



**University of
Zurich**^{UZH}

**Zurich Open Repository and
Archive**

University of Zurich
University Library
Strickhofstrasse 39
CH-8057 Zurich
www.zora.uzh.ch

Year: 2014

**Der Bundesgesetzgeber zwischen Bundesgericht und Kantonen:
Verfassungsrechtliche Überlegungen zu Kindesunterhalt und kantonalem
Sozialhilferecht**

Uhlmann, Felix

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich

ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-108755>

Journal Article

Published Version

Originally published at:

Uhlmann, Felix (2014). Der Bundesgesetzgeber zwischen Bundesgericht und Kantonen: Verfassungsrechtliche Überlegungen zu Kindesunterhalt und kantonalem Sozialhilferecht. Jusletter, (07.04.2014):online.



Der Bundesgesetzgeber zwischen Bundesgericht und Kantonen

Verfassungsrechtliche Überlegungen zu Kindesunterhalt und kantonalem Sozialhilferecht

Autor/Autorin: Felix Uhlmann

Rechtsgebiete: Bund und Kantone, Übriges Verfassungsrecht, Sozialhilferecht, Eheschliessung, Auflösung der Ehe

Zitiervorschlag: Felix Uhlmann, Der Bundesgesetzgeber zwischen Bundesgericht und Kantonen, in: Jusletter 7. April 2014

In seiner Botschaft zu einer Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Kindesunterhalt) vom 29. November 2013 schlägt der Bundesrat verschiedene Massnahmen zur Stärkung des Unterhaltsanspruchs des Kindes vor. Er beschäftigt sich auch mit der sog. Mankoteilung, sieht sich aus verfassungsrechtlichen Gründen allerdings nicht in der Lage, die in diesem Bereich bestehende Benachteiligung der Frauen zu beseitigen. Der Beitrag lotet die Bundeskompetenz in Abgrenzung zu den kantonalen Kompetenzen (Sozialhilfe) aus und plädiert für eine weitergehende Inanspruchnahme der Bundeskompetenz.

[1] Der Gesetzgeber ist ein Diener vieler Herren, seien es die erfolgreichen Initiantinnen und Initianten einer Volksinitiative, die internationale Rechtsentwicklung oder die mediale Öffentlichkeit. Manchmal ist es auch das Bundesgericht. Im Oktober 2008 hat dieses, da es einen eigenen Eingriff als nicht opportun erachtete, den Gesetzgeber zur Nachbesserung im Bereich des Unterhaltsrechts aufgerufen: «Es wäre vielmehr am Gesetzgeber, 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 immer die Kinder – ergibt»¹.

[2] Worum geht es? In einer Trennungssituation werden die Mittel der Familie oft knapp. Der einer Erwerbstätigkeit nachgehende Ehegatte, also hauptsächlich der Mann, wird zur Zahlung von Unterhaltsbeiträgen verpflichtet. Reichen die Unterhaltsbeiträge zur Deckung des Existenzminimums der Familie nicht aus, werden die Unterhaltsberechtigten, also meist Frau und Kinder, an die Sozialhilfe verwiesen. Die Frau bezieht dabei Sozialhilfe für sich und ihre

Kinder².

[3] Für die Frau ist der Gang zur Sozialhilfe mit verschiedenen Nachteilen verbunden. Als Sozialhilfeempfängerin muss sie möglicherweise Angehörige, z.B. ihre Eltern oder einen neuen Partner, um Unterstützung angehen. Sie trägt auch das Risiko, dass die empfangene Sozialhilfe später von den Behörden zurückgefordert wird, wenn die Frau in bessere wirtschaftliche Verhältnisse gelangt³.

[4] Diese Nachteile hat der unterhaltsverpflichtete Ehegatte nicht. Er muss zwar Unterhaltsbeiträge bis zu seinem Existenzminimum hin leisten, aber nicht darüber hinaus. Das «Manko» der Familie verbleibt den Unterhaltsberechtigten, sprich Frau und Kindern. Dies meint das Bundesgericht, wenn es von «einseitiger Mankoüberbindung» spricht⁴. Eine Mankoteilung, insbesondere in der Form von Eingriffen in das Existenzminimum des Mannes, erlaubt das geltende Recht nicht⁵.

[5] Das Bundesgericht hat dem Gesetzgeber keine leichte Aufgabe aufgetragen. Ungeachtet der politischen Brisanz betrifft die Fragestellung auch eine verfassungsrechtlich nur ungenügend ausgeleuchtete Grenzlinie zwischen Bundeszivilrecht und kantonalem Sozialhilferecht. Es geht um die Frage, in welchem Umfang der Bund das Problem selbst lösen kann und inwiefern es eine Mitwirkung der Kantone zur Anpassung ihres Sozialhilferechts braucht.

