



CH-3003 Bern, BSV, EKFF A-Priority

Frau Bundesrätin
Eveline Widmer-Schlumpf
Eidg. Justiz- und Polizeidepartement EJPD
BJ, DB Privatrecht
Bundesrain 20
3003 Bern

Unser Zeichen: 753.1/2007/00972 30.04.2009 Doknr: 166
Sachbearbeiter/in: Isabelle Villard / Vii
Bern, 30. April 2009

Vernehmlassung zum Vorentwurf einer Teilrevision des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (elterliche Sorge) und des Schweizerischen Strafgesetzbuches (Art. 220)

Sehr geehrte Frau Bundesrätin

Sehr geehrte Damen und Herren

Wir danken für die Einladung an die Eidgenössische Koordinationskommission für Familienfragen (EKFF), zum Vorentwurf der Teilrevision des ZGB betreffend die Regelung der elterlichen Sorge und des StGB betreffend Art. 220. Stellung zu nehmen.

ZGB: Gemeinsame elterliche Sorge

Die EKFF begrüsst die Absicht des Entwurfs, die elterliche Sorge unabhängig vom Zivilstand der Eltern zu gestalten und die Kinder nach Möglichkeit der Verantwortung beider Eltern zu unterstellen. Beides hat aus Sicht der EKFF auch einen programmatischen Wert, und zwar sowohl im Hinblick auf die Realisierung von Chancengleichheit von Vätern und Müttern als auch im Hinblick auf die Anerkennung der grundsätzlichen Gleichwertigkeit der Mutter-Kind- und der Vater-Kind-Beziehung. Allerdings vertritt die EKFF die Meinung, dass programmatische Absichten die aktuelle gesellschaftliche Realität nicht ausser Acht lassen dürfen. Ziel der Teilrevision sollte es sein, die Eltern unabhängig vom Zivilstand, aber unter Berücksichtigung ihrer Lebensrealität darin zu unterstützen, ihre Verantwortung für die Kinder wahrzunehmen.

Es ist für die EKFF deshalb fragwürdig, ob es sinnvoll ist, dass Eltern, die nicht zusammen mit den Kindern in einer Gemeinschaft leben, die elterliche Sorge *umfassend gemeinsam* ausüben.

Die EKFF stellt bezüglich der Umsetzung der skizzierten Absicht im vorliegenden Entwurf einige gravierende Inkohärenzen und Probleme fest. Insbesondere ist es aus Sicht der EKFF nicht gelungen, den Zivilstand der Eltern durch eine andere inhaltliche, ordnende Orientierung zu ersetzen.

Die EKFF bedauert es sehr, dass der Vorschlag nicht konsequent an den Interessen der Kinder, verstanden als ihre Bedürfnisse und ihre Rechte, ausgerichtet ist. Die EKFF bejaht zwar die Intention,

den Kindern primär unabhängig von der Paarbeziehung ihrer Eltern, den Kontakt zu beiden Eltern zu ermöglichen und die Beziehungen des Kindes zur Mutter und zum Vater als gleichwertig zu behandeln. Sie ist jedoch der Meinung, dass dies weder unabhängig von der Beziehungsgeschichte aller Beteiligten noch losgelöst von der aktuellen Beziehungsdynamik geschehen kann und soll.

Bei häuslicher Gewalt erscheint es der EKFF zwingend, die Anordnung von Massnahmen zum Schutz des Kindes zu prüfen. Die Situation von häuslicher Gewalt oder von Gewaltandrohungen ist auf jeden Fall bei der Ausarbeitung und Beurteilung einer Betreuungsregelung zu berücksichtigen.

Die EKFF anerkennt, dass der Gesetzesvorschlag die Rechte der betroffenen Kinder auf Prüfung des Kindeswohl und auf persönliche Anhörung mindestens ansatzweise wahrt und eine staatliche Intervention zum Wohl des Kindes nicht ausschliesst. Es ist aber nicht nachvollziehbar, weshalb die Vorgabe, wonach die Eltern dem Gericht eine Vereinbarung über die Betreuung des Kindes und die Gewährleistung seines Unterhalts zur Prüfung vorlegen müssen, nur im Falle der Elternscheidung gelten soll. Die Genehmigung der elterlichen Anträge wird überdies nicht explizit von einer Kindeswohlprüfung abhängig gemacht. Dies ist für die Kommission zwingend und unbedingt erwähnenswert. Es muss möglich sein, dass das Gericht, falls dies mit Blick auf das Kindeswohl notwendig ist, sowohl bezüglich Betreuung als auch bezüglich Unterhalt anders entscheiden kann, als die Eltern dies beantragt haben.

