

recht

2/17

www.recht.recht.ch

Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis

35. Jahrgang

Inhalt

Grundsatzbeitrag

- 67 *Jürg M. Tiefenthal*
**Kantonsgründung, Sezession und
Inkorporation im Bundesstaat**
-

Vertiefungsbeiträge

- 81 *Chris Lehner*
**Freiheitsentziehende Massnahmen
im schweizerischen Strafrecht**
- 100 *Damian Schweighauser*
TPO und Corporate Governance
- 109 *Mirjam Eggen*
eBook – myBook oder yourBook?
- 125 *Pascal Zysset/Dario Galli*
**Los- oder Stichentscheid? –
Wahl zwischen Pest und Cholera**
-

Im Fokus

- 137 *Andreas Bucher*
Kinder ohne Salomon



Impressum

Kontakt Verlag: Martin Imhof
Stämpfli Verlag AG, Wölflistrasse 1
Postfach, CH-3001 Bern
Tel. 031 300 63 99, Fax 031 300 66 88
E-Mail: recht@staempfli.com

www.recht.recht.ch

Adressänderungen und Inserataufträge sind ausschliesslich an den Stämpfli Verlag AG, Postfach, 3001 Bern, zu richten. Die Aufnahme von Beiträgen erfolgt unter der Bedingung, dass das ausschliessliche Recht zur Vervielfältigung und Verbreitung an den Stämpfli Verlag AG übergeht. Der Verlag behält sich alle Rechte am Inhalt der Zeitschrift «recht» vor. Insbesondere die Vervielfältigung auf dem Weg der Fotokopie, der Mikrokopie, der Übernahme auf elektronische Datenträger und andere Verwertungen jedes Teils dieser Zeitschrift bedürfen der Zustimmung des Verlags. Die Zeitschrift erscheint viermal jährlich, im März, Juni, September und Dezember.

Abonnementspreise 2017

AboPlus

(Zeitschrift + Onlinezugang)

Schweiz: Normalpreis CHF 188.–,
für immatrikulierte Studenten CHF 152.–

Ausland: CHF 202.–

Onlineabo: CHF 168.–

Einzelheft: CHF 45.– (exkl. Porto)

Die Preise verstehen sich inkl. Versandkosten, wenn nicht anders angegeben, und 2,5% resp. für Onlineangebote 8% MWSt.

Schriftliche Kündigung bis 3 Monate vor Ende der Laufzeit möglich.

Abonnemente:

Tel. 031 300 63 25, Fax 031 300 66 88,
periodika@staempfli.com

Inserate:

Tel. 031 300 63 41, Fax: 031 300 63 90,
inserate@staempfli.com

© Stämpfli Verlag AG Bern 2017

Gesamtherstellung: Stämpfli AG, Bern

Printed in Switzerland

ISSN 0253-9810 (Print)

e-ISSN 2504-1487 (Online)

Herausgeber und Redaktion

Privatrecht

SUSAN EMMENEGGER

Professorin für Privatrecht und
Bankrecht, Universität Bern

WOLFGANG ERNST

Professor für Römisches Recht
und Privatrecht, Universität Zürich

ROLAND FANKHAUSER

Professor für Zivilrecht und
Zivilprozessrecht, Universität Basel

PETER JUNG

Professor für Privatrecht,
Universität Basel

ALEXANDRA JUNGO

Professorin für Zivilrecht,
Universität Freiburg

Wirtschaftsrecht

PETER JUNG

Professor für Privatrecht,
Universität Basel

PETER V. KUNZ

Professor für Wirtschaftsrecht
und Rechtsvergleichung,
Universität Bern

ROGER ZÄCH

Professor em. für Privat-,
Wirtschafts- und Europarecht,
Universität Zürich

Strafrecht

FELIX BOMMER

Ordinarius für Strafrecht, Straf-
prozessrecht und Internationales
Strafrecht, Universität Luzern

SABINE GLESS

Ordinaria für Strafrecht und Straf-
prozessrecht, Universität Basel

Öffentliches Recht

MARTINA CARONI

Ordinaria für öffentliches Recht,
Völkerrecht und Rechtsverglei-
chung im öffentlichen Recht,
Universität Luzern

