

KONFERENZ DER KANTONALEN VORMUNDSCHAFTSBEHÖRDEN CONFÉRENCE DES AUTORITÉS CANTONALES DE TUTELLE CONFERENZA DELLE AUTORITÀ CANTONALI DI TUTELA

Zentralsekretariat: c/o Hochschule Luzern - Soziale Arbeit, Werftstrasse 1, Postfach 2945, 6002 Luzern
Telefon: 041 / 367 48 48 Telefax: 041 / 367 48 49 Mail: vbk@hslu.ch www.vbk-cat.ch

Eidgenössisches Justiz- und
Polizeidepartement
3003 Bern

Luzern, 30. April 2009

Vernehmlassungsantwort Vorentwurf Teilrevision ZGB (elterliche Sorge) und StGB (Art. 220)

Sehr geehrte Frau Bundesrätin
Sehr geehrte Damen und Herren

Die Konferenz der kantonalen Vormundschaftsbehörden (VBK) dankt Ihnen für die Gelegenheit, zum Vorentwurf für eine Teilrevision des ZGB (elterliche Sorge) und StGB (Art. 220) Stellung nehmen zu können. Der nachfolgenden Stellungnahme werden einige grundsätzliche Bemerkungen vorangestellt; danach folgt eine allgemeine Würdigung des Vorentwurfs und schliesslich wird zu einzelnen Bestimmungen Stellung genommen.

1. Grundsätzliches

Die VBK begrüsst eine Neuregelung der elterlichen Sorge von geschiedenen und nicht miteinander verheirateten Eltern. Die geltende Regelung, wonach die gemeinsame elterliche Sorge nur auf gemeinsamen Antrag beider Eltern eingeräumt werden kann, hat sich als zu hohe Hürde erwiesen.

Es ist richtig, die gemeinsame elterliche Sorge grundsätzlich unabhängig vom Zivilstand der Eltern zu regeln.

Die VBK unterstützt alle Bestrebungen, welche die gemeinsame Elternverantwortung von geschiedenen und nicht miteinander verheirateten Eltern fördern und stärken. Dies bedingt jedoch, dass nicht nur die Rechte beiden Elternteilen zuerkannt, sondern auch die Pflichten fair verteilt werden. Die elterliche Sorge darf nicht als „Recht am Kind“ verstanden werden, sondern bedeutet „Verantwortlichkeit für das Wohl des Kindes“. Die Interessen des Kindes müssen in jedem Fall im Zentrum stehen. Das gemeinsame Sorgerecht eignet sich grundsätzlich nur für jene Eltern, die fähig und in der Lage sind, trotz allfälliger Paarkonflikte ihre Elternrolle in gemeinsamer Verantwortung auszuüben.

Die Neuregelung muss sicherstellen, dass von der Grundregel der gemeinsamen elterlichen Sorge abgewichen werden kann, wenn die gemeinsame elterliche Sorge nicht mit dem Kindeswohl vereinbar ist. Dies trifft namentlich zu bei

- hohem Konfliktpotenzial zwischen den Eltern;
- fehlender Bereitschaft und/oder fehlender Fähigkeit eines oder beider Elternteile, tatsächlich Elternverantwortung zu übernehmen;
- Unfähigkeit der Eltern, sich über Ausmass und Ausgestaltung des persönlichen Verkehrs zu einigen;
- Unfähigkeit eines oder beider Elternteile, die Kinder aus dem allfälligen Paarkonflikt herauszuhalten.

Daraus ergibt sich, dass das Gericht oder die Kindesschutzbehörde von Amtes wegen prüfen muss, ob

- die gemeinsame elterliche Sorge im wohlverstandenen Interesse des Kindes liegt;
- das Kind dazu angehört werden muss, wenn nicht sein Alter oder andere wichtige Gründe dagegen sprechen;
- dem Kind bei behördlichem Regelungsbedarf konsequenter als bisher eine Vertretung nach Art. 146/147 ZGB resp. nArt. 314a^{bis} ZGB¹ zu bestellen ist.

