Zeitschrift: Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 126 (2007)

Artikel: Das Familienrecht

Autor: Nägeli, Caterina / Guyer, Rahel / Schoch, Nik

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-896209

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Mehr erfahren

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. En savoir plus

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. Find out more

Download PDF: 07.01.2026

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, https://www.e-periodica.ch

Das Familienrecht

CATERINA NÄGELI*
MIT RAHEL GUYER** UND NIK SCHOCH***

* Dr. iur., Rechtsanwältin in Zürich
** lic. iur., Rechtsanwältin in Zürich
*** lic. iur., Anwaltssubstitut in Zürich

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung 9
B. Das Eherecht 10
I. Allgemeines 10
II. Die Ehescheidung und die Ehetrennung 11
1. Gemeinsame elterliche Sorge 11
2. Vorgezogene Scheidung im Eheschutzverfahren 13
3. Gemeinsames Scheidungsbegehren 14
4. Abschaffung der zweimonatigen Bedenkfrist 15
5. Aufhebung der zweijährigen Trennungszeit 17
6. Aufhebung von Art. 115 ZGB 18
7. Pensionskassenregelung 19
8. Rückkehr zur Verschuldensfrage bezüglich Unterhaltszahlungen bei Scheidung? 20
III. Die Wirkungen der Ehe im allgemeinen 22
1. Allgemeines 22
2. Häusliche Gewalt als Offizialdelikt 23
IV. Das Güterrecht der Ehegatten 23
1. Die Entwicklung des Ehegüterrechts im Überblick 23
2. Die Güterstände des ZGB von 1907 24
3. Die Güterstände des ZGB von 1988 25
V. Fazit 26
C. Die nichteheliche Lebensgemeinschaft 28
I. Begriff und Arten 28
II. Die eheähnliche Lebensgemeinschaft 29
III. Die eingetragene Partnerschaft 33
IV. Fazit 35
D. Das Kindesrecht 36
I. Ausserrechtliche Einflüsse auf das Kindesrecht 36
II. Grundzüge des Kindesrechts vor Vereinheitlichung des Zivilrechts 38
1. Die Entstehung des Kindesverhältnisses 38
a. Im Allgemeinen 38
b. Die Entstehung des ausserehelichen Kindesverhältnisses im Besonderen 38
2. Die Wirkungen des Kindesverhältnisses, insbesondere die «elterliche Gewalt» 39
III. Grundzüge des Verwandtschaftsrechts im Zivilgesetzbuch von 1907 40
1. Übersicht 40
2. Die Entstehung des Kindesverhältnisses 41
a. Im Allgemeinen 41
b. Die Entstehung des Kindesverhältnisses zum ausserehelichen Vater im Besonderen 42
3. Die Wirkungen des Kindesverhältnisses 43
a. Im Allgemeinen 43
b. Die «elterliche Gewalt» im Besonderen 43

IV. Die Revision des Verwandtschaftsrechts 44
1. Die Stossrichtungen der Revisionen 44
a. Die Revision des Adoptionsrechts 44
b. Die Revision des übrigen Kindesrechts 45
2. Die Entstehung des Kindesverhältnisses 45
a. Im Allgemeinen 45
b. Die Entstehung des ausserehelichen Kindesverhältnisses im Besonderen 46
3. Die Wirkungen des Kindesverhältnisses 47
a. Im Allgemeinen 47
b. Die elterliche Gewalt/Sorge im Besonderen 47
V. Fazit 48

A. Einleitung

Ziel dieses Beitrages ist nicht eine weitere umfassende Darstellung des schweizerischen Familienrechts. Diesbezüglich existieren bereits zahlreiche ausführliche Lehrbücher, Kommentare und Einzelabhandlungen. Nachfolgend werden einzelne, in der Rechtswirklichkeit wichtige Aspekte des Familienrechts über den Zeitraum von 100 Jahren herausgegriffen. Besondere Bedeutung wird dabei den Problemen beigemessen, welche sich aus der Umsetzung des Familienrechts in der Praxis ergeben. Nachdem das ZGB in seiner Version von 1907 während 65 Jahren nahezu unverändert geblieben war, wurde die grosse Revisionswelle im Familienrecht durch die *Revision des Adoptionsrechts* vom 30.6.1972 ausgelöst.[1] Als zweite Etappe folgte die *Revision des übrigen Kindesrechts* vom 25.6.1976.[2] Schliesslich folgten die *Revision des Eherechts* vom 5.10.1984[3] sowie die *Novelle zum Eheschliessungs- und Scheidungsrecht* vom 26.6.1998.[4] Als letzte grosse Etappe der Familienrechtsrevision ist gegenwärtig jene des *Vormundschaftsrechts* im Gang,[5] welches – abgesehen von den Bestimmungen über den fürsorgerischen Freiheitsentzug (Art. 397a–f ZGB) – praktisch unverändert geblieben ist und neu unter der Bezeichnung «Erwachsenenschutz» firmieren wird. Aus Platzgründen wird das Vormundschaftsrecht nachfolgend nicht näher behandelt.

Würde Eugen Huber das heutige Familienrecht als sein Werk wiedererkennen? Wohl kaum. Das Familienrecht hat nur dann Chancen, sich in der Gesellschaft durchzusetzen, wenn es mit den Anschauungen und Gewohnheiten der Bevölkerung übereinstimmt. Der einschneidende Wandel, den das Familienrecht insbesondere in den letzten 30 Jahren in der Schweiz erfahren hat, stellt keine Umgestaltung der Familie durch den Gesetzgeber dar. Dieser hat mit den Gesetzesrevisionen lediglich die in der Wirklichkeit durch die Gesellschaft hervorgebrachten Veränderungen nachvollzogen.[6] 2005 betrug der Anteil der ausländischen Wohnbevölkerung in der Schweiz rund 21%.[7] Verglichen mit dem Beginn des 20. Jahrhunderts bedeutet dies eine markante Zunahme, welche insbesondere zu einer Internationalisierung der familienrechtlichen Verhältnisse geführt hat. Schweizerische Partner heiraten im In- oder Ausland einen ausländischen Partner und ziehen diesen ggf. in die

---

1 BBl 1971 I 1205; Revision in Kraft seit 1.4.1973.

2 BBl 1974 II 1; Revision in Kraft seit 1.1.1978.

3 AS 1986 I 122, in Kraft seit 1.1.1988.

4 AS 1999 S. 1118, in Kraft seit 1.1.2000.

5 Vgl. BBl 2006, 7001; vgl. auch BBl 2005, 7002 ff. und Thomas Geiser, Vom epochalen Wurf zum Dauerprovisorium, in: Roland Gysin, René Schuhmacher und Dominique Strebel (Hrsg.), Festschrift 96 Jahre ZGB, Zürich 2003, S. 194 ff.

6 Heinz Hausheer, Thomas Geiser und Regina E. Aebi-Müller, Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 3. A., Bern 2007, N 01.22.

7 Bundesamt für Statistik, Bevölkerung – Die wichtigsten Zahlen, 2006.

Schweiz nach. Seit Inkrafttreten des Personenfreizügigkeitsabkommens[8] vom 1.6.2002 ziehen vermehrt Familien z.B. aus Deutschland in die Schweiz. Schweizerische Eltern adoptieren ein im Ausland lebendes Kind. Während eines Scheidungsverfahrens werden die Kinder von einem Elternteil von der Schweiz ins Ausland oder umgekehrt verbracht.[9] Spanische Eheleute mit Wohnsitz in der Schweiz etwa lassen sich in Spanien scheiden. Aus diesen Gründen stellt sich in familienrechtlichen Angelegenheiten nicht nur die Frage, welche Bestimmung des ZGB anwendbar ist, sondern auch, ob ein internationaler Staatsvertrag wie etwa das internationale Kindesentführungsübereinkommen,[10] das Minderjährigenschutzabkommen[11] oder das internationale Adoptionsübereinkommen[12] besteht bzw. auf die Normen des IPRG zurückgegriffen werden muss.

B. Das Eherecht

I. Allgemeines

Was die Autorin in den Jahren 1976 bis 1982 im Studium der Rechtswissenschaften im Bereich des Ehe- und Familienrechts gelernt hat, erscheint heutigen Studierenden unvorstellbar. Der Ehemann war von Gesetzes wegen Familienoberhaupt (Art. 160 Abs. 1 aZGB), während die Ehefrau den Haushalt führte (Art. 161 Abs. 3 aZGB). Sie durfte nur mit Einwilligung des Ehemannes einer Erwerbstätigkeit nachgehen (Art. 167 aZGB). Allerdings galt das Eherecht von Eugen Huber zur Zeit der Inkraftsetzung 1912 – insbesondere auch gegenüber ausländischen Rechtsordnungen – als fortschrittlich.[13] Huber setzte die Abschaffung der Geschlechtsvormundschaft (Bevormundung der Ehefrau durch den Ehemann) und die Anerkennung der vollen Handlungsfähigkeit der verheirateten Frau durch, ohne aber die Vorherrschaft des Mannes in der Ehe aufgrund seiner «überlegenen Tüchtigkeit

8 Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit vom 21.6.1999 (SR 0.142.112.681).

9 Vgl. Susanne Hüppi, Straf- und zivilrechtliche Aspekte der Kindesentziehung durch einen Elternteil, Diss. Zürich 1988.

10 Übereinkommen über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung vom 25.10.1961 (SR 0.211.312.1); vgl. Nicolette Rusca-Clerc, La Convention de La Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants du 25 octobre 1980, AJP 9/97, S. 1072 ff.

11 Übereinkommen über die Zuständigkeit der Behörden und das anzuwendende Recht auf dem Gebiet des Schutzes von Minderjährigen vom 5.10.1961 (SR 0.211.231.01) (MSA).

12 Übereinkommen über den Schutz von Kindern und die Zusammenarbeit auf dem Gebiet der Internationalen Adoption vom 29.5.1993 (SR 0.211.221.311).

13 BBl 1979 II 1198.

und natürlichen Autorität» anzutasten.[14] In der Folge war die Frau nach wie vor praktisch vom politischen und wirtschaftlichen Leben ausgeschlossen; ihre Tätigkeit sollte allein auf die Haushaltführung beschränkt bleiben. Das Eherecht war bereits vor Inkrafttreten des ZGB von 1907 punktuell vereinheitlicht worden. Da die kantonalen Eherechte stark unter dem Einfluss der Kirche standen, war die Ehe zwischen Angehörigen verschiedener Konfessionen problematisch. Abhilfe schaffte hier das BG vom 3.12.1850 über die (konfessionell) gemischte Ehe. Die diesbezügliche Gesetzgebungskompetenz lag mit Art. 44 Abs. 2 BV 1848 beim Bund, dem mit dieser Bestimmung die Sorge um den religiösen Frieden übertragen worden war. Gestützt auf weitere Kompetenzen des Bundesgesetzgebers in der Bundesverfassung von 1874 erging überdies das BG vom 24.12.1874 betreffend die Beurkundung und die Feststellung des Zivilstandes und die Ehe. Dieses Gesetz hatte u.a. einheitliche Scheidungsgründe für die ganze Schweiz zur Folge. Dem Bundesgesetzgeber wurde allerdings erst 1898 mit Art. 64 Abs. 2 aBV die Kompetenz zur umfassenden Regelung des Eherechts übertragen.[15] Bezeichnend für das Eherecht ist, dass insbesondere das Scheidungsrecht wiederholt Gegenstand zahlreicher Gerichtsentscheide, Publikationen sowie (kleinerer) gesetzgeberischer Eingriffe geworden ist.[16]

II. Die Ehescheidung und die Ehetrennung

Gewisse Fragen des Ehe- und Scheidungsrechts werden trotz der beiden erwähnten Revisionen heute in der Öffentlichkeit heftig diskutiert. Auf einzelne dieser Fragen soll nachfolgend – insbesondere aus Sicht der Praxis – eingegangen werden.

1. Gemeinsame elterliche Sorge

Bis zur Einführung des neuen Scheidungsrechts am 1.1.2000 war ein gemeinsames Sorgerecht der Ehegatten nach der Scheidung nicht möglich.[17] Bei Scheidung oder Trennung entschied der Richter über die Gestaltung der Elternrechte und des Besuchsrechts (Art. 156 aZGB). Die «elterliche Ge-

14 BBl 1979 II 1195 f.; Catherine A. Gasser, «Zur Bewahrung vor Stillstand und Verknöcherung», in: Roland Gysin, René Schuhmacher und Dominique Strebel, Festschrift 96 Jahre ZGB, Zürich 2003, S. 22.

15 Hausheer/Geiser/Aebi-Müller (Fn. 6), N 01.24 ff.

16 Hausheer/Geiser/Aebi-Müller (Fn. 6), Vorwort, S. V.; nachdem das neue Scheidungsrecht am 1.1.2000 in Kraft getreten ist, wird bereits wieder der Ruf nach einer Scheidungsrechtsreform laut. Z.B. findet an der Universität Fribourg am 11./12.09.2007 bzw. am 13./14.09.2007 ein Symposium zum Familienrecht zu diesem Thema statt.

17 Hausheer/Geiser/Aebi-Müller (Fn. 6), N 10.128.

walt»[18] über die gemeinsamen unmündigen Kinder erhielt gemäss Art. 297 Abs. 3 aZGB derjenige Ehegatte, dem die Kinder in der Scheidung anvertraut worden waren. Entscheidend für die Kinderzuteilung war bereits unter altem Recht das Kindeswohl.[19] Gemäss Art. 133 ZGB teilt das Gericht die elterliche Sorge ebenfalls einem Elternteil zu und regelt nach den Bestimmungen über die Wirkungen des Kindesverhältnisses den Anspruch auf persönlichen Verkehr und den Unterhaltsbeitrag des anderen Elternteils. Nach aktuellem Scheidungsrecht wird die elterliche Sorge in rund 65% der Fälle allein der Mutter, in rund 27% der Fälle beiden Elternteilen gemeinsam und lediglich in rund 8% der Fälle allein dem Vater zugeteilt.[20] Nur wenn sich die Eltern in einer genehmigungsfähigen Vereinbarung über ihre Anteile an der Betreuung der Kinder und die Verteilung der Unterhaltskosten verständigen, belässt das Gericht bzw. die Vormundschaftsbehörde den Eltern auf gemeinsamen Antrag die gemeinsame elterliche Sorge, sofern dies mit dem Kindeswohl vereinbar ist (Art. 298a ZGB i.V.m. Art. 315a Abs. 1 ZGB). Zurzeit wird diskutiert, ob die gemeinsame elterliche Sorge für unverheiratete oder geschiedene Eltern als Regelfall verwirklicht werden soll, wie dies z.B. in Deutschland vorgesehen ist.[21] Die Befürworter dieser Neuerung führen zum Einen das Recht des Kindes auf beide Eltern ins Feld. Zum Andern argumentieren sie, der Regelfall der gemeinsamen elterlichen Sorge würde den Vätern den Kontakt zum Kind erleichtern. Die Väter seien nämlich im Hinblick auf die Aufrechterhaltung ihrer Beziehung zum Kind oft der Willkür der sorgeberechtigten Mutter ausgeliefert, welche dem Vater aufgrund der aktuellen Rechtslage das Besuchsrecht jederzeit verweigern könne. Überdies seien die Eltern aufgrund des gemeinsamen Sorgerechts verpflichtet, in Kinderbelangen miteinander zu kommunizieren, was die Beziehung der geschiedenen Eltern fördere. Die Gegner stellen sich hingegen auf den Standpunkt, die derzeitige Sorgerechtsregelung trage der Tatsache Rechnung, dass sich das Gros der geschiedenen Eltern nach Auflösung der Ehe insbesondere über die Kinderbelange nicht mehr verständigen könne. Diese Elternpaare dürften nicht vom Richter zur Ausübung der gemeinsamen elterlichen Sorge gezwungen werden. Die Mög-

18 Zur Wandlung des Begriffs «elterliche Gewalt» in «elterliche Sorge» vgl. hinten Ziff. D.IV.3.b.

19 Cyril Hegnauer, Grundriss des Eherechts, 2. A., Bern 1987, N 11.34 ff.

20 Vgl. Bundesamt für Statistik, Demografisches Porträt der Schweiz, Scheidungen: Zuteilung des Sorgerechts für unmündige Kinder, 1984–2005; obschon auch in diesem Bereich das Gleichbehandlungsprinzip gilt, wird das Sorgerecht i.d.R. deshalb überwiegend der Mutter zugeteilt, weil auch heute meistens die Frau die Familienarbeit vor die berufliche Karriere stellt und deshalb eine vorherrschende Beziehung zu den Kindern aufbaut.

