



Eidgenössisches Justiz-
und Polizeidepartement
Bundesamt für Justiz
z.Hd. Frau Eliane Rossier
3003 BERN

E-mail : eliane.rossier@bj.admin.ch

St. Gallen, den 28. April 2009/ed

Betrifft : Stellungnahme zum Vorentwurf einer Teilrevision des schweizerischen
Zivilgesetzbuches (elterliche Sorge) und des Strafgesetzbuches (Art. 220)

Sehr geehrte Frau Rossier,

Sehr geehrte Damen und Herren,

Juristinnen Schweiz – Femmes Juristes Suisse- Giuriste Svizzrera- Giuristas Svizra-
Women Laywers Switzerland (nachfolgend: *Juristinnen Schweiz*) leisten der
Einladung von Frau Bundesrätin Widmer-Schlumpf an alle interessierten
Organisationen zur Teilnahme an o.g. Vernehmlassung Folge, obschon sie sich zu
ihrem Bedauern und Erstaunen nicht auf der offiziellen Verteilerliste Ihres
Departements befinden. Innert der bis Ende April 2009 laufenden
Vernehmlassungsfrist nehmen wir zur Revisionsvorlage aber dennoch gerne
Stellung.

Juristinnen Schweiz sind eine Vereinigung, welche das Ziel verfolgt,
frauenspezifische Sichtweisen in Forschung und Lehre, in der Ausbildung und im
Berufsleben, in der Rechtsetzung und in der Rechtsanwendung zu fördern. Es ist uns
deshalb ein Anliegen, Einfluss auf die Gesetzgebung zu nehmen und die Sichtweise
der Juristinnen als Fachfrauen einzubringen. Dies trifft vorliegend um so mehr zu, als
die Vorlage die grundlegende Neuregelung eines wesentlichen Teils des
Familienrechts vorsieht, die auch und vor allem Frauen betrifft.

I.- Grundsätzliche Ablehnung der Revisionsvorlage

Juristinnen Schweiz sprechen sich grundsätzlich sowohl gegen die Einführung der gemeinsamen elterlichen Sorge als gesetzlichen Regelfall, als auch die vorgeschlagene Änderung des Strafgesetzbuchs aus.

Unter dem Vorwand förmlicher Gleichstellung zwischen Vätern und Müttern und unter dem Deckmantel des Kindeswohls führt der Vorentwurf tiefgreifende Neuregelungen ein, die in Wirklichkeit nicht nur kinder- und familien-, sondern auch frauenfeindlich sind.

Aufgabe des Rechts ist es Lebensverhältnisse zu ordnen. Der Vorentwurf zielt darauf ab, der Gesellschaft ein realitätsfremdes Regelmodell aufzuzwingen, welches nachweislich weder den Interessen der Kinder noch der Mütter gerecht wird und durch einseitige Fokalisierung auf Vaterinteressen den sozialen Frieden in Gefahr bringt.

II.- Im Einzelnen

1.- Rechtfertigung der gemeinsamen elterlichen Sorge als Regelfall

In Abweichung zur aktuellen Gesetzeslösung sieht der, in die Vernehmlassung geschickte, Vorentwurf vom Januar 2009 die Aufrechterhaltung der gemeinsamen elterlichen Sorgen nach Scheidung und die Einführung der gemeinschaftlichen elterlichen Sorge von Vater und Mutter als Regelfall, auch für unverheiratete Eltern, vor.

Als Gründe für die Einführung der gemeinsamen elterlichen Sorge als Regelfall werden die Gleichbehandlung von Vätern und Müttern, die Mentalitätsentwicklung in Europa und der Schweiz und das Kindeswohl ins Feld geführt (**Bericht, Ziffer 1.2.2, S. 5-7; 1.6, S.15**), ohne dass jedoch eine Auseinandersetzung mit den Vor- und Nachteilen der aktuell bereits möglichen Übernahme und Fortführung der gemeinsamen elterlichen Sorge stattfindet.

