

Titel	Das Kind in den familienrechtlichen Verfahren
Serie/Reihe	AISUF - Arbeiten aus dem Juristischen Seminar der Universität Freiburg Schweiz Band/Nr. 318
Buchautoren	Christophe A. Herzig
Jahr	2012
Seiten	203-218
Herausgeber	Peter Gauch
ISBN	978-3-7255-6609-9
Verlag	Schulthess Juristische Medien AG

203

§ 9 Das Recht auf Mandatierung eines Rechtsanwalts

I. Rechtsgrundlage

- 490 Teilweise wird in der Lehre und Rechtsprechung vertreten, dass dieses Recht bestehe, da es sich um ein sog. verknüpftes Rechtsgeschäft handle. Meines Erachtens leitet sich jedoch das Recht des Kindes auf Mandatierung eines Rechtsanwalts (ausserhalb des Instituts der Kindesvertretung) aus persönlichkeitsrechtlichen Überlegungen und dem Anspruch auf rechtliches Gehör her. Im Einzelnen ist Folgendes dazu zu bemerken:

1. Mandatierung als verknüpftes Rechtsgeschäft?

- 491 Ein höchstpersönliches Recht kann oft nur ausgeübt werden, wenn auch andere, von Art. 19c Abs. 1 nZGB nicht unmittelbar erfasste, Rechtsgeschäfte vorgenommen werden (sog. verknüpfte Rechtsgeschäfte). Namentlich sei dies der Fall, wenn ein urteilsfähiges Kind ein höchstpersönliches Klagerecht – wie z.B. die Klage auf Kenntnis der eigenen Abstammung (vgl. N 815 ff.) – ausüben möchte und ein **Vertrag mit einem Rechtsanwalt** geschlossen werden soll.
- 492 In der Lehre wird überwiegend die Meinung vertreten, dass für solche Rechtsgeschäfte die **Zustimmung** des gesetzlichen Vertreters **grundsätzlich vorausgesetzt** ist. Der gesetzliche Vertreter überschreite jedoch seine Vertretungsbefugnis, wenn seine Weigerung zuzustimmen zur Konsequenz hätte, dass das urteilsfähige Kind, seine legitimen Interessen nicht in angemessener Art geltend machen könne. Der Schutz der durch Art. 19c Abs. 1 nZGB gewährten Rechtsautonomie habe demnach zur Folge, dass der gesetzliche Vertreter die unter seinem Schutz stehende Person nicht daran hindern dürfe,

204

eine Klage betreffend ein höchstpersönliches Recht einzureichen, auch dürfe er die Weiterführung eines Prozesses nicht vereiteln. Zur Führung eines solchen Verfahrens könne das urteilsfähige Kind frei einen Rechtsvertreter bestellen, sofern es nicht bereits (durch einen Kindesvertreter) vertreten werde.⁷¹⁷

⁷¹⁷ Vgl. BGER 5A_10/2007 E. 3.2.3; BGE 120 Ia 369 (371) E. 1a; 112 IV 9 (10 f.) E. 1b ; Bucher, Personen, N 155; Hausheer/Aebi-Müller, N 07.75; vgl. ferner auch Sambeth Glasner, S. 75.

- 493 Meines Erachtens **kann dieser Auffassung nicht tel quel gefolgt werden**, da das Recht, einen Verteidiger zu bestellen, an sich ein höchstpersönliches Recht ist und somit nie der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters bedarf (vgl. sogleich N 494 ff.).

2. Herleitung aus persönlichkeitsrechtlichen Überlegungen und dem Anspruch auf rechtliches Gehör

- 494 Jede Partei, die prozessfähig ist, kann sich gemäss Zivilprozessordnung im Prozess vertreten lassen (Art. 68 Abs. 1 ZPO). Das **Recht**, sich vor Gericht vertreten und beraten zu lassen, **leitet sich aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör ab** (Art. 29 Abs. 2 BV; Art. 53 ZPO).⁷¹⁸ Zur Wahrung der Interessen kann die von einem Verfahren betroffene Person einen Rechtsvertreter beiziehen.⁷¹⁹ Das Recht, sich vertreten zu lassen, setzt die Prozessfähigkeit voraus. Mithin ist jede prozessfähige Person berechtigt, ihren Prozess durch eine sog. gewillkürte Vertretung führen zu lassen.⁷²⁰
- 495 Dieses Recht steht einer Person um ihrer Persönlichkeit willen zu (Art. 19c Abs. 1 nZGB), da es sich durch seinen hohen persönlichkeitsbezogenen Gehalt auszeichnet und einer Person wegen ihres Menschseins zusteht. Es ist unübertragbar,

205

nicht vererbbar und im Voraus unverzichtbar (vgl. N 46). Damit handelt es sich um ein (relativ) **höchstpersönliches Recht**, welches ein urteilsfähiges Kind, das in der Angelegenheit selbst prozessfähig ist (vgl. N 63 ff.), selber wahrnehmen kann (vgl. Art. 19c Abs. 1 nZGB, Art. 305 Abs. 1 nZGB, Art. 67 Abs. 3 lit. a ZPO). Das Kind hat Anspruch auf rechtliches Gehör in einem Verfahren, von dem es selber betroffen ist. Sobald es urteilsfähig ist, kann es die aus dem Anspruch fließenden Rechte – u.a. Bestellung eines gewillkürten Vertreters – selbständig wahrnehmen (vgl. ausführlich dazu N 222 ff.).⁷²¹ Das urteilsfähige (prozessfähige) Kind ist somit befugt, einen Vertrag mit einem Rechtsanwalt abzuschliessen. Für das urteilsunfähige Kind kann der gesetzliche Vertreter dieses Recht wahrnehmen (vgl. Art. 19c Abs. 2 nZGB, Art. 67 Abs. 2 ZPO).

