

Botschaft**über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches
(Personenstand, Eheschliessung, Scheidung, Kindesrecht,
Verwandtenunterstützungspflicht, Heimstätten, Vormundschaft
und Ehevermittlung)**

vom 15. November 1995

Sehr geehrte Herren Präsidenten,
sehr geehrte Damen und Herren,

wir unterbreiten Ihnen mit dieser Botschaft den Entwurf zu einem Bundesgesetz betreffend Revision des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Personenstand, Eheschliessung, Scheidung, Kindesrecht, Verwandtenunterstützungspflicht, Heimstätten, Vormundschaft und Ehevermittlung) mit dem Antrag auf Zustimmung.

Wir beantragen Ihnen ferner, folgende parlamentarische Vorstösse abzuschreiben:

1955	P	6671	Erhöhung der Rentenansprüche (N 9. 6. 55, Bodenmann)
1964	P	8721	Revision der Bedürftigkeitsrente bei Scheidung (N 3. 3. 64, [Bösch] Huber)
1966	P	9273	Eintreibung von Alimentenzahlungen (N 24. 3. 66, Jaccottet)
1972	P	11051	Scheidungsrecht (N 14. 3. 72, Waldner)
1972	P	11115	Eheverbote (N 29. 11. 72, Alder)
1973	P	11305	Ehescheidung (N 21. 3. 73, Ueltschi)
1973	P	11619	Heiratsvermittlung (N 25. 6. 73, Meyer Helen)
1976	P	76.350	Ehescheidungsrecht (N 22. 9. 76, Graf)
1978	P	76.515	Heiratsvermittlung (N 16. 1. 78, Meyer Helen)
1981	P	81.497	OR. Ehevermittlung (N 18. 12. 81, Lüchinger)
1983	P	83.346	Zivilgesetzbuch. Revision von Artikel 297 (N 24. 6. 83, Mascarin)
1985	P	85.470	Ehescheidungsrecht (N 4. 10. 85, Fetz)
1985	P	85.507	Frauenalimente. Bevorschussung (N 4. 10. 85, Gurtner)
1987	P	87.525	Gemeinsame Ausübung elterlicher Gewalt nicht verheirateter Eltern (N 9. 10. 87, Braunschweig)
1988	P	88.402	BVG. Vorsorgeverlust bei Scheidung (N 23. 6. 88, Nabholz)
1992	M	92.3067	Aufteilung der elterlichen Gewalt bei geschiedenen Eltern (N 19. 6. 92, Zisyadis, S. 10. 12. 92)

Wir versichern Sie, sehr geehrte Herren Präsidenten, sehr geehrte Damen und Herren, unserer vorzüglichen Hochachtung.

15. November 1995

Im Namen des Schweizerischen Bundesrates
Der Bundespräsident: Villiger
Der Bundeskanzler: Couchepin

Übersicht

Schwerpunkt der vorliegenden Revision ist das Scheidungsrecht. Die geltenden Gesetzesbestimmungen, auch wenn sie der Rechtsfortbildung durch die Gerichte weiten Raum gelassen haben, entsprechen den heutigen gesellschaftlichen Verhältnissen und Anschauungen nicht mehr. Leitlinien des Entwurfs sind die Einführung einer verschuldensunabhängigen Scheidung, die Förderung der Verständigung der Ehegatten über ihre Scheidung im Interesse aller Beteiligten, die bestmögliche Wahrung der Kindesinteressen sowie eine ausgewogene Regelung der wirtschaftlichen Folgen der Scheidung. Insbesondere soll die Scheidung auf gemeinsames Begehren sowie die Scheidung auf Klage nach Ablauf einer bestimmten Trennungszeit gesetzlich verankert werden. Das nacheheliche Unterhaltsrecht ist grundsätzlich verschuldensunabhängig auszugestalten, und die Durchsetzung der Unterhaltspflicht ist zu erleichtern. Mit der hälftigen Teilung der während der Ehe bei den Einrichtungen der beruflichen Vorsorge erworbenen Austrittsleistungen soll die wirtschaftliche Stellung geschiedener Frauen wesentlich verbessert werden. Daneben sieht der Entwurf als wichtige Neuerung die Möglichkeit der Zuteilung der ehelichen Wohnung und der gemeinsamen elterlichen Sorge für geschiedene Eltern vor. Schliesslich sollen ein Anhörungsrecht des Kindes und die Möglichkeit, ihm in schwierigen Situationen eine Vertreterin oder einen Vertreter zu bestellen, ins Gesetz aufgenommen werden.

Die Neuordnung des Scheidungsrechts führt auch zu Anpassungen im Kindesrecht, das 1976 revidiert worden ist. Im deutschen Gesetzestext wird der veraltete Begriff *elterliche "Gewalt"* durch *elterliche "Sorge"* ersetzt. Materiell soll das Besuchsrecht grundsätzlich als gegenseitiges Recht von Eltern und Kindern konzipiert werden. Zugunsten eines Elternteils ohne elterliche Sorge werden zudem neue Informations- und Anhörungsrechte postuliert und die Möglichkeit der gemeinsamen elterlichen Sorge für unverheiratete Eltern vorgesehen. Schliesslich sollen im Kindesschutzverfahren entsprechend dem Scheidungsverfahren die Kinder grundsätzlich angehört werden.

Neben der Totalrevision des Scheidungsrechts verfolgt die Vorlage weitere Revisionsziele: Einmal sollen die Vorschriften über die Beurkundung des Personenstandes neu gefasst und im Interesse der Zuverlässigkeit der Personenstandsregister die Professionalisierung im Zivilstandswesen gefördert werden. Daneben soll das Eheschliessungsrecht vereinfacht und gestrafft werden. Insbesondere werden bei der Eheschliessung das Verkündverfahren und das öffentliche Einspruchsverfahren aufgehoben. Dagegen sieht der Entwurf weiterhin das Verlöbnis und die Ungültigerklärung einer Ehe als Rechtsinstitute vor. Wegen der praktischen Bedeutung soll im Obligationenrecht ein besonderes Kapitel über den Auftrag zur Ehe- oder zur Partnerschaftsvermittlung geschaffen werden, mit dem Ziel, den Rechtsschutz der Kundinnen und Kunden von Vermittlungsinstituten zu verbessern.

Die Revision bietet ferner Gelegenheit, einige kleinere Bereinigungen im Zivilgesetzbuch vorzunehmen. So sollen die Verwandtenunterstützungspflicht zwischen Geschwistern und die Bestimmungen über die Heimstätten aufgehoben werden; im Vormundschaftsrecht wird die Pflicht zur Übernahme eines vormundschaftlichen Amtes auf Frauen ausgedehnt.

Botschaft

1 Allgemeiner Teil

11 Ausgangslage

1968 beschloss der Bundesrat, das Familienrecht in Etappen zu revidieren. Am 1. April 1973 trat das neue Adoptionsrecht in Kraft. Am 1. Januar 1978 folgte die Neuordnung des übrigen Kindesrechts. Anschliessend wurden auf den 1. Januar 1981 im Vormundschaftsrecht die Bestimmungen über die fürsorgerische Freiheitsentziehung mit der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK)¹ in Einklang gebracht. Schliesslich trat am 1. Januar 1988 das neue Eherecht (Wirkungen der Ehe im allgemeinen und Ehegüterrecht) in Kraft, das in der Volksabstimmung vom 22. September 1985 angenommen worden war. Als nächste Etappe steht nun die Reform des Scheidungsrechts an. Abschluss der Familienrechtsrevision soll eine umfassende Änderung des Vormundschaftsrechts bilden. Entsprechende Vorarbeiten sind bereits aufgenommen.

Die Revision des Familienrechts hat bis jetzt bedeutend mehr Zeit beansprucht, als ursprünglich erwartet. Es erstaunt deshalb nicht, dass inzwischen neben dem Scheidungs- und Vormundschaftsrecht auch andere Teile des Familienrechts revisionsbedürftig geworden sind. Eine Aufspaltung in zusätzliche Revisionsetappen ist aber nicht sinnvoll. Vielmehr sollen mit der Totalrevision des Scheidungsrechts, die zwingend Auswirkungen auf das Kindesrecht hat, auch die nötigen Bereinigungen im Eheschliessungsrecht durchgeführt werden. Grundlegender Änderungen bedarf dort das Eheschliessungsverfahren (Art. 105 ff. Zivilgesetzbuch, ZGB²). Dessen zweckmässige Reform setzt aber voraus, dass im Personenrecht die Bestimmungen über die Beurkundung des Personenstandes ebenfalls revidiert werden. Schliesslich soll die Gelegenheit benützt werden, um im Familienrecht weitere kleinere Änderungen vorzunehmen. Dabei geht es um die Aufhebung der Verwandtenunterstützungspflicht zwischen Geschwistern und der Bestimmungen über die Heimstätten. Zudem soll eine Ungleichbehandlung von Mann und Frau im Vormundschaftsrecht beseitigt werden.

Im Rahmen des allgemeinen Teils dieser Botschaft wird in der Reihenfolge des Entwurfs lediglich auf die drei grossen Revisionsblöcke "Beurkundung des Personenstandes", "Eheschliessung" und "Scheidung" eingegangen. Allgemeine Erläuterungen zu den übrigen Revisionsvorschlägen finden sich im besonderen Teil.

12 Beurkundung des Personenstandes

121 Entstehung und Grundzüge des geltenden Personenstandsrechts

Nach der Bundesverfassung vom 29. Mai 1874 (BV)³ sind für die Feststellung und Beurkundung des Zivilstandes ausschliesslich die bürgerlichen Behörden zuständig; der Bundesgesetzgeber hat die näheren Bestimmungen zu treffen (Art. 53 in unveränderter Fassung).

- 1 SR 0.101
- 2 SR 210
- 3 SR 101

Bereits am 24. Dezember 1874 erging das Gesetz betreffend die Feststellung und Beurkundung des Zivilstandes und die Ehe. Das ZGB vom 10. Dezember 1907 übernahm die Regelung im wesentlichen ohne Änderungen (Abschnitt über die Beurkundung des Personenstandes, Art. 39 ff.). 1910 präzisierte eine erste Verordnung über die Zivilstandsregister die gesetzlichen Bestimmungen. Sie wurde 1928 durch die Verordnung über den Zivilstandsdienst und 1953 durch die heute geltende Zivilstandsverordnung (ZStV)⁴ abgelöst. Diese war 1973 an das neue Adoptionsrecht, 1978 an das neue Kindesrecht, 1988 an das neue Eherecht, 1989 an das Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG)⁵ und 1992 an das revidierte Bundesgesetz über Erwerb und Verlust des Schweizer Bürgerrechts (BüG)⁶ anzupassen. Seit 1989 enthält die Zivilstandsverordnung einen Abschnitt über die elektronische Datenverarbeitung. Die Zivilstandsformulare sind in einer besonderen Verordnung vom 29. April 1987⁷ geregelt, welche die früher getrennten Erlasse⁸ zusammenfasst.

Eine abschliessende materielle Regelungskompetenz des Bundes charakterisiert das geltende Recht. Der Vollzug obliegt den Kantonen. Die kantonalen Ausführungsvorschriften, ausgenommen jene über die Ernennung und die Besoldung der Zivilstandsbeamtinnen und Zivilstandsbeamten, bedürfen der Genehmigung des Bundes (Art. 40 Abs. 2 ZGB). Der Bundesrat übt die Oberaufsicht über das Zivilstandswesen aus (Art. 17 Abs. 3 ZStV). Dem Eidgenössischen Amt für das Zivilstandswesen kommt eine umfassende Weisungskompetenz zu (Art. 10 Abs. 2 Bst. b der Delegationsverordnung⁹).

Die Schweiz umfasst rund 2000 Zivilstandsämter, denen je ein Zivilstandskreis zugeordnet ist. Eine Zivilstandsbeamtin oder ein Zivilstandsbeamter, die in der Regel nebenamtlich tätig sind, nehmen die Aufgaben der einzelnen Ämter wahr. Neben der Beurkundung des Personenstandes obliegt ihnen das Eheverkündungsverfahren und der Vollzug der Trauung (Art. 105 ff. ZGB). Sie führen die Geburts-, Ehe- und Todesregister sowie die Register der Kindesanerkennungen¹⁰ (Art. 27 Abs. 1 Ziff. 1 ZStV). Ein umfassendes amtliches Mitteilungssystem (Art. 120 ff. ZStV) ermöglicht es, die Personenstandsangaben für Schweizer und Schweizerinnen sowie für ihre ausländischen Familienangehörigen (Ehepartner und Ehepartnerinnen sowie vereinzelt auch Kinder) im Zivilstandskreis des Heimatortes zu sammeln (Familienregister, Art. 27 Abs. 1 Ziff. 2 und Art. 113 ff. ZStV). Ausländische Entscheidungen oder Urkunden über den Zivilstand werden aufgrund einer Verfügung der kantonalen Aufsichtsbehörde im Zivilstandswesen in die Zivilstandsregister eingetragen (Art. 32 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 25-27 IPRG). Die Register erbringen für die beurkundeten Tatsachen vollen Beweis, solange nicht die Unrichtigkeit ihres Inhaltes nachgewiesen ist (Art. 9 Abs. 1 ZGB). Deshalb gelten für die Registerführung hohe Anforderungen (Prüfungsrecht und Prüfungspflicht der Zivilstandsbeamtin und des Zivilstandsbeamten nach Art. 13 ZStV; regelmässige Aufsicht nach Art. 43 Abs. 1 ZGB; strenges Berichtigungsverfahren nach Art. 45 ZGB).

4 SR 211.112.1

5 SR 291

6 SR 141.0

7 SR 211.112.6

8 Bundesratsbeschlüsse vom 17. Juli 1953, 20. März 1973 und 12. Januar 1977 über die Zivilstandsformulare; Verordnung vom 12. Juli 1951 über die Papierqualität der Zivilstandsformulare.

9 SR 172.011

10 Anerkennungsregister

Die in ihren Grundzügen seit 1876¹¹ bestehende Regelung der Beurkundung des Personenstandes hat sich bisher im allgemeinen bewährt. Sie weist aber bedeutende Schwachstellen auf, deren Tragweite in den letzten Jahren stark zugenommen hat¹². Die Zuverlässigkeit der Registerführung ist daher zunehmend gefährdet. Im folgenden sind die wichtigsten Mängel zu erwähnen:

- Die grosse Mehrheit der schweizerischen Zivilstandsbeamtinnen und Zivilstandsbeamten erfüllt ihre Aufgaben nebenamtlich. Der Beschäftigungsgrad dürfte sehr oft deutlich unter fünfzig Prozent liegen. Die Anforderungen sind jedoch in den letzten Jahren stark gestiegen. In relativ kurzen Zeitabständen traten Revisionen wichtiger Bereiche des Familienrechts (Adoptions-, Kindes- und Eherecht) mit erheblichen Auswirkungen auf das Zivilstandswesen in Kraft. Auch das Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht und die Revision des Bürgerrechtsgesetzes sind in diesem Zusammenhang zu erwähnen. Somit bestehen in den Registern altrechtliche und neurechtliche Verhältnisse nebeneinander, was die Übersicht erschwert. Zudem werden aufgrund der erhöhten Mobilität der Bevölkerung die Fälle mit internationalen Sachverhalten, in denen zwingend ausländisches Recht zu berücksichtigen ist, immer häufiger. Die Praxis zeigt, dass die steigenden Anforderungen teilweise schon heute von nebenamtlich tätigen Zivilstandsbeamtinnen und Zivilstandsbeamten mit geringem Beschäftigungsgrad nicht mehr angemessen erfüllt werden können.
 - Der Ausbildungsstand der im Zivilstandswesen tätigen Personen ist von Kanton zu Kanton und oft auch innerhalb eines Kantons sehr verschieden. Das heutige "Miliz-System" erschwert die Aus- und Weiterbildung sehr, weil oftmals in der Praxis nicht genügend Gelegenheit besteht, das Gelernte auf komplexe Fälle anzuwenden und in der Anwendung eine ausreichende Sicherheit zu erlangen.
 - Die Bevölkerung kann oft nicht verstehen, dass für die gleichen zivilstandsamtlichen Leistungen unterschiedliche Gebühren erhoben werden dürfen, je nachdem welcher Kanton betroffen ist. Der Spielraum bei der Festsetzung der Gebühren ist für die Kantone schon heute eingeschränkt. Für verschiedene Verrichtungen schreibt der Bund Kostenlosigkeit vor (Art. 178 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 179 ZStV). Die kantonalen Gebührentarife sind dem Bund zur Genehmigung vorzulegen (Art. 40 Abs. 2 ZGB; Art. 178 Abs. 2 ZStV), wobei allerdings bei der Überprüfung der bei der Festsetzung der Gebühren zwingend einzuhaltenden Grundsätze (Kostendeckung, Verhältnismässigkeit, rechtsgleiche Behandlung) eine störende Grauzone bleibt.
- 11 Am 1. Januar dieses Jahres war das Gesetz vom 24. Dezember 1874 betreffend die Feststellung und Beurkundung des Zivilstandes und die Ehe in Kraft getreten.
- 12 M. Jäger, Entspricht die Struktur des schweizerischen Zivilstandswesens heutigen Anforderungen?, ZZW 1991, S. 33 ff.; M. Jäger/ M. Gervasoni/ M. Perret/ E. Isler, Werden unsere Strukturen des Zivilstandsdienstes den modernen Anforderungen noch gerecht?, ZZW 1991, S. 411 ff. sowie ZZW 1992, S. 12 ff. und 40 ff.; E. Götz, Ist unsere Organisation des Zivilstandsdienstes noch zeitgemäss?, ZZW 1972, S. 288 ff. Mithinberücksichtigt sind im Revisionsentwurf auch kritische Bemerkungen von H.-R. Schüpbach, *Traité de droit privé suisse, Volume II: Droit des personnes, Tome II/ 2: Saisie de l'état civil des personnes physiques*, Basel/ Frankfurt a.M. 1994, S. 192 ff. (bessere Verankerung der Beurkundung des Personenstands auf Gesetzesebene; Überprüfung der schwerfälligen heimatorientierten Registerführung; Überprüfung der Identifikationskriterien; Regelung der elektronischen Datenverarbeitung mit ihrem grossen Entwicklungs- und Veränderungspotential).

- Beim Nachweis von Zivilstandstatsachen für Eintragungen von Zivilstandsfällen in schweizerische Register¹³ oder für Eheschliessungen in der Schweiz bestehen vor allem bei Asylbewerbern und Asylbewerberinnen sowie anerkannten Flüchtlingen erhebliche Probleme. Diese Ausländer verfügen in der Regel über keine oder nur ungenügende heimatliche Ausweise. In vielen Fällen erweist es sich nach ernsthaften Bemühungen als unmöglich oder unzumutbar, die nötigen Dokumente im Heimatstaat beschaffen zu lassen, zumal es sich beim Heimatstaat um den Verfolgerstaat handelt¹⁴. Die am ehesten ersatzweise als rechtsgenügende Nachweise in Frage kommenden eidesstattlichen Erklärungen sind in den Kantonen sehr unterschiedlich oder überhaupt nicht geregelt.

123 Hauptziele der Revision des Personenstandsrechts

Ziel des vorliegenden Revisionsentwurfs ist es, die aufgezeigten Mängel durch eine Weiterentwicklung der geltenden Grundsätze zu beheben. Auch in Zukunft sollen im ZGB nur die Grundsätze festgehalten werden. Einzelheiten sind wie bisher durch den Bundesrat zu regeln (Verordnungsrecht).

Der Bundesrat wird neu ermächtigt, zur Sicherstellung eines fachlich zuverlässigen Vollzugs Grundsätze über die Wählbarkeit oder die Ernennung (vor allem die an die Ausbildung zu stellenden Mindestanforderungen) und über die Grösse der Zivilstandskreise festzulegen (Art. 49 Abs. 1¹⁵, Ziff. 213.12). Nur wenn gewährleistet ist, dass die einzelnen Zivilstandsbeamtinnen und Zivilstandsbeamten über eine Grundausbildung und ausreichende Erfahrungen in der Bearbeitung anspruchsvoller Zivilstandsfälle verfügen, lässt sich der heute allgemein noch recht gute Zustand des schweizerischen Zivilstandswesens mittel- und langfristig beibehalten. Die Zivilstandskreise sollen eine gewisse Grösse aufweisen und so festgelegt werden, dass sie in der Regel den Einsatz mindestens eines Zivilstandsbeamten oder einer Zivilstandsbeamtin, die sich überwiegend¹⁶ dem Zivilstandswesen widmen, sowie die Verwendung moderner Arbeitsmittel (z.B. elektronische Datenverarbeitung) rechtfertigen. Mit einer grosszügigen Übergangsregelung sollen Härtefälle wenn immer möglich vermieden werden (Ziff. 251). Die Änderungen bieten eine Grundlage für die Aufwertung der Stellung der Zivilstandsbeamtinnen und der Zivilstandsbeamten innerhalb der Verwaltung.

Um die Einheitlichkeit der Rechtsanwendung nicht zu gefährden, ist es unerlässlich, nach einer umfassenden Grundausbildung (Wahl- oder Ernennungsvoraussetzung) den Ausbildungsstand aufrechtzuerhalten und laufend an veränderte Verhältnisse anzupassen. Die stark gestiegenen Anforderungen im Zivilstandswesen erfordern eine systematische Aus- und Weiterbildung in allen Kantonen. Artikel 6a des Schlusstitels (Ziff. 212.4 und 251) soll es dem Bund ermöglichen, sich während der Zeit der Einführung der neuen Ordnung an den Kosten zu beteiligen. Dies soll jedoch von bestimmten Voraussetzungen abhängig sein, um einen möglichst wirkungsvollen Einsatz der Mittel zu erreichen und den Verwaltungsaufwand in vertretbaren Grenzen zu halten. Der Entwurf unterstreicht im übrigen die Bedeutung der Aus- und Weiterbildung, indem er diese ausdrücklich als Aufgabe der kantonalen

- 13 Zum Beispiel ist bei der Beurkundung der Geburt eines Kindes der Zivilstand der Eltern mit Urkunden zu belegen.
- 14 Deshalb ist ohnehin nur an diskrete Beschaffungsversuche durch Verwandte oder Bekannte zu denken.
- 15 Artikel ohne Gesetzesangabe beziehen sich auf den Entwurf für eine Revision des ZGB.
- 16 Damit ist ein Beschäftigungsgrad von im allgemeinen mindestens etwa 75% gemeint.

Aufsichtsbehörden im Zivilstandswesen erwähnt (Art. 45 Abs. 2 Ziff. 5, Ziff. 212.12). Zur Zeit ist diese Verantwortung der Kantone nur auf Verordnungsebene festgehalten (Art. 11 Abs. 2 ZStV).

Die Verrichtungen der Zivilstandsbehörden sind im wesentlichen bundesrechtlich bis in die Einzelheiten vorgeschrieben. In der Regel gibt es in der Art der Ausführung keinen Beurteilungs- oder Ermessensspielraum. Der Bundesrat soll deshalb inskünftig sämtliche im Zivilstandswesen zu erhebenden Gebühren abschliessend festsetzen können (Art. 49 Abs. 2, Ziff. 213.12). Der Bund nimmt damit die geltende Kompetenzdelegation (Art. 53 Abs. 1 BV in Verbindung mit Art. 40 Abs. 1 ZGB und Art. 2 Abs. 1 ZStV) zurück. Er wird jedoch die Kantone vor Erlass des bundesrechtlichen Gebührentarifs und später vor bedeutenden Änderungen anhören.

Aus den vorne dargelegten Gründen sollen Zivilstandsbeamtinnen und Zivilstandsbeamte in ihrer Eigenschaft als Urkundspersonen inskünftig in Sonderfällen Erklärungen als Nachweis nicht streitiger Angaben entgegennehmen können, nachdem die kantonale Aufsichtsbehörde dazu die Bewilligung erteilt hat (Art. 41, Ziff. 211.3).

Weiter sollen durch die Revision des Personenstandsrechts folgende wichtige Ziele erreicht werden:

- Der Entwurf verpflichtet den Bundesrat neu ausdrücklich, auf dem Gebiet der Beurkundung des Personenstandes für den *Schutz der Persönlichkeit und der Grundrechte* der Personen zu sorgen, über die Daten bearbeitet werden (Art. 40 Abs. 3, Ziff. 211.22).
- Er enthält eine *zeitgemässe Haftungsregelung* (Kausalhaftpflicht der Kantone für Schaden, den im Zivilstandswesen tätige Personen in Ausübung ihrer amtlichen Tätigkeit Dritten widerrechtlich zufügen, Art. 46, Ziff. 212.2).
- Die *Behördenstruktur* geht aus dem Entwurf klarer als bisher hervor (Art. 44 und 45, Ziff. 212.1).
- Die *Regelung der Meldepflichten* (Art. 46 und 48 ZGB) wird aufgrund einer Rechtssetzungsdelegation (Art. 40 Abs. 1, Ziff. 211.21) auf die Verordnungsebene verwiesen.
- *Vorschriften über die in die Register einzutragenden Angaben und über die Registerführung* (Art. 47, 50 und 51 ZGB) sind ebenfalls in die Ausführungsbestimmungen aufzunehmen (Art. 48 Abs. 2 Ziff. 1 und 2, Ziff. 213.11).
- Die *Eintragung des Todes einer verschwundenen Person* auf Weisung der Aufsichtsbehörde (Art. 49 ZGB) ist zu streichen (vgl. zur Begründung Ziff. 211.41 am Schluss der Erläuterungen zu Art. 42).

Die Regelung der Beschwerde gegen die Amtsführung der Zivilstandsbeamtinnen und der Zivilstandsbeamten (Art. 43 Abs. 2 ZGB) kann gestrichen werden. Der *Rechtsschutz* auf dem Gebiet der Beurkundung des Personenstandes ist letztinstanzlich allgemein durch die Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht gewährleistet (Art. 97 ff. des Bun-

desgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege, OG¹⁷). Die unteren Beschwerdeinstanzen und das Verfahren vor diesen Behörden richten sich nach kantonalem Recht. Letzte kantonale Instanz muss eine richterliche Behörde sein (Art. 98a OG). Schon nach geltendem Recht (Art. 19-21 ZStV) dürfte die Verwaltungsbeschwerde an das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement und den Bundesrat (Art. 44 ff. und Art. 72 ff. des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren, VwVG¹⁸) nur noch bei Aufsichtsbeschwerden (Anzeigen) in Frage kommen.

124 Ausrarbeitung des Revisionsentwurfs zum Personenstandsrecht

124.1 Vorentwurf

Die Bearbeitung des Abschnittes über die Beurkundung des Personenstandes setzt Spezialkenntnisse im Zivilstandswesen voraus. Federführend war deshalb das Eidgenössische Amt für das Zivilstandswesen, das die Revisionsvorschläge in enger Zusammenarbeit mit der Eidgenössischen Kommission für Zivilstandsfragen erarbeitete. Dieser ständigen Kommission gehörten damals folgende im Bereich des Zivilstandswesens tätige Personen an: Fürsprecher Martin Jäger, Chef des Eidgenössischen Amtes für das Zivilstandswesen, als Präsident; Arnaldo Alberti (Locarno); Fürsprecher Willi Heussler (Aarau); Michel Perret (Lausanne); Toni Siegenthaler (Bern); Michel Tercier (Freiburg); Annemarie Trevisan (Solothurn).

