

Präsident **Peter Hodel, Oberrichter, Obergericht des Kantons Zürich, Hirschengraben 15, 8001 Zürich,**
(041 257 91 91, E-Mail: peter.hodel@gerichte.zh.ch
Sekretariat **Jürg Steiger, Bundesverwaltungsrichter, Bundesverwaltungsgericht, Postfach, 9023 St. Gallen,**
(058 705 25 37, E-Mail: juerg.steiger@bvger.admin.ch, info@svr-asm.ch; www.svr-asm.ch

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

Zürich, 7. November 2012

Vernehmlassung zum Vorentwurf zur Revision des Kindesunterhaltsrechts

Sehr geehrter Herr Direktor
Sehr geehrte Damen und Herren

Wir danken Ihnen für die Gelegenheit, zum Vorentwurf zur Revision des Kindesunterhaltsrechts Stellung nehmen zu können.

Nach Auffassung des Vorstands der SVR-ASM ist die Analyse des geltenden Rechts im Allgemeinen zutreffend, und die Schwächen wurden richtig identifiziert. Wir unterstützen deshalb im Grundsatz die mit der Revision verfolgten Hauptanliegen der Stärkung des Unterhaltsanspruchs des Kindes und der Gleichstellung von Kindern verheirateter und unverheirateter Eltern. Gleichzeitig ist der Verzicht auf eine Änderung der Rechtslage in Fällen unzureichender Mittel der an sich unterhaltspflichtigen Person (Mankofälle) zu bedauern.

Soweit wir die Stossrichtung der Revision unterstützen, zeigen sich bei einer näheren Betrachtung der Vorschläge zahlreiche Fragen und Unklarheiten, auf die nachfolgend eingegangen werden soll. In einem ersten Teil der Stellungnahme äussern wir uns in allgemeiner Weise zu den Revisionsvorhaben, während im zweiten Teil Anmerkungen zu den konkret vorgeschlagenen Gesetzesbestimmungen erfolgen.

A. Zu den Vorschlägen im Allgemeinen

1. Betreuungsunterhalt

Der Ansatz, die Stellung des Kindes mittels eines Betreuungsunterhalts zu verbessern, erscheint auf den ersten Blick überzeugend. Allerdings ist vorab darauf hinzuweisen, dass sich dadurch der "Gesamtkuchen" der vorhandenen Mittel nicht vergrößert, sich am Problem der durch die Gemeinschaft (im Rahmen der Sozialhilfe) zu tragenden Folgekosten des heutigen Trennungs- und Scheidungsverhaltens nichts ändern wird.

Der Vorentwurf lässt aber auch verschiedene rechtliche Fragen offen. So ist das Verhältnis zwischen Kindes(betreuungs)unterhalt und ehelichem bzw. nachehelichem Unterhalt unklar: Wie bemisst sich etwa der Betreuungsunterhalt, wenn der sorge- bzw. obhutsberechtigte Elternteil bereits einen eigenständigen Unterhaltsanspruch hat? Hier ist zusätzlich zu beachten, dass eine Konkurrenz zwischen ehelichem bzw. nachehelichem Unterhalt und Kindesunterhalt nur bei (aktuell oder früher) verheirateten Paaren eintreten kann. Was bedeutet dies im Verhältnis zu unverheirateten Eltern?

Ebenfalls unklar erscheint, welche wirtschaftlichen Konsequenzen eine Neuordnung der Betreuungssituation für den bisher betreuenden Elternteil hat.

Es besteht sodann eine erhebliche Gefahr, dass aufgrund des Systemwechsels in Zukunft noch weniger nachehelicher Unterhalt gesprochen wird, was – aufgrund der nach wie vor bestehenden gesellschaftlichen Realitäten – primär die Frauen treffen wird. In diesem Kontext ist namentlich auch auf die weiter unten zu kritisierenden Ausführungen zu Art. 276 ZGB im Begleitbericht hinzuweisen.

Die Erläuterungen zur Bemessung des Betreuungsunterhalts sind äusserst vage. So bleibt etwa unklar, ob nach Meinung des Bundesrats sogenannte Opportunitätskosten zu berücksichtigen sind oder nicht.

2. Vorrang des Unterhaltsanspruchs des unmündigen Kindes

Der Grundsatz, wonach der Unterhaltsanspruch des Kindes gegenüber dem (nach)ehelichen Unterhaltsanspruch Vorrang hat, ist bereits heute in Lehre und Praxis anerkannt und somit nicht neu. Es stellt sich jedoch die Frage, ob er auch als starre Regel ins Gesetz übernommen werden soll, denn es gibt in der Praxis vereinzelt Konstellationen, in denen ein Abweichen vom Prinzip sachlich geboten ist.