Eine eingehende Betrachtung der angeführten Gründe und Belege für die Änderung des gesetzlichen Regelfalls rückt die Oberflächlichkeit, die Widersprüchlichkeit und den einseitigen Umgang des Berichts zum Vorentwurf mit zitierten empirischen Untersuchungsergebnissen und statistischem Material ans Licht und kann im Ergebnis nicht überzeugen.

a) Mentalitätsentwicklung und Kindeswohl

Unter dem Deckmantel des Kindeswohls und der formellen Gleichstellung von Vätern und Müttern postuliert der Gesetzesvorschlag einen Regelfall, der weder der Vielfalt der bestehenden Lebenssituationen noch der Wirklichkeit der Kinderbetreuung

gerecht wird.

In der Rechtswirklichkeit sieht es heute immer noch so aus, dass trotz der im Jahr 2000 bereits eingeführten gemeinschaftlichen elterlichen Sorge in der Schweiz, die Kinderbetreuung nach wie vor mehrheitlich in Händen der Mütter liegt (*vgl. Nachweise bei Linus Cantieni, Gemeinsame elterliche Sorge nach Scheidung, Eine empirische Untersuchung, FamPra.ch Bd.7, Bern 2007, S. 174 ff; nachfolgend: Cantieni*). Hinzu kommt, dass bei einem ca. 25%-Anteil von Scheidungen mit Fortführung eines gemeinsamen Sorgerechts, tatsächlich nur in 19.6% dieser Fälle, Väter eine eigentliche gemeinsame Sorge i.S. einer Wahrnehmung von Sorge- und Betreuungspflichten übernehmen (*Cantieni, op.cit. S. 176*).

Juristinnen Schweiz bedauern, dass in den Vorentwurf insbesondere auch die Analysen und Vorschläge der schweizerischen Konferenz der Gleichstellungsbeauftragten vom 11. März 2008 und das Positionspapier des Kinderschutzes Schweiz vom 5. Juli 2006 nicht eingeflossen sind.

Der Bericht stützt das vorgeschlagene Modell hauptsächlich auf die 2002 in Deutschland durchgeführte Untersuchung von Prof. Dr. Roland Proksch zur Reform des deutschen Kindschaftsrechts (*Bericht, S. 15 f. Ziff. 1.6*) mit der Behauptung, dass die Aufrechterhaltung der gemeinsamen elterlichen Sorge die Aufrechterhaltung der gemeinsamen elterlichen Verantwortung fördere, die Eltern gleichstelle und die negativen Auswirkung der Scheidung auf das Kind reduziere.

Hierbei handelt es sich jedoch realiter um eine reine Wunschvorstellung. Die zitierte Untersuchung ist nicht nur umstritten (*vgl. Cantieni, op.cit., S. 44, insb. Nachw. Fn. 171, 172*), sondern steht im Widerspruch zu anderen empirischen Untersuchungen, mit dem Fazit, dass die gemeinsame elterliche Sorge entgegen der darin gesetzten Hoffnungen, einen nachzuweisenden positiven Effekt weder auf den Elternteil ausübt, der keine Betreuungspflicht ausübt, noch auf das Kind.

Entscheidend ist vielmehr das Konfliktverhalten der Eltern. Einvernehmen ist nicht erzwingbar.

Die gesunde Entwicklung des Kindes scheint erwiesenermassen weniger vom Sorgerechtsmodell als vielmehr davon abzuhängen, ob Bezugspersonen vorhanden sind, welche dem Kind die nötige Liebe und Geborgenheit bieten und es zugleich vor allfälligen Konflikten schützen (*vgl. hierzu Cantieni, op. cit., S. 54 ff. mw. Nachw.; vgl. ebenso Alexandra Rumo-Jungo, Gemeinsame elterliche Sorge unverheirateter und geschiedener Eltern : Zur Gleichbehandlung der Eltern oder zum Wohl des Kindes?, in : ZVW 1/2008, S. 1 ff. (4f)*).

Obwohl der Bericht selbst (*S.16, Ziffer 1.7*) zu Recht festhält, dass kein Sorgerechtsmodell als konfliktträchtiger als ein anderes angesehen werden kann, postuliert er an anderer Stelle das Gegenteil, um den Regelfall der gemeinsamen elterlichen Sorge zu rechtfertigen (*S.16. Ziff. 1.6*).

