

11.070

**Botschaft
zu einer Änderung des Schweizerischen
Zivilgesetzbuches (Elterliche Sorge)**

vom 16. November 2011

Sehr geehrter Herr Nationalratspräsident
Sehr geehrter Herr Ständeratspräsident
Sehr geehrte Damen und Herren

Wir unterbreiten Ihnen mit dieser Botschaft den Entwurf einer Teilrevision des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Elterliche Sorge) mit dem Antrag auf Zustimmung.

Gleichzeitig beantragen wir, den folgenden parlamentarischen Vorstoss abzuschreiben:

2005 P 04.3250 Elterliche Sorge. Gleichberechtigung (N 07.10.2005, Wehrli)

Wir versichern Sie, sehr geehrter Herr Nationalratspräsident, sehr geehrter Herr Ständeratspräsident, sehr geehrte Damen und Herren, unserer vorzüglichen Hochachtung.

16. November 2011

Im Namen des Schweizerischen Bundesrates

Die Bundespräsidentin: Micheline Calmy-Rey
Die Bundeskanzlerin: Corina Casanova

Übersicht

Die vorgeschlagene Revision des Zivilgesetzbuches hat zum Ziel, dass die gemeinsame elterliche Sorge unabhängig vom Zivilstand der Eltern zum Regelfall und die Gleichstellung von Mann und Frau gewährleistet wird.

Mit der am 25. Juni 1976 erfolgten Revision des Kindesrechts wurde das aussereheliche Kind dem ehelichen Kind gleichgestellt. Allerdings beschränkte sich diese Gleichstellung auf Fragen des Status und des Erbrechts des Kindes. Keine Gleichstellung erfolgte mit Blick auf die elterliche Sorge. Hier blieb es bei der grundsätzlichen Unterscheidung zwischen ledigen und verheirateten Eltern. Während die ehelichen Kinder der gemeinsamen elterlichen Sorge von Vater und Mutter unterstellt wurden, verblieb die elterliche Sorge für aussereheliche Kinder allein bei der Mutter. Die Möglichkeit der gemeinsamen elterlichen Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern wurde erst mit der am 1. Januar 2000 in Kraft getretenen Revision des Scheidungsrechts geschaffen. Voraussetzung dafür ist, dass die Eltern einen gemeinsamen Antrag stellen und der Vormundschaftsbehörde eine genehmigungsfähige Vereinbarung über die Betreuung und den Unterhalt der Kinder einreichen (Art. 298a ZGB). Unter den gleichen Voraussetzungen können seither auch scheidungswillige Eltern dem Scheidungsgericht die gemeinsame elterliche Sorge beantragen (Art. 133 Abs. 3 ZGB).

Am 7. Mai 2004 hat Nationalrat Reto Wehrli das Postulat 04.3250 «Elterliche Sorge. Gleichberechtigung» eingereicht. Darin verlangt er vom Bundesrat zu prüfen, wie die gemeinsame elterliche Sorge bei nicht oder nicht mehr miteinander verheirateten Eltern gefördert werden kann, und dem Parlament Vorschläge für eine Revision der einschlägigen Bestimmungen des Zivilgesetzbuches zu unterbreiten. Am 25. August 2004 erklärte sich der Bundesrat bereit, das Postulat entgegenzunehmen. Am 7. Oktober 2005 stimmte der Nationalrat dem Postulat nach einer engagiert geführten Debatte mit grosser Mehrheit zu.

Der Bundesrat schlägt vor, die gemeinsame elterliche Sorge zum Regelfall zu erklären, unabhängig vom Zivilstand der Eltern (Art. 296 Abs. 2 E-ZGB). Einzig wenn dies zum Schutz der Interessen des Kindes nötig ist, soll die elterliche Sorge einem Elternteil vorenthalten werden können. Unter den gleichen Voraussetzungen kann bereits heute verheirateten Eltern die elterliche Sorge entzogen werden (Art. 311 ZGB). Ob Grund für den Entzug der elterlichen Sorge besteht, entscheidet bei einer Scheidung das Gericht (Art. 298 Abs. 1 E-ZGB) und im Fall eines ausserehelich geborenen Kindes die Kindesschutzbehörde (Art. 298b Abs. 2 E-ZGB). Gleichzeitig räumt der Entwurf dem Elternteil, der das Kind betreut, das Recht ein, über alltägliche und dringliche Angelegenheiten allein zu entscheiden (Art. 301 Abs. 1^{bis} E-ZGB). Als weitere flankierende Massnahme regelt der Entwurf den Wechsel des Aufenthaltsorts des Kindes und seiner Eltern (Art. 301a E-ZGB).

Die elterliche Sorge dient vorrangig dem Wohl des Kindes (Art. 296 Abs. 1 E-ZGB) und ist Teil der elterlichen Verantwortung. Dazu zählt auch das Unterhaltsrecht. In diesem Zusammenhang wird der Bundesrat den Vorschlägen zur gemeinsamen elterlichen Sorge auch solche zum Unterhaltsrecht folgen lassen. Wie die elterliche Sorge soll auch das Unterhaltsrecht so ausgestaltet werden, dass dem Kind keinerlei Nachteile aus dem Zivilstand der Eltern erwachsen.

Inhaltsverzeichnis

Übersicht	9078
1 Grundzüge der Vorlage	9082
1.1 Geschichtlicher Hintergrund	9082
1.2 Geltendes Recht	9082
1.2.1 Verheiratete Eltern	9082
1.2.2 Geschiedene Eltern	9083
1.2.3 Nicht miteinander verheiratete Eltern	9084
1.3 Kritik am geltenden Recht	9087
1.3.1 Missachtetes Kindeswohl	9087
1.3.2 Rechtliche und faktische Diskriminierung der Väter	9087
1.3.3 Stigmatisierung nicht miteinander verheirateter Eltern	9088
1.4 Entstehung der Vorlage	9089
1.4.1 Studien	9089
1.4.1.1 Umfrage zum Scheidungsrecht bei Richtern und Richterinnen, Anwälten und Anwältinnen sowie Mediatoren und Mediatorinnen (Mai 2005)	9089
1.4.1.2 Schweizerischer Nationalfonds (NFP 52): Kinder und Scheidung: Der Einfluss der Rechtspraxis auf familiäre Übergänge	9089
1.4.2 Politische Vorstöße	9090
1.4.3 Vorentwurf 2009	9091
1.4.4 Ergebnisse der Vernehmlassung	9091
1.4.4.1 Zivilgesetzbuch	9091
1.4.4.2 Strafgesetzbuch	9092
1.5 Grundzüge der Vorlage	9092
1.5.1 Gemeinsame elterliche Sorge als Regelfall	9092
1.5.2 Flankierende Massnahmen: Substanzielle Entscheidungsbefugnisse des betreuenden Elternteils	9093
1.5.3 Vereinfachung und Klärung der Zuständigkeiten	9094
1.5.4 Keine Bevormundung nicht verheirateter Mütter	9095
1.5.5 Nicht berücksichtigte Revisionsanliegen	9096
1.5.5.1 Strafgesetzbuch	9096
1.5.5.2 Unterhaltsanspruch nicht verheirateter Mütter und Mankoteilung	9096
1.6 Rechtsvergleich und Verhältnis zum internationalen Recht	9096
1.6.1 Rechtsvergleich	9096
1.6.2 Verhältnis zum internationalen Recht	9100
1.6.2.1 Europarat	9100
1.6.2.2 Recht der Europäischen Union	9100
1.6.2.3 UNO	9101
2 Erläuterungen zu einzelnen Artikeln	9101
2.1 Zivilgesetzbuch	9101
2.2 Bundesgerichtsgesetz	9110
2.3 Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht	9110

3 Auswirkungen	9112
3.1 Finanzielle und personelle Auswirkungen auf Bund und Kantone	9112
3.2 Auswirkungen auf die Informatik	9112
3.3 Wirtschaftliche Auswirkungen	9112
3.4 Notwendigkeit staatlichen Handelns	9112
4 Verhältnis zur Legislaturplanung	9113
5 Rechtliche Aspekte	9113
5.1 Verfassungs- und Gesetzmässigkeit	9113
5.2 Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen	9113
Schweizerisches Zivilgesetzbuch (Elterliche Sorge) (Entwurf)	9115

Botschaft

1 Grundzüge der Vorlage

1.1 Geschichtlicher Hintergrund

Mit der am 25. Juni 1976 erfolgten Revision der Bestimmungen des Zivilgesetzbuches (ZGB; SR 210) über das Kindesverhältnis¹ stellte der Gesetzgeber die ausserhehlichen Kinder den ehelichen Kindern in Bezug auf ihren Status und das Erbrecht gleich. Der Gesetzgeber tat damit einen wichtigen Schritt auf dem Weg, das Wohl des Kindes zu stärken und Diskriminierungen ausserhehlicher Kinder zu beseitigen. Allerdings blieb er damals auf halbem Weg stehen, indem er die gemeinsame elterliche Sorge nur für Kinder verheirateter Eltern vorsah. Den Vorschlag von Nationalrat Condrau, wenigstens dem Scheidungsgericht die Möglichkeit zu geben, den Eltern die gemeinsame Sorge zu belassen², lehnte der Gesetzgeber ab. Er befürchtete, dass sich andernfalls zu häufig Konflikte über die Betreuung der Kinder und den persönlichen Verkehr ergeben könnten.

In seiner Antwort auf das Postulat Mascarin (83.346) erklärte sich der Bundesrat 1983 bereit, die Frage der gemeinsamen elterlichen Sorge nach einer Scheidung nochmals zu prüfen. Seit 1988 haben sich auch einzelne erstinstanzliche Gerichte für die gemeinsame elterliche Sorge geschiedener Eltern ausgesprochen. Das Bundesgericht hat aber klargestellt, dass das schweizerische Recht eine solche Möglichkeit nicht vorsehe und dass nur der Gesetzgeber dies ändern könne³.

Die Frage der gemeinsamen elterlichen Sorge nach einer Scheidung stellte sich erneut bei der Revision des Scheidungs- und Kindesrechts⁴, die am 1. Januar 2000 in Kraft getreten ist. Im Vernehmlassungsverfahren wurde der Vorschlag für die Einführung der gemeinsamen Sorge zwar mehrheitlich befürwortet. Trotzdem wollte der Gesetzgeber sie nicht zum Regelfall erklären. Nur unter qualifizierten Voraussetzungen sollten die Eltern das Recht erhalten, die elterliche Sorge auch nach der Scheidung gemeinsam auszuüben. Unter den gleichen Voraussetzungen können sich seither auch nicht miteinander verheiratete Eltern auf die gemeinsame elterliche Sorge verständigen.

1.2 Geltendes Recht

1.2.1 Verheiratete Eltern

Verheirateten Eltern steht die elterliche Sorge gemeinsam zu (Art. 297 Abs. 1 ZGB). Eine Zuweisung der elterlichen Sorge nur an einen Elternteil ist in diesem Fall ausgeschlossen. Vorbehalten bleibt der Fall der gerichtlichen Trennung (Art. 297

¹ AS 1977 237

² AB 1975 N 1777

³ BGE 117 II 523 ff.

⁴ Botschaft vom 15. November 1995 über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Personenstand, Eheschliessung, Scheidung, Kindesrecht, Verwandtenunterstützungspflicht, Heimstätten, Vormundschaft und Ehevermittlung), BBl 1996 I 1 ff.

Abs. 2 ZGB) oder der Entzug der elterlichen Sorge durch die Kindesschutzbehörde (Art. 311 und 312 ZGB).

Gemeinsame elterliche Sorge bedeutet, dass die Eltern alle das Kind betreffenden Entscheide gemeinsam fällen; kein Elternteil hat den Stichentscheid. Scheitert eine Einigung, so können die Eltern das Gericht um Vermittlung anrufen (Art. 172 ZGB). Das Gericht kann dabei einem unfähigen Ehegatten auch die Befugnis entziehen, die eheliche Gemeinschaft zu vertreten (Art. 174 Abs. 1 ZGB). Kommt es so weit, trifft der andere Elternteil den für das Kind relevanten Entscheid allein.

Eltern mit gemeinsamer elterlicher Sorge bilden zusammen das «Familienhaupt»; sie haften damit auch solidarisch für das Fehlverhalten ihrer Kinder (Art. 333 Abs. 1 ZGB). Dritte dürfen davon ausgehen, dass Eltern mit gemeinsamer Sorge im Einvernehmen handeln (Art. 304 Abs. 2 ZGB).

1.2.2 Geschiedene Eltern

Die am 1. Januar 2000 in Kraft getretene Revision des Scheidungsrechts hat nichts daran geändert, dass die elterliche Sorge bei einer Scheidung grundsätzlich einem Elternteil allein zuzuweisen ist (Art. 133 Abs. 1 ZGB). Bei der gemeinsamen elterlichen Sorge bleibt es nur dann, wenn die Eltern einen entsprechenden gemeinsamen Antrag stellen, der in den Augen des Gerichts mit dem Kindeswohl vereinbar ist. Zudem müssen die scheidungswilligen Eltern dem Gericht eine genehmigungsfähige Vereinbarung über ihre jeweiligen Anteile an der Betreuung des Kindes und die Verteilung der Unterhaltskosten vorlegen (Art. 133 Abs. 3 ZGB).

Trotz dieser restriktiven Voraussetzungen erfreut sich die gemeinsame elterliche Sorge im Fall einer Scheidung zunehmender Beliebtheit. Machte sie im Jahr 2000 gerade einmal 15 Prozent aus, so ändert eine Scheidung heute für rund 40 Prozent der Kinder nichts an der gemeinsamen elterlichen Sorge.

Bundesamt für Statistik: Zuweisung der elterlichen Sorge von 2000–2010

Jahr	Mutter	Vater	Beide
2000	6 373	523	1 189
2001	8 569	682	2 861
2002	8 463	826	3 379
2003	8 744	734	3 319
2004	8 926	738	3 998
2005	10 898	935	4 487
2006	10 450	966	4 678
2007	8 846	745	4 981
2008	8 254	672	5 137
2009	7 707	616	5 432
2010	7 776	580	7 002

Auffällig ist, dass die gemeinsame elterliche Sorge unterschiedlich verbreitet ist. Sie kommt in der Westschweiz und im Tessin häufiger vor als in der Zentral- und in der Ostschweiz.

