

Bundesamt für Justiz
Bundesrain 20
3003 Bern
(per Mail zugestellt an debora.gianinazzi@bj.admin.ch)

Luzern, 7. November 2012

Änderung des Zivilgesetzbuches (Kindesunterhalt), der Zivilprozessordnung (Art. 296a) und des Zuständigkeitsgesetzes (Art. 7): Vernehmlassungsverfahren

Sehr geehrte Frau Bundesrätin
Sehr geehrte Damen und Herren

Die Konferenz der Kantone für Kindes- und Erwachsenenschutz KOKES dankt Ihnen für die Gelegenheit, zur rubrizierten Vorlage Stellung nehmen zu dürfen.

Grundsätzliche Überlegungen zum Vorentwurf

Die Stossrichtung des Vorentwurfs (VE), d.h. die Bestrebungen, die Position des minderjährigen Kindes hinsichtlich seines Unterhaltsanspruches zu stärken, ist grundsätzlich zu begrüssen.

Allerdings erscheint die konkrete Ausgestaltung des VE nicht vollständig zu Ende gedacht und ausgereift. Es ist zu bedauern, dass das EJPD bzw. das Bundesamt für Justiz derart bedeutsame Reformprojekte nicht von Grund auf mit einer *interdisziplinären Expertengruppe bzw. -kommission* erarbeitet, sondern sich darauf beschränkt, die angedachten Lösungen am sog. „Runden Tisch“ zu diskutieren und im Übrigen auf das Vernehmlassungsverfahren zu setzen. An dieser **Vorgehenskritik** ändert auch der Umstand nichts, dass der erläuternde Bericht an sich von guter Qualität ist.

Mankoteilung

Die KOKES hat nichts einzuwenden gegen den Verzicht des VE, dem Verlangen des Bundesgerichts, grosser Teile der Fachliteratur sowie der Praxis zu folgen und die Mankoteilung gesetzlich zu regeln, auch wenn aus zivilrechtlicher Sicht einer solchen gerechteren Lösung nichts im Wege stünde. Es ist wohl damit zu rechnen, dass die erforderlichen Anpassungen der Sozialhilfegesetzgebungen nicht innert nützlicher Frist vorgenommen werden könnten, sodass es wenig Sinn machen würde, die Mankoteilung einseitig vom Zivilrecht her programmatisch zu stipulieren.

Alimentenbevorschussung

Die KOKES gibt aufgrund der Meldungen aus den Kantonen einer Harmonisierung der Alimentenbevorschussung auf dem Konkordatswege keine Chance. Sie hält ein Tätigwerden des Bundes mittels Gesetzgebung für notwendig.

Koordination mit der Vorlage zur elterlichen Sorge

Die KOKES erachtet die Änderungsvorschläge noch nicht abgestimmt mit der Revisionsvorlage zur gemeinsamen elterlichen Sorge. Diese bereits in parlamentarischer Behandlung stehende Revision schafft möglicherweise den Begriff der rechtlichen Obhut ab und rückt den Begriff der Betreuung in den Vordergrund. Die Konsequenzen, welche diese Änderungen auf die Unterhaltsregelung haben werden, sind noch nicht durchdacht. Die Vorlage hat zum Ziel, die gemeinsame elterliche Sorge als Regelfall einzuführen und vermehrt zur Teilung der Betreuung zwischen den Eltern zu führen. Dann lässt sich aber kaum mehr bestimmen, wer nun den Unterhalt durch unmittelbare Betreuung erbringt und wer den Unterhalt durch Geldzahlungen leistet. Damit lässt sich aber auch kaum mehr ein Elternteil verpflichten, zu Handen des anderen Elternteils dem Kind Betreuungsunterhalt zu bezahlen. Der Vorentwurf zur Neuregelung des Unterhalts trägt dieser grundlegenden Änderung nicht Rechnung.

