

Elterliche Sorge - ein Grundrecht?

Das Diskriminierungsverbot, der Anspruch auf Achtung des Familienlebens und die Revision

Erschienen in: Jusletter 23. Juli 2012

Mit dem Postulat 04.3250 am 7. Mai 2004 setzte Altnationalrat Remo Wehrli die Sorgerechtsrevision in Gang. Heute steht sie kurz vor ihrem Abschluss. Die Rechtsprechung des EGMR i.S. Zaunegger gg. Deutschland und Sporer gg. Österreich hat den Revisionsverlauf nach Abschluss des Vernehmlassungsverfahrens geprägt. Entgegen der amtlichen Ankündigung muss und wird das gemeinsame Sorgerecht grundsätzlich auch für ledige Väter gelten, da diese sonst gegenüber nicht ledigen Vätern diskriminiert würden. Die oben erwähnten Urteile des EGMR haben jedoch auch eine weitere grundrechtlich bedeutsame Konsequenz: Das Sorgerecht ist ein Teilgehalt des Anspruchs auf Achtung des Familienlebens und damit grundrechtlich geschützt.

I. Überblick	2
II. Rechtslage de lege lata und de lege ferenda.....	2
1. Geltendes Recht.....	2
2. Bisheriger Verlauf der Sorgerechtsrevision.....	2
2.1. Anstoss durch Postulat Wehrli.....	2
2.2. Vorentwurf und Resultate der Vernehmlassung.....	3
2.3. Botschaft und Entwurf	3
III. Sorgerecht und Kindeswohl.....	4
IV. Gleichbehandlung und Diskriminierungsverbot	5
1. Vorbemerkung	5
2. Rechtsprechung des EGMR.....	5
2.1. Urteil Zaunegger gg. Deutschland.....	5
2.2. Urteil Sporer gg. Österreich.....	5
2.3. Bedeutung für das schweizerische Recht	6
3. Grundrechtliche Ansprüche der schweizerischen Rechtsordnung	6
3.1. Diskriminierung lediger Väter nach Art. 8 Abs. 2 BV.....	7
3.2. Gleiche Rechte für Frau und Mann	7
V. Anspruchs auf Achtung des Familienlebens	7
1. Vorbemerkung	7
2. Schutzbereich umfasst das Sorgerecht.....	8
3. Anforderungen an die Rechtfertigung des Sorgerechtsentzugs	9
4. Erhebliche Konsequenz.....	10
VI. Sorgerecht und Konkubinat – Vereinbarkeit mit den Resultaten der Vernehmlassung	10
VII. Würdigung des Entwurfs.....	12
1. Allgemeines	12
2. Gleichstellung und Kindeswohl	12
3. Sorgerechtserteilung an ledige Väter	12
4. Periodische Überprüfbarkeit und Rückwirkung der Revision	14

I. Überblick

Die Rechtsprechung des EGMR hat die hängige Revision des Sorgerechts stark beeinflusst. Wichtig sind die Urteile *Zaunegger gg. Deutschland*¹ und *Sporer gg. Österreich*² nicht nur bezüglich der Diskriminierung lediger gegenüber nicht lediger Väter. Eine besondere Bedeutung haben sie auch für den Anspruch auf Achtung des Familienlebens: Das Sorgerecht wird vom Schutzbereich dieses Grundrechts erfasst. Ein Sorgerechtsentzug als Regelfall erfordert die für eine Einschränkung des Grundrechts erforderlichen Anforderungen von Art. 36 BV nicht.

Der Artikel beleuchtet die Sorgerechtsfrage aus der Perspektive des Diskriminierungsverbots (IV.), des Anspruchs auf Achtung des Familienlebens (V.), präzisiert eine entscheidende Frage bezüglich des Vernehmlassungsverfahrens (VI.) und würdigt den Entwurf zur Sorgerechtsrevision (VII.).

II. Rechtslage de lege lata und de lege ferenda

1. Geltendes Recht

Das aktuelle Scheidungsrecht gilt seit dem 1. Januar 2000. Es sieht bezüglich dem Sorgerecht vor, dass im Falle einer Scheidung einem Elternteil die alleinige elterliche Sorge zugeteilt wird. Auf gemeinsamen Antrag kann, sofern ein genehmigungsfähiger, mit dem Kindeswohl vereinbar Vertrag über Betreuung und Unterhalt des Kindes vorliegt, die gemeinsame elterliche Sorge erteilt werden.³ Bei nicht verheirateten Eltern wird die elterliche Sorge von Gesetzes wegen nur der Mutter zugesprochen, selbst wenn die Eltern zusammenleben. Der Vater kann das Sorgerecht nur dann erhalten, wenn die Eltern einen gemeinsamen Antrag stellen sowie eine genehmigungsfähige Vereinbarung über die Verteilung der Betreuung und Unterhaltskosten unterzeichnet haben, die mit dem Kindeswohl vereinbar ist.⁴ Wenn das Wohl des Kindes es gebietet, ist die elterliche Sorge unabhängig vom Zivilstand der Eltern auf Begehren eines Elternteils, des Kindes oder der Vormundschaftsbehörde neu zu regeln.⁵

2. Bisheriger Verlauf der Sorgerechtsrevision

2.1. Anstoss durch Postulat Wehrli

Im Mai 2004 setzte Altnationalrat REMO WEHRLI per Postulat die Sorgerechtsdebatte in Gang. Er beabsichtigte, den Bundesrat damit zu beauftragen zu prüfen, wie und ob die gemeinsame elterliche Sorge gefördert oder als Regelfall verwirklicht werden könne. Gegebenenfalls seien Vorschläge für eine Revision vorzubringen.⁶ Begründet wurde der Vorstoss einerseits damit, dass die heutige Regelung mit dem Sorgerechtsentzug den Kontakt zwischen dem Kind und dem nicht sorgeberechtigten Elternteil erschwere. Dies stehe dem Kindeswohl insofern entgegen, als dass „praktisch alle Kinder“ einen ausgiebigen Kontakt mit beiden Elternteilen wollten. Ausserdem sei das Gleichbehandlungsgebot zwischen Frau und Mann in einem Kernanliegen des Menschseins verletzt.⁷

Die Forderung WEHRLIS wurde teilweise heftig bekämpft.⁸ Trotz dieser Einwände wurde das Postulat mit 136 zu 44 Stimmen deutlich angenommen.⁹

¹ Urteil des EGMR *Zaunegger gg. Deutschland* (22028/04) vom 3. Dezember 2009 [zit.: *Zaunegger gg. Deutschland*, FN 1].

² Urteil des EGMR *Sporer gg. Österreich* (35637/03) vom 3. Februar 2011 [zit.: *Sporer gg. Österreich*, FN 2].

³ Art. 133 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907 (SR 210) [zit.: ZGB].

⁴ Art. 298 f. ZGB.

⁵ Art. 134 Abs. 1 und 298a Abs. 2 ZGB.

⁶ Curia Vista, 04.3250, Postulat, eingereicht am 07. Mai 2004 von WEHRLI RETO, Elterliche Sorge. Gleichberechtigung, auffindbar unter:

<http://www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaefte.aspx?gesch_id=20043250>, zuletzt besucht am: 11. Februar 2012 [zit.: Postulat WEHRLI, FN 6].

⁷ AB N 2005, S. 1195; Selbst Gegner der Revision weisen darauf hin, dass die gegenwärtige Rechtslage für den hauptbetreuenden Elternteil faktisch ein Vetorecht bedeutet, welches für Machtspiele missbraucht werden kann. Vgl. z.B.: Stellungnahme zur Vernehmlassung [zit.: Vernehmlassungsstellungnahme] der Eidgenössischen Kommission für Frauenfragen (EKF), S. 2.

⁸ AB N 2005, S. 1495 ff.

⁹ AB N 2005, S. 1502.

2.2. Vorentwurf und Resultate der Vernehmlassung

Es kam zu einem Vorentwurf. Dieser sah vor, im Falle einer Scheidung die elterliche Sorge beiden Elternteilen zu überlassen.¹⁰ Das Gericht hätte das Sorgerecht einem Elternteil von Amtes wegen oder auf Antrag entziehen müssen, wenn das Kindeswohl dies erfordert hätte.¹¹ Bei nicht verheirateten Eltern sah der Vorentwurf im Falle einer vorliegenden Anerkennung durch den Vater das gemeinsame Sorgerecht vor. Bei fehlender Anerkennung hätte das Sorgerecht der Mutter allein zugestanden.¹² Hätte es das Kindeswohl erfordert, hätte das Gericht auf Antrag die alleinige Sorge nur einem Elternteil zugesprochen.¹³

Die Vernehmlassung zum Vorentwurf wurde Ende April 2009 abgeschlossen.¹⁴ Am 16. Dezember 2009 wurden die Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens bekannt gegeben: Das gemeinsame Sorgerecht solle – unabhängig vom Zivilstand – die Regel werden. Keine Mehrheit gewonnen habe allerdings der Vorschlag, dass das Sorgerecht im Falle einer Anerkennung des Kindes durch seinen Vater automatisch beiden Elternteilen zusteht. Darum soll die Entscheidung wie bisher von der Mutter oder einem Gerichtsurteil auf Klage des Vaters abhängen. Diese Lösung entspreche „der Logik des Konkubinats“.¹⁵

