

Daniel Rosch / Andreas Jud / Tanja Mitrovic

Praxis der KESB im Umgang mit dem Kindesunterhalt aufgrund der Gesetzesnovelle zur gemeinsamen elterlichen Sorge

Ergebnisse einer schweizweiten Online-Befragung

Im Auftrag des Bundesamtes für Justiz untersuchten die Autoren des Beitrages die Praxis der KESB betr. den Kindesunterhalt aufgrund der Gesetzesnovelle zur gemeinsamen elterlichen Sorge. Das Vorgehen von KESB-Mitarbeitenden wurde in einer Online-Umfrage mit Zustimmungsfragen sowie typischen Fallsituationen eruiert. Unabhängig vom Status (gemeinsame bzw. alleinige elterliche Sorge) beurteilen die KESB Unterhaltsfragen weitgehend einheitlich. Es zeigen sich aber verschiedene Unsicherheiten im Umgang mit der Frage des Unterhaltes. Die Ergebnisse werden kritisch beleuchtet und in den Kontext der höchstrichterlichen Rechtsprechung gestellt.

Beitragsarten: Beiträge

Rechtsgebiete: Familienrecht, Eherecht; Kindes- und Erwachsenenschutzrecht

Zitiervorschlag: Daniel Rosch / Andreas Jud / Tanja Mitrovic, Praxis der KESB im Umgang mit dem Kindesunterhalt aufgrund der Gesetzesnovelle zur gemeinsamen elterlichen Sorge, in: Jusletter 14. August 2017

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung und rechtlicher Kontext
- II. Methoden
 - 1. Forschungsdesign
 - 2. Stichprobe
- III. Ergebnisse
- IV. Diskussion
 - 1. Allgemeine Erkenntnisse
 - 2. Einflussfaktoren auf die Entscheidung
 - 3. Folgerungen
 - 4. Fazit

I. Einleitung und rechtlicher Kontext

[Rz 1] Im Rahmen der Revision der elterlichen Sorge wurde auch die Beistandschaft gemäss Art. 309 aZGB abgeschafft.¹ Art. 309 aZGB sah vor, dass in Fällen, in denen eine unverheiratete Frau ein Kind auf die Welt bringt bzw. schwanger ist, eine Beistandschaft zur Herstellung des Kindesverhältnisses angeordnet werden muss und die Frau soweit nötig beraten und «betreut» wird. Dabei musste im alten Recht im Einzelfall keine konkrete Gefährdungssituation vorliegen. Alleine der Umstand, dass kein rechtlicher Vater vorhanden ist, war für die Errichtung einer Beistandschaft ausreichend. Es ging also um einen abstrakten Gefährdungstatbestand. Eine Beistandschaft wurde entgegen diesem Automatismus in der Praxis in aller Regel nur dann angeordnet, wenn der Vater das Kind nicht innert einer in der Regel ein- bis dreimonatigen Frist anerkannt hatte oder innert der Frist die notwendigen Papiere nicht beibringen konnte.² Die Begründung der Abschaffung von Art. 309 aZGB zielte auf die zivilstandsunabhängige Gleichbehandlung und nicht auf den Schutz der Kindesinteressen. Das Kind hat also um seiner Persönlichkeit willen weiterhin Anspruch auf Feststellung des Kindesverhältnisses.³ Folglich konnte die Herstellung des Kindesverhältnisses auch bei der Erziehungsbeistandschaft gemäss Art. 308 Abs. 2 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB; SR 210) eingefügt werden. Damit wurde aber die Eingriffsschwelle für die Beistandschaft erhöht, weil keine abstrakte Gefährdung mehr ausreichend ist, sondern eine konkrete Gefährdungssituation nach Art. 307 Abs. 1 ZGB nachzuweisen ist.⁴ Was dies im Einzelfall bedeutet, ist noch nicht vollständig geklärt. Nach jüngster bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist zumindest die Weigerung der Mutter, den Namen des Vaters bekannt zu geben, ausreichend, um eine Erziehungsbeistandschaft anzuordnen.⁵ Es verbleiben durch die Prüfung der konkreten Kindeswohlgefährdung Ermessensspielräume, die zu erheblicher Rechtsunsicherheit führen.⁶

¹ Vgl. AS 1999 1118 ff.; BBl 1996 I 1; vgl. auch BGE 142 III 545 E. 2 f.

² Siehe zum Ganzen: CHRISTOPH HÄFELI, Das Recht des Kindes auf Feststellung der Vaterschaft und die Regelung des Unterhaltsanspruchs nach der ZGB-Änderung vom 21. Juni 2013 (Inkrafttreten: 1. Juli 2014), ZKE 2014, S. 194 f. m.w.H.; Mustersammlung VBK zu Kindes- und Adoptionsrecht, 4. Aufl. 2005, S. 54 f.

³ Ausführlich ANDREAS JUD/TANJA MITROVIC/DANIEL ROSCH, Praxis der KESB im Umgang mit Feststellungen des Kindesverhältnisses, FamPra.ch 2017, S. xxx (im Erscheinen).

⁴ HÄFELI (Fn 2), S. 201; LINUS CANTIENI/YVO BIDERBOST, Reform der elterlichen Sorge aus Sicht der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (KESB) – erste Erfahrungen und Klippen, FamPra.ch 2015, S. 771 ff., 787.

⁵ BGE 142 III 545 E. 3.2.

⁶ Vgl. ausführlich: JUD/MITROVIC/ROSCHE (Fn 3), sowie ANDREAS BUCHER, Elterliche Sorge im schweizerischen und internationalen Kontext, in: Alexandra Rumo-Jungo/Christiana Fountoulakis (Hrsg.): Familien in Zeiten grenzüberschreitender Beziehungen, Zürich 2013, Rz. 71.