21 Hausheer/Geiser/Aebi-Müller (Fn. 6), N. 10.129a; vgl. auch hinten Ziff. D.V.

lichkeit, dass Eltern das gemeinsame Sorgerecht einvernehmlich vereinbaren könnten, entspreche hingegen vollauf der gesellschaftlichen Wirklichkeit.[22]

2. *Vorgezogene Scheidung im Eheschutzverfahren*

Das neue Scheidungsrecht hat in erster Linie die Förderung der einvernehmlichen Scheidung und somit die Abkehr vom Verschuldensprinzip zum Ziel. Zu diesem Zweck wurde die «Scheidung auf gemeinsames Begehren» in ihrer zweifachen Ausgestaltung – nämlich mit vollständiger Einigung (Art. 111 ZGB) oder mit blosser Teileinigung über die Nebenfolgen (Art. 112 ZGB) – geschaffen. Daneben stehen mit dem Scheidungsgrund des Ablaufs der zweijährigen Trennungsfrist (Art. 114 ZGB) ein streng formalisierter sowie mit Art. 115 ZGB – subsidiär – ein Scheidungsgrund der Unzumutbarkeit zur Verfügung. In der Praxis hat sich die fehlende Koordination der Eheschutzbestimmungen mit den Scheidungsnormen als problematisch herausgestellt. Im Eheschutzverfahren ist die Aufhebung des gemeinsamen Haushalts gestützt auf Art. 175 ZGB grundsätzlich dann möglich, wenn die Persönlichkeit, die wirtschaftliche Sicherheit oder das Wohl der Familie durch das Zusammenleben ernstlich gefährdet ist. Wird Art. 175 ZGB restriktiv angewendet und verweigert ein Ehegatte die Einwilligung zur Scheidung, würde dies für die Dauer der zweijährigen Trennungsfrist nach Art. 114 ZGB zu einem «Scheidungsverbot» führen. Es war das Zürcher Obergericht, welches in den Jahren 2000 und 2001 dieses Schnittstellenproblem zwischen Eheschutz und Ehescheidung mit zwei Leitentscheiden[23] gemildert hat. Diese Rechtsprechung wirkte sich stark auf die Scheidungsrealität aus. Der Eheschutzrichter lässt es i.d.R. in Bezug auf die Aufhebung des gemeinsamen Haushalts genügen, wenn ein Ehegatte das Zusammenleben beenden will und geht davon aus, dessen Persönlichkeit sei durch das Zusammenleben ernstlich gefährdet. Das Zusammenleben mit dem ungeliebten Ehegatten kann schliesslich nicht erzwungen werden.[24] Demnach fragt es sich, ob bei der nächsten Revision des Eherechts nicht auch Art. 175 ZGB entsprechend geändert werden müsste. Überdies werden im Eheschutzverfahren z.T. bereits Grundsätze der Schei-

---

22 Christine Burger-Sutz, Die Kinderbelange unter altem und neuem Scheidungsrecht, Diss., Zürich 1999, S. 183 f.; vgl. Jost Schumacher, Vortrag vom 18.5.2006 über das gemeinsame Sorgerecht von Mann und Frau unter Berücksichtigung der Motion von Nationalrat Dr. Reto Wehrli, S. 3 ff.; vgl. Linus Cantieni, Gemeinsame elterliche Sorge nach Scheidung, Diss. 2006, FamPra 7/2007.

23 Vgl. ZR 99 (2000) Nr. 67; 100 (2001) Nr. 45.

24 Daniel R. Trachsel, Bis dass die Frist euch scheidet, in: Roland Gysin, René Schuhmacher und Dominique Strebel, Festschrift 96 Jahre ZGB, Zürich 2003, S. 116 ff.

dung angewandt, so z.B. die Anordnung der Gütertrennung,[25] wenn die Ehe als definitiv gescheitert gilt, oder die Anwendung des scheidungsrechtlichen Unterhaltsrechts.[26] Als problematisch erwies sich bezüglich der «Vorbereitung der Scheidung» insbesondere, dass das Eheschutzverfahren im summarischen Verfahren durchgeführt wird. Dies bedeutet, dass keine eingehende Abklärung bezüglich der Kinderzuteilung erfolgt, d.h. im Falle einer strittigen Obhutszuteilung werden z.B. keine umfassenden Gutachten von Kinder- und Jugendpsychiatrischen Diensten eingeholt, sondern höchstens ein Bericht eines Jugendsekretariats. Diese Zuteilung wirkt aber auf ein allfälliges Scheidungsurteil dennoch insoweit präjudizierend, als Kinder, welche aufgrund eines Eheschutzentscheids während zwei bis drei Jahren beim einen Ehegatten lebten, in einer Scheidung kaum je dem anderen Ehegatten zugeteilt werden.

3. *Gemeinsames Scheidungsbegehren*

Vor der Scheidungsrechtsreform vom 26.6.1998 wies die Schweiz eines der ältesten Scheidungsgesetze Europas auf. Dieses war jedoch bei seiner Inkraftsetzung 1912 im internationalen Vergleich eines der fortschrittlichsten, obschon es die – mit BG vom 24.12.1874 betr. die Feststellung und Beurkundung des Zivilstandes und die Ehe – bereits mögliche einvernehmliche Scheidung nicht mehr vorsah und insofern einen Rückschritt darstellte. Mit dem neuen Scheidungsrecht sollte dem in der Gesellschaft verbreiteten Gedanken des partnerschaftlichen Ehemodells Rechnung getragen werden. Mit den Art. 111 und 112 ZGB wurde der Scheidungsgrund auf gemeinsames Begehren eingeführt.[27] Ehegatten können sich nicht selbst aus der Ehe entlassen. Das neue Gesetz verpflichtet Eheleute nach wie vor, ihren Scheidungswillen vom Richter auf die Ernsthaftigkeit prüfen zu lassen. Der Gesetzgeber wählte für die Abwicklung der Scheidung auf gemeinsames Begehren zwischen dem «deutschen» Modell, welches eine bestimmte Trennungsfrist vorsieht, und dem «französischen» Modell, welches ein bestimmtes Verfahren vorschreibt. Da eine obligatorische Trennungsfrist in Bezug auf die einvernehmliche Scheidung einen unzumutbaren staatlich verordneten Übergangszustand geschaffen

---

25 Vgl. ZR 100 (2001) Nr. 24; diese Praxis des Zürcher Obergerichts wurde allerdings vom Kassationsgericht Zürich mit Beschluss vom 22.8.2003 insofern relativiert, als der Richter bei der Anordnung der Gütertrennung im Eheschutzverfahren seinen Entscheid in Würdigung aller Umstände fällen müsse. Unterschreite das Gericht das ihm gem. Art. 4 ZGB zustehende Ermessen, entscheide es willkürlich.

26 Trachsel (Fn. 24), S. 121.

27 Thomas Geiser und Adolf Lüchinger, Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, 3. A., Basel 2006, N 1 ff. vor Art. 111 ff.; Verena Bräm, Die Scheidung auf gemeinsames Begehren, die Wechsel der Verfahren (Art. 111–113, 116 ZGB) und die Anfechtung der Scheidung auf gemeinsames Begehren (149 ZGB), AJP 12/99, S. 1512.

hätte, fiel die Wahl auf den bestimmten Verfahrensablauf. Kritiker bemängeln, die Schwäche des neuen Scheidungsgesetzes sei nicht dessen Inhalt, sondern das, was nicht Inhalt geworden sei. So werde den Ehegatten im Gesetz nicht erklärt, wie eine gemeinsame Scheidungskonvention auszuarbeiten ist. Eheleute, deren Verhältnisse sich komplizierter präsentieren, seien für die Erarbeitung einer Scheidungsvereinbarung auf die Hilfe Dritter angewiesen.[28] In der anwaltlichen Praxis geschieht es oft, dass ein scheidungswilliger Ehegatte, welcher sich über die Voraussetzungen einer Ehescheidung informieren möchte, erstaunt feststellt, dass er entweder die zweijährige Trennungsfrist gemäss Art. 114 ZGB abwarten oder das Einverständnis des anderen Gatten einholen muss.

Ob in der Schweiz in Zukunft die Scheidung vor dem Standesbeamten (sog. Register- oder Administrativscheidung) Einzug hält, ist fraglich. Dieses Institut soll die Gerichte insofern entlasten, als ihnen neu lediglich strittige Scheidungen unterbreitet würden, während einvernehmliche Scheidungen vom Standesbeamten behandelt würden.[29] Eine weitergehende Entlastung der Gerichte und des Staatsapparates überhaupt würde die Privatisierung des Scheidungsrechts bringen. Es ist wohl auch hier lediglich an einvernehmliche Scheidungen zu denken. Eine Ehe könnte somit einfach mittels Vereinbarung zwischen den Ehegatten aufgelöst werden. Eine solche Lösung ist natürlich nur möglich, wenn sich die Eheleute noch verständigen können. Um die Scheidungsfolgen in vernünftiger Art und Weise diskutieren zu können, wäre z.B. die Familienmediation[30] ein geeignetes Instrument. Für strittige Fälle muss wohl die Zuständigkeit beim Richter bleiben.

4. *Abschaffung der zweimonatigen Bedenkfrist*

Art. 111 Abs. 2 ZGB sieht vor, dass das Urteil bezüglich einer Scheidung auf gemeinsames Begehren erst dann ergehen darf, wenn die Parteien ihren Scheidungswillen und ihre Konvention nach Ablauf von zwei Monaten seit der Anhörung schriftlich bestätigt haben. Dies gilt aufgrund der Verweisung in Art. 111 Abs. 2 ZGB und Art. 116 ZGB ebenfalls bei einer Scheidung auf gemeinsames Begehren mit Teileinigung, einer Klageanerkennung, einer der Hauptklage entsprechenden Widerklage oder einer Scheidungsvereinbarung,

---

28 Rolf Vetterli, Aus der Praxis zum neuen Scheidungsrecht, FamPra 3/2002 auf S. 450 ff.

29 Vgl. dazu Andreas Mom, Reform des Scheidungsrechts in den Niederlanden: die Einführung der Registerscheidung, FamPra 2/2006, S. 358 ff.

30 Vgl. Caroline Möhrle, Mediation und mediative Techniken in der Hand des staatlichen Richters im revidierten Scheidungsrecht, AJP 12/99, S. 1546 ff.; vgl. Caroline Bono-Hörler, Das Mediationsverfahren im Unterschied zu Konventionsverhandlungen bei Trennung und Scheidung, AJP 5/98, S. 555 ff.; vgl. Ruth Stierlin und Joseph Duss-von Werdt, Untersuchungen zur Praxis der Familienmediation in der Schweiz, FamPra 4/2002, S. 700 ff.

welche auf richterlichen Vorschlag hin in einem strittigen Verfahren zustande gekommen ist. Die Bedenkfrist an sich und insbesondere ihre Dauer wurden in der Praxis kritisiert. Das Wesen der einvernehmlichen Scheidung bedingt, dass einer Konvention ein längerer Prozess vorausgeht. Schliesslich soll die Scheidungsvereinbarung i.d.R. bereits bei Anhebung des Verfahrens vorliegen. Selbst wenn eine Partei die Scheidungsklage anerkennt oder eine gleich lautende Widerklage erhebt, kann nicht von einer überstürzten Konvention gesprochen werden. Eine Bedenkfrist von wenigen Tagen würde den Befürchtungen hinsichtlich der freien Willensbildung der Parteien in jedem Fall Genüge tun. Die Parteien können die Bedenkfrist grundsätzlich nicht wegbedingen. Der Wortlaut von Art. 111 Abs. 2 ZGB macht klar, dass die Einhaltung der Bedenkfrist formelle Voraussetzung des ergehenden Scheidungsurteils ist. Gemäss Roger Weber könnte der Verzicht auf die Bedenkfrist rechtlich insofern über den Rechtsmittelverzicht erreicht werden, als das Urteil anlässlich der ersten Anhörung verlesen wird und die Parteien auf eine Begründung sowie ein Rechtsmittel verzichten.[31] Es ist aber fraglich, ob ein solcher Verzicht rechtsgenüglich erfolgen könnte und ob auf ein trotz des genannten Verzichts eingereichtes Rechtsmittel nicht doch eingetreten werden müsste. Im Rahmen der von Nationalrat Erwin Jutzet am 18.6.2004 eingereichten parlamentarischen Initiative zur Änderung der Regelung über die Bedenkfrist hat die Kommission für Rechtsfragen des Nationalrats am 1.12.2006 einen Vorentwurf zur Änderung des Zivilgesetzbuches angenommen. Zu dieser Vorlage haben die Kantonsregierungen bis 23.4.2007 Stellung zu nehmen.[32] Gemäss dem genannten Vorentwurf werde die zweimonatige Bedenkfrist in der Praxis als tote Zeit betrachtet. Anlässlich einer Umfrage hätten 73% der Fachleute aus der Praxis die Änderung von Art. 111 Abs. 2 ZGB befürwortet. Der Vorentwurf sieht denn auch die Abschaffung der Bedenkfrist vor, mit der Begründung, die Bedenkfrist habe sich nicht bewährt und sei zu einer blossen Alibibestimmung geworden. Der neue Art. 111 ZGB würde der geplanten Änderung insofern Rechnung tragen, als in Abs. 1 der Bestimmung der Satz aufgenommen würde: «Die Anhörung kann aus mehreren Sitzungen bestehen.» Die Kommission ist der Ansicht, dass in Fällen, in denen die Parteien von einer übereilten Scheidung abgehalten werden müssen und daher eine Bedenkfrist angebracht wäre, diese Bedenkfrist besser durch weitere Anhörungen beim Richter zu ersetzen sei.[33]

---

31 Roger Weber, Kritische Punkte der Scheidungsrechtsrevision, AJP 12/99 1634.

32 Schreiben der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrats an die Kantonsregierungen vom 19.1.2007, betr. 04.444 Parlamentarische Initiative. Obligatorische Bedenkfrist und Artikel 111 ZGB Vernehmlassungsverfahren zum Vorentwurf der Kommission, S. 1.

33 Bericht der Kommission für Rechtsfragen vom 1.12.2006 zur parlamentarischen Initiative Jutzet (04.444 n) über die obligatorische Bedenkfrist und Art. 111 ZGB, S. 8 und 11 f.

In Anbetracht des Umstands, dass die in Art. 111 ZGB verankerte Bedenkfrist vom Grossteil der scheidungsrechtlich tätigen Praktiker ebenso wie von der Vielzahl scheidungswilliger Ehepaare kritisiert wird, ist künftig wohl mit einer Abschaffung zu rechnen.

5. *Aufhebung der zweijährigen Trennungszeit*

Das Scheidungsrecht vom 26.6.1998 sah in Art. 114 aZGB vor, dass ein Ehegatte die Scheidung verlangen konnte, wenn das Getrenntleben bei Eintritt der Rechtshängigkeit der Klage oder bei Wechsel der Scheidung auf Klage mindestens vier Jahre gedauert hatte. Diese Regelung beruhte auf einem Kompromiss und wurde in der Folge vielfach kritisiert.[34] In der Praxis zeigte sich rasch, dass die Vierjahresfrist zu lang war und dem Missbrauch Tür und Tor öffnete.[35] So konnte sich etwa ein ausländischer Ehegatte, der bereits in einer neuen Beziehung lebte, einer Scheidung zwecks Verhinderung des Verlusts der Aufenthaltsbewilligung während vier Jahren widersetzen. Überdies war es einem Ehegatten z.B. möglich, sich die Scheidung zu «erkaufen», in dem er den scheidungswilligen Partner unter Druck setzte und seine Einwilligung in die Scheidung von einer grosszügigen güterrechtlichen Ausgleichszahlung oder hohen Unterhaltsleistungen bzw. einem Verzicht auf solche abhängig machte. Bereits vier Jahre nach Inkrafttreten der genannten Scheidungsnovelle wurde mit dem am 1.6.2004 in Kraft getretenen Art. 114 ZGB die Trennungsfrist von vier auf zwei Jahre herabgesetzt. Aufgrund der seit dem 1.1.2000 Einzug haltenden Rechtsprechung werden die Scheidungswirkungen teilweise bereits auf den Zeitpunkt der Aufhebung des gemeinsamen Haushalts gemäss Art. 175 ZGB nach den Grundsätzen der scheidungsrechtlichen Nebenfolgen bestimmt. In Anbetracht dieser Entwicklung drängt sich die Frage nach der gänzlichen Abschaffung der Trennungsfrist gemäss Art. 114 ZGB auf. Einzelne Autoren schlagen vor, Art. 114 ZGB derart abzuändern, dass ein Ehegatte die Scheidung jederzeit gestützt auf Art. 114 ZGB verlangen kann. Bestätigt er den Scheidungswillen innert 12 Monaten nach Klageanhebung, wird die Ehe zwingend aufgelöst.[36]

---

34 So vertritt VETTERLI (Fn. 28) auf S. 454 die Ansicht, das neue Scheidungsgesetz habe die einvernehmliche Scheidung nicht erleichtert, dafür die strittige stark erschwert.

35 So führt VETTERLI (Fn. 28), S. 454 aus: «... muss sich ein Ehegatte aber erst nach vierjährigem Getrenntleben mit der Scheidung abfinden. Eine derart lange Scheidungsvorbereitung lässt sich kaum begründen, sie ist keine vernünftige Überlegungsfrist und keine angemessene Schonzeit mehr, sondern wird zu einem Treibhaus der Illusionen oder einer Brutstätte der Rachsucht.»; vgl. PETER LIATOWITSCH, Wieviel prozessuale Autonomie benötigen die Parteien im neuen Scheidungsrecht?, AJP 12/99, S. 1600 f.

