

Dokument	ZKE 2017 S. 461
Autor	Christophe A. Herzig
Titel	Die Parteistellung von Kindern und Jugendlichen
Seiten	461-474
Publikation	Zeitschrift für Kindes- und Erwachsenenschutz
Herausgeber	Konferenz für Kindes- und Erwachsenenschutz KOKES, Marco Zingaro, Estelle de Luze
Frühere Herausgeber	Kurt Affolter, Gabriel Fossard
ISSN	1664-2007
Verlag	Schulthess Juristische Medien AG

ZKE 2017 S. 461

Die Parteistellung von Kindern und Jugendlichen

Christophe A. Herzig, Dr. iur., Lehrbeauftragter, Rechts- und Kinderanwalt in Bern*

Stichwörter: Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung, Anspruch auf rechtliches Gehör, Informationspflicht, Kindesanhörung, Kindeswohl, Parteifähigkeit, Parteistellung, Partizipationsrechte, Resilienz, UNO-Kinderrechtskonvention, Verfahrensgrundrechte, Verfahrensvertretung.

Mots-clés: Audition de l'enfant, Bien de l'enfant, Capacité d'être partie, Convention de l'ONU relative aux droits de l'enfant, Devoir d'information, Droit à un traitement égal et équitable, Droit d'être entendu, Droit de participation, Droits procéduraux fondamentaux, Qualité de partie, Représentation procédurale, Résilience.

Parole chiave: Audizione del minore, Bene del figlio, Capacità d'essere parte, Convenzione dell'ONU sui diritti del fanciullo, Diritto a un trattamento equo e paritario, Diritto ad essere sentito, Diritti di partecipazione, Diritti fondamentali di procedura, Doveri d'informazione, Posizione di parte, Rappresentanza nella procedura, Resilienza.

Jedes Jahr sind unzählige Kinder und Jugendliche von Gerichts- und Verwaltungsverfahren betroffen. Es stellt sich deshalb die Frage, wann Minderjährigen Parteistellung zukommt. Bei der Beantwortung dieser Fragestellung gilt es den verfassungs- und völkerrechtlichen Vorgaben Rechnung zu tragen.

La qualité de partie des enfants et des adolescents

* Mein besonderer Dank gebührt Frau Dr. iur. Regula Gerber Jenni, Kindesvertreterin in Bern, für kritische Anregungen und fachliche Hinweise. Zudem danke ich Frau MLaw Melanie Blank, juristische Mitarbeiterin, für die kritische Durchsicht des Textes.



Chaque année, d'innombrables enfants et adolescents sont concernés par des procédures judiciaires et administratives. La question se pose dès lors de savoir à quel moment la qualité de partie leur revient. Pour y répondre, il convient de prendre en compte les prescriptions de droit constitutionnel et international.

Il ruolo di parte nelle procedure in cui sono implicati minori e giovani

Ogni anno numerosi bambini e giovani sono coinvolti in procedure giudiziarie e amministrative. Perciò si pone il problema di quando ai minori può essere concesso il ruolo di parte nella procedura giudiziaria o amministrativa. Per rispondere a questa domanda si deve tener conto dei diritti costituzionali e delle prescrizioni di diritto internazionale.

I. Einführung

Kinder und Jugendliche¹ können bekanntlich von verschiedensten Verwaltungs- und Gerichtsverfahren – sei dies ein Zivilverfahren², ein Verfahren in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten³ oder ein Strafverfahren – *unmittelbar betroffen* sein. Dabei ist etwa an ein familienrechtliches (Eheschutz-, Scheidungs-

ZKE 2017 S. 461, 462

oder Kindesschutzverfahren), ein ausländer- bzw. asylrechtliches Verfahren⁴ oder an ein Jugendstrafverfahren⁵ gestützt auf die Jugendstrafprozessordnung⁶ zu denken.⁷

Ob den Kindern und Jugendlichen in diesen sie unmittelbar betreffenden Verfahren jeweils Parteistellung zukommt, wird in der Lehre und Rechtsprechung kontrovers diskutiert und je nach Konstellation respektive Verfahren unterschiedlich beantwortet.⁸

-
- 1 Vorliegend werden unter «Kinder und Jugendliche» minderjährige Personen verstanden.
 - 2 Etwa im Bereich des Familien-, Erb-, Haftpflicht- oder Vertragsrechts.
 - 3 Vgl. dazu Laura Bucher, Die Rechtsstellung der Jugendlichen im öffentlichen Recht, Diss., Zürich/Basel/Genf 2013.
 - 4 Auch in solchen Verfahren gestützt auf das Ausländer- bzw. Asylrecht gilt es die Rechtsstellung der Kinder und Jugendlichen adäquat zu achten (vgl. für minderjährige Flüchtlinge auf Völkerrechts-ebene etwa Art. 22 UNO-KRK). Vgl. dazu auch die spezifischen Vorschriften in der Asylverordnung 1 und im SEM-Handbuch Asyl und Rückkehr sowie Raselli / Hausammann / Möckli / Urwyler, Ausländische Kinder sowie andere Angehörige, in: Ausländerrecht, 2. A., Basel 2009, S. 743 ff.; Rumo-Jungo / Spescha, Kindeswohl, Kindesanhörung und Kindeswille in ausländerrechtlichen Kontexten, AJP 2009, S. 1103 ff.
 - 5 Vgl. dazu auch Art. 37 (Strafvollzug) und 40 UNO-KRK sowie Bernhard / Blum, Die Jugendstrafverteidigung im «Kinderrechtsmodell» – ausgewählte Aspekte, in: forumpenale 2/2012, S. 88 ff. Selbstverständlich können minderjährige Personen auch von Strafverfahren des Erwachsenenstrafrechts unmittelbar betroffen sein, nämlich dann, wenn sie Opfer von Straftaten werden, die durch volljährige Personen begangen werden. Daneben kommt es in der Praxis auch vor, dass sie als Auskunftspersonen (als Auskunftspersonen werden Minderjährige einvernommen, die zum Zeitpunkt der Einvernahme das 15. Altersjahr noch nicht zurückgelegt haben [vgl. Art. 178 lit. b StPO] oder als Zeugen am Strafprozess beteiligt sind). Vgl. für besondere Schutzmassnahmen für minderjährige Opfer Art. 154 StPO und für das Vertretungsrecht der minderjährigen Beschuldigten Art. 23 JStPO.
 - 6 Bei minderjährigen Beschuldigten kommen ab dem vollendeten 10. Altersjahr bis zur Volljährigkeit das Jugendstrafgesetzbuch (JStGB) sowie die Jugendstrafprozessordnung (JStPO) zum Tragen.
 - 7 Vgl. Christophe A. Herzig, Die Partei- und Prozessfähigkeit von Kindern und Jugendlichen sowie ihr Anspruch auf rechtliches Gehör, AJP 2/2013, S. 182 ff., S. 182.
 - 8 Vgl. im Zusammenhang mit der Kontroverse um die Parteistellung in familienrechtlichen Verfahren etwa Samuel Zogg, Das Kind im familienrechtlichen Zivilprozess, FamPra.ch 2/2017, S. 404 ff., S. 435 ff.; Christophe A. Herzig, Das Kind in den familienrechtlichen Verfahren, Diss. Freiburg, Zürich/Basel/Genf 2012, N 140 ff.; Derselbe, Prozessstandschaft im Kindesunterhaltsrecht – quo vadis? Liber amicorum für Alexandra Rumo-Jungo, Zürich/Basel/Genf 2014, S. 147 ff., S. 158 und 167; Aebi-Mueller / Herzig, Kindesrecht und

