

Auswirkungen des Betreuungsunterhalts

Sehr geehrte Damen und Herren

Aufgrund einiger uns zu Ohren getragenen Unklarheiten bezüglich dem Vorentwurf des Bundesrates scheint es uns der Sache förderlich aufzuzeigen, welche Auswirkungen die vorgeschlagene Betreuungsunterhalts-Regelung auf das bestehende Unterhaltsrecht hat. In einem ersten Schritt wird das geltende Unterhaltsrecht erläutert, danach sollen der Betreuungsunterhalt erklärt und dessen Konsequenzen aufgezeigt werden.

Betreuungsunterhalt

Wie sein Name andeutet ist die Idee des Betreuungsunterhalts denjenigen Elternteil, welcher die Pflege und Erziehung des Kindes übernimmt, für den geleisteten Betreuungsaufwand zu entschädigen. Der Betreuungsunterhalt existiert seit 2008 im deutschen Recht: Das deutsche BGB sieht vor, dass ein Kind bis zu seinem dritten Lebensjahr einen Anspruch auf Betreuung hat, wenn der obhutsberechtigte Elternteil das Kind auch betreuen will. Bezahlt wird dieser Betreuungsunterhalt durch den anderen Elternteil. Der Anspruch auf einen Betreuungsunterhalt kann über diese drei Jahre hinausgehen, wenn dies aus Billigkeit geboten ist. Bei dieser Entscheidung zu berücksichtigen sind z.B. die Bedürfnisse des Kindes oder keine zur Verfügung stehenden Krippenplätze.¹ Die Beweislast für eine Verlängerung des Unterhaltsanspruchs hat der deutsche Gesetzgeber dem betreuungsberechtigten Elternteil auferlegt.² Ein Altersphasenmodell, welches analog dem schweizerischen Recht den Unterhalt für den Betreuungsberechtigten Elternteil vom Kindesalter abhängig macht, wurde im deutschen Recht explizit verworfen.³ Die ersten drei Lebensjahre sind nach wissenschaftlichen Erkenntnissen für die spätere Entwicklung eines Kindes die entscheidenden.⁴ Entsprechend hat sich die grundsätzliche Begrenzung des Unterhaltsanspruchs für die betreuungsberechtigte Person auf drei Jahre international weitgehend durchgesetzt.⁵ Auch die SKOS-Richtlinien sehen vor, dass spätestens ab Vollendung des dritten Altersjahres des jüngsten Kindes konkrete Massnahmen zur beruflichen Integration von Alleinerziehenden vorgesehen werden.⁶

¹ § 1570 und § 1615I des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches vom 1. Januar 1900 (BGB, FNA 400-2).

² Urteil des deutschen Bundesgerichtshof (BGH) vom 18. März 2009 – XII ZR 74/08, § 31, auffindbar unter: <Lexetius.com/2009,586>, zuletzt besucht am 10. März 2012.

³ Urteil des deutschen Bundesgerichtshof (BGH) vom 18. März 2009 – XII ZR 74/08, § 37, auffindbar unter: <Lexetius.com/2009,586>, zuletzt besucht am 10. März 2012.

⁴ So: RUMO-JUNGO ALEXANDRA, Betreuungsunterhalt bei getrennt lebenden nicht verheirateten Eltern – ein Denkanstoss, in: recht 2008, S. 27 ff., S. 35 und STUTZ HEIDI, Kinderkosten in der Schweiz, in: Fampra 04/2009, S. 263 ff., S. 283; beide mit Verweis auf ARNTZEN, GOLSTEIN/FREUD/SOLNIT sowie SCHENK-DANZINGER/RIEDER in den FN 86 bzw. 84.

⁵ Vgl. EGLI ISABELLE/SCHWENZER INGEBORG, Betreuungsunterhalt – Gretchenfrage des Unterhaltsrechts, in: Fampra 01/2010, S. 18 ff., S. 31.

⁶ SCHWEIZERISCHE KONFERENZ FÜR SOZIALHILFE (SKOS), Richtlinien für die Ausgestaltung und Bemessung der Sozialhilfe, 4. Aufl., Stand: Januar 2011, Bern 2005, auffindbar unter: <http://www.skos.ch/store/pdf_d/richtlinien/richtlinien/RL_deutsch_2010.pdf>, zuletzt besucht am 30.10.2012, C.I.3 Integration und Betreuung von Kindern und Jugendlichen.