36 TRACHSEL (Fn. 24), S. 125 f.

6. *Aufhebung von Art. 115 ZGB*

Bereits zur Zeit, als die vierjährige Trennungsfrist galt, machte das BGer klar, dass der Begriff der «Unzumutbarkeit» i.S.v. Art. 115 ZGB nicht gleichbedeutend sei mit dem Begriff der «Zerrüttung» gemäss Art. 142 aZGB.[37] Beim altrechtlichen Scheidungsgrund der «Zerrüttung» könne einem Ehegatten die Fortsetzung der auf unbestimmte Dauer angelegten Ehe nicht mehr zugemutet werden, während der neue Scheidungsgrund der «Unzumutbarkeit» nicht mehr die Unzumutbarkeit des Zusammenlebens an sich betreffe, sondern sich auf das Abwarten der vierjährigen Trennungsfrist nach Art. 114 aZGB beziehe.[38] Vor dem Hintergrund dieser Praxis wagt es eine scheidungswillige Partei seit Herabsetzung der Trennungsdauer auf zwei Jahre kaum mehr, gestützt auf Art. 115 ZGB Klage einzuleiten. Wird ein Verfahren nach Art. 115 ZGB strittig geführt, dürfte es unmöglich sein, dieses innerhalb der zweijährigen Trennungsfrist rechtskräftig zu erledigen. Der Klagewechsel von Art. 115 ZGB auf Art. 114 ZGB ist während des Prozesses selbst dann nicht möglich, wenn inzwischen die zweijährige Trennungsfrist abgelaufen ist, da Art. 114 ZGB neben Art. 115 ZGB nicht eventualiter angerufen werden kann.[39] Ist allerdings bereits bei Klageeinleitung der Scheidungsgrund gemäss Art. 114 ZGB erfüllt, kann die Klage, welche sich auf Art. 115 ZGB stützt, bei Nichtvorliegen der Voraussetzungen der Unzumutbarkeit nach Art. 114 ZGB gutgeheissen werden.[40] Stimmt der scheidungsunwillige Partner auch nach Ablauf der zweijährigen Trennungsdauer einem gemeinsamen Scheidungsbegehren nicht zu, muss der scheidungswillige Ehegatte seine auf Art. 115 ZGB gestützte Klage zurückziehen und eine neue Klage gemäss Art. 114 ZGB anhängig machen. Auf diesem Weg erreicht der Kläger schnellstmöglich die Scheidung. Diese Vorgehensweise ist aber mit einem hohen Kostenrisiko verbunden. Eine andere – weniger vorteilhafte – Variante wäre, den Ausgang des Verfahrens nach Art. 115 ZGB abzuwarten. Für den Kläger bestünde allerdings die Gefahr, dass die Klage nach mehrjährigem Prozess abgewiesen würde. In diesem Fall wäre er mit noch höheren Kosten belastet und müsste – gleich wie im ersten Beispiel – gestützt auf Art. 114 ZGB wieder von vorn beginnen. Zieht der Kläger die Klage nach Art. 115

---

37 Daniel Steck, Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, 3. A., Basel 2006, N 4 zu Art. 115 ZGB; Trachsel, Festschrift (Fn. 24), S. 124; Roger Weber, Kritische Punkte der Scheidungsrechtsrevision, AJP 12/99 1635 f.

38 BGE 127 III 129 E. 3a.

39 Steck N 29 zu Art. 115 ZGB; Roland Fankhauser, Kommentar Scheidung (Hrsg: Ingeborg Schwenzer), Bern 2005, N 20 zu Art. 115 ZGB.

40 Ruth Reusser, Die Scheidungsgründe und die Ehetrennung, in: Abhandlungen zum schweizerischen Recht, Vom alten zum neuen Scheidungsrecht (Hrsg. Heinz Hausheer), Bern 1999, N 1.86.

ZGB zurück, läuft er u.U. überdies Gefahr, dass ihm die Gegenpartei, welche in einem anderen Gerichtskreis wohnt, mit der Klage gemäss Art. 114 ZGB zuvorkommt und die Scheidung an ein ihm «fremdes» Gericht zieht.

Sollte künftig die Trennungsfrist z.B. auf ein Jahr herabgesetzt oder vollständig abgeschafft werden, könnte Art. 115 ZGB nach Meinung verschiedener Autoren[41] gestrichen werden.

7. *Pensionskassenregelung*

Im Gegensatz zur Ehefrau, welche dem klassischen Rollenverständnis folgte, war es einem angestellten Ehemann seit Einführung des Pensionskassenobligatoriums[42] im Jahre 1985 möglich, Altersguthaben zu äufnen. Mit Einführung des Freizügigkeitsgesetzes[43] im Jahre 1995 konnte der Richter anordnen, dass ein Teil der während der Ehe erworbenen Austrittsleistung auf den anderen Ehegatten zu übertragen und auf dessen scheidungsrechtliche Ansprüche anzurechnen sei (Art. 22 Abs. 1 FZG).[44] Da bis am 1.1.1997 auch ein AHV-Splitting[45] nicht in Betracht kam, wurden viele Frauen nach einer Scheidung im Alter bedürftig. Die grundsätzliche Teilung der Pensionskassenguthaben anlässlich der Ehescheidung ist eine wichtige Errungenschaft. Die heutige Regel hat aber nicht nur Vorteile. Wie nachfolgend aufgezeigt wird, kann die heute obligatorisch vorgesehene Teilung von Pensionskassenansprüchen in einzelnen Fällen zu stossenden Ergebnissen führen. Die gesetzliche Regelung ist relativ unflexibel. Sie lässt Abweichungen von der obligatorischen Teilung der Pensionskassenguthaben nur zurückhaltend zu. Gemäss Art. 122 ZGB ist eine Abweichung möglich, wenn ein Ehegatte in der Scheidungsvereinbarung ganz oder teilweise auf seinen Teilungsanspruch verzichtet und eine entsprechende Alters- oder Invalidenvorsorge auf andere Weise gewährleistet ist. Das Gericht kann die Teilung ganz oder teilweise verweigern, wenn sie aufgrund der güterrechtlichen Auseinandersetzung oder der wirtschaftlichen Verhältnisse nach der Scheidung offensichtlich unbillig wäre (Art. 123 Abs. 2 ZGB). Mit «offensichtlicher Unbilligkeit» ist gemeint, die Teilung der Pensionskassenguthaben habe dann zu unterbleiben, wenn sie an Missbrauch grenzt. Diese Unbilligkeit muss sich jedoch aus der wirtschaftlichen Situation der Ehegatten und nicht aus deren persönlichem Verhalten

---

41 Vgl. Trachsel (Fn. 24), S. 125 f.

42 Vgl. BG über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge vom 25.6.1982 (BVG) (SR 831.40), in Kraft seit 1.1.1985.

43 Vgl. BG über die Freizügigkeit in der beruflichen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge vom 17.12.1993 (FZG) (SR 831.42), in Kraft seit 1.1.1995.

44 Rolf Vetterli und Alex Keel, Die Aufteilung der beruflichen Vorsorge in der Scheidung, AJP 12/99, S. 1614 ff.

45 Merkblatt 1.02 der Informationsstelle AHV/IV, Stand 1.1.2007, Splitting bei Scheidung, S. 1.

ergeben. Die Prüfung der Unbilligkeit der Teilung der während der Ehe geäufneten Austrittsleistungen bedingt die Kenntnis der güterrechtlichen Auseinandersetzung. Offensichtlich unbillig erscheint eine Teilung z.B. dann, wenn die Ehegatten Gütertrennung vereinbart haben, der eine Ehegatte als selbständig Erwerbender keiner Pensionskasse angeschlossen ist, aber seine Altersguthaben mittels Sparguthaben oder einer Lebensversicherung geäufnet hat und der andere Gatte, welcher angestellt und daher in Bezug auf sein Pensionskassenguthaben grundsätzlich teilungspflichtig ist, gegenüber diesem keine Ansprüche stellen kann und auch nichts aus der privat geäufneten Vorsorge seines Partners erhalten würde, was ein gravierendes Missverhältnis in der Vorsorge beider Parteien zur Folge hätte. Überdies sind die künftigen wirtschaftlichen Entwicklungen abzuschätzen. Diese Prognose kann erst nach Klärung der Frage der Unterhaltszahlungen gestellt werden.[46] Die Voraussetzungen an die «offensichtliche Unbilligkeit» sind ausserordentlich streng. So hat das Zürcher Bezirksgericht[47] entschieden, dass eine offensichtliche Unbilligkeit nicht gegeben sei, wenn der elf Jahre ältere, aus dem Ausland stammende Partner, der zudem eine erhebliche Beitragslücke bei der AHV aufwies, sein Pensionskassenguthaben mit seiner Ehefrau, welche von ihren Eltern eine Liegenschaft im Wert von rund CHF 800 000.– geschenkt bekommen hatte, teilen müsste. In diesem Fall wird der Ehemann nach der Pensionierung mit seinen Einkünften aus AHV und Pensionskasse nur gerade das Existenzminimum decken können, während der Ehefrau mehr als nur der gebührende Unterhalt zur Verfügung steht. Dem Gericht müsste hier vom Gesetz ein grösserer Spielraum zugebilligt werden, z.B. indem in Art. 123 Abs. 2 ZGB das Wort «offensichtlich» (unbillig) gestrichen würde.

8. Rückkehr zur Verschuldensfrage bezüglich Unterhaltszahlungen bei Scheidung?

Sowohl der Unterhaltsersatz gemäss Art. 151 Abs. 1 aZGB als auch die Bedürftigkeitsrente nach Art. 152 aZGB waren verschuldensabhängig ausgestaltet. Lediglich der schuldlos geschiedene Ehegatte hatte Anspruch auf Unterhaltsleistungen, welche dem von ihm erlittenen «Scheidungsschaden» angemessen waren. Dies jedoch nur, sofern beim zahlungsverpflichteten Ehegatten ein Verschulden festgestellt werden konnte. War dies nicht der Fall, erhielt der Unterhaltsberechtigte lediglich teilweisen, dem familienrechtlichen Notbedarf entsprechenden Ersatz. Im Zivilgesetzbuch von 1907 war somit der Ausgleich eines durch Scheidung erlittenen Unterhaltsverlusts vorab als eine

46 VETTERLI/KEEL (Fn. 44), S. 1618 f.; MYRIAM GRÜTTER, Vorsorgeausgleich bei Scheidung, FamPra 2006/4, S. 800 f.

47 Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 4.12.2006, i.S. D. vs. D., Ziff. II/4.

besondere, familienrechtlich überlagerte «Verschuldenshaftung» ausgestaltet. Jedes Selbstverschulden zog – im Gegensatz zum allgemeinen Haftpflichtrecht – grundsätzlich den vollen «Haftungsausschluss» nach sich. Aufgrund dieser Regelung war der wegen der gelebten Rollenverteilung wirtschaftlich abhängige Ehegatte gegenüber dem finanziell potenten Partner benachteiligt, wenn ihn ein Scheidungsverschulden traf, welches nicht schwerer wog als das Verschulden des während der Ehe wirtschaftlich selbständigen Gatten.[48]

Überdies hat sich seit Inkraftsetzen des ZGB von 1912 auch in vermögensrechtlicher Hinsicht viel verändert. Bis zur Revision des Eherechts im Jahre 2000 konnte es vorkommen, dass kantonale Gerichte einen Ehemann, welcher ein tieferes Einkommen erzielte als seine Ehefrau, dennoch zur Zahlung von Unterhaltsbeiträgen verpflichteten, da er als Oberhaupt der Familie für deren Unterhalt zu sorgen habe, während die Frau nicht zur Erwerbstätigkeit verpflichtet werden könne. Im Hinblick auf das partnerschaftliche Ehemodell entfiel die scheidungsrechtliche Verschuldensfrage mit Inkrafttreten der Revision vom 1.1.2000. Gemäss Art. 125 ZGB hat ein Ehegatte einen angemessenen Beitrag zu leisten, wenn es dem anderen nicht zuzumuten ist, für den ihm gebührenden Unterhalt unter Einschluss einer angemessenen Altersvorsorge selbst aufzukommen. Beim Entscheid, ob ein solcher Beitrag geschuldet sei und gegebenenfalls in welcher Höhe und für welche Dauer, nennt das Gesetz in Art. 125 Abs. 2 ZGB gewisse Voraussetzungen, zu welchen das Verschulden nicht gehört. Die in Art. 125 Abs. 2 ZGB genannten Kriterien dienen entgegen der Praxis des BGer zum alten Recht nicht zur Begründung eines «Scheidungsschadens», sondern sollen zur Entscheidung beitragen, ob einem Ehegatten die Selbstversorgung zugemutet werden kann oder nicht. Ein Beitrag kann gemäss der Ausnahmeklausel in Art. 125 Abs. 3 ZGB versagt oder gekürzt werden, wenn er «offensichtlich unbillig» wäre. Als Beispiele dieser Unbilligkeit zählt das Gesetz in Ziff. 1–3 der genannten Bestimmung besonders schwerwiegender Pflichtverletzungen auf, so z.B. die grobe Verletzung der Pflicht, zum Unterhalt der Familie beizutragen durch den Unterhaltsberechtigten (Ziff. 1), das mutwillige Herbeiführen der eigenen Bedürftigkeit durch den Unterhaltsberechtigten (Ziff. 2) sowie das Verüben einer schweren Straftat gegen den Unterhaltsverpflichteten oder eine ihm nahe verbundene Person durch den Unterhaltsberechtigten (Ziff. 3). Die Zusprechung von Unterhaltsbeiträgen wird nicht als Folge eines Verschuldens des unterhaltsberechtigten Ehegatten «offensichtlich unbillig». Es ist aber möglich, dass mit dem krass unverhältnismässigen Verhalten, welches der Unterhaltsberechtigte gegenüber dem Unterhaltsverpflichteten an den Tag legt, ein

48 Heinz Hausheer, Der Scheidungsunterhalt und die Familienwohnung, in: Heinz Hausheer (Hrsg.), Abhandlungen zum schweizerischen Recht, Vom alten zum neuen Scheidungsrecht, Bern 1999, N 3.26; Vetterli (Fn. 28), S. 462.

Verschulden einhergeht. Ein generelles Verschulden, wie z.B. eine ehebrecherische Beziehung genügt nicht.[49]

Art. 125 ZGB führt in einzelnen Fällen oft zu Verbitterung des zu Unterhalt verpflichteten Gatten. Zu denken ist etwa an eine zu Unterhalt verpflichtete Ehefrau, welche aufgrund des ihren eigenen Bedarf überschreitenden Einkommens in der Lage ist, den Ehemann finanziell zu unterstützen, die aber von ihrem Gatten, der von einer bescheidenen Invalidenrente lebt, während der Ehe finanziell, persönlich und sexuell unter Druck gesetzt sowie geschlagen und bedroht wurde. Erwähnenswert ist auch der Fall einer Ehefrau, welche die traditionelle Rollenverteilung gewählt hat und ihren Ehegatten zugunsten eines mittellosen aber «interessanteren» Mannes, welcher mehr Zeit für sie aufbringt, verlässt. Ihr Ehemann wird aufgrund der aktuellen Gerichtspraxis sehr wahrscheinlich aus der ehelichen Wohnung ausziehen müssen, die Kinder nur noch an den ihm zustehenden Besuchstagen sehen können und Frau und Kinder in erheblichem Umfang finanziell unterstützen müssen. Dass nun die Frage, wie und weshalb es zur Trennung gekommen ist und wer dafür die Verantwortung zu tragen hat, vor Gericht nicht gehört wird, wird für ihn schwer zu verkraften sein. Es fragt sich deshalb, ob einer allfälligen weiteren Revision in diesem Punkt nicht doch wieder vermehrt Gewicht beigemessen werden sollte.

III. Die Wirkungen der Ehe im allgemeinen

1. Allgemeines

Die verschiedenen tiefgreifenden Revisionen, welche das Eherecht seit der Inkraftsetzung des ZGB im Jahre 1912 erfuhr, erstaunen nicht. Im Zeitraum von 1912 bis heute hat sich die gesellschaftliche Realität im Bereich des Eherechts erheblich verändert. Während es Anfang des letzten Jahrhunderts selbstverständlich war, dass ein Ehepaar einer gesellschaftlich vorgegebenen Rollenverteilung folgte, müssen sich Ehegatten heute absprechen, wer einer externen Erwerbstätigkeit nachgeht und wer die häuslichen Arbeiten übernimmt. Allerdings ist es auch im Jahre 2007 vornehmlich die Frau, welche ihre berufliche Laufbahn zugunsten von Kindern und Familie zurückstellt. Während 1907 die Ehe grundsätzlich ein Leben lang dauern sollte («bis dass der Tod euch scheidet»), werden heute in grösseren Städten von drei Ehen zwei geschieden. Heute wird daher nicht mehr von «Lebenspartner», sondern von «Lebensabschnittspartner» gesprochen. Schwierigkeiten verursachen heute nicht nur persönliche Differenzen zwischen den Ehegatten. Bei Ehe-

49 Ivo Schwander, Nachehelicher Unterhalt gemäss Art. 125 ff. nZGB, AJP 12/99, S. 1628 ff.

leuten, die aus unterschiedlichen Ländern stammen, können auch kulturelle Unterschiede zu grossen Konflikten führen.