- 496 In der **Jugendstrafprozessordnung** hat der Gesetzgeber dieses Recht explizit verankert, indem er festhält, dass die oder der urteilsfähige beschuldigte Jugendliche eine Anwältin oder einen Anwalt mit der Verteidigung betrauen kann (Art. 23 JStPO).⁷²² Leider wurde dies in der ZPO unterlassen, und es wäre wünschenswert, eine sinngemässe Bestimmung in die ZPO de lege ferenda aufzunehmen.

II. Kosten

- 497 Die Kosten einer anwaltlichen Vertretung gelten als Parteientschädigung (Art. 95 Abs. 3 lit. b ZPO, vgl. N 588 ff.). Die Parteientschädigung ist Teil der Prozesskosten (Art. 95 Abs. 1 lit. b ZPO). Diese werden – in Kinderbelangen von Amtes wegen – nach Prozessausgang (allenfalls nach Ermessen) verlegt und müssen gegebenenfalls vom Kind getragen werden (N 614 ff.). Der **Rechtsschutz** bildet aber **Teil des**

⁷¹⁸ BGer 5A_10/2007 E. 3.2.2; BGE 119 Ia 260 (261) E. 6a; Bohnet, CPC-Komm. zu Art. 68 ZPO, N 3; Tenchio, BaK zu Art. 68 ZPO, N 1; Steinmann, Kommentar zu Art. 29 BV, N 31.

⁷¹⁹ Steinmann, Kommentar zu Art. 29 BV, N 31.

⁷²⁰ Vgl. Affentranger, SHK zu Art. 68 ZPO, N 2; Spühler/Dolge/Gehri, 4 N 114; Tenchio, BaK zu Art. 68 ZPO, N 2; Botschaft ZPO, 7279.

⁷²¹ Sobald ein Kind urteilsfähig ist, ist es bezüglich des Anspruchs auf rechtliches Gehör grundrechtsmündig. Vgl. zur Qualifizierung als höchstpersönliches Recht Vest/Horber, BaK zu Vor Art. 107/108 StPO.

⁷²² Vgl. Hug/Schläfli, BaK zu Art. 23 JStPO, N 1.

Kindesunterhalts. Mithin werden in der Regel die Eltern für allfällige Kosten aufkommen müssen (vgl. N 623 ff.;

206

allenfalls Anspruch auf unentgeltliche Rechtsverteidigung, vgl. N 631).⁷²³

III. Zusammenfassung

- 498 Das **Recht**, sich vor Gericht vertreten und beraten zu lassen, **leitet sich aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör ab** (Art. 29 Abs. 2 BV). Zur Wahrung der Interessen kann die von einem Verfahren betroffene Person einen Rechtsvertreter beiziehen. Das Recht, sich vertreten zu lassen, setzt die Prozessfähigkeit voraus. Mithin ist jede prozessfähige Person berechtigt, ihren Prozess durch eine sog. gewillkürte Vertretung führen zu lassen (vgl. Art. 68 Abs. 1 ZPO).
- 499 Beim Recht auf Mandatierung eines Rechtsanwaltes handelt es sich um ein (relativ) **höchstpersönliches Recht**, welches ein urteilsfähiges Kind, das in der Angelegenheit selbst prozessfähig ist, selber wahrnehmen kann (vgl. Art. 19c Abs. 1 nZGB, Art. 67 Abs. 3 lit. a ZPO). Das urteilsfähige (prozessfähige) Kind ist somit befugt, einen Vertrag mit einem Rechtsanwalt abzuschliessen. Für das urteilsunfähige Kind kann der gesetzliche Vertreter dieses Recht wahrnehmen (vgl. Art. 19c Abs. 2 nZGB, Art. 67 Abs. 2 ZPO).
- 500 Der **Rechtsschutz** bildet **Teil des Kindesunterhalts**. Mithin werden in der Regel die Eltern für allfällige Kosten aufkommen müssen.