BERNHARD RÜTSCHÉ

Ordinarius für Öffentliches Recht
und Rechtsphilosophie,
Universität Luzern

DANIELA THURNHERR

Professorin für Öffentliches Recht,
insb. Verwaltungsrecht und
öffentliches Prozessrecht,
Universität Basel

Andreas Bucher

Kinder ohne Salomon

Die Verdingkinder des 20. Jahrhunderts – noch bis 1981 – stellen ein trauriges Kapitel der Schweizer Geschichte dar, das nun – so gut es geht – zum Abschluss kommt. Mit Genugtuungszahlungen ist es jedoch nicht getan. Man muss sich auch fragen: Wurden die nötigen Lehren gezogen? Die Antwort lautet aus heutiger Sicht positiv und kraftvoll: Die Schweiz feiert das 20-Jahr-Jubiläum des Beitritts zur Kinderrechtskonvention. Man sollte also meinen, dass nichts mehr schiefgehen kann. So einfach ist es nicht. Eher ist zu beobachten, dass es noch zu viele Kinder gibt, die auf mehr Gerechtigkeit hoffen dürfen, auch wenn deren Zahl mit derjenigen der Verdingkinder nicht vergleichbar ist.

Aus Anlass des Jubiläums wird das Kindeswohl zum tausendsten Mal als allgegenwärtige Maxime zitiert. Man wird allerdings nicht erläutern, dass das für die Gerichte nicht zählt. In der Schweiz gilt der Art. 3 der Konvention für den Richter nur als «Leitgedanke», und obwohl es darin deutlich heisst, dass das Kindeswohl «vorrangig zu berücksichtigen ist», so darf ein Kind daraus keine Rechte herleiten.¹ Es dürfen zum Ausgleich auch andere Interessen als diejenigen des Kindes berücksichtigt werden, womit auch die Idee der Priorität des Kindesinteresses untergeht.² Damit bleibt vom fundamentalsten Grundsatz der Konvention nichts mehr übrig: Leitgedanke hin oder her – die Gerichte können damit machen, was sie wollen.³

Ein erster Blick gilt den ersten zehn Jahren des im Jahre 1973 in Kraft getretenen neuen Adoptionsrechts. Damals sind aus Anlass der Euphorie für diese grosse Reform Dutzende von Kindern ihren natürlichen Eltern vorenthalten und zur Adoption freigegeben worden. Viele von ihnen wissen auch heute noch nichts davon. Entweder sie wissen nichts von ihrer Adoption, oder sie haben die Akten nicht konsultiert oder darin nichts über ihren natürlichen Vater oder ihre Mutter erfahren. Das Vorgehen war einfach und, wie man glaubte, juristisch «sauber». Entweder wurde dem Vater die Geburt verheimlicht, oder es wurde ihm abgeraten, das Kind anzuerkennen; Beistände wurden ange-

wiesen, möglichst schnell einen Entscheid zu erwirken, wonach von der Zustimmung des Vaters zur Adoption abgesehen werden kann, weil «er sich um das Kind nicht ernstlich gekümmert hat» (Art. 265c Ziff. 2 ZGB). Eine andere Strategie war, den Vater oder die Mutter systematisch an der Ausübung des Besuchsrechts zu hindern, mit der Folge, dass rein objektiv keine Absicht festzustellen war, sich um das Kind zu kümmern. Ein solches krass gegen Treu und Glauben verstossendes Verhalten wurde von Rechtsgelehrten und noch im Jahre 1981 auch vom Bundesgericht gestützt; die Beziehung zum nicht betreuenden Elternteil war nicht Teil des Kindeswohls.⁴ Kurze Zeit danach wurde erkannt, dass diese Praxis zu Missbräuchen führte und dass der Elternteil, der sich ernstlich (wenn auch erfolglos) um den Kontakt zum Kind bemüht hat, das Kind nicht auf dem Umweg über eine Adoption verlieren darf.⁵ Ein Urteil von 1987 berichtet im Einzelnen, wie die Zürcher Behörden einen türkischen Vater, der sich intensiv um den Kontakt zum Kind bemühte, systematisch und unter unhaltbaren Vorwänden daran hindern wollten, die Adoption des Kindes durch Dritte zu verhindern.⁶ Die Rechtslage ist so einigermaßen geklärt worden, doch ist die Praxis auch heute noch uneinheitlich.

