

Frau Bundesrätin  
Eveline Widmer-Schlumpf  
Eidgenössisches Justiz- und  
Polizeidepartement EJPD  
Bundesamt für Justiz  
Bundesrain 20  
3003 Bern

RR/tm

312

Bern, 30. April 2009

**Vernehmlassung des Schweizerischen Anwaltsverbandes (SAV) zum Vorentwurf einer Teilrevision des Schweizerischen Zivilgesetzbuches über die Neuregelung der elterlichen Sorge geschiedener bzw. nicht miteinander verheirateter Eltern und StGB (Art. 220 VE StGB)**

Sehr geehrte Frau Bundesrätin

In randvermerkter Angelegenheit nehmen wir Bezug auf die uns unterbreitete Vernehmlassungsvorlage und danken Ihnen für die Gelegenheit, dazu Stellung nehmen zu dürfen.

**I. Kritische Gedanken zum Vorentwurf**

Ziel des Vorentwurfs ist die rechtliche Gleichstellung von Vater und Mutter über die Scheidung hinaus bzw. unabhängig von der gewählten Lebensform der Eltern. Sie ist, wie in der Übersicht zum Bericht erwähnt wird, die Antwort auf die Kritik an der geltenden Regelung von Seiten der Politik, der Lehre und von Vätervereinigungen. Alleinerziehende und Kinderschutzorganisationen zählen nicht zu den Kritikern der aktuellen Regelung. Dennoch wird argumentiert, dass mit der gemeinsamen elterlichen Sorge als Regelfall die nachteiligen Scheidungsfolgen für die Kinder reduziert werden können, dass dies zu einer besseren Kommunikation und mehr Kooperation der Eltern in Bezug auf das Kind führe, die Bereitschaft zur Verständigung und der Zahlungsmoral in Bezug auf die Unterhaltsleistungen fördere, etc. Das heisst, einmal mehr wird der strapazierte Begriff des Kindeswohls vorgeschoben, um andere, vorliegend politische oder rechtsdogmatische Ziele zu verfolgen. Dieser Ansatz ist unseres Erachtens falsch. Im Vordergrund sollten nicht die Elternrechte, sondern eindeutig das Kindeswohl liegen.

Dass der mit der Vorlage beabsichtigte Erziehungseffekt (der Eltern) tatsächlich erreicht werden kann, ist mehr als zweifelhaft. Das Forschungsprojekt von Heidi

Simoni und Andrea Bächler „Der Einfluss der Rechtspraxis auf familiäre Übergänge“ (NFP 52; besprochen in Fampra 2/2007, S. 207 ff.; dem der Vorentwurf zu wenig Rechnung trägt) zeigt vielmehr auf, dass die Zufriedenheit der Eltern und Kinder weniger von den rechtlichen Formen abhängt als von der effektiv gelebten Rollenverteilung. Wo die Eltern nicht gewillt und/oder nicht fähig sind, ihre Elternverantwortung gemeinsam wahrzunehmen, indem sie sich gegenseitig als Erzieher und Betreuer vertrauen und respektieren, wenn sie nicht bereit sind, Entscheidungen gemeinsam zu fällen und allfällige Konflikte einvernehmlich zu lösen, ist die gemeinsame elterliche Sorge fehl am Platz. Dass die gemeinsame elterliche Sorge sowohl bei geschiedenen als auch bei unverheirateten Eltern zum Normalfall werden soll, wird befürwortet. Ein Automatismus ist jedoch fehl am Platz. Das Kindeswohl wird nicht dadurch gefördert, dass den Eltern von Gesetzes wegen die gemeinsame elterliche Sorge zusteht.

Die heutige gesetzliche Regelung in Art. 133 Abs. 3 ZGB lässt die gemeinsame elterliche Sorge bereits zu, falls ein gemeinsamer Antrag beider Elternteile vorliegt, die im Kindeswohl liegt und die Eltern dem Gericht überdies eine genehmigungsfähige Vereinbarung über ihre Anteile an der Betreuung des Kindes sowie über die Verteilung der Unterhaltskosten vorgelegt haben. Die heutige Regelung ist somit denjenigen Elternteilen vorbehalten, die sich über die Kinderbelange trotz in der Regel bestehender Paarkonflikte weiterhin angemessen verständigen können. In ungefähr einem Drittel der Scheidungsfälle einigen sich die Elternpaare bereits heute auf die gemeinsame elterliche Sorge. Wie das oben erwähnte Forschungsprojekt gezeigt hat, sind vor allem die Väter (91 %) mit der gemeinsamen elterlichen Sorge glücklich, während ein Drittel der Mütter (29 %) im Nachhinein die alleinige elterliche Sorge bevorzugen würden. Dies gilt insbesondere für Elternpaare, die auch nach der Ehescheidung am traditionellen Rollenmodell festhalten, was voraussichtlich auch in Zukunft mehrheitlich der Fall sein wird. Wie nachfolgend zu zeigen sein wird, führt der Gesetzesentwurf zu einer erheblichen Behinderung des hauptbetreuenden Elternteils im Erziehungsalltag, was in Zukunft eine noch grössere Belastung vor allem für die Mütter darstellen wird, was sich indirekt negativ auf das Kindeswohl auswirken wird.

Es handelt sich um einen Irrglauben, wenn man künftig davon ausgehen sollte, dass sämtliche Elternteile nach der Ehescheidung zufolge der gemeinsamen elterlichen Sorge als Regelfall einträchtig miteinander in Bezug auf die Kinderbelange kommunizieren und miteinander kooperieren können, wenn dies bereits während der Ehedauer nicht der Fall war. Offensichtlich nicht mit dem Kindeswohl vereinbar ist die Fortsetzung der Streitigkeiten in Bezug auf die Kinderbelange nach der Ehescheidung. In Fällen, in denen die Kommunikations- und Kooperationsfähigkeit der Eltern nicht vorhanden ist, sollte die elterliche Sorge nach Kriterien des Kindeswohles bloss einem Elternteil zugeteilt werden. Der vom Vorentwurf vorgeschlagene Automatismus der Einräumung der gemeinsamen elterlichen Sorge als Regelfall erweist sich somit als realitätsfremd und wird in zahlreichen Fällen dem Kindeswohl zuwiderlaufen.

Umgekehrt bedeutet dies, dass die gemeinsame elterliche Sorge den beiden Elternteilen vom Gericht nur dann zugeteilt werden sollte, wenn erstellt ist, dass sie in Bezug auf die Kinderbelange diskutieren können und sie sich auf einen

Betreuungsplan (zumindest mehrheitlich) geeinigt haben. Die Kooperations- und Kommunikationsfähigkeit der Elternteile sollte unter dem Aspekt des Kindeswohls durch den Richter abgeklärt werden. Nur denjenigen Elternteilen, welche den erwähnten Nachweis erbringen können, sollte die gemeinsame elterliche Sorge nach der Scheidung belassen werden. Der Gesetzgeber sollte die unabdingbaren Voraussetzungen im Sinne eines klar aufgestellten Prüfungsprogramms nennen, unter denen die gemeinsame elterliche Sorge beiden Elternteilen eingeräumt werden kann. Im Gegensatz zur heutigen Regelung sollte indessen keine Einigung über den Kinderunterhalt mehr nachgewiesen werden müssen, da ein solcher auch durch das Gericht im Interesse des Kindeswohls ohne weiteres bestimmt werden kann. Im Gegensatz zum heutigen Recht soll der Richter die Möglichkeit haben, die gemeinsame elterliche Sorge nach im Gesetz bestimmten Kriterien anzuordnen, auch wenn ein Ehegatte die Zuweisung der alleinigen elterlichen Sorge beantragt hat. Ein gemeinsamer Antrag sollte in Zukunft nicht mehr Voraussetzung für die Einräumung der gemeinsamen elterlichen Sorge sein.

Die Bestimmungen in Art. 133 VE ZGB könnten – wie bereits erwähnt - zu einer erheblichen Einschränkung und Verschlechterung in der Organisation des Lebensalltages des hauptbetreuenden Elternteiles führen. In den Gesetzentwurf sollte eine Auflistung der zwingend gemeinsam zu treffenden Elternentscheidungen Eingang finden. Alle übrigen Entscheidungen sollte der hauptbetreuende Elternteil alleine treffen können, insbesondere sollte er den zivilrechtlichen Wohnsitz in der Schweiz ohne Zustimmung des anderen Elternteils bestimmen können.

Eine Gleichstellung der beiden Elternteile sollte überdies auch in Bezug auf die finanziellen (negativen) Folgen der Ehescheidung erfolgen. Die aktuelle Gesetzesvorlage kann beim hauptbetreuenden Elternteil noch mehr Armut bewirken, was nachweislich dem Kindeswohl nicht förderlich ist. Es sollte deshalb auf jeden Fall eine Verknüpfung zum Unterhaltsrecht erfolgen. Der aktuelle Gesetzesentwurf blendet diesen Aspekt völlig aus.

Der Gesetzesentwurf sieht neu in Art. 298g VE ZGB die gemeinsame oder alternierende Obhut vor, die sich nicht als Regelfall, sondern lediglich in Ausnahmefällen eignet.

Der Vorentwurf will auch unverheirateten Eltern die gemeinsame elterliche Sorge automatisch einräumen, sofern das Kind vom Vater anerkannt wird (Art. 298 VE ZGB). Es wird offenbar vom Idealfall ausgegangen, bei dem die unverheirateten Eltern gemeinsam mit dem Kind zusammen wohnen. Ob dieser Idealfall tatsächlich die Mehrheit darstellt, ist statistisch nach unserem Wissen nicht belegt und deckt sich nicht mit den Erfahrungen in der Praxis. Bei unverheirateten Eltern wird der Automatismus des gemeinsamen Sorgerechts abgelehnt. Indessen soll es möglich sein, auf Antrag eines Eltern- oder beider Elternteile das gemeinsame Sorgerecht zu verlangen. Die entscheidende Behörde hat ein solches Begehren nach dem gleichen Prüfungsprogramm wie bei scheidenden Eltern zu beurteilen.

Zu begrüßen ist, dass in Art. 134b VE ZGB vorgesehen ist, dass in Zukunft in strittigen Fällen des persönlichen Verkehrs die Gerichte anstelle der Vormundschaftsbehörde zuständig sind. Weiter ist es zu begrüßen, dass der

überlebende Elternteil für die Fortführung der Pflege und Erziehung der Kinder verantwortlich sein wird (Art. 298f VE ZGB).

Die obligatorische Bestellung eines Beistandes für ein Kind einer unverheirateten Mutter wurde im Vorentwurf gestrichen (Art. 309 VE ZGB). Um das Kindeswohl nicht zu vernachlässigen, sollte die unverheiratete Mutter eines unehelichen Kindes über die Möglichkeit einer Unterstützung durch einen Beistand in angemessener Weise informiert werden müssen.

Gestützt auf Art. 12 SchlT ZGB kann nach dem Inkrafttreten des neuen Rechts die gemeinsame elterliche Sorge in einem Abänderungsverfahren beantragt werden. Eine Frist für das Gesuch ist nicht vorgesehen. Aus Gründen der Verfahrensökonomie schlagen wir eine zweijährige Übergangsfrist vor.