124.2 Vernehmlassungsverfahren

Am 29. April 1992 ermächtigte der Bundesrat das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement, das Vernehmlassungsverfahren zum Vorentwurf (VE) betreffend das Personenstandsrecht zusammen mit dem Vorentwurf zum Eheschliessungs- und Scheidungsrecht zu eröffnen. Die Vernehmlassungsfrist dauerte bis zum 31. Oktober 1992. Verschiedene Stellungnahmen gingen aber erst später ein. Insgesamt 140 Vernehmlassungen (wovon 53 von nicht offiziellen Vernehmlassungsteilnehmerinnen und -teilnehmern) wurden abgegeben. Mit einer Ausnahme antworteten alle Kantone.

Den Hauptzielen der Revision des Personenstandsrechts stimmte eine klare Mehrheit zu. Eine gewichtige Minderheit der Kantone widersetzte sich jedoch den neuen Kompetenzen des Bundesrates zum Erlass von Grundsätzen für die Festlegung der Zivilstandskreise (Art. 48 Abs. 2 Ziff. 6 VE). Auch die Ermächtigung zur Regelung der bei der Wahl der Zivilstandsbeamtinnen und Zivilstandsbeamten zu stellenden Mindestanforderungen (Art. 48 Abs. 2 Ziff. 5 VE) lehnten einige Kantone klar ab. Rund die Hälfte aller Kantone sprach sich für

17 SR 173.110

18 SR 172.021

★
eine zwingende Beteiligung des Bundes an den Aus- und Weiterbildungskosten aus (Art. 44 VE). Vereinzelt wurde verlangt, es sei ein besonderes Personenstandsgesetz zu erlassen¹⁹. Die Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens gaben vor allem Anlass, die neuen Rechtsetzungsdelegationen an den Bundesrat klarer abzugrenzen. In systematischer Hinsicht war es möglich, die Vorlage noch übersichtlicher und verständlicher zu gestalten.

125 Europäischer Rechtsvergleich²⁰ und internationale Bestrebungen

Deutschland und Österreich kennen mit der Schweiz am ehesten vergleichbare Regelungen der Beurkundung des Personenstandes. Österreich revidierte die einschlägigen Vorschriften 1983 in einem Spezialgesetz, behielt jedoch die wesentlichen Grundsätze bei²¹. In diesem Staat gibt es wie in Deutschland und in der Schweiz eine familienbezogene Verknüpfung von Personenstandsdaten ("Hinweise" in österreichischen Geburts-, Ehe- und Sterbebüchern; deutsches Familienbuch; schweizerisches Familienregister). In Frankreich sowie in Staaten, die vom "Code Napoléon" beeinflusst wurden (so z.B. auch in Italien), werden die Daten auf Einzelpersonen bezogen im Geburtsregister gesammelt (geringe familiäre Verknüpfung). In Grossbritannien ist keinerlei zusammenfassende Sammlung von Zivilstandsdaten in einem Register vorgesehen. Zivilstandsereignisse werden ohne jegliche Verknüpfung einmalig registriert. Wohl einzigartig dürfte die seit 1991 in Schweden geltende Regelung²² sein, die auf Zivilstandsregister gänzlich verzichtet. Die entsprechenden Informationen sind in einer umfassenden Sammlung von Personendaten enthalten, die verschiedenste Bedürfnisse abdeckt (z.B. der Einwohnerkontrollbehörden oder der Steuerverwaltung) und Behörden wie Privatpersonen praktisch ohne Einschränkungen zugänglich ist.

Die europäische Integration erfordert eine angemessene Zusammenarbeit der Staaten auch auf dem Gebiet des Zivilstandswesens. Diese Aufgabe nimmt vor allem die Internationale

- 19 Vgl. S. Sandoz, Soll das Zivilstandswesen aus dem Zivilgesetzbuch herausgelöst werden?, ZZW 1993, S. 173 ff. Die Kommission für Zivilstandsfragen (vgl. Ziff. 124.1) hatte diese Frage bei der Ausarbeitung des Vorentwurfs erörtert und verneint. Auch die beiden andern öffentlichen Register des Privatrechts, das Grundbuch und das Handelsregister, sind in den Grundzügen im ZGB geregelt. Eine Ausgliederung des Zivilstandswesens ist deshalb schon aus systematischen Gründen abzulehnen. Zudem wäre es für die Bürgerinnen und Bürger kaum verständlich, wenn die Vorschriften über die Beurkundung des Personenstandes aus einer der populärsten Kodifikationen in ein Personenstandsgesetz überführt würden. Im übrigen durchdringen zunehmend öffentlich-rechtliche Bestimmungen das Privatrecht, so dass die traditionelle Abgrenzung zwischen öffentlichem und privatem Recht immer mehr verwischt wird.
- 20 Vgl. Guide pratique international de l'état civil, Commission internationale de l'état civil, Berger/Levrault, Paris 1985 (Loseblattform), in der Fassung vom 1. Januar 1994 A. Bergmann/ M. Ferid, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, 6. Auflage, 1983 ff. (Loseblattform), Stand 121. Lieferung, abgeschlossen am 30. Juni 1995; R. Brandhuber/ W. Zeyringer, Standesamt und Ausländer, Frankfurt a.M. (Loseblattform), Stand 15. Lieferung (9/ 1994).
- 21 J. Hintermüller, Welche Veränderungen bringt das neue Personenstandsgesetz für die Standesämter?, in: Österreichisches Standesamt 1983, S. 82 ff.; W. Zeyringer, Die Organisation des Personenstandswesens in Österreich, in: Das (deutsche) Standesamt (StAZ) 1984, S. 233 ff.
- 22 Gesetz vom 20. Dezember 1990 über das Einwohnerregister. Vgl. Separatdruck der Internationalen Zivilstandskommission (CIEC), Journée Internationale de l'Etat Civil, Berlin, 9. September 1992, S. 54 ff.

Zivilstandskommission (Commission Internationale de l'Etat Civil, CIEC) wahr, zu deren Gründungsmitgliedern die Schweiz (als "Depositarstaat") gehört²³. Die Kommission unterhält eine umfassende Dokumentation über die in den Mitgliedstaaten im Zivilstands-, Familien- und Staatsangehörigkeitsrecht geltenden Vorschriften unter besonderer Berücksichtigung der auf internationale Fälle anwendbaren Regeln²⁴. Sie hat bisher über 20 Konventionen und verschiedene Empfehlungen verabschiedet²⁵, die der Harmonisierung der nationalen Rechtsvorschriften dienen und für die Angehörigen der Mitgliedstaaten bei grenzüberschreitenden Sachverhalten Erleichterungen bringen. Die Zusammenarbeit mit dem Europarat, mit der Europäischen Union, mit der Haager Konferenz für Internationales Privatrecht und mit dem Hochkommissariat der Vereinten Nationen für Flüchtlinge wurde in formellen Vereinbarungen geregelt. Die Schweiz wirkt in der Internationalen Zivilstandskommission aktiv mit, hat zahlreiche Konventionen ratifiziert und berücksichtigt die Empfehlungen beim Erlass von internem Recht.

13 Die Eheschliessung

131 Entstehung und Grundzüge des geltenden Eheschliessungsrechts

Die geltende Ordnung hat ihren Ursprung im Bundesgesetz betreffend die Feststellung und Beurkundung des Zivilstandes und die Ehe vom 24. Dezember 1874. Seit Inkrafttreten dieses Gesetzes ist das Eheschliessungsrecht in seinen Grundzügen unverändert geblieben. Die Regelung wurde praktisch ohne Neuerungen in das ZGB vom 10. Dezember 1907 übernommen. Nur die Vorschriften über die Ungültigerklärung einer formell richtig geschlossenen Ehe wurden verdeutlicht und ein abweichendes Eheschließungsalters vorgesehen²⁶. Das Eheschliessungsverfahren wurde im übrigen in verschiedenen einander ablösenden Verordnungen präzisiert (1910: Verordnung über die Zivilstandsregister, 1928: Verordnung über den Zivilstandsdienst, 1953: Zivilstandsverordnung). Eine teilweise Aktualisierung erfolgte nach 1953 jeweils bei Änderungen der Zivilstandsverordnung²⁷. Das ZGB wurde im Zusammenhang mit dem Erlass des Bundesgesetzes über Erwerb und Verlust des Schweizer Bürgerrechts 1952 u.a. mit einem Artikel 120 Ziffer 4 ZGB ergänzt, wonach eine Ehe für nichtig erklärt werden konnte, wenn die Ehefrau nicht eine Lebensgemeinschaft begründen, sondern die Vorschriften über die Einbürgerung umgehen wollte. Diese Bestimmung wurde dann mit der Revision des Bürgerrechtsgesetzes 1990²⁸, welche die Gleichstellung von Frau und Mann (Art. 4 Abs. 2 BV) verwirklichte und keinen automatischen Bürgerrechtserwerb

23 SR 0.203; Protokoll vom 25. September 1950 über die Internationale Kommission für das Zivilstandswesen. Inzwischen ist die CIEC von 5 auf 12 Mitgliedstaaten angewachsen (Belgien, Deutschland, Frankreich, Griechenland, Italien, Luxemburg, Niederlande, Österreich, Portugal, Schweiz, Spanien und die Türkei). Über die Tätigkeit der CIEC wird im Rahmen der Jahresversammlungen der Konferenz der kantonalen Aufsichtsbehörden im Zivilstandswesen regelmässig berichtet (jeweils publiziert im Novemberheft der ZZW). Vgl. etwa auch E. Götz, 15 Jahre Internationale Zivilstandskommission (CIEC), ZZW 1963, S. 282 ff.

24 Guide pratique international de l'état civil (vgl. Anm. 20).

25 Vgl. die von dem in Strassburg geführten Generalsekretariat der CIEC 1988 herausgegebene und 1993 mit einem zweiten Teilband ergänzte Zusammenstellung.

26 E. Huber, Erläuterungen zum Vorentwurf eines schweizerischen Zivilgesetzbuches, Bd. I, Bern 1914, S. 105.

27 Vor allem durch die Teilrevision, die der Anpassung an das neue Eherecht von 1984 (in Kraft seit 1. Januar 1988) diente.

28 AS 1991 1034; BBl 1987 III 293

bei Heirat mehr vorsieht, wieder aufgehoben. Ferner wurden die Ebehindernisse (Art. 100 ZGB) und das Eheungültigkeitsrecht 1972 dem neuen Adoptionsrecht und 1976 dem neuen Kindesrecht angepasst. 1984 musste Artikel 134 ZGB im Hinblick auf die Namensregelung des neuen Eherechts geändert werden. Schliesslich ist im Zusammenhang mit der Herabsetzung des Mündigkeitsalters, welche die eidgenössischen Räte am 7. Oktober 1994 beschlossen haben, das Ehefähigkeitsalter für Mann und Frau einheitlich bei 18 Jahren festgesetzt worden²⁹.

Das Eheschliessungsrecht (Art. 90 ff. ZGB) ist in vier Abschnitte unterteilt. Der erste regelt das Verlöbnis, der zweite die Ehefähigkeit und die Ebehindernisse, der dritte die Verkündung und Trauung, der vierte die Ungültigkeit der geschlossenen Ehe.

Das Verlöbnis (Art. 90-95 ZGB) begründet insofern eine besondere Art von Obligation, als daraus keine Klage auf Eingehung der Ehe abgeleitet werden kann. Bei Verlöbnisbruch kann aber Schadenersatz und allenfalls eine Genugtuung verlangt werden. Zudem gibt es eine Rückerstattungspflicht für Geschenke.

Nach den geltenden Bestimmungen über die Ehefähigkeit (Art. 96-99 ZGB) sind Geisteskranke in keinem Falle ehefähig (Art. 97 Abs. 2 ZGB). Die Ebehindernisse (Art. 100 ZGB) gründen auf dem traditionellen Tabu des Inzests, dem Prinzip der Exogamie sowie auf eugenischen Überlegungen. Sie halten dazu an, ausserhalb der eigenen Familie eine Ehe einzugehen. Schliesslich kann bei Verschollenerklärung eines Ehegatten eine neue Ehe erst geschlossen werden, wenn die bisherige Ehe in einem gerichtlichen Verfahren aufgelöst worden ist (Art. 102 ZGB). Im übrigen kennt das ZGB noch eine Frauenwartefrist nach Auflösung der Ehe (Art. 103 ZGB) und eine Strafwartefrist nach Scheidung (Art. 104/150 ZGB).

Die Hauptmerkmale des geltenden Eheschliessungsverfahrens (Art. 105-119 ZGB) sind der Laizismus, die Ausschliesslichkeit der Ziviltrauung und die Publizität. Seit 1874 gilt im Bereich der Eheschliessung das Prinzip des Laizismus (Art. 53 Abs. 1 BV). Eine rechtsgültige Ehe kommt nur zustande, wenn sie vor der Zivilstandsbeamtin oder dem Zivilstandsbeamten weltlichen Standes geschlossen wird. Die Ziviltrauung ist die einzige Möglichkeit, Mann und Frau zu einer staatlich anerkannten Lebensgemeinschaft zu verbinden. Eine kirchliche Trauungsfeierlichkeit darf erst nach der zivilen Eheschliessung stattfinden. Das schweizerische Recht kennt weder eine "Common-law"-Ehe (wie gewisse Staaten der USA) noch einen "mariage coutumier" (wie verschiedene Länder Afrikas). Mit dem Verkündverfahren gewährleistet die geltende Regelung die Publizität der Eheschliessung. Dadurch ist die Bevölkerung in die Kontrolle der Ehevoraussetzungen einbezogen (Art. 108 ZGB).

Das Institut der Ungültigerklärung einer Ehe (Art. 120-136 ZGB) dient der Durchsetzung von Ebehindernissen und trägt auch dem Umstand Rechnung, dass die formell gültige Eheschliessung an einem inneren Mangel leiden kann. Unterschieden wird zwischen Nichtigkeitsgründen, die von Amtes wegen geltend zu machen sind, und Anfechtbarkeitsgründen, die ein Ehegatte geltend machen muss.

Die praktische Bedeutung des Rechtsinstituts des Verlöbnisses ist sehr gering. Das Verlöb- nis als ein dem Recht vorgegebenes Sozialverhältnis³⁰ ist vor allem Ausdruck bestimmter individueller Moralvorstellungen. Es gehört deshalb der Intimsphäre der Betroffenen an. Die Öffentlichkeit ist davon nicht berührt. Trotzdem zählt das Verlöb- nis zu unserer Rechts- tradition. Ein Verzicht auf dieses Rechtsinstitut würde, wie auch das Vernehmlassungsver- fahren gezeigt hat, der Rechtsauffassung weiter Kreise der Bevölkerung in der Schweiz nicht entsprechen. Im übrigen geht jeder Eheschliessung mit der Anmeldung des Ehever- sprechens beim Zivilstandsamt zumindest während des Vorbereitungsverfahrens (Art. 105 ff. ZGB) zwingend ein Verlöb- nis voraus. Das lässt es als sinnvoll erscheinen, für die Veran- staltungen, die im Hinblick auf die Eheschliessung getroffen werden, eine Regelung vorzu- sehen für den Fall, dass die geplante Eheschliessung nicht zustande kommt. Lediglich das Schadenersatzrecht des Obligationenrechts zur Anwendung zu bringen und auf das Institut des Verlöbnisses zu verzichten, wie zum Teil vorgeschlagen wird, vermag nach Auffassung des Bundesrates nicht zu befriedigen. Das geltende Recht mit seiner auf dem Verschulden basierenden Schadenersatz- und Genugtuungsregelung entspricht aber nicht mehr unseren heutigen Auffassungen und gesellschaftlichen Verhältnissen.

Artikel 54 Absatz 1 und 2 BV und Artikel 12 EMRK garantieren das Recht auf Ehe. Jedes Eheschliessungsverbot und jedes Ehehindernis stellt deshalb eine Beeinträchtigung des ver- fassungsmässigen Rechts auf Eheschliessung dar. Die heutigen Eheverbote und Ehehinder- nisse gründen noch auf den gesellschaftlichen Verhältnissen und wissenschaftlichen Er- kenntnissen des ausgehenden 19. Jahrhunderts und müssen deshalb überprüft werden. Die Frauenwartefrist ist im Lichte von Artikel 257 ZGB des revidierten Kindesrechts³¹ überholt und deshalb auch mit dem Grundsatz der Gleichberechtigung von Frau und Mann (Art. 4 Abs. 2 BV) nicht vereinbar³². Die Strafwartefrist wird seit längerem in der Praxis kaum mehr angewendet und ist durch einen Entscheid des Europäischen Gerichtshofes aus dem Jahre 1987³³ praktisch obsolet. Im übrigen ist die Eheauflösung bei Verschollenerklärung eines Ehegatten unnötig kompliziert.

Was das geltende Eheschliessungsverfahren betrifft, so wird schon seit vielen Jahren Kritik daran geübt. Sie richtet sich vor allem gegen die Schwerfälligkeit des Verkündverfahrens³⁴. Nach der historischen Zielsetzung sollte dieses Verfahren neben der Sicherstellung der Publizität der Eheschliessung durch öffentlichen Anschlag der Verkündakte und dem damit ermöglichten Einbezug der Bevölkerung in die Überprüfung der Ehevoraussetzungen der administrativen Kontrolle durch die an verschiedenen Orten mitwirkenden Zivilstandsämter dienen. Mit Ausnahme einer vereinfachten administrativen Überprüfung in begründeten Ein- zelfällen (vgl. Ziff. 223.22) sind diese Anliegen beim heutigen Stand der sozialen und demographischen Entwicklung kaum noch sinnvoll. Die Publizität mag allenfalls gewisse Geschäftsleute interessieren (für die Zustellung von Reklamesendungen). Die Kontrolle durch die Bevölkerung, die vor allem auf Ehehindernisse aufmerksam machen soll, spielt

30 Vgl. R. Montanari, Verlobung und Verlöb- nisbruch, Diss. Bern 1974, S. 21 ff.

31 Art. 257 Abs. 1 ZGB bestimmt, dass der zweite Ehemann als Vater gilt, wenn ein Kind vor Ablauf von 300 Tagen seit Auflösung der Ehe der Mutter geboren ist und diese inzwischen eine neue Ehe geschlossen hat.

32 Vgl. Bericht über das Rechtsetzungsprogramm "Gleiche Rechte für Mann und Frau" vom 26. Februar 1986, BBl 1986 I 1173 f.

33 Urteil vom 18. Dezember 1987 i. S. F. gegen die Schweiz, Serie A, Bd. 128, Ziff. 32, 36 und 40.

34 Vgl. etwa die Zusammenfassung der wesentlichen Argumente durch den damaligen Chef des Eidg. Amtes für das Zivilstandswesen, H.-R. Schnyder, ZBJV 1969, S. 169 ff.

praktisch nicht mehr. Die Voraussetzung dazu wäre, dass man sich gegenseitig kennt. Dies trifft indessen immer weniger zu (allenfalls noch in ausgesprochen ländlichen Gegenden). Da viele Schweizerinnen und Schweizer an ihrem Heimatort weder wohnen noch je dort gewohnt haben, ist auch die Verkündung am Heimatort nicht mehr angezeigt. Dabei ist die zunehmende Zahl der doppelten und mehrfachen Kantons- und Gemeindebürgerrechte zu bedenken, die das Verfahren zusätzlich belasten, da an jedem Heimatort verkündet werden muss. Im übrigen erweist sich die Einspruchsmöglichkeit der Bevölkerung ohnehin als überholt. Einsprüche von Privaten sind sehr selten und beziehen sich kaum je auf die gesetzlichen Ehevoraussetzungen. Die systematische behördliche Kontrolle durch die Zivilstandsämter der Heimorte erweist sich ebenfalls als unnötig. Das Zivilstandsamt des Wohnsitzes, dem die Brautleute unter anderem einen Auszug aus dem Familienregister vorzulegen haben, kann die Ehevoraussetzungen selbständig überprüfen und allenfalls gezielt zusätzliche Abklärungen treffen. Mängel von geringerer Bedeutung sind bei den Erläuterungen zu den einzelnen Artikeln des Entwurfes erwähnt (Ziff. 223).

Schliesslich nimmt die geltende Regelung der Ungültigkeit der Ehe einen Raum ein, der ihrer praktischen Bedeutung nicht entspricht. In der Schweiz wird die Ungültigerklärung einer Ehe nur selten verlangt³⁵.

133 Hauptziele der Revision des Eheschliessungsrechts

Die Bestimmungen über das Verlöbnis (Art. 90 ff.) und die Ehevoraussetzungen (Art. 94 ff.) müssen der heutigen Zeit angepasst werden. Die Eehindernisse sind auf das Notwendige zu beschränken³⁶. Namentlich eine Bestimmung, wonach Geisteskranke auf keinen Fall ehefähig sind, bedeutet eine ungerechtfertigte Diskriminierung einer bestimmten Kategorie von kranken Menschen. Zudem ist die Frauenwartefrist wie auch die Strafwartefrist ersatzlos aufzuheben und die Eheauflösung bei Verschollenerklärung eines Ehegatten zu vereinfachen.

Das Verkündverfahren wird abgeschafft und durch ein Vorbereitungsverfahren ersetzt, das die erwähnten Mängel der geltenden Regelung beseitigt (Art. 98-100). Für die Durchführung ist wahlweise das Zivilstandsamt am Wohnsitz des Bräutigams oder der Braut zuständig (Art. 98 Abs. 1). Die Brautleute haben aktiver als bisher am Verfahren mitzuwirken und Verantwortung zu übernehmen: Sie müssen grundsätzlich persönlich erscheinen und erklären, dass sie die Ehevoraussetzungen erfüllen (Art. 98 Abs. 2 und 3). Das Zivilstandsamt erhält eine verstärkte Stellung: Es prüft selbständig, ob die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind (Art. 99 Abs. 1), das heisst auch, dass es im Einzelfall in eigener Verantwortung festlegt, ob und allenfalls welche zusätzlichen Abklärungen nötig sind. Die Trauung kann frühestens zehn Tage nach Abschluss des Vorbereitungsverfahrens stattfinden (Art. 100 Abs. 1). Die Bedenkzeit, die sich bisher aus der Verkündfrist ergab, bleibt somit erhalten.

35 1994 (in Klammern Zahlen 1993) wurden insgesamt 36 (35) Ehen für ungültig erklärt, während 15'634 (15'053) Ehen geschieden wurden. In 21 (23) Fällen stützte sich die Ungültigerklärung auf den bisherigen Art. 120 Ziff. 4 ZGB, in drei (vier) Fällen auf Art. 120 Ziff. 1 ZGB (Bigamie) und in zwölf (sieben) Fällen auf Art. 124 ZGB (Irrtum). Soweit nichts besonderes vermerkt ist, stammen die nachfolgenden Angaben vom Bundesamt für Statistik.

36 Siehe auch J.-C. Hürlimann, Die Eheschliessungsverbote zwischen Verwandten und Verschwägerten, Diss. Zürich 1987, S. 149.

Der Entwurf sieht weiterhin das Institut der Eheungültigerklärung vor (Art. 104 ff.). Auch wenn die Gesetzesbestimmungen in der Praxis nur selten zur Anwendung kommen, sollte zwischen den Ehehindernissen und - gleichsam als ihr Spiegelbild - den Gründen für die Ungültigkeit der Ehe weiterhin eine gewisse Parallelität gewahrt werden. Im übrigen empfiehlt es sich, die Willensfreiheit der Ehegatten bereits bei der Eheschliessung zu schützen³⁷. Die Ungültigerklärung der Ehe trägt den Umständen vor und bei der Eheschliessung Rechnung, während die Bestimmungen über die Ehescheidung und Ehetrennung sich mit den Vorkommnissen während der Dauer der ehelichen Gemeinschaft befassen. Es wäre deshalb wenig sachgerecht, wenn die Bestimmungen über die Eheungültigkeit aus Gründen der Einfachheit in das Kapitel über die Ehescheidung aufgenommen würden. Auch bei dieser Lösung käme man im übrigen nicht ohne besondere Vorschriften für die Eheungültigkeit aus (spezieller Scheidungsgrund, Legitimation, Intervention der öffentlichen Hand, Modalitäten). Der Entwurf strafft jedoch den geltenden Gesetzestext materiell wie redaktionell. Da die Ehe, solange keine Klage erhoben wird - es handelt sich um eine Gestaltungsklage -, gültig bleibt, wurde der Begriff der "Ungültigkeit" jenem der "Nichtigkeit" vorgezogen³⁸. Beibehalten wird auch die Unterscheidung zwischen den absoluten Nichtigkeitsgründen (alte Terminologie) und den relativen Ungültigkeitsgründen. Im deutschen Text ist aber neu von "unbefristeten" und "befristeten" Ungültigkeitsgründen die Rede: Nur die ersteren sind Ausdruck des "ordre public" und können deshalb von der zuständigen kantonalen Behörde sowie von allen Interessierten unbefristet geltend gemacht werden.

134 Ausarbeitung des Revisionsentwurfs zum Eheschliessungsrecht

134.1 Vorentwurf

Die Bearbeitung des Abschnittes über das Eheschliessungsverfahren setzt Spezialkenntnisse im Zivilstandswesen voraus. Federführend war deshalb wie beim Personenstandsrecht das Eidgenössische Amt für das Zivilstandswesen, das die Revisionsvorschläge in enger Zusammenarbeit mit der Eidgenössischen Kommission für Zivilstandsfragen (vgl. Ziff. 124.1) erarbeitete.

Im Hinblick auf den Umstand, dass das übrige Eheschliessungsrecht keiner grundlegenden Umgestaltung bedarf, wurden die entsprechenden Revisionsvorschläge nicht von der Expertenkommission für die Revision des Familienrechts (Ziff. 145.1), sondern gestützt auf wissenschaftliche Publikationen und verwaltungsinterne Vorentwürfe von einer Subkommission der Expertenkommission für die Revision des Familienrechts ausgearbeitet. Ihr gehörten an: Prof. Heinz Hausheer (Bern), Prof. Dr. Ursula Nordmann-Zimmermann (Lausanne), Prof. Jean-François Perrin (Genf), Dr. Ruth Reusser (Bern), Prof. Bernhard Schnyder (Freiburg), alle Mitglieder der Expertenkommission für die Revision des Familienrechts, sowie Fürsprecher Martin Jäger, Chef des Eidgenössischen Amtes für das Zivilstandswesen.

Schliesslich darf hier noch erwähnt werden, dass die neuen Bestimmungen über den Auftrag zur Ehe- und zur Partnerschaftsvermittlung (Art. 406a ff. E OR, Ziff. 262.3) von der Verwaltung vorbereitet wurden.

37 Diesbezüglich a.M. C. Hegnauer, Zur Revision des materiellen Eheschliessungsrechts (Verlöbnis, Ehevoraussetzungen, Eheungültigkeit), ZZW 1992, S. 386 f.

38 Siehe auch Art. 519 ZGB, der einen vergleichbaren Fall regelt.

134.2 Vernehmlassungsverfahren

Zur Regelung des Verlöbnisses brachten viele Vernehmlassungsteilnehmer und -teilnehmerinnen keine kritischen Bemerkungen an. Die Beibehaltung des Instituts wurde zudem in einigen Stellungnahmen ausdrücklich befürwortet. Das Institut habe zwar wenig juristische Bedeutung, sei aber doch im Bewusstsein der Bevölkerung verankert. Zum Teil wurden allerdings Zweifel geäußert, ob es richtig sei, das Verlöbniß weiterhin gesetzlich zu regeln. Vereinzelt wurde klar gegen die Beibehaltung des Verlöbnisses Stellung genommen. Das Konkubinats sei viel bedeutungsvoller, weshalb für diesen Bereich eine umfassende gesetzliche Regelung postuliert wurde.

Eine politische Partei verlangte, dass die Eheschliessung auch gleichgeschlechtlichen Paaren ermöglicht wird. Andere wenige Vernehmlassungsteilnehmer wünschten - nach dem Vorbild der skandinavischen Staaten - für gleichgeschlechtliche Paare die Einführung einer sog. registrierten Partnerschaft, welche namentlich in erb- und sozialversicherungsrechtlicher sowie fremdenpolizeilicher Hinsicht eine weitgehende Gleichstellung mit der Ehe bewirken würde.