Gerade die in diesem Kontext geführte Diskussion rund um familienrechtliche Verfahren fokussiert sich teilweise relativ stark auf zivilprozessuale und weniger auf grundrechtliche Aspekte und bekundet deshalb gelegentlich Mühe, Kindern und Jugendlichen in den sie unmittelbar betreffenden Verfahren Parteistellung zuzugestehen.⁹ In familienrechtlichen Verfahren gilt es, die zivilprozessuale Sicht dahingehend zu erweitern, dass es sich nicht ausschliesslich um klassische kontradiktorische Zivilprozesse handelt, welche durch die Dispositions- und Verhandlungsmaxime beherrscht sind. Vielmehr geht es regelmässig um die Neuorganisation familiärer Beziehungen, wobei das juristische und das emotional-familiäre Bezugssystem miteinander verflochten sind. Das Familienrecht muss den Familien eine Hilfestellung sein und Konfliktlösungswege aufzeigen. Die rechtsanwendenden Behörden greifen nicht primär als Entscheidungs-, sondern als «soziale Kontrollinstanz» aufgrund der Richt-

ZKE 2017 S. 461, 463

schnur «Kindeswohl» in den (elterlichen) Konflikt ein und regeln die Kinderbelange, wobei die uneingeschränkte Untersuchungs- und die Offizialmaxime inkl. Freibeweis zum Tragen kommen.¹⁰ Darüber hinaus gilt es zu bedenken, dass das Verfahrensrecht der Durchsetzung des materiellen Rechts dient.¹¹

Da die Fähigkeit, Partei in einem Prozess zu sein (sogenannte Parteifähigkeit), die Grundvoraussetzung ist, um überhaupt Partei in einem Verfahren sein zu können, wird im Folgenden in einem ersten Schritt vorab zu klären sein, ob Kinder und Jugendliche diese Fähigkeit besitzen (vgl. nachstehend II.). In einem zweiten Schritt wird sodann dargelegt, wann natürliche Personen im Allgemeinen – und damit auch Kinder und Jugendliche – Partei in einem (sie unmittelbar betreffenden) Verfahren sind (III.). In IV. erfolgt schliesslich die Würdigung des Erarbeiteten.

II. Parteifähigkeit von Kindern und Jugendlichen

Die Parteifähigkeit – als prozessuale Seite der Rechtsfähigkeit – ist das Recht, im Verfahren als Partei beteiligt zu sein und Voraussetzung zur Durchsetzung von subjektiven Rechten.¹² Da die höchstrichterliche Rechtsprechung und ein beachtlicher Teil der Lehre Kindern und Jugendlichen zumindest in gewissen diese unmittelbar betreffenden Verfahren die Parteistellung gänzlich absprechen¹³, stellt sich eingangs die Frage, ob Minderjährige überhaupt fähig sind, Partei in einem Gerichts- oder Verwaltungsverfahren zu sein.

Immerhin darin scheinen sich – soweit ersichtlich – Doktrin und Rechtsprechung einig zu sein: **Kinder und Jugendliche sind parteifähig**, da jedermann rechtsfähig ist (Art. 11 ZGB) und das Alter folglich gerade keinen Einfluss auf die Parteifähigkeit zeitigt.¹⁴

Elternkonflikt – Länderbericht Schweiz, Bielefeld 2013, S. 77 ff., S. 106 f.; ferner Diggelmann / Isler, Vertretung und prozessuale Stellung des Kindes im Zivilprozess, SJZ 111/2015, S. 141 ff.

⁹ Vgl. etwa Zogg (Fn. 8), S. 443 ff., wonach die Frage aufzuwerfen sei, wie bzw. wann genau das Kind im Zivilprozess zur «dritten Hauptpartei» werden könne und dies kritisch hinterfragt.

¹⁰ Vgl. Herzig (Fn. 8), N 647 und 170 ff. m.w.H.

¹¹ Vgl. Kiener / Rüttsche / Kuhn, Öffentliches Verfahrensrecht, 2. A., Zürich/St. Gallen 2015, N 21; Leuenberger / Uffer-Tobler, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. A., Bern 2016, N 1.3 ff.; BGE 116 II 215 E. 3.

¹² Komm. ZPO\Stahelin / Schweizer, Art. 66 N 1 m.w.H.

¹³ Belege bei Zogg (Fn. 8), S. 436, Fn. 132.

¹⁴ Vgl. für die *Lehre* etwa Aebi-Müller / Herzig (Fn. 8), S. 92; CHK-Breitschmid, Art. 11 ZGB, N 7 i.V.m. N 1 f.; KOKES-Praxisanleitung Kindesschutzrecht, N 10.2 ff.; Gisela Kilde, Der persönliche Verkehr: Eltern-Kind-Dritte, Diss. Freiburg, Zürich/Basel/Genf 2015, N 255; Komm. ZPO\Stahelin / Schweizer, Art. 66 N 7 ff.; ZPO-Komm.\Hrubesch-Millauer, Art. 66 N 7 ff.; OFK ZGB-Schwander, 3. A., Art. 11 N 5 i.V.m. N 7; Peter Diggelmann, Das Kind ist rot zu schreiben, Tatsachen – Verfahren – Vollstreckung, FS für Isaak Meier, Zürich 2015, S. 103 ff.

Auf völkerrechtlicher Ebene hält zudem Art. 16 des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte (UNO-Pakt II);

ZKE 2017 S. 461, 464

SR 0.103.2) fest, dass jedermann – und damit auch Kinder und Jugendliche – das Recht hat, überall als rechtsfähig anerkannt zu werden.¹⁵

Demgemäss kann vorliegend als erstes Zwischenfazit festgehalten werden, dass nicht ein Mangel an der Fähigkeit, Partei in einem Verfahren sein zu können, Grund für das (zumindest partielle) Aberkennen der Parteistellung durch die Praxis und weite Teile der Lehre sein kann. Mit anderen Worten: Wenn die Parteifähigkeit – als Grundvoraussetzung dafür, überhaupt Partei sein zu können – gegeben ist, aus welchen Gründen wird dann die Parteistellung von Kindern und Jugendlichen in Frage gestellt?

III. Wann ist eine Person in einem Verfahren Partei?

1. Verfahrensgrundrechte im Allgemeinen

Die Bundesverfassung garantiert auf Verfassungsstufe grundlegende Verfahrensgrundrechte für alle Menschen und damit auch für Kinder und Jugendliche. Die Art. 29 und 30 bis 32 BV¹⁶ befassen sich mit den verfassungsrechtlichen Anforderungen an rechtsstaatliche Verfahren vor Behörden und Gerichten in allgemeiner Weise, weshalb sie von institutioneller Natur sind. Überdies gewährleisten die Verfahrensgrundrechte den von einem Verfahren Betroffenen umfassenden grundrechtlichen Verfahrensschutz. Sie müssen – unter Einbezug der EMRK, des UNO-Pakts II und vorliegend insbesondere auch der UNO-KRK – als **einheitliches Normgebilde zur Sicherung rechtsstaatlicher Verfahren** verstanden werden und sind bei Auslegung und Anwendung sowie Konkretisierung und Weiterbildung aufeinander zu beziehen.¹⁷