Die EKFF ist insbesondere der Überzeugung, dass das Anhörungsrecht der Kinder konsequent umgesetzt werden muss. Das Kind ist deshalb vor allen Regelungen und bei allen Änderungen, die es betreffen, vorgängig anzuhören. Die Kommission ist der Meinung, dass es beim heutigen (Miss-)stand der Umsetzung notwendig und opportun ist, dieses Recht des Kindes explizit zu erwähnen.

Aufgrund entsprechender Erkenntnisse drängt es sich mit Blick auf das Kindeswohl nach Ansicht der EKFF auf, die Lebensrealität der Kinder und Eltern als Ausgangspunkt für die konkrete Ausgestaltung des Gesetzes zu wählen. Grundlage für Art und Umfang der staatlichen Intervention und für einen allfälligen Regelungsbedarf wäre aus Sicht der EKFF,

- ob die Eltern zusammen mit dem Kind / den Kindern in einer Gemeinschaft leben oder nicht;
- ob die Eltern, wenn sie nicht zusammen mit den Kindern in einer Gemeinschaft leben, diese gemeinsam betreuen oder nicht.

Da die festgestellten Mängel des Vorschlags auch mit der Begründungen des BJ, wie sie im Bericht formuliert werden, zusammen hängen dürften, erlauben wir uns auf zwei Punkte einzugehen, nämlich auf die behauptete aktuelle Bevorzugung der Mütter sowie auf die behauptete positive Wirkung der elterlichen Sorge. Im Bericht zum Vorentwurf werden vom BJ zwar Erwägungen für und wieder die gemeinsame elterliche Sorge als Regelfall gemacht; die zitierten Grundlagen werden unseres Erachtens jedoch nicht schlüssig verarbeitet.

Zur behaupteten Bevorzugung der Mütter: Es wird festgestellt, dass das geltende Recht Mutter und Vater ungleich behandle. Untersuchungen legen jedoch nahe, dass die Unterschiede in der Zuteilung der elterlichen Sorge zwar entlang der Geschlechterlinie verlaufen, dafür aber weniger ein nicht überwundenes Mutterprimat als die tatsächliche Rollen- und Aufgabenteilung von Elternpaaren verantwortlich sein dürfte. Wenn die elterliche Sorge heute immer noch mehrheitlich der Mutter zugesprochen wird und es überdies zutreffen sollte, dass mehrheitlich Mütter die gemeinsame elterliche Sorge verhindern, indem sie ihre Zustimmung dazu verweigern, so spricht dies weder für eine Bevorzugung der Mütter noch für deren Machtvorsprung gegenüber den Vätern. Vielmehr spiegelt die schiefe Verteilung zum einen die Tendenz von Gerichten, die gelebte alltägliche Verantwortung für die Kinder als zukunftsrelevant zu gewichten und zum andern für die Skepsis desjenigen Elternteils gegenüber dem Weiterbestehen der gemeinsamen Sorge, der bisher im Alltag die Kinder hauptsächlich betreut hat. Für diese Sichtweise sprechen u.a. die Ergebnisse des NFP Projektes „Kinder und Scheidung“.¹

¹ Vgl. dazu: BÜCHLER, ANDREA. & SIMONI, HEIDI (Hrsg.). Kinder und Scheidung. Der Einfluss der Rechtspraxis auf familiäre Übergänge, Rüegger Verlag, 2009.
BÜCHLER ANDREA/CANTIENI LINUS/SIMONI HEIDI, Die Regelung der elterlichen Sorge nach Scheidung de lege ferenda – ein Vorschlag, FamPra.ch 2007, 207 ff.