Die Bestimmungen des Vorentwurfs in bezug auf die *Ehefähigkeit und die Ehehindernisse* (Art. 95-97 VE) blieben - mit einer Ausnahme - unbestritten. Eine sehr gewichtige Minderheit sprach sich indessen gegen die Schwägerschaft (vgl. Art. 21 ZGB) als Ehehindernis aus. Die grosse Mehrheit unterstützte auch die Vorschläge zur *Eheungültigkeit* (Art. 108-114 VE). Nur sehr vereinzelt wurde die Streichung des Rechtsinstituts verlangt.

Dem Hauptziel der Revision des Eheschliessungsverfahrens, nämlich der Vereinfachung des Vorverfahrens der Eheschliessung, stimmte die überwiegende Mehrheit der Vernehmlassungsteilnehmer und -teilnehmerinnen zu. Klare Mehrheiten befürworteten die Verpflichtung der Verlobten zur persönlichen Anwesenheit im Vorbereitungsverfahren (Art. 99 VE: Förderung der Eigenverantwortlichkeit der Brautleute) und die Stärkung der Stellung der Zivilstandsbeamtinnen und Zivilstandsbeamten (Art. 99 und 100 VE: Prüfung der Ehevorsetzungen in eigener Verantwortung).

Die Regelung des Vorentwurfs, die Brautleute das Zivilstandsamt frei wählen zu lassen (Art. 99 Abs. 1 VE) und gleichzeitig die Einheit des Ortes der Durchführung des Vorbereitungsverfahrens und des Vollzugs der Trauung vorzuschreiben (Art. 104 VE), stiess auf starken Widerstand. Klare Mehrheiten wandten sich gegen die Bekanntmachung der Trauung (Art. 103 VE), gegen die Pflicht der Kantone, den Verlobten eine Informationsmöglichkeit über die Ehe und das Eherecht zu bieten (Art. 107 Abs. 2 VE), sowie gegen die (bloss zur Diskussion gestellte) Zulässigkeit der kirchlichen Eheschliessung vor der Ziviltrauung.

134.3 Die Überarbeitung des Vorentwurfs zum Eheschliessungsrecht

An den Bestimmungen über das Verlöbniß, die Ehevorsetzungen und die Ungültigerklärung der Ehe wurden nach dem Vernehmlassungsverfahren nur geringfügige Retuschen angebracht. Der Entwurf enthält im Abschnitt über das Verlöbniß keine ausdrückliche Verweisung auf die Genugtuung (Art. 92 Abs. 2 VE) mehr. Zudem verzichtet er auf eine Artikel 205 ZGB entsprechende Bestimmung, wonach bei Auflösung des Verlöbnisses ein Verlobter die ungeteilte Zuweisung eines Vermögenswertes im Miteigentum verlangen kann, wenn er ein überwiegendes Interesse daran nachweist (Art. 93 VE; vgl. Ziff. 221.22).

Schliesslich ist das Ehehindernis der Schwägerschaft nicht mehr vorgesehen (vgl. Ziff. 222.3).

Die Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens zum Eheschliessungsverfahren gaben Anlass, den Vorentwurf formell und materiell zu überarbeiten. Inhaltlich konnten die wesentlichen Anliegen weitgehend berücksichtigt werden, ohne die Hauptziele der Revision zu gefährden. Im übrigen war es möglich, die Verständlichkeit der Vorlage systematisch noch zu verbessern.

Eine *umfassende* Regelung des Konkubinats im Rahmen des Familienrechts lehnt der Bundesrat ab. Den Konkubinatspaaren stehen alle Möglichkeiten der rechtsgeschäftlichen Gestaltung durch Vertrag offen. Die Gerichtspraxis, die sich in Teilbereichen an den Regelungen über die einfache Gesellschaft orientiert, hat bislang keine derartigen Probleme aufgezeigt, dass eine umfassende familienrechtliche Regelung nötig wäre. Diese würde im Ergebnis auf eine Ehe minderen Grades hinauslaufen. Dafür besteht aber im Hinblick auf die Freiheit, die das neue Eherecht den Ehegatten einräumt, kein nachgewiesener Bedarf. Immerhin sieht der Entwurf in Artikel 298a die Möglichkeit der gemeinsamen elterlichen Sorge für unverheiratete Eltern vor.

Was die gleichgeschlechtlichen Paare betrifft, so hat der Bundesrat bei der Beantwortung einer einfachen Anfrage Petitiere vom 15. März 1994³⁹ eine vertiefte Prüfung der Probleme zugesichert. Diese Prüfung konnte aber aus Zeitgründen nicht im Rahmen der Überarbeitung des Vorentwurfes zum Eheschliessungsrecht im Anschluss an das Vernehmlassungsverfahren erfolgen.

135 Europäischer Rechtsvergleich und internationale Bestrebungen

Das Verlöbnis ist in den Nachbarländern der Schweiz mit Ausnahme von Frankreich im Gesetz vorgesehen. In Frankreich ergeben sich aus der Verlobung keine Rechte. Die Verlobten bleiben bis zur Eheschliessung völlig frei. Vorbehalten wird lediglich die deliktische Haftung im Falle eines Verlöbnisbruches (Art. 1383 CCfr).

Die Gesetzgebungen aller Nachbarstaaten sehen ein besonderes Rechtsinstitut der Nichtig-erklärung einer Ehe vor. Schweden dagegen hat die entsprechenden Bestimmungen 1973 aufgehoben und in das Scheidungsrecht integriert. Die Internationale Zivilstandskommission hat an ihrer Jahresversammlung 1976 die Mitgliedstaaten aufgefordert, insbesondere die Nichtigkeitsgründe auf das absolut Notwendige zu beschränken.

Frankreich, Belgien, Luxemburg und Italien⁴⁰ kennen ein ähnliches Verkündverfahren, wie es heute in der Schweiz gilt, allerdings mit einem eingeschränkten Kreis von Einspruchsberechtigten. In Deutschland findet eine Verkündung ("Aufgebot") statt, nachdem das Standesamt festgestellt hat, dass die Ehevoraussetzungen erfüllt sind. Das Verfahren steht seit längerer Zeit im Sinne einer Vereinfachung oder Abschaffung in Revision⁴¹. In Österreich

39 Nr. 94.1027, Rechtsstellung von gleichgeschlechtlichen Paaren.

40 Vgl. die Angaben in Anm. 20, siehe weiter M. Coester, Probleme des Eheschliessungsrechts in rechtsvergleichender Sicht, StAZ, 1988, S. 122 ff.

41 Vgl. D. Müller-Gindulis, Münchener Komm. zum EheG, vor § 1 N. 18 mit Hinweisen; D. Schwab, Entwicklungen und Perspektiven des Familienrechts, in: 40 Jahre Familienpolitik in der Bundesrepublik Deutschland, Berlin 1993, S. 64 Anm. 11; siehe weiter Chr. Böhmer, Die Neuregelung des Eheschliessungsrechts, StAZ, 1975, S. 5 ff.

wurde das Verkündverfahren 1983 aufgehoben. Das Standesamt prüft die Ehevoraussetzungen aufgrund der von den Brautleuten eingereichten Dokumente. Ähnlich haben Norwegen und Schweden 1973 eine Regelung eingeführt, die mit der in dieser Botschaft vorgeschlagenen vergleichbar ist. In England und manchen ehemals britischen Gebieten ist eine Verkündung der Eheschliessungsabsicht nach einem traditionellen Verfahren oft noch üblich.

Die Internationale Zivilstandskommission legt den Mitgliedstaaten nahe, auf das Eheverkündverfahren zu verzichten⁴². Vor allem zwei Konventionen zielen darauf ab, die Eheschliessung in internationalen Fällen zu erleichtern⁴³. Diese Zielsetzung verfolgt im übrigen auch das Haager Übereinkommen vom 14. März 1978 über die Eheschliessung und die Gültigkeit der Ehe⁴⁴. Das Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 10. Dezember 1962 über die Erklärung des Ehwillens, das Heiratsmindestalter und die Registrierung von Eheschliessungen wendet sich in erster Linie an Entwicklungsländer (Verhinderung von alten Heiratsbräuchen)⁴⁵.

14 Die Ehescheidung

141 Entstehung und Grundzüge des geltenden Scheidungsrechts

1876 trat das Bundesgesetz vom 24. Dezember 1874 betreffend die Feststellung und Beurkundung des Zivilstandes und die Ehe in Kraft. Damit wurde in der Schweiz die Scheidung für alle Konfessionen in gleicher Weise gestattet. Beim Erlass des ZBG im Jahre 1907 konnte für die Scheidungsgründe (Art. 137 ff. ZGB) beim bisherigen Bundesrecht angeknüpft werden. Zudem wurden erstmals auch die Nebenfolgen der Scheidung (Art. 149 ff. ZGB) einheitlich für die ganze Schweiz geregelt. Bis heute sind diese Gesetzesbestimmungen praktisch unverändert geblieben.

Das Scheidungsrecht von 1874/1907 galt für die damalige Zeit als besonders fortschrittlich, ja im internationalen Vergleich sogar als bahnbrechend. Es führte neben den auch im ausländischen Recht verankerten besonderen Scheidungsgründen (Art. 137-141 ZGB), die ein Verschulden oder eine unheilbare Geisteskrankheit voraussetzen, den im Ausland seinerzeit noch unbekanntem Scheidungsgrund der unheilbaren Zerrüttung der ehelichen Verhältnisse ein (Art. 142 Abs. 1 ZGB). Ist die tiefe Zerrüttung allerdings vorwiegend der Schuld des einen Ehegatten zuzuschreiben, so kann nur der andere Ehegatte auf Scheidung klagen (Art. 142 Abs. 2 ZGB).

42 CIEC-Empfehlung Nr. 2 vom 8. September 1976 betr. Eherecht.

43 Die Schweiz hat die Konvention Nr. 20 vom 5. September 1980 über die Ausstellung von Ehefähigkeitszeugnissen ratifiziert (SR 0.211.112.15), nicht aber die Konvention Nr. 7 vom 10. September 1964 betr. die Erleichterung der Eheschliessung im Ausland, deren Zielsetzung durch die Entwicklung des Internationalen Privatrechts der einzelnen Staaten zum Wohnsitzprinzip hin weitgehend überholt ist.

44 Die Schweiz ist diesem Übereinkommen (noch) nicht beigetreten, hat aber dessen Anliegen im Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht berücksichtigt.

45 Chr. Böhmer, a.a.O., S. 6 bei Anm. 18; Das Übereinkommen steht daher nach seinem Zweck der Abschaffung des öffentlichen Aufgebotsverfahrens in "Industrie-Staaten" nicht entgegen. Die Schweiz ist dem Übereinkommen nicht beigetreten.

Die Nebenfolgen der Scheidung wurden wie die Scheidungsgründe offen umschrieben, so dass der gerichtlichen Rechtsfortbildung Raum blieb. Als Leistungen bei Scheidung wurde die Möglichkeit der Entschädigung und der Genugtuung sowie - subsidiär - die Möglichkeit nahehehlicher Unterhaltsbeiträge vorgesehen. Artikel 151 Absatz 1 ZGB bestimmt, dass in Fällen, in denen durch die Scheidung die Vermögensrechte oder die Anwartschaften für den schuldlosen Ehegatten beeinträchtigt werden, ihm der andere Ehegatte eine angemessene Entschädigung zu entrichten hat. Zudem kann nach Artikel 152 ZGB ein Ehegatte, auch wenn er an der Scheidung nicht schuld ist, zu einem seinen Vermögensverhältnissen entsprechenden Beitrag an den Unterhalt des andern Ehegatten verpflichtet werden, wenn dieser schuldlos ist und durch die Scheidung in grosse Bedürftigkeit gerät.

Sind unmündige Kinder vorhanden, so muss bei der Scheidung von Amtes wegen die elterliche Gewalt einem Elternteil allein zugeteilt werden. Zudem sind der persönliche Verkehr und die Unterhaltsbeiträge des andern Elternteils zu bestimmen (Art. 156, 273 ff., 297 Abs. 3 ZGB).

Neben der Scheidung sieht das geltende Recht auch das Institut der Ehetrennung vor (Art. 143, 146 ff. ZGB). Die Trennung wird auf bestimmte oder auf unbestimmte Zeit ausgesprochen. Nach Ablauf einer bestimmten Frist, mindestens aber nach Ablauf von drei Jahren, kann dann jeder Ehegatte, wenn eine Wiedervereinigung nicht erfolgt ist, die Scheidung oder die Aufhebung der Trennung verlangen (Art. 147 Abs. 3, 148 ZGB).

142 Überblick über die heutige Rechtswirklichkeit

142.1 Zunehmende Scheidungszahlen

Im Jahre 1967 trat bei der Entwicklung der Scheidungshäufigkeit⁴⁶ in der Schweiz eine Wende ein. Damals wurden 5200 Scheidungen registriert. Seither ist eine starke und ziemlich regelmässige Zunahme festzustellen: 1970 waren es 6400 Scheidungen, 1975 bereits 8900, 1983 11'700 und 1994 15'634⁴⁷. Die Scheidungshäufigkeit (ausgedrückt durch den Index der Scheidungshäufigkeit: Zahl der Scheidungen auf 100 im gleichen Jahr geschlossene Ehen) erhöhte sich damit von 12,9 Prozent im Jahre 1967 auf 30,0 Prozent im Jahre 1983 und auf 37,8 Prozent im Jahre 1994. Diese Zunahme ist auf steigende Scheidungszahlen bei allen Kategorien von Ehen zurückzuführen; je kürzer jedoch die Ehedauer war, desto grösser war die Erhöhung der Scheidungshäufigkeit. Der Prozentsatz geschiedener Personen am Anteil der Gesamtbevölkerung hat sich innert der letzten 24 Jahre von 1,9 Prozent (1970) auf 4,8 Prozent (1994) erhöht⁴⁸.

46 J.-E. Neury, Die Scheidungen in der Schweiz seit 1967, Statistische Hefte des Bundesamtes für Statistik, Bern 1985, S. 5.

47 Die Scheidungszahlen haben sich in den letzten Jahren wie folgt entwickelt: 1985: 11'415; 1986: 11'395; 1987: 11'552; 1988: 12'731; 1989: 12'720; 1990: 13'183; 1991: 13'627; 1992: 14'530; 1993: 15'053.

48 In absoluten Zahlen ergibt sich nach den vollständigen Zahlen von 1993 in der Schweiz folgendes Bild:

Totalbevölkerung 1993/ 1970:	6'968'600/	6'193'100 (=100%)
Ledige 1993/ 1970:	2'920'800 (41,9%)/	2'813'800 (45,4%)
Verheiratete 1993/ 1970:	3'310'200 (47,5%)/	2'928'000 (47,3%)
Geschiedene 1993/ 1970:	321'800 (4,6%)/	117'200 (1,9%)
Verwitwete 1993/ 1970:	415'800 (6%) /	334'100 (5,4%)

Quelle: Statistisches Jahrbuch der Schweiz 1991, S. 25, und Bevölkerungsbewegung in der Schweiz 1993, S. 24 ff.

Die zunehmende Scheidungshäufigkeit in der Schweiz ist keine aussergewöhnliche Erscheinung. Seit etwa 1965 steigt der jährliche Anteil der geschiedenen Ehen in Europa fast ununterbrochen an. In einigen Ländern liegt die Scheidungshäufigkeit beträchtlich über dem schweizerischen Wert. In England und Wales zum Beispiel betrug sie im Jahre 1990 41 Prozent, in Dänemark 44 Prozent, in Schweden 45 Prozent und in Norwegen 40 Prozent (bei 33% in der Schweiz).

Was die Scheidungen nach Ehedauer betrifft, so wurde in den letzten fünfzig Jahren praktisch gleichbleibend in den ersten fünf Ehejahren am häufigsten geschieden: Rund ein Drittel aller Scheidungen werden innert einer Ehedauer von 0-5 Jahren ausgesprochen⁴⁹. Im gleichen Zeitraum reichten stets mehr Frauen als Männer (1994: 9'968 Frauen gegenüber 5'666 Männern)⁵⁰ die Scheidungsklage ein, und zwar auch dann, wenn sie minderjährige Kinder hatten. Die Zahl der Scheidungskinder vermehrte sich in diesem Jahrhundert in geringerem Masse als die Scheidungen. 1994 wurden die Eltern von 13'396 minderjährigen Kindern geschieden⁵¹. Bei rund der Hälfte der geschiedenen Ehen sind keine unmündigen Kinder betroffen (1994: 7'651 Ehen ohne Kinder gegenüber 7'983 Ehen mit Kindern)⁵².

Als Hauptgründe für die Zunahme der Scheidungen werden in erster Linie das Fehlen bzw. Abnehmen religiöser Bindungen, der angestiegene materielle Wohlstand, die Emanzipation der Frau sowie das geänderte Sexualverhalten angesehen⁵³. Dies zeigt, dass das Ansteigen der Scheidungen - wie im übrigen auch die Eheschliessungen - nicht isoliert betrachtet werden dürfen, sondern in gesamtgesellschaftlichen Zusammenhängen gesehen werden müssen.

142.2 Die Scheidungsgründe in der Gerichtspraxis

Das geltende Scheidungsrecht kennt neben einer Generalklausel (Art. 142 ZGB) besondere Scheidungsgründe, nämlich Ehebruch (Art. 137 ZGB), Nachstellung nach dem Leben, Misshandlung und Ehrenkränkung (Art. 138 ZGB), Verbrechen und unehrenhafter Lebenswandel (Art. 139 ZGB), böswillige Verlassung (Art. 140 ZGB), Geisteskrankheit (Art. 141 ZGB) und Scheidung wegen Ablaufs einer gerichtlich angeordneten Trennung (Art. 148 ZGB). Den Erwartungen des Gesetzgebers von 1907, dass in der Regel die besonderen Scheidungsgründe zur Anwendung kommen und nur subsidiär auf Artikel 142 ZGB zurückgegriffen werde, ist die Praxis völlig entgegengelaufen. Rund 98,6 Prozent der

49 1994: 34,9%; 1993: 35,5 Prozent; 1992: 35,1 Prozent; 1991: 34,1 Prozent; 1990: 32,8 Prozent.

50 1993: 9'505 Frauen gegenüber 5'548 Männern
1992: 9'163 Frauen gegenüber 5'367 Männern.
1991: 8'546 Frauen gegenüber 5'081 Männern.
1990: 8'276 Frauen gegenüber 4'907 Männern.

51 1993: 12'692 minderjährige Kinder; 1992: 12'486 minderjährige Kinder; 1991: 11'376 minderjährige Kinder; 1990: 11'396 minderjährige Männer.

52 1993: 7'416 Ehen ohne Kinder gegenüber 7'637 Ehen mit minderjährigen Kindern.
1992: 6'938 Ehen ohne Kinder gegenüber 7'592 Ehen mit minderjährigen Kindern.
1991: 6'663 Ehen ohne Kinder gegenüber 6'964 Ehen mit minderjährigen Kindern.
1990: 6'234 Ehen ohne Kinder gegenüber 6'949 Ehen mit minderjährigen Kindern.

53 Vgl. Scheidung in der Schweiz. Eine wissenschaftliche Dokumentation, herausgegeben von J. Dussvon Werdt und A. Fuchs, Veröffentlichungen des Instituts für Ehe und Familie, Bern 1980, S. 283 und 419 ff.

Scheidung stützten sich 1994 auf den allgemeinen Scheidungsgrund der tiefen Zerrüttung. Der Rest verteilt sich auf Ehebruch und andere Gründe. Die Scheidungsstatistik für das Jahr 1994 zeigt folgendes Bild:

Scheidungen total: 15'634

Scheidungsgründe nach jeweiligem Artikel (Mehrfachnennungen möglich):

137	138	139	140	141	142	148	Andere
						Abs. 1	
230	2	2	1	6	15'417	35	135

Die besonderen Scheidungsgründe sind damit weitgehend obsolet geworden. Lediglich der Scheidungsgrund des Ehebruchs hat in einigen Regionen der Schweiz noch eine gewisse Bedeutung. Entgegen dem Wortlaut von Artikel 137 ZGB ist Ehebruch aber kein absoluter Scheidungsgrund mehr. Vielmehr begründet er nach der Praxis des Bundesgerichts nur noch eine widerlegbare Vermutung der Ehezerüttung⁵⁴.

Wie dargelegt, erfolgt die Grosszahl der Scheidungen wegen unheilbarer Zerrüttung der ehelichen Verhältnisse (Art. 142 Abs. 1 ZGB). Ob der Ehwille endgültig erloschen ist und die Weiterführung der Ehe dem oder den Ehegatten noch zugemutet werden kann, ist gemäss Artikel 158 Ziffer 1 ZGB vom Gericht von Amtes wegen zu prüfen. In über 90 Prozent der Fälle sind indessen beide Ehegatten spätestens im Laufe des Verfahrens mit der Scheidung einverstanden. Ihnen kommt eine zunehmende Zahl von Gerichten entgegen, die sich für den Nachweis der Ehezerüttung damit begnügen, dass sich die Scheidungswilligen übereinstimmend in diesem Sinne äussern. Damit hat sich die Konventionalscheidung entgegen dem klaren Wortlaut des Gesetzes seit langem in weiten Teilen der Schweiz eingebürgert.

Indessen sind die Fälle, in welchen sich ein Ehegatte der Scheidung widersetzt, nicht zu vernachlässigen. Ist die tiefe Zerrüttung der ehelichen Verhältnisse vorwiegend die Schuld des klagenden Ehegatten, so kann gemäss Artikel 142 Absatz 2 ZGB die Ehe nicht gegen den Widerstand des andern Ehegatten geschieden werden. 1982 hat das Bundesgericht allerdings entschieden, dass nach 15 Jahren faktischer Trennung vermutungsweise beim Ehegatten, der sich auf das Widerspruchsrecht beruft, einerseits der wirkliche Ehwille erloschen sei und dass andererseits regelmässig auch kein schützenswertes Interesse mehr an der Aufrechterhaltung der Ehe dem Bande nach bestehe. Die Verweigerung der Scheidung sei deshalb unter dem Vorbehalt eines Gegenbeweises rechtsmissbräuchlich⁵⁵. Damit ist heute an sich davon auszugehen, dass nach 15 Jahren Trennung gegen den erklärten Widerstand eines "schuldlosen" Ehegatten die Scheidung regelmässig auch dann möglich ist, wenn der Kläger oder die Klägerin in erster Linie die Schuld an der unheilbaren Zerrüttung der ehelichen Verhältnisse trägt.

1994 sind bei insgesamt 15'695 Scheidungsklagen lediglich 15 abgewiesen worden, wobei die Abweisungsgründe nicht bekannt sind⁵⁶.

54 BGE 98 II 161 ff.

55 BGE 108 II 503 ff.

56 Abweisungen 1993: 18; 1992: 20; 1991: 10; 1990: 20.

142.3 Güterrechtliche Auseinandersetzung und Ansprüche gegenüber Einrichtungen der zweiten Säule

Mit dem Inkrafttreten des neuen Eherechts am 1. Januar 1988 ist das Güterrecht neu geregelt worden. Stehen die Ehegatten unter dem ordentlichen Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung (Art. 196 ff. ZGB), so werden die während der Dauer der Ehe erwirtschafteten Ersparnisse bei der Scheidung grundsätzlich hälftig geteilt (Art. 215 ff. ZGB).

In vielen Ehen wird heute jedoch zu einem wesentlichen Teil lediglich in Form von Anwartschaften gegenüber einer Einrichtung der zweiten Säule gespart. Bei der Revision des Eherechts wurde diesbezüglich klargestellt, dass diese Anwartschaften nicht zur Errungenschaft im Sinne von Artikel 197 ZGB gehören, die bei der Auflösung der Ehe hälftig zu teilen sind⁵⁷, sondern vielmehr nur im Rahmen der verschuldensabhängigen Artikel 151/152 ZGB Beachtung finden können. Deshalb müsse für dieses Problem im Rahmen der kommenden Scheidungsrechtsrevision eine eigenständige, d.h. vom Güter- und Unterhaltersatzrecht unabhängige Lösung gesucht werden (vgl. Ziff. 233.41). Im Sinne einer Übergangslösung hat das Bundesgesetz vom 17. Dezember 1993 über die Freizügigkeit in der beruflichen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (Freizügigkeitsgesetz, FZG)⁵⁸, das am 1. Januar 1995 in Kraft getreten ist, insofern eine Verbesserung gebracht, als nun gemäss Artikel 22 dieses Gesetzes neu Freizügigkeit Guthaben auf Anrechnung an Unterhaltsansprüche nach Artikel 151 und 152 ZGB abgetreten werden können⁵⁹.

142.4 Entschädigungen und nacheheliche Unterhaltsansprüche

Eine der zentralen Fragen bei einer Scheidung, insbesondere nach langer Ehe Dauer, ist diejenige nach nachehelichen Unterhaltszahlungen. Heute sind Artikel 151 Absatz 1 und 152 ZGB Grundlagen, um Leistungen zuzusprechen. Artikel 151 Absatz 2 ZGB erlaubt zudem, einen Ehegatten auch für den Verlust weiterer Vermögensrechte, wie Ansprüche gegenüber Versicherungen oder Ansprüche aus Erbrecht, zu entschädigen.

Die Statistik zu diesen beiden Bestimmungen zeigt folgendes Bild:

Scheidungen total:

1994: 15'634
1993: 15'053
1992: 14'530
1991: 13'627
1990: 13'183

57 H. Hausheer/ R. Reusser/ Th. Geiser, Berner Komm. zu Art. 197 ZGB N. 50 ff.; a.M. P. Piotet, *Divorce, régime matrimonial et prévoyance professionnelle*, Bern 1992, mit weiteren Literaturhinweisen.

58 SR 831.42; AS 1994 2386

59 BBl 1993 IV 566; BBl 1992 III 533, insbes. Ziff. 635.3; vgl. weiter H. Hinderling/ D. Steck, *Das schweizerische Ehescheidungsrecht unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung und des Expertenentwurfs der Scheidungsrechtsrevision*, 4. Aufl., Zürich 1995, S. 390 ff.

In diesen Verfahren wurden folgende *Leistungen* zugesprochen:

	<i>Keine</i>	<i>Art. 151</i>	<i>152</i>	<i>151/2</i>	<i>nicht unterschieden</i>
1994:	7'661	2'768	2'060	1'480	1'665
1993:	7'396	2'775	1'883	1'410	1'589
1992:	6'998	2'756	1'778	1'393	1'605
1991:	6'729	2'606	1'635	1'265	1'392
1990:	6'291	2'697	1'648	1'174	1'373

<i>Leistungsempfänger:</i>	1994	1993	1992	1991
Mann:	55	55	45	46
Frau:	7'918	7'602	7'487	6'852

<i>Leistungsform:</i>	1994	1993	1992	1991
Rente:	7'187	6'887	6'722	6'110
Kapitalabfindung:	551	572	615	602
Rente und Kapitalabfindung:	235	198	195	186

Auffallend ist die grosse Zahl der Scheidungen, in welchen keine Unterhaltsleistungen zugesprochen wurden. Ferner wird in einem guten Teil der Urteile zwischen den Ansprüchen nach Artikel 151 und 152 ZGB nicht unterschieden. Das konnte bis vor kurzem im Falle eines Abänderungsprozesses Probleme bieten. Indessen sind inzwischen die Voraussetzungen für die Abänderung der im Scheidungsurteil festgesetzten Leistungen vom Bundesgericht einander angeglichen worden⁶⁰.

