



Die Partei- und Prozessfähigkeit von Kindern und Jugendlichen sowie ihr Anspruch auf rechtliches Gehör

CHRISTOPHE A. HERZIG

Der vorliegende Beitrag befasst sich mit der Partei- und Prozessfähigkeit von Kindern und Jugendlichen und ihrem Anspruch auf rechtliches Gehör. Dabei soll insbesondere aufgezeigt werden, dass Kinder und Jugendliche grundsätzlich parteifähig sind, in welchen Bereichen Kinder und Jugendliche auch prozessfähig sind und welche Auswirkungen ihr Anspruch auf rechtliches Gehör zeitigt, der ihnen in sämtlichen Verfahren, von denen sie betroffen sind, zusteht.

La présente contribution traite de la capacité d'être partie et d'ester en justice des enfants et adolescents ainsi que de leur droit d'être entendu. Elle démontre notamment que les enfants et adolescents ont en principe la capacité d'être partie, met en évidence les domaines dans lesquels les enfants et adolescents sont également capables d'ester en justice et soulignent les conséquences qu'entraînent le droit d'être entendu qui leur est accordé dans toutes les procédures qui les concernent.

Inhaltsübersicht

- I. Einführung
- II. Partei- und Prozessfähigkeit
 - A. Parteifähigkeit
 1. Begriff
 2. Rechtsfähigkeit als Voraussetzung der Parteifähigkeit
 3. Vermutung der Parteifähigkeit
 - B. Prozessfähigkeit
 1. Begriff
 2. Handlungsfähigkeit als Voraussetzung der Prozessfähigkeit
 3. Beschränkte Prozessunfähigkeit urteilsfähiger Minderjähriger
 4. Fazit
- III. Anspruch auf rechtliches Gehör
 - A. Begriff
 - B. Kinder und Jugendliche als Grundrechtsträger
 - C. Grundrechtsmündigkeit von Kindern und Jugendlichen
 - D. Daraus resultierende Rechte im Einzelnen
 - E. Das Recht, ein Rechtsmittel zu ergreifen, im Besonderen
- IV. Würdigung

I. Einführung¹

Kinder² und Jugendliche können von verschiedensten Gerichtsverfahren – sei dies ein Zivilverfahren, ein Ver-

fahren in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten oder ein Strafverfahren³ – unmittelbar betroffen sein. Dabei ist etwa an ein familienrechtliches Verfahren (Eheschutz-, Scheidungs⁴- oder Kindesschutzverfahren) oder an ein Jugendstrafverfahren, gestützt auf die Schweizerische Jugendstrafprozessordnung (JStPO)⁵, zu denken.

Deshalb und weil Kinder und Jugendliche aufgrund ihrer Minderjährigkeit nicht voll handlungsfähig sind, stellt sich die grundlegende Frage nach ihrer Partei- und Prozessfähigkeit. Des Weiteren gilt es auch der Frage nachzugehen, inwiefern ihnen in diesen Verfahren, von denen sie selber betroffen sind, auch der grundrechtliche Anspruch auf rechtliches Gehör zukommt.

Die Terminologie der nachfolgenden Ausführungen richtet sich nach dem am 1. Januar 2013 in Kraft getretenen neuen Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, das

gendliche (gemäss Jugendstrafgesetzbuch Personen zwischen dem 10. und 18. Lebensjahr) das Jugendstrafgesetzbuch für anwendbar erklärt (vgl. FN 5).

³ Vgl. zur Unterscheidung dieser drei Verfahrenstypen MARKUS MÜLLER, Bernische Verwaltungsrechtspflege, 2. A., Bern 2011, 1.

⁴ Im Jahr 2011 war bei 7'895 von insgesamt 17'566 Scheidungen mindestens ein unmündiges Kind betroffen; vgl. dazu CHRISTOPHE HERZIG, Anwendbares Recht bei einer IPR-Scheidung, in: Jusletter 3. September 2012, N 5.

⁵ Art. 1 Abs. 1 lit. a des Jugendstrafgesetzes (JStG, SR 311.1) bestimmt, dass das Gesetz die Sanktionen regelt, welche gegenüber Personen zur Anwendung kommen, die vor Vollendung des 18. Altersjahres eine nach dem Strafgesetzbuch (StGB) oder einem andern Bundesgesetz mit Strafe bedrohte Tat begangen haben. Zudem hält Art. 3 JStG zum persönlichen Geltungsbereich fest, dass das vorliegende Gesetz für Personen gilt, die zwischen dem vollendeten 10. und dem vollendeten 18. Altersjahr eine mit Strafe bedrohte Tat begangen haben. Wird eine Tat vor dem 10. Lebensjahr begangen, so wird der gesetzliche Vertreter des Kindes sowie allenfalls auch die Kindesschutzbehörde benachrichtigt (Art. 4 JStG).

CHRISTOPHE A. HERZIG, Dr. iur., 2012 Oberassistent an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Luzern.

¹ Der vorliegende Beitrag stützt sich auf die Dissertation des Autors: CHRISTOPHE A. HERZIG, Das Kind in den familienrechtlichen Verfahren, Diss. Freiburg 2012, Zürich/Basel/Genf 2012.