[Rz 2] In derselben Gesetzesnovelle zur elterlichen Sorge⁷ wurde die gemeinsame elterliche Sorge verankert. Die Regelung hat zum Ziel, dass die gemeinsame elterliche Sorge unabhängig vom Zivilstand der Eltern (verheiratet, ledig, geschieden) zum Regelfall wird. Damit können neu nicht verheiratete Elternteile vor dem Zivilstandesamt bzw. vor der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (KESB) eine Erklärung über die gemeinsame elterliche Sorge abgeben, die unter anderem beinhaltet, dass sie sich über den Unterhaltsbeitrag für das Kind verständigt haben (Art. 298a Abs. 2 Ziff. 2 ZGB). Demgegenüber war im vorrevidierten Recht vorgesehen, dass nicht verheiratete Eltern für die gemeinsame elterliche Sorge eine genehmigungsfähige Vereinbarung unter anderem über den Unterhalt vorlegen mussten, welche durch die KESB geprüft wurde (aArt. 298a ZGB). Inwiefern damit ein bezifferbarer Unterhaltsvertrag (UV) gemeint war, der auch vollstreckbar ist, war umstritten, wurde aber von der Lehre zumindest empfohlen.⁸ Bei verheirateten Eltern erfolgte die Festlegung des Unterhaltes wie heute aufgrund eines vorgesehenen rechtlichen Verfahrens (Eheschutz- oder Scheidungsverfahren). Von der Revision unberührt blieb die Möglichkeit, einen Unterhaltsvertrag für das Kind abzuschliessen.

[Rz 3] Mit dem revidierten Recht wird somit klargelegt, dass es für die gemeinsame elterliche Sorge keines Unterhaltsvertrags bei nicht Verheirateten bedarf. Keine Aussage trifft das revidierte Recht hinsichtlich unverheirateter Elternteile mit alleiniger elterlicher Sorge, z.B., weil der Vater das Kind zwar anerkannt hat, die Eltern sich aber einig sind, dass die alleinige Sorge der Mutter für sie das passende Familienmodell darstellt. Damit stellt sich infolge der Revision die Frage, welchen Stellenwert ein Unterhaltsvertrag im geltenden Recht hat bzw. wie die Handhabe der Behörden diesbezüglich aussieht.

[Rz 4] Die KESB wurden im Rahmen eines Forschungsauftrag des Bundesamtes für Justiz zur ihrer diesbezüglichen Praxis befragt. Die Ergebnisse wurden im Schlussbericht und in zwei weiteren Aufsätzen dargestellt und diskutiert.⁹

II. Methoden

1. Forschungsdesign

[Rz 5] Die Studie im Auftrag des Bundesamtes für Justiz wurde in zwei Schritten umgesetzt. In einer Pilotphase wurden ausgewählte Vertreterinnen und Vertreter verschiedener KESB in unterschiedlichen (Sprach-) Regionen, städtischen und ländlichen Räumen in einem offenen Interview nach der Praxis im Bereich Feststellung der Vaterschaft, Unterhaltsvereinbarungen und Einbezug von nahestehenden Personen bei Platzierungen befragt. Thema des vorliegenden Manuskripts ist die Praxis der KESB im Umgang mit dem Kindesunterhalt; die Praxis des Einbezugs nahestehender Personen bei Platzierungen und zur Feststellung der Vaterschaft wurden an anderer

⁷ Änderung des Zivilgesetzbuches vom 21. Juni 2013 betr. die elterliche Sorge (AS 2014 357 ff.).

⁸ Vgl. den Überblick über die Lehrmeinungen bei Yvo BIDERBOST, Bezifferung des Unterhaltsanteils bei gemeinsamer elterlicher Sorge Unverheirateter (Art. 298a Abs. 1 ZGB)?, FamPra.ch 2007, S. 814 ff.

⁹ TANJA MITROVIC/ANDREAS JUD/DANIEL ROSCH, Praxis der KESB zum Einbezug von verwandten und nicht verwandten Personen bei Kindesplatzierungen, ZKE 2017, S. 173 ff.; JUD/MITROVIC/ROSCHE (Fn 3); Schlussbericht Praxis des Vorgehens der KESB bei Vaterschaftsfeststellungen, bei Unterhaltsverträgen und beim Einbezug von verwandten und nicht verwandten Personen bei Kindesplatzierungen durch die KESB auf: <https://www.ejpd.admin.ch/dam/data/bj/aktuell/news/2017/2017-03-29/schlussber-hslu-d.pdf> (Website zuletzt besucht am 15. Juni 2017)

Stelle ausführlich diskutiert.¹⁰ Ziel war es, typische Situationen für die genannten Bereiche in Erfahrung zu bringen und die Bandbreite möglicher Vorgehensweisen zu explorieren, um die anschliessende repräsentative Umfrage möglichst optimal zu gestalten. Diese greift in ihrem Kern auf Vignetten von Fallsituationen zurück, wie sie von einer KESB zu diesen Fragestellungen typischerweise angetroffen werden können. Eine Beschränkung auf typische Situationen wurde gewählt, da kaum die ganze Bandbreite an Fällen und Situationen, mit denen KESB in Bezug auf diese Themen konfrontiert sind, mit vertretbarem zeitlichen und finanziellen Aufwand geprüft werden kann.

[Rz 6] Forschungsmethodisch bieten Vignettenstudien den Vorteil, dass der Einfluss eines einzelnen Merkmals auf eine Entscheidung überprüft werden kann, während alle übrigen Aspekte gleich gehalten werden. Daher ist dieser methodische Zugang ideal, um die unterschiedlichen Vorgehensweisen zu vergleichen und um zu prüfen, welche Faktoren – regionale Unterschiede, Fallaufkommen etc. – die Entscheidung beeinflussen. Die systematische Variation eines einzelnen Merkmals bedeutet, dass bspw. dieselbe Ausgangslage für eine Hälfte der Befragten mit einem betroffenen Mädchen, für die andere Hälfte mit einem betroffenen Jungen dargestellt wird. So kann bspw. geprüft werden, ob auch Faktoren einen Einfluss auf die Entscheidung haben, die eigentlich nicht mit dieser in Zusammenhang stehen sollten bzw. welche Motivlagen ausschlaggebend sein könnten.

[Rz 7] Als Antwortmöglichkeiten wurden zu den Vignetten einerseits Optionen vorgegeben, die in den Pilot-Interviews und den Diskussionen mit dem Auftraggeber und der Begleitgruppe als häufiges Vorgehen identifiziert wurden. Andererseits wurde zusätzlich jeweils eine offene Antwortmöglichkeit geboten, um die ganze Bandbreite des Vorgehens zu erfassen, das von KESB in diesen Situationen angewendet wird. Tabelle 1 bietet einen Überblick über die verwendeten Vignetten zum Thema Vaterschaftsfeststellung sowie den Aspekt, der systematisch variiert wurde, indem den Befragten nach Zufallsprinzip eine Version zugeteilt wurde. Neben den Vignetten enthielt der Fragebogen einige weitere offene und geschlossene Fragen, etwa zu Art und Grösse der befragten KESB und betreffend die ausfüllende Person.