Gemäss Bundesverfassung **hat jede Person** in Verfahren vor Gerichts- und Verwaltungsinstanzen **Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung sowie auf Beurteilung innert angemessener Frist** (Art. 29 Abs. 1 BV; vgl. auch Art. 6 EMRK und Art. 14 UNO-Pakt II). Des Weiteren haben Parteien gestützt auf Art. 29 Abs. 2 BV¹⁸ **Anspruch auf rechtliches Gehör**. Das rechtliche Gehör ist ein gewichtiger Teilaspekt des Grundsatzes eines gerechten Verfahrens und eigens in Abs. 2 aufgeführt.¹⁹ Art. 29 BV gilt für sämtliche Rechtsgebiete und für alle administrativen

und ausführlich zur Partei- und Prozessfähigkeit von Kindern und Jugendlichen etwa Herzig (Fn. 7), S. 182 ff., S. 183 ff. und Derselbe (Fn. 8), N 7 ff.; Sabine Kofmel Ehrenzeller, Das behinderte Kind im Verfahrensrecht, in: Das behinderte Kind im schweizerischen Recht, Zürich/Basel/Genf 2006, S. 211 ff., S. 218 sowie Maryse Pradervand-Kernen, La position juridique de l'enfant dans la procédure civile, à l'aune de quelques questions particulières, FamPra.ch 2016, S. 339 ff., S. 340 f.; BK ZGB-Affolter / Vogel, Vorbem. zu Art. 307 – 327c N 114 i.V.m. Art. 314 N 95 und *Botschaft UNO-KRK*, S. 22. Und für die *Rechtsprechung* etwa BGer 618/2016, Urteil vom 26. Juni 2017, E. 1.2.

¹⁵ Nicht zuletzt aufgrund des in Art. 41 UNO-KRK verankerten *Günstigkeitsprinzips* gilt die besagte Vorschrift, wonach jeder Mensch das Recht hat, als rechtsfähig anerkannt zu werden, auch im Anwendungsbereich der UNO-KRK (vgl. dazu Handkomm. Kinderrechtskonvention/Schmahl, 2. A., Zürich/St. Gallen 2017, Einleitung N 16 ff.).

¹⁶ In diesem Zusammenhang ist auch die Rechtsweggarantie gemäss Art. 29a BV zu nennen.

¹⁷ Vgl. St. Galler Komm.\Steinmann, Art. 29 N 4.

¹⁸ Vgl. dazu auch namentlich Art. 53 Abs. 1 ZPO, Art. 29 VwVG, Art. 107 StPO, Art. 6 Abs. 1 EMRK, Art. 12 UNO-KRK, Art. 21 ff. VRPG-BE.

¹⁹ Vgl. BGE 140 I 99, E. 3.4; 136 V 117, E. 4.2.2; 134 I 140, E. 5.2; 131 I 350, E. 4; St. Galler Komm.\Steinmann, Art. 29 N 4.

²⁰ Vgl. St. Galler Komm.\Steinmann, Art. 29 N 15; Müller / Schefer, Grundrechte in der Schweiz, Im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte, 4. A., Bern 2008, S. 851;

wie gerichtlichen Verfahren der Rechtsanwendung.²⁰ Die historischen Wurzeln des Anspruchs auf ein faires Verfahren gehen auf die Magna

ZKE 2017 S. 461, 465

Charta (1215), die Petition of Rights (1627), die Habeas Corpus Akte (1679) und die Bill of Rights (1689) zurück und fanden ihre Fortsetzung in den Menschenrechtserklärungen der USA (1776, 1791) und Frankreichs (1789) sowie in der Folge im Völkerrecht (Allgemeine Menschenrechtserklärung [1948], UNO-Pakt II [1966], EMRK [1950], für die vorliegende Abhandlung ist auch die UNO-KRK [1989] [namentlich Art. 12 und 40] zu erwähnen).²¹

Demzufolge **gelten** der verfassungsmässige **Anspruch auf eine gleiche und gerechte Behandlung** sowie der **Anspruch auf rechtliches Gehör** auch **für sämtliche Rechtsgebiete und alle administrativen sowie gerichtlichen Verfahren, welche Kinder und Jugendliche unmittelbar betreffen**.

Somit gelten diese verfassungsrechtlichen Ansprüche auch etwa in einem Eheschutz- oder Scheidungsverfahren (inkl. Abänderungsprozesse), in dem Kinderbelange zu regeln sind, oder in einem Rückführungsverfahren bei einer Kindesentführung.

Es stellt sich in diesem Zusammenhang jedoch die Folgefrage, ob Kinder und Jugendliche ebenfalls Träger der besagten Verfahrensgrundrechte sind und sich dementsprechend darauf berufen können.

2. Kinder und Jugendliche als Träger der Verfahrensgrundrechte

Grundrechte, und damit auch die **Verfahrensgrundrechte**, **stehen** grundsätzlich **allen Menschen** – und zwar **unabhängig ihres Alters** – zu.²²

Von der Grundrechtsträgerschaft zu unterscheiden ist jedoch die Frage der Legitimation zur Anrufung der Verfahrensrechte. So setzt Art. 29 Abs. 2 BV für die Anrufung des rechtlichen Gehörs Parteistellung im Verfahren voraus. Diese beurteilt sich grundsätzlich gemäss den Vorschriften der jeweiligen Verfahrensordnung.²³ Ob dieser Grundsatz für alle Verfahrensgrundrechte gilt, kann vorliegend offen bleiben, da von Verfassungs wegen mindestens jenen Personen Parteistellung zukommen muss, deren Rechte oder Pflichten ein Rechtsanwendungsakt berühren soll bzw. deren Rechtsstellung durch einen Hoheitsakt unmittelbar betroffen wird (vgl. dazu hinten 3c).²⁴

Mithin haben **Kinder und Jugendliche** in allen sie unmittelbar betreffenden Rechtsgebieten – sei dies etwa Zivilrecht (inkl. Familienrecht), Verwaltungsrecht oder Strafrecht – und in allen administrativen sowie gerichtlichen Verfahren genauso wie betroffene erwachsene Personen **Anspruch auf eine gleiche und gerechte Behandlung** sowie **Anspruch auf rechtliches Gehör**.²⁵ Mit anderen Worten gelten die verfassungsrechtlichen Verfahrensgrundrechte nicht nur für volljährige Personen, sondern auch für Minderjährige.

ZKE 2017 S. 461, 466

BSK BV-Waldmann, Art. 29 N 12; OFK BV-Biaggini, Art. 29 N 3.

²¹ Vgl. BSK BV-Waldmann, Art. 29 N 1.

²² Vgl. Bucher (Fn. 3), S. 51 und 76; BSK BV-Waldmann, Art. 29 N 10; Herzig (Fn. 7), S. 186; BK ZGB-Affolter / Vogel, Vorbem. zu Art. 307 – 327c N 114; Rumo-Jungo / Spescha (Fn. 4), S. 1006; Botschaft UNO-KRK, S. 23.

²³ BSK BV-Waldmann, Art. 29 N 11.

²⁴ Vgl. BSK BV-Waldmann, Art. 29 N 11.

²⁵ Vgl. zum Anspruch auf rechtliches Gehör von Kindern und Jugendlichen Herzig (Fn. 7), S. 186 ff.; Derselbe (Fn. 8), N 224.