Die Revision von Art. 220 Abs. 2 StGB sieht neu die Bestrafung des Inhabers des Obhutrechts bei einer Verweigerung des Besuchsrecht vor. Die neue Regelung ist grundsätzlich zu begrüßen. Es darf auch nicht darüber hinweggesehen werden, dass es auch Kinder gibt, die zu einem Elternteil keinen Kontakt haben wollen und der hauptbetreuende Elternteil in diesem Fall zu Unrecht einem Strafverfahren ausgesetzt sein könnte.

Ein Kompromissvorschlag zur Vermeidung von unnötigen Strafverfahren könnte das alleinige Antragsrecht der Kindesschutzbehörde vorbehalten werden.

Überdies läuft Art. 220 Abs. 1 VE StGB der neuen Regelung des Art. 298g VE ZGB entgegen: In den Fällen des gemeinsamen Sorgerechts, welches auch eine gemeinsame Obhut beinhalten soll, ist nach unserer Auffassung eine Verurteilung nach Art. 220 StGB ausgeschlossen.

Die Vorlage ist als Ganze zu wenig durchdacht. Es handelt sich um einen Schnellschuss, der einseitig die Interessen der unzufriedenen 75 % der Väter, die nur über ein Besuchsrecht verfügen, schützt, zulasten der 90% der Mütter, die die alleinige elterliche Sorge vorziehen und vor allem unbesehen um das Wohl der betroffenen Kinder.

Der Vorentwurf basiert auf dem Gedanken des Idealfalles, sei es, dass die Eltern nach der Scheidung besser über die Kinderbelange miteinander kommunizieren können, als während der Dauer der Ehe oder sei es, dass unverheiratete Eltern in der Regel zusammen leben. Der Gesetzgeber sollte nicht auf den Idealfall, sondern auf den Regelfall abstellen. Um das Kindeswohl sicher zustellen, sollte im Gesetz ein Prüfungsprogramm für die Voraussetzungen der Einräumung der gemeinsamen elterlichen Sorge aufgestellt werden. Der bisherigen Rollenteilung und damit verbundenen die überwiegenden Verantwortung, die der hauptbetreuende Elternteil auch nach der Scheidung übernimmt, wird nicht gebührend Rechnung getragen. Im Gegenteil würde der hauptbetreuende Elternteil im Alltag erheblich eingeschränkt, was zu dauernden Auseinandersetzungen mit dem anderen Elternteil führen könnte und somit dem Kindeswohl zuwider läuft. Dies gilt auch unter Berücksichtigung des Umstandes, dass der hauptbetreuende Elternteil grundsätzlich für seinen gebührenden Unterhalt nach der Scheidung selber aufzukommen hat (Art. 125 ZGB). Der Entwurf befasst sich auch nicht genügend mit dem in der Praxis (häufig)

vorkommenden Fall (vgl. das Ergebnis des Forschungsprojektes), dass ein Elternteil trotz gemeinsamer elterlicher Sorge keinen Kontakt zu den Kindern pflegt und/oder er seine Unterhaltsverpflichtung nicht wahrnimmt, mit anderen Worten er die gesamte Verantwortung dem hauptbetreuenden Elternteil überlässt. Grundsätzlich müsste auch dieser Elternteil seine Zustimmung zu einem Wohnortwechsel erteilen. Ob in solchen Fällen die alleinige elterliche Sorge vom hauptbetreuenden Elternteil erfolgreich beantragt werden kann, erscheint ungewiss, da mit einer Vernachlässigung der Unterhaltspflicht und sowie der mangelnden Pflege des Kontakts zum Kind nicht unbedingt eine Kindeswohlgefährdung nachgewiesen werden kann.

Die Beibehaltung des gemeinsamen Sorgerechts nach der Scheidung ist als Regelfall und Zielsetzung grundsätzlich richtig und erstrebenswert. Die Ausgestaltung und Zuweisung von Entscheidungskompetenzen von nicht erheblicher Bedeutung durch das Gericht an einen Elternteil sollte zusätzlich geschaffen und somit das gemeinsame Sorgerecht auf die zwingenden gemeinsamen Entscheidung von erheblicher Bedeutung beschränkt werden können. Dies drängt sich gerade in den vielen Fällen der einseitigen Aufgabenverteilung (ein Elternteil betreut hauptsächlich das Kind, der andere Elternteil ist für den finanziellen Unterhalt zuständig) auf.

Abschliessend beantragen wir deshalb die Zurückweisung der Vorlage zur Verbesserung, unter Berücksichtigung der vorstehend und nachfolgend ausgeführten kritischen Aspekte.

## **II. Gemeinsame elterliche Sorge nach der Ehescheidung: Zu Art. 133 ZGB und Art. 133a VE ZGB**

### **A. Vorbemerkungen**

#### **1. Allgemeines**

Gemäss Bericht zum Vorentwurf soll bei Scheidung (anders als bei nicht ehelich geborenen Kindern) der Richter die Vereinbarkeit der gemeinsamen elterlichen Sorge mit dem Kindeswohl in jedem Einzelfall prüfen. Dies geht jedoch nicht aus dem Gesetzestext hervor. Im Gegenteil, Art. 133 VE ZGB, der den Regelfall ordnet, erwähnt das Kindeswohl gar nicht. Eine Prüfung des Kindeswohls ist erst in Art. 133 a VE ZGB vorgesehen für den Fall, dass die elterliche Sorge auf Antrag oder von Amtes wegen einem Elternteil alleine zugewiesen werden soll. Dies wird aller Voraussicht nach dazu führen, dass der Richter nur dann eine Kindeswohlprüfung vornimmt, die diesen Namen auch verdient, wenn gewichtige Indizien vorliegen oder von einem Elternteil behauptet wird, dass die gemeinsame elterliche Sorge ausnahmsweise dem Wohl des Kindes abträglich sei. Der angewandte Massstab dürfte dabei eher streng ausfallen. In allen übrigen Fällen, wo kein Antrag auf alleinige Zuteilung der elterlichen Sorge oder keine Gefährdungsmeldung vorhanden ist, dürfte eine Kindeswohlprüfung unterbleiben.

In der aktuellen rechtlichen Situation, welche einen gemeinsamen Antrag für das Fortführen der gemeinsamen elterlichen Sorge erfordert, wird gerügt, dass ein solcher Antrag von einem Elternteil häufig davon abhängig gemacht wird, dass ihm anderweitige Vorteile eingeräumt werden. Mit der neuen Regelung, welche

gemäss dem Wortlaut des Gesetzes die Prüfung des Kindeswohls davon abhängig macht, dass ein Antrag auf Zuweisung der alleinigen elterlichen Sorge vorliegt, würde den Eltern aber wiederum ein Mittel zugeschoben, sich auf Kosten des Kindeswohls anderweitige Vorteile einräumen zu lassen (Verzicht auf Antrag = Verzicht auf Kindeswohlprüfung = materieller oder anderweitiger Vorteil). Das heisst, der Mangel des geltenden Rechts wird mit dem Vorentwurf nicht beseitigt, sondern einfach durch einen anderen ersetzt.

Soll die Vorlage tatsächlich **den Kindern** Vorteile bringen, so muss der Richter gezwungen werden, bei Scheidung in jedem Einzelfall unabhängig vom diesbezüglichen Antrag der Eltern die Regelung der elterlichen Sorge unter dem Aspekt des Kindeswohls (und einzig unter diesem Aspekt!) zu prüfen. Dies geschieht am besten durch **klare Vorgaben im Gesetz** (z.B. analog Art. 125 ZGB für den nachehelichen Unterhalt). Im Gegensatz zum aktuellen Recht soll der Richter die Möglichkeit haben, die gemeinsame elterliche Sorge anzuordnen, auch wenn ein Ehegatte die Zuweisung der alleinigen Sorge beantragt und sich die Parteien nicht in allen Punkten über das Betreuungskonzept und den Unterhalt einig sind. Wo jedoch eine Verständigung der Eltern zum Vornherein aussichtslos erscheint, dürfte es in vielen Fällen dem Kindeswohl eher abträglich sein, wenn die Eltern das Sorgerecht weiterhin gemeinsam innehaben.

## **2. Verbesserung der Elternsituation nach der Scheidung in Fällen der tatsächlich gelebten gemeinsamen Obhut**

In Fällen mit gleichmässig verteilten Anteilen an Betreuung und Erziehung (Ausnahme- und nicht Regelfall in der Scheidungspraxis) bringt der VE ZGB nur Vorteile, weil diese Situation nach der Scheidung fortgesetzt werden kann, selbst in Fällen, in welchen sich die Eltern nicht über den Unterhalt einigen können.

## **3. Verschlechterung der Situation des hauptbetreuenden Elternteils**

Der VE ZGB bringt für den hauptbetreuenden Elternteil mehr Armut und eine Einschränkung der Organisation des Erziehungsalltages.

### **3.1 Mehr Armut für den hauptbetreuenden Elternteil**

Das Familienrecht basiert u.a. auf den Grundsätzen der Gleichberechtigung der Eltern und dem Kindeswohl. Die Scheidungsfolgen sollen unabhängig von der Aufgabenteilung der Eltern für beide Elternteile wie auch die Kinder angemessen und fair ausgestaltet werden können. Die Wahrnehmung der Hauptbetreuung für ein Kind darf – nicht wie heute – einseitig zu Armut führen. Der Regelfall gemeinsames Sorgerecht nach der Scheidung trägt dazu bei, dass beide Eltern ihre Elternrechte gleichberechtigt ausüben können. Der Regelfall gemeinsames Sorgerecht nach der Scheidung sollte aber auch die gleichberechtigte Ausübung und Wahrung der Elternpflichten beinhalten – die finanziellen Aspekte einer Scheidung und der gleichberechtigten Ausübung von Elternrechten können und dürfen nicht ausgeblendet werden, sondern sollten Bestandteil der Revisionsvorlage werden. Oft leben nach einer Trennung oder Scheidung die betroffenen Kinder wegen der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur Mankoverteilung für lange Zeit in Armut (Eidg. Kommission für Frauenfragen, Empfehlungen vom 28.03.2007 für eine geschlechtergerechte Aufteilung der wirtschaftlichen Folgen von Trennung und Scheidung, [www.frauenkommission.ch](http://www.frauenkommission.ch); Studie Elisabeth Freivogel vom

September 2006, ergänzt im März 2007 im Auftrag der Eidg. Kommission für Frauenfragen zum Thema „Nachehelicher Unterhalt – Verwandtenunterstützung – Sozialhilfe; [www.frauenkommission.ch](http://www.frauenkommission.ch)). Die negativen Folgen der Kinderarmut sind bekannt (SKOS, Publikation „Jung und arm: das Tabu brechen“, [www.skos.ch](http://www.skos.ch); Medienmitteilung Bundesamt für Statistik vom 26.06.2007; Bundesamt für Statistik/Sozialamt des Kantons Zürich, Sozialbericht Kanton Zürich 2003, 66, 70; Einladung von der Eidg. Kommission für Frauenfragen, der Schweiz. Vereinigung für Sozialpolitik, der Schweiz. Konferenz für Sozialhilfe und Artias zur nationalen Tagung zum Thema „Armut nach der Scheidung“ am 06.03.2008 in Biel, [www.skos.ch](http://www.skos.ch)). Es gilt, diese negativen Folgen zu mildern (BGE 5A\_767/2007; Parlamentarische Initiative von Nationalrätin Anita Thanei zu Gleichbehandlung in Mankofällen Nr. 07.473).