Tabelle 1 Übersicht verwendete Vignetten

Bezeichnung	Themenkomplex	systematisch variiertes Merkmal	
		Version 1	Version 2
Nathalie	Praxis bei Unterhaltsverträgen, fehlende Einreichung Erklärung geS ¹¹	Eltern an gemeinsamer Wohnadresse	Eltern an unterschiedlichen Wohnadressen
Fabian	Praxis bei Unterhaltsverträgen, Einreichung Erklärung geS	Eltern mit Migrationshintergrund	Eltern mit Schweizer Wurzeln

¹⁰ MITROVIC/JUD/ROSCHE (Fn 9), S. 173 ff.; JUD/MITROVIC/ROSCHE (Fn 3).

¹¹ geS meint gemeinsame elterliche Sorge.

2. Stichprobe

[Rz 8] Der Fragebogen wurde in den Sprachen Deutsch, Französisch und Italienisch per E-Mail in Form einer Online-Umfrage an die Präsidentinnen und Präsidenten sämtlicher KESB verschickt, mit der Bitte, den Fragebogen auch an weitere Mitarbeitende zu verschicken. Von den angeschriebenen Mitarbeitenden in KESB haben 183 Personen den Fragebogen komplett ausgefüllt. Angestrebt wurde die Teilnahme von drei Personen pro KESB, was einer Gesamtstichprobe von 438 Personen entsprochen hätte. Die Beteiligung für die komplette Umfrage liegt somit in einem für schriftliche Umfragen zufriedenstellenden Bereich von 40%. Den KESB wurde zugesichert, dass die Umfrage nicht einer einordnenden Wertung dient, entsprechend wurde darauf verzichtet, die einzelne KESB zu identifizieren. Daher kann auch keine Aussage erfolgen, wie breit die zum Zeitpunkt der Umfrage schweizweit 146 KESB in der Studie vertreten sind. Die sprachregionale Verteilung der Antworten (70% deutschsprachig, 22% französischsprachig, 8% italienischsprachig) sowie die Verteilung der Antworten von administrativen (82%) und gerichtlichen Behörden (18%)¹² entsprechen aber in etwa der gesamtschweizerischen Verteilung. Es scheint daher eher unwahrscheinlich, dass gehäufte Antworten aus einzelnen KESB zu einer unausgeglichene Stichprobe geführt haben.

[Rz 9] Beteiligt haben sich Fachpersonen im Alter zwischen 22 und 68 Jahren (Mittelwert 45 Jahre), wobei die Befragten im Durchschnitt¹³ seit sechs Jahren in Organisationen des Kinderschutzes tätig sind; zwei Drittel der Befragten sind weiblichen Geschlechts. Für ihre Tätigkeit können die Teilnehmenden auf verschiedene Qualifikationen zurückblicken (Tabelle 2). Mit 57% verfügt eine Mehrheit über eine juristische Ausbildung. Der erhöhte Anteil an Juristen und Juristinnen wie auch die Anteile der übrigen Berufsgruppen widerspiegelt weitestgehend die Ergebnisse zur Evaluation des Kindes- und Erwachsenenschutzrechts.¹⁴ Erhöht ist mit 17% jedoch der Anteil an Personen mit Mehrfachausbildung. Das dürfte auf einen Selektionseffekt zurückzuführen sein, da diese Gruppe vermutlich besonders engagiert und entsprechend motiviert ist. Zwei Drittel der Befragten gehören dem Spruchkörper an.

Tabelle 2 Ausbildung und Funktion

Ausbildung	Spruchkörper	Fachdienst	Sekretariat	Abklärung	Total ¹
Soziale Arbeit	33	5	1	6	45 (28%)
Rechtswissenschaft	64	26	1	2	93 (57%)
Psychologie	7	0	0	0	7 (4%)
Pädagogik	16	2	1	2	21 (13%)
Andere	15	3	8	1	27 (17%)

¹² Die prozentuale Verteilung zwischen administrativen und gerichtlichen Behörden bezieht sich auf Personen mit vollständigen Werten, 15 Personen haben den Typ ihrer KESB nicht bekannt gegeben.

¹³ Beim angegebenen Wert handelt es sich um den Medianwert.

¹⁴ STEFAN RIEDER/OLIVER BIERI/CHRISTOF SCHWENKEL/VERA HERTIG/HELEN AMBERG, Evaluation Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, Luzern 2016, S. 9, 1, auf: <https://www.ejpd.admin.ch/dam/data/bj/aktuell/news/2016/2016-05-04/ber-interface-evaluation-kesr-d.pdf>. (Website zuletzt besucht am 30. Juni 2017).

Anmerkungen: Die Angaben beziehen sich auf 163 Personen, die sowohl die Frage zur Ausbildung als auch zur Funktion ausgefüllt haben;¹ aufgrund mehrfacher Antwortmöglichkeiten lassen sich die absoluten Werte und Prozentangaben nicht addieren.

III. Ergebnisse

[Rz 10] Die zwei Vignetten Nathalie und Fabian beschreiben eine Situation im Zusammenhang mit Unterhaltsfragen. Während die Eltern von Nathalie trotz Hinweis der KESB keine Erklärung zur gemeinsamen elterlichen Sorge (geS) einreichen, haben die Eltern von Fabian diesen Schritt vollzogen. Bei fehlender Einreichung einer Erklärung zur gemeinsamen elterlichen Sorge (Nathalie) empfehlen zwei Drittel der Befragten einen Unterhaltsvertrag; ebenso viele empfehlen jedoch auch bei eingereichter Erklärung der gemeinsamen elterlichen Sorge (Fabian) einen Unterhaltsvertrag. Eine Beistandschaft wird in beiden Fällen kaum je für notwendig gehalten (Tabelle 3).