Wichtigste gesetzliche Voraussetzung für einen Alimentenanspruch sowohl nach Artikel 151 wie nach Artikel 152 ZGB⁶¹ ist, dass der Ansprecher "unschuldig" ist. Diesen Begriff hat das Bundesgericht immer mehr relativiert. Zu unterscheiden ist nach dem heutigen Stand der Praxis danach, ob ein Verschulden des Ehegatten für die Zerrüttung und damit für die Scheidung kausal ist oder nicht⁶². Ist das Verschulden nicht kausal, so spielt seine Schwere zumindest bei Artikel 152 ZGB weder bezüglich der Anspruchsvoraussetzungen noch der Höhe der Rente eine Rolle. Aber selbst wenn das Verschulden kausal ist, kann ein Ehegatte in Zusammenhang mit einer Unterhaltersatzrente oder mit einer Bedürftigkeitsrente noch

60 BGE 117 II 211 ff., insbes. 214 ff. E. 3 und 4, bestätigt in BGE 117 II 359 ff., insbes. 363 ff. E. 4 und 5, sowie BGE 118 II 229 ff., insbes. 230 f. E. 2; vgl. weiter H. Hausheer, Neuere Tendenzen der bundesgerichtlichen Rechtsprechung im Bereiche der Ehescheidung, ZBJV 1986, S. 55 ff., insbes. S. 66 f.; Th. Geiser, Worin unterscheiden sich heute die Renten nach Art. 151 und 152 ZGB?, ZBJV 1993, S. 349 ff.; I. Schwenzler, Güter- und Unterhaltsrecht bei unverschuldeter Scheidung, Veröffentlichungen des Schweizerischen Instituts für Rechtsvergleichung, Bd. 24, Zürich 1994, S. 148 ff.

61 Für Einzelheiten siehe W. Bühler/ K. Spühler und K. Spühler/ S. Frei-Maurer, jeweils Berner Komm. zu Art. 151 und 152 ZGB.

62 BGE 95 II 289 ff.

als schuldlos gelten, wenn sein Verschulden angesichts der gesamten Umstände und des überwiegenden Verschuldens des andern als leicht erscheint und für die Zerrüttung lediglich von untergeordneter Bedeutung war. Das Verschulden kann aber zur Herabsetzung einer Rente nach Artikel 151 ZGB führen.

Artikel 151 ZGB hat den Zweck, den vermögensrechtlichen Schaden, den ein Ehegatte wegen des Verschuldens des andern durch die Scheidung erleidet, namentlich den Verlust der ehelichen Unterhaltsansprüche, auszugleichen. Den Stand seiner neueren Rechtsprechung hat das Bundesgericht in BGE 115 II 6 ff. zusammengefasst⁶³. Zeitlich unbegrenzte Unterhaltszahlungen sind nach einer Praxisänderung nicht mehr die Regel. Vielmehr ist in jedem Einzelfall zu prüfen, ob ein Ehegatte infolge der Scheidung einen dauernden finanziellen Schaden erleidet. Bei Kurzehen knüpft das Bundesgericht beim sog. negativen Vertragsinteresse an. Der anspruchsberechtigte Ehegatte, also in der Regel die Frau, wird wirtschaftlich so gestellt, wie wenn die Ehe nicht geschlossen worden wäre. Es gilt somit zu prüfen, ob sich die Frau auf längere Sicht eine wirtschaftliche Lage schaffen kann, in der sie nicht schlechter gestellt ist, als wenn sie ledig geblieben wäre.

Anders sieht es nach längerer Ehedauer aus. Hier geht das Bundesgericht davon aus, dass ein nicht erwerbstätiger Ehegatte unter 45 Jahren, der keine Betreuungspflichten gegenüber unter 16jährigen Kindern mehr hat, sich in der Regel nach der Scheidung wieder ins Erwerbsleben eingliedern kann, sofern nicht besondere Umstände wie ein schlechter Gesundheitszustand vorliegen. Bei haushaltführenden Ehegatten dagegen, die im Zeitpunkt der Scheidung über 45 Jahre alt sind, dürfte nach vielen Ehejahren eine lebenslängliche Rente weiterhin im Vordergrund stehen, da die Chancen einer Eingliederung ins Berufsleben bei älteren Personen eher gering sind.

Haben die scheidungswilligen Ehegatten Kinder, so wird der kinderbetreuenden noch nicht 45jährigen Ehefrau nach der neueren bundesgerichtlichen Praxis eine Teilzeitarbeit zugemutet, wenn das jüngste Kind das 10. Altersjahr vollendet hat und nicht mehrere Kinder zu betreuen sind. Wird das jüngste Kind 16 Jahre alt, so kann sie ihre Teilzeitarbeit zu einer Vollzeitarbeit ausbauen. Der geschiedene Mann hat deshalb nur für die Dauer der intensiven Kinderbetreuung und für die voraussichtliche Dauer der Eingliederung ins Erwerbsleben Alimente zu bezahlen.

Was die *Höhe* der Unterhaltsbeiträge betrifft, so steht dem Gericht ein weites Ermessen zu. Indessen hat das Bundesgericht im Sinne einer - allerdings mehr und mehr an Bedeutung verlierenden - Faustregel entschieden⁶⁴, dass bei einer Einverdiener Ehe der Ehemann mit einem Durchschnittseinkommen der geschiedenen Frau ohne Kinder rund ein Drittel seines Einkommens zukommen lassen soll. Sind dagegen noch Kinderrenten auszurichten, so hat der Mann gesamthaft zwischen 50 und 60 Prozent seines Einkommens der Scheidungsfamilie zu bezahlen. Eine Frau mit zwei Kindern kann deshalb bei einem Nettoeinkommen des Mannes von 5000 Franken nicht viel mehr als 2500 Franken an Alimenten für sich und die Kinder erwarten.

63 Für die Praxis der erstinstanzlichen Gerichte siehe: J. Perrin / L. Tricot, *Pratiques judiciaires du divorce ... Une recherche à finalité législative*, Université de Genève, Faculté de droit, Travaux CE-Tel No 28, November 1986, und die im Auftrag der Eidg. Frauenkommission durchgeführte Untersuchung über die juristischen Auswirkungen des neuen Eherechts vom November 1991; siehe dazu auch die kritischen Bemerkungen von H. Hausheer, *Nachehelicher Unterhalt: Streitobjekt für die (verschiedenen) Experten des Bundesrates in der anstehenden Scheidungsrechtsrevision*, ZBJV 1993, S. 644 ff., insbes. S. 646 ff.

64 BGE 108 II 82

Diese Grundsätze rufen nach einer grösseren Zurückhaltung bei einer Bedürftigkeitsrente gemäss Artikel 152 ZGB. Denn eine Bedürftigkeit setzt nicht voraus, dass der Zahlungspflichtige an der Scheidung schuld ist. Das Bundesgericht hat insofern eine Grenzziehung vorgenommen, als in der Regel keine Bedürftigkeit angenommen wird, wenn das Einkommen des Ansprechers 20 Prozent über dem individuell zu berechnenden Notbedarf liegt. 1994 waren 21,4 Prozent der Renten, die Frauen zugesprochen wurden, unbefristet. In 19,3 Prozent der Fälle betrug die Rentendauer über zehn Jahre, in 31,4 Prozent zwischen fünf bis zehn Jahren und in 27,9 Prozent der Fälle bis zu fünf Jahren. In der Grosszahl der Fälle wird der Alimentenanspruch durch Konvention festgelegt⁶⁵.

142.5 Kinderzuteilung

Das heutige Scheidungsrecht ist bezüglich der Sorge für die unmündigen Kinder geschlechtsneutral formuliert. Die Kinder sind demjenigen Elternteil zuzusprechen, der das Kindeswohl am besten gewährleistet. Ein Verschulden an der Scheidung ist grundsätzlich nicht entscheidend. Bei gleichen Voraussetzungen und gleicher Erziehungsfähigkeit kommt jeder Elternteil für die Zuteilung der Kinder in Frage. Der während langer Jahre vom Bundesgericht vertretene sog. "mütterliche Vorrang"⁶⁶ ist auch bei Kleinkindern praktisch aufgehoben. 1988 hat das Bundesgericht sich dahingehend geäussert, es sei besser vom Vorrang desjenigen Elternteils zu sprechen, der aller Voraussicht nach auf die Dauer die grösere Bereitschaft aufweise, die Kinder in eigener Obhut zu haben, sie unmittelbar selber zu betreuen und zu pflegen⁶⁷. Ist die Möglichkeit, die Kinder persönlich zu betreuen, auf beiden Seiten ungefähr in gleicher Weise gegeben, so ist dem Kriterium der örtlichen und familiären Stabilität und allenfalls einem eindeutigen Wunsch der Kinder Rechnung zu tragen. Von diesen Grundsätzen ist abzuweichen, wenn der so bestimmte Elternteil in seinem Verhalten gegen das Kindesinteresse verstösst, indem er beispielsweise die Gefühle der Kinder zum Kampf gegen den andern Elternteil einsetzt⁶⁸.

Das geltende - im Rahmen der Revision des Ehrechts von 1984 bestätigte - Recht geht vom Grundsatz aus, dass ein gemeinsames Sorgerecht nur bei verheirateten Eltern möglich ist. Wohl auch unter dem Eindruck ausländischer Verfassungsgerichtsentscheide⁶⁹ haben einzelne kantonale Gerichte⁷⁰ begonnen, sich über diesen Grundsatz hinwegzusetzen und in Ausnahmefällen auf gemeinsamen Antrag hin beiden Eltern bei der Scheidung die elterliche Gewalt einzuräumen. In einem ausführlich begründeten Entscheid hat das Bundesgericht indessen am 12. Dezember 1991 entschieden, dass es nach geltendem Recht unzulässig ist, den Eltern über die Scheidung hinaus die elterliche Gewalt gemeinsam zu belassen. Einer entsprechenden Bestimmung in der Vereinbarung über die Nebenfolgen der Scheidung habe

65 Vgl. B. Bastard/L. Cardia-Vonèche/ J.-F. Perrin, *Pratiques judiciaires du divorce*, Lausanne 1987, S. 114.

66 BGE 109 II 193 ff.; 108 II 370 f. E. 3a

67 BGE 114 II 200 ff. E. 3. Vgl. die seitherigen Entscheidungen BGE 115 II 206 ff. E. 4a; 115 II 317 ff. E. 2; 117 II 353 ff.

68 BGE 115 II 206 ff. E. 4b

69 Urteil des deutschen Bundesverfassungsgerichts vom 3. November 1982, abgedruckt in: FamRZ 1982, S. 1179 ff.; Niederländischer Hoge Raad, Urteile vom 4. Mai 1984, in: NJ 1985, S. 510, und vom 21. März 1986, in: NJ 1986, S. 587.

70 Beispielsweise in den Kantonen Basel-Landschaft, Genf, St. Gallen, Waadt; vgl. P. Balscheit, SJZ 1988, S. 25 ff.; SJZ 1989, S. 139 ff. Vgl. auch die Erläuterungen zu Art. 133 Abs. 3, Ziff 233.62.

das Gericht folglich die Genehmigung zu verweigern⁷¹. Das Bundesgericht ist damit der herrschenden Lehre gefolgt⁷². Es hat ausgeführt, dass eine gemeinsame elterliche Gewalt geschiedener Eltern nur auf dem Wege der Gesetzgebung eingeführt werden könne⁷³.

Hinsichtlich der Kinder zeigen die vom Bundesamt für Statistik jeweils gesamtschweizerisch durchgeführten Erhebungen folgendes Bild (die vereinzelt Fälle gemeinsamer elterlicher Gewalt kommen darin noch nicht zum Ausdruck):

	<i>Scheidungen total:</i>	<i>Geschiedene Ehen mit unmündigen Kindern:</i>
1994:	15'634	7'983
1993:	15'053	7'637
1992:	14'530	7'592
1991:	13'627	6'964
1990:	13'183	6'949

Von der Scheidung betroffene unmündige Kinder:

1994:	13'396 Kinder
1993:	12'692 Kinder
1992:	12'486 Kinder
1991:	11'376 Kinder
1990:	11'396 Kinder

Zuteilung der Kinder (elterliche Gewalt) an:

	Mutter:	Vater:	Dritte:
1994:	11'860 (88,53%)	1'484 (11,08%)	52 (0,39 %)
1993:	11'266 (88,67%)	1'388 (10,94%)	50 (0,39%)
1992:	11'027 (88,31%)	1'414 (11,32%)	45 (0,36%)
1991:	10'062 (88,45%)	1'278 (11,23%)	36 (0,32%)
1990:	10'020 (87,92%)	1'326 (11,63%)	50 (0,44%)

143 Die Mängel des geltenden Scheidungsrechts

Das Scheidungsgesetz wurde von der Gerichtspraxis auf fast einmalige Art in Berücksichtigung der sich wandelnden gesellschaftlichen Verhältnisse und Wertvorstellungen weiterentwickelt. Indessen sind die Möglichkeiten der Rechtsfortbildung durch die Praxis heute weitgehend erschöpft. Wichtigen Anliegen kann ohne Gesetzesrevision nicht mehr

71 BGE 117 II 523 ff.; vgl. weiter BGE 108 II 375 ff., E. 2a

72 Vgl. die Übersicht über das Schrifttum in BGE 117 II 524; BGE 114 II 412 ff., E. 2 betreffend Unzulässigkeit gemeinsamer elterlicher Gewalt von Konkubinatseltern sowie Ziff. 244.41.

73 BGE 117 II 529

Rechnung getragen werden. Zudem klafft zwischen Scheidungsgesetz und Scheidungswirklichkeit ein breiter Graben, den es im Interesse der Rechtssicherheit zu beheben gilt⁷⁴. Die Schuldfrage hat in der heutigen Scheidungspraxis sowohl bei den Scheidungsgründen wie bei der Zusprechung nachehelicher Unterhaltsbeiträge noch eine Bedeutung, die ihr nicht gebührt. Die fehlende gesetzliche Regelung der Konventionalscheidung führt dazu, dass einverständliche Scheidungen in einem unzweckmässigen Verfahren ausgesprochen werden. Für Frauen besonders stossend ist die fehlende Möglichkeit, an den während der Dauer der Ehe erworbenen Anwartschaften in der zweiten Säule unabhängig von Artikel 151 und 152 ZGB zu partizipieren. Schliesslich ist die Regelung der Elternrechte bei Scheidung, namentlich die zwingende Zuteilung der elterlichen Sorge an einen Elternteil, unbefriedigend.

144 Hauptziele der Revision des Scheidungsrechts

144.1 Beachtung der Grenzen des Rechts

Die Ehescheidung ist seit 1874 in umfassender Weise bundesrechtlich geregelt. Als Institut kann sie nicht in Frage gestellt werden. Damit ist allerdings noch nichts darüber ausgesagt, wie der Staat auf die seit Mitte der sechziger Jahre stetig steigende Scheidungsrate reagieren soll. Die Versuchung liegt nahe, mit einem griffigen Scheidungsgesetz die Ehestabilität zu fördern. Empirische Untersuchungen⁷⁵ lassen indessen ernsthaft daran zweifeln, dass ein unmittelbarer Zusammenhang zwischen Scheidungsgesetz und Zahl der Scheidungen besteht. Die Annahme, dass die Stabilität von Ehe und Familie durch ein liberales Scheidungsrecht geschwächt oder durch strenge Scheidungsvorschriften verstärkt wird, ist damit kaum haltbar. Rechtliche Vorschriften sind nur sehr beschränkt ein taugliches Mittel, um enge persönliche und dauerhafte Sozialbeziehungen konstruktiv zu gestalten⁷⁶. Es gilt zu beachten: "Je äusserlicher der vom Gesetz geregelte Sachverhalt ist, desto sicherer kann die Wirklichkeit durch blossen Gesetzesbefehl gestaltet werden ... Je innerlicher die zu ordnende zwischenmenschliche Beziehung ist, desto mehr entzieht sie sich der Reglementierung. Hier zeigen sich gerade im Eherecht echte Grenzen des Rechts, die respektiert werden sollten, nicht nur um der Betroffenen willen, sondern auch wegen des Ansehens des Rechts"⁷⁷. Letztlich muss sich die Rechtsordnung weitgehend darauf beschränken, vorellige Scheidungen zu verhüten, und dort, wo eine Ehe endgültig gescheitert ist, ein faires Auseinandergehen zu ermöglichen.

74 Vgl. dazu grundsätzlich P.H. Neuhaus, Soll man über die Konventionalscheidung schweigen?, *Archiv für civilist. Praxis*, 1965, S. 169 ff.

75 J. Limbach/ M. Rottleuthner-Lutter, Ehestabilität im Spannungsfeld von Schuld- und Zerrüttungsprinzip, in: *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* 1988, S. 266 ff. mit Hinweisen; M. Rheinstejn, Marriage Breakdown in Ticino and Comasco, in: M. Ferid (Hrsg.), in: *Festschrift für H.G. Ficker*, Frankfurt a.M. 1967, S. 385 ff.

76 So auch die Stellungnahme des Bundesrates auf eine Interpellation von Ständerat Zumbühl vom 20. Juni 1985 (Zunahme der Ehescheidungen), worin unter anderem angefragt wurde, ob die kommende Scheidungsrechtsrevision auch mit dem Ziel der Verringerung der Scheidungshäufigkeit geplant sei.

77 M. Fechner, in: *RebelsZ* 1961, S. 146, 152, zitiert bei J. Limbach/ M. Rottleuthner-Lutter, a.a.O., S. 289.

144.2 Beibehaltung der gerichtlichen Ehescheidung

Es bleibt unbestrittene Aufgabe des Gesetzgebers, Ehegatten in einer familiären Krise bei der Bewältigung ihrer Schwierigkeiten zu helfen. Bei der Revision des Eherechts wurde deshalb besonderes Gewicht auf einen angemessenen Eheschutz (Art. 171 ff. ZGB) gelegt. Zudem wurden die Kantone verpflichtet, dafür zu sorgen, dass Ehe- und Familienberatungsstellen zur Verfügung stehen, an die sich die Ehegatten mit ihren Problemen wenden können (Art. 171 ZGB).

Ist eine Ehe aber endgültig gescheitert und entbehrt sie der inneren Rechtfertigung, so soll sie geschieden werden. Die definitive Feststellung des Scheiterns der Ehe und die Regelung der Scheidungsfolgen dürfen indessen nicht den Ehegatten allein überlassen werden, indem die Ehe wie ein Vertrag als einseitig kündbar oder durch gegenseitige Übereinkunft als aufhebbar erklärt wird. Auch die Einführung eines blossen Administrativverfahrens würde nicht befriedigen⁷⁸. Die heute vorherrschende Auffassung von der Partnerschaft der Ehegatten hat zwar zu einer zunehmenden Privatisierung der Eheordnung geführt. Trotzdem muss an einer gerichtlichen Eheauflösung festgehalten werden. Der institutionelle Charakter der Ehe überwiegt noch immer den vertraglichen. Daher soll das endgültige Scheitern der Ehe von einem Gericht festgestellt werden. So besteht Gewähr, dass Ehen nicht übereilt geschieden werden. Und es wird gleichzeitig sichergestellt, dass bei der Regelung der Scheidungsfolgen den verschiedenen Interessen der Familienmitglieder und namentlich denjenigen der unmündigen Kinder angemessen Rechnung getragen wird. Die Erfahrungen bestätigen die Gefahr, dass der stärkere Ehegatte den schwächeren ausnützt oder dass ein Ehegatte durch eine "Zermürbungstaktik" des andern zu Konzessionen verleitet wird, die er unter Umständen bald bereut und die der Gerechtigkeit widersprechen. Namentlich ist es wichtig, dass die Kinderbelange vom Gericht von Amtes wegen abgeklärt und dass die Vereinbarungen über die Scheidungsfolgen von ihm genehmigt werden. Die neu vorgesehene Scheidung auf gemeinsames Begehren (Art. 111 und 112) steht mit der gerichtlichen Ehescheidung nicht in Widerspruch. Auch hier genügt der Wille der Ehegatten allein zur Scheidung nicht. Vielmehr muss in festgeschriebenen Formen gerichtlich festgestellt werden, dass die Ehegatten das Scheidungsbegehren aus freiem Willen und nach reiflicher Überlegung stellen, die Ehe demnach als unheilbar zerrüttet anzusehen ist. Erst das rechtskräftige Urteil löst die Ehe auf.

144.3 Erfordernis eines möglichst verschuldensunabhängigen Scheidungsrechts

Auch wenn dem Scheidungsrecht des ZGB von 1907 das Zerrüttungsprinzip zugrunde liegt, finden sich noch starke Spuren des Verschuldensprinzips, und zwar sowohl bei den Scheidungsgründen (siehe insbesondere Art. 142 Abs. 2 ZGB) als auch bei den Scheidungsfolgen (Art. 151 und 152 ZGB). Das Verschuldensprinzip gibt vor allem in zweifacher Hinsicht Anlass zu Kritik. Zum einen wird die Anknüpfung an das Verschulden als ungerecht und als unzumutbare Einmischung des Gerichts in den Privat- und Intimbereich der

78 Die Ehescheidung in einem einfachen Administrativverfahren, eventuell in einem einfachen und raschen Gerichtsverfahren, ist im Jahre 1985 von Frau Nationalrätin Fetz gefordert worden (Postulat P 85.470). Siehe im übrigen die Lösungen in skandinavischen Staaten, vgl. Ziff. 146.1. Vgl. auch J. Duss-von Werdt, Für die standesamtliche Scheidung, AJP 1992, S. 291 ff.

Ehegatten empfunden. Zum andern kann die heutige Regelung der Nebenfolgen der Scheidung den wirtschaftlich schwächeren Teil benachteiligen. Im einzelnen sprechen folgende Argumente gegen das Verschuldensprinzip im Scheidungsrecht:

- *Nur selten lässt sich eindeutig feststellen, welcher Ehegatte in welchem Ausmass Schuld an der unheilbaren Zerrüttung der Ehe hat:* Zur unheilbaren Zerrüttung einer Ehe können sowohl objektive, schicksalhafte Umstände eines Paares als auch ehewidrige Verhaltensweisen der Ehegatten führen. Zudem sind die Handlungen der Ehegatten ineinander verwoben und voneinander abhängig⁷⁹. Was als schwere Eheverfehlung eines Ehegatten erscheint, ist oft vom andern mitveranlasst und damit möglicherweise entschuldbar. Es ist im nachhinein für das Gericht oft sehr schwierig, wenn nicht unmöglich, festzustellen, welche Umstände für das Scheitern der Ehe letztlich ursächlich waren. Um diesen Schwierigkeiten auszuweichen, wird von den Gerichten - wenn überhaupt - vielfach nur die letzte Ehezeit durchleuchtet und ein einzelnes Ereignis herausgegriffen, was kein zutreffendes Bild der gesamten Ehedauer gibt und zu einer einseitigen ungerechten Schuldzuweisung führen kann⁸⁰. Im übrigen fehlt ein objektiver und allgemein verbindlicher Massstab für die Feststellung von Eheverfehlungen. Die Ehe wird in der heutigen Gesellschaft höchst unterschiedlich gelebt. Ein Verhalten, das in der einen Ehe als Pflichtverletzung erscheint, braucht deshalb in einer anders gelebten Ehegemeinschaft noch keine Zerrüttungsursache zu sein.
- *Immer mehr Gerichte lehnen es heute angesichts einer allgemeinen Tendenz zum Rückzug des Staates aus dem Privat- und Intimbereich der Ehegatten ab, sich in deren persönliche Verhältnisse einzumischen und Schuld und Unschuld zwischen den Ehegatten zu verteilen:* Um das Verschulden an dem Scheitern einer Ehe festzustellen, wird das Gericht gezwungen, die inneren Bereiche der Ehegatten zu untersuchen. Damit kommt es in Konflikt mit der Forderung auf Achtung der Intim- und Privatsphäre der Ehegatten. Zudem stehen der Aufwand für diese Nachforschungen und der Ertrag meist in keinem Verhältnis, da selten eine klare Schuldfeststellung zu erwarten ist.
- *Durch die Schuldfeststellung wird der Streit zwischen den Ehegatten unnötig verschärft:* Knüpfen der Scheidungsanspruch oder die nachehelichen Unterhaltsansprüche an Schuld und Unschuld an, so kommen die Ehegatten nicht darum herum, sich gegenseitig tatsächliche oder vermeintliche Eheverfehlungen vorzuhalten und deren Schwere zu betonen. Damit wird das persönliche Verhältnis unter den Ehegatten noch zusätzlich belastet und ein einträchtiges Zusammenwirken nach der Scheidung als Eltern zum Nachteil der Kinder oft verunmöglicht. Aufgabe des Scheidungsverfahrens ist es vor allem, den Ehegatten zu helfen, ihr Leben für die Zukunft neu zu gestalten, und nicht den Scheidungskampf zu verstärken⁸¹.
- *Mit der Bindung des Scheidungsanspruchs an das Verschulden werden Ehen, die jeder inneren Rechtfertigung entbehren, aufrechterhalten:* Leben die Ehegatten seit vielen Jahren getrennt, so verliert unabhängig von der Frage, ob ein Ehegatte für

79 Vgl. J. Duss-von Werdt, Die Ehe - eine Kette von Scheidungen, in: Trennung. Eine Grunderfahrung des menschlichen Lebens, hrsg. von H.J. Schultz, München 1991, S. 80 f., 83.

80 Vgl. F. Laier, Scheidung im Familienrecht, in: Trennung. Eine Grunderfahrung des menschlichen Lebens, hrsg. von H.J. Schultz, München 1991, S. 87, 96.

81 Vgl. F. Laier, a.a.O., S. 87.

† schuldig erklärt werden kann oder nicht, die Ehe ihren Sinn. Das Interesse eines Ehegatten, den andern in einer sinnentleerten Ehe festzuhalten, sollte nicht weiter geschützt werden, als es dem neuen Scheidungsgrund der faktischen Trennung während fünf Jahren entspricht.

- *Die Voraussetzung der "Schuldlosigkeit" für Unterhaltsansprüche kann zu ungerechten Ergebnissen führen:* Wegen einer einmaligen Eheverfehlung kann ein Ehegatte ohne Unterhaltsanspruch geschieden werden, auch wenn er die Ehe jahrelang gut geführt hat. Damit hat dieser Ehegatte oft allein die Folgen der gemeinsam gewählten Aufgabenteilung zu tragen, was ungerecht ist. Die gleiche Ehwidrigkeit muss dagegen beim erwerbstätigen Ehegatten nicht die gleiche Wirkung haben.

Aus all diesen Überlegungen sollte das neue Scheidungsrecht der Verschuldensfrage grundsätzlich keinen bzw. nur ausnahmsweise einen im Interesse der Einzelfallgerechtigkeit unbedingt notwendigen Raum einräumen. Der Beweis des Scheiterns einer Ehe ist so weit wie möglich zu formalisieren, damit vor den Gerichten nicht "schmutzige Wäsche gewaschen" werden muss. Die wirtschaftlichen Nebenfolgen sind ausgehend von objektiven Voraussetzungen so zu regeln, dass ein gerechter Interessenausgleich zwischen den Ehegatten erreicht werden kann.