207

§ 10 Das Recht auf Eröffnung des Entscheids

I. Rechtsgrundlage und Begriff

- 501 Ein Entscheid entfaltet seine Rechtswirkungen erst, wenn er auch den Parteien eröffnet ist. Zuvor ist er im Verhältnis zwischen den Parteien als inexistent („nichtig“) anzusehen. Die Eröffnungspflicht leitet sich aus dem **Anspruch auf rechtliches Gehör ab** (Art. 29 Abs. 2 BV, Art. 6 Abs. 1 EMRK, Art. 53 ZPO; vgl. N 222 ff.).⁷²⁴ Art. 29 Abs. 2 BV gilt für jede Partei und somit namentlich auch für Kinder, welchen in einem Verfahren Parteistellung zukommt.⁷²⁵ Die Eröffnung löst den Beginn der Rechtsmittelfristen aus.⁷²⁶
- 502 Die Eröffnung des Entscheids dem Kind gegenüber **konkretisiert die staatsvertragliche Norm von Art. 12 UN-KRK**, welche direkt anwendbar (self-executing) ist. Gemäss Abs. 2 dieser Bestimmung ist dem Kind Gelegenheit zu geben, „in allen das Kind berührenden Gerichts- oder Verwaltungsverfahren entweder unmittelbar oder durch einen Vertreter oder eine geeignete Stelle im Einklang mit den innerstaatlichen Verfahrensvorschriften gehört zu werden“. Dadurch wird dem Kind vermittelt, dass es als Rechtssubjekt wahrgenommen wird. Das Recht i.S.v. Art. 12 UN-KRK angehört zu werden, ist ein höchstpersönliches Recht. Darunter fällt nicht nur das Recht, im Verfahren selbst angehört zu werden, sondern auch über den Ausgang des Verfahrens und für das Kind wesentliche Zwischenentscheide informiert zu werden.⁷²⁷

208

⁷²³ Vgl. Breitschmid, BaK zu Art. 276 ZGB, N 22.

⁷²⁴ Oberhammer, BaK zu Art. 239 ZPO, N 1.

⁷²⁵ Steinmann, Kommentar zu Art. 29 BV, N 8.

⁷²⁶ Staehelin/Staehelin/Grolimund, § 23 N 8; Steck, BaK zu Art. 301 ZPO, N 4.

⁷²⁷ Vgl. Schweighauser, ZPO-Komm. zu Art. 301 ZPO, N 14; Steck, BaK zu Art. 301 ZPO, N 15 f.

- 503 Mithin ist das Recht auf Eröffnung des Entscheids **ein** (relativ) **höchstpersönliches Recht**, welches sowohl dem urteilsfähigen als auch dem urteilsunfähigen Kind in den Angelegenheiten, die es betreffen, zusteht. Das urteilsfähige Kind kann dieses Recht selbständig wahrnehmen (vgl. Art. 19c Abs. 1 nZGB, Art. 305 Abs. 1 nZGB, Art. 67 Abs. 3 lit. a ZPO). Folglich muss das Gericht oder die Behörde dem urteilsfähigen Kind den Entscheid eröffnen, und zwar in einer kind- und altersgerechten Art und Weise, damit das Kind auch wirklich sein höchstpersönliches Recht selbständig wahrnehmen kann (vgl. N 520 ff.). Für das urteilsunfähige Kind handelt der gesetzliche Vertreter (Art. 19c Abs. 2 nZGB, Art. 67 Abs. 2 ZPO), entsprechend gilt es, diesem den Entscheid zu eröffnen.
- 504 Wird der Entscheid nicht gesetzeskonform eröffnet, wird die Frist von Art. 239 Abs. 2 ZPO nicht ausgelöst.⁷²⁸ Der Entscheid kann deshalb auch nicht in formelle Rechtskraft erwachsen, und die Eröffnung muss nachgeholt werden. Der Entscheid ist so zu begründen, dass die Parteien ihn sachgerecht anfechten können. Mithin sind zumindest **kurz die tatsächlichen und rechtlichen Grundlagen** der Entscheidung anzugeben. Die Anfechtung muss „en connaissance de cause“ möglich sein.⁷²⁹ Der Entscheid kann sich jedoch auf die wesentlichen Gesichtspunkte beschränken.⁷³⁰ Die Missachtung der gehörigen Eröffnung stellt eine Bundesrechtsverletzung dar.⁷³¹
- 505 Die gehörige Eröffnung eines Entscheids bedingt eine gültige Zustellung. Befindet sich eine **Person im Ausland**, sind das Haager Übereinkommen über die Zustellung gerichtlicher und aussergerichtlicher Schriftstücke im Ausland in Zivil- und Handelssachen vom 15.11.1965⁷³² oder einschlägige bilaterale Staatsverträge massgebend.⁷³³ Die Eröffnung im Sinne der reinen Information in eherechtlichen Verfahren (N 512 ff.) einem Kind gegenüber

209

mit gewöhnlichem Aufenthalt im Ausland, stellt eine Schutzmassnahme im weiteren Sinn für das Kind dar (Art. 1 Abs. 1 lit. d und Art. 3 lit. d HKsÜ). Die Information muss von der zuständigen Behörde am gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes vorgenommen werden (Art. 5 Abs. 1 HKsÜ). Diese kann die Hilfe der Zentralen Behörde in Anspruch nehmen (Art. 29 ff. HKsÜ).⁷³⁴