Tabelle 3 Häufigkeit der Antwortoptionen bei Vignetten zu Unterhaltsverträgen (UV)

Antwortoption	Vignette Nathalie (keine Erklärung geS) n (%)	Vignette Fabian (Erklärung geS) n (%)
kein Handlungsbedarf	45 (26%)	54 (31%)
Empfehlung für UV	62 (35%)	71 (41%)
Empfehlung für UV und Versuchen, die Eltern zu UV zu motivieren	55 (31%)	48 (27%)
Beistandschaft zur Wahrung des Unterhaltsanspruchs	9 (5%)	0
Beistandschaft aus anderen Überlegungen	1 (1%)	1 (1%)
anderes Vorgehen, keine Beistandschaft	3 (2%)	1 (1%)

[Rz 11] **Zusatzfragen zur Vignette Nathalie.** Im Fall Nathalie (ohne gemeinsame Erklärung) sind 93% der Befragten der Meinung, dass sie bei einer Beistandschaft zur Wahrung der Unterhaltsansprüche zuerst die Eltern zu einem Unterhaltsvertrag motivieren würden, bevor die Unterhaltsansprüche gerichtlich geregelt werden. Von denjenigen, die zuerst motivieren würden, geben wiederum

- 26% an, dass sie dies nur dann tun würden, wenn die Mutter, als hauptbetreuender Elternteil¹⁵, einverstanden wäre,
- weitere 23% geben an, dass sie dies nur tun würden, wenn die Mutter finanziell nicht für das Kind sorgen könne,

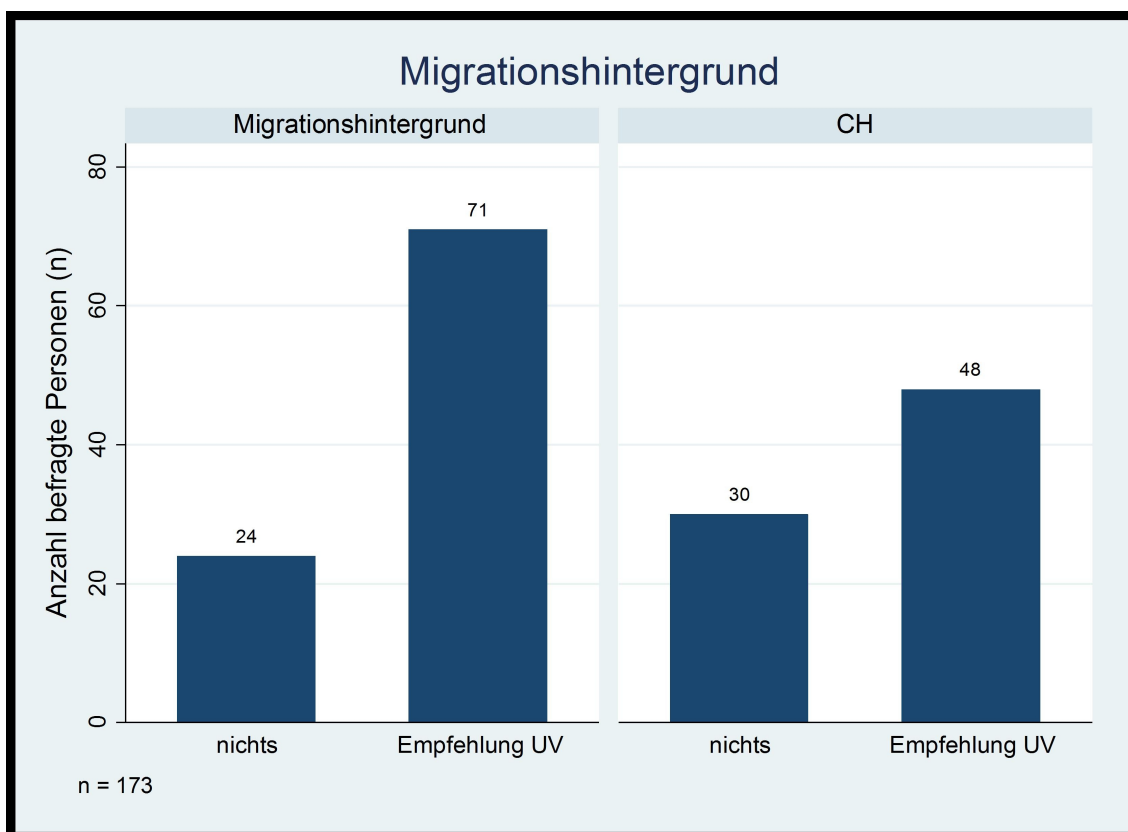
während 51% weitere Gründe nennen. Genannt werden u.a. der Rechtsanspruch des Kindes, die Verpflichtung des Vaters zu Unterhalt unabhängig von seinen finanziellen Möglichkeiten,¹⁶

¹⁵ In den Fallbeispielen zum Unterhalt waren entsprechend der vorherrschenden gesellschaftlichen Realität die Mütter die hauptbetreuenden Elternteile, weshalb in Bezug auf die Unterhaltsverträge unter «Mutter» jeweils der hauptbetreuende Elternteil zu verstehen ist.

¹⁶ Rechtlich ist demgegenüber der Unterhalt von der finanziellen Leistungsfähigkeit des verpflichteten Elternteils abhängig (vgl. Art. 285 ZGB).

die Sicherung einer möglichen künftigen Alimentenbevorschussung sowie die Aussicht auf eine einvernehmliche Lösung, die besser gewähre, dass die Unterhaltsbeiträge auch geleistet würden. Die systematische Variation in der Vignette, ob die unverheirateten Eltern an einer gemeinsamen oder getrennten Adresse leben, hat keinen signifikanten Einfluss auf das Ergebnis.

[Rz 12] **Vignette Fabian.** In der zweiten Vignette zu Unterhaltsverträgen werden die Eltern alternativ als Personen mit Migrationshintergrund oder als Personen mit Schweizer Wurzeln dargestellt. Auf einen Unterhaltsvertrag wird signifikant häufiger hingewirkt, wenn die Eltern einen Migrationshintergrund haben (Grafik 1). Zwei weitere Variablen beeinflussen das Antwortverhalten: Personen aus dem französischsprachigen Landesteil machen deutlich häufiger eine Empfehlung für einen Unterhaltsvertrag (UV) und langjährige Kindeschützer und Kindeschützerinnen sehen eher keinen Handlungsbedarf. Wird als Fortsetzung des Falls beschrieben, dass ein Beratungsgespräch stattgefunden hat, sind 91% der Befragten der Meinung, dass die KESB den UV prüft, den Eltern allfällige Verbesserungsvorschläge mitteilt und danach den UV allenfalls genehmigt. 5 Personen (3%) nehmen den UV lediglich zur Kenntnis, 8 Personen (5%) würden den UV ohne genauere Prüfung genehmigen und 2 weitere (1%) würden die Eltern an einen subsidiären Dienst weiterleiten.