Diese Vorlage bewirkt noch mehr Armut beim hauptbetreuenden Elternteil. Die Begründung im Detail geht aus den nachfolgenden Ausführungen hervor.

### **3.2 Verschlechterung der Rahmenbedingungen für die Organisation des Lebensalltages für den hauptbetreuenden Elternteil**

Der hauptbetreuende Elternteil darf in der Organisation seines Lebensalltages mit dem Kind, welcher eine hohe Flexibilität erfordert, nicht behindert werden. An folgende Bereiche wird dabei gedacht: Die Vereinbarung von Erwerbstätigkeit und Kinderbetreuung und damit die Erfüllung der zumutbaren Eigenversorgungskapazität des unterhaltsbedürftigen geschiedenen Ehegatten. Letzteres bedingt keinerlei Erschwernisse bei der Organisation und Durchführung von familienexterner Kinderbetreuung, Wohnortswechseln innerhalb der Schweiz, Unterstützung des Kindes in schulischen Belangen (Organisation Aufgabenhilfe, Kontakte mit Lehrkräften), Freizeitgestaltung der Kinder (Sport, Jugendorganisationen, Musikunterricht etc.). Werden hier Vetos des nichthauptbetreuenden Sorgerechtsinhabers eingelegt, so kann ein solches Veto z.B. zur Folge haben, dass die Eigenversorgungskapazität des hauptbetreuenden Elternteils nicht erreicht werden kann oder der Kinderalltag stark belastet wird. Der hauptbetreuende Elternteil müsste in solchen Fällen im Gegenzug die Möglichkeit haben, nach der Scheidung eine Erhöhung des persönlichen Unterhaltsbeitrages beantragen zu können. Der nichthauptbetreuende Elternteil muss sein Mitbestimmungsrecht pflichtgemäss ausüben. Beiden Elternteilen müssen die gleichen Möglichkeiten und Chancen in der Lebensführung nach der Scheidung zukommen. Das gemeinsame Sorgerecht darf nicht dazu führen, dass der hauptbetreuende Elternteil in seiner Lebensführung massiv beeinträchtigt wird. Wechselt der nichthauptbetreuende Elternteil seinen Wohnsitz und erschwert damit den Kontakt zu den Kindern, steht dem hauptbetreuenden Elternteil auch kein Vetorecht zu. Die ökonomischen Folgen dieses Gesetzesentwurfes werden vollständig ausgeklammert. Eine Scheidung beinhaltet jedoch die voneinander abhängende Regelung von persönlichen und finanziellen Angelegenheiten. Die Einführung des Regelfalles gemeinsames Sorgerecht berücksichtigt die ökonomische Situation in keiner Weise.

## **B. Einbettung und Verknüpfung des VE ZGB mit den übrigen Bestimmungen im Familienrecht bzw. übrigen Rechtsgebieten**

### **1. Einbettung und Verknüpfung mit dem Kindsrecht**

Art. 133 und Art. 133a VE ZGB knüpfen an den Begriff „gemeinsame elterliche Sorge“. Eine Definition über den Inhalt und die Ausgestaltung der gemeinsamen elterlichen Sorge fehlt.

Definitionen sind allenfalls im 8. Titel des ZGB über "Die Wirkungen des Kindesverhältnisses" zu finden.

Art. 301 ff. ZGB beschreibt den Inhalt der elterlichen Sorge ohne zu unterscheiden, ob diese elterliche Sorge einem Elternteil alleine oder beiden Elternteilen gemeinsam zukommt.

So haben im Allgemeinen die Eltern im Blick auf das Wohl des Kindes seine Pflege und Erziehung zu leiten und treffen unter Vorbehalt seiner eigenen Handlungsfähigkeit die nötigen Entscheidungen (Art. 301 Abs. 1 ZGB). Das Kind schuldet den Eltern Gehorsam; die Eltern gewähren dem Kind die seiner Reife entsprechende Freiheit der Lebensgestaltung und nehmen in wichtigen Angelegenheiten, soweit tunlich, auf seine Meinung Rücksicht. Das Kind darf ohne Einwilligung der Eltern die häusliche Gemeinschaft nicht verlassen; es darf ihnen auch nicht widerrechtlich entzogen werden. Die Eltern geben dem Kind den Vornamen.

Im Besonderen wird die Erziehungspflicht als Aufgabe der elterlichen Sorge nach Art. 302 ZGB wie folgt umschrieben: Die Eltern haben das Kind ihren Verhältnissen entsprechend zu erziehen und seine körperliche, geistige und sittliche Entfaltung zu fördern und zu schützen. Sie haben dem Kind, insbesondere auch dem körperlich und geistig gebrechlichen, eine angemessene, seinen Fähigkeiten und Neigungen soweit möglich entsprechende allgemeine und berufliche Ausbildung zu verschaffen. Zu diesem Zweck sollen sie in geeigneter Weise mit der Schule und, wo es die Umstände erfordern, mit der öffentlichen und gemeinnützigen Jugendhilfe zusammenarbeiten.

In Bezug auf die religiöse Erziehung wird in Art. 303 ZGB festgehalten, dass die Eltern über die religiöse Erziehung verfügen. Ein Vertrag, welche diese Befugnis beschränken würde, ist ungültig. Nach Erreichen des 16. Altersjahres entscheidet das Kind selbständig über sein religiöses Bekenntnis.

Was die Vertretung des Kindes gegenüber Dritten betrifft, so haben die Eltern von Gesetzes wegen die Vertretung des Kindes gegenüber Drittpersonen im Umfang der ihnen zustehenden elterlichen Sorge. Kommt beiden Eltern die elterliche Sorge zu, so dürfen gutgläubige Drittpersonen voraussetzen, dass jeder Elternteil im Einvernehmen mit dem andern Elternteil handelt (Art. 304 ZGB).

Die Handlungsfähigkeit des Kindes unter elterlicher Sorge ist die gleiche beschränkte Handlungsfähigkeit wie bei einer bevormundeten Person (Art. 305 Abs. 1 ZGB). Für Verpflichtungen des Kindes haftet sein Vermögen ohne Rücksicht auf die elterlichen Vermögensrechte.

Urteilsfähige Kinder, die unter elterlicher Sorge stehen, können mit Zustimmung der Eltern für die Gemeinschaft handeln, verpflichten damit aber nicht sich selbst, sondern die Eltern. Haben die Eltern in einer Angelegenheit Interessen, die denen des Kindes widersprechen, so finden die Bestimmungen über die Vertretungsbeistandschaft Anwendung (Art. 306 ZGB).

In Art. 301 ff. ZGB ist keine Definition der elterlichen Obhut sowie der damit verbundenen Entscheidungskompetenzen des obhutsinnehabenden Elternteils enthalten. Ebenfalls kann aus diesen Bestimmungen explizit keine Möglichkeit der alleinigen Obhutzuteilung erkannt, eventuell aber indirekt hergeleitet werden.

Nach Art. 308 Abs. 3 ZGB kann die elterliche Sorge beschränkt und bestimmte Befugnisse einem Beistand übertragen werden.

## **2. Fehlende Verknüpfung mit dem Unterhaltsrecht**

Gemäss heutiger bundesgerichtlicher Praxis hat der unterhaltsbedürftige getrenntlebende oder geschiedene Ehegatte ein allfälliges Manko mit Sozialhilfe zu decken. Diese Armut trifft stets den hauptbetreuenden Elternteil und die Kinder, nie aber den unterhaltspflichtigen Elternteil. Diese für das Kindeswohl und für die Entwicklung der Kinder schädliche Armutssituation kann nur mit einer Anpassung des Unterhaltsrechts gelöst werden. Es muss unter allen Umständen vermieden werden, dass mit der Einführung des Regelfalles „gemeinsames Sorgerecht nach der Scheidung“ beim hauptbetreuenden Elternteil und den Kindern noch mehr Armut als bisher entsteht. Mehr Rechte in der Erziehung und Entwicklung des Kindes müssen mit mehr Verantwortung – auch in finanzieller Hinsicht – einhergehen.

Eine Anpassung des Unterhaltsrechts drängt sich zusammen mit der Einführung des gemeinsamen Sorgerechts als Regelfall umso mehr auf, als die Anteile der Betreuung und des Unterhaltes sich im Laufe der Zeit nach der Scheidung verändern können. Gemäss jetziger Unterhaltsregelung kann der unterhaltsbedürftige Elternteil nur dann nachträglich eine Erhöhung des persönlichen Unterhaltsbeitrages verlangen, wenn der Unterhaltsbeitrag den gebührenden Unterhalt nicht gedeckt hat, und dies auch nur innert fünf Jahren nach der Scheidung. Um den geschiedenen Eltern tatsächlich eine flexible Aufgabenteilung für die Kinder zu ermöglichen, sollte in allen Fällen eine nachträgliche Erhöhung des persönlichen Unterhaltsbeitrages wegen veränderter Verhältnisse möglich sein.

## **3. Einbettung in das Eherecht**

Die Einbettung bzw. Verknüpfung der Revisionsvorlage in die übrigen Bestimmungen im ZGB betreffend Kinderbelange erscheint wichtig. Die Schaffung des Regelfalles des gemeinsamen Sorgerechts soll nach der Scheidung eine Beibehaltung des gemeinsamen Sorgerechts wie Obhutsrechts umfassen (Vorentwurf, S. 22).

In diesem Zusammenhang ist widersprüchlich, dass eine alleinige Obhutzuteilung nach der Scheidung offensichtlich nicht möglich sein soll, jedoch während der Trennungsphase nach Art. 176 Abs. 3 ZGB i.V.m. 273 ZGB die Regel ist. Ebenfalls knüpft der Anspruch auf persönlichen Verkehr mit dem Kind an den Begriff Obhut und Sorgerecht an (Art. 273 ZGB).

Die Definition der Obhut und der damit verbundenen Entscheidungskompetenzen sollte explizit in das Kindsrecht aufgenommen werden, damit in allen Fällen (ob verheiratete, unverheiratete oder geschiedene Eltern) der Begriff Obhut geklärt ist.

#### **4. Zivilrechtlicher Wohnsitz**

An den Begriff der Obhut knüpft auch der gesetzliche Wohnsitz des Kindes an (Art. 25 Abs. 1 ZGB). Nach dem VE ZGB wäre für die Scheidungsfälle explizit die Beibehaltung des gemeinsamen Sorgerechts wie Obhutsrechts vorgesehen und damit unklar, wie sich der zivilrechtliche Wohnsitz eines solchen Kindes bestimmt.

