

Präsident Thomas Stadelmann, Bundesverwaltungsrichter, Bundesverwaltungsgericht, Postfach, 3000 Bern 14
Sekretariat Hans-Ulrich Gerber, Gerichtspräsident 4, Zivilabteilung, Amthaus, Hodlergasse 7, 3011 Bern
☎ 031 634 32 24, info@svr-asm.ch, www.svr-asm.ch

Frau
Bundesrätin
Dr. iur. Eveline Widmer-Schlumpf
Bundeshaus West
3003 Bern

Bern, 27. April 2009

Vorentwurf einer Teilrevision des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs (elterliche Sorge)
und des Strafgesetzbuchs (Art. 220); Vernehmlassung

Sehr geehrte Frau Bundesrätin

Mit Schreiben vom 28. Januar 2009 haben Sie unter anderem die Schweizerische Vereinigung der Richterinnen und Richter zur Vernehmlassung bis 30. April 2009 eingeladen. Wir danken Ihnen für diese Möglichkeit und machen davon gerne wie folgt Gebrauch:

Es ist letztlich eine *rechtspolitische Frage*, ob nach einer Ehescheidung und bei unverheirateten Eltern das gemeinsame Sorgerecht als Regel eingeführt werden soll. Deshalb verzichten wir insoweit auf eine konkrete Meinungsäusserung.

Immerhin wäre es unseres Erachtens eine Illusion, anzunehmen, dass sich mit der Gesetzesrevision alles klar zum Bessern wenden würde. Wenn sich die Eltern einigermaßen gut verstehen, ist *schon heute* die gemeinsame Sorge *möglich* und wird auch immer mehr beantragt; insoweit bedarf es grundsätzlich *keiner* Änderung. Umgekehrt sind auch bei der gemeinsamen Sorge als Regelfall häufige Streitigkeiten zu erwarten, die letztlich auf dem Buckel der Kinder ausgetragen werden und mit dem Kindeswohl unvereinbar sind¹. Verantwortungsbewusste Elternschaft lässt sich kaum allein mit der vorgeschlagenen Gesetzesrevision durchsetzen.

¹ Vgl. die Kritikpunkte in Ziff. 1.7 des Berichts zum Vorentwurf, S. 17 f.

Wird die gemeinsame Sorge als Regel eingeführt, ist im Übrigen zu befürchten, dass es übergangsrechtlich² zu zahlreichen Änderungsklagen und damit zu zusätzlichen Konflikten kommt. Für die Gerichte entsteht so Mehraufwand; die Parteien dürfen wohl nicht mit raschen Entscheiden rechnen.

Bei nicht verheirateten Eltern kann als Grund für die vorgeschlagene Änderung nicht unbesehen auf die Rechtsentwicklung in Europa verwiesen werden. Gemäss Rechtsvergleichung³ bestehen insoweit sehr unterschiedliche Regelungen. Gerade in den deutschsprachigen Nachbarländern ist die gemeinsame Sorge *nicht* die Regel. Es fragt sich daher, ob sich nicht auch die Schweiz in diesem Zusammenhang mit der deutschen Regelung begnügen sollte, die für die gemeinsame Sorge eine entsprechende Erklärung der unverheirateten Eltern verlangt; dies im Übrigen *unabhängig* davon, ob das Kindsverhältnis zum Vater durch Anerkennung oder durch Urteil entstanden ist. Die im Entwurf vorgeschlagene Differenzierung wirkt denn auch künstlich. Die Art der Entstehung des Kindesverhältnisses sagt über die Fähigkeit und den Willen, die Elternschaft verantwortungsbewusst auszuüben, nichts aus; sie ist nicht geeignet, gleichsam eine Vermutung für den Vorzug der gemeinsamen oder der alleinigen elterlichen Sorge zu begründen.