Auch wenn die symbolische Bedeutung der gemeinsamen elterlichen Sorge und die damit verbundene rechtliche Gleichstellung der beiden Elternteile nicht zu unterschätzen ist für die Wahrnehmung der gemeinsamen Elternverantwortung, ist zu bedenken, dass sich das Wohl des Kindes nicht mit formalen Lösungen der elterlichen Sorge bewerkstelligen lässt.

Die Erwartungen, die mit dem Institut der gemeinsamen elterlichen Sorge verbunden werden und dem Vernehmlassungstext zugrunde liegen, scheinen unrealistisch und realitätsfern.

Aus den zahlreichen empirischen Untersuchungen aus dem angelsächsischen Raum und aus Deutschland ergibt sich ein nüchternes Bild der gemeinsamen elterlichen Sorge nach der Scheidung. Soweit überhaupt positive Auswirkungen nachgewiesen werden, erweisen sich diese als bescheiden und müssen in Bezug auf ihre Kausalität mit der Sorgerechtsform angezweifelt werden.² Lediglich die in der Literatur grundlegend kritisierte Studie von Proksch³ zeichnet ein optimistischeres Bild. Die von den Verfechtern der gemeinsamen elterlichen Sorge behaupteten positiven Auswirkungen der gemeinsamen elterlichen Sorge als Regelfall erweisen sich in diesem Lichte als nicht begründet. Die gemeinsame elterliche Sorge hat insbesondere kaum einen Einfluss auf

- die Kontakthäufigkeit und Kontaktqualität des Kindes mit dem Elternteil, mit dem es nicht zusammenlebt;
- einvernehmliche Lösungen betr. Unterhaltszahlung;
- die Zahlungsmoral des unterhaltsverpflichteten Elternteils;
- die elterliche Kooperation und Kommunikation;
- das Engagement des nicht obhutsberechtigten Elternteils in Pflege und Erziehung.

¹ Änderung vom 19. Dezember 2008.

² Vgl. ausführlich die Analyse der zahlreichen Untersuchungen in: Linus Cantieni, Gemeinsame elterliche Sorge nach Scheidung – eine empirische Untersuchung, Diss. Zürich, Stämpfli Bern 2007, S. 41-68.

³ Proksch Roland, Rechtstatsächliche Untersuchung zur Reform des Kindschaftsrechts: Begleitforschung zur Umsetzung des Kindschaftsrechtsgesetzes, Köln 2002; vgl. namentlich die Kritik von Kerima Kostka, Die Begleitforschung zur Kindschaftsreform – eine kritische Betrachtung, FamRZ 2004, 1924 ff.

Die Studie „Der Einfluß der Rechtspraxis auf familiäre Übergänge“ von Simoni/Büchler zeigt jedoch, dass die Zufriedenheit mit der Sorgerechtsform von der gelebten Betreuungssituation und der rechtlichen Sorgerechtsform abhängt und dass der besuchsberechtigte Elternteil und derjenige, welche die Hauptbetreuung der Kinder übernimmt, andere Bedingungen für eine Zufriedenheit haben⁴.

Die Studie kommt zum Schluß, daß der Verlauf des Kind-Vater-Kontaktes stark von der Qualität des Kontaktes zwischen den Eltern abhängig ist und weit weniger von der Sorgerechtsform. Das Modell der gemeinsamen elterlichen Sorge auf Begehren beider Eltern trägt offenbar weder zu einer egalitären Aufgabenverteilung zwischen Müttern und Vätern bei, noch scheint es zu einer größeren Zufriedenheit beider geschiedener Elternteile zu führen. Bei Eltern mit gemeinsamer elterlicher Sorge besteht für den Elternteil, welcher mehrheitlich die Kinder betreut (in $\frac{3}{4}$ der Fälle die Mutter), nur dann eine Zufriedenheit mit der Sorgerechtsform, wenn diese mit der tatsächlichen Betreuungsverantwortung übereinstimmt.