² Das Schweizerische Zivilgesetzbuch (ZGB, SR 210) unterscheidet nicht zwischen Kindern und Jugendlichen und verwendet entsprechend den Begriff «Jugendliche» nicht. Mit Kindern sind grundsätzlich diejenigen Personen gemeint, die minderjährig – also noch nicht 18jährig – sind. Beim Volljährigenunterhalt (Art. 277 Abs. 2 ZGB; ehemals Mündigenunterhalt) geht es jedoch (ausnahmsweise) um volljährige Kinder. Dies gilt jedoch keineswegs für sämtliche Rechtsgebiete. So unterscheidet denn auch namentlich das Strafrecht zwischen Kindern und Jugendlichen, indem es auf Ju-

auch mit Bezug auf das Kind diverse Gesetzesänderungen bzw. eine Anpassung der Begriffe zur Folge hat. Insbesondere wird künftig nicht mehr von Mündigkeit bzw. Unmündigkeit gesprochen, vielmehr ist das Kind nunmehr ab Erreichen des 18. Altersjahres volljährig und zuvor minderjährig. An die Stelle der bisherigen Vormundschaftsbehörden treten interdisziplinär zusammengesetzte Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden.

II. Partei- und Prozessfähigkeit

A. Parteifähigkeit

1. Begriff

Die Parteifähigkeit⁶ («la capacité d'être partie») ist das Recht, als Partei im Prozess aufzutreten, und stellt die prozessuale Seite der materiell-rechtlichen Rechtsfähigkeit dar. Folglich leitet sich die Parteifähigkeit aus der Rechtsfähigkeit ab. Somit ist parteifähig, wer rechtsfähig ist (vgl. Art. 11 und 53 ZGB). Ausnahmsweise wird zur Erleichterung des Rechtsverkehrs auch nicht rechtsfähigen Vermögensmassen, Vertretern von solchen, Organen juristischer Personen und Behörden kraft Gesetz die Parteifähigkeit zuerkannt. So bestimmt denn auch Art. 66 ZPO, dass parteifähig ist, wer rechtsfähig ist oder von Bundesrechts wegen als Partei auftreten kann⁷.

Diese Definition gilt nicht nur für das Zivilprozessrecht, sondern auch für andere Rechtsgebiete, so insbesondere auch für das Verfahren in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten sowie für das Strafprozessrecht. Für den Kanton Bern hält Art. 11 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG-BE) entsprechend fest⁸, dass vor einer Verwaltungs- oder Verwaltungsjustizbehörde nur Partei sein kann, wer die Parteifähigkeit (und die Prozessfähigkeit) besitzt. Die Parteifähigkeit ist auch in diesem Kontext die prozessuale Seite der zivilrechtlichen Rechtsfähigkeit⁹. Schliesslich bestimmt das Strafprozessrecht, dass Verfahrenshandlungen im Rahmen eines Strafprozesses lediglich Personen gültig wahrnehmen können, die über die Handlungsfähigkeit und somit auch implizit über die Rechtsfähigkeit verfügen (Art. 106 StPO).

2. Rechtsfähigkeit als Voraussetzung der Parteifähigkeit

Aufgrund der voranstehenden Ausführungen stellt sich weiter die Frage, ob Kinder und Jugendliche rechts- und somit auch parteifähig sind. Die Rechtsfähigkeit («jouissance des droits civils» oder «capacité civile passive») ist die Fähigkeit, Träger von subjektiven Rechten und Pflichten zu sein (Rechtssubjekt). Art. 11 Abs. 1 ZGB hält fest, dass jedermann rechtsfähig ist und gemäss Abs. 2 besteht demgemäss für alle Menschen in den Schranken der Rechtsordnung die gleiche Fähigkeit, Rechte und Pflichten zu haben. Mithin wird die Gleichheit der Rechte und Pflichten garantiert. Diese ist jedoch keine absolute, da sie in den Schranken der Rechtsordnung besteht. Ausnahmen setzen indessen relevante tatsächliche Unterschiede sowie triftige sachliche Gründe voraus¹⁰.

Da jede natürliche Person aufgrund ihres Menschseins – und dabei geht es nicht zuletzt auch um die Rechtsgleichheit sowie die Menschenwürde – rechtsfähig ist, ist auch jede natürliche Person grundsätzlich parteifähig. Demnach hat das Alter grundsätzlich keinen Einfluss auf die Rechtsfähigkeit, und Kinder und Jugendliche sind somit grundsätzlich rechtsfähig. Sie sind (und im Umfang von Art. 31 Abs. 2 ZGB sogar der Nasciturus) genauso wie Erwachsene Träger von Rechten und Pflichten¹¹.

