



Bernhard Schnyder

Familie und Recht Famille et Droit

Festgabe
der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Freiburg
für
BERNHARD SCHNYDER
zum 65. Geburtstag

Mélanges
offerts par la Faculté de droit de l'Université de Fribourg
à
BERNHARD SCHNYDER
à l'occasion de son 65^e anniversaire

Herausgeber/Editeurs:
PETER GAUCH
JÖRG SCHMID
PAUL-HENRI STEINAUER
PIERRE TERCIER
FRANZ WERRO

Universitätsverlag Freiburg Schweiz
Editions universitaires Fribourg Suisse

1995

Gesetzliche Vertretungsmacht der Eltern für unmündige Kinder – Notwendigkeit oder Relikt patriarchalischer Familienstruktur?

Ingeborg Schwenzer, Dr. iur, LL.M.,
Professorin an der Universität Basel

I. Einleitung

Auf internationaler Ebene ist in letzter Zeit viel von den Rechten des Kindes die Rede. Das UN-Übereinkommen über die Rechte des Kindes von 1989¹, dem die Schweiz wohl in nächster Zukunft beitreten wird, ist Ausdruck, aber auch weiterer Anlass für diese Diskussion. Angelpunkte im Bereich des Privatrechts sind dabei bislang vor allem die Zuordnung der elterlichen Gewalt, das Recht auf persönlichen Verkehr, das Recht auf Kenntnis der genetischen Abstammung und die Stellung des Kindes im Prozess². Kaum wurde bislang erörtert, ob sich die gesetzliche Vertretungsmacht der Eltern eigentlich noch mit einem zeitgemässen, ausschliesslich am Wohl und den Rechten des Kindes orientierten Kindesrecht vereinbaren lässt, erscheint doch gerade dem kontinentaleuropäischen Juristen dieses Institut als selbstverständlich und für eine Teilnahme unmündiger Kinder am Rechtsverkehr geradezu unverzichtbar.

¹ Vgl. dazu die Botschaft betreffend den Beitritt der Schweiz zum Übereinkommen von 1989 über die Rechte des Kindes vom 29. Juni 1994, BB1 1994 V 1 ff.; vgl. auch I. Schwenzer, Die UN-Kinderrechtskonvention und das schweizerische Kindesrecht, AJP 1994, S. 817 ff.

² Zur Forderung nach einer allgemeinen Prozessvertretung auch in Fällen, in denen das Kind nicht Partei ist, siehe etwa C. Hegnauer, Die Wahrung der Kindesinteressen im Scheidungsprozess, AJP 1994, S. 888 ff.; ders., Der Anwalt des Kindes, ZVW 1994, S. 181 ff.; L. Salgo, Der Anwalt des Kindes – Die Vertretung von Kindern in zivilrechtlichen Kindesschutzverfahren – eine rechtsvergleichende Studie, Köln 1993.

II. Historische Entwicklung

Die historisché Wurzel der gesetzlichen Vertretungsmacht der Eltern im kontinentaleuropäischen Recht liegt vor allem im römischen Recht. Das unter der *patria potestas* stehende Hauskind war grundsätzlich vermögensunfähig, soweit ihm nicht ein Sondervermögen zur freien Bewirtschaftung eingeräumt war. Kinder unter sieben Jahren (*infantes*) waren völlig geschäftsunfähig, Unmündige über sieben Jahren (*impubes infantia maiores*) konnten rechtsgeschäftlich einen Vorteil erwerben, zu anderen Rechtsgeschäften benötigten sie die Mitwirkung eines Vormunds³. In den germanisch-deutschen Rechten⁴ konnten hingegen auch Unmündige Rechtsgeschäfte selbst abschliessen; der Unmündige wurde jedoch dadurch geschützt, dass er die während der Unmündigkeit geschlossenen Geschäfte bis zum Ablauf einer bestimmten Frist nach Eintritt der Mündigkeit widerrufen konnte. Nach den germanisch-deutschen Rechten war zwar auch ein Muntunterworfenener vermögensfähig. Er konnte jedoch einen Vertrag nicht gegen den Willen seines Muntwalts aus seinem Vermögen erfüllen, er benötigte hierzu vielmehr dessen Zustimmung. Mit der Rezeption wurde die römischrechtliche Regelung im wesentlichen übernommen mit der freilich bedeutenden, aus den deutschen Rechten des Mittelalters stammenden Abweichung, dass der Vormund als der direkte Stellvertreter des Mündels betrachtet wurde⁵. Zahlreiche Geschäfte eines Minderjährigen bedurften allerdings entsprechend der schon unter Konstantin entwickelten Praxis der Genehmigung der vormundschaftlichen Behörden⁶. Noch in den kantonalen Rechten des 19. Jahrhunderts galten für die Vertretung des Kindes durch den Inhaber der elterlichen Gewalt im wesentlichen dieselben Regeln wie für die Vormundschaft⁷. In Basel-Land musste dem Kind, das Vermögen erwarb, sogar in jedem Fall ein obrigkeitlicher Vormund bestellt werden⁸.

³ Vgl. Inst. 1, 21 pr.-2; Paul. D. 26, 8, 3.

⁴ Vgl. dazu H.-G. Knothe, Die Geschäftsfähigkeit der Minderjährigen in geschichtlicher Entwicklung, Frankfurt a.M./Bern 1983, S. 110 ff.

⁵ Vgl. H.-G. Knothe (FN 4), S. 116 f.

⁶ Vgl. H.-G. Knothe (FN 4), S. 151 ff.

⁷ Vgl. E. Huber, System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechts, 1. Bd., Basel 1886, S. 439. Auch der Erste Entwurf zum BGB verwandte bei der Umschreibung der elterlichen Gewalt nicht den Begriff der gesetzlichen Vertretung, sondern verwies auf die Rechtstellung des Vormunds, die diese umfasste (§§ 1503, 1649).

⁸ Vgl. E. Huber (FN 7), S. 466.

