

Frau Bundesrätin
Simonetta Sommaruga
Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement EJPD
Bundesamt für Justiz
Bundesrain 20
3003 Bern

Zürich, im September 2012

**Vernehmlassung der Demokratischen Juristinnen und Juristen Zürich
(DJZ) zur Änderung des Zivilgesetzbuchs (Kindesunterhalt), der
Zivilprozessordnung (Art. 296a) und des Zuständigkeitsgesetzes (Art. 7)**

Sehr geehrte Frau Bundesrätin

In oben erwähnter Sache nehmen wir Bezug auf die uns unterbreitete
Vernehmlassungsvorlage und danken Ihnen für die Gelegenheit, Stellung nehmen zu
dürfen.

I. Vorbemerkung

Um es vorweg zu nehmen: Die Stossrichtung der Vorlage, nämlich die Stärkung des
Unterhaltsanspruchs des Kindes und die Verantwortlichkeit beider Eltern dafür, wird
begrüsst. Die vorgeschlagenen punktuellen Massnahmen, um dieses Ziel zu
erreichen, können für sich betrachtet ebenfalls positiv bewertet werden. Der erhoffte
„grosse Wurf“ blieb leider aus. Sowohl auf die Mankoverteilung wie auch auf einen
garantierten Kindesunterhalt wurde mit einer Begründung verzichtet, die aus
unserer Sicht nicht überzeugend ist. Darauf ist nachfolgend einzugehen. Wir sind
zudem der Ansicht, dass die Neuregelung der elterlichen Sorge und der

Kindesunterhalt gesamthaft anzugehen sind. Wir sprechen uns an dieser Stelle dezidiert gegen eine Staffelung der Vorlagen aus.

II. Zur Vorlage

Zu Recht und in weiser Voraussicht hatte Bundesrätin Simonetta Sommaruga angeregt, die Forderung nach der gemeinsamen elterlichen Sorge und den Aspekt der finanziellen Folgen einer Trennung der Eltern (Kindesunterhalt) als Ganzes anzugehen. Es blieb jedoch bei der Staffelung. In einer ersten Vorlage wurde die gemeinsame elterliche Sorge als Regelfall vorgesehen. In einer zweiten wird nun festgestellt, dass das Armutsrisiko nicht gleichmässig auf die Eltern verteilt werden kann und man begnügt sich mit punktuellen Änderungen, um die ungerechten Folgen zu mildern.

Bei einer Gesamtbetrachtung muss nun festgestellt werden, dass die geplanten Änderungen insgesamt zu einer faktischen Verschlechterung der Situation des zur Hauptsache betreuenden Elternteils führt. Das ist erwiesenermassen in der Regel die Mutter. Diese ist meistens auf Unterhaltsbeiträge für sich und die Kinder angewiesen. In wirtschaftlich knappen Fällen wird sie jedoch nach wie vor das Manko allein zu tragen haben, während dem Unterhaltsverpflichteten dessen Existenzminimum belassen wird. Die Unterhaltsberechtigte soll sich gemäss Vernehmlassungsentwurf nicht mehr damit trösten können, dass sie zwar sowohl die Betreuungsaufgaben wie auch die Sozialhilfesschulden im schlimmsten Fall allein zu tragen, dafür wenigstens die alleinige elterliche Sorge hat. Dies hat einschneidende Konsequenzen für die persönliche Freiheit der zur Hauptsache Betreuenden. Neu soll diese beispielsweise nicht mehr ohne die Zustimmung des Unterhaltsverpflichteten den Wohnort wechseln können und wird auch sonst in ihrem Alltag potentiell erheblich eingeschränkt. Eine solche Einschränkung des verfassungsmässigen Rechts auf Niederlassungsfreiheit mag höchstens in jenen Fällen gerechtfertigt sein, wo sich die Eltern die Betreuungsaufgaben tatsächlich je

häftig teilen. Sämtliche Studien belegen, dass dies noch immer die grosse Ausnahme ist. In der Konsequenz führt dies bei der heutigen gesellschaftlichen Struktur zu einer Verschlechterung der Situation der zur Hauptsache betreuenden Mütter.

Die bisherige Ungleichbehandlung soll zwar in Bezug auf die elterliche Sorge sowohl für geschiedene Ehepaare als auch für Unverheiratete zu einem wesentlichen Teil behoben werden – was begrüssenswert ist. Dies wird jedoch einseitig zu Lasten der Unterhaltsberechtigten erreicht. Dies zumindest in jenen Fällen, in denen der Unterhaltsverpflichtete nicht tatkräftig an der Betreuung des Kindes mit anpacken will oder kann sowie wirtschaftlich nicht genügend leistungsfähig ist.