Ein Urteil vom 3. Dezember 2014 steht für einen bedenklichen Rückfall.⁷ Nach dem Tod der Mutter wollte der biologische Vater das Sorgerecht über die drei gemeinsamen Kinder im Alter von vier bis sieben Jahren übernehmen. Das wurde ihm verweigert, weil das Kindesverhältnis nicht rechtlich entstanden sei.⁸ Es handelte sich um ei-

Prof. em. Dr. *Andreas Bucher*, emeritierter Professor der Universität Genf. Der Autor hat in einigen der erwähnten Fälle als externer Berater mitgewirkt.

¹ Vgl. BGE 136 I 297 ff., 308; BGE 137 V 167 ff., 174; BGER 7.2.2017, 5A_315/2016, Erw. 4.2.

² Der noch vom vorrangigen Interesse des Kindes geprägte BGE 137 I 247 ff., 253, hat als Präjudiz ausgedient.

³ Das hängt zum Teil auch mit der deutschen Übersetzung zusammen, die von «Massnahmen» spricht. Das Bundesgericht hält sich daran und geht davon aus, dass sich die Bestimmung an den Gesetzgeber richte. Das ist falsch, wenn man den Originaltext liest, der in der französischen («décisions») und der englischen («actions») Fassung auf den Entscheid im Einzelfall verweist. Es wäre zu wünschen, dass die Bundeskanzlei das 20-Jahr-Jubiläum zum Anlass nimmt, den deutschen Text zu bereinigen.

⁴ BGE 107 II 18 ff., 23.

⁵ Vgl. BGE 108 II 523 ff., 526; 109 II 382 ff., 386 f.

⁶ BGE 113 Ia 271 ff.

⁷ BGER 3.12.2014, 5A_684/2014.

⁸ Die Eltern hatten sich im Jahre 2010 in Italien religiös verheiratet. Man hat nicht berücksichtigt, dass eine solche Eheschliessung dort auch zivilrechtlich gilt und dass die zuvor geborenen Kinder damit nach dem damals noch geltenden Art. 280 des italienischen ZGB legitimiert worden sind, was nach Art. 74 IPRG in der Schweiz hätte anerkannt werden müssen.

nen anerkannten Flüchtling, dem die Kindeserkennung vor dem Zivilstandsamt verweigert wurde, da er die erforderlichen Unterlagen nicht vorlegen konnte. Das kommt nicht selten vor: Die Behörden denken nicht daran, dass die Beschaffung von Dokumenten aus dem Heimatland für einen Asylbewerber oder Flüchtling heikel sein kann, und geben sich auch keine Mühe, ein Verfahren gemäss Art. 41 ZGB einzuleiten. Der DNA-Beweis lag vor, aber die Beiständin und spätere Vormundin der Kinder hat es nicht für nötig befunden, die zivilstandsrechtliche Anerkennung durchzusetzen oder einen Vaterschaftsprozess einzuleiten. Damit waren die Kinder ihrem Vater definitiv entzogen, mit der Aussicht, auf Dauer bei Pflegeeltern und allenfalls späteren Adoptiveltern zu leben. Nichts gelernt von den Verdingkindern? Die Kinderrechtskonvention hätte helfen können. Das Kind hat Anspruch darauf, seine Eltern zu kennen und von ihnen betreut zu werden. So sagt es Art. 7 Abs. 1, der direkt anwendbar ist.⁹ Das Bundesgericht löst das Problem auf andere Art: Der Artikel wird einfach nicht erwähnt.

Für das neue Kindesrecht galt seit 1978: Jedes Kind hat Anspruch auf seinen Vater. Auch daran will man sich nicht mehr halten. Das Parlament hat im Zusammenhang mit der Reform des Sorgerechts diskussionslos den Grundsatz weggewischt, dass jedem vaterlosen Kind ein Beistand beigegeben wird, der sich um die Herstellung des Kindesverhältnisses kümmert (altArt. 309 ZGB). Es sollen also Kinder ohne Vater bleiben, wenn die Mutter das so will. Dass damit der Vorrang des Kindeswohls erdrückt wird, war keiner Rede wert. Das Bundesgericht hat richtigerweise dieser Farce die Wirkung entzogen: Es soll durchwegs ein Beistand ernannt werden, egal was die Mutter dazu sagt.¹⁰ So wird auch die vom Kindeswohl her gesehene absurde Konsequenz vermieden, dass die zuerst alleinerziehende Mutter das Kind schliesslich von einem andern Mann als dem Vater anerkennen lässt.

