

Die Vertretung des Kindes im Zivilverfahren

Ein Vergleich des schweizerischen
und kanadischen Rechts

DISSERTATION

der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde einer Doktorin der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

Yolanda Mutter-Freuler

von
Glarus

genehmigt auf Antrag von
Prof. Dr. Karl Spühler C

Schulthess Juristische Medien AG, Zürich

Inhaltsverzeichnis

1.	Einleitung	1
1.1.	Einführung in das Thema	1
1.2.	Begriffliches	4
	a) Kind	4
	b) Sprachliche Gleichbehandlung	4
1.3.	Überblick über die zu vergleichenden Rechtsordnungen in Kanada und der Schweiz	5
2.	Die Kindsvertretung im Zivilverfahren	7
2.1.	Der Anfänge der Kinderrechtsdiskussion	7
2.2.	Historischer Rückblick	7
2.2.1.	Allgemein	7
2.2.2.	In der Schweiz	8
2.2.3.	In Kanada	9
2.3.	Fragebogenuntersuchung	10
	a) Schweizer Gerichte	11
	b) Vormundschaftsbehörden	13
	c) Kanadische Gerichte	16
2.4.	Pilotstudie	18
3.	Rechtliche Grundlagen der Kindsvertretung in der Schweiz	20
3.1.	UN-Kinderrechtskonvention (UN-KRK)	20
3.1.1.	Art. 12 UN-KRK	20
3.1.2.	Art. 9 UN-KRK	21
3.1.3.	Direkter Anspruch auf Vertretung aus Art. 12 UN-KRK	21
3.2.	Bundesrecht	22
3.2.1.	Verfassungsrecht	22
3.2.2.	Gesetzesrecht	22
3.2.3.	Rechtsnatur des Art. 146 ZGB	23
3.2.3.1.	Anwendungsbereich von Art. 146 ZGB	23
3.2.4.	Entwurf der Schweizerischen Zivilprozessordnung	25
3.3.	Kantonales Recht	25
3.3.1.	Zivilprozessordnung	25
3.3.2.	Kreisschreiben	26
4.	Rechtliche Grundlagen der Kindsvertretung in Kanada	27
4.1.	Allgemeines zur Gesetzgebungskompetenz	27
4.2.	UN- Kinderrechtskonvention (UN-KRK)	27
4.3.	Bundesrecht	28
	a) Divorce Act, 1985	28
	b) Parens patriae	28
4.4.	Provinziales Recht	29

4.4.1.	Provinz Alberta	30
	a) Children Welfare Act	30
	b) Domestic Relations Act/Provincial Court Act	30
4.4.2.	Provinz Ontario	31
	a) Child and Family Services Act	31
	b) Courts of Justice Act	31
	c) Children's Law Reform Act	31
4.4.3.	Provinz Québec	32
	a) Code civil du Québec	32
	b) Québec Charte des droits et libertés de la personne	32
	c) Loi sur la protection de la jeunesse	33
4.5.	Fazit	33
5.	Anordnung der Kindsvertretung im Scheidungsverfahren in der Schweiz	34
5.1.	Ausnahme oder Regel	34
5.2.	Voraussetzungen für die Anordnung einer Kindsvertretung	35
	a) Wichtige Gründe	35
	b) Unterschiedliche Anträge der Eltern	35
	c) Antrag der Vormundschaftsbehörde	36
	d) Antrag der Eltern	36
	e) Zweifel an gemeinsamen Elternanträgen	37
	f) Antrag des urteilsfähigen Kindes	37
5.3.	Kritik am Wortlaut des Art. 146 ZGB	38
5.4.	Lösungsvorschlag	39
6.	Anordnung der Kindsvertretung im Scheidungsverfahren in Kanada	40
6.1.	Provinz Alberta	40
6.1.1.	Die Vertretung	40
6.1.1.1.	Das Amicus curiae Programm	40
	a) Begriff	40
	b) Entwicklung	41
	c) Das Ende der Amicus curiae Ära	41
6.1.2.	Voraussetzungen für die Anordnung eines Kindsvertreters	42
6.1.3.	Antragsmöglichkeiten der Parteien	42
6.2.	Provinz Ontario	43
6.2.1.	Die Vertretung	43
6.2.2.	Voraussetzungen für die Anordnung eines Kindsvertreters	43
6.2.3.	Antragsmöglichkeiten der Parteien	44
6.3.	Provinz Québec	44
6.3.1.	Die Vertretung	44
	a) Wissenschaftliche Studie	45
	b) Resultate der Studie betreffend die Vertretung des Kindes	45
6.3.2.	Voraussetzungen für die Anordnung eines Kindsvertreters	46