**Bundesamt für Statistik: Zuweisung der elterlichen Sorge nach Kantonen
(2010)**

Kanton	Mutter	Vater	Beide
ZH	1366	99	1095
BE	998	78	792
LU	293	25	269
UR	32	4	12
SZ	140	15	119
OW	31	0	28
NW	44	0	34
GL	24	1	30
ZG	97	9	93
FR	281	28	301
SO	339	43	178
BS	234	13	133
BL	233	15	219
SH	60	12	51
AR	43	13	67
AI	19	2	9
SG	509	37	402
GR	196	6	127
AG	654	44	472
TG	285	15	235
TI	308	10	287
VD	651	36	835
VS	369	34	269
NE	175	9	317
GE	315	23	533
JU	76	9	95

1.2.3 Nicht miteinander verheiratete Eltern

Sind die Mutter und der Vater nicht miteinander verheiratet, steht die elterliche Sorge heute nach dem Gesetz allein der Mutter zu (Art. 298 Abs. 1 ZGB). Die Kindesschutzbehörde kann die elterliche Sorge aber auch in diesem Fall Vater und Mutter gemeinsam übertragen, wenn dies dem Wohl des Kindes entspricht. Verlangt ist wie im Fall der Scheidung ein gemeinsames Begehren und eine genehmigungsfähige Vereinbarung in Bezug auf den Unterhalt und die Betreuung des Kindes (Art. 298a Abs. 1 ZGB).

Die Zahl der Kinder nicht miteinander verheirateter Eltern hat sich in den letzten zehn Jahren praktisch verdoppelt und macht heute rund einen Fünftel der Kinder aus, die jährlich in der Schweiz geboren werden. Allerdings sind auch in dieser Hinsicht markante Unterschiede zwischen den einzelnen Landesteilen auszumachen.

Bundesamt für Statistik: Lebendgeburten nach dem Zivilstand der Mutter (2000–2010)

Jahr	Total ⁵	Ledig	Verheiratet ⁶	Geschieden
2000	78 438	7 009	70 069	1 275
2001	72 295	6 681	64 219	1 308
2002	72 372	7 065	63 918	1 327
2003	71 848	7 501	62 924	1 340
2004	73 082	8 154	63 377	1 477
2005	72 903	8 174	62 890	1 760
2006	73 371	9 363	62 103	1 825
2007	74 494	10 073	62 447 (+5)	1 890
2008	76 691	10 942	63 584 (+4)	2 073
2009	78 286	11 790	64 266 (+22)	2 120
2010	80 290	12 651	65 343 (+20)	2 202

Bundesamt für Statistik: Lebendgeburten nach dem Zivilstand der Mutter und nach Regionen (2010)

Region	Verheiratet	Ledig	anderer Zivilstand
Genferseeregion	12 662	2 941	629
Espace Mittelland	13 823	2 857	482
Nordwestschweiz	8 729	1 589	248
Zürich	15 547	2 314	436
Ostschweiz	8 845	1 382	239
Zentralschweiz	6 377	1 078	159
Tessin	2 360	490	103
Insgesamt	65 343	12 651	2 296

Die Angaben zur Zuweisung der elterlichen Sorge bei einer Scheidung sind bis ins Jahr 2010 verfügbar. Es gibt aber keine gesamteidgenössische Statistik, die Auskunft darüber gibt, wie häufig sich nicht miteinander verheiratete Eltern für die gemeinsame Sorge entscheiden. Die Schweizerische Vormundschaftsstatistik erhebt einzig Zahlen in Bezug auf diejenigen Fälle, in denen die Kindesschutzbehörden in einem Jahr die gemeinsame elterliche Sorge verfügt haben. Betroffen davon können auch Kinder sein, die nicht im gleichen Jahr auf die Welt gekommen sind. Erfasst werden in dieser Statistik ferner nicht nur Kinder von nicht miteinander verheirateten Eltern (Art. 298a ZGB), sondern auch Kinder von Eltern, die sich im Anschluss an die Scheidung für die gemeinsame elterliche Sorge entschieden haben (Art. 133 Abs. 3 ZGB). Trotz dieser Einschränkungen steht fest, dass sich heute auch immer mehr nicht miteinander verheiratete Eltern für die gemeinsame elterliche Sorge entscheiden.

⁵ Inkl. Verwitwet.

⁶ In Klammer werden die Zahlen für die eingetragene Partnerschaft aufgeführt.

Schweizerische Vormundschaftsstatistik – Jahresvergleich 2000–2010

Jahr	Art. 298a und 134 Abs. 3 ZGB
2000	539
2001	872
2002	1130
2003	1139
2004	1594
2005	1511
2006	1719
2007	2101
2008	2601
2009	3231
2010	3370

Bestätigt wird dieses Ergebnis durch detaillierte Statistiken, wie sie einzelne Kinderschutzbehörden erheben. Als Beispiel kann die Stadt Zürich gelten. Danach stehen die Kinder von nicht miteinander verheirateten Eltern heute in deutlich mehr als der Hälfte der Fälle unter gemeinsamer elterlicher Sorge.

Erteilung der gemeinsamen elterlichen Sorge im Verhältnis zur Anzahl ausserehelicher Geburten in der Stadt Zürich 2000–2010

Jahr	Aussereheliche Geburten	Gemeinsame Sorge Unverheirateter (Art. 298a ZGB)	Gemeinsame Sorge Geschiedener (Art. 133 Abs. 3 ZGB)	Gemeinsame Sorge Unverheirateter in Prozenten der ausserehelichen Geburten
2000	470	206	7	43.83
2001	517	232	9	44.87
2002	649	264	7	40.68
2003	558	213	10	38.17
2004	634	263	12	41.48
2005	749	374	6	49.93
2006	679	358	7	52.72
2007	831	512	5	61.61
2008	972	635	3	65.33
2009	1109	712	11	64.20
2010	1166	790	7	67.75

Keine Statistik gibt schliesslich Aufschluss darüber, wie viele Eltern nur deshalb geheiratet haben, weil sie ohne den mit Artikel 298a ZGB verbundenen Aufwand in den Genuss der gemeinsamen elterlichen Sorge gelangen wollten.

1.3 Kritik am geltenden Recht

1.3.1 Missachtetes Kindeswohl

Die elterliche Sorge wird häufig als ein Recht der Eltern gesehen; entsprechend ist auch vom Sorgerecht die Rede. Dies ist insofern irreführend, als es bei der elterlichen Sorge weniger um ein Recht als um eine Pflicht der Eltern geht. Sie müssen für ihr Kind sorgen und haben dieses zu erziehen.

Von einem Recht kann im Zusammenhang mit der elterlichen Sorge höchstens insofern die Rede sein, als sich der Staat grundsätzlich nicht in die Erziehung und Betreuung der Kinder einmischen soll. Die Lehre begreift die elterliche Sorge als ein sogenanntes «Pflichtrecht»⁷. Insbesondere im internationalen Kontext wird dies dadurch zum Ausdruck gebracht, dass statt von elterlicher Sorge von elterlicher Verantwortung die Rede ist (*responsabilité parentale, parental responsibility*). Von selbst versteht sich, dass der Vater und die Mutter die gleiche Verantwortung für das Kind tragen.

Spricht man einem Elternteil die elterliche Sorge ab, so bedeutet dies, dass sich dieser Elternteil grundsätzlich auch nicht mehr um die Betreuung und Erziehung dieses Kindes kümmern muss. Das Kind verliert damit gleichsam einen Elternteil. So weit darf es nur kommen, wenn dieser Elternteil unfähig ist, das Kind zu betreuen und zu erziehen, und ein Abrücken von der gemeinsamen elterlichen Sorge deshalb auch im Interesse des Kindes liegt. Das geltende Recht trägt diesem Gesichtspunkt höchstens bei verheirateten Eltern Rechnung. Bei nicht miteinander verheirateten Eltern und bei geschiedenen Eltern hingegen entscheiden nicht die Interessen des Kindes darüber, ob die gemeinsame Sorge ihre Fortsetzung findet oder überhaupt erst begründet wird. Dabei sei allerdings auch nicht verschwiegen, dass der Hinweis auf das – missachtete – Kindeswohl, wenn die elterliche Sorge nur einem Elternteil zusteht, manchmal auch missbraucht wird, indem er hilft, eigene, mitunter sehr egoistische Anliegen leichter durchzusetzen⁸.

1.3.2 Rechtliche und faktische Diskriminierung der Väter

Das geltende Recht missachtet nicht nur das Kindeswohl, sondern diskriminiert auch den nicht mit der Kindesmutter verheirateten Vater. Während die Mutter die elterliche Sorge mit der Geburt erlangt, hängt die elterliche Sorge des Vaters und damit die gemeinsame elterliche Sorge von der Zustimmung der Mutter ab (vgl. Ziff. 1.2.3). Fehlt es an dieser, bleibt der Vater von vornherein von der elterlichen Sorge ausgeschlossen. Er hat bloss ein Recht auf persönlichen Verkehr – meist in Form eines zeitlich begrenzten Besuchsrechts – und ein Recht auf Information und Aus-

⁷ Vgl. BGE 136 III 353, Erw. 3.1; ferner Cyril Hegnauer, Grundriss des Kindesrechts und des übrigen Verwandtschaftsrechts, Bern 1999, S. 180 («Elterliche Sorge ist unverfügbares, zweckgebundenes, fremdnütziges Pflichtrecht.»), und Philippe Meier/Martin Stettler, Droit de la filiation, 4. Aufl., Genf/Zürich/Basel 2009, Rdz. 442: «Il serait vain de tenter de donner une définition précise de l'autorité parentale, institution constituée d'un faisceau de responsabilités et de pouvoirs dont l'étendue varie en fonction de plusieurs facteurs, soit en particulier de l'âge et de la maturité de l'enfant.»

⁸ Weiterführend: Alexandra Rumo-Jungo, Gemeinsame elterliche Sorge geschiedener und unverheirateter Eltern, in: Jusletter 15. Februar 2010.

kunft (Art. 273 ff. ZGB). Im Übrigen hat er wie Väter mit elterlicher Sorge zum Unterhalt des Kindes beizutragen (Art. 276 ff. ZGB).

Ähnlich präsentiert sich die Situation für die Väter bei einer Scheidung. Zwar behandelt das geltende Recht Väter und Mütter in diesem Fall gleich (vgl. Ziff. 1.2.2). In der Scheidungspraxis geht diese Gleichstellung aber zulasten der Väter, weil die Gerichte die elterliche Sorge zwingend einem Elternteil allein zuweisen müssen. In aller Regel bevorzugen sie dabei jenen Elternteil, der das Kind bereits während der Ehe hauptsächlich betreut hat⁹. Bei klassischer Rollenteilung ist dies die Mutter. Entsprechend klein ist der Anteil der Väter, denen das Gericht bei einer Scheidung die alleinige elterliche Sorge überträgt.

1.3.3 Stigmatisierung nicht miteinander verheirateter Eltern

Immer häufiger kommt es vor, dass nicht miteinander verheiratete Paare Kinder haben (vgl. Ziff. 1.2.3). Ein Grund, ihnen mit mehr Misstrauen als verheirateten Eltern zu begegnen, ist nicht auszumachen. Trotzdem geschieht heute genau dies. Nicht miteinander verheiratete Eltern müssen die Kinderschutzbehörde davon überzeugen, dass die gemeinsame elterliche Sorge dem Wohl des Kindes entspricht; sie haben der Behörde zusätzlich eine genehmigungsfähige Vereinbarung über die Anteile an der Betreuung des Kindes und die Verteilung der Unterhaltskosten vorzulegen (Art. 298a Abs. 1 ZGB). Verheiratete Eltern trifft keine solche Pflicht. Sie können sich frei und formlos auf ihre jeweiligen Beiträge an die eheliche Gemeinschaft verständigen. Keine Behörde befasst sich damit, ob die gewählte Rollenteilung dem Wohl des Kindes entspricht.

Ähnlich misstrauisch begegnet das geltende Recht der nicht verheirateten Frau, die ein Kind zur Welt bringt. Es sieht nämlich vor, dass diesem Kind zwingend ein Beistand zu bestellen ist (Art. 309 ZGB).

⁹ Zuletzt BGE 136 I 178 ff., Erw. 5. 3: «La règle fondamentale en ce domaine est l'intérêt de l'enfant. Au nombre des critères essentiels, entrent en ligne de compte les relations personnelles entre parents et enfants, les capacités éducatives respectives des parents, leur aptitude à prendre soin de l'enfant personnellement et à s'en occuper, ainsi qu'à favoriser les contacts avec l'autre parent; il faut choisir la solution qui, au regard des données de l'espèce, est la mieux à même d'assurer à l'enfant la stabilité des relations nécessaires à un développement harmonieux des points de vue affectif, psychique, moral et intellectuel. Si le juge ne peut se contenter d'attribuer l'enfant au parent qui en a eu la garde pendant la procédure, ce critère jouit ici d'un poids particulier, les capacités d'éducation et de soin des parents étant d'ailleurs similaires.»

1.4 Entstehung der Vorlage

1.4.1 Studien

1.4.1.1 Umfrage zum Scheidungsrecht bei Richtern und Richterinnen, Anwälten und Anwältinnen sowie Mediatoren und Mediatorinnen (Mai 2005)

Am 1. Januar 2000 trat das neue Scheidungsrecht in Kraft. Bereits wenige Monate später, am 13. Dezember 2000, reichte Nationalrat Jutzet das Postulat (00.3681) «Anwendung des neuen Scheidungsrechts» ein. Darin wurde der Bundesrat eingeladen, bei den Praktikern Berichte über die Erfahrungen mit dem neuen Scheidungsrecht einzuholen und aufgrund der Ergebnisse gegebenenfalls frühzeitig dessen erneute Revision an die Hand zu nehmen.

In der Folge verschickte das Bundesamt für Justiz einen Fragebogen an 160 Gerichte erster und zweiter Instanz, an 1510 auf das Scheidungsrecht spezialisierte Mitglieder des Schweizerischen Anwaltsverbandes und an den Verband der Mediatorinnen und Mediatoren. Insgesamt 950 Personen haben geantwortet.

Die erhaltenen Antworten lassen nicht auf besondere Probleme im Zusammenhang mit der gemeinsamen elterlichen Sorge schliessen¹⁰. Umgekehrt wurde die Frage 'Würden Sie die Einführung der in verschiedenen Ländern geltenden Regelung begrüßen, wonach als Regelfall gilt, dass geschiedene Eltern die gemeinsame Sorge behalten und das Gericht nur unter bestimmten Voraussetzungen über die elterliche Sorge entscheidet?' von bloss 36 % der Befragten bejaht, während 56 % eine solche Regelung ablehnten. Einige der Befragten regten immerhin punktuelle Verbesserungen für Väter ohne elterliche Sorge an; durch Ergänzung von Artikel 275a ZGB sollte ihnen ein eigentliches Mitbestimmungsrecht bei wichtigen Entscheidungen gewährt werden, insbesondere bei einem Wohnortwechsel ins Ausland. Als wünschenswert wurde auch eine etwas grosszügigere Ausgestaltung des Besuchsrechts erachtet. Ferner sollten gewisse Behörden (so beispielsweise die Schule) verpflichtet werden, systematisch und damit losgelöst von der Frage der elterlichen Sorge beide Elternteile zu informieren. Empfohlen wurden auch ein konsequenter Gebrauch von Artikel 292 StGB sowie Bussen bei Missachtung des Besuchsrechts durch jenen Elternteil, bei dem das Kind lebt. Ebenfalls ein Thema waren die Beratung und Mediation, allenfalls auch gegen den Willen der Beteiligten. Schliesslich wurden mehr Krippen und die Förderung von Teilzeitstellen gefordert.