Entführte Kinder können nicht auf Gerechtigkeit zählen.¹¹ Sind sie nicht mehr ganz jung, so müssen sie mit der Trennung vom betreuenden Elternteil (meistens der Mutter) rechnen. Es gibt oft gute Gründe, warum ein schweizerischer Elternteil mit

seinem Kind in die Schweiz geflüchtet ist: Trennung vom Partner, kein persönliches und soziales Umfeld im Ausland, Arbeitslosigkeit und vieles mehr. Das Haager Übereinkommen von 1980 verlangt die Rückkehr. Das ist richtig so, solange nicht stur am Kindeswohl vorbeigeschaut wird. Das Übereinkommen lässt es ohne Weiteres zu, dass dem Kind das Trauma einer Rückkehr und der Trennung von seiner Mutter erspart bleibt. Aber dafür braucht es verständige Richter.

Die Schweizer Bevölkerung wurde aufgeschreckt, als die Kinder W. der Schweizer Mutter hier entzogen und nach Australien geschickt wurden.¹² Alle wussten, dass sie dort nicht beim Vater leben konnten, der für die Erziehung nicht infrage kam. Die Kinder wurden während 18 Monaten dreimal von einem Pflegeplatz zu einem andern verschoben, bis endlich eine mutige Richterin entschied, sie wieder nach Hause zu entlassen. Die Rückführung nach Australien war völlig sinnlos, denn für die Kinder konnte es keine andere Lösung als die Betreuung durch ihre Mutter geben. Es schien, als ginge es dem Bundesgericht nicht um die Kinder, sondern um die Bestrafung der Mutter. Die Kinder wehrten sich gegen die Abreise und wurden gewaltsam ins Flugzeug befördert. Zuvor wurden sie der Mutter weggenommen und durften von ihr auch nicht Abschied nehmen. Wo bleibt da die Menschlichkeit? Warum gilt das Kindeswohl nicht für alle Kinder? Was bleibt vom Grundsatz, dass die Kinder das Verhalten ihrer Eltern nicht verantworten müssen? Der Mutter blieb nichts erspart: Eine Dissertation hat aus den Akten bis zu intimsten Details berichtet und die Mutter grob verurteilt; für die Kinder blieb kein gutes Wort übrig.¹³

Als das neue Gesetz zum Schutz bei Kindesentführungen Anfang 2010 in Kraft getreten ist, hat das Bundesgericht ein fast 10-jähriges Mädchen zu seinem Vater nach New York zurückgeschickt, obwohl sich die Mutter dort nicht niederlassen konnte.¹⁴ Begleitmassnahmen nach dem neuen Gesetz sind keine getroffen, ja das Gesetz nicht einmal erwähnt worden. Der Vater zeigte anerkanntermassen ein sexuelles Grenzverhalten und erzieherische Verwahrlosung; das Bundesgericht stützte sich auf die Hoffnung, dass die Grossmutter dem Kind beistehen werde. Dem Vater ging es nur um seine Besitzansprüche. Der Trennungsschmerz des Kindes sei natürlich und bis zum Ausgang des Sorgerechtsverfahrens zu ertragen. Die strittige Situation der Eltern hätte zur Annahme führen müssen, dass es anders kommen könnte:

⁹ BGE 125 I 257 ff., 262; 128 I 63 ff., 70 f.

¹⁰ BGE 142 III 545 ff., 548–550.

¹¹ In der Presse hiess es, die Praxis des Bundesgerichts führe zu Fällen, die «jede Menschlichkeit im Keim ersticken» (NZZ, 1.3.2007, S.17). Sie werde zu einer «realitätsfremden juristischen Fiktion, die sich nur schwer mit dem Kindeswohl verträgt» (M. Jammetti Greiner, Der neue internationale Kinderschutz in der Schweiz, FamPra.ch 2008, S. 277 ff., 279) und die in der Praxis «nicht nachvollziehbar» sei (J. Schreiner et al., Zivilrechtliche Kindesentführung – die Sicht der Praktiker, in: Fünfte Schweizer Familienrechtstage, Bern 2010, S. 99 ff., 107). Das Bundesgericht nimmt davon keine Kenntnis.

¹² Urteile vom 18. Mai 2004: BGer 5P.150/2004, BGE 130 III 530 ff.; BGer 5P.151/2004, AJP 2005 S. 106.

