

Kaleidoskop des Familien- und Erbrechts

Liber amicarum
für Alexandra Rumo-Jungo

Kaleidoskop des Familien- und Erbrechts

Liber amicarum
für Alexandra Rumo-Jungo

Herausgegeben von

Paul Eitel
Alexandra Zeiter

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, vorbehalten. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2014
ISBN 978-3-7255-7103-1

www.schulthess.com

Inhaltsübersicht

Dank	V
Vorwort	VII
Abkürzungen	XI
DANIEL ABT/MARTIN KÜNZLI	
Stinkende Fälle: Entwicklungen, Erfahrungen, Erkenntnisse	1
ANDREA BÄDER FEDERSPIEL	
Vorbezüge für Wohneigentum in der Revision des Vorsorgeausgleichs	29
GIAN BRÄNDLI	
Gemeinschaftliches Eigentum an Grundstücken in der güterrechtlichen Auseinandersetzung	51
PAUL EITEL/MELANIE FRIEDRICH	
Enkelerbrecht de lege lata und de lege ferenda	71
SYBILLE GASSNER	
Das Vertretungsrecht der Pflegeeltern	89
REGULA GERBER JENNI	
Kindesvertretung in familienrechtlichen Verfahren – Streiflichter aus Praxis und Theorie	107
TARKAN GÖKSU	
Das Rechtsbegehren der Erbteilungsklage	127
CHRISTOPHE A. HERZIG	
Prozessstandschaft im Kindesunterhaltsrecht – quo vadis?	147
SANDRA IMBACH	
Abänderung einer nachehelichen Unterhaltsrente infolge Arbeitslosigkeit?	169
TABEA S. JENNY	
Besitzesänderung durch Ausstellung der Erbbescheinigung?	195
GISELA KILDE	
Anhörung des Kindes in familienrechtlichen Verfahren	205
MARKUS KRAPF	
Praktische Probleme bei der Koordination von Unterhaltsbeiträgen mit den Kinderrenten der IV und der beruflichen Vorsorge	221

NADJA MAJID

Die Urteilsfähigkeit der minderjährigen Patientin mit Bezug auf den
Abschluss eines Vertrages über eine medizinische Behandlung 241

LUCIE MAZENAUER

Elterliche Sorge, Obhut, Aufenthaltsbestimmungsrecht und internationale
Kindesentführung – der Anwendungsbereich des HKÜ unter altem und neuem Recht 261

ALEXANDRA ZEITER

Wertveränderungen zwischen Erbgang und Erbteilung 281

Prozessstandschaft im Kindesunterhaltsrecht – quo vadis?

CHRISTOPHE A. HERZIG*

Inhaltsübersicht

1. Einleitung	149
1.1 Modus Procedendi	149
1.2 Der Begriff der Prozessstandschaft	149
1.3 Rechtshistorischer Abriss zur Geburtsstunde der Prozessstandschaft	151
1.4 Ausgewählte Anwendungsbereiche der Prozessstandschaft	153
1.4.1 Veräußerung des Streitobjekts	153
1.4.2 Verwaltung der Erbschaft	153
1.4.3 Abtretungsgläubiger	154
1.4.4 Gesetzliche Vertreter?	154
2. Die Prozessstandschaft im Kindesrecht	154
2.1 Vorbemerkungen	154
2.2 Prozessstandschaft im Abstammungsrecht	154
2.3 Prozessstandschaft im Kindesunterhaltsrecht?	155
2.3.1 Vorbemerkungen	155
2.3.2 Gegenüberstellung der Prozessstandschaft im Abstammungsrecht und derjenigen im Kindesunterhaltsrecht	156
2.3.3 Gesetzliche Sonderbestimmungen im Rahmen von Scheidung und Eheschutz?	157
2.3.4 Alles umfassende Prozessstandschaft? Eine bundesgerichtliche Odyssee	161
3. Ergebnis und Postulate	166

* Dr. iur., Rechtsanwalt, Assistent am Lehrstuhl von Prof. Alexandra Rumo-Jungo von 2008 bis 2011, Lehrbeauftragter an der Hochschule Luzern.

Literaturverzeichnis

KURT AFFOLTER, Anzehrung des Kindesvermögens von Vollwaisen zur Deckung des Unterhaltsbedarfs?, ZVW 2005, S. 220 ff.; JÖRG BEINERT, Die Prozessstandschaft im schweizerischen Recht, Diss. Basel 1963 (Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Heft 67); BERNHARD BERGER/ANDREAS GÜNGERICH, Zivilprozessrecht, Bern 2008; ANDREAS BUCHER, Aspects internationaux du nouveau droit du divorce, SJ 2001, S. 25 ff.; CHARALAMBOS N. FRAGISTAS, Die Prozessstandschaft im internationalen Prozessrecht, in: Festschrift Hans Lewald, Basel 1953, S. 471 ff.; MAX GULDENER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Auflage, Zürich 1979; WALTHER J. HABSCHIED, Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht, Ein Lehrbuch seiner Grundlagen, 2. Auflage, Basel 1990; CHRISTOPH HÄFELI, Grundriss zum Erwachsenenschutzrecht, Bern 2013; HEINZ HAUSHEER/THOMAS GEISER/REGINA E. AEBI-MÜLLER, Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 5. Auflage, Bern 2014; CYRIL HEGNAUER, Grundriss des Kindesrechts, 5. Auflage, Bern 1999; CHRISTOPHE A. HERZIG, Das Kind in den familienrechtlichen Verfahren, Diss. Freiburg, Zürich/Basel/Genf 2012 (AISUF 318) (zit.: HERZIG); DERSELBE, Die Partei- und Prozessfähigkeit von Kindern und Jugendlichen sowie ihr Anspruch auf rechtliches Gehör, AJP 2013, S. 182 ff. (zit.: HERZIG, AJP); DERSELBE, Kindesunterhalt versus freie Selbstverwirklichung, Jusletter 1. Oktober 2012 (zit.: HERZIG, Jusletter); BELA KASS, Prozessstandschaft und Rechtskraftwirkung, Diss. Frankfurt am Main 1972; JOSEF KOHLER, Der Dispositionsniessbrauch, in: Jherings Jahrbuch, Bd. 24 (1886), S. 187 ff. (zit.: KOHLER); DERSELBE, Der Process als Rechtsverhältnis, Mannheim 1888, Neudruck Aalen 1969 (zit.: KOHLER, Der Process als Rechtsverhältnis); MAX KUMMER, Grundriss des Zivilprozessrechts, 4. Auflage, Bern 1984; CHRISTOPH LEUENBERGER/BEATRICE UFFER-TOBLER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Bern 2010; ISAAK MEIER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zürich/Basel/Genf 2010; RUTH REUSSER, Die Geltendmachung des Unterhaltsanspruchs des Scheidungskindes – eine unorthodoxe Meinung –, in: Festschrift für Cyril Hegnauer, Zürich 1986, S. 395 ff.; ALEXANDER W. ROHDE, Die Ernennung von Drittpersonen zur Verwaltung von Vermögen Minderjähriger (Art. 321 und 322 ZGB), Diss. St. Gallen, Zürich/Basel/Genf 2006 (Schweizer Schriften zur Vermögensberatung und zum Vermögensrecht, Schriftenreihe von KENDRIS private AG, Band 7; ALEXANDRA RUMO-JUNGO, Tafeln und Fälle zum Erbrecht, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2010 (zit.: RUMO-JUNGO); DIESELBE, Die Anhörung des Kindes, AJP 1999, S. 1578 ff. (zit.: RUMO-JUNGO, AJP); WILHELM SAUER, Grundlagen des Prozessrechts, 2. Auflage, Stuttgart 1929, Neudruck Aalen 1970; THOMAS SCHÜTT, Die Anhörung des Kindes im Scheidungsverfahren, Diss. Zürich, Zürich/Basel/Genf 2002 (Zürcher Studien zum Verfahrensrecht, Band 133); JONAS SCHWEIGHAUSER, Die Vertretung der Kindesinteressen im Scheidungsverfahren – Anwalt des Kindes, Diss. Basel 1997, Basel/Genf/München 1998 (Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Reihe A: Privatrecht, Band 42); ADRIAN STAEHELIN/DANIEL STAEHELIN/PASCAL GROLIMUND, Zivilprozessrecht, 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2013; KARL SPÜHLER/ANNETTE DOLGE/MYRIAM GEHRI, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 9. Auflage, Bern 2010; THOMAS SUTTER-SOMM, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2012; MARTIN STETTLER, Schweizerisches Privatrecht, Dritter Band: Familienrecht, Zweiter Teilband: Das Kindesrecht, Basel 1992; PETER TUOR/BERNHARD SCHNYDER/JÖRG SCHMID/ALEXANDRA RUMO-JUNGO, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 13. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2009; DOMINIK VOCK/DANIÈLE MÜLLER, SchKG-Klagen nach der Schweizerischen ZPO, Zürich/Basel/Genf 2012; DANIEL WILLISEGGER, Grundstruktur des Zivilprozesses, Zürich/Basel/Genf 2012; PETER WUNDERLICH, Zur Prozessstandschaft im internationalen Recht, Diss. München 1970.