[6] Die verfassungsrechtliche Ausgangslage präsentiert sich wie folgt: Für die Festlegung und Ausrichtung der Sozialhilfe sind die Kantone zuständig⁶. Darunter fällt auch die Alimentenbevorschussung. Die Kantone haben zwar ein verfassungsrechtliches Minimum auszurichten (Nothilfe); darüber hinaus gehende Leistungen liegen aber im Ermessensbereich des kantonalen Gesetzgebers⁷. Die Bundesverfassung hält fest, dass Sozialhilfe grundsätzlich am Wohnsitz ausgerichtet wird. Der Bund regelt Ausnahmen und Zuständigkeiten⁸. Aufgrund seiner Kompetenzen im Bereich des Zivil- und Zivilprozessrechts⁹ kann der Bund auch die Einordnung entstandener Sozialhilfeansprüche im Zivilrecht vornehmen.

[7] Was hat der Bund nun unternommen, um der Aufforderung des Bundesgerichts nachzukommen? In seiner Botschaft zu einer Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Kindesunterhalt) vom 29. November 2013¹⁰ schlägt der Bundesrat verschiedene Massnahmen zur Stärkung des Unterhaltsanspruchs des Kindes vor. Er berücksichtigt dabei, dass die gemeinsame elterliche Sorge per 1. Juli 2014 zum Regelfall werden wird. Hinsichtlich der Mankoteilung beschränkt sich der Bundesrat erklärermassen auf «punktuelle Massnahmen zur Verbesserung der Stellung des Kindes»¹¹. Die Inkassohilfe wird gestärkt¹². Das minderjährige Kind soll einen «eigenständigen Unterstützungswohnsitz» erhalten, sofern die Eltern keinen gemeinsamen Wohnsitz haben¹³. Schliesslich wird in Unterhaltsverträgen und Urteilen ein allfälliges «Manko» ausgewiesen; dieses kann bei einer ausserordentlichen Verbesserung der wirtschaftlichen Verhältnisse des unterhaltspflichtigen

Elternteils rückwirkend für fünf Jahre zurückgefordert werden¹⁴.

[8] Die Vorschläge des Bundesrates bringen Verbesserungen, so etwa fraglos für den Bereich der Inkassohilfe. Das selbständige Sozialhilfedossier des Kindes verhindert, dass die Frau ihre Sozialhilfe für das Kind aufwenden muss und später für diesen Betrag mit Rückforderungen konfrontiert wird. Für das Kind erweist sich das eigene Dossier vermutlich nicht als Nachteil, weil die Kantone in Anwendung der Kinderrechtskonvention¹⁵ von Nachforderungen gegenüber Kindern absehen, wenn diese später in bessere Verhältnisse gelangen. Die neue Bestimmung findet zwar streng genommen nur interkantonal Anwendung¹⁶, sollte aber sinnvollerweise die Praxis der Kantone in allen Fällen prägen. Ob die Rückforderung des Mankos Verbesserungen bringt, wird die Praxis zeigen müssen: Der Entwurf des Bundesrates geht von der Vorstellung aus, es gebe nur *einen* Unterhaltsverpflichteten¹⁷. Grundsätzlich sind aber beide Elternteile für den Unterhalt des Kindes verantwortlich¹⁸. Die erfolgreiche Geschäftsfrau, deren Mann durch einen Unfall schwerstbehindert geworden ist, schuldet dem Kind unter Umständen Betreuung und Unterhalt. Die Vorstellung *eines* betreuenden und *eines* unterhaltsverpflichteten Ehegatten wird durch die gemeinsame elterliche Sorge erst recht aufgelöst. Wie die Gerichte mit dem Damoklesschwert der Mankozuweisung umgehen werden, erscheint offen.

[9] Der Bundesrat räumt auch ein, dass sein Vorschlag nicht alle Vorgaben des Bundesgerichts einlöst¹⁹. So muss eine Frau, die sich in einem Mankofall für die Betreuung ihrer Kinder entscheidet und deswegen Sozialhilfe in Anspruch nimmt, weiterhin mit Rückforderungen der Sozialhilfebehörden rechnen. Die Alimenterbevorschussung wird interkantonal weiterhin unterschiedlich sein. Schliesslich erscheinen die Auswirkungen der Festlegung eines Mankobetrages in Unterhaltsvertrag oder Urteil ungewiss – es ist nicht ausgeschlossen, dass sich die neue Bestimmung auch zu Lasten der Frauen auswirken wird.