2.3. Botschaft und Entwurf

Nach einer unerwarteten Verzögerung¹⁶ erschien am 16. November 2011 die Botschaft.¹⁷ Diese sieht vor, dass die gemeinsame elterliche Sorge grundsätzlich auch nach der Scheidung erhalten bleibt und nicht mehr vom Gericht nur einem Elternteil zugeordnet wird.¹⁸ Bei Änderungen der Verhältnisse können das Gericht oder die Vormundschaftsbehörde Anpassungen vornehmen.¹⁹ Auch bei nicht verheirateten Eltern soll das gemeinsame Sorgerecht grundsätzlich zur Regel werden. Dies soll aber nicht automatisch der Fall sein, sondern von einer gemeinsamen Erklärung abhängen. Diese kann zusammen mit der Anerkennung beim Zivilstandsamt oder zu einem späteren Zeitpunkt bei der Vormundschaftsbehörde abgegeben werden. Bis die gemeinsame Erklärung vorliegt, steht die elterliche Sorge alleine der Mutter zu.²⁰ Verweigert die Mutter eine Erklärung, so kann der Vater die Kindesschutzbehörde am Wohnsitz des Kindes anrufen. Diese verfügt die gemeinsame Sorge, sofern das Kindeswohl keine andere Massnahme erfordert.²¹ Der Entwurf hält weiter fest, dass die elterliche

¹⁰ Art. 133 Abs. 1 des Vorentwurfs einer Teilrevision des ZGB zur Einführung der gemeinsamen elterlichen Sorge, auffindbar unter:

<<http://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/gesellschaft/gesetzgebung/elterlichesorge/vn-ber-d.pdf>>, zuletzt besucht am: 11. Februar 2012 [zit.: VE-ZGB].

¹¹ Art. 133a Abs. 1 VE-ZGB.

¹² Art. 298 VE-ZGB.

¹³ Art. 298b VE-ZGB.

¹⁴ BBl. 2009 650, S. 650.

¹⁵ Zum Ganzen: EJPD, Medienmitteilung vom 16. Dezember 2009, auffindbar unter:

<<http://www.ejpd.admin.ch/content/ejpd/de/home/dokumentation/mi/2009/2009-12-160.html>>, zuletzt besucht am: 26. Juni 2012 [zit.: EJPD, Medienmitteilung 16. Dezember 2009, FN 15]; EJPD, Bericht über das Ergebnis des Vernehmlassungsverfahrens zur Revision des Zivilgesetzbuches (elterliche Sorge) und des Strafgesetzbuches (Art. 220 StGB) vom Dezember 2009, S. 2 [zit. Vernehmlassungsbericht, FN 15].

¹⁶ EJPD, Medienmitteilung vom 12. Januar 2011, auffindbar unter:

<<http://www.ejpd.admin.ch/content/ejpd/de/home/dokumentation/mi/2011/2011-01-120.html>>, zuletzt besucht am: 28. Januar 2012 [zit.: EJPD, Medienmitteilung 12. Januar 2011, FN 16]; siehe dazu auch: BGE 135 III 66; ferner: AB N 2011, S. 1823; BUNDESRAT, Medienmitteilung vom 25. Mai 2011, auffindbar unter: <<http://www.ejpd.admin.ch/content/ejpd/de/home/dokumentation/mi/2011/2011-05-25.html>>, zuletzt besucht am: 28. Januar 2012 [zit.: BUNDESRAT, Medienmitteilung 25. Mai 2011, FN 16].

¹⁷ BUNDESRAT, Medienmitteilung vom 17. November 2011, auffindbar unter:

<<http://www.ejpd.admin.ch/content/ejpd/de/home/dokumentation/mi/2011/2011-11-17.html>>, zuletzt besucht am: 28. Januar 2012 [zit. BUNDESRAT, Medienmitteilung 17. November 2011, FN 17].

¹⁸ Vgl. Art. 133 des Entwurfs für die Revision des ZGB zur Einführung der gemeinsamen elterlichen Sorge [zit.: E-ZGB] und Art. 133 ZGB.

¹⁹ Art. 134 und Art. 179 Abs. 1 E-ZGB.

²⁰ Art. 298a E-ZGB.

²¹ Art. 298b E-ZGB.

Sorge auch das Recht einschliesst, den Aufenthaltsort des Kindes zu bestimmen, zumindest so weit, als der Wechsel des Aufenthaltsortes erhebliche Auswirkungen auf die elterliche Sorge des anderen Elternteils hat.²² Zudem entzieht die Kindesschutzbehörde die elterliche Sorge, wenn die Eltern im Falle Unerfahrenheit, Krankheit, Gebrechen, Ortsabwesenheit, Gewalttätigkeit oder ähnlichen Gründen ausserstande sind, die elterliche Sorge pflichtgemäss auszuüben.²³ Steht beim in Kraft treten der Revision die elterliche Sorge nur einem Elternteil zu, so kann sich der betroffene Elternteil allein oder mit dem Sorgerechtsinhaber gemeinsam an die Kindesschutzbehörde wenden, um die gemeinsame elterliche Sorge bei der Vormundschaftsbehörde am Wohnsitz des Kindes zu verlangen. Ist die elterliche Sorge einem Elternteil in Folge Scheidung entzogen worden, so kann er sich nur dann allein an die Kindesschutzbehörde wenden, wenn die Scheidung ab in Kraft treten der Revisionsbestimmungen nicht mehr als fünf Jahre zurück liegt.²⁴

III. Sorgerecht und Kindeswohl

Bis zuletzt wurde darüber gestritten, ob das Kindeswohl durch das gemeinsame Sorgerecht positiv beeinflusst wird oder nicht. Eine aufgrund des Postulats Jutzet²⁵ in Auftrag gegebene Umfrage bei 160 Gerichten, 1500 Scheidungsanwältinnen und einer unbestimmten Anzahl Mediatoren ergab keine Hinweise auf Probleme mit dem gemeinsamen Sorgerecht.²⁶ Die Studie des schweizerischen Nationalfonds (NFP 52) „Kinder und Scheidung – der Einfluss der Rechtspraxis auf familiäre Übergänge“ vermag bei Ex-Paaren mit traditioneller Aufgabenteilung und schwierigem Kontakt die markantesten Unterschiede herauszukristallisieren: So ergibt sich gemäss der Studie bei einer gemeinsamen elterlichen Sorge, dass der Kontakt zwischen Vater und Kind um 8% höher ist als bei einer alleinigen Sorge. Unter denselben Voraussetzungen ist bei der gemeinsamen elterlichen Sorge die Zahlungsmoral um 14% höher als bei alleinigem Sorgerecht. Bei diesen Resultaten sei gemäss den Verfassern der Studie jedoch zu beachten, dass die Qualität der Kommunikation zwischen den Eltern ausschlaggebender sei, als die Sorgerechtsregelung.²⁷ Während bei alleinigem Sorgerecht 86% der Befragten ein traditionelles Familienmodell praktizierten, waren dies bei gemeinsamem Sorgerecht 71%. In weiteren 16% wurde die Kinderbetreuung partnerschaftlich geteilt.²⁸ Von den verbleibenden 13% dürfte die klare Mehrheit vom Vater betreut worden sein.²⁹ Bemängelt wird an dieser Stelle, dass die eindrückliche Studie von WILHELM FELDER, HEINZ HAUSHEER und LISELOTTE STAUB, die sich kritisch mit zahlreichen Studien zum Kindeswohl und dem Sorgerecht auseinandersetzt, in der Botschaft zur Sorgerechtsrevision keine Erwähnung fand. Auch diese Autoren kommen zum Schluss, dass das gemeinsame Sorgerecht als Regelfall das Kindeswohl nicht

²² Art. 301a E-ZGB.

²³ Art. 311 Abs. 1 Ziff. 1 E-ZGB.

²⁴ Art. 12 Abs. 4 und 5 E-SchIT-ZGB.

²⁵ Curia Vista, 00.3681, Postulat, eingereicht am 13. Dezember 2000 von JUTZET ERWIN, Anwendung des neuen Scheidungsrechts, auffindbar unter:

<http://www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaefte.aspx?gesch_id=20003681>, zuletzt besucht am: 11. Februar 2012 [zit.: Postulat JUTZET, FN 25].

²⁶ BUNDESAMT FÜR JUSTIZ (BJ), Bericht vom Mai 2005 über die Umfrage zum Scheidungsrecht bei Richter/innen und Anwält/innen sowie Mediatoren/Mediatorinnen (Zusammenfassung der Ergebnisse), auffindbar unter:

<http://www.bj.admin.ch/content/dam/data/pressemitteilung/2005/pm_2005_07_01/ber-scheidungsumfrage-d.pdf>, zuletzt besucht am: 11. Februar 2012 [zit.: BJ, Umfrage Scheidungsrecht], S. 4 und 13 ff.; BBl. 2011 9077, S. 9089.

²⁷ BÜCHLER ANDREA/CANTIENI LINUS/SIMONI HEIDI, Die Regelung der elterlichen Sorge nach Scheidung de lege ferenda – ein Vorschlag, in: FAMPRO 2007 S. 207 ff.[BÜCHLER/CANTIENI/SIMONI, FN 27], S. 211 f.

²⁸ BÜCHLER/CANTIENI/SIMONI, FN 27, S. 210 f.