II. Im vereinfachten Verfahren bei selbständigen Klagen des Kindes im Besonderen

- 506 Für die selbständigen Klagen des Kindes, namentlich für die **selbständige Unterhaltsklage** (N 782 ff.) und **Abstammungsklagen** (N 813 ff.) gilt das vereinfachte Verfahren (Art. 295 ZPO, vgl. N 732 ff.). Soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt, kommen für die Eröffnung des Entscheids die Regeln des ordentlichen Verfahrens sinngemäss auch für das vereinfachte Verfahren zur Anwendung (Art. 219 ZPO). Entsprechend ist Art. 239 ZPO sinngemäss anwendbar. Diese Bestimmung regelt die Eröffnung und Begründung des Entscheids eines erstinstanzlichen Gerichts gegenüber den Parteien und somit auch gegenüber dem Kind. Gemäss Abs. 1 kann das erstinstanzliche Gericht seinen Entscheid ohne schriftliche Begründung eröffnen, falls in der Hauptverhandlung das schriftliche Dispositiv an die Parteien mit kurzer mündlicher Begründung übergeben wird (lit. a)

⁷²⁸ Vgl. Steck, BaK zu Art. 301 ZPO, N 25; Oberhammer, BaK zu Art. 239 ZPO, N 1. Gemäss Art. 239 Abs. 2 ZPO kann eine Partei innert zehn Tagen eine schriftliche Begründung verlangen.

⁷²⁹ BGE 121 I 54 (57) E. 2.

⁷³⁰ BGE 133 III 439 (445) E. 3.3; Oberhammer, BaK zu Art. 239 ZPO, N 12 f.

⁷³¹ Vgl. Steck, BaK zu Art. 301 ZPO, N 24.

⁷³² SR 0.274.131.

⁷³³ Vgl. Volken, ZHK zu Vor Art. 11 IPRG, N 20 ff.; Steck, BaK zu Art. 301 ZPO, N 27.

⁷³⁴ Steck, BaK zu Art. 301 ZPO, N 27.

oder wenn das Dispositiv⁷³⁵ an die Parteien formell (per Post) zugestellt wird (lit. b). Im letzteren Fall wird auf die Eröffnung in der Verhandlung verzichtet.⁷³⁶

210

- 507 Die Parteien können jedoch eine schriftliche Begründung innert zehn Tagen seit der Eröffnung verlangen (Art. 239 Abs. 2 Satz 1 ZPO). Ein schriftliches Entscheidmotiv bzw. ein begründeter Entscheid ist unerlässlich, wenn eine Partei Berufung oder Beschwerde erhebt.⁷³⁷ Wird nicht innert der massgebenden Frist ein Antrag nach Abs. 2 gestellt, so gilt dies nicht nur als Verzicht auf die Begründung, sondern auch als Verzicht auf die Anfechtung des Entscheides mit Berufung oder Beschwerde.⁷³⁸
- 508 Das Gericht sollte **grundsätzlich immer seinen Entscheid begründen**, da die Partei das gute Recht hat zu wissen, wieso sie verloren bzw. gewonnen hat.⁷³⁹ Gerade das Kind sollte ein Recht haben zu erfahren, weshalb seine selbständige Unterhaltsklage oder seine Abstammungsklage nicht erfolgreich war. Die Begründung des Urteils erleichtert und erhöht auch die Akzeptanz bei den Betroffenen.
- 509 Die **Rechtsmittelinstanz** muss ihren Entscheid stets mit einer **schriftlichen Begründung** eröffnen (Art. 318 Abs. 2 [Berufung] bzw. Art. 327 Abs. 5 ZPO [Beschwerde]).⁷⁴⁰

III. Im eherechtlichen Verfahren im Besonderen

1. Allgemeines

- 510 Für eherechtliche Verfahren mit Kinderbelangen ist neben den allgemeinen Bestimmungen (Art. 238 f. ZPO, vgl. N 506 ff.) die **besondere Regel** von Art. 301 ZPO zu beachten. Gemäss dieser Bestimmung wird der Entscheid den Eltern (lit. a), dem Kind, welches das vierzehnte Altersjahr vollendet hat

211

(lit. b) und gegebenenfalls der Beiständin (Kindesvertreterin) oder dem Beistand (Kindesvertreter), soweit es um die Zuteilung der elterlichen Obhut oder Sorge, um wichtige Fragen des persönlichen Verkehrs oder um Kindesschutzmassnahmen geht (lit. c), eröffnet.

- 511 Eherechtliche Verfahren umfassen das Eheschutzverfahren, Scheidungsverfahren inkl. vorsorgliche Massnahmen und die entsprechenden Abänderungs- und Ergänzungsklagen. Aufgrund der Systematik ist Art. 301 ZPO nicht auf andere, nicht eherechtliche Klagen, auch wenn Kinderbelange betroffen sind, anwendbar.⁷⁴¹

⁷³⁵ Dabei ist nicht das Dispositiv (Urteilsformel) nach Art. 238 lit. d ZPO gemeint, sondern der schriftliche Entscheid mit dem (ganzen) Inhalt von Art. 238 ZPO, da nur die Übergabe oder Zustellung des formellen Entscheids mit seiner schriftlichen Rechtsmittelbelehrung, der auf die Möglichkeit, eine schriftliche Begründung zu verlangen, aufmerksam machen muss, als gehörige Eröffnung gilt und die zehn tägige Frist zur Stellung des Antrags auf schriftliche Begründung auszulösen vermag. Vgl. dazu Oberhammer, BaK zu Art. 239 ZPO, N 4; Staehelin, ZPO-Komm. zu Art. 239 ZPO, N 18 f.; Leuenberger/Uffer-Tobler, N 11.149.