III. Gesetzliche Vertretungsmacht der Eltern im Rechtsvergleich

1. Schweizerisches Recht

Die gesetzliche Vertretungsmacht steht den Eltern heute nach Art. 304 Abs. 1 ZGB im Umfang der elterlichen Gewalt zu. Beschränkt ist die Vertretungsmacht der Eltern nur insoweit, als sie zu Lasten des Kindes keine Bürgschaften eingehen, keine erheblichen Schenkungen vornehmen und keine Stiftungen errichten dürfen (Art. 304 Abs. 3 i.V.m. Art. 408 ZGB)⁹. Sie entfällt ausserdem, soweit die Eltern Interessen haben, die denen des Kindes widersprechen (Art. 306 Abs. 2 i.V.m. Art. 392 Ziff. 2 ZGB)¹⁰. Hingegen wurde die Bindung der Eltern an die Mitwirkung der vormundschaftlichen Behörden, wie sie die kantonalen Rechte im 19. Jahrhundert vorsahen und wie sie heute noch im Rahmen von Art. 421, 422 ZGB für die Vormundschaft gilt, mit Schaffung des ZGB aufgehoben.

Selbst handlungsfähig ist das urteilsfähige unmündige Kind zunächst nur im Rahmen des Art. 19 Abs. 2 ZGB, d.h. soweit es um den Erwerb rechtlicher Vorteile oder um die Ausübung von Rechten geht, die ihm um seiner Persönlichkeit willen zustehen¹¹. Uneingeschränkte eigene Handlungs- und Prozessfähigkeit steht dem Kind lediglich in bezug auf das ihm zur Ausübung eines Berufs überlassene Vermögen und seinen eigenen Arbeitserwerb nach Art. 323 Abs. 1 ZGB zu¹², wobei freilich Abschluss und Auflösung des Arbeitsvertrages an die Zustimmung der Eltern gebunden bleiben, so dass das Kind im Ergebnis selbständig nur Verpflichtungen eingehen kann, die den ihm bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist zustehenden Lohn nicht übersteigen¹³.

⁹ Vgl. dazu M. Koeppel, Verbotene Geschäfte (insbesondere Art. 408 ZGB) – Ein Beitrag zum Handlungsfähigkeitsrecht, Diss. Freiburg i.Ue. 1989, S. 188 ff.

¹⁰ Vgl. hierzu BGE 107 II 105 ff.; BGE 118 II 101 ff.

¹¹ Zur Terminologie vgl. J.-M. Grossen, Das Recht der Einzelperson, SPR II (1967), S. 329 f.; vgl. auch E. Bucher, Berner Kommentar (1976), N 189 ff. zu Art. 19 ZGB.

¹² Vgl. hierzu V. Degoumois, Le nouvel article 323 CCS et l'autonomie du mineur, ZSR 1978, S. 113 ff.; BGE 112 II 102 ff.

¹³ Vgl. C. Hegnauer, Grundriss des Kindesrechts, 4. A., Bern 1994, S. 212; M. Stettler, Das Kindesrecht, SPR III/2, Basel/Frankfurt a.M. 1992, S. 410 f.

Weitergehende Handlungsfähigkeit besitzt der urteilsfähige Unmündige im Rahmen des Art. 412 ZGB, wenn ihm der selbständige Betrieb eines Berufs oder Gewerbes gestattet wurde.

2. Deutsches Recht

Das deutsche Recht ist dem schweizerischen Recht eng verwandt. In kontinentaleuropäischer Tradition geht es ebenfalls von der generellen gesetzlichen Vertretungsmacht der Eltern für ihre unmündigen Kinder aus (§ 1629 Abs. 1 BGB). Im Gegensatz zum schweizerischen Recht bedürfen jedoch nach §§ 1643 Abs. 1 i.V.m. 1821 und 1822 Ziff. 1, 3, 5, 8–11 BGB bestimmte, für das Kind besonders gefährliche Geschäfte der Genehmigung durch das Vormundschaftsgericht, wozu namentlich sämtliche Grundstücksgeschäfte, Erwerb und Veräußerung eines Erwerbsgeschäftes, Abschluss eines Gesellschaftsvertrages, Kreditaufnahme und Interzessionsgeschäfte gehören. Der Kreis der genehmigungspflichtigen Geschäfte ist allerdings immer noch enger gefasst als für einen Vormund. Ausgeschlossen ist die gesetzliche Vertretungsmacht der Eltern darüber hinaus in Fällen, in denen eine Interessenkollision zwischen Eltern und Kindern zu befürchten ist, wobei das deutsche Recht diese allerdings im Unterschied zum Schweizer Recht im einzelnen aufzählt (§ 1629 i.V.m. § 1795 BGB, § 181 BGB).

Was die eigene Handlungsfähigkeit des urteilsfähigen Unmündigen betrifft, so weicht das deutsche Recht vom schweizerischen ebenfalls nur in Randfragen ab¹⁴. Ermächtigen die Eltern das Kind in Dienst oder Arbeit zu treten, so ist das Kind nach § 113 BGB insoweit partiell handlungsfähig, als es alle Rechtsgeschäfte selbst vornehmen kann, die die Eingehung, Aufhebung und Erfüllung eines derartigen Dienst- oder Arbeitsverhältnisses mit sich bringt. Im Unterschied zum Schweizer Recht kann das Kind damit selbständig den Arbeitsvertrag abschliessen oder kündigen. Hingegen gibt diese Vorschrift – anders als Art. 323 Abs. 1 ZGB – dem Kind nicht die Befugnis zur wirksamen Verfügung über sein Arbeitseinkommen. Ergänzend zu § 113 BGB

¹⁴ § 110 BGB, der sog. «Taschengeldparagraph», wonach Verträge wirksam sind, wenn der Minderjährige die Leistung mit Mitteln bewirkt, die ihm zur freien Verfügung überlassen werden, ist lediglich die gesetzliche Regelung einer konkludenten Zustimmung des gesetzlichen Vertreters. Die einschlägigen Fälle wären im Schweizer Recht ebenso zu lösen.

normiert § 112 BGB eine partielle Handlungsfähigkeit, wenn der gesetzliche Vertreter den Minderjährigen zum selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäftes ermächtigt hat.