1. Einleitung

*«Denn wer den Sinn aufs Ganze hält gerichtet,
Dem ist der Streit in seiner Brust geschlichtet».*

FRIEDRICH SCHILLER

1.1 Modus Procedendi

In der vorliegenden Abhandlung soll das Institut der Prozessstandschaft im Kindesunterhaltsrecht einer vertieften Untersuchung unterzogen werden. Dafür ist vorgängig eine Auseinandersetzung mit dem Begriff und der Herkunft der Prozessstandschaft unumgänglich (1.2 und 1.3). Zudem gilt es auch, ausgewählte Hauptanwendungsfälle aufzuzeigen (1.4), bevor auf die Prozessstandschaft im Kindesrecht – namentlich im Kindesunterhaltsrecht – näher eingegangen wird (2.). Dabei wird insbesondere darzulegen sein, weshalb im Rahmen des Kindesunterhaltsrechts kein Raum für die Anwendbarkeit des Instituts der Prozessstandschaft besteht.

1.2 Der Begriff der Prozessstandschaft

In einem Prozess stellt sich jeweils die elementare Frage, ob der Kläger zur Klageerhebung auch wirklich aktiv- und der Beklagte passivlegitimiert ist. Dabei geht es um die sog. *Legitimation zur Sache* (Sachlegitimation). So habe angeblich bereits Professor REINWALD in der Vorlesung zum Bernischen Zivilprozess im Wintersemester 1842/43 in diesem Zusammenhang festgehalten: «...die *legitimation ad causam*, und zwar nennt man die aktive, wenn der Kläger zeigt, dass er der rechte Kläger, die passive aber, wenn der Kläger zeigt, dass der, den er belangt, der rechte Beklagte sei.»¹

Gemäss KUMMER heisst zur Sache legitimiert sein, am streitigen Recht zuständig sein.² Der Kläger ist aktivlegitimiert, wenn er und nicht ein anderer der Träger des eingeklagten Anspruchs ist; der Beklagte ist passivlegitimiert, wenn er und nicht ein anderer Träger der eingeklagten Schuld ist. Dabei ist die Sachlegitimation nicht Bedingung der prozessualen Zulässigkeit der Klage – also mit anderen Worten keine Prozess- bzw. Sachbeurteilungsvo-

¹ Vgl. dazu KUMMER, S. 66.

² KUMMER, S. 66 f.

raussetzung –, sondern der materiellen Begründetheit der Rechtsbehauptung des Klagebegehrens. Ihr *Fehlen führt* entsprechend *zur Abweisung der Klage* (und nicht zur Rückweisung bzw. zum Nichteintreten) und zur Guttheissung der negativen Feststellungsklage. Mithin wird ein Sachurteil und kein Prozessurteil gefällt.³

In der Regel ist lediglich der Rechtsträger prozessführungsbefugt.⁴ Ausnahmsweise kann jedoch eine gesetzliche Sonderregel vorsehen, dass eine Partei zur Klage legitimiert ist und den *Prozess als Partei führen kann, obwohl sie nicht Trägerin des streitigen Rechts ist*. Dabei spricht die Doktrin von der sog. Prozessstandschaft.⁵

Gestützt auf die vorausgehenden Ausführungen kann somit festgehalten werden, dass eine gesetzliche Prozessstandschaft vorliegt, wenn es zu einem Auseinanderfallen von Sachlegitimation (Rechtsträgerschaft; materiell-rechtlich Berechtigter bzw. Verpflichteter) und Prozessführungsbefugnis kommt.⁶ Mit anderen Worten ist die Prozessstandschaft die Befugnis, in eigenem Namen ein Recht eines Dritten geltend zu machen.⁷ Akkurater ausgedrückt: Die Prozessstandschaft ist die *befugte Prozessführung über ein fremdes Rechtsverhältnis im eigenen Namen*.⁸

Solche Ausnahmen von der Regel können gemäss herrschender Lehre und Rechtsprechung jedoch als *eigentliche Ausnahmerecheinungen* nur dann zum Tragen kommen, wenn eine gesetzliche Vorschrift sie explizit anordnet. Jede Prozessstandschaft *bedarf* mithin *einer klaren gesetzlichen Grundlage*.⁹ Die Existenz derartiger Ausnahmerecheinungen gebietet, dass man unter der *Prozessführungsbefugnis* die Befugnis versteht, in eigenem Namen ein eigenes Recht oder eben im Rahmen einer Prozessstandschaft ein Recht eines Dritten geltend zu machen.¹⁰

³ MEIER, S. 162; vgl. auch SUTTER-SOMM, N. 191.

⁴ BEINERT, S. 25.

⁵ KUMMER, S. 67; vgl. ferner BEINERT, S. 17; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, § 19 N. 42; WUNDERLICH, S. 1.

⁶ Vgl. HERZIG, N. 791, Fn. 1087.

⁷ MEIER, S. 159. Vgl. diesbezüglich auch die diversen Definitionen aufgeführt bei KASS, S. 8 f.

⁸ Vgl. KASS, S. 10 f.

⁹ Vgl. HERZIG, N. 791, Fn. 1087; BEINERT, S. 25; STAEHELIN/STAEHELIN/ GROLIMUND, § 13 N. 26; HABSCHIED, N. 277; KUMMER, S. 67; BERGER/GÜNGERICH, N. 343; SUTTER-SOMM, N. 192; BGer 5A_104/2009 E. 2.2.

¹⁰ Vgl. WILLISEGGER, S. 66; MEIER, S. 159.

Schliesslich bleibt anzumerken, dass in der Schweiz im Gegensatz zur deutschen Rechtsordnung die sog. gewillkürte Prozessstandschaft grundsätzlich grossmehrheitlich abgelehnt wird.¹¹ Ob zu Recht oder zu Unrecht kann hier offenbleiben, da die Beantwortung dieser durchaus interessanten und teilweise kontrovers diskutierten Frage nicht Sinn und Zweck der vorliegenden Abhandlung ist und deren Rahmen sprengen würde. Gleiches muss für die strittige Frage gelten, ob bei Fehlen der Prozessstandschaft stets ein Sachurteil gefällt werden muss oder ob gegebenenfalls auch ein Prozessentscheid erfolgen kann.¹²

1.3 Rechtshistorischer Abriss zur Geburtsstunde der Prozessstandschaft

Möchte man das Wesen der Prozessstandschaft besser verstehen, muss man das Rad der Zeit relativ weit zurückdrehen. Im Jahre 1953 hielt FRAGISTAS in einem Festschriftbeitrag mit dem Titel «*Die Prozessstandschaft im internationalen Prozessrecht*» fest, dass ein genialer Jurist während der letzten Jahre des vorigen Jahrhunderts – also Ende des 19. Jahrhunderts – einen neuen Rechtsbegriff entdeckt habe, nämlich die Prozessstandschaft.¹³ Somit wissen wir, dass der Rechtsbegriff Prozessstandschaft im 19. Jahrhundert das Licht der (Juristen-)Welt erblickte.