[10] Der Bundesrat begründet seine Zurückhaltung mit verfassungsrechtlichen Überlegungen. Das Problem sei von den Kantonen oder gegebenenfalls durch Verfassungsänderung zu lösen²⁰. Man darf unterstellen, dass in beiden Fällen nicht mit raschen Lösungen zu rechnen ist. So ist vor gut einem Jahr eine neue Verfassungsbestimmung über die Familienpolitik gescheitert²¹. Zu fragen ist deshalb, ob der Bund seine Kompetenzen wirklich ausgeschöpft hat, um den vom Bundesgericht festgestellten Missstand zu beheben.

[11] Klarzustellen ist zunächst, dass der Bund verfassungsrechtlich durchaus eine Mankoteilung einführen könnte. Er darf zwar nicht in den Notbedarf²² eingreifen; darüber hinaus befindet sich der Bundesgesetzgeber aber in den Bereichen des Zivilrechts und der Schuldbetreibung, die ihm zur umfassenden Regelung überlassen sind²³. Man mag einen solchen Systemwechsel aus anderen Gründen ablehnen; verfassungsrechtliche Bedenken sind es nicht.

[12] Weiter besitzt der Bund die Kompetenz, *einmal entstandene sozialhilferechtliche Ansprüche* in das System des Zivilrechts einzubetten. So könnte er einem Kind erlauben, in

einen Sozialhilfeanspruch des Vaters einzugreifen. Ob die Kantone als Reaktion die Sozialhilfebeiträge an den Vater einfach einstellen resp. auf den Betrag der Nothilfe zurückfahren könnten, erscheint rechtlich zweifelhaft. Massstab der Ausrichtung der Sozialhilfe ist die Bedürftigkeit²⁴. Die Kantone können den Umfang der Sozialhilfe zwar festlegen, sind aber immer an den verfassungsrechtlichen Grundsatz der Rechtsgleichheit²⁵ gebunden. Einen solchen – möglicherweise konfrontativen – Weg gegenüber den Kantonen möchte der Bund wohl vermeiden. Dies ist ein – ernstzunehmendes – politisches Argument, nicht aber eine Verfassungsfrage.

[13] Schliesslich sollte der Bund auch prüfen, ob er nicht Frauen vor Rückforderungen der Sozialhilfebehörden schützen könnte. In einem Mankofall befindet sich eine Frau heute in einer Pflichtenkollision: Sie schuldet dem Kind Unterhalt und Betreuung, kann aber nur einen Anspruch einlösen. Entscheidet sie sich für Fremdbetreuung und Berufstätigkeit, ist sie allenfalls nicht auf Sozialhilfe angewiesen. Entscheidet sie sich für die Kindesbetreuung und Sozialhilfe, trägt sie das Risiko der Rückforderung. Grundsätzlich sind die bundesrechtlichen Pflichten aber gleichwertig. Meines Erachtens hätte der Bund die Kompetenz, die Gleichwertigkeit dieser Verpflichtungen zu schützen und negativen Anreizen der Kantone entgegenzutreten. Er sollte einen Rückforderungsanspruch der Kantone für Sozialhilfeleistungen, die bezogen werden mussten, weil die Betreuung eigener Kinder die Erwerbstätigkeit ganz oder teilweise ausschloss, begrenzen oder ausschliessen.

[14] Der Bund sollte diese und weitere Möglichkeiten prüfen, das Problem der einseitigen Mankoüberbindung nicht bloss «punktuell» zu beheben. Natürlich ist die Lage zwischen Bundesgericht und Kantonen alles andere als gemütlich – mit diesem «Manko» muss der Bundesgesetzgeber aber leben. Er sollte es nicht den Frauen überbinden.

Literaturverzeichnis

AUBERT JEAN-FRANÇOIS/MAHON PASCAL, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zürich/Basel/Genf 2003 (zit. BEARBEITER, Petit Comm., Art. no)

BIAGGINI GIOVANNI, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Kommentar, Zürich 2007

BREITSCHMID PETER/RUMO-JUNGO ALEXANDRA (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012 (zit. BEARBEITER/-IN, CHK, Art. N)

EHRENZELLER BERNHARD/MASTRONARDI PHILIPPE/SCHWEIZER RAINER J./VALLENDER KLAUS A. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen/Basel/Genf 2008 (zit. BEARBEITER/-IN, SG-Komm., Art. N)

FREIVOGEL ELISABETH, Nachehelicher Unterhalt – Verwandtenunterstützung – Sozialhilfe,

FamPra.ch 2007, 497 ff.