⁷³⁶ Vgl. Botschaft ZPO, 7344.

⁷³⁷ Botschaft ZPO, 7344.

⁷³⁸ Leuenberger/Uffer-Tobler, N 11.150; Oberhammer, BaK zu Art. 239 ZPO, N 8.

⁷³⁹ Vgl. Staehelin/Staehelin/Grolimund, § 23 N 10.

⁷⁴⁰ Vgl. dazu Staehelin, ZPO-Komm. zu Art. 239 ZPO, N 36 ff. und Oberhammer, BaK zu Art. 239 ZPO, N 10.

⁷⁴¹ Steck, BaK zu Art. 301 ZPO, N 2.

2. Eröffnung dem Kind

A. Gegenstand

- 512 Da im Gegensatz zur Kindesvertretung das Gesetz im Zusammenhang mit der Eröffnung dem Kind gegenüber keine Beschränkung der Eröffnung auf Kinderbelange festhält, stellt sich die Frage, ob dem Kind alle Belange des Entscheids eröffnet werden müssen. Der Sinn und Zweck der Regelung gebietet jedoch eine **Beschränkung** der Eröffnung auf die **Kinderbelange**.⁷⁴² Mithin sind Entscheide des Gerichts über Kinderbelange betreffend die elterliche Sorge oder Obhut, Kindesunterhalt, wichtige Fragen des persönlichen Verkehrs und Kindesschutzmassnahmen in einem eherechtlichen Verfahren nicht nur den Eltern, sondern auch dem über vierzehnjährigen Kind zu eröffnen (Art. 301 ZPO; vgl. aber N 514 ff.).⁷⁴³
- 513 Die Rechtstellung eines Kindes kann auch durch Zwischenentscheide (z.B. vorsorgliche Massnahmen) stark betroffen sein. Deshalb ist Art. 301 ZPO nicht nur auf **Endentscheide** (Art. 236 Abs. 1 ZPO, Art. 90 BGG), sondern auch auf **Zwischenentscheide** anwendbar, soweit diese Entscheide die

212

Rechtsstellung des Kindes tangieren.⁷⁴⁴ Dafür spricht auch, dass nach der Gesetzssystematik der gesetzliche Begriff des Entscheids sowohl Endentscheide als auch Zwischenentscheide umfasst.⁷⁴⁵ Bei den Zwischenentscheiden ist etwa an die vorsorgliche Obhutszuteilung, Besuchsrechtssistierungen bzw. massive Einschränkungen des Besuchsrechts sowie vorsorgliche Drittplatzierungen zu denken.⁷⁴⁶

B. Verstoss gegen geltendes internationales und nationales Recht

- 514 Die sicherlich an sich positive, fortschrittliche Regelung der ZPO ist nicht optimal gelungen, da die Bestimmung sowohl internationales als auch nationales Recht verletzt.

a) Verletzung des Völkerrechts

- 515 Der Gesetzgeber hat sich im Gegensatz zum Beschwerderecht bei der Kindesanhörung (Art. 298 Abs. 3 ZPO) und dem Antragsrecht bei der Kindesvertretung (Art. 299 Abs. 3 ZPO) bezüglich der Eröffnung des Entscheides entschieden, nicht auf das Kriterium der Urteilsfähigkeit, sondern auf eine **feste Altersgrenze** abzustellen. Diese starre Altersgrenze verstösst aber gegen Art. 12 UN-KRK, da gemäss dieser Regelung das urteilsfähige Kind ein Recht auf die Eröffnung hat (vgl. N 502 f.). Auch macht der Kommentar des UN-Ausschusses für die Rechte des Kindes deutlich, dass die Vertragsstaaten keine starren Altersgrenzen einführen sollten.⁷⁴⁷ Ist ein Kind bereits vor dem vierzehnten Altersjahr urteilsfähig, hat es einen völkerrechtlichen Anspruch

⁷⁴² Schweighauser, ZPO-Komm. zu Art. 301 ZPO, N 11.

⁷⁴³ Vgl. Leuenberger/Uffer-Tobler, N 11.264.

⁷⁴⁴ Schweighauser, ZPO-Komm. zu Art. 301 ZPO, N 6 und N 12; Steck/Schweighauser, S. 812; Pfänder Baumann, Komm.-ZPO zu Art. 301 ZPO, N 2.

⁷⁴⁵ Steck, BaK zu Art. 301 ZPO, N 11.

⁷⁴⁶ Schweighauser, ZPO-Komm. zu Art. 301 ZPO, N 12.