3. Anglo-amerikanisches Recht

Einen völlig anderen Ausgangspunkt als das kontinentaleuropäische Recht nimmt das anglo-amerikanische Recht ein. Die gesetzliche Vertretungsmacht der Eltern für ihre Kinder ist diesem fremd. Sie wird ersetzt durch verschiedene andere Institute.

Zunächst kann der Unmündige selbst Verträge abschliessen und Verfügungen vornehmen und durchsetzen. Zum Schutze des Minderjährigen sind diese Geschäfte jedoch nach englischem Recht grundsätzlich für den Minderjährigen selbst schwebend unwirksam und müssen nach Eintritt der Mündigkeit von diesem genehmigt werden; im US-amerikanischen sind sie anfechtbar, d.h. der Minderjährige hat das Recht, sie bis zum Ablauf einer vernünftigen Frist nach Eintritt der Mündigkeit zu widerrufen. Der mündige Vertragspartner ist hingegen in jedem Fall gebunden¹⁵. Eine Ausnahme vom Prinzip der Unverbindlichkeit des Vertrages für den Unmündigen gilt, wenn der Vertrag «necessaries» zum Gegenstand hat¹⁶, d.h. im wesentlichen Gegenstände, die zum täglichen Leben erforderlich sind. Hierzu zählen etwa Nahrung, Bekleidung, medizinische Versorgung und Unterkunft. Lehrverträge, die für den Minderjährigen günstig sind, fallen ebenfalls unter diese Ausnahmeregel¹⁷. Dagegen fallen Verträge, die der Minderjährige in Ausübung eines Gewerbes abschliesst, grundsätzlich nicht unter die Ausnahme der «necessaries», so dass auch ihre Wirksamkeit von der späteren Billigung durch den mündig Gewordenen abhängt¹⁸.

¹⁵ Vgl. für England: Chitty on Contracts, Bd. 1, 26. A., London 1989, N 554; für USA: E.A. Farnsworth, Farnsworth on Contracts, Bd. 1, Boston/Toronto/London 1990, §§ 4.4f.; H.H. Clark, The Law of Domestic Relations in the United States, 2. A., St. Paul (Minn.) 1988, § 8.2, S. 315 ff.

¹⁶ Vgl. für England: Section 3, Sale of Goods Act 1979; Chitty on Contracts (FN 15), N 556 ff.; für USA: H.H. Clark (FN 15), § 8.2, S. 316 f.

¹⁷ Vgl. für England: Chitty on Contracts (FN 15), N 571 ff.; Halsbury's Laws of England, 4. A., London 1993, Bd. 5 (2), Children and Young Persons, N. 622; für USA: American Jurisprudence 2d, San Francisco, Bd. 53, Master and Servant, §§ 8 ff.

¹⁸ Vgl. für England: Halsbury's Laws of England (FN 17), N. 620.

Auch im anglo-amerikanischen Recht beinhaltet die elterliche Gewalt (in England: parental responsibility, in den USA: custody) teilweise das Recht und die Pflicht der Eltern, das Vermögen des Kindes zu verwalten¹⁹, insbesondere Leistungen zu seinen Gunsten entgegenzunehmen²⁰. Im Gegensatz zum kontinentaleuropäischen Recht können die Eltern das Kind jedoch grundsätzlich nicht durch rechtsgeschäftliches Handeln in seinem Namen verpflichten. Soll ein dem Minderjährigen gehörendes Unternehmen durch die Eltern fortgeführt werden, so ist dies nur mit ausdrücklicher gerichtlicher Genehmigung möglich²¹. Auch insoweit wird der Unmündige jedoch nicht über seine eigene Mündigkeit hinaus gebunden.

Etwas anders gestaltet sich die Situation im Prozessrecht. Grundsätzlich sind auch im anglo-amerikanischen Recht unmündige Kinder nicht prozessfähig. Sie müssen vielmehr in Aktiv- und Passivprozessen von einem «next friend» oder einem «guardian ad litem» vertreten werden. Als «next friend» oder «guardian ad litem» kann jede erwachsene Person fungieren, deren Interessen nicht mit jenen des Unmündigen kollidieren. Eltern ist bei der Bestellung grundsätzlich der Vorrang einzuräumen²². Auch wenn insoweit das Kind durch die Eltern im Prozess vertreten wird, bestehen jedoch gravierende Unterschiede zum kontinentaleuropäischen Recht; denn der Prozessvertreter des Kindes wird vom Gericht überwacht und kann jederzeit seines Amtes enthoben und durch einen anderen ersetzt werden.

¹⁹ In England kann nach Section 1 (6) Law of Property Act ein Minderjähriger keine Eigentumsrechte an Grundstücken innehaben. Insoweit besteht lediglich ein trust.

²⁰ Vgl. für England: Halsbury's Laws of England (FN 17), N 731; für USA: American Jurisprudence 2d, San Francisco, Bd. 39, Guardian and Ward, § 76.

²¹ Vgl. für USA: American Jurisprudence 2d, San Francisco, Bd. 39, Guardian and Ward, § 82; vgl. auch American Jurisprudence 2d, San Francisco, Bd. 59, Parent and Child, § 39.

²² Vgl. für England: Halsbury's Laws of England (FN 17), N 1360, 1378; für USA: American Jurisprudence 2d, San Francisco, Bd. 39, Guardian and Ward, § 28.

IV. Praktische Bedeutung der gesetzlichen Vertretungsmacht der Eltern

Angesichts der Tatsache, dass das anglo-amerikanische Recht gänzlich ohne die gesetzliche Vertretungsmacht der Eltern auskommt, muss die Frage gestellt werden, wo heute die praktische Bedeutung dieses Instituts liegt.