Ein kurzer rechtsgeschichtlicher Rückblick ergibt, dass bis im Jahr 1995 die kantonale Praxis unterschiedlich war. Es gab die Systeme der einseitigen Mankotragung sowie die Mankoverteilung. Mit BGE 121 I 97 wurde die Rechtspraxis im Jahr 1995 dahingehend vereinheitlicht, als dem Unterhaltspflichtigen in jedem Fall dessen Existenzminimum zu belassen ist. Dies wurde zur Hauptsache mit der sonst schwindenden Arbeitsmoral des Unterhaltspflichtigen sowie mit dem administrativen Mehraufwand für die Sozialämter begründet.

Die Kritik war langandauernd und fundamental. Es wurde mehrfach versucht, eine Praxisänderung zu erwirken (vgl. dazu Mankoverteilung – gemeinsame elterliche Sorge von Andrea Metzler, *Anwaltsrevue* 3/2011 S. 125). In BGE 135 III 66 kommt das Bundesgericht im Jahr 2008 zum Schluss, dass die Gründe für die einseitige Mankouberbindung letztlich nicht stichhaltig waren und sind. Es konzidiert, dass die gleichmässige Mankoverteilung einem besseren Verständnis der zivilrechtlichen Normen in Bezug auf den Unterhalt entspräche. Es weist jedoch auf die tatsächlichen Schwierigkeiten hin und gibt dem Gesetzgeber den Ball weiter. Dieser verweist nun auf den Verfassungsgeber.

Nach der Durchsicht des erläuternden Berichts zur Vorlage ist dieses Resultat umso enttäuschender, als über Seiten dargelegt wird, dass sowohl das Bundesgericht wie auch eine überwiegende Lehrmeinung als auch sämtliche Studien zeigen, dass die einseitige Überbindung des Armutsrisiko dem Kindeswohl entgegen steht. Die Begründung, weshalb man dies nicht ändern kann oder will ist hingegen in der Quintessenz nach unserem Rechtsverständnis nicht stichhaltig: Eine wirksame Koordination zwischen den zivilrechtlichen Unterhaltsbeiträgen und der finanziellen Unterstützung durch das Gemeinwesen sei nicht möglich. Die Bundesverfassung gebe dem Bund keine Möglichkeit, den Kantonen Minimalstandards im Bereich der Existenzsicherung (Sozialhilfe, Alimentenbevorschussung etc.) vorzuschreiben.

Wir vertreten die Ansicht, dass dieses Argument nicht zutreffen kann.

Ausgangspunkt ist der Grundsatz, dass Bundesrecht kantonalem Recht vor geht (BV 49). Die Bundeskompetenzen sind zwar ausschliesslich in der Bundesverfassung geregelt. Und es trifft zu, dass einer Kompetenzänderung eine Verfassungsänderung voranzugehen hätte. Im vorliegenden Fall ist dies aber u.E. nicht nötig. Gemäss Art. 122 BV ist die Gesetzgebung auf dem Gebiet des Zivilrechts und des Zivilprozessrechts Sache des Bundes. Der Gesetzgeber des Bundes hat die Kompetenz, auf dem Gebiet des Kindes- und Familienrechts zu legislieren. Die Kantone müssen Bundesrecht im Rahmen ihrer Aufgaben und Kompetenzen vollziehen. Die Ankerorm ist im ZGB; der Vollzug betrifft das kantonale Fürsorgewesen. Es ist nicht erkennbar, inwiefern hier die Kompetenzordnung zwischen Bund und Kantonen missachtet werden sollte. Dass der Vollzug steinig ist und weitere Anpassungen zur Folge hat, wird nicht bezweifelt. Das kann jedoch kein Motiv sein, eine Ungleichbehandlung, die sich zum Nachteil des Kindeswohls auswirkt, zu zementieren.

Im Übrigen sind die Auswirkungen von Bundesrechtsnovellen auf das kantonale Recht häufig und legitim. So kürzlich geschehen mit der Einführung der schweizerischen Zivil- und Strafprozessordnung, die beide massgeblich auf die kantonalen Kompetenzen der Gerichts- und Behördenorganisation und weitere

kantonalen Gesetze Einfluss hatten. Zu denken ist auch beispielsweise ans Umweltrecht, das sich auf die kantonalen Baurechtsordnungen auswirkt. Es könnten viele weitere Beispiele angefügt werden.