Sollte der Grundsatz kodifiziert werden, ist zu beachten, dass der Vorentwurf die Privilegierung auf den Anspruch unmündiger Kinder beschränkt, ohne dass dies näher

begründet wird. Diese Beschränkung ist problematisch angesichts der Tatsache, dass heute viele Kinder bei Erreichen der Mündigkeit noch mitten in der Erstausbildung stehen (vgl. dazu auch Art. 133 Abs. 1, letzter Satz, ZGB). Der Vorrang des Kindesunterhalts sollte auch diese Gruppe mitumfassen (vgl. dazu den Vorschlag zu Art. 276a ZGB, unten Ziff. B.5).

Anzumerken ist sodann, dass der Vorrang des Kindesunterhalts in den vielen Fällen mit knappen Verhältnissen dazu führen wird, dass kein nachehlicher Unterhalt gesprochen werden kann, so dass namentlich die Frauen noch häufiger auf Sozialhilfe angewiesen sein werden. Es sollte deshalb vertieft geprüft werden, ob der früheren Ehefrau, die mangels Leistungsfähigkeit keinen gebührenden Unterhalt erhalten hat und deshalb Unterstützungsleistungen beanspruchen musste, bei einer allfälligen späteren Rückerstattungspflicht gegenüber dem Gemeinwesen nicht ein Anspruch auf einen (zumindest teilweisen) Rückgriff auf den früheren Ehemann einzuräumen ist, soweit dieser dannzumal leistungsfähig ist.

3. Inkassohilfe

Die vorgeschlagene Verordnungskompetenz des Bundesrates zur einheitlichen Regelung der Leistungen der Inkassohilfe wird ausdrücklich begrüsst.

4. Vorschläge zur Milderung der Folgen der geltenden Mankoregelung

Bereits eingangs wurde der Verzicht auf eine gesetzgeberische Lösung der unbefriedigenden Situation in Mankofällen bedauert. Bekanntlich ist auch das Bundesgericht in BGE 135 III 66 ff. zur Überzeugung gelangt, dass die heutige Rechtslage unbefriedigend ist, und hat den Gesetzgeber indirekt zu Handeln aufgefordert. Die Problemstellung ist indessen komplex, und eine überzeugende Lösung verlangt den Einbezug verschiedener Rechtsbereiche mit unterschiedlicher verfassungsrechtlicher Kompetenzordnung. Vor diesem Hintergrund ist der Verzicht auf eine Regelung grundsätzlich nachvollziehbar und der Versuch, die Folgen des geltenden Rechts zumindest abzumildern, verdient Anerkennung. Es erscheint jedoch fraglich, ob die entsprechenden Vorschläge dieses Ziel auch tatsächlich erreichen können.

4.1 Abschaffung der Verwandtenunterstützungspflicht

Die Praxis zur Rückforderung von wirtschaftlicher Sozialhilfe ist inter- und innerkantonal sehr unterschiedlich ausgestaltet. Wo Rückerstattungsansprüche regelmässig geltend gemacht werden, führt die vorgeschlagene Regelung zu einer Besserstellung der Familie der mit dem Fehlbetrag belasteten Person.

Die Einführung einer solchen Besserstellung ist indessen primär eine rechtspolitische Frage, da sie gleichzeitig den Solidaritätsgedanken zulasten des Gemeinwesens schwächt.

Sollte an der Einschränkung der Verwandtenunterstützungspflicht festgehalten werden, regen wir eine redaktionelle Änderung an (vgl. unten Ziff. B. 10).

4.2 Eröffnung eines separaten Sozialhilfedossiers für das Kind

Vorab bestehen angesichts des in Art. 1 ZUG umschriebenen Gesetzeszwecks erhebliche Zweifel, ob die Sozialhilfebehörden mit der vorgeschlagenen Änderung von Art. 7 ZUG verpflichtet werden können, für das unmündige Kind ein separates Dossier zu führen. Selbst wenn diese Frage bejaht werden könnte, erscheint es sodann angezeigt, vor einem solchen Schritt in enger Zusammenarbeit der Schweizerischen Konferenz für Sozialhilfe (SKOS) sorgfältig zu prüfen, ob der für die Sozialhilfebehörden damit verbundene organisatorische und administrative Aufwand zu rechtfertigen ist.

