

**Auszug aus dem Protokoll
des Regierungsrates des Kantons Zürich**

Sitzung vom 22. April 2009

**627. Vernehmlassungsverfahren zum Vorentwurf einer Teilrevision
des Schweizerischen ZGB (Elterliche Sorge) und des Schweizerischen
Strafgesetzbuches (Art. 220)**

Auf Antrag der Direktion der Justiz und des Innern
beschliesst der Regierungsrat:

I. Schreiben an das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement,
3003 Bern (Zustellung per E-Mail an: eliane.rossier@bj.admin.ch):

Im Februar 2009 haben Sie uns den Vorentwurf zu einer Teilrevision
des Schweizerischen ZGB (Elterliche Sorge) und des Schweizerischen
Strafgesetzbuches (Art. 220) zur Vernehmlassung unterbreitet. Wir dan-
ken für die Gelegenheit zur Stellungnahme und äussern uns wie folgt:

A. Vorbemerkungen

Zentrales Anliegen bei der Gestaltung der tatsächlichen und rechtli-
chen Verhältnisse von Kindern unverheirateter und geschiedener
Eltern muss das Kindeswohl sein. Diesem hat sich die gleichmässige
Verteilung der Elternrechte unterzuordnen. Im Wohl des Kindes liegt
es, dass dieses – abgesehen von Ausnahmesituationen – eine Beziehung
zu beiden Elternteilen hat und sich diese verantwortungsvoll um es
kümmern. Allein mit einer Gleichstellung von Mann und Frau mit
Bezug auf die Zuteilung der elterlichen Sorge kann dieses Ziel jedoch
nicht erreicht werden. Allzu oft zeigt sich in der Praxis, dass die Eltern
in Konfliktsituationen nicht in der Lage sind, ihre Konflikte von ihrer
Aufgabe als Eltern klar zu trennen. Die gemeinsame elterliche Sorge ist
kein taugliches Instrument, streitende Eltern zu versöhnen, sondern
verschiebt die Auseinandersetzungen der Eltern vielmehr darauf, wie
die gemeinsame Sorge ausgeübt werden soll. Dies gilt bei verheirateten
Eltern in Scheidung ebenso wie bei unverheirateten Eltern, die den
gemeinsamen Haushalt auflösen. Gerade derartige Streitereien sind
aber dem Kindeswohl in höchstem Masse abträglich. Der vorgelegte
Revisionsentwurf geht von einem wirklichkeitsfremden Idealfall aus,
blendet bekannte Konfliktpunkte aus und lässt viele Fragen offen. Er
bietet insbesondere keine Lösungen, die zu weniger strittigen Verfahren
führen würden. Da bei einer Einführung der vorgeschlagenen Regelung

zudem vermehrt mit Konflikten nach Abschluss der Scheidung bzw. der Aufhebung des gemeinsamen Haushalts zu rechnen ist, ist – ganz abgesehen von der Belastung der betroffenen Kinder – auch von einem erheblichen Mehraufwand für die Gerichte und die Kindesschutzbehörden auszugehen. Zu ergänzen bleibt, dass der Vorentwurf überdies eine Gleichstellung der Eltern lediglich mit Bezug auf die Elternrechte verwirklichen will, andere Anliegen der Gleichstellung der Eltern insbesondere bei Scheidung (so etwa Festlegung existenzsichernder Kindesunterhaltsbeiträge oder Regelung der Rückerstattungspflicht für Sozialhilfeschulden aufgrund der Kinderkosten) werden demgegenüber ausser Acht gelassen. Mit Bezug auf die Gleichstellung verheirateter und unverheirateter Eltern drängt sich eine Anknüpfung an einen gemeinsamen Haushalt auf: Liegt ein solcher vor, soll den Eltern die gemeinsame elterliche Sorge zukommen, in den anderen Fällen wäre eine von der Kindesschutzbehörde zu genehmigende Vereinbarung notwendig.

Grundsätzlich befürworten wir die gemeinsame elterliche Sorge geschiedener und unverheirateter Eltern. Den Vorentwurf lehnen wir in der vorgeschlagenen Form jedoch ab, da er keine Lösungen für streitige Fälle anbietet und die Konflikte lediglich aufschiebt.

B. Zu den Bestimmungen im Einzelnen

Art. 133 VE-ZGB

VE-Art. 133 Abs. 2 enthält das heutige Erfordernis der Einigkeit zwischen den Eltern über ihre Anteile an Betreuung und Unterhalt nicht mehr: Die Eltern sollen auch abweichende Anträge in Bezug auf Anteile an Betreuung und Unterhalt des Kindes stellen können. Wie in Fällen fehlender Einigung vorzugehen ist, wird jedoch nicht geregelt.