6.3.3.	Antragsmöglichkeiten der Parteien	46
7.	Prozessuales betreffs Anordnung des Kindsvertreters	47
7.1.	In der Schweiz	47
7.1.1.	Örtliche und sachliche Zuständigkeit zur Anordnung der Kindsvertretung	47
7.1.2.	Form der Anordnung	47
7.1.3.	Rechtsmittel	47
7.2.	In Kanada	48
7.2.1.	Provinz Alberta	48
7.2.1.1.	Örtliche und sachliche Zuständigkeit zur Anordnung der Kindsvertretung	48
7.2.1.2.	Form der Anordnung	48
7.2.1.3.	Rechtsmittel	49
7.2.2.	Provinz Ontario	49
7.2.2.1.	Örtliche und sachliche Zuständigkeit zur Anordnung der Kindsvertretung	49
7.2.2.2.	Form der Anordnung	50
7.2.2.3.	Rechtsmittel	50
7.2.3.	Provinz Québec	51
7.2.3.1.	Örtliche und sachliche Zuständigkeit zur Anordnung der Kindsvertretung	51
7.2.3.2.	Form der Anordnung	51
7.2.3.3.	Rechtsmittel	51
7.3.	Fazit	52
7.4.	Parteistellung des Kindes in der Schweiz	53
7.5.	Parteistellung des Kindes in Kanada	55
7.5.1.	Provinz Alberta	56
7.5.2.	Provinz Ontario	57
7.5.3.	Provinz Québec	58
7.6.	Fazit	58
7.7.	Das urteilsfähige Kind in der Schweiz lehnt die Vertretung ab	59
7.8.	Das urteilsfähige Kind in Kanada lehnt die Vertretung ab	60
7.8.1.	Provinz Alberta	60
7.8.2.	Provinz Ontario	60
7.8.3.	Provinz Québec	60
7.9.	Fazit	61
7.10.	Kosten und Entschädigung des Kindsvertreters in der Schweiz	61
7.11.	Kosten und Entschädigung des Kindsvertreters in Kanada	63
	a) Differenzierung der Kosten	63
	b) Legal Aid	64
7.11.1.	Provinz Alberta	64
7.11.2.	Provinz Ontario	65
7.11.3.	Provinz Québec	66
7.12.	Fazit	67

7.13.	Bestellung des Vertreters in der Schweiz	68
	a) Bestellung	68
	b) Person des Vertreters	69
7.14.	Bestellung des Vertreters in Kanada	70
7.14.1.	Provinz Alberta	70
	a) Bestellung des Vertreters	70
	b) Person des Vertreters	70
7.14.2.	Provinz Ontario	71
	a) Bestellung des Vertreters	71
	b) Person des Vertreters	71
7.14.3.	Provinz Québec	72
	a) Bestellung des Vertreters	72
	b) Person des Vertreters	72
7.15.	Fazit	72
7.16.	Geschwistervertretung in der Schweiz	74
7.17.	Geschwistervertretung in Kanada	74
7.17.1.	Provinz Alberta	74
7.17.2.	Provinz Ontario	74
7.17.3.	Provinz Québec	75
7.18.	Fazit	75
7.19.	Aufgaben des Kindsvertreters gemäss Art. 147 ZGB	76
	a) Prozessuale Kompetenzen und Aufgaben	76
	b) Ausserprozessuale Aufgaben	77
7.20.	Aufgaben des Kindsvertreters in Kanada	78
7.20.1.	Provinz Alberta	78
7.20.1.1.	Amicus curiae	79
	a) Prozessuale Kompetenzen und Aufgaben	79
	b) Ausserprozessuale Aufgaben	80
7.20.1.2.	Zusammenfassung	80
7.20.1.3.	Streit in der Lehre	81
7.20.1.4.	Advocat	81
	a) Prozessuale Kompetenzen und Aufgaben	81
	b) Ausserprozessuale Aufgaben	82
7.20.1.5.	Kritik	82
7.20.2.	Provinz Ontario	83
	a) Prozessuale Kompetenzen und Aufgaben	83
	b) Ausserprozessuale Aufgaben	84
7.20.2.1.	Kritik	84
7.20.2.	Provinz Québec	85
	a) Prozessuale Kompetenzen und Aufgaben	85
	b) Ausserprozessuale Aufgaben	86
7.20.3.1.	Kritik	86
7.21.	Fazit	87
7.22.	Geschäftsgeheimnis und Zeugnisverweigerungsrecht des Vertreters in der Schweiz	88