HAUSHEER HEINZ/SPYCHER ANNETTE (Hrsg.), Handbuch des Unterhaltsrechts, 2. Aufl., Bern 2010 (zit. BEARBEITER/-IN, Handbuch Unterhaltsrecht, Rz.)

HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/GEISER THOMAS (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, 4. Aufl., Basel 2010 (zit. BEARBEITER/-IN, BSK-ZGB, Art. N)

PERRIN JEAN-FRANÇOIS, La méthode du minimum vital, SJ 1993, 425 ff.

POHLMANN JÖRG, Mankoteilung – Möglichkeiten eines Ausgleichs zwischen den Ehegatten, FamPra.ch 2007, 526 ff.

SCHÖBI FELIX, Mankoteilung oder Mankoüberbindung?, Bemerkungen zum Bundesgerichtsurteil 5A_767/2007 vom 23. Oktober 2008, recht 2009, 27 ff.

FELIX UHLMANN ist Professor für Staats- und Verwaltungsrecht sowie Rechtsetzungslehre an der Universität Zürich. Er hat die SP Schweiz in verfassungsrechtlichen Fragen zum Kindesunterhalt beraten.

-
- 1 [BGE 135 III 66](#) ff., 80, E. 10. Vgl. dazu auch die Urteilsbesprechung von SCHÖBI, passim.
 - 2 Vgl. zum Ganzen [FREIVOGEL](#), 497 f.
 - 3 Vgl. zum Ganzen [FREIVOGEL](#), 505 ff. u. 515 ff.; [POHLMANN](#), 527 ff.
 - 4 [BGE 135 III 66](#) ff., 80, E. 10. Vgl. zur einseitigen Mankoüberbindung einerseits und der Mankoteilung andererseits [PERRIN](#), 439 ff., sowie [SCHÖBI](#), 27.
 - 5 Vgl. dazu [HAUSHEER/SPYCHER](#), Handbuch Unterhaltsrecht, Rz. 02.62 ff. u. 05.136 ff., sowie die bundesgerichtliche Rechtsprechung in [BGE 121 I 97](#) ff., [BGE 121 III 301](#) ff. und [BGE 123 III 1](#) ff. In [BGE 126 III 353](#) ff., 356, E. 1a/aa und [BGE 127 III 68](#) ff., 70, E. 2c wurde diese Rechtsprechung bestätigt.
 - 6 [MADER](#), SG-Komm., Art. 115 N 4; [BIAGGINI](#), Art. 115 N 4; [MAHON](#), Petit Comm., Art. 115 no 3 f.
 - 7 Vgl. [MADER](#), SG-Komm., Art. 115 N 2; [MAHON](#), Petit Comm., Art. 115 no 4 u. 6.
 - 8 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; [SR 101](#)).
 - 9 Art. 122 Abs. 1 BV.
 - 10 [BBI 2014 529](#) ff.
 - 11 [BBI 2014 529](#) ff., 531 u. 559.
 - 12 [BBI 2014 529](#) ff., 559.
 - 13 [BBI 2014 529](#) ff., 559 u. 587 ff.
 - 14 [BBI 2014 529](#) ff., 587 ff.
 - 15 Übereinkommen über die Rechte des Kindes vom 20. November 1989 ([SR 0.107](#)).

16 BBI 2014 529 ff., 559.

17 Vgl. etwa BBI BBI 2014 529 ff., 539 f.

18 Art. 276 ZGB; vgl. dazu etwa BREITSCHMID, BSK-ZGB, Art. 276 N 8, sowie ROELLI/MEULI-LEHNI, CHK, Art. 276 ZGB N 2.

19 BBI 2014 529 ff., 560.

20 Vgl. BBI 2014 529 ff., 560 ff.

21 Vgl. BBI 2013 3129 ff.

22 Art. 12 BV.

23 Art. 122 Abs. 1 BV.

24 Vgl. zum Begriff BIAGGINI, Art. 115 N 3, sowie MADER, SG-Komm., Art. 115 N 9.

25 Art. 8 Abs. 1 BV.

0 Kommentare

Es gibt noch keine Kommentare

** Pflichtfelder*

Was ist Ihr Kommentar?

Titel:

Ihr Kommentar: *

Name: *

Senden

Ihr Kommentar wird durch eine Moderatorin bzw. einen Moderator geprüft und in Kürze freigeschaltet.