Dies hat zur Konsequenz, dass sich etwa in einem Eheschutz- oder Scheidungsverfahren, in dem Kinderbelange zu regeln sind, nicht nur die Eltern, sondern auch die betroffenen Kinder und Jugendlichen auf diese Verfassungsrechte berufen können. Die **rechtsanwendenden Behörden sind verpflichtet, Kinder und Jugendliche** in geeigneter Form **über diese ihnen zustehenden Rechte** (inkl. Anhörungs-, Partizipations- und Kindsvertretungsrecht), welche kinds- und altersgemäss auszugestalten sind, rechtzeitig und altersgerecht **zu informieren**.²⁶

In diesem Kontext gilt es überdies hervorzuheben, dass die verfassungsmässig garantierten Grundrechte allen Menschen zustehen und der Grundrechtsschutz bereits vor der Geburt beginnt und (eingeschränkt) auch den nasciturus erfasst. Aufgrund ihrer fundamentalen Bedeutung für die menschliche Existenz sind die Grundrechte Menschenrechte in einem materiellen Sinne.²⁷ «Wahrhaft entscheidend für die Grundrechte ist, dass sie als verfassungsrechtliche Grundnormen durch Gerichte geschützt werden, und *dies bis zur Letztinstanz*.»²⁸ Demzufolge sind gerade auch die **rechtsanwendenden Behörden**, insbesondere das Bundesgericht mit seiner Strahlkraft, **verpflichtet**, den Grundrechten – einschliesslich der **Verfahrensgrundrechte – zum Durchbruch zu verhelfen**. Dies gilt umso mehr, als Gerichte und Behörden Art. 5 und 35 BV zu berücksichtigen haben. Gemäss Art. 35 BV müssen die Grundrechte in der ganzen Rechtsordnung zur Geltung kommen (Abs. 1). Wer – wie die rechtsanwendenden Behörden – staatliche Aufgaben wahrnimmt, ist an die Grundrechte gebunden und verpflichtet, zu ihrer Verwirklichung beizutragen (Abs. 2).

Fehlt es (zumindest teilweise) in Bezug auf gewisse Verfahrensgrundrechte an der sogenannten Grundrechtsmündigkeit²⁹, so werden die Minderjährigen im Verfahren durch ihre Eltern (Art. 304 ZGB), allenfalls ihren Kinderanwalt³⁰ (vgl. Art. 299 f. ZPO; Art. 314a^{bis} ZGB; Art. 9 BG-KKE; Art. 18 f. und 23 JStPO) oder bei einer Interessenkollision³¹ durch eine spezialisierte (Kindesvertretungs-)Bei-

ZKE 2017 S. 461, 467

26 Eine Informationspflicht bezüglich Anhörungsrecht hat auch das Bundesgericht in BGer 5A_402/2011 (05.12.2011), E. 5.1, festgehalten: «Même si les faits pertinents sont parfaitement établis, l'audition reste un droit personnel de l'enfant sur l'exercice duquel il doit pouvoir s'exprimer; le juge a donc l'obligation d'informer celui-ci de son droit s'il tient à respecter son propre devoir d'audition». Vgl. zum Recht auf Information auch nachstehend 3b).

27 St. Galler Komm.\Schweizer, Vorbemerkungen zu Art. 7 – 36 N 6 ff.

28 St. Galler Komm.\Schweizer, Vorbemerkungen zu Art. 7 – 36 N 36.

29 Vgl. zum Begriff Grundrechtsmündigkeit Herzig (Fn. 7), S. 186; Bucher (Fn. 3), S. 52 f.

30 Vgl. dazu etwa Regula Gerber Jenni, Gedanken zum «Anwalt des Kindes» – insbesondere zur Vertretung des Kindes von psychisch belasteten Eltern, ZKE 2016, S. 95 ff.; Dieselbe, Kindesvertretung in familienrechtlichen Verfahren – Streiflichter aus Praxis und Theorie, Liber amicorum für Alexandra Rumo-Jungo, Zürich/Basel/Genf 2014, S. 107 ff.; Schweighauser / Leuthold, Beistandschaft und Kindesvertretung im Kinderschutz – Rolle, Aufgaben und Herausforderungen in der Zusammenarbeit, ZKE 2016, S. 463 ff.; Susanne Meier, Kindesvertretung: Eine Bestandesaufnahme mit Plädoyer für die Willensvertretung, ZKE 2015, S. 341 ff.; Blum / Weber Khan, Der «Anwalt des Kindes» – eine Standortbestimmung, ZKE 2012, S. 32 ff.; Herzig (Fn. 8), N 421 ff.; Aebi-Müller / Herzig (Fn. 8), S. 100 ff.; BK ZGB-Affolter / Vogel, Art. 314a^{bis}; Andreas Bucher, Das BG-KKE gilt auch für das Bundesgericht, FS Schwander, Zürich/St. Gallen 2011, S. 485 ff., 488 ff. sowie www.kinderanwaltschaft.ch.

31 Vgl. zur Interessenkollision im Zusammenhang mit dem neuen Kindesunterhaltsrecht Cordula Lötscher, Prozessführung und Vollstreckung durch die Eltern im Lichte des Betreuungsunterhalts, FamPra.ch 2017, S. 621 ff., S. 634 ff. (wobei das Institut Prozessstandschaft ganz allgemein im Kindesunterhaltsrecht problematisch ist – vgl. dazu Herzig [Fn. 8] Prozessstandschaft, S. 147 ff.; Diggelmann [Fn. 14], S. 108 f.).

ständig³² (vgl. Art. 306 Abs. 2 ZGB; Art. 308 Abs. 2 ZGB) vertreten. Minderjährigen dürfte es häufig zumindest partiell an der Grundrechtsmündigkeit in Bezug auf die Wahrnehmung gewisser Teilgehälter fehlen. Mit dieser Ausgangslage ist – unabhängig von den exemplarischen familienrechtlichen Prüfungsgründen von Art. 299 Abs. 2 ZPO bzw. Art. 314a^{bis} Abs. 2 ZGB – ein weiterer Prüfungsgrund für die Einsetzung einer (Kindes-)Vertretung gegeben, den die rechtsprechende Behörde berücksichtigen muss. Mit anderen Worten wird **regelmässig eine Kindesvertretung einzusetzen sein, um den Verfahrensgrundrechten der Kinder und Jugendlichen zum Durchbruch zu verhelfen**, ausgenommen dann, wenn die Eltern die Verfahrensgrundrechte der Kinder und Jugendlichen effektiv wahrnehmen und wahren können.

3. Subjekt und nicht bloss Objekt dank Verfahrensgrundrechten und UNO-Kinderrechtskonvention

a) Subjektstellung dank Verfahrensgrundrechten

Die **Verfahrensgrundrechte anerkennen** den einzelnen Menschen – und damit auch **Kinder und Jugendliche** – in seiner **Persönlichkeit** (Subjekt) und bewahren ihn damit vor einer Herabwürdigung zum blossen Verfahrensobjekt.³³ Gerade die Legitimität hoheitlicher und zwangsweise durchsetzbarer Anordnungen – etwa ein Gerichtsurteil³⁴ oder ein Entscheid einer Behörde³⁵ – beruht in einem demokratischen Rechtsstaat im Wesentlichen auf der Fairness respektive Gerechtigkeit der vorausgehenden Verfahren.³⁶

Der auch Minderjährigen zustehende Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 BV; Art. 12 UNO-KRK³⁷), der einen zentralen Teilaspekt des Rechts auf ein gerechtes Verfahren darstellt, müssen die rechtsanwendenden Behörden zwingend respektieren. Wenn Kinder und Jugendliche vom Ausgang eines Verfahrens unmittelbar betroffen³⁸ sind, stehen auch ihnen **von Verfassungen wegen verschiedene Informations-, Einsichts-, Mitwirkungs- und Äusserungsrechte zu, welche kinds- und altersgerecht auszugestalten sind**. Damit garantiert die Bundesverfas-

ZKE 2017 S. 461, 468

sung die grundlegenden Aspekte eines fairen Verfahrens nicht nur für volljährige Personen, sondern genauso für betroffene Minderjährige. Diese Garantien stellen einerseits sicher, dass der betroffene Einzelne – unabhängig davon, ob er minderjährig oder volljährig ist – in administrativen und gerichtlichen Verfahren nicht lediglich Objekt, sondern auch als Subjekt ernst genommen wird; es **darf nicht nur über ihn «verfügt» werden** – doch genau dies kommt nach wie vor in der Praxis vor –, sondern er ist in den ihn betreffenden Entscheidprozess einzubeziehen mit der Möglichkeit,

32 In der Praxis auch etwa als Prozess- bzw. Verfahrensbeistand/-vertreter, Kollisionsbeistand oder Vertretensbeistand bezeichnet.