2. *Häusliche Gewalt als Offizialdelikt*

Während es bis 1.4.2004[50] nicht möglich war, sexuelle Übergriffe in der Ehe als Vergewaltigungen im Rechtssinne zu qualifizieren (sie wurden gegebenenfalls unter Straftatbestände wie Nötigung u.dgl. subsumiert), wird heute generell Gewalt in der Ehe bzw. in einer Partnerschaft sehr ernst genommen. Drohungen, Nötigungen, Körperverletzungen sowie wiederholte Tätlichkeiten, welche gegenüber einem Lebenspartner verübt werden, stellen heute Offizialdelikte dar. Diverse Kantone ermöglichen zudem die Wegweisung eines gewalttätigen Partners. Auch sollen Art. 27 ff. ZGB durch Bestimmungen ergänzt werden, die es einem Störer und sog. Stalker verbieten, sich der belästigten Person zu nähern.[51]

IV. Das Güterrecht der Ehegatten

1. *Die Entwicklung des Ehegüterrechts im Überblick*

Bei der Schaffung des Zivilgesetzbuches vom 10.12.1907 wurde die Auffassung vertreten, insbesondere im Ehegüterrecht sei dem Gesetzesentwurf trotz Anknüpfung an alte schweizerische Überlieferungen eine Modernisierung gelungen.[52] Das Zivilgesetzbuch von 1907 sah drei verschiedene Güterstände vor: Güterverbindung, Gütergemeinschaft und Gütertrennung. Der ordentliche Güterstand der Güterverbindung entsprach dem damals herrschenden Regelfall der Hausgattenehe. Die Revision des Familienrechts, welche mit Bundesgesetz vom 5.10.1984 am 1.1.1988 in Kraft trat, trug v.a. der Tatsache Rechnung, dass das Ehemodell der traditionellen Rollenverteilung in der Gesellschaft nicht mehr allein vorherrschte. Aufgrund des in der Volksabstimmung vom 14.6.1981 angenommenen Art. 4 Abs. 3 BV bezüglich Gleichstellung von Mann und Frau wurde beschlossen, den ordentlichen Güterstand der Güterverbindung komplett abzuschaffen und durch den neuen Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung zu ersetzen. Gütergemeinschaft und Gütertrennung wurden dem neu ins Gesetz aufgenommenen partnerschaftlichen Ehemodell angepasst und beibehalten.[53]

---

50 Vgl. BG über die Strafverfolgung in Ehe und Partnerschaft vom 3.10.2003; in Kraft seit 1.4.2004.

51 Vgl. Christian Fischbacher, Stalking im Blickfeld des revidierten Persönlichkeitsschutzes (Art. 28b E-ZGB), AJP 7/2006, S. 808 ff.

52 BBl 1904 IV 7 ff.

53 BBl 1979 II 1196 f.

2. *Die Güterstände des ZGB von 1907*

In den Anfängen des ZGB waren Frauen vom wirtschaftlichen und politischen Leben praktisch ausgeschlossen. Der Mann vertrat die eheliche Gemeinschaft gegen aussen und trug die Hauptverantwortung für das geistige und leibliche Wohl der Familie. Mit der Güterverbindung sollte ein gesetzlicher Güterstand vorgesehen werden, der dieser Rollenverteilung Rechnung trug. Alle drei Güterstände (Güterverbindung, Gütergemeinschaft und Gütertrennung) konnten ehevertraglich modifiziert werden (Art. 178 aZGB). Auf diese Weise sollte es den Ehegatten möglich sein, die von ihnen gewünschte Vereinigung der Güter im Eigentum des Mannes ohne formellen Aufwand durchzuführen. Gleichzeitig vermochten die Gebiete, in denen diese Ordnung althergebrachtes kantonales Güterrecht war, ihr bisheriges Recht als Vertragsrecht fortzusetzen. Zudem schien wichtig, das eheliche Vermögen beider Ehegatten in einer Hand zu vereinigen, damit der Familie – etwa als Produktionsgemeinschaft – eine solide wirtschaftliche Grundlage zur Verfügung stand.[54]

Der Güterstand der *Güterverbindung* entspricht seiner geschichtlichen Entwicklung nach einer mit der Vormundschaft des Ehemannes verbundenen Gütertrennung. Das eingebrachte Frauengut wurde mit dem eingebrachten Mannesgut, dem Sondergut und der Errungenschaft des Mannes zu einer Verwaltungseinheit in der Hand des Ehemannes (Art. 200 aZGB). Der Mann wurde Nutzniesser am eingebrachten Frauengut, während der Frau an ihren Gütern lediglich das «nackte» Eigentum blieb (Art. 201 aZGB). Verwaltung und Nutzung ihrer Güter waren der Frau somit verwehrt. Lediglich das aus ihrem Arbeitsverdienst stammende Sondergut der Frau blieb in ihrem Eigentum und unterstand ihrer alleinigen Verfügungsbefugnis (Art. 191 Ziff. 2 aZGB i.V.m. Art. 194 Abs. 2 aZGB). Nach Meinung des Gesetzgebers sollte lediglich die Verfügungsbefugnis der Frau, nicht aber ihre Handlungsfähigkeit beschnitten werden. In vielen Fällen führte die Güterverbindung aber zu einer wirtschaftlichen Abhängigkeit der Frau. Sie verlor die Herrschaft über ihr Vermögen, auch wenn der Ehemann bei Handlungen, die über die gewöhnliche Vermögensverwaltung hinausgingen, ihrer Zustimmung bedurfte. Der Frau stand einzig die sogenannte «Schlüsselgewalt» zu, sodass sie im Rahmen der alltäglichen Bedürfnisse der Familie über das eheliche Vermögen verfügen konnte (Art. 200 Abs. 2 aZGB). An der Vorschlagsteilung anlässlich der güterrechtlichen Auseinandersetzung stand der Frau – mangels anderer Vereinbarung – ein Drittel zu (Art. 214 Abs. 1 aZGB).[55]

Gütergemeinschaft und *Gütertrennung* stellen die Ehepartner vermögensrechtlich gleich. Bei der Allgemeinen Gütergemeinschaft gemäss Art. 215

54 BBl 1979 II 1208 f.

55 BBl 1979 II 1997.

aZGB entstand an den Einkünften und am Vermögen der Ehegatten gemeinschaftliches Eigentum. Obschon die Vermögensverwaltung nach Art. 216 aZGB abgesehen von der «Schlüsselgewalt» dem Ehemann zustand, konnten die Ehegatten nur im gegenseitigen Einverständnis über das Gesamtgut verfügen (Art. 217 aZGB). Mit der beschränkten Gütergemeinschaft konnten Teile des ehelichen Vermögens wie etwa Mobilien, Errungenschaft oder Frauengut vom Gesamtgut ausgeschlossen werden. Diese Vermögenswerte unterstanden der Gütertrennung (Art. 237 aZGB). Vom Gesamtgut ausgeschlossenes Frauengut konnte mittels Ehevertrag der Güterverbindung unterstellt werden (Art. 238 aZGB). Unter der Gütertrennung hatte jeder Ehegatte sein Vermögen in Eigentum, Verwaltung und Nutzung. Die Ehefrau konnte dem Ehemann die Verwaltung ihres Vermögens übertragen. Diese Übertragung stellte jedoch – entgegen den Bestimmungen über die Güterverbindung – einen einfachen Auftrag dar.[56]

3. *Die Güterstände des ZGB von 1988*

Ziel der Revision des Familienrechts in den 1980er Jahren war u.a. die Anpassung des Ehegüterrechts an das mittlerweile zeitgemässe partnerschaftliche Ehemodell. Der Gesetzgeber war der Meinung, die Güterverbindung könne von der heutigen Frau nur als beträchtliche Beschränkung der Handlungsfreiheit empfunden werden. Vor der Heirat sei die Frau unabhängig. Sie verwalte und verfüge über ihre Ersparnisse gleich wie über das Vermögen, welches sie allenfalls in die Ehe einbringe. Mit der Heirat verliere sie jedoch ihre finanzielle Selbständigkeit. Zudem bestehe eine ungleiche Vorschlagsteilung. Um die Hausgattenehe aufgrund der Einzug haltenden Gleichberechtigung von Mann und Frau nicht minderwertig erscheinen zu lassen, vertrat der Gesetzgeber weiter die Auffassung, das Sondergut der Frau könne sich als Privileg der erwerbstätigen Ehegattin auswirken, da unter dem Regime der Güterverbindung lediglich erwerbstätige Frauen unabhängig vom Ehemann über das aus ihrem Arbeitserwerb bestehende Sondergut verfügen konnten. Könnte die Ehefrau hingegen über ihr ganzes Vermögen frei verfügen, würde die Attraktivität der Hausgattenehe gar vergrössert. Es sei nicht möglich, den Güterstand der Güterverbindung im Sinne der Gleichstellung der Ehegatten zu reformieren, ohne ihn bis zur Unkenntlichkeit zu verändern. Der Bundesrat schlug daher vor, in Zukunft auf die Güterverbindung als ordentlichen Güterstand zu verzichten. Wegen ihrer Mängel sollte die Güterverbindung aber auch nicht als vertraglicher Güterstand ins neue Eherecht einfliessen. Die Ehegatten dürften keinen vertraglichen Güterstand wählen, welcher dem

56 BBl 1904 IV ff.

Grundgedanken des neuen Eherechts – dem partnerschaftlichen Ehemodell – widerspreche.[57]

Obschon die Gütertrennung am ehesten dem Gleichberechtigungsprinzip entspricht, sprach sich der Gesetzgeber gegen dieses Institut als ordentlichen Güterstand aus. Die Wahl fiel auf die Errungenschaftsbeteiligung. Diese trage der Interessengemeinschaft der Ehegatten eher Rechnung. Die Ersparnisse, welche während der Ehe v.a. aus Erwerbstätigkeit erzielt würden, müssten im Endergebnis beiden Ehegatten zukommen. Die Errungenschaftsbeteiligung zeichnet sich dadurch aus, dass die Vermögenswerte der Ehegatten während der Dauer der Ehe getrennt bleiben (Art. 207 ZGB). Erst bei Auflösung der Ehe wird durch die hälftige gegenseitige Vorschlagsteilung (Art. 215 ZGB) ein allfälliges Ungleichgewicht im Erwerbseinkommen der Ehegatten ausgeglichen. Der Gesetzgeber sieht die Ehe auch unter dem partnerschaftlichen Modell in ihrem Kern als Fortpflanzungsgemeinschaft; er überlässt aber die Aufgabenteilung in der Ehe der freien Entscheidung der Ehegatten. Dadurch wird zugleich die gemeinsame Verantwortung für die Pflege und Erziehung der Kinder in den Vordergrund gestellt. Die Revision des Eherechts bedeutet demnach keinen Umbruch, sondern die zeitgemässe Weiterentwicklung des bereits in Art. 159 aZGB festgeschriebenen Grundgedankens der ehelichen Beistandspflicht. Unter diesem Gesichtspunkt ist die Errungenschaftsbeteiligung der Gütertrennung klar als ordentlicher Güterstand vorzuziehen.[58]

V. Fazit

Ist die Ehe ein «Auslaufmodell»? Diese Frage wirft Benno Gebistorf auf. Seine Darlegungen basieren – wie er selber festhält – nicht auf sog. wissenschaftlichen «Erhärtungen». Es solle v.a. die junge Leserschaft angeregt werden, selber über Sinn und Tragweite der Heirat nachzudenken, auf dass sich daraus vielleicht eine neue Version über das partnerschaftliche Zusammenleben entwickle. Die Notwendigkeit der Ehe bestehe nicht. Deren Normierung sei daher überflüssig. Anderseits könnten die Aufgaben, welche ein Paar nur gemeinsam meistern könne, in einem freien, ausserehelichen Zusammenschluss viel effizienter erfüllt werden, da der hiezu erfolgte Zusammenschluss des Paares auf die konkret zu lösende Aufgabe fokussiert sei und nach deren Erledigung wieder ende.[59] Dass eine Partnerschaft oder Familiengemeinschaft generell nicht ehelich, sondern vertraglich begründet wird und zu einer jederzeit kündbaren Vertragsbeziehung wird, ist mehr als nur Zu-

57 BBl 1979 II 1203 f.

58 BBl 1979 II 1213 ff.

59 Benno Gebistorf, Das 11. Gebot oder Du sollst nicht heiraten!, 3. A., Berlin 2004, S. 5 ff. und S. 25 ff.

kunftsmusik. In unserer Rechtsgemeinschaft dominiert nach wie vor die Ehe für heterosexuelle Paare. Diese wird als die normale Rechtsbeziehung betrachtet. Dass künftig lediglich eine Form der Beziehung zwischen zwei Partnern jedwelchen Geschlechts geschaffen wird, welche – sei sie registriert oder nicht – auf vertraglicher Grundlage beruht, ist aus heutiger Warte unwahrscheinlich.

Die Entwicklung des schweizerischen Ehegüterrechts spiegelt deutlich die Veränderung der Stellung der Frau in den letzten 100 Jahren. Zu Beginn des 20. Jahrhunderts war die Frau hauptsächlich auf das Tätigkeitsfeld Haushalt und Familie beschränkt und galt als schwächerer und daher schutzbedürftiger Ehegatte. Dies zeigte sich in dem auf die Vorherrschaft des Ehemannes ausgerichteten ordentlichen Güterstand der altrechtlichen Güterverbindung. Im Zuge der Gleichberechtigung von Mann und Frau wurde das althergebrachte Ehegüterrecht allmählich als diskriminierend empfunden. Die Gleichberechtigung von Mann und Frau ist jedoch faktisch bis heute nicht vollzogen. So leben viele Paare in der Schweiz – insbesondere mit Kindern – nach wie vor die klassische Rollenverteilung mit dem Mann als Ernährer, der einer Erwerbstätigkeit nachgeht, während sich die Frau um Haushalt und Kinder kümmert.[60] Dieser Tatsache wurde mit der Verankerung der ausgleichend wirkenden neurechtlichen Errungenschaftsbeteiligung gegenüber der – dem Gedanken der Gleichberechtigung eher entsprechenden – Gütertrennung als ordentlichen Güterstand im ZGB Rechnung getragen. Seit Einführung des neuen Ehegüterrechts am 1.1.1988 sind rund 20 Jahre vergangen. Bei der Eherechtsrevision vom 1.1.2000 wurde das Ehegüterrecht ausgespart. Kritiker sind der Meinung, die Zeit für eine Revision der Errungenschaftsbeteiligung sei gekommen. Als einen gravierenden Mangel der Errungenschaftsbeteiligung wird etwa auf deren mangelnde Praktikabilität verwiesen.[61] Zurzeit existieren allerdings keine ernsthaften Bestrebungen, das eheliche Güterrecht zu revidieren. Im Abstimmungskampf[62] Mitte der 1980er Jahre um die Einführung der neurechtlichen Güterstände wurden wiederholt zwei Gegenargumente vorgebracht. Zum Einen wurde bemängelt, der fleissige und sparsame Ehegatte werde gegenüber dem verschwenderischen dadurch benachteiligt, dass die Errungenschaftsbeteiligung während der Ehe einer Gütertrennung entspreche und die Teilung der Errungenschaft erst bei Auflösung des Güterstandes vorgenommen werde. Derjenige, der sein Einkommen laufend aus-

60 Vgl. Silvia Strub, «Er schafft, sie kocht»: So teilen sich (fast alle) Schweizer Paare die Arbeit, FamPra 2/2006, S. 286 ff.

61 Thomas Sutter-Somm, Ist das schweizerische Ehegüterrecht revisionsbedürftig?, FamPra 4/2004, S. 777 und 791 ff.

62 Dominique Strebel, Ein Vakuum historischer Forschung, in: Roland Gysin, René Schuhmacher und Dominique Strebel, Festschrift 96 Jahre ZGB, Zürich 2003, S. 45.

gegeben hätte und im Zeitpunkt der Auflösung kein Vermögen mehr besitzen würde, hätte zusätzlich Anspruch auf die Hälfte der durch Vermögensanhäufung entstandenen Errungenschaft des sparsamen Ehegatten. Zum Andern wurde befürchtet, Unternehmen würden zerschlagen, wenn der eine Ehegatte (i.d.R. auch heute noch die Frau) gegenüber dem anderen – ein Unternehmen führenden – Ehegatten auf der Auszahlung seines güterrechtlichen Anteils beharre. Diese Kritik am Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung wird heute kaum mehr laut. Ersteres Problem, welches v.a. dann zur Diskussion steht, wenn beide Ehegatten erwerbstätig sind, kann mit der Wahl der Gütertrennung gelöst werden. Letzterem Problem kann insofern begegnet werden, als die Ehegatten im Rahmen der Errungenschaftsbeteiligung gemäss Art. 199 Abs. 1 ZGB in einem Ehevertrag erklären, Vermögenswerte der Errungenschaft, die für die Ausübung des Berufes oder den Betrieb eines Gewerbes bestimmt ist, stellten Eigengut dar.

C. Die nichteheliche Lebensgemeinschaft

I. Begriff und Arten

Unter Konkubinat i.e.S. wird nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung eine für bestimmte Zeit oder dauerhaft begründete Lebensgemeinschaft zwischen Mann und Frau verstanden, die neben einem emotionalen Aspekt eine wirtschaftliche Komponente aufweist, was auch als «Wohn-, Tisch- und Bettgemeinschaft» bezeichnet wird.[63] Ein solches Zusammenleben fällt unter den Begriff der eheähnlichen Lebensgemeinschaft. Davon zu unterscheiden sind die nicht eingetragene gleichgeschlechtliche Partnerschaft und andere familiäre Gemeinschaften wie z.B. Wohngemeinschaften, welche nicht eheähnliche Lebensgemeinschaften bzw. Konkubinate i.w.S. darstellen.[64] Für nicht eingetragene gleichgeschlechtliche Paare gelten jedoch in den meisten Rechtsgebieten die allgemeinen Grundsätze, welche Lehre und Rechtsprechung für Konkubinate i.e.S. aufgestellt haben.[65] Die eingetragene Partnerschaft bildet seit Inkrafttreten des Bundesgesetzes über die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare vom 18.6.2004 (PartG) am 1.1.2007 ein eigenständiges Institut.[66] Im Unterschied zu Ehe und eingetragener Partnerschaft kann ein Konkubinat formlos begründet und aufgelöst werden. Die Parteien

63 BGE 118 II 235 E. 3; 109 II 15 E. 1; 108 II 204 E. 2.

64 Ivo Schwander, Sollen eheähnliche und andere familiäre Gemeinschaften in der Schweiz gesetzlich geregelt werden?, AJP 1994, 919, 921.

