

Bundesamt für Justiz
z.H. Frau Debora Gianinazzi
Bundesrain 20
3003 Bern

RR/FM 312

Bern, 7. November 2012

Vernehmlassung zum Vorentwurf betreffend Änderung des Zivilgesetzbuches (Kindesunterhalt), der Zivilprozessordnung (Art. 296a) und des Zuständigkeitsgesetzes (Art. 7) vom Juli 2012

Sehr geehrte Frau Bundesrätin Sommaruga
Sehr geehrte Damen und Herren

Der Schweizerische Anwaltsverband dankt Ihnen bestens für die Gelegenheit zu obiger Vorlage Stellung zu nehmen.

Wir bedanken uns für die Gelegenheit zu obiger Vorlage Stellung zu nehmen.

I. Allgemeine Bemerkungen

Die Überlegungen des erläuternden Berichtes zum Vernehmlassungsentwurf zu den grundsätzlichen Schwierigkeiten zur Einführung einer Mankoteilung sind nachvollziehbar. Diese mögen aber die im Vorentwurf in Kauf genommene indirekte Diskriminierung – nach wie vor sind überwiegend Frauen alleinerziehende Elternteile – nicht zu rechtfertigen. Indirekte Diskriminierung aufgrund des Geschlechts wird einer Überprüfung nach verfassungsrechtlichen Grundsätzen (Art. 8 BV) nicht standhalten. Es stellt sich zudem die Frage, ob die allseits als stossend kritisierten und rechtswidrigen Auswirkungen einer einseitigen Mankotragung durch den unterhaltsberechtigten Ehegatten (einseitige Rückerstattungspflicht des unterhaltsberechtigten Ehegatten und seiner nach Art. 328 ff. ZGB unterstützungspflichtigen Verwandten gegenüber dem Gemeinwesen) nicht mittels Einführung eines gesetzlichen Regressanspruchs des Gemeinwesens gegenüber dem unterhaltspflichtigen Ehepartner und seinen Verwandten beseitigt werden könnten.

Im Sinne des Fairnessgedankens soll dem Gemeinwesen, welches den in wirtschaft-

liche Not geratenen unterhaltsberechtigten Ehegatten im Rahmen der Fürsorge unterstützt, im Rahmen der gesetzlichen Verwandtenunterstützung nach Art. 328 ff. ZGB ein gesetzlicher Regressanspruch bis zur Hälfte des gerichtlich festgestellten Mankos des unterhaltsberechtigten Ehegatten gegenüber dem unterhaltspflichtigen Ex-Ehegatten bei Verbesserung seiner wirtschaftlichen Situation und allenfalls bei guten Verhältnissen gegenüber dessen Verwandten eingeräumt werden. Denkbar wäre beispielsweise die Einfügung eines Artikels unter den Bestimmungen des ersten Abschnittes des 9. Titels des ZGB mit folgendem Wortlaut:

„Reichen die Mittel des unterhaltspflichtigen Ehegattens im Falle des ehelichen oder nahehelichen Unterhalts nicht für die Deckung des gebührenden Unterhalts des berechtigten Ehegattens und kommt das Gemeinwesen teilweise oder gesamthaft für die Lebenshaltungskosten dieses Ehegatten auf, so kann das Gemeinwesen auf den unterhaltspflichtigen Ehegatten bis zur Höhe der Hälfte der gerichtlich festgestellten Unterdeckung Rückgriff nehmen. In diesem Umfang ist der Rückgriff auf den unterhaltsberechtigten Ehegatten und dessen nach Art. 328 ff. ZGB unterstützungspflichtigen Verwandten ausgeschlossen.“

Ist der Rückgriff auf den unterhaltspflichtigen Ehegatten erfolglos, da sich seine finanzielle Situation zum Zeitpunkt des Regresses gegenüber dem Scheidungszeitpunkt nicht verbessert hat, so kann das Gemeinwesen bis zum gleichen maximalen Umfang Rückgriff auf die Verwandten des unterhaltspflichtigen Ehegatten nehmen, welche diesem gegenüber nach Art. 328 Abs. 1 ZGB unterstützungspflichtig sind.“

II. Erläuterungen zu den einzelnen Bestimmungen

1. ZGB

Einführung von Art. 285 Abs. 2 ZGB

Grundsätzlich wird die Gleichbehandlung von Kindern verheirateter/geschiedener Eltern und nicht verheirateter Eltern hinsichtlich der Bemessung des Kinderunterhaltes begrüsst. Für die Umsetzung in der Praxis bleiben jedoch (zu)viele Fragen hinsichtlich der Berechnungsmethode des Betreuungsunterhaltes und des gebührenden Kinderunterhaltes offen. Die Gesetzesbestimmungen sind derart offen gehalten, dass die konkrete Ausgestaltung vollständig der Gerichtspraxis überlassen bleibt; das Gesetz sollte die wesentlichen Kriterien enthalten.

