der Rechtsanwalt des Kindes sollte ähnliche Fertigkeiten wie ein Kinderanwalt im eherechtlichen Verfahren aufweisen, und deshalb ist das Anforderungsprofil vergleichbar (vgl. N 445 ff.).

IV. Im Kindesschutzverfahren im Besonderen

- 466 Gemäss Art. 314a^{bis} Abs. 1 nZGB ordnet die Kindesschutzbehörde **wenn nötig** die Vertretung des Kindes an und bezeichnet als Beistand eine in fürsorgerischen und rechtlichen Fragen erfahrene Person (allgemeine Prüfungspflicht, N 467). Gemäss Abs. 2 der Bestimmung prüft die Kindesschutzbehörde die Anordnung der Vertretung insbesondere, wenn die Unterbringung des Kindes Gegenstand des Verfahrens ist oder die Beteiligten bezüglich der Regelung der elterlichen Sorge oder bezüglich wichtiger Fragen des persönlichen Verkehrs unterschiedliche Anträge stellen (besondere Fälle, N 468). Und schliesslich wird in Abs. 3 festgehalten, dass der Beistand des Kindes Anträge stellen und Rechtsmittel einlegen kann (Kompetenzen, vgl. N 452 f.).

1. Allgemeine Prüfungspflicht

- 467 Die allgemeine Prüfungspflicht im Kindesschutzverfahren (Art. 314a^{bis} Abs. 1 nZGB) entspricht derjenigen im eherechtlichen Verfahren (Art. 299 Abs. 1 ZPO) mit dem Unterschied, dass nicht das Gericht, sondern die Kindesschutzbehörde die Vertretung anordnet.⁶⁹⁸ Deshalb kann für die Erläuterung

194

dieser Bestimmung auf die entsprechenden Ausführungen zum eherechtlichen Verfahren sinngemäss verwiesen werden (N 427 ff.).⁶⁹⁹

2. Die besonderen Fälle

- 468 Abs. 2 von Art. 314a^{bis} nZGB zählt wie Art. 299 Abs. 2 ZPO (für die eherechtlichen Verfahren) besondere Fälle auf, bei denen die Kindesschutzbehörde die Anordnung einer Vertretung prüfen muss. Dabei handelt es sich wie im eherechtlichen Verfahren um eine „**gesetzliche Vermutung**“, dass in diesen Konstellationen eine Vertretung notwendig ist (vgl. N 433). In diesem Zusammenhang geht es einerseits um die Unterbringung des Kindes und andererseits um den Fall, dass die Eltern bezüglich der Regelung der elterlichen Sorge oder bezüglich wichtiger Fragen des persönlichen Verkehrs unterschiedliche Anträge stellen. Mit der Unterbringung sind alle Verfahren erfasst, in denen es um die Anordnung oder Aufhebung des Obhutsentzugs oder die Entziehung der elterlichen Sorge geht.⁷⁰⁰ Durch die zweite Konstellation, bei der unterschiedliche Anträge bezüglich der Regelung der elterlichen Sorge oder bezüglich wichtiger Fragen des persönlichen Verkehrs durch die Eltern gestellt werden, sind **insbesondere Besuchs- und Sorgerechtsstreitigkeiten zwischen unverheirateten Eltern** erfasst, die in die Zuständigkeit der Kindesschutzbehörde fallen. Dies ist von grosser Bedeutung, da die ZPO-Bestimmungen über die Kindesvertretung auf die eherechtlichen Verfahren beschränkt sind.⁷⁰¹

195

⁶⁹⁸ Vgl. Cottier, Anwalt des Kindes, S. 150.

⁶⁹⁹ Vgl. dazu auch Cottier, Subjekt oder Objekt?, S. 103 ff.

⁷⁰⁰ Im Zusammenhang mit der fürsorgerischen Unterbringung postuliert Berhart in N 205 ff. und 861 ff. die Notwendigkeit eines Rechtsanwalts. Diesem Postulat ist auch im Zusammenhang mit der Unterbringung eines Kindes in einer geschlossenen Einrichtung oder psychiatrischen Klinik zu folgen. *Mithin muss dem Kind eine Kindesvertretung zur Seite gestellt werden* (vgl. Art. 37 lit. d UN-KRK). Vgl. auch BGer 5A_10/2007/5A_11/2007 E. 3.1.2.

⁷⁰¹ Vgl. Cottier, Anwalt des Kindes, S. 150.