Auch mit dem Blick auf die Rechtsentwicklung im Ausland allein, kann der Vorentwurf die Entscheidung für die Umkehr des Regelfalles nicht rechtfertigen. Der Vorentwurf verschweigt, dass z.B. in Deutschland der Regelfall der elterlichen Sorge die partnerschaftliche Verpflichtung zur Personensorge in den Vordergrund stellt (§ 1626 BGB). Eltern sind zum Umgang mit dem Kind berechtigt und verpflichtet. Der Umgang kann notfalls mit Zwangsgeld durchgesetzt werden. Die gerichtliche Praxis tendiert aber wohl weiter dazu, den Umgang des Vaters bei der Mutter, den des Kindes beim Vater aber nur in Ausnahmefällen durchzusetzen (*Frauensicht, Mai 2008 Nr.2/08 S.23*). Auch hat sich wohl der Schwerpunkt des Elternkonflikts von der elterlichen Sorge auf die Obhut verlagert oder die Frage "Was ist Angelegenheit des täglichen Lebens?" (vgl. anschaulich Peter Breitschmid, Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 133 N. 17 und den zitierten Entscheid OLG Köln, FamRZ 1999, 249 f.). In Frankreich ist die Rechtsentwicklung inzwischen schon soweit, dass Stiefeltern bzw. Lebenspartner in Patchworkfamilien an der elterlichen Sorge beteiligt werden sollen und ein Elternteil auch ohne sein Einverständnis zur gemeinsamen elterlichen Sorge verpflichtet werden kann (*vgl. hierzu auch die Länderübersicht bei Ingeborg Schwenger, Basler Kommentar, ZGB I, Art. 297 N.18*).

b) Gleichstellung von Vätern und Müttern

Für *Juristinnen Schweiz* beruhen Postulat und Ergebnis des Vorentwurfs auf einem missverstandenen Sorgerechtsbegriff. Das Missverständnis rührt von der Ungenauigkeit des Begriffs der elterlichen Sorge her, der 2000 den überholten Begriff der elterlichen Gewalt abgelöst hat.

Im Unterschied zum französischen und italienischen Rechtsbegriff der *autorité parentale/ autorità dei genitori* ist der deutschsprachige Gesetzesbegriff der „elterlichen Sorge“ insoweit ungenau, als ihm der Aspekt der „Autorität“ d.h. der elterlichen Entscheidungsbefugnis fehlt.

Nach **Art. 296 ff ZGB** umfasst die elterliche Sorge die Gesamtheit der elterlichen Verantwortlichkeiten und Befugnisse im Bezug auf das Kind, d.h. Erziehung, gesetzliche Vertretung (**Art. 301 - 306**) sowie die Verwaltung des Vermögens.

Die elterliche Sorge umfasst auch das Recht über den Aufenthalt des Kindes zu bestimmen (Obhutsrecht). Das Obhutsrecht beinhaltet auch das Recht über den persönlichen und sonstigen Verkehr des Kindes zu bestimmen (vgl. **Ingeborg Schwenger, Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Aufl.: Basel 2002, Art. 302 N. 16**).

Das Bestimmungsrecht eines Elternteils entfällt insoweit, als Obhut oder elterliche Sorge (bei Scheidung) einem Elternteil zugesprochen wurde.

Nach geltendem Recht ist die elterliche Sorge unteilbar (**Schwenger, a.a.O., Art. 296**

N. 4 mit m.w. Nachw.), d.h. Unteilbarkeit von Obhut, Personensorge und Bestimmungsrecht.

Anders formuliert: kein Bestimmungsrecht ohne tatsächliche Personensorge bzw. Lebensgemeinschaft mit dem Kind.

Dies gilt analog auch für unverheiratete Eltern, wenn der uneheliche Vater die elterliche Sorge auch nicht von Gesetzes wegen erhält, sondern nur über Heirat oder Vereinbarung (**Art. 259 Abs. 1, Art. 298a ZGB**).

Der Bericht geht daher von falschen Voraussetzungen aus, wenn er behauptet, die Zuteilung der elterlichen Sorge an einen Elternteil allein (S.15, Ziffer 1.6) beraube den anderen Elternteil ohne Grund seiner elterlichen Sorge, während die gemeinsame elterliche Sorge beide Eltern auf gleichen Fuss stelle und die Rolle beider Eltern und ihre gemeinsame Verantwortung für die Erziehung des Kindes anerkenne. Im Gegensatz zum Verständnis des Vorentwurfs beschränkt sich die elterliche Sorge nicht auf ein Entscheidungsrecht, sondern umfasst auch die faktische Personen- und Vermögenssorge.