Doch wer war dieser geniale Jurist, der als Vater der Prozessstandschaft gilt und dem zu Ehren an der Humboldt Universität zu Berlin ein eigenes Institut¹⁴ gewidmet ist? Es handelt sich um den deutschen Professor JOSEF KOHLER, geboren am 9. März 1849 in Offenburg und verstorben am 3. August 1919 in Charlottenburg. Seine Idee der Prozessstandschaft hat er 1886 in einem Aufsatz mit dem Titel «Der Dispositionsniessbrauch» in Jherings

¹¹ MEIER, S. 161; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, § 19 N. 47; SUTTER-SOMM, N. 193. Wohl zu Recht kritisch dazu BERGER/GÜNGERICH, N. 351 ff. Zudem kann der Fall von Art. 83 Abs. 1 ZPO, in dem der Veräusserer den Prozess als Prozessstandschafter weiterführt, als *gewillkürte Prozessstandschaft* verstanden werden. Dies trifft darüber hinaus auch auf den Fall zu, in dem der Inhaber der elterlichen Sorge im Scheidungsprozess das im Verlaufe des Prozesses volljährig gewordene Kind weiterhin mit dessen Zustimmung vertritt (vgl. SUTTER-SOMM, N. 193 mit Hinweis auf BGE 129 III 55 [57 ff.] E. 3.1.2-3.1.5).

¹² So differenziert beispielsweise WILLISEGGER zwischen der unechten und der echten Prozessstandschaft, wobei seiner Meinung nach im ersteren Fall stets ein Sachurteil und im letzteren ein Prozessurteil zu ergehen hat (vgl. dazu WILLISEGGER, S. 69 ff.).

¹³ FRAGISTAS, S. 471.

¹⁴ <<<http://jki.rewi.hu-berlin.de/>>> (zuletzt besucht am 18. April 2014).

Jahrbuch, im Band 24, präsentiert.¹⁵

Auf S. 319 f. im zweiten Abschnitt seiner Abhandlung führte KOHLER aus: *«Mit dem Veräußerungsrecht kann dasjenige verbunden sein, was ich die Processstandschaft nenne, nämlich das Recht, alle die Sache betreffenden Prozesse mit der Wirkung zu führen, dass die Processführung für den Drittbeteiligten, also hier den Eigentümer, bindend ist.»* Und weiter: *«...man denke an denjenigen, welcher während des Processes die Sache veräußert und den Prozess mit Wirkung gegen den Successor weiterführt...»*. *«Eine solche Processstandschaft findet ihre sofortige Erklärung in dem Dispositionsrecht: der Process ist keine Disposition, aber er kann zur Eigentumsveränderung führen, er kann den Erfolg einer Disposition haben; es ist daher sehr rationell, demjenigen, welchem das Dispositionsrecht zusteht, auch die Processstandschaft zu geben; und wie der Dispositionsberechtigte in eigenem Namen, nicht procuratorio nomine disponirt, und wie er kraft eigenen Rechts, nicht kraft einer Gestattung des Proprietars veräußert, so processiert er im eigenen Namen, und sein Process wirkt auf die Sache kraft des ihm zustehenden Rechts an der Sache...»*

Schon bald wurde der neue Rechtsbegriff auch in der Schweiz wohlwollend adoptiert.¹⁶ Seine steigende Popularität hierzulande zeigt sich nicht zuletzt darin, dass 1963 eine Dissertation mit dem Titel *«Die Prozessstandschaft im schweizerischen Recht»* vorgelegt wurde.¹⁷

Im Volksmund heisst es bekanntlich, dass zwei Juristen mindestens drei Meinungen vertreten. In diesem Sinne kommt der Schweizer Jurist BEINERT in der erwähnten Doktorarbeit zur vermeintlichen Einsicht: *«Wie noch im Einzelnen darzulegen sein wird, kann jedoch Kohlers Ansicht über Begriff und Rechtsnatur der Prozessstandschaft nicht zugestimmt werden.»*¹⁸ Ein

¹⁵ KOHLER, S. 187 ff., 319 f.; vgl. ferner auch DERSELBE, *Der Process als Rechtsverhältnis*, S. 95 ff.

¹⁶ Vgl. beispielsweise GULDENER, *Das schweizerische Zivilprozessrecht*, in der Ausgabe von 1947, S. 144. Zudem fand der Begriff auch Eingang in weitere Rechtsordnungen, so namentlich auch in die italienische Prozesswissenschaft, in der die Prozessstandschaft der *«sostituzione processuale»* entspricht (vgl. den entsprechenden Hinweis von FRAGISTAS, S. 471, Fn. 1). Vgl. stellvertretend für Deutschland etwa SAUER, S. 308.

¹⁷ Vgl. die Dissertation von BEINERT.

¹⁸ BEINERT, S. 16. Anzumerken bleibt, dass KOHLERS Prozessstandschaftsbegriff rein materiell-rechtlich geprägt ist, da die damalige Prozessrechtsdogmatik von der engen Verknüpfung zwischen materiellem Recht und Prozessrecht ausging und mithin die meisten prozessualen Institute materiell-rechtlich bestimmt wurden. Im Zuge der schärferen Trennung des Prozessrechts vom materiellen Recht erfuhr auch der Begriff der Prozessstands-

wesentlicher Unterschied bestand für BEINERT darin, dass die Prozessstandschaft im Gegensatz zum deutschen Recht statt dem Prozessrecht dem Zivilrecht zuzuordnen sei. Seine diesbezügliche Begründung lautet wie folgt: «*Da nun die Regelung der Prozessführungsbefugnis und Prozessstandschaft im Interesse der Einheit des Zivilrechts einheitlich erfolgen muss, sind diese Rechtsinstitute zivilrechtlicher Natur*». ¹⁹ Zu dieser Schlussfolgerung kam BEINERT, weil gemäss Art. 64 aBV das Zivilrecht vom Bund, das Prozessrecht hingegen von den Kantonen zu regeln war. ²⁰ Da bekanntlich mittlerweile gestützt auf Art. 122 BV sowohl das Zivilrecht als auch das Zivilprozessrecht Sache des Bundes ist, bleibt in diesem Zusammenhang anzumerken, dass diese Argumentation überholt ist.

1.4 Ausgewählte Anwendungsbereiche der Prozessstandschaft

1.4.1 Veräusserung des Streitobjekts

Als typisches Anwendungsbeispiel der Prozessstandschaft – welches bereits KOHLER aufgegriffen hatte – wird in der Literatur die Veräusserung des Streitobjektes angeführt. Die Veräusserung berührt den Prozess nicht unmittelbar. Die Erwerberin kann jedoch anstelle der veräussernden Partei in den Prozess eintreten (Art. 83 Abs. 1 ZPO). Geschieht dies nicht, so führt die veräussernde Partei den Prozess als Prozessstandschafter fort. ²¹

1.4.2 Verwaltung der Erbschaft

In Prozessen über die zum Nachlass gehörenden Aktiven und Passiven sind sowohl der amtliche Erbschaftsverwalter (Art. 554 ZGB, Art. 596 Abs. 1 ZGB) und der amtliche Erbenvertreter (Art. 602 Abs. 3 ZGB) als auch der Willensvollstrecker (Art. 518 ZGB i.V.m. Art. 596 Abs. 1 ZGB) zur Prozessführung im eigenen Namen befugt. ²²

schaft eine gewisse Evolution, welche namentlich auf HELLWIG zurückgeht. Dieser hat die Definition eingeführt, wonach eine Prozessstandschaft vorliegt, wenn das Prozessführungsrecht nicht – wie gewöhnlich – dem Rechtsinhaber, sondern einem Dritten kraft eigenen Rechts als eine im eigenen Namen auszuübende Befugnis zusteht (vgl. zum Ganzen KASS, S. 7 f.).

¹⁹ BEINERT, S. 31.

²⁰ Vgl. dazu auch WUNDERLICH, S. 31.