Gleichzeitig scheint das Innehaben der elterlichen Sorge auf Seiten des besuchsberechtigten Elternteils (meistens Väter) mit einer Wertschätzung verbunden zu sein, unabhängig vom gelebten Alltag. Es ist also davon auszugehen, daß eine gemeinsame elterliche Sorge primär die Zufriedenheit des besuchsberechtigten Elternteils, d.h. in der Realität größtenteils den Vater, erhöht. Für die Hauptbetreuungsperson der Kinder (in $\frac{3}{4}$ der Fälle mit gemeinsamer elterlicher Sorge die Mutter) ist die Zufriedenheit mit der Sorgerechtsregelung vom gelebten Alltag abhängig. Ein Drittel der Hauptbetreuungspersonen (in der Regel die Mütter) ist mit der Sorgerechtsregelung unzufrieden und wünscht sich einen Wechsel vom gemeinsamen zum alleinigen Sorgerecht. Eine hohe Zufriedenheit beider Elternteile mit dem Sorgerechtsmodell lässt sich nur feststellen, wenn die Eltern eine egalitäre Rollenverteilung leben⁵.

Diese ungleiche Zufriedenheit der Eltern mit gemeinsamer elterlicher Sorge je nach ihrer Rolle und Rechtsstellung beeinflusst das Wohlergehen des Kindes. Idealerweise sollte ein Zustand angestrebt werden, welcher die Bedürfnisse beider Elternteile berücksichtigt: Das Bedürfnis der Besuchsberechtigten (meist Väter), weiterhin an Entscheidungen, die das Kind betreffen, mitbeteiligt zu sein, und das Bedürfnis der Hauptbetreuungspersonen (meist die Mütter), im Alltag kurzfristig entscheidungs- und handlungsfähig zu sein.

Praxis und Forschung haben gezeigt, dass die Zufriedenheit der Kinder mit der Erziehungssituation und ihr Wohlergehen optimiert wird, wenn die Eltern ein spannungsfreies, vertrauensvolles und wohlwollendes Klima für die Beziehungsgestaltung zwischen dem Kind und beiden Elternteilen sicherstellen können und Konflikte nicht zur Streiteskalation führen, sondern zu Lösungen. In der heutigen Rechtspraxis gelingt dies naheliegenderweise eher jenen Eltern, welche über die gemeinsame elterliche Sorge verfügen, weil sie sich schon über deren Ausübung vertraglich einigen mussten. Es ist deshalb zu kurz gegriffen, wenn erwartet wird, konflikthafte Elternverhältnisse liessen sich mit einer formalen Zuteilung der gemeinsamen elterlichen Sorge zum Wohl des Kindes entschärfen. Die Mediations- und Beistandshaftspraxis zeigt eher das Gegenteil, wenn beide Streitparteien sich auf ihr Recht berufen anstatt die Bedürfnisse des Kindes zu priorisieren.

⁴ Vgl. auch: Cantieni, S. 254 – 256.

⁵ Büchler, Andrea; Simoni, Heidi: Kindeswohl und Kinderrechte in der Scheidungspraxis in: Soziale Sicherheit CHSS, 5/2006, S. 260 – 264