33 Vgl. BGE 140 I 99, E. 3.4; 127 I 6, E. 5b; St. Galler Komm.\Steinmann, Art. 29 N 6.

34 Z.B. des Scheidungsgerichts.

35 Z.B. der KESB oder Migrationsbehörde.

36 Vgl. St. Galler Komm.\Steinmann, Art. 29 N 6.

37 Das Bundesgericht hat Art. 12 UNO-KRK bereits neun Monate nach Inkrafttreten der UNO-KRK in der Schweiz als direkt anwendbar erklärt: BGE 124 III 9, E. 3.a; Art. 12 UNO-Kinderrechtskonvention ist eine direkt anwendbare Staatsvertragsbestimmung, deren Verletzung beim Bundesgericht angefochten werden kann.

38 Kinder und Jugendliche sind zweifellos zum Beispiel vom Ausgang eines Eheschutz- und Scheidungsverfahrens direkt betroffen, wenn das Gericht über Kinderbelange wie etwa die Sorgerechts- und Obhutszuteilung, den persönlichen Verkehr sowie den Kindesunterhalt bestimmt (inkl. Genehmigung von Scheidungskonventionen oder Trennungvereinbarungen). Dies gilt auch, wenn in einem Verfahren Kinderbelange bei unverheirateten Paaren geregelt werden.

seine Sicht, Argumente und Ambivalenzen frühzeitig geltend zu machen. Das Bundesgericht hat in diesem Sinne den Gedanken der **Menschenwürde** für das Verfahren fruchtbar gemacht. Andererseits wird vom Einbezug der direkt Betroffenen in das Verfahren auch ein Gewinn an Rechtmässigkeit des Entscheids in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht erhofft und erhöht die Akzeptanz des aus dem Verfahren hervorgegangenen Entscheids.³⁹

Bei Kindern und Jugendlichen kann die aktive und kinds-/altersgerechte Partizipation überdies zu einer **Stärkung der Resilienz** beitragen.⁴⁰

Die **rechtsanwendenden Behörden sind demgemäss verpflichtet, die Vorbringen der betroffenen Kinder und Jugendlichen** – sei dies direkt z.B. im Rahmen der Kindesanhörung⁴¹, sei dies mittelbar durch den Kinderanwalt bzw. die Kinderanwältin – **zu hören, sorgfältig und ernsthaft zu prüfen und in der Entscheidfindung zu berücksichtigen**. In diesem Sinne hat das Bundesgericht entschieden, dass es im Rahmen der Kindesanhörung in einem Scheidungsverfahren nicht genügt, es bloss zu beobachten; vielmehr muss sich das Kind verbal (allenfalls non-verbal) äussern können.⁴²

b) Subjektstellung dank der UNO-Kinderrechtskonvention

Zusätzlich zum Verfassungsrecht gilt es auch die Vorschriften der UNO-KRK zu respektieren. Auf internationaler Ebene besteht mittlerweile Konsens darin, dass dem **Schutz und dem Wohl der Minderjährigen am besten entsprochen werden kann, wenn ihre Meinung** zu den sie betreffenden Angelegenheiten **gehört und in der Entscheidfindung berücksichtigt wird**. Deshalb misst die UNO-KRK bei der Bestimmung des Kindeswohls der Ansicht der Minderjährigen besondere

ZKE 2017 S. 461, 469

Bedeutung zu.⁴³ Zahlreiche Bestimmungen des Übereinkommens, so etwa Art. 2 Abs. 1, Art. 3 Abs. 1, Art. 6 Abs. 1, Art. 7, 12 und 40 UNO-KRK, sind unmittelbar anwendbar und/oder enthalten zu grossen Teilen subjektive Rechte der Minderjährigen und sind damit unmittelbar wirksam.⁴⁴

Art. 12 der UNO-KRK verbrieft auf völkerrechtlicher Ebene die selbständigen Anhörungs- resp. Partizipationsrechte von Minderjährigen.⁴⁵ Das Mitspracherecht verdeutlicht die Stellung der Kinder und Jugendlichen als Träger von Rechten. Durch

³⁹ Vgl. Müller / Schefer (Fn. 20), S. 846 ff. m.w.H.

⁴⁰ Vgl. Heidi Simoni, Wie Kinder und Jugendliche ihre Rechte wahrnehmen (können), in: Zugang zum Recht. Vom Grundrecht auf einen wirksamen Rechtsschutz, Basel 2017, S. 91 ff., S. 92 f.: *«Das Erleben und die daraus resultierende Überzeugung, auf die eigenen Lebensumstände Einfluss nehmen zu können, tragen zum Aufbau sogenannter Resilienz bei. (...) Resilienz scheint in einem dynamischen Prozess zwischen dem Individuum und aufmerksamen Mitmenschen zu entstehen. Daraus ergibt sich eine wichtige, ganz spezifische Bedeutung von Partizipationsrechten: Ein Kind, das gehört wird, seine Fragen stellen, Einfluss auf die Regelung seiner Belange und die Gestaltung seines Alltags nehmen kann, fühlt sich nicht ohnmächtig und den Umständen ausgeliefert.»*; Herzig (Fn. 8), N 375 f.

⁴¹ Vgl. dazu etwa Gisela Kilde, Anhörung des Kindes in familienrechtlichen Verfahren, Liber amicorum für Alexandra Rumo-Jungo, Zürich/Basel/Genf 2014, S. 205 ff.; Herzig (Fn. 8), N 368 ff.; Aebi-Müller / Herzig (Fn. 8), S. 93 ff.

⁴² Vgl. Müller / Schefer, (Fn. 20), S. 870 mit Verweis auf BGE 131 III 553, E. 1.2.2.

⁴³ Vgl. Schmahl (Fn. 15), Einleitung N 28 und 30. Vgl. auch Art. 3 i.V.m. 12 UNO-KRK.

⁴⁴ Vgl. Schmahl (Fn. 15), Einleitung N 26 f. Das Bundesgericht hat bisher Art. 7 und 12 UNO-KRK als direkt anwendbar eingestuft und Art. 3 UNO-KRK (Vorrang des Kindeswohls) ist stets bei der völkerrechtskonformen Auslegung anderer Bestimmungen zu berücksichtigen. Selbst die non-self-executing-Bestimmungen, welche den Vertragsstaat nur dazu verpflichten, gesetzliche oder sonstige Massnahmen zu erlassen, begründen für die Vertragsparteien eine objektive Verpflichtung, ihren Inhalt zu beachten und gegebenenfalls zu konkretisieren, weshalb der UNO-Kinderrechtsausschuss alle Rechte der Konvention für justiziabel erachtet.

