



Die Regelung des Unterhalts nach Trennung oder Scheidung im Mangelfall – Hinweise aus menschenrechtlicher Sicht

Studie zuhanden des Bundesamtes für Justiz

Christina Hausammann

Irene Grohsmann

Josefin de Pietro

Bern, 28. Januar 2014

Schweizerisches Kompetenzzentrum für Menschenrechte (SKMR)

Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH)

Centro svizzero di competenza per i diritti umani (CSDU)

Swiss Center of Expertise in Human Rights (SCHR)

Schanzeneckstrasse 1, 3001 Bern

Telefon +41 31 631 86 55, evelyne.sturm@skmr.unibe.ch

Verzeichnis der Autorinnen

Christina Hausammann

Lic. iur., Leiterin Themenbereich Geschlechterpolitik

Irene Grohsmann

MLaw, Wissenschaftliche Mitarbeiterin Bereich Geschlechterpolitik

Josefin de Pietro

M.A., Wissenschaftliche Mitarbeiterin Bereich Geschlechterpolitik

Diese Studie gibt die Meinung der Autorinnen wieder und bindet nur das Schweizerische Kompetenzzentrum für Menschenrechte.

INHALTSVERZEICHNIS

| | |
|---|----|
| Abkürzungsverzeichnis | V |
| I. Auftrag und Aufbau der Studie | 1 |
| II. Ausgangslage | 1 |
| 1. Heutige Rechtslage | 1 |
| 2. Kritik des CEDAW-Ausschusses | 3 |
| 3. Überprüfung der Praxis durch das Bundesgericht 2009 | 4 |
| 4. Reformvorschläge | 4 |
| III. Menschenrechtliche Vorgaben | 8 |
| 1. Diskriminierungsverbot bzw. Geschlechtergleichstellungsgebot | 8 |
| 1.1. Grundsätze | 8 |
| 1.2. Auflösung der Ehe sowie Unterhaltsrecht und Unterhaltspflicht | 10 |
| 2. Garantie des Existenzminimums | 12 |
| 3. Recht des Kindes auf Betreuung und Unterhalt | 15 |
| 3.1. Verpflichtung der Staaten zum Schutz der Familie | 15 |
| 3.2. Die Rechte und der Schutz des Kindes | 15 |
| 3.3. Umfang der Unterstützung | 16 |
| 3.4. Geltendmachung von Unterhaltsansprüchen | 17 |
| 4. Konflikte zwischen menschenrechtlichen Ansprüchen | 17 |
| 5. Fazit: Verpflichtungen der Vertragsstaaten | 18 |
| IV. Beurteilung der schweizerischen Rechtslage | 19 |
| 1. Die Situation des unterhaltsverpflichteten Elternteils | 19 |
| 2. Die Situation des unterhaltsberechtigten Elternteils | 19 |
| 2.1. Benachteiligung | 19 |
| 2.2. Diskriminierung? | 21 |
| 3. Die Situation des Kindes | 23 |
| 4. Die <i>Mankoteilung</i> im Lichte der menschenrechtlichen Vorgaben | 25 |
| V. Rechtsvergleichende Hinweise | 27 |
| 1. Deutschland | 27 |
| 2. Österreich | 27 |
| 3. Schweden | 28 |
| 4. Frankreich | 28 |
| 5. Erkenntnisse aus der rechtsvergleichenden Untersuchung | 29 |
| VI. Schlussfolgerungen und Empfehlungen | 30 |
| Anhang | 32 |
| Lösungsmodelle ausgewählter Staaten | 32 |
| I. Deutschland | 32 |
| 1. Grundsätze | 32 |
| 2. Unterhaltsberechnung | 32 |
| 3. Selbstbehalt der unterhaltsverpflichteten Person | 33 |
| 4. Kindergeld | 34 |
| 5. Mangelfall | 34 |
| 5.1. Unterhaltsvorschuss durch das Jugendamt | 34 |

| | | |
|--------|---|----|
| 5.1.1. | Voraussetzungen | 34 |
| 5.1.2. | Rückzahlung..... | 35 |
| 5.2. | Sozialhilfe | 35 |
| II. | Österreich..... | 36 |
| 1. | Grundsätze..... | 36 |
| 2. | Unterhaltsberechnung..... | 36 |
| 3. | Existenzminimum und Unterhaltsexistenzminimum der unterhaltsverpflichteten Person | 37 |
| 4. | Unterhaltsvorschuss..... | 38 |
| 4.1. | Rückzahlung der Vorschüsse..... | 38 |
| 5. | Weitere Möglichkeiten | 39 |
| 5.1. | Familienbeihilfe | 39 |
| 5.2. | Kinderbetreuungsbeihilfe..... | 39 |
| 5.3. | Notstandshilfe..... | 40 |
| 5.4. | Bedarfsorientierte Mindestsicherung | 40 |
| III. | Schweden | 40 |
| 1. | Contribution d'entretien | 41 |
| 1.1. | Aide financière d'entretien pour les enfants n'ayant pas atteint leur 18ème année | 41 |
| 1.2. | Aide financière d'entretien pour les enfants ayant atteint leur 18ème année..... | 43 |
| IV. | Frankreich | 43 |
| 1. | Autorité parentale et obligation de contribution | 43 |
| 2. | Pension alimentaire et moyens de recouvrement | 45 |
| 3. | Plusieurs aides en cas de non-paiement de la pension alimentaire, mais pas de système de compensation de la pension alimentaire | 46 |
| 3.1. | Pour les parents isolés : allocation de soutien familial | 46 |
| 3.2. | Pour les parents non isolés : aide du service de recouvrement pour les pensions alimentaires non payées..... | 47 |
| 3.3. | Pour les parents isolés et non isolés : revenu de solidarité active | 48 |
| | Literatur und Materialien | 49 |
| | Literatur..... | 49 |
| | Materialien | 49 |

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

| | |
|-----------------|---|
| ABGB | Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch Österreich |
| Abs. | Absatz |
| AEMR | Allgemeine Erklärung der Menschenrechte vom 10. Dez. 1948 |
| Art. | Artikel |
| AuG | Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer vom 16. Dezember 2005, SR 142.20 |
| BBl | Bundesblatt |
| BG | Bundesgesetz |
| BGB | Bürgerliches Gesetzbuch Deutschland |
| BGBI | Bundesgesetzblatt Deutschland bzw. Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich |
| BGE | Bundesgerichtsentscheid |
| BJ | Bundesamt für Justiz |
| BV | Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, SR 101 |
| CEDAW | Übereinkommen vom 18. Dezember 1979 zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau, SR 0.108 |
| CEDAW-Ausschuss | Ausschuss gegen die Diskriminierung der Frau / Committee on the Elimination of Discrimination against Women |
| CRC | Ausschuss für die Rechte des Kindes / Committee on the Rights of the Child |
| ECOSOC | Wirtschafts- und Sozialrat der Vereinten Nationen / Economic and Social Council |
| EDA | Eidgenössisches Departement für auswärtige Angelegenheiten |
| EGMR | Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte |
| EJPD | Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement |
| EKF | Eidgenössische Kommission für Frauenfragen |
| EMRK | Europäische Menschenrechtskonvention (Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten), SR 0.101 |
| EO | Exekutionsordnung Österreich |
| ESC | Europäische Sozialcharta |
| EstG | Einkommensteuergesetz Deutschland |
| FamPra.ch | Die Praxis des Familienrechts |
| Fn. | Fussnote |
| HRC | Menschenrechtsrat / Human Rights Council |

| | |
|------------|---|
| i.V.m. | in Verbindung mit |
| KRK | Übereinkommen vom 20. November 1989 über die Rechte des Kindes, SR 0.107 |
| KV | Kantonsverfassung |
| lit. | littera (Buchstabe) |
| MRA | UNO-Menschenrechtsausschuss |
| Pakt I | Internationaler Pakt vom 16. Dezember 1966 über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, SR 0.103.1 |
| Pakt II | Internationaler Pakt vom 16. Dezember 1966 über bürgerliche und politische Rechte, SR 0.103.2 |
| RIS | Rechtsinformationssystem des Bundeskanzleramts Österreich |
| SKOS | Schweizerische Konferenz für Sozialhilfe |
| SKMR | Schweizerisches Kompetenzzentrum für Menschenrechte |
| S. | Seite |
| SR | Systematische Sammlung des Bundesrechts |
| UhVorschG | Unterhaltsvorschussgesetz Deutschland |
| UVG | Unterhaltsvorschussgesetz Österreich |
| WSK-Rechte | wirtschaftliche, soziale und kulturelle (Menschen)-Rechte |
| ZGB | Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907, SR 210 |
| ZP | Zusatzprotokoll |
| ZPO | Schweizerische Zivilprozessordnung (Zivilprozessordnung) vom 19. Dezember 2008, SR 272 |
| ZUG | Bundesgesetz über die Zuständigkeit für die Unterstützung Bedürftiger (Zuständigkeitsgesetz) vom 24. Juni 1977, SR 851.1. |

I. AUFTRAG UND AUFBAU DER STUDIE

Das Bundesamt für Justiz beauftragte¹ das Schweizerische Kompetenzzentrum für Menschenrechte (SKMR) damit, abzuklären, welche Anforderungen und Rahmenbedingungen sich aus den von der Schweiz ratifizierten Menschenrechtsübereinkommen hinsichtlich der Unterhaltsregelung nach Trennung und Scheidung ableiten lassen, falls das gemeinsame Einkommen der Ehegatten zur Deckung der beiden neu entstandenen Haushalte nicht ausreicht. Untersucht werden sollte ferner im Sinne eines Rechtsvergleichs, wie in anderen Ländern der Unterhalt geregelt, wie das Manko auf die Unterhaltsverpflichteten und Unterhaltsberechtigten aufgeteilt und wie insbesondere der Kinderunterhalt sichergestellt wird.

Die vorliegende Studie umschreibt zunächst die geltende Rechtslage und die wesentlichen Grundzüge der Kritik an der heutigen Praxis. Dargelegt werden sodann die zurzeit laufenden Revisionen im Familienrecht. Daran anschliessend wird der Frage nachgegangen, welche Vorgaben sich aus den von der Schweiz anerkannten Grund- und Menschenrechten für eine rechtsgleiche bzw. geschlechter- und kindgerechte Unterhaltsregelung im Falle einer Mangelsituation ergeben. Mit Blick auf die aktuelle rechtliche Situation in der Schweiz werden namentlich folgende Aspekte beleuchtet:

- Widerspricht die einseitige Überwälzung des Mangelbetrags auf die Unterhaltsberechtigten dem Gleichbehandlungsgebot bzw. dem Diskriminierungsverbot?
- Welche Anforderungen an eine Unterhaltsregelung lassen sich aus den menschenrechtlich verbrieften Rechten des Kindes entnehmen?
- Welche Vorgaben sind hinsichtlich der menschenrechtlichen Garantie des Existenzminimums und des Rechts auf einen angemessenen Lebensstandard zu beachten?

Im Anschluss daran wird die Rechtslage in ausgewählten europäischen Ländern zusammenfassend dargelegt und bewertet.

Gestützt auf die erarbeiteten Grundlagen werden sodann Schlussfolgerungen gezogen und Empfehlungen formuliert.

II. AUSGANGSLAGE

1. Heutige Rechtslage

Ausgangslage der vorliegenden Studie bildet die aktuelle schweizerische Rechtspraxis, wonach bei der Scheidung oder Trennung im sogenannten „Mankofall“ die Verantwortung für den finanziellen Unterhalt überwiegend oder unter Umständen sogar vollumfänglich vom obhutsberechtigten Ehegatten zu tragen ist.² Von einem Mankofall wird dann gesprochen, wenn nach einer Scheidung

¹ Siehe Contrat de prestation entre La Confédération suisse, Représentée par la Direction politique du Département fédéral des affaires étrangères et par l'Office fédéral de la justice du Département fédéral de justice et police pour l'année 2013, prestation 2.1 c. Die genaue Fragestellung wurde mit dem Bundesamt für Justiz mündlich festgelegt.

² BUNDESAMT FÜR JUSTIZ, Erläuternder Bericht zum Vernehmlassungsentwurf zur Änderung des Zivilgesetzbuchs (Kindesunterhalt), der Zivilprozessordnung (Art. 296a) und des Zuständigkeitsgesetzes (Art. 7), Juli 2012, S. 22 ff.

oder Trennung das gemeinsame Einkommen für die Deckung der Bedürfnisse der Eltern und der Kinder, die nun in zwei verschiedenen Haushalten leben, nicht mehr ausreicht. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist in diesem Fall dem unterhaltsverpflichteten Elternteil immer das betriebsrechtliche Existenzminimum zu belassen (Grundsatz der Unantastbarkeit des Existenzminimums).³ Es wird in diesen Fällen kein nahehehlicher Unterhalt festgelegt (Art. 125 ZGB) und nach heutiger Praxis auch nur ein geringer oder gar kein Kindesunterhalt zugesprochen (Art. 285 ZGB). Die Möglichkeit der Alimenterbevorschussung wird damit diesen Kindern vorenthalten und dem Elternteil, der die Obhut über die Kinder hat, obliegt nicht nur die Betreuung, sondern er hat auch die finanzielle Verantwortung für das Kind teilweise oder ganz zu tragen. Reichen dessen finanzielle Mittel nicht aus, hat er sich zur Deckung des Fehlbetrags an die Sozialhilfe zu wenden.

Die Folgen dieser Regelung werden seit Jahren kritisiert.⁴ Sofern in den jeweiligen kantonalen Sozialhilfegesetzen vorgesehen, trifft die Pflicht, die von der Sozialhilfe bezogenen Leistungen zurückzuerstatten, falls sich seine finanzielle Situation verbessert, faktisch nur den unterhaltsberechtigten Elternteil⁵. Zudem können nur die Verwandten der unterhaltsberechtigten Person, sofern sie in „günstigen Verhältnissen“ leben, unter Umständen gemäss Art. 328 f. ZGB⁶ zur Unterstützung herangezogen werden. Darüber hinaus muss sich lediglich der unterhaltsberechtigte Elternteil dem Sozialhilferegime unterstellen und kann z.B. zur Wiederaufnahme oder zur Ausdehnung der eigenen Erwerbstätigkeit angemahnt werden. Der unterhaltsverpflichtete Elternteil kann, demgegenüber grundsätzlich sein Leben ohne behördliche Einmischung und Kontrolle führen.⁷ Ihn und seine Verwandten trifft, auch wenn sich seine finanziellen Verhältnisse verbessern, keine Rückerstattungspflicht bezüglich der von der Sozialhilfe bezogenen Leistungen. Sofern sich die wirtschaftlichen Verhältnisse des unterhaltsverpflichteten Ehegatten verbessern, kann eine Abänderung des Scheidungsurteils hinsichtlich des *nachehelichen Unterhalts* nur dann erwirkt werden, wenn im Scheidungsurteil eine Rente festgesetzt worden ist (Art. 129 Abs. 1 ZGB) bzw. wenn im Urteil festgehalten worden ist, dass keine zur Deckung des gebührenden Unterhalts ausreichende Rente festgesetzt werden konnte (Art. 129 Abs. 3 ZGB in Verbindung mit Art. 282 Abs. 1 Bst. c Zivilprozessordnung, ZPO)⁸. Die Klage kann sodann nur innerhalb von fünf Jahren seit der Scheidung erhoben werden. Die Bestimmung hätte gemäss Bundesamt für Justiz dazu beitragen sollen, die „schwierige oder heikle Situation des unterhaltsberechtigten Elternteils bei einem Manko zu lindern“,⁹ sie hat sich in der Praxis jedoch nicht durchgesetzt.¹⁰ Gemäss Art. 286 Abs. 2 ZGB kann schliesslich auf Antrag eines Elternteils oder des Kindes bei einer erheblichen und dauerhaften Verbesserung eine Änderung des festgesetzten *Unterhaltsbeitrages an das Kind* beantragt werden.

³ BGE 137 III 59, E. 4.2.1; vertieft dazu BGE 135 III 66.

⁴ Siehe die Hinweise auf die Lehre in: BUNDESAMT FÜR JUSTIZ, Erläuternder Bericht, S. 12, Anm. 26.

⁵ Ein Überblick auf die kantonalen Regelungen findet sich in: BUNDESAMT FÜR JUSTIZ, Erläuternder Bericht, S. 22, Anm. 57.

⁶ Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907, SR 201.

⁷ Dies gilt allerdings unter Vorbehalt der Rechtsprechung zum hypothetischen Einkommen: Bei der Festsetzung des Unterhaltsbeitrags geht das Gericht grundsätzlich vom tatsächlich erzielten Einkommen aus. Gemäss Rechtsprechung kann es allerdings davon abweichen und stattdessen ein hypothetisches Einkommen anrechnen, sofern der oder die Unterhaltspflichtige mehr als sein tatsächliches Einkommen verdienen könnte und ihm oder ihr weitere Anstrengungen auch zumutbar sind. Im Verhältnis zum Unterhaltsbeitrag an das minderjährige Kind werden besonders hohe Anforderungen an die Ausnützung der Erwerbskraft des unterhaltspflichtigen Elternteils gestellt (BGE 137 III 118).

⁸ Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) vom 19. Dezember 2008, SR 272.

⁹ BUNDESAMT FÜR JUSTIZ, Erläuternder Bericht, S. 11.

¹⁰ Ibid.

Kritisiert wird, dass diese Praxis eine *indirekte* Diskriminierung der Frauen darstellt, da sie zwar auch Männer treffen kann und insofern geschlechtsneutral ausgestaltet ist, in der Rechtswirklichkeit aber in der klar überwiegenden Mehrzahl der Fälle Frauen benachteiligt. Nach wie vor wird die Obhut über die Kinder regelmässig der Mutter übertragen,¹¹ was ihre Erwerbmöglichkeiten insbesondere bei sehr kleinen Kindern einschränkt. Bei der Berechnung der Leistungsfähigkeit beider Elternteile wird nach geltender Praxis sodann die unbezahlte Care-Arbeit nicht gleich behandelt wie die ausserhäusliche Erwerbstätigkeit. Die einseitige Belastung durch die Mankoüberbindung erhält zusätzliche Tragweite, wenn man die allgemeine ökonomische Situation von Frauen berücksichtigt: Frauen sind im Durchschnitt auf dem Arbeitsmarkt immer noch schlechter gestellt, verdienen weniger und arbeiten überdurchschnittlich lediglich in Teilzeitstellen und oft unter prekären Anstellungsbedingungen.¹² Statistisch gesehen sind denn auch Alleinerziehende signifikant stärker von Armut betroffen¹³. Mit der Überbindung des Mankos werden sie in ihrem Fortkommen zusätzlich behindert.

2. Kritik des CEDAW-Ausschusses

Der Ausschuss zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (CEDAW-Ausschuss) hat die Schweiz im zweiten Berichtsverfahren von 2009 wegen der einseitigen Mankozuweisung kritisiert. Er stützte sich dabei auf Empfehlungen für eine geschlechtergerechte Aufteilung der wirtschaftlichen Folgen von Trennung und Scheidung, welche die Eidgenössische Kommission für Frauenfragen (EKF) aufgrund einer Studie von Elisabeth Freivogel zum naheheulichen Unterhalt¹⁴ 2007 veröffentlicht hatte.¹⁵ Der CEDAW-Ausschuss hielt folgendes fest:

„Der Ausschuss stellt mit Sorge fest, dass die im Vertragsstaat geltenden gesetzlichen Vorschriften zur Güterteilung bei einer Scheidung nicht genügend auf die unterschiedliche Situation der Ehegatten eingehen, die das Ergebnis der traditionellen Rollenverteilung im Berufsleben und in der Familie ist. Diese Rollenverteilung führt oft dazu, dass der Mann über ein erhebliches Humankapital und eine entsprechende Erwerbsfähigkeit verfügt, während bei Frauen das Gegenteil der Fall sein kann. Infolge dessen sind Ehefrauen nicht gleichermassen an den ökonomischen Folgen der Ehe und der Ehescheidung beteiligt. Der Vertragsstaat bezeichnet dies als «Mankofälle». Der Ausschuss ist des Weiteren besorgt darüber, dass weder die geltende Gesetzgebung noch die herrschende Rechtsprechung der Verteilung der künftigen Erwerbsfähigkeit oder des künftigen Humankapitals Rechnung trägt, um mögliche geschlechtsspezifische wirtschaftliche Ungleichheiten zwischen den Ehegatten zu kompensieren. (...) Der Ausschuss ruft den Vertragsstaat auf, die Ergebnisse der Studie über die Auswirkungen des neuen Scheidungsrechts, die die Eidgenössische Kommission für Frauenfragen im Juni 2007 veröffentlichte, zu nutzen und sich sehr ernsthaft mit den Empfehlungen dieser Kommission zu befassen, um die geschlechtsspezifischen und wirtschaftlichen Ungleichheiten nach einer Scheidung auszugleichen. Er ruft den Vertragsstaat des Weiteren auf, den Gesetzesentwurf nun in Angriff zu nehmen um sicherzustellen, dass während des Entscheidungsprozesses über Unterhaltszahlungen oder Alimente nach einer Scheidung oder

¹¹ Siehe hinten S. 22.

¹² Siehe BUNDESAMT FÜR STATISTIK, Dossier „Gleichstellung von Frau und Mann“ (www.bfs.admin.ch).

¹³ Siehe etwa *ibid.*, Dossier „Lebensstandard, soziale Situation und Armut – Daten, Indikatoren“ (www.bfs.admin.ch).

¹⁴ FREIVOGEL 2007.

¹⁵ Eidg. Kommission für Frauenfragen, Für eine geschlechtergerechte Aufteilung der wirtschaftlichen Folgen von Trennung und Scheidung, Frauenfragen 1/2007, S. 61 ff.

*Trennung jeglicher finanzielle Fehlbetrag gleichermassen auf beide Ehegatten aufgeteilt wird. (...)*¹⁶

3. Überprüfung der Praxis durch das Bundesgericht 2009

Mit Urteil vom 23. Oktober 2009 (BGE 135 III 66) hat sich das Bundesgericht letztmals vertieft mit der Problematik befasst und sich dabei auch mit der von der EKF wie auch von einem Teil der Lehre geäusserten Kritik auseinandergesetzt. Es bestätigte darin nach eingehender Prüfung der Vor- und Nachteile einer gleichmässigen Mankoteilung sowohl auf den Unterhaltspflichtigen wie auch auf die unterhaltsberechtigten Person seine Praxis, dass den Unterhaltsberechtigten das Existenzminimum zu belassen und das Manko einseitig den Unterhaltsberechtigten zu überbinden sei. Es kam in seiner Entscheidung zum Schluss, dass die Praxis dem allgemeinen Gebot der Rechtsgleichheit von Art. 8 Abs. 1 BV entgegenlaufe, stellte aber fest, dass das Verbot der Geschlechterdiskriminierung von Art. 8 Abs. 3 Bundesverfassung (BV)¹⁷ nicht im Vordergrund stehe, denn Ausgangspunkt sei unabhängig von der Art des Unterhalts die faktisch bestehende Versorgungslage. So könne ein Hausmann mit der gleichen Problematik konfrontiert sein und es stelle sich die Frage der Mankotragung auch bei der registrierten Partnerschaft, insbesondere aber beim Kindesunterhalt. Insofern seien die Ehegatten damit von der Verteilung des Mankos nicht in ihrer Funktion als Mann und Frau, sondern als unterhaltsverpflichteter und unterhaltsberechtigter Ehepartner betroffen.¹⁸ Mit der Frage, ob eine an sich geschlechterneutral formulierte Regelung (die an das neutrale Kriterium der Versorgungslage anknüpft) eine indirekte Diskriminierung der Frau bewirkt, hat sich das Bundesgericht nicht auseinandergesetzt. Letztlich waren Praktikabilitätsgründe entscheidend: Die geltenden Regelungen insbesondere im Sozialrecht stünden einer Mankoteilung entgegen. Sie wäre darüber hinaus mit grossen Nachteilen organisatorischer und finanzieller Art verbunden.¹⁹ Das Bundesgericht kam zum Schluss, dass es Aufgabe des Gesetzgebers sei, "gegebenenfalls unter Anpassung der betroffenen Gesetze bzw. Rechtsgebiete eine adäquate und kohärente Lösung für die anerkanntermassen unbefriedigende Situation zu schaffen, die sich aus der einseitigen Mankoüberbindung an die Unterhaltsgläubiger – in der Regel die Ehefrau und naturgemäss die Kinder – ergibt".²⁰ Diese Rechtsprechung wurde seither mehrfach bestätigt.²¹

4. Reformvorschläge

Mit Datum vom 17. Juli 2012 hat der Bundesrat eine Vorlage zur Änderung des Zivilgesetzbuchs über den Unterhalt für unmündige Kinder in die Vernehmlassung geschickt.²² Am 29. November 2013 hat er die entsprechende Botschaft verabschiedet.²³ Ziel der Vorlage ist es, das Recht des Kindes auf Unterhalt zu stärken, soweit dies im Rahmen der heutigen Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen möglich ist. Neu soll einerseits jedes Kind nach der Trennung oder

¹⁶ CEDAW, Concluding Observations Switzerland 2009, Ziff. 41 f.

¹⁷ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, SR 101.

¹⁸ BGE 135 III 66, E. 5. Siehe auch 121 I 97.

¹⁹ Ibid, E. 9.

²⁰ Ibid, E. 10.

²¹ Z.B. BGE 137 III 59, E. 4.2.1 sowie in den (unpublizierten) Entscheiden 5A_248/2011 vom 14. November 2011, E. 4.1. oder 5A_169/2012 vom 18. Juli 2012, E. 3.3.

²² Siehe zur Vorlage BUNDESAMT FÜR JUSTIZ, Erläuternder Bericht.

²³ Botschaft zu einer Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Kindesunterhalt) (Botschaft 2013, BBl 2014 529).

