

Vernehmlassung des Schweizerischen Anwaltsverbandes zum Entwurf für ein Bundesgesetz über internationale Kindesentführungen und die Haager Übereinkommen zum Schutz von Kindern und Erwachsenen

I. Einleitung

1. Der Schweizerische Anwaltsverband (SAV) begrüsst die Bemühungen der Schweiz, die direkt anwendbaren Bestimmungen der im Bereich des Kindes- und Erwachsenenschutzes bestehenden Rechtshilfeübereinkommen im Rahmen der Bundesgesetzgebung zu konkretisieren. Die direkte Anwendbarkeit der erwähnten Staatsverträge hat in verfahrens- und vollzugsrechtlicher Hinsicht in der innerstaatlichen Praxis nicht selten zu Unsicherheiten geführt, die sich negativ auf die Verfahrensdauer und damit auf das Kindeswohl ausgewirkt haben, so dass die geplante Umsetzungsgesetzgebung einem Bedürfnis der in diesem Bereich tätigen Praktiker entspricht.
2. Die vorgeschlagenen Regelungen sind nach Auffassung des SAV grundsätzlich geeignet, das im Begleitbericht erwähnte Ziel der beschleunigten und kindeswohlgerechten Umsetzung der Haager Übereinkommen zu erreichen. Unsere nachstehenden Kommentare zu den einzelnen Artikeln orientieren sich an dieser Richtschnur und erfolgen aus der Optik der Praktiker, welche die betroffenen Parteien z.B. im Rahmen von Rückführungsverfahren vor Gericht zu vertreten haben.
3. Einige gesetzgebungstechnische Bemerkungen:

Die doppelte Erwähnung derselben Bestimmungen in zwei verschiedenen Gesetzesentwürfen ist derzeit aus gesetzgebungstechnischer Sicht nachvollziehbar. Nach Auffassung des SAV ist allerdings aus rechtspraktischer Sicht mit der später folgenden Inkraftsetzung der Schweizerischen ZPO anzustreben, dass die doch relativ spezifische Materie weiterhin in einem separaten Bundesgesetz ausserhalb der ZPO geregelt bleibt und die relevanten Regeln der Umsetzungsgesetzgebung nicht in verschiedenen Erlassen zusammen gesucht werden müssen.

In diesem Zusammenhang wäre mit Blick auf die Vereinheitlichung des Zivilprozessrechts schliesslich auch zu überlegen, ob im vorliegenden Gesetzesentwurf nicht sinnvollerweise klarzustellen wäre, dass es sich bei der vorgesehenen einzigen kantonalen Instanz um ein **Zivilgericht** handeln muss, welches über die entsprechenden Gesuche und Anträge gestützt auf die Verfahrensbestimmungen der **Zivilprozessordnung** zu entscheiden hat.

Wer in der bisherigen Praxis mit Rückführungsanträgen befasst war, konnte leicht feststellen, dass sich die kantonalen Prozessordnungen in diesem Bereich über die sachliche Zuständigkeit der Gerichte ausschweigen. Alle Bemühungen um eine möglichst einheitliche Umsetzung der internationalen Kindes- und Erwachsenenschutzbestimmungen bleiben unter Umständen aber Illusion, wenn über die sachliche Zuständigkeit und das anwendbare Prozessrecht die materielle Umsetzung der Normen beeinflusst werden kann. Anlass zu diesen Überlegungen gibt der Umstand, dass einzelne Kantone z.B. im Bereich des im Zivilgesetzbuch geregelten fürsorglichen Freiheitsentzugs die Verfahren den Verwaltungsrechtspflegegesetzen unterstellen, was dort möglicherweise auch Sinn macht, aber in der vorliegenden Materie unerwünschte Folgen haben könnte.

