



CH-3003 Bern, BSV, EKKJ

Frau Bundesrätin
Eveline Widmer-Schlumpf
Eidg. Justiz- und Polizeidepartement
3003 Bern

Unser Zeichen: 733.1/2006/20474 29.04.2009 Doknr: 152
Sachbearbeiter/in: Marion Nolde / Nom
Bern, 29. April 2009

**Teilrevision des ZGB (elterliche Sorge) und des Strafgesetzbuches (Art. 220 StGB)
Stellungnahme der Eidg. Kommission für Kinder- und Jugendfragen EKKJ**

Sehr geehrte Frau Bundesrätin
Sehr geehrte Damen und Herren

Wir bedanken uns für die Einladung zu dieser Vernehmlassung und nehmen gerne wie folgt Stellung.

Grundsätzliche Haltung

Die EKKJ beurteilt den Entwurf und den Begleitbericht als unausgereift und das ganze Revisionsprojekt als verfrüht. Aus kinderrechtlicher Sicht besteht der primäre Handlungsbedarf nicht bei der gesetzlichen Regelung der elterlichen Sorge, sondern bei der wirksamen Verfahrensbeteiligung von Kindern im Scheidungsverfahren.

Einerseits zeigen Studien über die Wirkungen gesetzlicher Regelungen, die von einer zivilstands-unabhängigen gemeinsamen Sorge ausgehen, kein einhelliges Bild. Immerhin kommen sie überwiegend zum Schluss, dass eine gesetzlich vorgesehene gemeinsame naheheliche Sorge die Befindlichkeit der betroffenen Kinder weniger beeinflusst, als häufig angenommen wird.

Andererseits weist die im Rahmen des NFP 52 von Bächler/Simoni durchgeführte Studie „Kinder und Scheidung – Der Einfluss der Rechtpraxis auf familiäre Übergänge“ nach, dass die Bestimmungen des neuen Scheidungsrechts über die Verfahrensbeteiligung von Kindern praktisch toter Buchstabe geblieben sind. Nur rund 10 % der betroffenen Kinder werden im Scheidungsverfahren ihrer Eltern angehört, und unabhängige Verfahrensvertretungen sind seltene Ausnahmefälle. Die Verfahrensbeteiligung betroffener Kinder ist selbst in familienrechtlichen Angelegenheiten im Rechtsalltag nicht angekommen.

Dieser Befund ist auch für die Beurteilung des vorliegenden Entwurfs wichtig. Er macht nämlich ein Konzept erkennbar, das die Gestaltungsfreiheit geschiedener und nicht miteinander verheirateter Eltern im Vergleich zum geltenden Recht erweitert und den behördlichen Einfluss bei der Regelung von Kinderbelangen zurücknimmt. Die Situation geschiedener oder nicht miteinander verheirateter Paare wird tendenziell derjenigen verheirateter Eltern angeglichen, die die Kinderbelange ohne Interventionen von aussen unter sich regeln. Dieses Zurückdrängen der staatlichen Intervention wäre ein Paradigmawechsel, dem sich die EKKJ nicht ohne Weiteres anschliessen kann. Er setzt jedenfalls voraus, dass betroffene Kinder ihre Interessen über ihre Anhörungs- und Vertretungsrechte in familienrechtlichen Verfahren effektiv einbringen können.

Die folgenden Bemerkungen zu einzelnen Artikeln gehen davon aus, dass die Interessen der Kinder bei Scheidung und bei nicht miteinander verheirateten Eltern nach wie vor eine besondere institutionelle Aufmerksamkeit rechtfertigen.

Artikel 133: Gemeinsame elterliche Sorge

Es spricht nichts dagegen, dass die elterliche Sorge unabhängig vom Zivilstand beiden Elternteilen gemeinsam zustehen soll. Davon ist die Ausübung der elterlichen Sorge zu unterscheiden. Die EKKJ empfiehlt, gleichzeitig den Grundsatz festzuschreiben, dass die elterliche Sorge vertretungsweise von demjenigen Elternteil ausgeübt wird, bei dem das Kind gewöhnlich seinen Aufenthalt hat. Davon abweichende Lösungen müssen die Eltern in einer genehmigungsfähigen Vereinbarung regeln, der das Gericht nach Massgabe des Kindeswohls zustimmen muss.