²⁹ Zu diesen verbleibenden 13% wurden keine genauen Angaben gemacht. Gemäss den Tabellen des Bundesamts für Statistik wurden im Jahr 2010 das Sorgerecht von 0,1% aller Scheidungskinder einer Drittperson anvertraut, in 3,8% der Fälle erhielt der Vater das alleinige Sorgerecht. Das Verhältnis Drittperson : Vater war somit 1 : 38 (zum Ganzen: BUNDESAMT FÜR STATISTIK (BFS), Zuteilung des Sorgerechts für unmündige Kinder nach Kantonen, auffindbar unter:

<<http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/01/06/blank/data/03.html>>, zuletzt besucht am: 20. Juni 2012 [zit.: BFS, Zuteilung Sorgerecht, FN 29]).

negativ beeinflusse, sondern diesem potentiell eher förderlich sei.³⁰ Ungeeignet erscheine das gemeinsame Sorgerecht, wenn nach eindeutigen und objektiven Kriterien von einem unauflösbaren Nachscheidungskonflikt auszugehen sei.³¹

Ob das gemeinsame Sorgerecht das Kindeswohl letztlich positiv beeinflusst oder nicht, kann für die nachfolgenden grundrechtlichen Betrachtungen ausser Acht gelassen werden. Wichtig ist die Feststellung, dass die vorgesehene Regelung dem Kindeswohl grundsätzlich nicht abträglich ist.

IV. Gleichbehandlung und Diskriminierungsverbot

1. Vorbemerkung

Zuerst soll auf die wegweisende Rechtsprechung des EGMR und seine Bedeutung für die schweizerische Rechtslage eingegangen werden. Danach soll gezeigt werden, dass diese den Grundwerten der schweizerischen Bundesverfassung entspricht.

2. Rechtsprechung des EGMR

In seiner jüngeren Rechtsprechung hatte der EGMR gleich zwei Mal in Sorgerechtsfragen zu entscheiden. Beide Male handelte es sich um Rechtslagen, welche mit derjenigen der Schweiz vergleichbar sind.

2.1. Urteil Zaunegger gg. Deutschland

Im Urteil *Zaunegger gg. Deutschland*³² beantragte ein Vater das gemeinsame Sorgerecht über sein aussereheliches Kind. Nach der Trennung seiner Eltern im Alter von zwei Jahren lebte das Kind drei Jahre bei seinem Vater, wechselte danach aber in die Obhut der Mutter. Da das gemeinsame Sorgerecht unverheirateter Eltern nach deutschem Recht vom Willen der Mutter abhing und diese es Herrn Zaunegger nicht gewähren wollte, wurde er von allen das Kind betreffenden Entscheidungen ausgeschlossen. Verheirateten Vätern stand in der Regel während und nach der Ehe das gemeinsame Sorgerecht zu.³³ Für uns sind folgende Schlüsse relevant: Der EGMR „akzeptierte“, dass aufgrund der verschiedenen Lebenssituationen, in welche uneheliche Kinder geboren werden, und sofern kein Antrag auf Erteilung des gemeinsamen Sorgerechts vorliege, das alleinige Sorgerecht zu Beginn nur der Mutter erteilt werde. Damit sei sichergestellt, dass jemand ab Geburt für das Kind rechtsverbindlich handeln kann.³⁴ Nicht ersichtlich sei, wieso eine Sorgerechtserteilung gegen den Willen der Mutter an den Vater dem Kindeswohl abträglich sein soll.³⁵ Dass einem geschiedenen Vater die Möglichkeit einer gerichtlichen Überprüfung der Sorgerechtszuteilung zusteht, dem ledigen Vater aber nicht oder nur in vermindertem Umfang, könne aufgrund des rechtlichen Status nicht gerechtfertigt werden. Demzufolge besteht eine Diskriminierung der nicht verheirateten gegenüber verheirateten oder geschiedenen Vätern.³⁶ Offen lassen konnte der EGMR, ob die Ungleichbehandlung zwischen Müttern und Vätern gerechtfertigt und ob der Anspruch auf Achtung des Familienlebens für sich alleine genommen verletzt sei.

2.2. Urteil Sporer gg. Österreich

Im Urteil *Sporer gg. Österreich*³⁷ wollte ein Vater, welcher nie mit dem Kind zusammengelebt hatte, das Sorgerecht über sein uneheliches Kind erhalten. Da wiederum die Möglichkeit einer gemeinsamen

³⁰ FELDER WILHELM/HAUSHEER HEINZ/STAUB LISELOTTE, Gemeinsame elterliche Sorge – eine psychologische Betrachtungsweise, in: ZBJV 142/2006 S. 537 ff. [zit.: FELDER/HAUSHEER/STAUB, FN 30], S. 548.

³¹ FELDER/HAUSHEER/STAUB, FN 30, S. 548.

³² *Zaunegger gg. Deutschland*, FN 1.

³³ *Zaunegger gg. Deutschland*, FN 1, § 44.

³⁴ *Zaunegger gg. Deutschland*, FN 1, § 55; Vgl. dazu auch: Urteil des EGMR *Marckx gg. Belgien* vom 13. Juni 1979 [zit.: *Marckx gg. Belgien*, FN 34], § 31, nach welchem den Staat die Pflicht trifft bei bestimmten Familienbindungen sein Familienrecht so auszugestalten, dass es den Betroffenen die Führung eines normalen Familienlebens ermöglicht und erlaubt ein Kind ab Geburt – auch rechtlich – in seine Familie zu integrieren.

³⁵ *Zaunegger gg. Deutschland*, FN 1, § 59.

³⁶ *Zaunegger gg. Deutschland*, FN 1, § 61 f.

³⁷ *Sporer gg. Österreich*, FN 2.

elterlichen Sorge vom Willen der Mutter abhing, welche das Sorgerecht i.c. nicht teilen wollte, war die einzige Möglichkeit, welche das Gesetz ihm bot das Sorgerecht zu erhalten, auf das alleinige Sorgerecht zu klagen. Dies setzte einen Sorgerechtsentzug der Mutter voraus und war nur dann möglich, wenn deren Sorgerecht das Kindeswohl gefährdet hätte.³⁸ Wiederum bestand für verheiratete und geschiedene Väter eine bessere Ausgangslage betreffend dem Sorgerecht als für nicht verheiratete Väter. Erneut liege eine Ungleichbehandlung lediger gegenüber verheirateten und geschiedenen Väter vor, entschied der EGMR. Diese könne auch nicht dadurch gerechtfertigt werden, dass der Vater des Kindes nicht immer bekannt oder willig sei, sein Kind anzuerkennen. Darum liege gegenüber verheirateten Vätern eine Diskriminierung vor.³⁹ Bemängelt wurde an der österreichischen Regel ferner, dass das gemeinsame Sorgerecht gegen den Willen der Mutter auch dann nicht durchsetzbar war, wenn es dem Kindeswohl gedient hätte.⁴⁰ Der EGMR bestätigte ausserdem seine Rechtsprechung betreffend der Erteilung des Sorgerechts an nicht verheiratete Väter bei fehlender Vereinbarung der Eltern.⁴¹

2.3. Bedeutung für das schweizerische Recht

In Anbetracht der geltenden Rechtsprechung des EGMR fällt auf, dass nach heutigem Recht Väter unehelicher Kinder – selbst wenn diese im gemeinsamen Haushalt leben – das gemeinsame Sorgerecht nur mit Zustimmung der Mutter und der Vormundschaftsbehörde erhalten können, während verheiratete Väter das gemeinsame Sorgerecht von Gesetzes wegen inne haben. Diesbezüglich verstösst das aktuelle Recht gegen die EMRK.⁴² Auch die vom Bundesrat bei der Präsentation der Vernehmlassungsergebnisse angekündigte Lösung, nach welcher der Vater eines unehelichen Kindes – selbst wenn er mit der Mutter im Konkubinat lebt – das Sorgerecht gegen den Willen der Mutter nur bei Anrufung des Gerichts hätte erlangen können, geschiedenen Vätern das Sorgerecht aber von Gesetzes wegen verblieben wäre, hätte diesen gegenüber geschiedenen Vätern benachteiligt. Entsprechend scheint hier, dass auch diese Lösung gegen die EMRK verstossen würde.⁴³ Beizupflichten ist ferner derjenigen Lehrmeinung, nach welcher das geltende Recht im Lichte des Urteils *Zaunegger gg. Deutschland* auch insofern EMRK-widrig sei, als dass weder bei geschiedenen noch bei unverheirateten Eltern die Möglichkeit bestehe durch ein Gericht oder eine Behörde überprüfen zu lassen, ob die Erteilung einer gemeinsamen Sorge gegen den Willen des Inhabers der alleinigen Sorge im Interesse des Kindes liegt.⁴⁴ Der jetzige Entwurf orientiert sich bezüglich der Entstehung des Sorgerechts nicht verheirateter Väter zwar eng an der vom EGMR noch „akzeptierten“ Grenze.⁴⁵ Er dürfte jedoch wenigstens vorübergehend den Vorgaben des EGMR entsprechen.

3. Grundrechtliche Ansprüche der schweizerischen Rechtsordnung

Wie sich herausstellen wird, ist das ZGB in manchen Punkten nicht verfassungskonform. Die Gerichte sind zwar gehalten Entscheide und Erlasse auf ihre Grundrechtskonformität zu überprüfen. Dennoch sind sie, aufgrund der in der Schweiz eingeschränkten Verfassungsgerichtsbarkeit, grundsätzlich an Bundesgesetze gebunden.⁴⁶

³⁸ *Sporer gg. Österreich*, FN 2., § 77.