Grafik 1: Hinwirkung auf UV in Abhängigkeit des Migrationshintergrunds (Vignette Fabian)

[Rz 13] Tabelle 4 fasst die Zustimmung zu verschiedenen Aussagen über die Regelung des Unterhalts bei nicht verheirateten Eltern mit gemeinsamer elterlicher Sorge zusammen. Mit 4% besonders gering ist die Zustimmung, dass zur Wahrung des Unterhaltsanspruchs eine Beistandsperson eingesetzt werden soll. Für einzelne Fragen zeigt sich dabei ein deutlicher Unterschied in der Zustimmung je nach Landesteil, KESB-Organisation oder Ausbildung der Befragten. So sind

Personen aus der französischsprachigen Schweiz häufiger der Meinung, dass bei unverheirateten Eltern der Unterhalt in jedem Fall geregelt werden muss. Befragte aus dem Tessin wiederum stimmen signifikant häufiger der Aussage zu, dass der Unterhalt nur bei unverheirateten Eltern, die nicht zusammenleben, geregelt werden muss und dass der Unterhalt erst zum Zeitpunkt der Trennung geregelt werden soll.

[Rz 14] Als Gerichte aufgestellte KESB stimmen deutlich weniger mit der Aussage überein, dass der Unterhalt erst zum Zeitpunkt der Trennung geregelt werden soll. Hingegen stimmen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter an Gerichten signifikant weniger der Aussage zu, dass zur Regelung des Unterhalts von beiden Eltern das Existenzminimum erreicht werden muss. Schliesslich sind Juristen und Juristinnen signifikant weniger als andere Berufsgruppen der Meinung, dass bei unverheirateten Eltern der Unterhalt in jedem Fall geregelt werden muss.

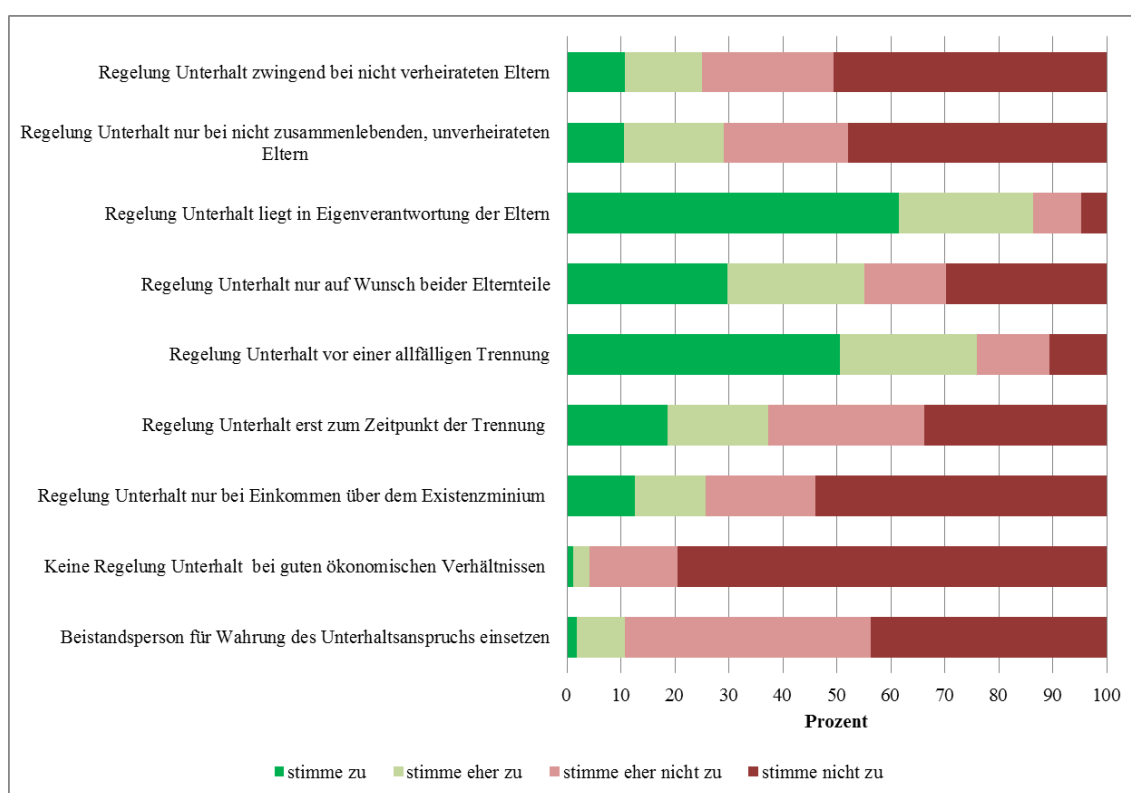


Tabelle 4: Zustimmung zu Aussagen über die Regelung des Unterhalts bei nicht verheirateten Elternteilen und gemeinsamer elterlicher Sorge

IV. Diskussion

1. Allgemeine Erkenntnisse

[Rz 15] Die erfragte Praxis in Bezug auf die Unterhaltsverträge weist keine wesentlichen Unterschiede hinsichtlich der gemeinsamen oder alleinigen elterlichen Sorge auf (vgl. Tabelle 3) – was erstaunt. So sehen etwa gleich viele Personen keinen Handlungsbedarf (alleinige eS: 26%; geS: 31%) oder empfehlen einen Unterhaltsvertrag (alleinige eS: 35% bzw. 31%; geS: 41% bzw. 27%). Damit empfehlen **lediglich rund zwei Drittel der Befragten einen Unterhaltsvertrag, wenn**

keine gemeinsame elterliche Sorge besteht. E contrario und unter Berücksichtigung weiterer Massnahmen zur Sicherstellung des Unterhaltes würden **bei alleiniger elterlicher Sorge gegen 30% keinen Unterhaltstitel ermöglichen**, wovon ein Viertel überhaupt keinen Handlungsbedarf sieht. Wiederum je rund ein Viertel derjenigen, die zunächst zu einem Unterhaltsvertrag motivieren würden, geben an, eine Beistandschaft nur dann zu errichten, wenn die Mutter einverstanden ist oder wenn die Mutter finanziell nicht für das Kind sorgen kann. **Beinahe identisch sieht die Situation bei gemeinsamer elterlicher Sorge aus.**