1. Persönlicher Bereich

Im persönlichen Bereich hat die gesetzliche Vertretungsmacht der Eltern weder grosse Bedeutung noch Berechtigung. So normiert schon das Gesetz gewisse Teiljährigkeiten urteilsfähiger Unmündiger²³. Darüber hinaus besteht die gesetzliche Vertretungsmacht der Eltern nicht im Bereich der sog. absolut höchstpersönlichen Rechte²⁴. Urteilsfähige Unmündige handeln insoweit selbständig; urteilsunfähige Unmündige sind insoweit partiell rechtsunfähig²⁵. Bei den sog. relativ höchstpersönlichen Rechten²⁶ kann zwar nach Art. 19 Abs. 2 ZGB der

²³ Vgl. nur Art. 303 Abs. 3 ZGB, wonach das über 16-jährige Kind selbst über das religiöse Bekenntnis entscheidet.

²⁴ Die Terminologie ist uneinheitlich. A. Bucher, *Personnes physiques et protection de la personnalité*, 2. A., Basel/Frankfurt a.M. 1995, N 173, spricht von «unechten höchstpersönlichen Rechten» (*droits strictement personnels improprement dits*); M. Stettler (FN 13), S. 398, von höchstpersönlichen Rechten ersten Grades. Vgl. auch BGE 117 II 7f.

²⁵ Vgl. BGE 117 II 7f.; BGE 116 II 387; BGE 114 Ia 362; E. Bucher, *Berner Kommentar* (1976), N 206 zu Art. 19 ZGB; J.-M. Grossen, *Das Recht der Einzelperson*, SPR II, Basel/Stuttgart, S. 328f.; P. Tuor/B. Schnyder/J. Schmid, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*, 11. A., Zürich 1995, S. 79f.

²⁶ Auch hier ist die Terminologie uneinheitlich. A. Bucher (FN 24), N 161 und M. Stettler (FN 13), S. 405f. verstehen unter den relativ höchstpersönlichen Rechten diejenigen, die vom urteilsfähigen Unmündigen nur mit Zustimmung des gesetzlichen Vertreters ausgeübt werden können. J.-M. Grossen (FN 25), S. 329, fasst den Begriff nicht einheitlich, sondern nimmt Differenzierungen vor. H. Deschenaux/P.-H. Steinauer, *Personnes physiques et tutelle*, 2. A. Bern 1986, N 219ff., S. 968ff. dagegen lehnen eine Klassifikation der höchstpersönlichen Rechte i.S. des Art. 19 Abs. 2 ZGB in verschiedene Kategorien ausdrücklich ab. Dies werde dem gesetzlichen System nicht gerecht. Vielmehr sei von einem Regel-Ausnahmeverhältnis auszugehen.

Urteilsfähige auch selbst handeln, daneben ist aber Vertretung durch die Eltern nach teilweise vertretener Meinung²⁷ nicht ausgeschlossen.

2. Vermögensbereich

Auch im Vermögensbereich dürfte im Leben der Mehrheit der Kinder die gesetzliche Vertretungsmacht der Eltern von nur äusserst geringer praktischer Relevanz sein. Alltägliche Verträge für das Kind, wie z.B. Kauf von Nahrung, Kleidung und sonstigen Gebrauchsgegenständen, Musik- oder Sportunterricht, ärztliche Behandlung, Besuch eines Kindergartens oder einer Privatschule, Ferienlager, Reisen und sonstige Beförderung, werden nicht im Namen des Kindes geschlossen. Kein vernünftiger Vertragspartner würde sich darauf einlassen, sich wegen der Gegenleistung an ein vermögensloses Kind verweisen zu lassen. Solche Verträge werden vielmehr von den Eltern im eigenen Namen, ggf. als Vertrag zugunsten des Kindes nach Art. 112 OR geschlossen. Im übrigen entspricht der Abschluss dieser Verträge durch die Eltern selbst als Vertragspartner auch ihrer Unterhaltungspflicht gegenüber dem Kind.

Relevanz besitzt die gesetzliche Vertretungsmacht der Eltern nur in den Fällen, in denen das Kind in nennenswertem Umfang eigenes Vermögen besitzt. Dies kann einmal der Fall sein im Wege der Erbschaft oder Schenkung²⁸, wobei zu berücksichtigen ist, dass die Fälle, in denen unmündige Kinder erben, aufgrund gestiegener Lebenserwartung immer seltener werden. Denkbar ist jedoch auch, dass ein unmündiges Kind durch eigene Arbeit ein grösseres Vermögen erwirbt; man denke insoweit nur an Kinderstars in Sport und Film, wie etwa Martina Hingis oder McCauly Culkin.

²⁷ Vgl. E. Bucher, Berner Kommentar (1976), N 207ff. zu Art. 19 ZGB: «Der Ausschluss der Vertretungsbefugnis des gesetzlichen Vertreters ist keineswegs zwangsläufig in der Verleihung der Geschäftsfähigkeit für den höchstpersönlichen Bereich in ZGB 19/II mit enthalten ...». Vielmehr rechtfertige sich eine differenzierende Auffassung. Dies gelte jedenfalls soweit, als der Unmündige das fragliche Rechtsgeschäft nicht ausdrücklich ablehnt.

²⁸ Vgl. hierzu C. Hegnauer, Vormundschaftliche Mitwirkung bei Schenkungen von Eltern an ihre unmündigen Kinder (Art. 306 Abs. 2, 392 Ziff. 2, 422 Ziff. 7 ZGB), ZVW 1988, S. 106ff.; H. Köhler, Grundstücksschenkung an Minderjährige – ein «lediglich rechtlicher Vorteil»?; JZ 1983, S. 25ff. Immer häufiger sind auch Fälle, in denen Kinder auf dem Wege der vorweggenommenen Erbfolge zu Vermögen gelangen.