4. Aufgabenteilung Bund/Kantone

Bereits im Rahmen der Einleitung ist darauf hinzuweisen, dass die im Begleitbericht (Ziff. 1.2.1 Abs. 3) erwähnte Klarstellung der Aufgabenteilung zwischen Bund und Kantonen aus Sicht des Schweizerischen Anwaltsverbandes im Bundesgesetz zu rudimentär geraten ist. Namentlich verwundert, dass wenige Jahre vor Erlass einer Schweizerischen Zivilprozessordnung in einer zivilrechtlichen Materie weiterhin 26 verschiedene kantonale Zentralbehörden Aufgaben übernehmen sollen. Weitere Ausführungen zu diesem Aspekt folgen im Rahmen der Kommentierung der einzelnen Bestimmungen des vorgeschlagenen Bundesgesetzes.

5. Bezüglich der im Begleitbericht aufgeworfenen formalen Frage, ob das neue Bundesgesetz integrierender Bestandteil des Bundesbeschlusses zur Ratifikation und Umsetzung der beiden Haager Übereinkommen zum Schutz von Kindern und Erwachsenen (HKsÜ, HEsÜ) bilden soll, ist aus Sicht des SAV zu beurteilen, ob die Schnürung eines solchen Gesamtpakets dazu geeignet ist, das Gesetzgebungsverfahren zu verzögern. Nach Auffassung des SAV sind die vorgeschlagenen Regelungen, welche sich hauptsächlich auf die Umsetzung des HKÜ und des ESÜ konzentrieren, gut gelungen und sollten gerade aus Kindeswohl-Überlegungen zügig in Kraft gesetzt werden können. Die Schnürung eines separaten Pakets ist aus Sicht des SAV dann zu erwägen, wenn die Gefahr besteht, dass die vermutungsweise wenig umstrittenen Neuerungen im Bereich des HKÜ durch ein Gesamtpaket verzögert in Kraft gesetzt werden könnten.

II. Zu den einzelnen Artikeln

Art. 1-2 BG-KESKE (Aufgabenteilung Bund/Kantone)

Wie bereits unter Ziff. 4 der Einleitung erwähnt, irritiert die Idee der Schaffung von 26 verschiedenen Zentralen Behörden in einem Zeitpunkt, in dem im Bereich des Zivilprozessrechts eine einheitliche Regelung auf Bundesebene geschaffen wird. Es entspricht zwar einer Tatsache, dass sich in der Schweiz ausschliesslich kantonale und kommunale Behörden mit Fragen des Kinderschutzes befassen, dennoch ist die Frage aufzuwerfen, ob die vorgesehene Lösung in ihrer Tendenz nicht zu schwerfällig ist.

Es darf vermutet werden, dass sich die kantonalen und kommunalen Behörden in Ballungsgebieten häufiger mit Fragen des *internationalen* Kindes- und Erwachsenenschutzes zu befassen haben, also solche aus eher ländlichen Gebieten. Aus der Sicht des SAV ist es grundlegend, dass die Behörden in diesem Bereich mit hoher Professionalität agieren, was vor allem dann gesichert werden kann, wenn die Behörden regelmässig mit solchen Fällen konfrontiert sind und sich auf eine entsprechende Erfahrung stützen können.