Möglicherweise wäre es zielführender, auf die vorgeschlagene ZUG-Änderung zu verzichten und die Arbeiten für ein eidgenössisches Rahmengesetz zur Sozialhilfe voranzutreiben.

4.3 Anspruch auf Mankoausgleich bei nachträglicher Verbesserung der Verhältnisse des Unterhaltsschuldners

Der Vorschlag, wonach der Unterhaltsschuldner bei einer ausserordentlichen nachträglichen Verbesserung seiner Verhältnisse zum Ausgleich eines Mangos verpflichtet werden kann, verdient grundsätzlich Zustimmung. Gleichzeitig bleibt angesichts der Erfahrungen mit der analogen Bestimmungen des nahehelichen Unterhaltsrechts (Art. 129 Abs. 3 ZGB) anzumerken, dass eine solche Regelung wohl nur geringe praktische Bedeutung erlangen wird. Gerade für das bevorschussende Gemeinwesen dürfte der Nachweis einer ausserordentlichen Verbesserung äusserst schwierig zu führen sein.

Die vorgeschlagene Regelung erscheint sodann unvollständig: Der Gesetzeswortlaut würde dazu führen, dass die nachträgliche Zahlung auch dann an das Kind erfolgt, obwohl dieses bereits mündig ist oder aus anderen Gründen nicht mehr vom anderen Elternteil betreut wird, der den Fehlbetrag zuvor getragen hat. Diese Lösung erscheint nicht sachgerecht und sollte durch eine Anpassung von Abs. 2 korrigiert werden (vgl. dazu unten Ziff. B.7).

B. Zu den Änderungen im Einzelnen

1. Art. 125 ZGB

Die Streichung von Abs. 2 Ziff. 6 ist Folge des vorgeschlagenen Systemwechsels und insoweit konsequent. Vgl. jedoch zu den grundsätzlichen Bedenken oben Ziff. A. 1.

2. Art. 131 und 131a ZGB

Die Änderung ist zu begrüßen.

3. Art. 176 und 176a ZGB

Die Änderung ist zu begrüßen.

4. Art. 276 ZGB

Die Änderung ist *abzulehnen*.

Die Begründung für die vorgeschlagene Änderung von Abs. 2 überzeugt nicht. Vor allem bleibt unklar, welche Verbesserung die Neufassung gegenüber dem geltenden Recht bringen soll. Die Bestimmung könnte auch den Rückschluss zulassen, dass ein obhutsberechtigter Elternteil nicht zu Geldzahlungen verpflichtet ist, was mit Blick auf die gemeinsame elterliche Sorge, bei der beide Elternteile die (alternierende) Obhut haben können, nicht sachgerecht wäre.

Darüber hinaus besteht die grosse Gefahr, dass die vorgeschlagene Neufassung Raum für rechtspolitische Interpretationen schafft, wie sie auch der erläuternde Bericht (S. 38 f.) bei Art. 285 bezüglich der Dauer der persönlichen Betreuung unnötigerweise enthält (vgl. dazu unten Ziff. B. 6).

5. Art. 276a ZGB

Sollte der Grundsatz des Vorrangs des Kindesunterhalts kodifiziert werden, ist jedenfalls eine Ausdehnung der Privilegierung auf mündige Kinder in Erstausbildung zu prüfen.

Vorschlag: *"Der Unterhaltsanspruch gegenüber einem unmündigen Kind und einem mündigen Kind in Erstausbildung geht den anderen familienrechtlichen Unterhaltspflichten vor."*

Als Alternative wäre auch die Einführung einer Altersgrenze denkbar.

6. Art. 285 und 285a ZGB

Die klare Trennung zwischen dem Unterhaltsanspruch und anderen für den Unterhalt des Kindes bestimmten Beiträgen durch Regelung in zwei Bestimmungen wird begrüßt. Gleiches gilt – unter Vorbehalt der grundsätzlichen Bedenken (vgl. oben Ziff. A. 1.) – für die Pflicht zur Berücksichtigung der mit der Kinderbetreuung verbundenen Kosten in Art. 285 Abs. 2, wobei jedoch der Hinweis auf die Opportunitätskosten auf S. 39 des Begleitberichts nicht klar ist.