3. Kritik

A. Unglückliche Formulierung

- 469 Die Formulierung von Art. 314a^{bis} Abs. 2 nZGB hätte verbindlicher formuliert werden müssen. Anstelle von „Die Kindesschutzbehörde prüft die Anordnung der Vertretung insbesondere, wenn“ müsste sie folgendermassen beginnen: „Die Vertretung des Kindes ist in der Regel nötig, wenn“. Dasselbe gilt auch für die entsprechende Bestimmung der ZPO (Art. 299 Abs. 2 ZPO). Dennoch wird für beide Bestimmungen postuliert, dass die Anordnung in den vom Gesetz genannten Gründen den Regelfall bildet (vgl. N 431 und N 468).⁷⁰² Dafür spricht auch der Vergleich mit dem deutschen Recht: Wird das Kind ausserfamiliär untergebracht, ist die Anordnung der Vertretung der Regelfall.⁷⁰³ Auch der Vergleich mit dem Jugendstrafverfahren zeigt, dass gemäss dem Bundesgesetz über das Jugendstrafprozessrecht die Jugendstrafbehörden verpflichtet sind, dem Jugendlichen eine amtliche Verteidigung zur Seite zu stellen, wenn er für mehr als 24 Stunden in Haft genommen oder vorsorglich untergebracht wird (Art. 24 lit. c JStPO; ehem. Art. 40 Abs. 2 lit. c aJStG).⁷⁰⁴

B. Interessenkonflikt nicht vorgesehen

- 470 Bedauerlicherweise wurde die Konstellation des Interessenkonflikts zwischen dem Kind und seinen Eltern im Rahmen der besonderen Fälle (N 468) – gleich wie im eherechtlichen Verfahren – nicht im Gesetz verankert. Deshalb muss auf Art. 306 Abs. 2 nZGB⁷⁰⁵ zurückgegriffen werden. Dies bringt die Gefahr mit sich, dass die Bestimmung wie bis anhin für das Kindesschutzverfahren keine Anwendung findet.⁷⁰⁶

196

C. Fehlendes Antragsrecht des urteilsfähigen Kindes

- 471 Einen sinngemässen Abs. 3 von Art. 299 ZPO – das Antragsrecht des urteilsfähigen Kindes – fehlt im neuen Kindesschutzrecht. Das Recht auf eine Kindesvertretung, steht als höchstpersönliches Recht jedoch auch dem (urteilsfähigen und urteilsunfähigen) Kind im Kindesschutzverfahren zu. Mithin kann das urteilsfähige Kind dieses Recht selbständig wahrnehmen (Art. 19c Abs. 1 nZGB, vgl. auch Art. 67 Abs. 3 lit. a ZPO). Entsprechend hat das urteilsfähige Kind ein unbedingtes Vertretungsrecht. Es ist nicht ersichtlich, weshalb diesbezüglich eine Ungleichbehandlung im Vergleich zu den eherechtlichen Verfahren gerechtfertigt wäre. Das urteilsfähige Kind kann die Vertretung beantragen und die Nichtanordnung mit Beschwerde anfechten (analog zu Art. 299 Abs. 3 ZPO [i.V.m. Art. 450f nZGB]; vgl. zum Anfechtungsrecht N 561).⁷⁰⁷ Dafür sprechen auch die Ausführungen der Botschaft zum neuen Kindesschutzrecht (zu Art. 449a nZGB), wo festgehalten wird, dass die nach Art. 146 aZGB (neu: Art. 299 ZPO) für die Anordnung einer Kindesvertretung aufgeführten Gründe auch im Verfahren vor der Kindesschutzbehörde die Anordnung einer Kindesvertretung erfordern.⁷⁰⁸ In Art. 146 Abs. 3 aZGB (neu: Art. 299 Abs. 3 ZPO) ist das Antragsrecht des urteilsfähigen Kindes explizit als Grund für die Kindesvertretung festgehalten.

⁷⁰² Vgl. Cottier, Anwalt des Kindes, S. 150.

⁷⁰³ § 158 Abs. 2 Ziff. 3 FamFG (vgl. Salgo, Anwalt des Kindes, S. 69).

⁷⁰⁴ Vgl. Cottier, Anwalt des Kindes, S. 150 f.

⁷⁰⁵ Gemäss Art. 306 Abs. 2 nZGB (Nachfolgebestimmung von Art. 392 Ziff. 2 ZGB) ernennt die Kindesschutzbehörde einen Beistand, wenn die Eltern in einer Angelegenheit Interessen haben, die denen des Kindes widersprechen.