⁷⁴⁷ Observation générale n° 12 (2009), S. 7, <http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/AdvanceVersions/CRC-C-GC-12_fr.pdf> (besucht am 02.09.2011).

auf die Eröffnung. Mithin **verstösst** die Regelung der ZPO **gegen direkt anwendbares Völkerrecht**.⁷⁴⁸ Aufgrund des Vorrangs des Völkerrechts

213

gegenüber dem schweizerischen Landesrecht (Art. 5 Abs. 4 BV) dürfen weder auf kantonaler noch auf Bundesebene völkerrechtswidrige Normen erlassen werden.⁷⁴⁹ Folglich hätte die Altersgrenze nicht im Gesetz statuiert werden dürfen. Im Zusammenhang mit der Rechtsanwendung (vgl. Art. 190 BV⁷⁵⁰) stellt sich weiter die Frage, ob die Regelung der ZPO völkerrechtskonform ausgelegt werden kann. Man könnte versuchen, die Altersgrenze von Art. 301 lit. b ZPO insoweit völkerrechtskonform auszulegen, indem ab dem vierzehnten Altersjahr der Entscheid stets eröffnet wird, auch wenn das betroffene Kind noch nicht urteilsfähig ist. Und ist das Kind jünger, so wird ihm der Entscheid nur eröffnet, wenn es auch urteilsfähig ist. Diese Auslegung vermag jedoch nicht zu überzeugen. Vielmehr stellt sich die Frage des Vorrangs (bzw. die Frage nach dem Rang) bei echten Konflikten: In diesem Zusammenhang besteht der **Grundsatz des Vorrangs des Völkerrechts vor Bundesgesetzen**.⁷⁵¹

b) Verletzung von Verfassungsrecht

aa) Schutz der Kinder und Jugendlichen

- 516 Kinder und Jugendliche haben Anspruch auf besonderen Schutz ihrer Unversehrtheit und auf Förderung ihrer Entwicklung (Art. 11 Abs. 1 BV). Sie **üben ihre Rechte und Pflichten im Rahmen ihrer Urteilsfähigkeit aus** (Art. 11 Abs. 2 BV; vgl. auch Art. 305 nZGB). Mithin verstösst die starre Altersgrenze von vierzehn Jahren gegen diese Bestimmung, und der Gesetzgeber hätte als Kriterium für die Eröffnung dem Kind gegenüber kein fixes Alter, sondern die Urteilsfähigkeit stipulieren müssen.

214

bb) Anspruch auf rechtliches Gehör

- 517 Im eherechtlichen Verfahren ist das Kind Partei (vgl. N 142 ff.). Deshalb muss das Gericht dem urteilsfähigen Kind den Entscheid eröffnen und darf nicht auf die **starre Altersgrenze** von vierzehn Jahren abstellen. Wird der Entscheid dem urteilsfähigen Kind nicht eröffnet, liegt eine **Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör** vor (vgl. Art. 29 Abs. 2 BV, Art. 6 Abs. 1 EMRK, Art. 53 ZPO; N 222 ff. sowie N 501).

c) Ergebnis

- 518 Die Regelung der ZPO, dass der Entscheid einem Kind ab dem vierzehnten Altersjahr zu eröffnen ist, verstösst sowohl gegen Völker- als auch Verfassungsrecht.
- 519 Mithin geht die völkerrechtliche Bestimmung von Art. 12 UN-KRK der Bestimmung von Art. 301 lit. b ZPO vor (vgl. N 515). Deshalb und um den verfassungsrechtlichen Anspruch auf rechtliches Gehör zu wahren, müssen die Gerichte gestützt auf die **Offizial- und Untersuchungsmaxime in jedem Einzelfall prüfen, ob ein Kind im Zusammenhang mit der Eröffnung urteilsfähig ist** (vgl. auch Art. 190 BV sowie

⁷⁴⁸ Vgl. Schweighauser, ZPO-Komm. zu Art 301 ZPO, N 13; Steck, BaK zu Art. 301 ZPO, N 15 und 21.

⁷⁴⁹ Kälin/Epiney/Caroni/Künzli, S. 115 ff.

⁷⁵⁰ Gemäss dieser Bestimmung sind Bundesgesetze und Völkerrecht für das Bundesgericht und die anderen rechtsanwendenden Behörden massgebend.

⁷⁵¹ BGE 122 II 234 (239) E. 4e; 119 V 171 (176) E. 4; 109 Ib 165 (173) E. 7b; Kälin/Epiney/Caroni/Künzli, S. 118 ff.; Ziegler, N 286 ff. In diesem Zusammenhang spricht man auch vom Monismus (es besteht nur eine Rechtsordnung und es braucht folglich keinen spezifischen Transformationsakt) mit Vorrang des internationalen Rechts (Primat des Völkerrechts), vgl. dazu Ziegler, N 265 f.