3. Prozessrecht

Bedeutung hat die gesetzliche Vertretung schliesslich auch im Prozessrecht, soweit das urteilsfähige unmündige Kind nicht selbst handlungsfähig und damit grundsätzlich auch prozessfähig ist²⁹. Dabei kann es für unmündige Kinder zunächst um Statusprozesse, wie etwa Anfechtung der Vaterschaft oder Vaterschaftsklage gehen, sowie um Unterhaltsprozesse gegen einen oder beide Elternteile. Daneben kommen vor allem Haftpflichtprozesse in Betracht, sei es dass das Kind als Opfer eines Unfalls selbst klagt, oder dass es aufgrund eigener Unfallverursachung als Beklagter ins Recht gefasst wird. Andere Prozesstypen, wie z.B. Erbschaftsstreitigkeiten, sind wiederum eher selten. Soweit das Kind in nennenswertem Umfang eigenes Vermögen besitzt, sind schliesslich Prozesse in Zusammenhang mit der Verwaltung dieses Vermögens bzw. allfälliger Geschäftstätigkeit denkbar.

V. Problematik der gesetzlichen Vertretungsmacht der Eltern

Betrachtet man die obengenannten Lebensbereiche, in denen die gesetzliche Vertretungsmacht der Eltern heute ihre Relevanz entfaltet, so stellt sich die Frage, ob insoweit die automatische Zuständigkeit der Eltern mit dem Primat des Kindeswohls und den in zunehmendem Masse anerkannten Rechten des Kindes überhaupt zu vereinbaren ist.

1. Höchstpersönliche Rechte

Für die absolut höchstpersönlichen Rechte wurde oben bereits dargelegt, dass insoweit gesetzliche Vertretungsmacht keinen legitimen Platz hat. Dem vorrangigen Recht der Eltern, über ihre Erziehung auf die Entwicklung des Kindes einzuwirken, kann hier – wie es das Gesetz

²⁹ Ausführlich zur beschränkten Prozessfähigkeit R. Schätzle, Das Kind im Zivilprozess, Diss. Zürich 1982, S. 34ff.

heute unternimmt³⁰ – durch Zustimmungserfordernisse Rechnung getragen werden.

Im Bereich der relativ höchtpersönlichen Rechte kommt hingegen gesetzliche Vertretungsmacht der Eltern durchaus in Betracht. Zu unterscheiden ist insoweit zwischen den urteilsfähigen Unmündigen einerseits und den urteilsunfähigen Unmündigen andererseits.

Urteilsfähige Unmündige können auch im Bereich der relativ höchtpersönlichen Rechte nach Art. 19 Abs. 2 ZGB zunächst selbst handeln. Teilweise wird jedoch die Auffassung vertreten, dass daneben auch die Eltern aufgrund ihrer gesetzlichen Vertretungsmacht tätig werden können, jedenfalls soweit der Wille des urteilsfähigen Kindes nicht entgegensteht³¹. Es fragt sich, ob die konkurrierende Zuständigkeit der Eltern insoweit angemessen ist. Warum sollen Eltern für ihr urteilsfähiges Kind die Erklärung zum Beitritt zu einem Verein gemäss Art. 60ff. ZGB³², den Antrag auf Namensänderung nach Art. 30 Abs. 1 ZGB³³ abgeben können, sofern vom Kind nicht selbst eine entsprechende Initiative ausgeht? Die konkurrierende Zuständigkeit der Eltern heisst insoweit, die Rechte des Kindes nicht ernst zu nehmen³⁴. Soweit im Einzelfall das Kind seine Rechte aus Nachlässigkeit oder Unerfahrenheit nicht geltend macht, mag man immer noch erhöhte Anforderungen an die Urteilsfähigkeit stellen.

Anders scheint es zunächst beim urteilsunfähigen Unmündigen auszugehen, der nicht selbst in der Lage ist, seine höchtpersönlichen

³⁰ Vgl. z.B. Art. 90 Abs. 2 ZGB, Art. 96 Abs. 2 ZGB, Art. 98 ZGB, Art. 183 Abs. 2 ZGB und Art. 184 ZGB, Art. 260 Abs. 2 ZGB.

³¹ Vgl. FN 27.

³² A. Bucher (FN 24), N 160, betrachtet das Recht, Mitglied eines Vereins zu werden oder zu sein, als absolut höchtpersönliches Recht. Auch E. Bucher, Berner Kommentar (1976), N 281 zu Art. 19 ZGB qualifiziert die Befugnis, an der Gründung eines ideellen Vereins rechtsgeschäftlich mitzuwirken bzw. eine Beitrittserklärung abzugeben, als höchtpersönlich i.S. von Art. 19 Abs. 2 ZGB. Vgl. auch R. Frank, Der Minderjährige und das Vereinsrecht – zugleich ein Beitrag zu seiner Haftbarkeit, ZSR 1989, S. 339ff.

³³ Gegen die gesetzliche Vertretung eines urteilsfähigen Unmündigen beim Namensänderungsgesuch auch E. Bucher, Berner Kommentar (1976), N 237 zu Art. 19 ZGB; A. Bucher (FN 24), N 157, 823; M. Stettler (FN 13), S. 400. Vgl. auch BGE 117 II 6ff.

³⁴ Wird die Vertretungsmacht der Eltern bei den relativ höchtpersönlichen Rechten ausgeschlossen, so hat dies zur Folge, dass der Vertragspartner abklären muss, ob der Minderjährige urteilsfähig ist oder nicht. Bei Urteilsunfähigkeit ist die Vertretungshandlung gültig, bei Urteilsfähigkeit hingegen nicht. Insoweit muss der Verkehrsschutz zurücktreten.

Rechte auszuüben und deshalb der Vertretung bedarf. Fraglich ist jedoch, ob insoweit die gesetzliche Vertretungsmacht durch die Eltern erforderlich ist, bzw. dieses Institut wirklich dem Kindeswohl dient.