Scheidung der Eltern Anspruch auf dieselben Leistungen erhalten, unabhängig davon, ob die Eltern verheiratet sind bzw. waren oder nicht. Andererseits wird eine Reihe von Gesetzesänderungen vorgeschlagen, welche die Situation des Kindes verbessern, die Last für den betreuenden Elternteil mildern und einen Ausgleich zwischen beiden Elternteilen ermöglichen sollen. Diese Vorlage betreffend die Änderungen beim Kindesunterhalt steht in engem Zusammenhang mit der Einführung der gemeinsamen elterlichen Sorge als Regelfall sowohl für Kinder verheirateter als auch nicht verheirateter Paare. Hier hatte der Bundesrat bereits im November 2011 eine entsprechende Gesetzesvorlage ausgearbeitet,²⁴ die in der Sommersession 2013 von den Räten verabschiedet wurde.²⁵

Die Vorlage sieht vor,²⁶ dass der Unterhaltsbeitrag für das Kind künftig auch die Kosten beinhalten soll, die bei der Betreuung des Kindes durch einen Elternteil entstehen. Dies ist bei Kindern von unverheirateten Eltern bislang nicht möglich. Das Kind soll neu unabhängig vom Zivilstand der Eltern Anspruch auf einen Unterhaltsbeitrag erhalten, der auch die Kosten seiner Betreuung durch einen Elternteil umfasst (Art. 285 Abs. 2 E-ZGB, Art. 125 Abs. 2 Ziff. 6 ZGB wird gestrichen). Im Weiteren wird vorgeschlagen, dass der Unterhaltsanspruch des Kindes künftig in der Regel gegenüber allen anderen Unterhaltsansprüchen, also dem Ehegattenunterhalt oder dem Unterhalt Mündiger, Vorrang haben soll (Art. 276a E-ZGB).

Eine Aufhebung der einseitigen Mankoteilung sieht der Gesetzesentwurf nicht vor. Zur Milderung der mit der einseitigen Mankoverteilung verbundenen Nachteile auf Seiten der Unterhaltsberechtigten werden indessen folgende Massnahmen vorgeschlagen:

– *Abschaffung der Verwandtenunterstützung²⁷*

Die Verwandtenunterstützungspflicht wird per Gesetz gänzlich abgeschafft. Neu soll kein Anspruch auf Unterstützung durch Familienmitglieder bestehen, „wenn die Notlage auf einer Einschränkung der Erwerbstätigkeit zur Betreuung eigener Kinder beruht“ (Art. 329 Abs. 1^{bis} E-ZGB).

– *Das Kind als selbständige Unterstützungseinheit*

Um die Folgen der einseitigen Mankoüberbindung für den unterhaltsberechtigten Elternteil weiter abzuschwächen, schlägt der Bundesrat eine Änderung des Bundesgesetz über die Zuständigkeit für die Unterstützung Bedürftiger (ZUG) vor.²⁸ Da das Sozialhilferecht in der alleinigen Zuständigkeit der Kantone steht, versucht er über die Änderung des ZUG darauf

²⁴ Botschaft zu einer Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Elterliche Sorge) vom 16. Nov. 2011, BBI 2011 9077. Die Revision des geltenden Unterhaltsrechts wurde von Bundesrätin Sommaruga (EJPD) Anfang 2011 zunächst an diese Vorlage geknüpft, bevor sie dann im Mai 2011 auf Ersuchen der nationalrätlichen Kommission für Rechtsfragen wieder getrennt wurde.

²⁵ Die Vorlage wurde in der Sommersession 2013 verabschiedet. Siehe Schlussabstimmungstext in BBI 2013 4763. Die Parlamentsprotokolle finden sich unter 11.070 – Geschäft des Bundesrates. Zivilgesetzbuch. Elterliche Sorge.

²⁶ Siehe im Einzelnen Botschaft 2013, BBI 2014 550 ff. und Schweizerisches Zivilgesetzbuch (Kindesunterhalt), Entwurf, BBI 2014 597.

²⁷ Dies ist in einigen Kantonen bereits umgesetzt: siehe etwa https://www.ag.ch/media/kanton_aargau/dgs/dokumente_4/gesellschaft_1/soziales_1/service_fuer_gemeinden___behoerden_1/handbuch_sozialhilfe/6_rueckerstattung_verwandtenunterstuetzung_unterhalt.pdf: Ausnahmen von der Rückerstattungspflicht; siehe auch Handbuch Kanton Zürich: <http://www.sozialhilfe.zh.ch/Seiten/Kapitel.aspx?OpenTrigger=0&FilterValue1=0.0>. Die SKOS empfiehlt sodann, die Verwandtenunterstützung lediglich bei Personen mit überdurchschnittlichen Einkommen zu prüfen (siehe SCHWEIZ. KONFERENZ FÜR SOZIALHILFE, Richtlinien für die Ausgestaltung und Bemessung der Sozialhilfe, F.4 – Familienrechtliche Unterstützungspflicht (Verwandtenunterstützung), Ergänzung 12/08).

²⁸ Zuständigkeitsgesetz, ZUG vom 24. Juni 1977, SR 851.1.

hinzuwirken, dass dem Kind im interkantonalen Verhältnis, also wenn es um die Abrechnung der Leistungen zwischen den Kantonen geht,²⁹ „die Qualität einer selbständigen Unterstützungseinheit“³⁰ zuerkannt wird, wenn die Eltern nicht zusammenleben. Ausgangspunkt ist Artikel 289 Abs. 1 ZGB, wonach das Kind unabhängig vom Alter einen eigenen Anspruch auf Unterhaltsbeiträge hat. Daran anknüpfend wird bestimmt, dass das unmündige Kind einen eigenständigen Unterstützungswohnsitz am Wohnsitz des Elternteils, bei dem es wohnt, erhält (Art. 7 Abs. 2 E-ZUG). In Artikel 32 Absatz. 3^{bis} E-ZUG wird sodann neu die Regelung aufgenommen, dass das Kind, das einen eigenständigen Unterstützungswohnsitz gemäss Art. 7 Abs. 2 ZUG hat, rechnerisch einen separaten Unterstützungsfall darstellt. Ziel der Regelung ist, dass die Aufwendungen der Sozialhilfe für das Kind beziffert und von den Leistungen an den jeweiligen Elternteil abgegrenzt werden können. Damit soll erreicht werden, dass die Leistungen für das Kind nicht mehr dem unterhaltsberechtigten, Sozialhilfe beziehenden Elternteil angerechnet werden und dieser für die für das Kind ausgerichteten Sozialhilfebeträge auch nicht mehr rückzahlungspflichtig wird. Die Umsetzung der neuen Regelung wird der zuständigen Sozialhilfebehörde überlassen: sie kann entweder für das Kind ein vom Elternteil, mit dem das Kind lebt, getrenntes Dossier eröffnen oder sie kann weiterhin ein gemeinsames Dossier führen, die Beiträge für das Kind aber rechnerisch separat ausweisen.³¹

– *Anspruch des Kindes auf den Mankoausgleich bei einer ausserordentlichen Verbesserung der Verhältnisse des Unterhaltsschuldners*

Neu soll das Kind auch rückwirkend Unterhaltsbeiträge einfordern können, wenn sich die Vermögens- bzw. Einkommensverhältnis des unterhaltspflichtigen Elternteils ausserordentlich verbessert haben.

Voraussetzung hierfür ist, dass „in einem genehmigten Unterhaltsvertrag oder in einem Entscheid festgestellt [wurde], dass kein Unterhaltsbeitrag festgelegt werden konnte, der den gebührenden Unterhalt des Kindes deckt.“ (Art. 286a Abs. 1 E-ZGB). Deshalb wird in der ZPO eine neue Bestimmung eingeführt: Neu müssen die Behörden bei allen Entscheidungen über Kindesunterhaltsansprüche festhalten, von welchem Einkommen und Vermögen jedes Elternteils und jedes Kindes ausgegangen wird, wie viel davon für jedes Kind bestimmt ist und welcher Betrag zur Deckung des gebührenden Unterhalts jedes Kindes fehlt (Art. 301a E-ZPO). Das Kind soll seinen Anspruch auf Deckung des gebührenden Unterhalts rückwirkend auf fünf Jahre einfordern können (Art. 286a Abs. 1 E-ZGB). Falls die Sozialhilfe für den Unterhalt des Kindes aufgekommen ist, geht der Anspruch auf das Gemeinwesen über (Art. 286a Abs. 3 E-ZGB).

In der Vernehmlassung wurden die grundsätzliche Stossrichtung der Revision des Kindesunterhalts sowie insbesondere die Einführung des zivilstandsunabhängigen Kindesunterhalts und die Berücksichtigung des Betreuungsunterhalts als Teil des Kindesunterhaltes begrüsst.³² Damit seien

²⁹ Botschaft 2013, BBI 2014 589.

³⁰ Botschaft 2013, BBI 2014 559.

³¹ Botschaft 2013, BBI 2014 559 f.

³² Siehe BUNDESAMT FÜR JUSTIZ, Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Kindesunterhalt), der Zivilprozessordnung (Art. 2961) und des Zuständigkeitsgesetzes (Art. 7), Bericht über das Ergebnis des Vernehmlassungsverfahrens, März 2013, S. 2.

zwei zentrale Verbesserungen des Kindesunterhaltsrechts vorgesehen.³³ Im zahlreichen Stellungnahmen wurde allerdings kritisiert, dass die Vorschläge zu wenig weit gingen.³⁴ So wird zum Beispiel bemängelt, dass „die vorgeschlagenen Massnahmen die prekäre finanzielle Situation vieler betroffener Kinder nicht wirklich verbessern würde und daher weitere Vorkehrungen getroffen werden müssen, um das Unterhaltsrecht des Kindes zu stärken und die Armut zu bekämpfen“ (z.B. durch die Einführung eines Mindestunterhaltsbeitrages).³⁵ Verschiedene nicht-staatliche Organisationen sowie mehrere Eidgenössische Kommissionen bedauern zudem, dass mit den Vorschlägen die zentrale Problematik der Mankofälle nicht gelöst werde, da keine Mankoteilung eingeführt und damit das Verfassungsgebot der Gleichstellung der Geschlechter nicht umgesetzt werde.³⁶

Der Bundesrat begründet den Verzicht auf eine umfassende Regelung des Mankoproblems mit der fehlenden Bundeskompetenz im Bereich der Sozialhilfe. Die Botschaft führt dazu aus, „dass die Einführung der Mankoteilung nur dann den gewünschten Effekt erzielt, d.h. die Verbesserung der Situation des unterhaltsberechtigten Elternteils, wenn die Unterhaltspflicht gegenüber dem Kind im Sozialhilfebudget [des unterhaltsverpflichteten Elternteils] berücksichtigt wird, wie dies bereits im Rahmen von Betreibungen der Fall ist, gemäss welchem die zivilrechtlichen Unterhaltspflichten zum Existenzminimum der unterhaltspflichtigen Person geschlagen werden. Doch im Gegensatz zum Betreibungsrecht, das in die Zuständigkeit des Bundes fällt (Art. 122 Abs. 1 BV), fällt das Sozialhilferecht in die Zuständigkeit der Kantone (Art. 115 BV).“³⁷ Der Bundesrat ist aber immerhin gewillt, die Idee eines eidgenössischen Rahmengesetzes für die Sozialhilfe zu prüfen und zu „klären, ob und wieweit aufgrund der geltenden Verfassung eine Rahmengesetzgebung möglich ist und ob gegebenenfalls eine Verfassungsänderung in Betracht gezogen werden soll.“³⁸

³³ Ibid., S. 2.; siehe auch RUMO-JUNGO/HOTZ, S. 23.

³⁴ BUNDESAMT FÜR JUSTIZ, Ergebnis des Vernehmlassungsverfahrens, S. 3 f. Siehe z.B. auch die Analyse von RUMO-JUNGO/HOTZ.

³⁵ BUNDESAMT FÜR JUSTIZ, Ergebnis des Vernehmlassungsverfahrens, S. 3 f.

³⁶ Ibid, S. 4.

³⁷ Botschaft 2013, S. 561.

³⁸ A.gl.O.

III. MENSCHENRECHTLICHE VORGABEN

Dargestellt werden im Folgenden die in Frage stehenden Verpflichtungen der Staaten, wie sie sich aus den von der Schweiz ratifizierten internationalen Menschenrechtsverträgen auf universeller (Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte bzw. über bürgerliche und politische Rechte; Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau sowie Konvention über die Rechte des Kindes) und regionaler Ebene (Europäische Menschenrechtskonvention) ergeben. Im Weiteren wird die Praxis der Menschenrechtsorgane untersucht. Hier stehen die allgemeinen Bemerkungen („General Comments“ bzw. „General Recommendations“), wie sie die UNO-Vertragsüberwachungsorgane zur Auslegung einzelner Rechte erarbeitet haben, im Vordergrund. Im Weiteren sind vereinzelt Abschliessende Bemerkungen und Empfehlungen („Concluding Observations“) berücksichtigt, welche die entsprechenden Gremien im Rahmen der periodischen Überprüfung der Umsetzung der jeweiligen Konventionen an die Mitgliedstaaten formulieren³⁹, wobei eine systematische Auswertung aller Empfehlungen den Rahmen der vorliegenden Studie gesprengt hätte.

1. Diskriminierungsverbot bzw. Geschlechtergleichstellungsgebot

1.1. Grundsätze

Das Diskriminierungsverbot bzw. das Geschlechtergleichstellungsgebot stellt einen zentralen Grundsatz der Menschenrechte dar, der sowohl bei der Regelung der Stellung der Unterhaltberechtigten als auch der Unterhaltsverpflichteten zu beachten ist. Er verpflichtet die Staaten, die anerkannten Rechte allen seiner Herrschaftsgewalt unterstehenden Personen ohne Unterschied wie des Geschlechts, der Rasse, der Hautfarbe, der Religion, der politischen oder sonstigen Anschauung, der nationalen oder sozialen Herkunft, des Vermögens, der Geburt oder des sonstigen Status etc. zu gewährleisten. Diskriminierungsverbote finden sich in den meisten von der Schweiz ratifizierten Verträgen, so im Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte (Pakt II,⁴⁰ Art. 2 Abs. 2), im Internationalen Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (Pakt I,⁴¹ Art. 2 Abs. 2) und im Übereinkommen über die Rechte des Kindes (KRK,⁴² Art. 2). Auf regionaler Ebene verbietet die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK,⁴³ Art. 14) Diskriminierung aufgrund des Geschlechts oder des sonstigen Status. Bei allen genannten Bestimmungen handelt es sich um sogenannt akzessorische Diskriminierungsverbote, das heisst, Diskriminierung ist nicht umfassend, sondern lediglich in Bezug auf die in den jeweiligen Verträgen festgehaltenen Rechte verboten. Ein umfassendes, selbständiges Diskriminierungsverbot enthält Art. 26 Pakt II. Dieses hat die Schweiz allerdings mit einem Vorbehalt in seiner Wirkung auf die Rechte des Pakts II eingeschränkt.⁴⁴

³⁹ Diese sind nach Schlagworten abrufbar im *Universal Human Rights Index*. Siehe auf der Website des UNHCHR unter <http://uhri.ohchr.org/en>.

⁴⁰ Vom 16. Dez. 1966, ratifiziert von der Schweiz am 18. Juni 1992 (SR 0.103.1).

⁴¹ Vom 16. Dez. 1966, ratifiziert von der Schweiz am 18. Juni 1992 (SR 0.103.2).

⁴² Vom 20. Nov. 1989, ratifiziert von der Schweiz am 24. Feb. 1997 (SR 0.107).

⁴³ Vom 4. November 1950, ratifiziert von der Schweiz am 28. November 1974 (SR 0.101).

⁴⁴ Ein allgemeines Diskriminierungsverbot beinhaltet im Weiteren das Zusatzprotokoll Nr. 12 zur EMRK vom 4. Nov. 2000, das die Schweiz allerdings ebenfalls nicht anerkannt hat.

Die Gleichstellung von Frau und Mann und das Verbot der Geschlechterdiskriminierung besitzen in den Menschenrechtsübereinkommen besonderes Gewicht. So findet sich in beiden Pakten in Art. 3 die gleichlautende Bestimmung, welche die Staaten verpflichtet, die Gleichberechtigung von Mann und Frau bei der Ausübung aller in den Pakten festgelegten bürgerlich-politischen Rechte beziehungsweise wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte sicherzustellen. Die Bestimmung, die das in Art. 2 der beiden Pakten verankerte allgemeine Diskriminierungsverbot mit Bezug auf die Geschlechterdiskriminierung wiederholt, bekräftigt ausdrücklich, dass Massnahmen getroffen werden müssen, um Männer und Frauen dieselben Chancen bei der Ausübung ihrer Rechte zu garantieren.⁴⁵

Das spezifische Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau von 1979 (CEDAW)⁴⁶ legt in Art. 2 einen detaillierten Katalog von staatlichen Verpflichtungen zur Bekämpfung von Diskriminierung fest. Zudem schreibt es verschiedene Massnahmen für ausgewählte Bereiche – insbesondere auch für den Bereich Ehe und Familie (Art. 16 CEDAW) – vor.⁴⁷

Das Diskriminierungsverbot umfasst nach diesen Instrumenten sowohl direkte als auch indirekte Diskriminierung.⁴⁸ Direkte Diskriminierung liegt dann vor, wenn eine unterschiedliche Behandlung direkt an ein verpöntes Merkmal wie das Geschlecht anknüpft, ohne dass hierfür eine qualifizierte Rechtfertigung vorgebracht werden kann. Eine indirekte Diskriminierung erfolgt, wenn ein Gesetz oder eine Massnahme zwar neutral formuliert ist bzw. an neutralen Kriterien anknüpft, sich in der Praxis allerdings mehrheitlich zu Ungunsten bestimmter, durch das Diskriminierungsverbot geschützter Gruppen auswirkt und sich dies nicht mit objektiven und ernsthaften Gründen rechtfertigen lässt.⁴⁹ Der CEDAW-Ausschuss weist darauf hin, dass indirekte Diskriminierungen Folge von vorbestehenden Ungleichheiten sind, welche durch an sich neutrale Bestimmungen nicht berücksichtigt werden. Indirekte Diskriminierungen bergen die Gefahr, dass sie zur Verfestigung von Ungleichheiten beitragen und verhindern, dass strukturelle und historische Muster von Diskriminierungen und ungleichen Machtverhältnissen zwischen Frauen und Männern erkannt werden.⁵⁰

Im gleichen Sinne weisen auch der Menschenrechtsausschuss (MRA) und der Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (Ausschuss für WSK-Rechte) in ihren jeweiligen Allgemeinen Bemerkungen zu Art. 3 Pakt I und II darauf hin, dass die Ursachen der Diskriminierung der Frau meist tief in überlieferten, mit der Kultur oder der Religion begründeten Traditionen und Haltungen verwurzelt sind und deshalb häufig nicht als Diskriminierung erkannt werden.⁵¹ Es reicht damit nicht aus, Gesetze zu erlassen oder Massnahmen zu ergreifen, die prima facie geschlechtsneutral erscheinen. Für die Herstellung materieller, tatsächlicher Gleichheit von Mann und Frau

⁴⁵ Ausschuss für WSK-Rechte, General Comment No. 16 (2005), Ziff. 2 sowie MRA, General Comment No. 28. (2000).

⁴⁶ Vom 18. Dez. 1979, ratifiziert von der Schweiz am (SR 0.108).

⁴⁷ Zur Geltung des Übereinkommens in der Schweiz siehe statt vieler auf der Website der Eidg. Kommission für Frauenfragen (Hrsg.), CEDAW-Leitfaden für die Rechtspraxis (abrufbar unter: www.frauenkommission.ch > Dokumentation).

⁴⁸ Siehe die Definition in Art. 1 CEDAW.

⁴⁹ KÄLIN/KÜNZLI, S. 402 ff.; 407.

⁵⁰ CEDAW, General Recommendation No. 28 (2010), Ziff. 16.

⁵¹ Ausschuss für WSK-Rechte, General Comment No. 16 (2005), Ziff. 5 sowie MRA, General Comment No. 28. (2000), Ziff. 5.

sind bestehende ökonomische, soziale und kulturelle Ungleichheiten zu berücksichtigen, da ansonsten für die Gleichstellung nichts gewonnen wird, sondern im Gegenteil Ungleichheiten zementiert werden können.⁵²

1.2. Auflösung der Ehe sowie Unterhaltsrecht und Unterhaltspflicht

Auf *regionaler Ebene* schützt Art. 8 EMRK (Schutz des Familienlebens) in Verbindung mit Art. 14 EMRK (Diskriminierungsverbot) vor Ungleichbehandlung während der Ehe und bei deren Auflösung.⁵³

Eine explizite Bestimmung zur Gleichberechtigung der Ehegatten findet sich im *Zusatzprotokoll Nr. 7 zur EMRK* von 1984.⁵⁴ Art. 5 postuliert, dass die Ehegatten untereinander und in ihren Beziehungen zu ihren Kindern gleiche Rechte und Pflichten privatrechtlicher Art haben und zwar bei der Eheschliessung, während der Ehe und bei der Auflösung der Ehe. Die von Art. 5 verlangte Gleichstellung betrifft nur die persönlichen und die güterrechtlichen Beziehungen der Eheleute untereinander sowie die Beziehungen zu den Kindern, wie sie in den zivilrechtlichen Gesetzgebungen verankert sind. Nicht berührt werden durch die Bestimmung andere Rechtsgebiete, wie etwa Straf-, Sozial-, Verwaltungs-, Steuer- und Arbeitsrecht.⁵⁵

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte anerkennt neben der Rechtsfigur der direkten Diskriminierung auch diejenige der indirekten Diskriminierung.⁵⁶ Allerdings findet das akzessorische Diskriminierungsverbot in Art. 14 nur dann Anwendung, wenn der Schutzbereich einer anderen Konventionsgarantie berührt ist. Ob die vorliegende Verbindung zwischen unterhalts- und sozialhilferechtlicher Regelung noch einen genügenden Konnex zum Recht auf Privat- und Familienleben in Art. 8 EMRK aufweist, muss mit Blick auf die Rechtsprechung wohl bejaht werden, kann aber nicht abschliessend beantwortet werden.⁵⁷ Eine unterschiedliche Behandlung, die an verpönte Merkmale anknüpft oder die indirekt benachteiligend wirkt, ist dann keine Diskriminierung,

⁵² Ibid, Ziff. 8: “*Substantive equality for men and women will not be achieved simply through the enactment of laws or the adoption of policies that are, prima facie, gender-neutral. In implementing article 3, States parties should take into account that such laws, policies and practice can fail to address or even perpetuate inequality between men and women because they do not take account of existing economic, social and cultural inequalities, particularly those experienced by women.*”

⁵³ Entscheide des Europäischen Gerichtshofes zu Fragen des Unterhaltsrechts befassen sich mit Verfahrensfragen, das heisst, einerseits mit der Verpflichtung der Vertragsstaaten, wirksame Beschwerdemöglichkeiten gegen ausstehende Zahlungen vorzusehen und andererseits mit der Pflicht der nationalen Behörden, innert angemessener Frist für die Vollstreckung der Unterhaltsverpflichtung zu sorgen.

⁵⁴ In Kraft getreten für die Schweiz am 1. Nov. 1988 (SR 0.101.07).

⁵⁵ Ausserdem ist der Artikel nur auf verheiratete Paare anwendbar und umfasst nicht die Zeit vor der Eheschliessung. Im Falle einer Scheidung beschränkt er die Möglichkeit der nationalen Behörde nicht, alle relevanten Faktoren zu beachten, wenn es um die Güteraufteilung („division of property“) geht. Siehe Explanatory Report zum ZP 7, Europaratsdokument H(84)5, Ziff. 34-39, auf der Website des Europarates unter <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Reports/Html/117.htm> oder Botschaft des Bundesrates über die Genehmigung der Protokolle Nr. 6, 7 und 8 zur Europäischen Menschenrechtskonvention vom 7. Mai 1986, BBl 1986 II 589, 604; WHITE/OVEY, S. 334 und 355.

⁵⁶ Hoogendijk v. The Netherlands, Appl. No. 58641/00 (2005); D.H. and Others v. the Czech Republic [GC], Appl. No. 57325/00 (2007), para. 184; Opuz v. Turkey, Appl. No. 33401/02(2009), para. 183; Zarb Adami v. Malta, Appl. No. 17209/02 (2006), para. 80.

⁵⁷ Siehe dazu z.B. Petrovic v. Austria, Appl. No. 20458/92 (1998) - Mutterschaftsentschädigung zwar im Schutzbereich von Art. 8 EMRK, jedoch keine Diskriminierung aufgrund fehlender Vaterschaftsentschädigung, da kein europäischer Konsens in dieser Frage; Niedzwiecki v. Germany, Appl. No. 58453/00 (2005) die Frage der Entrichtung von Kinderzulagen berührt Art. 8 EMRK, weshalb sich der Beschwerdeführer auf Art. 14 i.V.m. Art. 8 berufen kann.

wenn objektive und vernünftige Gründe vorliegen, ein legitimes Ziel verfolgt wird und die Auswirkungen verhältnismässig sind. Ob der Gerichtshof aber in einer konkreten Situation tatsächlich eine Verletzung des akzessorischen Verbots der (indirekten) Diskriminierung oder von Art. 5 des Zusatzprotokolls feststellt, hängt von verschiedenen Faktoren ab, einerseits von der Intensität der Beeinträchtigung, andererseits von der Frage eines europäischen Konsenses in dem betreffenden Regelungsbereich und dem damit zusammenhängenden Ermessensspielraum, den die Vertragsstaaten gemäss der Rechtsprechung des EGMR besitzen.⁵⁸

Deutlicher ist der Schutz, der sich aus Menschenrechtsübereinkommen der UNO ergibt, welche neben dem allgemeinen Diskriminierungsverbot bzw. Gleichstellungsgebot explizit die Verpflichtung der Staaten verankern, den Ehegatten gleiche Rechte und Pflichten bei der Eheschliessung, während der Ehe und bei der Auflösung der Ehe zu garantieren: So verpflichtet Art. 23 Abs. 4 *Pakt II* die Vertragsstaaten, durch geeignete Massnahmen sicherzustellen, „dass die Ehegatten gleiche Rechte und Pflichten bei der Eheschliessung, während der Ehe und bei Auflösung der Ehe haben“. Der *Menschenrechtsausschuss* hat sich 1990 in seiner Allgemeinen Bemerkung Nr. 19 zur Auslegung von Art. 23 *Pakt II* geäussert und betont, dass jegliche diskriminierende Behandlung in Trennungs- und Scheidungsverfahren bezüglich Sorgerecht, Unterhalt und Alimente, Besuchsrechte oder elterlicher Sorge verboten ist.⁵⁹ Zudem hat er anerkannt, dass Art. 26 *Pakt II* auch die indirekte Diskriminierung verbietet.⁶⁰

Analog zu Art. 23 Abs. 4 *Pakt II* bestimmt Art. 16 Abs. 1 lit. c *CEDAW*, dass Frauen und Männer „gleiche Rechte und Pflichten in der Ehe und bei deren Auflösung“ haben. Art. 16 Abs. 1 lit. h verlangt „gleiche Rechte beider Ehegatten hinsichtlich des Eigentums an Vermögen und dessen Erwerb, Bewirtschaftung, Verwaltung und Nutzung sowie der Verfügung darüber, gleichviel ob unentgeltlich oder gegen Entgelt“.