144.4 Förderung der Verständigung der Ehegatten über ihre Scheidung

Die Scheidung beendet die Ehe, auch wenn danach zwischen den Ehegatten rechtliche Bindungen weiterbestehen können. "Auf der Beziehungsebene sind damit die Verbindungen aber keineswegs aufgelöst und sind es in vielen (allen?) Fällen möglicherweise überhaupt nie. Als Institution ist die Ehe reversibel, und trotzdem bleibt der Geschiedene immer der mit einem anderen Menschen einmal verheiratet Gewesene"⁸². Sind unmündige Kinder da, wird die Familie nur dann aufgelöst, wenn die Kinder bei Dritten plaziert werden. Die allermeisten Familien bestehen aber weiter und werden durch die Scheidung lediglich umgestaltet. Für den obhutsberechtigten Elternteil und die Kinder ergeben sich in der Regel weiterhin Kontakte zum andern Elternteil. Auch wenn die Scheidung für alle Beteiligten ein äusserst schmerzlicher Prozess ist, gilt heute als erwiesen, dass weniger die Scheidung als solche die Entwicklung der Kinder schädigt, als vielmehr die dauernden Streitigkeiten der Eltern während der Ehe, während des Scheidungsprozesses und allenfalls auch danach. Verschiedenste Untersuchungen belegen, dass jene Kinder die traumatischen Erfahrungen der Scheidung besser verarbeiten, die mit beiden Eltern weiterhin gute und enge Beziehungen unterhalten können und die nicht dauernd in Loyalitätskonflikten mit den Eltern stehen⁸³. Nacheheliches einträchtiges Zusammenwirken der Eltern zum Wohle des Kindes setzt aber voraus, dass die Ehegatten ihre Scheidung in "Anstand" vollziehen. Die in der

82 J. Duss-von Werdt/ A. Fuchs, a.a.O., S. 427 f.; J. Duss-von Werdt, a.a.O., S. 78 ff. (zit. Anm. 79).

83 J.S. Wallerstein/ J.B. Kelly, *Surviving the Breakup*, New York 1980, insbes. S. 307 f.; J. Wallerstein, *Children of Divorce: Preliminary Report of a Ten-Year Follow-Up of Young Children*, in: *American Journal of Orthopsychiatry* 54 (3), Juli 1984, S. 444 ff.; J. Wallerstein/ S. Blakeslee, *Gewinner und Verlierer, Frauen, Männer, Kinder nach der Scheidung. Eine Langzeitstudie*, München 1989, S. 304 ff., insbes. S. 304, 306, 317, 320 f.; R. Proksch, *Alternative Streitentscheidung im Scheidungsfolgenrecht, Überlegungen zur Übertragbarkeit US-amerikanischer Vermittlungsintervention während und nach der Scheidung in das Recht der Familiengerichtshilfe*, in: *Archiv für Wissenschaft und Praxis der sozialen Arbeit*, 1989, S. 76 ff.; G. Zenz, Referat zum 59. Deutschen Juristentag "Empfiehl es sich, das Kindschaftsrecht neu zu regeln?", Bd. II, München 1992, S. M19.

Scheidungsituation wohl ohnehin verminderte Gesprächsbereitschaft sollte durch das Scheidungsverfahren deshalb nicht noch zusätzlich verschärft werden. Vielmehr muss das neue Scheidungsrecht einvernehmliche Lösungen zwischen den Ehegatten fördern, die sich, soweit es um die Scheidungsfolgen geht, nach der Scheidung als viel tragfähiger erweisen⁸⁴. Das gilt nicht nur für Besuchsrechtsregelungen, sondern auch für die Bereitschaft zur Erfüllung von Unterhaltspflichten. Insbesondere die Zulassung der Scheidung auf gemeinsames Begehren (Art. 111 f.), die Einführung der gemeinsamen elterlichen Gewalt (neu Sorge, vgl. Ziff. 15) (Art. 133 Abs. 3) und die Schaffung von Vermittlungsstellen (Art. 151) suchen diesen Anliegen Rechnung zu tragen.

144.5 Bestmögliche Wahrung der Kindesinteressen

Scheidungen von Ehegatten ohne Kinder sind in der Regel problemloser als Scheidungen von Ehen mit Kindern. Auf den ersten Blick ist deshalb die Forderung verständlich, dass diese zwei Kategorien von Ehen nach unterschiedlichen Regeln geschieden werden: Die Scheidung von Ehen mit Kindern wäre im Vergleich zur Scheidung einer Ehe ohne Kinder zu erschweren. Eine solche Lösung ist aber abzulehnen. Zum einen zeigen wissenschaftliche Untersuchungen (siehe die in Ziff. 144.4 zitierte Literatur), dass weniger die Scheidung als solche, sondern das Sich-Auseinanderleben der Eltern vor und ihr Verhalten während und nach der Scheidung die Kinder belasten. Zum andern dürfte es für die emotionalen Beziehung der Eltern zu ihren Kindern nicht sehr förderlich sein, wenn diese die Ursache für die Verweigerung der Scheidung wären. Im übrigen gilt es, die Grenzen der Wirksamkeit des Rechts zu beachten (dazu Ziff. 144.1). Niemand kann die Ehegatten zwingen, zusammenzuleben. Wenn den Ehegatten zwar die Scheidung verweigert wird, aber sie trotzdem den gemeinsamen Haushalt aufheben, so ist für die Kinder nichts gewonnen.

Wichtig ist jedoch, dass die Kindesinteressen im Scheidungsverfahren bestmöglich berücksichtigt werden. Neben Verbesserungsmöglichkeiten im materiellen Kindesrecht (Art. 133 f., Art. 273 ff., 286 Abs. 3) gilt es namentlich zu berücksichtigen, dass das Gericht bei der Scheidung auf gemeinsames Begehren bedeutend weniger Angaben über die Persönlichkeit der Ehegatten erhält als im bisherigen Recht. Die gerichtliche Pflicht, die Kinderbelange von Amtes wegen abzuklären und die Stellen der Jugendhilfe in das Verfahren einzubeziehen, sind deshalb von besonderer Bedeutung (Art. 145 f.), ebenso die Pflicht zur Anhörung des Kindes (Art. 133 Abs. 2, 144 Abs. 2) und die Pflicht zur Anordnung der Vertretung des Kindes in schwierigen Situationen (Art. 147 f.).

144.6 Ausgewogene Regelung der wirtschaftlichen Folgen der Scheidung

Das am 1. Januar 1988 in Kraft getretene Eherecht kennt keine gesetzliche Aufgabenteilung mehr. Es verzichtet bewusst darauf, den Ehegatten ein bestimmtes Ehemodell vorzuschreiben. Damit wird aber auch nicht gesetzlich das Ehemodell festgeschrieben, nach welchem beide Ehegatten erwerbstätig zu sein haben. Vielmehr kann sich jedes Ehepaar frei entscheiden, wie es die Aufgaben unter sich aufteilen will. Nach Artikel 163 ZGB sorgen die Ehegatten gemeinsam, ein jeder nach seinen Kräften, für den gebührenden Unterhalt der Familie. Sie verständigen sich über den Beitrag, den jeder von ihnen leistet, namentlich durch Geldzahlungen, Besorgen des Haushaltes, Betreuen der Kinder oder durch Mithilfe im

84 R. Proksch, a.a.O., S. 87 ff.

4
Beruf oder Gewerbe des andern⁸⁵. Je nach der im gegenseitigen Einverständnis gewählten Aufgabenteilung hat die Scheidung unterschiedliche Auswirkungen auf die wirtschaftliche Lage der Ehegatten. Sind beide erwerbstätig geblieben, so fallen die Auswirkungen der Scheidung für den einzelnen Ehegatten bezüglich Selbstversorgung weniger ins Gewicht, abgesehen davon, dass zwei Haushalte regelmässig Mehrkosten verursachen. Hat dagegen ein Ehegatte im Interesse der Familie während vieler Jahre, wenn nicht gar Jahrzehnte auf eine Erwerbstätigkeit verzichtet, so ist es ihm nach der Scheidung meist während kürzerer oder längerer Zeit unmöglich, selber für seinen Unterhalt zu sorgen. Hier kann sich der erwerbstätige Ehegatte bei der Scheidung - wie schon unter geltendem Recht - nicht einfach aus seiner Verantwortung stehlen. Vielmehr entspricht es dem Gebot der nahehehlichen Solidarität, dass die Folgen der in der Ehe gewählten Aufgabenteilung gemeinsam getragen werden. Das neue Recht muss deshalb vom Grundsatz ausgehen, dass ein Ehepaar so geschieden wird, wie es während der Ehe gelebt hat. Bei der Frage, ob und wie lange Alimente zu bezahlen sind, sind nicht nur die Bedürfnisse der Kinder bestimmend. Vielmehr sind die Auswirkungen einer oft über lange Jahre eingespielten Aufgabenteilung auf die Erwerbsfähigkeit und die Chancen auf dem Arbeitsmarkt zu berücksichtigen. Dem Gedanken der Solidarität der Ehegatten, d.h. der zumutbaren nahehehlichen Verantwortung füreinander, entspricht es ferner, dass ein Ehegatte seinen bisherigen Partner in einem gewissen Rahmen über die Scheidung hinaus unterstützt, wenn dieser aus anderen Gründen als der Aufgabenteilung während der Dauer der Ehe nicht für seinen Unterhalt zu sorgen vermag. Es muss deshalb eine offene Unterhaltsregelung vorgesehen werden (vgl. Art. 125 ff.), die dem Einzelfall gerecht wird und sich auch späteren Veränderungen in den Verhältnissen der Ehegatten anzupassen vermag. Die wirtschaftliche Selbständigkeit der Ehegatten nach der Scheidung ist aber zu fördern⁸⁶. Das kann vor allem dadurch erreicht werden, dass die während der Dauer der Ehe aufgebaute Altersvorsorge in der zweiten Säule angesichts der Unzulänglichkeit von Artikel 151/152 ZGB nicht mehr wie bisher weitgehend nur dem erwerbstätigen Ehegatten zugute kommt, sondern als Grundsatz die erworbenen Austrittsleistungen hälftig geteilt werden. Mit diesem "Splitting" kann eine der grössten Ungereimtheiten im geltenden Scheidungsrecht beseitigt werden (vgl. Ziff. 233.41). Damit wird auch die Grundlage geschaffen, dass lebenslängliche Unterhaltszahlungen eher die Ausnahme bleiben können.

Die nahehehliche Unterhaltsregelung darf nicht losgelöst von den ökonomischen und gesellschaftlichen Verhältnissen in der Schweiz festgelegt werden. In Ländern, in welchen man beispielsweise davon ausgehen kann, dass praktisch in allen Ehen beide Ehegatten erwerbstätig sind (ja sogar erwerbstätig sein müssen, weil die Durchschnittseinkommen oft so bemessen sind, dass sie nur für einen Erwachsenen, nicht aber für zwei reichen), ist für langdauernden nahehehlichen Unterhalt kein Platz. Unterstützt der Staat die Eltern mit besonders grosszügigen Kindergeldern und sind auch die übrigen Sozialleistungen stark ausgebaut, ist namentlich der Staat für die Gesundheitspflege und die Altersvorsorge verantwortlich, so ist verständlich, dass nahehehliche Unterhaltszahlungen nur in engen Grenzen gewährt werden (vgl. Ziff. 146.31). Ob einem Ehegatten, dem bei der Scheidung die Obhut über die Kinder zugeteilt wird, eine Erwerbstätigkeit zugemutet werden kann, hängt schliesslich auch davon ab, ob genügend Kinderbetreuungsstätten und Tagesschulen zur Verfügung stehen und ob der Arbeitsmarkt den Bedürfnissen alleinerziehender Eltern nach flexiblen Arbeitszeiten Rechnung trägt⁸⁷.

85 Vgl. H. Hausheer/ R. Reusser/ Th. Geiser, Berner Komm. zu Art. 163 ZGB N. 36 ff.

86 Vgl. auch Empfehlung des Europarates N° R (89) 1 sur les prestations après divorce (principe 1).

87 Siehe zu diesem Problemkreis: Familienexterne Kinderbetreuung, Bericht der Eidg. Kommission für Frauenfragen, November 1992; F. Höpflinger/ M. Charles/ A. Debrunner, Familienleben und Berufsarbeit. Zum Wechselverhältnis zweier Lebensbereiche, Zürich 1991.

In der Schweiz wählen Ehepaare, die Kinder zu betreuen haben, häufig noch die 1907 gesetzlich vorgeschriebene und damals auch als Schutz gegen die Frauen- und Kinderarbeit in der Folge der industriellen Revolution des 19. Jahrhunderts gedachte Aufgabenteilung, indem die Frau die Kinder betreut und der Mann einer Erwerbstätigkeit nachgeht:

Anteil der Erwerbstätigen an der Wohnbevölkerung schweizerischer Nationalität im Alter von 15-64 Jahren (nach Geschlecht und Zivilstand) im Jahre 1990⁸⁸ (in Klammer im Jahre 1970)⁸⁹:

Von 1000 Personen waren *erwerbstätig* (gemäss bis 1990 gültiger Definition: Erwerbstätigkeit von mindestens 6 Stunden pro Woche):

<i>Zivilstand</i>	<i>Frauen</i>	<i>Männer</i>
ledig	746 (748)	788 (777)
verheiratet	451 (292)	962 (976)
verwitwet	468 (486)	849 (892)
<i>geschieden</i>	828 (811)	928 (937)

(Quelle: Spezialauswertung des Bundesamtes für Statistik)

Bei den *verheirateten Männern und Frauen* ergibt sich folgendes Detailbild (= Erwerbspersonen, also inkl. Erwerbslose in Promillen der Wohnbevölkerung, Erwerbstätigkeit gemäss neuer, ab 1990 gültiger Definition von mindestens 1 Stunde pro Woche):

<i>Altersklassen (Jahre)</i>	<i>Frauen</i>	<i>Männer</i>
15-19	618	879
20-24	643	967
25-29	548	981
30-34	496	989
35-39	545	992
40-44	597	992
45-49	596	989
50-54	533	982
55-59	413	958
60-64	193	810

(Quelle: Tabelle 5.102-01.01)

Verheiratete Männer und Frauen nach Vollzeitquote (= Vollerwerbstätige in Promille der Erwerbstätigen):

<i>Altersklassen (Jahre)</i>	<i>Frauen</i>	<i>Männer</i>
15-19	870	957
20-24	722	974
25-29	550	970

88 Basis: Eidgenössische Volkszählung 1990.

89 Basis: Eidgenössische Volkszählung 1970.

30-34	409	971
35-39	347	972
40-44	323	975
45-49	320	976
50-54	330	971
55-59	320	958
60-64	312	919

(Quelle: Tabelle 5.102-02.01)

Die Schwierigkeiten, welchen Frauen, die ihre Kräfte über Jahre und Jahrzehnte der Familie gewidmet und dem Ehemann damit oft eine Berufskarriere ermöglicht haben, beim Wiedereinstieg in das Erwerbsleben begegnen, sind allseits bekannt. Würde man im Rahmen der Revision des Scheidungsrechts nicht beide Ehegatten für die von ihnen gewählte Aufgabenteilung bei der Scheidung für verantwortlich erklären, so wäre das Recht zur freien Aufgabenteilung in der Ehe illusorisch. Auch müssten die bestehenden Sozialwerke wesentlich ausgebaut werden, um stossende Ungerechtigkeiten zu vermeiden. Indessen ist wohl nach wie vor davon auszugehen, dass die Allgemeinheit nicht bereit ist, über den Fürsorgebereich und die bestehenden Sozialleistungen hinaus in allgemeiner Weise die Folgekosten der Scheidungen zu übernehmen. All diesen Umständen muss deshalb die neue Unterhaltsregelung Rechnung tragen. Indessen darf nicht vergessen werden, dass bei unteren und mittleren Einkommensverhältnissen die Scheidung eines Paares mit betreuungsbedürftigen Kindern eine "wirtschaftliche Katastrophe" darstellt. Denn verteilt werden kann nur, was an Geldmitteln überhaupt vorhanden ist. Diese reichen häufig nicht aus, um zwei Haushalte zu finanzieren, so dass der Ehegatte, der bisher den Haushalt geführt und die Kinder betreut hat, gezwungen ist, eine Erwerbstätigkeit aufzunehmen. Als Ergänzung zum neuen Scheidungsrecht ist deshalb zu wünschen, dass die Arbeitgeber den Bedürfnissen alleinerziehender Eltern entgegenkommen, dass das Angebot an Kinderbetreuungsstätten erweitert wird und dass trotz Scheidung jeder Elternteil einen Anteil an der Betreuung der Kinder leistet.

145 Ausarbeitung des Revisionsentwurfs zum Scheidungsrecht

145.1 Vorentwurf

Gestützt auf Vorarbeiten von Professor Hans Hinderling (Basel) hat die Expertenkommission für die Revision des Familienrechts zwischen 1976-1979 bereits ein neues Scheidungsrecht beraten. Im Auftrage des Bundesamtes für Justiz führte dann das Institut für Ehe und Familie in Zürich in den Jahren 1978 und 1979 eine breitangelegte, rechtstatsächliche Untersuchung durch, deren Ergebnisse 1980 publiziert wurden⁹⁰. 1985 konnte die Expertenkommission, nachdem die Arbeiten am Eherecht (allgemeine Wirkungen der Ehe und Ehegüterrecht) endlich abgeschlossen waren, anhand eines bereinigten Vorentwurfs aus der Feder von Professor Jacques-Michel Grossen (Neuenburg) die Beratungen zum Scheidungsrecht wieder aufnehmen. An nicht weniger als 42, zum Teil mehrtägigen Sitzungen beriet die Expertenkommission ihren Vorentwurf (VE). Zwei Subkommissionen untersuchten zu

⁹⁰ Scheidung in der Schweiz. Eine wissenschaftliche Dokumentation, herausgegeben von J. Duss-von Werdt und A. Fuchs, Veröffentlichungen des Instituts für Ehe und Familie, Bern 1980.

dem Sonderprobleme. Am 27. Juni 1991 wurde schliesslich der Vorentwurf zuhanden des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartementes verabschiedet. Dieser enthielt auch Kindes- und vormundschaftsrechtliche Bestimmungen.

Der Expertenkommission für die Revision des Familienrechts gehörten folgende Personen an:

Dr. Lisa Bener-Wittwer, Rechtsanwältin (Chur), Dr. Elisabeth Blunschy-Steiner, Rechtsanwältin (Schwyz), Verena Bräm, Oberrichterin (Zürich), Dr. Hans Farner, Pro Juventute (Zürich), Prof. Jacques-Michel Grossen, Präsident der Expertenkommission (Cortailod/ Neuenburg), auf den Januar 1988 aus gesundheitlichen Gründen zurückgetreten, Dr. Mario Guglielmoni, Rechtsanwalt (Lugano), im Laufe der Arbeiten zurückgetreten, Dr. Beatrice Gukelberger, Fußsprecherin und Notarin (Bern), Prof. Heinz Hausheer, alt Bundesrichter (Bern), Prof. Cyril Hegnauer (Wädenswil), Prof. Valy Lenoir-Degoumois (Genf), Prof. Ursula Nordmann-Zimmermann, Rechtsanwältin (Lausanne), Prof. Jean-François Perrin (Genf), Prof. Gilles Petitpierre (Genf), Dr. Ruth Reusser, Stellvertretende Direktorin des Bundesamtes für Justiz, Präsidentin der Expertenkommission ab Januar 1988 (Bern), Prof. Bernhard Schnyder (Freiburg), Dr. Rolf Weber, Rechtsanwalt und Bezirksgerichtspräsident (Arbon).

Mitglieder der Expertenkommission waren Juristinnen und Juristen mit Erfahrungen in verschiedenen Teilgebieten. Von Anfang wurde ferner grosser Wert auf das interdisziplinäre Gespräch gelegt. So wurden verschiedene Hearings mit Fachleuten aus Medizin, Sozialarbeit, Psychologie, Soziologie und Eheberatung durchgeführt. Ergänzend zu den im Auftrag des Bundesamtes für Justiz erfolgten soziologischen Abklärungen lieferten Untersuchungen an der Universität Genf unter der Leitung der Professoren Kellerhals und Perrin wichtige Informationen⁹¹. Zudem wurde durch Professor M. Felder von der psychiatrischen Poliklinik für Kinder und Jugendliche in Zürich mit Unterstützung des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartementes eine Befragung bei Jugendlichen über Scheidung, Kindeszuweisung und Besuchsrechtsregelung organisiert. Die Expertenkommission hat ferner zahlreiche Eingaben geprüft (insbesondere Eingaben der Eidg. Kommission für Frauenfragen⁹² und der Vereinigung geschiedener Männer) und verschiedenste Publikationen zur Revision des Scheidungsrechts verarbeitet. Sie verfolgte die Rechtsentwicklung im Ausland aufmerksam, liess sich über die Erfahrungen mit neuen ausländischen Scheidungsrechten berichten und bemühte sich, an einer zusammen mit dem Schweizerischen Institut für Rechtsvergleichung, Dorigny, organisierten Tagung Lehren aus dem Rechtsvergleich zu ziehen⁹³.

Für die Regelung bezüglich der Anwartschaften der zweiten Säule (Art. 126-128 VE) wurden drei Mitglieder der Eidgenössischen Kommission für die berufliche Vorsorge, nämlich Christiane Brunner, Rechtsanwältin (Genf), Daniel Thomann, PRASA (Peseux/Neuenburg) und Dr. Hermann Walser, Verband Privatwirtschaftlicher Personalvorsorge (Zürich), beige-

91 Siehe dazu J. Commaille/ P. Festy/ P. Guibentil/ J. Kellerhals/ J.-F. Perrin/ L. Roussel, *Le divorce en Europe occidentale - La Loi et le Nombre*, CETEL-INED, Genève/ Paris 1983; J.-F. Perrin und L. Tricot, *Pratiques judiciaires du divorce. Une recherche à finalité législative*, Travaux CETEL No 28, Genf 1986; B. Bastard/ L. Cardia-Vonèche/ J.-F. Perrin, a.a.O.; N. Languin, *Les contacts entre père et enfant à la suite du divorce*, Travaux CETEL No 37, Genf, September 1990.

92 Bericht über die Revision des Scheidungsrechts in der Schweiz, Mai 1987, in: *Frauenfragen*, 10. Jahrgang, Nr. 2, August 1987.

93 Revision des Scheidungsrechts. Neuere Erfahrungen des Auslandes. Lausanner Kolloquium vom 12. Oktober 1987, Veröffentlichungen des Schweizerischen Instituts für Rechtsvergleichung, Bd. 9, Zürich 1988.

zogen. Die Vorschläge haben auch die Zustimmung der Eidgenössischen Kommission für die berufliche Vorsorge gefunden.

145.2 Vernehmlassungsverfahren

Hinweise auf das Ergebnis des Vernehmlassungsverfahrens finden sich auch im besonderen Teil dieser Botschaft bei der Erläuterung der einzelnen Artikel.

145.21 Gesamtbeurteilung des Vorentwurfs

Der Vorentwurf hat gesamtheitlich betrachtet eine sehr positive Aufnahme gefunden. Insbesondere die Leitlinien für die Reform des Scheidungsrechts fanden praktisch einhellig Zustimmung. Speziell begrüsst wurden die Bestimmungen über die Teilung der während der Ehedauer erworbenen Austrittsleistungen vor Eintritt des Versicherungsfalls (Art. 126 VE). Dass in Einzelheiten - allerdings mit unterschiedlicher Stossrichtung - viele kritische Bemerkungen angebracht wurden, versteht sich von selbst. Verschiedentlich wurde die Notwendigkeit der Fachausbildung, insbesondere auch in psychologischer Hinsicht, von Familienrichterinnen und Familienrichtern unterstrichen.

Vereinzelt wurde einerseits aber auch geltend gemacht, der Staat betreibe mit dem Vorentwurf immer noch eine stark interventionistische Familienpolitik. Die Partner seien zu wenig frei, ihre Beziehungen individuell und autonom zu regeln. Andererseits wurde von gewissen Vernehmlassungsadressaten eingewendet, die Möglichkeiten zur Abgeltung von Betreuungsarbeit seien zu wenig ausgeschöpft. Der Vorentwurf trage der Lebenssituation der Frauen zu wenig Rechnung und erfülle damit den Verfassungsauftrag von Artikel 4 Absatz 2 BV nur ungenügend.

Schliesslich ist punktuell kritisiert worden, es werde zu wenig Rücksicht auf die kantonale Gerichtsorganisation und das kantonale Verfahren genommen. Der Vorentwurf enthalte zu viele Verfahrensbestimmungen, welche die Kompetenz der Kantone und den Ermessensspielraum des Gerichts einengen würden. Es sei eine starke Mehrbelastung der Gerichte zu befürchten. Zudem könne die Mediation (Art. 151 VE) zu untragbaren finanziellen Folgekosten für die Kantone bzw. Gemeinden führen.

145.22 Zu den einzelnen Vorschlägen im Bereich der Ehescheidung und Ehetrennung

Bei der *Scheidung auf gemeinsames Begehren* (Art. 115 ff. VE) wurde von einer beachtlichen Minderheit kritisiert, dass das Verfahren zu aufwendig und eine zweimalige Anhörung der Ehegatten nicht (oder nicht immer) nötig sei. Auch die Bedenkfrist von zwei Monaten zwischen der ersten und der zweiten Anhörung wurde zum Teil beanstandet, wobei die Meinungen aber sehr unterschiedlich waren: In gewissen Stellungnahmen wurde die Frist als zu kurz, in anderen wiederum als zu lang kritisiert. Vereinzelt wurde postuliert, dass zwingend eine einjährige Trennung der Ehegatten der Scheidung vorausgehen habe oder

dass auch eine Maximalfrist festzulegen sei. Gesamtheitlich betrachtet ergibt sich jedoch aus den Vernehmlassungen, dass die Scheidung auf gemeinsames Begehren mit zweimaliger Anhörung weithin akzeptiert wird. Bei der Scheidung nach Ablauf einer bestimmten Trennungszeit (Art. 118 VE) war die Frist umstritten. Vereinzelt wollte man sich mit einer einjährigen Trennung begnügen, verschiedene Stellungnahmen votierten für eine dreijährige Trennung. Die Mehrheit war aber mit den vorgeschlagenen fünf Jahren einverstanden. Die grosse Mehrheit war im übrigen bei der Scheidung wegen Unzumutbarkeit (Art. 119 VE) für die Hauptvariante, d.h. für die liberalere Fassung.

Die Mehrheit der Vernehmlassungsteilnehmerinnen und -teilnehmer waren in den meisten Punkten mit dem vorgeschlagenen *Scheidungsfolgenrecht* (Art. 123 ff. VE) einverstanden. Namentlich wurden die Bestimmungen über die *Wohnung der Familie* (Art. 125 VE) und die *berufliche Vorsorge* (Art. 126 ff. VE) überwiegend gutgeheissen. Die Bestimmung über die *Genugtuung* (Art. 129 VE) wurde allerdings mit der Begründung, dass die allgemeine Bestimmung in Artikel 49 OR⁹⁴ für krasse Fälle genügend Rechtsschutz biete, mehrheitlich abgelehnt. Bei der nachhehlichen Unterhaltsregelung (Art. 130 ff. VE) gab insbesondere die Härteklausel (Art. 130 Abs. 3 VE) zu Kritik Anlass; durch die Hintertür werde wieder die Verschuldensfrage ins Gesetz aufgenommen. Im übrigen wurde zum Teil eine konkretere Umschreibung der Voraussetzungen von Unterhaltszahlungen gewünscht. Zentraler Diskussionspunkt war die Einführung der gemeinsamen elterlichen Gewalt für geschiedene Eltern (Art. 138 Abs. 3 VE). Grundsätzlich dagegen waren nur wenige Stellungnahmen. Zum Teil wurde aber die Befürchtung laut, dass die gemeinsame elterliche Gewalt als Druckmittel eingesetzt würde, um entweder mehr Unterhalt zu verlangen (bei Zustimmung zur gemeinsamen elterlichen Gewalt) oder weniger Unterhalt bezahlen zu müssen (bei Verzicht auf die gemeinsame elterliche Gewalt). Zum Teil wurden zusätzliche gesetzliche Voraussetzungen gewünscht, beispielsweise dass die Eltern sich in die Betreuung der Kinder teilen und dass schon bisher, d.h. während der Trennungszeit, eine gemeinsame Betreuung stattgefunden hat. Verschiedentlich wurde als Konsequenz aus der gemeinsamen elterlichen Gewalt für Scheidungseltern auch eine gemeinsame elterliche Gewalt für unverheiratete Eltern gefordert.