2. Allgemeine Bemerkungen zum Vorentwurf

Insgesamt scheinen die oben dargelegten Zusammenhänge und Erkenntnisse in den Vorentwurf eingeflossen zu sein. So gelingt die Balance zwischen der gemeinsamen elterlichen Sorge als Regelfall und der Intervention der zuständigen Behörden zur Sicherstellung des Kindeswohls im Einzelfall recht gut. Dennoch ist der Vorentwurf zu einseitig elternzentriert und berücksichtigt namentlich die Interessen des nicht obhutsberechtigten Elternteils. Die Interessend es Kindes werden kaum erwähnt. Ausserdem erscheint die z.T. unterschiedliche Regelung der gemeinsamen elterlichen Sorge für geschiedene und nicht miteinander verheiratete Eltern nicht gerechtfertigt. Die strafrechtliche Sanktion des obhutsberechtigten Elternteils, der das Besuchsrecht vereitelt, ist zudem ein untauglicher Versuch, die gewünschte Wirkung zu erzielen. Schliesslich ist die Änderung von Art. 309 ZGB (Beistandschaft zur Feststellung der Vaterschaft) im Lichte der Lehre und Rechtsprechung zum Anspruch des Kindes auf Kenntnis der Abstammung völlig unverständlich.

3. Bemerkungen zu den einzelnen Bestimmungen des Vorentwurfs

Art. 133 VE ZGB - Gemeinsame elterliche Sorge

Der Grundsatz, wonach die Eltern die elterliche Sorge nach der Scheidung von Gesetzes wegen gemeinsam ausüben (Absatz 1) sowie die Pflicht der Eltern, dem Gericht ihre Anträge in Bezug auf Anteile an der Betreuung und den Unterhalt des Kindes zu unterbreiten (Absatz 2), sind zu begrüssen.

Der Artikel ist jedoch durch einen Absatz 3 zu ergänzen, der das Gericht verpflichtet, die Betreuungs- und Unterhaltsregelung zu genehmigen sofern sie mit dem Kindeswohl vereinbar ist.

Art. 134a (neu) VE ZGB - Betreuung, persönlicher Verkehr und Unterhalt

Während unter den Bestimmungen über die Wirkungen des Kindesverhältnisses sich tatsächlich Regeln für die Änderung der Unterhaltsbeiträge und des persönlichen Verkehrs finden, enthalten die Bestimmungen über die Wirkungen des Kindesverhältnisses keine Regeln für die Änderung der Anteile an der Betreuung. Der diesbezügliche Verweis in Art. 134a VE ZGB führt folglich ins Leere.

Art. 134b (neu) VE ZGB - Zuständigkeit für die Neuregelung

Dass bei Uneinigkeit der Eltern für die Neuregelung der elterlichen Sorge und der damit zusammenhängenden Fragen das Gericht zuständig sein soll, ist im Lichte der vorgesehenen Professionalisierung der Kinderschutzbehörden im revidierten Kindes- und Erwachsenenschutzrecht⁶ ein Rückschritt und fragwürdig. Diese Neuerung ist deshalb abzulehnen.

⁶ nArt. 440 ZGB (Änderung vom 19. Dezember 2008).

Art. 298 VE ZGB - Elterliche Sorge bei unverheirateten Eltern

Die unterschiedliche Regelung der elterlichen Sorge, je nachdem ob das Kindesverhältnis zum Vater durch Anerkennung (gemeinsame elterliche Sorge) oder Urteil (alleinige elterliche Sorge der Mutter) hergestellt worden ist, erscheint nicht gerechtfertigt und wird abgelehnt. Entsprechend sind auch die Artikel 298c (neu) und 298d (neu) anzupassen.

Das Abstellen auf die Anerkennung als eines der äusseren Merkmale des Sorgewillens kann dem inneren Gehalt der elterlichen Sorge (als Inbegriff des Verantwortlichseins für ein Kind) nicht gerecht werden. Die Art, wie das Kindesverhältnis entstanden ist, sagt nichts über die Qualität der Beziehung aus. Zudem ist zu beachten, dass längst nicht in allen Fällen, in denen das Kindesverhältnis durch Urteil hergestellt wird, sich der mutmassliche Vater der Herstellung des Kindesverhältnisses widersetzt. Auch gibt es Väter, die das Kind im gerichtlichen Verfahren unter dem Druck der Beweisergebnisse (namentlich DNA-Test) lediglich aus prozessökonomischen Gründen anerkennen. Beide Beispiele führen zu einer stossenden Ungleichbehandlung von Vätern, welche ihr Kind nicht anerkennen können und auf ein Prozessurteil angewiesen sind (z.B. wegen nicht beibringbaren Dokumente für die Anerkennung oder dem Angewiesensein auf die unentgeltliche Rechtspflege).