Es gibt aber Rechte, die einer Person erst ab einem bestimmten Alter zustehen und bei deren Ausübung die minderjährige Person auch nicht vertreten werden kann. Diese Rechte werden als absolut höchstpersönliche Rechte¹² bezeichnet und sind besonders eng mit einer Person verbunden, so dass jegliche Vertretung ausgeschlossen ist. Lässt die entsprechende Rechtsausübung keine Vertretung zu, sind diese Rechtsbereiche den Betroffenen verschlossen, was mindestens im Ergebnis einer Einschränkung der Rechtsfähigkeit gleichkommt und gegebenenfalls auch einer Einschränkung der Parteifähigkeit gleichkommen könnte¹³.

⁶ Die Parteifähigkeit ist nicht zu verwechseln mit der Parteistellung. Vgl. für die Parteistellung von Kindern und Jugendlichen in den familienrechtlichen Verfahren HERZIG (FN 1), N 140 ff. und für den Strafprozess Art. 18 JStPO und Botschaft BBl 2006 1085, 1364.

⁷ HERZIG (FN 1), N 9, m.w.H.

⁸ Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG) vom 23. Mai 1989 (BSG 155.21).

⁹ MÜLLER (FN 3), 33.

¹⁰ HERZIG (FN 1), N 10, m.w.H.

¹¹ HERZIG (FN 1), N 11 f.

¹² Vgl. zu den höchstpersönlichen Rechten HERZIG (FN 1), N 46 ff. sowie nArt. 19c Abs. 2 ZGB. So kann eine urteilsfähige Person das Recht auf Eheschliessung (Art. 94 ZGB) und Testamenterrichtung (Art. 467 ZGB) lediglich dann ausüben, wenn sie achtzehn Jahre alt ist. Das Recht über sein religiöses Bekenntnis zu entscheiden, steht einem Jugendlichen ab dem sechzehnten Altersjahr zu (Art. 303 Abs. 3 ZGB).

¹³ HERZIG (FN 1), N 13 f., m.w.H.

3. Vermutung der Parteifähigkeit

Da die Rechtsfähigkeit vermutet wird, wird auch das Vorliegen der Parteifähigkeit – und zwar auch bei Kindern und Jugendlichen – vermutet. Mithin ist das Fehlen der Rechts- bzw. Parteifähigkeit von derjenigen Person zu beweisen, die daraus für sich Rechte ableiten möchte (Art. 8 ZGB)¹⁴.

B. Prozessfähigkeit

1. Begriff

Die Prozessfähigkeit ist das Recht, den Prozess als Partei selbst oder durch selbst bestellte Vertreter zu führen. Die Prozessfähigkeit («la capacité d'ester en justice») ist die prozessuale Seite der Handlungsfähigkeit und leitet sich mithin aus dem materiellen Recht (Bundeszivilrecht) ab. Mit anderen Worten kann die Prozessfähigkeit auch als prozessuale Handlungsfähigkeit bezeichnet werden. So statuiert denn auch Art. 67 ZPO, dass prozessfähig ist, wer handlungsfähig ist. Dies leuchtet auch unter dem Gesichtswinkel ein, dass wer die Fähigkeit besitzt, Rechte und Pflichten durch eigenes Handeln begründen zu können, konsequenterweise auch fähig sein muss, vor einem Gericht die «Anerkennung» seiner Rechte zu verlangen¹⁵.

Das soeben Erörterte gilt nicht nur für das Zivilprozessrecht, sondern kommt auch für andere Rechtsgebiete – insbesondere für das Verfahrensrecht in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten sowie für das Strafprozessrecht – zum Tragen: So hält namentlich für den Kanton Bern im Zusammenhang mit dem Verwaltungsverfahren Art. 11 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG-BE)¹⁶ entsprechend fest, dass vor einer Verwaltungs- oder Verwaltungsjustizbehörde nur Partei sein kann, wer die Prozessfähigkeit (und die Parteifähigkeit) besitzt. Die Prozessfähigkeit ist auch in diesem Kontext die prozessuale Seite der zivilrechtlichen Handlungsfähigkeit¹⁷. Und Art. 9 des entsprechenden Gesetzes im Kanton St. Gallen statuiert, dass sich die Handlungsfähigkeit für das Verwaltungsverfahren nach dem Schweizerischen Zivilgesetzbuch richtet, soweit das öffentliche Recht nichts anderes bestimmt¹⁸. Für das

Strafverfahren hält Art. 106 der Schweizerischen Zivilprozessordnung fest, dass eine Partei Verfahrenshandlungen lediglich dann gültig vornehmen kann, wenn sie handlungsfähig und somit auch prozessfähig ist¹⁹.

2. Handlungsfähigkeit als Voraussetzung der Prozessfähigkeit

a. Begriff

Die Handlungsfähigkeit («capacité civile active» oder «exercice des droits civils») ist die Fähigkeit einer Person, durch ihre eigenen Handlungen Rechte und Pflichten begründen zu können (Art. 12 ZGB). Die (volle) Handlungsfähigkeit setzt ein objektives (die Volljährigkeit; Art. 14 ZGB) und ein subjektives Element (die Urteilsfähigkeit²⁰; Art. 16 ZGB) voraus²¹. Mithin sind urteilsfähige volljährige Personen (voll) prozessfähig.

b. Beschränkte Handlungsunfähigkeit urteilsfähiger Minderjähriger

aa. Allgemeines

Gestützt auf die voranstehenden Erörterungen kann als Zwischenfazit festgehalten werden, dass Kinder und Jugendliche aufgrund ihrer Minderjährigkeit nicht voll handlungsfähig und somit auch nicht voll prozessfähig sind.