Die Bestimmungen über das *Scheidungsverfahren* (Art. 140 ff. VE) sind mehrheitlich gutgeheissen worden. Von verschiedener Seite wurde namentlich das Anhörungsrecht des Kindes (Art. 147 Abs. 2 VE) kritisiert.

Die überwiegende Mehrheit war für die *Beibehaltung der Ehetrennung*, wie sie im Vorentwurf vorgesehen wurde (Art. 121/ 122 VE). Nur in wenigen Stellungnahmen wurde die Streichung des Rechtsinstituts mit der Begründung gefordert, die Bestimmungen über den Eheschutz (Art. 175/ 176 ZGB) genühten.

145.23 Die Überarbeitung des Vorentwurfs

Im Hinblick auf die gesamthaft positive Aufnahme des Vorentwurfs im Vernehmlassungsverfahren erfolgte die Bereinigung in einer departementalen Arbeitsgruppe. Besonders aufwendig war die Erarbeitung der Ausführungsbestimmungen zur Regelung über die Teilung der Anwartschaften in der zweiten Säule (Art. 141, 142 E ZGB, Art. 331e Abs. 6 E OR,

94 SR 220. Für die Anwendung der genannten Bestimmung und Streichung von Art. 130 Abs. 3 VE spricht sich auch D. Steck in H. Hinderling/D. Steck, a.a.O., S. 398 Anm. 45, aus.

Art. 30c Abs. 6 E BVG, Art. 22 ff., 24 Abs. 2 und 3, 25a, 26 Abs. 3 E FZG). Die Expertenkommission hatte sich hier nur auf den Grundsatz beschränkt, da die Ausführungsbestimmungen auf das neue Freizügigkeitsgesetz abzustimmen waren, das erst am 17. Dezember 1993 von den eidgenössischen Räten beschlossen wurde⁹⁵. Mitgewirkt haben Dr. Claude Chuard, Unabhängiger Pensionskassenberater (Bern), Dr. Olivier Deprez, Experte für berufliche Vorsorge (Zürich), Prof. Thomas Geiser (Bern), Dipl. Math. ETH Bernd Herzog, Sektionschef im Bundesamt für Sozialversicherung, Dr. Werner Nussbaum, Chef der Abteilung Berufliche Vorsorge im Bundesamt für Sozialversicherung, Dr. Hermann Walser, Verband Privatwirtschaftlicher Personalvorsorge (Zürich).

Die wichtigsten Neuerungen sind die folgenden: Die Scheidung auf gemeinsames Begehren soll ohne zweimalige Anhörung möglich sein, wenn die Ehegatten bereits seit mindestens einem Jahr getrennt leben (Art. 111 Abs. 3). Wird bei der Scheidung die Familienwohnung einem Ehegatten zugeteilt und der andere Ehegatte für ausstehende Mietzinse belangt, so soll er den bezahlten Betrag mit Unterhaltsbeiträgen verrechnen dürfen (Art. 121 Abs. 2, 2. Satz). Die Möglichkeit der Zusprechung einer angemessenen Entschädigung in Fällen, in welchen die während der Ehedauer erworbenen Austrittsleistungen in der zweiten Säule nicht geteilt werden können, ist erweitert (Art. 124) und die Kompetenz des Gerichts zur gänzlichen oder teilweisen Verweigerung der Teilung auf Fälle beschränkt worden, in welchen die Teilung aufgrund der güterrechtlichen Auseinandersetzung oder der wirtschaftlichen Verhältnisse nach der Scheidung offensichtlich unbillig wäre (Art. 123 Abs. 2). Schliesslich ist die Härteklausele bei der Unterhaltsregelung stark eingengt und präzisiert worden (Art. 125 Abs. 3). Ein Genugtuungsanspruch (vgl. Art. 129 VE) ist nicht mehr vorgesehen. Das Besuchsrecht wird als gegenseitiger Anspruch von Eltern und Kindern konzipiert (Art. 273) und die Voraussetzungen für die Zusprechung der gemeinsamen elterlichen Sorge (vgl. zur Terminologie vgl. Ziff. 15) neu umschrieben (Art. 133 Abs. 3). Im übrigen wird die Möglichkeit der gemeinsamen Sorge auch bei unverheirateten Eltern postuliert (Art. 298a). Schliesslich wird im Scheidungsverfahren neu vorgesehen, dass das Gericht in bestimmten Situationen die Vertretung des Kindes anordnen muss (Art. 147 f.).

146 Europäischer Rechtsvergleich

146.1 Vorbemerkungen

Nicht nur in der Schweiz, sondern in ganz Europa haben sich in den zwei vergangenen Jahrzehnten die sozialen Verhältnisse und die Anschauungen über die Ehe grundlegend geändert. Damit verbunden war eine Revisionswelle, die in fast allen westeuropäischen Staaten zu einer beispiellosen legislatorischen Tätigkeit im Bereich des Scheidungsrechts geführt hat⁹⁶. Mit der vorliegenden Revision schliesst sich die Schweiz, die heute das älteste Scheidungsrecht Europas hat, somit einer Bewegung an, die den ganzen Kontinent erfasst hat.

Die vorliegende rechtsvergleichende Übersicht beschränkt sich auf Gesetzgebungen von Staaten, die der Schweiz geographisch nahe liegen, und auf besonders innovative Lösungen.

95 BBl 1993 IV 566

96 M.-T. Meulders-Klein, La problématique du divorce dans les législations d'Europe occidentale, *Revue internationale du droit comparé* 1989, S. 8 ff.

Es handelt sich um:

- Belgien:** Artikel 227 ff. des belgischen ZGB (CC belge), in mehreren Etappen revidiert, insbesondere 1974 durch das Gesetz über die Scheidung; Gesetz vom 13. April 1995 betreffend die gemeinsame Ausübung der elterlichen Sorge.
- Deutschland:** § 1564 ff. des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB), revidiert durch das Ehe- und Familienrechtsreformgesetz vom 14. Juni 1976. Dieses Gesetz hat seither eine Anzahl Änderungen, insbesondere 1986 im Zusammenhang mit der Frage des Unterhalts der Ehegatten nach der Scheidung, erfahren. Eine Neuregelung der Kinderfragen ist geplant: Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Kindschaftsrechts (Kindschaftsrechtsreformgesetz) des Bundesministeriums der Justiz; Stand: 24. Juli 1995.
- Frankreich:** Artikel 229 ff. des französischen ZGB (CCfr), revidiert durch das Gesetz vom 11. Juli 1975 über die Reform der Scheidung. Gesetz Nr. 87-570 vom 22. Juli 1987 und Gesetz Nr. 93-22 vom 8. Januar 1993 über Kinderfragen.
- Italien:** Gesetz vom 1. Dezember 1970 über die Auflösung der Ehe ("Legge 898, Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio"), geändert durch das Gesetz vom 6. März 1987.
- Österreich:** Ehegesetz vom 6. Juli 1938. Dieses Gesetz wurde häufig revidiert, insbesondere 1978 und 1985. Eine grundlegende Scheidungsrechtsreform ist geplant.
- Dänemark:** Gesetz über den Abschluss und die Auflösung der Ehe vom 4. Juni 1969, revidiert am 20. Mai 1992.
- England:** "Matrimonial Causes Act" 1973 (MCA). Children Act 1989. 1990 hat die Law Commission einen - allerdings umstrittenen - Entwurf für eine Reform der Scheidungsgründe vorgelegt. Danach können ein Ehegatte oder beide Ehegatten vor dem Gericht erklären, dass ihre Ehe endgültig gescheitert ist und die Scheidung innerhalb einer zwölfmonatigen Frist erlangen. Die tatsächliche Trennung der Ehegatten während dieser Frist ist nicht notwendig⁹⁷. Dieses Jahr hat die Regierung die Diskussion über ein neues Scheidungsrecht wieder aufgenommen.
- Finnland:** Gesetz über die Ehe vom 13. Juni 1929, revidiert am 16. April 1987.
- Niederlande:** Artikel 149 ff. des holländischen ZGB, letztmals revidiert am 28. April 1994 (Art. 157, nachehelicher Unterhalt, in Kraft seit 1. Juli 1994).
- Norwegen:** Gesetz über die Ehe vom 4. Juli 1991.
- Schweden:** Gesetz vom 4. Juli 1973 und vom 14. Februar 1987 zur Reform der Schliessung und Auflösung der Ehe (Die Reform von 1987 änderte die Bestimmungen über die Scheidung von 1973 nicht).

97 Vgl. K. Standley, Family law, London 1993, S. 96.

Auffälligstes Merkmal aller Revisionen ist die Liberalisierung der Scheidung⁹⁸. Indessen ist nach wie vor das allgemeine Konzept der Scheidung in den einzelnen Ländern von den dortigen historischen, ökonomischen, sozialen, kulturellen und anderen Umständen beeinflusst. Dementsprechend unterscheiden sich die Regelungen in den einzelnen Ländern oder Gruppen von Ländern, auch wenn einige Grundprinzipien (beispielsweise die Ersetzung der Verschuldensscheidungen durch die Zerrüttungsscheidung) fast überall massgebend waren. Namentlich der soziale Kontext spielt bei der Frage, wie weit die Scheidung erleichtert wird, eine entscheidende Rolle. In Staaten wie den skandinavischen Ländern, in welchen die grosse Mehrheit der Frauen nach ihrer Heirat eine berufliche Aktivität beibehält und geeignete Betreuungseinrichtungen für die Kinder in genügender Zahl zur Verfügung stehen, wird die Scheidung unter leichteren Voraussetzungen zugelassen als anderswo. Die folgenden Ausführungen beziehen sich auf die Scheidungsgründe und auf die Folgen der Scheidung. Was das Scheidungsverfahren betrifft, sei lediglich darauf hingewiesen, dass insbesondere in den skandinavischen Staaten und in England auf das persönliche Erscheinen der Parteien verzichtet wird. In andern Staaten, in denen die Ehegatten zwingend vor der urteilenden Behörde zu erscheinen haben, ist das Verfahren dank der Einführung der Scheidung auf gemeinsames Begehren wesentlich einfacher als früher. Im übrigen sind in gewissen Staaten wie Norwegen⁹⁹ und Dänemark¹⁰⁰ Verwaltungsbehörden für nicht streitige Scheidungen zuständig¹⁰¹.

146.2 Die Scheidungsgründe

146.21 Allgemeines

Herkömmlicherweise ist eine Ehe dann zu scheiden, wenn sie gescheitert ist¹⁰². Wann dies zutrifft, wird nicht in allen Ländern gleich umschrieben. Zwei Hauptkonzepte lassen sich unterscheiden, nämlich einerseits das monistische Konzept, in dem es lediglich einen Scheidungsgrund gibt, und andererseits das pluralistische Konzept, in dem die Scheidung aus mehreren Gründen ausgesprochen werden kann.

In Ländern mit monistischem Konzept wird die Scheidung grundsätzlich ausgesprochen, wenn die Ehe endgültig gescheitert ist. Den Ursachen der Zerrüttung, der Verantwortlichkeit eines Ehegatten für das Scheitern der Ehe oder einem allfälligen Widerstand eines Ehegatten gegen die Scheidung wird nicht Rechnung getragen¹⁰³. Zum Teil werden aber Härtekláuseln vorgesehen, um die Strenge des Systems zu mildern (vgl. Ziff. 146.22 am Ende). Länder mit monistischem Scheidungskonzept sind insbesondere die *Niederlande* und *Deutschland*. In den Niederlanden beschränkt sich das Gesetz auf eine Bestimmung, wonach die Scheidung auf Begehren eines Ehegatten im Fall des endgültigen Scheiterns der

98 Siehe die im Auftrag des "Ordre des avocats du barreau de Paris" in Frankreich durchgeführte Meinungsumfrage, "Madame Figaro" vom 28. Mai 1994, S. 14 ff.: 69% der Franzosen sind heute der Auffassung, dass eine Scheidung im Interesse der Kinder liege, wenn sich die Eltern schlecht verstehen.

99 § 24 des Ehegesetzes

100 Art. 42 des Gesetzes über den Abschluss und die Auflösung der Ehe.

101 Vgl. P. Lodrup, Les expériences dans les pays nordiques en particulier en Norvège, in: Revision des Scheidungsrechts, Neuere Erfahrungen des Auslandes, Lausanner Kolloquium vom 12. Oktober 1987, Veröffentlichungen des Schweizerischen Instituts für Rechtsvergleichung, Bd. 9, Zürich 1988, S. 64.

102 I. Schwenzler, Familienrecht im Umbruch, ZBJV 1993, S. 257, 259.

103 Vgl. M. Th. Meulders-Klein, a.a.O., S. 14 f.

Ehe auszusprechen ist¹⁰⁴. In Deutschland kann die Scheidung verlangt werden, wenn die Ehe gescheitert ist. Das Scheitern der Ehe wird unwiderlegbar vermutet, wenn beide Ehegatten mit der Scheidung einverstanden sind und sie seit mindestens einem Jahr getrennt leben, oder wenn die Ehegatten seit drei Jahren getrennt leben¹⁰⁵. In den andern Fällen hat sich das Gericht vom Scheitern der Ehe zu überzeugen. Ein Scheitern liegt vor, wenn die Lebensgemeinschaft der Ehegatten nicht mehr besteht und nicht erwartet werden kann, dass die Ehegatten sie wieder herstellen¹⁰⁶. Während des ersten Trennungsjahres ist das Recht, die Scheidung zu erlangen, auf Härtefälle beschränkt, selbst dann, wenn das Gericht das Scheitern der Ehe festgestellt hat¹⁰⁷.

In gewissen nordischen Staaten hängt die Scheidung nicht vom Scheitern der Ehe ab, sondern vom Willen eines Ehegatten, die Ehe aufzulösen. Eigentliche Scheidungsgründe gibt es nicht mehr. Verlangen in *Schweden* beide Ehegatten die Scheidung, muss sie ausgesprochen werden. Sind allerdings Kinder unter 16 Jahren vorhanden, besteht eine Bedenkzeit von sechs Monaten. Sind die Ehegatten uneinig, so erfolgt die Scheidung auf Antrag eines Ehegatten nach einer Bedenkzeit von ebenfalls sechs Monaten. Diese Bedenkzeit entfällt, wenn die Ehegatten bereits seit zwei Jahren getrennt leben¹⁰⁸. In *Finnland*¹⁰⁹ besteht ein Anspruch auf Scheidung nach einer Trennung von mindestens zwei Jahren oder nach einer Bedenkfrist von sechs Monaten, gleichgültig ob nur ein Ehegatte oder ob beide zusammen den Antrag stellen.

England darf ebenfalls dem monistischen Konzept zugerechnet werden. Nach dem "Matrimonial Causes Act" kann eine Ehe, die mindestens ein Jahr gedauert hat, auf Begehren eines Ehegatten aufgelöst werden, wenn das endgültige Scheitern nachgewiesen ist¹¹⁰. Dies trifft beispielsweise zu, wenn der Beklagte einen Ehebruch begangen hat, der dem Kläger die Fortführung der Gemeinschaft unzumutbar macht, oder die Ehegatten seit zwei oder fünf Jahren getrennt leben, je nachdem, ob die beklagte Partei zustimmt oder nicht¹¹¹. Diese Tatbestände sind keine Scheidungsgründe, sondern zu beweisende Tatsachen, die es dem Gericht erlauben, das endgültige Scheitern der Ehe zu beurteilen.

Das italienische Recht verwendet den Ausdruck "Scheidung" nicht. In Italien kennt man zwei Arten von Ehen, nämlich die Zivilehe und die kirchlich geschlossene Ehe mit zivilrechtlicher Wirkung. Unterschieden wird zwischen einer Auflösung und einer "Erklärung über das Ende der zivilrechtlichen Wirkung"¹¹². Aus praktischen Gründen wird in dieser Übersicht trotzdem der Ausdruck "Scheidung" verwendet. Das italienische Recht beruht grundsätzlich auf dem Zerrüttungsprinzip¹¹³. Das Scheitern der Ehe muss sich aber aus bestimmten, erschöpfend aufgezählten Gründen ergeben¹¹⁴, welche sich in zwei Gruppen aufteilen lassen. Einige Zerrüttungsfälle - wie die Verurteilung eines Ehegatten wegen gewisser

104 Vgl. Art. 151 des holländischen Zivilgesetzbuches.

105 Vgl. § 1566 Abs. 2 BGB.

106 Vgl. § 1565 Abs. 1 BGB und D. Schwab, Handbuch des Scheidungsrechts, 2. Aufl., München 1989, S. 382.

107 Vgl. § 1565 Abs. 2 BGB.

108 Vgl. Abschnitt 1 ff. des 5. Kapitels des Gesetzes über die Ehe. Siehe auch D. Dumusc, Le divorce par consentement mutuel dans les législations européennes, Diss. Lausanne 1980, S. 249 f.

109 Vgl. Abschnitt 25 und 26 des Gesetzes über die Ehe.

110 Vgl. M. Th. Meulders-Klein, a.a.O., S. 15 und 18 f.; siehe auch D. Dumusc, a.a.O., S. 191.

111 Vgl. Section 1 (1) und 1 (2) Matrimonial Causes Act.

112 Vgl. Art. 1 und 2 des Gesetzes über die Auflösung der Ehe und V. Librando, Le divorce en droit italien, in: Le droit de la famille en Europe, Strassburg 1982, S. 625.

113 Vgl. Art. 1 des Gesetzes über die Auflösung der Ehe.

114 Vgl. Art. 3 des Gesetzes über die Auflösung der Ehe.

Delikte oder der Nichtvollzug der Ehe - haben eine "unmittelbare" Wirkung, so dass die Scheidung sofort ausgesprochen werden kann. Fehlen derartige Gründe, so kann die Scheidung erst drei Jahre nach der gerichtlich angeordneten Trennung (bzw. nach der gerichtlichen Genehmigung einer einvernehmlichen Trennung) ausgesprochen werden. Eine bloss faktische Trennung reicht dagegen nicht aus.

Das *pluralistische* Konzept sieht mehrere Scheidungsgründe objektiver und subjektiver Natur vor. Es gilt in *Frankreich, Belgien, Österreich, Italien, Norwegen und Dänemark*. Das französische Recht¹¹⁵ unterscheidet drei Kategorien: die Scheidung aufgrund gegenseitiger Zustimmung (diese Kategorie gliedert sich in zwei Varianten: die Scheidung auf gemeinsames Begehren und die Scheidung auf Begehren eines Ehegatten mit Zustimmung des andern), die Scheidung nach Getrenntleben von mindestens sechs Jahren und schliesslich die Verschuldensscheidungsgründe. Das belgische ZGB bestimmt ebenfalls drei Kategorien: die Verschuldensscheidungsgründe, die Scheidung nach mehr als fünfjähriger Trennung und die Scheidung auf gemeinsames Begehren¹¹⁶. Artikel 47 ff. des österreichischen Ehegesetzes sieht mehrere Scheidungsgründe vor, die sich in zwei Gruppen aufteilen lassen: Die einen sanktionieren ein Verschulden, wie beispielsweise Ehebruch¹¹⁷ oder andere Eheverfehlungen, die die Ehe schuldhaft so tief zerrütten, dass die Wiederherstellung einer ihrem Wesen entsprechenden Lebensgemeinschaft nicht erwartet werden kann¹¹⁸. Andere Scheidungsgründe stützen sich auf objektive Sachverhalte, wie beispielsweise Geisteskrankheit¹¹⁹, ansteckende oder ekelerregende Krankheiten¹²⁰, dreijährige Auflösung der häuslichen Gemeinschaft¹²¹ oder das Einvernehmen der Ehegatten und eine mindestens sechsmonatige Trennung (Art. 55a EheG). Das norwegische Recht kennt zwei allgemeine Scheidungsgründe: zum einen gibt es die Scheidung nach Trennung (behördliche Trennung während eines Jahres¹²² und faktische Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes während zwei Jahren¹²³); zum andern kann die Scheidung ohne vorausgehende Trennung von einem Ehegatten insbesondere dann verlangt werden, wenn er oder die Kinder vom andern Ehegatten schlecht behandelt werden¹²⁴. Das dänische Recht weist Ähnlichkeiten mit dem norwegischen auf. Die Scheidung kann von jedem Ehegatten nach einer behördlich angeordneten Trennung von mindestens zwölf Monaten verlangt werden; besteht Einigkeit unter den Ehegatten, genügen sechs Monate¹²⁵. Ferner kann jeder Ehegatte die Scheidung verlangen, wenn die Ehegatten faktisch während zwei Jahren getrennt gelebt haben¹²⁶. Schliesslich kann die Scheidung auch in einem schuldhaften Verhalten eines Ehegatten begründet sein (Ehebruch, Gewalt und Bigamie)¹²⁷.

115 Vgl. Art. 229 ff. C.Cf.

116 Vgl. Art. 229-233 des belgischen Zivilgesetzbuches.

117 Vgl. Art. 47 EheG.

118 Vgl. Art. 49 EheG.

119 Vgl. Art. 51 EheG.

120 Vgl. Art. 52 EheG.

121 Vgl. Art. 55 EheG. Die Frist beträgt 6 Jahre, wenn sich der beklagte Ehegatte der Scheidung widersetzt mit der Begründung, der andere Ehegatte sei für das Scheitern der Ehe verantwortlich.

122 Vgl. §§ 20 und 21 des Gesetzes über die Ehe.

123 Vgl. § 22 des Gesetzes über die Ehe.

124 Vgl. § 23 des Gesetzes über die Ehe.

125 Vgl. Art. 31 des Gesetzes über den Abschluss und über die Auflösung der Ehe.

126 Vgl. Art. 32 des Gesetzes über den Abschluss und über die Auflösung der Ehe.

127 Vgl. Art. 33 des Gesetzes über den Abschluss und über die Auflösung der Ehe.

Ziel der Revision der Scheidungsgründe war es überall, die Bedeutung des Verschuldens¹²⁸ abzubauen. Die einzelnen Staaten sind dabei allerdings unterschiedlich weit gegangen. In Ländern wie Frankreich¹²⁹, Belgien¹³⁰, Österreich¹³¹, Norwegen¹³² und Dänemark¹³³ gibt es weiterhin die Verschuldensscheidung neben der Scheidung aus objektiven Gründen. Auch dort, wo die Rechtsordnung nur objektive Scheidungsgründe zulässt, kann das Verschulden - versteckt - als Beweis für das Scheitern der Ehe oder als Grund für die Abkürzung der Trennungsfrist noch eine Rolle spielen.

Verschiedene Länder wie Schweden, Finnland, Deutschland und England kennen die Verschuldensscheidung nicht mehr. Aber lediglich Schweden und Finnland haben die Verschuldensfrage aus ihrem Scheidungsgesetz völlig eliminiert; der Scheidungswille eines oder beider Ehegatten, allenfalls verbunden mit einer bestimmten Bedenk- oder Trennungszeit, genügt dort. In den andern Rechtsordnungen kommt dem Verschulden weiterhin eine - allerdings untergeordnete - Bedeutung zu.

In den modernen Scheidungsgesetzen kann ein Ehegatte in der Regel nach Ablauf einer kürzeren oder längeren Trennungszeit ohne weiteres die Scheidung verlangen. Die Einführung dieses formalisierten Scheidungsgrundes erfolgte nicht in allen Ländern oppositionslos. Die Gegner und Gegnerinnen dieser Lösung machten namentlich geltend, dass damit die Scheidung auf eine Verstossung des anderen Ehegatten hinauslaufe. Einige Gesetzgeber versuchten deshalb, die Strenge des Gesetzes insbesondere mit einer Härteklausele zu mildern, die es dem beklagten Ehegatten erlaubt, sich der Scheidung zu widersetzen, wenn diese für ihn eine ausserordentliche Härte bedeutet. Eine solche Härteklausele kennen Frankreich (Art. 240 CCfr.), Deutschland (§ 1568 BGB)¹³⁴, Österreich (§ 55 Abs. 2 EheG) und England (Section (5) Matrimonial Causes Act)¹³⁵. Die Scheidung kann in persönlicher oder materieller Hinsicht für den beklagten Ehegatten oder für die Kinder eine Härte darstellen. Massgebend sollten in der Regel¹³⁶ objektive Umstände und nicht das Verschulden des

128 Vgl. D. Füllemann, Verschulden und Zerrüttung in rechtsvergleichender Sicht, Diss. Bern 1982.

129 Vgl. Art. 242 ff. CCfr., welche die Tatsachen erwähnen, die eine schwere oder wiederholte Verletzung der ehelichen Pflichten bedeuten und die die Aufrechterhaltung des gemeinsamen Lebens unzumutbar machen. Erwähnt wird auch die Verurteilung zu gewissen im Strafgesetzbuch vorgesehenen Strafen.

130 Vgl. Art. 231 des belgischen Zivilgesetzbuches.

131 Vgl. §§ 47 ff. EheG, die auf Ehebruch, die Verweigerung der Fortpflanzung und auf unwürdiges oder verbrecherisches Verhalten hinweisen, das zu einer unheilbaren Zerrüttung führt.

132 Vgl. § 23 des Gesetzes über die Ehe bezüglich Misshandlung oder Gefährdung des Lebens des Gatten oder des Kindes.

133 Vgl. Art. 33-35 des Gesetzes über den Abschluss und die Auflösung der Ehe, welche den Ehebruch, die Anwendung von Gewalt und die Bigamie erwähnen.

134 Vgl. D. Schwab, a.a.O., S. 415 ff.

135 Vgl. K. Standley, a.a.O., S. 91 f.

136 Die in § 55 Abs. 2 des österreichischen EheG vorgesehene Härteklausele ist nicht verschuldensunabhängig. Die Scheidungsklage kann abgewiesen werden, wenn der beklagte Ehegatte den begründeten Einwand erhebt, dass der Kläger die Zerrüttung allein oder überwiegend verschuldet hat und den Beklagten die Scheidung härter trafe als den Kläger die Abweisung des Begehrens.

Klägers oder der Klägerin sein. In der Praxis wird diesem Grundsatz aber nicht überall mit der gleichen Strenge nachgelebt¹³⁷. Die Härteklausele wird in Deutschland nur in Ausnahmefällen angewandt und ist auch Gegenstand heftiger Kritik¹³⁸.

146.23 Die Scheidung auf gemeinsames Begehren

Das französische¹³⁹, belgische¹⁴⁰, österreichische¹⁴¹, deutsche¹⁴², englische¹⁴³, dänische¹⁴⁴, schwedische¹⁴⁵, finnische¹⁴⁶, italienische¹⁴⁷ und niederländische¹⁴⁸ Recht sehen ausdrücklich vor, dass die Ehegatten gemeinsam die Scheidung verlangen können. In Norwegen ist die Scheidung auf gemeinsames Begehren im Gesetz nicht mehr vorgesehen, da auch bei Uneinigkeit der Ehegatten die Scheidung sehr leicht möglich ist (siehe Ziff. 146.21).