Praktisch bedeutsam wird die Thematik zunächst bei der medizinischen Behandlung³⁵. Aufgrund ihrer gesetzlichen Vertretungsmacht müssen die Eltern für das Kind der Behandlung zustimmen. Denkbar wäre jedoch auch eine dogmatische Konstruktion, die – wie beim bewusstlosen Erwachsenen etwa – am hypothetischen Kindeswillen ansetzt; der Wille der Eltern wäre dann ein Kriterium zur Bestimmung des Kindeswillens. Im Falle unterschiedlicher Auffassung zwischen Ärzten und Eltern über die Notwendigkeit einer Heilbehandlung müsste – wie übrigens oftmals heute schon – ein Beistand für das Kind bestellt werden.

Als weiteres Beispiel sei hier der Antrag auf Namensänderung nach Art. 30 Abs. 1 ZGB erwähnt, wie er insbesondere bei Eingliederung des Kindes in eine Stieffamilie meist gestellt wird³⁶. Hier wird die die elterliche Gewalt innehabende Mutter regelmässig auch eigene Interessen verfolgen, da die Stieffamilie nach aussen hin als «normale» Familie erscheinen will. Das Interesse des Kindes an Namenskontinuität mag hingegen in die andere Richtung weisen. Zwar wird im Rahmen der wichtigen Gründe, die für eine Namensänderung erforderlich sind, das Kindeswohl berücksichtigt; man mag sich aber fragen, ob nicht schon im Vorfeld die gesetzliche Vertretungsmacht der Eltern wegen möglicher Interessenkollision unangemessen ist.

Als letztes Beispiel sei die Zustimmung zum Eingriff in Persönlichkeitsrechte, wie z.B. das Recht am eigenen Bild bei Werbe- oder Filmaufnahmen, genannt. Auch hier kann nicht per se davon ausgegangen werden, dass die gesetzliche Vertretungsmacht am besten dem Wohl des Kindes dient. Nicht selten werden hier Kinder zur Befriedigung narzisstischer Bedürfnisse der Eltern instrumentalisiert, und der Starummel kann die psychische Entwicklung eines Kindes nachhaltig beeinflussen. Sollte hier nicht eine Person vorgeschaltet werden, die unabhängig die Kindeswohlgeeignetheit überprüft?

³⁵ Vgl. E. Bucher, Der Persönlichkeitsschutz beim ärztlichen Handeln, in: Berner Tage für die Juristische Praxis 1984, Arzt und Recht, Bern 1985, S. 39, 43ff.; J. Rehberg, Ärztliches Berufsgeheimnis und gesetzlicher Vertreter des Patienten, in: FS Schwarz, Bern 1968, S. 23ff.

³⁶ Gemäss konstanter Rechtsprechung ist die gesetzliche Vertretung des urteilsunfähigen Unmündigen beim Antrag auf Namensänderung zulässig. Siehe zuletzt BGE 117 II 7f.

2. Vermögensrechte

a) Einer der häufigsten Fälle, wie Kinder zu Vermögen gelangen, ist der Erbgang, und hier wiederum die Erbfolge nach dem Tod eines Elternteils oder u.U. auch von Grosseltern. In den meisten Fällen sind die Eltern wohl selbst an der Erbaueinandersetzung beteiligt, so dass insoweit ohnehin nach Art. 306 Abs. 2 i.V.m. Art. 392 Ziff. 2 ZGB ein Beistand für das Kind zu bestellen ist³⁷. In anderen, selteneren Fällen, wie z.B. testamentarische Einsetzung eines Kindes durch einen Paten, könnte man die spezielle Bestellung eines Vertreters für das Kind, die freilich auch von den Eltern wahrgenommen werden könnte, durchaus in Erwägung ziehen, ohne dass etwa durch die damit verbundene zeitliche Verzögerung das Kindeswohl Schaden nehmen würde.

b) Problematisch ist die Verwaltung des Kindesvermögens und die damit verbundene Vertretung des Kindes im rechtsgeschäftlichen Bereich. Kann allein aus der Elternstellung als solcher die Fähigkeit der Eltern abgeleitet werden, z.B. ein grosses Vermögen zu verwalten oder ein Unternehmen zu führen? Die Frage stellen, heisst sie verneinen. Nun mag man einwenden, dass die Eltern in diesen Fällen unter die Aufsicht der Vormundschaftsbehörde gestellt werden können, indem diese nach Art. 318 Abs. 3 ZGB³⁸ periodische Rechnungstellung und Berichterstattung anordnet, um notfalls nach Art. 324, 325 ZGB geeignete Massnahmen zum Schutz des Kindesvermögens bis hin zur Entziehung der Verwaltung anzuordnen. Dieser Schutz ist jedoch in der Praxis nur sehr bedingt wirksam. Zunächst erhält die Vormundschaftsbehörde überhaupt nur bei Scheidungen und Erbfällen Kenntnis von der Existenz eines Kindesvermögens. Bei Schenkungen oder Arbeiterwerb des Kindes erfährt die Vormundschaftsbehörde mangels Meldepflicht der Steuerbehörden oder anderer Behörden nichts vom Vorhandensein von Kindesvermögen. Faktisch beschränkt sich die Aufsichtsmöglichkeit der Vormundschaftsbehörde damit auf die Fälle des Art. 318 Abs. 2 ZGB, d.h. wo die elterliche Gewalt nur einem Elternteil zusteht. Doch auch dann wird von den Möglichkeiten des Art. 318 Abs. 3 ZGB, soweit diese namentlich bei mit Laien besetzten

³⁷ Eine Interessenkollision lag auch im BGE 118 II 101 vor, in dem die Mutter als gesetzliche Vertreterin ihrer Kinder einen Erbaufkaufvertrag mit den Eltern des verstorbenen Vaters abschloss.