Der Vorentwurf hält zwar vordergründig am Grundsatz der Unteilbarkeit des Sorgerechts fest (Bericht, S.21 Ziff 2.1) knüpft jedoch an einer rein formellen Rechtsstellung an, indem er die tatsächliche Obhut über Art. 298g VE-ZGB ausscheidet und so den Elternteil, der die tatsächliche Obhut innehat, von Alltagsfragen abgesehen, für alle Erziehungsfragen dem Diktat des anderen Elternteils unterstellt, obwohl keine Lebensgemeinschaft und keine Beteiligung am Alltag des Kindes stattfindet.

Dies bedeutet konkret: Bestimmungsrecht ohne Verantwortung, Obhut und Personensorge.

Der Vorentwurf spaltet damit das Sorgerecht in ein umfassendes formelles Mitbestimmungsrecht und die faktische Alltagsbetreuung des Kindes. Der Elternteil, der die tatsächliche Personensorge innehat, hängt damit von der Entscheidungsbefugnis des anderen Elternteiles nicht nur in Erziehungsfragen sondern auch in seiner persönlichen Lebensgestaltung ab.

So wird das Kind zum Kontrollinstrument des Elternteils gemacht, der obhutsberechtigt bzw. -verpflichtet ist.

Der Vorentwurf schafft damit nicht nur konflikträchtige Situationen und gefährdet das Kindeswohl, sondern greift in unzulässiger Weise in das Persönlichkeitsrecht des obhutsverpflichteten Elternteils, d.h. in der Regel der Mutter ein.

Damit bietet der Vorentwurf für die Mehrzahl der heute noch vorherrschenden Lebenssituationen keine Gleichberechtigung zwischen Vätern und Müttern, sondern degradiert die Hauptbezugsperson des Kindes zur Marionette des

Besuchsberechtigten. Damit wird weder ein partnerschaftliches Elternbild vermittelt noch das Kindeswohl gefördert.

Über den Vorentwurf wird das von den Kritikern des aktuellen Vetorechts der Mütter gegen die gemeinsame Sorge ins Feld geführte Argument der Ungleichbehandlung der Väter in ein Vetorecht der Väter umgekehrt, mit dem Unterschied, dass die Mehrzahl der Väter, im Gegensatz zu den Müttern, den Stichtentscheid ohne praktische Konsequenzen und Sanktionen für ihre eigene persönliche und berufliche Lebensgestaltung ausüben könnten, fehlt es dem Vorentwurf doch an konkreten Übernahmeverpflichtungen von aktiver Betreuung als Teil der elterlichen Sorge für die Väter.

Mütter/Väter könnten ihren Lebensmittelpunkt nicht mehr gemeinsam mit dem Kind/den Kindern verschieben, weil der andere Teil der „gemeinsamen Sorge“ nicht einverstanden ist.

Juristinnen Schweiz stehen auf dem Standpunkt, dass hier von Gleichberechtigung keine Rede sein kann. Der Vorentwurf entpuppt sich im Gegenteil als frauenfeindlich, besteht doch die Gefahr, dass mit der Aufspaltung von Entscheidungsrecht und Personensorge, das traditionelle Rollenverhalten in der Mehrzahl der Fälle, im Gegensatz zum angestrebten Idealziel, zu Lasten der Kinder und Frauen noch gefördert wird und in unzulässiger Weise in das persönliche Entfaltungsrecht des obhutsverpflichteten Elternteils, d.h. mehrheitlich das der Mütter eingegriffen wird.

Der Vorentwurf entpuppt sich nicht nun als frauenfeindlich, er entpuppt sich auch als kinderfeindlich.

Nur die Person kann im Sinne des Kindeswohls entscheiden, die auch das Kind und seinen Alltag kennt. Spaltet man Entscheidungsrecht und Kinderbetreuung auf, so nimmt man in Kauf, dass Personen über das Kind entscheiden, die aufgrund ihrer Erfahrung gar nicht im Sinne des Kindes und dessen Wohl entscheiden können. Entscheide, die dem Kindeswohl widersprechen sind die Folge.