Ist eine Person zwar minderjährig, in einer bestimmten Angelegenheit jedoch urteilsfähig, so ist sie lediglich beschränkt handlungsunfähig. Mit anderen Worten sind Kinder und Jugendliche nur beschränkt handlungsunfähig, sofern sie urteilsfähig sind. Entsprechend hält auch Art. 305 ZGB – mit der Marginalie Rechtsstellung des Kindes – fest, dass das urteilsfähige Kind unter elterlicher Sorge²² im Rahmen des Personenrechts durch eigenes Handeln Rechte und Pflichten begründen und höchstpersönliche Rechte ausüben kann. Art. 19–19c ZGB regeln die Eckpunkte des Handlungsfähigkeitsrechts der urteilsfähigen, (grundsätzlich) handlungsunfähigen Kinder und Jugendlichen²³.

¹⁴ HERZIG (FN 1), N 15.

¹⁵ HERZIG (FN 1), N 16, m.w.H.

¹⁶ Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG) vom 23. Mai 1989 (BSG 155.21).

¹⁷ MÜLLER (FN 3), 34 f.

¹⁸ Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege vom 16. Mai 1965 (sGS 951.1).

¹⁹ Vgl. etwa BGer 1B_194/2012 (Entscheid vom 3.8.2012).

²⁰ Die Urteilsfähigkeit bestimmt sich stets relativ. Vgl. zur Urteilsfähigkeit allgemein HERZIG (FN 1), N 22 ff. und für Kinder und Jugendliche im Besonderen N 102 ff.

²¹ HERZIG (FN 1), N 17 ff., m.w.H.

²² Kinder, die nicht unter elterlicher Sorge stehen, haben einen Vormund (Art. 327a ZGB) und dieselbe Rechtsstellung wie ein Kind unter elterlicher Sorge (Art. 327b ZGB).

²³ Vgl. HERZIG (FN 1), N 38 ff.

bb. Anwendungsbereich

Gemäss Art. 19 Abs. 1 ZGB können sich urteilsfähige Minderjährige grundsätzlich lediglich mit Zustimmung ihrer gesetzlichen Vertretung rechtswirksam verpflichten. Der gesetzliche Vertreter kann – sofern das Gesetz nichts anderes bestimmt – die Zustimmung ausdrücklich oder stillschweigend im Voraus geben oder aber das Rechtsgeschäft nachträglich genehmigen²⁴.

Es gibt jedoch Angelegenheiten, die urteilsfähige Kinder und Jugendliche selbständig auch ohne Zustimmung ihres gesetzlichen Vertreters wahrnehmen können:

Minderjährige können nämlich – sofern sie auch urteilsfähig sind – unentgeltliche Vorteile erlangen (Art. 19 Abs. 2 ZGB). Dabei bleibt jedoch die Einsprache der gesetzlichen Vertretung im Zusammenhang mit Schenkungen vorbehalten (vgl. Art. 241 Abs. 2 OR). Des Weiteren können sie geringfügige Angelegenheiten des täglichen Lebens²⁵ besorgen (Art. 19 Abs. 2 ZGB), höchstpersönliche Rechte ausüben (nArt. 19c Abs. 1 ZGB), sind verschuldensfähig (Art. 19 Abs. 3 ZGB) und sind schliesslich auch im Bereich des sogenannten freien Kindesvermögens handlungsfähig (vgl. Art. 321 und 323 ZGB [Arbeitsvermögen])²⁶.

3. Beschränkte Prozessunfähigkeit urteilsfähiger Minderjähriger

a. Allgemeines

Aufgrund der voranstehenden Ausführungen – die aufzeigen, dass urteilsfähige Minderjährige lediglich beschränkt handlungsunfähig sind – stellen sich entsprechend weiter die Fragen, in welchen Bereichen urteilsfähige Kinder und Jugendliche prozessfähig sind und ob diese kongruent sind mit denjenigen, in denen urteilsfähige Minderjährige handlungsfähig sind.

b. Anwendungsbereich

Urteilsfähige Kinder und Jugendliche sind gleich wie im Rahmen der Geschäftsfähigkeit unter Vorbehalt der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters prozessfähig. Dabei muss die Zustimmung grundsätzlich im Hinblick auf einen konkreten Rechtsstreit erfolgen. Somit beinhaltet eine generelle Ermächtigung zum Abschluss bestimmter Geschäfte keine Zustimmung zur Führung daraus entstehender Prozesse. Steht ein urteilsfähiger Minderjähriger

unter Vormundschaft, so ist zur Prozessführung durch den Vormund grundsätzlich die Zustimmung der Kindes-schutzbehörde vorausgesetzt. Gibt hingegen der urteilsfähige Minderjährige seine Zustimmung, so bedarf es keiner Zustimmung der Behörde²⁷.