³⁸ Vgl. hierzu C. Hegnauer, Der präventive Schutz des Kindesvermögens durch die Vormundschaftsbehörde (Art. 318 Abs. 3 ZGB), ZVW 1979, S. 136 ff.

Vormundschaftsbehörden in kleineren Gemeinden überhaupt bekannt sind, praktisch nie oder äusserst selten Gebrauch gemacht³⁹; Massnahmen nach Art. 324, 325 ZGB werden nach Auskunft verschiedener Vormundschaftsbehörden so gut wie nie angeordnet. Von daher fragt sich, ob nicht eine Lösung wie jene des anglo-amerikanischen Rechts, die den Eltern nicht automatisch das Verwaltungs- und Vertretungsrecht auch bei grösserem Kindesvermögen einräumt, sondern eine gerichtliche Bestellung hierfür erfordert, grössere Gewähr für die Wahrung der Kindesinteressen bietet.

Doch auch wenn man die gesetzliche Vertretungsmacht nur aufgrund gerichtlicher Bestellung eintreten lassen würde, wäre damit ein weiteres Problem noch nicht ausgeräumt. Die gesetzliche Vertretungsmacht ist grundsätzlich unbeschränkt; die Eltern können das Kind auch über den Eintritt der Mündigkeit hinaus verpflichten. Die Problematik wird besonders deutlich anhand eines Falles, der das deutsche Bundesverfassungsgericht⁴⁰ im Jahre 1986 beschäftigt hat. Die Mutter führte für sich selbst und für ihre unmündigen Töchter das vom Vater ererbte Unternehmen weiter. In diesem Zusammenhang gab sie im eigenen Namen und im Namen der Töchter gegenüber einem Gläubiger des Unternehmens ein Schuldbekenntnis über DM 851 000.– zuzüglich 12% Zinsen ab, dessen Wirksamkeit der Gläubiger auch gegenüber den Töchtern festgestellt wissen wollte. Der deutsche Bun-

³⁹ Nach Auskunft der Vormundschaftsbehörde Zürich wurden im Jahre 1994 drei Massnahmen, im Jahre 1993 zwei Massnahmen nach Art. 318 Abs. 3 ZGB angeordnet.

⁴⁰ Vgl. BVerfGE 72, 155; vgl. hierzu und zur Diskussion in Deutschland allgemein S. Hertwig, Verfassungsrechtliche Determination des Minderjährigenschutzes, FamRZ 1987, S. 124 ff.; U. Hüffer, Die Fortführung des Handelsgeschäfts in ungeteilter Erbgemeinschaft und das Problem des Minderjährigenschutzes – Überlegungen zu den Entscheidungen BGHZ 92, 259 und BVerfG WM 1986, 828, ZGR 1986, S. 603 ff.; J. May, Minderjährigkeit und Haftung – ein Gesetzesentwurf nach dem Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 13. Mai 1986, Diss. Bonn 1991; L.M. Peschel-Gutzeit, Elterliche Vertretung und Minderjährigenschutz, FamRZ 1993, S. 1009 ff.; T. Ramm, Die gesetzliche Vertretung durch die Eltern: überholt und verfassungswidrig, NJW 1989, S. 1708 ff.; D. Reuter, Elterliche Sorge und Verfassungsrecht, AcP 1992, S. 108 ff.; K. Schmidt, Die gesetzliche Vertretung durch die Eltern: notwendig und verfassungsmässig, NJW 1989, S. 1712 ff.; ders., Gesetzliche Vertretung und Minderjährigenschutz im Unternehmensprivatrecht, BB 1986, S. 1238 ff.; R. Thiele, Die Auswirkungen des Beschlusses des Bundesverfassungsgerichtes vom 13.05.1986 auf die elterliche Vertretungsmacht im Zusammenhang mit Personalunternehmen, FamRZ 1992, S. 1001 ff.; M. Wolf, Vermögensschutz für Minderjährige und handelsrechtliche Haftungsgrundsätze, AcP 1987, S. 319 ff.

ters für das Kind unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls verlangt, keine grundstürzende Änderung.

Für Prozesse in Zusammenhang mit der Verwaltung des Kindesvermögens und allfälliger Ausübung einer Geschäftstätigkeit gilt das zum materiellen Recht Gesagte. Jedenfalls muss sichergestellt werden, dass das Kind nicht über die Mündigkeit hinaus mit Schulden – und rühren sie auch aus Prozesskosten her – belastet wird.

Schliesslich bleiben als letzte Gruppe die Haftpflichtprozesse. Zwar wird hier, sofern die Eltern nicht mitbeteiligt sind, nur selten eine Interessenkollision vorliegen. Gleichwohl kann man sich fragen, ob es dem Kindeswohl nicht förderlicher wäre, auch hier in jedem Einzelfall zu entscheiden, ob die Eltern in der Lage sind, einen solchen Prozess für das Kind zu führen.

VI. Schlussbetrachtung

Die gesetzliche Vertretungsmacht der Eltern ist aufgrund historischer Tradition im kontinentaleuropäischen Rechtsbewusstsein so tief verwurzelt, dass es als Sakrileg erscheinen muss, ihre Berechtigung anzuzweifeln. Mit den vorstehenden Ausführungen wurde versucht aufzuzeigen, dass der gesetzlichen Vertretungsmacht der Eltern einerseits für die Praxis gar keine allzu grosse Bedeutung zukommt, dass sie aber andererseits in den Fällen, in denen sie eine Rolle spielt, trotz der Möglichkeit einer gewissen Kontrolle durch die Vormundschaftsbehörde mit nicht unerheblichen Gefahren für das Kind verbunden sein kann. In einem Zeitalter, das sich dem Wohl und den Rechten des Kindes verpflichtet fühlt, muss deshalb auch das Sakrileg der Infragestellung so althergebrachter Institute wie dem der gesetzlichen Vertretungsmacht der Eltern erlaubt sein. Mögliche alternative Lösungen konnten hier schon aus Raumgründen nur ansatzweise skizziert werden. Sie zu präzisieren muss einer eingehenden Diskussion der Gesamtproblematik vorbehalten bleiben.