Unabdingbar sind die ungekürzten Betreuungskosten (Drittbetreuungskosten oder Erwerbsausfall des kinderbetreuenden Elternteils) im Kinderunterhalt auch dann zu berücksichtigen, wenn die ökonomischen Verhältnisse der Eltern knapp oder nicht ausreichend sind, ansonsten sie erneut einseitig vom kinderbetreuenden Elternteil zu tragen sind. Sie wären als Manko beim Kinderunterhalt festzuhalten. Hierbei wäre – dem Ziel der Vernehmlassung entsprechend – das Manko auf beide Eltern gleichmässig zu verteilen, was auf Verfassungsebene wohl einen politischen Vorstoss nötig machen würde.

Der jetzige Gesetzesentwurf vermag aber das eigentliche Ziel der Vorlage, d.h. die hälftige Verteilung eines allfälligen Fehlbetrages (als Manko beim Kinderunterhalt), nicht zu erreichen.

Aufhebung von Art. 125 Abs. 2 Ziff. 6 ZGB

Art. 125 Abs. 2 Ziff. 6 ZGB regelt nicht betragsmässig die Betreuungskosten der Kinder, sondern ist einer von mehreren Faktoren zur Bemessung des nahehelichen Unterhalts eines unterhaltsberechtigten Ehegatten. Wird Ziff. 6 aufgehoben, so verändert sich der naheheliche Unterhaltsanspruch eines Ehegatten mit dem Risiko, dass die Berechnungsmethode, sowie die bisherige Praxis zur Frage der Angemessenheit und zur Eigenversorgungskapazität des kinderbetreuenden Ehegatten (Wiedereingliederung in das Erwerbsleben, Zeitpunkt der Ausdehnung der Erwerbstätigkeit) konzeptionell überarbeitet werden müsste. Dies ist nicht zu befürworten. Es ist insbesondere zu befürchten, dass sich allenfalls eine Gerichtspraxis zur Höhe und Dauer des nahehelichen Ehegattenunterhaltes entwickelt, wie der Ehegattenunterhalt in Deutschland gehandhabt wird. Das war bei der Einführung des Art. 125 ZGB nicht die Absicht des Gesetzgebers. Wir machen deshalb beliebt, Ziff. 6 von Art. 125 Abs. 2 ZGB nicht zu streichen, da dieses Kriterium bei der Berechnung des nahehelichen Unterhaltes aus den oben genannten Gründen und insbesondere bei lebensprägenden, langjährigen Ehen nicht unberücksichtigt bleiben kann.

Schliesslich ist illusorisch, dass bei leistungsunfähigen Unterhaltsverpflichteten ausreichende, reale Erwerbseinbussen deckende Kinderbetreuungskosten im Kinderunterhalt berücksichtigt werden könnten. Somit verschärfte sich durch eine Streichung von Ziff. 6 die ökonomische Ungleichbehandlung der Eheleute zusätzlich.

Art. 276a (neu) ZGB

Da aufgrund des Vorentwurfes neu die Betreuungskosten beim Kind und nicht mehr beim kinderbetreuenden Ehegatten berücksichtigt werden, führt der hier vorgesehene Vorrang der Unterhaltspflicht gegenüber unmündigen Kindern vor dem Ehegat-

tenunterhalt in Fällen, in denen der nicht kinderbetreuende, geschiedene Ehegatte weitere Kinder zeugt, zu einer einschneidenden Schlechterstellung des Ex-Ehegatten in Bezug auf dessen eigenen Unterhalt. Der Kinderunterhalt des weiteren Kindes beinhaltet auch einen Betreuungsunterhalt des das Kind betreuenden Elternteils, womit u.U. die finanziellen Mittel fehlen, um weiterhin einen Unterhalt an den geschiedenen Ehegatten zu leisten. Durch die Zeugung weiterer Kinder kann der nacheheliche Unterhalt, der auf Vereinbarung oder Urteil beruht, „unterlaufen“ werden, was insbesondere dann zu einem stossenden Ergebnis führt, wenn der Unterhaltsverpflichtete mit dem das weitere Kind betreuenden Elternteil zusammenlebt. Das Familienbudget der „neuen“ Familie wird zu Lasten der finanziellen Verhältnisse des geschiedenen Ehegatten verbessert. Ob dies gewollt ist, ist fraglich.