#### **5. Vertretung des Kindes**

Könnte Art. 304 Abs. 2 ZGB in Bezug auf die Vertretung des Kindes gegen aussen nicht überstrapaziert werden? Sind beide Eltern Inhaber der elterlichen Sorge, so dürfen gutgläubige Drittpersonen voraussetzen, dass jeder Elternteil im Einvernehmen mit dem andern handelt.

#### **6. Verwandtenunterstützung**

Hier dürften gemäss VE ZGB nun die Verwandten beider Elternteile bei gemeinsamem Sorgerecht gegenüber dem Kind verwandtenunterstützungspflichtig werden.

#### **7. Auswirkungen des gemeinsamen Sorgerechts nach der Ehescheidung auf andere Rechtsgebiete**

##### **7.1 Erziehungsgutschrift**

Nach Art. 52f. Abs. 2 AHVV wird bei gemeinsamem Sorgerecht die Erziehungsgutschrift von Gesetzes wegen gesplittet. Nur mittels einer Vereinbarung, nicht aber durch gerichtlichen Entscheid, kann die Erziehungsgutschrift einem Elternteil alleine zugewiesen werden. Der hauptbetreuende Elternteil, der wegen der Betreuungspflichten in seiner Erwerbstätigkeit in der Regel beschränkt ist, wird beim Aufbau der Altersvorsorge durch diese gesetzliche Regelung benachteiligt. Der nicht hauptbetreuende Elternteil ist in der Regel zu 100% erwerbstätig und benötigt für den Aufbau der Altersvorsorge keine zusätzliche Gutschrift aus Erziehungsgutschrift. Die nur hälftige Zuweisung der Erziehungsgutschrift wegen der Beibehaltung des gemeinsamen Sorgerechts nach der Scheidung kann empfindliche Reduktionen der AHV-Rente des hauptbetreuenden Elternteils zur Folge haben. Deshalb sollte die Möglichkeit der gerichtlichen Zuweisung der Erziehungsgutschrift nach der Scheidung oder bei unverheirateten Eltern mit gemeinsamem Sorgerecht vorgesehen werden.

##### **7.2 Sozialhilferecht**

Unklar ist auch, was bei einem Sozialhilfeantrag für das unmündige Kind zu beachten ist, insbesondere ob, beide Elternteile diese Sozialhilfe beantragen müssen. Gemäss VE ZGB handelt es sich bei einem solchen Antrag nicht mehr um eine alltägliche Angelegenheit, sondern um eine Angelegenheit, welche die Zustimmung beider Eltern (auch wenn sie geschieden sind, aber das gemeinsame Sorgerecht innehaben) benötigt. In welchem Umfang werden beide Elternteile, auch wenn sie nicht mehr zusammenleben und geschieden sind, aber

das gemeinsame Sorgerecht ausüben, für die Sozialhilfe für ihr gemeinsames Kind rückerstattungspflichtig? Wird nur der Sozialhilfe beantragende Elternteil rückerstattungspflichtig?

### **7.3 Alimentenbevorschussung**

Die Zuständigkeit für die Alimentenbevorschussung richtet sich nach aargauischem Recht nach dem zivilrechtlichen Wohnsitz des Kindes. Müssen beide Elternteile die Bevorschussung der Kinderalimente beantragen? Es gelten hier die gleichen Überlegungen wie beim Sozialhilfeantrag.

Es besteht kein Anspruch auf Alimentenbevorschussung, wenn das Kind mit beiden Eltern zusammenwohnt. Wie steht es hier, wenn das Kind von beiden Elternteilen zu gleichen Teilen oder ähnlich gleichen Teilen betreut wird, wohnt dann das Kind mit dem unterhaltspflichtigen Elternteil trotz Trennung/Scheidung der Eltern zusammen?

## **C. Zu den einzelnen Artikeln**

### **1. Zu Art. 133 VE ZGB**

#### **1.1 Wie wird Art. 133 VE ZGB verstanden?**

Der Wortlaut von Art. 133 VE ZGB sieht die Beibehaltung des gemeinsamen Sorgerechts nach der Scheidung vor und zwar im Sinne eines Automatismus, ohne dass eine Kindeswohlprüfung zu erfolgen hätte und insbesondere ohne, dass die Eltern eine Elternvereinbarung über die Aufteilung der Anteile der Betreuung und am Unterhalt dem Gericht vorlegen müssen. Die gemeinsame elterliche Sorge umfasst, so die Erläuterungen zum Vorentwurf (S. 22), auch das gemeinsame Obhutsrecht. Die Entscheidungskompetenz des faktisch obhutsausübenden Elternteils wird in Art. 298g VE ZGB geregelt. Diese Entscheidungskompetenz wird auf die alltäglichen und dringenden Angelegenheiten beschränkt. Für alle anderen Entscheidungen müssen die Eltern gemeinsam entscheiden. Dies dürfte in der Praxis bzw. im Erziehungsalltag vor allem in Bezug auf die Organisation des Lebensalltages Schwierigkeiten machen.

#### **1.2 Anpassungsbedarf**

##### a) Kindeswohlprüfung

Die Kindeswohlprüfung muss aber gerade im Zusammenhang mit der mit der Trennung/Scheidung verbundenen Reorganisation der Familie und der damit verbundenen erhöhten Gefährdung des Kindeswohls explizit vom Gesetzgeber gefordert werden.

Es bestehen grosse Bedenken, ob die Gerichte die Prüfung der zu scheidenden Eltern in Bezug auf ihre Fähigkeit, die Kinderbelange zu regeln, sorgfältig vornehmen werden. Wenn bei der Scheidung die Spreu nicht vom Weizen getrennt wird, so werden die betroffenen Kinder einer unnötigen Belastung ausgesetzt und die Problembehandlung aufgeschoben, aber nicht aufgehoben.

##### b) Möglichkeit der Zuweisung der alleinigen Obhut

In Fällen mit ungefähr gleich grossen Anteilen an Betreuung und Unterhalt für ein Kind erscheint die Beibehaltung der gemeinsamen Obhut sinnvoll.

Bei sehr ungleicher Verteilung der Anteile an Betreuung und Unterhalt für ein Kind sollte die Möglichkeit geschaffen werden, die Obhut einseitig an einen Elternteil (in der Regel an den hauptbetreuenden Elternteil) zuzuweisen. Damit verbunden ist die Erweiterung des Spielraums der Ausgestaltung des gemeinsamen Sorgerechts auf einzelne Entscheidungskompetenzen.

Ein klares vom Gesetzgeber aufgestelltes Prüfungsprogramm und differenzierte Möglichkeiten der Zuweisung von Entscheidungskompetenzen ohne generelle Aufhebung des gemeinsamen Sorgerechts sollten explizit im Gesetz erwähnt werden, um den Handlungsspielraum zu erweitern und so das gemeinsame Sorgerecht in den wichtigen Fragen zu belassen, jedoch die weniger bedeutsamen Fragen des Erziehungs- und Schulalltages dem hauptbetreuenden Elternteil zuzuweisen.

#### c) Auflistung der zwingend gemeinsam zu treffenden Elternentscheide

Im Minimum sollen beiden Elternteilen folgende gemeinsame Entscheidungskompetenzen zwingend bei gemeinsamem Sorgerecht zukommen:

1. Längerfristige Verbringung ins Ausland
2. medizinische Eingriffe von besonderer Tragweite
3. Schul- und Berufswahl
4. Beitritt zu oder Austritt aus einer Religionsgemeinschaft
5. Ausübung gefährlicher Freizeitbeschäftigungen
6. Dauerhafte Unterbringung bei Dritten
7. wichtige rechtliche Vorkehrungen
8. evtl. andere für das Kind bedeutende Entscheide

Die Belassung des gemeinsamen Sorgerechts mit Zuweisung der alleinigen Obhut an den hauptbetreuenden Elternteil würde die Entscheidungskompetenzen des nicht obhutsberechtigten Elternteils auf die aufgelisteten 8 Punkte beschränken.

Angeregt wird zusätzlich, dass der Gesetzgeber eine Möglichkeit vorsehen sollte, um die Zustimmung des andern Elternteils bei den zwingend gemeinsam zu fällenden Entscheiden gerichtlich erwirken zu können (ähnlich Art. 169 Abs. 2 ZGB, eheliche Wohnung). Das Vertretungsrecht jedes Elternteils und dessen Vermutung nach Art. 304 Abs. 1 und Abs. 2 ZGB steht im Widerspruch zu den Vorstellungen des Entwurfs, wonach praktisch alle oder wenigstens die wichtigen Entscheide für das Kind gemeinsam gefällt werden sollten.

#### d) Regelung des Kinderunterhalts über die Mündigkeit hinaus

Die Möglichkeit, gerichtlich den Kinderunterhaltsbeitrag über die Mündigkeit hinaus festzulegen, sollte allgemein im Kindsrecht (für alle Fälle, nicht nur für den Fall der Ehescheidung) festgehalten werden.

## **2. Zu Art. 133a VE ZGB**

Die vorgeschlagene Regelung kann dazu führen, dass viele hauptbetreuende Elternteile nicht bereit sind, die vielen gemeinsam notwendigen Entscheide beim gemeinsamen Sorgerecht gemeinsam zu treffen und dies deshalb mit einem Antrag um Zuweisung der alleinigen Sorge umgehen. Dies hätte dann zur Folge, dass der andere Elternteil in einem schlechten Erziehungslicht dargestellt und in einem Prozess viel Geschirr verschlagen wird. Es besteht auch die Befürchtung,

dass die hauptbetreuenden Elternteile sich das alleinige Sorgerecht durch zu tiefe persönliche Unterhaltsbeiträge erkaufen könnten. Eine klare Zuweisung von Obhut und Entscheidungskompetenzen könnte den Druck des hauptbetreuenden Elternteils, das alleinige Sorgerecht zu beantragen, mildern.

Art. 133a Abs. 1 und 2 VE ZGB setzen unterschiedliche Massstäbe beim Kindeswohl (einmal "verlangt" einmal "vereinbar"). Die in Art. 133a VE ZGB gewählte Terminologie des „Entzugs der elterlichen Sorge“ wird üblicherweise im Zusammenhang mit Kinderschutzmassnahmen verwendet, was eine entsprechende hohe Eingriffsschwelle impliziert. Die Voraussetzungen für die Zuweisung der alleinigen Sorge nach Art. 133a Abs. 1 VE ZGB sollten aber nicht gleich streng angesetzt werden.

### **III. Veränderung der Verhältnisse nach der Ehescheidung bzw. bei unverheirateten Eltern: Zu Art. 134, 134a, 134b, 298e VE ZGB**

Die einmal festgelegte Zuweisung der elterlichen Sorge, die Regelung von persönlichem Verkehr und Unterhaltsbeiträgen durch das Scheidungsgericht oder die Kinderschutzbehörde sind nicht in Stein gemeisselt. Art. 134, 134a sowie Art. 298e VE sehen vor, dass auf Antrag eines Elternteils, des Kindes oder der Kinderschutzbehörde die Zuweisung der elterlichen Sorge neu zu regeln ist, wenn dies wegen wesentlicher Veränderung der Verhältnisse zum Wohl des Kindes geboten ist. Gleiches gilt bei Änderungen der Regelung der Betreuungsanteile, des persönlichen Verkehrs und der Unterhaltsbeiträge.