Aus der Kommentierung von Art. 3 Abs. 2 BG-KESKE (Begleitbericht Ziff. 1.2.4.2) ist zu entnehmen, dass die Möglichkeit bestehen soll, einen Fall mit dem Einverständnis der Parteien und dem ersuchten Gericht in einen anderen Kanton zu verlegen, wenn das eigentlich zuständige Gericht über keine oder nur sehr geringe Erfahrung in HKÜ- oder ESÜ-Sachen verfügt. Damit wird richtigerweise offen gelegt, dass in gewissen Kantonen/Regionen nur wenige Fälle vorkommen und die Behörden dort entsprechend wenig Erfahrung haben in der Handhabung solcher Verfahren. Dieser Umstand wird sich durch die Einführung des BG-KESKE nicht ändern. Der SAV würde es deshalb als richtig erachten, wenn den Kantonen im Gesetz ausdrücklich die Möglichkeit zur überregionalen Zusammenarbeit empfohlen oder gegebenenfalls weitere Massnahmen in Betracht gezogen würden, um die Professionalität der in diesem Bereich wirkenden Behörden zu gewährleisten. Eine ungleiche Verteilung des Fachwissens wird zwangsläufig dazu führen, dass die Zentrale Behörde des Bundes, die nach Einschätzung des SAV bisher eine engagierte und professionelle Arbeit geleistet hat, sich vermehrt beratend wird engagieren müssen (vgl. Art. 1 Abs. 3 lit. d), was schliesslich die Aufgabenteilung zwischen Bund und Kantonen in nicht wünschbarer Weise unklar macht. Der SAV befürchtet auch, dass die Zentrale Behörde des Bundes, die durch die Ratifizierung des HKsÜ und HEsÜ ohnehin zusätzliche Aufgaben erhalten wird, durch diese Entwicklung von Anfang an überlastet sein könnte.

Für den SAV wäre zur möglichst effizienten Umsetzung der Vorgaben der betreffenden Haager Übereinkommen auch denkbar, die bisherige Zentrale Behörde des Bundes derart zu dotieren, dass die Aufgaben zentral und ohne Schaffung von Zentralen Behörden auf kantonaler Ebene vollzogen werden könnten, so wie dies bisher im Bereich des HKÜ mit gutem Erfolg möglich war.

Art. 3 BG-KESKE (Zuständigkeit)

Aus Sicht des SAV ist es sinnvoll, nur eine kantonale Gerichtsinstanz zu schaffen, um das Beschleunigungsgebot einzuhalten, dem in dieser Materie eine besondere Bedeutung zukommt. Die Erfahrung anderer Länder mit zweistufigem Instanzenzug zeigt, dass die in den Rechtshilfeabkommen vorgesehenen kurzen Fristen dadurch eher eingehalten werden können.

Aus Sicht des SAV wäre es auch sinnvoll, wenn die Spruchkörper der kantonalen Gerichte mehrere Gerichtspersonen umfassen würden. Wünschbar und jedenfalls überlegenswert wäre auch der Einsatz von Fachrichterinnen oder Fachrichtern. Der SAV ist sich bewusst, dass damit sensible Eingriffe in die gerichtsorganisatorische Hoheit der Kantone empfohlen werden. Sie würden allerdings der Sache als solcher in erheblichem Masse dienen.

Bezüglich der Befugnis, unter Zustimmung der involvierten Parteien und Gerichte Fälle an fachlich kompetentere Gerichte überweisen zu können, wird auf die Ausführungen zu Art. 1-2 verwiesen.

Beim Vollzug durch eine einzige kantonale Behörde ist darauf zu achten, dass diese die erforderliche Unabhängigkeit von einer allfälligen kantonalen Zentralen Behörde hat.

Art. 4 BG-KESKE (Fachpersonen)

Die Stossrichtung dieser Bestimmung wird grundsätzlich begrüsst. Die im Begleitbericht dargelegten Tätigkeiten der Fachpersonen setzen in qualitativer Hinsicht eine gute fachliche Ausbildung solcher Personen voraus. Die praktische Erfahrung zeigt, dass der Begriff "Fachperson" sehr unterschiedlich ausgelegt werden kann. Ein konkreter Hinweis im Gesetzestext, dass es sich um gut ausgebildete Personen handeln muss, wäre wünschenswert.

Der SAV wird sich dafür einsetzen, dass auf der Ebene der Kantonalverbände entsprechende Listen geführt oder bei Bedarf auch Pikett-Dienste organisiert werden.

Art. 5 BG-KESKE (Vermittlungs- und Mediationsverfahren)

Hinter praktisch jeder Kindesentführung steckt ein hochemotionaler Konflikt zwischen den Eltern. Es entspricht einem kindeswohlgerichten Vorgehen, wenn zunächst auf dem Vermittlungs- und Mediationsweg versucht wird, eine gütliche Regelung herbeizuführen.