[Rz 16] Wenn eine Beistandschaft zur Herstellung des Kindesverhältnisses errichtet wird, so sehen die befragten KESB-Mitarbeitenden beim ebenfalls im Rahmen der Studie benutzten Fallbeispiel Tilo,¹⁷ das im Zusammenhang mit der Herstellung des Kindesverhältnisses die ausländische anonyme Samenspende zum Inhalt hatte, rund 50% der Befragten in der Deutschschweiz und 70% bis 80% der lateinischen Schweiz vor, dass auch eine Beistandschaft zur Feststellung des Unterhaltsanspruchs angeordnet wird. Die Chance, dass in dieser Konstellation der Unterhalt geltend gemacht werden kann, ist jedoch eher klein. Trotzdem wird die Errichtung einer entsprechenden Beistandschaft deutlich befürwortet. In die gleiche Richtung gehen die Auffassungen beim weiteren Fallbeispiel Ina Lisa (Feststellung der Vaterschaft bei sich standhaft weigender Mutter, den Namen des Vaters bekannt zu geben):¹⁸ Hier nannten ein Drittel der Befragten den Unterhaltsanspruch als Begründung für die Errichtung einer Beistandschaft; die Hälfte der Befragten, die eine Beistandschaft errichten würden, würden dies auch wegen des Unterhaltsanspruches tun. Daraus lässt sich schliessen, dass **mit einer Beistandschaft zur Herstellung des Kindesverhältnisses regelmässig auch eine solche zur Festlegung des Unterhaltsanspruches verknüpft wird** bzw. die Fragen von Vaterschaft und Unterhalt miteinander verknüpft gesehen werden.

2. Einflussfaktoren auf die Entscheidung

[Rz 17] Für die systematisch variierten Aspekte der beiden Vignetten zu UV bei unverheirateten Paaren fand sich für die erste Vignette (Nathalie) kein signifikanter Unterschied, wenn die Eltern eine gemeinsame Wohnadresse haben oder an unterschiedlichen Orten gemeldet sind. Für die Vereinbarung der finanziellen Beteiligung an der Erziehung des Kindes ist das Zusammenleben aus Sicht der Fachkräfte offensichtlich nicht entscheidend, obwohl sich die Frage des Unterhaltes gerade bei getrennter Wohnsituationen de facto akzentuiert, und zwar unabhängig von der Frage, ob die Kindeseltern getrennt sind (vgl. Tabelle 4). In der Vignette Fabian mit Eltern mit Erklärung zur gemeinsamen elterlichen Sorge wird signifikant häufiger auf einen UV hingewirkt, wenn die Eltern einen Migrationshintergrund aufweisen. Dieser Unterschied ist aufgrund bisheriger Literatur zum Thema wenig überraschend:¹⁹ Bei Personen mit Migrationshintergrund wird einerseits – verknüpft mit einem höheren Anteil an Armutsbetroffenen – eher von einem hö-

¹⁷ Siehe eingehend JUD/MITROVIC/ROSCHE (Fn 3).

¹⁸ Siehe eingehend JUD/MITROVIC/ROSCHE (Fn 3).

¹⁹ BRETT DRAKE/JENNIFER M. JOLLEY/PAUL LANIER/JOHN FLUKE/RICHARD P. BARTH/MELISSA JONSON-REID, Racial bias in child protection? A comparison of competing explanations using national data. *Pediatrics Online* 2011, S. 1 ff.; EVELINE M. EUSER/MARINUS H. VAN IJZENDOORN/PETER PRINZIE/MARIAN J. BAKERMANS-KRANENBURG, Elevated child maltreatment rates in immigrant families and the role of socioeconomic differences. *Child Maltreat*, 16(1)/2011, S. 63 ff.

heren Bedarf ausgegangen, andererseits ist die Möglichkeit einer verzerrten Wahrnehmung und Entscheidungsfindung bei Personen mit Migrationshintergrund zu berücksichtigen

[Rz 18] Für Aussagen zur Regelung des Unterhalts bestehen teils deutlich unterschiedliche Zustimmungsraten in den Landesteilen sowie je nach Ausgestaltung der KESB und Ausbildungshintergrund. Dabei zeichnet sich ab, dass die Tessiner und Tessinerinnen im Gegensatz zu Befragten in den anderen Landesteilen wirklich nur dann den Unterhalt mit einer Massnahme regeln wollen, wenn es sich aufdrängt, und nicht, weil aktuell eine Trennungssituation ansteht. Eine schlüssige Antwort auf diese Handhabe konnte nicht gefunden werden. Im französischsprachigen Landesteil wiederum ist der Anteil der KESB, die einen UV empfehlen, signifikant höher. Dies dürfte aber auch damit zusammenhängen, dass hier KESB mehrheitlich als Gerichte ausgestaltet sind und gerichtlich ausgestaltete KESB ebenso signifikant häufiger einen UV empfehlen. Hintergrund dürfte mitunter ein unterschiedliches Verständnis von Sinn und Zweck des Unterhaltsvertrages pro futuro sein. Ausserhalb der sprachregionalen Effekte und der Ausgestaltung der KESB scheinen langjährige Fachkräfte im Kinderschutz schliesslich etwas zurückhaltender in ihrer Einschätzung über die Effektivität eines UV zu sein, schlagen sie doch weniger schnell einen UV vor.

3. Folgerungen

[Rz 19] Insgesamt kann vor diesem Hintergrund vermutet werden, dass die **Bedeutung des Unterhaltsanspruchs und insbesondere des Unterhaltsvertrages im Kindesrecht unklar ist**. Das Spannungsverhältnis von staatlichem Eingriff zugunsten des Kindes und Elternautonomie wird offenbar als sehr anspruchsvoll wahrgenommen und dürfte aufgrund der Gesetzesnovelle zu zusätzlicher Unsicherheit geführt haben. Unklar ist, ob hier auf der Grundlage von BGE 111 II 2 E. 2b/c²⁰ der Unterhalt immer vor der Trennung festgesetzt oder dem Willen der Parteien überlassen wird.