Regeln mit einem Automatismus finden aus Sicht des Kindes zu keinen befriedigenden Lösungen. Auch die Lösung, dass – statt auf die Art der Entstehung des Kindesverhältnisses – auf den Zeitpunkt der Entstehung des Kindesverhältnisses abgestellt wird, ist nur beschränkt dienlich. Gemeint wäre die Idee, dass die gemeinsame elterliche Sorge von Gesetzes wegen gilt, wenn das Kindesverhältnis innert einer bestimmten Frist (z.B. ein Jahr seit der Geburt), hergestellt wird. Wird die Vaterschaft erst später begründet, sei es durch Anerkennung (vor dem Zivilstandsamt oder dem Gericht) oder durch gerichtliches Urteil, erscheint die gemeinsame elterliche Sorge von Gesetzes wegen nicht gerechtfertigt, soll aber aufgrund einer gegenseitigen Willensübereinstimmung der Eltern möglich bleiben.

Fazit: Auch wenn das gemeinsame Sorgerecht als Regelfall auch für unverheiratete Eltern im Grundsatz zu begrüßen ist, erscheinen die in Frage kommenden Automatismen (aufgrund der Art oder des Zeitpunkts der Entstehung des Kindesverhältnis zum Vater) für unverheiratete Eltern als nicht tauglich. Die Regel im bisherigen Recht, die gemeinsame elterliche Sorge bei unverheirateten Eltern von einem gemeinsamen Antrag abgängig zu machen, würden wir nicht fallen lassen. Neu soll aber eine Möglichkeit eingeräumt werden, einen entsprechenden Antrag zu stellen, falls kein gemeinsamer Antrag vorgelegt werden kann: Falls kein gemeinsamer Antrag vorliegt, soll – analog zu Art. 298d VE ZGB - beiden Eltern teilen die Möglichkeit eingeräumt werden, beim zuständigen Gericht einen Antrag auf Übertragung des gemeinsamen Sorgerechts zu stellen.

Art. 298a VE ZGB - Betreuung und Unterhalt

In der vorgeschlagenen Form wird die Bestimmung abgelehnt: Im Gesetz muß explizit erwähnt sein, dass die Vereinbarung von der Kindesschutzbehörde genehmigt werden muß (dass die Eltern sich in diesen Fragen verständigen, reicht nicht). Es ist nicht einzusehen, weshalb die Verpflichtung zur Vorlage einer genehmigungsfähigen Vereinbarung im bestehenden Recht fallen gelassen wird. Das wäre eine Ungleichbehandlung von ehelich und nicht ehelich geborenen Kindern, da die Rechtsbeziehung der Eltern während der Ehe durch das Gesetz geregelt sind und mit der Vereinbarung diese fehlende Regelung bei Kindern unverheirateter Eltern kompensiert werden soll.

Und: Hier gilt das Gleiche wie bei Art. 133 VE ZGB: Die Kindesschutzbehörde (nicht das Gericht) hat die unterbreitete Vereinbarung zu genehmigen, sofern sie mit dem Kindeswohl vereinbar ist.