¹³ R. Zürcher, Kindesentführung und Kindesrechte, Diss. Zürich 2005; vgl. meine Besprechung in: Dritte Schweizer Familienrechtstage, 2006, S. 109 f.

¹⁴ BGer 11.1.2010, 5A_764/2009, AJP 2010 S. 385.

Das Mädchen musste fünf Jahre in New York ausharren, bis es endlich nach abgeschlossenem Prozess wieder zur Mutter in die Schweiz zurückkehren konnte. Eine sinnlos verlorene Jugendzeit.¹⁵ Hätte man seinen Willen, den es «wiederholt und konstant geäussert hat», berücksichtigt, wäre es nicht so weit gekommen. Leider war das Leiden des Mädchens auch nicht zukunftsweisend: Im Anschluss daran sind weiterhin schwer erträgliche Entscheide ergangen.

Im Januar 2014 ist ein 8-jähriger Schweizer Knabe nach Italien geschickt worden, ohne Begleitung durch seine arbeitslose Mutter. Sein Vater lebte damals ohne festen Wohnsitz in Italien; er wollte das Kind zurückhaben, ohne zu wissen, ob und wie er dessen Pflege und Erziehung übernehmen kann. Die schweizerischen Gerichte haben sich nicht darum gekümmert, wo der Knabe leben wird und die Schule besuchen kann.¹⁶ Die Rückkehr hätte mit den Behörden in Italien koordiniert werden können, zumal dort ein Verfahren über das Sorgerecht lief. Eine Mediation fand nicht statt, und das Kind ist auch nicht verbeiständet worden. Das Bundesgericht hat von der mehrfachen Verletzung des Gesetzes nicht Notiz genommen. Die Weigerung des Bundesamtes für Justiz, entführten Kindern einen Vertreter ernennen zu lassen, ist von einer Mitarbeiterin kritisiert worden.¹⁷ Das war für das Parlament ein ganz zentraler Punkt.¹⁸ Ohne Vertretung kann das Kind auch an einer Mediation nicht teilnehmen. Diese wird allerdings vom Bundesamt ohnehin nur veranlasst, wenn die Finanzierung durch die Parteien gesichert ist. Auch das ist gesetzwidrig (vgl. Art. 14 BG-KKE). Das Gesetz gilt nicht, wenn es mehr als den geringsten Aufwand verlangt. Es heisst ausdrücklich, dass sich die Gerichte vergewissern müssen, «ob und auf welche Weise die Rückführung des Kindes ... vollzogen werden kann», wobei mit den zuständigen Behörden im Ausland zusammenzuarbeiten ist (Art. 10 BG-KKE). Den Gerichten ist das Kindeswohl nicht genug, um die gesetzliche Anordnung umzusetzen. Das Bundesgericht ignoriert die Vorschrift. Im konkreten Fall haben sich die Eltern schliesslich mittelfristig darauf geeinigt, dass der Knabe bis zum 14. Altersjahr beim Vater in Italien leben wird, unter Wahrung des Besuchsrechts der Mutter. Ob es dann in vier Jahren zur Wiedervereinigung mit der Mutter und dem Halbbruder kommt, steht nicht fest.

¹⁵ Vgl. den Bericht in der NZZ vom 25. März 2015, S. 17, der von einer «unglaublichen Odyssee» berichtet, von einem Leben «einsam und traurig, weil die Mutter weit weg ist – für einen Teenager eine äusserst schwierige Situation».

¹⁶ BGer 16. 1. 2014, 5A_880/2013, AJP 2014 S. 565, FamPra.ch 2014 S. 442.

¹⁷ A. C. Alfieri, *Enlèvement international d'enfants: une perspective suisse*, Bern 2016, S. 139.

¹⁸ Vgl. Vermot-Mangold, AB NR 2005 S. 782 f.