Einlässlich hat sich der *CEDAW*-Ausschuss in seiner neusten Allgemeinen Bemerkung Nr. 29 zu Art. 16 *CEDAW* (2013) unter dem Titel „Economic consequences of marriage, family relations and their dissolution“ mit den finanziellen Folgen von Trennung und Scheidung beschäftigt.⁶¹ Er stellt darin klar, dass bei der Auflösung der Ehe die ökonomischen Folgen sowohl bei Überschüssen als auch bei Mangelsituationen grundsätzlich von beiden Parteien gleichermaßen getragen werden müssen. Die Rollenteilung in der Ehe dürfe zu keinen nachteiligen Auswirkungen auf die Ehegatten führen.⁶² Um sowohl die formelle als auch materielle Gleichstellung in Bezug auf die Vermögensrechte bei der Auflösung der ehelichen Gemeinschaft zu erreichen, werden die Staaten ermuntert, die nicht-finanziellen Beiträge zum ehelichen Vermögen (wie namentlich durch Haushaltsführung und Familienbetreuungsarbeit), entgangene ökonomische Chancen, materielle und nicht-materielle Aspekte der Entwicklung des beruflichen Fortkommens und der Weiterentwicklung des „human

⁵⁸ Petrovic v. Austria, op. cit. Angesichts der Uneinheitlichkeit der Regelung in den europäischen Staaten ist nicht auszuschliessen, dass der Gerichtshof wie bei den Mutterschaftsentschädigungen auch bei der Frage der Mantelteilung im Individualbeschwerdeverfahren eine indirekte Diskriminierung verneinen würde.

⁵⁹ MRA, General Comment No. 19 (1990), Ziff.9: „Any discriminatory treatment in regard to the grounds and procedures for separation or divorce, child custody, maintenance or alimony, visiting rights or the loss or recovery of parental authority must be prohibited, bearing in mind the paramount interest of the children in this connection“. Siehe etwa auch in MRA, General Comment No. 28 (2000), Ziff. 26.

⁶⁰ MRA, *Althammer et al. v. Austria*, 998/2001 (2003), Ziff. 10.2; *Prince v. South Africa*, 1474/2006 (2007), Ziff. 7.5.

⁶¹ *CEDAW*, General Recommendation No. 29 (2013).

⁶² *Ibid.*, Zif. 45: „The guiding principle should be that the economic advantages and disadvantages related to the relationship and its dissolution should be borne equally by both parties. The division of roles and functions during the spouses' life together should not result in detrimental economic consequences for either party.“

capital“ der Ehegatten sowie andere ökonomische Aktivitäten zu ermitteln und zu berücksichtigen.⁶³ Die Staaten werden sodann gehalten, den ökonomischen Status der Frauen in der Familie und nach der Familientrennung zu untersuchen und die Resultate der Forschung in zugänglicher Form publik zu machen.⁶⁴

In den *Abschliessenden Bemerkungen* zu den einzelnen Ländern findet sich zur Frage der Mantekteilung lediglich die eingangs erwähnte Empfehlung des CEDAW-Ausschusses,⁶⁵ welcher der Schweiz 2009 nahe legt, mit einer Gesetzesrevision sicherzustellen, dass bei behördlichen Entscheidungen über die vermögens- und unterhaltsrechtlichen Folgen von Trennung und Scheidung jeglicher finanzielle Fehlbetrag gleichermassen auf beide Ehegatten aufgeteilt wird.⁶⁶ Der CEDAW-Ausschuss hat sich zudem verschiedentlich gegenüber anderen Staaten im Sinne der erwähnten Allgemeinen Empfehlung Nr. 29 zum Unterhaltsrecht geäussert. Er kritisiert zum Beispiel, dass das Scheidungsrecht die ökonomisch schlechtere Stellung der Frau aufgrund der bestehenden Geschlechtersegregation auf dem Arbeitsmarkt sowie der ungleichen Belastung der Frauen mit unbezahlter (Care-)Arbeit (Einbrüche in der Erwerbsbiografie) zu wenig berücksichtige und er legt nahe, bei der Untersuchung der ökonomischen Folgen der Scheidung ein besonderes Augenmerk auch auf die zukünftige Einkommensentwicklung sowohl des Unterhaltsverpflichteten als auch des Unterhaltsberechtigten zu legen und dabei „*the enhanced human capital and earning potential of male spouses on the basis of their full-time and un-interrupted career pattern*“ in Rechnung zu stellen.⁶⁷

Es ist folglich davon auszugehen, dass finanzielle Benachteiligungen aufgrund von Trennung und Scheidung, die statistisch betrachtet weit überwiegend Mütter treffen und für die es keine qualifizierte Rechtfertigung gibt, mit Art. 2 i.V.m. Art. 16 CEDAW (Verbot der indirekten Diskriminierung in Verbindung mit der spezifischen Garantie der Gleichbehandlung bezüglich Ehe und Familie) bzw. Art. 26 i.V.m. Art. 23 Abs. 4 Pakt II (Verbot der indirekten Diskriminierung in Verbindung mit der Garantie gleicher Rechte der Eheleute auch nach Auflösung der Ehe) grundsätzlich nicht vereinbar sind und die Vertragsstaaten diese Benachteiligungen zu beseitigen haben. Zwar haben sich Menschenrechtsausschuss und CEDAW-Ausschuss bis heute in keinem *Individualbeschwerdeverfahren* mit dieser spezifischen Frage befassen müssen, doch legt insbesondere die ausführliche und deutliche Kritik des CEDAW-Ausschusses an die Adresse der Schweiz im Rahmen des Staatenberichtsverfahrens diese Schlussfolgerung nahe.

2. Garantie des Existenzminimums

Grundsätzlich stellt das Recht auf einen Minimallebensstandard, ebenso wie das Gleichbehandlungsgebot bzw. das Diskriminierungsverbot, eines der absolut zentralen und für die Inanspruchnahme weiterer Menschenrechte elementaren Garantien dar. Das Recht auf einen Mindestlebensstandard ist als positive Gewährleistungspflicht der Staaten bereits im Recht auf Leben sowie dem

⁶³ Ibid, Ziff. 46: “*The guiding principle should be that the economic advantages and disadvantages related to the relationship and its dissolution should be borne equally by both parties. The division of roles and functions during the spouses’ life together should not result in detrimental economic consequences for either party.*”

⁶⁴ Ibid., Ziff 48.

⁶⁵ Siehe oben unter Kap. II.2.

⁶⁶ CEDAW, Concluding Observations Switzerland 2009, Ziff. 42.

⁶⁷ Schweden, CEDAW/C/SWE/CO/7, 8. April 2008, Ziff. 37, oder Norwegen, CEDAW/C/NOR/CO/8, 23. März 2012, Ziff. 38. Siehe sodann auch Deutschland, CEDAW/C/DEU/CO/6, 12. Februar 2009, Ziff. 55 f (siehe zur Regelung Deutschlands im Anhang).

Verbot unmenschlicher und erniedrigender Behandlung (Art. 6 Pakt II, Art. 2 und 3 EMRK) angelegt. Gemäss der Praxis des MRA und des EGMR beschränken sich die genannten Garantien allerdings, analog dem Recht auf Nothilfe in Art. 12 BV,⁶⁸ auf das zum Überleben notwendige Minimum.⁶⁹

Weiter geht das im Pakt I verankerte Recht auf *angemessenen* Lebensstandard (Art. 11 Pakt I). Die Bestimmung lautet: „Die Vertragsstaaten erkennen das Recht eines jeden auf einen angemessenen Lebensstandard für sich und seine Familie an, einschliesslich ausreichender Ernährung, Bekleidung und Unterbringung, sowie auf eine stetige Verbesserung der Lebensbedingungen. Die Vertragsstaaten haben geeignete Schritte zu unternehmen, um die Verwirklichung dieses Rechts zu gewährleisten“. Damit wendet sich die Bestimmung in wichtigen Teilen an den Gesetzgeber. Allerdings hat der UNO-Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte „essential health care, basic shelter and housing, water and sanitation, foodstuffs, and the most basic forms of education“⁷⁰ im Sinne eines harten, justiziablen Kerns dieses Anspruchs als Mindeststandard definiert, dessen Unterschreitung grundsätzlich⁷¹ eine Verletzung darstellt. Auf dieser Ebene deckt sich Art. 11 Pakt I weitgehend mit Art. 12 BV.

Im Weiteren postuliert Pakt I in Art. 9 Pakt I das Recht auf soziale Sicherheit.⁷² Diese Bestimmung verpflichtet die Staaten, Sozialleistungen zur Absicherung des Einkommens im Falle von Krankheit, Behinderung, Mutterschaft, Arbeitslosigkeit, Alter, Tod eines Familienmitglieds oder ungenügender Familienunterstützung vorzusehen. Darunter fällt jegliche Art von Hilfe und Leistungen, unabhängig davon, ob es sich um beitragsgestützte öffentliche oder private Versicherungsleistungen oder um Leistungen der öffentlichen Hand handelt.⁷³ Dabei sind die Staaten verpflichtet, vorgesehene Sozialleistungen ohne Diskriminierung auszurichten und sie keinen willkürlichen oder unangemessenen Beschränkungen zu unterwerfen.⁷⁴

Pakt I äussert sich nicht dazu, wie das Existenzminimum zu bemessen ist, das heisst, was oberhalb des erwähnten Minimalanspruchs unter einem „angemessenen Lebensstandard“ gemäss Art. 11 zu verstehen ist bzw. welcher Lebensstandard durch das Recht auf soziale Sicherheit in Art. 9

⁶⁸ MÜLLER/SCHEFER, S. 763, 775 f.

⁶⁹ Aus der EMRK können, wie der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) in seiner Rechtsprechung betont, grundsätzlich keine sozialen und wirtschaftlichen Rechte abgeleitet werden. Der EGMR hat sich indessen insbesondere gestützt auf Art. 2 (Recht auf Leben) und Art. 3 (Verbot oder unmenschlicher oder erniedrigender Strafe oder Behandlung) zur Gewährleistung eines Mindestlebensstandards geäussert. Nur bei absolut existenzbedrohenden Konstellationen – zum Beispiel bei sozialer Vernachlässigung von Kindern – hat er eine Verletzung der EMRK geprüft. Er anerkannte im Weiteren sozialrechtliche Ansprüche in Anwendung des Rechts auf ein faires Verfahren gemäss Art. 6 Abs. 1 EMRK [Mocie gegen Frankreich (Beschwerde Nr. 46096/99), Urteil vom 8. April 2003]. Einen Überblick über die Rechtsprechung des EGMR findet sich in: „Sozialfürsorge“, Informationsblatt zur Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR), Dezember 2010 (abrufbar unter http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Social_welfare_DEU.pdf). Siehe auch ARNO FROHWERK, Soziale Not in der Rechtsprechung des EGMR, Tübingen 2012. Im Fall J.M. gegen Grossbritannien (Beschwerde Nr. 37060/06, Urteil vom 28. September 2010) hat er sodann entschieden, dass Unterhaltszahlungen in den Anwendungsbereich von Art. 1 Zusatzprotokoll 1 zur EMRK vom 20. März 1952 (Recht auf Eigentum) fallen. Dieses Zusatzprotokoll ist von der Schweiz allerdings nicht anerkannt worden.

⁷⁰ Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General comment No. 19, Ziff. 59.

⁷¹ Vorbehalt bleibt der hier nicht relevante Fall sehr armer Länder, welche trotz humanitärer und Entwicklungshilfe diesen Mindeststandard nicht garantieren können.

⁷² Art. 9 Pakt I lautet: „Die Vertragsstaaten erkennen das Recht eines jeden auf soziale Sicherheit an; diese schliesst die Sozialversicherung ein“. Siehe im Weiteren die Verpflichtungen aus dem ILO-Übereinkommen Nr. 102 über die Mindestnormen der Sozialen Sicherheit vom 28. Juni 1952, in Kraft getreten für die Schweiz am 18. Okt. 1978 (SR 0.831.102) sowie Art. 13 (Recht auf Fürsorge) und Art. 12 (Recht auf soziale Sicherheit) in der Europäischen Sozialcharta vom 18. Okt. 1961, die von der Schweiz allerdings nicht ratifiziert worden ist.

⁷³ Ausschuss für WSK-Rechte, General Comment No. 19 (2008), Ziff. 2-5.

⁷⁴ Ibid., Ziff. 9.

abgedeckt werden soll.⁷⁵ Aus Art. 2 Abs. 1 Pakt I ergibt sich die Pflicht des Staates, die Sozialrechte – und damit auch das Recht auf einen angemessenen Lebensstandard – „unter Ausschöpfung aller seiner Möglichkeiten“ zu gewährleisten.⁷⁶

Die Staaten sind zwar verpflichtet, jedem Einzelnen das Existenzminimum zu garantieren. Hinsichtlich der Art und Weise, wie dieser Mindeststandard gewährleistet wird (mit Massnahmen wie Sozialhilfe, Natural- oder Geldleistung, Sozialversicherung, Grundeinkommen, Verwandtenunterstützung oder anderen Leistungskomponenten), kommt den Vertragsstaaten somit ein breiter Ermessensspielraum zu. Der Pakt I äussert sich folglich auch nicht dazu, mit welchen Massnahmen dieses Existenzminimum im Falle einer Mangelsituation aufgrund von Trennung oder Scheidung garantiert werden soll. Die Staaten besitzen hier somit einen grossen Spielraum.^{77/78}

Die Garantien richten sich damit primär an den Gesetzgeber. In Verbindung mit dem Diskriminierungsverbot von Art. 2 und 3 Pakt I ergeben sich allerdings direkte, gerichtlich einforderbare Rechte in dem Sinn, dass Anspruch auf Schutz vor diskriminierender Umsetzung dieser Rechte besteht. Für den Staat ergibt sich somit die Pflicht, direkte und indirekte Diskriminierungen sowohl bezüglich der Garantie des Existenzminimums als auch im System der sozialen Sicherheit zu bekämpfen.⁷⁹ Dies bedeutet, dass der Staat Leistungen aus der Sozialhilfe grundsätzlich gleich und diskriminierungsfrei zu gewähren hat. Bezogen auf die Mankosituation im Falle der Trennung oder Scheidung hat dies zur Folge, dass grundsätzlich beide Ehegatten gleiche Ansprüche geltend machen können und nicht eine Seite unverhältnismässig mehr belastet werden darf.

Im Rahmen der Überprüfung der Staatenberichte hat sich soweit ersichtlich lediglich der Ausschuss für WSK-Rechte zur Frage der Sicherung des Existenzminimums im Falle von Unterhaltsverpflichtungen geäussert. Er hat sich dabei auf Art. 10 Abs. 1 Pakt I gestützt, welcher die Staaten zum Schutz und Unterstützung der Familie, insbesondere von Eltern und Kindern, verpflichtet. Im Staatenberichtsverfahren hatte er Israel 2011 empfohlen, seine Gesetzgebung dahingehend zu ergänzen, dass die Auferlegung von Kindesunterhaltsbeiträgen den Lebensstandard des Vaters nicht „unangemessen“ beeinträchtigt.⁸⁰

⁷⁵ Gemäss Ausschuss für WSK-Rechte umfasst der Minimalstandard: „*essential health care, basic shelter and housing, water and sanitation, foodstuffs, and the most basic forms of education*“ (Ausschuss für WSK-Rechte, General Comment Nr. 19 (2008), Ziff. 59).

⁷⁶ Zu den Kernelementen der Garantie eines angemessenen Lebensstandards siehe KÄLIN/KÜNZLI, S. 344 f.

⁷⁷ Siehe z.B. Ausschuss für WSK-Rechte, General Comment No. 19 (2008), Ziff. 66.

⁷⁸ Der Ausschuss für WSK-Rechte hat in seinen Allgemeinen Bemerkungen zu Art. 9 allerdings auf die Pflicht der Staaten hingewiesen, weder direkt noch indirekt in das Recht auf soziale Sicherheit einzugreifen („*duty to respect*“). Siehe *ibid.*, Ziff. 44: „*The obligation to respect requires that States parties refrain from interfering directly or indirectly with the enjoyment of the right to social security. The obligation includes, inter alia, refraining from engaging in any practice or activity that, for example, denies or limits equal access to adequate social security; arbitrarily or unreasonably interferes with self-help or customary or traditional arrangements for social security; arbitrarily or unreasonably interferes with institutions that have been established by individuals or corporate bodies to provide social security*“.

⁷⁹ WYTENBACH, S. 281.

⁸⁰ Concluding observations of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights: Israel, E/C.12/ISR/CO/3, 16. Dez. 2011, Ziff. 22: „*The Committee recommends that the State party amend the Capacity and Guardianship Law so that custody of children up to the age of six is not always given to mothers, and ensure that child support awards do not lead to an inadequate standard of living for the father*“.

3. Recht des Kindes auf Betreuung und Unterhalt

3.1. Verpflichtung der Staaten zum Schutz der Familie

Die Familie geniesst als Kernelement der Gesellschaft⁸¹ in den Menschenrechtsverträgen einen besonderen Schutz. Die Staaten haben sich nicht nur jeder ungerechtfertigten Einmischung in das Familienleben zu enthalten („duty to respect“) und die Familie vor Übergriffen Dritter zu schützen („duty to protect“),⁸² sie haben darüber hinaus Massnahmen zur deren Unterstützung zu treffen („duty to fulfill“). Folgende Bestimmungen bringen dies zum Ausdruck:

- Pakt II schützt die Familie in Art. 17 und fordert deren Schutz in Art. 23: „Die Familie ist die natürliche Kernzelle der Gesellschaft und hat Anspruch auf Schutz durch Gesellschaft und Staat.“
- Pakt I bestimmt im bereits erwähnten Art. 10 Abs. 1 Satz 1: „Die Vertragsstaaten erkennen an, dass die Familie als die natürliche Kernzelle der Gesellschaft grösstmöglichen Schutz und Bestand geniessen soll, insbesondere im Hinblick auf ihre Gründung und solange sie für die Betreuung und Erziehung unterhaltsberechtigter Kinder verantwortlich ist.“
- Im *Übereinkommen über die Rechte des Kindes* (KRK) kommt die Pflicht der Staaten, die Familie des Kindes zu schützen und zu unterstützen, in verschiedenen Bestimmungen zum Ausdruck (Art. 3, 18, 26 und 27).

Gemäss der Praxis der UN-Vertragsüberwachungsausschüsse sowie auch des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte ist von einem weiten Familienbegriff auszugehen: Geschützt sind insbesondere auch unverheiratete Paare und ihre Kinder sowie Einelternfamilien.⁸³

3.2. Die Rechte und der Schutz des Kindes

Die Pflicht, für die Betreuung und den Unterhalt des Kindes zu sorgen, liegt in erster Linie bei den Eltern bzw. der Familie.⁸⁴ Sind sie dazu nicht in der Lage, hat der Staat die nötigen Vorkehrungen zu treffen, um die Familie zu unterstützen. Kinder sind auch in familienrechtlichen Verfahren der Eltern wie Trennung und Scheidung besonders zu schützen und das Wohl des Kindes ist vorrangig zu beachten:

- Art. 24 Abs. 1 Pakt II bestimmt, dass jedes Kind „ohne Diskriminierung (...) das Recht auf diejenigen Schutzmassnahmen durch seine Familie, die Gesellschaft und den Staat“ hat, die „seine Rechtsstellung als Minderjähriger erfordert“. Gemäss Art. 23 Abs. 4 Pakt II ist für den nötigen Schutz der Kinder im Falle einer Auflösung der Ehe Sorge zu tragen.⁸⁵
- Gemäss Art. 16 Abs. 1 lit. d CEDAW gewährleisten die Vertragsstaaten „gleiche Rechte und Pflichten als Eltern, ungeachtet ihres Familienstands, in allen ihre Kinder betreffenden Fragen; in jedem Fall sind die Interessen der Kinder vorrangig zu berücksichtigen“.

⁸¹ Art. 16 Abs. 3 Allgemeine Erklärung der Menschenrechte von 1948.

⁸² Art. 17 Pakt II, Art. 16 KRK, Art. 8 EMRK.

⁸³ Siehe MRA, General Comment No. 28 (2000), Ziff. 27; MRA General Comment No. 19 (1990), Ziff. 2; CEDAW, General Recommendation No. 21 (1994), Ziff. 13; CEDAW, General Recommendation No. 29, Ziff. 17 ff.; CRC, General Comment No. 14 (2013), Ziff. 59. Siehe weitere Hinweise betreffend die Praxis des EGMR in MÜLLER/SHEFER, S. 234 f.

⁸⁴ Art. 18 KRK, MRA, General Comment No. 17 (1989), Ziff. 6.

⁸⁵ MRA, General Comment No. 17 (1989), Ziff. 1 und 6.

- Gemäss Art. 3 KRK ist „bei allen Massnahmen, die Kinder betreffen, gleichviel ob sie von öffentlichen oder privaten Einrichtungen der sozialen Fürsorge, Gerichten, Verwaltungsbehörden oder Gesetzgebungsorganen getroffen werden, (...) das *Wohl des Kindes* ein Gesichtspunkt, der *vorrangig* zu berücksichtigen ist“.⁸⁶ Gemäss Art. 2 Abs. 2 KRK sind Kinder sodann explizit davor geschützt, aufgrund des Status oder sonstiger Merkmale der Eltern diskriminiert oder bestraft zu werden.
- Das Kindeswohl ist schliesslich auch in der Rechtsprechung des EGMR ein Leitprinzip.⁸⁷

3.3. Umfang der Unterstützung

Gestützt auf das Übereinkommen über die Rechte des Kindes stehen dem Kind folgende Rechte zu:

- Das grundsätzliche Recht des Kindes auf „Überleben“ findet sich in Art. 6 Abs. 2 KRK (Recht auf Leben). Dieser bestimmt, dass die Vertragsstaaten „in grösstmöglichem Umfang das Überleben und die Entwicklung des Kindes“ gewährleisten.
- Die Konvention postuliert im Weiteren in Art. 27 Abs. 1 KRK „das Recht jedes Kindes auf einen seinen körperlichen, geistigen, seelischen, sittlichen und sozialen Entwicklung angemessenen Lebensstandard“. Die Eltern haben „im Rahmen ihrer Fähigkeiten und finanziellen Möglichkeiten die für die Entwicklung des Kindes notwendigen Lebensbedingungen sicherzustellen“ (Art. 27 Abs. 2 KRK). Sind sie dazu nicht in der Lage, hat der Staat die Aufgabe, „gemäss ihren innerstaatlichen Verhältnissen und im Rahmen ihrer Mittel geeignete Massnahmen“ den Eltern bei der Verwirklichung dieses Rechts zu helfen und „materielle Hilfs- und Unterstützungsprogramme insbesondere im Hinblick auf Ernährung, Bekleidung und Wohnung vorzusehen“ (Art. 27 Abs. 3 KRK).
- Art. 26 KRK garantiert dem Kind in Anlehnung an Art. 9 Pakt I sodann das Recht auf Sozialleistungen und soziale Sicherheit. Entsprechende Leistungen sollen „gegebenenfalls unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Verhältnisse und der sonstigen Umstände des Kindes und der Unterhaltspflichtigen sowie anderer für die Beantragung von Leistungen durch das Kind oder im Namen des Kindes massgeblicher Gesichtspunkte“ gewährt werden (Art. 26 Abs. 2 KRK).

Die KRK, und wie bereits oben dargestellt auch Pakt I⁸⁸ verpflichtet die Staaten damit, das Überleben und die Entwicklung des Kindes sicherzustellen und ihm soziale Sicherheit zu garantieren. Sie haben „alle geeigneten Gesetzgebungs-, Verwaltungs- und sonstigen Massnahmen zur Verwirklichung der in diesem Übereinkommen anerkannten Rechte“ (Art. 4 KRK) zu treffen. Hinsichtlich der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte sind entsprechende Massnahmen „unter Ausschöpfung ihrer verfügbaren Mittel“ zu ergreifen. Bei der Art und Weise der Gewährleistung dieser Rechte kommt den Staaten jedoch auch hier ein grosser Spielraum zu. Wie auch immer die sub-

⁸⁶ Hervorhebung durch die Autorinnen. Im Gegensatz zu CEDAW postuliert die KRK damit keinen absoluten Vorrang der Interessen der Kinder. Bei der Ausarbeitung der Konvention wurde darauf hingewiesen, dass bei allen Massnahmen Kinder betreffend deren Interessen vorrangig zu beachten sind, dies jedoch nicht in allen Konstellationen der Fall sein könne. Als Beispiel wurden medizinische Notfälle bei der Geburt genannt. Siehe DETRICK, S. 91 mit Verweisen auf die Travaux préparatoires.

⁸⁷ Siehe JACOBS/WHITE/OVEY, S. 338. Fragen zum Kindesunterhalt fallen unter das Zusatzprotokoll vom 20. März 1952, Art. 1 (Recht auf Eigentum). Siehe dazu: J.M. gegen Grossbritannien (Beschwerde Nr. 37060/06), Urteil vom 28. Sept. 2010. Die Schweiz hat das Zusatzprotokoll nicht ratifiziert.