⁴⁵ Vgl. Müller / Schefer (Fn. 20), S. 848.

die Konvention wird ihnen ein **subjektives Recht auf Partizipation bei allen⁴⁶ sie berührenden Angelegenheiten garantiert**. Damit nimmt die UNO-KRK eine «spezifisch kinderrechtliche Perspektive ein und verfolgt einen dezidiert subjektorientierten Ansatz». Diese partizipatorischen Rechte können als «*raison d'être*» der UNO-KRK bezeichnet werden.⁴⁷ Minderjährige haben demnach das Recht, ihre Meinung frei zu äussern. Der in Art. 12 Abs. 1 UNO-KRK implizit enthaltene **Informationsanspruch ist unabdingbare Voraussetzung für eine aufgeklärte Wahrnehmung der Partizipationsrechte**. So gilt es etwa über anstehende Entscheidungen und deren möglichen Konsequenzen altersgerecht aufzuklären. Neben den materiell-rechtlich wesentlichen Aspekten ist auch über den Ablauf des Verfahrens und über mögliche Massnahmen zu informieren. Es muss jedoch nicht über jeden einzelnen Aspekt aufgeklärt werden, da es regelmässig genügt, wenn die Minderjährigen diejenigen Informationen erhalten, die sie benötigen, um einen Überblick und ein ausreichendes Verständnis ihrer Angelegenheiten entwickeln und so eine Meinung zu dem Thema bilden zu können. Informationspflichtig sind primär diejenigen Personen, die die minderjährige Person anhören sowie die eingesetzte Kindesvertretung. Allenfalls kann in Er-

ZKE 2017 S. 461, 470

gänzung dazu auch eine Beistandsperson gewisse Informationen geben.⁴⁸ Auf die Meinung ist ernsthaft und sorgfältig Bedacht zu nehmen und deren Berücksichtigung hat entsprechend dem Alter und der Reife der Minderjährigen zu erfolgen. Je grösser die Auswirkungen der zu treffenden Entscheidung auf das Leben und die Zukunft der Minderjährigen sind, desto stärker muss deren Meinung gewichtet werden. Das **Mitspracherecht** und kindgemässe Abläufe sind **wesentlich für ein faires Verfahren**. Dies gilt auch dann, wenn sich die Eltern bezüglich Kinderbelange einig sind.⁴⁹

Entgegen der zu überdenkenden Haltung des Bundesgerichts und einem Teil der Lehre **setzt Art. 12 UNO-KRK** – gleich wie Art. 298 ZPO, Art. 314a ZGB sowie Art. 9 BG-KKE – die **Urteilsfähigkeit der Kinder und Jugendlichen⁵⁰ gerade nicht voraus**.⁵¹ Zwar stellt Art. 12 Abs. 1 UNO-KRK auf die «Meinungsbildungsfähigkeit» des Kindes ab, ohne diese aber zu definieren. Der UNO-Kinderrechtsausschuss hat deshalb die

⁴⁶ Wie insbesondere Scheidungs-, Eheschutz- und Kindesschutzverfahren, allg. Verfahren betreffend Sorge-, Obhuts-, Betreuungsrecht sowie persönlicher Verkehr oder Adoptionen. Auch *Mediations- und Schlichtungsverfahren* (inkl. vor- und aussergerichtlich) sind Verfahren i.S.v. Art. 12 Abs. 2 UNO-KRK.

⁴⁷ Vgl. Schmahl (Fn. 15), Einleitung N 3, 9 ff. und 22. Der Kinderrechtsausschuss begrüsst z.B. die Aufnahme der Kinderrechte ins Verfassungsrecht durch Österreich. Dabei erhofft man sich, eine Verfestigung der Rechtsstellung des Kindes, insb. dessen Subjektqualität. *Für den Ausschuss ist in diesem Kontext entscheidend, dass Kinder und Jugendliche in der innerstaatlichen Rechtsordnung als eigenständige Rechtssubjekte begriffen* und nicht nur als Schranke der elterlichen Rechte verstanden werden. Vgl. in diesem Kontext auch die *Richtlinien des Europarates und Studien der Europäischen Union zum Thema einer kinderfreundlichen Justiz* (Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on child friendly justice, Adopted by the Committee of Ministers on 17 November 2010 at the 1089th meeting of the Ministers' Deputies, Strasbourg 2011; weiter FRA, *Child-friendly justice: Perspectives and experiences of professionals on children's participation in civil and criminal judicial proceedings in 10 EU Member States*, Luxemburg 2015).

⁴⁸ Vgl. Schmahl (Fn. 15), Art. 12 N 5 ff. Gerade in Zusammenhang mit nachteiligen Erlebnissen sollten Kinder und Jugendliche nicht öfter als nötig hinsichtlich ihrer Meinung angehört werden.

⁴⁹ Vgl. Schmahl (Fn. 15), Art. 12 N 9 ff.; vgl. ferner für den Informationsanspruch Simoni (Fn. 40), S. 94 f.

⁵⁰ Vgl. zur Urteilsfähigkeit von Kindern und Jugendlichen etwa Herzig (Fn. 8), N 102 ff.; Mirjam Werlen, *Persönlichkeitsschutz des Kindes, höchstpersönliche Rechte und Grenzen elterlicher Sorge im Rahmen medizinischer Praxis*, Diss., Bern 2014, N 1080 ff.

⁵¹ In diesem Sinne bereits Stössel / Gerber Jenni, *Partizipation des Kindes als Voraussetzung für einen wirksamen Kindesschutz: das Beispiel der Familien- und Heimplatzierung*, FamPra.ch 2012, S. 335 ff., S. 338 f.; Herzig (Fn. 8), N 368 ff.; Aebi-Müller / Herzig (Fn. 8), S. 98; Kilde (Fn. 41), S. 208.

Vertragsstaaten explizit aufgefordert, Verfahren zu entwickeln, nach denen diese Fähigkeit des Kindes beurteilt werden kann. Dabei gilt es zwingend zu beachten, dass Art. 12 UNO-KRK gerade kein Mindestalter festlegt, ab dem das Recht zur Meinungsäusserung wahrgenommen werden kann. Auch die Schweiz als Vertragsstaat darf eine solche Altersgrenze weder durch ein Gesetz noch in der Praxis einführen. Dies gilt in erster Linie deshalb, weil bereits Kinder in sehr jungen Jahren fähig sind, eigene Meinungen zu bilden, selbst wenn sie diese noch nicht verbalisieren können. Bei Kleinkindern ist das Mitspracherecht demnach durch non-verbale Kommunikationsformen wie Spielen, Malen, Körpersprache oder Gesichtsausdruck zu realisieren.⁵² Damit stellen etwa gerichtsinterne Praxisfestlegungen wie sie auch im Kanton Bern anzutreffen sind, welche z.B. eine Altersgrenze von 10 Jahren vorsehen, nicht nur einen Verstoß gegen die bundesgerichtliche Rechtsprechung⁵³ dar (gemäss dieser sind Kinder grundsätzlich ab dem 6. Altersjahr anzuhören), sondern sie verstossen auch gegen direkt anwendbares Völkerrecht.⁵⁴

Der Kinderrechtsausschuss betont mit Nachdruck, dass Art. 12 Abs. 1 UNO-KRK weit auszulegen ist. Die Staaten haben demnach davon auszugehen, dass

ZKE 2017 S. 461, 471

jedes Kind – auch ein Kleinkind – die Fähigkeit zur Meinungsbildung hat. Die Beweislast für eine entsprechende Unfähigkeit des Kindes liegt beim Staat. Alter und Reife dürfen nicht darüber entscheiden, «ob» das Kind angehört wird, sondern entfaltet Relevanz lediglich in Bezug auf die Art und Weise, «wie» das Kind anzuhören ist. Selbstverständlich gibt es Konstellationen, in denen einem Kind, etwa einem Säugling oder Kleinstkind, die erforderliche Einsichts- und Verständnisfähigkeit für die relevanten Zusammenhänge komplett fehlt, es demzufolge der Meinungsbildung überhaupt nicht fähig ist. In diesen Situationen müssen die Vertragsstaaten jedoch dafür besorgt sein, dass das Kind angemessen – etwa durch eine Kinderanwältin oder einen Kinderanwalt – vertreten wird.⁵⁵