Literatur

American Jurisprudence 2d, Bd. 39, Guardian and Ward, Bd. 53, Master and Servant, Bd. 59, Parent and Child, San Francisco; Botschaft

betreffend den Beitritt der Schweiz zum Übereinkommen von 1989 über die Rechte des Kindes vom 29. Juni 1994, BBl 1994 V 1ff.; Bucher, A., Natürlich Personen und Persönlichkeitsschutz, 2. A., Basel/Frankfurt a.M. 1995; Bucher, E., Berner Kommentar, Das Personenrecht, Art. 11–26 ZGB, 3. A., Bern 1976; Bucher, E., Der Persönlichkeitsschutz beim ärztlichen Handeln, in: Berner Tage für die Juristische Praxis 1984, Arzt und Recht, Bern 1985, S. 39ff.; Chitty on Contracts, Bd. 1, 26. A., London 1989; Clark, H.H., The Law of Domestic Relations in the United States, 2. A., St. Paul (Minn.) 1988; Degoumois, V., Le nouvel article 323 CCS et l'autonomie du mineur, ZSR 1978, S. 113ff.; Deschenaux, H./Steinauer, P.-H., Personnes physiques et tutelle, 2. A. Bern 1986; Farnsworth E.A., Farnsworth on Contracts, Bd. 1, Boston/Toronto/London 1990; Frank, R., Der Minderjährige und das Vereinsrecht – zugleich ein Beitrag zu seiner Haftbarkeit, ZSR 1989, S. 339ff.; Grossen, J.-M., Das Recht der Einzelperson, SPR II, Basel/Stuttgart 1967; Halsbury's Laws of England, 4. A., London 1993, Bd. 5 (2); Hegnauer, C., Berner Kommentar, Die Entstehung des Kindesverhältnisses, Art. 252–269c ZGB, 4. A., Bern 1984; Hegnauer, C., Der Anwalt des Kindes, ZVW 1994, S. 181ff.; Hegnauer, C., Der präventive Schutz des Kindesvermögens durch die Vormundschaftsbehörde (Art. 318 Abs. 3 ZGB), ZVW 1979, S. 136ff.; Hegnauer, C., Die Wahrung der Kindesinteressen im Scheidungsprozess, AJP 1994, S. 888ff.; Hegnauer, C., Grundriss des Kindesrechts, 4. A., Bern 1994; Hegnauer, C., Vormundschaftliche Mitwirkung bei Schenkungen von Eltern an ihre unmündigen Kinder (Art. 306 Abs. 2, 392 Ziff. 2, 422 Ziff. 7 ZGB), ZVW 1988, S. 106ff.; Hertwig, S., Verfassungsrechtliche Determination des Minderjährigenschutzes, FamRZ 1987, S. 124ff.; Huber, E., System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechts, 1. Bd., Basel 1886; Hüffer, U., Die Fortführung des Handelsgeschäfts in ungeteilter Erbengemeinschaft und das Problem des Minderjährigenschutzes – Überlegungen zu den Entscheidungen BGHZ 92, 259 und BVerfG WM 1986, 828, ZGR 1986, S. 603ff.; Knothe, H.-G., Die Geschäftsfähigkeit der Minderjährigen in geschichtlicher Entwicklung, Frankfurt a.M./Bern 1983; Koepfel, M., Verbotene Geschäfte (insbesondere Art. 408 ZGB) – Ein Beitrag zum Handlungsfähigkeitsrecht, Diss. Freiburg i.Ue. 1989; Köhler, H., Grundstücksschenkung an Minderjährige – ein «lediglich rechtlicher Vorteil»? , JZ 1983, S. 25ff.; May, J., Minderjährigkeit und Haftung – ein Gesetzesentwurf nach dem Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 13. Mai 1986, Diss. Bonn 1991; Müller-Freienfels, W., Die

Vertretung beim Rechtsgeschäft, Tübingen 1955; Peschel-Gutzeit, L.M., Elterliche Vertretung und Minderjährigenschutz, FamRZ 1993, S. 1009ff.; Ramm, T., Die gesetzliche Vertretung durch die Eltern: überholt und verfassungswidrig, NJW 1989, S. 1708ff.; Rehberg, J., Ärztliches Berufsgeheimnis und gesetzlicher Vertreter des Patienten, in: FS Schwarz, Bern 1968, S. 23ff.; Reuter, D., Elterliche Sorge und Verfassungsrecht, AcP 1992, S. 108ff.; Salgo, L., Der Anwalt des Kindes – Die Vertretung von Kindern in zivilrechtlichen Kindesschutzverfahren – eine rechtsvergleichende Studie, Köln 1993; Schätzle, R., Das Kind im Zivilprozess, Diss. Zürich 1982; Schmidt, K., Die gesetzliche Vertretung durch die Eltern: notwendig und verfassungsmässig, NJW 1989, S. 1712ff.; Schmidt, K., Gesetzliche Vertretung und Minderjährigenschutz im Unternehmensprivatrecht, BB 1986, S. 1238ff.; Schwenger, I., Die UN-Kinderrechtskonvention und das schweizerische Kindesrecht, AJP 1994, S. 817ff.; Stettler, M., Das Kindesrecht, SPR III/2, Basel/Frankfurt a.M. 1992; Thiele, R., Die Auswirkungen des Beschlusses des Bundesverfassungsgerichtes vom 13.05.1986 auf die elterliche Vertretungsmacht im Zusammenhang mit Personalunternehmen, FamRZ 1992, S. 1001ff.; Tuor, P./Schnyder, B./Schmid J., Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 11. A., Zürich 1995; Wolf, M., Vermögensschutz für Minderjährige und handelsrechtliche Haftungsgrundsätze, AcP 1987, S. 319ff.