²⁰ BGE 111 II 2 E. 2b/c: «... Wohl sei während des bestehenden Konkubinatsverhältnisses das Kindeswohl in der Regel nicht gefährdet. Eine solche Gefährdung entstehe jedoch mit dessen Auflösung; denn auch bei langjähriger Dauer sei der Kindsvater rechtlich noch nicht zur Leistung bestimmter Unterhaltsbeiträge verpflichtet. Da es sich beim Konkubinatsverhältnis um ein rein faktisches Verhältnis handle, habe – im Gegensatz zur Situation bei der Auflösung einer Ehe, wo der Eheschutz- oder Scheidungsrichter zwingend die Verhältnisse bezüglich der Kinder zu regeln habe – bei der Auflösung des Konkubinatsverhältnisses keine Behörde von Amtes wegen mitzuwirken. Zur Wahrung der Ansprüche des Kindes und damit zum Schutze des Kindeswohls müsse im Trennungsfall somit zuerst eine Vereinbarung abgeschlossen bzw. eine gerichtliche Klage angestrengt werden, bevor vom Kindsvater Beiträge erhältlich gemacht werden könnten, was erfahrungsgemäss wesentlich schwieriger sei als der Abschluss einer Vereinbarung während des Konkubinatsverhältnisses. Der finanzielle Unterhalt des Kindes würde in einem solchen Fall nicht mehr lückenlos gewährleistet sein. Ein solcher Schutz sei nur beim Vorliegen eines von der Vormundschaftsbehörde genehmigten Vertrages (Art. 287 ZGB) bzw. eines entsprechenden gerichtlichen Urteils (Art. 279 ZGB) gegeben. Dem allfälligen Argument, der Kindsvater komme während des Konkubinatsverhältnisses für das Kind auf, sei durch Abfassen eines Vertrages mit Suspensivbedingungen Rechnung zu tragen. So könne im Vertrag festgehalten werden, dass für die Dauer des Konkubinatsverhältnisses der Kindsvater seiner Unterhaltspflicht genüge, indem er für sein Kind tatsächlich aufkomme, dass er aber ab Auflösung des Verhältnisses für das Kind einen monatlichen Unterhaltsbeitrag in einem frankenmässig festgelegten Umfang zu entrichten habe (a.a.O. S. 31). ... Es fehle in solchen Fällen eben gerade die eherechtliche Verpflichtung der Eltern, für das Kind gemeinsam zu sorgen, und die Verpflichtung des Vaters, im Sinne von Art. 160 Abs. 2 ZGB für die Familie in gebührender Weise Sorge zu tragen. Insofern besteht in den Fällen nichtehelichen Zusammenlebens in der Tat eine grössere Unsicherheit. Im Interesse der materiellen Sicherheit des Kindes ist deshalb mit der Vorinstanz grundsätzlich zu verlangen, dass auf vertraglichem oder allenfalls gerichtlichem Weg eine jederzeit vollstreckbare Unterhaltsforderung des Kindes gegenüber dem Vater begründet werde. Eine nachträgliche Anpassung an allfällige Änderungen der Verhältnisse ist deswegen nicht etwa ausgeschlossen.» In dieselbe Richtung auch in Bezug auf Art. 277 Abs. 2 Urteil des Bundesgerichts 5A_618/2015 vom 2. März 2016 E. 3.4. unter Bezugnahme auf BGE 139 III 401 E. 3.2. und nun auch BGE 142 III 545 E. 3.

[Rz 20] Hintergrund der Diskussion dürfte sein, ob ein fehlender Unterhaltsvertrag bzw. -titel bei unverheirateten Paaren in jedem Falle oder eher selten eine Kindeswohlgefährdung darstellt. Die Praxis der Behörden scheint darauf hinzudeuten, dass man **eher selten von einer Kindeswohlgefährdung ausgeht**.

[Rz 21] **Aus unserer Sicht ist das Kindeswohl auf der Grundlage des genannten BGE 111 II 2 und BGE 142 III 545 grundsätzlich besser gewahrt, wenn ein Unterhaltstitel vorliegt.** Auch wenn eine zivilstandsunabhängige Regelung durchaus anzustreben ist, müssen die besonderen Unterschiede im Rahmen von Schutzüberlegungen zugunsten des Kindes beurteilt werden. Deshalb sollte bei unverheirateten Personen grundsätzlich auch auf einen Unterhaltstitel hingewirkt werden, und zwar im Einzelfall nötigenfalls auch mittels Errichtung einer Beistandschaft. So sieht einerseits das Zivilgesetzbuch nach der Revision der gemeinsamen elterlichen Sorge weiterhin den Unterhaltsvertrag als kindesrechtliches Instrument vor. Andererseits findet sich für den Fall der Trennung nicht ein speziell dafür vorgesehenes rechtliches (Eheschutz- oder Scheidungs-) Verfahren, in dem der Unterhalt festgelegt wird. Im Rahmen der Revision wurde im Gesetzgebungsprozess die Auffassung vertreten, dass bei gemeinsamer elterlicher Sorge ein Unterhaltsvertrag nicht per se durchgesetzt werden könne; diese Auffassung wurde in der Praxis z.T. generalisiert und auch zur Begründung beigezogen, weshalb eine Unterhaltsregelung auch bei alleiniger elterlicher Sorge nicht notwendig ist.²¹ **Die Ermöglichung eines Unterhaltstitels muss aus unserer Sicht zunächst für Eltern mit alleinigem Sorgerecht gelten, die keine gemeinsame Erklärung abgegeben haben, und erst recht dann, wenn die gemeinsame elterliche Sorge nicht möglich ist.**

[Rz 22] **Bei gemeinsamer elterlicher Sorge** zeigen sich dieselben Unsicherheiten. Sie stehen aber mutmasslich in einem anderen Kontext. Es stellt sich die Frage, inwiefern bei einer Erklärung über die gemeinsame elterliche Sorge gemäss Art. 298a ZGB, wodurch die Eltern bestätigen, dass sie sich über den Unterhaltsbeitrag verständigt haben, überhaupt noch Raum für einen Unterhaltsvertrag ist. Diese Frage wird uneinheitlich beantwortet, was sich auch in den Ergebnissen zeigt. Auch hier ist **aus unserer Sicht im Grundsatz ein Unterhaltsvertrag zu ermöglichen**.