Art. 298b VE ZGB - Zuweisung an einen Elternteil

Gemäss der vorgeschlagenen Bestimmung hätte die Kindesschutzbehörde keinerlei Möglichkeit, eine andere Zuweisung der elterlichen Sorge vorzusehen, ausser die allgemeinen Voraussetzungen für den Entzug der elterlichen Sorge wären gegeben. Es liegt auf der Hand, dass damit die Gleichstellung zum in einer Ehe geborenen Kind angestrebt wird. Die vorgeschlagene Regelung verkennt aber, dass Ehegatten in der Regel - jedenfalls wenn ein gemeinsames Kind geboren wird - zusammen leben und immer eine Rechtsbeziehung zwischen den Parteien besteht. Letzteres hat zur Folge, dass mit dem Eheschutzverfahren ein rasches und unkompliziertes Eingreifen der Rechtspflege möglich ist. Sind die Eltern nicht miteinander verheiratet, werden demgegenüber äusserst unterschiedliche tatsächliche Verhältnisse abgedeckt. Mit Blick auf diese unterschiedlichen Verhältnisse rechtfertigt es sich, auch der Kindesschutzbehörde die Möglichkeit einzuräumen, den Antrag auf Zuweisung der elterlichen Sorge an einen Elternteil zu beantragen, wenn das Kindeswohl dies erfordert. Letzteres braucht nicht zwingend zu bedeuten, dass ein Elternteil nicht erziehungsfähig ist. In Art. 298b VE ZGB ist deshalb auch der Kindesschutzbehörde ein Antragsrecht einzuräumen bzw. sie muss von Amtes wegen eine Zuweisung vornehmen können, wenn sie selber für den Entscheid zuständig erklärt würde.

Im Falle nicht (mehr) zusammenlebender Eltern mit gemeinsamer elterlicher Sorge ist der Kindesschutzbehörde die Kompetenz und Aufgabe einzuräumen, im Interesse der betroffenen Kinder - analog der Regelung der Nebenfolgen in Scheidungsfällen - einzufordern, dass mindestens die Fragen der Betreuungsanteile (Obhut) und der Unterhaltsleistungen geregelt werden.

Die im Vernehmlassungsentwurf vorgesehene Zuständigkeit des Gerichts würde die heute bestehende Problematik lösen, dass bei Zuteilung der elterlichen Sorge und der damit zwingend einhergehenden Unterhaltsregelung nur eine Behörde, nämlich das Gericht, zuständig wäre. Andererseits erscheint es stossend, ausgerechnet für die Zuteilung der elterlichen Sorge die Kindesschutzbehörde - welche im Gegensatz zum Gericht eine Fachbehörde sein wird - als unzuständig zu erklären. Vorzuziehen ist, in Zusammenhang mit der Zuteilung der elterlichen Sorge, notwendige Unterhaltsregelungen ebenfalls der Kindesschutzbehörde anzuvertrauen und Art. 280 ZGB entsprechend anzupassen.

Art. 298c (neu) VE ZGB - Vaterschaftsklage a. im Allgemeinen und

Art. 298d (neu) VE ZGB - Vaterschaftsklage b. Gemeinsame elterliche Sorge

Wie zu Art. 298 VE ZGB ausgeführt ist die Unterscheidung nach der Art der Entstehung des Kindesverhältnisses für die Zuweisung der gemeinsamen elterlichen Sorge von Gesetzes wegen ungeeignet. Die Bestimmungen sind entsprechend zu überarbeiten.

Art. 298e (neu) VE ZGB - Veränderung der Verhältnisse

Dass im Falle der Nichteinigung der Eltern über die Neuregelung das Gericht an Stelle der Kindesschutzbehörde zuständig sein soll, ist ein Rückschritt gegenüber dem geltenden Recht und angesichts der vorgesehenen Professionalisierung der Kindesschutzbehörden nicht vertretbar. Ist die Kindesschutzbehörde selber für die Neuregelung zuständig, muss sie auch von Amtes wegen handeln können.

Und: Wie bereits zu Art. 134a VE ZGB ausgeführt, leitet der in Art. 298e VE ZGB vorgeschlagene Gesetzesverweis teilweise ins Leere.