Zur behaupteten positiven Wirkung der gemeinsamen elterlichen Sorge: Aufgrund der vorhandenen wissenschaftlichen Datenlage scheint es sehr gewagt bis unzulässig, kausal zu schliessen, die Beibehaltung der gemeinsamen elterlichen Sorge zeige im Falle der Elternscheidung eine positive Wirkung. Im Bericht des BJ wird gefolgert, die gemeinsame elterliche Sorge nach Scheidung trage zur Reduktion nachteiliger Scheidungsfolgen für das Kind bei, verbessere die Kommunikation und Kooperation geschiedener Eltern, erhöhe deren Bereitschaft zur Verständigung und reduziere bestehende Konflikte. Die beiden zitierte Studien von Proksch² in Deutschland und Büchler/Simoni in der Schweiz bestätigen zwar, dass eine angemessene Qualität der elterlichen Kooperation und Kommunikation für die Kinder und die Eltern tatsächlich ein (das?) entscheidendes Merkmal für eine funktionierende Nachscheidungsfamilie ist. Sie zeigen aber auch, dass sie in Familien mit gemeinsamer elterlicher Sorge im Mittel besser ist als in Familien mit alleiniger elterlicher Sorge. Es ist jedoch weder aufgrund der verwendeten wissenschaftlichen / statistischen Methoden zulässig, noch ist es inhaltlich logisch, daraus auf eine kausale Wirkung der elterlichen Sorge zu schliessen. Die Sorgeform wird ja – trotz nationalen Unterschieden in der Hürde für die Beibehaltung der gemeinsamen elterlichen Sorge – in beiden Ländern nicht zufällig zugeteilt. Insbesondere in der Schweiz kann unter der geltenden Gesetzgebung davon ausgegangen werden, dass die Gruppe mit gemeinsamer elterlicher Sorge bezüglich Konfliktverhalten der Eltern und anderer Merkmale gegenüber der Gruppe von Eltern mit alleiniger elterlicher Sorge eine positive Selektion darstellt. Die Schweizer Untersuchung zeigt, dass die vermeintlich positive Wirkung der gemeinsamen elterlichen Sorge im Hinblick auf verschiedene Merkmale, wie der Kontaktentwicklung zwischen Kind und Vater oder der Zufriedenheit der Eltern mit den Regelungen, verschwindet, wenn das Merkmal „Kooperation und Kommunikation“ der Eltern kontrolliert wird. Es ist also nicht die Sorgeform, die sich positiv bzw. negativ auswirkt. Vielmehr sind es die Kompetenzen der Eltern, nach der Scheidung die notwendigen Angelegenheiten zu klären und sich zu koordinieren, welche zu einem günstigen Ergebnis führen und mindestens in der Schweiz auch die Wahl der Sorgeform beeinflussen.

Die monierte Benachteiligung der Väter bei der Zuteilung der elterlichen Sorge dürfte wesentlich in der realisierten Aufteilung der Familienarbeit begründet sein. Die gemeinsame elterliche Sorge hat offensichtlich an sich keine Auswirkung auf die Bewältigung von allfälligen Schwierigkeiten. Trotzdem ist das Innehaben bzw. das Behalten der elterlichen Sorge für Mütter und Väter wohl mit einer Wertschätzung verbunden, welche ihre Bereitschaft tatsächlich Verantwortung für die Kinder zu übernehmen, durchaus stärken dürfte.

Die Kommission schliesst sich aus den genannten Gründen im Wesentlichen den Folgerungen und Vorschlägen von Büchler/Simoni an. (Die folgenden Ausführungen sind zum grossen Teil wörtlich zitiert: Büchler et al., 2007, S.213):

Das Scheidungsrecht soll zu einem Interessensausgleich zwischen den beteiligten Erwachsenen führen. Das zentrale Anliegen bei der Regelung der Kinderbelange müssen allerdings das Wohl der Kinder und nicht eine gleichmässige Verteilung von Elternrechten sein. Funktionale Lösungen zur Regelung der elterlichen Sorge sollten statt der Elternrechte die Kindesinteressen (Bedürfnisse und Rechte) als Orientierung stiftende Perspektiven einnehmen.

Es gilt, für die Zukunft ein Sorgemodell zu finden, das der emotionalen Verbundenheit zwischen Kindern und Eltern gerecht wird, zugleich aber der gelebten Betreuungs- und Beziehungsrealität Rechnung trägt. Insbesondere ist dabei dem Spannungsverhältnis zwischen der sorgerechtlichen Entscheidungsbefugnis und der Lebenswirklichkeit Rechnung zu tragen. Namentlich die folgenden Eckpunkte sind dabei von zentraler Bedeutung:

- Die elterliche Sorge soll von Gesetzes wegen unabhängig vom Zivilstand beiden Elternteilen zustehen und einzig aus Erwägungen des Kindesschutzes entzogen werden.
- Auf eine Kindeswohlprüfung, also auf eine Überprüfung der getroffenen Regelungen hinsichtlich der Kinder, darf nicht verzichtet werden.
- Alle Eltern, welche die Kinder nicht in einem gemeinsamen Haushalt betreuen, müssen sich über die Anteile an der Betreuung einigen und über die Verteilung der Unterhaltsbeiträge für

² PROKSCH ROLAND, Rechtstatsächliche Untersuchung zur Reform des Kindschaftsrechts, Köln 2002.

das Kind eine Vereinbarung treffen. Beides wird vom Gericht im Hinblick auf das Kindeswohl überprüft und ggf. geändert.