Im März 2015 wollte man in Luzern ein 14-jähriges Mädchen nach Ungarn zurückschicken, obwohl es sich dagegen entschieden gewehrt hat.¹⁹ Man hat das Bundesgericht darauf aufmerksam gemacht, dass das Mädchen nach einer Rückkehr nach ungarischem Recht ohnehin wählen kann, bei welchem Elternteil es leben will. Das Bundesgericht wollte es besser wissen und hielt sich an seine eigene Lektüre des ungarischen Rechts (in deutscher Sprache!). Die Rückführung wurde angeordnet, allenfalls auch durch die Polizei. Es sind die Eltern, nicht die Gerichte, die dieser unvernünftigen Anordnung ein Ende gesetzt haben, indem sie auf den Vollzug der gewaltsamen Rückführung verzichtet haben. Das ganze Gerichtsverfahren erwies sich als sinnlos, was leicht im Voraus hätte erkannt werden können. Was soll mit Gewalt gegen reife und bald erwachsene Kinder erreicht werden?

Im gleichen Jahr hat das Bundesgericht den starken Willen eines 10-jährigen Mädchens, nicht nach Mexiko zurückzukehren, mit dem Argument ignoriert, dass ein Kind mit solcher Willensstärke auch die Rückführung verkraften könne. Als das Kind weiterhin energisch Widerstand leistete, wurde es für sechs Wochen zwangsmässig in ein Heim gesteckt, bis ein Psychiater festhielt, dass das Kind sich seiner Rückführung nach Mexiko nicht mehr widersetzen werde.²⁰ Die Richter haben sich für Gewalt entschieden, ohne zu sagen, wieweit man das gegenüber dem Kind umsetzen darf. Das Bundesgericht wollte nicht anordnen, dass das Kind von seiner Familie und den Schulkameraden Abschied nehmen darf.²¹ Als die Rückreise unmittelbar bevorstand, haben sich auch die Vertreter des Bundesamtes für Justiz herbemüht, um noch eine Mediation zu veranlassen. Das war eine Übung für das gute Gewissen, denn die Flugbillette waren ja längst gekauft. Als die Mediation scheiterte, sind die Beamten nach Bern abgezogen. Sie waren nicht mehr dabei, als die Polizei das Kind medizinisch wehrlos machte (sog. «Sedierung» oder «kleine Narkose»).²² Die Rückreise verlief «reibunglos»: Einmal in Mexiko angekommen, konnte sich das

¹⁹ BGer 25. 3. 2015, 5A_51/2015; BGer 22. 5. 2015, 5F_6/2015.

²⁰ BGer 30. 4. 2015, 5A_229/2015; BGer 22. 6. 2015, 5A_429/2015; BGer 10. 7. 2015, 5A_539/2015.

²¹ BGer 10. 7. 2015, 5A_539/2015, Erw. 3. Das Obergericht Aargau wollte das auch nicht tun (Entscheid vom 29. Juni 2015). Der Entscheid ist den Vollzugsbeamten überlassen worden; sie haben dem Kind den Abschied ermöglicht.

²² Der Experte liess die Behörden wissen, dass eine solche Massnahme aus kinderpsychiatrischer und ethischer Sicht strikt abzulehnen sei. Gemäss Bundesrecht ist der Einsatz von Arzneimitteln nicht erlaubt (Art. 25 des Zwangseinsatzgesetzes, SR 364); im konkreten Fall unterstand das Vollzugsverfahren dem Bundesrecht (Art. 12 BG-KKE) und der Anordnung des Bundesgerichts. Das Aargauer Obergericht hat sich weder für die gewaltsame Verfrachtung ins Flugzeug (Entscheid vom 6. Mai 2015) noch für die Sequestrierung zu Händen des Psychiaters (Entscheide vom 23. und 29. Mai 2015) um irgendwelche gesetzliche Grundlagen gekümmert. Für die Familie väterlicherseits galt ein totales Kontaktverbot. Kein Wort wurde verloren über das Kindeswohl.

Kind nicht mehr daran erinnern. Weder die Beamten im Aargau noch jene in Bern haben sich darum gekümmert, wie das Mädchen in Mexiko untergebracht und von seiner Mutter versorgt wird. Die mexikanischen Gerichte haben bis heute noch keinen definitiven Entscheid über das Sorgerecht gefällt. Für die psychologischen Nachwirkungen im Leben des Kindes interessiert sich kein Richter und kein Beamter, obwohl sie gerne erklären, sie seien in ihrem Beruf dem Kindeswohl verpflichtet.