⁸⁸ Siehe mit Bezug auf die Familie und das Kind: Ausschuss für WSK-Rechte, General Comment No. 19 (2008), Ziff. 18.

sidiär zur Elternverpflichtung erfolgenden Massnahmen des Staates ausgestaltet sind, ob mit Mitteln der Sozialhilfe, der Sozialversicherung, der Verwandtenunterstützung oder mit anderen Massnahmen: sie dürfen Kinder nicht aufgrund ihres Status – z.B. Zivilstand der Eltern – oder aus anderen Gründen diskriminieren.

Sind die Rechte des Kindes auf einen Minimalstandard, wie in der Schweiz gegeben, durch die Sozialhilfe garantiert, ist der Konvention genüge getan. Der Ausschuss für die Rechte des Kindes hat sich, soweit ersichtlich, nicht dazu geäussert, wie die Rechte im Fall von Scheidung und Trennung der Eltern im Falle einer Mangelsituation zu gewährleisten sind bzw. wie sich die vorrangige Pflicht der Eltern, für das Kind zu sorgen, auf das Recht auf den zu garantierenden Mindestlebensstandard auswirkt.

3.4. Geltendmachung von Unterhaltsansprüchen

Gemäss Art. 27 Abs. 4 KRK sind die Vertragsstaaten allerdings verpflichtet, geeignete Massnahmen zu ergreifen, „um die Geltendmachung von Unterhaltsansprüchen des Kindes gegenüber den Eltern oder anderen finanziell für das Kind verantwortlichen Personen sowohl innerhalb des Vertragsstaats als auch im Ausland sicherzustellen“.⁸⁹ Der Ausschuss für Kinderrechte hat die Staaten verschiedentlich darauf hingewiesen, dass sie Massnahmen vorzusehen haben, damit die Kinder effektiv in den Genuss von Alimenten kommen. Im Fokus steht dabei aber in der Regel die Konstellation, dass sich der unterhaltverpflichtete Elternteil seiner Verpflichtung entzieht. Im Rahmen des Staatenberichtsverfahren hat der Kinderrechtsausschuss den Staaten verschiedentlich empfohlen, spezielle nationale Fonds zur einzurichten, damit die Unterhaltsbeiträge anstelle des säumigen unterhaltverpflichteten Elternteil an das Kind geleistet werden können.⁹⁰ Gegenüber Südkorea hat er zudem empfohlen, alle nötigen Massnahmen zu ergreifen, um dem Kind die gerichtlich oder vertraglich festgelegten Unterhaltsbeiträge in einer Weise zu ermöglichen, die das Kind oder den betreuenden Elternteil nicht stigmatisiert.⁹¹

4. Konflikte zwischen menschenrechtlichen Ansprüchen

Die Frage stellt sich, wie die verschiedenen Ansprüche – gleiche Rechte bei Auslösung der Familiengemeinschaft, Recht auf Garantie des Existenzminimums und Recht des Kindes auf Unterhalt – zu einander stehen. Dazu ist festzuhalten, dass die Menschenrechte als unteilbar gelten, einander bedingen und einen Gesamtzusammenhang bilden.⁹² Speziell der Ausschuss für die Rechte des Kindes hat in seinen Allgemeinen Bemerkungen verschiedentlich darauf hingewiesen, dass unter den einzelnen Rechten keine Hierarchie besteht.⁹³ Grundsätzlich muss damit eine Regelung

⁸⁹ Insbesondere fördern die Vertragsstaaten, wenn die für das Kind finanziell verantwortliche Person in einem anderen Staat lebt als das Kind, den Beitritt zu internationalen Übereinkünften oder den Abschluss solcher Übereinkünfte sowie andere geeignete Regelungen (Art. 27 Abs. 4 KRK, letzter Satz).

⁹⁰ Siehe etwa Concluding Observations: Japan, CRC/C/JPN/CO/3, 20. Juni 2010, Ziff. 69 b) oder: Südkorea, CRC/C/15/ADD.197, 1. Juli 2004, Ziff. 47.

⁹¹ Ibid, Südkorea: "(...) the State party might consider establishing a national fund to ensure payment of overdue child maintenance obligations to the custodial parent while enforcement measures are enacted, or introducing a system in which child support payments are automatically deducted from salaries of those employees with child maintenance obligations."

⁹² Vienna Declaration and Program of Action, A/CONF.157/23, vom 12. Juli 1993, Ziff. 5. Deutsche Übersetzung in: Deutsche Gesellschaft für die Vereinten Nationen (Hrsg.), Gleiche Menschenrechte für Alle, Ziff. 5, S. 16.

⁹³ Siehe CRC, General Comment No. 5 (2003), Ziff. 11; CRC, General Comment No. 14 (2013), Ziff. 4.

im Falle einer Mankosituation gefunden werden, die allen Ansprüchen aus den Menschenrechtsverträgen möglichst gleichermaßen gerecht wird. Dies bedeutet, dass die einzelnen Rechte im Sinne einer praktischen Konkordanz ausgelegt werden müssen und ein optimaler Ausgleich zwischen den verschiedenen grund- und menschenrechtlichen Ansprüchen gefunden werden muss.⁹⁴

5. Fazit: Verpflichtungen der Vertragsstaaten

Die hier interessierenden Garantien und die daraus resultierenden Verpflichtungen der Schweiz aus den verschiedenen ratifizierten internationalen und regionalen Übereinkommen lassen sich wie folgt zusammenfassen:

- Es besteht eine Verpflichtung, die wirtschaftlichen Folgen von Trennung und Scheidung so zu regeln, dass der Grundsatz der Gleichbehandlung der Eheleute auch nach der Auflösung der Ehe respektiert wird und daraus weder eine direkte noch eine indirekte Diskriminierung aufgrund des Geschlechts resultiert. Eine direkte oder indirekte Benachteiligung aufgrund des Geschlechts ist nur dann keine Diskriminierung, wenn die unterschiedliche Behandlung oder die unterschiedlichen Auswirkungen einer staatlichen Rechtspraxis mit ernsthaften und objektiven (qualifiziert wichtigen) Gründen gerechtfertigt werden können;
- Eltern wie Kinder haben einen Anspruch auf Mittel im Rahmen des Existenzminimums. Der Staat hat ferner (im Rahmen der verfügbaren Mittel des Staates) einen angemessenen Lebensstandard und soziale Sicherheit zu gewährleisten. Bei der Sicherstellung bzw. Gewährleistung dieser Rechte besitzt der Staat einen breiten Ermessensspielraum; namentlich bleibt ihm überlassen, welches System er wählt und in welcher Form die Absicherung sowohl des Existenzminimums wie des angemessenen Lebensstandards erfolgt. Die getroffenen Massnahmen dürfen jedoch weder direkt noch indirekt diskriminierend sein.
- Das Wohl des Kindes besitzt in staatlichen Entscheidungsverfahren vorrangige Bedeutung. Der Staat hat besondere Mechanismen vorzusehen, um das Kind hinsichtlich der Geltendmachung seiner Unterhaltsansprüche zu unterstützen. Zudem hat er gegenüber Kindern und Jugendlichen eine qualifizierte Pflicht, bei fehlender elterlicher Leistungsfähigkeit das Existenzminimum zu sichern bzw. einen angemessenen Lebensstandard zu ermöglichen.

⁹⁴ Siehe BGE 139 I 16, E. 4.2.2. mit weiteren Hinweisen.

IV. BEURTEILUNG DER SCHWEIZERISCHEN RECHTSLAGE

Unter Berücksichtigung der geschilderten menschenrechtlichen Vorgaben sind im Folgenden die Situationen der beteiligten Familienmitglieder getrennt zu beurteilen:

1. Die Situation des unterhaltsverpflichteten Elternteils

Die geltende schweizerische Praxis, wonach dem unterhaltsverpflichteten Elternteil nur geringe oder gar keine Unterhaltsverpflichtungen auferlegt werden, wenn seine wirtschaftliche Situation dies nicht zulässt, tangiert die Menschenrechte des Unterhaltsverpflichteten nicht. Ihm werden seine Einkünfte in der Höhe des betriebsrechtlichen Existenzminimums belassen; er kann über diese frei verfügen, wird nicht zur Verbesserung seiner Erwerbssituation gedrängt und hat keine Auskunftspflichten über die Verwendung seiner Mittel. Er sieht sich keinen nachträglichen Rückzahlungspflichten aufgrund der für das Kind bezogenen Sozialhilfe gegenüber und auch seine allenfalls vermögenden Eltern sind von einer Beteiligung an den Betreuungskosten des Kindes generell entlastet. Lediglich unter gewissen Bedingungen, zum Beispiel wenn sich seine Einkommenssituation erheblich verbessert, kann das Gericht Unterhaltsbeiträge neu festsetzen.

Auch die vorgeschlagene Gesetzesrevision bringt vorerst keine zusätzlichen Belastungen. Neu ist allerdings im Unterhaltsvertrag in jedem Fall zu beziffern, welches Einkommen der unterhaltsverpflichtete Elternteil erzielt und über wie viel Vermögen er verfügt, welche Beträge für das Kind bestimmt sind und welcher Betrag zur Deckung des gebührenden Unterhalts des Kindes fehlt (Art. 287a E-ZGB). Sofern sich seine Verhältnisse „ausserordentlich“ verbessern (Art. 286a E-ZGB), muss er neu dem Kind bzw. dem anderen Elternteil oder dem Gemeinwesen, die an seiner Stelle für die fehlenden Beiträge aufgekommen sind, die aufgelaufenen Unterhaltsbeiträge für die letzten fünf Jahre zurückerstatten.

Aus der Sicht der Menschenrechtsübereinkommen wirft dies keine besonderen Probleme auf und auch unter Grundrechtsaspekten kann in dieser Pflicht keine unzulässige Regelung erblickt werden. Wie sich die Situation des unterhaltsverpflichteten Elternteils im Fall einer umfassenden Mankoteilung verhalten würde, wird hinten Ziff. 4 untersucht.

2. Die Situation des unterhaltsberechtigten Elternteils

2.1. Benachteiligung

Der unterhaltsberechtigte Elternteil ist durch die aktuelle Regelung der einseitigen Mankoüberbindung benachteiligt. Zur *hauptsächlichen Betreuungsverantwortung (Obhut)* kommt die Pflicht hinzu, überwiegend oder alleine für den *Unterhalt des Kindes zu sorgen*, sofern der andere Elternteil keine oder nur geringe Unterhaltsbeiträge bezahlen kann. Zur Zeit unterliegt ausserdem nur der unterhaltsberechtigte Elternteil der *Rückzahlungspflicht gegenüber der Sozialhilfe* (Verschuldung) und nur die Verwandten des unterhaltsberechtigten Elternteils können nach Massgabe der *Verwandtenunterstützung* zur Hilfeleistung an die obhutsberechtigte Person verpflichtet werden.

Mit der oben beschriebenen Gesetzesvorlage zum Unterhaltsrecht werden die negativen Auswirkungen der einseitigen Mankoüberbindung auf den unterhaltsberechtigten Elternteil in zweierlei Hinsicht gemildert. Die Verwandtenunterstützung soll ganz abgeschafft und die Rückzahlungspflicht für die für das Kind bezogenen Sozialhilfeleistungen beseitigt werden. Lediglich für die eigenen

Sozialhilfeleistungen bleibt die Rückzahlungspflicht bestehen. Der unterhaltsberechtigter Elternteil hat diese zurückzuzahlen, wenn er seine Erwerbstätigkeit ausbauen kann und sich seine wirtschaftliche Situation verbessert.

Auch nach der neuen Regelung *bleibt damit aber im Mangelfall die Verantwortung für den Unterhalt des Kindes weiterhin beim unterhaltsberechtigten Elternteil*. Falls er nicht selber für den Fehlbetrag aufkommen kann, muss er sich an die *Sozialhilfe* wenden und sich dem *Sozialhilferegime* und den damit verbundenen *Auskunfts- und Meldepflichten* sowie der Pflicht, nach seinen Kräften zur *Verminderung und Behebung der Notlage* beizutragen,⁹⁵ unterstellen.⁹⁶

Besonders problematisch kann die Abhängigkeit von der Sozialhilfe für *ausländische Personen* werden, zum Beispiel im Zusammenhang mit der Erneuerung einer Aufenthaltsbewilligung,⁹⁷ der Beantragung einer Niederlassungsbewilligung⁹⁸ oder bei der Einbürgerung, wo Sozialhilfeabhängigkeit unter Umständen zum Widerruf solcher Bewilligungen bzw. zur Nichteinbürgerung⁹⁹ führen kann.

Mütter sind durch diese einseitige Mankoüberbindung speziell benachteiligt:

Die offiziellen Statistiken zeigen, dass Frauen während der Ehe oder der nichtehelichen Lebensgemeinschaft nach wie vor in den allermeisten Fällen die Hauptverantwortung für die Hausarbeit übernehmen und lediglich Teilzeit oder gar nicht arbeiten.¹⁰⁰ Dies wirkt sich auf ihre berufliche Stellung und den Lohn für ihre Berufstätigkeit sowie die Altersvorsorge nach Trennung oder Scheidung beeinträchtigend aus (Brüche in der Erwerbsbiographie, geringere Altersvorsorge durch Teilzeitpensum und geringeren Lohn, etc.).¹⁰¹ Aufgrund dieser Ausgangslage tragen sie nach einer Scheidung oder Trennung letztlich die finanziellen Nachteile einer traditionellen Aufgabenteilung während der Ehe oder der nichtehelichen Lebensgemeinschaft. Zudem wird ihnen nach Trennung und Scheidung nach wie vor regelmässig die alleinige Obhut über die Kinder zugesprochen bzw.

⁹⁵ Siehe zu den Pflichten der Sozialhilfebeziehenden SKOS-Richtlinie 12/10, A.5.2

⁹⁶ Der Sozialhilfebezügerinnen und -bezüger zur *freien Verfügung gestellte Grundbedarf*, wie er von der Schweizerischen Konferenz für Sozialhilfe (SKOS) für die Ausgaben für die täglichen Bedürfnisse berechnet wird, ist sodann in der Regel *niedriger* angesetzt als der betriebsrechtliche Grundbedarf, der dem unterhaltsverpflichteten Elternteil zugestanden wird. Siehe SKOS-Richtlinien 12/12, B.2.2 Siehe auch SKOS, Armut und Armutsgrenze, Grundlagenpapier, Bern, August 2013. Das soziale Existenzminimum gemäss SKOS-Richtlinien umfasst allerdings zusätzliche, *situationsbedingte* Leistungen wie z.B. Berufsauslagen, Auslagen für die Integration und Betreuung der Kinder oder krankheits- und behinderungsbedingte Auslagen etc. Siehe in diesem Zusammen auch die Antwort der Regierung des Kantons Zug auf die Motion der SVP-Fraktion betreffend Anpassung der Sozialhilfe an das Notwendigste (Vorlage Nr. 2205.1 - 14029), Bericht und Antrag des Regierungsrates vom 1. Oktober 2013 (siehe http://www.zg.ch/behoerden/kantonsrat/kantonsratsvorlagen_geschaefte/2205/#downloads).

⁹⁷ Siehe Art. 62 lit. e Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer vom 16. Dezember 2005, SR 142.20.

⁹⁸ Art. 63 Abs. 1 lit. c AuG.

⁹⁹ Solange die Sozialhilfe unverschuldet beansprucht werden muss, darf sie zumindest im Verfahren vor den Bundesbehörden nicht automatisch zur Ablehnung des Gesuchs führen. Siehe Bundesamt für Migration, Handbuch Bürgerrecht, Kapitel 4: Gemeinsame Voraussetzungen und Einbürgerungskriterien, S. 25. Im Kanton Bern wurde in der Volksabstimmung vom 24. November 2013 allerdings ein neuer (von der Bundesversammlung noch nicht gewährleisteter) Art. 7 Kantonsverfassung angenommen, welcher die Einbürgerung von Personen ausnahmslos verunmöglicht, welche Sozialhilfe beziehen oder bezogene Sozialhilfe nicht vollumfänglich zurückerstattet haben.

¹⁰⁰ In 86 % der Paarhaushalte mit Kindern unter 15 Jahren übernimmt die Frau den Hauptanteil der Haushaltsführung. Siehe dazu Bundesamt für Statistik, Dossier Gleichstellung von Frau und Mann – z.B. Daten und Indikatoren, Hauptverantwortung für Hausarbeiten (<http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/20/05/blank/key/Vereinbarkeit/02.html>).

¹⁰¹ Siehe dazu Bundesamt für Statistik, Löhne, Erwerbseinkommen – Indikatoren; Lohnniveau – nach Geschlecht (http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/03/04/blank/key/lohnstruktur/nach_geschlecht.html).

aufgelegt; in der Folge tragen sie alleine die Last, Familie und Beruf im Alltag vereinbaren zu müssen. Die einseitige Mankoüberbindung trifft in vielen Fällen Mütter folglich in einer Situation, in welcher sie im Vergleich zur Gruppe der Väter bereits einer Grundbenachteiligung ausgesetzt sind.¹⁰²

2.2. Diskriminierung?

Verstösst diese Benachteiligung des unterhaltsberechtigten Elternteils gegen die Gebote der Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung?

Wie auch der Bundesrat anerkennt, ist sowohl nach aktueller Rechtslage als auch nach der geplanten Unterhaltsrechtsrevision das Recht auf Gleichbehandlung nach Auflösung der ehelichen Gemeinschaft nicht gewährleistet.¹⁰³ Diese Ungleichbehandlung ist unbestritten.¹⁰⁴ Das Bundesgericht erachtet die Ungleichbehandlung allerdings nach dem Prüfmassstab des Rechtsgleichheitsgebots in Art. 8 Abs. 1 BV als sachlich gerechtfertigt aufgrund organisatorischer Probleme, die eine Mankoteilung bei der Sozialhilfe mit sich bringen würde, sowie aufgrund der fehlenden Zuständigkeit des Bundes, im Bereich des Sozialhilferechts zu legiferieren.¹⁰⁵

Die heutige Rechtslage lässt, so das Bundesgericht und auch der Bundesrat in seiner Botschaft, keine bundesrechtliche Regelung der Mankoteilung zu.

Es stellt sich jedoch die Frage, ob Kompetenz- und Praktikabilitätsgründe zulässig sind, wenn nicht nur das allgemeine Gleichbehandlungsgebot von Art. 8 Abs. 1 BV, welches für die Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen bloss das Vorliegen sachlicher Gründe verlangt, sondern gleichzeitig auch menschenrechtlich geschützte Positionen berührt sind. Betroffen ist vorliegend der Anspruch auf Gleichbehandlung der Ehegatten aus spezifischen Garantien wie Art. 23 Abs. 3 i.V.m. Art. 3 Pakt II und Art. 16 Abs. 1 lit. c i.V.m. Art. 2 CEDAW, aber auch das Verbot der Diskriminierung nach Art. 8 i.V.m. Art. 14 EMRK. Eingriffe bzw. Ungleichbehandlungen sind hier nur unter erhöhten Anforderungen zulässig.¹⁰⁶ Die Bestimmungen von Pakt und CEDAW sind zwar als Gesetzgebungsaufträge formuliert und als solche an sich schrittweise umzusetzen¹⁰⁷ und der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat sich soweit ersichtlich nie zu einer einseitigen Übernahme der Mankobelastung durch den unterhaltsberechtigten Elternteil äussern müssen. Allerdings sind diese menschenrechtlichen Gebote zusammen mit den direkt anwendbaren (akzessorischen) Diskriminierungsverboten für den Staat gleichwohl verbindlich: Seine Gesetzgebung darf weder direkt noch indirekt Frauen oder Männer aufgrund ihres Geschlechts diskriminieren.

Vorliegend geht es nicht um direkte Diskriminierung, da die Praxis zur einseitigen Mankobelastung nicht explizit am Geschlecht, sondern am neutralen Kriterium der Leistungsfähigkeit des Unterhaltsschuldners anknüpft. Im Vordergrund steht folglich das Verbot der *indirekten* Diskriminierung. Eine indirekte Ungleichbehandlung von Frauen durch eine an sich neutral formulierte Bestimmung

¹⁰² Dazu Schweizerische Konferenz der Gleichstellungsbeauftragten, Revisionsbedarf im Scheidungsrecht aus Sicht der SKG, Grundlagenpapier der Arbeitsgruppe Scheidungsrecht (Bettina Bannwart, Eva Krähenbühl, Regula Kuhn, Regula Strobel), beschlossen an der Schweizerischen Konferenz der Gleichstellungsbeauftragten vom 11. März 2008.

¹⁰³ Botschaft 2013, BBl 2014 560.

¹⁰⁴ Siehe auch BGE 135 III 66, E. 4 und 5.

¹⁰⁵ Art. 115 BV bzw. Art. 122 BV.

¹⁰⁶ KIENER/KÄLIN, S. 437 ff.; MÜLLER/SCHEFER, S. 662 ff.

¹⁰⁷ In Sinne des Auftrags für diese Studie wird die Frage der direkten Anwendbarkeit von Art. 23 Abs. 3 Pakt II und Art. 16 Abs. 1 lit. c CEDAW hier nicht behandelt.

liegt dann vor, wenn nachgewiesen werden kann, dass diese Regelung ausschliesslich oder doch in der deutlichen Mehrheit Frauen benachteiligt und sich diese Benachteiligung nicht mit ernsthaften und triftigen Gründen rechtfertigen lässt.¹⁰⁸ Wie oben beschrieben, setzte sich das Bundesgericht in seinem Leitentscheid (unseres Erachtens zu Unrecht) nicht mit der Frage der indirekten Diskriminierung unter dem Blickwinkel von Art. 8 Abs. 3 BV auseinander: Eine Prüfung nach Massgabe von Art. 8 Abs. 3 BV hätte, wie die Prüfung aufgrund der internationalen Übereinkommen, einen strengeren Prüfmasstab zur Folge gehabt.

Aufgrund der greifbaren Statistiken ergibt sich nämlich, dass die einseitige Mankoüberbindung und die damit verbundenen negativen Konsequenzen der Sozialhilfeabhängigkeit in *überwiegendem Masse Frauen und damit den statistisch gesehen ökonomisch schwächeren Teil* trifft: 2010 wurde in 7'776 von gesamthaft 15'374 Scheidungen, bei denen unmündige Kinder betroffen waren, das alleinige Sorgerecht der Mutter zuerkannt. In 580 Fällen erhielt der Vater das Sorgerecht und in 7'002 weiteren Fällen ging das Sorgerecht an beide Elternteile.¹⁰⁹ Einer Studie aus dem Jahr 2006 kann aber entnommen werden, dass auch in der überwiegenden Anzahl der Fälle, in denen das Sorgerecht gemeinsam ausgeübt wird, überwiegend oder ausschliesslich die Mutter die Betreuung der Kinder im Alltag übernimmt.¹¹⁰ Die Studie nennt die Zahl von 71 % und führt weiter aus, dass lediglich eine Minderheit von 16 Prozent der Eltern mit gemeinsamer elterlicher Sorge und 5 % aller Fälle sich die Kinderbetreuung partnerschaftlich teilen.¹¹¹ In vielen Fällen gemeinsamen Sorgerechts geht es also vorwiegend um die Teilung des Mitbestimmungsrechts, nicht aber um eine Teilung der tatsächlichen Verantwortung für die Betreuung der Kinder (Teilung der Obhut). Statistisch ist sodann belegt, dass Einelternhaushalte massiv überproportional von Armut betroffen und dadurch überproportional häufig Sozialhilfe beziehen.¹¹² Somit ist die Annahme berechtigt, dass sowohl die geltende als auch die vorgeschlagene Regelung zwar nicht ausschliesslich, aber doch ganz überwiegend Frauen benachteiligt.

Es stellt sich somit die Frage, ob für diese Benachteiligung *genügend Rechtfertigungsgründe* bestehen. In der Botschaft zur Neuregelung des Kindesunterhalts führt der Bundesrat aus, unter den heutigen Gegebenheiten hätte eine Aufteilung des Mankos (also die Mankoteilung) massive negative Auswirkungen: „Wenn die unterhaltspflichtige Person zwar ihren eigenen Unterhalt knapp bestreiten könnte, sich aber aufgrund der aus der Mankoteilung resultierenden Unterhaltspflicht an die Sozialhilfebehörde wenden müsste, so würde diese ihr Gesuch ablehnen, da die Unterhaltspflicht gegenüber dem Ex-Ehegatten und dem Kind bei der Berechnung des Sozialhilfebudgets nicht berücksichtigt wird. Demnach würde die unterhaltspflichtige Person nicht über die erforderli-

¹⁰⁸ KÄLIN/KÜNZLI, S. 407; MÜLLER/SCHEFER, S. 696; RIEDER, S. 232 ff.

¹⁰⁹ BFS, Bevölkerungsbewegung – Detaillierte Daten Heiraten, Scheidungen, eingetragene Partnerschaften, Anerkennungen und Adoptionen, Tabelle: Scheidungen: Zuteilung des Sorgerechts für unmündige Kinder nach Kanton (su-d-01.02.02.02.03.20).

¹¹⁰ BÜCHLER/CANTIENI/SIMONI, S. 210. Lediglich eine Minderheit von 16 Prozent der Eltern mit gemeinsamen Sorgerecht teilen die Kinderbetreuung partnerschaftlich auf.

¹¹¹ Für 2011 weist die Statistik 131'112 alleinlebende Mütter mit mindestens einem Kind unter 25 Jahren gegenüber 22'366 alleinlebenden Vätern mit mindestens einem Kind unter 25 Jahren aus. Siehe BSF, Familien, Haushalte – Daten, Indikatoren Familienhaushalte mit Kindern: Familienhaushalte mit Kindern nach Haushaltstyp, 2011 (<http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/01/04/blank/key/familientypen.html>) bzw. (http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/regionen/thematische_karten/gleichstellungsatlas/familien_und_haushaltsformen/allein_erziehende_muetter.html) (mehr als vier Fünftel der Alleinerziehenden sind Frauen).