⁷⁰⁶ Cottier, Anwalt des Kindes, S. 150 f.; vgl. auch Cottier, Subjekt oder Objekt?, S. 104 f.

⁷⁰⁷ Vgl. Cottier, Anwalt des Kindes, S. 151.

⁷⁰⁸ Vgl. Botschaft nZGB, 7081.

- 472 Schlägt das urteilsfähige Kind eine geeignete Person für die Kindesvertretung vor, so ist diesem Wunsch zu entsprechen (vgl. N 451 und N 481). Zudem kann das urteilsfähige Kind auf eine Kindesvertretung verzichten (vgl. dazu aber N 441 f. und N 481).

D. Weitere Prüfungsgründe?

- 473 Aufgrund der Aussage der Botschaft, dass die Gründe von Art. 146 aZGB (Art. 299 ZPO) auch im Kindesschutzverfahren eine Kindesvertretung verlangen⁷⁰⁹, stellt sich die Frage, ob die Kindesschutzbehörde die Anordnung einer Vertretung zu prüfen hat, wenn sie aufgrund der Anhörung der Eltern

197

oder des Kindes oder aus anderen Gründen erhebliche Zweifel an der Angemessenheit der gemeinsamen Anträge der Eltern bezüglich der Zuteilung der elterlichen Sorge oder bezüglich des persönlichen Verkehrs hat (vgl. Art. 146 Abs. 2 Ziff. 3 aZGB und Art. 299 Abs. 2 lit. c Ziff. 1 ZPO) oder wenn ein Elternteil die Vertretung beantragt (vgl. Art. 299 Abs. 2 lit. b ZPO und N 435).

- 474 In der Bestimmung zur Kindesvertretung im neuen Kindesschutzrecht (Art. 314a^{bis} nZGB) wurden diese Gründe im Gegensatz zur ZPO (vgl. Art. 299 Abs. 2 lit. b und c. ZPO) nicht verankert. Dies scheint ein Versehen des Gesetzgebers zu sein, da nicht ersichtlich ist, weshalb eine Ungleichbehandlung diesbezüglich gerechtfertigt wäre. Aus diesem Grund muss die Kindesschutzbehörde auch bei erheblichen **Zweifeln an der Angemessenheit der gemeinsamen Anträge der Eltern** bezüglich der Zuteilung der elterlichen Sorge oder bezüglich des persönlichen Verkehrs **oder wenn ein Elternteil die Anordnung einer Vertretung beantragt**, die Vertretung prüfen, da in diesen Fällen vermutet wird, dass die Anordnung einer Kindesvertretung erforderlich ist (vgl. N 468 und N 433).

4. Kompetenzen der Kindesvertretung

A. Allgemein

- 475 Für die Kompetenzen der Kindesvertretung kann sinngemäss auf die Ausführungen zu den Kompetenzen der Kindesvertretung im eherechtlichen Verfahren verwiesen werden (vgl. N 452 ff.).
- 476 Dennoch gilt es, auf einige Besonderheiten im Zusammenhang mit der Übermittlung der Meinung des Kindes im Kindesschutzverfahren hinzuweisen, wenn es vernachlässigt, seelisch oder körperlich misshandelt oder sexuell missbraucht wurde.

B. Übermittlung des subjektiven Willens

- 477 Kinder, die vernachlässigt, seelisch oder körperlich misshandelt oder sexuell missbraucht wurden, fühlen sich während des Kindesschutzverfahrens ihrer Herkunftsfamilie häufig intensiv, bis hin zur Selbstaufgabe verbunden. Oft

198

wurden die Gefühle und Bedürfnisse dieser Kinder seit ihrer frühesten Kindheit nicht respektiert. Das naturgemässe Autonomiestreben der Kinder löste oftmals bei den Eltern ängstliche Ablehnung oder Gewalthandlungen aus. Häufig werden diese Kinder auch manipuliert, zu Schweigegelübten gedrängt oder massiven Drohungen ausgesetzt, da die Täter eine Strafverfolgung befürchten. Folgen dieses Verhaltens sind Rollenumkehr, Parentifizierung sowie schwere Schuldgefühle. Die misshandelten Kinder klammern sich aufgrund der Mangel- und Gewalterfahrungen in der unrealistischen Hoffnung auf ein gutes Ende an die Personen, die ihre Bedürfnisse nicht zu befriedigen vermochten oder ihnen Schmerzen zufügten. Mithin ist der **Wille**

⁷⁰⁹ Vgl. Botschaft nZGB, 7081.