³⁹ *Sporer gg. Österreich*, FN 2, § 84 und 89.

⁴⁰ *Sporer gg. Österreich*, FN 2., § 88.

⁴¹ *Sporer gg. Österreich*, FN 2., § 85.

⁴² Vgl. *Sporer gg. Österreich*, FN 2, § 84 und 89.

⁴³ Vgl. *Sporer gg. Österreich*, FN 2, § 84 und 89; RUMO-JUNGO ALEXANDRA, Gemeinsame elterliche Sorge geschiedener und unverheirateter Eltern, Der Vorentwurf und der geplante Entwurf des Bundesrates, in : Jusletter vom 15. Februar 2010 [zit.: RUMO-JUNGO, FN 43], Rz. 15; Anderer Ansicht zumindest noch vor dem Urteil *Sporer gg. Österreich*, FN 2: MEIER PHILIPP, L'autorité parentale conjointe, L'arrêt de la CourEDH *Zaunegger c. Allemagne* – quels effets sur le droit suisse ?, in : RMA/ZKE 2010, S. 246 ff. [zit.: MEIER, FN 43], S. 256. Danach dürfte eine Überprüfungsöglichkeit der Sorgerechtszuteilung durch das Gericht genügen, wenn dieses das Sorgerecht auch gegen den Willen des alleinigen Sorgerechtsinhabers durchsetzen könne.

⁴⁴ MEIER, FN 43, S. 256.

⁴⁵ Vgl.: *Zaunegger gg. Deutschland*, FN 1, § 55; *Sporer gg. Österreich*, FN 2, § 85.

⁴⁶ Art. 190 der Schweizerischen Bundesverfassung vom 18. April 1999 (SR 101) [zit.: BV].

3.1. Diskriminierung lediger Väter nach Art. 8 Abs. 2 BV

Wesentlich strenger als das akzessorische Diskriminierungsverbot der EMRK ist das Diskriminierungsverbot nach Art. 8 Abs. 2 BV, welches unabhängig von anderen Rechten angerufen werden kann. Eine Diskriminierung liegt vor, wenn eine Ungleichbehandlung an ein verpöntes Merkmal anknüpft und nicht mit ernsthaften triftigen Gründen gerechtfertigt werden kann.⁴⁷ Diese qualifizierte Rechtfertigung setzt nach herrschender Lehre eine Verhältnismässigkeitsprüfung voraus: Einerseits ist erforderlich, dass der mit der staatlichen Massnahme verfolgte Zweck zulässig ist, andererseits muss die Benachteiligung der Betroffenen in Bezug diesen Zweck geeignet, erforderlich und zumutbar sein.⁴⁸ Zu beachten ist, dass eine Unterscheidung die an ein verpöntes Merkmal anknüpft die Vermutung einer Diskriminierung erweckt. Die Beweislast für die Rechtfertigung liegt somit in diesen Fällen jeweils beim Staat.⁴⁹ Verpönte Merkmale sind z.B. das Geschlecht oder der Zivilstand.⁵⁰ Eine Unterscheidung aufgrund eines verpönten Merkmals liegt z.B. vor, wenn das Sorgerecht verheirateten Vätern erteilt, ledigen Vätern jedoch vorenthalten wird. Eine pauschale gesetzliche Annahme, dass das Kindeswohl eine solche Ungleichbehandlung der Väter erfordere, dürfte auch den strengen Anforderungen von Art. 8 Abs. 2 BV nicht genügen. Für eine Rechtfertigung müsste geradezu ein wissenschaftlicher Konsens über die Richtigkeit dieser Annahme vorliegen. Die bestehenden wissenschaftlichen Erkenntnisse deuten jedoch sogar in die gegenteilige Richtung.⁵¹ Einen anderen Grund, welcher die Ungleichbehandlung rechtfertigen könnte, hat der beweispflichtige Gesetzgeber nicht vorgebracht.⁵²

3.2. Gleiche Rechte für Frau und Mann

Handelt es sich um eine Ungleichbehandlung aufgrund des Geschlechts, so sind die Anforderungen an die Rechtfertigungsgründe nochmals höher: Die Diskriminierung aufgrund des Geschlechts ist nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung verboten und kann nur in ganz besonderen Fällen gerechtfertigt werden.⁵³ Das Geschlecht ist demnach kein taugliches Kriterium für rechtliche Differenzierungen; Frau und Mann sind aus Prinzip in allen Lebensbereichen gleich zu behandeln. Ausnahmen sind nur dann zulässig, wenn auf dem Geschlecht beruhende biologische und funktionale Unterschiede eine Gleichbehandlung absolut ausschliessen. Diese Unterschiede sind sehr eng auszulegen.⁵⁴ Zumindest bei nicht verheirateten Eltern ist es dem Vater heute in der Schweiz von Gesetzes wegen nicht möglich, gegen den Willen der Mutter im Rahmen des Sorgerechts für seine Kinder zu sorgen und zwar selbst dann nicht, wenn aus Sicht des Kindes ein wesentliches Interesse am gemeinsamen oder alleinigen Sorgerecht des Vaters besteht.⁵⁵

Die grundsätzliche Annahme, dass das gemeinsame oder alleinige Sorgerecht des Vaters dem Kindeswohl abträglich sei, lässt sich nach den bereits erwähnten Studien nicht aufrecht erhalten.⁵⁶ Somit vermag dieses Argument auch keine generelle Ungleichbehandlung aufgrund des Geschlechts zu rechtfertigen. Bezüglich anderer Gründe liegt die Beweislast beim Gesetzgeber.⁵⁷ Solche wurden nicht vorgebracht. Somit muss auch in diesem Fall von einer Diskriminierung der ledigen Väter ausgegangen werden. Diesmal gegenüber den Müttern.

V. Anspruchs auf Achtung des Familienlebens

1. Vorbemerkung

Während der Revision wurde dem Anspruch auf Achtung des Familienlebens aus Art. 13 Abs. 1 BV bzw. Art. 8 Ziff. 1 EMRK kaum Beachtung geschenkt. Auch die Botschaft lässt diesen Aspekt vermissen. Dabei ist dieses Grundrecht für jegliche Form des Familienlebens, die Ermöglichung des

⁴⁷47 KIENER REGINA/KÄLIN WALTER, Grundrechte, Bern 2008 [zit.: KIENER/KÄLIN, FN 47], S. 360.

⁴⁸48 Statt vieler: KIENER/KÄLIN, FN 47, S. 363 f.

⁴⁹49 BGE 126 II 377 ff., E. 6a.; KIENER/KÄLIN, FN 47, S. 360 ff.

⁵⁰50 *Zaunegger gg. Deutschland*, FN 1, § 61 f.; KIENER/KÄLIN, FN 47, S. 361.

⁵¹51 S.o.: Kapitel III.

⁵²52 BGE 126 II 377 ff., E. 6a.; KIENER/KÄLIN, FN 47, S. 360 ff.

⁵³53 Eine Ausnahme besteht z.B. bezüglich der Schwangerschaft.

⁵⁴54 BGE 125 I 21 E. 3a. ff.; BGE 129 I 265 E.3.2; KIENER/KÄLIN, FN 47, S.373 f.

⁵⁵55 Art. 298a ZGB.

⁵⁶56 S.o.: Kapitel III.

⁵⁷57 BGE 126 II 377 ff., E. 6a.; KIENER/KÄLIN, FN 47, S. 360 ff.

Zusammenlebens, die Beziehung sowie den Kontakt zwischen Kindern und ihren Eltern von zentraler Bedeutung. Die Schutzwirkung dieses Anspruchs entfaltet sich grundsätzlich ab vollendeter Geburt und bleibt auch dann bestehen, wenn die Eltern getrennt oder geschieden sind, sowie wenn der Kontakt bzw. die Beziehung durch staatliche Massnahmen, Dritte oder aus anderen gerechtfertigten Gründen über längere Zeit erschwert oder unterbunden wurde.⁵⁸ Zu beachten ist bezüglich der folgenden Erwägungen allerdings, dass der EGMR, wenn ein Vertragsstaat die Verwandtschaft zwischen einem Kind und seinem biologischen Vater nicht auch rechtlich schützt, ein grosses manifestiertes Interesses des Vaters an der Beziehung zu seinem Kind voraussetzt, damit er den Schutzbereich des Anspruchs auf Achtung des Familienlebens für anwendbar erklärt.⁵⁹ Allfällige damit verbundene Konsequenzen werden hier nicht geprüft. Die nachfolgenden Betrachtungen betreffen jedoch zumindest im jeweiligen Vertragsstaat rechtlich anerkannte Väter, die einmal Inhaber der elterlichen Sorge gewesen sind.