¹¹² 18,3 % der Einelternfamilien waren 2011 auf Sozialhilfe angewiesen. Siehe BFS, Familien, Haushalte – Analyse: Familien in der Schweiz – Armut und Sozialhilfe (<http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/01/04/blank/01/03/05.html>).

chen Mittel verfügen, um die unter Anwendung des Prinzips der Mankoteilung festgesetzten Unterhaltsbeiträge zu bezahlen. Im Ergebnis würden der unterhaltsberechtigte Elternteil und das Kind auf die gleiche Weise Sozialhilfe beanspruchen müssen, wie wenn die Mankoteilung nicht stattgefunden hätte.“¹¹³ Zudem könnten der unterhaltsberechtigte Elternteil und das Kind den unterhaltspflichtigen Elternteil permanent betreiben und ihn damit in eine Überschuldungssituation treiben, welche diesem nicht einmal mehr erlauben würde “dem Kind kleine Geschenke zu machen, sehr bescheidene Ferien vorzuschlagen oder es bei seinen Besuchen in einer angemessenen Wohnung zu empfangen.“¹¹⁴

Das sind auf den ersten Blick gewichtige Gründe. Sie haben aber, wie auch der Bundesrat anerkennt, ihren Grund nicht in kaum beeinflussbaren sachlichen Umständen, sondern in der aktuellen Rechtslage: Würden die betriebsrechtlichen Rahmenbedingungen angepasst und die Unterhaltsverpflichtungen bei der Berechnung der Sozialhilfe miteingerechnet, wäre eine Lösung gefunden, die den menschenrechtlichen Forderungen nach Gleichbehandlung von Eltern auch nach Auflösung der Gemeinschaft entspricht. Weil rechtliche Hindernisse grundsätzlich beseitigt werden können, sind die für den Verzicht auf die Mankoteilung angeführten Gründe aus menschenrechtlicher Sicht höchstens vorübergehend genügend gewichtig, um die Benachteiligung rechtfertigen zu können: Fehlende Bundeskompetenzen¹¹⁵ und ein erhöhter Verwaltungsaufwand in der Sozialhilfe vermögen eine Rechtslage nicht zu rechtfertigen, welche aufgrund der schwerwiegenden Benachteiligungen mit menschenrechtlichen Anforderungen nicht in Einklang steht. Es ist folglich davon auszugehen, dass die einseitige Mankoüberbindung an die Unterhaltsberechtigten mit dem vorstehend dargestellte Gleichbehandlungsgebot der Eheleute bzw. dem Verbot der indirekten Diskriminierung aufgrund des Geschlechts, wie es namentlich im Pakt II und im CEDAW-Übereinkommen explizit enthalten ist, nicht vereinbar ist. Weil das Problem mit der geplanten Reform des Kindesunterhalts nur teilweise entschärft wird, können die damit erreichten Verbesserungen nur eine Zwischenetappe auf dem Weg zur Gleichstellung sein.¹¹⁶

Aus der Perspektive des internationalen Menschenrechtsschutzes unerheblich ist, wie die Schweiz diese Aufgabe kompetenzrechtlich löst, ob mit einer Regelung auf Bundesebene, die eine Verfassungsänderung voraussetzt, oder auf kantonaler Ebene, z.B. auf der Basis eines Konkordats. Es bleibt dem Gesetzgeber bzw. Verfassungsgeber überlassen, eine adäquate Lösung zu treffen. Völkerrechtlich betrachtet steht letztlich jedoch der Bund in der Pflicht, dafür zu sorgen, dass entsprechende Reformen an die Hand genommen werden.

3. Die Situation des Kindes

Die Menschenrechte, insbesondere die Kinderrechtskonvention, verpflichten die Staaten, dem Kind ohne Diskriminierung einen angemessenen Lebensstandard zu gewährleisten, der seine Entwicklung garantiert. Sie haben die Eltern zu unterstützen, sofern sie dazu nicht aus eigener Kraft in der Lage sind. Die Menschenrechtsübereinkommen äussern sich nicht dazu, in welcher Form

¹¹³ Botschaft 2013, BBl 2014 561.

¹¹⁴ Ibid.

¹¹⁵ Siehe Art. 50 UNO Pakt II („Die Bestimmungen dieses Paktes gelten ohne Einschränkung oder Ausnahme für alle Teile eines Bundesstaates“) und Art. 4 Abs. 1 ILC-Entwurf zur Verantwortlichkeit der Staaten für völkerrechtswidriges Verhalten, UN Doc. A/Res/56/83 (Anhang), wonach Staaten für das Verhalten von Organen untergeordneter Gebietseinheiten zugerechnet wird.

¹¹⁶ Zur Problematik des Eingriffs in das Existenzminimum des unterhaltsverpflichteten Elternteils nachstehend Ziff. 4.

diese Unterstützung zu leisten ist; es bleibt den Vertragsstaaten überlassen, wie sie dies gewährleisten wollen. Indem die Schweiz dem Kind den Unterhalt über die Sozialhilfe oder, wie in einigen Kantonen¹¹⁷ vorgesehen, über Familienergänzungsleistungen sichert, sind die menschenrechtlichen Vorgaben erfüllt.

Die Rechte des Kindes auf Betreuung und auf einen angemessenen Lebensstandard (siehe oben) sind durch die geltende Regelung vorerst nicht beeinträchtigt: Sofern die Eltern nicht aus eigener Kraft fähig sind, das Kind zu betreuen und die für die Entwicklung des Kindes notwendigen Lebensbedingungen sicherzustellen, stellt der Staat in Form der Sozialhilfe die entsprechenden Mittel zur Verfügung.

Es stellt sich hingegen die Frage, ob die einseitige Mankoüberbindung auch mit den anderen Garantien der Kinderrechtskonvention vereinbar ist. Ausgangspunkt ist Art. 3 KRK, welcher verlangt, dass bei der Wahl von (gesetzlichen) Massnahmen und in Verfahren, die Kinder betreffen, das Wohl des Kindes ein vorrangig zu berücksichtigender Gesichtspunkt sein muss. Die Kinderrechtskonvention geht vom Grundsatz aus, dass beide Elternteile „im Rahmen ihrer Fähigkeiten und finanziellen Möglichkeiten die für die Entwicklung des Kindes notwendigen Lebensbedingungen sicherzustellen“ haben (Art. 27 Abs. 2 KRK) und sie postuliert die Pflicht der Staaten, dem Kind bei der Geltendmachung von Unterhaltsansprüchen gegenüber den Eltern beizustehen (Art. 27 Abs. 4 KRK).

Die vorgeschlagene Neuregelung, welche dem Kind einen eigenständigen Unterhaltsanspruch einräumt und die Eröffnung eines separaten Sozialhilfedossiers bzw. die Begründung eines eigenen Unterstützungswohnsitzes vorsieht, verbessert die Situation des Kindes in Mankofällen massgeblich und ist in dieser Hinsicht im Sinne von Art. 3 und 27 KRK. Der Absicherung der Ansprüche des Kindes dient auch der Vorschlag, in der Vereinbarung oder im Urteil neu festzuhalten, von welchem Einkommen und Vermögen jedes Elternteils und jedes Kindes auszugehen ist, wie viel davon für jedes Kind bestimmt ist und welcher Beitrag zur Deckung des gebührenden Unterhalts jedes Kindes fehlt (Art. 287a E-ZGB). Gestützt darauf wird dem Kind die Möglichkeit eingeräumt, rückwirkend für die letzten fünf Jahre Unterhaltsbeiträge einfordern zu können, allerdings nur dann, wenn sich die Vermögens- bzw. Einkommensverhältnis des unterhaltspflichtigen Elternteils ausserordentlich verbessert haben (Art. 286a Abs. 1 E-ZGB).

Die neu vorgeschlagene Regelung, dass der Bedarf des Kindes im der Trennungs- oder Scheidungsvereinbarung bzw. im Trennungs- oder Scheidungsurteil festgehalten werden muss, trägt dazu bei, dass der Unterhaltsverpflichtete weiterhin bis zu einem gewissen Grad in die Pflicht genommen werden kann.

Nach heutigem Recht gewährleistet die Sozialhilfe das *sozialhilferechtliche Minimum* des Kindes über Beiträge an die obhutsberechtigte Person. Damit ist den internationalrechtlichen Vorgaben hinsichtlich der Wahrung des Existenzminimums und des angemessenen Lebensstandards grundsätzlich Genüge getan. Im Lichte von Art. 3 KRK („best interest of the child“) wäre aber eine Übernahme der nicht geleisteten Unterhaltsbeiträge durch die öffentliche Hand denkbar. Heute gilt diese Alimentenbevorschussung bei fehlender Zahlung des Schuldners nur im Umfang der vertraglich bzw. richterlich festgelegten Unterhaltsbeiträge. Dieser Schutz des bedarfsorientierten Unterhalts

¹¹⁷ 13.3351 – Motion Feri Yvonne, Familienergänzungsleistungen als Mittel zur Armutsbekämpfung vom 17. April 2013. Siehe dazu zu den bestehenden Systemen etwa die Dokumentation auf der Website der SKOS (<http://www.sodk.ch/fachbereiche/familien-und-gesellschaft/familien-ergaenzungsleistungen/>).

könnte auf Mankofälle ausgedehnt werden. Ein ähnliches Modell kennt z.B. Schweden (siehe unten).

4. Die Mankoteilung im Lichte der menschenrechtlichen Vorgaben

Wie vorne ausgeführt, lässt sich die heutige Praxis der einseitigen Mankozuteilung – selbst unter Berücksichtigung der Verbesserungen aufgrund der geplanten Unterhaltsrechtsrevision – nicht mit dem menschenrechtlichen Grundsatz der Gleichbehandlung der Ehepartner auch nach der Trennung oder Scheidung und (gemäss der hier vertretenen Auffassung) dem Verbot der indirekten Diskriminierung vereinbaren. In diesem Sinn vertreten eine Mehrheit der Lehre wie auch ein Teil der Vernehmlassungsteilnehmenden zur Reform des Unterhaltsrechts¹¹⁸ die Meinung, dass das Manko gleichermassen auf beide Elternteile aufgeteilt werden sollte. Wie vorstehend erwähnt, lässt sich die Mankoteilung verwirklichen, falls Unterhaltsverpflichtungen bei der Berechnung des Sozialhilfebudgets der betroffenen Personen berücksichtigt werden und das Betreibungsrecht modifiziert wird.

Die Mankoteilung hätte zur Folge, dass sich der unterhaltspflichtige Elternteil nach Bezahlung des Unterhalts ebenfalls an die Sozialhilfe wenden müsste, sofern sein Einkommen nicht ausreicht.

Es stellt sich die Frage, wie dies aus menschenrechtlicher Sicht zu beurteilen ist:

Der harte, justiziable Kern des menschenrechtlichen Anspruchs auf einen angemessenen Lebensstandard bzw. Sozialhilfe deckt sich, wie vorne ausgeführt (Ziff. 2.1), weitgehend mit dem grundsätzlich nicht einschränkbaren Anspruch auf Nothilfe gemäss Art. 12 BV. Im Bereich zwischen diesem Grundanspruch und dem sozialhilferechtlichen Existenzminimum ist festzustellen, dass in Mankofällen definitionsgemäss das Existenzminimum tangiert ist. Während dies im geltenden Recht einseitig zulasten des unterhaltsberechtigten Elternteils geschieht (und die Kompensation durch die Sozialhilfe oder die Verwandtenunterstützung erfolgt), wären bei der Mankoteilung beide Elternteile betroffen. Die Frage ist angesichts dieser Situation also nicht *ob*, sondern *wie* dieser Eingriff geschieht. Die Antwort aus der Sicht der Menschenrechte ist klar: Eingriffe haben unter Beachtung der Gebote der Gleichbehandlung der Eheleute auch nach der Scheidung und der Nichtdiskriminierung zu geschehen. Die Ansprüche aus dem Pakt I werden allerdings nicht tangiert, sofern die Sozialhilfe für beide Parteien die entstandenen Lücken füllt.

Das sozialhilferechtliche Minimum müsste sowohl für die unterhaltsberechtigte wie die unterhaltsverpflichtete Person durch Leistungen der öffentlichen Hand gesichert sein. Den Staaten bleibt nach Massgabe der einschlägigen Menschenrechtsgarantien ein breiter Ermessensspielraum hinsichtlich der Frage, wie sie den angemessenen Lebensstandard gewährleisten; eine Mankoteilungslösung wäre folglich mit den Vorgaben insbesondere auch des Paktes I vereinbar, da *im Ergebnis nicht in dieses Minimum eingegriffen wird*. Im Gegenteil: ein solches System würde bestehende Benachteiligungen beseitigen. Da das betreibungsrechtliche Existenzminimum teilweise höher angesetzt ist als das sozialhilferechtliche Minimum (insbesondere der frei verfügbare Betrag), kann dies zwar eine finanzielle Verschlechterung des Unterhaltsverpflichteten gegenüber heute beinhalten, doch ist der obhutsberechtigte sozialhilfebedürftige Elternteil bereits heute mit dieser Ausgangslage konfrontiert.

Unbeachtlich ist schliesslich der Einwand, es sei für den Betroffenen unzumutbar, bei vollzeitlicher ausserhäuslicher und bezahlter Erwerbstätigkeit einzig wegen Unterhaltsbeiträgen Leistungen der

¹¹⁸ Dazu oben, Ziff. II.4.

Sozialhilfe in Anspruch nehmen zu müssen. Dem ist entgegenzuhalten, dass viele obhutsberechtigte Eltern in der gleichen Situation sind: zusätzlich zu ihren Betreuungspflichten sind sie erwerbstätig und müssen aufgrund der Mankoüberbindung *gleichwohl* Sozialhilfe beziehen. Zudem: In demjenigen Umfang, in welchem die obhutsberechtigte Person wegen ihrer Betreuungspflichten gegenüber kleinen Kindern (noch) nicht erwerbstätig sein kann, erfüllt sie innerhäusliche Betreuungsarbeit. Dass diese „unbezahlt“ ist, vermag eine Benachteiligung im Sozialhilfe- und Unterhaltssystem nicht zu rechtfertigen. Das Argument beruht letztlich auf stereotypen Vorstellungen über den ungleichen Wert von familiärer Betreuungsarbeit und von Erwerbsarbeit.

V. RECHTSVERGLEICHENDE HINWEISE

Im Folgenden wird die Regelung des Kindesunterhalts Unterhalts nach Scheidung oder Trennung in vier europäischen Staaten, den Nachbarländern Deutschland, Österreich und Frankreich sowie Schweden als Vertreter eines nordischen Staates kurz vorgestellt.¹¹⁹ Eine ausführliche Darstellung findet sich im Anhang.

Die Hinweise beschränken sich auf die Darstellung der Regelung des Kinderunterhalts im Mangelfall, wenn also das Einkommen beider Elternteile nicht zur Deckung der Grundbedürfnisse aller Familienmitglieder ausreicht, auf Hinweise zum allfällig dem unterhaltsverpflichteten Elternteil gewährten Existenzminimum sowie zur Regelung der Rückzahlungspflicht, wenn eine staatliche Stelle die Unterhaltsbeiträge anstelle des Unterhaltsverpflichteten vorschießt. Nicht untersucht (bzw. nur am Rande) wurde, welche Unterstützungsmöglichkeiten (z.B. Kinderbetreuungsbeihilfen) den Unterhaltsberechtigten darüber hinaus zustehen.

1. Deutschland

In Deutschland wird der Kindesunterhalt unterteilt in den sog. Barunterhalt und den Betreuungsunterhalt. Der Barunterhalt ist die Zahlung einer festgesetzten monatlichen Geldrente. Der Betreuungsunterhalt wird von dem Elternteil geleistet, welcher sich um die tatsächliche Versorgung des Kindes kümmert. Ein minimaler Kinderunterhaltsbetrag wird bei der Auflösung der Gemeinschaft festgesetzt, unabhängig von der Leistungsfähigkeit des unterhaltsverpflichteten Elternteils. Diese Minimalkinderrente betrug 2013 317 Euro (für Kinder von 0 bis 5 Jahren) bzw. 364 Euro (für Kinder von 6 bis 11 Jahren).

Können die Unterhaltberechtigten den Kindesunterhaltsbeitrag nicht einfordern, erhalten sie ihn vom Jugendamt. Die Unterhaltsansprüche gehen in der Höhe der erbrachten Geldleistungen auf das Jugendamt über. Eingefordert kann der Mindestunterhalt abzüglich des Kindergelds (133 bzw. 180 Euro), allerdings nur für maximal 72 Monate, also 6 Jahre, und nur bis zum 12. Altersjahr des Kindes.

Eine Rückzahlung der Beiträge kann nur vom Unterhaltsverpflichteten eingefordert werden und nur, wenn die verpflichtete Person die Barunterhaltspflichten grob verletzt hat. Im Falle von Arbeitslosigkeit ist der Unterhaltsschuldner verpflichtet nachzuweisen, dass er sich in ausreichend Maße um eine Erwerbstätigkeit bemüht, um den Mindestunterhalt der Kinder sicherzustellen.

Dem Unterhaltsverpflichteten wird der sog. Selbstbehalt belassen. Dieser beträgt 1000 Euro bei einem erwerbstätigen Unterhaltsverpflichteten, 800 Euro wenn der Unterhaltsverpflichtete nicht erwerbstätig ist.

2. Österreich

Auch in Österreich wird der Unterhalt unterteilt in Barunterhalt und Betreuungsunterhalt (bzw. „Naturalunterhalt“ und „Geldunterhalt“). Bei der Festlegung des Betreuungsunterhalts darf der sog. Regelbedarf nicht unterschritten werden. Dieser wird jährlich neu festgelegt und beträgt (2012) 186 Euro (für Kinder von 0-3 Jahren) und steigt dann bis auf 517 Euro (für Kinder von 19-28 Jahren).

¹¹⁹ Einen Überblick über die Regelungen in den EU-Staaten findet sich auf der Website des Europäischen Justiznetzes für Zivil- und Handelssachen unter http://ec.europa.eu/civiljustice/index_de.htm.

Kommt der unterhaltsverpflichtete Elternteil seinen Verpflichtungen nicht oder nur unregelmässig nach, wird der Unterhalt vom Oberlandesgericht an die bezugsberechtigte Person ausbezahlt. Anspruchsberechtigt ist das minderjährige Kind. Der Unterhaltsvorschuss wird für höchstens fünf Jahre und maximal bis zum 18. Geburtstag gewährt.

Der unterhaltsverpflichtete Elternteil muss die Unterhaltsbeiträge an den Jugendwohlfahrtsträger (Jugendamt) zurückzahlen. Eine Verjährung ist ausgeschlossen. Dem Unterhaltsverpflichteten wird das sog. Unterhaltsexistenzminimum, das 75 % des Existenzminimums beträgt, belassen, wobei dieses hinauf-, aber auch heruntergesetzt werden kann, wenn die Unterhaltsforderungen nicht eingebracht werden können. Eine feste gesetzliche Belastungsgrenze für den unterhaltspflichtigen Elternteil gibt es daher nicht.

3. Schweden

In Schweden bleibt die Regelung des Unterhaltsrechts und der Betreuung von der Scheidung oder Trennung unberührt, das heisst, die Trennung der Eltern hat in der Regel keine Auswirkungen auf die elterliche Sorge. Der Elternteil, welcher nicht mit dem Kind zusammenlebt, ist verpflichtet, bis zum 18. Altersjahr Unterhalt an das Kind zu leisten; ist dieses in Ausbildung, bis zum 21. Altersjahr.¹²⁰

Die Unterhaltsberechtigten haben, unabhängig davon, ob die unterhaltsverpflichtete Person nicht in der Lage ist oder nicht willens ist, Unterhaltsbeiträge zu bezahlen, gegenüber der Versicherungskasse (Försäkringskassan) einen Anspruch auf einen Minimalunterhaltsbeitrag von maximal 1'273 SEK (entspricht umgerechnet rund 146 Euro bzw. 180 CHF). Lebt das Kind abwechselungsweise bei der Mutter und beim Vater wird der Betrag entsprechend aufgeteilt.

Ist das Einkommen des unterhaltsverpflichteten Elternteils geringer als 100'000 SEK jährlich (rund 11'520 Euro bzw. 14'180 CHF), ist vom Staat keine Rückerstattung gefordert.

4. Frankreich

Frankreich kennt keinen Minimalkindesunterhalt. Die Hilfe vom Staat bei der Einbringung von Unterhaltsbeiträgen ist abhängig von einem Gerichtsurteil, das einen Unterhaltsbeitrag festsetzt.

In den Fällen, in denen sich der unterhaltsverpflichtete Elternteil seiner Verpflichtung entzieht, haben die Unterhaltsberechtigten das Recht auf Familienbeihilfe („allocation de soutien familial“) und können sich an die „caisse d'allocations familiales“ wenden. Die Familienbeihilfe wird für vier Monate bezahlt. Danach muss sich der unterhaltsberechtigte Teil, sofern kein Unterhaltsbeitrag festgesetzt wurde bei der Scheidung, beim Gericht um die Festlegung des Unterhaltsbeitrages bemühen. Ist der Unterhaltsverpflichtete nicht in der Lage, Unterhalt zu bezahlen, können sich die Unterhaltsberechtigten ebenfalls an die Familienbeihilfestelle wenden. Diese Gesuche, die die Mehrheit darstellen, werden indessen häufig abschlägig behandelt, wenn die Rückforderungsmöglichkeit als nicht gegeben erachtet wird. Die Unterhaltsberechtigten haben sich auch in diesen Fällen vorerst an die Gerichte zu wenden, damit diese einen Minimalbetrag festsetzen. Für die Betroffene

¹²⁰ Nach dem 18. Altersjahr hat das Kind, das noch in Ausbildung steht, den Betrag beim der Versicherungskasse einzufordern und der Betrag wird direkt an das Kind ausbezahlt.

nen ist der Weg zu einem gerichtlichen Urteil in der Praxis sehr hürdenreich, insbesondere aufgrund der grossen Geschäftslast der entsprechenden Gerichte und der damit verbundenen Verzögerungen.¹²¹

Verfügen die Unterhaltsberechtigten über ein Urteil, das den geschuldeten Unterhaltsbetrag festlegt, bezahlt die Familienbeihilfestelle maximal 90.40 Euro pro Kind (2013).

Dem unterhaltsverpflichteten Elternteil wird ein Existenzminimum von 483.23 Euro (2013) belasten.

5. Erkenntnisse aus der rechtsvergleichenden Untersuchung

Zusammenfassend ergibt sich folgendes Bild: Ausser Frankreich sehen alle untersuchten Länder eine aus schweizerischer Perspektive geringe Minimalkinderrente zumindest für eine gewisse Zeitspanne vor. Dem unterhaltsverpflichteten Elternteil wird in drei der vier Länder ein klar festgesetztes, im Vergleich mit der Schweiz tiefes Existenzminimum garantiert. Lediglich Österreich kennt keine fixe Grenze. Rückforderungsansprüche werden in allen vier Ländern nur gegenüber dem unterhaltsverpflichteten Elternteil erhoben.

Insgesamt ist die Situation im umliegenden Ausland nur beschränkt mit der Schweiz vergleichbar, zumal sowohl die Lebenshaltungskosten wie auch das Lohn- und Sozialhilfeniveau in der Schweiz deutlich höher angesetzt sind.

¹²¹ Eine Verbesserung der Situation des unterhaltsberechtigten Elternteils wird seit längerer Zeit diskutiert. Siehe dazu z.B. Pension alimentaire: les mauvais payeurs ciblés, Le Figaro vom 24. Juni 2013 unter <http://www.lefigaro.fr/actualite-france/2013/06/24/01016-20130624ARTFIG00622-pension-alimentaire-les-mauvais-payeurs-cibles.php>.

VI. SCHLUSSFOLGERUNGEN UND EMPFEHLUNGEN

Für eine menschenrechtskonforme Regelung der Unterhaltsregelung nach Auflösung der Ehe bzw. Familiengemeinschaft ergeben sich aus den von der Schweiz eingegangenen menschenrechtlichen Verpflichtungen folgende Schlussfolgerungen und Empfehlungen:

- Die Schweiz hat gleiche Rechte und Pflichten der Eheleute nicht nur beim Eheschluss und in der Ehe, sondern auch bei Auflösung der ehelichen Gemeinschaft und bei der Regelung der Unterhaltspflicht für Kinder zu garantieren. In diesem Kontext hat sie ferner dafür zu sorgen, dass Verknüpfungen zwischen dem familienrechtlichen Unterhalts- und dem sozialhilferechtlichen Leistungssystem nicht zu direkten oder indirekten Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts führen.
- Die einseitige Mankoüberbindung an den unterhaltsberechtigten Elternteil ist mit diesen Anforderungen unvereinbar. Sie führt zu stark ungleichen Rechten und Pflichten der Eheleute nach Auflösung der Ehe. Da sie heute in der weit überwiegenden Zahl der Fälle Mütter belastet, erweist sie sich unter dem Gesichtspunkt des Verbotes indirekte Diskriminierung von Frauen als äusserst problematisch.
- Argumente für diese Benachteiligung wie die föderalistische Kompetenzverteilung oder ein erhöhter verwaltungsmässiger Aufwand sind nur in dem Umfang zulässig, als sie die menschenrechtlichen Ansprüche sowohl der Unterhaltsberechtigten als auch der Unterhaltsverpflichteten nicht unverhältnismässig beschneiden.
- Der Gesetzgeber wird durch Art. 23 Abs. 4 Pakt II und Art. 16 Abs. 1 lit. c CEDAW verpflichtet, Massnahmen zu ergreifen, um sowohl die Rechte sowohl der Unterhaltsberechtigten als auch der Unterhaltsverpflichteten zu garantieren. Die vorgeschlagene Revision des ZGB stellt einen wichtigen Schritt in diese Richtung dar, die Schweiz hat aber eine Lösung zu finden, die beide Ehegatten bzw. Elternteile gleichermaßen belastet und entlastet.
- Die Menschenrechte verpflichten zur Wahrung eines Minimallebensstandards. Mit welchen Mitteln oder Vorkehrungen die Schweiz diese Verpflichtung umsetzt, bleibt im Wesentlichen ihr überlassen. Sie geniesst folglich ein breites Ermessen in der Frage, auf welche Weise der Lebensgrundbedarf des Unterhaltsverpflichteten gewährleistet wird, ob durch unterhaltsrechtliche Schonung oder durch Kompensation mit Mitteln der Sozialhilfe. Sie darf eine ihrer Rechtskultur angepasste Lösung finden und dabei auch praktische Gesichtspunkte bei der Umsetzung berücksichtigen. Zu beachten ist allerdings das Gleichbehandlungs- bzw. Diskriminierungsverbot: Die getroffene Lösung darf nicht bewirken, dass Mütter in der Rechtswirklichkeit faktisch schlechter als Väter gestellt sind.
- Auch das Kind hat das Recht auf die Sicherung seiner Grundbedürfnisse sowie auf adäquate Mittel zur Sicherung seiner Entwicklung. Diese Rechte sind in der Schweiz in erster Linie durch die Sozialhilfegesetzgebung gewährleistet. Die Menschenrechtsübereinkommen äussern sich nicht explizit dazu, in welcher Weise der Staat die Grundbedürfnisse des Kindes subsidiär zur Leistungspflicht der Eltern decken muss. Auch hier geniessen die Vertragsstaaten ein breites Ermessen; dies kann z.B. mit Mitteln der Sozialhilfe oder durch die Einführung einer Minimalkinderrente mit entsprechender Vorschussleistung durch den Staat erfolgen.¹²²

¹²² Zu den Problemen bei der Alimentenbevorschussung siehe: Harmonisierung Alimentenbevorschussung und Alimenteninkasso, Bericht des Bundesrates in Erfüllung des Postulats (06.3003) der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrats (SGK-N) vom 13. Januar 2006, 4. Mai 2011.