Bemerkungen zu einzelnen Bestimmungen

Art. 125 Abs. 2 Ziff. 6 ZGB

Das Anliegen, dem Betreuungsaufwand bei Unterhalt besser Rechnung zu tragen, ist grundsätzlich zu begrüssen. Insofern geht die Vorlage in eine richtige Richtung. Allerdings erscheint die konkrete Ausgestaltung nicht vollständig zu Ende gedacht und ausgereift. Die Streichung von Art. 125 Abs. 2 Ziff. 6 ZGB hätte zur Folge, dass einer der wichtigsten Gründe für die Zusprechung eines nahehelichen Unterhalts, nämlich die naheheliche Kinderbetreuung, entfällt. Mit der Herausnahme dieser Bestimmung und deren Ersatz durch den neuen, entsprechenden Art. 285 Abs. 2 ZGB, wird eine Vermischung zwischen dem Unterhaltsanspruch des Kindes und demjenigen des berechtigten Elternteils bewirkt. Denn die Abgeltung indirekter Kinderkosten infolge Naturalaufwandes zugunsten des Kindes steht dem obhutsinnehabenden Elternteil zu und nicht dem Kind. Das war in Art. 125 Abs. 2 Ziff. 6 ZGB richtig zugeordnet. Eine Problematik der neuen Regelung liegt darin, dass bis anhin die ehebedingten Beeinträchtigungen in der Erwerbstätigkeit mit Blick auf die Nachwirkungen der ehelichen Solidarität von den Ehegatten grundsätzlich gemeinsam zu tragen waren, während die Arbeitsmarktrisiken als allgemeine Risiken nach der Scheidung von jedem Ehegatten selber zu tragen waren. Dadurch, dass die Kosten der Kinderbetreuung nun nicht mehr zwischen den Eltern bei der Scheidung aufgeteilt werden, sondern zwischen jedem Elternteil und dem Kind, wird der betreuende Elternteil so behandelt, wie wenn er einer Erwerbstätigkeit nachginge. Damit wird aber das Risiko, dass dieses Einkommen entfällt, ihm als Arbeitsmarktrisiko alleine auferlegt und nicht mehr von beiden Eltern gemeinsam getragen.

Deshalb sollte Art. 125 Abs. 2 Ziff. 6 ZGB beibehalten werden. Es versteht sich von selber, dass die entsprechenden Kosten nicht zweimal bezahlt werden müssen, sondern beim Kindesunterhalt entfallen, wenn sie beim Scheidungsunterhalt bezahlt werden.

Art. 131 ZGB

Im erläuternden Bericht hierzu wird richtigerweise darauf hingewiesen, dass in manchen Kantonen die Inkassohilfe bis heute ungenügend wahrgenommen wird.

Es ist auch festgehalten (S. 36, 3. Abschnitt), dass in denjenigen Kantonen, in welchen die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (KESB) für die Inkassohilfe zuständig sein wird, das Problem genügender Fachlichkeit automatisch gelöst sei. Dem kann sich die KOKES nicht anschliessen und dies aus zwei Gründen: Die Alimentenhilfe bedingt eine ganz besondere Fachlichkeit, die nur in einer spezifischen Ausbildung (z.B. an der ZHAW) erworben werden kann. Und zudem bedingt eine Alimentenhilfe, die diesen Namen verdient, auch bereits bei geringeren Fallzahlen einen Aufwand, der – neben allen andern Zuständigkeiten der KESB – deren Kapazität klar übersteigt.

Mit dem Gesetzestext von Art. 131 ZGB ist die KOKES jedoch einverstanden. Immerhin möchte sie jedoch darauf hinweisen, dass der Bundesrat für die Ausarbeitung seiner Verordnung Fachleute des Unterhaltsrechts und der Alimentenhilfe beziehen sollte. Die KOKES ist gerne bereit, entsprechende Fachpersonen zu benennen.

Art. 131a ZGB

Die KOKES ist mit der neuen Bestimmung einverstanden. Der Text dieser neuen Bestimmung unterscheidet sich minim – nach Meinung der KOKES aber nicht unbedeutend – vom Text der bisherigen Art. 131 Abs. 2 und 293 Abs. 2 ZGB. Gemäss dem bisherigen Text war in der Lehrmeinung und in der Praxis unbestritten, dass die Kantone frei waren und sind, die Alimentenbevorschussung für Kinderalimente einerseits, für Erwachsenenalimente andererseits einzuführen. Der Text dieser neuen Bestimmung „*Das öffentliche Recht regelt die Ausrichtung von Vorschüssen, ...*“ besagt gemäss dessen sprachlicher Auslegung jedoch, dass die Kantone verpflichtet sind, die Alimentenbevorschussung auch für Ehegattenalimente vorzusehen.

Art. 176 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB

Die KOKES begrüsst diese notwendige Präzisierung für die Fälle, in denen die Bevorschussung von Kinderalimenten in Betracht kommt. Im Einklang mit Abs. 3 von Art. 176 ZGB sollte auch in Abs. 1 Ziff. 1 nicht von „jedem Kind“, sondern „jedem minderjährigen Kind“ gesprochen werden.

Art. 176a ZGB

Zustimmung ohne Bemerkungen.

Art. 276 Abs. 2 ZGB

Die KOKES schlägt vor, die geltende Bestimmung von Art. 276 Abs. 2 ZGB unverändert zu belassen oder – mit Rücksicht auf die Änderungen im Bereich des Sorgerechtes (gemeinsame elterliche Sorge) – neu wie folgt zu formulieren:

„² Der Unterhalt wird durch Pflege und Erziehung sowie durch Geldzahlung geleistet.“

Die gemäss VE vorgeschlagene Änderung des Gesetzestextes setzt in gleichstellungspolitischer Hinsicht ein falsches Signal. Die Bestimmung gemäss VE könnte so verstanden werden, dass der Elternteil, der (mehrheitlich) Pflege und Erziehung leistet, eine teilzeitliche oder vollzeitliche Erwerbstätigkeit nicht anstreben sollte. Aus

gleichstellungspolitischer Sicht ist es jedoch im Interesse der Frauen, nach einer Niederkunft möglichst rasch wieder ins Erwerbsleben einzusteigen.