Anzufügen bleibt, dass der Nationalrat am 20. September 2012 eine Motion angenommen hat für ein Koordinations- und Rahmengesetz in der Sozialhilfe (Nationalrat - Herbstsession 2012 - Zehnte Sitzung - 12.3013). Dieser Vorstoss erhielt im Vorfeld bereits breite Unterstützung (vgl. www.skos.ch). Es darf damit gerechnet werden, dass mittelfristig der Bund im Fürsorgerecht grundlegende Vorgaben machen wird. Weshalb also diese Zurückhaltung im Zusammenhang mit der Kindesunterhaltsvorlage?

Weiter ist davon auszugehen, dass die SKOS-Richtlinie F.3.I., die im Vernehmlassungsentwurf zitiert wird, wohl erst *nach* der Rechtsvereinheitlichung von 1995 eingeführt wurde. Die Empfehlung, im Budget des Unterhaltspflichtigen keine Unterhaltsbeiträge an Personen ausserhalb seines Haushaltes zu berücksichtigen, ist demnach sehr wahrscheinlich eine Konsequenz der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und nicht Ursache. Da die Materialien zur Einführung der einzelnen Empfehlungen der SKOS-Richtlinie nur sehr mühsam recherchiert werden können, kann diese telefonische Auskunft an dieser Stelle nicht mit einer Fundstelle belegt werden.

II. Zu den geplanten Änderungen

1. Abschaffung der Verwandtenunterstützungspflicht

Nahe Verwandte – auch solche in sehr guten Verhältnissen – sollen neu nicht mehr herangezogen werden können, den bedürftigen unterhaltsberechtigten Elternteil zu unterstützen. Diese Änderung wird begrüsst.

2. Eröffnung eines separaten Sozialhilfedossiers für das Kind

Mit einem eigenen Dossier wird das Kind zur selbständigen Unterstützungseinheit. Auf diese Weise wird transparent, welche Sozialgelder für das Kind bzw. für den Elternteil bestimmt sind. Die für das Kind bezogene Sozialhilfe müsste nicht zurückerstattet werden.

Diese Neuerung erachten wir als wichtig und richtig.

3. Anspruch des Kindes auf einen Mankoausgleich bei einer ausserordentlichen Verbesserung der Verhältnisse des Unterhaltsschuldners

Wenn es nicht möglich war, einen dem Bedarf des Kindes angemessenen Unterhaltsbeitrag festzulegen, soll das Kind die Differenz für die vergangenen fünf Jahre nachträglich einfordern können, sofern sich die Verhältnisse des Unterhaltsschuldners ausserordentlich verbessert haben. Die ratio legis wird im Grundsatz begrüsst, wir befürchten hier jedoch verschiedene Hindernisse in tatsächlicher Hinsicht. Einerseits kann eine solche Bestimmung dazu führen, dass der Unterhaltsverpflichtete keine grosse Motivation verspürt, seine Leistungsfähigkeit innert dieser Frist zu verbessern. Andererseits müsste das Kind bzw. dessen gesetzlicher Vertreter einen weiteren Prozess anstreben, was in Praxi erfahrungsgemäss eine grosse Hemmschwelle ist. Vor allem, da der Begriff „ausserordentliche Verbesserung“ unbestimmt und mit einem grossen Prozessrisiko verbunden ist. Hinzu kommt, dass es bei geteilter elterlicher Sorge und allfällig veränderten Betreuungszeiten zu Auseinandersetzungen kommen könnte, wie sich diese nun auf den Unterhalt auswirken sollen. Die Beziehung der Eltern könnte so stark leiden und auch die Beziehung des Kindes zu seinen Eltern (Loyalitätskonflikt). Diese Bestimmung dürfte wohl vor allem für Fälle der ungeteilten elterlichen Sorge zur Anwendung kommen.

In der Praxis verspricht man sich einiges von der Einführung von Ergänzungsleistungen für armutsbetroffene Familien (vgl. FamEL Modell der SKOS auf www.skos.ch; Andrea Metzler, Mankoverteilung – gemeinsame elterliche Sorge, Anwaltspraxis 2/2011). In einzelnen Kantonen wurde dieses Projekt bereits umgesetzt (z.B. Kanton Tessin, Solothurn, Waadt). Es bleibt zu hoffen, dass diese flankierende Massnahme im Zusammenhang mit der Rahmengesetzgebung zur Sozialhilfe nicht vergessen wird.

Abschliessend ersuchen wir Sie höflich, unseren Argumenten und Überlegungen Beachtung zu schenken.

Mit freundlichen Grüssen

Für die Demokratischen Juristinnen und Juristen Zürich, Ingrid Indermaur

i.V. Francesca Caputo, Geschäftsführerin DJZ