Art. 35 Abs. 2 BV). Und bejaht es im Ergebnis diese Frage, so hat das Gericht den Entscheid dem Kind zu eröffnen.⁷⁵²

C. Art und Weise der Eröffnung

- 520 In diesem Zusammenhang geht es **nicht nur um eine klassische Eröffnung im (streng) juristisch-technischen Sinn**: Einerseits ist dem urteilsfähigen Kind der Entscheid formell zu eröffnen, und andererseits soll das Kind ganz allgemein über den Entscheid informiert werden.⁷⁵³ Nur durch eine altersgerechte Eröffnung kann das urteilsfähige Kind seinen Anspruch auf rechtliches Gehör auch tatsächlich selbständig wahrnehmen.

215

- 521 Ist dem Kind eine Kindesvertretung bestellt, so informiert diese das Kind altersgerecht über die Eröffnung und bespricht mit ihm auch die Frage, ob ein Rechtsmittel ergriffen werden soll oder nicht.⁷⁵⁴
- 522 Die Eröffnung muss **altersgerecht**, in einer den konkreten Umständen angepassten Form, wenn immer möglich mündlich in einem Gespräch erfolgen. Diese Aufgabe kann an eine Person mit den notwendigen psychologischen und fachlichen Kompetenzen delegiert werden, so z.B. an eine Gerichtsschreiberin oder einen Gerichtsschreiber oder an eine externe Stelle (z.B. Jugendsekretariat). Vorausgesetzt, das Kind wünscht nicht explizit (vgl. N 105), dass seine Eltern dabei sind, ist das Kind in Abwesenheit seiner Eltern zu informieren. Allfällige Anfechtungsmöglichkeiten sind dem Kind aufzuzeigen.⁷⁵⁵
- 523 Entschliesst sich das urteilsfähige Kind zur Anfechtung, ist ihm in der Regel eine Kindesvertretung zur Seite zu stellen, falls noch keine bestellt wurde. Der Entscheid muss in einem solchen Fall der Vertretung förmlich eröffnet werden (vgl. N 526; Art. 301 lit. c ZPO).⁷⁵⁶
- 524 Geht es um **Unterhaltsbeiträge** für ein Kind, so steht einem Elternteil (gesetzlicher Vertreter, Art. 304 ZGB) die Prozessführungsbefugnis zu, um diese Beiträge für das Kind an dessen Stelle in eigenem Namen geltend zu machen (Prozessstandschaft⁷⁵⁷). Wird der Kindesunterhalt über die Volljährigkeit des Kindes hinaus festgelegt und wird das **Kind während der Dauer des Verfahrens volljährig**, so muss das volljährige Kind der Prozessführung zustimmen.⁷⁵⁸ Auch in einer solchen Konstellation ist der Entscheid dem urteilsfähigen Kind stets direkt förmlich zu eröffnen und nicht, wie zum Teil vertreten wird, erst ab der Volljährigkeit des Kindes.⁷⁵⁹

216

- 525 Der Meinung, dass die Eröffnung nach Art. 301 lit. b ZPO zwar vorbehaltlos für das Scheidungsverfahren und das Abänderungsverfahren, nicht aber wegen des nicht unerheblichen zusätzlichen Aufwandes für das Eheschutzverfahren und für vorsorgliche Massnahmen gilt⁷⁶⁰, kann nicht gefolgt werden. Art. 301 lit. b ZPO gilt aufgrund seiner systematischen Stellung für sämtliche eherechtlichen Verfahren, und

⁷⁵² Vgl. Steck, BaK zu Art. 301 ZPO, N 21.

⁷⁵³ Vgl. Steck/Schweighauser, S. 814.

⁷⁵⁴ Vgl. Steck/Schweighauser, S. 813.

⁷⁵⁵ Vgl. Steck/Schweighauser, S. 813 f.

⁷⁵⁶ Vgl. zum Ganzen Steck, BaK zu Art. 301 ZPO, N 19 ff.; Schweighauser, ZPO-Komm. zu Art. 301 ZPO, N 17 ff.

⁷⁵⁷ Rechtsträgerschaft und Aktivlegitimation fallen auseinander (vgl. BGer 5A_104/2009 E. 2.2.; Staehelin/Staehelin/Grolimund, § 13 N 26).

⁷⁵⁸ BGE 129 III 55 (59) E. 3.1.5.

⁷⁵⁹ Vgl. Steck, BaK zu Art. 301 ZPO, N 23.

⁷⁶⁰ Steck/Schweighauser, S. 814.

dem Kind ist entsprechend der Entscheid in allen eherechtlichen Verfahren altersgerecht zu eröffnen. Damit wird auch dem Anspruch des urteilsfähigen Kindes auf rechtliches Gehör genüge getan.