- Um die *Gleichbehandlung beider Elternteile* auch in Mankofällen zu garantieren, empfiehlt es sich, im Sinne der Äusserungen des CEDAW-Ausschusses die Folgen der Scheidung bzw. Trennung auf beide Elternteile zu ermitteln und zu beziffern (wer übernimmt welche Betreuungsaufgaben, wie gestalten sich die ökonomischen Folgen der Scheidung bzw. Trennung und die Einkommensentwicklung für die Mütter bzw. die Väter, wie hoch ist der Bedarf des Kindes). Gestützt darauf ist ein Unterhaltsbeitrag festzulegen, die Leistung des so bezifferten Unterhalts tatsächlich einzufordern und die Belastung auf der Seite des Verpflichteten mit Mitteln der Sozialhilfe auszugleichen. Unter dem Blickwinkel des *Kindeswohlprinzips* in Art. 3 KRK und der Unterstützungspflicht des Staates nach Art. 27 Abs. 4 KRK empfiehlt es sich, ein System zu wählen, welches in jedem Fall einen minimalen Kinderunterhalt festlegt und die Bevorschussung dieses Unterhalts durch den Staat auch in jenen Fällen vorsieht, in welchen der eigentlich unterhaltsverpflichtete Elternteil nicht leistungsfähig ist.

ANHANG

Lösungsmodelle ausgewählter Staaten

I. DEUTSCHLAND

1. Grundsätze

Laut § 1601 BGB¹²³ sind die Eltern verpflichtet, ihren Kindern Unterhalt zu gewähren, unabhängig davon, ob es sich um eheliche oder uneheliche Kinder handelt. Erhalten nach einer Scheidung die Partner das gemeinsame Sorgerecht (Regelfall) entscheiden sie gemeinsam über die Verteilung des Kindesunterhalts. Kommt es zu keiner Einigung oder wird das Sorgerecht nur einem Elternteil zugesprochen, wird die Unterhaltspflicht vom Familiengericht festgelegt.¹²⁴

Der Kindesunterhalt wird in den sog. Barunterhalt und den Betreuungsunterhalt unterteilt. Der Barunterhalt ist die Zahlung einer festgesetzten monatlichen Geldrente.¹²⁵ Der Betreuungsunterhalt wird von dem Elternteil geleistet, welcher sich um die tatsächliche Versorgung des Kindes (Nahrung, Pflege, Kleidung, Wohnung etc.) kümmert. Dies ist in der Regel der Elternteil, bei dem das Kind seinen dauernden Wohnsitz hat.¹²⁶

Dem volljährigen Kind schulden die Eltern über das 18. Lebensjahr hinaus nur Unterhalt (in diesem Fall Barunterhalt), wenn es sich in einer Ausbildung befindet, da die Eltern dem Kind den Unterhalt nach § 1610 Abs. 2 BGB bis zu einem berufsqualifizierenden Abschluss schulden. Der Barunterhalt ist von beiden Elternteilen zu erbringen, im Fall von getrennt lebenden Eltern auch von dem Elternteil, bei dem das Kind lebt. Der Betreuungsunterhalt hat ab Eintreten der Volljährigkeit keine Bedeutung mehr.¹²⁷

2. Unterhaltsberechnung

Als Massstab zur Berechnung des Unterhaltsbedarfs von Unterhaltsberechtigten dient in Deutschland die *Düsseldorfer Tabelle*. Sie beruht auf Koordinierungsgesprächen zwischen Richterinnen und Richtern der Familiensenate der Oberlandesgerichte Düsseldorf, Köln, Hamm, der Unterkommission des Deutschen Familiengerichtstages e.V. sowie einer Umfrage bei den übrigen Oberlandesgerichten. Obwohl sie keine Gesetzeskraft hat, wird sie von den meisten Gerichten als Richtlinie herangezogen. Die aktuelle Tabelle ist seit dem 1.1. 2013 gültig.¹²⁸

¹²³ Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002 (BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738), das zuletzt durch Artikel 3 des Gesetzes vom 20. April 2013 (BGBl. I S. 831) geändert worden ist", abrufbar unter: www.gesetze-im-internet.de (zuletzt besucht am 23. April 2013).

¹²⁴ § 1626 Abs. 1 und § 1671 Abs. 1 BGB.

¹²⁵ § 1612 Abs. 1 BGB.

¹²⁶ § 1606 Abs. 3 BGB.

¹²⁷ <http://www.unterhalt.net/kindesunterhalt/kind-volljaehrig.html> (zuletzt besucht am 1. Mai 2013).

¹²⁸ Siehe Homepage des Oberlandesgerichts Düsseldorf, abrufbar unter: http://www.olg-duesseldorf.nrw.de/infos/Duesseldorfer_tabelle/ (zuletzt besucht am 23. April 2013).

Gemäss § 1612a¹²⁹ BGB hat ein minderjähriges Kind einen unbedingten Anspruch auf einen sog. Mindestunterhalt, welcher sich anhand des steuerrechtlichen Existenzminimums der unterhaltspflichtigen Person berechnet:

- für die Zeit bis zur Vollendung des sechsten Lebensjahrs (erste Altersstufe) 87 Prozent, (d.h. 317 Euro)
- für die Zeit vom siebten bis zur Vollendung des zwölften Lebensjahrs (zweite Altersstufe) 100 Prozent (d.h. 364 Euro)
- für die Zeit vom 13. Lebensjahr an (dritte Altersstufe) 117 Prozent eines Zwölftels des doppelten Kinderfreibetrags (d.h. 426 Euro).¹³⁰

Die barunterhaltspflichtige Person muss jede zumutbare Anstrengung unternehmen, um diesen Mindestunterhalt leisten zu können, d.h. einen Nebenjob annehmen.

Vom Kindesunterhalt nach § 1612a BGB ist der Unterhalt für einen geschiedenen Ehegatten wegen Betreuung eines Kindes nach § 1570 BGB zu unterscheiden. Ein geschiedener Ehegatte kann von dem anderen wegen der Pflege/Erziehung des gemeinsamen Kindes für mind. 3 Jahre nach der Geburt Unterhalt verlangen. Dabei handelt es sich um Ehegattenunterhalt und nicht um Kindesunterhalt.¹³¹

3. Selbstbehalt der unterhaltsverpflichteten Person

Bei der unterhaltsverpflichteten Person ist der Selbstbehalt zu beachten. § 1603 Abs. 1 BGB (Leistungsfähigkeit) lautet: „Unterhaltspflichtig ist nicht, wer bei Berücksichtigung seiner sonstigen Verpflichtungen außerstande ist, ohne Gefährdung seines angemessenen Unterhalts den Unterhalt zu gewähren.“

Gegenüber den Kindern gilt bei einem erwerbstätigen Unterhaltspflichtigen ein notwendiger Selbstbehalt von 1000 Euro im Monat. Bei einem nichterwerbstätigen Unterhaltsschuldner liegt er bei 800 Euro.¹³²

¹²⁹ In der Fassung gemäss Gesetz zur Änderung des Unterhaltsrechts vom 21.12.2007 (BGBl. I S. 3189) m.W.v. 01.01.2008.

¹³⁰ Berechnung gemäss Tabelle von www.unterhalt.net/kindesunterhalt/mindestunterhalt.html (zuletzt besucht am 23. April 2012):

| ALTERSSTUFE | BERECHNUNG NACH § 1612 A ABS. 1 BGB | MINDESTUNTERHALT |
|--------------------|--|------------------|
| 1. (0 – 5 Jahre) | $2.184 \text{ €} \times 2 : 12 \times 87\%$ | 317 € |
| 2. (6 – 11 Jahre) | $2.184 \text{ €} \times 2 : 12 \times 100\%$ | 364 € |
| 3. (12 – 17 Jahre) | $2.184 \text{ €} \times 2 : 12 \times 117\%$ | 426 € |

¹³¹ § 1570 BGB (unter dem Untertitel 2, „Unterhalt des geschiedenen Ehegatten“). Siehe dazu die Beurteilung der Regelung durch den CEDAW-Ausschuss, CEDAW/C/DEU/CO/6, 12. Feb. 2009, Ziff. 55 f.

¹³² Düsseldorfer Tabelle 2013, abrufbar unter: http://www.olg-duesseldorf.nrw.de/infos/Duesseldorfer_tabelle/ (zuletzt besucht am 23. April 2013).

4. Kindergeld

Gemäss § 64 Abs. 2 erster Satz Einkommensteuergesetz (EStG)¹³³ ist derjenige Elternteil kindergeldberechtigt, in dessen Haushalt das Kind lebt. Wenn der Elternteil, der das Kind tatsächlich betreut, das Kindergeld erhält (was der Regelfall ist), kann der barunterhaltsverpflichtete Elternteil die Hälfte des Kindergeldes von seiner Unterhaltsverpflichtung für jedes Kind abziehen.¹³⁴ Seit dem 1. 1. 2010 beträgt das Kindergeld 184 Euro für das erste und zweite Kind, 190 Euro für das 3. Kind und 215 Euro für das vierte und jedes weitere Kind. Der Anspruch auf Kindergeld besteht bis zum 18. Lebensjahr, im Falle einer Ausbildung bis zur Beendigung des 25. Lebensjahres, für behinderte Kinder auch darüber hinaus.¹³⁵

5. Mangelfall

Genügt das Einkommen der unterhaltsverpflichteten Person dennoch nicht, um den Mindestbedarf der Unterhaltsberechtigten zu decken und gleichzeitig ihren eigenen Selbstbehalt zu wahren, spricht man von einem Mangelfall. Die Unterhaltsansprüche der Kinder können nicht erfüllt werden. In dieser Situation stehen der unterhaltsberechtigten Person Möglichkeiten offen, um diese finanzielle Notlage zu mindern.

5.1. Unterhaltsvorschuss durch das Jugendamt

Nach dem Unterhaltsvorschussgesetz (UhVorschG)¹³⁶ kann der nicht barunterhaltsverpflichtete Elternteil (d.h. der Elternteil, welcher die Betreuung des Kindes übernommen hat) beim Jugendamt einen Unterhaltsvorschuss beantragen. Die Unterhaltsansprüche des Kindes gehen in der Höhe der erbrachten Geldleistungen auf das Jugendamt als Leistungserbringer über.

5.1.1. Voraussetzungen

- Gemeinsamer Wohnsitz des unterhaltsberechtigten Kindes mit Vater bzw. Mutter.
- Wohnsitz bzw. gewöhnlicher Aufenthalt in Deutschland.
- Der/ die Unterhaltspflichtige kommt den Zahlungen des gesetzlichen Mindestunterhalts (Unterhalt für Minderjährige) nach § 1612a Abs. 1 BGB nicht oder nur teilweise bzw. unregelmäßig nach.
- Kinder leben beim alleinerziehenden Elternteil und haben zudem das 12. Lebensjahr noch nicht vollendet.¹³⁷

¹³³ Einkommensteuergesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 8. Oktober 2009 (BGBl. I S. 3366, 3862), das durch Artikel 2 des Gesetzes vom 21. März 2013 (BGBl. I S. 556) geändert worden ist, abrufbar unter: <http://www.gesetze-im-internet.de/estg/index.html> (zuletzt besucht am 1. Mai 2013).

¹³⁴ § 2 Abs. 2 UhVorschG.

¹³⁵ <http://www.kindergeld-2013.kindergeldaktuell.de> (zuletzt besucht am 1. Mai 2013).

¹³⁶ Gesetz zur Sicherstellung des Unterhalts von Kindern alleinstehender Mütter und Väter durch Unterhaltsvorschüsse oder -ausfallleistungen (Unterhaltsvorschussgesetz, UhVorschG) vom 23. Juli 1979, abrufbar unter: <http://www.gesetze-im-internet.de/uhvorschg/index.html> (zuletzt besucht am 1. Mai 2013).

¹³⁷ § 1 UhVorschG.

Der Unterhaltsvorschuss wird für max. 72 Monate bzw. bis zum 12. Geburtstag des Kindes gewährt. Die Höhe des Unterhaltsvorschusses orientiert sich am in § 1612a BGB vorgesehenen Mindestunterhalt.¹³⁸

Tabelle¹³⁹

| Alter des Anspruchsberechtigten Kindes | Mindestunterhalt | Abzüglich 100% Kindergeld | Leistung nach UVG |
|--|------------------|---------------------------|-------------------|
| 0 bis 5 Jahre | 317 Euro | 184 Euro | 133 Euro |
| Von 6 bis 11 Jahre | 364 Euro | 184 Euro | 180 Euro |

5.1.2. Rückzahlung

Das Jugendamt kann den Unterhaltsvorschuss von der barunterhaltsverpflichteten Person zurückfordern, wenn diese ihre Barunterhaltspflichten grob verletzt hat. Der Vorschuss kann aber nur in dem Umfang zurückgefordert werden, soweit die unterhaltspflichtige Person leistungsfähig ist, d.h. der Selbstbehalt muss auch hier beachtet werden.¹⁴⁰

Die unterhaltsberechtigte Person muss die vom Jugendamt erhaltene Vorschussleistung nicht zurückzahlen bzw. nur dann, wenn die Voraussetzungen für einen Bezug des Unterhaltsvorschusses nicht erfüllt gewesen sind und sie die Leistungen unberechtigt erhalten hat.¹⁴¹

Wenn der Leistungszeitraum ausgelaufen ist und weiterhin eine Bedürftigkeit besteht, kann der alleinerziehende Elternteil sowohl Kinderzuschlag als auch Sozialhilfe (Hartz IV) beantragen.

5.2. Sozialhilfe

Sozialhilfe kann nur beansprucht werden, wenn der Unterhalt trotz Anspruch nicht bezahlt wird. Sie tritt hinter alle anderen vermögensrechtlichen Ansprüche zurück.

Wird Sozialhilfe bewilligt, weil die unterhaltsverpflichtete Person nicht zahlt, gibt das Sozialamt eine Überleitungsanzeige gegenüber der unterhaltsverpflichteten Person ab und verlangt von dieser die Erstattung der gezahlten Beträge. Die unterhaltsberechtigte Person hingegen kann nicht zur Rückzahlung der Sozialhilfe verpflichtet werden.¹⁴²

¹³⁸ § 2 Abs. 1 UhVorschG.

¹³⁹ Tabelle aus www.unterhalt.net/kindesunterhalt/unterhaltsvorschuss.html (zuletzt besucht am 23. April 2013).

¹⁴⁰ § 7 Abs. 1, 3 und 4 UhVorschG.

¹⁴¹ § 5 UhVorschG.

¹⁴² Siehe Website der Europäischen Kommission „Europäisches Justizielles Netz für Zivil- und Handelssachen“, unter: http://ec.europa.eu/civiljustice/maintenance_claim/maintenance_claim_ger_de.htm (zuletzt besucht am 1. Mai 2013); Annegret Wozny, Scheidungsratgeber, S. 25, abrufbar unter: <http://www.anwalt-steuerkanzlei.de/download/scheidungsratgeber.pdf> (zuletzt besucht am 23. April 2013).

II. ÖSTERREICH

1. Grundsätze

Gemäss § 140 ABGB¹⁴³ schulden Eltern ihren Kindern Unterhalt, soweit diese nicht selbsterhaltungsfähig sind. Die Selbsterhaltungsfähigkeit ist vom Alter des Kindes und damit auch von der Volljährigkeit unabhängig.¹⁴⁴

Beim Kindesunterhalt wird zwischen Naturalunterhalt (Bereitstellung Wohnung, Nahrung, Bekleidung, Taschengeld, etc.) und Geldunterhalt (gerichtlich oder privat festgelegter Geldbetrag) unterschieden. Im Falle einer Trennung oder Scheidung der Eltern wird der Naturalunterhalt von dem Elternteil erbracht, bei dem das Kind wohnt. Der andere Elternteil ist dann zur Leistung des Geldunterhalts verpflichtet.

2. Unterhaltsberechnung

Die Höhe des Unterhaltsanspruches des Kindes hängt von der Leistungsfähigkeit der Eltern (Vermögen, Einkommen, Ausbildung, Arbeitsfähigkeit, Arbeitsmarktlage usw.) und dem Bedarf des Kindes (Alter, Anlagen, Fähigkeiten, Entwicklungsmöglichkeiten usw.) ab.¹⁴⁵ Je höher das Einkommen des jeweiligen Elternteils, desto mehr Unterhalt ist zu leisten. Der Elternteil muss bemüht sein, nach seinen Kräften zum Unterhalt des Kindes beizutragen (Anspannungstheorie bzw. Anspannungsgrundsatz).¹⁴⁶

Gibt die unterhaltsverpflichtete Person ihre Vollbeschäftigung ganz oder teilweise auf oder nimmt sie eine Stelle an, die ihrer Ausbildung nicht entspricht, um ihrer vollen Unterhaltungspflicht zu entgegen, wird der Unterhalt nach ihrem fiktiven Einkommen bemessen, d.h. das Einkommen, das sie erzielen könnte, ginge sie einer zumutbaren und angemessenen Beschäftigung nach.¹⁴⁷

Für die Berechnung des Kindesunterhalts wurden von der Rechtsprechung folgende Prozentsätze festgelegt:¹⁴⁸

- null bis sechs Jahre 16 Prozent des monatlichen Nettoeinkommens
- sechs bis zehn Jahre 18 Prozent des monatlichen Nettoeinkommens
- zehn bis 15 Jahre 20 Prozent des monatlichen Nettoeinkommens

¹⁴³ Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch, abrufbar im Rechtsinformationssystem (RIS) des Bundeskanzleramts unter: <http://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10001622> (zuletzt besucht am 1. Mai 2013).

¹⁴⁴ http://www.rechteinfaech.at/familienrecht/#_Toc300088922 (zuletzt besucht am 1. Mai 2013).

¹⁴⁵ Website des Bundesministeriums für Wirtschaft, Familie und Jugend, abrufbar unter: <http://www.bmwfj.gv.at/Familie/TrennungUndScheidung/Rechtsfragen/Seiten/FragenzumKindesunterhalt.aspx#Wie%20hoch%20ist%20der%20Unterhalt?> (zuletzt besucht am: 23. April 2013).

¹⁴⁶ Website des Bundeskanzleramts Österreich, „Amtswege leicht gemacht“, abrufbar unter: <https://www.help.gv.at/Portal.Node/hlpd/public/content/49/Seite.490530.html> (zuletzt besucht am 23. April 2013).

¹⁴⁷ Website des Bundesministeriums für Wirtschaft, Familie und Jugend: <http://www.bmwfj.gv.at/FAMILIE/TRENNUNGUNDSCHEIDUNG/RECHTSFRAGEN/Seiten/FragenzumKindesunterhalt.aspx#Wer%20kann%20einen%20staatlichen%20Unterhaltsvorschuss%20bekommen?> (zuletzt besucht am 1. Mai 2013).

¹⁴⁸ <http://www.bmwfj.gv.at/Familie/TrennungUndScheidung/Rechtsfragen/Seiten/FragenzumKindesunterhalt.aspx#Wie%20hoch%20ist%20der%20Unterhalt?> (zuletzt besucht am: 23. April 2013).

- ab 15 Jahre 22 Prozent des monatlichen Nettoeinkommens

Gibt es mehrere Unterhaltsberechtigte, sind folgende Abzüge vorzunehmen:

- für jedes weitere Kind unter zehn Jahren: ein Prozent
- für jedes weitere Kind über zehn Jahren: zwei Prozent
- für die Ehefrau je nach ihrem Einkommen zwischen null und drei Prozent

Bei dieser Berechnungsart darf aber der sog. „Regelbedarf“ nicht unterschritten werden. Der Regelbedarf für ein Kind setzt sich aus den Kosten zusammen, die für ein Kind in einem gewissen Alter neben der Betreuungsleistung durchschnittlich anfallen. Die konkreten Lebensverhältnisse der Eltern, die Anlagen des Kindes und allfällige sonstige Umstände, unter denen das Kind aufwächst, werden dabei nicht beachtet. Hierbei handelt es sich also um eine „Mindestunterhaltsrente“.

Die Regel- oder Durchschnittsbedarfssätze werden jährlich anhand der Kinderkostenanalyse der Statistik Österreich errechnet und als „Regelbedarfssätze des Landesgerichts für Zivilrechtssachen Wien“ veröffentlicht.¹⁴⁹

| | 0-3 Jahre | 3-6 Jahre | 6-10 Jahre | 10-15 Jahre | 15-19 Jahre | 19-28 Jahre |
|------|-----------|-----------|------------|-------------|-------------|-------------|
| 2009 | € 176 | € 225 | € 290 | € 333 | € 391 | € 491 |
| 2010 | € 177 | € 226 | € 291 | € 334 | € 392 | € 492 |
| 2011 | € 180 | € 230 | € 296 | € 340 | € 399 | € 501 |
| 2012 | € 186 | € 238 | € 306 | € 351 | € 412 | € 517 |

3. Existenzminimum und Unterhaltsexistenzminimum der unterhaltsverpflichteten Person

Bei einer unterhaltspflichtigen Person ist zwischen dem Existenzminimum und dem Unterhaltsexistenzminimum zu unterscheiden. Das Existenzminimum ergibt sich aus § 290 ff. Exekutionsordnung (EO) im Zusammenhang mit der jährlichen „Existenzminimumverordnung.“¹⁵⁰ Gemäss § 291b Abs. 2 EO beträgt das Unterhaltsexistenzminimum 75 % des Existenzminimums, kann aber nach § 292 und §292a herunter- oder hinaufgesetzt werden. Eine feste gesetzliche Belastungsgrenze für den unterhaltspflichtigen Elternteil gibt es daher nicht.¹⁵¹ Das Existenzminimum und das Unterhaltsexistenzminimum sind unmittelbar an den Ausgleichszulagerichtssatz für alleinstehende Personen nach § 293 Abs. 1 lit. a ASVG¹⁵² geknüpft. Dieser beträgt für das Jahr 2013 837 Euro.¹⁵³

¹⁴⁹ Kurzinfo Unterhalt, S. 2, abrufbar unter: <http://www.justiz.gv.at/internet/html/default/2c948485398b9b2a013bb7dd50d61182.de.html> (zuletzt besucht am 23. April 2013).

¹⁵⁰ Existenzminimumtabelle 2013, publiziert in „Informationsbroschüre für Arbeitgeber als Drittschuldner, Hinweise, Beispiele und Existenzminimum-Tabellen, Bundesministerium für Justiz, Österreich, 1. Januar 2013“, abrufbar unter: <http://www.justiz.gv.at/internet/html/default/2c9484852308c2a60123ec387738064b.de.html> (zuletzt besucht am 23. April 2013).

¹⁵¹ <https://www.help.gv.at/Portal.Node/hlpd/public/content/49/Seite.490530.html> (zuletzt besucht am 1. Mai 2013).

¹⁵² Allgemeines Sozialversicherungsgesetz, abrufbar unter: <http://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10008147> (zuletzt besucht am 1. Mai 2013).

¹⁵³ Kundmachung des Bundesministers für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz und des Bundesministers für Gesundheit über die Aufwertung und Anpassung nach dem Allgemeinen Sozialversicherungsgesetz, dem Gewerblichen Sozialversicherungsgesetz, dem Bauern-Sozialversicherungsgesetz und dem Beamten-Kranken- und Unfallversicherungsgesetz für das Kalenderjahr 2013, BGBl. II Nr. 441/2012.

In der Regel wird der unterhaltspflichtigen Person also nur das sog. Unterhaltsexistenzminimum belassen, welches unter dem eigentlichen Existenzminimum liegt. Auch das Unterhaltsexistenzminimum ist nicht absolute Grenze, sondern kann vom zuständigen Gericht auf Antrag der unterhaltsberechtigten Person „angemessen herabgesetzt werden, wenn laufende gesetzliche Unterhaltsforderungen durch die Exekution nicht zur Gänze hereingebracht werden können.“¹⁵⁴ Von einem eigentlichen Mangelfall scheint man in Österreich nicht auszugehen.

4. Unterhaltsvorschuss

Der Unterhaltsvorschuss (Alimentationsbevorschussung) nach Unterhaltsvorschussgesetz¹⁵⁵ dient der Sicherstellung des Unterhalts von minderjährigen Kindern, wenn ein Elternteil seinen Verpflichtungen zur Zahlung nicht (oder nicht regelmäßig) nachkommt. Anspruchsberechtigt ist das minderjährige Kind.