²¹ Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) vom 28. Juni 2006, BBl 2006 7221 ff., 7286; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, § 19 N. 43. Wohl zu Recht hält SUTTER-SOMM in N. 193 fest, dass es sich dabei um eine gewillkürte Prozessstandschaft handelt.

²² SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, § 19 N. 44; MEIER, S. 160; ferner KUMMER, S. 64. Vgl. einge-

1.4.3 Abtretungsgläubiger

Der Abtretungsgläubiger i.S.v. Art. 260 SchKG kann den streitigen Rechtsanspruch anstelle der Konkursmasse in eigenem Namen und auf eigene Rechnung und Gefahr geltend machen.²³

1.4.4 Gesetzliche Vertreter?

Der gesetzliche Vertreter einer Partei handelt grundsätzlich nicht in eigenem Namen, sondern im Namen des Vertretenen. Letzterer ist Partei und gerade nicht der gesetzliche Vertreter, weswegen *kein Fall von Prozessstandschaft* vorliegt.²⁴

2. Die Prozessstandschaft im Kindesrecht

2.1 Vorbemerkungen

Für die vorliegende Abhandlung ist die Prozessstandschaft im Rahmen der Vaterschaftsklage und der Klage auf Kindesunterhalt von besonderem Interesse. Diese beiden Anwendungsfälle werden daher im Folgenden näher erörtert.

2.2 Prozessstandschaft im Abstammungsrecht

Das Kindesverhältnis kann namentlich auch durch Urteil entstehen. Dieses Gerichtsurteil wird in der Doktrin auch als sog. Vaterschaftsurteil (*le jugement de paternité*) bezeichnet.²⁵ Dies ist dann der Fall, wenn das Kindesverhältnis nur zur Mutter besteht und das Kind nicht freiwillig anerkannt wird und mittels erfolgreicher *Vaterschaftsklage* gemäss Art. 261 ff. ZGB die gerichtliche Begründung des Kindesverhältnisses zum Vater herbeigeführt wird. Entgegen der missverständlichen Formulierung in Art. 261 Abs. 1

hend zur Prozesslegitimation des Willensvollstreckers RUMO-JUNGO, Tafel 56 und 93 betreffend Erbschaftsverwalter.

²³ Vgl. BGE 113 III 137; 109 III 29; VOCK/MÜLLER, S. 253; MEIER, S. 160. Bei dieser «Abtretung» handelt es sich um eine Prozessstandschaft und *nicht* um eine materiellrechtliche Zession.

²⁴ Vgl. MEIER, S. 160.

²⁵ TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, § 40 N. 32.

ZGB und der umgangssprachlichen Ausdrucksweise wird durch das Vaterschaftsurteil nicht lediglich die Vaterschaft festgestellt (Feststellungsurteil), sondern es wird das rechtliche Kindesverhältnis begründet resp. hergestellt (Gestaltungsurteil).²⁶

Zur Klageerhebung sind sowohl das Kind als auch die Mutter befugt. Die Prozessstandschaft in diesem Zusammenhang – nämlich das Klagerecht der Mutter – ist gestützt auf den gesetzgeberischen Willen in Abs. 1 von Art. 261 ZGB ausdrücklich vorgesehen. Damit soll die Rechtsausübung erleichtert resp. befördert werden.²⁷

Somit besteht für die Prozessstandschaft diesbezüglich die notwendige explizite gesetzliche Grundlage (vgl. vorn 1.2).

2.3 Prozessstandschaft im Kindesunterhaltsrecht?

2.3.1 Vorbemerkungen

Vorstehend wurde unter 2.2 dargelegt, dass im Zusammenhang mit einer Vaterschaftsklage eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage für die Anwendbarkeit der Prozessstandschaft besteht. Wie verhält es sich aber diesbezüglich im Kindesunterhaltsrecht? Gibt es auch hier eine explizite gesetzliche Grundlage für die Ausnahmeerscheinung Prozessstandschaft? Diesen Fragen soll in den folgenden Überlegungen nachgegangen werden.

Den Eltern eines Kindes kommt bekanntlich die Pflicht zu, für dessen Unterhalt zu sorgen. Diese Unterhaltspflicht ist in Art. 276 ff. ZGB normiert. Dabei umfasst der Unterhalt alles, was ein Kind an Mitteln für seine körperliche, geistige und sittliche Entwicklung benötigt.²⁸

Gemäss Art. 289 ZGB steht dem Kind der Anspruch auf die Unterhaltsbeiträge zu. Daran vermag auch nichts zu ändern, dass bis zu seiner Volljährigkeit die Leistung an seinen gesetzlichen Vertreter oder den Inhaber der elter-

²⁶ Vgl. eingehend zur Vaterschaftsklage z.B. HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, N. 16.61 ff.; TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, § 40 N. 32 ff.

²⁷ KUMMER, S. 67 f.

²⁸ Vgl. ausführlich zum Gegenstand, Umfang und der Dauer der Unterhaltspflicht etwa HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, N. 17.35 ff.; TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, § 42 N. 2 ff. Vgl. im Besonderen zum Spannungsverhältnis Kindesunterhalt und freie Selbstverwirklichung der Eltern, HERZIG, Jusletter.

lichen Obhut erfolgt.²⁹ Mit anderen Worten ist stets das Kind Gläubiger seiner Unterhaltsbeiträge. Anders ist die Situation beim Anspruch auf Kinderrente, da dieser nach Art. 35 Abs. 1 IVG dem rentenbeziehenden Elternteil zusteht und nicht dem Kind (auch wenn die Rente für das Kind bestimmt ist).³⁰

Nachfolgend gilt es, die genannten gesetzlichen Bestimmungen aus dem Abstammungs- und dem Kindesunterhaltsrecht miteinander zu vergleichen.

2.3.2 Gegenüberstellung der Prozessstandschaft im Abstammungsrecht und derjenigen im Kindesunterhaltsrecht

Stellen wir die Regelung des Klagerechts im Rahmen der Vaterschaftsklage (Art. 261 Abs. 1 ZGB) und diejenige im Rahmen des Kindesunterhaltsrechts (Art. 279 ZGB) einander gegenüber, so fällt sofort auf, dass das Klagerecht der Mutter (oder denkbar auch des Vaters im Kontext Kindesunterhalt) vom Gesetzgeber gerade nicht vorgesehen ist. Gemäss Art. 279 ZGB kann das Kind gegen den Vater oder die Mutter oder gegen beide auf Leistung des Unterhalts für die Zukunft und für ein Jahr vor Klageerhebung klagen. Dabei handelt es sich um die selbständige Unterhaltsklage des Kindes.³¹

Das Bundesgericht hält zu den Art. 279 und 289 ZGB denn auch ausdrücklich fest,³² dass der Anspruch auf Unterhalt dem Kind zustehe und dieser, solange das Kind minderjährig sei, durch Leistung an dessen gesetzlichen Vertreter oder den Inhaber der Obhut erfüllt werde. Die beiden Bestimmun-

²⁹ Im Rahmen der geplanten Revision zum Kindesunterhalt wird Art. 289 Abs. 1 *in fine* ZGB dahingehend präzisiert, dass die Unterhaltsbeiträge während der Minderjährigkeit des Kindes an den gesetzlichen Vertreter oder den Inhaber der Obhut zu leisten sind, *so weit das Gericht es nicht anders bestimmt*. An der Gläubigerstellung des Kindes wird auch die geplante Revision nichts ändern. *Erfreulicherweise bleibt im Kontext Kindesunterhalt anzumerken, dass die geplante Revision (nun auch) ausdrücklich vorsieht (vgl. Art. 299-300 E-ZPO), dass allgemein (also unabhängig eines eherechtlichen Verfahrens) in Kinderbelangen das Kind stets anzuhören ist (vgl. Art. 12 UNO-KRK), immer eine Kindesvertretung bestellt werden kann und diese auch bezüglich Unterhaltsbeitrag die Interessen des Kindes vertreten kann und die Parteien stets zu einer Mediation aufgefordert werden können. Somit sollen Postulate umgesetzt werden, die namentlich auch der Autor der vorliegenden Abhandlung in seiner Doktorarbeit aufgestellt hat.*

³⁰ Vgl. BGE 136 V 7 (10) E. 2.1.2 mit weiteren Hinweisen.