2. Schutzbereich umfasst das Sorgerecht

Das Sorgerecht wird hier verstanden als das Recht und die Pflicht Verantwortung betreffend wichtigen Entscheidungen über die Zukunft und Erziehung der Kinder zu übernehmen, diese rechtlich zu vertreten, wie auch mit Rechtswirkung für sie in ihrem Namen und Interesse zu handeln. Unter die wichtigen Entscheidungen fallen z.B. Fragen über die Ausbildung, die religiöse Erziehung oder den Wohnort.⁶⁰ Das Sorgerecht ist somit ein Rechtsinstitut, welches den Eltern erst ermöglicht ihre elterlichen Erziehungspflichten gegenüber dem Kind und der Allgemeinheit wahrzunehmen. Bereits seit geraumer Zeit vertritt ein Teil der Lehre die Ansicht, dass das Sorgerecht, ein Teilgehalt des Anspruchs auf Achtung des Familienlebens nach Art. 13 Abs. 1 BV bzw. Art. 8 Ziff. 1 EMRK sei.⁶¹ Demzufolge wäre der Sorgerechtsentzug in Folge Scheidung ein Eingriff in das grundrechtlich geschützte Familienleben. Das Bundesgericht schloss das Sorgerecht bisher allerdings vom Schutzbereich des Anspruchs auf Achtung des Familienlebens aus.⁶²

Mit der Rechtsprechung des EGMR i.S. *Zaunegger gg. Deutschland*⁶³ erkannten die zuständigen Richter im Umstand, dass die Sorgerechtserteilung an ledige Väter von der Zustimmung der Mutter abhängig gemacht wurde eine Diskriminierung gegenüber nicht ledigen Vätern. Eine Diskriminierung gegen Art. 14 EMRK setzt voraus, dass der Schutzbereich eines anderen durch die EMRK grundrechtlich geschützten Anspruchs betroffen ist (akzessorische Diskriminierung).⁶⁴ Damit von einer Diskriminierung bezüglich der Sorgerechtserteilung ausgegangen werden kann, muss das Sorgerecht in den Schutzbereich eines anderen durch die EMRK geschützten Grundrechts fallen. Die Verletzung des Diskriminierungsverbotes aus Art. 14 i.V.m. dem Anspruch auf Achtung des Familienlebens aus

⁵⁸ Vgl. zum Ganzen: Urteil des EGMR *Gül gg. Schweiz* (23218/94) vom 19. Februar 1996 [zit.: *Gül gg. Schweiz*, FN 58], § 32; Urteil des EGMR *Hoppe gg. Deutschland* (28422/95) vom 5. Dezember 2002 [zit.: *Hoppe gg. Deutschland*, FN 58], § 44; Urteil des EGMR *Hokkanen gg. Finnland* (19823/92) vom 23. September 1994 [zit.: *Hokkanen gg. Finnland*, FN 58], § 54; MÜLLER JÖRG PAUL, Grundrechte, in: Müller Jörg Paul/Schefer Markus (Hrsg.), 4. Aufl., Bern 2008 [zit.: MÜLLER, FN 58], S. 234 ff.; FROWEIN JOCHEN ABRAHAM, Europäische Menschenrechtskonvention, Kommentar, in: Frowein Jochen Abraham/Peukert Wolfgang (Hrsg.), Kehl am Rhein 2009 [zit.: FROWEIN, FN 58], S. 297 ff.; KIENER/KÄLIN, FN 47, S. 149 f.; WYTTENBACH JUDITH, Grund- und Menschenrechtskonflikte zwischen Eltern, Kind und Staat, Schutzpflichten des Staates gegenüber Kindern und Jugendlichen aus dem internationalen Menschenrechtsschutz und der Bundesverfassung (Art. 11 BV), Basel/Genf/München 2006 [zit.: WYTTENBACH, FN 58], S. 260 f.

⁵⁹ Urteil des EGMR *Schneider gg. Deutschland* (17080/07) vom 15. September 2011 [zit.: *Schneider gg. Deutschland*, FN 59], § 79 ff.

⁶⁰ Vgl.: *Zaunegger gg. Deutschland*, FN 1, § 40.; Art. 301a E-ZGB.

⁶¹ MÜLLER, FN 58, S. 236; KÄLIN WALTER/KÜNZLI JÖRG, Universeller Menschenrechtsschutz, 2. Aufl., Basel 2008 [zit.: KÄLIN/KÜNZLI, FN 61], S. 446; bereits 1992 mit Hinweisen auf die Niederländische Rechtsprechung: SCHWENZER INGEBOURG, Besprechung des Urteils des Bundesgerichts II. Zivilabteilung, Nr. 5 C.18/1991 vom 12. Dezember 1991, in: AJP/PJA 1992, S. 906 ff. [zit.: SCHWENZER, FN 61], S. 909; Vgl. ferner auch: Art. 18 Abs. 1 KRK, nach welchem für die Erziehung und Entwicklung des Kindes in erster Linie die Eltern – und dies gemeinsam – verantwortlich sind, sowie: Entscheid der EKMR *J.K. gg. Schweiz* (20550/92) vom 30. November 1994 [zit.: *J.K. gg. Schweiz* (E), FN 61].

⁶² BGE 123 III 445 ff., E. 2b.bb.

⁶³ *Zaunegger gg. Deutschland*, FN 1.

⁶⁴ Vgl. KÄLIN/KÜNZLI, FN 61, S. 395; KIENER/KÄLIN, FN 47, S. 368 f.

Art. 8 Ziff. 1 EMRK ist somit nur dann möglich, wenn das Sorgerecht in den Schutzbereich des Anspruchs auf Achtung des Familienlebens fällt. Das Sorgerecht ist folglich durch den Anspruch auf Achtung des Familienlebens grundrechtlich geschützt.⁶⁵ Dass das Sorgerecht als Teilgehalt von Art. 8 Ziff. 1 EMRK zu betrachten ist hat der EGMR mit dem Urteil *Sporer gg. Oesterreich* bestätigt.⁶⁶

3. Anforderungen an die Rechtfertigung des Sorgerechtsentzugs

Die Einschränkung der aus Art. 13 Abs. 1 BV bzw. Art. 8 Ziff. 1 EMRK gewährten Freiheitsrechte muss den Anforderungen von Art. 36 BV bzw. Art. 8 Ziff. 2 EMRK genügen. Die Anforderungen der beiden letztgenannten Artikel überschneiden sich weitgehend.⁶⁷ Gemäss Art. 36 BV erfordert die Einschränkung der grundrechtlichen Ansprüche einer gesetzlichen Grundlage, eines öffentlichen Interesses bzw. des Schutzes von Grundrechten Dritter, der Einhaltung des Verhältnismässigkeitsprinzips sowie der Wahrung des Kerngehalts der Norm.⁶⁸ Nach Art. 8 Ziff. 2 EMRK muss eine Einschränkung gesetzlich vorgesehen und in einer demokratischen Gesellschaft für die nationale oder öffentliche Sicherheit, für das wirtschaftliche Wohl des Landes, zur Aufrechterhaltung der Ordnung, zur Verhütung von Straftaten, zum Schutz der Gesundheit oder der Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer notwendig sein.⁶⁹

Das ZGB ist für den Sorgerechtsentzug eine genügende gesetzliche Grundlage.⁷⁰ Das Wohl und der Schutz des Kindes liegen sowohl im Interesse des Kindes, als auch demjenigen der Öffentlichkeit. Damit besteht ein öffentliches Interesse daran das Grundrecht der Eltern einzuschränken. Liegen im konkreten Einzelfall klare, objektive Gründe für die Annahme vor, dass durch ein gemeinsames elterliches Sorgerecht das Kindeswohl gefährdet wird, so lässt sich ein Sorgerechtsentzug als geeignete, erforderliche und zumutbare Einschränkung des Anspruchs auf Achtung des Familienlebens der betroffenen Person rechtfertigen.⁷¹ Das ZGB sieht jedoch im Falle einer Scheidung generell vor, dass demjenigen Elternteil der die Obhut über seine Kinder verliert zugleich das Sorgerecht entzogen wird.⁷² Eine Ausnahme besteht nur dann, wenn das obhutsberechtigte Elter dem gemeinsamen Sorgerecht zustimmt.⁷³ Die im Kapitel III aufgeführten wissenschaftlichen Analysen zur Sorgerechtsfrage legen den Schluss nahe, dass das gemeinsame Sorgerecht als Regelfall auch nach einer Trennung oder Scheidung zumindest keinen negativen Einfluss auf das Kindeswohl hat.⁷⁴ Darum erweist sich diese generelle Massnahme als ungeeignet dem öffentlichen Interesse am Wohle des Kindes Rechnung zu tragen.⁷⁵ Zugleich scheint der mit der Massnahme verfolgte Zweck im Verhältnis zum Eingriff unverhältnismässig und ist somit unzumutbar.⁷⁶

Trennen sich die Eltern, so kann das Kind – zumindest wenn keine alternierende Obhut in Betracht gezogen werden kann – gezwungenermassen nur bei einem Elternteil leben. Der Staat hat Vorkehrungen zu treffen, um dem Kindeswohl in dieser Hinsicht gerecht zu werden. Dies kann eine Neuregelung der rechtlichen Kindesverhältnisse erfordern. Die gesetzliche Grundlage und das öffentliche Interesse für eine Grundrechtseinschränkung des „obhutslosen“ Elters mögen wiederum

⁶⁵ Vgl. auch: *Zaunegger gg. Deutschland*, FN 1, § 40.

⁶⁶ *Sporer gg. Österreich*, FN 2.

⁶⁷ Urteil des Bundesgerichts 2C_778/2011 vom 24. Februar 2012, E. 3.1; BGE 126 II 425 ff., E. 5a.

⁶⁸ Art. 36 BV.