Letztlich schafft das Konzept, das der Vorlage zugrunde liegt, nur dann keine stossenden Ergebnisse, wenn davon ausgegangen werden könnte, dass grundsätzlich jeder Ehegatte/Elternteil für sich selber aufkommen kann und muss, und bloss die Betreuungskosten gemeinsamer Kinder (Drittbetreuung, entgangenes Erwerbseinkommen infolge Betreuung) und weiteren Kinderkosten zu entgelten sind. Die Wirklichkeit in der Schweiz ist weit davon entfernt. Das Modell des haushaltführenden und kindererziehenden, nicht oder nur teilzeitlich erwerbstätigen Ehegatten ist weit verbreitet und gesellschaftlich akzeptiert. Selbst wenn eine Abkehr von den herkömmlichen Rollenmodellen in Erwägung gezogen würde, so fehlt es an ausreichenden, für alle zugänglichen Möglichkeiten der ganztägigen Drittbetreuung von Kindern. Letztlich handelt es sich hier um eine politische Fragestellung, zu welcher der Schweizerische Anwaltsverband nicht Stellung nimmt.

Art. 329 Abs. 1^{bis} (neu) ZGB

Diese Bestimmung verfehlt ihr Ziel. Damit wird nicht nur das Regressrecht der Sozialbehörde gegen Verwandte ausgeschlossen, sondern generell der Anspruch eines kinderbetreuenden Elternteils gegenüber seinen Verwandten. Stossend ist dabei, dass das Kind selbst gemäss Art. 328 ZGB gegenüber den Verwandten den Unterstützungsanspruch behält, wenn seine Eltern nicht leistungsfähig sind.

Wäre die Mankoteilung geregelt worden, hätte sich die Problematik der hier angestrebten Gleichbehandlung gar nicht gestellt und die gesetzliche Regelung der Verwandtenunterstützung könnte grundsätzlich unverändert beibehalten werden. Es ist nicht einzusehen, weshalb ein Elternteil, der Kinder betreut und deswegen in eine Notlage gerät, grundsätzlich keinen Anspruch mehr auf Verwandtenunterstützung haben soll.

2. ZPO

Art. 296a lit. c ZPO

Der Übersichtlichkeit halber wäre es sinnvoll, wenn diese Regelung auch in Art. 282 Abs. 1 ZPO aufgenommen würde.

III. Fazit

Wir begrüßen die Grundidee, Kinder geschiedener, getrenntlebender und unverheirateter Eltern punkto Unterhaltsanspruch gleich zu stellen, und damit den Ansatz des Betreuungsunterhalts. Obwohl relativ unbestimmt formulierte Gesetzesbestimmungen im Unterhaltsrecht es ermöglichen, dem Einzelfall weitgehend Rechnung zu tragen, sind wir der Meinung, dass das Gesetz selber Kriterien zur Bemessung des Betreuungsunterhalts enthalten soll.

Abgelehnt wird der uneingeschränkte Vorrang der Unterhaltsbeiträge für unmündige Kinder gegenüber allen anderen Unterhaltsverpflichtungen im Sinne der obenstehenden Ausführungen. Die heutigen Unterhaltsansprüche des geschiedenen Ehegatten dürfen durch die Neuregelung des Kinderunterhaltsrechts nicht tangiert werden.

Die Gesetzesvorlage erreicht das Ziel der Mankoteilung nicht.

Soweit die Haltung des SAV zum vorliegenden Entwurf. Gerne gehen wir davon aus, dass unsere Anliegen in der weiteren Arbeit Berücksichtigung finden werden.

Mit freundlichen Grüßen
Für den Schweizerischen Anwaltsverband

Dr.iur. Beat von Rechenberg
Präsident

René Rall
Generalsekretär