Die Bedeutung der Scheidung auf gemeinsames Begehren ist unterschiedlich, je nachdem ob die Scheidungsgründe in einem Land auf dem monistischen oder pluralistischen Konzept beruhen. In den Rechtsordnungen mit mehreren Scheidungsgründen muss bei Einverständnis beider Ehegatten das Vorliegen eines anderen Scheidungsgrundes nicht bewiesen werden. So erklärt das französische Recht ausdrücklich, dass Ehegatten, die gemeinsam die Scheidung verlangen, den Scheidungsgrund nicht darzulegen haben¹⁴⁹. In der Regel werden Kautelen vorgesehen, um eine übereilte oder unüberlegte Scheidung zu verhindern. So kann in Frankreich eine Scheidung in gegenseitigem Einvernehmen erst ausgesprochen werden, wenn das Gericht zur Überzeugung kommt, dass die Ehegatten wirklich scheiden wollen und sich über die Folgen der Scheidung geeinigt haben. Die Parteien müssen deshalb vor Gericht persönlich erscheinen und werden zuerst einzeln und dann gemeinsam angehört. Zudem haben sie eine vollständige Vereinbarung über alle Scheidungsfolgen einzureichen. Nach einer Bedenkzeit von drei Monaten wird die Anhörung wiederholt¹⁵⁰. Das österreichische Recht sieht vor, dass die Ehegatten seit mindestens sechs Monaten getrennt leben müssen, bevor sie gemeinsam die Scheidung verlangen können. Zudem müssen sie in der Regel eine Vereinbarung über die wesentlichen Scheidungsfolgen, insbesondere bezüglich allfälliger minderjähriger Kinder, vorlegen¹⁵¹.

137 Vgl. O. Guillod, La clause de dureté dans quelques législations européennes sur le divorce, *Revue internationale de droit comparé*, 1983, S. 787 ff.; F. Furkel, La faute dans le divorce en droit français et allemand, in: *Revue internationale de droit comparé* 1982, S. 1153, 1157 ff., 1186.

138 Vgl. A. Wolf, Münchener Komm. zu § 1568 BGB, N. 4 und 37 mit Hinweisen.

139 Vgl. Art. 230 ff. CCfr.

140 Vgl. Art. 233 CC belge.

141 Vgl. § 55a EheG.

142 Vgl. § 1566 Abs. 1 BGB.

143 Vgl. Matrimonial Causes Act Section 1 (2) (d).

144 Vgl. Art. 31 Abs. 2 des Gesetzes über den Abschluss und die Auflösung der Ehe.

145 Vgl. 1. Abschnitt des 5. Kapitels des Gesetzes über die Ehe.

146 Vgl. 26. Abschnitt des Gesetzes über die Ehe.

147 Vgl. 4 Abs. 1 und Art. 13 des Gesetzes über die Auflösung der Ehe.

148 Vgl. Art. 154 des holländischen Zivilgesetzbuches.

149 Vgl. Art. 230 Abs. 1 CCfr.; siehe auch B. Verschraegen, Die einverständliche Scheidung in rechtsvergleichender Sicht, *Habil. Berlin 1991*, S. 107; N. Dethloff, Die einverständliche Scheidung. Eine rechtsvergleichende und rechtshistorische Untersuchung zu Umfang und Grenzen der Privatautonomie im Scheidungsrecht, *München 1994*, S. 173 ff.

150 Vgl. B. Verschraegen, a.a.O., S. 114 ff.

151 Vgl. § 55a EheG; siehe auch D. Dumusc, a.a.O., S. 79 ff.; B. Verschraegen, a.a.O., S. 453 ff.

Gesetzgebungen, die nur die unheilbare Zerrüttung der Ehe als Scheidungsgrund anerkennen, erleichtern bei Vorliegen eines gemeinsamen Scheidungsbegehrens den Beweis des Scheiterns der Ehe und/oder kürzen die erforderliche Trennungszeit ab. So sieht beispielsweise das deutsche Recht (§ 1566 BGB) vor, dass das endgültige Scheitern der Ehe unwiderlegbar vermutet wird, wenn die Ehegatten mit der Scheidung einverstanden sind und seit mindestens einem Jahr getrennt leben. Widersetzt sich dagegen ein Ehegatte, muss die Trennung mindestens drei Jahren dauern. Auch das englische Recht¹⁵² sieht vor, dass das Scheitern der Ehe als nachgewiesen gilt, wenn die Ehegatten mit der Scheidung einverstanden sind und im Zeitpunkt der Einreichung der Klage bereits seit zwei Jahren getrennt leben, während sonst eine Trennungszeit von mindestens fünf Jahren verlangt wird. Was die nordischen Länder betrifft, so sieht beispielsweise das schwedische Recht vor, dass Ehegatten, die sich einig sind, die Scheidung verlangen können. Vorbehalten bleibt eine Bedenkfrist von sechs Monaten, wenn ein Ehegatte ein entsprechendes Begehren stellt oder ein Ehegatte die Obhut über ein minderjähriges Kind von weniger als 16 Jahren innehat. Widersetzt sich dagegen ein Ehegatte der Scheidung, so gilt grundsätzlich immer eine Bedenkfrist von sechs Monaten. Diese entfällt allerdings sowohl bei der einverständlichen wie bei der Streitscheidung, wenn die Ehegatten bei Einreichung des Scheidungsbegehrens seit mindestens zwei Jahren getrennt leben¹⁵³.

146.3 Die finanziellen Folgen der Scheidung

Im finanziellen Bereich stellen sich bei der Scheidung zwei Hauptfragen. Die eine betrifft den nachehelichen Unterhalt, die andere die Teilung von allfälligen Anwartschaften bei der beruflichen Altersvorsorge¹⁵⁴.

146.31 Der Unterhalt der Ehegatten nach der Scheidung

Einleitend ist festzuhalten, dass überall die Tendenz besteht, nachehelichen Unterhalt unabhängig von einem Scheidungsverschulden zuzusprechen. Auch eine Empfehlung des Euro-Parates vom 18. Januar 1989¹⁵⁵ zielt in diese Richtung. Indessen sehen die Gesetzgebungen einiger Länder eine Härteklausele vor, die es erlaubt, das Unterhaltsbegehren eines fehlbaren Ehegatten abzuweisen, wenn die Zuspreehung von Unterhaltsbeiträgen unbillig wäre. Das ist in Deutschland¹⁵⁶ und Frankreich¹⁵⁷ der Fall.

Im übrigen ist zu unterstreichen, dass alle Rechtsordnungen - dem Grundsatz nach - eine Unterhaltsverpflichtung unter geschiedenen Ehegatten kennen. Diese beruhte ursprünglich insbesondere auf Schadenersatz- und Ausgleichsüberlegungen oder der Auffassung, dass ein Ehegatte den Lebensunterhalt des weniger bemittelten Partners auch nach der Scheidung zu garantieren habe¹⁵⁸. Im Laufe der Zeit hat sich die Begründung geändert. Im Vordergrund steht heute die Idee einer gewissen nachehelichen Solidarität und die Notwendigkeit,

152 Vgl. Section 1 (2) d und e Matrimonial Causes Act.

153 Vgl. Abschnitt 1 und 4 des 5. Kapitels des Gesetzes über die Ehe.

154 Zur Abgeltung eines Schadens in der beruflichen Karriere siehe I. Schwenzer, ZBJV 1993, S. 266.

155 Recommendation N° R (89) 1 sur les prestations après divorce (principe 5).

156 Vgl. § 1579 BGB.

157 Vgl. Art. 280-1 CCfr.

158 Siehe dazu M. Th. Meulders-Klein, a.a.O., S. 44 f.

ehebedingte Nachteile auszugleichen¹⁵⁹. Aus dieser Begründung ergibt sich, dass Unterhaltsbeiträge unter geschiedenen Ehegatten weniger hoch sind als diejenigen unter Ehegatten¹⁶⁰. Andererseits ist auch eine Tendenz zur sog. "clean break"-Lösung auszumachen. Danach soll die Scheidung einen klaren Schnitt zwischen den Ehegatten bewirken und die wirtschaftlichen Verflechtungen beenden. Demzufolge sind Unterhaltsleistungen nur dann geschuldet, wenn ein Ehegatte zur Bestreitung des Lebensunterhaltes tatsächlich darauf angewiesen ist und seine wirtschaftliche Situation auf die aufgelöste Ehe zurückzuführen ist. Namentlich die Aufgabenteilung während der Dauer der Ehe und die Betreuung minderjähriger Kinder kann nacheheliche Unterhaltsbeiträge rechtfertigen¹⁶¹. Beim "clean-break"-Konzept sollte nach Möglichkeit bei der Scheidung eine Abfindung bezahlt werden, damit die Ehegatten wirtschaftlich endgültig auseinandergesetzt sind. Werden periodische Unterhaltsbeiträge zugesprochen, sind diese zeitlich zu begrenzen.

England (das Ursprungsland der "clean-break"-Scheidung) hat 1984 im Matrimonial Causes Act die Vorschrift aufgenommen, wonach das Gericht bei der Scheidung insbesondere allen vernünftigen Möglichkeiten der Ehegatten, die eigene wirtschaftliche Situation zu verbessern, und dem Lebensstandard der Ehegatten während der Ehe Rechnung zu tragen hat¹⁶². Zudem muss es prüfen, ob die finanziellen Fragen im Zeitpunkt der Scheidung definitiv geregelt werden können und ob bei allfälligen periodischen Zahlungen eine zeitliche Beschränkung möglich ist¹⁶³.

Auch die sog. Ausgleichsleistung (*prestation compensatoire*)¹⁶⁴ in Frankreich, die neben einer Unterhaltsregelung im klassischen Sinn eingeführt wurde¹⁶⁵, beruht auf dem "clean-break"-Konzept. Sie besteht in einer Pauschalentschädigung, die ein Ehegatte dem andern entrichtet, um Unterschiede in der wirtschaftlichen Ausgangslage nach der Scheidung soweit wie möglich auszugleichen. Die Höhe der Ausgleichszahlung hängt von der Situation der Ehegatten bei der Scheidung ab und darf, wenn sie in der Form einer Rente ausbezahlt wird, grundsätzlich nicht mehr geändert werden. Allerdings können die Parteien die Abänderbarkeit einer Rente nach Artikel 279 des französischen ZGB vereinbaren. Als Regel sollte die Ausgleichsleistung in der Form einer Kapitalzahlung erfolgen, damit die Ehegatten die Vergangenheit hinter sich lassen und möglichst unbelastet ein neues Leben aufbauen können. In der Praxis ordnen die Gerichte aber im allgemeinen periodische Zahlungen an, weil der verpflichtete Ehegatte meist nicht über ein ausreichendes Vermögen für eine Abfindung verfügt. Die zugesprochenen Renten sind indessen in der Regel zeitlich beschränkt¹⁶⁶. Schliesslich ist noch auf Artikel 280-1 Absatz 1 des französischen ZGB hinzuweisen. Nach dieser Bestimmung kann ein Ehegatte, der bei der Scheidung zum Hauptverantwortlichen für das Scheitern der Ehe erklärt wird, keine Ausgleichszahlung verlangen. Absatz 2 dieser Bestimmung sieht allerdings Ausnahmen vor, wenn das Verweigern jeglichen finanziellen Beitrags gegen die Billigkeit verstossen würde.

159 D. Füllemann, a.a.O., S. 21 f.

160 D. Martiny, Der Unterhalt in Ein-Elternteil-Familien aus rechtsvergleichender Sicht, in: Unterhaltsrecht in Europa, Tübingen 1983, S. 626 f.

161 I. Schwenzer, ZBJV 1993, S. 263.

162 Vgl. Section 25 (2) (a) bis (h).

163 Vgl. Section 25 A (1) und (2); siehe auch K. Standley, a.a.O., S. 108 ff.

164 Vgl. Art. 270 ff. CCfr.

165 Vgl. J. Massip, Un tableau du divorce en France 12 ans après la réforme de 1975, Veröffentlichungen des Schweizerischen Instituts für Rechtsvergleichung, Bd. 9, Zürich 1988, S. 82.

166 Vgl. J. Massip, a.a.O., S. 79 ff., insbes. S. 81.

Unterhaltsbeiträge nach der Scheidung werden grundsätzlich als Rente zugesprochen. Wenn immer möglich ist die Rente zeitlich zu begrenzen. Hauptgrund für die Zusprechung der Unterhaltsrente ist, dass der Gläubiger nicht selber für seinen Unterhalt sorgen kann. Als Beispiel dafür kann Artikel 50 des dänischen Gesetzes über die Eheschliessung und die Scheidung angeführt werden. Unterhaltsbeiträge dürfen in Dänemark - unter Vorbehalt spezieller Umstände - für längstens zehn Jahre zugesprochen werden. Gemäss Artikel 51 erlöschen sie bei einer Wiederverheiratung. Eine ähnliche Regelung gilt seit dem 1. Juli 1994 in den Niederlanden (grundsätzliche Maximaldauer der Rente: 12 Jahre).

Auch das deutsche Recht sieht vor, dass ein Ehegatte, der nach der Scheidung nicht selber für seinen Unterhalt sorgen kann, Anspruch auf Unterhalt hat¹⁶⁷. Das Gericht hat die Möglichkeit, eine volle Rente lediglich für einen bestimmten Zeitraum zuzusprechen¹⁶⁸. Im übrigen kennt das deutsche Recht eine negative Härteklausele mit einem relativ weiten Anwendungsbereich¹⁶⁹.

Schliesslich sei noch auf das norwegische Recht¹⁷⁰ hingewiesen, das Unterhaltsbeiträge mit der Bedürftigkeit eines Ehegatten und der Leistungsfähigkeit des andern Ehegatten begründet. Unter Vorbehalt besonderer Verhältnisse ist eine Unterhaltsverpflichtung für höchstens drei Jahre möglich.¹⁷¹

146.32 Die Teilung der Anwartschaften der beruflichen Vorsorge

Die berufliche Vorsorge ist von Land zu Land unterschiedlich geregelt. Es würde deshalb den Rahmen dieser Übersicht sprengen, die verschiedenen Lösungen einander gegenüberzustellen. Festzuhalten ist lediglich, dass Artikel 122 des Entwurfs vom deutschen Versorgungsausgleich inspiriert ist¹⁷².

146.4 Die Folgen der Scheidung für die Kinder

Bei der Scheidung muss insbesondere die Frage beantwortet werden, welchem Ehegatten inskünftig die elterliche Sorge (zum Begriff siehe Ziff. 15) zustehen soll. In verschiedenen Staaten ist die gemeinsame elterliche Sorge im Gesetz vorgesehen, so in Frankreich (Art. 287 und 373-2 CCfr), in Italien (Art. 317 und 155 CCit), in England (Section 2 Children Act) und in den skandinavischen Ländern¹⁷³. Belgien hat Artikel 302 des belgischen Zivilgesetzbuches ebenfalls entsprechend angepasst (Gesetz vom 13. April 1995). In Deutschland und in den Niederlanden hat die Rechtsprechung die nötigen Anpassungen vorgenommen, wobei in diesen beiden Ländern entsprechende Gesetzesreformen eingeleitet worden sind

167 Vgl. § 1569 ff. BGB.

168 Vgl. § 1578 Abs. 1 BGB.

169 Vgl. § 1579 BGB, der es erlaubt, von einer Verpflichtung zu Unterhaltsbeiträgen abzusehen, wenn diese offensichtlich unbillig wäre.

170 Vgl. Art. 79 ff. des Gesetzes über die Ehe.

171 Siehe auch Sektion 7 ff. des 6. Kapitels des schwedischen Gesetzes über die Ehe.

172 Vgl. §§ 1587 ff. BGB; D. Schwab, a.a.O., S. 923 ff.; C. Dörr et al., Münchener Komm. zu §§ 1587 ff. BGB.

173 Siehe dazu I. Schwenzer, Empfiehlt es sich, das Kindschaftsrecht neu zu regeln?, in: Verhandlungen des 59. Deutschen Juristentages, Bd. I, München 1992, S. A66, Anm. 8 (zit. Gutachten).

†
bzw. kurz vor dem Abschluss stehen¹⁷⁴. In Österreich schreibt Artikel 177 ABGB vor, dass die elterliche Sorge nach der Scheidung einem Ehegatten zugesprochen werden muss. Gemeinsame elterliche Sorge ist nur möglich, wenn geschiedene oder unverheiratete Eltern in häuslicher Gemeinschaft leben und das Kindeswohl nicht nachteilig beeinflusst wird (Art. 167, 177 Abs. 3 ABGB)¹⁷⁵.

Die gemeinsame elterliche Sorge ist zum Teil an das Vorliegen mehrerer Voraussetzungen geknüpft. Hauptvoraussetzung ist, dass sie dem Kindeswohl entspricht. Hinzu kommen die Kooperationsbereitschaft der Eltern und ein gemeinsamer Antrag. In den Niederlanden muss nach den neuen gesetzlichen Vorschriften, die noch in diesem Jahr in Kraft treten sollen, von den Eltern zudem eine Regelung über den Kinderunterhalt abgeschlossen werden. Diese Voraussetzungen müssen aber nicht in allen Staaten erfüllt sein. In Schweden z.B. dauert die gemeinsame elterliche Sorge in der Regel auch nach der Scheidung weiter. Nur in den Fällen, in denen es im Kindesinteresse erforderlich ist, regelt das Gericht ausdrücklich, wem die elterliche Sorge zusteht¹⁷⁶. In Frankreich setzt die gemeinsame elterliche Sorge nicht einen entsprechenden Antrag beider Eltern voraus. Das Gericht kann vielmehr, zumindest theoretisch, die gemeinsame Sorge gegen den Willen eines Elternteils verfügen¹⁷⁷. In England verliert kein Elternteil bei der Scheidung die sog. "parental responsibility". Gemäss section 2 (7) des Children Act kann indessen jeder Elternteil, solange der andere Elternteil nicht widerspricht, ohne Absprache Entscheide für das Kind fällen. Im übrigen kann das Gericht nötigenfalls den Aufenthaltsort des Kindes und den persönlichen Verkehr mit ihm ordnen. In Deutschland stellt der - nicht unumstrittene - Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Kindschaftsrechts¹⁷⁸ ein Entfallen des sog. Zwangsverbands, wonach bei der Scheidung zwingend über die elterliche Sorge zu entscheiden ist, zur Diskussion. Zu einem Verfahren über die elterliche Sorge soll es nur noch in den Fällen kommen, in denen ein Elternteil den Antrag auf Zuweisung der Alleinsorge stellt (§ 1671 BGB-E). Dafür soll bei gemeinsamer Sorge der Elternteil, in dessen Obhut das Kind sich befindet, eine Alleinentscheidungsbezugnis in allen Angelegenheiten des täglichen Lebens haben (§ 1687 Abs. 1 BGB-E).

Die praktische Bedeutung der gemeinsamen Sorge ist in den einzelnen Ländern unterschiedlich. In den skandinavischen Ländern ist sie weit verbreitet. In Frankreich wurde die gemeinsame elterliche Sorge 1988 in 11,5 Prozent der Fälle angeordnet, in England 1985 in 13 Prozent der Fälle¹⁷⁹. In Deutschland war der Prozentsatz 1985 lediglich 1,3 Prozent¹⁸⁰,

174 Für Deutschland siehe den Entscheid vom 3. November 1982 des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE 61, 358), publiziert in: FamRZ 1982, S. 1179; für die Niederlande siehe Entscheid des Kassationsgerichtshofes vom 4. Mai 1984, zitiert bei M. Th. Meulders-Klein, a.a.O., S. 54 f. Für Deutschland siehe Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Kindschaftsrechts (Kindschaftsrechtsreformgesetz) des Bundesministeriums für Justiz (Stand: 24. Juli 1995). In den Niederlanden treten voraussichtlich noch in diesem Jahr die neuen gesetzlichen Bestimmungen in Kraft.

175 Seit Inkrafttreten dieser Vorschrift haben mehrere Elternpaare bei der Scheidung versucht, auch ohne das Fortbestehen der häuslichen Gemeinschaft das Sorgerecht gemeinsam übertragen zu bekommen. Die höchstgerichtliche Rechtsprechung hat dies jedoch durchwegs abgelehnt, so zuletzt durch einen Entscheid des Obersten Gerichtshofes vom 20. April 1993 (1 Ob 515/93).

176 Siehe 6. Kapitel Sektion 5 des Gesetzes über die Eltern und die Kinder.

177 Vgl. S. Normann, Das neue Recht der elterlichen Sorge in Frankreich im Vergleich mit dem deutschen Recht, FamRZ 1988, S. 568, 569.

178 Siehe Anm. 174.

179 I. Schwenzer, Gutachten, S. A66; siehe auch B. Hogget, in: Revision des Scheidungsrechts. Neuere Erfahrungen des Auslandes, Veröffentlichungen des Schweizerischen Instituts für Rechtsvergleichung, Bd. 9, Zürich 1988, S. 31; für Skandinavien vgl. P. Lodrup, a.a.O., S. 67.

180 J. Limbach, Die gemeinsame Sorge geschiedener Eltern in der Rechtspraxis, Köln 1989, S. 18 f. Vgl. auch hinten Anm. 411.

ist inzwischen aber deutlich gestiegen. Seit dem 1. Juli 1994 existiert eine Justizstatistik, in der unter anderem jeweils für den Zeitraum eines Jahres erfasst wird, in wievielen Fällen die elterliche Sorge beiden Eltern über die Scheidung hinaus gemeinsam belassen wird. Die neuesten Zahlen (2. Hälfte 1994) zeigen, dass der Anteil der gemeinsamen elterlichen Sorge in den einzelnen Bundesländern zwischen 6,5% (Sachsen-Anhalt) bis zu 23% (Baden-Württemberg, Saarland) differiert¹⁸¹.

15 Terminologie

Bei den bisherigen Familienrechtsrevisionen wurde weitgehend der Sprachgebrauch des ZGB von 1907 übernommen. Das Fehlen einer geschlechtergerechten Sprache stösst, wie das Vernehmlassungsverfahren gezeigt hat, aber zunehmend auf Kritik. Die in Reform stehenden Abschnitte werden deshalb möglichst geschlechtsgerecht formuliert. Allerdings lehnt der Bundesrat den Vorschlag ab, im deutschen Gesetzestext den Begriff "der Ehegatte" z.B. durch "die Ehepartner", "den Ehepartner" oder einen Doppelausdruck zu ersetzen. "Der Ehegatte" ist ein feststehender Rechtsbegriff, der sich seit jeher auf Personen beider Geschlechter bezieht. Mangels überzeugender Alternative wurde daran festgehalten. Dagegen soll im ganzen ZGB der Begriff "Richter" durch "das Gericht" ersetzt werden (vgl. Ziff. 4 des Entwurfs ZGB, nach dem Entwurf Schlusstitel ZGB).

Neben einer geschlechtergerechten Gesetzessprache stellt sich ein weiteres terminologisches Problem: Der Begriff der elterlichen Gewalt stammt aus dem letzten Jahrhundert und wird heute in weiten Bevölkerungskreisen als anstössig empfunden, weil er mit Gewalt im negativen Sinne in Verbindung gebracht wird. Schon bei der Revision des Kindesrechts in den siebziger Jahren wurde darüber diskutiert, ob der Begriff nicht durch eine neue Umschreibung ersetzt werden könnte¹⁸². Während seither im französischen Gesetzestext statt von "puissance paternelle" von "autorité parentale" gesprochen wird (im italienischen Gesetzestext von "autorità parentale"), blieb der deutsche Text mangels überzeugender Alternative unverändert. Die Begriffe "Erziehungsrecht", "elterliche Sorge", "elterliche Rechte und Pflichten" sowie "elterliche Leitung" wurden als nicht befriedigend verworfen.

Heute stösst der Begriff der elterlichen Gewalt in der Öffentlichkeit derart auf Kritik, dass eine Ersetzung unumgänglich geworden ist. In Österreich ist der Begriff 1978 durch "elterliche Rechte und Pflichten" bzw. "Obsorge"¹⁸³ abgelöst worden. Das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch spricht seit 1979 von der "elterlichen Sorge"¹⁸⁴.

Eine befriedigende Alternative zu finden, ist nicht leicht. Eine Empfehlung des Europarates vom 28. Februar 1984¹⁸⁵ spricht von der elterlichen Verantwortung, meint damit aber die Rechtsstellung der Eltern unter Einschluss des Besuchsrechts und der Unterhaltspflicht. Der Begriff der elterlichen Gewalt bedeutet dagegen das Recht und die Pflicht der Eltern, die Pflege und Erziehung des Kindes zu leiten, sein Vermögen zu verwalten und es gegenüber

181 Vorlage des Bundesministeriums für Justiz: Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Kindschaftsrechts (Stand: 24. Juli 1995), S. 134 ff., insbes. S. 136 mit Hinweisen auf verschiedene ältere statistische Untersuchungen.

182 Vgl. Botschaft vom 5. Juni 1974, BBl 1974 II 69, Ziff. 323.1.

183 Vgl. §§ 176, 195 ABGB.

184 §§ 1626 ff. BGB.

185 Recommendation N° R (84) 4 sur les responsabilités parentales.

Dritten zu vertreten (Art. 301 ff., 304 ff., 318 ff. ZGB)¹⁸⁶. Der Begriff der "elterlichen Verantwortung" würde im schweizerischen Kontext deshalb den Eindruck erwecken, dass der andere Elternteil von einer Verantwortung gegenüber dem Kind ausgeschlossen ist, was gerade nicht zutrifft. In der neueren Literatur¹⁸⁷ wird der Ausdruck "elterliche Entscheidungsbefugnis" empfohlen. Er bringt aber den Pflichtcharakter und die Fremdnützigkeit des Instituts kaum zum Ausdruck. Der Bundesrat schlägt deshalb vor, im Interesse der Harmonisierung der Rechtssprache im deutschen Sprachbereich neu den Begriff "elterliche Sorge" zu verwenden. Dieser Begriff erfreut sich in der Schweiz schon einiger Bekanntheit und dürfte sich deshalb rasch einbürgern. Dieser Vorteil überwiegt den Nachteil, dass der Begriff unbestimmt ist und die Bedeutung für den Nichtjuristen aus dem Wortsinn nicht erkennbar ist¹⁸⁸.

Diese terminologische Neuerung beschränkt sich auf den deutschen Text des ZGB (vgl. insbes. Art. 296 ff. des Entwurfs ZGB). Im französischen Text bleibt es bei "autorité parentale" und im italienischen Text bei "autorità parentale". Soweit der Begriff der elterlichen Gewalt in anderen Bundesgesetzen als dem ZGB verwendet wird, ist es Aufgabe späterer Revisionen dieser Gesetze, die entsprechende terminologische Anpassung vorzunehmen.

2 Besonderer Teil: Die Erläuterungen des Entwurfs

21 Die Beurkundung des Personenstandes

211 Register

211.1 Allgemeines (Art. 39)

Wie bisher (Art. 39 Abs. 1 ZGB) sind die im einzelnen zu führenden Register nicht aufgelistet. Es genügt, sie in der Zivilstandsverordnung festzulegen (vgl. Art. 27 Abs. 1 ZStV). So lassen sich künftige Anliegen (z.B. Übergang zu Einheitsregistern, die alle wesentlichen Daten des Personenstandes enthalten) auf Verordnungsebene verwirklichen, zumal es sich hier um Fragen technischer Natur handelt. Der Entwurf soll auch eine offene Grundlage für eine Weiterentwicklung der Verordnungsbestimmungen über die elektronische

186 Vgl. C. Hegnauer, Grundriss des Kindesrechts, 4. Aufl., Bern 1994, Rz. 25.02 f., S. 166 f.

187 C. Hegnauer, Soll der Ausdruck "elterliche Gewalt" ersetzt werden?, ZVW 1993, S. 63; ders., Gemeinsame elterliche Gewalt nach der Scheidung, SJZ 1990, S. 373. Vgl. auch H. Hinderling/ D. Steck, a.a.O., S. 404 Anm. 2a.

188 C. Hegnauer, ZVW 1993, S. 65

Datenverarbeitung (EDV) bieten (Zulassung rein elektronisch geführter Register unter Verzicht auf "Papier-Register", sofern es der Stand der Sicherheitstechnik zulässt¹⁸⁹).