Die Kinderbelange werden im Rahmen des Untersuchungs- und Officialgrundsatzes von Amtes wegen berücksichtigt (Art. 145 ZGB und Art. 296 Abs. 1 ZPO Schweiz). Daran ändert der Entwurf vordergründig nichts, faktisch stärkt er aber die Gestaltungsrolle der Eltern und schwächt die Schutzfunktion des Official- und des Untersuchungsgrundsatzes für die betroffenen Kinder. So beschränkt sich Artikel 133 Absatz 2 des Entwurfs beispielsweise darauf, von den Eltern Anträge bezüglich Betreuung und Unterhalt der Kinder zu verlangen. Die Schutzfunktion des Verfahrensrechts für betroffene Kinder ist im vorliegenden Entwurf in zwei Richtungen zu stärken.

- Die Eltern müssen in jedem Fall verpflichtet sein, eine genehmigungsfähige Vereinbarung über die Kinderbelange (Betreuung; Unterhalt) vorzulegen, der das Gericht nach Massgabe des Kindeswohls zustimmen muss.
- Die verfahrensrechtliche Rolle der betroffenen Kinder muss im Scheidungsverfahren wirksam aufgewertet werden. Das setzt einerseits eine Ergänzung von Artikel 133 voraus, so dass Kinder analog zu Artikel 134 auch im eigentlichen Scheidungsverfahren ein Antragsrecht bezüglich der Kinderbelange haben. Andererseits können neue Lösungen nur dann akzeptiert werden, wenn die Anhörungs- und Vertretungsrechte der Kinder nicht wie bisher totor Buchstabe bleiben. Die im Entwurf vorgesehene Regelung der elterlichen Sorge darf nicht eingeführt werden, bevor die Verfahrensrechte der Kinder nicht nachweislich und schweizweit effektiv zum Tragen gekommen sind.

Artikel 133a: Zuweisung der elterlichen Sorge an einen Elternteil

Gemäss Artikel 133a Absatz 1 des Entwurfs kann das Gericht einem Elternteil die elterliche Sorge entziehen, wenn es das Wohl des Kindes verlangt. Die EKKJ hält diesen Rückgriff auf Begriffe aus dem Kindesschutzrecht für verfehlt. Im Kindesschutz gilt der Entzug der elterlichen Sorge als schwerster Eingriff in die Elternrechte und darf nur unter strengen Voraussetzungen angeordnet werden, wenn das Kindeswohl gefährdet ist. Bei einer Scheidung geht es demgegenüber um eine Reorganisation der Eltern-Kind-Beziehung. In dieser Konstellation darf die Zuteilung der Sorge an einen Elternteil allein für den anderen Elternteil nicht die Vorwurfsqualität einer Gefährdung des Kindeswohls erhalten. Zudem muss grundsätzlich vermieden werden, den Begriff „Entzug der elterlichen Sorge“ mit der viel

zu offenen Voraussetzung „wenn es das Wohl des Kindes verlangt“ zu verbinden. Daher sollte Absatz 1 neu wie folgt formuliert werden:

„Das Gericht weist die elterliche Sorge von Amtes wegen, auf Antrag eines Elternteils oder des Kindes einem Elternteil allein zu, wenn es das Wohl des Kindes verlangt“.

Artikel 298: Unverheiratete Eltern

Es ist grundsätzlich richtig, dass die elterliche Sorge unabhängig vom Zivilstand beiden Elternteilen gemeinsam zustehen soll.

Der Entwurf orientiert sich bezüglich der Kinderbelange im Sinne des eingangs erwähnten Paradigmenwechsels an der Regelung für verheiratete und nicht an derjenigen für geschiedene Eltern. Diese Ausrichtung ist nicht zweckmässig. Während die Situation der Kinder bei einer Trennung verheirateter Eltern ins Blickfeld des Gerichtes kommt, trifft dies bei einer Trennung unverheirateter Eltern nicht zu. Deshalb rechtfertigt es sich, dass unverheiratete Eltern der zuständigen Behörde eine genehmigungspflichtige Vereinbarung über die Kinderbelange vorlegen müssen.