Art. 298f (neu) VE ZGB - Tod eines Elternteils

Die Regelung ist grundsätzlich sinnvoll und konsequent. Absatz 1 zeigt aber, dass mit der Entstehung der gemeinsamen elterlichen Sorge von Gesetzes wegen sorgfältig umzugehen ist. Haben die Eltern nie zusammengelebt und kümmert sich der Vater nicht um das Kind, kann es zu erheblichen Problemen führen, wenn dieser nun nach dem Tod der Mutter plötzlich zum alleinigen Inhaber der elterlichen Sorge wird. Die Kindesschutzbehörde sollte deshalb von Anfang an die Möglichkeit haben, die Zuteilung der elterlichen Sorge an bloss einen Elternteil zu beantragen oder anzuordnen, damit es später nicht zu den genannten Problemen kommt. Es kann nicht damit gerechnet werden, dass die Eltern immer selber diesbezüglich ihre Verantwortung wahrnehmen. Namentlich wenn der Vater sich gar nicht um das Kind zu kümmern gedenkt wird die Mutter keine Veranlassung sehen, die Zuweisung der elterlichen Sorge an sie alleine zu beantragen. Aus diesem Grund ist - wie zu Art. 298b VE ZGB ausgeführt - der Kindesschutzbehörde ein Antragsrecht oder soweit sie selber zuständig ist ein Handeln von Amtes wegen zuzugestehen.

Art. 298g (neu) VE ZGB - Ausübung der gemeinsamen elterlichen Sorge

Die vorgesehene Regelung ist zu begrüßen; sie entspricht der allgemeinen Lebenserfahrung. Was nicht alltägliche und dringliche Angelegenheiten sind, die der gemeinsamen Entscheidungsbefugnis der beiden Eltern unterliegen, ergibt sich ohne weiteres und bedarf keiner exemplarischen und schon gar keiner abschliessenden Aufzählung⁷. Dies entspricht auch der Schlussfolgerung der Studie „Der Einfluß der Rechtspraxis auf familiäre Übergänge“ von Simoni/Büchler im Rahmen des Nationalen Forschungsprogrammes 52, welches die Wichtigkeit der Bewahrung der Handlungsfähigkeit des hauptbetreuenden Elternteils bei gemeinsamer elterlicher Sorge hervorhebt.

Art. 309 VE ZGB - Feststellung der Vaterschaft

Die vorgeschlagene Änderung ist abzulehnen. Die geltende Bestimmung steht denn auch nicht im Widerspruch zur Einführung der gemeinsamen elterlichen Sorge als Regelfall. Im Interesse des Kindes muß es auch künftig möglich sein, die Interessen des Kindes bezüglich Feststellung der Vaterschaft wahrzunehmen, auch wenn die Mutter diesbezüglich von sich aus keine Schritte unternimmt oder sogar dagegen ist. Dass die Herstellung des Kindesverhältnisses zum Vater künftig in das Belieben der Mutter gestellt werden soll, erscheint im Lichte des Anspruchs des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung höchst problematisch und steht in klarem Widerspruch zum grundrechtlichen, in der UNO-Kinderrechtskonvention festgehaltenen Anspruch des Kindes auf Kenntnis und Feststellung der Vaterschaft.

Variante: Eine Lockerung der bisher geltenden strengen Praxis, wonach diese Beistandschaft zwingend errichtet werden muss, wenn nicht in den ersten 1-3 Monaten nach der Geburt des Kindes das Kindesverhältnis durch Anerkennung hergestellt wird, ist grundsätzlich vertretbar. Auf eine explizite Frist im Gesetz (z. B. ein Jahr nach Geburt) sollte aber verzichtet werden, weil das wieder unnötig einengen würde. Zweck der Bestimmung ist, dass die Intervention von Amtes wegen sicherstellt, dass auch rechtsunkundige nicht miteinander verheiratete Eltern das Kindesverhältnis herstellen und den Unterhalt regeln. Damit wird man dem Anspruch des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung gerecht und es werden viele Folgeprobleme vermieden (Sozialhilfebedürftigkeit und Kürzung der wirtschaftlichen Sozial-

⁷ Alexandra Rumo-Jungo, Gemeinsame elterliche Sorge unverheirateter und geschiedener Eltern: Zur Gleichbehandlung der Eltern oder zum Wohl des Kindes?, ZVW 1/2008 S. 1 ff., 8 ff.