Das zuständige Bezirksgericht kann Minderjährigen gemäss § 2 und 3 UVG einen Unterhaltsvorschuss zuerkennen, wenn

- sie ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Österreich haben,
- sie Staatsbürgerinnen/Staatsbürger Österreichs oder eines EU-/EWR-Mitgliedstaats oder staatenlos sind,
- sie keinen gemeinsamen Haushalt mit der Unterhaltsschuldnerin/dem Unterhaltsschuldner haben und
- ein vollstreckbarer Exekutionstitel für den Unterhaltsanspruch besteht.¹⁵⁶

Der Unterhaltsvorschuss wird ab Beginn des Monats der Antragstellung für höchstens fünf Jahre und maximal bis zum 18. Geburtstag gewährt und vom Oberlandesgericht jeweils am 1. eines Monats im Voraus an die bezugsberechtigte Person ausbezahlt. Die Höhe des Unterhaltsvorschlusses hängt vom Alter des minderjährigen Kindes ab und ist entweder mit einem Höchstbetrag begrenzt oder richtet sich nach festen Beträgen. Seit dem 1. Januar 2012 ist der Höchstbetrag, welcher durch einen Unterhaltsvorschuss ausbezahlt wird, ca. 532.56 Euro.¹⁵⁷

4.1. Rückzahlung der Vorschüsse

Gemäss § 26 Abs. 2 UVG ist der Unterhaltsschuldner direkt ab Zustellung des Beschlusses über die Vorschüsse verpflichtet, die Unterhaltsbeiträge an den Jugendwohlfahrtsträger (das Jugendamt) zurückzahlen. Eine Verjährung ist ausgeschlossen. Laut dem österreichischen Bundesministerium für Justiz liegt der „Einbringungserfolg“ bei ca. 50%.¹⁵⁸ Die Verpflichtung geht nach dem Tod

¹⁵⁴ Informationsbroschüre für Arbeitgeber als Drittschuldner, Hinweise, Beispiele und Existenzminimum-Tabellen, Bundesministerium für Justiz, Österreich, 1. Januar 2013, S. 13, abrufbar unter: <http://www.justiz.gv.at/internet/html/default/2c9484852308c2a60123ec387738064b.de.html> (zuletzt besucht am 23. April 2013).

¹⁵⁵ Bundesgesetz über die Gewährung von Vorschüssen auf den Unterhalt von Kindern (Unterhaltsvorschußgesetz 1985 - UVG) StF: BGBl. Nr. 451/1985, abrufbar unter: <http://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10002710>, (zuletzt besuch am 24. April 2013).

¹⁵⁶ § 2 und 3 UVG.

¹⁵⁷ <http://www.justiz.gv.at/internet/html/default/2c9484853423834501347ec85f3600fa.de.html> (zuletzt besucht am 1. Mai 2013), variiert aber offenbar je nach Bundesland (z.B. 2013: Salzburg 547,47 Euro; Niederösterreich 488,24 Euro).

¹⁵⁸ <http://www.justiz.gv.at/internet/html/default/2c9484853423834501347ec85f3600fa.de.html> (zuletzt besucht am 1. Mai 2013).

des Unterhaltsschuldners allerdings auf die Erbinnen und Erben über, d.h. auf die unterhaltsberechtigten Kinder, welche damit rückzahlungspflichtig werden könnten.

Zurückzahlen muss das Kind gemäss § 26 Abs. 1 Unterhaltsvorschussgesetz, wenn die Vorschüsse gestützt auf § 3 und § 4 Abs. 1 und 4 UVG durch vollstreckbaren Exekutionstitel durch den Unterhaltsschuldner doch hereingebracht wurden.

5. Weitere Möglichkeiten

Für die unterhaltsberechtigte Person gibt es weitere Möglichkeiten, finanzielle Unterstützung zu erhalten.

5.1. Familienbeihilfe

Anspruch auf Familienbeihilfe in Österreich haben Österreichische StaatsbürgerInnen, EU/EWR-StaatsbürgerInnen und Schweizer StaatsbürgerInnen, Drittstaatsangehörige, die sich auf Grund eines auf Dauer ausgerichteten Aufenthaltstitels in Österreich aufhalten und anerkannte Flüchtlinge nach dem Asylgesetz. Sie müssen ihren Lebensmittelpunkt in Österreich haben und mit dem Kind in einem gemeinsamen Haushalt leben. Der Anspruch besteht für alle Kinder, die das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet haben.

Für Kinder, die bereits 18 sind, besteht nur dann Anspruch auf die Familienbeihilfe, wenn sie für einen Beruf (Lehre, Schule, Studium, Fachhochschule etc.) aus- oder fortgebildet werden. Die maximale Bezugsdauer für die Familienbeihilfe ist seit dem 1. Juli 2011 mit dem vollendeten 24. Lebensjahr begrenzt, wobei unter gewissen Voraussetzungen die Familienbeihilfe bis 25 bezogen werden kann.¹⁵⁹

Nach einer Scheidung bezieht derjenige Elternteil Familienbeihilfe, bei dem das Kind wohnt. Der österreichische Verfassungsgerichtshof hat in seinem Entscheid vom 19. Juni 2002 (G7/02, B1285/00) den Grundsatz aufgestellt, dass die Familienbeihilfe bei der Unterhaltsbemessung zu berücksichtigen ist, d.h. die Hälfte des gesetzlich geschuldeten Unterhaltes muss steuerlich entlastet werden.¹⁶⁰

5.2. Kinderbetreuungsbeihilfe

Personen, die eine Arbeit aufnehmen oder an einer arbeitsmarktpolitisch relevanten Maßnahme (z.B. Kurs) teilnehmen wollen, deren wirtschaftliche Verhältnisse sich trotz Berufstätigkeit grundlegend verschlechtert haben, wesentliche Änderungen der Arbeitszeit eine neue Betreuungseinrichtung/-form erfordern oder die bisherige Betreuungsperson ausfällt, können eine Beihilfe zu den Kinderunterbringungskosten beantragen. Als weitere Voraussetzungen zu beachten sind das Alter

¹⁵⁹ Siehe dazu auf der Website der Arbeiterkammern unter: <http://www.arbeiterkammer.at/www-192-IP-2329.html> (zuletzt besucht am 24. April 2013).

¹⁶⁰ http://www.steinhausen.at/Eherecht_Familienrecht/Alimente/Familienbeihilfe.htm (zuletzt besucht am 24. April 2013).

des Kindes (jünger als 15 Jahre bzw. jünger als 19 Jahre für ein behindertes Kind) und das Bruttoeinkommen, welches monatlich 2000 Euro (Einzelperson) bzw. 2912 Euro (Paare) nicht übersteigen darf. Alimente und Unterhaltsleistungen werden dabei auch als Einkommen gewertet.¹⁶¹

5.3. Notstandshilfe

Notstandshilfe kann nach Ende eines Bezuges von Arbeitslosengeld oder Karenzgeld beantragt werden. Voraussetzungen sind das Vorliegen einer Notlage sowie Arbeitsfähigkeit, Arbeitswilligkeit und Arbeitslosigkeit. Bei der Beurteilung der Notlage werden sowohl die wirtschaftlichen Verhältnisse der gesuchstellenden Person als auch diejenigen des/der im gemeinsamen Haushalt lebenden Ehepartners/in (Lebensgefährten/in) berücksichtigt. Der gleichzeitige Bezug von Kinderbetreuungsgeld und Notstandshilfe ist grundsätzlich möglich. Allerdings besteht der Anspruch auf Notstandshilfe nur für Personen, die dem Arbeitsmarkt ohne wesentliche Einschränkungen zur Verfügung stehen. Bei Bezug von Kinderbetreuungsgeld ist dies nur der Fall, wenn das Kind nachweislich durch andere geeignete Personen im Familienkreis oder außerhalb (zum Beispiel im Rahmen von Einrichtungen wie Kinderkrippen und Kindergärten oder von einer Tagesmutter) betreut wird. Die Notstandshilfe beträgt 95 % des vorher bezogenen Grundbetrages des Arbeitslosengeldes, wenn dieser den Ausgleichszulagenrichtsatz von monatlich EUR 772,40 nicht übersteigt. In den übrigen Fällen beträgt die Notstandshilfe 92 % des Grundbetrages des Arbeitslosengeldes.¹⁶²

5.4. Bedarfsorientierte Mindestsicherung

Werden Unterhaltsverpflichtungen nicht bezahlt, besteht die Möglichkeit für die betroffene unterhaltsberechtigten Person, einen Antrag auf Bezug der sog. „bedarfsorientierten Mindestsicherung“ zu stellen. Im Jahr 2013 beträgt der Beitrag für alleinstehende Personen und Alleinerziehende rund 795 Euro netto, für Paare rund 1.192 Euro netto. Familienbeihilfe darf zusätzlich bezogen werden. Die Leistung wird 12 Mal im Jahr ausbezahlt. Der gleichzeitige Bezug von Notstandshilfe und bedarfsorientierter Mindestsicherung bzw. Kinderbetreuungsgeld und bedarfsorientierter Mindestsicherung ist nicht möglich.¹⁶³

III. SCHWEDEN

Après un divorce, les père et mère conservent automatiquement l'autorité parentale conjointe de leur enfant¹⁶⁴. Toutefois, l'autorité parentale conjointe peut être supprimée par un tribunal pour les raisons suivantes :

- à l'initiative de celui-ci, si le tribunal estime qu'il est préférable pour l'enfant d'accorder l'autorité parentale exclusive à l'un des époux,

¹⁶¹ Siehe dazu auf der Website „Service für Arbeitsuchende“ unter http://www.ams.at/sbg/sfa/14081_18721.html (zuletzt besucht am 24. April 2013).

¹⁶² Siehe dazu auf der Website des Arbeitsmarktservice Österreich unter http://www.ams.at/sfa/14080_803.html (zuletzt besucht am 24. April 2013).

¹⁶³ Siehe dazu auf der Website des Bundesministeriums für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz unter: <http://www.bmask.gv.at/cms/site/liste.html?channel=CH2193&easyread=1> (zuletzt besucht am 24. April 2013).

¹⁶⁴ Kap. 6 § 3 (Loi 1994 :1433) du droit de la famille (Föräldråbalk), version en vigueur à l'année 2012. [En ligne]. <http://riksdagen.se> (consulté le 3 mai 2013).

- à la demande de l'un des époux, s'il estime que l'autorité parentale conjointe est manifestement incompatible avec les intérêts de l'enfant, ou
- Si les deux époux demandent la suppression de l'autorité parentale conjointe, le tribunal est tenu de la prononcer.

Les père et mère doivent tous les deux s'acquitter de leur obligation d'entretien de leur enfant jusqu'à ce qu'il atteigne sa 18^{ème} année ou, si l'enfant est scolarisé à plein temps (école primaire, secondaire ou autre école équivalente), jusqu'à ce qu'il atteigne sa 21^{ème} année¹⁶⁵.

1. Contribution d'entretien

Le père ou la mère qui n'exerce pas l'autorité parentale de l'enfant et qui ne réside pas avec l'enfant ou le père ou la mère qui exerce l'autorité parentale conjointe de l'enfant, mais qui ne réside pas avec l'enfant, s'acquitte de l'obligation d'entretien de l'enfant en versant une contribution d'entretien au père ou à la mère qui réside avec l'enfant. Le montant de la contribution d'entretien est décidé entre les père et mère ou par décision du juge et dépend du revenu du père ou de la mère qui ne réside pas avec l'enfant et des besoins de l'enfant¹⁶⁶.

1.1. Aide financière d'entretien pour les enfants n'ayant pas atteint leur 18^{ème} année

Le père ou la mère qui réside avec l'enfant, peut jusqu'à ce qu'il ce qu'il atteigne sa 18^{ème} année, prétendre à une aide financière d'entretien¹⁶⁷. Elle est versée par la caisse d'assurance (Försäkringskassan) dans les situations suivantes :

- Le père ou la mère qui ne réside pas avec l'enfant ne verse pas de contribution d'entretien,
- Le père ou la mère qui ne réside pas avec l'enfant verse une contribution d'entretien d'un montant inférieur de 1'273 SEK (couronne suédoise) par enfant et par mois,
- Le père ou la mère qui ne réside pas avec l'enfant verse la contribution d'entretien en retard
- L'entretien de l'enfant ne peut être assuré par aucun autre moyen,

Pour faire valoir une aide financière d'entretien l'enfant doit remplir les exigences suivantes:

- L'enfant doit résider et être enregistré chez le père ou la mère qui fait la demande pour recevoir une aide financière d'entretien. Le père ou la mère doit exercer l'autorité parentale sur l'enfant
- L'enfant ainsi que le père ou la mère chez qui il réside doivent avoir leur domicile en Suède

L'aide financière d'entretien s'élève à un montant maximum de 1'273 SEK par enfant et par mois¹⁶⁸.

Trois formes d'aide financière d'entretien sont à relever :

1. Aide financière d'entretien entière dans le cas où le père ou la mère qui ne réside pas avec l'enfant ne verse aucune contribution d'entretien ou si la contribution d'entretien est versée en retard, l'enfant a le droit à une aide financière d'entretien entière de 1'273 SEK par mois.

¹⁶⁵ Kap. 7 § 1 (Loi 2001 : 1136) du droit de la famille (Föräldrabalk), version en vigueur à l'année 2012. [En ligne]. <http://www.riksdagen.se> (consulté le 3 mai 2013).

¹⁶⁶ Kap. 7 § 2 (Loi 1996 : 1031) du droit de la famille (Föräldrabalk), version en vigueur à l'année 2012. [En ligne]. <http://www.riksdagen.se> (consulté le 3 mai 2013).

¹⁶⁷ Ibid.

¹⁶⁸ Si l'enfant a un revenu de 48'000 SEK par année ou plus, l'aide financière d'entretien est diminuée de 50% du montant qui excède 48'000 SEK. Est considéré comme revenu, le revenu de l'emploi, de sa propre entreprise et le revenu sur capital. Le montant est recalculé au début de chaque année.

Dans cette situation, le père ou la mère doit rembourser entièrement ou en partie le montant de l'aide financière d'entretien à la caisse d'assurance (au maximum 1'273 SEK)¹⁶⁹.

Le montant à rembourser est calculé de la manière suivante : le revenu annuel (est considéré comme revenu, le revenu de l'emploi, de sa propre entreprise et le revenu sur capital) est soustrait de 100'000 SEK et sur ce montant-là, un pourcentage est calculé en fonction de nombre d'enfants à charge (1 enfant = 14%, 2 enfants = 11.50%, 3 enfants = 10%, 4 enfants = 7.75%, 5 enfants = 6.40%, 6 enfants = 5.5)¹⁷⁰.

| Arsinkomst | 1 barn | 2 barn | 3 barn | 4 barn |
|------------|--------|--------|--------|--------|
| 104 282 | 50 | 0 | 0 | 0 |
| 105 213 | 60 | 50 | 0 | 0 |
| 105 994 | 69 | 57 | 50 | 0 |
| 107 735 | 90 | 74 | 64 | 50 |
| 120 000 | 233 | 191 | 166 | 129 |
| 140 000 | 466 | 383 | 333 | 258 |
| 160 000 | 700 | 575 | 500 | 387 |
| 180 000 | 933 | 766 | 666 | 516 |
| 200 000 | 1166 | 958 | 833 | 645 |
| 209 110 | 1 273 | 1 045 | 909 | 704 |
| 232 830 | 1 273 | 1 273 | 1 106 | 857 |
| 252 754 | 1 273 | 1 273 | 1 273 | 986 |
| 297 102 | 1 273 | 1 273 | 1 273 | 1 273 |

A titre d'exemple le père ou la mère X a un revenu annuel de 180'000 SEK et a 3 enfants à charge :
180'000 SEK – 100'000 SEK

$$80'000 \text{ SEK} * 7.75\% / 12 \text{ mois}$$

Le père ou la mère X devra rembourser 666 SEK par mois et par enfants à la caisse d'assurance. Si le père ou la mère n'est pas en mesure de payer cette somme, un délai est accordé et au-delà, l'affaire est transmise à un huissier de justice (Föräldrabalk/droit de la famille, 2005:464, kap 19 § 40-44).

La caisse d'assurance peut réévaluer le montant de la somme à rembourser en fonction de changements quant au revenu et à la situation professionnelle du père ou de la mère (Socialförsäkringsbalk/droit des assurances sociales¹⁷¹). De plus, le père ou la mère peut faire valoir une réduction du remboursement dès que l'enfant dort chez lui cinq nuits de suite ou une seule nuit, mais à raison de 6 fois dans le mois¹⁷².

Si le père ou la mère gagne en dessous de 100'000 SEK, le montant de l'aide financière d'entretien ne doit pas être remboursé. Toutefois, si le père ou la mère est en pleine possession de sa capacité

¹⁶⁹ kap. 19 § 2 (Loi 2013 : 82) du droit des assurances sociales (Socialförsäkringsbalk), version en vigueur à l'année 2013. [En ligne]. <http://www.riksdagen.se> (consulté le 3 mai 2013).

¹⁷⁰ kap. 19 § 10-14 du droit des assurances sociales (Socialförsäkringsbalk), version en vigueur à l'année 2013. [En ligne]. <http://www.riksdagen.se> (consulté le 3 mai 2013).

¹⁷¹ kap. 19 § 45-46 du droit des assurances sociales (Socialförsäkringsbalk), version en vigueur à l'année 2013. [En ligne]. <http://www.riksdagen.se> (consulté le 3 mai 2013).

¹⁷² Chap. 19 § 19 (Loi 2013 : 82) du droit des assurances sociales (Socialförsäkringsbalk), version en vigueur à l'année 2013. [En ligne]. <http://www.riksdagen.se> (consulté le 3 mai 2013).

de travail, mais n'est pas professionnellement actif/ve sans motifs raisonnables, la caisse d'assurance peut exiger le remboursement des aides financières d'entretien.

2. Aide financière d'entretien complémentaire dans le cas où la caisse d'assurance juge que le père ou la mère qui ne réside pas avec l'enfant n'est pas en mesure de verser une contribution d'entretien de 1'273 SEK par mois, l'enfant a le droit à une aide financière d'entretien partielle d'un montant correspondant à la différence entre la somme versée par le père ou la mère qui ne réside pas avec l'enfant et 1'273 SEK. La somme que le père ou la mère doit verser est définie par la caisse d'assurance. La différence versée par la caisse d'assurance pour atteindre les 1'273 SEK ne doit pas être remboursée.

3. Aide financière après examen des ressources dans le cas où l'enfant réside de manière équivalente chez les père et mère, ceux-ci ont le droit de recevoir une aide financière d'entretien pour l'enfant qui sera calculée en fonction de leurs revenus respectifs. L'aide financière s'élève à un montant maximum de 636 SEK chacun par mois et par enfant. Cette somme ne doit pas être remboursée à la caisse d'assurance par les père et mère.

1.2. Aide financière d'entretien pour les enfants ayant atteint leur 18^{ème} année

Dès que l'enfant a atteint sa 18^{ème} année et qu'il est scolarisé à plein temps (école obligatoire, secondaire ou équivalente) il peut prétendre à une aide financière d'entretien. Celle-ci est directement versée à l'enfant et c'est ce dernier qui doit adresser la demande auprès de la caisse d'assurance.

IV. FRANKREICH

1. Autorité parentale et obligation de contribution

Selon l'article 371-1¹⁷³ du Code civil, l'autorité parentale est un «ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant. Elle appartient aux père et mère jusqu'à la majorité ou l'émancipation de l'enfant pour le protéger dans sa sécurité, sa santé et sa moralité, pour assurer son éducation et permettre son développement, dans le respect dû à sa personne. Les parents associent l'enfant aux décisions qui le concernent, selon son âge et son degré de maturité». Le divorce en France n'emporte aucune conséquence particulière sur les règles relatives à l'exercice de l'autorité parentale qui demeure donc, en principe, confié conjointement aux parents. Le juge peut néanmoins décider de confier cet exercice à l'un des parents si l'intérêt de l'enfant le commande.

Conformément à l'article 371-2¹⁷⁴ du Code civil, «chacun des parents contribue à l'entretien et à l'éducation des enfants à proportion de ses ressources, de celles de l'autre parent, ainsi que des besoins de l'enfant. Cette obligation ne cesse pas de plein droit lorsque l'enfant est majeur». Ces obligations concernent tous les parents, qu'ils soient mariés, pacsés, concubins ou séparés. Le

¹⁷³ Art. 371-1 (modifié par LOI n°2002-305 du 4 mars 2002 – art. 2 JORF 5 MARS 2002) du Code civil, version en vigueur au 5 mars 2002. [En ligne]. <http://www.legifrance.gouv.fr> (consulté le 30 avril 2013).

¹⁷⁴ Art. 371-2 (modifié par LOI n°2002-305 du 4 mars 2002 – art. 3 JORF 5 MARS 2002) du Code civil, version en vigueur au 5 mars 2002. [En ligne]. <http://www.legifrance.gouv.fr> (consulté le 30 avril 2013).

divorce n'influence pas cette obligation et de ce fait, chacun des parents doit continuer à contribuer à l'entretien et l'éducation de l'enfant.

Cette contribution prend la forme d'une pension alimentaire (principe de l'obligation alimentaire, administrativement appelée Contribution à l'éducation et à l'entretien de l'enfant (CEE)) versée par le parent débiteur, mais peut aussi prendre la forme, en tout ou partie, d'une prise en charge directe des frais exposés au profit de l'enfant ou être versée sous la forme d'un droit d'usage et d'habitation. Le montant et la forme de la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant peuvent faire l'objet d'une convention entre les parents, ou à défaut, d'une décision judiciaire. La pension alimentaire est versée :

- au parent qui exerce seul l'autorité parentale,
- au parent chez lequel l'enfant réside habituellement, en cas d'exercice en commun de l'autorité parentale (notamment lorsqu'il y a un écart important de ressources entre les parents),
- au tiers ou à l'établissement éducatif auquel l'enfant a été confié.

Ce devoir d'entretien persiste même quand l'enfant devient majeur dès lors qu'il ne peut subvenir à ses propres besoins (notamment lorsqu'il poursuit ses études). Lorsque l'obligation alimentaire concerne les enfants, **la dette est prioritaire sur toutes autres dettes dites de consommation**. La pension alimentaire fait l'objet d'une revalorisation régulière, et peut être révisée en cas de changements substantiels dans la situation des parties.

Le montant de la pension est fixé en fonction des ressources et des charges du parent débiteur et des besoins du parent créancier. Le montant de la pension alimentaire dépend du magistrat chargé de fixer le montant des pensions et varie ainsi au cas par cas. Pour clarifier le calcul et les tarifs des pensions alimentaires, le Ministère de la Justice publie la grille des références¹⁷⁵ (ci-dessous) pour l'année en cours dans le but de rendre le montant des pensions alimentaires plus uniforme sur le territoire national. On observe de ce fait qu'aucun montant minimum ni maximum n'est fixé pour les pensions alimentaires.