65 Hausheer/Geiser/Aebi-Müller (Fn. 6), N 03.03.

66 Vgl. SR 211.231.

sind in der inhaltlichen Ausgestaltung ihrer Lebensgemeinschaft frei.[67] Im vorliegenden Beitrag wird nur auf die eheähnliche Lebensgemeinschaft (Konkubinat i.e.S.) und die eingetragene Partnerschaft eingegangen.

II. Die eheähnliche Lebensgemeinschaft

Bereits vor 1907 sahen einzelne Kantone in ihren Strafgesetzen ein Konkubinatsverbot vor. Als Konkubinat oder «wilde Ehe» galt das Zusammenleben von Mann und Frau ohne Trauschein. Der Kanton Zürich hob das Konkubinatsverbot 1972,[68] der Kanton Wallis 1995 auf. Im Kanton Zürich beispielsweise war das Konkubinatsverbot derart ausgestaltet, dass die Gemeinderäte verpflichtet waren, dem Statthalteramt Konkubinatsverhältnisse zu melden. Dieses erliess daraufhin die erforderliche Verfügung zur Aufhebung des Verhältnisses – den sog. «Trennungsbefehl» – unter Androhung der strafrechtlichen Verfolgung wegen Ungehorsams.[69] 1945 schützte das BGer einen Strafentscheid der Staatsanwaltschaft Luzern, worin die Lebensgefährten wegen Konkubinats zu je einer einmonatigen Haftstrafe bedingt verurteilt worden waren. Das BGer führte aus, das Konkubinat stelle nicht nur eine unzüchtige Beziehung, sondern – aufgrund der Tatsache, dass sich Konkubinatspaare die äussere Form der ehelichen Gemeinschaft anmassten – auch einen Verstoss gegen die öffentliche Ordnung dar. Die Ahndung solcher Verstösse falle in die Kompetenz der Kantone, sofern das Bundesstrafrecht bestimmte Tatbestände nicht selber unter Strafe stelle. Hingegen regle das Schweizerische Strafgesetzbuch die Sanktionierung strafbarer Handlungen gegen die Sittlichkeit in geschlechtlichen Dingen abschliessend. Diese Unterscheidung beruhe auf der Einsicht, dass die Anschauungen darüber, was als Verletzung der öffentlichen Ordnung strafwürdig sei, je nach Gegend wechselten und die strafrechtliche Verfolgung daher besser den Kantonen überlassen werde. Nur weil das Bundesrecht den ausserehelichen Geschlechtsverkehr als solchen nicht bestrafen wolle, dürfe das kantonale Recht das Konkubinat nicht aus diesem Grund zur Übertretung erklären. Zum Konkubinat gehöre insbesondere ein eheähnliches Zusammenwohnen, welches geeignet sei, öffentliches Ärgernis zu erregen.[70] In einem weiteren Entscheid von 1945 stellte das BGer präzisierend fest, entscheidend sei einzig, ob sich ein Konkubinatspaar so nahe beieinander eingerichtet habe, dass es nach Meinung der Öffent-

---

67 Hausheer/Geiser/Aebi-Müller (Fn. 6), N 03.11.

68 Fn. 2 zu § 123 EG ZGB, in: Zürcher Gesetzessammlung 1981, Bd. II.

69 § 123 Abs. 1 EG ZGB, in: Zürcher Gesetzessammlung, am 1.1.1961 in Kraft stehende Erlasse des Kantons Zürich, 6. Bd.

70 BGE 71 IV 46 ff.

lichkeit in ein und derselben Wohnung lebe.[71] Noch 1971 hielt das BGer fest, das in wilder Ehe lebende Paar setze sich selber und seine Kinder schweren Unzukömmlichkeiten aus. In einzelnen Kantonen müssten Konkubinatspaare aufgrund ihrer Beziehung mit einer Bestrafung wegen Konkubinats oder – wie im Kanton Zürich – wegen Nichtbefolgens eines behördlichen Trennungsbefehls gemäss § 123 des zürcherischen EG ZGB rechnen.[72] Im Zuge der Gleichberechtigung von Mann und Frau sowie der Lockerung rigider Moralvorstellungen gegen Ende des 20. Jahrhunderts avancierte das Konkubinat aber zur anerkannten und immer häufigeren Lebensform. Nachdem das BGer 1971 die schwierige gesellschaftliche Stellung von Konkubinatspaaren betont hatte, sprach es 1982 mit Bezug auf das Konkubinat von einer verbreiteten Lebensform. Konkubinate können heutzutage verschieden motiviert sein: Zum einen dienen sie als «Probeehe» oder als «Renten-, Alters- und Steuerkonkubinate». Zum andern begründen Personen, welche die Voraussetzungen der Ehe nicht erfüllen oder keine Ehe eingehen wollen ein Konkubinat.[73]

Auf Bundesebene gab und gibt es zahlreiche Vorstösse zur Kodifizierung des Konkubinats, welche bis heute jedoch nicht durchdringen konnten. Es überwiegt die Ansicht, von einer gesetzlichen Verankerung des Konkubinats sei abzusehen, weil Konkubinatspartner – in Ablehnung der Ehe – bewusst das gesetzlich nicht geregelte Konkubinat gewählt hätten. Allerdings hat das Konkubinat – insbesondere durch die Rechtsprechung des BGer und in einzelnen Gesetzen verankerten Bestimmungen – punktuell gesetzliche Regelungen erfahren. Gerade die Frage nach der rechtlichen Wirkung des Konkubinats beschert Rechtssuchenden wie Richtern immer wieder juristische Knacknüsse. Lehre und Rechtsprechung waren in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts vereinzelt der Auffassung, das eheähnliche Zusammenleben unter Ablehnung der Heirat verdiene keinen Rechtsschutz. Andere vertraten die Meinung, hinsichtlich der rechtlichen Wirkungen des Konkubinats bestehe eine Gesetzeslücke, welche vom Richter gemäss Art. 1 Abs. 2 ZGB zu füllen sei. 1982 hatte das BGer zu entscheiden, ob auf die Auflösung eines Konkubinats sinngemäss Ehegüterrecht anwendbar sei. Es vertrat den Standpunkt, die Ablehnung der Ehe heisse nicht, die Konkubinatspartner wollten alle Rechtsfolgen ihres Zusammenlebens ausschliessen. Vielmehr bedeute die Verweigerung jeden Rechtsschutzes für das Konkubinat die Kapitulation der Rechtsordnung gegenüber einer verbreiteten Erscheinungsform der Gesellschaft. Da die mit einer Heirat verbundenen Wirkungen von den Partnern gerade nicht angestrebt würden, könnten die Grundsätze des Ehegüterrechts aber nicht analog auf ein Konkubinat angewendet werden. Bei der eheähnlichen

71 BGE 71 IV 53.

72 BGE 97 I 407 f. E. 12.

73 SCHWANDER (Fn. 64), S. 919.

Lebensgemeinschaft überwiege der persönliche, nicht der vertragsrechtliche Charakter der Beziehung. Seien jedoch nach Auflösung der Gemeinschaft gemeinsame Anschaffungen, Ersparnisse oder Schulden vorhanden, müsse eine Liquidation nach Rechtsgrundsätzen möglich sein. Nichts erlaube den Schluss, ein Konkubinatspaar hätte von vornherein auch für den Fall der Auflösung der Beziehung den Rückgriff auf Rechtsnormen ausschliessen wollen. Hätten sich die Partner zu einer wirtschaftlichen Gemeinschaft mit gemeinsamer Kasse zusammengefunden und auf diese Weise den Willen geäussert, die eigene Rechtsstellung einem gemeinsamen Zweck unterzuordnen, um so einen Beitrag an die Gemeinschaft zu leisten, liege eine einfache Gesellschaft vor. Es sei jedoch nicht ausgeschlossen, dass zwischen den Konkubinatspartnern anstelle bzw. neben einer einfachen Gesellschaft besondere Auftrags- oder andere Vertragsverhältnisse bestünden. Die vermögensrechtliche Auseinandersetzung bestimme sich beim Konkubinat – bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen – nach den Regeln der einfachen Gesellschaft.[74]

Aufgrund der obgenannten Rechtsprechung des BGer sind die Bestimmungen des Eherechts nicht analog auf das Konkubinat anwendbar.[75] Im erwähnten Entscheid verpflichtete das BGer eine Frau zur Zahlung des – nach Auflösung eines als einfache Gesellschaft qualifizierten Konkubinats – entstandenen Gesellschaftsverlustes in Form einer Steuerschuld ihres Partners. Die Frau war mittels Generalvollmacht von ihrem im Ausland arbeitenden Partner beauftragt worden, für die Dauer der Beziehung aus seinem Lohn sämtliche ihn betreffende Verpflichtungen zu begleichen. Dazu gehörten neben seinen Beiträgen an die Lebensgemeinschaft auch seine eigenen Steuerschulden. Ihrer Pflicht, die besagte Steuerschuld zu bezahlen, kam die Frau nicht nach. Diese Unterlassung verheimlichte sie ihrem Lebensgefährten. Laut BGer musste die Frau die eine Hälfte der Steuerschuld aufgrund der zwischen einfachen Gesellschaftern herrschenden paritätischen Verlustbeteiligung gemäss Art. 533 Abs. 1 OR übernehmen, während sie für die andere Hälfte aus Schadenersatz für ihre Sorgfaltspflichtsverletzung als Geschäftsführerin der Gesellschaft nach Art. 538 Abs. 2 OR aufzukommen hatte.[76] In einem weiteren Fall, in dem eine im Konkubinat lebende Frau, welche ihren Partner bei der Führung seines Hotels unterstützte und die bei Auflösung des Konkubinats eine Entschädigung für ihre Mitarbeit im Hotel aus Arbeitsvertrag forderte, entschied das BGer, zwischen den Parteien liege eine einfache Gesellschaft vor, weshalb die Gewinnverteilung bei Auflösung des Konkubinats nach den

74 BGE 108 II 206 f. E. 3; 97 I 407.

75 Hausheer/Geiser/Aebi-Müller (Fn. 6), N 03.29 f.

76 BGE 108 II 204 E. 4 ff.

Regeln über die Liquidation der einfachen Gesellschaft vorzunehmen sei und das Arbeitsrecht nicht zum Zuge komme.[77]

In gewissen Fällen beeinflusst das Konkubinat das Eherecht. Das BGer erachtete es etwa als rechtsmissbräuchlich, wenn ein rentenberechtigter Ehegatte nach der Scheidung eine eheähnliche Lebensgemeinschaft eingehe, den neuen Partner aber nicht heirate, um der gesetzlichen Folge des Verlusts der Unterhaltsbeiträge zu entgehen. Rechtsmissbrauch sei allerdings nur gegeben, wenn angenommen werden könne, der neue Lebenspartner biete dem Rentenberechtigten ehelichen Beistand und Unterstützung, wie es Art. 159 Abs. 3 ZGB von einem Ehegatten verlange. Bestehe ein Konkubinat im Zeitpunkt der scheidungsrechtlichen Abänderungsklage seit mindestens fünf Jahren, erfolge eine Beweislastumkehr, wonach die Vermutung greife, der Rentenberechtigte erhalte vom neuen Partner Unterstützung nach Art. 159 Abs. 3 ZGB.[78] Überdies hielt das BGer in einem neueren Entscheid fest, die Dauer des der Ehe vorangegangenen Konkubinats sei – je nach den Umständen des Einzelfalls – bei der Festsetzung der Unterhaltsbeiträge gemäss Art. 125 ZGB zu berücksichtigen. Die Voraussetzungen für die Berücksichtigung der Konkubinatsdauer sah das BGer im Fall eines Paares erfüllt, welches acht Jahre im Konkubinat gelebt und nach der Heirat lediglich vier Jahre einen gemeinsamen Haushalt geführt hatte. Ausschlaggebend sei die Tatsache, dass sich die Frau bereits während des Konkubinats vornehmlich um die vier gemeinsamen Kinder gekümmert und ihre Karriere als Künstlerin zugunsten der beruflichen Laufbahn ihres Partners und späteren Ehemannes zurückgestellt habe. Aufgrund dieser Umstände sei klar, dass die Parteien bereits während des Konkubinats eine eheähnliche Rollenverteilung gelebt hätten und das 12-jährige Zusammenleben der Parteien daher die wirtschaftliche Situation der Ehefrau dauerhaft beeinflusst habe.[79]

Als Beispiel einer Gesetzesbestimmung, die einen Aspekt des Konkubinats regelt, kann etwa Art. 20a Abs. 1 lit. a BVG genannt werden. Nach dieser Bestimmung kann eine Vorsorgeeinrichtung in ihrem Reglement u.a. Konkubinatspartner, welche in den letzten fünf Jahren bis zum Tod des Versicherten ununterbrochen mit diesem zusammengelebt hatten, als begünstigte Personen für die Hinterlassenenleistung vorsehen. Überdies sind in gewissen Kantonen – so z.B. im Kanton Neuenburg – Partnerschaftsgesetze, welche im Zuge der gesetzlichen Verankerung gleichgeschlechtlicher Partnerschaften Anfang des 21. Jahrhunderts in Kraft getreten sind, auch auf gemischtgeschlechtliche

77 BGE 109 II 228 E. 2.

78 BGE 109 II 188 E. 1 f.

79 Entscheid des BGer 5C.62/2005 vom 7.8.2006.

Paare anwendbar.[80] Diese Gesetze sehen die Gleichstellung von Konkubinatspaaren mit Ehegatten im Rahmen der kantonalen Rechtsetzungskompetenz – wie etwa in steuer- oder fürsorgerechtlichen Fragen – vor.[81] Der Kanton Zürich berücksichtigt den Konkubinatspartner beispielsweise in den zivil- und strafrechtlichen Prozessgesetzen; so steht Konkubinatspartnern ein absolutes Zeugnisverweigerungsrecht zu, sofern sie seit mindestens einem Jahr im selben Haushalt wohnen. Bei Aufhebung des gemeinsamen Haushalts besteht das Zeugnisverweigerungsrecht fort, falls die Zeugenaussage den Zeitraum vor Beendigung des Zusammenlebens betrifft.[82]

III. Die eingetragene Partnerschaft

Im 19. Jahrhundert war die strafrechtliche Regelung der Homosexualität in der Schweiz uneinheitlich. Die Mehrzahl der kantonalen Strafgesetzbücher entstand zwischen 1850 und 1890. Kantone wie Genf, Waadt, Wallis und Tessin, welche ihr Strafrecht dem französischen Code Pénal anpassten, beliessen die Homosexualität unter Erwachsenen straffrei. In den meisten Deutschschweizer Kantonen wurde hingegen bis zur Vereinheitlichung des Strafrechts 1942 an der Strafbarkeit der Homosexualität festgehalten. Homosexuelle Handlungen wurden mit einer Gefängnisstrafe zwischen 60 Tagen (Bern) und 8 Jahren (Appenzell Innerrhoden) geahndet. Die Entkriminalisierung der Homosexualität setzte in den 1920er Jahren ein. Diese Bemühungen wurden durch nationalsozialistische und faschistische Entwicklungen zurückgeworfen bzw. aufgehoben, kamen in den 1960er Jahren wieder in Gang und fanden in den 1980er Jahren in allen europäischen Staaten ihren Abschluss. Seit den 1990er Jahren vollzieht sich u.a. in den westeuropäischen Staaten ein Prozess der rechtlichen Anerkennung gleichgeschlechtlicher Partnerschaften. Dänemark führte 1989 als erstes Land die registrierte Partnerschaft ein. Weltweit betrachtet lässt sich sagen, dass die rechtliche Anerkennung gleichgeschlechtlicher Paare parallel zur Entkriminalisierung der Homosexualität verläuft.[83]

Die Heirat gleichgeschlechtlicher Paare bzw. die Eintragung von homosexuellen Beziehungen in ein Partnerschaftsregister wurde in der Schweiz erst

---

80 Vgl. Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 Loi sur le partenariat enregistré du 27.1.2004 (RSN 212.120.10).