1.4.1.2 Schweizerischer Nationalfonds (NFP 52): Kinder und Scheidung: Der Einfluss der Rechtspraxis auf familiäre Übergänge

Der Nationalfonds hat zwischen Ende 2004 und Mitte 2006 eine Studie zum Thema Kinder und Scheidung durchgeführt¹¹. Die Studie stand unter der Leitung von Andrea Büchler und Heidi Simoni und erfasste 2112 geschiedene Väter und Mütter aus den Kantonen Zürich, Basel-Stadt und Basel-Landschaft.

¹⁰ Bericht über die Umfrage zum Scheidungsrecht bei Richter/innen und Anwalt/innen sowie Mediatoren/Mediatorinnen (Zusammenfassung der Ergebnisse), Bundesamt für Justiz, Mai 2005, Ziff. 11.

¹¹ http://www.nfp52.ch/d_dieprojekte.cfm?Projects.Command=details&get=33

Aus der Studie geht hervor, dass 86 % der geschiedenen Eltern ihre Aufgaben nach traditionellem Rollenmodell verteilen, und zwar unabhängig davon, wie die elterliche Sorge bei der Scheidung geregelt worden ist. Nur in 16 % der Fälle gemeinsamer Sorge wird das Kind im Anschluss an eine Scheidung auch tatsächlich von beiden Elternteilen gemeinsam betreut.

Liegt die elterliche Sorge allein bei der Mutter, wünschen sich 75 % der Väter, an der elterlichen Sorge teilzuhaben. Hatten sich die Eltern bei der Scheidung für die gemeinsame elterliche Sorge entschieden, gleichzeitig aber an der traditionellen Rollenverteilung festgehalten, wünschen sich umgekehrt 29 % der Mütter und 9 % der Väter die Übertragung der elterlichen Sorge auf nur einen Elternteil.

Im Rahmen der Nationalfonds-Studie entstand auch die Dissertation von Linus Cantieni «Gemeinsame elterliche Sorge nach Scheidung; Eine empirische Untersuchung», Bern 2007. Sie bestätigt, dass die gemeinsame elterliche Sorge die traditionelle, meist schon während der Ehe gelebte Rollenaufteilung zwischen Vater und Mutter nicht aufbricht¹². Die gemeinsame Sorge bietet auch keine Garantie dafür, dass der Kontakt zwischen dem Kind und dem im Alltag nicht anwesenden Elternteil intensiver oder besser wäre¹³. Auch in Bezug auf Unterhaltsleistungen zeigt sich, dass ein Elternteil bei gemeinsamer Sorge nicht *a priori* höhere Unterhaltsleistungen erbringt; auch eine bessere Zahlungsmoral lässt sich nicht ausmachen¹⁴.

1.4.2 Politische Vorstösse

Das Postulat Wehrli (04.3250) «Elterliche Sorge. Gleichberechtigung» vom 7. Mai 2004 beauftragt den Bundesrat zu prüfen, wie die gemeinsame Sorge bei nicht oder nicht mehr miteinander verheirateten Eltern gefördert und ob sie zum Regelfall gemacht werden kann. Der Nationalrat hat das Postulat, mit dem der Bundesrat einverstanden war, am 7. Oktober 2005 nach engagierter Debatte mit deutlicher Mehrheit überwiesen (136 gegen 44 Stimmen)¹⁵.

Die Motion der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrats (05.3713) «Scheidungsrecht. Überprüfung der Regelung betreffend Vorsorgeausgleich und Kinderbelange» vom 10. November 2005 zielt primär auf eine Revision der Bestimmungen über den Vorsorgeausgleich (Art. 122–124 ZGB). Sie beauftragt den Bundesrat aber auch, die Fragen der Kinderbelange zu überprüfen und dem Parlament geeignete Revisionsvorschläge zu unterbreiten. Die Motion wurde am 15. März 2006 vom Nationalrat und am 19. Dezember 2006 vom Ständerat überwiesen.

¹² S. 174 ff.

¹³ S. 189 ff. Soweit dies ausnahmsweise anders ist, muss berücksichtigt werden, dass die gemeinsame Sorge nach geltendem Recht auf Freiwilligkeit beruht, d.h. von der Zustimmung beider Elternteile abhängt (vgl. Ziff. 1.2.2). Es muss deshalb offen bleiben, ob dieser positive Effekt auch dann bestünde, wenn die gemeinsame elterliche Sorge erzwungen werden könnte.

¹⁴ S. 211 ff.

¹⁵ AB 2005 N 1502

1.4.3 Vorentwurf 2009

Gestützt auf die beiden erwähnten Vorstösse hat das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement einen Vorentwurf für eine Änderung des Zivilgesetzbuches (VE-ZGB) samt Begleitbericht ausgearbeitet. Diesen schickte der Bundesrat am 28. Januar 2009 in die Vernehmlassung, die bis zum 30. April 2009 dauerte.

Im Zentrum des Vorentwurfs stand der Vorschlag, die gemeinsame elterliche Sorge zum gesetzlichen Regelfall zu erklären, unabhängig vom Zivilstand der Eltern (Art. 133a Abs. 1 VE-ZGB [Scheidung] und Art. 298 Abs. 1 VE-ZGB [Anerkennung])¹⁶. Nur wenn das Wohl des Kindes eine andere Lösung nahelegte, sollte das Scheidungsgericht die elterliche Sorge einem Elternteil allein überlassen (Art. 133a Abs. 2 VE-ZGB). Die gleiche Ausnahme galt für nicht miteinander verheiratete Eltern (Art. 298 Abs. 2 VE-ZGB). Eine besondere Regel betraf die Vaterschaftsklage. Hier konnte das Gericht auf die gemeinsame elterliche Sorge erkennen, wenn es diese Lösung als mit dem Kindeswohl für vereinbar hielt (Art. 298d Abs. 1 VE-ZGB).

Der Vorentwurf regelte ferner, was bei veränderten Verhältnissen geschieht, namentlich wenn ein Elternteil stirbt (Art. 298e und 298f VE-ZGB), und welche Befugnisse dem allein betreuenden Elternteil zukommen (Art. 298g VE-ZGB). Der Vorentwurf verschob zudem Entscheidzuständigkeiten von der Kindesschutzbehörde auf das Gericht. Konkret sollte dieses für alle strittigen Fälle zuständig sein (Art. 134b VE-ZGB). Gestrichen wurde schliesslich die Regel, wonach dem Kind zwingend ein Beistand zu bestellen ist, wenn es bei Geburt keinen Vater hat (Art. 309 VE-ZGB).

Neben der Revision des Zivilgesetzbuches schlug der Bundesrat vor, Artikel 220 Absatz 2 StGB (SR 311.0) neu zu fassen. Danach sollte neu auch bestraft werden, wer das Besuchsrecht des andern Elternteils vereitelt.

1.4.4 Ergebnisse der Vernehmlassung

1.4.4.1 Zivilgesetzbuch

Im Rahmen der Vernehmlassung haben sich alle Kantone, acht politische Parteien und 37 Organisationen zu Wort gemeldet. 25 Stellungnahmen gingen von Organisationen und Personen ein, die nicht offiziell zur Vernehmlassung eingeladen worden waren. Das Ergebnis lässt sich wie folgt zusammenfassen¹⁷:

Die gemeinsame elterliche Sorge als Regelfall sowohl für geschiedene wie für nicht miteinander verheiratete Eltern fand in der Vernehmlassung breite Unterstützung. 19 Kantone (AG, BE, BL, BS, FR, GE, JU, LU, NE, NW, OW, SG, SO, SZ, TG, TI, UR, VD, VS), sieben politische Parteien (CSP, CVP, FDP, GPS, KVP, SP, SVP) und 23 Organisationen stimmten ihr zu. Abgelehnt wurde die Revision von sieben Kantonen (AI, AR, GL, GR, SH, ZG, ZH), einer politischen Partei (EVP) und

¹⁶ Der Vorentwurf samt Begleitbericht sowie der Bericht über das Vernehmlassungsverfahren sind abrufbar unter der folgenden Internetadresse: <http://www.bj.admin.ch/bj/de/home/themen/gesellschaft/gesetzgebung/elterlichesorge.html>

¹⁷ Der ausführliche Bericht zum Vernehmlassungsverfahren findet sich unter: <http://www.bj.admin.ch/etc/medialib/data/gesellschaft/gesetzgebung/elterlichesorge.Par.0001.File.tmp/vn-ber-d.pdf>

17 Organisationen. Die Motive für die Ablehnung sind dabei unterschiedlich. Einige halten die Vorlage für unnötig. Andere möchten weitergehen und die Regelung der elterlichen Sorge mit weiteren Anliegen verknüpfen, beispielsweise mit dem Kampf gegen häusliche Gewalt oder gegen das Armutrisiko, das Alleinerziehende in besonderer Weise trifft. Für einige wenige Vernehmlassungsteilnehmer und -teilnehmerinnen leistet die Vorlage auch schlicht keinen Beitrag zur besseren Berücksichtigung des Wohls des Kindes.

Umstritten blieben auch die weiteren Revisionsanliegen. So lehnte praktisch die Hälfte der Teilnehmenden den Ausbau der Zuständigkeit des Gerichts zulasten der Kindesschutzbehörden ab. Gefordert wurde stattdessen eine weitere Stärkung der Mediation. Wenig Verständnis hatte man schliesslich für den Vorschlag, auf einen Beistand für das Kind zu verzichten, wenn dieses bei Geburt keinen rechtlichen Vater hat.

1.4.4.2 Strafgesetzbuch

Die Änderung von Artikel 220 StGB wurde von 17 Kantonen (AI, AR, BL, GE, GL, JU, LU, NW, OW, SG, SH, SO, TG, UR, VD, VS, ZG), von drei politischen Parteien (EVP, FDP, KVP) und von zehn Organisationen begrüsst. Abgelehnt wurde die Revision von sieben Kantonen (AG, BE, BS, GR, NE, SZ, ZH), vier politischen Parteien (CSP, CVP, GPS, SP) und 21 Organisationen. Begründet wurde die Ablehnung hauptsächlich damit, dass die vorgeschlagene zusätzliche Pönalisierung nicht dem Kindeswohl diene und das Problem ignoriere, dass das Besuchsrecht häufig gar nicht oder unzuverlässig wahrgenommen werde.

1.5 Grundzüge der Vorlage

1.5.1 Gemeinsame elterliche Sorge als Regelfall

Im Zentrum aller Überlegungen zur elterlichen Sorge steht das Wohl des Kindes (Art. 296 Abs. 1 E-ZGB). Deshalb erklärt Artikel 296 Absatz 2 E-ZGB die gemeinsame elterliche Sorge zum Regelfall, unabhängig vom Zivilstand der Eltern. Das Kind hat einen Anspruch darauf, dass seine Eltern gemeinsam Verantwortung für seine Entwicklung und Erziehung übernehmen. Die Mutter und der Vater sollen dabei gleichbehandelt werden. Mit dem Regelfall der gemeinsamen elterlichen Sorge verbindet sich die Aufforderung ans Gericht, nicht nur der Rollenverteilung während der Ehe Rechnung zu tragen, sondern auch der möglichen Entwicklung dieser Rollen nach einer Scheidung.

Die gemeinsame elterliche Sorge als Regelfall soll auch für die nicht verheirateten Eltern gelten. Allerdings wird es auch in Zukunft nicht «automatisch» zur gemeinsamen elterlichen Sorge kommen. Vielmehr muss die Kindesschutzbehörde diese verfügen, wenn sich die Eltern nicht auf diese Lösung verständigen können (Art. 298a Abs. 1 und Art. 298b Abs. 2 E-ZGB). Damit wird die Vormundschaftsbehörde von ihrer heutigen Verpflichtung entbunden, in allen Fällen zu prüfen, ob die gemeinsame elterliche Sorge und die Anteile an der Betreuung des Kindes und die Verteilung der Unterhaltskosten mit dem Kindeswohl vereinbar sind (Art. 298a Abs. 1 ZGB). Eine solche Prüfung kennt das Gesetz bei verheirateten Eltern nicht.

Es besteht kein Grund, ledige Eltern, die bereit sind, gemeinsam die Verantwortung für ihr Kind zu übernehmen, damit zu belasten. Der Bundesrat ist der Meinung, dass auf die vorgeschlagene Weise die mitunter gegensätzlichen Interessen nicht miteinander verheirateter Väter und Mütter in einer fairen Art und Weise zu einem Ausgleich gebracht werden.

Heute setzt das Zustandekommen der gemeinsamen elterlichen Sorge voraus, dass nicht miteinander verheiratete Eltern der Kindesschutzbehörde eine Vereinbarung vorlegen, in der sie sich zum Unterhalt und zur Betreuung des Kindes äussern (Art. 298a Abs. 1 ZGB). Darauf soll in Zukunft verzichtet werden. Sind sich Eltern in Bezug auf die gemeinsame elterliche Sorge einig, so bedeutet eine solche Vereinbarung eine ebenso ärgerliche wie überflüssige Formalität. Kommt es später zum Streit, besteht sogar die Gefahr, dass die Vereinbarung einer sachgerechten Lösung im Weg steht, weil sie noch unter ganz anderen Vorzeichen abgeschlossen worden ist. Dazu kommen erneut verfassungs- und völkerrechtliche Bedenken, weil diese Vereinbarung nur von nicht miteinander verheirateten Eltern verlangt wird¹⁸.

Weiterhin Sinn macht eine solche Vereinbarung mit Blick auf Eltern, die sich auf gemeinsames Begehren hin scheiden lassen wollen. Erst im Zeitpunkt eines Konflikts getroffen, erleichtert diese Vereinbarung dem Gericht zu prüfen, ob und wie die scheidungswilligen Eltern die Kinderbelange in ihre Überlegungen miteinbezogen haben. Am erst kürzlich revidierten Artikel 111 ZGB ist deshalb unverändert festzuhalten.