des Kindes nach einem weiteren Zusammenleben mit seinen Eltern in derartigen Fällen **nicht Ausdruck** einer **eigenverantwortlichen und selbstbestimmten Position**. Trotzdem darf der Wille des Kindes, gerade weil die Wünsche dieser Kinder von ihren Bindungspersonen so oft übergangen wurde, nicht ohne verständnisvolle Resonanz bleiben.⁷¹⁰

- 478 Diese Erkenntnisse der Misshandlungsforschung sowie der Entwicklungspsychologie müssen bei der Ausgestaltung der Interessenvertretung durch den Kindesanwalt in behördlichen und gerichtlichen Verfahren, aber auch durch die Behörden selber zwingend berücksichtigt werden. Deshalb ist der Kindesanwalt **nicht an die Übermittlung des Kindeswillens gebunden**. Andernfalls besteht die unerwünschte Gefahr, dass ausgerechnet die Kindesvertretung zum Mitwisser und Fürsprecher eines schädigenden Familiensystems wird, indem sie für das Wohl des Kindes abträgliche Sorge- und Besuchsrechtsregelungen durchzusetzen versucht, obwohl diese mit dem Kindeswohl unvereinbar sind. Auch muss der Anwalt des Kindes darauf Acht geben, dass er das Kind nicht indoktriniert, indem er ihm seine eigenen Überzeugungen aufschwätzt. Vielmehr muss er wie auch das Gericht sich mit den Wünschen und Bedürfnissen des Kindes ernsthaft auseinandersetzen und dem Kind Resonanz und Begründungen für allfällige Entscheide und Vorgehensweisen anbieten.⁷¹¹

199

V. Im Kindesentführungsverfahren im Besonderen

1. Obligatorische Bestellung

- 479 Gemäss Art. 9 Abs. 3 BG-KKE muss das Gericht von Amtes wegen die Vertretung des Kindes im gerichtlichen Rückführungsverfahren anordnen und als Beistand oder als Beiständin eine in fürsorgerischen und rechtlichen Fragen erfahrene Person bezeichnen. Die **Anordnung der Kindesvertretung** ist im gerichtlichen Rückführungsverfahren somit **obligatorisch**.⁷¹²
- 480 Die obligatorische Kindesvertretung macht auch unter dem Gesichtspunkt Sinn, dass dem Kind im Kindesentführungsverfahren Parteistellung zukommt (vgl. N 154).⁷¹³
- 481 Ist das Kind urteilsfähig und wählt es eine geeignete Person für die Kindesvertretung aus, so ist diesem Wunsch nachzukommen (vgl. N 451).⁷¹⁴ Das urteilsfähige Kind kann zwar auf die Vertretung verzichten, doch muss dazu einerseits eine eindeutige Willenshaltung vorliegen (vgl. N 105) und andererseits sind sehr hohe Anforderungen an die Urteilsfähigkeit zu stellen, da die Vertretung die Stärkung der Verfahrensstellung des Kindes bezweckt (vgl. N 103).

2. Kompetenzen und Qualifikation

- 482 Die Kindesvertretung kann Anträge stellen und Rechtsmittel einlegen (vgl. Art. 9 Abs. 3 BG-KKE in fine). Sie vertritt das Kind im gesamten Verfahren bis zum Zeitpunkt der vollzogenen Rückführung. Sie muss über das notwendige

200

juristische Fachwissen betreffend Kindesentführungen verfügen, für die Beratung und „Anhörung“ von Kindern geeignet sein und **Verständnis für die kulturelle, soziale und familiäre Herkunft des Kindes** haben. Das Gericht muss eine Vertretung

⁷¹⁰ Zitelmann, S. 16 f.

⁷¹¹ Vgl. Zitelmann, S. 17 ff.

⁷¹² Vgl. Cottier/Häfeli, S. 111; Bucher, Kindesentführungen: Neuigkeiten, S. 4; Steck, BaK zu Art. 302 ZPO, N 32; Botschaft BG-KKE, 2626.

⁷¹³ Vgl. Bucher, Internationale Kindesentführungen, S. 120 mit Verweis auf BGer 5P.151/2004; vgl. zur Parteistellung auch Bucher, Kindesentführungen: Neuigkeiten, S. 4; Jametti Greiner, Komm.-ZPO zu Art. 302 ZPO, N 152.