Zwei 3- und 4-jährige Schweizer Mädchen wollte man zwangsweise nach England zu ihrem Vater zurückschaffen, obwohl dieser krank, gewalttätig und anerkanntermassen nicht in der Lage ist, sich um die Kinder zu kümmern, mit denen er seit deren Geburt ohnehin nur sporadisch und seit Ende 2015 überhaupt keinen Kontakt hatte.²³ Sollte das nicht klappen, so würden die englischen Behörden die Kinder in einem Heim unterbringen. Die Mutter konnte oder wollte nicht nach England zurück, denn sie ist vom Vater geschieden, hat dort kein Auskommen und überdies eine 8-jährige, bereits eingeschulte Tochter aus einer anderen Beziehung in Genf zu betreuen. Nach Art. 10 BG-KKE waren die Gerichte verpflichtet, die Bedingungen der Aufnahme in England vorgängig abzuklären. Nichts ist geschehen. Das ergibt absolut keinen Sinn. Im besten Fall werden die Kinder von den englischen Gerichten wieder in die Schweiz zurückgeschickt. Auch ein solches Hin und Her ist sinnlos und vom Kindeswohl Meilen weit entfernt. Das Los der 8-jährigen Tochter in Genf sei egal, denn sie sei ja am Verfahren nicht beteiligt; wie wenn es für sie bedeutungslos sei, ob ihre Mutter mit den andern Kindern nach England wegziehen muss oder nicht. Haarsträubend ist die gerichtliche Anordnung: Sollte die Mutter das Kind nicht nach England zurückführen, so wird die Genfer KESB instruiert, das Kind dem Vater in England zu übergeben, allenfalls mit Hilfe der Polizei. Da wird festgestellt, der Vater sei unfähig, die Kinder zu betreuen, er sei gewalttätig, und deswegen wurde in England eine gerichtliche Anordnung erlassen, die es ihm verbietet, die Kinder zu sich nach Hause zu nehmen, und das Bundesgericht liefert die Kinder dem unfähigen Vater aus, und zwar mit Hilfe der Genfer KESB und der Polizei, die ja in England keinerlei Amtshandlungen vornehmen können! Es wurde nicht einmal daran gedacht, das Bundesamt für Justiz als zentrale Behörde beizuziehen und so eine minimale Koordination mit den englischen Behörden zu sichern. Vom pompös verkündeten Haager Richternetzwerk ist nicht die Rede. Die Kinder hätten auch per Bahnfracht verschickt werden können – die gerichtliche Anordnung würde nicht viel anders lauten. Wie

hiess es doch in der NZZ vor zehn Jahren: Die Menschlichkeit wird im Keim erstickt. Eine Feierlaune zum Jubiläum der Kinderrechtskonvention mag nach Lektüre dieses Urteils nicht aufkommen.

In diesen Fällen ist den Kindern zumindest insofern Gerechtigkeit widerfahren, als sie ihren Fall bis vors Bundesgericht bringen konnten. Das ist nicht immer so, denn es gibt Richter, die so erfinderisch sind, dass den Kindern auch dieser Rechtsweg abgeschnitten wird. Das Zürcher Obergericht, das im erwähnten Australien-Fall bereits seine starke Hand gezeigt hat, ist vorgeprescht. Das Rückführungsverfahren wird so abgewickelt, dass das Urteil zuerst vorgespurt wird, die Polizei bereitgestellt ist und die Flugbillette gekauft sind, bevor die Parteien auch nur angehört werden. Das ganze Verfahren wird in zwei oder drei Tagen abgewickelt. Ein Sorgerechtsverfahren ist ebenso speditiv erledigt worden, wobei man auch einer bereits 17-jährigen Tochter ihr Recht auf Anhörung verweigert hat; die Kinder wurden dann nach Deutschland gefahren, wo der zuständige Richter den Unsinn erkannte und sie wieder zurück in die Schweiz geschickt hat. Der Zweck des Zürcher Verfahrens, das man auch im Aargau anwenden wollte,²⁴ war, die Beschwerde ans Bundesgericht unmöglich zu machen. Das Bundesgericht stimmt dem zu, denn es tritt auf eine Beschwerde nicht ein, da sich das Kind ja bereits im Ausland befinde und deshalb kein Rechtsschutzinteresse mehr haben könne.²⁵ Das ist natürlich falsch, denn wenn die Beschwerde angenommen würde, könnte das Kind wieder in die Schweiz zurückkehren. Das Bundesamt für Justiz kennt diese Praxis bei Kindesentführungen und könnte beratend eingreifen.²⁶ Das geschieht nicht, und wie die Antwort auf ein Postulat zeigt, wehrt man sich gleichsam mit Händen und Füßen dagegen, dass die den Kindesinteressen widersprechenden Verfahrensabläufe näher beurteilt werden.²⁷

Kinder müssen es erfahren: Nicht alle Richter folgen Salomons Weisheit.²⁸

²⁴ Vgl. BGer 30. 4. 2015, 5A_229/2015, Erw. 7; Obergericht Aargau, Entscheid vom 19. 2. 2015.