Die Prozessführung im Zusammenhang mit Geschäften, die unentgeltliche Vorteile bringen, ist für den urteilsfähigen Minderjährigen nicht zulässig, da sie stets die (erhebliche) Gefahr eines Rechtsverlusts (Verlust eines an sich begründeten Anspruches) und des Kostenrisikos (Gerichts- und Anwaltskosten) in sich birgt. Dies gilt sinngemäss auch im Zusammenhang mit der Besorgung von geringfügigen Angelegenheiten des täglichen Lebens, da das Kostenrisiko (Gerichts- und Anwaltskosten) zu gross ist. Zudem ist der urteilsfähige Minderjährige zwar verschuldensfähig, er kann sich jedoch nicht selbständig gegen eine Schadenersatzklage zur Wehr setzen oder eine Schadenersatzklage selber anstrengen²⁸.

Hingegen können urteilsfähige Kinder und Jugendliche ohne die Zustimmung ihres gesetzlichen Vertreters Prozesse über höchstpersönliche Rechte selbst oder durch selbst bestellte Vertreter führen (vgl. für den Zivilprozess Art. 67 Abs. 3 lit. a ZPO; für das Verwaltungsverfahren in Bern Art. 11 Abs. 2 VRPG-BE; für den Strafprozess Art. 106 Abs. 3 StPO). Zudem sind sie prozessfähig im Zusammenhang mit den verknüpften Rechten, die aus der (freien) Verwaltung und Nutzung des genehmigten Erwerbes aus selbständiger oder unselbständiger Arbeit resultieren (z.B. Prozesse, die das Anstellungsverhältnis betreffen, so insbesondere Lohnforderungen oder Ferienansprüche). Und schliesslich können sie auch das Nötige vorläufig vorkehren, wenn Gefahr in Verzug ist (vgl. Art. 67 Abs. 3 lit. b ZPO)²⁹.

4. Fazit

Gestützt auf die vorangehenden Ausführungen kann zur Prozessfähigkeit von Kindern und Jugendlichen abschliessend festgehalten werden, dass sie im Gegensatz zu den Erwachsenen (volljährige Personen) nicht (voll) prozessfähig sind. Sind sie jedoch urteilsfähig, so ist ihre Prozessunfähigkeit lediglich beschränkt.

Urteilsfähige Kinder und Jugendliche sind nämlich in folgenden Belangen prozessfähig:

²⁴ Vgl. ausführlich dazu HERZIG (FN 1), N 41 ff.

²⁵ Beispielsweise die Besorgung von Lebensmitteln des täglichen Konsums mittels Bargeld.

²⁶ Vgl. ausführlich dazu HERZIG (FN 1), N 44 ff.

²⁷ Vgl. ausführlich dazu HERZIG (FN 1), N 63 ff.

²⁸ HERZIG (FN 1), N 66 f. und 71 f. Anders verhält es sich jedoch bei der Geltendmachung eines Genugtuungsanspruches wegen Verletzung eines Persönlichkeitsrechts (Art. 49 OR), da dies ein höchstpersönliches Recht darstellt.

²⁹ Vgl. HERZIG (FN 1), N 68 ff., m.w.H.

- mit Zustimmung des gesetzlichen Vertreters im Hinblick auf einen konkreten Rechtsstreit;
- ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters im Zusammenhang mit der Ausübung höchstpersönlicher Rechte;
- ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters im Zusammenhang mit den verknüpften Rechten, die aus der (freien) Verwaltung und Nutzung des genehmigten Erwerbes aus selbständiger oder unselbständiger Arbeit resultieren (Prozesse betreffend Anstellungsverhältnis);
- schliesslich ebenfalls ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters im Zusammenhang mit der vorläufigen Vorkehrung des Nötigen, wenn Gefahr in Verzug ist.

III. Anspruch auf rechtliches Gehör

A. Begriff

Die von einem Verfahren betroffenen Personen haben im Gerichts- oder Verwaltungsverfahren Anspruch auf *rechtliches Gehör* (vgl. Art. 29 Abs. 2 BV; Art. 6 Abs. 1 EMRK³⁰; Art. 12 UN-KRK³¹; Art. 53 ZPO; Art. 107 StPO; Art. 21 ff. VRPG-BE). Sie sollen im Verfahren, von dem sie betroffen sind, mitwirken können. Demgemäss sind sie nicht bloss Objekte, sondern vielmehr Subjekte, die aktiv an einem Verfahren partizipieren können. Dabei handelt es sich um ein *persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht*. Sie haben insbesondere Anspruch, mit ihrem Begehren angehört zu werden, Akteneinsicht zu erhalten, das Recht auf Äusserung zu den Vorbringen der Gegenpartei und dem Beweisergebnis, Anspruch auf Begründung des Entscheids, das Recht auf Zulassung erheblicher Beweise sowie das Recht auf Vertretung³².

Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist formeller Natur. Entsprechend führt seine Verletzung grundsätzlich zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids, auch wenn die Verletzung im konkreten Fall keinen Einfluss auf den

Ausgang des materiellen Entscheids hatte. Zudem gilt er für sämtliche Rechtsanwendungsverfahren, namentlich für Zivilprozesse, Strafprozesse, Schuldbetreibungs- und Konkursachen sowie für Verwaltungsverfahren³³.