Es handelt sich um eine Selbstverständlichkeit, welche bereits im geltenden Recht entsprechend geregelt war und keiner Änderung bedarf.

Im Falle eines nicht streitigen Verfahrens, also bei Einigung der Eltern, ist die Kinderschutzbehörde für die Anpassungen der Regelungen zuständig. Sind sich die Eltern nicht einig, so hat hingegen das Gericht die entsprechenden Anordnungen zu treffen.

Diese Zweiteilung der Zuständigkeiten hat sich in der Vergangenheit bewährt. Bei Einigung der Eltern ist ein Gang über die formalen Gerichtsbehörden nicht notwendig. Demgegenüber verfügt die meist wenig erfahrene Kinderschutzbehörde in den seltensten Fällen über die Möglichkeiten und die erforderliche fachliche Qualifikation um einen strittigen Fall innert nützlicher Frist erledigen zu können. Dies hat sich in der Vergangenheit in denjenigen Fällen gezeigt, in welchen die Vormundschaftsbehörde gestützt auf Art. 275 Abs. 1 bzw. Art. 134 Abs. 4 in strittigen Fällen über die Abänderungen des persönlichen Verkehrs zu entscheiden hatte. Dem wird neu derart Rechnung getragen, dass nun auch solche Neuregelungen in strittigen Fällen das Gericht zu erledigen haben wird. Diese Änderung ist zu begrüßen, zumal schon heute häufig ein Antrag auf Abänderung des persönlichen Verkehrs mit einem Begehren um Änderung des Unterhaltsbeitrages verknüpft würde, um so die Zuständigkeit des Gerichts zu erlangen.

Zu beachten ist, dass eine Änderung der Betreuungsanteile unter Umständen eine finanzielle Mehrbelastung des unterhaltsberechtigten Elternteils mit sich bringen kann. In diesen Fällen bedarf es eines expliziten Vorbehalts, wonach die

im Scheidungsurteil festgelegten persönlichen Unterhaltsbeiträge **auch erhöht** werden können. Im Allgemeinen können die persönlichen Unterhaltsbeiträge aufgrund von Art. 129 Abs. 1 ZGB nämlich zwar herabgesetzt, aufgehoben oder sistiert aber nicht heraufgesetzt werden. Bei der Mehrbelastung handelt es sich nicht zwingend um reine Kinderkosten, welche über eine Erhöhung von Kinderunterhaltsbeiträgen abgegolten werden könnten.

Die Möglichkeit, Anpassungen der elterlichen Sorge sowie der Anteile an der Betreuung, des persönlichen Verkehrs oder des Unterhaltsbeitrages zu verlangen gelten auch für unverheiratete Paare (Art. 298e VE ZGB), was folgerichtig ist.

#### **IV. Tod eines Elternteils: Art. 298f VE ZGB**

In Art. 298f VE ZGB wird festgehalten, dass beim Tode eines Elternteils die elterliche Sorge von Gesetzes wegen dem überlebenden Elternteil zusteht, sofern die Eltern die elterliche Sorge gemeinsam ausgeübt hatten (Abs. 1). Dies galt bei verheirateten Eltern schon heute (Art. 297 Abs. 3 ZGB). Neu sieht Art. 298f Abs. 2 VE ZGB explizit vor, dass die Kindesschutzbehörde die elterliche Sorge auch dann dem anderen Elternteil zuweist oder einen Vormund bestellt, sofern die Eltern nicht über die gemeinsame elterliche Sorge verfügten. Das Gesetz sieht in diesem Fall eine Kindeswohlprüfung vor.

Diese Neuregelung ist ebenfalls zu begrüßen, womit grundsätzlich der überlebende Elternteil (egal, ob er die elterliche Sorge teilte oder nicht) als der primär Verantwortliche für die Fortführung der Pflege und Erziehung der Kinder angesehen wird. Es ist aber auch verständlich, dass die Kindesschutzbehörde im Falle von einer nicht gemeinsamen elterlichen Sorge die Verhältnisse vor einer definitiven Entscheidung nochmals zu prüfen hat. Dass die Eltern in jenen Fällen nicht über die gemeinsame elterliche Sorge verfügten, darf nicht als Indiz gegen die Zuteilung der elterlichen Sorge an den überlebenden Elternteil gewertet werden. Dies gilt umso mehr, als ja die Mehrzahl der heute bereits geschiedenen Ehegatten eben gerade noch nicht über die gemeinsame elterliche Sorge verfügen, sei es, weil dies im Zeitpunkt der Scheidung noch gar nicht möglich war oder die Parteien sich auf keinen gemeinsamen Antrag einigen können, obwohl im Grundsatz nichts gegen eine Belassung der elterlichen Sorge bei beiden Elternteilen gesprochen hätte.

Es wäre zu begrüßen, wenn im Gesetz der Vorrang des Elternteils vor einer Drittlösung, also eines Vormundes, explizit erwähnt würde, sodass das Ermessen der Kindesschutzbehörde in dem Sinne eingeschränkt wäre, als dass bei voraussichtlich gleichwertigen Lösungen nicht ein externer Vormund bestellt wird, sondern die elterliche Sorge dem überlebenden Elternteil übertragen wird.

#### **V. Elterliche Sorge bei unverheirateten Eltern**

##### **1. Vorbemerkungen**

Die bereits eingangs in der Übersicht (vgl. I. Übersicht) dargelegten Überlegungen zur gemeinsamen elterlichen Sorge nach der Scheidung gelten auch für nicht verheiratete Eltern. Die gemeinsame elterliche Sorge rechtfertigt sich nur da, wo tatsächlich die Elternverantwortung gemeinsam wahrgenommen

wird. Eine Kindsanerkennung ist noch lange nicht der Beweis für den Willen, die Elternverantwortung gemeinsam wahrzunehmen. Die Entscheidungen, die in Ausübung der elterlichen Sorge zu fällen sind, setzen eine umfassende Kenntnis des Kindes (seiner Persönlichkeit, seines Charakters, seiner Stärken und Schwächen, seiner Vorlieben und Abneigungen, etc.) voraus, wie sie nur durch intensive und nahe Beziehung zum Kind gewährleistet werden kann. **Fehlt es an einer solch nahen Beziehung, rechtfertigt sich das gemeinsame Sorgerecht nicht.**

Der VE geht bei den unverheirateten Eltern noch weiter als das deutsche Recht, welches immerhin eine gemeinsame Erklärung der Eltern verlangt. In der Schweiz hingegen kann jeder Mann das Kind einer unverheirateten Mutter, das nicht bereits eine väterliche Abstammung aufweist, vor einem Zivilstandsbeamten als das Seinige anerkennen. Der Zivilstandsbeamte prüft weder die biologische Vaterschaft noch die Zustimmung der Kindsmutter.

Da in einer Vielzahl der Fälle, selbst bei freiwilliger Anerkennung des Kindes, die Wirklichkeit sich immer noch so darstellt, dass der unverheirateten Mutter die Verantwortung für das Kind praktisch alleine überlassen ist, während sich die durchsetzbaren, väterlichen Pflichten (wenn überhaupt) in der Bezahlung eines relativ bescheidenen Kinderunterhaltsbeitrags erschöpfen, rechtfertigt es sich nicht, dem anerkennenden Kindsvater weitgehende Elternrechte einzuräumen, ohne dass er gleichzeitig zusätzliche Pflichten zu übernehmen hat. **Die elterliche Sorge einer unverheirateten Mutter soll deshalb von Gesetzes wegen nur ihr alleine zustehen. Liegt jedoch ein gemeinsamer Antrag beider Elternteile auf gemeinsame elterliche Sorge vor oder weist der Kindsvater auf andere Weise nach, dass er die Elternverantwortung im gleichen Masse wahrnimmt wie die Kindsmutter, soll die gemeinsame elterliche Sorge unverheirateter Eltern möglich sein.** Eine ähnliche Regelung kennen beispielsweise England and Wales, Italien (nur bei Zusammenleben der Eltern), Dänemark (keine gemeinsame elterliche Sorge wenn seit 10 Monaten kein Zusammenleben).

Der VE-ZGB geht von der Annahme aus, dass die meisten Väter, die ihr Kind anerkennen, mit der Mutter im Konkubinat leben. Der Bericht erläutert nicht, worauf sich diese Annahme stützt. Aufgrund persönlicher Erfahrungen und Beobachtungen sind Zweifel angebracht. Aber selbst wenn diese Annahme zutreffen würde, scheint es angebracht, einen ausdrücklichen Antrag des Kindsvaters zu verlangen, um das Sorgerecht (nach Prüfung der Vereinbarkeit mit dem Kindeswohl) zugesprochen zu bekommen. Das Mitspracherecht des nicht mit der Mutter verheirateten Vaters soll immer auf seine Berechtigung hin überprüft werden. Eine diesbezügliche Ungleichbehandlung zwischen verheirateten und nicht verheirateten Eltern lässt sich auch in der heutigen Zeit noch rechtfertigen. Im Erbrecht stört sich auch niemand daran, dass unverheiratete Partner die Begünstigung des überlebenden Partners nur durch einen rechtsgeschäftlichen Akt erwirken können.

## **2. Im Falle der Anerkennung der Vaterschaft: Art. 298, 298a und 298b VE ZGB**

Nach bisherigem Recht steht bei unverheirateten Eltern die elterliche Sorge der Mutter zu (Art. 298 ZGB). Der VE sieht nun vor, dass die elterliche Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern von Gesetzes wegen dem Vater und der Mutter

gemeinsam zustehen soll, sofern der Vater das Kind anerkannt hat (Art. 298 VE ZGB). Es soll die unterschiedliche Behandlung von verheirateten und nicht verheirateten Eltern eliminiert werden.

Offenbar wird davon ausgegangen, dass die unverheirateten Eltern mit den gemeinsamen Kindern zusammen wohnen, wie dies der Regelfall bei verheirateten Eltern ist. Wenn auch die Tendenz zunimmt, dass unverheiratete Eltern mit gemeinsamen Kindern zusammenleben, trifft das jedoch noch lange nicht auf die Mehrheit unverheirateter Eltern zu.

Die Ehegatten haben sich mit der Heirat gegenseitig verpflichtet, das Wohl der Gemeinschaft in einträchtigem Zusammenwirken zu wahren und für die Kinder gemeinsam zu sorgen (Art. 159 Abs. 2 ZGB). Konsequenterweise steht ihnen von Gesetzes wegen die gemeinsame elterliche Sorge zu (Art. 297 ZGB). Die Unterstützungspflicht dauert über die Scheidung hinaus an, wenn einem Ehegatten nicht zuzumuten ist, für den ihm gebührenden Unterhalt selber aufzukommen (Art. 125 Abs. 1 ZGB).