Vorschlag des Bundesrates

1. **Dauer des Betreuungsunterhalts:** Trotz weitgehendem internationalen Konsens und wissenschaftlichen Erkenntnissen verzichtet der Bundesrat in seinem Vorschlag eine Dauer für den Betreuungsunterhalt festzusetzen. Nach Ansicht der Lehre dürfte dies bedeuten, dass das geltende Recht weiterhin massgebend sein wird.⁷ Das geltende Altersphasenmodell sieht vor, dass dem Obhutsberechtigten Elternteil bis zum zehnten Altersjahr des jüngsten Kindes keine Teilzeiterwerbstätigkeit zugemutet werden kann. Bis dann ist diesem ein vollständiger Unterhalt geschuldet. Bis zum 16. Altersjahr des jüngsten Kindes ist der Betreuungsperson eine Erwerbstätigkeit von 50% zumutbar. Erst wenn das jüngste Kind das 16. Altersjahr erreicht hat erlischt die Zahlungspflicht an den obhutsberechtigten Elternteil.⁸ Eine Ausnahme besteht, wenn der obhutsberechtigte Elternteil das 45. Altersjahr erreicht hat.⁹ Ab diesem Alter könne keine Wiederaufnahme der Erwerbstätigkeit mehr zugemutet werden. Die Unterhaltspflicht dauert in diesen Fällen an. Bei besonderen Verhältnissen kann von diesen Grundsätzen abgewichen werden.¹⁰

Die Zahlungspflicht für Kinder besteht bis zum Abschluss einer entsprechenden Ausbildung.¹¹

2. **Wiederheirat/gefestigtes Konkubinat:** Nach dem geltenden Recht erlischt der Ehegattenunterhalt bei der Wiederheirat oder wenn der betreuende Elternteil in einem gefestigten Konkubinat lebt. Der Betreuungsunterhalt schafft diese Regelung ab und bleibt auch im Falle einer Wiederheirat oder eines gefestigten Konkubinats weiter bestehen.¹²

3. **Gravierendes Fehlverhalten des Unterhaltsgläubigers:** Eine Kürzung des Unterhalts für die berechtigte Betreuungsperson nach Art. 125 Abs. 3 ZGB wegen gravierendem Fehlverhalten wird mit dem Betreuungsunterhalt nicht mehr möglich bzw. höchstens auf ein Mass herabgesetzt, damit das schwer definierbare Kindeswohl gewahrt bleibt.¹³

⁷ EGLI ISABELLE/SCHWENZER INGEBORG, *Betreuungsunterhalt – Gretchenfrage des Unterhaltsrechts*, in: Fampra 01/2010, S. 18 ff., S. 31; RUMO-JUNGO ALEXANDRA, *Betreuungsunterhalt bei getrennt lebenden nicht verheirateten Eltern – ein Denkanstoss*, in: recht 2008, S. 27 ff., S. 34; STUTZ HEIDI, *Kinderkosten in der Schweiz*, in: Fampra 04/2009, S. 263 ff., S. 282.

⁸ BGE 115 II 6, E. 3c; Urteil des Bundesgerichts 5C.265/2002 vom 1. April 2003, E. 2.3.1.

⁹ Vgl. statt vieler: Urteil des Bundesgerichts 5A_76/2009 vom 4. Mai 2009, E. 6.2.3; BGE 115 II 6, E. 5a; Es bestehe allerdings eine dahingehende Tendenz, dass sich diese Alterlimite auf 50 Jahre verschiebt.

¹⁰ Vgl. zum Ganzen: RUMO-JUNGO ALEXANDRA, *Betreuungsunterhalt bei getrennt lebenden nicht verheirateten Eltern – ein Denkanstoss*, in: recht 2008, S. 27 ff., S. 29 ff [zit: Rumo-Jungo, *Betreuungsunterhalt*].

¹¹ Art. 277 ZGB.