¹⁷⁵ Ministère de la Justice. [En ligne]. <http://www.vos-droits.justice.gouv.fr/> (consulté le 15 août 2013).

| TABLE DE REFERENCE 2013 POUR FIXER LES PENSIONS ALIMENTAIRES (MONTANT PAR ENFANT) | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | |
|---|---------------|---|--------|-------|------|-----------|-------|-----------|---------|-------|-----------|--------|------|-----------|-----------|------|-----------|---------|------|-----------|--------|--|--|-----------|--|--|---------|--|--|
| Le montant de la pension par enfant est calculé en proportion du revenu, net d'un minimum vital (483€), du parent débiteur. Cette proportion est différente selon le nombre total d'enfants à la charge du parent débiteur (quelle que soit l'union dont ils sont nés) et l'amplitude du droit de visite et d'hébergement (réduit, classique, ou alterné sans partage spontané des frais). Ex : soit un parent débiteur ayant 1 000€ de revenu, 2 enfants à charge, qui exerce un droit d'hébergement classique pour ses deux enfants, le montant de la pension sera (sous réserve de l'appréciation du juge) : | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | |
| $PA = (1\ 000 - 483) \times 0,115 = 517 \times 0,115 = 59€$ par enfant (soit au total 118€ pour les deux enfants) | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | |
| REVENU DU DEBITEUR | | 1 enfant | | | | | | 2 enfants | | | 3 enfants | | | 4 enfants | | | 5 enfants | | | 6 enfants | | | | | | | | | |
| | | AMPLITUDE DU DROIT DE VISITE ET D'HEBERGEMENT | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | |
| MONTANT TOTAL | MINIMUM VITAL | APRES REDUCTION | REDUIT | | | CLASSIQUE | | | ALTERNÉ | | | REDUIT | | | CLASSIQUE | | | ALTERNÉ | | | REDUIT | | | CLASSIQUE | | | ALTERNÉ | | |
| | | | 18,0% | 13,5% | 9,0% | 15,5% | 11,5% | 7,8% | 13,3% | 10,0% | 6,7% | 11,7% | 8,8% | 5,8% | 10,6% | 8,0% | 5,3% | 9,5% | 7,2% | 4,8% | | | | | | | | | |
| 700€ | 483€ | 217€ | 39 | 29 | 20 | 34 | 25 | 17 | 29 | 22 | 15 | 25 | 19 | 13 | 23 | 17 | 12 | 21 | 16 | 10 | | | | | | | | | |
| 800€ | 483€ | 317€ | 57 | 43 | 29 | 49 | 36 | 25 | 42 | 32 | 21 | 37 | 28 | 19 | 34 | 25 | 17 | 30 | 23 | 15 | | | | | | | | | |
| 900€ | 483€ | 417€ | 75 | 56 | 38 | 65 | 48 | 33 | 55 | 42 | 28 | 49 | 37 | 24 | 44 | 33 | 22 | 40 | 30 | 20 | | | | | | | | | |
| 1 000€ | 483€ | 517€ | 93 | 70 | 47 | 80 | 59 | 40 | 69 | 52 | 35 | 60 | 45 | 30 | 55 | 41 | 27 | 49 | 37 | 25 | | | | | | | | | |
| 1 100€ | 483€ | 617€ | 111 | 83 | 56 | 96 | 71 | 48 | 82 | 62 | 41 | 72 | 54 | 36 | 65 | 49 | 33 | 59 | 44 | 30 | | | | | | | | | |
| 1 200€ | 483€ | 717€ | 129 | 97 | 65 | 111 | 82 | 56 | 95 | 72 | 48 | 84 | 63 | 42 | 76 | 57 | 38 | 68 | 52 | 34 | | | | | | | | | |
| 1 300€ | 483€ | 817€ | 147 | 110 | 74 | 127 | 94 | 64 | 109 | 82 | 55 | 96 | 72 | 48 | 87 | 65 | 43 | 78 | 59 | 39 | | | | | | | | | |
| 1 400€ | 483€ | 917€ | 165 | 124 | 83 | 142 | 105 | 72 | 122 | 92 | 61 | 107 | 81 | 54 | 97 | 73 | 49 | 87 | 66 | 44 | | | | | | | | | |
| 1 500€ | 483€ | 1 017€ | 183 | 137 | 92 | 158 | 117 | 79 | 135 | 102 | 68 | 119 | 89 | 59 | 108 | 81 | 54 | 97 | 73 | 49 | | | | | | | | | |
| 1 600€ | 483€ | 1 117€ | 201 | 151 | 101 | 173 | 128 | 87 | 149 | 112 | 75 | 131 | 98 | 65 | 118 | 89 | 59 | 106 | 80 | 54 | | | | | | | | | |
| 1 700€ | 483€ | 1 217€ | 219 | 164 | 110 | 189 | 140 | 95 | 162 | 122 | 82 | 142 | 107 | 71 | 129 | 97 | 65 | 116 | 88 | 58 | | | | | | | | | |
| 1 800€ | 483€ | 1 317€ | 237 | 178 | 119 | 204 | 151 | 103 | 175 | 132 | 88 | 154 | 116 | 77 | 140 | 105 | 70 | 125 | 95 | 63 | | | | | | | | | |
| 1 900€ | 483€ | 1 417€ | 255 | 191 | 128 | 220 | 163 | 111 | 188 | 142 | 95 | 166 | 125 | 83 | 150 | 113 | 75 | 135 | 102 | 68 | | | | | | | | | |
| 2 000€ | 483€ | 1 517€ | 273 | 205 | 137 | 235 | 174 | 118 | 202 | 152 | 102 | 177 | 133 | 89 | 161 | 121 | 80 | 144 | 109 | 73 | | | | | | | | | |
| 2 100€ | 483€ | 1 617€ | 291 | 218 | 146 | 251 | 186 | 126 | 215 | 162 | 108 | 189 | 142 | 95 | 171 | 129 | 86 | 154 | 116 | 78 | | | | | | | | | |
| 2 200€ | 483€ | 1 717€ | 309 | 232 | 155 | 266 | 197 | 134 | 228 | 172 | 115 | 201 | 151 | 100 | 182 | 137 | 91 | 163 | 124 | 82 | | | | | | | | | |
| 2 300€ | 483€ | 1 817€ | 327 | 245 | 164 | 282 | 209 | 142 | 242 | 182 | 122 | 213 | 160 | 106 | 193 | 145 | 96 | 173 | 131 | 87 | | | | | | | | | |
| 2 400€ | 483€ | 1 917€ | 345 | 259 | 173 | 297 | 220 | 150 | 255 | 192 | 128 | 224 | 169 | 112 | 203 | 153 | 102 | 182 | 138 | 92 | | | | | | | | | |
| 2 500€ | 483€ | 2 017€ | 363 | 272 | 182 | 313 | 232 | 157 | 268 | 202 | 135 | 236 | 177 | 118 | 214 | 161 | 107 | 192 | 145 | 97 | | | | | | | | | |
| 2 600€ | 483€ | 2 117€ | 381 | 286 | 191 | 328 | 243 | 165 | 282 | 212 | 142 | 248 | 186 | 124 | 224 | 169 | 112 | 201 | 152 | 102 | | | | | | | | | |
| 2 700€ | 483€ | 2 217€ | 399 | 299 | 200 | 344 | 255 | 173 | 295 | 222 | 149 | 259 | 195 | 130 | 235 | 177 | 118 | 211 | 160 | 106 | | | | | | | | | |
| 2 800€ | 483€ | 2 317€ | 417 | 313 | 209 | 359 | 266 | 181 | 308 | 232 | 155 | 271 | 204 | 136 | 246 | 185 | 123 | 220 | 167 | 111 | | | | | | | | | |
| 2 900€ | 483€ | 2 417€ | 435 | 326 | 218 | 375 | 278 | 189 | 321 | 242 | 162 | 283 | 213 | 141 | 256 | 193 | 128 | 230 | 174 | 116 | | | | | | | | | |
| 3 000€ | 483€ | 2 517€ | 453 | 340 | 227 | 390 | 289 | 196 | 335 | 252 | 169 | 294 | 221 | 147 | 267 | 201 | 133 | 239 | 181 | 121 | | | | | | | | | |
| 3 100€ | 483€ | 2 617€ | 471 | 353 | 236 | 406 | 301 | 204 | 348 | 262 | 175 | 306 | 230 | 153 | 277 | 209 | 139 | 249 | 188 | 126 | | | | | | | | | |
| 3 200€ | 483€ | 2 717€ | 489 | 367 | 245 | 421 | 312 | 212 | 361 | 272 | 182 | 318 | 239 | 159 | 288 | 217 | 144 | 258 | 196 | 130 | | | | | | | | | |
| 3 300€ | 483€ | 2 817€ | 507 | 380 | 254 | 437 | 324 | 220 | 375 | 282 | 189 | 330 | 248 | 165 | 299 | 225 | 149 | 268 | 203 | 135 | | | | | | | | | |
| 3 400€ | 483€ | 2 917€ | 525 | 394 | 263 | 452 | 335 | 228 | 388 | 292 | 195 | 341 | 257 | 171 | 309 | 233 | 155 | 277 | 210 | 140 | | | | | | | | | |
| 3 500€ | 483€ | 3 017€ | 543 | 407 | 272 | 468 | 347 | 235 | 401 | 302 | 202 | 353 | 265 | 176 | 320 | 241 | 160 | 287 | 217 | 145 | | | | | | | | | |
| 3 600€ | 483€ | 3 117€ | 561 | 421 | 281 | 483 | 358 | 243 | 415 | 312 | 209 | 365 | 274 | 182 | 330 | 249 | 165 | 296 | 224 | 150 | | | | | | | | | |
| 3 700€ | 483€ | 3 217€ | 579 | 434 | 290 | 499 | 370 | 251 | 428 | 322 | 216 | 376 | 283 | 188 | 341 | 257 | 171 | 306 | 232 | 154 | | | | | | | | | |
| 3 800€ | 483€ | 3 317€ | 597 | 448 | 299 | 514 | 381 | 259 | 441 | 332 | 222 | 388 | 292 | 194 | 352 | 265 | 176 | 315 | 239 | 159 | | | | | | | | | |
| 3 900€ | 483€ | 3 417€ | 615 | 461 | 308 | 530 | 393 | 267 | 454 | 342 | 229 | 400 | 301 | 200 | 362 | 273 | 181 | 325 | 246 | 164 | | | | | | | | | |
| 4 000€ | 483€ | 3 517€ | 633 | 475 | 317 | 545 | 404 | 274 | 468 | 352 | 236 | 411 | 309 | 206 | 373 | 281 | 186 | 334 | 253 | 169 | | | | | | | | | |
| 4 100€ | 483€ | 3 617€ | 651 | 488 | 326 | 561 | 416 | 282 | 481 | 362 | 242 | 423 | 318 | 212 | 383 | 289 | 192 | 344 | 260 | 174 | | | | | | | | | |
| 4 200€ | 483€ | 3 717€ | 669 | 502 | 335 | 576 | 427 | 290 | 494 | 372 | 249 | 435 | 327 | 217 | 394 | 297 | 197 | 353 | 268 | 178 | | | | | | | | | |
| 4 300€ | 483€ | 3 817€ | 687 | 515 | 344 | 592 | 439 | 298 | 508 | 382 | 256 | 447 | 336 | 223 | 405 | 305 | 202 | 363 | 275 | 183 | | | | | | | | | |
| 4 400€ | 483€ | 3 917€ | 705 | 529 | 353 | 607 | 450 | 306 | 521 | 392 | 262 | 458 | 345 | 229 | 415 | 313 | 208 | 372 | 282 | 188 | | | | | | | | | |
| 4 500€ | 483€ | 4 017€ | 723 | 542 | 362 | 623 | 462 | 313 | 534 | 402 | 269 | 470 | 353 | 235 | 426 | 321 | 213 | 382 | 289 | 193 | | | | | | | | | |
| 4 600€ | 483€ | 4 117€ | 741 | 556 | 371 | 638 | 473 | 321 | 548 | 412 | 276 | 482 | 362 | 241 | 436 | 329 | 218 | 391 | 296 | 198 | | | | | | | | | |
| 4 700€ | 483€ | 4 217€ | 759 | 569 | 380 | 654 | 485 | 329 | 561 | 422 | 283 | 493 | 371 | 247 | 447 | 337 | 224 | 401 | 304 | 202 | | | | | | | | | |
| 4 800€ | 483€ | 4 317€ | 777 | 583 | 389 | 669 | 496 | 337 | 574 | 432 | 289 | 505 | 380 | 253 | 458 | 345 | 229 | 410 | 311 | 207 | | | | | | | | | |
| 4 900€ | 483€ | 4 417€ | 795 | 596 | 398 | 685 | 508 | 345 | 587 | 442 | 296 | 517 | 389 | 258 | 468 | 353 | 234 | 420 | 318 | 212 | | | | | | | | | |
| 5 000€ | 483€ | 4 517€ | 813 | 610 | 407 | 700 | 519 | 352 | 601 | 452 | 303 | 528 | 397 | 264 | 479 | 361 | 239 | 429 | 325 | 217 | | | | | | | | | |

2. Pension alimentaire et moyens de recouvrement

Le fait de ne pas exécuter l'obligation de verser une pension alimentaire, peut, après un délai de 2 mois et conformément à l'article 227-3¹⁷⁶ du code pénal, être considéré comme un délit d'abandon de famille. Le parent débiteur encourt une peine d'emprisonnement pouvant aller jusqu'à 2 ans et

¹⁷⁶ Art. 227-3 (modifié par LOI n°2011-525 du 17 mai 2011 – art. 151) du Code pénal, version en vigueur au 30 avril 2013. [En ligne]. <http://www.legifrance.gouv.fr> (consulté le 30 avril 2013).

une l'amende dont le montant peut s'élever jusqu'à 15'000 euros. Il convient de relever que **la plainte pour abandon de famille n'a pas pour objet le recouvrement des pensions alimentaires** non payées mais uniquement la condamnation du débiteur à une sanction pénale.

Dans les cas de non-paiement de pension alimentaire ou d'irrégularité des versements, différentes solutions de recouvrement sont prévues :

- La procédure de paiement direct permet au parent créancier d'obtenir le paiement de la pension par des tiers (comme par exemple l'employeur ou l'organisme bancaire) disposant de sommes dues au débiteur. Cette procédure permet d'obtenir le règlement des mensualités impayées depuis maximum 6 mois avant notification de la demande de paiement direct ou des mensualités à venir au fur et à mesure où elles sont dues. Les frais de procédure sont à la charge du parent débiteur et aucune avance ne peut être demandée au parent créancier,
- La saisie sur rémunération est une forme de saisie qui permet de retenir directement sur le salaire du parent débiteur la part qui revient au parent créancier. Cette procédure est particulièrement utile pour permettre le recouvrement d'une pension due depuis plus de 6 mois. Cette procédure nécessite que le débiteur soit salarié, fonctionnaire, employé ou même demandeur d'emploi et ne s'applique pas si le débiteur est artisan, commerçant, professionnel libéral ou bénéficiaire du revenu de solidarité active (RSA). S'il s'agit de l'employeur, une somme minimale égale au RSA (483,24 euros en 2013) sera laissée au parent débiteur,
- La procédure de recouvrement judiciaire se caractérise par des saisies du mobilier (de la voiture notamment) ou des comptes bancaires du débiteur par l'huissier de justice. Le recouvrement des arriérés pourra se faire à partir de 6 mois d'arriérés, et remonter jusqu'à 5 ans en arrière. Le paiement des mensualités à venir n'est, malgré tout, pas garanti,
- Le recouvrement d'une pension alimentaire dont le débiteur est à l'étranger permet, sous certaines conditions, au parent créancier de procéder au recouvrement d'une pension alimentaire lorsque le parent débiteur qui réside à l'étranger ne remplit pas ses obligations.

3. Plusieurs aides en cas de non-paiement de la pension alimentaire, mais pas de système de compensation de la pension alimentaire

3.1. Pour les parents isolés¹⁷⁷ : allocation de soutien familial

Si le parent créancier ne reçoit plus la pension alimentaire due par le parent débiteur depuis au moins deux mois consécutifs, qu'il vit seul (c.f. définition d'une personne isolée) et qu'il a ses enfants à sa charge, il peut s'adresser à sa caisse d'allocations familiales (CAF). Aujourd'hui, les CAF se substituent à la pension alimentaire non payée avec un système de garantie, l'Allocation de soutien familial (ASF)¹⁷⁸. Trois situations sont à relever :

¹⁷⁷ Est considéré comme isolée une personne veuve, divorcée, séparée ou célibataire, qui ne vit pas en couple de manière notoire et permanente et qui notamment ne met pas en commun avec un conjoint, concubin ou partenaire de pacte civil de solidarité ses ressources et ses charges. Lorsque l'un des membres du couple réside à l'étranger, n'est pas considéré comme isolé celui qui réside en France. Art. L262-9 du Code de l'action sociale et des familles, version en vigueur au 24 juillet 2013, [En ligne]. <http://www.legifrance.gouv.fr> (consulté le 15 août 2013).

¹⁷⁸ Caisses d'allocations familiales. Site des Caisses d'allocations familiales. [En ligne]. <http://www.caf.fr/aides-et-services/s-informer-sur-les-aides/solidarite-et-insertion/l-allocation-de-soutien-familial-asf> (consulté le 1er mai 2013).

- a) Dans le cas où le parent débiteur se soustrait à son obligation d'entretien et qu'aucune décision en justice n'a préalablement été prise concernant la pension alimentaire, l'ASF sera versée pendant 4 mois. Pour maintenir le droit à l'ASF au-delà du quatrième mois, le parent créancier doit engager une action en justice dans le but qu'une pension alimentaire soit fixée ou recourir à une médiation familiale,
- b) Dans le cas où le parent débiteur se soustrait totalement ou partiellement au paiement d'une pension alimentaire fixée par décision de justice, le parent créancier a le droit à une ASF à raison de 90,40 euros par mois et par enfant (montant fixé pour la période du 1^{er} avril 2013 au 31 mars 2014). La CAF engage une action contre le parent débiteur afin d'obtenir le remboursement des allocations. Si l'action engagée aboutit, la CAF versera au parent créancier les pensions qu'elle aura récupérées en déduisant les allocations versées. L'action engagée par la CAF peut remonter jusqu'à 2 ans à compter de la date à laquelle le parent créancier lui a demandé d'agir,
- c) Dans le cas où le parent débiteur n'est pas en mesure de faire face à son obligation d'entretien, le parent créancier doit directement s'adresser à sa CAF pour qu'une décision au cas par cas soit prise concernant son droit à l'ASF. En effet, si le parent est dans l'incapacité de régler l'ASF, il s'agit ici de la version non recouvrable de l'allocation. Selon un rapport de la Cour des comptes datant de 2010, la grande majorité des avances ASF concernait la version non recouvrable de l'allocation¹⁷⁹. La Cour des comptes a mis en évidence la problématique de cette version non recouvrable¹⁸⁰. En effet, lorsqu'il est difficile d'établir la situation réelle du parent défaillant, pour une série de raisons (adresse inconnue, parents débiteurs situés dans un pays étranger,...), les CAF tendent à refuser d'accorder une ASF non recouvrable et *demandent par conséquent aux allocataires de saisir le juge aux affaires familiales pour faire fixer une pension alimentaire, provoquant l'engorgement de ces juridictions. Or, les juges eux-mêmes sont, bien souvent, dans l'incapacité de fixer une pension alimentaire. Ainsi, il arrive que les parents isolés victimes de la défaillance de leur ex-conjoint ne puissent pas recevoir cette allocation.*

3.2. Pour les parents non isolés : aide du service de recouvrement pour les pensions alimentaires non payées

L'aide au recouvrement d'une pension alimentaire s'adresse aux personnes qui remplissent les conditions suivantes :

- être titulaire d'une pension alimentaire fixée par jugement devenu exécutoire, en faveur d'un ou plusieurs de ses enfants mineurs, et non versée depuis au moins 2 mois ;
- ne pas remplir les conditions d'attribution de l'ASF (sont notamment concernées les personnes non isolées) ;
- avoir déjà engagé une procédure (paiement direct, saisie-arrêt, etc.) qui n'a pas abouti. Pour bénéficier de cette aide, il faut en faire la demande auprès de son organisme débiteur des prestations familiales.

¹⁷⁹ Le Monde.fr. (2012). Le recouvrement des pensions alimentaires, proposé par M. Sarkozy, est déjà en partie assuré. [En ligne]. http://www.lemonde.fr/election-presidentielle-2012/article/2012/03/08/le-recouvrement-des-pensions-propose-par-sarkozy-est-deja-assure-en-partie_1654805_1471069.html (consulté le 30 avril 2013).

¹⁸⁰ Ibid.

L'aide au recouvrement n'est soumise à aucune condition de ressources. De même, il n'est pas nécessaire de percevoir une prestation familiale (allocations familiales, complément familial, allocation de base pour la prestation d'accueil du jeune enfant, etc.) pour en bénéficier. La demande d'aide au recouvrement doit être faite pour le compte d'un enfant mineur.

Les enfants de 18 ans et plus peuvent également bénéficier, à titre personnel, de cette aide au recouvrement, dès lors qu'ils sont en possession d'un jugement fixant une pension alimentaire à leur nom, et que celle-ci ne leur a pas été versée depuis au moins 2 mois consécutifs.

Une fois en possession de la demande d'aide au recouvrement, la CAF notifie au débiteur, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, qu'il a admis la demande d'aide au recouvrement faite par le créancier de la pension. Dans cette lettre, la CAF rappelle au débiteur les obligations auxquelles celui-ci est tenu envers le créancier et lui fait connaître qu'à défaut d'exécution volontaire, le recouvrement de la créance sera poursuivi au moyen de toute procédure appropriée (paiement direct, saisie-arrêt, recouvrement public, ...). Les pensions alimentaires récupérées sont reversées, au fur et à mesure, au créancier ; tous les frais de procédure sont à la charge du débiteur, ainsi que les majorations prévues par l'article R581-6 du code de la sécurité sociale¹⁸¹.

3.3. Pour les parents isolés et non isolés : revenu de solidarité active

Jusqu'en 2009, l'allocation du parent isolé (API) perçue par les parents élevant seuls leurs enfants était augmentée en cas de défaillance de paiement de la pension. L'API a été supprimée et remplacée par le RSA¹⁸². Cette prestation permet de garantir un montant minimal de ressources aux personnes sans activité. Il permet également d'assurer un complément de revenu aux personnes qui ont de faibles revenus d'activité mensuels. Le montant du RSA dépend des ressources du foyer¹⁸³. Contrairement à l'API, le RSA n'est pas valorisé en cas de défaillance de versement de la pension due. On parle toutefois d'une majoration du RSA pour le parent isolé qui est accordée pendant 12 mois (pas forcément d'affilée) et cela se fait après les 18 mois qui s'écoulent l'événement marquant (naissance, divorce, veuvage). Le RSA ne doit pas être remboursé par la personne qui en bénéficie. On observe ainsi, suite à la suppression de l'API, qu'aucune aide supplémentaire n'est disponible en cas de défaillance de versement de la pension due.

¹⁸¹ Art. R581-6 (créé par Décret 85-1353 1985-12-17 art. 1 JORF du 21 décembre 1985) du Code de la sécurité sociale, version en vigueur au 3 mai 2013. [En ligne]. <http://www.legifrance.gouv.fr> (consulté le 3 mai 2013).

¹⁸² LOI n° 2008-1249 du 1^{er} décembre 2008, version en vigueur au 1^{er} janvier 2013. [En ligne]. <http://www.legifrance.gouv.fr> (consulté le 30 avril 2013).

¹⁸³ Caisses d'allocations familiales. *Site des Caisses d'allocations familiales*. [En ligne]. (consulté le 1^{er} mai 2013).

LITERATUR- UND MATERIALIENVERZEICHNIS

Literatur

- BÜCHLER ANDREA/CANTIENI LINUS/SIMONI HEIDI, Die Regelung der elterlichen Sorge nach Scheidung de lege ferenda – ein Vorschlag, FamPra 2/2007, S. 207 ff.
- DETRICK SHARON, A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child, The Hague/Boston/London 1999.
- FREIVOGEL ELISABETH, Nachehelicher Unterhalt – Verwandtenunterstützung – Sozialhilfe, Wenn das Familieneinkommen nach Trennung oder Scheidung nicht für zwei Haushalte ausreicht: Rechtsprechung und Änderungsbedarf bei Mankofällen. Kurzfassung einer Analyse von Gerichtsurteilen, Sozialhilfegesetzgebung und -praxis, erstellt im Auftrag der Eidgenössischen Kommission für Frauenfragen, März 2007 (sowohl die Kurzfassung als auch die integrale Fassung sind abrufbar unter www.ekf.admin.ch)
- WHITE ROBIN C.A./OVEY CLARE, The European Convention on Human Rights, 5th ed., Oxford 2010.
- RUMO-JUNGO ALEXANDRA/HOTZ SANDRA, Der Vorentwurf zur Revision des Kindesunterhalts: ein erster Schritt, FamPra.ch 2013, S. 1 ff.
- KÄLIN WALTER/KÜNZLI JÖRG, Universeller Menschenrechtsschutz, 3. vollständig überarbeitete und ergänzte Auflage, Basel 2013.
- KIENER REGINA/KÄLIN WALTER, Grundrechte, 2. Aufl., Bern 2013.
- MÜLLER JÖRG PAUL/SCHEFER MARKUS, Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl., Bern 2008.
- WYTTENBACH JUDITH, Soziale Rechte, in: Arnd Pollmann/Georg Lohmann, Menschenrechte, Stuttgart/Weimar 2012.

Materialien

Menschenrechtsausschuss, MRA

General Comment No. 28, Equality of rights between men and women (article 3), CCPR/C/21/Rev.1/Add.10, 29. März 2000, zit.: **MRA, General Comment No. 28. (2000).**

General Comment No. 19, Protection of the family, the right to marriage and equality of the spouses (Article 23), 27. Juli 1990, zit.: **MRA, General Comment No. 19 (1990).**

General Comment No. 17, Rights of the child (Article 24), 4. Okt. 1990, zit.: **MRA, general Comment No. 17 (1989).**

Ausschuss für WSK-Rechte

General Comment No. 20, Non-discrimination in economic, social and cultural rights (art. 2, para. 2, of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights), E/C.12/GC/20, 2. Juli 2009, zit.: **Ausschuss für WSK-Rechte, General Comment No. 20 (2009)**.

General Comment No. 19, The right to social security (art. 9), E/C.12/GC/19, 4. Feb. 2008: zit.: **Ausschuss für WSK-Rechte, General comment No. 19 (2008)**.

General Comment No. 16, The equal right of men and women to the enjoyment of all economic, social and cultural rights (art. 3 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights), E/C.12/2005/4, 11. Aug. 2005, zit.: **Ausschuss für WSK-Rechte, General Comment No. 16 (2005)**.

Ausschuss gegen die Diskriminierung der Frau, CEDAW

General Recommendation No. 29 (2013) on article 16, Economic consequences of marriage, family relations and their dissolution, CEDAW/C/GC/29, 29. Feb. 2013, zit.: **CEDAW, General Recommendation No. 29 (2013)**.

General Recommendation No. 28 on the core obligations of States parties under article 2 of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, CEDAW/C/GC/28, 16. Dez. 2010, zit.: **CEDAW, General Recommendation No. 28 (2010)**.

Concluding Observations of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women: Switzerland, CEDAW/C/CHE/CO/3, 7. Aug. 2009, zit.: **CEDAW, Concluding Observations Switzerland 2009**.

General recommendation No. 21 on equality in marriage and family relations, 4. Feb. 1994, zit.: **CEDAW, General Recommendation No. 21 (1994)**.

Ausschuss für die Rechte des Kindes, CRC

General Comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para. 1), CRC/C/GC/14, 29. Mai 2013, zit.: **General Comment No. 14 (2013)**.

General Comment No. 5 (2003): General measures of implementation of the Convention on the Rights of the Child (arts. 4, 42 and 44, para. 6), CRC/GC/2003/5, 27. Nov. 2003, zit.: **General Comment No. 5 (2003)**.

Bundesrat und Bundesverwaltung

Botschaft des Bundesrates zu einer Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Kindesunterhalt) vom 29. November 2013, BBl 2014 529, zit.: **Botschaft 2013**.

Bundesamt für Justiz, Erläuternder Bericht zum Vernehmlassungsentwurf zur Änderung des Zivilgesetzbuchs (Kindesunterhalt), der Zivilprozessordnung (Art. 296a) und des Zuständigkeitsgesetzes (Art. 7), Juli 2012, zit.: **Erläuternder Bericht**.

Bundesamt für Justiz, Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Kindesunterhalt), der Zivilprozessordnung (Art. 2961) und des Zuständigkeitsgesetzes (Art. 7), Bericht über das Ergebnis des Vernehmlassungsverfahrens, März 2013, zit.: **Ergebnis des Vernehmlassungsverfahrens.**