2.- Rechtfertigung der Revision von Art. 220 Strafgesetzbuch

Der Vorentwurf sieht vor, den Elternteil, der die Ausübung des persönlichen Verkehrs verhindert, auf Antrag mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe zu betrafen. Als Begründung wird angeführt, das neue Recht solle für eine Gleichbehandlung des Elternteils, der das Kind am Ende des Besuchsrechts nicht zurückbringe und welcher de lege lata bereits strafbar sei, mit dem Elternteil, der sich dem Besuchsrecht verweigert und bisher straflos blieb (*Bericht, S.30*). Eine spezifische Strafnorm unterstreiche die Wichtigkeit der Beziehung des Kindes mit dem Elternteil der nicht obhutsberechtigt sei (*Bericht S.31*).

Juristinnen Schweiz haben Mühe vorstehender Argumentation schon unter dem Gesichtspunkt des Kindeswohls zu folgen. Empfindliche Geld- oder Gefängnisstrafen

gegen alleinerziehende Mütter oder Väter treffen zunächst das Kind selbst. Es wäre absurd annehmen zu wollen, dass wirtschaftliche Einschränkungen und der Entzug der Hauptbezugsperson sich nicht negativ auf das Kindeswohl auswirken. Weitere schädliche Folgen für das Kind stehen zu befürchten (z.B. Loyalitätskonflikte, double-bind- Situation).

3.- Stellungnahme zu Art. 133 VE-ZGB

Artikel 133 VE-ZGB

Juristinnen Schweiz sind schockiert über die Leichtfertigkeit, mit welcher der Vorentwurf ein Modell zum Regelfall hochstilisiert, das in der Rechtswirklichkeit die grosse Ausnahme darstellt. Damit wird u.E. die Verschärfung von Familienkonflikten und der verstärkte Gang zum Gericht bewusst vorprogrammiert und in Kauf genommen. Der Vorentwurf knüpft an ein Elternbild an, welches leider in der aktuellen Schweizer Gesellschaft stark untervertreten ist. Die offiziellen Statistiken belegen, dass nach wie vor die Kinderbetreuung nach traditionellem Rollenmuster in der überwiegenden Mehrzahl von den Müttern wahrgenommen wird. Dies spiegelt sich auch in den Sorgerechtsentscheidungen der Scheidungsrichterinnen wieder. Dasselbe gilt auch für 50% der Eltern, die sich einvernehmlich bereits die elterliche Sorge nach der Scheidung teilen. Unverständlich ist auch die Streichung von Art. 133 Abs.2 ZGB, d.h. insbesondere der Anhörung des Kindes.

Für *Juristinnen Schweiz* gehört zu einem modernen Rollen- und Familienverständnis nicht nur die Berücksichtigung des Kindeswohls, sondern auch ein gerechter Interessenausgleich zwischen den Eltern, sollen Familienfrieden und Rechtsfrieden gewährleistet werden.

Für *Juristinnen Schweiz* kann es daher auch nicht angehen, dass Väter, die aktive Kinderbetreuung und Verantwortung übernehmen wollen, hieran durch die aktuelle Rechtssituation gehindert werden, stellt sich die Mutter dem entgegen. Es besteht auch kein Grund, grundsätzlich unverheirateten Vätern den Zugang zur gemeinsamen elterlichen Sorge zu verwehren.

Die Lösung kann jedoch nicht darin liegen, dass von Gesetzes wegen ein - der grossen Mehrzahl der Lebenssituationen fremder - Regelfall aufgezwungen und damit noch mehr Zündstoff in bereits stark konfliktgeladene Lebenssituationen getragen wird. Vorhandene Spannungssituationen werden über den Vorentwurf noch weiter dadurch beladen, dass mit der Einführung des richterlichen Sorgerechtsentzugs (Art 133 Abs.3 VE -ZGB) im Ausnahmefall, Eltern definitiv zu guten oder schlechten Vätern und Müttern abgestempelt werden.