Die gemeinsame Sorge gemäss Art. 133 Abs. 1 E-ZGB soll laut Bericht⁴ generell auch das gemeinsame Obhutsrecht umfassen. Nach der Scheidung dürfte aber das Kind weiterhin meist nur bei einem Elternteil leben. Dafür wird im Bericht der Begriff "faktische Obhut" verwendet. Der Begriff "Obhut" soll mit dieser Bedeutung auch ins Gesetz aufgenommen werden⁵, was zu einer letztlich verwirrenden Vermischung mit dem Rechtsbegriff der Obhut führen könnte. Es fragt sich jedoch, ob nicht gegebenenfalls das Obhutsrecht eigenständig sollte zugewiesen werden können. Gerade in diesem Punkt sind *Konflikte vorprogrammiert*, wenn beispielsweise der Elternteil, bei welchem das Kind an sich einverständlich lebt, umziehen möchte.

Im Bericht wird zu Recht betont, dass eine einvernehmliche Regelung der Schlüssel für den praktischen Erfolg des gemeinsamen Sorgerechts sei⁶. Daher sollten in Art. 133 Abs. 2 E-ZGB grundsätzlich gemeinsame beziehungsweise übereinstimmende Anträge der Parteien vorausgesetzt werden. Laut Bericht soll dies allerdings keine Bedingung für die Weitergeltung des gemeinsamen Sorgerechts sein. Es ist aber *kaum vorstellbar*, wie die gemeinsame Sorge bei *streitigen* Anträgen über die Betreuungsanteile gehandhabt werden könnte.

² Bericht zum Vorentwurf, Ziff. 2.2., S. 30.

³ Bericht zum Vorentwurf, Ziff. 1.4.1., S. 9 ff.

⁴ Bericht zum Vorentwurf, Ziff. 2.1, S. 22.

⁵ Art. 298g E/ZGB; Bericht zum Vorentwurf, Ziff. 2.1, S. 29.

⁶ Bericht zum Vorentwurf, Ziff. 2.1, S. 22.

Wenn die Eltern sich einig sind und gemeinsame bzw. übereinstimmende Anträge zur Regelung der elterlichen Sorge stellen, sollte – wenn nicht ohnehin schon ein Gerichtsverfahren hängig ist⁷ – generell die *Kindesschutzbehörde* und nicht das Gericht zuständig sein. Das sollte insbesondere auch für den Antrag gemäss Art. 298b Abs. 1 E-ZGB gelten, der laut Bericht denn auch an die Kindesschutzbehörde zu richten sei⁸.

Laut Bericht hat Art. 309 ZGB in der bisherigen Form keine Berechtigung mehr⁹. Das kann unseres Erachtens jedoch *nicht generell* gesagt werden. Es sollte weiterhin die Möglichkeit bestehen, vor oder nach der Geburt des Kindes in dessen Interesse gegebenenfalls auch von Amts wegen eine Beistandschaft zu errichten.

Zu Art. 220 E/StGB: Es leuchtet ein, dass der Elternteil, der sich dem Besuchsrecht verweigert, gleich zu behandeln sei wie derjenige, welcher das Kind nach der Besuchszeit nicht zurückgibt.

Wir danken Ihnen für Ihre Aufmerksamkeit und verbleiben

mit freundlichen Grüssen

SCHWEIZERISCHE VEREINIGUNG DER RICHTERINNEN UND RICHTER



Thomas Stadelmann, Präsident



David Werner, Vizepräsident

⁷ Z.B. das Scheidungsverfahren bei Art. 133a Abs. 2 E-ZGB das Scheidungsverfahren.

⁸ Bericht zum Vorentwurf, Ziff. 2.1, S. 27. Vgl. auch die umfassende Zuständigkeit der Kindesschutzbehörde bei Änderung der Verhältnisse gemäss Art. 134b E-ZGB und Art. 298e Abs. 3 E-ZGB, je erster Satz.

⁹ Bericht zum Vorentwurf, Ziff. 2.1, S. 30.