Vergleiche auch die Schlussfolgerung der Studie „Der Einfluß der Rechtspraxis auf familiäre Übergänge“ von Simoni/Büchler im Rahmen des Nationalen Forschungsprogrammes 52, welche die Wichtigkeit der Bewahrung der Handlungsfähigkeit des hauptbetreuenden Elternteils bei gemeinsamer elterlicher Sorge hervorheben, im Gegensatz zur zweistufigen Zuständigkeits-Lösung von Rumo-Jungo aber eine dreistufige vorschlagen (ZVW 1/2008 S. 10).

hilfe wegen fehlendem Unterhaltstitel, erfolglose Suche nach dem Vater, falsche Vorstellungen über Rechte und Pflichten der Eltern).

Art. 220 VE StGB - Entziehen von Minderjährigen, Verweigerung des Besuchsrechts

Was auf den ersten Blick als reine Gleichbehandlung von vergleichbaren Pflichtverletzungen erscheint, hält näherer Prüfung nicht Stand. Nach den Erfahrungen mit Art. 292 StGB (Ungehorsam gegen amtliche Verfügungen) ist die Wirksamkeit dieser neuen Strafandrohung fraglich. Wenn schon die Eltern mit mehr Nachdruck auf ihre Pflichten im Zusammenhang mit dem Besuchsrecht hingewiesen werden sollen, sollte das Besuchsrecht als Besuchspflicht ausgestaltet werden (z. B. indem in Art. 273 Abs. 1 ZGB nicht nur von einem Anspruch, sondern auch von einer Pflicht geschrieben wird). Aber mehr als ein Zeichen wäre auch das nicht, denn letztlich kann der besuchsberechtigte Elternteil nicht gezwungen werden, das Besuchsrecht resp. die Besuchspflicht auszuüben.

Variante: Falls an der Ergänzung festgehalten wird, ist die Verletzung des Kindeswohls als Strafbarkeitsvoraussetzung explizit im Gesetz zu erwähnen (der Elternteil macht sich nur dann strafbar, wenn seine verweigernde Haltung die Interessen des Kindes und damit das Kindeswohl verletzt). Zu klären wäre auch die Frage der Antragsberechtigung: Sinnvoll wäre, wenn allein das Kind (bzw. dessen Beistand oder die Kindesschutzbehörde) strafantragsberechtigt wären. Ein Strafantragsrecht kann dem besuchsberechtigten Elternteil wohl aber kaum verweigert werden und ob dann die Strafverfolgungsorgane mit Anträgen von besuchsberechtigten Elternteilen stets gut umgehen können halten wir für fraglich.

Die Strafandrohung hat bei einem Besuchsrecht, das in bestimmten Abständen (z. B. alle 2 Wochen) stattzufinden hat, im Übrigen nur dann Wirkung, wenn ein besonders rasches Strafverfahren sofort Sanktionen folgen lässt (innert Tagen). In der Praxis können Verzeigungen wegen Verstosses gegen Art. 292 StGB dagegen während Monaten ihrer Erledigung harren, womit der nötige Effekt vor allem für das Kind verwirkt wird. Eine weitere Problematik der Strafverfahren in diesem Zusammenhang besteht darin, dass sich Besuchsbelastete oft auf die Weigerung des Kindes berufen und damit das Kind zum Kronzeugen im Strafverfahren zu werden droht. Das hält problembewusste Strafuntersuchungsbehörden davon ab, das Verfahren einem Entscheid zuzuführen, weil es den Interessen des Kindes widerspricht, es neben allen zivilprozessualen und behördlichen Bemühungen auch noch mit Strafverfahren zu konfrontieren. Mangels Beweisen führt das dann zur Einstellung des Strafverfahrens.