⁶⁹ Art. 8 Ziff. 2 der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (SR 0.101) [zit.: EMRK].

⁷⁰ Vgl. Art. 133 Abs. 1 ZGB.

⁷¹ Art. 36 Abs. 2 und 3 BV; vgl. dazu: REUSSER RUTH/LÜSCHER KURT, in: Ehrenzeller Bernhard/Mastronardi Philippe/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A. (Hrsg.), *Die Schweizerische Bundesverfassung, Kommentar*, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf/St. Gallen 2008 [zit. AUTOR/-IN, in: Ehrenzeller et al., SG-Kommentar], Art. 11, Rz. 10, wonach bei einer Grundrechtskollision die Interessen des Kindes gegenüber denjenigen eines Elternteils i.d.R. vorgehen.

⁷² Art. 133 Abs. 1 ZGB.

⁷³ Art. 133 Abs. 3 ZGB.

⁷⁴ S.o.: Kapitel III; Vgl. ferner auch: SCHWENZER, FN 61, S. 908 f. wonach die humanwissenschaftliche Forschung bereits in den Neunzigerjahren anerkannte, dass die fortdauernde gemeinsame Elternverantwortung die dem Kindeswohl am besten dienende Lösung darstellt.

⁷⁵ KIENER/KÄLIN, FN 47, S. 104 f.

⁷⁶ KIENER/KÄLIN, FN 47, S. 107 ff.

vorliegen.⁷⁷ Eine Neuregelung mag auch geeignet sein, um dem Anliegen des Kindes Rechnung zu tragen. Allerdings kann diesem Interesse bereits mit dem Obhutsentzug alleine nachgekommen werden. Der Obhutsentzug ist milder als der Sorgerechtsentzug. Damit ist ein Sorgerechtsentzug als Regelfall nicht erforderlich.⁷⁸

Ein genereller Sorgerechtsentzug bei fehlendem Einverständnis des obhutsberechtigten Elternteils erweist sich darum als ungerechtfertigt. Er ist ungeeignet, unzumutbar, bzw. nicht erforderlich um den öffentlichen Interessen am Kindeswohl Rechnung zu tragen, damit unverhältnismässig und in einer demokratischen Gesellschaft nicht notwendig.⁷⁹ Der Anspruch auf Achtung des Familienlebens aus Art. 13 Abs. 1 BV bzw. Art. 8 Ziff. 1 EMRK ist damit verletzt.

4. Erhebliche Konsequenz

Diesen Erwägungen zu Folge verstösst ein grundsätzlicher Sorgerechtsentzug im Falle einer Scheidung gegen den Anspruch auf Achtung des Familienlebens aus Art. 13 Abs. 1 BV sowie Art. 8 Ziff. 1 EMRK. Damit verstösst Art. 133 ZGB gegen die Verfassung und das Völkerrecht. Im Rahmen der vom Bundesgericht aus dem Vorrang des Völkerrechts⁸⁰ abgeleiteten sogenannten „verdeckten“ Verfassungsgerichtsbarkeit sind die schweizerischen Gerichte somit zumindest seit dem Urteil *Zaunegger gg. Deutschland*⁸¹ trotz dem entgegenstehenden Wortlaut eines Bundesgesetzes auch vor dem in Kraft treten der revidierten Gesetzesbestimmungen ermächtigt und verpflichtet im Falle einer Scheidung beiden Elternteilen das gemeinsame Sorgerecht zu belassen, sofern nicht ernsthafte objektive Gründe im Einzelfall dagegen sprechen. Für die Anwendung der Schubertpraxis mangelt es am konkreten Willen des Gesetzgebers gegen diesen spezifischen Aspekt des Völkerrechts zu verstossen.⁸²

VI. Sorgerecht und Konkubinat – Vereinbarkeit mit den Resultaten der Vernehmlassung

Die Medienmitteilung vom 16. Dezember 2009 erweckt den Anschein, dass eine Mehrheit der Vernehmlassungsteilnehmer Gegner eines gemeinsamen Sorgerechts für nicht verheiratete Väter die im Konkubinat leben, gewesen sei. In der Mitteilung hiess es: „Keine Mehrheit gewonnen hat der Vorschlag des Bundesrates, wonach im Falle einer Anerkennung des Kindes durch den Vater das Sorgerecht automatisch beiden Elternteilen zustehen soll. (...) Zum gemeinsamen Sorgerecht kommt es nur, wenn sich die Mutter mit dem Sorgerecht des Vaters einverstanden erklärt oder wenn das Gericht auf Klage des Vaters hin so entscheidet. Diese Lösung entspricht der Logik des Konkubinats, wonach die Beteiligten ihre Beziehung grundsätzlich selber regeln.“⁸³ Der Bericht zur Vernehmlassung äussert sich bezüglich der im Konkubinat lebenden Väter nur vage. Es heisst dort verallgemeinernd, dass das automatische gemeinsame Sorgerecht für ledige Väter von vielen Vernehmlassungsteilnehmern abgelehnt worden sei.⁸⁴

Der Vorentwurf sah vor, dass ledigen Vätern das Sorgerecht durch Anerkennung gleichzeitig mit der Entstehung der rechtlich anerkannten Vaterschaft automatisch erteilt würde.⁸⁵ Kritische Stimmen bemängelten am Vorentwurf bezüglich lediger Väter vor allem zwei Dinge: Erstens, dass die Unterhaltsvereinbarung Wegfalle.⁸⁶ Darauf verzichtet nun auch der vorliegende Entwurf.⁸⁷ Zweitens würde nicht zwischen der unterschiedlichen Lebenssituation der einzelnen Väter unterschieden.⁸⁸ So

⁷⁷ Vgl. Art. 133 Abs. 1 ZGB; Art. 36 Abs. 2 BV; vgl. dazu: REUSSER/LÜSCHER, in: Ehrenzeller et al., SG-Kommentar, Art. 11, Rz. 10.

⁷⁸ KIENER/KÄLIN, FN 47, S. 105 ff.

⁷⁹ Art. 36 Abs. 3 BV; Art. 8 Ziff. 2 EMRK.

⁸⁰ BGE 125 II 417 ff., E. 4d.

⁸¹ *Zaunegger gg. Deutschland*, FN 1.

⁸² Vgl.: TSCHANNEN PIERRE, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 3. Aufl., Bern 2011 [TSCHANNEN, FN 82], § 9, Rz. 33 ff.

⁸³ EJPD, Medienmitteilung 16. Dezember 2009, FN 15.

⁸⁴ EJPD, Vernehmlassungsbericht, FN 15, S. 9.

⁸⁵ Art. 298 Abs. 1 VE-ZGB.

⁸⁶ Z.B.: Vernehmlassungsstellungen der Kantone JU, NE, TI sowie Service Social International – Fondation Suisse (SSI).

⁸⁷ BBl. 2011 9077, S. 9103 f.

⁸⁸ EJPD, Vernehmlassungsbericht, FN 15, S. 9.

wiesen einzelne Vernehmlassungsteilnehmer z.B. darauf hin, dass Rund 60% aller ledigen Väter im Konkubinat leben. Auch für weitere 20% der Fälle sei die Regelung geeignet. Es bestünden jedoch in gut 20% aller Fälle Probleme bei der Etablierung der Vaterschaft. Für diese Fälle sei der Vorschlag ungeeignet.⁸⁹

Die Lektüre⁹⁰ von 67 der insgesamt 71 Vernehmlassungsantworten vermittelt dem Autor bezüglich der im Konkubinat lebenden Paare ein anderes Bild als es durch die Medienmitteilung geschaffen wird.⁹¹ Beachtlich scheint bereits Folgendes: 49 Vernehmlassungsteilnehmerinnen befürworteten das gemeinsame Sorgerecht.⁹² Von diesen Befürwortern äusserten sich nur fünf explizit gegen eine automatische Sorgerechtserteilung an ledige im Konkubinat lebende Väter.⁹³ Allerdings fällt auch auf, dass viele Vernehmlassungsteilnehmerinnen nicht explizit zum Spezialfall der ledigen Eltern Stellung bezogen haben.⁹⁴ In diesen Fällen sind zwei Szenarien denkbar: Die Vernehmlassungsteilnehmerinnen haben vergessen sich zu dieser Frage zu äussern oder sie haben es bewusst unterlassen, weil ihnen die Regelung des Vorentwurfs sinnvoll schien. Für die nachfolgende Betrachtung soll von der für die im Konkubinat lebenden Väter ungünstigeren Variante ausgegangen werden, nach welcher die betroffenen Vernehmlassungsantwortenden die Beantwortung der Frage vergessen haben. Ausserdem gaben sich einige Vernehmlassungsteilnehmer zurückhaltend, machten Vorschläge und ketteten ihre Befürwortung oder Ablehnung an Bedingungen ohne klar Stellung zu beziehen.⁹⁵ Zur Frage lediger Eltern Stellung bezogen und vorbehaltlos für oder gegen den Automatismus bezüglich im Konkubinat lebender Eltern Stellung geantwortet haben nach der hier vorgenommenen Auswertung 38 Vernehmlassungsteilnehmerinnen. Davon haben 27 (71%) den vom Bundesrat vorgeschlagenen Automatismus betreffend im Konkubinat lebenden Vätern nicht kritisiert oder explizit positiv bewertet.⁹⁶ Nur elf (29%) waren explizit dagegen.⁹⁷ Davon begründeten zwei die Ablehnung einzig mit dem Verweis auf das heute EMRK-widrige deutsche Recht.⁹⁸

27 Vernehmlassungsteilnehmerinnen bilden gewiss nicht die Mehrheit von insgesamt 71 Vernehmlassungsteilnehmern. Dennoch ist aufgrund der hiesigen Auswertungen eine sehr klare Neigung zu Gunsten einer automatischen Sorgerechtserteilung für im Konkubinat lebende Väter

⁸⁹ Vernehmlassungsstimmungen der Universitäten Basel (UniBS) und St. Gallen (UniSG); vgl. z.B. auch: Schweizerischer Anwaltsverband (SAV), Grüne Partei Schweiz (GPS).