Zwischen nicht verheirateten Eltern besteht hingegen keinerlei gesetzliche Unterstützungspflicht. Die unverheiratete Mutter hat keinen Anspruch auf persönliche finanzielle Unterstützung durch den Vater des Kindes. Weil nun die unverheiratete Mutter für ihren Lebensunterhalt selber aufkommen muss, ist sie darauf angewiesen, dass sie in der beruflichen und persönlichen Gestaltung ihres Lebens nicht eingeschränkt wird. Die Mitspracherechte des Vaters bei der gemeinsamen elterlichen Sorge könnten sie daran hindern.

Unverheiratete Eltern sollen jedoch die Möglichkeit haben, die gemeinsame elterliche Sorge zu beantragen und zwar alleine oder gemeinsam. Bei der Beurteilung eines solchen Begehrens wäre das gleiche Prüfungsprogramm wie bei scheidenden Eltern anzuwenden. Wenn sich Konkubinatspaare erbrechtlich begünstigen wollen, wird von ihnen ebenfalls Eigeninitiative erwartet. Selbstverständlich soll es auch unverheirateten Eltern, die nicht zusammen leben, frei stehen, die gemeinsame elterliche Sorge zu beantragen.

Dabei soll die Kindesschutzbehörde die Vereinbarkeit mit dem Kindeswohl überprüfen können. Anders als bei verheirateten Eltern, die in der Scheidung stehen, haben unverheiratete Eltern allenfalls keine gemeinsame Vergangenheit, vielleicht ist sogar nichts aus deren Vergangenheit bekannt. Bei Annahme des Art. 309 VE ZGB fällt die Beistandschaft nach bisherigem Recht (Art. 309 Abs. 1 ZGB) weg. Und somit auch die Möglichkeit, dass in Fällen von Müttern in schwierigen Verhältnissen für die Berücksichtigung der Kindesinteressen gesorgt wird. Widersprüchlich ist, dass bei Eltern, die sich scheiden lassen, das Gericht die Sorgerechtsregelung von Amtes wegen auf seine Vereinbarkeit mit dem Kindeswohl zu prüfen hat. Bei unverheirateten Eltern, also eben auch solchen, die nie zusammen gelebt haben und das auch nicht anstreben, soll nun eine Kindeswohlprüfung gänzlich wegfallen. Die angestrebte Gleichbehandlung führt in diesem Fall zu einer Ungleichbehandlung zulasten des Kindeswohls.

Übernommen werden kann Art. 298a VE ZGB, falls unverheiratete Eltern das gemeinsame Sorgerecht beantragen und dieses dem Kindeswohl entspricht. Sie verständigen sich demnach auf ihre Anteile an der Betreuung und den Unterhalt

des Kindes (Art. 298a Abs. 1 VE ZGB). Bei Uneinigkeit sollen sie sich an die Kindesschutzbehörde wenden können (Art. 298a Abs. 2 VE ZGB).

Gemäss Art. 298 Abs. 2 VE ZGB soll nur in Fällen, wo das Kind vom Vater nicht anerkannt wird, das Sorgerecht von Gesetzes wegen der Mutter zustehen. Nachdem das Sorgerecht bei unverheirateten Eltern wie oben dargelegt in allen Fällen von Gesetzes wegen bei der Mutter bleiben soll, ist diese Unterscheidung hinfällig.

Dementsprechend ist in Art. 298b VE ZGB nur noch die Möglichkeit vorzusehen, dass das Gericht die elterliche Sorge auf Antrag des Vaters ihm zuteilt, wenn es das Wohl des Kindes verlangt. Zu übernehmen ist für diesen Fall der Wortlaut von Art. 298b Abs. 3 VE ZGB, wonach das Gericht den persönlichen Verkehr und den Beitrag zum Unterhalt nach den Bestimmungen über die Wirkungen des Kindesverhältnisses regelt.

### **3. Im Falle der Feststellung der Vaterschaft durch Urteil: Art. 298c und d VE ZGB**

Die automatische Zuweisung der gemeinsamen elterlichen Sorge im Falle der Feststellung des Kindesverhältnisses durch Anerkennung wird aus den oben erwähnten Gründen entschieden abgelehnt. Selbstverständlich gilt dies auch bei Feststellung des Kindesverhältnisses durch Urteil, d.h. es bedarf keiner Unterscheidung, je nachdem, ob die Vaterschaft durch Anerkennung oder durch Urteil hergestellt wird.

Eine Ungleichbehandlung der Väter, die ihr Kind anerkennen gegenüber den Vätern, die erst in der Vaterschaftsklage "ermittelt" werden, scheint sachlich auch nicht unbedingt gerechtfertigt. Eine Anerkennung vor dem Zivilstandsbeamten ist zum Beispiel ausgeschlossen, wenn die Kindsmutter nicht im Zivilstandsregister eingetragen ist (z.B. Ausländerin ohne Geburtsschein). In diesem Fall kann das Kindesverhältnis nur durch Vaterschaftsklage hergestellt werden. Eine Vaterschaftsklage kann auch deshalb einer Anerkennung vorgezogen werden, weil sie einem bedürftigen Vater die Möglichkeit eröffnet, auf Kosten des Staates einen DNA-Test machen zu lassen. Umgekehrt kann ein Vater eine Anerkennung aus Kostengründen einem Vaterschaftsprozess vorziehen, ohne dabei mehr Verantwortung gegenüber dem Kind wahrnehmen zu wollen.

Sollte der Gesetzgeber, entgegen der in diesem Bericht vertretenen Ansicht, die gemeinsame elterliche Sorge bei nicht verheirateten Eltern allein aufgrund der Kindsanerkennung zum automatisch eintretenden Regelfall machen wollen, müsste selbstverständlich dem Richter im Vaterschaftsprozess die Möglichkeit gegeben werden, die elterliche Sorge einem Elternteil allein, in der Regel der Mutter, zu übertragen, und zwar von Amtes wegen. Ob es sinnvoll ist, generell für den Vaterschaftsprozess eine Abweichung (alleine elterliche Sorge) von der Regel (gemeinsame elterliche Sorge), mit der Möglichkeit, auch davon wieder abzuweichen, vorzusehen, wird in Frage gestellt. Es wäre wohl einfacher und müsste genügen, wenn im Falle eines Vaterschaftsprozesses dem Richter die Aufgabe zugewiesen würde, von Amtes wegen (und durch Ausübung seiner Fragepflicht) gleichzeitig über die elterliche Sorge zu entscheiden und gegebenenfalls auch die Frage der Betreuung und des Unterhalts zu regeln.

Für alle Fälle nicht ehelicher Elternschaft sollte nach unserer Auffassung sinngemäss folgendes gelten:

"Sind die Eltern nicht miteinander verheiratet, so steht die elterliche Sorge von Gesetzes wegen der Mutter zu."

"Die Eltern können gemeinsam oder je einzeln der Kindesschutzbehörde beantragen, dass die elterliche Sorge ihnen gemeinsam übertragen wird, wenn es mit dem Wohl des Kindes vereinbar ist."

"Wird das Kindesverhältnis im Rahmen eines Vaterschaftsurteils festgestellt, kann dieser Antrag dem Gericht gestellt werden."

"Die Kindesschutzbehörde oder der Richter im Rahmen des Vaterschaftsprozesses regelt die Anteile an der Betreuung."

"Können sich die Eltern nicht über den Unterhalt des Kindes einigen, kann die Kindesschutzbehörde Empfehlungen abgeben. Im Streitfall entscheidet das Gericht."

Diese Formulierung setzt allerdings voraus, dass an anderer Stelle erwähnt wird, welche Kriterien für das Kindeswohl massgebend sind und dass die gemeinsame elterliche Sorge nur dann dem Kindeswohl entspricht, wenn die Eltern tatsächlich die Elternverantwortung gemeinsam wahrnehmen, d.h. das Kind entweder gemeinsam betreuen oder gemeinsam einen Betreuungsplan aufstellen, für den Unterhalt des Kindes gemeinsam aufkommen (dazu gehört eventuell auch, dass die Kindsmutter für ihre Betreuungsarbeit wie eine Drittperson entschädigt wird, vgl. Bericht S. 21), wenn sie Differenzen in Kinderbelangen **gemeinsam**, auf der Basis gegenseitiger Achtung und Gleichberechtigung, lösen. **Wo Machtkämpfe ausgetragen werden, dient die gemeinsame elterliche Sorge nicht dem Kindeswohl.**

Die Regelung für den Fall der Uneinigkeit bezüglich Betreuung und Unterhalt ist dem Status quo und Art. 298a VE ZGB entnommen. Die Formulierung in Art 298a VE ZGB, wonach sich bei Uneinigkeit die Eltern an die Kindesschutzbehörde wenden können, ist allerdings nicht eindeutig. Erst aus dem Bericht geht hervor, dass die Kindesschutzbehörde bezüglich Unterhalt nur Empfehlungen abgeben kann. Ob dieses Splitting sinnvoll ist, bedarf noch der Überprüfung. Überhaupt ist einer klaren Regelung der Zuständigkeiten besonderes Augenmerk zu schenken.

## **VI. Ausübung der gemeinsamen elterlichen Sorge: Art. 298g VE ZGB**

### **1. Vorbemerkung**

Die Marginalie III ter mit dem Titel "Ausübung der gemeinsamen elterlichen Sorge" umfasst nur einen einzigen Artikel. Der neue Artikel 298g VE ZGB lautet wie folgt:

*“Üben die Eltern die elterliche Sorge gemeinsam aus, ohne dass sie einen gemeinsamen Haushalt führen, regelt derjenige Elternteil, der das Kind in seiner Obhut hat, die alltäglichen und dringenden Angelegenheiten allein“.*

Eine eigentliche Definition über den Inhalt und die Ausgestaltung des Begriffs der Obhut und der elterlichen Sorge (und ev. des Betreuungsrechts) fehlt im Gesetz.

## **2. Geltende Regelung**

Die Abgrenzung elterliche Sorge und Obhutsrecht war und ist unter dem bisherigen Recht sehr schwierig. Mit der Zuteilung der Obhut ist klar, wer gewisse Entscheidungen treffen darf, die nicht die elterliche Sorge betreffen. Regelmässig hat derjenige Elternteil, bei dem das Kind Wohnsitz hat und von dem aus das Kind hauptsächlich die Schule besucht, die Obhut inne.

Bisher stand im Falle des gemeinsamen Sorgerechts die Obhut einem Elternteil zu, während der andere Elternteil ein (teilweise sehr umfassendes) Besuchsrecht beanspruchen konnte.

In neueren Konventionen und Urteilen wurde teilweise ein Obhutsrecht und ein Betreuungsrecht oder bei beiden Ehegatten ein Betreuungsrecht, resp. eine alternierende Obhut gewährt. Eine solche Regelung, die heute noch nicht alle Gerichte als genehmigungsfähig akzeptieren, war nur möglich, im Rahmen einer Konvention und wenn sich beide Elternteile annähernd hälftig um die Kinder kümmern (beispielsweise beim Nestmodell).