¹² EGLI ISABELLE/SCHWENZER INGEBORG, *Betreuungsunterhalt – Gretchenfrage des Unterhaltsrechts*, in: Fampra 01/2010, S. 18 ff., S. 32.

¹³ EGLI ISABELLE/SCHWENZER INGEBORG, *Betreuungsunterhalt – Gretchenfrage des Unterhaltsrechts*, in: Fampra 01/2010, S. 18 ff., S. 31.

4. **Reduzierung der Arbeit zur Kinderbetreuung:** Nach der geltenden Rechtsprechung ist es einer erwerbstätigen Betreuungsperson nach einer Trennung oder Scheidung weiterhin zumutbar in gleichem Masse weiter erwerbstätig zu bleiben wie zuvor. Nach dem Entwurf soll die Betreuungsperson ihre Arbeit reduzieren können, um das Kind zu betreuen. Der Unterhaltsschuldner wird diesenfalls zu höheren Leistungen verpflichtet.¹⁴

5. **Höhe des Unterhalts:** Der Bundesrat überlässt die Bemessung des Unterhalts den Gerichten. In der Lehre werden verschiedene Ansichten vertreten. In der Lehre wird gefordert, dass der Betreuungsunterhalt auch bei unehelichen Kindern den bisherigen Lebensstandard und nicht nur den Grundbedarf der Mutter decken muss.¹⁵

6. **Betreuungsunterhalt als Teil des Kindesunterhalts:** Der Entwurf sieht vor, dass der Betreuungsunterhalt im Kindesunterhalt inbegriffen sein soll. Damit unterscheidet sich der Vorschlag von der deutschen Regelung, nach welcher die Betreuungsperson selber anspruchsberechtigt ist. Dies hat gravierende Konsequenzen für die vorgesehene neue Mankoregelung: Der Entwurf sieht vor, dass der Kindesunterhalt dem Kind erlassen werden soll. Ist der Betreuungsunterhalt im Kindesunterhalt inbegriffen, so wird mit dieser Regelung auch der Unterhaltsanspruch der Mutter erlassen. Dies für sich allein genommen ist durchaus zu begrüssen. Zugleich soll jedoch der Alimenteschuldner für Vorschüsse an die andere Teilfamilie auf fünf Jahre rückwirkend belangt werden können. Dies entspricht für diese Fälle einer Umkehrung der heutigen Mankoteilung: Nur der Schuldner muss für den Unterhalt des Kindes und der Mutter aufkommen. Art. 286a ZGB scheint darum nicht zweckmässig.

Kritik und Gegenvorschlag der Skeptiker

Gegner kritisieren am Betreuungsunterhalt, dass neu der betreuungsberechtigte Elternteil für seine Leistungen „bezahlt“ wird. Dies bedeutet, dass der zahlungspflichtige Elternteil sowohl die Unterhaltskosten für das Kind übernimmt und zugleich den anderen Elternteil für die Erfüllung seiner Unterhaltspflichten zu bezahlen hat. Damit ist er in einem gewissen Sinne zur Übernahme beider unterhaltsrechtlichen Aufgaben nach Art. 276 ZGB verpflichtet. Zudem wird bemängelt, dass der Betreuungsunterhalt grundsätzlich eine alternierende Obhut ausschliesse.¹⁶ Damit werde die bestehende Rollenverteilung zementiert und dem Umstand zu wenig Rechnung getragen, dass Väter gegenwärtig nach

¹⁴ EJPD, Erläuternder Bericht zum Vernehmlassungsentwurf zur Änderung des Zivilgesetzbuchs (Kindesunterhalt), der Zivilprozessordnung (Art. 296a) und des Zuständigkeitsgesetzes (Art. 7), Bern 2012, auffindbar unter:

<<http://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/gesellschaft/gesetzgebung/unterhalt/vn-ber-d.pdf>>, zuletzt besucht am 30.10.2012, S. 9; derselben Ansicht sind auch: EGLI ISABELLE/SCHWENZER INGEBORG, Betreuungsunterhalt – Gretchenfrage des Unterhaltsrechts, in: Fampra 01/2010, S. 18 ff., S. 31.