1.5.2 Flankierende Massnahmen: Substanzielle Entscheidbefugnisse des betreuenden Elternteils

Die gemeinsame elterliche Sorge ist vorrangig dem Kindeswohl verpflichtet (Art. 296 Abs. 1 E-ZGB). Dieses Ziel wird verfehlt, wenn ein Elternteil die gemeinsame elterliche Sorge dazu missbraucht, dem andern Elternteil das Leben schwer zu machen. Um dies zu verhindern, sieht der Entwurf – im Sinn einer flankierenden Massnahme – vor, dass jener Elternteil, der das Kind betreut, den Alltag betreffende und dringliche Entscheide allein und ohne Rücksprache mit dem andern Elternteil treffen darf (Art. 301 Abs. 1^{bis} E-ZGB). Der Entwurf greift damit verbreitete Ängste alleinerziehender Mütter gegenüber der gemeinsamen elterlichen Sorge auf. Gleichzeitig trägt der Vorschlag der Tatsache Rechnung, dass die gemeinsame elterliche Sorge auch und gerade dann funktionieren muss, wenn die Eltern nicht (mehr) zusammenleben und Absprachen deshalb möglicherweise schwieriger werden.

Die gemeinsame elterliche Sorge soll die Eltern auch nicht am Zügel bzw. an der Wahrnehmung ihrer Niederlassungsfreiheit (Art. 24 BV) hindern. Dies gilt allerdings nur insofern, als der neue Aufenthaltsort keine erheblichen Auswirkungen auf die Wahrnehmung der elterlichen Sorge hat (Art. 301a E-ZGB). Andernfalls kommt

¹⁸ Gewiss liesse sich die Diskriminierung nicht miteinander verheirateter Eltern auch dadurch vermeiden, dass man auch von verheirateten Eltern eine Vereinbarung verlangt. In seiner Stellungnahme auf die Motion Roth-Bernasconi (10.3219) «Für eine gemeinsame elterliche Verantwortung» vom 18. März 2010 hat der Bundesrat dargelegt, weshalb er dies ablehnt. Der Zwang, eine solche Vereinbarung aufsetzen zu müssen, stellt für den Bundesrat kein taugliches Mittel dar, Eltern an ihre gemeinsame Verantwortung für das Kind zu erinnern. Es ist auch zu bezweifeln, dass eine solche Vereinbarung dazu beitragen kann, Väter stärker in die Betreuung und Erziehung einzubinden.

ein Wechsel des Aufenthaltsorts nur im Einvernehmen der Eltern in Frage bzw. aufgrund eines Entscheids des Gerichts oder der Kindesschutzbehörde.

Im Übrigen bleibt es dabei, dass die gemeinsame elterliche Sorge die Eltern auf kein bestimmtes Rollenmodell verpflichtet. Aus der gemeinsamen elterlichen Sorge kann deshalb ein Elternteil nicht das Recht ableiten, das Kind auch tatsächlich zur Hälfte betreuen zu können. Einzig das vorrangig zu beachtende Wohl des Kindes entscheidet beispielsweise darüber, ob das Kind auch abwechselnd von beiden Eltern betreut werden kann («Wechselmodell»).

1.5.3 Vereinfachung und Klärung der Zuständigkeiten

Die Neuregelung der elterlichen Sorge bietet die Chance zu einer Vereinfachung und Klärung der Zuständigkeiten, wenn über Kinderbelange zu entscheiden ist. Das Gericht soll für die Regelung der elterlichen Sorge immer dann zuständig sein, wenn sich die Frage in einem eherechtlichen Verfahren stellt. In den übrigen Fällen liegt die Zuständigkeit grundsätzlich bei der Kindesschutzbehörde. Damit ist sichergestellt, dass Abänderungen der elterlichen Sorge und Abänderungen des persönlichen Verkehrs – anders als heute (Art. 134 Abs. 4 ZGB) – von der gleichen Behörde beurteilt werden.

Der Bundesrat verzichtet umgekehrt auf den im Vernehmlassungsentwurf gemachten Vorschlag, alle strittigen Fälle dem Gericht zuzuweisen, unabhängig davon, ob es sich dabei um ein eherechtliches Verfahren handelt oder nicht. Zu Recht wurde in der Vernehmlassung darauf hingewiesen, dass eine solche Erweiterung der richterlichen Zuständigkeit nicht zur Revision des Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht) vom 19. Dezember 2008¹⁹ passt. Tatsächlich wäre es widersprüchlich, von der Kindesschutzbehörde auf der einen Seite mehr Professionalität zu verlangen, um ihr fast gleichzeitig Entscheidungsbefugnisse wegzunehmen und dem Gericht zu übertragen. Dies gilt umso mehr, als es den Kantonen freisteht, Familiengerichte mit der nötigen Fachkompetenz einzurichten. Für die nun vorgeschlagene Lösung spricht auch, dass bei Fragen rund um das Wohl des Kindes öffentliches Recht und privates Recht kaum mehr zu unterscheiden sind. Es ist daher sinnvoll, die Verfahren möglichst bei der fachlich kompetenten Kindesschutzbehörde zu konzentrieren. Sie bleibt auch weiterhin zuständig für die Genehmigung unstrittiger Unterhaltsverträge (Art. 287 ZGB), während andernfalls das Gericht zu entscheiden hat (Art. 276 ff. ZGB).

Der Klärung dienen auch die vorgeschlagenen punktuellen Änderungen und Ergänzungen des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005²⁰ (Art. 100 Abs. 2 Bst. c) sowie des Bundesgesetzes vom 18. Dezember 1987²¹ über das Internationale Privatrecht (Art. 63 Abs. 1 und 85 Abs. 4).

Kein gesetzgeberischer Handlungsbedarf besteht hingegen in Bezug auf die Anhörung und Vertretung der Kinder. So sieht Artikel 298 der Zivilprozessordnung²² (ZPO) – sie ist am 1. Januar 2011 in Kraft getreten – bereits in allgemeiner und umfassender Weise vor, dass Kinder persönlich anzuhören sind. Nach Artikel 299

¹⁹ AS 2011 725

²⁰ SR 173.110

²¹ SR 291

²² SR 272; AS 2010 1739

ZPO ordnet das Gericht ferner die Vertretung des Kindes an, wenn eine solche nötig ist. Dies gilt unabhängig davon, dass der Streit um das Wohl des Kindes der Disposition der Eltern entzogen ist und das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen abklären muss (Art. 277 Abs. 3 ZPO). Praktisch die gleichen Regeln finden sich auch im neuen Erwachsenen- und Kindesschutzrecht, das am 1. Januar 2013 in Kraft treten wird (Art. 314a und 314a^{bis} ZGB).

Ebenfalls kein gesetzgeberischer Handlungsbedarf ist bei der (Familien-)Mediation auszumachen. Dass die Mediation gerade im Zusammenhang mit Kindern fruchtbar eingesetzt werden kann, um Konflikte zu lösen beziehungsweise ihnen vorzubeugen, ist unbestritten. Die Mediation hat deshalb bereits mit dem Erlass der ZPO eine bedeutende Aufwertung erfahren. So kann das Gericht in Zukunft in jedem Verfahren, das Kinder betrifft, die Parteien zu einem Mediationsversuch auffordern (Art. 297 Abs. 2 ZPO). In kindesrechtlichen Angelegenheiten nicht vermögensrechtlicher Art haben die Parteien ferner Anspruch auf eine unentgeltliche Mediation, wenn ihnen die Mittel dafür fehlen und die Durchführung einer Mediation vom Gericht empfohlen wird (Art. 218 Abs. 2 ZPO). Unter den gleichen Voraussetzungen wie in der Zivilprozessordnung ist die Mediation auch im neuen Erwachsenen- und Kindesschutzrecht vorgesehen (Art. 314 Abs. 2 ZGB)²³. Schliesslich erwähnt auch das Bundesgesetz vom 21. Dezember 2007²⁴ über internationale Kindesentführungen und die Haager Übereinkommen zum Schutz von Kindern und Erwachsenen die Mediation. Die Zentrale Behörde kann sie mit dem Ziel einleiten, die freiwillige Rückführung des Kindes zu erreichen oder eine gütliche Regelung der Angelegenheit herbeizuführen (Art. 4). Es ist wichtig und liegt nahe, vorerst Erfahrungen mit diesen neuen rechtlichen Grundlagen für die Mediation zu sammeln.

1.5.4 Keine Bevormundung nicht verheirateter Mütter

Das neue Erwachsenenschutzrecht zielt neben der Professionalisierung der Behörden auf massgeschneiderte Massnahmen. Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden sollen keine vormundschaftlichen Massnahmen anordnen, die nicht zum Schutz der Betroffenen (und Dritter) nötig sind. Aus diesem Grund schlägt der Bundesrat die Aufhebung von Artikel 309 ZGB vor. Das Kind soll nur dann einen Beistand erhalten, wenn ein solcher zu seinem Schutz nötig ist. Allein die Tatsache, dass eine nicht verheiratete Mutter ein Kind zur Welt bringt, belegt noch keine Schutzbedürftigkeit. Es ist im Gegenteil davon auszugehen, dass in der Regel eine nicht verheiratete Mutter gleich einer verheirateten Mutter in der Lage ist, ihre Interessen und jene des Kindes selber wahrzunehmen.

²³ Vgl. auch das Urteil des Bundesgerichts 5A_457/2009 vom 9. Dezember 2009, wonach die Vormundschaftsbehörde bereits heute die Eltern zur Teilnahme an regelmässigen Mediationsgesprächen unter fachlicher Leitung verpflichtet kann.

²⁴ SR 211.222.32

1.5.5 Nicht berücksichtigte Revisionsanliegen

1.5.5.1 Strafgesetzbuch

Anders als der Vorentwurf (vgl. Ziff. 1.4.3) verzichtet der Entwurf darauf, jenem Elternteil Strafe anzudrohen, der das Besuchsrecht vereitelt. Es bleibt damit beim heutigen Artikel 220 StGB, der einzig das Entziehen von Unmündigen unter Strafe stellt. Hinter dem Verzicht, Artikel 220 StGB erneut zu ändern²⁵, steht die Einsicht, dass Besuchsrechtsstreitigkeiten regelmässig mit hohem emotionalem Aufwand ausgetragen werden. Zusätzliche Strafandrohungen tragen in diesem Fall kaum zur Vermeidung oder Vorbeugung von Konflikten bei. Zudem ist zu befürchten, dass unter einer Bestrafung eines Elternteils zumindest indirekt auch das Kind leidet. Sollte dies ausnahmsweise einmal anders sein, kann die Kindesschutzbehörde oder ein Gericht immer noch konkrete, strafbewehrte Anordnungen treffen. So kann der Scheidungsrichter beispielsweise anordnen, dass die Mutter das Kind dem Vater zu einem ganz bestimmten Zeitpunkt und an einem ganz bestimmten Ort übergeben muss, widrigenfalls sie gebüsst wird (Art. 343 Abs. 1 Bst. a ZPO in Verbindung mit Art. 292 StGB).

1.5.5.2 Unterhaltsanspruch nicht verheirateter Mütter und Mankoteilung

Eine geschiedene Person hat Anspruch auf nahehelichen Unterhalt (Art. 125 ZGB). Der Anspruch selber sowie seine Höhe und Dauer hängen dabei von verschiedenen Faktoren ab, so unter anderem auch vom Umfang und der Dauer der zu leistenden Kinderbetreuung (Art. 125 Abs. 2 Ziff. 6 ZGB). Im Unterschied dazu ist für einen nicht verheirateten Elternteil im Fall einer Trennung kein entsprechender Unterhaltsbeitrag vorgesehen. Einige Autorinnen und Autoren²⁶ haben darauf hingewiesen, dass damit Kinder verheirateter Eltern und solche von Eltern, die im Konkubinat leben, unterschiedlich behandelt werden. Nicht verheiratete Mütter haben gerade einmal einen gesicherten Anspruch auf Ersatz der Kosten des Unterhalts während vier Wochen vor und acht Wochen nach der Geburt (Art. 295 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB).

1.6 Rechtsvergleich und Verhältnis zum internationalen Recht

1.6.1 Rechtsvergleich

Die allgemeine Entwicklung in Europa geht in Richtung einer Verbesserung der rechtlichen Situation des Vaters, und zwar auch dann, wenn dieser nicht mit der Mutter verheiratet ist. Im Allgemeinen bevorzugen die europäischen Gesetzgeber

²⁵ Artikel 220 StGB ist im Zusammenhang mit der Revision des Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht) neu gefasst worden, damit auch die Kindesschutzbehörde, welche den Eltern die Obhut entzogen hat, bei einer widerrechtlichen Wegnahme des Kindes von einem Pflegeplatz einen Strafantrag stellen kann.

²⁶ Vgl. insbesondere Alexandra Rumo-Jungo, *Betreuungsunterhalt bei getrennt lebenden, nicht verheirateten Eltern – ein Denkanstoss*, recht 2008, S. 27 ff.; ferner Schweizerische Konferenz der Gleichstellungsbeauftragten, *Revisionsbedarf im Scheidungsrecht*, März 2008.

die gemeinsame Ausübung der elterlichen Sorge sowohl für die geschiedenen als auch für die nicht miteinander verheirateten Eltern. Die Modalitäten der gemeinsamen Ausübung des Sorgerechts sind jedoch je nach Land sehr unterschiedlich ausgestaltet.

Deutschland

Die Eltern üben nach der Scheidung die elterliche Sorge weiterhin gemeinsam aus. Auch die Obhut steht den Eltern gemeinsam zu. Das Gericht kann die Beendigung der gemeinsamen elterlichen Sorge in zwei Fällen verfügen: auf gemeinsamen Antrag der Eltern hin (wobei ein Kind, das älter als 14 Jahre ist, dies durch seinen Widerspruch verhindern kann), oder wenn das Kindesinteresse dies verlangt. Um andauernde Konflikte zwischen den Eltern über die Ausübung der elterlichen Sorge zu vermeiden, sieht das Gesetz eine Aufteilung der Kompetenzen vor. Danach müssen Eltern Entscheide von erheblicher Bedeutung für das Kind gemeinsam fällen. Dagegen trifft derjenige Elternteil, der die Obhut über das Kind hat, die Entscheidungen des täglichen Lebens allein.

Sind die Eltern nicht miteinander verheiratet, steht ihnen die elterliche Sorge gemeinsam zu, nachdem sie vor oder nach der Geburt bei einem Notariat oder beim Jugendamt eine entsprechende Erklärung abgegeben haben. Die gemeinsame elterliche Sorge hängt nicht vom Zusammenleben der Eltern ab. Die Behörde, welche die Erklärung entgegennimmt, ist nicht berechtigt, die Opportunität dieser Lösung zu überprüfen. Sie muss die Erklärung entgegennehmen. Sie prüft auch nicht, ob die gemeinsame elterliche Sorge im Interesse des Kindes liegt. Wenn die Eltern keine gemeinsame Erklärung abgegeben haben, obliegt die elterliche Sorge ausschliesslich der Mutter. Der Vater hat das Recht auf persönlichen Verkehr mit dem Kind.