Sodann stimmt der Gesetzestext – sowohl der geltende wie auch derjenige gemäss VE – nicht mehr mit den Veränderungen im Sorgerecht überein. Bereits im geltenden Recht hat die gemeinsame elterliche Sorge zur Folge, dass sehr wohl auch die elterliche Obhut geteilt werden kann. Mit der oben vorgeschlagenen Neuformulierung würde zum Ausdruck gebracht, dass ein Elternteil unter Umständen seinen Beitrag an den Unterhalt des Kindes mit Beidem, sowohl mit unter seiner Obhut erbrachter Pflege und Erziehung als auch durch Geldzahlung, erbringen muss und kann.

Art. 276a ZGB

Die KOKES stimmt dieser neuen Norm grundsätzlich zu. Es stellt sich aber die Frage, ob der Vorrang in dieser absoluten Form im Gesetz festgeschrieben werden soll. Dass *in der Regel* der Kindesunterhalt dem Ehegattenunterhalt vorgeht, ist zutreffend und in Lehre und Rechtsprechung anerkannt. Es sind in der Praxis jedoch auch begründete Ausnahmen zu verzeichnen, etwa in Fällen der Sicherung des Unterhalts von behinderten geschiedenen Ehegatten oder in Fällen, in denen das Vorhandene nicht zur Deckung des Existenzminimums aller Beteiligten reicht. Zudem führt die Formulierung gemäss VE zum Umkehrschluss, dass das volljährige Kind den Vorrang verliert, was im Verhältnis zu noch minderjährigen Kindern zu unerwünschten Ergebnissen führen kann, wenn z.B. das volljährige Kind noch eine Mittelschule besucht.

Deshalb sollte trotz grundsätzlicher inhaltlicher Zustimmung entweder auf die neue Norm verzichtet und der Vorrang der Unterhaltsansprüche minderjähriger Kinder weiterhin der Praxis überlassen oder es sollte die Bestimmung relativiert und der Praxis ein gewisser Ermessensspielraum eingeräumt werden, indem wie folgt formuliert wird:

„Die Unterhaltspflicht geht *in der Regel* vor.“

Art. 285 ZGB und Art. 285a ZGB

Die KOKES stimmt der Herausnahme der Absätze 2 und 2^{bis} aus Art. 285 in den neuen Art. 285a ZGB und der Neuformulierung von Absatz 1 und 3 von Art. 285 ZGB zu.

Zum neuen Absatz 2 von Art. 285 wird vorab auf die oben zu Art. 125 Abs. 2 Ziff. 6 angeführten Vorbehalte verwiesen. Die in Art. 285 Abs. 2 des Entwurfes verwendeten unbestimmten Rechtsbegriffe schaffen eine Rechtsunsicherheit, welche sich im politischen Prozess gegen diese Vorlage wenden könnte. Von daher wäre zu präzisieren, dass nur die mit der Betreuung des Kindes durch die Eltern und Dritte verbundenen *notwendigen* Kosten zu berücksichtigen sind.

Deshalb sollte diese Bestimmung entsprechend verdeutlicht und wie folgt formuliert werden:

„² Bei der Bemessung die mit der Betreuung des Kindes durch die Eltern und Dritte verbundenen *notwendigen* Kosten zu berücksichtigen.“

Art. 286a ZGB

Die KOKES stimmt dieser neuen Norm zu. Zu überlegen ist ausserdem, ob die gesetzliche Subrogation nicht auch zugunsten des betreuenden Elternteils gelten sollte, indem wie folgt formuliert wird:

„² Dieser Anspruch geht auf das Gemeinwesen oder den betreuenden Elternteil über, soweit das Gemeinwesen oder der betreuende Elternteil für den entsprechenden Unterhalt des Kindes aufgekomen sind.“

Art. 290 ZGB

Vorab ist auf die oben zu Art. 131 ZGB gemachten Ausführungen zu verweisen.