²⁵ BGer 19. 6. 2014, 5A_210/2014 (Knabe 13-jährig); BGer 7. 9. 2015, 5A_623/2015, FamPra.ch 2016 S. 313 ein 9- und ein 17-jähriges Mädchen.

²⁶ Dazu gehört nach Meinung des Bundesrates auch die Teilnahme am kantonalen Verfahren und vor Bundesgericht (Art. 76 Abs. 2, 111 Abs. 2 BGG; BBl 2007 S. 2625). Der Verwaltung passt das nicht.

²⁷ Das geschieht etwa mit der Behauptung, dass eine solche Begutachtung über 100 000 Franken kosten würde (Antwort des Bundesrates auf das Postulat Feri, Nr. 15.3190). Die Expertenkommission, die das Bundesgesetz geschaffen hat, hat dafür mit sechs Mitgliedern sechs Sitzungen gebraucht und dem Parlament einen ausführlichen Bericht in allen drei Landessprachen abgeliefert. Kosten: etwas über 30 000 Franken. Zum Studium der Zwangsheiraten hat man zwei Millionen aufgeworfen, obwohl die entsprechenden Berichte in Deutschland und England bereits vorhanden sind und die Gesetzesrevision in der Schweiz ohnehin schon abgeschlossen war.

²⁸ 1. Buch von den Königen, 3, 16–28.

Wichtige
Themen
vertiefend
analysiert und
kommentiert



inkl. Online-
Archivzugang

recht

Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis

Felix Bommer, Martina Caroni, Wolfgang Ernst,
Roland Fankhauser, Sabine Gless, Peter Jung, Peter V. Kunz,
Bernhard Rüttsche, Alexandra Jungo, Daniela Thurnherr,
Roger Zäch, Susan Emmenegger (Herausgeber)

Erscheint 4x jährlich,

deutsch, geheftet, 0253-9810

Recht, die Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis, ist speziell konzipiert, um Studierende zu unterstützen und die Praktiker à jour zu halten. In Abhandlungen werden wichtige Themen vertiefend analysiert und kommentiert. In Fallbeispielen wird der theoretische Stoff in die Praxis umgesetzt und in der Anwendung geübt. Neue Rechtsentwicklungen und Rechtsgebiete werden vorgestellt und kommentiert. Mitteilungen aus dem universitären Bereich runden das breite Themenspektrum ab. Die Zeitschrift richtet sich an Studierende der Rechtswissenschaften, praktizierende Anwälte und Notare, Richter, wissenschaftliche Bibliotheken, juristische Ämter und Behörden.

Stämpfli

Verlag

Stämpfli Verlag AG

Wölflistrasse 1

Postfach

CH-3001 Bern

Tel. +41 31 300 66 77

Fax +41 31 300 66 88

verlag@staempfli.com

www.staempfliverlag.com



Bestellschein

— **Ex. Jahresabonnement inkl. 1 Online-Archivzugang**

CHF 188.–* inkl. Versandkosten

— **Ex. Jahresabonnement (nur online)**

CHF 168.–

— **Ex. Probeheft**

Gratis

*Lieferanschrift Schweiz

Name, Vorname _____

Firma _____

Strasse _____

PLZ/Ort _____

Telefon _____

E-Mail _____

Ich abonniere den Newsletter _____

Datum, Unterschrift _____

1408-165/16

Retournieren Sie den Bestellschein oder bestellen Sie Ihre Exemplare unter

www.staempflishop.com | periodika@staempfli.com

Telefon: +41 31 300 63 25 | Fax: +41 31 300 66 88



A

Nicht frankieren
Ne pas affranchir
Non affrancare

Geschäftsantwortsendung Invio commerciale-risposta
Correspondance commerciale-réponse



Stämpfli Verlag AG

Wölflistrasse 1

Postfach

3001 Bern