Ingeborg Schwenzer führt im Fam Kommentar Scheidung, Stämpfli Verlag AG Bern, Art. 176 ZGB, zur gemeinsamen oder alternierenden Obhut aus:

*Eine solche gemeinsame oder alternierende Obhut ist aber anspruchsvoll. Sie setzt voraus, dass die Ehegatten ihre Trennung innerlich schon bewältigt haben, weil sie nicht gut als Elternpaar zusammenarbeiten und gleichzeitig als Ehepaar weiter streiten können, und dass beide sich an der Erziehungsarbeit beteiligen, damit nicht der eine als “Sonntagsvater“ alle Vorteile behält, während die andere als “Werktagmutter“ sämtliche Nachteile übernimmt. Das Risiko besteht darin, dass die Eltern ihren Konflikt fortsetzen, sich in den häufig notwendigen Absprachen aufreiben oder das Kind mit ganz unterschiedlichen Tagesabläufen und gegensätzlichen Anweisungen überfordern. Die Chance liegt darin, dass sie beide auch nach der Trennung im Leben des Kindes präsent sind, sich in ihren Erziehungsstilen ergänzen, sich gegenseitig entlasten und im Notfall füreinander einspringen können.*

Übereinstimmend mit den Ausführungen von Ingeborg Schwenzer wurde bei einem gemeinsamen Sorgerecht, zum Beispiel im Kanton Bern, in der Regel einem Elternteil die Obhut zugeteilt. Offenbar gibt es auch Gerichte, die bei der gemeinsamen elterlichen Sorge keine Obhutzuteilung vorgenommen haben.

## **3. Regelung im Vorentwurf**

Neu wird das Kind abwechselungsweise unter die Obhut beider Eltern gestellt (wohl im Sinne einer alternierenden Obhut), wobei das Kind jeweils unter der Obhut des Elternteils steht von dem es aktuell betreut wird. Wird das Kind – was

grundsätzlich erwünscht ist - abwechslungsweise durch die Mutter und den Vater betreut, wechselt die Obhut im gleichen Rhythmus von der Mutter zum Vater.

Fraglich ist, ob die Obhut überhaupt nur die dringenden und alltäglichen Angelegenheiten umfasst und alle weitergehenden Entscheidungen neu unter die gemeinsame elterliche Sorge zu subsumieren sind. Ein entsprechender Rückschluss lässt sich eventuell aus der Gesetzessystematik ziehen. Die Marginalie III ter lautet: „Ausübung der gemeinsamen elterlichen Sorge“. Danach regelt der Elternteil, der das Kind in seiner Obhut hat, die alltäglichen und dringenden Angelegenheiten allein.

Platz für eine Zuteilung der rechtlichen Obhut an einen Elternteil, der das Kind hauptsächlich betreut, bleibt gemäss dem Gesetzestext nicht. Dies lässt einzig den Rückschluss zu, dass alles, was nicht eine alltägliche oder dringende Angelegenheit ist, von beiden Eltern gemeinsam entschieden werden muss.

Der Bericht zum Vorentwurf spricht im Zusammenhang mit dem Art. 298g VE ZGB ausschliesslich von der faktischen Obhut und nicht von der rechtlichen Obhut. Der Bericht nennt die Wahl des TV-Programms eine alltägliche Angelegenheit (der Zahlvater darf das Kind regelmässig vor den Fernseher setzen, statt dieses eigentlich zu betreuen) und die Wahl eines Sports eine andere (nicht alltägliche) Entscheidung, die gemeinsam gefällt werden muss (Schwimmunterricht nur mit Zustimmung des Zahlvaters).

Der Bericht verweist sodann auf Art. 304 Abs. 2 ZGB, wonach gutgläubige Dritte davon ausgehen dürfen, dass jeder Elternteil im Einvernehmen mit dem andern handelt und auf die Möglichkeit die Kinderschutzbehörde einzuschalten sowie die Möglichkeit, die elterliche Sorge nach Art. 134 VE ZGB neu regeln zu lassen. Solche Verfahren werden bei einer gesetzlich vorgeschriebenen alternierenden Obhut vermutlich zur Tagesordnung werden.

Wie verhält es sich beispielsweise, wenn ein Kind während der Betreuungszeit eines Elternteils in einem nennenswerten Umfang fremd betreut werden soll?

Im Falle einer nicht alltäglichen Angelegenheit (Frage der gemeinsamen elterlichen Sorge):

- Die Mutter, bei der das Kind hauptsächlich wohnt, darf das Kind während ihrer Arbeitszeit nicht ohne Zustimmung des Vaters von einer von ihr gewünschten Person betreuen lassen.
- Andererseits darf der Vater, der das Kind nur wenige Wochenenden pro Jahr zu sich zu Besuch nimmt, das Kind ohne Zustimmung der Mutter nicht regelmässig von seiner neuen Freundin oder seinen Eltern betreuen lassen.

Im Falle einer alltäglichen Angelegenheit (Obhutsfrage):

- Die Mutter, bei der das Kind hauptsächlich wohnt, darf das Kind während ihrer Arbeitszeit ohne Zustimmung vom Vater von einer von ihr gewünschten Person betreuen lassen.
- Der Vater, der das Kind nur wenige Wochenenden pro Jahr zu sich zu Besuch nimmt, darf das Kind ohne Zustimmung der Mutter regelmässig von seiner neuen Freundin oder seinen Eltern betreuen lassen.

Beide Varianten führen zu einem unerwünschten Ergebnis.

Der Vorentwurf propagiert offenbar eine gemeinsame oder alternierende Obhut, die einzig Sinn macht, wenn einerseits beide Eltern die Trennung schon bewältigt haben, andererseits sich beide Eltern in einem ähnlich umfassenden Umfang an der Betreuung und Erziehung der Eltern beteiligen und eine gemeinsame Kommunikation möglich ist. Damit eignet sich die Variante gemäss Vorentwurf nur für den Ausnahmefall.

Mit dem Vorentwurf wird nicht das bisher mögliche gemeinsame Sorgerecht mit Zuteilung der rechtlichen Obhut als Regelfall vorgesehen. Im Vorentwurf wird das gemeinsame Sorgerecht mit alternierendem Obhutsrecht als Regelfall erklärt. Der Vorentwurf schießt deshalb in Bezug auf die fehlende rechtliche Obhutzuteilung und die Definition der gemeinsamen elterlichen Sorge respektive die Menge der Entscheidungen die bei der gemeinsamen Sorge übereinstimmend gefällt werden müssen, über das ursprüngliche Ziel hinaus. Zu bedenken ist, dass ein Grossteil der Eltern, die sich bei der Scheidung für das gemeinsame Sorgerecht entschieden haben, gleichzeitig an der traditionellen Rollenverteilung festhalten (vgl. Bericht zum Vorentwurf, S. 9).

Die heutige gesetzliche Regelung wäre vermutlich der Regelung gemäss Vorentwurf vorzuziehen. Wünschenswert wäre zwar die gemeinsame elterliche Sorge als Regelfall, jedoch unter der Voraussetzung, dass das Kind unter die rechtliche Obhut eines Elternteils gestellt wird. Ausnahmen respektive eine alternierende oder gemeinsame elterliche Sorge sollten für den Ausnahmefall, beispielsweise für das „Nestprinzip“ vorbehalten bleiben.

#### **4. Rechtsvergleich**

Der Vorentwurf geht in Bezug auf die Obhut weiter als die Regelung in Österreich, Belgien und Italien. Nicht bekannt betreffend Obhut ist die Regelung in Frankreich. Unklar ist die Regelung in Dänemark, England und Wales. Dagegen steht in Deutschland das Obhutsrecht klar beiden Eltern zu. Das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch (BGB) sieht eine Aufteilung der Kompetenzen vor, im Sinne von Entscheidungen von erheblicher Bedeutung (werden gemeinsam entschieden) und Entscheidungen des alltäglichen Lebens (werden vom faktischen Obhutsinhaber entschieden).

#### **VII. Feststellung Vaterschaft: Art. 309 VE ZGB**

Die heutige Regelung, wonach jedes Kind einer unverheirateten Mutter einen Beistand erhält, der für die Feststellung des Kindesverhältnisses zum Vater zu sorgen und die Mutter zu beraten und zu betreuen hat, ist heute in den allermeisten Fällen nicht mehr gerechtfertigt. Zu Recht hat man daher die obligatorische Bestellung des Beistandes im Vorentwurf gestrichen. Noch immer wird dem Kind aber dann ein Beistand ernannt, wenn dies eine unverheiratete Frau während ihrer Schwangerschaft wünscht. Die Formulierung lässt rätseln, ob die unverheiratete Frau auch nach der Niederkunft die Kindesschutzbehörde um den entsprechenden Beistand ersuchen kann, nachdem der Gesetzestext den Zeitraum eigentlich auf die Schwangerschaft eingrenzt. Hier wäre wohl eine

Klarstellung sinnvoll, wonach die unverheiratete Frau während der Schwangerschaft **oder nach der Niederkunft** die Kindesschutzbehörde um den Beistand ersuchen kann. Dennoch zeigt sich, dass in vereinzelt Fällen die werdenden Mütter die rechtliche Situation zu wenig kennen und auch nicht wissen, wo sie Unterstützung und Hilfe erhalten. Anstelle der automatischen Bestellung eines Beistandes sollte daher sichergestellt werden, dass die Mutter über die Möglichkeit der Unterstützung durch einen Beistand in angemessener Weise informiert wird.

### **VIII. Übergangsrecht: Art. 12 SchIT ZGB**

Für die auf das Kindesverhältnis zur Anwendung kommenden Vorschriften ist gemäss Vorentwurf die Vorschrift des Art. 12 des Schlusstitels zum Zivilgesetzbuch (SchIT ZGB) massgebend. Danach findet auf die Wirkungen des Kindesverhältnisses (elterliche Sorge, persönlicher Verkehr, Unterhaltspflicht) ohne Einschränkung neues Recht Anwendung, wenn das Kindesverhältnis nach Inkrafttreten des neuen Rechts begründet worden ist.

Das Inkrafttreten der revidierten Bestimmungen des ZGB darf als wesentliche Veränderung angesehen werden, die nach Art. 2, 3, 7 Abs. 3 SchIT ZGB zur Anwendung des neuen Rechts führt. Nach Art. 134 b VE ZGB (Veränderung der Verhältnisse bei Kindern verheirateter Eltern) und Art. 298 e VE ZGB (Veränderung der Verhältnisse bei Kindern nicht verheirateten Eltern) können die Eltern nach Inkrafttreten des neuen Rechts somit ein Gesuch stellen mit dem Ziel, das gemeinsame Sorgerecht zu erlangen. Eine Frist für dieses Gesuch ist nicht vorgesehen.

Für diejenigen Elternteile, die nach der Scheidung das gemeinsame Sorgerecht nicht ausüben, besteht nach Inkrafttreten des neuen Rechts somit die Möglichkeit, bei Gerichten resp. Kindesschutzbehörden das gemeinsame Sorgerecht zu beantragen. Eine Vielzahl betroffener Elternteile, vor allem jüngerer Kinder, dürfte somit versuchen, eine Wiederauflösung der Sorgerechtsfrage zu erreichen. Zu erwarten ist, dass in erster Linie betroffene Väter den Antrag auf gemeinsames Sorgerecht stellen werden. Ob mit dieser prozessualen Möglichkeit jedoch eine regelrechte „Prozesslawine“ ausgelöst wird, erscheint offen.