Eine gemeinsame elterliche Sorge kann nur dann dauerhaften Bestand haben, wenn sich die Eltern – im Interesse des Kindes – über die Grundzüge der künftigen Betreuung einigen können. Besonders fragwürdig erscheint in diesem Zusammenhang, dass das gemeinsame Sorgerecht auch das gemeinsame Obhutsrecht zur Folge haben soll (Erläuterungen zum Vorentwurf S. 22). Obhut heisst, über die Alltagsbelange der Kinder zu bestimmen, was insbesondere den Aufenthaltsort mit einschliesst. Da die faktische Betreuung der Kinder in aller Regel aber nicht geteilt bzw. gemeinsam ausgeübt wird, rechtfertigt sich eine gemeinsame Obhut nur in wenigen Ausnahmefällen und muss für die Mehrheit der Fälle im Rahmen der Sorgerechtsregelung festgelegt werden. Zudem fehlen im Vorentwurf gesetzliche Regelungen, die bei fehlender oder unvollständiger Einigung der Eltern greifen. Falls auch

nach einer allenfalls gerichtlich angeordneten Mediation (Art. 297 Abs. 2 ZPO) keine Vereinbarung der Eltern bezüglich gemeinsamer elterlicher Sorge zustande kommt, einem gemeinsamen Antrag nicht entsprochen werden kann oder sich ein Elternteil der Beibehaltung bzw. der Anordnung der gemeinsamen elterlichen Sorge widersetzt, muss das Gericht oder die Kindesschutzbehörde von Amtes wegen über die gemeinsame elterliche Sorge oder die Zuteilung der alleinigen elterlichen Sorge entscheiden. Der Vorentwurf ist entsprechend zu ergänzen.

Sollte am vorgeschlagenen Konzept – das keinerlei Einigung der Eltern verlangt und deshalb die Regelung der Einzelheiten der gemeinsamen elterlichen Sorge weitgehend dem Gericht überlässt – festgehalten werden, müsste zumindest in einem weiteren Absatz von Art. 133 VE-ZGB gesagt werden, über welche Gesichtspunkte aus dem mannigfachen Regelungsbedarf einer gemeinsamen elterlichen Sorge das Gericht zu entscheiden hat. Sodann wäre anzufügen, über welche Gesichtspunkte sich die Parteien zwingend selbst einigen müssten, damit überhaupt an der gemeinsamen elterlichen Sorge festgehalten werden könnte und das Gericht die elterliche Sorge nicht einem Elternteil allein zusprechen müsste.

Art. 133a VE-ZGB

Der in Art. 133a VE-ZGB vorgesehene Entzug der elterlichen Sorge wirkt stigmatisierend. Es ist eine Lösung zu wählen, wonach das Gericht die elterliche Sorge – in den Fällen, in denen eine gemeinsame elterliche Sorge nicht (mehr) infrage kommen kann – einem Elternteil von Amtes wegen zuweist (vgl. dazu auch die Bemerkungen zu Art. 133 VE-ZGB). Eine entsprechende Zuweisung an einen Elternteil muss insbesondere bei häuslicher Gewalt, der Verletzung der Betreuungsregelung, der Nichterfüllung der Unterhaltsregelung oder der Verletzung von Mitwirkungspflichten vorgesehen werden. Es ist zu prüfen, ob diese Gründe im Gesetz (allerdings nicht im Sinne einer abschliessenden Aufzählung) zu erwähnen sind.

Abs. 4 ist systematisch falsch platziert. Es muss auch bei gemeinsamer elterlicher Sorge die Möglichkeit bestehen, Unterhaltsbeiträge über die Mündigkeit hinaus festzulegen.

Art. 134 VE-ZGB

Wird – entsprechend den Ausführungen zu Art. 133a VE-ZGB – eine Einigung bzw. richterliche Festlegung der Grundzüge der Regelung der elterlichen Sorge verlangt, darf sich Art. 134 VE nicht nur auf die «Zuweisung» der elterlichen Sorge (Art. 133a VE) beziehen. Vielmehr muss auch für die gemeinsame elterliche Sorge eine Abänderungsmög-

lichkeit bestehen, wenn sich die Verhältnisse ändern. Daher ist statt der «Zuweisung der elterlichen Sorge» lediglich die «elterliche Sorge» als Regelungsgegenstand zu nennen.

Art. 134a VE-ZGB

In die zu regelnden Belange ist auch die Obhut aufzunehmen.