³¹ Vgl. ausführlich zur selbständigen Unterhaltsklage des Kindes HERZIG, N. 782 ff.

³² BGer 5A_104/2009 E. 2.2 (Urteil vom 19. März 2009). Vgl. ausführlich zur *Partei- und Prozessfähigkeit von Kindern und Jugendlichen* HERZIG, N. 7 ff., sowie DERSELBE, AJP, S. 183 ff.

gen würden nebst der Schuldnerschaft bzw. Passivlegitimation drei Fragen regeln: wer Gläubiger der Unterhaltsforderung ist, wer diese gerichtlich geltend machen und an wen befreiend erfüllt werden könne. Zur Klagelegitimation stelle Art. 279 ZGB klar, dass *das Kind zur prozessualen Durchsetzung des Unterhaltsrechts* – dessen Träger es im Übrigen ist – *aktivlegitimiert sei*. Das Kind sei denn auch ab seiner Geburt parteifähig, wobei der gesetzliche Vertreter (vgl. vorn 1.4.4) für das Kind handle, solange dieses noch nicht selbst prozessfähig sei.

In der Praxis ist nun aber gerade der Fall, in dem die Mutter eines Kindes als Prozessstandschafterin im Zusammenhang mit dem Kindesunterhalt fungiert, relativ häufig anzutreffen. Es stellt sich mithin die gewichtige Folgefrage, weshalb und wann das Institut der Prozessstandschaft entgegen der klaren gesetzlichen Regelung in Art. 279 ZGB und trotz Fehlen einer grundsätzlich notwendigen gesetzlichen Sonderbestimmung für die Ausnahmeerscheinung Prozessstandschaft (vgl. vorn 1.2) dennoch von der Praxis resp. Rechtsprechung als zulässig erachtet wird. Im Hinblick darauf ist das ZGB – mit dem Ziel, gesetzliche Sonderbestimmungen für die Prozessstandschaft im Kindesunterhaltsrecht aufzuspüren – zu durchleuchten.

2.3.3 Gesetzliche Sonderbestimmungen im Rahmen von Scheidung und Eheschutz?

Das Bundesgericht führt aus, dass eine Prozessstandschaft im Bereich des Kindesunterhalts *nicht* von vornherein *nie* möglich wäre.³³ Diese bundesgerichtliche Formulierung lässt auf eine gewisse Zurückhaltung schliessen. Weiter führt das oberste Gericht aus, dass es jedoch für dieses von der Grundkonzeption gemäss Art. 279/289 ZGB abweichende Vorgehen einer *lex specialis* bedürfe. Damit macht das Bundesgericht zwei zentrale Aussagen. Erstens sieht die gesetzliche *Grundkonzeption zum Kindesunterhalt* – wie bereits dargelegt – gerade *keine Prozessstandschaft* vor, vielmehr ist grundsätzlich einzig das Kind zur Klage aktivlegitimiert. Zweitens ist eine Prozessstandschaft zwar nicht undenkbar, es *bedarf aber für diese Ausnahmekonstellation zwingend einer gesetzlichen Sonderbestimmung* (vgl. vorn 1.2).

Das Bundesgericht meint, die gesetzlichen Sonderbestimmungen im Rahmen von Ehescheidung und Eheschutz in den Art. 133 Abs. 1 und 176 Abs. 3

³³ BGer 5A_104/2009 E. 2.2 (Urteil vom 19. März 2009).

ZGB zu erblicken, darüber hinaus für die vorsorglichen Massnahmen während des Scheidungsverfahrens kraft Verweises in Art. 137 aZGB (neu: Art. 276 ZPO). Dazu führt es aus: «*Dieser Ausnahmeregelung bedarf es, weil das Kind in den betreffenden Verfahren nicht Partei ist, aber seine Rechte und Belange trotzdem in die Entscheidung miteinzubeziehen sind. In den genannten Verfahren kann der Ehegatte (...) für die Rechte unmündiger Kinder als Prozessstandschafter auftreten (...)*».³⁴

Dieser Feststellung muss jedoch widersprochen werden. Das Bundesgericht begründet die Prozessstandschaft im Scheidungs- und im Eheschutzverfahren (inkl. vorsorgliche Massnahmen) – wie bereits erwähnt – damit, dass das Kind in den betreffenden Verfahren nicht Partei ist. Diese Auffassung gilt mittlerweile zu Recht als überholt. Heutzutage wird vielmehr überwiegend anerkannt, dass dem Kind nicht zuletzt aufgrund seiner unmittelbaren Betroffenheit in den entsprechenden Verfahren eine Form von Parteistellung zukommt.³⁵ Im Schrifttum wird im Wesentlichen lediglich noch teilweise kontrovers diskutiert, was für eine Art Parteistellung dem Kind zufällt, und nicht mehr darüber, ob das Kind überhaupt eine Parteistellung innehat.³⁶ Deshalb ist mit STETTLER, der dies bereits 1992 zu Recht ausgeführt hat, und (ähnlich) mit REUSSER dazu festzuhalten, dass der *Standpunkt des Bundesgerichts* – wonach dem Kind in den eherechtlichen Verfahren keine Parteistellung zukommt – *nicht mehr vertretbar* ist.³⁷

Interessanterweise verweist das Bundesgericht für seine oben dargelegten Erwägungen namentlich auf BGE 107 II 465 (Urteil vom 26. November 1981). Bei näherer Betrachtung stellt man fest, dass dieser Entscheid seinerseits insbesondere auf BGE 83 II 263 (Urteil vom 10. Oktober 1957) verweist. Und zwar bemerkt das Bundesgericht in E. 6 (von BGE 107 II 465), die Vorinstanz sei zutreffend davon ausgegangen, dass zwar die Unterhaltsbeiträge dem Kinde selbst zustehen würden, aber die Klägerin jedenfalls bis zur Volljährigkeit ihrer Kinder befugt gewesen sei, die Unterhaltsbeiträge in eigenem Namen geltend zu machen. Als Beleg für diese Aussage wird namentlich der bereits erwähnte BGE 83 II 263 genannt, weshalb nachstehend

³⁴ BGer 5A_104/2009 E. 2.2 (Urteil vom 19. März 2009).

³⁵ Vgl. dazu HERZIG, N. 145 mit Hinweis auf BUCHER, S. 59; RUMO-JUNGO, AJP, S. 1591; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N. 11.263; SCHÜTT, S. 84; SCHWEIGHAUSER, S. 45 ff. Vgl. zudem REUSSER, S. 405 ff.; STETTLER, S. 345 ff.; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 13 N. 53.

³⁶ Vgl. HERZIG, a.a.O. Dies scheint aber dem Zürcher Obergericht in einem Entscheid vom 21. Juli 2009 entgangen zu sein (vgl. OGer ZH, ZR 108/2009, S. 252).

³⁷ Vgl. STETTLER, S. 346; REUSSER, S. 405 ff.

auf dieses Urteil näher eingegangen werden soll.

Das Bundesgericht hat sich also bereits 1957 – notabene noch vor der grossen Kindesrechtsrevision von 1978 – zur Klagelegitimation der Mutter betreffend Geltendmachung von Alimenten für eheliche Kinder geäussert.³⁸ In diesem Prozess erhob die Ehefrau eine Forderungsklage im Zusammenhang mit einer Betreibung betreffend Kinder- und Ehegattenalimente gegen ihren Ehemann mit dem Rechtsbegehren, der Ehemann sei zu verurteilen, an sie zu zahlen:

«a) Fr. 12'438.-- per 31. März 1954 rückständige Unterhaltsbeiträge gemäss Verfügung des Eheschutzrichters vom 27. April 1950, plus 5% Zins seit 1. April 1954; ...»

Dieser entgegnete seiner Ehefrau in seiner Klageantwort, dass im Prozess neben ihr auch die Kinder als Kläger hätten auftreten müssen.