Im Abänderungsprozess muss gemäss Vorentwurf der gesamte Sachverhalt in Bezug auf die Kinderbelange sowie die Unterhaltsfrage wiederum neu aufgerollt werden. Aufgrund der für das Kind damit verbundenen Belastungen erscheint es problematisch, wenn die Einreichung eines Abänderungsbegehrens jederzeit möglich ist. Sichergestellt werden sollte, dass diejenigen Elternteile, die nach der Scheidung das gemeinsame Sorgerecht nicht ausüben, Gelegenheit erhalten, sich umfassend mit der Frage des gemeinsamen Sorgerechts auseinander zu setzen, dass der Entscheid zur Einreichung eines Abänderungsbegehrens frei von Druck sowie emotionalen Beweggründen und zudem mit einer gewissen Distanz zum Scheidungsgeschehen gefällt werden kann. Die Aufnahme einer Übergangsfrist von 2 Jahren für die Einreichung des Abänderungsbegehrens in den Gesetzestext könnte dies gewährleisten. Damit würde auch der Verfahrensökonomie Rechnung getragen.

Übergangsfristen finden sich im Gesetz im Bereich des Namensrechts: Die einjährige Frist des Art. 119 Abs. 1 ZGB gibt der Ehepartnerin die Gelegenheit, sich umfassend mit der Frage ihres zukünftigen Namens auseinanderzusetzen (Botschaft Eherecht. 1245). Auch im Bereich des Güterrechts war und ist das Übergangsrecht zu beachten: Grundsätzlich Geltung des neuen Rechts, d.h., soweit kein Ehevertrag abgeschlossen wurde, rückwirkende Anwendung der Vorschriften über die Errungenschaftsbeteiligung für die ganze Ehedauer (Art. 9a, 9d Abs. 1 SchIT ZGB). Ausnahmsweise konnte eine Erklärung über den Ausschluss der Rückwirkung erfolgen (einseitig möglich), dann galt bis 31.12.1987 der alte Güterstand, ab 01.01.1988 die Errungenschaftsbeteiligung (Art. 9d Abs. 2 SchIT ZGB); oder bis 31.12.1987 konnte die gemeinsame Erklärung über die Beibehaltung der Güterverbindung (Art. 9e Abs. 1 SchIT ZGB) erfolgen. Gemeinsam ist allen Fällen, dass mit der Ansetzung einer Übergangsfrist die ernsthafte Auseinandersetzung mit den entsprechenden Fragen gewährleistet wird resp. wurde.

Im Weiteren ist festzuhalten, dass mit Blick auf die zu erwartenden Abänderungsprozesse grosse Bedenken bestehen, ob die Gerichte - ohne eine differenzierte Ausgestaltung des gemeinsamen Sorgerechts - überhaupt in der Lage sind, eine Entscheidung zum Wohl des Kindes zu treffen. Zu befürchten ist zudem, dass die Kindeswohlprüfung auch im Abänderungsverfahren nur oberflächlich stattfindet und Kindesanhörungen von (kleineren) Kindern weiterhin nur selten erfolgen.

Der Gesetzgeber ist somit gut beraten, ein klar aufgestelltes Prüfungsprogramm und differenzierte Möglichkeiten zur Zuweisung der Entscheidkompetenzen betreffend die Angelegenheiten des täglichen Lebens (an den hauptbetreuenden Elternteil) und die Angelegenheiten von erheblicher Bedeutung (an beide Elternteile) im Gesetz zu verankern. Unterlässt er eine solche differenzierte Regelung des Inhalts der elterlichen Sorge, werden die Probleme im Zusammenhang mit der elterlichen Sorge auch im Abänderungsverfahren nicht gelöst, sondern nur aufgeschoben. Das Kind wird unnötig belastet.

Aufgrund der übergangsrechtlichen Vorschriften muss mit neuen Abänderungsprozessen zur Erlangung der gemeinsamen elterlichen Sorge gerechnet werden. Die Einführung einer Übergangsfrist von 2 Jahren erscheint aus verfahrensökonomischer Sicht, aber insbesondere mit Blick auf die Überprüfung der Ernsthaftigkeit des Abänderungsbegehrens und der damit verbundenen Konsequenzen, der Wiederauflösung der Sorgerechts- und Unterhaltsfrage in einem neuen Prozess, sinnvoll.

Die Zuteilung der gemeinsamen elterlichen Sorge setzt, wie schon im Scheidungsverfahren, voraus, dass der Gesetzgeber ein klar aufgestelltes Prüfungsprogramm und die Möglichkeit zur Zuweisung der Entscheidkompetenz betreffend Angelegenheiten des täglichen Lebens sowie Angelegenheiten von erheblicher Bedeutung vorsieht. Andernfalls werden auch im Abänderungsverfahren die Probleme betreffend die gemeinsame elterliche Sorge nicht gelöst, sondern nur aufgeschoben und das Kind unnötig belastet.

## **IX. Entziehen von Minderjährigen, Verweigerung des Besuchsrechts: Art. 220 VE StGB**

Nach dem VE StGB wird neu auch jene Person bestraft, die sich weigert, das Kind der besuchsberechtigten Person zu übergeben. Das Delikt wird auf Antrag verfolgt. Antragsberechtigt ist, wer einen Anspruch auf persönlichen Verkehr mit dem Kind hat, d. h. jener Elternteil, dem die elterliche Sorge oder Obhut nicht zusteht (Art. 273 ZGB) sowie Dritte, die das Recht zum persönlichen Verkehr mit dem Kind haben (Art. 274a ZGB). Die vorgesehene Strafe lautet auf Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe.

Damit hebt Art. 220 VE StGB die heute bestehende Straflosigkeit jener Person auf, die als Inhaberin der elterlichen oder vormundschaftlichen Sorge das Besuchsrecht eines andern missachtet. Die vorgesehene Strafe entspricht jener beim heutigen Entziehen und Vorenthalten eines Kindes.

Die neue Regelung ist grundsätzlich zu begrüßen. Es ist nicht einzusehen, dass sich derjenige Elternteil, der das Kind am Ende der Besuchszeit nicht zurückgibt, strafbar macht, während derjenige Elternteil, der sich dem Besuchsrecht verweigert, straflos bleibt.

Nach geltendem Recht besteht zwar schon die Möglichkeit, den Elternteil, der sich dem Besuchsrecht verweigert, wegen Ungehorsam gegen eine amtliche Verfügung nach Art. 292 StGB mit einer Busse bis zu CHF 10'000.-- zu belegen. In der Praxis wird in der Regel ein Vollstreckungsbegehren verbunden mit der Strafandrohung nach Art. 292 StGB bei Gericht eingereicht werden. Solche Verfahren belasten das Kind unnötig und sind unter Kindswohlg Gesichtspunkten ohnehin nur mit grösster Zurückhaltung in Gang zu bringen. Mit dem neuen Art. 220 VE StGB dürften sie in der Praxis weitgehend entfallen.

Hat die zur Obhut berechtigte Person gute Gründe, das Besuchsrecht zu verweigern, z. B. eine plötzliche Erkrankung des Kindes oder wenn die besuchsberechtigte Person bei der Übergabe nicht in der Lage erscheint, das Kind ordentlich zu betreuen, schaffen die Art. 17, 18 StGB (Rechtfertigungsgrund des Notstandes) Abhilfe.

Offen lässt Art. 220 VE StGB, dass die Verweigerung des Besuchsrechts vom Kind selber ausgehen kann. Auch wenn es sich regelmässig um einen langen Prozess handelt, der der effektiven Verweigerung des Besuchsrechtes durch das Kind vorangeht, kommen diese Fälle in der Praxis immer häufiger vor. Mittels Antrag auf Einsetzung eines Beistandes nach Massgabe von Art. 308 Abs. 1 und/oder Abs. 2 ZGB kann vorgängig auf ein Korrektiv zurückgegriffen werden. Gelöst wird diese Problematik durch Art. 220 VE StGB nicht.

Ungelöst durch Art. 220 VE StGB ist im Weiteren die Frage, ob eine zusätzliche strafrechtliche Sanktionsmöglichkeit vorgesehen werden sollte für den Fall, dass der besuchsberechtigte Elternteil sein Kontaktrecht nicht ausübt. Könnte in diesem Zusammenhang eine „Zwangsmediation von uneinsichtigen Elternteilen“ vorgesehen werden?

In beiden Fällen dürfte das Kind im Strafverfahren regelmässig einvernommen werden. Diesfalls besteht die Gefahr, dass ein ohnehin bestehender Loyalitätskonflikt weiter geschürt wird. Ebenfalls darf die Frage gestellt werden nach der fachlichen Beurteilungskompetenz von UntersuchungsrichterInnen in derartigen Verfahren. Unnötige Verurteilungen könnten resultieren. Ein Kompromissvorschlag zur Reduzierung dieser Problematik könnte dahingehend lauten, dass nur die Kindesschutzbehörde ein Antragsrecht erhält, was im Gesetzestext vorzusehen wäre.

Ganz grundsätzlichen Anlass zur Kritik gibt allerdings die Formulierung des Absatz 1 der Vorschrift des Art. 220 VE StGB. Dies insofern, als das Kind nach Art. 298g VE ZGB abwechslungsweise unter die Obhut beider Elternteile gestellt wird, wobei das Kind jeweils unter der Obhut desjenigen Elternteils stehen soll, von dem es aktuell betreut wird. Der Entzug des Obhutsrechts nach Art. 220 Abs. 1 VE StGB ist mit der vorgesehenen neuen gemeinsamen Obhut nach der Scheidung strafrechtlich damit nicht mehr erfüllbar. Mit anderen Worten ist eine Strafbarkeit nach Art. 220 Abs. 1 VE StGB bei gemeinsamer elterlicher Obhut nicht realisierbar.

Die Revision von Art. 220 Abs. 2 StGB erlaubt neu die Bestrafung des Inhabers des Obhutsrechts bei einer Verweigerung des Besuchsrechts. Damit wird die Ungleichbehandlung zwischen dem das Besuchsrecht verweigernden Obhutsberechtigten und dem die Rückgabe des Kindes unterlassenden Besuchsberechtigten beseitigt. Probleme in der Praxis bereitet die immer häufiger anzutreffende Situation, dass der Besuchsberechtigte sein Besuchsrecht nicht ausüben möchte. Hier könnte eine zusätzliche strafrechtliche Sanktionsmöglichkeit Abhilfe schaffen.

Allerdings bestehen grundlegende konzeptionelle Einwendungen gegen Art. 220 Abs. 1 VE StGB: Die Vorschrift widerspricht der neuen Regelung des Art. 298g VE StGB diametral. Eine Strafbarkeit nach Art. 220 Abs. 1 VE StGB ist aufgrund der vorgesehenen gemeinsamen Obhut nach Scheidung nämlich gar nicht realisierbar.

Gerne hoffen wir, dass unseren Überlegungen und Argumenten Beachtung geschenkt wird.

Mit freundlichen Grüssen

Für den Schweizerischen Anwaltsverband:

Dr. Ernst Staehelin  
Präsident SAV

Bern, 30. April 2009