Zurzeit ist Deutschland damit beschäftigt, seine Rechtsordnung in Einklang mit der Rechtsprechung des EGMR im Fall Zaunegger und im Fall Sporer zu bringen (vgl. Ziff. 1.6.2.1). Ferner hat das Bundesverfassungsgericht in Reaktion auf dieses Urteil die Gerichte angewiesen, auf eine Klage lediger Väter einzutreten, die die gemeinsame elterliche Sorge einfordern und dabei bis heute einzig am diesbezüglichen Veto der Mutter gescheitert sind²⁷.

Österreich

Auch nach der Scheidung behalten die Eltern die gemeinsame elterliche Sorge. Sie müssen sich darüber einigen, bei welchem Elternteil das Kind leben wird. Diesem Elternteil steht die Obhut zu. Die Konvention muss vom Gericht genehmigt werden. Wenn die Eltern keine Vereinbarung treffen oder wenn diese nicht im Einklang mit dem Kindeswohl steht, obliegt es dem Gericht, die Obhut der Mutter oder dem Vater zuzuteilen. Wenn die Eltern die Obhut gemeinsam ausüben und ein Elternteil die Beendigung dieser gemeinsamen Ausübung wünscht, überträgt das Gericht die Obhut unter Wahrung des Kindeswohls an einen Elternteil.

Wenn die Eltern nicht miteinander verheiratet sind, steht die elterliche Sorge der Mutter zu. Die Eltern können jedoch die gemeinsame Ausübung der elterlichen Sorge beantragen, vorausgesetzt sie wohnen zusammen. Ist dies nicht der Fall, können die Eltern in einer Vereinbarung die Ausübung der elterlichen Sorge im Allgemeinen oder nur die Obhut bzw. das Besuchsrecht regeln.

²⁷ BvR 611/07 und BvR 2464/07, Beschluss des Ersten Senats vom 21. Juli 2010.

Belgien

Im Falle einer Scheidung kommt die elterliche Sorge dem Vater und der Mutter gemeinsam zu. Vorausgesetzt ist indessen, dass kein anderslautendes Gerichtsurteil vorliegt. Die Eltern müssen sich über die Obhut sowie über die wichtigen Entscheide für das Kind verständigen. Fehlt eine Vereinbarung oder widerspricht sie den Interessen des Kindes, kann das Gericht die elterliche Sorge ausschliesslich dem Vater oder der Mutter zuteilen. Der Elternteil ohne Sorgerecht hat Anspruch auf persönlichen Verkehr mit dem Kind.

Sind die Eltern nicht miteinander verheiratet und ist das Kindesverhältnis zu beiden Eltern hergestellt, so üben sie gemeinsam die elterliche Sorge aus, und zwar unabhängig davon, ob sie zusammenleben oder nicht. Wie bei der Scheidung kann das Gericht die elterliche Sorge einem Elternteil allein zuweisen.

Frankreich

Im Prinzip üben Vater und Mutter auch nach der Scheidung die elterliche Sorge weiterhin gemeinsam aus. Das Gericht kann jedoch die elterliche Sorge nur einem Elternteil zuweisen, wenn das Interesse des Kindes dies verlangt. Der Elternteil, der die elterliche Sorge verliert, hat ein Besuchsrecht und das Recht, über wichtige Entscheidungen, die das Leben des Kindes betreffen, informiert zu werden.

Auch für Eltern, die nicht miteinander verheiratet sind, gilt der Grundsatz der gemeinsamen elterlichen Sorge, und zwar unabhängig davon, ob sie zusammenleben oder nicht. Eine Ausnahme wird gemacht, wenn die Abstammung des Kindes von der Mutter bereits feststeht und der Vater das Kind im ersten Jahr nach der Geburt nicht freiwillig anerkennt, oder wenn die Abstammung zwar gerichtlich festgestellt ist, das über die Abstammung urteilende Gericht dem Vater die elterliche Sorge nicht zuteilt. In diesen Fällen ist nur ein Elternteil Inhaber der elterlichen Sorge. Die Mutter und der Vater können allerdings durch gemeinsame Erklärung vor dem Tribunal de Grande Instance vereinbaren, die elterliche Sorge gemeinsam auszuüben. Die gemeinsame Ausübung der elterlichen Sorge kann ausserdem auch in einem Urteil des Familiengerichts angeordnet werden.

Italien

Im Falle einer Scheidung verbleibt die elterliche Sorge bei beiden Elternteilen. Die elterliche Sorge wird von beiden Elternteilen ausgeübt, und zwar unabhängig davon, ob diese verheiratet, getrennt oder geschieden sind (Revision vom 8.2.2006, Nr. 54). Die Fälle, in denen nur ein Elternteil die elterliche Sorge ausübt, bleiben die Ausnahme.

Sind die Eltern nicht miteinander verheiratet und ist das Kind von beiden Elternteilen anerkannt worden, so steht ihnen die elterliche Sorge gemeinsam zu, wenn sie zusammenleben. Ist dies nicht der Fall, obliegt die elterliche Sorge demjenigen Elternteil, bei dem das Kind lebt, oder, wenn das Kind mit keinem Elternteil zusammenlebt, jenem Elternteil, welcher das Kind zuerst anerkannt hat.

England und Wales

Eltern, die sich scheiden lassen, üben die elterliche Sorge weiterhin gemeinsam aus. Sie regeln selbstständig die Obhut über das Kind und die Beziehungen desselben zu Vater und Mutter. Der Elternteil, bei dem das Kind wohnt, trifft die laufenden Entscheidungen des täglichen Lebens, während die Eltern über die wichtigeren Fragen

weiterhin gemeinsam befinden. Das Gericht entscheidet über das Sorgerecht im Allgemeinen oder über besondere Fragen bei der Erziehung des Kindes nur dann, wenn die Eltern nicht zu einer Einigung gelangen oder wenn durch die Lösung, die sie getroffen haben, das Wohl des Kindes gefährdet wird.

Wenn die Eltern nicht miteinander verheiratet sind, kann der Vater die gemeinsame elterliche Sorge unabhängig von einem Zusammenleben mit der Mutter erhalten, sofern die Eltern eine diesbezügliche Einigung treffen; diese muss in Anwesenheit eines Vermittlungsrichters oder einer Gerichtsschreiberin unterzeichnet und beglaubigt werden. Anschliessend wird die Vereinbarung beim Kanzleivorsteher des High Court in London deponiert und kann auch der Öffentlichkeit bekannt gemacht werden. Der Vater kann ausserdem beantragen, dass ihm die elterliche Sorge durch gerichtliche Verfügung zugeteilt wird. Das Gericht entspricht dem Begehren, sofern nicht mit guten Gründen befürchtet werden muss, dass die gemeinsame elterliche Sorge dem Kind schaden könnte.

Dänemark

Bei einer Scheidung können die Eltern vereinbaren, die elterliche Sorge weiterhin gemeinsam auszuüben. Eine solche Vereinbarung kann mit Hilfe des von der zuständigen Behörde vorbereiteten Formulars geschlossen werden; eine Registrierung bei der Behörde ist dagegen für die Verbindlichkeit nicht notwendig. Wenn sich die tatsächlichen Umstände in der Folge erheblich ändern, hat die Behörde jedoch die Befugnis, die Vereinbarung anzupassen.

Ein neues Gesetz, welches am 1. Oktober 2007 in Kraft getreten ist, unterstreicht die Bedeutung der Kooperation zwischen den Eltern im Interesse und zum Wohle des Kindes. Die gemeinsame elterliche Sorge setzt voraus, dass sich die Eltern über alle wichtigen Fragen, die das Kind betreffen, einschliesslich der Wahl des Wohnortes, einig sind. Wenn sie sich über eine andere Frage nicht verständigen können, veranlasst die zuständige Behörde ein Gespräch mit den Eltern und trifft in letzter Instanz selbst eine Entscheidung.

Sind die Eltern nicht miteinander verheiratet, so steht der Mutter in den folgenden Fällen die elterliche Sorge allein zu: wenn dies so zwischen den Eltern vereinbart wurde, wenn die zuständige Behörde oder das Gericht dies beschlossen hat, wenn der Vater das Kind nicht anerkannt hat, wenn der Vater seit zehn Monaten nicht mit dem Kind und der Mutter zusammenwohnt. In allen anderen Fällen kommt die elterliche Sorge grundsätzlich beiden Elternteilen gemeinsam zu.

Der Umzug eines Elternteils mit oder ohne elterliche Sorge ins Ausland oder innerhalb des Landes muss dem anderen Elternteil sechs Wochen im Voraus zur Kenntnis gebracht werden, damit die Frage der elterlichen Sorge erneut überprüft und eine Entscheidung darüber getroffen werden kann, welche Lösung für das Kind die beste ist.

Auch wenn das Kind nur mit einem Elternteil zusammenwohnt, hat es stets Anspruch auf persönlichen Verkehr mit dem anderen Elternteil. Der Elternteil, der die elterliche Sorge nicht innehat, hat ausserdem Anspruch auf Information und auf Teilnahme am gesellschaftlichen Leben des Kindes.

1.6.2 Verhältnis zum internationalen Recht

1.6.2.1 Europarat

Die Möglichkeit der gemeinsamen elterlichen Sorge setzt sich in Gesetzgebung und Rechtsprechung der Vertragsstaaten der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) zunehmend durch. Nach den Urteilen des EGMR vom 3. Dezember 2009 im Fall Zaunegger gegen Deutschland und vom 3. Februar 2011 im Fall Sporer gegen Österreich ist davon auszugehen, dass die Benachteiligung eines Elternteils bei der Regelung der elterlichen Sorge gegen das Diskriminierungsverbot (Art. 14 EMRK) in Verbindung mit dem Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens (Art. 8 EMRK) verstossen würde²⁸. Hintergrund dieser Urteile bildet die Gesetzgebung Deutschlands und Österreichs, die wie jene der Schweiz die gemeinsame elterliche Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern davon abhängig macht, dass die Mutter dieser Lösung zustimmt.

In den erwähnten Urteilen Zaunegger und Sporer hält der EGMR auch fest, dass Artikel 14 in Verbindung mit Artikel 8 EMRK einem Vertragsstaat nicht verbietet, die elterliche Sorge vorerst nur der Mutter zu übertragen. Allerdings muss sichergestellt sein, dass in der Folge auch der Vater Zugang zur elterlichen Sorge erhält, und dies in einer Art und Weise, die ihn gegenüber der Mutter nicht diskriminiert. Diesem Anspruch trägt der Entwurf Rechnung, indem der Vater gegen die Mutter vorgehen kann, wenn sie sich weigert, dem gemeinsamen Sorgerecht zuzustimmen.

1.6.2.2 Recht der Europäischen Union

Im Recht der Europäischen Union (EU) ist die elterliche Sorge kein Thema. Zuständig für die Regelung der Frage ist der Mitgliedstaat, in dem das Kind wohnt. Gleichzeitig will die EU für Kinder ein rechtssicheres Umfeld schaffen, indem die Sorgerechtsentscheidungen innerhalb der EU anzuerkennen sind. In diesem Sinn hält die Verordnung (EG) Nr. 2201/2003²⁹ fest, welcher Mitgliedstaat für eine Scheidung und die Regelung der elterlichen Sorge zuständig ist und wie eine Entscheidung in Bezug auf die elterliche Sorge in einem andern Mitgliedstaat anerkannt und vollstreckt wird.

Hinzuweisen ist ferner darauf, dass das Recht des Kindes, angehört zu werden, Grundrechtscharakter hat und Eingang in die Charta der Grundrechte der Europäischen Union³⁰ gefunden hat. Die Meinung eines Kindes ist deshalb in allen Angelegenheiten, die es betreffen, in einer seinem Alter und seinem Reifegrad entsprechenden Weise zu berücksichtigen.

²⁸ Ausführlich zu diesem Urteil und seinen Folgen für die Schweiz: Philippe Meier, *L'autorité parentale conjointe; L'arrêt de la CourEDH Zaunegger c. Allemagne – quels effets sur le droit suisse?* ZKE 2010, S. 246 ff.

²⁹ Vgl. Verordnung des Rates vom 27. November 2003 über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1347/2000, ABl. L 338 vom 23.12.2003, S. 1.

³⁰ ABl. C 83 vom 30.3.2010, S. 389.

1.6.2.3

UNO

Das Übereinkommen der UNO über die Rechte des Kindes³¹, das für die Schweiz am 26. März 1997 in Kraft getreten ist, verpflichtet die Vertragsstaaten, dafür zu sorgen, dass ein Kind, das von seinen Eltern oder einem Elternteil getrennt ist, regelmässige persönliche Beziehungen und unmittelbare Kontakte zu ihnen oder ihm pflegen kann, es sei denn, sein Wohl spricht gegen diese Lösung (Art. 9 Abs. 3). Ferner hat das Kind, das fähig ist, sich eine eigene Meinung zu bilden, das Recht, sich in allen es berührenden Angelegenheiten frei zu äussern; die Meinung des Kindes ist in der Folge angemessen und entsprechend seinem Alter und seiner Reife zu berücksichtigen (Art. 12). Der vorliegende Gesetzesentwurf entspricht den Vorgaben dieses Übereinkommens.

2

Erläuterungen zu einzelnen Artikeln

2.1

Zivilgesetzbuch

Art. 133 und 134

Die Scheidung bewirkt neu grundsätzlich keine Änderung in Bezug auf die elterliche Sorge. Der Entwurf bringt dies systematisch dadurch zum Ausdruck, dass nur noch im Achten Titel des Zivilgesetzbuches, der von den Wirkungen des Kindesverhältnisses handelt, von der elterlichen Sorge die Rede ist. Im Übrigen berücksichtigen die neugefassten Artikel 133 und 134 E-ZGB, dass künftig über Änderungen der elterlichen Sorge im Anschluss an eine Scheidung nicht mehr das Gericht, sondern die Kindesschutzbehörde entscheidet. Damit ist diejenige Behörde für die Abänderung der elterlichen Sorge zuständig, die bereits heute über die damit verwandte Frage der Abänderungen des persönlichen Verkehrs befindet (Art. 134 Abs. 4 ZGB). Nichts ändert der Entwurf an der Zuständigkeit des Gerichts, wenn die Frage des Unterhalts strittig ist. Eine Übertragung der diesbezüglichen Zuständigkeit auf die Kindesschutzbehörde hätte unweigerlich eine grössere Revision der erst am 1. Januar 2011 in Kraft getretenen Schweizerischen Zivilprozessordnung zur Folge gehabt.