Erstinstanzlich kam das *Bezirksgericht* zum verblüffenden Ergebnis, dass die Klägerin auch für die Kinder geklagt habe. Dies könne sie nämlich tun, auch ohne ausdrücklich im Namen der Kinder zu handeln. Noch verblüffender scheint jedoch der Umstand zu sein, dass das Bundesgericht diese Auffassung sogar noch stützte.

Doch der Reihe bzw. dem Instanzenzug nach. Vor dem *Kantonsgericht*, an das beide Parteien (aber nicht die Kinder) appelliert hatten, machte der Beklagte neu geltend, dass hinsichtlich der Hauptforderung der Klägerin eine *res iudicata* vorliege, da der Eheschutzrichter bereits darüber entschieden habe. Das Kantonsgericht folgte dieser Argumentation und erwog, dass die Klägerin für die Hauptforderung in der längst rechtskräftig gewordenen Verfügung des Eheschutzrichters bereits einen definitiven Rechtsöffnungstitel habe und ihr deshalb jedes rechtliche Interesse und damit die Befugnis fehle, die Zahlungspflicht des Beklagten ein zweites Mal gerichtlich feststellen zu lassen. Daher sei nach dem Grundsatz *ne bis in idem*, den das Gericht von Amtes wegen anzuwenden habe, auf das entsprechende Rechtsbegehren der Klägerin nicht einzutreten. Folglich erkannte das Kantonsgericht in seinem Prozessentscheid vom 19. Februar 1957, dass auf das Klagebegehren nicht eingetreten werde.

³⁸ BGE 83 II 263.

Gegen dieses Urteil legte die Klägerin Berufung beim Bundesgericht ein, welches bereits wenige Monate nach dem kantonsgerichtlichen Urteil – nämlich am 10. Oktober 1957 – seinen Entscheid fällte.³⁹ Betreffend *res iudicata* stellte auch das Bundesgericht fest, dass sich im vorliegenden Verfahren wieder die gleichen Parteien gegenüberstünden wie im Eheschutzverfahren von 1950. Zudem bezögen sich das Rechtsbegehren der anhängig gemachten Klage und das seinerzeitige Eheschutzverfahren auf den gleichen Gegenstand, soweit es sich um die Unterhaltsbeiträge für die Zeit nach dem 1. Mai 1950 handle. Es seien jedoch neue Tatsachen – nämlich die zwischen der Klägerin und dem Beklagten abgeschlossene Vereinbarung betreffend Alimente – eingetreten, aus denen der Beklagte Einreden gegen die Pflicht zur Zahlung herleite. Somit sei u.a. strittig, ob der Beklagte trotz der Verzichtserklärung der Klägerin und den von ihm nach dem 1. Dezember 1954 geleisteten Mehrzahlungen verpflichtet sei, der Klägerin den Betrag von CHF 12'438 zu bezahlen. Es sei offenkundig, dass die Klägerin mit der Klage einen Entscheid über diese Streitfrage herbeiführen wolle, auch wenn das Klagebegehren diesbezüglich nicht klar sei. Es komme jedoch nicht allein auf den Wortlaut der Anträge an, vielmehr sei massgebend, welcher Sinn ihnen nach den Umständen vernünftigerweise beizuordnen sei. Ferner sei klar, dass diese Streitfrage im Eheschutzverfahren von 1950 nicht beurteilt worden sei und – man lese und staune – auch noch gar nicht habe beurteilt werden können. Der Beklagte widerspreche sich selber insofern, als er einerseits behaupten würde, der Eheschutzrichter habe bereits entschieden, was die Klägerin verlange, andererseits aber die Pflicht zur Zahlung der rückständigen Beiträge gemäss der Verfügung dieses Richters bestreite (E. 2). Der langen Rede kurzer Sinn: Das Bundesgericht verneinte in der Folge das Vorliegen einer *res iudicata* und trat demgemäss auf die Klage ein.

Betreffend Klagelegitimation führte das Bundesgericht aus, die Ehefrau habe nach Art. 160 Abs. 2 aZGB ein eigenes Recht darauf, dass der Ehemann die Kinder unterhalte. Kraft dieses Rechts habe die Klägerin vor dem Eheschutzrichter Unterhaltsbeiträge nicht nur für sich selber, sondern auch für die Kinder erstritten. Demgemäss sei sie befugt, die in der Verfügung des Richters festgesetzten Beiträge auch insoweit in ihrem eigenen Namen einzuklagen, als sie für die Kinder bestimmt seien.

Es stellt sich folglich die Frage, ob Art. 160 Abs. 2 aZGB die notwendige gesetzliche Sonderbestimmung darstellte (vgl. vorn 1.2), welche der Ehefrau

³⁹ BGE 83 II 263.

ermöglichte, als Prozessstandschafterin für die Kinder im Verfahren aufzutreten. Art. 160 Abs. 2 aZGB hielt fest, dass der Ehemann das Haupt der Gemeinschaft sei, er die eheliche Wohnung bestimme und für den «*Unterhalt von Weib und Kind in gebührender Weise Sorge zu tragen*» habe. Die Bestimmung entstammte noch dem alten Eherecht von 1907/1912 und wurde abgelöst insbesondere durch Art. 163 ZGB, wonach die Ehegatten gemeinsam, ein jeder nach seinen Kräften, für den gebührenden Unterhalt der Familie zu sorgen haben. Der Anwendungsbereich dieser Norm beschlägt lediglich die Zeit von der Heirat bis zur Auflösung der Ehe. Für die Scheidung respektive den Eheschutz sind hingegen die Art. 133 Abs. 1 und 176 Abs. 3 ZGB massgebend, welche auf die Bestimmungen über die Wirkungen des Kindesverhältnisses verweisen. Folgerichtig bestimmt sich die Regelung des Kindesunterhalts im Scheidungs- und Eheschutzverfahren nach Kindesrecht, womit wiederum die Grundkonzeption nach den Art. 279/289 und 285 ZGB massgebend ist. Demnach kann zusammenfassend festgehalten werden, dass sich *de lege lata* weder aus Art. 160 Abs. 2 aZGB noch aus der Nachfolgebestimmung (Art. 163 ZGB) eine Legitimation für eine Prozessstandschaft in der Scheidung und im Eheschutz ableiten lässt.⁴⁰ Denn die heute einschlägige – bereits eingehend dargelegte – Grundkonzeption gemäss Art. 279/289 ZGB sieht eine Prozessstandschaft gerade nicht vor. Somit ist abschliessend und zusammenfassend zu konstatieren, dass es nach geltendem Recht nicht statthaft ist, mittels Verweis auf BGE 83 II 266 oder auf die vermeintlich fehlende Parteistellung des Kindes im Ehescheidungs- und Eheschutzverfahren die Anwendbarkeit einer Prozessstandschaft der Mutter, generell der Eltern, herzuleiten.

2.3.4 Alles umfassende Prozessstandschaft? Eine bundesgerichtliche Odyssee

Angesichts der vorstehenden Überlegungen hätte man vielleicht glauben oder zumindest hoffen können, dass das Bundesgericht nun (endlich) auf seine Rechtsprechung zurückkomme und die Parteistellung des Kindes in den eherechtlichen Verfahren ein für alle Mal anerkenne. Doch weit gefehlt! Das oberste Gericht sah sich in BGE 136 III 365 (Urteil vom 30. April 2010) – aus nur schwerlich nachvollziehbaren Gründen – offenbar genötigt, in seinem (in französischer Sprache verfassten) Entscheid eine (alles) umfas-

⁴⁰ Vgl. zum alten Wortlaut etwa BGE 70 IV 166 und 114 II 13 auch für bedeutsame Änderung, die Art. 163 ZGB eingeläutet hat.

sende Prozessstandschaft im Kindesunterhaltsrecht zu verkünden.⁴¹ In E. 2 wird – wohl zur allgemeinen Überraschung – nämlich Folgendes festgehalten: Der Grundsatz, wonach aufgrund von Art. 318 Abs. 1 ZGB der Inhaber der elterlichen Sorge die Rechte des minderjährigen Kindes in eigenem Namen ausübe und vor Gericht oder in einer Betreibung geltend machen könne, indem er persönlich als Partei handle, gelte für alle Fragen vermögensrechtlicher Natur, einschliesslich diejenigen betreffend die Unterhaltsbeiträge. Die Aktiv- oder Passivlegitimation müsse deshalb dem Inhaber der elterlichen Sorge ebenso wie dem minderjährigen Kind zuerkannt werden. Somit wird mit diesem neueren Bundesgerichtsurteil die klare gesetzliche Grundkonzeption von Art. 279 ZGB grundlos über Bord geworfen.