Die Verletzung der UNO-KRK kann mittlerweile auch in der Schweiz mittels **Individualbeschwerde** beim Kinderrechtsausschuss nach Erschöpfung des innerstaatlichen Rechtswegs und gemäss den einschlägigen Voraussetzungen gerügt werden.⁵⁶

c) Partei dank Subjektstellung

Die verfassungsrechtlich garantierten Rechte aus Art. 29 Abs. 2 BV stehen allen Personen zu, welche in einem Verfahren Partei sind. Sie können sich auf diese prozessualen Kommunikations- und Mitspracherechte berufen und es genügt, dass sich das Verfahren auf ihre schutzwürdigen – auch nur faktischen – Interessen nachteilig auswirken kann; eine materielle Berechtigung muss den Betroffenen nicht zukommen. Darüber hinaus kann sich auch ein Dritter auf diese Garantien berufen, wenn er durch die fragliche Verfügung oder das Urteil unmittelbar im Sinne eines engen Kausalzusammenhanges in seinen Grundrechten berührt wird. Insofern kommt gar dem Dritten eine unmittelbar von Art. 29 Abs. 2 BV garantierte Parteistellung zu.⁵⁷ **Von Verfassungs wegen muss mindestens jenen Personen Parteistellung zukommen,**

⁵² Vgl. Schmahl (Fn. 15), Art. 12 N 8.

⁵³ BGE 131 III 553.

⁵⁴ Vgl. zur Umsetzung des Partizipationsrechts auch die *Projekte des Schweizerischen Kompetenzzentrums für Menschenrechte* (SKMR), wo einerseits die Umsetzung der Leitlinien des Europarats für eine kindgerechte Justiz und das Recht des Kindes auf Anhörung beleuchtet wird und andererseits die Umsetzung von Art. 12 UNO-KRK in der Schweiz bilanziert wird.

⁵⁵ Vgl. Schmahl (Fn. 15), Art. 12 N 8.

⁵⁶ Vgl. dazu Schmahl (Fn. 15), Überblick zum Individualbeschwerdeverfahren, S. 469 ff.

⁵⁷ Vgl. Müller / Schefer (Fn. 20), S. 849.

deren Rechte oder Pflichten ein Rechtsanwendungsakt berühren soll bzw. deren Rechtsstellung durch einen Hoheitsakt unmittelbar betroffen wird.⁵⁸

Dies ist beispielsweise ohne jeglichen Zweifel dann zu bejahen, wenn in einem familienrechtlichen Verfahren über Kinderbelange entschieden wird, so etwa wo ein Kind oder Jugendlicher zu wohnen hat bzw. wie die Betreuungsanteile und der persönliche Verkehr ausgestaltet werden und wie der Kinderunterhalt zu bemessen ist.

Darüber hinaus garantiert auch die UNO-KRK die Subjektstellung von Minderjährigen in allen sie betreffenden Verfahren.

Vor diesem Hintergrund wird klar, dass **Kindern und Jugendlichen** – die etwa von einer Scheidung ihrer Eltern unmittelbar betroffen sind – bezüglich in einem Verfahren zu regelnde Kinderbelange von Verfassungen wegen **Parteistellung** zu-

ZKE 2017 S. 461, 472

kommt (vgl. dazu auch Ziff. 2 hiervor).⁵⁹ Es obliegt dem Gesetzgeber sowie den rechtsanwendenden Behörden diese Verfahren inkl. Entscheideröffnung (zuzüglich Informationen über mögliche Rechtsmittel) sowie die Parteistellung an sich kinds- und altersgerecht auszugestalten.

Die durch den Gesetzgeber zwar sicherlich gut gemeinten Bestimmungen insbesondere zur Anhörung und Vertretung des Kindes in familienrechtlichen Verfahren vermögen offensichtlich den völker- und verfassungsrechtlichen Vorschriften nicht zu genügen, da sie den Minderjährigen lediglich bruchstückhaft eine partielle Subjektstellung einräumen und etwa vor Bundesgericht bzw. im BGG⁶⁰ überhaupt keine entsprechenden Normen existieren.

4. Einschränkungen von Verfahrensgrundrechten?

Vorstehend wurde nachgewiesen, dass die Verfahrensgrundrechte auch für Kinder und Jugendliche gelten. Da ihnen in gewissen sie unmittelbar betreffenden Verfahren teilweise dennoch die Parteistellung abgesprochen wird (vgl. I. hiervor), stellt sich die Frage, ob dies allenfalls damit begründet werden kann, dass für Minderjährige die Verfahrensgrundrechte entsprechend eingeschränkt wurden.

Die Einschränkung von Verfahrensgrundrechten unterscheidet sich von der Einschränkung klassischer Freiheitsrechte. Im Wesentlichen gilt es drei Konstellationen zu unterscheiden. Für eine erste Gruppe von Verfahrensgrundrechten und Teilgehalten sind Einschränkungen grundsätzlich ausgeschlossen, da sie als eingriffsresistent gelten. Diese Verfahrensgrundrechte sind folglich entweder eingehalten oder – werden sie eingeschränkt – verletzt, d.h. Eingriff und Verletzung fallen entsprechend zusammen. Dies gilt insbesondere für gewisse Aspekte des gerechten Verfahrens, des rechtlichen Gehörs oder der unentgeltlichen Prozessführung. Die zweite Gruppe betrifft Konstellationen, bei denen Teilhalte von Verfahrensgrundrechten aufgrund besonderer Umstände in anderer als der üblichen Form gewährleistet werden. Insofern sind es keine eigentlichen Einschränkungen. So

⁵⁸ Vgl. BSK BV-Waldmann, Art. 29 N 11.

⁵⁹ Die Parteistellung (insb. in familienrechtlichen Verfahren) ebenfalls bejahend insb. Herzig (Fn. 8), N 140 ff.; Derselbe (Fn. 8) Prozessstandschaft, S. 158 m.w.H. und 167; Aebi-Müller / Herzig (Fn. 8), S. 106 f.; Kilde (Fn. 14), N 263 ff. m.w.H.; Severin Bischof, Stärkung der Kinderrechte als Präventivschutz vor häuslicher Gewalt, Diss., Zürich/St. Gallen 2016, S. 265 f.; bzgl. Kindesschutzverfahren: FamKomm ESR/Cottier, Art. 314 N 7 f.; BK ZGB-Affolter / Vogel, Art. 314 N 95; vgl. ferner BSK BV-Waldmann, Art. 29 N 10 f.