Der in Artikel 133 Absatz 1 E-ZGB aufgeführte Begriff der Obhut nimmt Bezug auf die faktische Betreuung des Kindes. Welche Rechte sich daraus für den betreuenden Elternteil ergeben, regelt der neue Artikel 301 Absatz 1^{bis}. Von Obhut ist auch in Artikel 25 Absatz 1 ZGB die Rede. Der Begriff dient hier als Anknüpfungspunkt für den rechtlichen Wohnsitz des Kindes, wenn die elterliche Sorge dem Kind zu keinem eindeutigen Wohnsitz verhilft.

Art. 179 Abs. 1 und 275 Abs. 2

Die Änderungen in den Artikeln 179 Absatz 1 und 275 Absatz 2 E-ZGB sind redaktioneller beziehungsweise systematischer Natur. Sie werden nötig, weil neu die Kindesschutzbehörde über Abänderungen der elterlichen Sorge zu entscheiden hat, soweit sich diese Frage losgelöst von einem eherechtlichen Verfahren oder dem Streit um den Unterhaltsbeitrag stellt.

³¹ SR 0.107

Art. 270a

Das Parlament hat am 30. September 2011 einem neuen Namensrecht zugestimmt³². Dieses verwirklicht die Gleichbehandlung der Eltern bei der Wahl des Namens des Kindes, falls die Eltern verheiratet sind. Im Fall lediger Eltern ist diese Gleichbehandlung hingegen nicht sichergestellt, sondern hängt von der behördlichen Übertragung der elterlichen Sorge ab. Dies gilt es mit der vorliegenden Vorlage zu korrigieren. Die neue Fassung von Artikel 270a E-ZGB zielt darauf, ledigen Eltern mit gemeinsamer elterlicher Sorge die gleichen Möglichkeiten in Bezug auf die Wahl des Namens ihres Kindes zu geben, wie sie verheiratete Eltern haben. Entsprechend können sie wählen, ob sie dem Kind den Ledignamen der Mutter oder des Vaters geben wollen. Können sie sich ausnahmsweise nicht einigen, so hat die Kinderschutzbehörde unter vorrangiger Berücksichtigung des Kindeswohls zu entscheiden.

Art. 296

Absatz 1 hält fest, dass die elterliche Sorge vorrangig dem Wohl des Kindes zu dienen hat (vgl. Ziff. 1.5.1). Absatz 2 verankert den Grundsatz der gemeinsamen elterlichen Sorge von Vater und Mutter unabhängig vom Zivilstand. Dahinter steht die Überzeugung, dass diese Lösung dem Wohl des Kindes in der Regel am besten entspricht, und dies auch dann, wenn die Eltern geschieden oder nicht miteinander verheiratet sind. Von der gemeinsamen elterlichen Sorge soll nur abgewichen werden, wenn feststeht, dass eine andere Lösung die Interessen des Kindes ausnahmsweise besser wahrt. Die Begründungslast trägt damit jener Elternteil, der sich gegen die gemeinsame elterliche Sorge wendet. Bestehen keine Auffälligkeiten, so ist in Zukunft im Sinn der gemeinsamen elterlichen Sorge zu entscheiden.

Absatz 3 deckt sich inhaltlich mit dem geltenden Recht (Art. 296 Abs. 2 ZGB). Danach setzt die elterliche Sorge auch in Zukunft Mündigkeit voraus. Redaktionell entspricht die vorgeschlagene Fassung jener, der das Parlament im Zusammenhang mit dem neuen Erwachsenenschutzrecht zugestimmt hat³³. Danach wird der Begriff «mündig» durch den Begriff «volljährig» ersetzt, und der Begriff der «umfassenden Beistandschaft» tritt bei volljährigen Personen an die Stelle des Begriffs der «Vormundschaft». Aus Artikel 327a ZGB (in der Fassung des neuen Erwachsenenschutzrechts) folgt, dass die Kinderschutzbehörde dem Kind einen Vormund bestellt, wenn kein Elternteil die elterliche Sorge hat, beispielsweise weil beide erst 17 Jahre alt sind. Es erübrigt sich, diesen heute in Artikel 298 Absatz 2 ZGB verankerten Grundsatz zu wiederholen.

Art. 297

Artikel 297 E-ZGB regelt, was mit der elterlichen Sorge beim Tod eines Elternteils geschieht. Nach Absatz 1 steht in diesem Fall dem überlebenden Elternteil die elterliche Sorge allein zu, wenn die elterliche Sorge zuvor gemeinsam ausgeübt worden ist. Weder das Gericht noch die Kinderschutzbehörde haben dafür zu intervenieren. Dies erscheint als selbstverständlich und entspricht geltendem Recht.

³² BBl 2011 7403 (Referendumsvorlage)

³³ AS 2011 725

Stirbt der Elternteil, der vor seinem Tod die elterliche Sorge alleine ausübte, so weist Absatz 2 die Kindesschutzbehörde an, die elterliche Sorge dem überlebenden Elternteil zu übertragen oder einen Vormund zu bestellen. Welche Lösung den Vorzug verdient, entscheiden die Interessen des Kindes. Diese Lösung erlaubt es der Kindesschutzbehörde zu berücksichtigen, weshalb die elterliche Sorge bisher nicht gemeinsam ausgeübt worden ist.

Im Übrigen gilt für die Neuregelung der elterlichen Sorge Artikel 313 ZGB. Danach passt die Kindesschutzbehörde die Massnahmen zum Schutz des Kindes an die neue Lage an, wenn sich die Verhältnisse ändern. Dies gilt auch dann, wenn die entsprechenden Massnahmen, also beispielsweise der Entzug der elterlichen Sorge, im Rahmen einer Scheidung oder eines Eheschutzverfahrens verfügt worden sind.

Art. 298

Die elterliche Sorge steht künftig nach einer Scheidung grundsätzlich beiden Elternteilen gemeinsam zu. Das Gericht muss sich bei einer Scheidung aber vergewissern, dass die Voraussetzungen für die gemeinsame elterliche Sorge gegeben sind. Dies ist gemäss Absatz 1 dann nicht mehr der Fall, wenn einem Elternteil zur Wahrung der Interessen des Kindes die elterliche Sorge zu entziehen ist. Das gleiche Regime gilt auch im Fall der Ehetrennung (Art. 117 f. ZGB). Der vom Gericht zu beachtende Massstab, in begründeten Fällen von der gemeinsamen elterlichen Sorge abzusehen, entspricht jenem in Artikel 298b Absatz 2 E-ZGB.

Wie die Kindesschutzbehörde³⁴ hat sich auch das Gericht an die Maximen der Subsidiarität, Komplementarität und Proportionalität zu halten. Absatz 2 ermächtigt deshalb das Gericht, Fragen nach dem Aufenthaltsort und der Betreuung des Kindes zu regeln, ohne deswegen einem Elternteil die elterliche Sorge zu entziehen. Dazu kommt es, wenn keine Aussicht darauf besteht, dass die Eltern ihre Uneinigkeit in diesen Fragen überwinden können.

Die Regelung der Kinderbelange ist auch in Zukunft der Disposition der Prozessparteien entzogen, und der Sachverhalt muss von Amtes wegen ermittelt werden (Art. 277 Abs. 3 ZPO). Entsprechend kann das Gericht die elterliche Sorge auch anders regeln, als die Eltern gemeinsam beantragt haben. Gelangt das Gericht zur Überzeugung, dass kein Elternteil für die Übernahme der elterlichen Sorge in Frage kommt, fordert es nach Absatz 3 die Kindesschutzbehörde auf, dem Kind einen Vormund zu bestellen.

Nichts ändert sich mit der Neuregelung der elterlichen Sorge in Bezug auf die Scheidung auf gemeinsames Begehren (Art. 111 ZGB). Eine solche setzt weiterhin voraus, dass die Ehegatten dem Gericht eine vollständige Vereinbarung über die Scheidungsfolgen mit gemeinsamen Anträgen hinsichtlich der Kinder einreichen müssen.

Art. 298a

Artikel 298a E-ZGB äussert sich dazu, wie es zur gemeinsamen elterlichen Sorge kommt, wenn das Kindesverhältnis zum Vater durch Anerkennung (Art. 260 ZGB) begründet wird. Dafür genügt nach Absatz 1 eine gemeinsame Erklärung der Eltern.

³⁴ Vgl. BGE 136 III 353, Erw. 3.3.

Absatz 2 umschreibt den Inhalt dieser Erklärung. Die nicht miteinander verheirateten Eltern haben zu bestätigen, dass sie bereit sind, gemeinsam die Verantwortung für ihr Kind zu übernehmen. Gleichzeitig haben sie zu erklären, dass sie sich in Bezug auf die Betreuung, den persönlichen Verkehr und den Unterhalt verständigt haben. Nicht verlangt ist, dass die Eltern genaue Angaben zur gefundenen Lösung machen. Entsprechend können sich die Eltern auch ohne weiteres darauf verständigen, die Fragen nach der Betreuung, dem persönlichen Verkehr und dem Unterhalt gar nicht verbindlich beantworten zu wollen. Damit unterscheidet sich die vorgeschlagene Lösung bewusst vom geltenden Recht, das die gemeinsame elterliche Sorge von einer genehmigungsfähigen Vereinbarung über die Anteile an der Betreuung des Kindes und die Verteilung der Unterhaltskosten abhängig macht (Art. 298a Abs. 1 ZGB). Eine solche Vereinbarung bringt das letztlich nur historisch verständliche Misstrauen zum Ausdruck, das der Gesetzgeber bis heute nicht miteinander verheirateten Eltern gegenüber hat. Heute erscheint dieses Misstrauen überholt: Eltern sind nicht deshalb schlechtere Eltern, weil sie nicht geheiratet haben. An einer genehmigungsbedürftigen Vereinbarung könnte man daher nur dann festhalten, wenn man bereit wäre, eine solche auch verheirateten Eltern abzuverlangen. Der Bundesrat hat bereits in Beantwortung der Motion 10.3219 Roth-Bernasconi «Für eine gemeinsame elterliche Verantwortung» deutlich gemacht, dass er eine solche Vereinbarung nicht für zielführend hält, wenn es darum geht, möglichen Konflikten vorzubeugen oder diese gar zu lösen.

Die Erklärung, die elterliche Sorge gemeinsam ausüben zu wollen, kann nach Absatz 3 gegenüber der Zivilstandsbeamtin oder dem Zivilstandsbeamten abgegeben werden, sofern sie gleichzeitig mit der Anerkennung des Kindes erfolgt; sie ist damit auch schon vor der Geburt des Kindes möglich. Erfolgt die Erklärung später, das heisst losgelöst von der Anerkennung des Kindes, so ist sie an die Kindesschutzbehörde am Wohnsitz des Kindes zu richten. Die vorgeschlagene Lösung ermöglicht es den Eltern, die Abgabe der Erklärung der gemeinsamen elterlichen Sorge und die Anerkennung des Kindes in einem Behördengang zu tätigen. Für das Zivilstandsamt entsteht dabei kein zusätzlicher Aufwand. Es hat die gemeinsame Erklärung der Eltern über die gemeinsame elterliche Sorge nicht zu überprüfen. Die konkrete Umsetzung ist in der Zivilstandsverordnung zu regeln. Aus Beweisgründen ist die Erklärung über die gemeinsame elterliche Sorge auf einem Formular abzugeben, das beide Eltern unterzeichnet haben. Entgegenzunehmen ist die Erklärung bloss in den Fällen, in denen die Zivilstandsbehörden im Rahmen der Anerkennung des Kindes sowieso angegangen werden.

Absatz 4 erinnert daran, dass die elterliche Sorge bis zum Zeitpunkt, in dem sich die Eltern für die gemeinsame elterliche Sorge entscheiden, allein der Mutter zusteht. Die Mutter ist von Gesetzes wegen ab Geburt Inhaberin der elterlichen Sorge. Der Entwurf hält daran fest, weil sonst auch die Bestimmungen über die Entstehung des Kindesverhältnisses in Frage gestellt wären. Damit würde der Rahmen einer Vorlage gesprengt, deren Ziel einzig darin besteht, die gemeinsame elterliche Sorge zu stärken.

Art. 298b

Artikel 298b E-ZGB kommt zur Anwendung, wenn ein Elternteil mit der gemeinsamen Sorge nicht einverstanden ist, weil er den andern Elternteil nicht für geeignet hält oder weil keine Einigung über die konkrete Ausgestaltung der gemeinsamen elterlichen Sorge erzielt werden konnte. In diesem Fall kann sich der andere

Elternteil nach Absatz 1 an die Kinderschutzbehörde wenden. Nach Absatz 2 verfügt diese die gemeinsame elterliche Sorge, wenn nicht zur Wahrung der Interessen des Kindes ausnahmsweise an der alleinigen elterlichen Sorge der Mutter festzuhalten oder die alleinige elterliche Sorge dem Vater zu übertragen ist.

Bewusst spricht der Entwurf in diesem Fall von den Interessen und nicht vom Schutz des Kindes. Gegen «Schutz des Kindes» (Kinderschutz) spricht, dass dieser Begriff besetzt ist, indem er im Randtitel von Artikel 307 ZGB erscheint und dabei einer Situation zugewiesen ist, die danach verlangt, dass die Kinderschutzbehörde von Amtes wegen einschreitet. Es gilt zu verhindern, dass ein Konflikt der Eltern untereinander voreilig mit der Notwendigkeit einer solchen Intervention in Zusammenhang gebracht wird.

Ungeachtet der vorgeschlagenen Terminologie darf einem Elternteil die (gemeinsame) elterliche Sorge nur dann vorenthalten werden, wenn die Kinderschutzbehörde Anlass hätte, sie ihm andernfalls gleich wieder zu entziehen. Der Massstab, den die Kinderschutzbehörde ihrem Entscheid zugrunde legen muss, deckt sich damit neu mit jenem von Artikel 311 ZGB³⁵. Danach kommen als Gründe für den Entzug der elterlichen Sorge Unerfahrenheit, Krankheit, Gebrechen und Ortsabwesenheit in Frage (Ziff. 1). Ferner kann der Entzug der elterlichen Sorge auch die Reaktion darauf sein, dass sich die Eltern nicht ernstlich um das Kind gekümmert haben (Ziff. 2).