[Rz 23] **Es wäre aber unabhängig der divergierenden Auffassungen wünschenswert, wenn diese Unsicherheit in Bezug auf die Bedeutung des Unterhaltsanspruches geklärt würde, damit dieses wichtige kindesrechtliche Instrument zumindest in Bezug auf seine Bedeutung schweizweit einheitlich angewendet wird.** Der Bundesrat hat dies im Rahmen des Berichtes zu den ersten Erfahrungen im Kindes- und Erwachsenenschutz vom 29. März 2017 zum Anlass genommen, seine Position zusätzlich herauszustreichen:

«Der Bundesrat ist aber jedenfalls der Ansicht, dass das Fehlen einer verbindlichen Unterhaltsvereinbarung allein nicht ausreicht, um dem betroffenen Kind eine Beistandsperson zu bestellen. Dies umso mehr, wenn die Eltern gemeinsam sorgeberech-

²¹ Vgl. aber die zum Teil abweichenden Stellungnahmen in der Botschaft zu einer Änderung des Zivilgesetzbuches vom 16. November 2011 (Elterliche Sorge), BBl 2011 9077 ff. (S. 9088) sowie Bundesrätin Sommaruga im Parlament AB 2013 N 702 f.: «Hier [= unverheiratete Eltern, welche nicht im gleichen Haushalt leben; Anm. der Autoren] davon auszugehen, dass diese Eltern *per se* [Hervorhebung durch die Autoren] im Streit sind und sich uneinig sind, und von ihnen allen einen Vertrag zu verlangen bedeutet für den Bundesrat, dass Kinder von verheirateten und Kinder von unverheirateten Paaren erneut ungleich behandelt würden. Das ist aber aus seiner Sicht nicht gerechtfertigt.» Und ebenso: «Wenn es zum Streit über den Kindesunterhalt kommt, besteht weder im Fall von verheirateten Eltern noch im Fall von nicht miteinander verheirateten Eltern von Anfang an ein vollstreckbarer Unterhaltstitel. In beiden Fällen muss ein gerichtliches Verfahren durchgeführt werden; in beiden Fällen kann das Gericht im Rahmen eines summarischen Verfahrens einen Entscheid über den Beitrag für das Kind treffen, der vollstreckbar ist».

tigt sind und damit gegenüber der Behörde bestätigt haben, dass sie sich über den Unterhaltsbeitrag für das Kind verständigt haben. Die gegenteilige Position würde den Zielen des Gesetzgebers im Rahmen der Sorgerechtsrevision diametral entgegenstehen. Dies schliesst es selbstverständlich nicht aus, dass aufgrund der Umstände des Einzelfalles – etwa wenn der Vater seinen Unterhaltungspflichten nicht nachkommt – die notwendigen Massnahmen zu treffen sind».²²

[Rz 24] Damit scheint der Bundesrat die Auffassung zu vertreten, dass der Kindesunterhalt im Grundsatz auch nicht bei alleiniger elterlicher Sorge notwendig ist, es sei denn, dies sei im Einzelfall geboten. Dies wäre somit durch die Behörde im Einzelfall zu beurteilen. Ansätze hierzu wären aus unserer Sicht die Unfähigkeit bzw. Unsicherheit der Mutter, selbständig den Unterhalt geltend machen zu können sowie die notwendige und absehbare Finanzierung des Kindes bei der Sozialhilfe, welche ansonsten auch wiederum auf die Mutter im Rahmen der Subsidiarität zurückgreifen würde.

4. Fazit

[Rz 25] Damit ergibt sich aus der Praxisevaluation der KESB folgendes Fazit:

- Die Praxis in Bezug auf Unterhaltsverträge weist keinen signifikanten Unterschied auf, ob gemeinsame elterliche Sorge oder alleinige elterliche Sorge besteht. Trotz fehlender gemeinsamer elterlicher Sorge würden lediglich rund zwei Drittel der Befragten einen UV empfehlen.
- Mit der Beistandschaft zur Herstellung des Kindesverhältnisses wird regelmässig auch eine solche zur Festlegung des Unterhaltsanspruches verknüpft.
- Während die Frage, ob Eltern zusammenleben, die Entscheidung zu einem UV nicht beeinflusst – obschon sich die Frage des Unterhalts bei getrennter Wohnsituation akzentuiert –, wird bei Eltern mit Migrationshintergrund häufiger auf einen UV hingewirkt. Möglicherweise wird hier aufgrund höherer Armutsbetroffenheit von einem höheren Bedarf ausgegangen.
- Aus diesen Ergebnissen können folgende Feststellungen abgeleitet werden:
 - Unsicherheiten in Bezug auf die Bedeutung des Unterhaltsanspruches und des Unterhaltsvertrages sind feststellbar, insbesondere stellt sich die Frage, inwiefern ein fehlender Unterhaltsvertrag bzw. -titel eine Kindeswohlgefährdung darstellt, aber auch, inwiefern ein Unterhaltsvertrag neben der gemeinsamen elterlichen Sorge erforderlich oder wünschbar ist. Wünschenswert ist eine Klärung dieser Fragestellungen.
 - Bei unverheirateten Elternteilen ist aus unserer Sicht dem Kindeswohl besser Rechnung getragen, wenn ein Unterhaltsvertrag abgeschlossen bzw. ein Unterhaltstitel ermöglicht wird.

Prof. (FH) Dr. iur. DANIEL ROSCH, dipl. Sozialarbeiter FH, MAS Nonprofit-Management, Hochschule Luzern – Soziale Arbeit.

²² Erste Erfahrungen mit dem neuen Kindes- und Erwachsenenschutzrecht. Bericht des Bundesrates in Erfüllung der Postulate 14.3776, 14.3891, 14.4113 und 15.3614 vom 29. März 2017, S. 61 auf: <https://www.ejpd.admin.ch/dam/data/bj/aktuell/news/2017/2017-03-29/ber-br-d.pdf> (Website zuletzt besucht am 16. Juni 2017).

Dr. phil. ANDREAS JUD, Psychologe, Hochschule Luzern – Soziale Arbeit.

TANJA MITROVIC, M.A. Soziologie, wissenschaftliche Mitarbeiterin, Hochschule Luzern – Soziale Arbeit.