81 Vgl. Art. 1 Abs. 3 Loi sur le partenariat du 15.2.2001 (E 1 27.01).

82 Vgl. § 158 Ziff. 3 ZPO ZH (in Kraft seit 1.7.2003) und § 129 Ziff. 3 StPO ZH (in Kraft seit 1.1.2005).

83 Urs Zürcher, Allgemeine Einleitung, in: Andrea Büchler (Hrsg.), Kommentar Eingetragene Partnerschaft, Bern 2007, N 33 und 58 f.; am 10.3.2007 demonstrierten in Rom rund 50'000 Menschen für die Verbesserung der Rechte unverheirateter hetero- und homosexueller Paare (NZZ Nr. 59, 12.3.2007, S. 2).

gegen Ende des 20. Jahrhunderts zu einem in der breiten Öffentlichkeit diskutierten Thema. 1995 wurden im Bundesparlament zwei entgegengesetzte Petitionen eingereicht. Die eine forderte «Gleiche Rechte für gleichgeschlechtliche Paare». Die andere trat «Für die Förderung gesunder Familien und gegen die Gleichstellung gleichgeschlechtlicher Paare» ein. Diese Petitionen zeigen, dass die öffentliche Meinung gegenüber homosexuellen Paaren noch Mitte der 1990er Jahre gespalten war.[84] Im ausgehenden 20. Jahrhundert anerkannte eine Reihe von Kantonen das Zusammenleben von homo- und heterosexuellen Paaren in kantonalen Partnerschaftsgesetzen. Für das in Entstehung begriffene PartG bestanden verschiedene Lösungsvarianten. Vorgeschlagen wurden erstens punktuelle gesetzgeberische Eingriffe im Sinne der Revision einzelner Gesetze, zweitens ein obligationenrechtlicher Partnerschaftsvertrag mit Wirkung gegenüber Dritten, welcher die Organisation des Zusammenlebens regelt und zudem gewisse öffentlich-rechtliche Wirkungen – beispielsweise im Ausländerrecht – entfaltet, drittens das Institut der registrierten Partnerschaft mit eigenständiger Wirkung, viertens das Institut der registrierten Partnerschaft mit weitgehend ehegleicher Wirkung und fünftens die Öffnung der Ehe. In der anschliessenden Vernehmlassung genoss die Einführung des Instituts der registrierten Partnerschaft den Vorzug. Dies entsprach auch der im Ausland überwiegend gewählten Lösung. Die Partnerschaft mit eigenständiger bzw. jene mit ehegleicher Wirkung erhielten etwa gleichen Zuspruch. Das am 1.1.2007 in Kraft getretene PartG regelt ein Institut, welches zwar die staatliche Anerkennung gleichgeschlechtlicher Paare gewährleistet, sich aber von der Ehe abgrenzt.[85]

Das Institut der eingetragenen Partnerschaft ist heterosexuellen Paaren nicht zugänglich (Art. 1 PartG), da diesen nach Meinung des Gesetzgebers die Ehe offen steht. Wer seine Partnerschaft registrieren lässt, führt fortan den Personenstand «in eingetragener Partnerschaft» (Art. 2 Abs. 3 PartG). Da dieser Personenstand nur homosexuellen Paaren zugedacht ist, bringt er für die Betroffenen ein «Zwangs-Outing» mit sich. Das Bekanntmachen der sexuellen Orientierung könnte gegen das Grundrecht auf Schutz der Privatsphäre (Art. 13 BV, Art. 8 EMRK) verstossen. Aus diesem Grund wäre die Schaffung eines einheitlichen Zivilstandes für verheiratete und eingetragene Paare angebracht. Der Personenstand könnte «in Partnerschaft lebend» lauten.[86] Die von der Ehe abweichende Ausrichtung des PartG zeigt sich ausserdem in fol-

84 Andrea Büchler und Margot Michel, Das Bundesgesetz über die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare im Überblick, in: Stephan Wolf (Hrsg.), Das Bundesgesetz über die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare, Bern 2006, S. 9 f.; vgl. auch Ingeborg Schwenzer, Registrierte Partnerschaft: Der Schweizer Weg, FamPra 2/2002, S. 223 f.

85 Büchler/Michel (Fn. 84), S. 10 f.

86 Büchler/Michel (Fn. 84), S. 17.

genden Bereichen: Anders als Ehegatten sind homosexuelle Paare von Adoption und fortpflanzungsmedizinischen Verfahren ausgeschlossen (Art. 28 PartG). Weiter bleibt gleichgeschlechtlichen Paaren die Möglichkeit verwehrt, mit der Eintragung einen gemeinsamen Namen zu erwerben. Der Gesetzgeber lehnte diese Wahlmöglichkeit mit dem Argument ab, die Stabilität des Namens und die Bedeutung der Eigenidentifikation überwögen das Bedürfnis nach einem einheitlichen Partnerschaftsnamen, zumal an einem solchen Familienschutzinteressen fehlten.[87] Überdies unterstehen eingetragene Partnerschaften in vermögensrechtlicher Hinsicht der «Vermögenstrennung» (Art. 18 PartG), was faktisch der Gütertrennung entspricht. Die Auflösung der Partnerschaft kann aber mittels öffentlich beurkundetem Vermögensvertrag beispielsweise der Errungenschaftsbeteiligung unterstellt werden (Art. 25 Abs. 1 PartG).[88] Parallel zur Ehe statuiert das PartG in Art. 12 eine der ehelichen Beistandspflicht nachempfundene Pflicht zur Unterstützung und Rücksichtnahme. Dieser partnerschaftsgesetzlichen Beistandspflicht entspringen – wie bei der Ehe – der Anspruch auf Zusprechung von Unterhaltsbeiträgen durch den Richter (Art. 13 PartG), die solidarische Haftung für die laufenden Bedürfnisse der Gemeinschaft (Art. 15 Abs. 3 PartG) sowie der Anspruch auf richterliche Regelung des Getrenntlebens (Art. 17 PartG). In diesen Punkten trägt das PartG eheähnliche Züge.

IV. Fazit

Im Unterschied zum Konkubinat steht die eingetragene Partnerschaft der Ehe näher. Dies beruht einerseits auf der partnerschaftsgesetzlichen Beistandspflicht (Art. 12 PartG), welche praktisch mit der ehelichen Beistandspflicht nach Art. 159 Abs. 3 ZGB identisch ist und in etwa dieselben Wirkungen zeitigt. Konkubinatspaare hingegen werden von einer derartigen Beistandspflicht nicht tangiert. Anderseits zeigt sich die Eheähnlichkeit der eingetragenen Partnerschaft hinsichtlich der vermögensrechtlichen Auseinandersetzung. Diese Auseinandersetzung ist grundsätzlich durch die in Art. 18 PartG vorgesehene «Vermögenstrennung» geregelt, welche faktisch dem Güterstand der Gütertrennung entspricht. Darüber hinaus können die Partner vertraglich den ordentlichen Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung vereinbaren. Konkubinatspaare hingegen können sich bezüglich der vermögensrechtlichen Auseinandersetzung nicht auf die sinngemässe Anwendung des Ehegüterrechts berufen. Die Liquidation eines Konkubinats muss aufgrund der im

87 Andrea Büchler und Rolf Vetterli, Vorbemerkungen zu Art. 12–17, in: Andrea Büchler (Hrsg.), Kommentar Eingetragene Partnerschaft, Bern 2007, N 13.

88 Umstritten ist, ob eingetragene Paare den Güterstand der Gütergemeinschaft vereinbaren können (Thomas Geiser, Partnerschaftsgesetz und Notariat, AJP 2007 10).

Einzelfall anwendbaren obligationenrechtlichen Bestimmungen – insbesondere nach den Regeln der einfachen Gesellschaft – erfolgen. Im Hinblick auf die Familiengründung bleibt die Ehe zurzeit das einzige – auf Bundesebene gesetzlich verankerte – Institut mit dem Kerngehalt der Fortpflanzungsgemeinschaft. Der Ausschluss der eingetragenen Partner von Adoption und fortpflanzungsmedizinischen Methoden macht dies deutlich.

D. Das Kindesrecht

I. Ausserrechtliche Einflüsse auf das Kindesrecht

Dass das Kindesrecht als erster Abschnitt des ZGB revidiert wurde (nämlich zuerst das Adoptionsrecht, anschliessend das übrige Kindesrecht),[89] beruht selbstverständlich nicht auf einem Zufall, ist doch dieses Rechtsgebiet in hohem Masse geprägt von vielfältigen ausserrechtlichen Einflüssen, die ihrerseits einem steten Wandel unterworfen sind. In erster Linie sei auf den grundlegenden Wandel im *Rollenverständnis von Mann und Frau* hingewiesen, der sich, wie unten dargestellt, in einer völligen Umgestaltung der elterlichen Sorge manifestierte: Von der väterlichen Gewalt über die elterliche Gewalt unter Leitung des Vaters bis hin zur gemeinsamen elterlichen Sorge. Weiter ist die *Bedeutung der Ehe* zu erwähnen, welche vor Erlass des ZGB eine andere war als heute: So wurde in den kantonalen Zivilgesetzkodifikationen, aber auch im ZGB von 1907 das Kindesrecht dem Schutz und der Stärkung der Ehe untergeordnet; dies äusserte sich in formaler Hinsicht in einer strikten Unterscheidung *zwischen dem ehelichen und dem unehelichen Kindesverhältnis*. Eugen Huber folgt in seinem Werk[90] «System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechts», auf welches im folgenden Abschnitt – wo nichts anderes angegeben – abgestützt wird, denn auch konsequent dieser Unterscheidung, «weil nach unseren Rechten heute noch in grosser Verbreitung das ausserehelichе Verhältnis seinem rechtlichen Inhalte nach gar nicht als Parallele zum legitimen Verhältnis der ehelichen Abstammung aufgefasst werden darf».[91] In materieller Hinsicht hatte die erwähnte *ratio* die Konsequenz, dass dem ausserehelichen Kind Rechte und Rechtsbehelfe vorenthalten wurden, die heute, unter der Herrschaft des *Kindeswohls* und dem Prinzip der *Familie als Erziehungsgemeinschaft*, selbstverständlich auch diesem zustehen. Hinzu kommen die Fortschritte in der Medizin, namentlich was das *Abstammungsgutachten* anbelangt: So ermöglicht das *DNA-*

89 Vgl. Fn 2 und 3.

90 Eugen Huber, System und Geschichte, 1. Bd., Basel 1886, S. 393 ff.

91 Huber, System und Geschichte (Fn. 90), § 29 I, S. 484 Fn 1.

Gutachten (in der Schweiz seit 1991) den 100-prozentigen Beweis der Nichtvaterschaft resp. den 99,8-prozentigen Beweis der Vaterschaft eines Mannes. Vor diesem Hintergrund hält Cyril Hegnauer treffend fest, dass das «Schicksal der Vaterschafts- wie auch der Anfechtungsklage (...) nicht mehr im Gerichtssaal auf dem schwankenden Boden von Verdächtigungen und widersprüchlichen Partei- und Zeugenaussagen, sondern im kühlen Laboratorium der Rechtsmedizin entschieden» werde.[92] In medizinischer Hinsicht sind sodann die Entwicklungen in der *Reproduktionsmedizin* zu nennen, die im Erlass eines Fortpflanzungsmedizingesetzes[93] ihren Niederschlag fanden. Dieses zog seinerseits Anpassungen im Kindesrecht nach sich. Das ZGB, vorab jenes von 1907, beschränkte sich jedoch nicht darauf, lediglich auf derartige Entwicklungen zu *reagieren*; vielmehr nahm es auch Änderungen in den Anschauungen vorweg; in erster Linie sei die *Adoption* erwähnt, die im ZGB von 1907 (zwar restriktiv und knapp) geregelt wurde, obwohl sie «in weiteren Kreisen unseres Volkes zur Zeit fremd» und in manchen kantonalen Rechten nicht vorgesehen war.[94] Weiter sei auf die *Vaterschaftsklage* hingewiesen, die gegen erbitterten Widerstand ebenfalls Eingang in das neue ZGB gefunden hat.

Am Beispiel der *Entstehungsarten des Kindesverhältnisses* zum (insbesondere nicht mit der Mutter verheirateten) Vater[95] und der *elterlichen Gewalt* wird in der Folge aufgezeigt, wie sich die gesetzlichen Institute des Kindesrechts mit (unten, D.III) und nach (unten, D.IV) der Einführung des ZGB gewandelt haben. Um das Verdienst des ZGB in der Fassung von 1907 würdigen zu können, sind vorab einige Ausführungen zur Ausgestaltung der genannten Institute unmittelbar vor der Vereinheitlichung des Zivilrechts

---

92 Cyril Hegnauer, Entwicklungen des schweizerischen Familienrechts, FamPra 2000, S. 9.

93 FmedG vom 18.12.1998 (SR 814.90), in Kraft seit 1.1.2001. An dieser Stelle sei auch auf das am 1.4.2007 in Kraft getretene BG über genetische Untersuchungen beim Menschen (GUMG) vom 8.10.2004 hingewiesen, welches in Art. 31 ff. namentlich die Voraussetzungen genetischer Untersuchungen zur Klärung der Abstammung regelt.

94 Eugen Huber, Erläuterungen zum Vorentwurf des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements, 1. Heft, Bern 1901, S. 220.

95 Abgesehen von einigen Kantonen, welche in Nachahmung des Code civil, Art. 335, das Kindesverhältnis des ausserehelichen Kindes von der Anerkennung durch die Mutter abhängig machten, war der Grundsatz «*mater semper certa est*» in den übrigen kantonalen Gesetzen des 19. Jahrhunderts anerkannt; er fand Eingang in das ZGB (Art. 302 Abs. 1) und wurde durch die Revision von 1976 auch auf die ehelichen Kinder ausgedehnt (Art. 252 Abs. 1). Infolge der Fortschritte in der Fortpflanzungsmedizin, welche sog. «*gespaltene Mutterschaften*» ermöglichen, ist dieser Grundsatz nicht mehr unangefochten; in rechtlicher Hinsicht gilt jedoch, dass das Kindesverhältnis ausschliesslich zur Gebärenden (und daher nicht zwingend zur genetischen Mutter) besteht (dazu Andrea Büchler, «Sag mir, wer die Eltern sind ...», AJP 2004, S. 1175, 1178; zu den Grenzen der Fortpflanzungspraktiken in der Schweiz siehe Art. 119 Abs. 2 lit. d BV und Art. 4 und 29 f. FMedG).

vonnöten (anschliessend D.II). Abschliessend folgt ein kurzer Ausblick (unten, D.V).

II. Grundzüge des Kindesrechts vor Vereinheitlichung des Zivilrechts

1. Die Entstehung des Kindesverhältnisses[96]

a. Im Allgemeinen

Obwohl die *Vaterschaftsvermutung* eine Unterscheidung zwischen *Ehelichkeit* und *Ausserehelichkeit* voraussetzte (und immer noch voraussetzt, siehe unten, D.IV.2), war bereits vor Erlass des ZGB eine Tendenz spürbar, den Rahmen der Ehelichkeit möglichst weit zu spannen. So fielen in einer ganzen Reihe von Kantonen alle während der Ehe (und vor Ablauf gewisser Fristen nach deren Beendigung) geborenen Kinder unter die Vermutung der Ehelichkeit, selbst wenn sie vor Abschluss der Ehe gezeugt worden waren. Entsprechend restriktiv wurde die *Anfechtungsklage* gehandhabt, namentlich hinsichtlich Klagelegitimation und -fristen. Bundesrechtlich vereinheitlicht war die sog. *Legitimation* vorehelich geborener Kinder durch nachmalige Ehe der Eltern (Art. 54 Abs. 5 BV).[97] Demgegenüber stand es in der Kompetenz der Kantone, die *gerichtliche Legitimation* für den Fall vorzusehen, dass die Eltern (wegen Tod oder Handlungsunfähigkeit) nach der Geburt nicht mehr heiraten konnten. Sodann war die *Adoption*[98] lediglich (aber immerhin) in den Kantonen Zürich, Thurgau, Solothurn, Tessin und im Gebiet des Code civil anerkannt. Deren Voraussetzungen waren aber völlig unterschiedlich, namentlich was das Alter des Adoptierenden resp. des Adoptierten und deren Altersdifferenz, das Fehlen ehelicher Nachkommenschaft des Adoptierenden, die Zustimmung der jeweiligen Ehegatten und die Dauer des der Adoption vorangegangenen Pflegverhältnisses anbelangte.

b. Die Entstehung des ausserehelichen Kindesverhältnisses im Besonderen[99]

Beinahe unüberschaubar waren die Unterschiede der kantonalen Regelungen im Bereich des ausserehelichen Kindesrechts. Was die *gerichtliche Feststellung der ausserehelichen Vaterschaft* anbelangt, so war eine solche in den vom Code civil geprägten Kantonen schlechthin ausgeschlossen (sog. *exklusive Maternität)*. In den übrigen Kantonen war die Vaterschaftsklage zwar vorge-

96 HUBER, System und Geschichte (Fn. 90), §§ 25 ff.
97 BGE 13, 42 f.
98 HUBER, System und Geschichte (Fn. 90), § 25 lit. c.
99 HUBER, System und Geschichte (Fn. 90), § 29.

sehen, aber regelmässig nur in Form einer vermögensrechtlichen Klage, die zur vorfrageweisen Überprüfung der Vaterschaft und im Übrigen lediglich zur sog. *Zahlvaterschaft* führte. Bedeutende Unterschiede gab es sodann hinsichtlich der konkreten Ausgestaltung der Vaterschaftsklage, namentlich was deren *Verwirkungsgründe* anbelangte: Fristenlauf, bestehende Ehe des Beklagten und/oder der Klägerin und gewisse Altersdifferenzen zwischen den Parteien einerseits, andererseits aber vor allem der Nachweis des Umgangs der Mutter mit einem Dritten resp. mit mehreren (sog. *Mehrverkehr*) durch den Beklagten. Jene Kantone, in denen der ausseereheliche Umgang verboten war, sahen sogar die solidarische Haftung mehrerer «Mannspersonen» vor. Beweisthema war i.d.R. der «fleischliche Umgang» der Parteien in einer jeweils klar abgegrenzten Zeitperiode, wobei die meisten Rechtsordnungen besondere Bestimmungen in Bezug auf die *Beweismittel* aufwiesen: Anzeigepflicht der unverheirateten Schwangeren, Untersuchungshaft, der Eid in Vaterschaftssachen bis hin zum sog. «*Geniessverhör*», der Einvernahme der Schwangeren während der Geburtswehen. Vielfältig war auch die Regelung der *Passivlegitimation*: Während die einen Kantone den Tod des präsumtiven Vaters als Klagehinderungsgrund betrachteten, konnten in den anderen Kantonen in Ausnahmefällen (namentlich bei Vorliegen einer schriftlichen *Anerkennung* resp. eines *Eheversprechens* des Verstorbenen) auch die Erben belangt werden. Die *freiwillige Anerkennung der Vaterschaft* mit Standesfolge war nur den vom Code civil beeinflussten Kantonen bekannt. In den übrigen Kantonen hatte selbst ein gerichtliches Geständnis des Beklagten regelmässig lediglich zur Folge, dass die Klägerin den Schwierigkeiten der Beweisführung enthoben wurde.