Die Mediations-Experten des SAV weisen bezüglich der Formulierung von Art. 5 darauf hin, dass diese in der vorgeschlagenen Fassung den in der herrschenden Lehre vertretenen Zielen einer mediativen Tätigkeit entgegen stehen, weil das materielle Ziel der Mediation bereits verbindlich festgeschrieben wird.

Es wird somit folgende Formulierung vorgeschlagen:

"Die Zentrale Behörde oder das mit dem Gesuch befasste kantonale Gericht leitet ein Vermittlungs- oder Mediationsverfahren ein mit dem Ziel, eine gütliche Regelung der Angelegenheit herbeizuführen und allenfalls die freiwillige Rückkehr des Kindes zu erreichen."

Der Erfolg eines solchen Mediationsverfahrens hängt auch von der beigezogenen Fachperson ab, welche die Mediation leitet. Um das notwendige Vertrauen zu schaffen und den meist verschiedenen kulturellen Hintergründen gerecht werden zu können, wäre es wünschbar, dass die Mediatorenperson nicht aus dem Land des einen oder anderen Ehegatten, sondern aus einem "neutralen" Land stammt.

Art. 6-8 BG-KESKE

keine Bemerkungen

Art. 9 BG-KESKE

Mit dieser Bestimmung wird auch der sich in der Praxis regelmässig stellende Konflikt mit dem anwaltlichen Berufsgeheimnis entschärft. Indem die Zentrale Behörde durch das Gericht über die wesentlichen Verfahrensschritte und seinen Entscheid direkt informiert wird, muss sie nicht mehr bei den beauftragten Anwältinnen und Anwälten um Information nachsuchen.

Art. 10 BG-KESKE

keine Bemerkungen

Art. 11 BG-KESKE

Art. 11 stellt den betroffenen Behörden eine ausserordentlich heikle Aufgabe. Gerade in diesem Bereich erscheint der Beizug von Fachpersonen oder der Einsatz von Fachrichterinnen oder Fachrichtern als unerlässlich.

Art. 12-14 BG-KESKE

keine Bemerkungen

Art. 15 BG-KESKE

Mit Art. 15 wird über die Möglichkeit einer Revision hinausgehend ein situationsbedingtes Zurückkommen auf den Rückgabeentscheid geregelt. Voraussetzung dafür ist gemäss Begleitbericht das Vorhandensein neuer Tatsachen, die aber im Gesetzestext nur in Form einer sehr offen formulierten Generalklausel erwähnt werden. Erst aus dem Begleitbericht wird beispielhaft ersichtlich, an welche neuen Tatsachen die Norm anknüpfen soll. Diese Bestimmung überzeugt aus juristischer Sicht nicht, vor allem auch was ihre Formulierung anbelangt, und müsste konkretisiert werden.

In sprachlicher Hinsicht muss man vermuten, dass nach dem Begriff "entgegenstehende Gründe" der Begriff "die Umstände" (oder ähnlich) fehlt und folglich noch hinzuzufügen wäre, damit die Formulierung auch tatsächlich Sinn macht.

Im weiteren sollte die Bestimmung durch eine beispielhafte, nicht abschliessende Aufzählung möglicher Sachverhaltsvarianten konkretisiert werden, da ansonsten zu befürchten ist, dass die Beschleunigung des Verfahrens, welche mit Einführung einer einzigen kantonalen Instanz erreicht wird, über diese "Notfallklausel" faktisch wieder preisgegeben wird.

Art. 16-18 BG-KESKE

keine Bemerkungen

Bern, 31. Oktober 2006

Für den Schweizerischen Anwaltsverband

Dr. Alain Bruno Lévy
Präsident SAV

René Rall
Generalsekretär SAV