Art. 298–298c VE-ZGB

Wir unterstützen die Bestrebungen, verheiratete und unverheiratete Eltern bezüglich Sorgerechtsregelung nicht mehr unterschiedlich zu behandeln. Allerdings ist die Anknüpfung des gemeinsamen Sorgerechts allein an die Tatsache der biologischen Elternschaft (und deren Anerkennung), ohne gemeinsame Vereinbarung betreffend Unterhalt, Betreuungszeiten usw. nicht praktikabel.

Bei unverheirateten Eltern ist die gemeinsame elterliche Sorge immer dann an eine gemeinsame Vereinbarung zu knüpfen, wenn die Eltern nicht in einem gemeinsamen Haushalt leben. Diese Lösung würde auch eine weitgehende Gleichbehandlung mit verheirateten Eltern darstellen. An die Vereinbarung sind im Wesentlichen dieselben Forderungen zu stellen, wie an eine Einigung über das gemeinsame Sorgerecht bei verheirateten Eltern im Falle einer Scheidung.

Art. 298a Abs. 2 VE-ZGB hält sodann lediglich fest, dass die Eltern sich «an die Kindesschutzbehörde» wenden können. Es bleibt bei dieser Formulierung unklar, ob die Kindesschutzbehörde eine verbindliche Regelung treffen kann oder nicht. Dieser Mangel ist zu beheben (vgl. Bemerkungen zu Art. 133 VE-ZGB).

Art. 298d und 298e VE-ZGB

In Art. 298d Abs. 2 VE-ZGB ist analog zu Art. 133 Abs. 2 VE (vgl. vorn) zu verfahren und in Art. 298e Abs. 1 VE-ZGB ist wie in Art. 134 VE-ZGB das Wort «Zuweisung» zu streichen.

Art. 298f VE-ZGB

Im Gegensatz zur in Art. 298f VE-ZGB vorgeschlagenen Regelung drängt sich dann, wenn der verstorbene Elternteil die Obhut und Hauptbetreuung innehatte, in jedem Fall eine Prüfung und Regelung der Situation des Kindes durch die Kindesschutzbehörde auf. Die Norm ist entsprechend abzuändern.

Aus dem geltenden Art. 298 Abs. 2 ZGB wurde sodann nur der Fall des Versterbens eines Elternteils übernommen. Für die Fälle von minderjährigen Elternteilen, besteht zwar teilweise eine Regelung in Art. 296 Abs. 2 ZGB. Art. 298f VE-ZGB ist aber zumindest zu ergänzen mit einer Regelung für den Fall, dass ein Elternteil unter umfassende Bei-

standschaft (Art. 398 rev. ZGB) gestellt oder als Kindesschutzmassnahme einzig einem Elternteil die elterliche Sorge entzogen (Art. 311 ZGB) wird.

Art. 309 VE-ZGB

In Art. 309 ZGB soll gemäss VE der Passus «... oder diese [die Kindesschutzbehörde] von der Niederkunft Kenntnis erhält» gestrichen werden. Ausserdem werden die Absätze 2 und 3 des geltenden Art. 309 ZGB ersatzlos aufgehoben.

Die Feststellung der Vaterschaft wird damit weitgehend ins Belieben der Eltern, namentlich der Mutter, gestellt. Behördliche Hilfe würde eine schwangere unverheiratete Frau nur noch erhalten, wenn sie um entsprechende Hilfe ersucht. Das ist mit der UNO-Kinderechtskonvention (Art. 7 und 8) und der in der Schweiz vorherrschenden Meinung unvereinbar, wonach jedes Kind Anspruch auf Kenntnis und Feststellung der Vaterschaft hat. Der Anspruch auf Feststellung der Vaterschaft gehört von Beginn an zu den Persönlichkeitsansprüchen des Kindes und die diesbezügliche Unterstützung des Kindes darf nicht von einem Gesuch der Mutter abhängig gemacht werden. Im Begleitbericht wird auf die Mündigkeit der Mütter verwiesen. Dem ist insoweit zuzustimmen, als die Betreuung und Beratung der Mutter nur auf Antrag stattfinden soll (soweit nicht aus Kindeswohlgründen die allgemeinen Kindesschutzbestimmungen greifen). Die Durchsetzung des kindlichen Anspruchs auf Feststellung der Vaterschaft darf aber, da sowohl das Kind als auch der Staat (zufolge allenfalls zu übernehmender Unterstützungsleistungen) ein Interesse an der Feststellung haben, nicht von einem mütterlichen Antrag abhängig gemacht werden. Abgesehen davon schränkt der Wortlaut durch den Wegfall des gestrichenen Passus die Frist für das Ersuchen der Mutter sinnlos auf die Zeit der Schwangerschaft ein. Das ist zu korrigieren.