7.23.	Geschäftsgeheimnis und Zeugnisverweigerungsrecht des Vertreters in Kanada	89
7.23.1.	Provinz Alberta	89
7.23.2.	Provinz Ontario	90
7.23.3.	Provinz Québec	90
7.24.	Fazit	90
7.25.	Unabhängigkeit des Kindsvertreters in der Schweiz	92
7.26.	Unabhängigkeit des Kindsvertreters in Kanada	92
7.26.1.	Provinz Alberta	92
7.26.2.	Provinz Ontario	93
7.26.3.	Provinz Québec	93
7.27.	Fazit	94
7.28.	Kontrolle des Kindsvertreters in der Schweiz	95
7.29.	Kontrolle des Kindsvertreters in Kanada	95
7.29.1.	Provinz Alberta	96
7.29.2.	Provinz Ontario	96
7.29.3.	Provinz Québec	96
7.30.	Fazit	97
8.	Ersetzt die Anordnung der Kindsvertretung die Anhörung	98
8.1.	Die Anhörung in der Schweiz	98
8.1.1.	Anhörungspflicht	98
8.1.2.	Verzicht auf die Anhörung des Kindes bei Anordnung einer Kindsvertretung	98
8.1.3.	Befragung durch den Kindsvertreter	99
	a) Argumente dafür	99
	b) Argumente dagegen	100
8.2.	Die Anhörung des Kindes in Kanada	100
8.2.1.	Allgemein	100
8.2.2.	Provinz Alberta	102
8.2.3.	Provinz Ontario	102
8.2.4.	Provinz Québec	103
8.3.	Fazit	104
9.	Bezeichnung des Kindsvertreters	107
10.	Rolle des Kindsvertreters	109
10.1.	Sprachrohr des Kindes oder Erforscher des Kindeswohls	109
10.2.	Definition Kindswohl	109
	a) Das Kindswohl im schweizerischen Recht	110
	b) Das Kindswohl im kanadischen Recht	110
10.3.	Fazit	111
10.4.	Kindswille	112
10.4.1.	Definition Kindswille	112
	a) Der Kindswille im schweizerischen Recht	113

b)	Der Kindswille im kanadischen Recht	113
10.5.	Fazit	113
10.6.	Kindswohl versus Kindswille	114
10.7.	Urteilsfähigkeit als Kriterium für die Vertretungsrolle	115
10.7.1.	Vertretung des Kindswohls: Vor- und Nachteile	116
10.7.2.	Vertretung des Kindswillens: Vor- und Nachteile	117
10.8.	Das Dualmodell als Lösung des Konfliktes	118
10.9.	Fazit	119
10.10.	Regelung in der Schweiz	120
a)	Gesetz	120
b)	Gerichtssentscheide	121
c)	Lehre	121
10.11.	Regelung in Kanada	122
10.11.1.	Provinz Alberta	123
10.11.2.	Provinz Ontario	124
10.11.3.	Provinz Québec	124
a)	Art. 208 Code de procédure civile du Québec	125
b)	Art. 394 Code de procédure civile du Québec	125
c)	Sturz der herkömmlichen Tradition	126
10.12.	Fazit	127
10.13.	Exkurs	127
a)	Entwicklungspsychologische Erkenntnisse	127
b)	Das <i>Parental Alienation Syndrome (PAS)</i>	128
10.14.	Umsetzung dieser Erkenntnisse ins Recht	129
10.15.	Berücksichtigung der Meinung des Kindes in der Gerichtspraxis	131
10.16.	Fazit	132
11.	Die Vertretung des Kindes im Kindesschutzverfahren	134
11.1.	In der Schweiz	134
11.2.	In Kanada	135
11.2.1.	Provinz Alberta	135
11.2.1.1.	<i>Office of the Children's Advocate</i>	135
11.2.2.	Provinz Ontario	136
11.2.3.	Provinz Québec	137
11.3.	Fazit	137
11.4.	Vorschlag für die Schweiz	139
12.	Neue Organisationsstrukturen	140
12.1.	<i>Office of the Children's Lawyer</i> in der Provinz Ontario	140
a)	Institution	140
b)	Entwicklung	140
c)	Aufgaben	141
d)	Ausbildung der MitarbeiterInnen	141
e)	Finanzierung	142
f)	Statistische Angaben	142

12.2.	Pilotprojekt: <i>Family Law Office</i> der Provinz Alberta	142
	a) Idee und Ziel	142
	b) Struktur	143
	c) Finanzierung	143
12.3.	Ein „Kinderanwaltsbüro“ für die Schweiz	144
12.3.1.	Fragebogenresultate	144
12.3.2.	Das Kinderanwaltsbüro	144
	a) Mögliche Struktur	144
	b) Problematik in der Vertretung	145
	c) Weitere Aufgaben	145
	d) Finanzierung	146
13.	Familiengerichte	147
13.1.	In Kanada	147
13.2.	Unified Family Courts	148
13.3.	Vor- und Nachteile eines Familiengerichtes	149
	a) Vorteile	149
	b) Nachteile	149
13.4.	Zusätzliche Dienstleistungen	150
13.5.	Gerichtsorganisation in der Schweiz	150
13.5.1.	Kritik an der schweizerischen Gerichtsorganisation	151
13.6.	Vorschlag für die Einführung eines Familiengerichtes in der Schweiz	153
	a) Eigenständiges Gericht oder Abteilung eines erstinstanzlichen Gerichtes	153
	b) RichterInnen	153
	c) Kompetenzen	154
	d) Administration	154
	e) Dienstleistungszentrum	155
13.6.1.	Gesetzesreform	155
14.	Schlussbetrachtung - mit Empfehlungen zur Gesetzesänderung	157
14.1.	Empfehlungen zur Gesetzesänderung	163
Anhang I – V		164