B. Kinder und Jugendliche als Grundrechtsträger

Die Grundrechte und demnach auch der Anspruch auf rechtliches Gehör stehen grundsätzlich allen Menschen zu. Somit sind Kinder und Jugendliche ebenso wie Erwachsene Grundrechtsträger. Mithin haben Kinder und Jugendliche genauso wie erwachsene Personen Anspruch auf rechtliches Gehör in den Verfahren, von denen sie selber betroffen sind³⁴.

C. Grundrechtsmündigkeit von Kindern und Jugendlichen

Im Zusammenhang mit den Grundrechten ist jedoch zwischen der Grundrechtsträgerschaft und der Grundrechtsmündigkeit zu differenzieren. Da Kinder und Jugendliche ihre Rechte im Rahmen ihrer Urteilsfähigkeit ausüben (vgl. Art. 11 Abs. 2 BV; Art. 305 ZGB), *sind urteilsfähige Kinder und Jugendliche* auch hinsichtlich persönlichkeitsbezogener Grundrechte *grundrechtsmündig*. Sie können demzufolge diese (verfassungsmässigen) Rechte selbständig wahrnehmen. Urteilsunfähige Kinder werden demgegenüber durch den gesetzlichen Vertreter, den Kindesanwalt oder ihren Beistand vertreten³⁵.

D. Daraus resultierende Rechte im Einzelnen

Insbesondere können urteilsfähige Kinder und Jugendliche nachstehende Rechte selbständig ausüben³⁶:

- das Recht, sich *zu allen relevanten Gesichtspunkten zu äussern* (Anhörung) und *Beweisanträge stellen* zu können;

³⁰ Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (SR 0.101).

³¹ Übereinkommen vom 20. November 1989 über die Rechte des Kindes (SR 0.107). Vgl. LOTHAR KRAPPMANN, Kinder an die Macht?, Gedanken zu Artikel 12 der UN-Konvention über die Rechte des Kindes, 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, 31 ff., 36.

³² HERZIG (FN 1), N 222 und 225, m.w.H.; vgl. auch BGE 124 I 49 (51) E. 3a sowie BGE 96 I 321.

³³ HERZIG (FN 1), N 223 f. Die Verletzung kann jedoch in gewissen Fällen geheilt werden, so wenn die betroffene Person die Möglichkeit erhält, sich vor einer Beschwerdeinstanz zu äussern, die sowohl den Sachverhalt als auch die Rechtslage frei überprüfen kann (volle Kognition). Die Heilung ist jedoch die Ausnahme und es muss sich um eine nicht besonders schwerwiegende Gehörsverletzung handeln (vgl. BVGer, Urteil vom 13.10.2011 [A_6906/2010], E. 2.1; BGE 124 V 389 [392] E. 5).

³⁴ HERZIG (FN 1), N 224, m.w.H.

³⁵ HERZIG (FN 1), N 224, m.w.H.

³⁶ Vgl. dazu HERZIG (FN 1), N 227.

- das Recht auf *Stellungnahme* zum Vorbringen der Gegenpartei und zum Ergebnis des Beweisverfahrens (z.B. zu einem Gutachten);
- das Recht auf *Akteneinsicht*³⁷;
- das Recht, am Verfahren *persönlich teilzunehmen*;
- das Recht auf eine *Vertretung* (Rechtsanwalt³⁸; Kinderanwalt³⁹; vgl. Art. 68 Abs. 1 ZPO; Art. 299 f. ZPO und insbesondere Art. 23 JStPO⁴⁰);
- das Recht auf einen *begründeten*, altersgemäss eröffneten *Entscheid*⁴¹ sowie
- das Recht, ein Rechtsmittel zu ergreifen⁴².

E. Das Recht, ein Rechtsmittel zu ergreifen, im Besonderen

Ein Rechtsmittel ist ein prozessualer Rechtsbehelf, der zur Überprüfung und allfälligen Verbesserung eines Entscheides dient. Die gerichtliche Beurteilung und der staatliche Rechtsschutz können und sollen lediglich dann gewährt werden, wenn die prozessual geltend gemachten Ansprüche ein schutzwürdiges Interesse (Rechtsschutzinteresse) betreffen⁴³. Im Rechtsmittelverfahren entspricht das Rechtsschutzinteresse der sogenannten Beschwer⁴⁴. Mithin ist zur Einlegung eines Rechtsmittels befugt, wer durch den angefochtenen Entscheid beschwert ist und somit über ein schützenswertes Interesse an der Berichtigung besitzt⁴⁵.