⁶⁰ Vgl. dazu BGer 5A_768/2011 (Nichteintreten auf Antrag der Beiständin, den Kindern einen Kinderanwalt nach Art. 299 ZPO zu bestellen). Auch nach Aebi-Müller (ZBJV 149/2013, S. 641, 647) wäre deshalb *«eine Anpassung der Rechtslage wünschenswert, denn gerade die hochstrittigen Fälle, die bis vor Bundesgericht ausgetragen werden, rufen nach einer verstärkten prozessualen Stellung des im Mittelpunkt des Streits – und damit zwischen den Fronten – stehenden Kindes»*.

können etwa Dringlichkeit und öffentliche Interessen gebieten, Betroffene vorerst vom Verfahren auszuschliessen und ihnen erst danach – wie etwa bei einer Telefonabhörung – die Möglichkeit zur Äusserung ein- zuräumen. Für eine dritte Gruppe von Verfahrensgrundrechten sind Einschränkungen möglich und entsprechend rechtlich auch vorgesehen. So etwa die in

ZKE 2017 S. 461, 473

Art. 29a und Art. 30 Abs. 2 und 3 BV statuierten Ausnahmen, die Einschränkung des Akteneinsichtsrechts oder dass sich Betroffene erst im Nachhinein zu einer gewissen Massnahme äussern können (so beispielsweise bei superprovisorisch angeordneten Kinderschutzmassnahmen). Es versteht sich von selbst, dass derartige Einschränkungen durch öffentliche Interessen gerechtfertigt und verhältnismässig sein sowie eine gesetzliche Grundlage haben müssen (vgl. Art. 36 BV). Diese findet sich teilweise in Verfahrensordnungen wie etwa der ZPO oder der StPO, teils in der Umschreibung des sachlichen Umfangs der betroffenen Garantie selbst.⁶¹

Vor diesem Hintergrund ist erstellt, dass **Minderjährigen in Verfahren**, von denen sie unmittelbar betroffen sind, **die Parteistellung** als solche **nicht unter Hinweis auf eine etwaige Einschränkung von Verfahrensgrundrechten abgesprochen werden kann**. Die vollständige Negierung der Parteistellung und damit die Degradierung zum blossen Objekt sind – wie gezeigt – rechtlich unzulässig, sie sind unverhältnismässig und stellen einen offenkundigen Verstoss gegen die Verfassung dar. Die durch die Bundesverfassung garantierten und einklagbaren Minimalgarantien können nämlich weder durch den Gesetzgeber noch den Rechtsanwender unterschritten werden.⁶² Die vollumfängliche Negierung der Parteistellung stellt eine verfassungswidrige Unterschreitung dar. Sie verletzt den grundrechtlichen Anspruch auf ein gerechtes Verfahren und auf rechtliches Gehör in eklatanter Weise.

In diesem Kontext ist zudem anzumerken, dass – spricht ein Gericht oder eine Verwaltungsbehörde einem von einem Verfahren direkt betroffenen Minderjährigen die Parteistellung ab und fällt in der Folge einen Nichteintretensentscheid – eine formelle Rechtsverweigerung vorliegen kann, was den verfassungs- und völkerrechtsmässigen Anspruch auf ein gerechtes Verfahren verletzt.⁶³

IV. Würdigung und Postulate

Dank der UNO-KRK hat ein eigentlicher Perspektivenwechsel stattgefunden. **Kinder und Jugendliche** werden nicht mehr lediglich als schutzbedürftige Rechtsobjekte, sondern auch als **eigenständige Rechtssubjekte** wahrgenommen, denen die verbrieften (Verfahrens-)Rechte genauso unveräusserlich zustehen wie Erwachsenen, wenn auch teilweise in einer alters- und kindspezifischen Ausgestaltung. Jeder Mensch – und damit auch Minderjährige – hat Anspruch auf Rechtsschutz, und in ihrem Anspruch auf Rechtsschutz sind alle Menschen gleich. Der Anspruch auf Rechtsschutz ist eines der zentralsten Rechte, die einem Menschen zukommen. Denn individuelle Rechte bleiben gänzlich inhaltsleer und ohne jegliche Wirkung, wenn sie nicht durchgesetzt werden können. Minderjährigen werden unveräusserliche Rechte zugestanden, weil sie als Kinder und Jugendliche (grund-)rechtsfähig sind und nicht etwa verwehrt, weil sie noch nicht erwachsen

ZKE 2017 S. 461, 474

⁶¹ Vgl. St. Galler Komm.\Steinmann, Art. 29 N 8 f.

⁶² Vgl. zu den einklagbaren Minimalgarantien BSK BV-Waldmann, Art. 29 N 6.

⁶³ Vgl. St. Galler Komm.\Steinmann, Art. 29 N 18 ff.



sind. Demzufolge werden Schutz und Rechte Minderjährigen um ihrer selbst willen garantiert.⁶⁴ In Ergänzung dazu gebietet auch die Verfassung, dass Minderjährige gleich wie Erwachsene als eigenständige Rechtssubjekte mit Parteistellung behandelt werden.

Jedes Jahr sind unzählige Kinder und Jugendliche von Gerichts- und Verwaltungsverfahren betroffen. Sie stehen in Asyl- oder Kindesschutzverfahren, werden Opfer von Straftaten oder sind durch die Trennung oder Scheidung ihrer Eltern belastet. Die besondere Vulnerabilität von Minderjährigen gebietet eine erhöhte Aufmerksamkeit des Staates bei der kinds- und altersgerechten Ausgestaltung des Verfahrensrechts.⁶⁵

Gestützt auf die vorstehenden Erläuterungen sind abschliessend folgende Postulate aufzustellen:

•**Kinder und Jugendliche müssen** ausreichend sowie kinds- und altersgerecht **informiert werden** (u.a. über Gegenstand und Ablauf des Verfahrens, anstehende Entscheide und ihre Auswirkungen, über ihre Rechte auf Partizipation [inkl. Anhörung], auf einen Kinderanwalt/eine Kinderanwältin, auf Entscheideröffnung sowie über das Recht, ein Rechtsmittel einzulegen), damit sie sich überhaupt ihre eigene Meinung bilden und ausdrücken können. Die diesbezügliche Praxis ist noch mangelhaft und muss verbessert werden.

•**Minderjährige**, die durch ein Verwaltungs- oder Gerichtsverfahren unmittelbar betroffen sind, **haben bezüglich Kinderbelange Parteistellung** und sind mithin als Partei zu behandeln. Deshalb sind sie im Rubrum gleich wie die übrigen Parteien zu nennen⁶⁶ und das Verfahren⁶⁷ sowie die Parteistellung an sich sind alters- und kindgemäss auszugestalten, denn nur so ist dem verfassungs- und völkerrechtlichen Anspruch auf ein faires Verfahren genüge getan.⁶⁸

•Die Behörden und Gerichte haben nicht nur aus den prozessrechtlich vorgeschriebenen Gründen die **Einsetzung einer Kindesvertretung zu prüfen**, sondern auch **aufgrund verfassungs- und völkerrechtlicher Garantien**, welche alle rechtsanwendenden Instanzen dazu verpflichten, den Anspruch auf ein faires Verfahren für Kinder und Jugendliche um- und durchzusetzen.

⁶⁴ Vgl. Schmahl (Fn. 15), Einleitung N 36; Regina Kiener, Das Recht auf effektiven Rechtsschutz, in: Zugang zum Recht, Vom Grundrecht auf einen wirksamen Rechtsschutz, Basel 2017, S. 23 ff., S. 23 f.

⁶⁵ Vgl. Kiener (Fn. 64), S. 32.

⁶⁶ Für die Aufnahme ins Rubrum spricht sich etwa auch Diggelmann (Fn. 14), S. 109 ff. aus, wobei «Verfahrensbeteiligter» suggerieren könnte, dass der Minderjährige nicht Parteistellung hat. Dies gilt es aber zu vermeiden, weshalb lieber z.B. von «direkt Betroffener» gesprochen werden sollte.

⁶⁷ Dazu gehören auch die äusseren Umstände wie etwa die Ausgestaltung der Verhandlungs- und Warteräume sowie die angemessene Schulung des beteiligten Personals. Vgl. zur Ermöglichung der Partizipationsrechte Simoni (Fn. 40), S. 91 ff.

⁶⁸ Vgl. Schmahl (Fn. 15), Art. 12 N 14.