In der heutigen Rechtssituation wird das Sorgerecht vom Richter/von der Richterin von Gesetzes wegen und damit für die Eltern wertfrei übertragen, auch wenn versucht wird vom Gegenteil zu überzeugen. Entzug dagegen ist negativ besetzt.

Das aktuelle System, welches die gemeinsame elterliche Sorge bereits zulässt, verdient daher den Vorzug.

III. Schlussfolgerungen

Um einen sachgerechten Interessenausgleich zwischen Eltern und Kindern herzustellen, fordern *Juristinnen Schweiz* daher die Aufrechterhaltung des aktuellen Systems, mit der Ergänzung, dass der Richter/die Richterin unter Berücksichtigung des Kindesinteresses die elterliche Sorge, sei es einem, sei es beiden Eltern gemeinsam übertragen kann.

Dies soll sowohl auf gemeinsamen, als auch einseitigen Antrag des Elternteils hin erfolgen können, der sich aktiv an der Kinderbetreuung und Erziehung beteiligen will, sofern eine Vereinbarung, bzw. ein Vorschlag unterbreitet wird, welche die Aufteilung von Betreuung, Unterhalt und Entscheidungsbefugnissen unter den Eltern zum Gegenstand haben.

Dies soll nicht nur für geschiedene, sondern auch für unverheiratete Eltern gelten.

***Juristinnen Schweiz* schlagen daher folgende Änderung des Zivilgesetzbuches vor, welche analog auch auf Art. 298a ZGB zu übertragen wäre:**

Artikel 133 ZGB

Abs.1

Ohne gegenteiligen Antrag eines oder beider Elternteile, teilt das Gericht die elterliche Sorge einem Elternteil zu und regelt... (Wortlaut in der Folge unverändert).

Abs.2 (unverändert)

Abs.3 (unverändert)

Abs.4 (neu)


Unterbreitet ein Elternteil dem Gericht einen Vorschlag bezüglich seiner aktiven Beteiligung an der Betreuung des Kindes, der Übernahme der Unterhaltskosten und der Entscheidungsbefugnisse, kann das Gericht auch gegen den Willen des anderen Elternteils, beiden Eltern die elterliche Sorge unter Festlegung von Betreuung, Unterhalt und Entscheidungsbefugnissen belassen, sofern dies mit dem Kindeswohl vereinbar ist. Soweit tunlich ist auf die Meinung des nichtgewillten Elternteils und des Kindes Rücksicht zu nehmen.

Auch sollte an die konkrete gesetzliche Ausgestaltung der Entscheidungsbefugnisse bei gemeinsamer elterlicher Sorge gedacht werden. Hier könnten das dreistufige Modell von **Büchler/Simoni/Cantieni** (*Die Regelung der elterlichen Sorge nach Scheidung de lege ferenda – ein Vorschlag, FamPra.ch, 2007, 207 ff. und Cantieni* (*op.cit.*, S. 282 ff.) und die Überlegungen von Prof. Alexandra Rumo-Jungo (*loc.cit.*, ZVW 1/2008, S. 1 ff. (8) Patin stehen.

Wir bedanken uns für die Berücksichtigung unserer Anliegen.

Für *Juristinnen Schweiz*

Prof. Dr. Regula Kägi-Diener,
Präsidentin Jursitinnen Schweiz


Antoinette Haldy,
Rechtsanwältin

Auch sollte an die konkrete gesetzliche Ausgestaltung der Entscheidungsbefugnisse bei gemeinsamer elterlicher Sorge gedacht werden. Hier könnten das dreistufige Modell von **Büchler/Simoni/Cantieni (Die Regelung der elterlichen Sorge nach Scheidung de lege ferenda – ein Vorschlag, FamPra.ch, 2007, 207 ff. und Cantieni (op.cit., S. 282 ff.)** und die Überlegungen von **Prof. Alexandra Rumo-Jungo (loc.cit., ZVW 1/2008, S. 1 ff. (8) Patin** stehen.

Wir bedanken uns für die Berücksichtigung unserer Anliegen.

Für *Juristinnen Schweiz*

Prof. Dr. Regula Kägi-Diener,
Präsidentin Jursitinnen Schweiz


Antoinette Haldy,
Rechtsanwältin