¹⁵ RUMO-JUNGO ALEXANDRA, Betreuungsunterhalt bei getrennt lebenden nicht verheirateten Eltern – ein Denkanstoss, in: recht 2008, S. 27 ff., S. 35; STUTZ HEIDI, Kinderkosten in der Schweiz, in: Fampra 04/2009, S. 263 ff., S. 283 und 285.

¹⁶ Vgl. EJPD, Erläuternder Bericht zum Vernehmlassungsentwurf zur Änderung des Zivilgesetzbuchs (Kindesunterhalt), der Zivilprozessordnung (Art. 296a) und des Zuständigkeitsgesetzes (Art. 7), Bern 2012, auffindbar unter: <<http://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/gesellschaft/gesetzgebung/unterhalt/vn-ber-d.pdf>>, zuletzt besucht am 30.10.2012, S. 19.

Angabe des Bundesamtes für Statistik (BFS) mehr als 1/3 der gesamten Haushalts- und Erziehungsarbeit leisten.¹⁷ Zudem hegen gemäss einer Studie von Pro Familia 90% der Väter das Bedürfnis ihre Arbeitszeit zu reduzieren und sich mehr für die Betreuung ihrer Kinder einzusetzen.¹⁸

Statt dem Betreuungsunterhalt solle sich auch das schweizerische Recht unter Vorbehalt des Kindeswohls an der alternierenden Obhut orientieren und diese, wo das Kindeswohl und weitere entscheidende Faktoren des Einzelfalls (z.B. Entfernung zwischen den Wohnorten der Eltern und der Schule, Alter des Kindes, Kooperationsbereitschaft der Eltern, die Möglichkeit den Beschäftigungsgrad zu reduzieren oder allenfalls eine Drittbetreuung zu organisieren) nicht dagegen sprechen, auch gegen den Willen des einen Elternteils ermöglichen. Damit würde nicht nur den Anliegen des „benachteiligten“ Elternteils und den gesellschaftlichen Gleichstellungsanliegen, sondern i.d.R. auch dem Bedürfnis der Kinder am besten Rechnung getragen, die normalerweise beide ihrer Eltern schätzten. Auch mit einem solchen Modell bestehe eine Unterhaltspflicht unter ledigen Eltern.

Seit der Rechtsprechung des EGMR i.S. Zaunegger gg. Deutschland vom 3. Dezember 2009 ist davon auszugehen, dass der EGMR das Sorgerecht als einen grundrechtlichen Anspruch schützt.¹⁹ Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist die Obhut ein Teilgehalt des Sorgerechts.²⁰ Entsprechend spricht auch eine grundrechtliche Betrachtungsweise für eine alternierende Obhut als Leitprinzip, welches nach Massgabe von Art. 36 BV eingeschränkt werden kann. Zumindest die aktuell geltende Rechtsprechung des Bundesgerichts, nach welcher die alternierende Obhut nicht gegen den Willen eines Elternteils ausgesprochen werden kann, dürfte vor der Rechtsprechung des EGMR nicht mehr Stand halten: in den vergangenen Jahren wurden Staaten, welche familienrechtliche Ansprüche einzig vom Willen eines Elternteils abhängig machten viermal verurteilt.²¹

¹⁷ BUNDESAMT FÜR STATISTIK (BFS), Durchschnittlicher Aufwand für Erwerbsarbeit und Haus-/Familienarbeit 2010, auffindbar unter: <<http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/20/05/blank/key/Vereinbarkeit/04.html>>, zuletzt besucht am: 14. Oktober 2012.

¹⁸ PRO FAMILIA (im Auftrag des Departement des Innern des Kantons SG), Was Männer wollen!, S. 2, auffindbar unter: <http://www.sg.ch/home/staat___recht/recht/gleichstellung/projekte_und_angebote/projekte_fuer_maenner/_jcr_content/Par/downloadlist/DownloadListPar/download.ocFile/104868_ProFamilia_Studie%2009022011.pdf>, zuletzt besucht am 10. März. 2012.

¹⁹ EGMR, Urteil i.S. Zaunegger gg. Deutschland vom 3.12.2009, Nr. 22028/04, § 40 f.; Art. 14 EMRK.