- Der betreuende Elternteil soll weitgehend autonome Entscheidungsbefugnisse haben. Bei bestimmten Entscheidungen von besonderer Tragweite soll die Zustimmung des andern Elternteils erforderlich sein. Dieser soll ferner die Möglichkeit haben, in bestimmten Fällen einzugreifen und Entscheidungen im Lichte des Kindeswohls überprüfen zu lassen.

Der Reformvorschlag, den Bächler et al. vorlegen, ist für die EKFF eine gute Grundlage für ein funktionale Regelung der elterlichen Sorge. Er berücksichtigt sowohl die besondere familiäre Dynamik bei der Scheidung von Eltern als auch den Umstand, dass ein Familienleben mit Kindern nicht statisch verharrt, sondern sich in stetiger Veränderung befindet. Eine erste Bestimmung des Gesetzesvorschlags betrifft die Reorganisation der Familie aufgrund der Scheidung der Eltern. Eine zweite Bestimmung regelt die elterlichen Entscheidungsbefugnisse bezüglich gemeinsamer unmündiger Kinder im weiteren familialen Lebenslauf. Der Reformvorschlag unterscheidet zwischen der Inhaberschaft und der Ausübung elterlicher Sorge. Abhängig von der realen Aufgabenteilung der Eltern bezüglich des Kindes sieht er eine Abstufung von Entscheidungsbefugnissen vor (vgl. Bächler et al., 2007, S. 214).

Im Folgenden werden ergänzend weitere Bemerkungen zu einzelnen Artikeln formuliert. Diese betreffen den Fall unverheirateter Eltern und den Fall des Todes eines Elternteils:

Zu Art. 298a

Es erscheint der EKFF zwingend, dass im Falle unverheirateter Eltern im Sinn der oben formulierten Ausrichtung, geklärt wird, 1) ob die Eltern zusammen mit dem Kind in einer Gemeinschaft leben oder nicht; und 2) ob und in welchem Umfang die Eltern, wenn sie nicht zusammen mit dem Kind in einer Gemeinschaft leben, dieses gemeinsam betreuen.

Wenn die Eltern nicht in einer Gemeinschaft mit dem Kind leben, so haben sie der Behörde/dem Gericht (?) ihre Anträge bezüglich Betreuung und Unterhalt analog zu Art. 133² zu unterbreiten. Die EKFF erachtet es als fahrlässig und ungerecht, dies als Holschuld der Eltern zu betrachten. Bezeichnenderweise wird im Vorschlag der Begriff „Eltern“ verwendet, obwohl es sich, insbesondere im Falle des Unterhalts, mehrheitlich um die Mutter – meist eines Säuglings oder ein Kleinkinds – handeln dürfte.

Es würde sich anbieten, die Klärung bzw. die Überprüfung der Anträge an die Eintragung der Vaterschaft zu knüpfen.

Zu Art 298f

In Todesfall eines Elternteils ist für die Entscheidung über die zukünftige elterliche Verantwortung auch bei vorbestehender gemeinsamer elterlicher Sorge zu klären, ob und in welchem Ausmass der überlebende Elternteil im Alltag Verantwortung für das Kind übernommen und sich an der Betreuung beteiligt hat. Entscheidend dürfte mit Blick auf das Kindeswohl sein, wie vertraut sich Kind und überlebender Elternteil tatsächlich sind.

StGB, Art. 220

Die EKFF erachtet es als äusserst fragwürdig, familiäre Auseinandersetzungen bezüglich Kontakt und Beziehungsgestaltung zwischen einem Elternteil und einem Kind mit strafrechtlichen Massnahmen lösen zu wollen.

Die Kommission findet es ausserdem inhaltlich falsch, eine Kindesentführung durch einen nicht obhutsberechtigten Erwachsenen und die Weigerung eines obhutsberechtigten Erwachsenen, ein Besuchsrecht umzusetzen, auf eine Ebene zu stellen. Zwar kann beides als Machtmittel im Kampf zwischen zerstrittenen Eltern verwendet werden. Der Elternteil, der die Umsetzung eines Besuchsrechts verweigert, hat allerdings im Gegensatz zum besuchsberechtigten Elternteil explizit eine umfassende Verantwortung dem Kind gegenüber, was bei der Beurteilung seines Handelns unbedingt berücksichtigt werden muss.

Auf jeden Fall erachtet es die EKFF im einen wie im andern Fall, als zwingend notwendig, dass dem betroffenen Kind umgehend eine rechtliche Vertretung zur Seite gestellt wird, sobald eine Anzeige erfolgt ist.

Mit freundlichen Grüssen

Eidgenössische Koordinationskommission für Familienfragen

A handwritten signature in black ink, consisting of a stylized 'J' followed by a horizontal line and a small flourish at the end.

Jürg Krummenacher, Präsident