⁷¹⁴ Vgl. Jametti Greiner, Komm.-ZPO zu Art. 302 ZPO, N 153.

bestellen, die kraft ihrer Erfahrung fähig ist, die Interessen des Kindes unabhängig und ohne Einflussnahme durch die Eltern wahrzunehmen.⁷¹⁵

- 483 Die Kindesvertreterin oder der Kindesvertreter muss aus der Sicht des Kindes handeln. Die Vertretung soll insbesondere die **Haltung des Kindes in das Verfahren einbringen** (vgl. N 454). Dies hat auch dann zu geschehen, wenn das Kind nicht zurückkehren möchte, das Kindeswohl jedoch für die Rückkehr spricht, oder wenn die Rückkehr zumindest keine unzumutbare Situation zur Folge hat.⁷¹⁶
- 484 Des Weiteren kann sinngemäss auf die Ausführungen zu den Kompetenzen der Kindesvertretung im eherechtlichen Verfahren verwiesen werden (vgl. N 452 ff.).

VI. Zusammenfassung

- 485 Das Recht des Kindes auf eine Kindesvertretung ist Ausfluss seiner Persönlichkeit und mithin wie das Anhörungsrecht ein (absolut) **höchstpersönliches Recht**. Ist das Kind urteilsfähig, so kann es das Vertretungsrecht sowohl im eherechtlichen Verfahren als auch im Kindesschutzverfahren selbständig ausüben und besitzt einen absoluten Anspruch auf Vertretung (vgl. Art. 299 Abs. 3 ZPO). Als Faustregel ist die Urteilsfähigkeit bei einem zehnjährigen Kind zu bejahen. Die Behörde muss aufgrund der Untersuchungsmaxime für jeden konkreten Einzelfall prüfen, ob das Kind bezüglich des Rechts auf Vertretung urteilsfähig ist oder nicht. Ist das Kind urteilsfähig, so muss das Gericht bzw. die Kindesschutzbehörde das Kind über dieses ihm zustehende Recht aufklären.

201

- 486 Art. 299 Abs. 1 ZPO verpflichtet das Gericht, wenn nötig eine Vertretung des Kindes anzuordnen. Aufgrund der **Offizial- und Untersuchungsmaxime** muss das Gericht **prüfen, ob Anhaltspunkte vorliegen**, die eine **Einsetzung einer Kindesvertretung gebieten**. Anhaltspunkte können die besonderen Fälle in Abs. 2 liefern. Massgebend ist, dass die Notwendigkeit einer Einsetzung unter dem Aspekt des Kindeswohls geprüft wird. Art. 146 Abs. 1 aZGB hielt fest, dass eine Kindesvertretung aus wichtigen Gründen anzuordnen sei. Aufgrund des Wortlauts drängt sich eine weniger restriktive Anwendung auf, da „wenn nötig“ im Vergleich zu „aus wichtigen Gründen“ eine weniger hohe Schranke darstellt.
- 487 Gemäss Art. 299 Abs. 2 ZPO prüft das Gericht die Anordnung der Vertretung insbesondere beim Vorliegen spezifischer Fallkonstellationen. Sind die Voraussetzungen von Art. 299 Abs. 2 lit. a-c ZPO erfüllt, besteht eine **„gesetzliche Vermutung“**, dass eine Kindesvertretung grundsätzlich notwendig ist. Das Gericht kann zwar auch beim Vorliegen eines dieser Fälle auf die Anordnung einer Vertretung verzichten, muss aber die Nichtanordnung mittels prozessleitender Verfügung begründen.
- 488 Die allgemeine Prüfungspflicht im **Kindesschutzverfahren** (Art. 314a^{bis} Abs. 1 nZGB) entspricht derjenigen im eherechtlichen Verfahren mit dem Unterschied, dass nicht das Gericht, sondern die Kindesschutzbehörde die Vertretung anordnet. Abs. 2 von Art. 314a^{bis} nZGB zählt wie Art. 299 Abs. 2 ZPO (für die eherechtlichen Verfahren) besondere Fälle auf, bei denen die Kindesschutzbehörde die Anordnung einer Vertretung prüfen muss. Dabei handelt es sich gleich wie im eherechtlichen Verfahren um eine „gesetzliche Vermutung“, dass in diesen Konstellationen eine Vertretung notwendig ist. Falls die Kindesschutzbehörde dennoch auf eine Vertretung verzichtet, muss sie diesen Entscheid begründen.
- 489 Die **Anordnung** der Kindesvertretung ist im gerichtlichen **Rückführungsverfahren obligatorisch**.

⁷¹⁵ Botschaft BG-KKE, 2626; vgl. auch Bucher, Kindesentführungen: Neuigkeiten, S. 4.

⁷¹⁶ Bucher, Kindesentführungen: Neuigkeiten, S. 4.