Auf der anderen Seite spricht bei einer konsequenten Umsetzung des Prinzips der gemeinsamen Sorge nichts dagegen, dass es grundsätzlich auch dann gilt, wenn das Kindesverhältnis zum Vater klageweise begründet werden muss. Dementsprechend darf Absatz 2 allgemeiner so formuliert werden, dass die elterliche Sorge von der Mutter ausgeübt wird, solange kein Kindesverhältnis zum Vater besteht.

Artikel 298b: Zuweisung an einen Elternteil

Analog zur beantragten Regelung im Scheidungsrecht sollte auch in diesem Artikel den Kindern ein Antragsrecht eingeräumt werden.

Artikel 298c: Vaterschaftsklage

Eine Umsetzung des Grundsatzes, dass Eltern unabhängig vom Zivilstand die elterliche Sorge gemeinsam ausüben, muss konsequenterweise auch dazu führen, dass die gemeinsame elterliche Sorge unabhängig davon gilt, wie das Kindesverhältnis zum Vater begründet wird. Eine Sonderregelung für die Vaterschaftsklage ist in der im Entwurf vorgeschlagenen Fassung daher abzulehnen.

Artikel 309: Feststellung der Vaterschaft

Die EKKJ begrüsst eine Revision des geltenden Artikels 309 ZGB, der grundsätzlich bei allen Geburten unverheirateter Mütter verlangt, dass ein Beistand zur Feststellung der Vaterschaft eingesetzt wird. Hier ist eine systematische behördliche Intervention nicht gerechtfertigt und wird in unterschiedlicher Form auch nicht mehr praktiziert. Allerdings geht der Entwurf zu weit, indem er eine behördliche Intervention von Amtes wegen geradezu ausschliesst. In Verbindung mit dem Vorschlag zu Artikel 298 sollte die Vormundschaftsbehörde daher einen Beistand zur Feststellung der Vaterschaft einsetzen können, wenn nicht innerhalb von 6 Monaten nach der Geburt eine genehmigungsfähige Vereinbarung über die Kinderbelange vorgelegt wird.

Artikel 220 StGB: Entziehung von Unmündigen, Verweigerung des Besuchsrechts

Die Androhung von Strafanträgen oder strafrechtliche Verurteilungen gelten grundsätzlich als ungeeignet, um Besuchsrechtskonflikte der Eltern im Interesse der betroffenen Kinder zu lösen. Sie erhöhen vielmehr das Risiko einer Instrumentalisierung der Kinder insofern, als sich ein Elternteil so aus der Schusslinie nehmen könnte. Mit einem zusätzlichen Interventionskanal über die Strafverfolgungsbehörden erhöht sich die Komplexität der Problemlösungssysteme. Erscheint in konkreten Einzelfällen der Einsatz von Druckmitteln als zweckmässig, können damit befassete Vormundschafts- oder Jugend-

hilfebehörden auf Artikel 292 StGB oder Artikel 343 der ZPO Schweiz zurückgreifen. Statt einer Erweiterung der Straftatbestände wäre vielmehr eine Aufhebung von Artikel 220 StGB zu prüfen.

Schlussfolgerung

Im Ergebnis beurteilt die EKKJ den Entwurf und Begleitbericht als unausgereift und verfrüht. Aus kinderrechtlicher Sicht besteht der primäre Handlungsbedarf nicht bei der gesetzlichen Regelung des Sorgerechts, sondern bei der wirksamen Verfahrensbeteiligung von Kindern im Scheidungsverfahren. Das Revisionsprojekt sollte daher solange zurückgestellt werden, bis die Anhörungs- und vertretungsrechte der Kinder im Rechtsalltag aller Gerichts- und Behördeninstanzen wirksam sind.

Mit freundlichen Grüssen

Eidgenössische Kommission für Kinder- und Jugendfragen – www.ekkj.ch



Pierre Maudet
Präsident



Marion Nolde
wiss. Sekretärin