Nachdem das Bundesgericht – wie bereits dargelegt – noch im Jahr 2009⁴² ausdrücklich festgehalten hatte, dass nach der gesetzlichen Grundkonzeption das Kind (und nur dieses) zur prozessualen Durchsetzung des Unterhaltsrechts aktivlegitimiert ist, vollzog es nun eine abrupte Kehrtwende. Diesen radikalen Meinungsumschwung vollzieht das Gericht, ohne auch nur ein Wort über den (in deutscher Sprache verfassten) Entscheid aus dem Jahr 2009 zu verlieren. Vielmehr wird einzig auf BGE 84 II 241 verwiesen. Zufall oder nicht, sei vorliegend dahingestellt, doch bei der Lektüre fällt auf, dass auch dieses Urteil in französischer Sprache abgefasst ist. Das Bundesgericht hatte damals, noch unter der Herrschaft des alten Kindesrechts, im Zusammenhang mit einer Erbschaftsangelegenheit entschieden, dass der Inhaber der elterlichen Gewalt Vermögensrechte des Kindes in eigenem Namen wahrnehmen könne, weil ihm in dieser Funktion (aufgrund von Art. 290 Abs. 1 aZGB) die Verwaltung des Kindesvermögens obliege. Sodann hat es selber in seinem Urteil aus dem Jahre 2009 zu BGE 84 II 241 Stellung bezogen und dabei explizit ausgeführt, dass es bei der Geltendmachung von Unterhaltsansprüchen gerade *nicht* um die Verwaltung des Kindesvermögens gehe. Zudem würden sich die Unterhaltsansprüche nicht nach dem alten, sondern nach dem revidierten, seit 1. Januar 1978 geltenden Kindesrecht bemessen.

Zu BGE 84 II 241 hat sich ferner auch das Kantonsgericht St. Gallen geäußert und befunden, dass der Bundesgerichtsentscheid aus dem Jahre 1958 unter altem Kindesrecht ergangen und im Lichte des neuen Kindesrechts eine andere Betrachtungsweise angezeigt sei.⁴³ Der Unterhaltsanspruch müs-

⁴¹ Vgl. kritisch dazu HERZIG, N. 791, Fn. 1087.

⁴² BGer 5A_104/2009 E. 2.2 (Urteil vom 19. März 2009).

⁴³ KGer SG, Urteil vom 12. Januar 2009 (GVP 2009 Nr. 55, 120).

se mittels Unterhaltsklage vom Kind selber oder im Falle seiner Prozessunfähigkeit von seinem gesetzlichen Vertreter in dessen Namen geltend gemacht werden. Das Kind sei stets Gläubiger der Unterhaltsbeiträge, auch wenn diese bis zur Volljährigkeit des Kindes an seinen gesetzlichen Vertreter zu leisten seien. Die Aufgabe des gesetzlichen Vertreters beschränke sich im Unterhaltsrecht im Wesentlichen also darauf, dem Recht des Kindes zu seiner Durchsetzung zu verhelfen. Wolle er jeweils handeln, so könne er dies. Er müsse es aber im Namen des Kindes tun.

Somit muss konstatiert werden, dass sich die beiden Bundesgerichtsentscheide – der eine aus dem Jahr 2009, der andere aus dem Jahr 2010 (!) – diametral widersprechen. Dies ist auch der Doktrin nicht entgangen: Mit SUTTER-SOMM kann festgestellt werden, dass abzuwarten bleibe, wie das Bundesgericht in seiner weiteren Rechtsprechung diese beiden bezüglich der Kernaussage zur Prozessstandschaft nicht in Einklang zu bringenden Entscheide behandeln werde.⁴⁴

Zum bundesgerichtlichen Argument, dass die Eltern das Vermögen des Kindes bis zu dessen Volljährigkeit verwalten und deshalb auch gerichtlich in eigenem Namen im Zusammenhang mit dem Kindesvermögen prozessieren können, gilt es Folgendes zu bedenken. KOHLER, der Erfinder der Prozessstandschaft, hält – wie bereits ausgeführt (vgl. vorn 1.3) – fest, dass eine Prozessstandschaft ihre sofortige Erklärung im Dispositionsrecht finde. Es sei nämlich sehr rationell, demjenigen, welchem das Dispositionsrecht zustehe, auch die Prozessstandschaft zu geben. Doch wie steht es nun um ein allfälliges Dispositionsrecht der Eltern im Zusammenhang mit dem Kindesvermögen? Wie sieht ihr diesbezügliches Verfügungsrecht genau aus? Diese Fragen sollen nachfolgend beantwortet werden, um beurteilen zu können, ob es aufgrund eines vielleicht vorhandenen Dispositionsrechts tatsächlich rationell ist, den Eltern auch die Prozessstandschaft im Kontext Kindesvermögen zuzuerkennen.

Vorab gilt es, den Begriff Kindesvermögen und dessen Verwaltung durch die Eltern während der Minderjährigkeit eines Kindes zu erörtern. Das Kindesvermögen umfasst sämtliche dem Kind zustehenden vermögenswerten Rechte (Fahrnis- und Grundeigentum, beschränkte dingliche Rechte, Forderungen).⁴⁵ Es äufnet sich durch Schenkungen, Erbschaften, Arbeitserwerb, Unterhalts- und Schadenersatzzahlungen, Versicherungsleistungen sowie

⁴⁴ SUTTER-SOMM, N. 193.

⁴⁵ Vgl. HERZIG, N. 57, Fn. 109; HEGNAUER, N. 28.02.

allfällige Erträge.⁴⁶ Grundsätzlich verwalten die Eltern – solange ihnen die elterliche Sorge zusteht – das Vermögen des Kindes (Art. 318 Abs. 1 ZGB). Die Eltern dürfen die *Erträge des Kindesvermögens* für den Kindesunterhalt, Erziehung und Ausbildung des Kindes und ausnahmsweise, soweit es auch der Billigkeit entspricht⁴⁷, auch für die Bedürfnisse des Haushaltes verwenden (Art. 319 Abs. 1 ZGB; vgl. ferner auch Art. 276 Abs. 3 ZGB).⁴⁸ Mit anderen Worten kommt das Kindesvermögen grundsätzlich unmittelbar und ausschliesslich dem Kinde zugute. Das übrige Kindesvermögen darf von den Eltern lediglich nach Bewilligung durch die Kindesschutzbehörde angezehrt werden (Art. 320 Abs. 2 ZGB). Diese ausnahmsweise Anzehung ist in erster Linie für den Unterhaltsbedarf des Kindes möglich. Ohne eine solche Bewilligung darf das Vermögen nur dann angezehrt werden, wenn es sich um Vermögen handelt, welches sich aus Abfindungen, Schadenersatzzahlungen und ähnlichen Leistungen zusammensetzt und die Anzehung für den Kindesunterhalt auch wirklich notwendig ist (Art. 320 Abs. 1 ZGB).⁴⁹

Die Rechtslage gestaltet sich hingegen anders beim sog. *freien Kindesvermögen* (vgl. Art. 321 und 323 ZGB). Dabei dürfen entweder die Erträge durch die Eltern nicht verbraucht werden und/oder ihre Verwaltungsbefugnis ist ausgeschlossen. Beim Vermögen, welches der urteilsfähige Jugendliche durch eigene Arbeit erwirbt (z.B. Lehrlingslohn), steht entsprechend der Natur dieser Mittel die Verwaltung dem Jugendlichen zu (Art. 323 ZGB). Dasselbe gilt, wenn die Eltern der urteilsfähigen Jugendlichen Geld für ein eigenes Geschäft geben (Art. 323 ZGB). Darüber hinaus können Eltern oder Dritte (z.B. die Grosseltern, die Gotte, der Götti) einem urteilsfähigen Kind Vermögen (z.B. Taschengeld) zur freien Verwaltung und Nutzung zuwenden.⁵⁰

Aus den vorstehenden Ausführungen erschliesst sich, dass zwar grundsätzlich die Eltern das Kindesvermögen für das minderjährige Kind verwalten, diese *Verwaltungsbefugnis* jedoch *erhebliche Einschränkungen* erfährt. So sind namentlich nachfolgende Vermögensteile der elterlichen Verwaltungsbefugnis entzogen.⁵¹

⁴⁶ Vgl. ROHDE, S. 37 ff.; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, N. 17.177.