2. *Die Wirkungen des Kindesverhältnisses, insbesondere die «elterliche Gewalt»*[100]

Die Kantone stellten die Wirkungen des *ehelichen Eltern- und Kindesverhältnisses* äusserst unterschiedlich dar: In den vom Code civil beeinflussten Kantonen ist eine Unterteilung der Wirkungen in ausgeprägte väterliche Autoritätsrechte an der Person des Kindes (sog. «*puissance paternelle*») einerseits und den beiden Eltern auferlegten eherechtlichen und – im vermögensrechtlichen Bereich – vormundschaftlichen Verpflichtungen (letztere «*tutelle des père et mère*» genannt) andererseits zu beobachten. Die Berner Gruppe fasste die Wirkungen des Kindesverhältnisses unter dem Begriff der *elterlichen Gewalt* zusammen, wobei die entscheidende Gewalt dem Vater und nur bei dessen Verhinderung der Mutter zustand. Zürich und seine Nachahmer

100 HUBER, System und Geschichte (Fn. 90), §§ 26 und 30.

stellten das Verhältnis als besonders geartete, sog. «*väterliche Vormundschaft*» dar, die von der staatlichen «*Obervormundschaft*» zu unterscheiden war. Die eigentlichen Unterschiede traten bei der Frage zu Tage, wie nach dem Tod des Ehemannes zu verfahren sei: Fortsetzung der väterlichen Gewalt in der Person der Mutter in den einen Kantonen, «öffentliche Vormundschaft» über die Kinder in den anderen. Letztere Massnahme wurde in einigen Kantonen auch im Falle der Wiederverheiratung der Mutter vorgesehen. Was die *unehelichen Kinder* anbelangt, so verweigerten die Kantone der Innerschweiz diesen jeglichen Familienstand, weshalb sie weder mit der Familie der Mutter noch mit jener des Vaters verwandt waren. Abgesehen davon wurde zwischen dem Kindesverhältnis zur Mutter und jenem zum Vater unterschieden: Während das Verhältnis des unehelichen Kindes zu seiner Mutter vergleichbar war mit jenem ehelicher Kinder, waren die Wirkungen des Kindesverhältnisses gegenüber der mütterlichen Verwandtschaft in unterschiedlich grossem Ausmass anerkannt. Gegenüber dem Vater reichte die Palette vom Verbot jeglicher Nachforschung (sog. *exklusive Maternität*) in den romanischen Rechten über jene Ordnungen, in denen die Vaterschaft zwar erforscht werden durfte, deren Feststellung jedoch nur untergeordnete Folgen hatte (sog. *gemilderte Maternität*), bis hin zur Anerkennung einer rechtlichen Verbindung mit der ganzen väterlichen Verwandtschaft (sog. *konsequente Paternität*). In fürsorgerischer Hinsicht beinhaltete die «elterliche Gewalt» regelmässig das Recht und die Pflicht der Erziehung des Kindes, die Aufsicht über das Kind, das Züchtigungsrecht, das Recht, innerhalb der gesetzlichen Schranken über die religiöse Erziehung und die berufliche Ausbildung des Kindes zu entscheiden, die Bestimmung des Aufenthaltes des Kindes und das Recht, dessen Herausgabe zu fordern, die Einwilligung zur Verehelichung des Kindes sowie die Pflicht, das Kind auszusteuern.[101] Bei Missbrauch der «elterlichen Gewalt» oder sonstiger, den Kindern drohender Gefahr (namentlich bei Entmündigung, Verschollenheit oder Konkurs des Vaters, Vernachlässigung der Elternpflichten) sahen die Rechte regelmässig nur den Entzug der «elterlichen Gewalt» und die öffentliche Bevormundung der Kinder vor; mildere «*Kindesschutzmassnahmen*» (Ermahnungen, Verweise) waren die Ausnahme.

III. Grundzüge des Verwandtschaftsrechts im Zivilgesetzbuch von 1907

1. Übersicht

Das ZGB verfolgte ausdrücklich die Verbesserung der Rechtsstellung ausserehelicher Kinder. Huber hält dazu in seinen Erläuterungen zum Vorentwurf

101 Alfred Silbernagel und Paul Wäber, Kommentar zum Schweizerischen Zivilrecht, Familienrecht, II. Abt.: Die Verwandtschaft, Bern 1921, vor Art. 273.

des ZGB fest: «Trägt es [das ausereheliche Kind] ohnedies schwer am Makel seiner Geburt, so verstösst es auch gegen eine vernünftige Gesetzgebungspolitik, diese Individuen dadurch in der Rechtsordnung noch stärker zurückzusetzen».[102] Die grosse Zweiteilung des Kindesrechts wurde jedoch übernommen, indem das ZGB im siebten Titel das eheliche Kindesverhältnis und im achten Titel das ausereheliche Kindesverhältnis regelte.

2. *Die Entstehung des Kindesverhältnisses*

a. *Im Allgemeinen*

In Art. 252 stellte das ZGB die *Ehelichkeitsvermutung* des während der Ehe oder vor Ablauf von 300 Tagen nach deren Auflösung geborenen Kindes auf, gefolgt von den *Anfechtungsmöglichkeiten* des Ehemannes (Art. 253 bis 255) und – subsidiär – weiterer Berechtigter (Erben resp. Heimatkanton des Ehemannes, Art. 256). Sodann nimmt das ZGB die bereits vorher bundesrechtlich geregelte *Ehelicherklärung* vorehelicher Kinder durch nachfolgende Ehe ihrer Eltern als Entstehungsgrund des Kindesverhältnisses auf (Art. 258), ergänzt durch die Möglichkeit einer *richterlichen Legitimation* des Brautkindes bei *Eheversprechen* und nachfolgender Unmöglichkeit der Ehe (Art. 260). Mit grosser Zurückhaltung und in nur gerade sechs Artikeln (Art. 264–269) regelte das ZGB sodann die sog. *Kindesannahme*, deren objektive Voraussetzungen sehr streng waren: Mindestalter des Adoptierenden von 40 Jahren und Kinderlosigkeit, Altersdifferenz von 18 Jahren zum Adoptierten, ggf. Zustimmung des Ehegatten des Adoptierenden und/oder des Adoptierten. Bloss untergeordnet wurden die Interessen des Adoptierten geschützt: Gemäss Art. 267 Abs. 2 durfte die Behörde die Ermächtigung zur Adoption bereits dann erteilen, «wenn der Annehmende dem Kinde Fürsorge und Pflege erwiesen hat oder andere wichtige Gründe vorliegen und dem Kinde aus der Annahme kein Nachteil entsteht». Weiter behielt das Adoptivkind seine Erbberechtigung gegenüber den leiblichen Eltern bei, während es ohne gegenteilige Vereinbarung auch jene gegenüber den Adoptierenden erhielt (Art. 268), nicht jedoch jene gegenüber dessen Verwandten (Art. 465 Abs. 1 ZGB). Aufgrund dieser beschränkten Wirkungen der Adoption wurde das im ZGB von 1907 enthaltene Institut auch als «*schwache Adoption*» bezeichnet.

102 HUBER, Erläuterungen (Fn. 94), S. 222.

b. *Die Entstehung des Kindesverhältnisses zum ausserehelichen Vater im Besonderen*

Eine der grossen Errungenschaften des ZGB war die flächendeckende Einführung der *Vaterschaftsklage* (Art. 307 ff.), gegen welche grosse Bedenken ins Feld geführt worden waren: Namentlich wurde befürchtet, dass im Rahmen solcher Prozesse «gar oft unerhörter Schmutz und jede Art von Niedertracht der Gesinnung aufgerührt und ans Tageslicht gebracht» sowie «falsche(n) Anklagen oder Erzeugung von Unfrieden in Familien und Verwandtschaften» Vorschub geleistet würde.[103] Aufgrund der «Ungewissheit (...), die über die Vaterschaft im allgemeinen vorhanden ist», sollte die erfolgreiche Vaterschaftsklage lediglich zur *Zahlvaterschaft*, d.h. zu Unterhaltsverpflichtungen führen.[104] Eine Ausnahme von letzterem Prinzip stellte die *Zusprechung mit Standesfolge* (Art. 309 Abs. 1 i.V.m. Art. 323) als qualifizierte Vaterschaftsklage dar, welche dann zum Zug kam, wenn der Beklagte der Mutter die Ehe versprochen «oder sich mit der Beiwohnung an ihr eines Verbrechens schuldig gemacht oder die ihm über sie zustehende Gewalt missbraucht hat».[105] Im Vaterschaftsprozess konnten sich die klagende Mutter und/oder das klagende Kind auf die *Vaterschaftsvermutung* von Art. 314 Abs. 1 ZGB abstützen, welche bei der Beiwohnung in der Zeit vom 300. bis zum 180. Tag vor der Geburt zum Tragen kam. Abs. 2 der genannten Bestimmung sah die Möglichkeit von Einreden vor, «die erhebliche Zweifel über die Vaterschaft des Beklagten rechtfertigen». Darunter war die sog. *konkrete Mehrverkehrseinrede* (*exceptio plurium specialis*) zu subsumieren, deren Zulässigkeit in den Beratungen äusserst umstritten war und einige Abgrenzungsschwierigkeiten zum Klageabweisungsgrund des unzüchtigen Lebenswandels, der sog. *abstrakten Mehrverkehrseinrede* (Art. 315) bot.[106] Der Gesetzgeber nahm aber in Kauf, dass die Klägerin mit dem Beweis der Vaterschaft ausgeschlossen wurde, wenn der Beklagte deren unzüchtigen Lebenswandel bewies, dürfe doch der Beklagte beanspruchen, «nicht als Vater eines Kindes erklärt» zu werden, «während ebensogut andere hätten verklagt werden können».[107] Am (grundsätzlich) rein vermögensrechtlichen Charakter der Vaterschaftsklage änderte sich selbst dann nichts, wenn der Beklagte im Prozess ein Geständnis abgab, da dieses doch «bei tieferer Würdigung nur ein vor Gericht abgegebenes Beweismittel

---

103 Huber, Erläuterungen (Fn. 94), S. 224.

104 Huber, Erläuterungen (Fn. 94), S. 225.

105 Silbernagel/Wäber (Fn. 101), Rz. 1 zu Art. 323; Art. 323 Abs. 1; ausgeschlossen war die Zusprechung mit Standesfolge dann, wenn der Beklagte zur Zeit der Beiwohnung schon verheiratet war, Abs. 2.

106 Silbernagel/Wäber (Fn. 101), Rz. 28 ff. zu Art. 314; Rz. 19 ff. zu Art. 315.

107 BBl 1904 IV 40.

bedeutet».[108] Darin unterschied sich das gerichtliche Geständnis von der *freiwilligen Anerkennung* durch den Vater oder den väterlichen Grossvater (Art. 303 Abs. 1), welche «das Kind zum Vater und zur väterlichen Verwandtschaft in ein familienrechtliches Verhältnis engerer Art» versetzen sollte.[109] Ausgeschlossen war jedoch die Anerkennung eines im Ehebruch oder im Inzest gezeugten Kindes (Art. 304).

3. *Die Wirkungen des Kindesverhältnisses*

a. *Im Allgemeinen*

Das ZGB verbesserte die Rechtsstellung des ausserehelichen Kindes auch hinsichtlich der Wirkungen des Kindesverhältnisses; so trat es namentlich in die Rechte und Pflichten der sog. «*ausserehelichen mütterlichen Verwandtschaft*» ein (Art. 302 Abs. 1 i.V.m. Art. 324 Abs. 1), deren wichtigstes Recht das *Erbrecht* war (Art. 461 Abs. 1). Sodann wurde die väterliche *Unterhaltspflicht* hinsichtlich Inhalt und Dauer verbessert (Art. 319 ff.). Daneben bestanden aber weiterhin Unterschiede zum ehelichen Kindesverhältnis, namentlich was *Familiennamen* und *Bürgerrecht* (hier richten sich diese nach dem Vater, Art. 270, da nach der Mutter, Art. 324 Abs. 1) und die *elterliche Gewalt* (dazu unten, D.IV.3.b) anbelangt. Zur väterlichen Seite zeichnete der *Dualismus von Zahlvaterschaft und Standesfolge* auch Unterschiede in den Wirkungen des Kindesverhältnisses vor: Nur letztere zeitigte grundsätzlich volle Wirkung, dann aber zur väterlichen *und* zur mütterlichen Verwandtschaft (Art. 325 Abs. 1). Dieser Grundsatz wurde jedoch im *Erbrecht* insofern in bedeutender Weise durchbrochen, als der ausereheliche Erbe nur halb soviel erhalten sollte wie der eheliche (Art. 461 Abs. 3).

b. *Die «elterliche Gewalt» im Besonderen*

Art. 274 sah vor, dass die elterliche Gewalt beiden (verheirateten) Eltern gemeinsam zustand, der Vater aber über den *Stichentscheid* verfügte. Beim Tod des einen Ehegatten stand die elterliche Gewalt dem anderen alleine zu, gegebenenfalls also auch der Mutter (Abs. 2). Für den Fall der Entmündigung mündiger Kinder sah das Gesetz sodann die Fortdauer der elterlichen Gewalt als Grundsatz vor, sofern es die Behörde nicht als angezeigt erachtete, das Kind unter Vormundschaft zu stellen (Art. 273 Abs. 2). Der *Inhalt* der elterlichen Gewalt wurde den geltenden Rechten nachempfunden,[110] während der

108 HUBER, Erläuterungen (Fn. 94), S. 225.
109 BBl 1904 IV 38.
110 BBl 1904 IV 36.

«*Kindesschutz*» einen starken Ausbau erfuhr: So sollte der Entzug der elterlichen Gewalt nunmehr die *ultima ratio* darstellen und namentlich bei schwerer Vernachlässigung der elterlichen Pflichten oder bei Wiederverheiratung eines Elternteils Platz greifen (Art. 285 f.). Ansonsten sollte es im Ermessen der Behörden stehen, «geeignete Vorkehren» zu treffen (Art. 283) oder die Kinder in einer Anstalt oder einer anderen Familie unterzubringen (Art. 284). Während das *uneheliche Kind* zwar in ein umfassendes Kindesrechtsverhältnis zu seiner Mutter trat, wurde deren Unfähigkeit zur Ausübung der elterlichen Gewalt vermutet. Aus diesem Grund wurde das uneheliche Kind grundsätzlich unter (ihre) *Vormundschaft* und nur ausnahmsweise unter die *elterliche Gewalt* der Mutter gestellt (Art. 311 Abs. 2 und Art. 324 Abs. 3). Dieselbe Rechtsfolge zeitigten die *Anerkennung* und die *Zusprechung mit Standesfolge*: Auch hier konnte die Behörde nur unter gewissen Voraussetzungen von der Vormundschaft absehen und das Kind stattdessen unter elterliche Gewalt stellen, diesfalls aber entweder unter die väterliche oder die mütterliche, nicht aber unter die gemeinsame.[111]

IV. Die Revision des Verwandtschaftsrechts

1. Die Stossrichtungen der Revisionen

a. Die Revision des Adoptionsrechts

Ziel der Revision des *Adoptionsrechts* war es nicht, die Adoption zu erleichtern, sondern sie ihrer Aufgabe besser dienstbar zu machen, die vermehrt in der Aufnahme eines erziehungsbedürftigen Kindes in das Heim der Adoptiveltern und dessen dauernden Eingliederung in der Familie gesehen wurde (sog. *Erziehungsadoption*).[112] Zentral und erste Voraussetzung für eine Adoption sollte das *Wohl des Adoptivkindes* sein (Art. 264).[113] Weiter sollten auch die Interessen der leiblichen Eltern vermehrt geschützt werden, indem ihnen Zustimmungs- und Widerrufsrechte eingeräumt wurden (Art. 265a ff.). Ausserdem sollte die *gemeinschaftliche Adoption* durch Verheiratete (Art. 264a) gegenüber der *Einzeladoption* (Art. 264b) und die *Unmündigenadoption* (264 ff.) gegenüber der *Mündigenadoption* (Art. 266) jeweils mittels gewisser gesetzlicher Erleichterungen bevorzugt werden. Was die Wirkungen der Adoption angeht, so war deren Ausgestaltung vom Modell der sog. *starken* oder *Volladoption* und somit vom Ziel geprägt, den Adoptierten ganz aus seiner leiblichen Familie zu lösen.[114] Das Adoptivkind sollte somit in die Rechts-