Entsprechend der heutigen Praxis ist eine gesetzliche Regelung zu erlassen, wonach die Kindesschutzbehörde, sobald sie von der Geburt eines Kindes unverheirateter Eltern ohne gemeinsamen Wohnsitz erfährt, neben den Vorkehrungen zur Feststellung der rechtlichen Vaterschaft auch zu prüfen hat, ob bezüglich Unterhalt und Obhut Vorkehrungen erforderlich sind. Auf Antrag würde die Behörde das auch bezüglich Betreuung und persönlichem Verkehr tun.

Art. 220 VE-StGB

Ein Strafverfahren gegen den hauptbetreuenden Elternteil und die in der Regel nicht zu vermeidende Einvernahme des Kindes sind sehr belastend für das Kind. Zudem steht auch die Ausfällung von unbedingten Freiheitsstrafen von bis zu drei Jahren gegen den hauptbetreuenden

Elternteil im Widerspruch zum Kindeswohl. Zwischen dem Entziehen von Minderjährigen bzw. der Weigerung, diese zurückzugeben, und der Verweigerung des Besuchsrechts besteht überdies ein erheblicher qualitativer Unterschied. Zwar wird in beiden Fällen dem Kind der Kontakt zum einen Elternteil verweigert oder erschwert und damit dem Kind Schaden zugefügt. Beim bisherigen Art. 220 StGB (Art. 220 Abs. 1 VE-StGB) kommt jedoch erschwerend hinzu, dass das Kind aus seiner gewohnten Umgebung gerissen und ihm dadurch zusätzlicher Schaden zugefügt wird. Der Unrechtsgehalt des bisherigen Art. 220 StGB geht somit erheblich über denjenigen des vorgeschlagenen Abs. 2 desselben Artikels hinaus. Für beide Fälle dieselbe Strafe anzudrohen, ist deshalb unangemessen. Zudem kann bereits unter geltendem Recht derjenige Elternteil, der dem anderen das Besuchsrecht ungerechtfertigt verweigert, nach Art. 292 StGB oder – unter gewissen Voraussetzungen sogar nach Art. 220 StGB (vgl. BGE 98 IV 35) – bestraft werden. Diese strafrechtlichen Möglichkeiten erscheinen als ausreichend. Zu ergänzen bleibt zudem, dass – wenn man schon die Gleichbehandlung der Eltern und nicht das Kindeswohl in den Vordergrund stellen will – auch derjenige Elternteil bestraft werden müsste, der sein Besuchsrecht nicht ausübt, schadet doch auch dieser dem Kind.

Die vorgeschlagene Ergänzung des StGB wird deshalb abgelehnt.

C. Redaktionelle Hinweise

Art. 133a Abs. 2 VE-ZGB hält fest, das Gericht entziehe einem Elternteil die elterliche Sorge, wenn es «das Wohl des Kindes verlange». Dieselbe Formulierung findet sich in Art. 298b Abs. 1 VE-ZGB. Art. 298d Abs. 1 VE-ZGB spricht davon, dass die elterliche Sorge auf Vater und Mutter gemeinsam übertragen werde, wenn es «mit dem Wohl des Kindes vereinbar» sei. In Art. 134 VE-ZGB hält der Entwurf fest, dass die Zuweisung der elterlichen Sorge neu zu regeln sei, wenn dies wegen wesentlicher Veränderung der Verhältnisse «zum Wohl des Kindes geboten» sei. Dieselbe Formulierung findet sich in Art. 298e Abs. 1 VE-ZGB. Die Formulierungen sollten vereinheitlicht werden, um Diskussionen darüber, ob in allen Bestimmungen der Grad des Kindeswohls nach demselben Massstab bemessen wird, im Keime zu ersticken.

Weiter hält Art. 133 Abs. 1 VE-ZGB fest, die Eltern üben die elterliche Sorge nach der Scheidung «von Gesetzes wegen» gemeinsam aus. Dieselbe Formulierung findet sich in Art. 298c Abs. 1 VE-ZGB. Beim schweizerischen Zivilgesetzbuch handelt es sich um ein Gesetz, weshalb dieser Zusatz als überflüssig erscheint und zu streichen wäre.

Im deutschen Text von Art. 298b VE-ZGB ist in Abs. 1 das Gericht durch Kindesschutzbehörde zu ersetzen.

In der deutschen Formulierung stimmen die grammatikalischen Zeiten der beiden Teilsätze – «übten» einerseits und «stirbt» anderseits – nicht überein.

Für weitere Einzelheiten verweisen wir auf die beigelegte Vernehmlassung der Bildungsdirektion.

II. Mitteilung an die Geschäftsleitung des Kantonsrates, die Mitglieder des Regierungsrates sowie an die Direktion der Justiz und des Innern.



Vor dem Regierungsrat
Der stv. Staatsschreiber:

Hösli