Im Übrigen kann mangels entsprechender Erläuterung zu dieser Bestimmung nur vermutet werden, was mit der Änderung in Absatz 1 bezweckt ist. Die Neuformulierung erlaubt nunmehr auch dem Kind, die unentgeltliche Inkassohilfe zu beantragen. Soweit das Kind minderjährig ist, wird es entweder durch einen Elternteil oder einen Beistand bzw. Vormund vertreten. Ersterer Fall ist bereits mit dem geltenden Text abgedeckt. Letzteren Falls würde es nicht zwingend einer bundesrechtlich vorgeschriebenen professionellen Inkassohilfe bedürfen. Es bleibt folglich nur noch der Fall des volljährigen Kindes. Ob allerdings mit dieser Bestimmung die Verpflichtung der Kantone zu einer *unentgeltlichen* Inkassohilfe auch auf die Unterhaltsansprüche Volljähriger ausgedehnt werden soll, scheint fraglich.

Art. 295 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB

Die KOKES spricht sich gegen die vorgeschlagene Streichung des Anspruchs der Wöchnerin aus. Dieser Anspruch liegt eben nicht in den Betreuungsaufgaben der Mutter, sondern in der Beeinträchtigung der Mutter als Wöchnerin begründet. Obschon diese Beeinträchtigung in den meisten Fällen durch Versicherungsleistungen oder durch Anspruch auf einen „Betreuungsunterhalt“ ausgeglichen werden dürfte, gibt es auch Fälle, in denen dies nicht der Fall ist, etwa bei Totgeburt des Kindes oder bei Fehlen der versicherungstechnischen Voraussetzungen. Die Regelung gemäss geltendem Recht ist sinnvoll.

Art. 329 Abs. 1^{bis} ZGB

Diese Einschränkung macht keinen Sinn. Es ist nicht einzusehen, warum der Staat (Sozialhilfe) und nicht die (vermögenden bzw. gut verdienenden) Verwandten in (auf- und selten absteigender Linie) für den Unterhalt einer Person aufkommen sollen, bloss weil sie wegen der Kinderbetreuung (und nicht aus einem anderen Grund) in wirtschaftliche Not geraten ist.

Die neue Bestimmung wird dann zu unnötigen Abgrenzungsproblemen führen, wenn die wirtschaftliche Not bereits vor der Niederkunft bestanden hat, das Problem der Kinderbetreuung nun aber noch dazu kommt.

Art. 296a ZPO

Die KOKES stimmt dieser neuen Norm vollumfänglich zu.

Dabei weist die KOKES jedoch darauf hin, dass die überwiegende Mehrheit der Unterhaltstitel nicht in Form von Gerichtsentscheiden (Urteile und gerichtliche Vergleiche), sondern in derjenigen des Unterhaltsvertrages gemäss Art. 287 ZGB besteht. Und für Unterhaltsverträge gibt es keine entsprechende Vorschrift. Die KOKES versucht zwar in ihrer Mustersammlung zum Adoptions- und Kindesrecht, diesem Mangel entgegenzuwirken (z. B: S. 93, Muster 114.1, Ziff. 2). Dieser Empfehlung wird jedoch oft nicht Folge geleistet, was zu den bekannten Erschwernissen bei der Änderung oder Ergänzung der ursprünglichen Unterhaltsregelung führt.

Die KOKES beantragt deshalb, eine zu Art. 296a ZPO analoge Bestimmung ins ZGB aufzunehmen. Systematisch gehörte eine solche Norm am ehesten in einen neuen Art. 287a ZGB.

Art. 7 ZUG

Den grundsätzlichen Ideen zur Neufassung von Art. 7 ZUG stimmt die KOKES zu.

Der Absatz 2 fällt jedoch zu summarisch aus und deckt alle Fälle mit geteilter Obhut nicht ab. Der prozentmässig kleine, in absoluten Zahlen jedoch nicht unbedeutende Anteil von Fällen mit hälftiger Aufteilung der Obhut wird durch Art. 7 Abs. 2 ZUG gar nicht erfasst. In der Praxis der Alimentenbevorschussung wird dieses Problem mangels gesetzlicher Regelung so gelöst, dass beide Gemeinden, in welchen die Eltern Wohnsitz haben, ersucht werden, sich hälftig am Bevorschussungsbetrag zu beteiligen. Auch Absatz 3 Bst. c führt in diesen Fällen nicht zu einem Resultat, da auf keine der Varianten gemäss Abs. 1 und 2 als zutreffend zurückgegriffen werden kann. Für die Fälle der 50:50% geteilten Obhut bei gemeinsamer elterlicher Sorge muss Art. 7 ZUG demzufolge ergänzt werden.

Um die Fälle mit anderer Aufteilung der Obhut (als 50:50%) bei gemeinsamer elterlicher Sorge abzudecken, müsste der Absatz 2 am Ende wie folgt lauten: „... *am Wohnsitz des Elternteils, bei dem es ganz oder mehrheitlich wohnt.*“

Wir danken Ihnen für Ihr Interesse und die wohlwollende Aufnahme unserer Anliegen.

Freundliche Grüsse

**Konferenz der Kantone
für Kindes- und Erwachsenenschutz KOKES**



Prof. Diana Wider,
Generalsekretärin