111 Silbernagel/Wäber (Fn. 101), Rz. 13 zu Art. 325.
112 BBl 1971 I 1214 f.
113 BBl 1971 I 1217.
114 BBl 1971 I 1230.

stellung eines Kindes der Adoptiveltern eintreten (Art. 267 Abs. 1), namentlich auch was das Erbrecht anbelangt. Einen gewissen Einschnitt sollte das Prinzip der Volladoption durch die Umsetzung von Art. 30 des *Haager Übereinkommens über den Schutz von Kindern und die Zusammenarbeit auf dem Gebiet der internationalen Adoption* vom 29. Mai 1993[115] erfahren, wonach das Kind ein Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung hat. Art. 268c ZGB soll nun die Durchsetzung dieses Rechts des volljährigen Adoptivkindes regeln. Gestützt auf das genannte Abkommen wurden auch die Voraussetzungen der *Unmündigenadoption* (Art. 264 ZGB) und die *Adoptivkindvermittlung* (Art. 269c ZGB) neu im Zivilgesetzbuch geregelt,[116] welch letztere Bestimmung die ausgebaute Regelung des *Adoptionsverfahrens* (Art. 268a f.) komplettieren sollte.

b. Die Revision des übrigen Kindesrechts

Der Revision liegt die Erkenntnis zugrunde, dass die Ehe der Eltern je nach Rechtsfrage eine unterschiedliche Bedeutung hat. Die Unterscheidung zwischen Ehelichkeit und Unehelichkeit soll nur noch dann eine Rolle spielen, wenn die sachliche Funktion der Ehe (namentlich als Basis der *Ehelichkeitsvermutung* oder als *Erziehungsgemeinschaft*) eine solche rechtfertigt; als Grundsatz sollte aber künftig die *Einheit des Kindesverhältnisses* gelten.[117]

2. Die Entstehung des Kindesverhältnisses

a. Im Allgemeinen

Die *Ehelichkeitsvermutung* macht zwar die Unterscheidung zwischen ehelicher und unehelicher Geburt nach wie vor notwendig für die Begründung des Kindesverhältnisses zum Vater; sie wurde allerdings relativiert, indem ihre Anfechtbarkeit erleichtert resp. ausgedehnt werden sollte: Kodifizierung des Anfechtungsrechts des Kindes (Art. 256 Abs. 1 Ziff. 2), tiefere Anforderungen an die Begründung (Art. 256b Abs. 1), Verlängerung der Klagefristen (Art. 256c). Im Zuge der Scheidungsrechtsrevision wurde sodann das nach der Scheidung geborene Kind von der Ehelichkeitsvermutung ausgenommen (Art. 255 Abs. 1; bei Wiederverheiratung: Art. 257 Abs. 1). Demgegenüber wurde ein Anfechtungsrecht weiterer Personen (als Kind und Ehemann) abgelehnt, namentlich ein solches der Mutter oder jenes Ehemannes, welcher

115 BBl 1999, 5795 ff., genehmigt durch BB vom 22. Juni 2001 (SR 0.211.221.311), in Kraft seit 1.1.2003.

116 BG zum Haager Adoptionsübereinkommen und über Massnahmen zum Schutz des Kindes bei internationalen Adoptionen (AS 2002 3988), in Kraft seit 1.1.2003.

117 BBl 1974 II 20 ff.

der Zeugung durch einen Dritten (*Zeugungshelfer* oder *heterologe Insemination*) zugestimmt hatte (Art. 256 Abs. 3). Diese Bestimmung wurde durch einen Verweis auf das *FmedG* ergänzt, dessen Art. 23 Abs. 1 es im Wesentlichen dem durch Samenspende gezeugten Kind verbietet, das Kindesverhältnis zum Ehemann der Mutter anzufechten, während in Abs. 2 die Vaterschaftsklage gegen den Samenspender grundsätzlich ausgeschlossen wird. Was sodann die *Adoption* anbelangt, so wird für eine solche nebst dem *Wohl des Adoptivkindes* eine gewisse Mindestdauer für das der Adoption vorausgehende *Pflegeverhältnis* vorausgesetzt (Art. 264). Fallengelassen wurde demgegenüber das Erfordernis der *Kinderlosigkeit* der Adoptiveltern, wodurch auch deren *Mindestalter* gesenkt werden konnte; dieses hatte ursprünglich den Zweck, möglichst dafür Gewähr zu bieten, dass die Kinderlosigkeit auch in Zukunft fortbestehe.[118] Bewusst locker gestaltet wurden die Formvorschriften, während die Zulässigkeit der *Blanko-* und der *Inkognito-Zustimmung* stipuliert wurde (Art. 265a Abs. 3), welche die *Fremdadoption* ermöglichen soll.

b. Die Entstehung des ausserehelichen Kindesverhältnisses im Besonderen

Was die *Anerkennung* des nichtehelich geborenen Kindes anbelangt, so wurde das Verbot des im Ehebruch oder in Blutschande gezeugten Kindes fallengelassen, während in Nachachtung einer entsprechenden Bundesgerichtspraxis[119] bei *Willensmängeln* auch der Anerkennende selbst zur Anfechtung seiner Erklärung legitimiert sein sollte (Art. 260a Abs. 2). Ebenfalls der neusten Rechtsprechung und dem eindringlichen Postulat von Politik und Lehre entsprach die Eindämmung der Mehrverkehrseinrede im Rahmen der *Vaterschaftsklage*: Schon lange wurde erkannt, dass diese oft genug zu einer «Solidarität der Niedertracht» zwischen verschiedenen Vaterschaftsprätendenten führte.[120] Allerdings waren die naturwissenschaftlichen Beweismethoden im Zeitpunkt der Revision noch nicht derart weit entwickelt, als dass sie die Vaterschaft in jedem Fall mit genügender Gewissheit hätten ausschliessen können.[121] Aus diesem Grund konnte sich der Gesetzgeber nicht etwa darauf beschränken, dem Beklagten ausschliesslich den *Beweis der Nichtvaterschaft* aufzuerlegen. In Weiterentwicklung einer entsprechenden Bundesgerichtspraxis[122] sollte nach dem Willen des Gesetzgebers die Vaterschaftsver-

118 BBl 1971 I 1219 f. namentlich mit Verweis auf Art. 12 Ziff. 2 des Strassburger Übereinkommens vom 24. April 1967 über die Adoption von Kindern.

119 BGE 75 II 13; 79 II 30.

120 Merz, ZSR 1962 I 40.

121 BBl 1974 II 46.

122 BGE 95 II 81.

mutung immerhin dann wegfallen, wenn die Wahrscheinlichkeit der Vaterschaft des Dritten *grösser* ist als jene des Beklagten (vgl. Art. 262 Abs. 3); durch diese Regelung sollte die Wahrscheinlichkeit, dass das Kind der unverheirateten Mutter zum Vater in ein Kindesverhältnis treten könnte, verbessert werden.

3. Die Wirkungen des Kindesverhältnisses

a. Im Allgemeinen

Was die rechtliche Anerkennung der Verwandtschaft und deren Rechtswirkungen (namentlich das Erbrecht) anbelangt, so wurde die Unterscheidung zwischen unehelichen und ehelichen Kindern aufgegeben. Unterscheidungen drängten sich lediglich noch beim Erwerb des *Familiennamens* (Art. 270) und des *Bürgerrechts* (Art. 271), bei der Erfüllung der *elterlichen Unterhaltspflicht* (Art. 278) und bei der Ausübung der *elterlichen Sorge* (Art. 297 und Art. 298 ff.; dazu unten, lit. b) auf. Im Übrigen wurden mit der Revision wichtige Aspekte der *elterlichen Unterhaltspflicht* kodifiziert (namentlich deren Andauern über die Mündigkeit hinaus, Art. 277 Abs. 2; sodann die Unterhaltsklage, Art. 279 f. sowie die Bemessung und Abänderung der Unterhaltsbeiträge, Art. 285 f.), während die Stellung des Kindes hinsichtlich seines *Vermögens* verstärkt wurde (namentlich indem der Ertragsüberschuss in sein Vermögen fallen, Art. 319 Abs. 2, und die Verwaltung und Nutzung seines Arbeitserwerbs grundsätzlich ihm selber zustehen sollte, Art. 323 Abs. 1). Schliesslich wurde der *Kindesschutz* verbessert, indem die Palette an Massnahmen erweitert und deren Anwendung konsequent dem Verhältnismässigkeitsprinzip untergeordnet wurde (Weisungen, Beistandschaft, Aufhebung der elterlichen Obhut, Entzug der elterlichen Gewalt; Art. 307 ff.).

b. Die elterliche Gewalt/Sorge im Besonderen

Obwohl bereits als zu absolut empfunden, wurde der Begriff der «*elterlichen Gewalt*» aus Praktikabilitätsgründen beibehalten und erst im Zuge der Scheidungsrechtsrevision vom 26.6.1998 durch jenen der «*elterlichen Sorge*» ersetzt. Was deren Ausgestaltung anbelangt, so setzte die Kindesrechtsrevision das verbreitete Postulat nach einer Aufhebung des Vorrechts des Vaters um, indem der *Stichentscheid des Vaters* bei der Ausübung der elterlichen Sorge abgeschafft wurde; bei Uneinigkeit sollten die Ehegatten auf die Mittel des Eherechts (*Eheschutz*, *Trennung* oder *Scheidung*) zurückgreifen.[123] Auch die Stellung der unverheirateten Mutter wurde verbessert, indem ihr von Gesetzes

123 BBl 1974 II 72.

wegen die elterliche Gewalt über das Kind zukommen sollte (Art. 298 Abs. 1). Somit wurde der Praxis der Vormundschaftsbehörden, uneheliche Kinder nach freiem (und in der Praxis grosszügig ausgeübtem) Ermessen[124] unter Vormundschaft zu stellen, ein Ende gesetzt. Ferner wurde die Regel, wonach bei Entmündigung mündiger Kinder diese unter elterlicher Gewalt blieben, mangels praktischer Relevanz aufgehoben. Die Möglichkeit unverheirateter Eltern, sich die *gemeinsame Sorge* von der Vormundschaftsbehörde übertragen zu lassen, wurde erst im Zuge der Scheidungsrevision vom 26.6.1998 ins Gesetzt eingeführt (Art. 298a). Was den Inhalt der elterlichen Sorge anbelangt, so wurden keine materiellen Änderungen vorgenommen; demgegenüber wurde im Sinne einer Leitidee deutlich hervorgehoben, dass Pflege und Erziehung sowie die zu treffenden Entscheidungen dem *Kindeswohl* zu dienen hätten (Art. 301 Abs. 1). Gestrichen wurden sodann die Erwähnung der «zur Erziehung nötigen *Züchtigungsmittel*» sowie die Pflicht des Kindes zur Ehrerbietung gegenüber den Eltern, während das Parlament – entgegen dem Entwurf[125] – auf der Erwähnung der *Gehorsamspflicht* beharrte (Art. 301 Abs. 2).

V. Fazit

Das Kindesrecht hat im Verlauf der letzten 100 Jahre v.a. auch im Hinblick auf die Stärkung der Rechte des Kindes eine Veränderung erfahren. Mit Inkrafttreten des *Übereinkommens über die Rechte des Kindes* vom 20. November 1989 (UNO-Kinderrechtskonvention)[126] sind die Rechte des Kindes – insbesondere in den von den Eltern geführten Prozessen wie z.B. Scheidungen u.dgl. – generell gestärkt worden. Während das Besuchsrecht früher als Recht des nichtsorgeberechtigten Elternteils auf Kontakt zum Kind betrachtet wurde, gilt das Besuchsrecht heute als Recht des Kindes auf Kontakt zum nicht sorgeberechtigten Elternteil. Gemäss Art. 144 ZGB haben Kinder in der Scheidung ihrer Eltern das Recht auf Anhörung. Nach Art. 146 ZGB hat das Kind ausserdem das Recht bei Vorliegen wichtiger Gründe in der Scheidung der Eltern durch einen Beistand vertreten zu werden.

Abnahme der Eheschliessungen, Zunahme der Ehescheidungen, hohe Wiederverheiratungsquoten, damit verbunden eine wachsende Zahl von *Alleinerziehenden* sowie eine Zunahme *nicht ehelicher Lebensgemeinschaften*, *Stief-* sowie sog. *Fortsetzungsfamilien* – das ZGB in seiner gegenwärtigen Fassung

124 Gemäss bundesgerichtlicher Praxis war der Mutter selbst bei willkürlicher Verweigerung der elterlichen Gewalt die Anrufung des Bundesgerichts verwehrt (BGE 87 I 212).

125 BBl 1974 II 76 f.

126 Vgl. SR 0.107.

wird diesen gesellschaftlichen Realitäten kaum gerecht,[127] obwohl sich die Normen für eheliche und nicht eheliche Elternschaften, wie oben dargelegt, stark angeglichen haben. Gegenwärtig sind Bestrebungen im Gang, die *gemeinsame elterliche Sorge* als Regelfall auch für nicht (mehr) verheiratete Eltern einzuführen.[128] Weiter wird immer deutlicher, dass das Gesetz den *Erziehungs- und Betreuungsaufwand* der Mutter zu wenig berücksichtigt. Dies gilt namentlich für jene Mütter, die nicht (mit dem Vater des Kindes) verheiratet sind, da diesen (im Gegensatz zur verheirateten Mutter, Art. 278) gegenüber dem Vater grundsätzlich keinerlei Anspruch auf persönlichen Unterhalt zusteht. Somit trägt diese den infolge ihrer Mutterschaft erlittenen Erwerbsausfall regelmässig alleine, liegt nicht ausnahmsweise eine Haftung aus erwecktem Vertrauen vor. Um diese Unsicherheiten zu beseitigen, fordern gewisse Autoren daher die Einführung eines an die Mutter zu leistenden *Betreuungsunterhaltes*, dessen Dauer je nach Vorliegen vertrauenserweckender Umstände variieren soll.[129] Ebenso wird die Schaffung von einheitlichen gesetzlichen *Richtlinien für die Bemessung von Kinderunterhaltsbeiträgen* postuliert, während das geltende Gesetz keine Bemessungsmethode vorsieht (vgl. Art. 285). Ebenso erscheint eine Vereinheitlichung in der Festsetzung der Grenzwerte bei der *Verwandtenunterstützung* (Art. 328 f.) als sinnvoll, wird doch der Begriff der dafür vorausgesetzten «günstigen Verhältnisse» in den Kantonen äusserst unterschiedlich ausgelegt. Im Zuge der Revision zum Eheschliessungs- und Scheidungsrecht vom 26.6.1998 fiel insbesondere die Verwandtenunterstützungspflicht für Geschwister weg.[130] In Anbetracht des Umstands, dass v.a. grössere Städte mit einer wachsenden Zahl von Unterstützungsfällen konfrontiert sind, drängt sich die Frage auf, ob der Kreis der Pflichtigen nach Art. 328 Abs. 1 ZGB zwecks Entlastung des Steuerzahlers künftig wieder erweitert werden soll. Ein derartiges Anliegen – die Ausdehnung der Unterstützungspflicht auf Geschwister und weitere Verwandte – würde unter Berücksichtigung der Tatsache, dass u.a. der familiäre Zusammenhalt immer mehr gelockert wurde, kaum breite Zustimmung finden. Eine Motion Meier-Schatz[131] verlangt entsprechende Überprüfungen und zielt namentlich auf eine Erhöhung der Limiten ab. Im *Adoptionsrecht* verfolgt eine Motion Hubmann[132] die Ausarbeitung von Richtlinien, welche die Qualitätssicherung der Vermittlungsstellen erhöhen und die Adoptionsverfahren ver-

---

127 Alexandra Rumo-Jungo, «Kindesunterhalt und neue Familienstrukturen», Sonderdruck aus: Rumo-Jungo/Pichonnaz (Hrsg.) Kind und Scheidung, Zürich 2006, S. 2 ff.

128 Siehe Postulat von Nationalrat Wehrli vom 7. Mai 2004 (Nr. 04.3250).

129 Rumo-Jungo (Fn. 127), S. 35.

130 Peter Tuor, Bernhard Schnyder, Jörg Schmid und Alexandra Rumo-Jungo, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 12. A., Zürich 2006, S. 463.

131 Motion vom 13.12.2006 (Nr. 06.3690).

132 Motion vom 17.3.2005 (Nr. 05.3137).

einheitlichen sollen; sodann wurde der Bundesrat mittels einer Motion Zapfl[133] eingeladen, einen Anspruch der leiblichen Eltern auf Kenntnis der Personalien ihrer adoptierten Kinder zu überprüfen, wenn deren Erziehung und Ausbildung abgeschlossen ist und deren Einverständnis vorliegt. Weiter wird sich das Bedürfnis abzeichnen, die Adoption und den Zugang zur Fortpflanzungsmedizin – wie in zahlreichen ausländischen Rechtsordnungen[134] bereits verwirklicht – auch eingetragenen Partnern zu ermöglichen, nachdem dies im Gesetzgebungsverfahren zum Partnerschaftsgesetz ausdrücklich abgelehnt wurde.[135]

133 Motion vom 15.6.2006 (Nr. 06.3268).

134 Nicole Smid, in: Andrea Büchler (Hrsg.), Kommentar Eingetragene Partnerschaft, Allgemeine Einleitung V, Rechtsvergleichung, N. 1 ff.

135 Botschaft vom 29.11.2002 (BBl 2003, 1319 ff.); Art. 28 PartG.