In der Vernehmlassung ist wiederholt gefordert worden, die häusliche Gewalt explizit als Grund für eine Ausnahme von der gemeinsamen elterlichen Sorge zu erwähnen (vgl. Ziff. 1.4.4.1). Der Bundesrat hat für dieses Anliegen Verständnis³⁶. Häusliche Gewalt stellt aber nicht nur die gemeinsame elterliche Sorge in Frage, sondern generell die Befähigung des Vaters oder der Mutter (oder auch beider), die elterliche Sorge auszuüben. Aus diesem Grund soll die häusliche Gewalt in Artikel 311 Absatz 1 Ziffer 1 ZGB neu explizit als Grund aufgeführt werden, einem Elternteil oder beiden die elterliche Sorge zu entziehen.

Absatz 3 ermächtigt die Kinderschutzbehörde, zusammen mit dem Entscheid über die elterliche Sorge auch die weiteren strittigen Punkte zu regeln. Dabei ist hauptsächlich an Fragen der Betreuung und des persönlichen Verkehrs mit dem Kind zu denken. Nicht rechtskräftig entscheiden kann die Kinderschutzbehörde Fragen des Unterhalts. Diesbezüglich bleibt es bei der Zuständigkeit des Gerichts.

Absatz 4 regelt den Fall, dass der Mutter keine elterliche Sorge zusteht, beispielsweise weil sie noch nicht volljährig ist. Die gemeinsame Sorge auf der Grundlage einer gemeinsamen Erklärung (Art. 298a E-ZGB) scheidet in diesem Fall aus. Stattdessen wird die Kinderschutzbehörde aufgefordert, von Amtes wegen aktiv zu werden. Erfüllt der Vater die Voraussetzungen für die elterliche Sorge, so ist ihm diese zu übertragen. Vorbehalten bleibt der Fall, dass zur Wahrung der Interessen des Kindes ein Vormund zu bestellen ist. Bei diesem Entscheid müssen auch die

³⁵ Anders noch das Bundesgericht in seinem nicht in der Amtlichen Sammlung veröffentlichten Urteil 5A_638/2010 vom 10. November 2010. Danach kann ein Elternteil die gemeinsame elterliche Sorge zwar nicht einfach aufkündigen. Er muss aber auch nicht den Nachweis erbringen, dass die Voraussetzungen für einen Entzug der elterlichen Sorge nach Artikel 311 ZGB gegeben sind (Erw. 2.1). Dieser Entscheid ist Ausdruck des geltenden Rechts, das die gemeinsame Sorge lediger Eltern nicht als Regelfall vorsieht, sondern von der Kooperationsbereitschaft der Eltern abhängig macht.

³⁶ Vgl. auch die Antwort des Bundesrates auf die Interpellation Stump (10.3300) «Kinderschutz bei häuslicher Gewalt».

Interessen der Mutter berücksichtigt werden. Es gilt mit anderen Worten zu verhindern, dass der Vater, dem die alleinige elterliche Sorge zusteht, Entscheide treffen kann, die die elterliche Sorge der Mutter, die möglicherweise kurz vor ihrer Volljährigkeit steht, vereiteln.

Art. 298c

Artikel 298c E-ZGB befasst sich mit der (erfolgreichen) Vaterschaftsklage³⁷. In diesem Fall entscheidet das Gericht auch über die elterliche Sorge. Der Massstab für die Verweigerung der gemeinsamen elterlichen Sorge entspricht dabei jenem, der auch für die Kindesschutzbehörde gilt, die einen Entscheid nach Artikel 298b Absatz 2 E-ZGB zu treffen hat.

Art. 301 Abs. 1^{bis}

Gemeinsame elterliche Sorge bedeutet, dass die Eltern alles, was das Kind betrifft, im Prinzip gemeinsam regeln. Kein Elternteil hat dabei einen irgendwie gearteten Vorrang oder Stichentscheid. Auch erfolgt keine behördliche oder gerichtliche Intervention, wenn sich die Eltern nicht einigen können, es sei denn, der Konflikt der Eltern bedeute gleichzeitig eine Gefährdung des Kindeswohls (Art. 307 ff. ZGB).

In der Vernehmlassung hat sich gezeigt, dass das geschilderte Regime dann auf grosse Bedenken stösst, wenn die Eltern getrennt leben und sich faktisch nur ein Elternteil um die Betreuung und Erziehung des Kindes kümmert. Es wird befürchtet, dass in diesem Fall die gemeinsame elterliche Sorge zu Obstruktionszwecken missbraucht wird. Der neue Absatz 1^{bis} will dem vorbeugen. Nach Ziffer 1 kann der Elternteil, der das Kind betreut, allein entscheiden, wenn es um Angelegenheiten geht, die alltäglich oder dringlich sind. Der Entwurf verzichtet bewusst auf zusätzliche Differenzierungen, wie sie in der Lehre zum Teil gefordert worden sind³⁸. Damit bleibt es – wie bei den Befugnissen der Pflegeeltern (Art. 300 ZGB) – der Praxis überlassen, jene Bereiche zu definieren, die alltäglichen Charakter haben. Zu denken ist dabei an Fragen der Ernährung, der Bekleidung und der Freizeitgestaltung. Nicht alltäglichen oder dringlichen Charakter haben hingegen Entscheide, die den Wechsel der Schule oder der Konfession zur Folge haben. Solche Entscheide müssen die Eltern gemeinsam treffen, soll die gemeinsame elterliche Sorge nicht

³⁷ Die Herstellung des Kindesverhältnisses durch Klage steht heute ganz im Schatten der Anerkennung. Von den 2008 insgesamt 13 314 ausserehelichen Kindesverhältnissen zum Vater gingen nur 194 (1,46 %) auf ein Gerichtsurteil zurück (Datenquelle: Bundesamt für Statistik, 2008).

³⁸ L. Cantieni (vgl. Ziff. 1.4.1.2) befürwortet in seiner Dissertation ein System, das weitere Abstufungen der Entscheidungsbefugnisse vorsieht. Danach treten neben Entscheide, die ein Elternteil allein fällen darf, und solchen, die gemeinsam gefällt werden müssen, Angelegenheiten von einer gewissen Tragweite. Hier darf der hauptbetreuende Elternteil allein entscheiden, wobei dem andern Elternteil das Recht zusteht, das Gericht anzurufen, wenn er mit dem Entscheid des hauptbetreuenden Elternteils nicht einverstanden ist. Darunter sollen abschliessend Entscheide in den folgenden sechs Bereichen fallen: Schul- und Berufswahl des Kindes, Wechsel des Wohnsitzes (im Inland), Unterbringung bei Dritten, Ausübung gefährlicher Sportarten, der Ein- oder Austritt aus einer Religionsgemeinschaft sowie wichtige rechtliche Vorkehrungen betreffend das Kind (S. 280 ff.).

ihres Inhalts und Sinns beraubt werden³⁹. Eine eigenständige Regelung ist für den Wechsel des Aufenthaltsorts vorgesehen (Art. 301a E-ZGB).

Bei der Beurteilung dessen, was alltägliche und dringliche Angelegenheiten sind, gilt ein objektiver Massstab. Es spielt deshalb keine Rolle, was ein Elternteil subjektiv für wichtig erachtet. So hat es ein Elternteil, obwohl selber Vegetarier, hinzunehmen, dass das Kind beim anderen Elternteil Fleisch isst. Vorbehalten bleibt der Fall des Rechtsmissbrauchs (Art. 2 Abs. 2 ZGB).

Nach Ziffer 2 darf ein Elternteil auch dann allein entscheiden, wenn es ihm mit vernünftigem Aufwand nicht möglich ist, den andern Elternteil zu erreichen. Dies ist beispielsweise dann der Fall, wenn der betreffende Elternteil verreist ist, ohne eine Adresse oder Telefonnummer hinterlassen zu haben.

Zu beachten ist, dass Absatz 1^{bis} bloss die Situation im Innenverhältnis beschreibt. Gegenüber Dritten gilt Artikel 304 ZGB, der keine Änderung erfährt. Danach haben die Eltern die gesetzliche Vertretung des Kindes im Umfang der ihnen zustehenden elterlichen Sorge. Sind beide Eltern Inhaber der elterlichen Sorge, so dürfen gutgläubige Dritte davon ausgehen, dass jeder Elternteil im Einvernehmen mit dem andern handelt.

Art. 301a

Der neue Artikel 301a klärt das Verhältnis zwischen elterlicher Sorge und dem Recht zur Bestimmung des Aufenthaltsortes. In der Optik des Entwurfs ist dieses Recht zwingend Teil der elterlichen Sorge. Eltern mit gemeinsamer elterlicher Sorge entscheiden damit auch gemeinsam darüber, wo und zusammen mit welchem Elternteil das Kind lebt (Abs. 1). Mögliche Ausnahmen ergeben sich aus den Artikeln 298 Absatz 2 und 298b Absatz 3 E-ZGB. Anders als heute⁴⁰ ist es dem Eheschutzgericht damit verwehrt, den Eltern die gemeinsame elterliche Sorge zu belassen und gleichzeitig das Recht, über den künftigen Aufenthaltsort des Kindes zu befinden, einem Elternteil allein zu überlassen.

Absatz 2 regelt, wie zu verfahren ist, wenn ein Elternteil allein oder zusammen mit dem Kind zügeln will. Ein solcher Entscheid ist grundsätzlich im Konsens zu treffen. Vorbehalten bleibt der Fall, dass der Wechsel des Aufenthaltsorts keine erheblichen Auswirkungen auf die Wahrnehmung der elterlichen Sorge durch den andern Elternteil hat. Davon ist beispielsweise auszugehen, wenn die Eltern nicht in der gleichen Gemeinde leben und sich wegen des Zügelns der Reiseweg nur geringfügig verlängert oder sogar kürzer wird.

Bewusst spricht Absatz 2 beide Elternteile an. Absprachen in Bezug auf den Aufenthaltsort sind damit nicht nur dann nötig, wenn der Elternteil zügeln will, der das Kind hauptsächlich betreut. Auch der andere Elternteil darf nur dann ohne Absprache seinen Aufenthaltsort verändern, wenn dies keine erheblichen Auswirkungen auf

³⁹ In diesem Sinn bereits BGE 136 III 353, Erw. 3.2: «Dabei ist zu denken – stets im Sinn von Grundsatzentscheidungen – an die Namensgebung (vgl. Art. 301 Abs. 4 ZGB), an die allgemeine und berufliche Ausbildung (vgl. Art. 302 ZGB), an die Wahl der religiösen Erziehung (vgl. Art. 303 ZGB), an medizinische Eingriffe und andere einschneidende bzw. das Leben des Kindes prägende Weichenstellungen wie beispielsweise die Ausübung von Hochleistungssport.»

⁴⁰ Vgl. BGE 136 III 353, Erw. 3.2.

die Wahrnehmung der elterlichen Sorge hat. Auch in diesen Fällen gilt es zu verhindern, dass das Kind und der andere Elternteil vor ein *fait accompli* gestellt werden.

Können sich die Eltern nicht einigen, wo sie und das Kind leben, so liegt es am Gericht bzw. an der Kindesschutzbehörde zu entscheiden. Der Entscheid hat sich dabei vorrangig am Wohl des Kindes zu orientieren. In diesem Sinn kann einem Elternteil der Wegzug erlaubt werden, allenfalls unter Neuregelung der Betreuung und des persönlichen Verkehrs⁴¹. Denkbar ist aber auch, dass das Gericht einen Wegzug verbietet oder für diesen Fall eine Um- bzw. Fremdplatzierung des Kindes anordnet. Selbstverständlich ist das Kind auch in diesen Fällen vorgängig anzuhören (vgl. Ziff. 1.5.3).

Speziell geregelt ist der Fall, dass ein Elternteil seinen Aufenthaltsort ins Ausland verlegen will. Anders als bei einem Wohnsitzwechsel innerhalb der Schweiz setzt ein Wegzug ins Ausland immer, d.h. auch wenn der Vorgang keine erheblichen Auswirkungen auf die Wahrnehmung der elterlichen Sorge hat, das Einverständnis des andern Elternteils voraus. Daher steht die Erkenntnis, dass ein Wegzug ins Ausland regelmässig zur Begründung einer ausländischen Jurisdiktion führt. Entsprechend schwieriger gestaltet sich in diesen Fällen die spätere Durchsetzung einer in der Schweiz getroffenen Regelung der elterlichen Sorge.

Verlegt der Elternteil den Wohnsitz des Kindes eigenmächtig in einen Vertragsstaat des Haager Kindesentführungsübereinkommens⁴² oder des Europäischen Sorgerechtsübereinkommens⁴³, so kann der andere Elternteil ein Rückführungsverfahren wegen internationaler Kindesentführung einleiten⁴⁴. Im Übrigen findet Artikel 220 StGB Anwendung (vgl. Ziff. 1.5.5.1).

Art. 309

In Ziffer 1.5.4 ist begründet worden, weshalb Artikel 309 ZGB aufzuheben ist. Das Kind einer nicht verheirateten Mutter soll nur dann einen Beistand erhalten, wenn ein solcher zu seinem Schutz nötig ist. Dafür aber genügen die Bestimmungen über den Kindesschutz (Art. 307 ff. ZGB); Artikel 309 ZGB erübrigt sich.

Nichts ändert die Aufhebung von Artikel 309 ZGB am sowohl im Verfassungsrecht (Art. 119 Abs. 2 Bst. g BV) wie im Völkerrecht (Art. 8 EMRK⁴⁵) verankerten Anspruch des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung. Dieser Anspruch allein genügt aber nicht, dem Kind einer nicht verheirateten Mutter in jedem Fall einen

⁴¹ In diesem Sinn BGE **136** III 353, Erw. 3.3: «... es würde nicht angehen, demjenigen Elternteil, der die ganzen Erziehungslasten trägt, selbst für den Normalfall eine faktische Residenzpflicht in der Nähe des bloss besuchsberechtigten Elternteils aufzuerlegen und ihm damit gegebenenfalls auch einen Umzug innerhalb der Schweiz zu verwehren (in diesem Sinn bereits BGE **101** II 200). Vielmehr ist der grösseren Distanz mit einer angepassten Regelung des persönlichen Umgangs Rechnung zu tragen, indem etwa weniger, aber (soweit möglich, namentlich bei eingeschulten Kindern) längere Wochenenden oder als Kompensation für die selteneren Besuchswochenenden ein ausgedehntes Ferienrecht gewährt wird (vgl. BGE **95** II 385 E. 3 S. 388).»

⁴² Übereinkommen vom 25. Oktober 1980 über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung (SR **0.211.230.02**).

⁴³ Europäisches Übereinkommen vom 20. Mai 2010 über die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen über das Sorgerecht für Kinder und die Wiederherstellung des Sorgerechts (SR **0.211.230.01**).

⁴⁴ <http://www.bj.admin.ch>, Stichwort: Internationale Kindesentführungen.