²⁰ BGE 128 III 9 E. 4a; BGE 136 III 353 E. 3.2.

²¹ EGMR, Urteil i.S. Scheinder gg. Deutschland vom 15.9.2011, Nr. 17080/07, §§ 100, 104 f.; EGMR, Urteil i.S. Anayo gg. Deutschland vom 21.12.2010, Nr. 20578/07, §§ 67 ff.; EGMR, Urteil i.S. Zaunegger gg. Deutschland vom 3.12.2009, Nr. 22028/04, §§ 44 ff.; ferner: EGMR, Urteil i.S. Sporer gg. Österreich vom 3.2.2011, Nr. 35637/03.

Weitere Anmerkungen zum Kindeswohl

1. **Kindeswohl und Gleichstellung der Eltern:** Der Entwurf trägt dem Umstand nicht Rechnung, dass nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung das Kind einen Anspruch darauf hat bei demjenigen Elternteil zu leben, der seine Interessen am besten fördert.²² Uneheliche Kinder müssen unter Vorbehalt schwerstwiegender Ausnahmen in der Obhut der Mütter leben. Dies obwohl wissenschaftlich nachgewiesen ist, dass Kinder in Europa vorwiegend aus kulturellen Gründen von ihren Müttern gross gezogen werden und genauso gut bei ihrem Vater, wie bei ihrer Mutter leben können.²³ Auch unehelichen Kindern sollte das Recht gewährt werden bei ihrem Vater aufzuwachsen, wenn sich diese Möglichkeit im konkreten Einzelfall als die für das Kind günstigste Lösung herausstellt.

2. **Obhutsregelung:** Nach der geltenden Rechtsprechung des Bundesgerichts darf der obhutsberechtigte Elternteil bestimmen wo die Kinder leben. Er darf sie also z.B. in ein Heim schicken.²⁴ Die Kinder dürfen nicht beim anderen Elternteil leben. Diese Regelung widerspricht dem Kindeswohl.

3. **Durchsetzung von Ansprüchen:** Der Bundesrat hat im Rahmen der Sorgerechtsrevision sämtliche Durchsetzungsmassnahmen gegen die Besuchsrechtsverweigerung verhindert. Nun will er aber mit Inkassovereinheitlichungen die Durchsetzung des Unterhaltsrechts massiv stärken. Das Verhalten des Bundesrates scheint diesbezüglich widersprüchlich und ist bedauernswert.

In der Hoffnung Ihnen einen Überblick über die Revision ermöglicht zu haben verbleibe ich mit freundlichen Grüssen,



Katherin Säuberli
Präsidentin donna2

²² BGE 129 III 250, E. 3.4.2.

²³ Largo Remo H., Baby Jahre, Entwicklung und Erziehung in den ersten vier Jahren, 5. Aufl., München/Zürich 2011, S. 86 f.; Enquetekommission „Chancen für Kinder“ Landtag Nordrhein-Westfalen, Bildungsbedeutung von Eltern, Familien und anderen Bezugspersonen für Kinder, Expertise von Prof. Dr. Manfred Holodynski unter Mitarbeit von Freia Stallmann (M. A.) und Dipl.-Psych. Dorothee Seeger, Westfälische Wilhelms-Universität Münster, Institut für Psychologie in Bildung und schulischer Erziehung, Düsseldorf 2007, S. 29.

²⁴ Vgl. z.B.: BGer, Urteil 5P.140/2001 vom 10. Juli 2001, E. 2a; Schmid Conny, Gemeinsames Sorgerecht wird zum Normalfall, in: Beobachter Nr. 2 2012, auffindbar unter: <http://www.beobachter.ch/familie/trennung-scheidung/artikel/scheidung_gemeinsame-sorgerecht-wird-zum-normalfall/>, zuletzt besucht am: 14. Oktober 2012; RIKLIN FABIENNE, Abgeschoben, „Meine Ex will unsere Kinder ins Heim geben“, in: Blick.ch, publiziert am: 18. Juni 2012, auffindbar unter: <<http://www.blick.ch/news/schweiz/meine-ex-will-unsere-kinder-ins-heim-geben-id1927247.html#top>>, zuletzt besucht am: 14. Oktober 2012.