⁹⁰ Gedankt sei an dieser Stelle MOLINARI EVA, HUSMANN MARKUS, BIZE LÉTICIA, MAHAIM RAPHAEL, BRÉA MATHIEU, PAGNAMENTA LORENZO, MAGGETTI MAURIZIO für die Rücklesung einzelner Texte.

⁹¹ Nicht erhältlich waren die Vernehmlassungsstimmungen von: Bund Schweizerischer Frauenorganisationen (alliance F), Eidgenössische Koordinationskommission für Familienfragen (EKKF), Pflegekinder-Aktion Schweiz (PAS), sowie des Schweizerischen Verbandes für Frauenrechte (svf). Nicht berücksichtigte wurden Stimmungen von Teilnehmern die nicht offiziell zur Stellungnahme eingeladen worden sind.

⁹² EJPD, Vernehmlassungsbericht, FN 15, S. 2.

⁹³ Vernehmlassungsstimmungen der Vereinigung schweizerischer Amtsvormundinnen und Amtsvormunde (VSAV), Konferenz der kantonalen Vormundschaftsbehörden (VBK), Verband evangelischer Freikirchen und Gemeinden der Schweiz (VFG), Kanton JU, Katholische Volkspartei Schweiz (KVP).

⁹⁴ Vgl. z.B.: Vernehmlassungsstimmungen der Schweizerischen Volkspartei (SVP), Institut Universitaire Kurt Bösch (IUKB), Schweizerischer Bäuerinnen und Landfrauenverband (SBLV) und Kantone FR, NW, TG, ZG.

⁹⁵ Vgl. z.B.: Vernehmlassungsstimmungen Kanton NE.

⁹⁶ Vernehmlassungsstimmungen der Kantone: BE, BL, GE, LU, OW, SO, SZ, TG, TI, VD, VS, ZH, Parteien: CVP, FDP, CSP, GPS, Organisationen: Marie Meierhofer Institut für das Kind (MMI), Service Social international – Fondation Suisse (SSI), UniBS, UniGE, UniSG (alle drei allerdings kritisch bezüglich ledigen Vätern die nicht im Konkubinat leben), Schweizer Bauernverband (SBV), Schweizer Verband der Bürgergemeinden und Korporationen (SVBK), sowie die Väterverbände CROP, GECOBI, männer.ch, MS.

⁹⁷ Vernehmlassungsstimmungen der Kantone: AR, JU (da keine Unterhaltsvereinbarung), SH, Parteien: Katholische Volkspartei Schweiz (KVP), Evangelische Volkspartei Schweiz (EVP), Organisationen: Schweizerischer Anwaltsverband (SAV), Konferenz der kantonalen Vormundschaftsbehörden (VBK), Schweizerische Vereinigung der Richterinnen und Richter (SVR), Vereinigung schweizerischer Amtsvormundinnen und Amtsvormunde (VSAV), Eidgenössische Kommission für Frauenfragen (EKF), Schweizerischer Katholischer Frauenbund (SKF), Verband evangelischer Freikirchen und Gemeinden der Schweiz (VFG).

⁹⁸ Kanton SH, Schweizerische Vereinigung der Richterinnen und Richter (SVR).

auszumachen. Das durch die Medienmitteilung erweckte Bild, dass eine Mehrheit der Vernehmlassungsteilnehmer gegen den „Automatismus“ für im Konkubinat lebende Väter gewesen sei, ist unzutreffend. Die Gleichbehandlung lediger im Konkubinat lebender Väter gegenüber nicht ledigen Vätern und Müttern hat damit in Bezug auf die Vernehmlassungsergebnisse auch eine gewisse, wichtige demokratische und technokratische Legitimation.

VII. Würdigung des Entwurfs

1. Allgemeines

Der Entwurf hat den Anliegen des EGMR bezüglich des Diskriminierungsverbotes Rechnung getragen und ist der Forderung des Postulats WEHRLI nachgekommen, nach welcher das gemeinsame Sorgerecht zum Regelfall werden soll. Der Rechtsentwicklung im Bereich des Anspruchs auf Achtung des Familienlebens trägt er jedoch zu wenig Rechnung. Die in den nachfolgenden Kapiteln aufgelisteten Punkte sollten trotz des im Allgemeinen positiv zu wertenden Entwurfs nochmals überdacht werden um zu verhindern, dass die Bestimmungen nicht bereits überholt sind bevor sie in Kraft treten. Aufgrund der oben aufgeführten Erwägungen und der bundesgerichtlichen Praxis bezüglich des Vorrangs des Völkerrechts müssten die im Entwurf vorgesehenen Änderungen im Wesenskern bereits heute gelten: Ein grundsätzlicher Sorgerechtsentzug verletzt die Ansprüche aus Art. 13 Abs. 1 BV bzw. Art. 8 Ziff. 1 EMRK. Ledige Väter sind gegenüber nicht ledigen Vätern und Müttern aufgrund des Diskriminierungsverbotes nach Art. 8 BV grundsätzlich gleich zu stellen. Damit sind die Kernanliegen der Sorgerechtsrevision trotz gegenläufigem Gesetzeswortlaut bereits heute Teil der schweizerischen Rechtsordnung. Die Bedeutung der revidierten Gesetzesbestimmungen reduziert sich auf die Beantwortung von (nicht irrelevanten) Nebenfragen.

2. Gleichstellung und Kindeswohl

Obwohl das Thema Gleichstellung ursprünglich neben dem Kindeswohl im Zentrum der Sorgerechtsrevision stand, verlagerte sich die Debatte je länger je mehr fast ausschliesslich auf die Frage des Kindeswohls, die Grundrechte blieben aussen vor.⁹⁹ Dies obwohl sich im Verlauf der von RETO WEHRLI geforderten Abklärungen zeigte, dass das Kindeswohl durch das Sorgerecht kaum beeinflusst wird.¹⁰⁰ Umso bedeutsamer scheint, dass die Botschaft diesen Punkt nochmals explizit aufgreift. Bemerkenswert scheint, dass von einer faktischen Diskriminierung geschiedener Väter gegenüber den Müttern gesprochen wird.¹⁰¹ Der Umstand, dass das Sorgerecht in den vergangenen Jahren im Streitfall in 19 von 20 Fällen der Mutter zugesprochen wurde scheint diese Aussage zu stützen.¹⁰² Sie dürfte dennoch für Brisanz sorgen. Im Grunde genommen setzt sie voraus, dass die heutige Rechtspraxis zu einem grundrechtswidrigen Ergebnis führt. Grundsätzlich scheint der Entwurf den Anforderungen an die Gleichstellung zu entsprechen. Interessante Fragen stellen sich allerdings bezüglich der Sorgerechtserteilung an ledige Eltern. Diese sollen im nachfolgenden Kapitel gesondert betrachtet werden.

3. Sorgerechtserteilung an ledige Väter

Der Vorentwurf sah vor, dass das Sorgerecht zusammen mit der Entstehung der Vaterschaftsverhältnisse durch die Anerkennung automatisch erteilt werde.¹⁰³ Denselben Grundsatz kennt etwa das französische Recht.¹⁰⁴ Der Entwurf sieht nun eine neue Lösung vor: Anders als bei verheirateten Vätern soll das Sorgerecht nicht gleichzeitig mit der Entstehung des Vaterschaftsverhältnisses im Zeitpunkt der Geburt erteilt werden. Ist der Vater nicht verheiratet, werden damit die Sorgerechtserteilung und die Entstehung des Vaterschaftsverhältnisses voneinander getrennt. Erst durch eine gemeinsame Anerkennung von Mutter und Vater, gegen den Willen der

⁹⁹ Postulat WEHRLI, FN 6.; EJPD, Vernehmlassungsbericht, FN 15, S. 2 f.

¹⁰⁰ S.o.: Kapitel III.

¹⁰¹ BBl. 2011 9077, S. 9087 ff.

¹⁰² Entsprechend den Angaben des Bundesamtes für Statistik wurde das alleinige Sorgerecht 2010 in 93,1 %, 2009 in 92,6%, 2008 in 92,5% der Fälle der Mutter zugesprochen (BFS, Zuteilung Sorgerecht, FN 29).

¹⁰³ Art. 298 VE-ZGB.

¹⁰⁴ Vgl. Art. 372 des französischen Code Civil vom 20. März 1804.