3. Eröffnung der Kindesvertretung

- 526 Wurde eine Kindesvertretung eingesetzt, so **muss ihr der Entscheid formell eröffnet werden**. Dabei beschränkt sich die Eröffnung auf die zu regelnden Kinderbelange (bedauerlicherweise) ohne Unterhalt (Art. 301 lit. c ZPO). Die Vertretung kann gegen den Entscheid das Rechtsmittel ergreifen (Art. 300 ZPO). Das Gericht muss der Vertretung auch allfällige, das Kind betreffende Zwischenentscheide eröffnen und sie über den Verlauf des Verfahrens informieren. Sie verfügt diesbezüglich über ein Auskunftsrecht. Soweit es um Kinderbelange geht, gelten für sie die gleichen Grundsätze wie für die Eltern, und sie verfügt deshalb auch über ein vollständiges, uneingeschränktes Akteneinsichtsrecht.⁷⁶¹

217

IV. Im Kindesschutzverfahren sowie im Kindesentführungsverfahren im Besonderen

- 527 Aufgrund der Parteistellung des Kindes im Kindesschutzverfahren (vgl. N 149 ff.), ist dem urteilsfähigen Kind **stets der Entscheid zu eröffnen**, da andernfalls Völker- und Verfassungsrecht (u.a. der Anspruch auf rechtliches Gehör) verletzt wird (vgl. dazu N 501 ff. und N 514 ff. sowie Art. 190 BV und Art. 35 Abs. 2 BV). Für die Eröffnung des Entscheids dem Vertreter des Kindes gegenüber und für die Art und Weise der Eröffnung kann sinngemäss auf die Ausführungen zum eherechtlichen Verfahren verwiesen werden (N 526 bzw. N 520 ff.).
- 528 Die obigen Ausführungen gelten sinngemäss auch für das Rückführungsverfahren bei Kindesentführungen. Aufgrund der Parteistellung des Kindes (vgl. N 480) ist der Entscheid dem urteilsfähigen Kind immer zu eröffnen.

V. Zusammenfassung

- 529 Die Eröffnungspflicht leitet sich aus dem **Anspruch auf rechtliches Gehör** ab. Dieser Anspruch kommt jeder Partei zu und somit namentlich auch einem Kind, welches in einem Verfahren – so namentlich im selbständigen Unterhaltsverfahren, in den Abstammungsverfahren, im eherechtlichen Verfahren, im Kindesschutzverfahren oder im Rückführungsverfahren bei internationaler Kindesentführung – Parteistellung besitzt.
- 530 Die Eröffnung des Entscheids dem Kind gegenüber konkretisiert die staatsvertragliche Norm von Art. 12 UN-KRK, welche direkt anwendbar (selfexecuting) ist. Das Recht i.S.v. Art. 12 UN-KRK angehört zu werden, ist ein höchstpersönliches Recht. Darunter fällt nicht nur das Recht, im Verfahren selbst angehört zu werden, sondern auch über den Ausgang des Verfahrens und für das Kind wesentliche Zwischenentscheide informiert zu werden. Mithin ist das Recht auf Eröffnung des Entscheids **ein (relativ) höchstpersönliches Recht**, welches sowohl dem urteilsunfähigen als auch dem urteilsfähigen

218

⁷⁶¹ Schweighauser, ZPO-Komm. zu Art. 301 ZPO, N 22 ff.; vgl. auch Steck, BaK zu Art. 301 ZPO, N 14. Da Art. 300 ZPO, der die Kompetenzen der Vertretung auflistet, bedauerlicherweise den Kindesunterhalt nicht erwähnt, werden Kinderunterhaltsbelange der Vertretung nicht eröffnet. Meines Erachtens sollte auch der Kindesunterhalt in die Kompetenzen des Vertreters fallen und mithin ihm auch diese Belange eröffnet werden.



Kind in den Angelegenheiten, die es betreffen, zusteht. Das urteilsfähige Kind kann dieses Recht selbständig wahrnehmen (vgl. Art. 19c Abs. 1 nZGB, Art. 305 nZGB, Art. 67 Abs. 3 lit. a ZPO). Folglich muss das Gericht oder die Behörde dem urteilsfähigen Kind den Entscheid eröffnen.

- 531 Die Regelung der ZPO, dass der Entscheid einem Kind ab dem vierzehnten Altersjahr zu eröffnen ist, verstösst somit sowohl gegen Völker- als auch Verfassungsrecht (vgl. Art. 11 Abs. 2 BV). Mithin geht die völkerrechtliche Bestimmung von Art. 12 UN-KRK der Bestimmung von Art. 301 lit. b ZPO vor. Deshalb und um den verfassungsrechtlichen Anspruch auf rechtliches Gehör zu wahren, müssen die Gerichte gestützt auf die Offizial- und Untersuchungsmaxime **in jedem Einzelfall prüfen, ob ein Kind im Zusammenhang mit der Eröffnung urteilsfähig ist** (vgl. auch Art. 190 BV sowie Art. 35 Abs. 2 BV). Und bejaht es im Ergebnis diese Frage, so muss das Gericht den Entscheid dem Kind eröffnen. Bei einem urteilsunfähigen Kind wird der Entscheid dem gesetzlichen Vertreter eröffnet (Art. 19c Abs. 2 nZGB, Art. 67 Abs. 2 ZPO).
- 532 Die Eröffnung muss **altersgerecht**, in einer den konkreten Umständen angepassten Form, wenn immer möglich mündlich in einem Gespräch erfolgen, damit das urteilsfähige Kind sein höchstpersönliches Recht auch wirklich selbständig wahrnehmen kann.