⁴⁷ Diese ausserordentliche Beitragspflicht ist nur zu bejahen, wenn ein erhebliches Ungleichgewicht der Leistungsfähigkeit von Eltern und Kind besteht.

⁴⁸ HERZIG, N. 57.

⁴⁹ HERZIG, N. 57; vgl. ferner auch AFFOLTER, S. 223 ff.

⁵⁰ Vgl. ausführlicher dazu HERZIG, N. 58 ff.

⁵¹ Vgl. dazu ausführlicher STETTLER, S. 423 ff.

- Zuwendungen, die der Verfügende explizit von der elterlichen Verwaltung ausgenommen hat (Art. 321 Abs. 2 ZGB);
- der erbrechtliche Pflichtteil, der durch Verfügung von Todes wegen von der elterlichen Verwaltung ausgenommen wurde (Art. 322 Abs. 1 ZGB);
- der Erwerb des Jugendlichen aus eigener Arbeit (Art. 323 Abs. 1 *ab initio* ZGB);
- Vermögen, das die Eltern dem Jugendlichen zum Betrieb eines eigenen Berufes oder Gewerbes herausgeben (Art. 323 Abs. 1 *in fine* ZGB).

Somit lässt sich konstatieren, dass den Eltern eines Kindes in Bezug auf dessen Vermögen *nur eine partielle Verwaltungsbefugnis* zukommt. Weiter ist festzuhalten, dass das Gesetz den Eltern *klare Vorgaben betreffend die Verwaltung* des Kindesvermögens macht. Die Art. 324 ff. ZGB sehen sogar Massnahmen zum Schutze des Kindesvermögens (sog. Kindesvermögensschutz⁵²) sowie eine Regelung zur Haftung der Eltern vor, deren Anwendung bis in einen Entzug der Verwaltung oder in eine elterliche Schadenersatzpflicht münden können. Folglich kann in diesem Zusammenhang *in keinsten Weise von einer freien Verwaltung gesprochen werden*.

Noch unter dem alten Kindesrecht waren die Eltern gestützt auf Art. 292 und 293 aZGB Nutzniesser des Kindesvermögens (!). Immerhin war vorgeschrieben, dass die Erträge in erster Linie für den Unterhalt und die Erziehung des Kindes verwendet werden müssten. Nur der Überschuss fiel somit demjenigen Elternteil zu, der die Lasten der Familiengemeinschaft zu tragen hatte. Nach geltendem Recht bzw. Wegfall dieser Nutzniessung fällt ein allfälliger Überschuss dagegen richtigerweise in das Kindesvermögen (Art. 319 Abs. 2 ZGB).⁵³ Nach dem bisher Erörterten kann somit weiter konstatiert werden, dass die Eltern *mitnichten frei über das Kindesvermögen verfügen bzw. disponieren können*. Sie können nur einen Teil des Kindesvermögens verwalten, doch stellt das Gesetz dafür klare und strenge Regeln auf.

Mithin kommt den *Eltern* eines Kindes betreffend Kindesvermögen *kein Dispositionsrecht* zu. Daher ist es eben gerade *nicht rationell* – um es mit

⁵² Vgl. dazu etwa HÄFELI, N. 42.14 ff.

⁵³ Vgl. STETTLER, S. 425. Deshalb wurde im alten Kindesrecht teilweise in der Lehre die Meinung vertreten, dass zum Inhalt des umfassenden Verwaltungsrechts auch die Befugnis gehöre, die Rechte des Kindes im eigenen Namen und damit als Prozesspartei als Prozessstandschafter vor Gericht geltend zu machen (vgl. dazu WUNDERLICH, S. 49).

den Worten KOHLERS auszudrücken –, *den Eltern im Kontext Kindesvermögen eine Prozessstandschaft zuzubilligen*. Im Gegenteil, es besteht gestützt auf die vorangehenden Ausführungen gerade keine Legitimation für die Anwendbarkeit einer Prozessstandschaft. Demgemäss kann aus den Art. 318 ff. ZGB – entgegen BGE 136 III 365 von 2010 – nicht hergeleitet werden, dass dem Inhaber der elterlichen Sorge in vermögensrechtlichen Kindesangelegenheiten eine (umfassende) Prozessstandschaft zusteht.

Die Inhaber der elterlichen Sorge verwalten fremdes Vermögen (Art. 318 ZGB). Somit ist *ein allfälliger Prozess im Namen des berechtigten Kindes als dessen gesetzlicher Vertreter zu führen* und eben nicht in eigenem Namen.⁵⁴ Bei einer allfälligen Interessenkollision kann dem Kind ein Beistand bestellt werden.

3. Ergebnis und Postulate

Aus Sinn und Zweck des reformierten Kindesrechts sowie aus dem klaren Wortlaut des Gesetzes wird ersichtlich, dass der Unterhaltsanspruch gemäss Art. 276 ff. ZGB allein dem Kind zusteht (Art. 289 Abs. 1 ZGB, erster Teilsatz).⁵⁵ Mithin und gestützt auf die vorstehenden Ausführungen ist das Kind in den familienrechtlichen Verfahren, in denen über seinen Unterhalt befunden wird, stets Partei. Ist es bezüglich der Unterhaltsfrage urteilsunfähig, so wird das Kind diesbezüglich durch seinen gesetzlichen Vertreter oder bei Interessenkollision durch einen Beistand oder Kindesanwalt⁵⁶ vertreten.

Das Bundesgericht hat sich mit seinem Entscheid aus dem Jahr 2010 im Vergleich mit der wünschenswerten und entsprechend zu postulierenden Richtung genau in die entgegengesetzte Richtung bewegt. Wünschenswert wäre vielmehr der vollständige Verzicht auf das Institut der Prozessstandschaft im Kindesunterhaltsrecht. Es bleibt zu hoffen, dass es auf seine diesbezügliche Rechtsprechung zurückkommen wird. Darüber hinaus wäre es

⁵⁴ Vgl. HERZIG, N. 791, Fn. 1087; GULDENER, S. 142. In diesem Zusammenhang ist auch an die psychologische Komponente zu denken, wonach sich eine Kindesunterhaltsklage im Namen des Exmannes (oder ggf. der Exfrau) statt im Namen des Kindes auf die ohnehin bereits schlechte Zahlungsmoral des säumigen Unterhaltsschuldners noch zusätzlich negativ auswirken kann.

⁵⁵ Vgl. dazu auch KGer SG, Urteil vom 12. Januar 2009 (GVP 2009 Nr. 55, 120). Daran wird auch die geplante Revision betreffend Kindesunterhalt nichts ändern.

⁵⁶ Im neuen Unterhaltsrecht ist geplant, dass die Kindesvertretung auch betreffend Unterhalt das Kind vertreten kann.

wünschenswert, wenn die kantonalen Gerichte diese Rechtsprechung nicht unreflektiert übernehmen würden.⁵⁷ Schliesslich bleibt zu *postulieren*, dass die *Gerichte im Rahmen des Kindesunterhaltsrechts auf das Instrument der Prozessstandschaft vollständig verzichten* und endlich die *Parteistellung des Kindes in allen es betreffenden familienrechtlichen Verfahren anerkennen*.

⁵⁷ Vgl. für die Verwirklichung dieser latenten Gefahr beispielsweise KGer VS, Urteil vom 21. Januar 2011 (ZWR 2012, S. 147 f.).