Mutter jedoch nur auf Klage des Vaters bei der zuständigen Behörde, soll das Sorgerecht in einem zusätzlichen rein formellen Akt erteilt werden.¹⁰⁵

Der Vorschlag im Entwurf behandelt Mutter und Vater in ihren Rechten und Pflichten aufgrund ihres Geschlechts erneut ungleich. Er setzt geradezu voraus, dass das Interesse des Kindes dem Willen der Mutter entspricht – eine Annahme die z.B. Dänemark bereits seit mehr als 30 Jahren als überholt gilt.¹⁰⁶ Wiederum stellt sich die Frage wieso die Vaterschaft mit seinen Pflichten und dem Anspruch auf Kontakt, Information und Auskunft zwar erstellt, das etwas weiter gehende Sorgerecht, welches es auch ermöglicht für das Kind zu sorgen, jedoch zunächst vorenthalten werden soll.¹⁰⁷ Zwar orientiert sich der Entwurf bezüglich der Erteilung des Sorgerechts eng an der vom EGMR noch „akzeptierten“ Minimalvorgabe.¹⁰⁸ Es fragt sich jedoch ob es nicht weiser ist eine Regelung zu wählen, die mit Wesenskern der Grundrechte besser übereinstimmt und nicht bereits in wenigen Jahren erneut revidiert werden muss. Zu beachten ist insofern insbesondere, dass gerade das Geschlechterdiskriminierungsverbot nach schweizerischem Recht strenger ist als das Diskriminierungsverbot der EMRK und es der erklärte Wille des Verfassungsgebers war vom traditionellen Rollenverständnis zwischen Frau und Mann abzuweichen. Dies verpflichtet den Gesetzgeber grundsätzlich die dafür notwendigen Massnahmen zu treffen um die Gleichberechtigung der Geschlechter zu verwirklichen. Dies wird er kaum erreichen, wenn er die „Vorherrschaft der Mutter über das Kind“ auch weiterhin zementiert.¹⁰⁹

Der Bundesrat rechtfertigt diesen Entscheid damit, dass ein Automatismus die rechtliche Regelung über die Entstehung des Kindsverhältnisses in Frage stelle. Inwiefern diese bestehende Regelung hinterfragt würde, erläutert die Botschaft allerdings nicht.¹¹⁰ Der Grund für diese Haltung müsste folgender sein: Bei ledigen Vätern entsteht das rechtliche Kindsverhältnis nicht wie bei verheirateten Vätern im Zeitpunkt der Geburt, sondern durch Anerkennung oder durch Gerichtsurteil.¹¹¹ Theoretisch ist es darum möglich, dass ein beliebiger Mann das Kind anerkennt und somit rechtlicher Vater des Kindes wird. Die Anerkennung wird der Mutter und dem Kind durch die zuständige Behörde mitgeteilt.¹¹² Auf Klage der Mutter oder des Kindes hin muss der Anerkennende zuerst glaubhaft machen, dass er der Mutter um die Zeit der Empfängnis beigewohnt hat. Erst dann werden auch Mutter und Kind beweispflichtig: Sie müssen beweisen, dass der Anerkennende nicht der Vater ist.¹¹³ Ein Problem dem mit einer medizinischen Vaterschaftsabklärung problemlos abgeholfen werden kann. Bis zur Beseitigung der Vaterschaft hätte dieser Vater nach dem Vorentwurf neben der Vaterschaft auch das Sorgerecht inne.

Neben den bereits existierenden Kindesschutzmassnahmen sieht Art. 311 Abs. 1 Ziff. 1 E-ZGB vor, dass das Sorgerecht mit sofortiger Wirkung entzogen werden kann. Zudem wäre es wohl ohne Weiteres möglich das Sorgerecht nur unter dem Vorbehalt einer Klage zusammen mit der Vaterschaft zu erteilen und im Falle einer Klage das Sorgerecht bis zum Entscheid durch das Gericht zu suspendieren.¹¹⁴ Eine derartige Lösung entspricht nicht nur dem Wesenskern der Grundrechte, die Lösung ist auch wesentlich milder als der Vorschlag das Sorgerecht allen ledigen Vätern erst einmal vorzuenthalten. Vor dem Hintergrund, dass in gut 80% der Fälle lediger Väter keine Probleme bezüglich der Entstehung des Kindsverhältnisses bestehen, bewirkt eine generelle Verpflichtung zu einem rein formellen Akt nur unnötige Bürokratie und zugleich einen Verschleiss wertvoller behördlicher Synergien, welche für die Erarbeitung einer dem Kind dienenden Lösung in den verbleibenden 20% der Fälle gebraucht werden. Nicht zu vergessen ist, dass es auch bei verheirateten Eltern vorkommt, dass diese zur Geburt des Kindes nicht mehr miteinander

¹⁰⁵ Art. 298a E-ZGB.

¹⁰⁶ Vgl. Urteil des EGMR *Rasmussen gg. Dänemark* (8777/79) vom 28. November 1984 [zit.: *Rasmussen gg. Dänemark*, FN 105], § 41.

¹⁰⁷ Vgl. Art. 273 ff. ZGB; BBl. 2011 9077, S. 9087 f.

¹⁰⁸ *Zaunegger gg. Deutschland*, FN 1, § 55.

¹⁰⁹ Vgl. Art. 8 Abs. 2 und 3 BV.

¹¹⁰ BBl. 2011 9077, S. 9104.

¹¹¹ Art. 255 Abs. 1 und Art. 260 ff. ZGB.

¹¹² Art. 11 Abs. 7 der Zivilstandsverordnung vom 28. April 2004 (SR 211.112.2) [zit.: ZStV].

¹¹³ Art. 260b ZGB.

¹¹⁴ Wohl noch besser wäre die Möglichkeit nicht nur das Sorgerecht, sondern zugleich auch das Vaterschaftsverhältnis zu suspendieren (vgl. Vernehmlassungsstellungnahme UniGE). Bei dieser Gelegenheit bietet es sich zugleich an, dass das Gericht das gemeinsame Sorgerecht auf seine Verträglichkeit mit dem Kindeswohl überprüft, sofern sich herausstellen sollte, dass der Beklagte tatsächlich der Kindsvater ist.

zusammenleben und das gemeinsame Sorgerecht aus Sicht des Kindes genauso problematisch sein kann, wie bei ledigen Eltern.

Ergänzend zum in der Botschaft erwähnten Fall gilt es im Interesse des Kindes zu bedenken, dass Väter zuweilen erst nach geraumer Zeit ausfindig gemacht werden können. Für das Kind ist dieser Vater zu Beginn ein Fremder. Mittels einer wiederlegbaren gesetzlichen Vermutung, dass das gemeinsame Sorgerecht dem Kindeswohl nach Ablauf einer gewissen Frist abträglich ist, kann auch diesem Ausnahmeproblem Rechnung getragen werden.¹¹⁵ In solchen begründeten Ausnahmefällen kann es denn auch Sinn machen, wenn z.B. die Kinderschutzbehörde die Kindeswohlverträglichkeit des gemeinsamen Sorgerechts nur auf Antrag überprüft.

4. Periodische Überprüfbarkeit und Rückwirkung der Revision

Ein Sorgerechtsentzug der einmal gerechtfertigt war muss nicht dauerhaft gerechtfertigt bleiben. Zumindest bei einer Veränderung der Umstände sollte auf Antrag die Überprüfung ob der Sorgerechtsentzug nach wie vor gerechtfertigt ist möglich sein. Es entspricht dem Wesenskern der Grundrechte dass ein nicht mehr gerechtfertigter Sorgerechtsentzug aufgehoben wird. Ist der Sorgerechtsentzug länger als notwendig, ist Art. 13 Abs. 1 BV verletzt, da ein Sorgerechtsentzug von kürzerer Dauer eine mildere Massnahme darstellt.¹¹⁶

Der Entwurf sieht vor, dass ein einmal entzogenes Sorgerecht nur mit fünf Jahren Rückwirkung auf Gesuch des nicht sorgeberechtigten Elternteils hin wieder erstellt werden kann. Auch in den Fällen, in welchen das Sorgerecht aufgrund von Art. 133 Abs. 1 ZGB entzogen wurde, muss es unabhängig von einer (willkürlich) festgelegten Dauer auf Antrag möglich sein überprüfen zu lassen ob der Sorgerechtsentzug nach wie vor gerechtfertigt ist. Liegen keine rechtfertigenden Gründe für den Sorgerechtsentzug mehr vor, ist es zurück zu erteilen. Dass ein gewisser Zeitraum verstrichen ist, kann zwar gegen eine Wiedererteilung des Sorgerechts sprechen. Für sich allein genommen vermag das Argument jedoch nicht die pauschale Verweigerung der Rückübertragung des zu rechtfertigen. Werden nicht alle wesentlichen Umstände des konkreten Einzelfalls berücksichtigt, wird das Sorgerecht auch dann nicht wiedererteilt, wenn es eindeutig im Interesse des Kindes liegt. Stigmatisiert werden dadurch einzig die (zu Unrecht) nicht mehr sorgeberechtigten Eltern und gegebenenfalls die Kinder.

Zitiervorschlag: WIDRIG MARTIN, Elterliche Sorge – ein Grundrecht?, in: Jusletter 23. Juli 2012.

¹¹⁵ Vgl. dazu: Art. 372 des französische Code Civil vom 20. März 1804, der eine einjährige Frist vorsieht; Vernehmlassungsstellungnahme UniBS, die vorschlägt eine Frist von sechs Monaten zu setzen.

¹¹⁶ Vgl. Art. 36 Abs. 3 BV; KIENER/KÄLIN, FN 47, S. 104 f.