Das Recht auf ein Rechtsmittel leitet sich zwar nicht unmittelbar aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör ab. Da aber das Recht auf einen begründeten und ordnungsgemäss eröffneten Entscheid⁴⁶ ein Teilrecht des An-

spruchs auf rechtliches Gehör darstellt und dieses Recht insbesondere den von einem Verfahren betroffenen Personen zusteht, damit diese «en connaissance de cause» den Entscheid anfechten können⁴⁷, ist das Recht, ein Rechtsmittel zu ergreifen, die logische Konsequenz davon und leitet sich somit zumindest mittelbar aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör ab. So gesehen, ist dieses Recht durchaus Ausfluss aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör. Das Recht, ein Rechtsmittel zu ergreifen, steht einer von einem Verfahren unmittelbar betroffenen Person um ihrer Persönlichkeit willen zu und ist demgemäss ein höchstpersönliches Recht, das grundsätzlich auch ein urteilsfähiger Minderjähriger selbständig ausüben kann⁴⁸.

Folgerichtig können urteilsfähige (prozessfähige) Kinder und Jugendliche, vorausgesetzt sie sind von einem Entscheid beschwert, selbständig ein Rechtsmittel einlegen. Aus diesem Grund können sie auch beispielsweise in einem familienrechtlichen Verfahren, von dem sie zweifelsfrei unmittelbar betroffen⁴⁹ sind, ein Rechtsmittel hinsichtlich Kinderbelange einlegen. Wenn in einem ehelichen Verfahren, namentlich in einem Scheidungsverfahren, die elterliche Sorge oder Obhut⁵⁰, der persönliche Verkehr sowie der Kindesunterhalt geregelt werden, so tangieren die diesbezüglichen Entscheide die Persönlichkeit des Kindes bzw. Jugendlichen (vgl. Art. 28 ZGB) in schwerwiegender Art und Weise. In einem derartigen Verfahren wird demnach entschieden, welchem Elternteil die elterliche Sorge zukommt bzw. ob beide Elternteile diese innehaben⁵¹, es wird über die Obhut entschieden, über den persönlichen Verkehr, so insbesondere also

den, dass diese Bestimmung unmittelbar anwendbar ist (self-executing).

³⁷ Vgl. zum Akteneinsichtsrecht im Kindesschutzverfahren HERZIG (FN 1), N 227 FN 338.

³⁸ Vgl. dazu auch HERZIG (FN 1), N 490 ff. und im Besonderen für die Kosten der anwaltlichen Vertretung N 497 sowie 623 ff.

³⁹ Vgl. dazu ausführlich HERZIG (FN 1), N 421 ff.

⁴⁰ Vgl. dazu Botschaft BBl 2006 1085, 1364.

⁴¹ Vgl. dazu HERZIG (FN 1), N 501 ff.

⁴² Wie unter III.E. dargelegt wird.

⁴³ ADRIAN STAEHELIN/DANIEL STAEHELIN/PASCAL GROLIMUND, Zivilprozessrecht, Zürich/Basel/Genf 2008, § 25 N 1 und 28; vgl. auch MÜLLER (FN 3), 162.

⁴⁴ ALEXANDER ZÜRCHER, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Zürich/Basel/Genf 2010, Art. 59 N 14.

⁴⁵ STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND (FN 43), § 25 N 28.

⁴⁶ Vgl. dazu ausführlich HERZIG (FN 1), N 227 und insbesondere 501 ff. Die Eröffnung des Entscheids einem Kind bzw. Jugendlichen gegenüber konkretisiert die staatsvertragliche Norm von Art. 12 UN-KRK (Übereinkommen vom 20. November 1989 über die Rechte des Kindes, SR 0.107). Das Bundesgericht hat entschie-

⁴⁷ Vgl. BGE 121 I 54 (57) E. 2 BGER 5A_698/2009 (Entscheid vom 15.2.2010) E. 3.2; HERZIG (FN 1), N 504; THOMAS SUTTER-SOMM/MARCO CHEVALIER, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Zürich/Basel/Genf 2010, Art. 53 N 13 ff.

⁴⁸ Dies gilt für Angelegenheiten, in dem urteilsfähige Minderjährige prozessfähig sind. Vgl. dazu auch Art. 12 UN-KRK und dazu KRAPPMANN (FN 31), S. 36.

⁴⁹ Vgl. zur unmittelbaren Betroffenheit statt vieler PETER TUOR/BERNHARD SCHNYDER/ALEXANDRA RUMO-JUNGO, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 13. A., Zürich/Basel/Genf 2009, § 24 N 68.

⁵⁰ Vgl. zur elterlichen Sorge und Obhut HEINZ HAUSHEER/THOMAS GEISER/REGINA E. AEBI-MÜLLER, Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 4. A., Bern 2010, N 17.78 ff.

⁵¹ Vgl. zur geplanten Revision im Bereich elterlicher Sorge, wonach die gemeinsame elterliche Sorge zum Regelfall werden soll: HERZIG (FN 1), N 324 und 334 sowie die Kritik zum Entwurf von RUTH REUSSER/THOMAS GEISER, Sorge um die gemeinsame elterliche Sorge, Ungereimtheiten im Gesetzesentwurf für eine Neuregelung, ZBJV 2012, 758 ff.

auch über das Besuchsrecht des nicht obhutsberechtigten Elternteils. Dabei gilt es hervorzuheben, dass das Recht auf persönlichen Verkehr den Eltern und dem Kind um ihrer Persönlichkeit willen zusteht (höchstpersönliches Recht). Zudem ist es unverzichtbar sowie unübertragbar⁵². Schliesslich ist auch der Kindesunterhalt Regelungsgegenstand. Beim Recht auf Unterhalt des Kindes bzw. Jugendlichen handelt es sich um ein Menschenrecht, das ihnen um ihrer Persönlichkeit willen zusteht (höchstpersönliches Recht)⁵³. Mithin sind die Kinderbelange in diesem Zusammenhang höchstpersönlicher Natur.