⁴⁵ Urteil des EGMR vom 13. Juli 2006 – Jäggi gegen die Schweiz.

Beistand zu bestellen. Dies gilt umso mehr, als mittels DNA-Analyse eine einwandfreie Abklärung der Vaterschaft auch noch lange nach der Geburt möglich ist.

Nichts ändert die Aufhebung von Artikel 309 ZGB auch am Regime, das gilt, wenn die nicht verheiratete Mutter noch nicht volljährig ist. Ihr steht keine elterliche Sorge zu (Art. 296 Abs. 3 E-ZGB), und es liegt an der Kindesschutzbehörde, darüber zu entscheiden, ob die elterliche Sorge dem Vater übertragen oder dem Kind ein Vormund bestellt wird (Art. 298b Abs. 4 E-ZGB). Damit die Kindesschutzbehörde diese Aufgabe erfüllen kann, ist es nötig, dass das Zivilstandsamt ihr meldet, dass eine noch nicht volljährige Mutter ein Kind zur Welt gebracht hat. In den übrigen Fällen ist hingegen keine Meldung mehr nötig⁴⁶. So ist namentlich nicht zu melden, dass sich die Eltern – zumindest bisher – nicht auf die gemeinsame elterliche Sorge verständigen konnten. Diese Lösung durchzusetzen, bleibt der Initiative des Vaters oder der Mutter überlassen (Art. 298b Abs. 1 E-ZGB).

Art. 311 Abs. 1 Ziff. 1

Es ist unbestritten, dass Gewalt, insbesondere wenn sie im häuslichen Umfeld ausgeübt wird, die Befähigung der Eltern zur Ausübung der elterlichen Sorge in Frage stellt. Gewalttätigkeit soll deshalb neu explizit als Grund aufgeführt werden, der die Kindesschutzbehörde ermächtigt bzw. verpflichtet, dem gewalttätigen Elternteil die elterliche Sorge zu entziehen. Dabei spielt es keine Rolle, ob das Kind direkt Opfer häuslicher Gewalt wird oder ob es davon nur indirekt betroffen ist, weil sich die häusliche Gewalt gegen den andern Elternteil richtet.

Art. 12 Abs. 4 und 5 Schlusstitel

Die elterliche Sorge ist Teil der Wirkungen des Kindesverhältnisses. Sie untersteht damit grundsätzlich neuem Recht (Art. 12 Abs. 1 SchlT ZGB). Absatz 4 konkretisiert, was dies für die Kinder bedeutet, die im Zeitpunkt des Inkrafttretens dieser Revision des Zivilgesetzbuches nur der elterlichen Sorge eines Elternteils unterstehen. Danach haben die Eltern beziehungsweise hat ein Elternteil die Möglichkeit, sich an die Kindesschutzbehörde am Wohnsitz des Kindes zu wenden, damit sich diese zur Frage der gemeinsamen elterlichen Sorge äussert. Bewusst wird dieses Recht, sich an die Kindesschutzbehörde zu wenden, nicht nur dem Elternteil eingeräumt, der die elterliche Sorge bei einer Scheidung verloren hat, sondern auch dem Vater, der sie bisher nicht erlangt hat, weil er nicht mit der Kindesmutter verheiratet ist. Die Kindesschutzbehörde entscheidet in der Folge so, wie wenn sich die Eltern erst nach Inkrafttreten des neuen Rechts scheiden liessen beziehungsweise das Kind erst nach diesem Zeitpunkt auf die Welt käme. Entsprechend ist ein Entscheid in sinngemässer Anwendung der Artikel 298a und 298b zu fällen⁴⁷. Von sinngemässer Anwendung dieser beiden Bestimmungen ist deshalb die Rede, weil zu beachten ist, dass sich seit der Geburt beziehungsweise der Scheidung viel geändert haben kann.

⁴⁶ Heute verlangt Artikel 50 Absatz 1 Buchstabe a der Zivilstandsverordnung vom 28. April 2004 (SR **211.112.2**), dass der Vormundschaftsbehörde sämtliche Geburten nicht miteinander verheirateter Eltern gemeldet werden.

⁴⁷ Bereits in seiner Botschaft vom 15. November 1995 über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Personenstand, Eheschliessung, Scheidung, Kindesrecht, Verwandtenunterstützungspflicht, Heimstätten, Vormundschaft und Ehevermittlung) zählt der Bundesrat das neue Recht zu den Umständen, die es erlaubten, einen Sorgerechtsentscheid unter dem Gesichtspunkt veränderter Verhältnisse zu revidieren (BBl **1996 I** 170).

Eine Regelung der elterlichen Sorge, die dem Wohl des Kindes verpflichtet ist, muss dieser Tatsache Rechnung tragen.

Im Übrigen beschränkt Absatz 5 die Rückwirkung im Fall einer Scheidung. Auf eine Regelung der elterlichen Sorge, die im Rahmen einer Scheidung getroffen worden ist, soll man nur dann zurückkommen können, wenn die Scheidung im Zeitpunkt des Inkrafttretens des neuen Rechts weniger als fünf Jahre zurückliegt. Damit wird verhindert, dass Regelungen der elterlichen Sorge in Frage gestellt werden, die sich über Jahre hinweg bewährt haben. Der Entwurf schützt so gleichzeitig das Vertrauen der Eltern in die Rechtskraft eines vor Jahren ergangenen Scheidungsurteils.

2.2 Bundesgerichtsgesetz

Art. 100 Abs. 2 Bst. c

Letztinstanzliche kantonale Entscheide in Zivilsachen unterliegen nach Artikel 100 Absatz 1 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005⁴⁸ (BGG) innert 30 Tagen nach der Eröffnung der vollständigen Ausfertigung der zivilrechtlichen Beschwerde an das Bundesgericht. Für Beschwerden gegen Entscheide in besonderen Rechtsgebieten gilt nach Artikel 100 Absatz 2 BGG eine Frist von zehn Tagen.

Zu diesen besonderen Rechtsgebieten zählt Artikel 100 Absatz 2 Buchstabe c BGG auch Entscheide «über die Rückgabe eines Kindes nach dem Übereinkommen vom 25. Oktober 1980⁴⁹ über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung». Diese Bestimmung übersieht, dass sich Rückführungsentscheide bei internationaler Kindesentführung auch auf das Europäische Übereinkommen vom 20. Mai 1980⁵⁰ über die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen über das Sorgerecht für Kinder und die Wiederherstellung des Sorgerechts stützen können. Rückführungsentscheide nach beiden Übereinkommen sind verfahrensrechtlich gleich zu behandeln. Dies hat der Gesetzgeber auch in Artikel 302 Absatz 1 Buchstabe a ZPO anerkannt. Deshalb ist Artikel 100 Absatz 2 Buchstabe c BGG in diesem Sinne zu ergänzen.

2.3 Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht

Art. 63 Abs. 1

Artikel 63 Absatz 1 des Bundesgesetzes vom 18. Dezember 1987⁵¹ über das Internationale Privatrecht (IPRG) befasst sich mit der Zuständigkeit der schweizerischen Gerichte für die Regelung der Nebenfolgen von Scheidungen. Andere Zuständigkeitsnormen des gesetzlichen Unterkapitels über Scheidungen, die Artikel 62 und 64 IPRG, enthalten einen Vorbehalt zugunsten von Artikel 85 IPRG, welcher u.a. die gerichtliche Zuweisung des Sorgerechts regelt. Dasselbe gilt für Artikel 63 Absatz 2

⁴⁸ SR 173.110

⁴⁹ SR 0.211.230.02

⁵⁰ SR 0.211.230.01

⁵¹ SR 291

IPRG, der das auf die Nebenfolgen anwendbare Recht festlegt. Der Text von Artikel 63 Absatz 1 enthält demgegenüber keinen derartigen Vorbehalt.

Welche Schlüsse aus diesem Umstand zu ziehen sind, ist im Schrifttum umstritten. Selbst die bundesgerichtliche Rechtsprechung ist in dieser Frage nicht einheitlich. In einer Entscheidung aus dem Jahr 1992⁵² ist das Gericht davon ausgegangen, dass der Vorbehalt zugunsten von Artikel 85 IPRG überall gilt. In einem späteren – nicht in die offizielle Sammlung aufgenommenen – Urteil hat es dann jedoch die Weglassung in Artikel 63 Absatz 1 als bewussten Verzicht auf einen Vorbehalt interpretiert. Aus dieser Sachlage ergibt sich die Notwendigkeit einer Klarstellung in Artikel 63 Absatz 1.

Artikel 85 IPRG verweist seit dem 1. Juli 2009 auf das Haager Übereinkommen vom 19. Oktober 1996⁵³ über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung, Vollstreckung und Zusammenarbeit auf dem Gebiet der elterlichen Verantwortung und der Massnahmen zum Schutz von Kindern (HKsÜ). Die bis dahin gültige Fassung verwies auf das Vorgängerübereinkommen, das Übereinkommen vom 5. Oktober 1961⁵⁴ über die Zuständigkeit der Behörden und das anzuwendende Recht auf dem Gebiet des Schutzes von Minderjährigen (MSA). Zu diesem Übereinkommen hatte die Schweiz einen Vorbehalt angebracht, welcher 1993 zurückgezogen wurde⁵⁵. Aus der damaligen Botschaft ergibt sich, dass dem vom Übereinkommen vorgesehenen Zuständigkeitsregime gegenüber Artikel 63 Absatz 1 umfassend Vorrang zukommen sollte, u.a. weil das Gericht am gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes in der Regel besser in der Lage sei, über das Sorgerecht zu befinden, als das mit der Scheidung befasste Gericht⁵⁶.

Konsequenterweise soll nun auch in Artikel 63 Absatz 1 ein Vorbehalt zugunsten von Artikel 85 eingefügt werden, um klarzustellen, dass das vom HKsÜ vorgesehene Zuständigkeitsregime – welches ebenfalls primär auf den gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes abstellt – sowie die ergänzenden Bestimmungen in Artikel 85 IPRG dem Regime von Artikel 63 Absatz 1 vorgehen.

Art. 85 Abs. 4

Der französische und der italienische Text dieser Bestimmungen haben Verwirrung gestiftet. Sie werden daher mit dem deutschen Text in Übereinstimmung gebracht, welcher den beabsichtigten Inhalt der Bestimmung korrekt wiedergibt. Im italienischen Text ist nur eine geringfügige Änderung erforderlich.

52 BGE 118 II 184 ff.

53 SR 0.211.231.011

54 SR 0.211.231.01

55 AS 1993 2434

56 BB1 1992 II 1182

3 Auswirkungen

3.1 Finanzielle und personelle Auswirkungen auf Bund und Kantone

Abgesehen von den in Ziffer 3.2 der Vorlage aufgeführten Kosten für die Anpassung bei der Informatik hat die Vorlage auf den Bund weder finanzielle noch personelle Auswirkungen.

Auf Seiten der Kantone führt die vorgeschlagene Revision teils zu einer Entlastung, teils zu einer Mehrbelastung der Behörden. Als Entlastung fällt in Betracht, dass künftig auf eine Konvention verzichtet wird, wenn sich nicht miteinander verheiratete Eltern in Bezug auf die elterliche Sorge einig sind. Damit entfällt die heutige Verpflichtung der Kindesschutzbehörde, diese Konvention und die gemeinsame elterliche Sorge auf ihre Vereinbarkeit mit dem Kindeswohl hin zu überprüfen (Art. 298a ZGB). Eine gewisse Entlastung bringt auch die Aufhebung von Artikel 309 ZGB mit der Folge, dass einem Kind nicht mehr zwingend ein Beistand zu bestellen ist, wenn eine nicht verheiratete Mutter ein Kind zur Welt bringt. Belastend könnte sich hingegen auswirken, dass in Zukunft die gemeinsame elterliche Sorge nicht mehr zwingend am Veto der nicht mit dem Kindesvater verheirateten Mutter scheitert, sondern von der Kindesschutzbehörde beurteilt werden muss (Art. 298b Abs. 2 E-ZGB). Eine Quantifizierung entlastender und belastender Effekte der Revision ist nicht möglich.

3.2 Auswirkungen auf die Informatik

Die Erklärung nicht miteinander verheirateter Eltern, dass sie mit der gemeinsamen elterlichen Sorge einverstanden sind, kann gegenüber der Zivilstandsbeamtin oder dem Zivilstandsbeamten abgegeben werden, sofern sie gleichzeitig mit der Kindes- anerkennung durch den Vater erfolgt (Art. 298a Abs. 2 E-ZGB). Dadurch werden Anpassungen beim elektronisch geführten Personenstandsregister nötig. Die (einmaligen) Kosten dafür belaufen sich auf schätzungsweise 200 000 Franken. Die laufenden Kosten werden zur Hauptsache über Gebühren finanziert.

3.3 Wirtschaftliche Auswirkungen

Die Vorlage hat grundsätzlich keine Auswirkungen auf die Wirtschaft.

3.4 Notwendigkeit staatlichen Handelns

Der Schutz des Kindes und die Gleichstellung der Geschlechter sind Forderungen von höchster politischer und rechtlicher Priorität (Art. 8 und 11 BV). Bleibt der Gesetzgeber untätig, so ist mit der Verurteilung der Schweiz durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte wegen Verletzung von Artikel 8 EMRK in Verbindung mit Artikel 14 EMRK zu rechnen (vgl. Ziff. 1.6.2.1).

4 Verhältnis zur Legislaturplanung

Die Vorlage ist in der Botschaft vom 23. Januar 2008⁵⁷ über die Legislaturplanung 2007–2011 angekündigt.

5 Rechtliche Aspekte

5.1 Verfassungs- und Gesetzmässigkeit

Die vorgeschlagene Revision stützt sich auf Artikel 122 BV. Danach liegt die Zuständigkeit für das Zivilrecht beim Bund. Was die inhaltliche Ausgestaltung der Vorlage betrifft, berücksichtigt sie Artikel 11 BV. Danach haben Kinder und Jugendliche Anspruch auf besonderen Schutz ihrer Unversehrtheit und auf Förderung ihrer Entwicklung. Ferner wird Artikel 8 BV umgesetzt, wonach Mann und Frau gleichberechtigt sind.

5.2 Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen

Der Entwurf enthält keine Delegation zusätzlicher Rechtsetzungsbefugnisse; im Bereich der Führung des Personenstandsregisters besteht sie bereits (Art. 48 ZGB). Soweit der Entwurf auf Ermessen und unbestimmte Rechtsbegriffe abstellt, liegt deren Konkretisierung in der bewährten Tradition des Zivilgesetzbuches bei den Gerichten.

⁵⁷ BBl 2008 824