Befremdend sind demgegenüber die Ausführungen im Begleitbericht zur Dauer der persönlichen Betreuung und die diesbezügliche Kritik an der langjährigen und bewährten Bundesgerichtspraxis (S. 38 f.). Es besteht kein Anlass, den Eltern bzw. dem sorgeberechtigten Elternteil vorzuschreiben, wie lange sie die Kinder persönlich betreuen dürfen, bzw. die persönliche Betreuung auf die ersten 3 Lebensjahre zu beschränken. Die in diesem Zusammenhang erwähnte – durchaus nicht unstrittige – Regelung in den SKOS-Richtlinien bezieht sich auf Sozialhilfefälle und darf nicht verallgemeinert werden.

7. Art. 286a ZGB

Die Bestimmung verdient grundsätzlich Zustimmung, auch wenn der praktische Nutzen gering sein dürfte. Die vom nahehelichen Unterhaltsrecht (Art. 129 Abs. 1 ZGB) abweichende Regelung ist richtig, da sich die hier mögliche *rückwirkende* Festlegung bzw. Erhöhung des Kinderunterhaltsbeitrags nur bei ausserordentlichen Verbesserungen beim Pflichtigen rechtfertigt.

Allerdings ist durch eine Anpassung von Abs. 2 sicherzustellen, dass eine nachträgliche Zahlung auch tatsächlich dem während der Mankozeit betreuenden Elternteil zukommt. Das wäre mit der vorgeschlagenen Regelung nicht gewährleistet, wenn das Kind inzwischen mündig geworden oder aus anderen Gründen nicht mehr mit Kostenfolgen betreut werden muss.

Vorschlag für Abs. 2: *"Dieser Anspruch geht auf den betreuenden Elternteil oder auf das Gemeinwesen über, soweit dieser Elternteil oder das Gemeinwesen für den Unterhalt des Kindes aufgekommen ist."*

Um die Durchsetzung der neuen Bestimmung auch in Fällen aussergerichtlicher Unterhaltsverträge sicherzustellen, ist eine zusätzliche Anpassung von Art. 287 erforderlich (vgl. dazu unten Ziff. B. 12).

8. Art. 290 ZGB

Verdient Zustimmung. In der Botschaft sollte verdeutlicht werden, dass nach der vorgeschlagenen Formulierung auch das mündige Kind in den Genuss unentgeltlicher Vollstreckungshilfe kommt.

9. Art. 295 ZGB

Die Änderung ist **abzulehnen**. Die teilweise Streichung von Abs. 1 Ziff. 2 erscheint nicht gerechtfertigt, selbst wenn die Bestimmung heute wesentlich seltener zur Anwendung kommen sollte. Wenn schon, wäre angesichts der durch die obligatorische Krankenversicherung gedeckten Entbindungskosten eher eine Streichung von Abs. 1 Ziff. 1 begründbar.

10. Art. 329 Abs. 1^{bis} ZGB

Sollte an der Beschränkung der Verwandtenunterstützung festgehalten werden, erscheint der vorgeschlagene Wortlaut etwas unglücklich, da er sich letztlich gegen die in Not geratene Person wendet. Vorzuziehen wäre eine an der Pflicht anknüpfende Formulierung.

Vorschlag: *"Keine Unterstützungspflicht besteht, wenn die Notlage auf einer Beschränkung der Erwerbstätigkeit zur Betreuung eigener Kinder nach einer Trennung oder Scheidung beruht."*

11. Übergangsrecht ZGB

Gibt zu keinen Bemerkungen Anlass.

12. Änderungen der ZPO

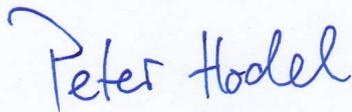
Sind notwendige Folge der Neuregelung des materiellen Rechts und somit zu unterstützen. Allerdings ist zu beachten, dass die Regelung nur in einem Zivilprozess anwendbar ist, nicht jedoch von aussergerichtlichen Unterhaltsverträgen, so dass auch die Durchsetzung des neuen Art. 286a ZGB in diesen Fällen nicht gewährleistet wäre. Diesem Umstand sollte durch eine entsprechende Anpassung im ZGB, wohl am ehesten in Art. 287 ZGB Rechnung getragen werden.

13. Änderung des ZUG

Vgl. dazu oben Ziff. A. 4.2.

Abschliessend danken wir nochmals für die Gelegenheit zur Stellungnahme und verbleiben mit freundlichen Grüßen.

SCHWEIZERISCHE VEREINIGUNG
DER RICHTERINNEN UND RICHTER



Peter Hodel, Präsident



Dieter Freiburghaus, Vorstandsmitglied