Zusammenfassend kann somit festgehalten werden, dass urteilsfähige (prozessfähige) Kinder und Jugendliche auch einen Entscheid, der in einem Verfahren ergeht, von dem sie unmittelbar betroffen sind, selbständig anfechten können⁵⁴.

IV. Würdigung

Aufgrund der vorangehenden Ausführungen kann zusammenfassend festgehalten werden, dass Kinder und Jugendliche gleich wie Erwachsene parteifähig sind. Da für die (volle) Prozessfähigkeit die (volle) Handlungsfähigkeit – somit also auch die Volljährigkeit – vorausgesetzt ist, sind sie jedoch aufgrund ihrer Minderjährigkeit nicht (voll) prozessfähig. Kann die Urteilsfähigkeit in einem konkreten Einzelfall bejaht werden, so ist ihre Prozessunfähigkeit lediglich beschränkt und sie sind insbesondere in einem Rechtsstreit mit Zustimmung ihres gesetzlichen Vertreters prozessfähig. Ohne diese Zustimmung vermögen sie namentlich höchstpersönliche Rechte vor Gericht selbständig geltend machen.

Zudem steht Kindern und Jugendlichen genauso wie Erwachsenen der Anspruch auf rechtliches Gehör zu.

Sind sie urteilsfähig, so können sie dieses persönlichkeitsbezogene Mitwirkungsrecht mit sämtlichen daraus abgeleiteten Teilrechten selbständig ausüben.

Mit Motion 12.3623, eingereicht am 15. Juni 2012, forderte Nationalrätin *Viola Amherd*, dass die Schweiz die internationale Individualbeschwerde von Kindern und Jugendlichen zulässt und entsprechend das 3. Fakultativprotokoll zur UN-KRK ratifiziert. Zudem hat auch der Präsident des UN-Kinderrechtsausschusses, der Schweizer *Jean Zermatten*, an die Vertragsstaaten appelliert, dieses bedeutende Fakultativprotokoll zu ratifizieren. Der Bundesrat hat in seiner Stellungnahme zur Motion vom 22. August 2012 Bereitschaft signalisiert, die zur Ratifizierung nötigen Abklärungen vorzunehmen. Deutschland wird voraussichtlich noch dieses Jahr das Protokoll ratifizieren. Meiner Meinung nach leistet das Fakultativprotokoll einen zentralen und unabdingbaren Beitrag zur besseren Umsetzung der Rechte des Kindes und Jugendlichen weltweit. Zudem untermauert es den Umstand, dass Kinder und Jugendliche Träger eigener Rechte sind (Rechtssubjekte). Es gilt sich vor Augen zu halten, dass die UN-KRK die letzte Menschenrechtskonvention der Vereinten Nationen ohne eigenen Beschwerdemechanismus ist. Das Protokoll schliesst nun (endlich) die Lücke in der vollständigen Anerkennung der Rechte des Kindes auf internationaler Ebene⁵⁵. Mithin ist zu postulieren, dass die Schweiz das 3. Fakultativprotokoll zur UN-KRK so bald wie möglich ratifiziert.

⁵² ANDREA BÜCHLER/ANNATINA WIRZ, in: Ingeborg Schwenzer (Hrsg.), *FamKomm Scheidung*, Band I: ZGB, 2. A., Bern 2011, Art. 273 N 3. Das Recht auf persönlichen Verkehr steht auch unter dem Schutz von Art. 9 KRK sowie Art. 8 EMRK.

⁵³ Vgl. dazu CHRISTOPHE HERZIG, *Kindesunterhalt versus freie Selbstverwirklichung*, in: *Jusletter* 1. Oktober 2012, N 7 sowie HERZIG (FN 1), N 806 ff.; ferner auch HEINZ HAUSHEER/ANNETTE SPYCHER (Hrsg.), *Handbuch des Unterhaltsrechts*, 2. A., Bern 2010, N 06.02 sowie HEINZ HAUSHEER/REGINA E. AEBI-MÜLLER, *Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches*, 3. A., Bern 2012, N 07.26.

⁵⁴ Entgegen der Meinung von CHRISTIAN JOSI, *Rechtsmittel des urteilsfähigen Kindes gegen Entscheide in eherechtlichen Verfahren auch ohne Vertretung?*, *FamPra.ch* 2012, ist es also dem urteilsfähigen Kind durchaus möglich, ein Rechtsmittel auch ohne Vertretung einzulegen.

⁵⁵ Diese Ansicht vertritt auch die Bundesregierung in ihrer Würdigung des Fakultativprotokolls.