Absatz 2 gibt im Sinne der Transparenz einen Überblick über die zu beurkundenden Angaben des Personenstandes (Legaldefinition). Die Auflistung zeigt die wesentlichen Daten auf, ist aber nicht abschliessend zu verstehen. "Staatsangehörigkeit" (Abs. 2 Ziff. 5) meint in erster Linie die Angabe über den Besitz oder Nichtbesitz des Schweizer Bürgerrechts. Die Eintragung einer ausländischen Staatsangehörigkeit hat bloss informelle Bedeutung (subsidiäres Anknüpfungskriterium im IPRG). Weder Absatz 1 noch Absatz 2 bedeuten, dass die in Einzelregistern beurkundeten Daten zwingend in einem Sammelregister zusammenzuführen sind, wie dies zur Zeit im Familienregister für Schweizerinnen und Schweizer sowie für ihre nächsten ausländischen Angehörigen (vor allem für ihre Ehepartner und Ehepartnerinnen) geschieht.

211.2 Meldepflicht und Datenschutz

Die Bestimmung der Personen und Behörden, die verpflichtet sind, die zur Beurkundung des Personenstandes nötigen Angaben zu melden, sowie der Schutz der Persönlichkeit und der Grundrechte der Personen, über die auf dem Gebiet der Beurkundung des Personenstandes Daten bearbeitet werden, sind als Rechtsetzungsaufträge an den Bundesrat verankert.

211.21 Meldepflicht (Art. 40 Abs. 1 und 2)

Die Meldepflicht umfasst sowohl private Anzeigen (z.B. einer Geburt durch die Eltern) als auch amtliche Mitteilungen (z.B. eines Scheidungsurteils durch das Gericht) (Abs. 1). Sie ist für die Führung der Register von zentraler Bedeutung und gewährleistet die Vollständigkeit und Aktualität der Eintragungen. Schon nach geltendem Recht hat der Bundesrat über die gesetzliche Anzeigepflicht die nötigen Vorschriften zu erlassen (Art. 39 Abs. 2 ZGB). Für Geburten und Todesfälle wird die Meldepflicht noch besonders aufgeführt (Art. 46 und 48 ZGB), ohne dass jedoch der Kreis der Anzeigepflichtigen näher umschrieben würde. Es erscheint systematisch richtig, mit der konkreten Ausgestaltung der Meldepflicht wie bisher den Bundesrat zu beauftragen und die Anzeigepflicht bei Geburten und Todesfällen im ZGB nicht mehr besonders zu erwähnen. Die Rechtssetzungsdelegation ist durch die Festlegung des Zwecks (Beurkundung des Personenstandes) und der einzutragenden Angaben (Art. 39 Abs. 2: Umschreibung des Begriffs des Personenstandes) ausreichend konkretisiert.

189 Zur Zeit gelten bei elektronischer Speicherung nur die ohne technische Hilfsmittel lesbaren Schriftstücke als Register, d.h. Rechtsträger (Art. 177h Abs. 1 ZStV). Die Empfehlung Nr. 8 vom 21. März 1991 der Internationalen Zivilstandskommission (CIEC) über die Informatisierung des Zivilstandswesens strebt allerdings bereits ausschliesslich elektronische Register an. Bei den hängigen Arbeiten an der Neukonzeption eines Sammelregisters (Ablösung des Familienregisters) wird unter anderem auch geprüft, wie die Informatik in der Registerführung allgemein optimal einzusetzen ist. Aufgrund von Artikel 39 Absatz 1 sollen im Einvernehmen mit den Kantonen Lösungen nach dem neuesten Stand der Technik möglich sein (z.B. landesweite Vernetzung mit zentraler Datenbank und entsprechend den gesetzlichen Aufgaben differenzierten Zugriffsrechten).

†
Absatz 2 schafft die nach heutiger Auffassung unerlässliche formelle Gesetzesgrundlage für die Ahndung von Verstössen gegen die Meldepflicht (Art. 182 Abs. 1 Ziff. 3 ZStV).

211.22 **Datenschutz** (Art. 40 Abs. 3)

Die Zuständigkeit des Bundesrates, den Datenschutz zu regeln, entspricht an sich ebenfalls schon dem geltenden Recht (Art. 39 Abs. 2 ZGB; Kompetenz, über die Führung der Register die nötigen Vorschriften zu erlassen)¹⁹⁰. Den Datenschutz neu ausdrücklich auf Gesetzesstufe zu nennen und ihn als Rechtsetzungsauftrag auszugestalten, drängt sich vor allem auf, weil seine Bedeutung mit der Einführung der elektronischen Datenverarbeitung (EDV) stark zugenommen hat. Das seit dem 1. Juli 1993 in Kraft stehende Bundesgesetz über den Datenschutz (DSG)¹⁹¹ ist zudem auf die Zivilstandsregister nicht anwendbar (Art. 2 Abs. 2 Bst. d DSG). Die Zivilstandsregister gelten als "staatlich getragene und gesicherte Informationssysteme", bei denen die Datenverarbeitung "meist nach sehr detaillierten und formellen Vorschriften" abläuft, die "aus Gründen der Rechtssicherheit nicht durch das Datenschutzgesetz modifiziert werden" sollen¹⁹². Somit ist für die Beurkundung des Personenstandes eine eigenständige datenschutzrechtliche Regelung sicherzustellen, die sich freilich ebenfalls an die allgemeinen Grundsätze des Datenschutzes¹⁹³ zu halten hat. Es erscheint daher angemessen, für die Umschreibung des Schutzzweckes die allgemeingültige Formulierung aus dem Datenschutzgesetz zu übernehmen (Art. 1 DSG).

211.3 **Nachweis nicht streitiger Angaben** (Art. 41)

Die Neuerung wird bereits im allgemeinen Teil begründet und erläutert (Ziff. 122 und 123). Die Beschränkung auf Fälle der Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit der Urkundenbeschaffung sowie die obligatorische Mitwirkung der kantonalen Aufsichtsbehörde betonen den subsidiären Charakter dieses Hilfsnachweises, der nur nach umfassender Würdigung des Einzelfalles offenstehen soll. Sind die zu belegenden Angaben streitig¹⁹⁴, steht die Erklärung

190 So kennt die Zivilstandsverordnung verschiedene datenschutzrechtlich relevante Bestimmungen wie etwa Art. 15 (Amtsgeheimnis), Art. 29 (Einsichtnahme in die Register), Art. 138 Abs. 2 (Berechtigung zum Bezug von Registerauszügen). Im Rahmen der letzten Teilrevisionen wurden jeweils punktuelle Verbesserungen im Bereich des Datenschutzes realisiert: Art. 122 (Mitteilungen an ausländische Behörden), Art. 128 (Mitteilungen an andere Stellen), Art. 138a (Amtliche Zustellung von Auszügen an ausländische Behörden). Der seit dem 1.1.1989 in Kraft stehende Abschnitt über die elektronische Datenverarbeitung berücksichtigt datenschutzrechtliche Anliegen umfassend (Art. 177e ff. ZStV). Schliesslich bereitet das Eidg. Amt für das Zivilstandswesen vor Zeit eine hauptsächlich dem Datenschutz gewidmete Teilrevision der Zivilstandsverordnung vor. Vgl. zur Thematik: U. Belsler, Zivilstandswesen und Datenschutz, ZZW 1992, S. 101 ff.; J.-Ph. Walter, Der Schutz von Personendaten und die Zivilstandsregister, ZZW 1985, S. 33 ff.

191 SR 235.1

192 Botschaft zum Bundesgesetz über den Datenschutz (DSG) vom 23. März 1988, BBl 1988 II 444, Bst. h.

193 Vgl. Art. 8 EMRK; ungeschriebenes (schweizerisches) Verfassungsrecht der persönlichen Freiheit; Art. 4 Abs. 1 BV; allgemeiner Persönlichkeitsschutz nach Art. 28 ff. ZGB.

194 Wenn z.B. das mit Zustimmung der betroffenen Person beim Bundesamt für Flüchtlinge konsultierte Dossier zum Asylgesuch widersprüchliche Informationen zur nachzuweisenden Angabe enthält.

vor der Zivilstandsbeamtin oder dem Zivilstandsbeamten nicht zur Verfügung¹⁹⁵. Schon nach geltendem Recht kann die kantonale Aufsichtsbehörde im Vorverfahren der Eheschliessung von der Beschaffung nicht oder sehr schwer erhältlicher Ausweise befreien (Art. 150 Abs. 3 ZStV). Die neue Regelung knüpft hier an und erweitert die bestehende Möglichkeit auf den gesamten Bereich der Beurkundung des Personenstandes. Die Behörde des Kantons verfügt jedoch nicht mehr einen Dispens, sondern bewilligt den Nachweis nicht streitiger Angaben durch Erklärung vor der Zivilstandsbeamtin oder dem Zivilstandsbeamten. Der Ingress von Absatz 1¹⁹⁶ stellt zur Vermeidung von "dogmatischen" Missverständnissen klar, dass die Einträge in den Zivilstandsregistern durchaus nicht ausschliesslich auf Urkunden beruhen. So ist etwa für die Beurkundung einer Eheschliessung die beidseitige Bejahung der an die Brautleute gerichteten Fragen des Zivilstandsbeamten oder der Zivilstandsbeamtin nach dem gegenseitigen Ehemillen entscheidend (Konsens nach Art. 117 ZGB).

Die in Absatz 2 erwähnten Straffolgen einer falschen Erklärung werden sich im allgemeinen nach Artikel 253 des Strafgesetzbuches (StGB)¹⁹⁷ richten (Erschleichung einer falschen Beurkundung; Straffahren: Zuchthaus bis zu fünf Jahren oder Gefängnis).

211.4 Bereinigung¹⁹⁸

211.41 Durch das Gericht (Art. 42)

Die geltende Bestimmung über die Berichtigung der Register auf Anordnung des Gerichts (Art. 45 Abs. 1 ZGB) wird zu einer umfassenden Gestaltungsklage auf Eintragung, Berichtigung oder Löschung von streitigen Angaben über den Personenstand ausgebaut, für die kein eigenes Verfahren (z.B. Statusklagen des Kindesrechts) zur Verfügung steht¹⁹⁹. Als Voraussetzung für diese Klage ist ein schützenswertes persönliches Interesse glaubhaft zu machen (Abs. 1). Das Anhörungsrecht und das Recht auf amtliche Zustellung des Urteils (Abs. 1) sowie die Klageberechtigung der kantonalen Aufsichtsbehörden (Abs. 2) ergeben sich aus dem von diesen Amtsstellen wahrzunehmenden öffentlichen Interesse an der Vollständigkeit und Richtigkeit der Registereintragungen. Je nachdem, ob die Anwendung der Regeln über die Beurkundung des Personenstandes oder eigentliche Statusfragen streitig sind, steht letztinstanzlich die Verwaltungsgerichtsbeschwerde (Art. 97 ff. OG) oder die Berufung (Art. 44 OG) an das Bundesgericht offen. Subsidiär, das heisst für Fälle, in denen die Gestaltungsklage nicht in Frage kommt, weil keine Bereinigung schweizerischer Zivilstandsregister vorzunehmen ist (z.B. Bestimmung des Geburtsdatums eines im Verfolger-

195 In solchen Fällen haben die interessierten Personen beim Gericht auf Feststellung der streitigen Angabe zu klagen (vom ungeschriebenen Bundesrecht gewährleistete allgemeine Feststellungsklage; vgl. Ziff. 211.41).

196 "Wenn Angaben über den Personenstand durch Urkunden zu belegen sind, ..."

197 SR 311.0

198 Vgl. für das geltende Recht: R. Forni, Berichtigung von Zivilstandseintragungen, Abgrenzung der Zuständigkeit des Richters und der Verwaltungsbehörden im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, ZZW 1973, S. 186 ff.; G. Battaglioni, La rectification des actes de l'état civil, ZZW 1984, S. 292 ff.

199 U. P. Cavelti, Berichtigung und Statusklage, deren Abgrenzung und Anwendung, ZZW 1980, S. 65 ff. Als Statusklage besonderer Art gilt das Begehren um Feststellung des neuen Geschlechts und entsprechende Änderung der Registereinträge nach medizinisch durchgeführten Geschlechtsumwandlungen (Bundesgerichtsurteil vom 3. März 1993, abgedruckt in ZZW 1993, S. 249 ff., E. 6b).

*
staat geborenen und in der Schweiz als Flüchtling anerkannten Kindes), steht die vom ungeschriebenen Bundesprivatrecht gewährleistete allgemeine Feststellungsklage zur Verfügung²⁰⁰. Bei auf dem Gebiet der Schweiz eingetretenen Todesfällen, in denen die Leiche nicht aufgefunden wurde, ist inskünftig für die Beurkundung im Todesregister stets auf Eintragung des Todes zu klagen. Die Eintragung auf Weisung der Aufsichtsbehörde im Zivilstandswesen (Art. 49 Abs. 1 ZGB) soll nicht mehr zulässig sein, da häufig Abgrenzungsschwierigkeiten zur gerichtlichen Zuständigkeit auftreten.

211.42 Durch die Zivilstandsbehörden (Art. 43)

Die administrative Behebung von Fehlern entspricht der geltenden Regel über die Berichtigung durch die Verwaltungsbehörden (Art. 45 Abs. 2 ZGB). Der Bundesrat hat in seinen Ausführungsbestimmungen (Art. 48) die zuständige Behörde zu bestimmen, wobei die Mitwirkung der kantonalen Aufsichtsbehörden nur noch in ausgesprochenen Sonderfällen nötig sein wird (als Folge des mit dieser Revision angestrebten Ausbaus der Verantwortung der Zivilstandsbeamtinnen und Zivilstandsbeamten). Im Vergleich zum geltenden Recht wird klargestellt, dass die administrative Korrektur von Amtes wegen erfolgen muss.

212 Organisation

212.1 Zivilstandsbehörden

212.11 Zivilstandsbeamtinnen und Zivilstandsbeamte (Art. 44)

Die Aufgaben der Zivilstandsbeamtinnen und Zivilstandsbeamten werden neu ausdrücklich erwähnt (Präzisierung von Art. 41 Abs. 2 ZGB). Diese ausführliche gesetzliche Grundlage trägt zur klareren Darstellung der Behördenstruktur im Zivilstandswesen bei. Die Auflistung ist nicht eng oder abschliessend zu verstehen. Auch zusätzliche Aufgaben sollen hier eine Grundlage finden, sofern ein hinreichender Zusammenhang mit der Beurkundung des Personenstandes besteht. Tätigkeiten informeller Natur - wie die (im Prinzip auf Zivilstandsfragen beschränkte) Orientierung und Beratung des Publikums - ergeben sich allgemein aus der Stellung der Zivilstandsbeamtinnen und Zivilstandsbeamten²⁰¹.

Die Beschränkung der Kompetenz zur Registerführung auf weltliche Beamtinnen und Beamte gilt unmittelbar aufgrund der Bundesverfassung (Art. 53 Abs. 1 BV). Es ist unnötig, diese Vorschrift im ZGB zu wiederholen (vgl. Art. 41 Abs. 1 ZGB).

200 Vgl. BGE 114 II 255 E. 2a; 110 II 354 ff.

201 Vgl. "Das Zivilstandsamt informiert", herausgegeben vom Schweizerischen Verband der Zivilstandsbeamten, Brugg, 1988, aktualisiert 1992.

Absatz 2 entspricht dem geltenden Recht (Art. 41 Abs. 3 ZGB). Er enthält aber einen ausdrücklichen Hinweis auf den Ausnahmecharakter²⁰² der Regelung ("Notzuständigkeit" für Auslandschweizerinnen und Auslandschweizer, falls im Wohnsitzstaat die Beurkundung des Personenstandes nicht gewährleistet ist oder zum Beispiel aus religiösen Gründen keine Möglichkeit für eine Eheschliessung besteht). Wie bisher sollen für die Ausübung zivilstandsamtlicher Funktionen nicht ausschliesslich die Leiterinnen oder Leiter der schweizerischen Vertretungen im Ausland in Frage kommen, sondern (durch Delegation) zum Beispiel auch ihre Kanzleiverantwortlichen oder andere geeignete Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter.

212.12 Aufsichtsbehörden (Art. 45)

Obwohl den kantonalen Aufsichtsbehörden im schweizerischen Zivilstandswesen eine zentrale Bedeutung zukommt, sind sie im ZGB nur am Rande erwähnt (Art. 43 Abs. 2 ZGB). Artikel 45 soll diesen gewichtigen Mangel beheben. Gemäss Absatz 1 ist inskünftig in den Kantonen nur noch eine einzige Aufsichtsbehörde vorgesehen. Eine Aufteilung in eine untere und eine obere Aufsichtsbehörde - wie sie in einzelnen Kantonen zur Zeit noch besteht - beeinträchtigt durch die geteilte Verantwortung die Wirksamkeit der Aufsicht und erschwert den Überblick für das Publikum. Die Straffung der Aufsicht drängt sich im übrigen auch aufgrund der angestrebten Vergrösserung der Zivilstandskreise sowie aufgrund der Förderung des Übergangs zum Vollamt bei den Zivilstandsbeamtinnen und Zivilstandsbeamten (Ziff. 123) auf. Sie liegt durchaus im Interesse der Kantone (Optimierungs- und Rationalisierungseffekte).

Absatz 2 listet die einzelnen Aufgaben der kantonalen Aufsichtsbehörden auf. Auch hier (wie in Art. 44, Ziff. 212.11) wird eine ausführliche gesetzliche Grundlage geschaffen und das Verständnis der Behördenstruktur erleichtert. Die Auflistung ist ebenfalls nicht eng oder abschliessend zu verstehen. Sie orientiert sich an den heutigen Verhältnissen. Durch die Aufwertung der Stellung der Zivilstandsbeamtinnen und Zivilstandsbeamten (Ziff. 123) sollten sich für die kantonalen Aufsichtsbehörden teilweise erhebliche Entlastungen ergeben. So wird eine gewisse Lockerung der Aufsicht (Ziff. 1) im Sinne einer Beschränkung auf das Wesentliche möglich sein. Die Zivilstandsämter werden weniger Unterstützung²⁰³ (Ziff. 2) benötigen, und die Mitwirkung der kantonalen Aufsichtsbehörden bei der Registerführung²⁰⁴ und beim Vorbereitungsverfahren der Eheschliessung²⁰⁵ (Ziff. 3) wird mehr als bisher auf Grundsätzliches beschränkt werden können. Die Zuständigkeit für Verfügungen über die Anerkennung und Eintragung im Ausland eingetretener Zivilstandstatsachen sowie ausländischer Entscheidungen über den Personenstand (Ziff. 4) beruht auf Artikel 32 IPRG und wird weiterhin eine der Hauptaufgaben der kantonalen Aufsichtsbehörden bilden. Ziffer 5 verankert die Aus- und Weiterbildung neu auf Gesetzesstufe ausdrücklich als Aufgabe der

- 202 Bereits Art. 41 Abs. 3 ZGB wird restriktiv gehandhabt. Zur Zeit üben nur noch sechs Auslandsvertretungen der Schweiz zivilstandsamtliche Funktionen aus: London für Kindesanerkennungen; Teheran mit territorialer Beschränkung auf Afghanistan; Kairo; Beirut; Damaskus; Bagdad.
- 203 So werden sich etwa die Aktenprüfungen in internationalen Fällen nach den Art. 43a und 103 Abs. 2 ZStV weitgehend erübrigen.
- 204 In diesem Bereich könnte z.B. die Berichtigung von abgeschlossenen Eintragungen, die auf einem offenbaren Versehen oder Irrtum beruhen (Art. 50 Abs. 2 und Art. 55 Abs. 2 ZStV), vermehrt in der Kompetenz der Zivilstandsämter liegen.
- 205 Hier wird vor allem die aufwendige Aktenprüfung in internationalen Fällen (Art. 168 ZStV) dahinfallen - allenfalls unter Vorbehalt besonders heikler Fragen in Einzelfällen.

kantonalen Aufsichtsbehörden (Art. 11 Abs. 2 ZStV). Diese Tätigkeit wird teilweise erheblich ausgebaut werden müssen (vgl. Ziff. 123).

Absatz 3 legt die schon heute bestehende Oberaufsicht des Bundes neu im ZGB fest (Art. 17 Abs. 2 ZStV: Aufsicht durch das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement; Art. 17 Abs. 3 ZStV: Oberaufsicht durch den Bundesrat).

212.2 Haftung (Art. 46)

Mit der Einführung der primären und kausalen Staatshaftung anstelle der geltenden persönlichen Verschuldenshaftung folgt der Entwurf dem Modell einer modernen Haftungsordnung, wie sie sich schon in zahlreichen Kantonen eingespielt hat. Die betroffene Person wird damit beweisrechtlich entlastet, da der Verschuldensnachweis entfällt. Zudem wird ihr aufgrund der ausschliesslichen Haftung des Kantons (Abs. 2) ein zweiter Prozess erspart, wie er nach geltendem Recht (Art. 42 Abs. 3 ZGB) nötig ist, wenn die Zivilstandsbeamtin oder der Zivilstandsbeamte nicht den vollen Schaden decken kann. Die vorgeschlagene Lösung lehnt sich an Artikel 429a ZGB an (Haftung auf dem Gebiet der fürsorglichen Freiheitsentziehung). Es handelt sich dabei um die zuletzt in das ZGB eingefügte Staatshaftungsbestimmung. Ein Direktanspruch der geschädigten gegen die fehlbare Person ist auch dort ausgeschlossen²⁰⁶. Hingegen kann der Kanton bei absichtlich oder grobfahrlässig verursachter Verletzung Rückgriff nehmen (Abs. 2). Der Kreis der schädigenden Personen ist bewusst weit gefasst. Nach Absatz 1 genügt es, dass diese im Zivilstandswesen (unabhängig von der Funktion) tätig sind. Gemeint ist damit das mit Zivilstandsaufgaben betraute Personal sowohl der kantonalen Aufsichtsbehörden als auch der Zivilstandsämter. Die Haftung der Bundesbehörden richtet sich nach dem Verantwortlichkeitsgesetz des Bundes²⁰⁷.

212.3 Disziplinar massnahmen (Art. 47)

Diese Bestimmung entspricht im wesentlichen Artikel 44 ZGB. Ihr Wortlaut lehnt sich an Artikel 957 ZGB an (Ordnungsstrafen im Grundbuchrecht). Neu sollen jedoch nicht nur die Zivilstandsbeamtinnen und Zivilstandsbeamten, sondern alle auf den Zivilstandsämtern tätigen Personen erfasst werden. Im übrigen schafft der Entwurf für die Vorschriften über die Ahndung der fahrlässig begangenen Amtspflichtverletzungen (Art. 181 in Verbindung mit 183 Abs. 1 ZStV) und über die angedrohten Massnahmen die nach heutiger Auffassung unentbehrliche Gesetzesgrundlage. Die Höchstgrenze für Bussen wird auf 1000 Franken angehoben²⁰⁸. Eine Bestimmung über die Disziplinar massnahmen bei Amtspflichtverletzung ist vor allem deshalb weiterhin nötig, weil aufgrund der sehr unterschiedlich geregelten Anstellungsverhältnisse nur so gewährleistet ist, dass alle auf den Zivilstandsämtern tätigen

206 Vgl. BBl 1977 III 45, Ziff. 253; vgl. auch Art. 3 Abs. 3 des Verantwortlichkeitsgesetzes des Bundes (SR 170.32).

207 SR 170.32

208 Vgl. im Grundbuchrecht: Art. 957 Abs. 2 ZGB; bei der Revision des Schuldbetriebs- und Konkursgesetzes (SchKG; SR 281.1) ist die entsprechende Busse von 200 auf 1000 Franken erhöht worden (Art. 14, vgl. AS 1995 1230). Eine höhere Busse würde dem Charakter einer disziplinarischen Massnahme kaum mehr gerecht.

Personen disziplinarrechtlich belangt werden können. Die Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen der kantonalen Aufsichtsbehörden unterstehen dem Disziplinarrecht der Kantone.

Nach der heute üblichen Terminologie ist der Begriff "Ordnungsstrafe" durch den Ausdruck "Disziplinarmaßnahme" zu ersetzen, da sich die Sanktionen ausschliesslich gegen Personen mit amtlichen Aufgaben richten. Artikel 957 ZGB (Grundbuchrecht) wird ebenfalls entsprechend angepasst.

212.4 Bundesbeiträge an die Ausbildungskosten

Die Aus- und Weiterbildung der im Zivilstandswesen tätigen Personen bleibt eine Hauptaufgabe der Kantone (Art. 45 Abs. 2 Ziff. 5). Angesichts des Grundsatzes, dass der Bund keine Bagatellsubventionen auf Dauer ausrichten soll, schlechten Finanzlage des Bundes hat der Bundesrat beschlossen, die im Vorentwurf (Art. 44 VE) enthaltene Möglichkeit für Finanzhilfen des Bundes auf eine fünfjährige Einführungszeit zu beschränken²⁰⁹ (Art. 6a SchlT E; Ziff. 123 und 251).

213 Ausführungsbestimmungen

Der Entwurf stellt die Aufteilung der Kompetenzen systematisch zusammen (Art. 48-50). Nur die Rechtsetzungsdelegationen an den Bundesrat zur Regelung der Meldepflicht und des Datenschutzes (Art. 40) werden wegen ihrer besonderen Nähe zum einleitenden Grundsatzerartikel (Art. 39) vorgezogen.

213.1 Bundesrecht

Die Zuständigkeit des Bundesrates ist in Ausführungsbestimmungen (Art. 48) und Rechtsetzungsdelegationen (Art. 49) aufgegliedert. In enger Beziehung zu Artikel 49 steht Artikel 40 (Ziff. 211.2).

213.11 Allgemeines (Art. 48)

Absatz 1 enthält die Zuständigkeit des Bundesrates zum Erlass der Ausführungsbestimmungen. Die wichtigsten Bereiche sind in Absatz 2 erwähnt. Die bundesrätliche Kompetenz zur Regelung der zu führenden Register und der einzutragenden Angaben (Abs. 2 Ziff. 1) sowie der Registerführung (Ziff. 2) entsprechen dem geltenden Recht (Art. 39 Abs. 2 ZGB)²¹⁰. Die Zuständigkeit zum Erlass von Ausführungsvorschriften über die Aufsicht (Ziff. 3) ist neu ausdrücklich auf Gesetzesstufe verankert. Bereits die heutigen Vorschriften schränken die Kompetenz der Kantone, die Bestimmungen über die Aufsicht der Zivilstandsämter unter Vorbehalt der Genehmigung durch den Bund festzulegen (Art. 40 Abs. 1 und 2 ZGB), stark ein. Aufgrund des Bundesrechts haben die kantonalen Aufsichtsbehörden die Zivil-

209 Die Beiträge dürften insgesamt rund 50'000 Franken pro Jahr betragen, wobei die Finanzlage des Bundes und die Teuerung gebührend zu berücksichtigen sind.

210 Die Kompetenz des Bundesrates soll weiterhin auch die Regelung der Registerführung mit elektronischer Datenbearbeitung (vgl. Art. 177e ff. ZSTV) bis hin zu neuen Lösungen mit voller Informatisierung und landesweiter Vernetzung umfassen (vgl. Ziff. 211.1, insbes. Anm. 189).

standsämter alljährlich zu inspizieren (Art. 18 Abs. 1 ZStV). Zudem müssen sie dem Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement jedes Jahr einen ausführlichen Geschäftsbericht einreichen (Art. 18 Abs. 2 ZStV). Schon das geltende Recht setzt demnach eine Kompetenz des Bundesrates, im Bereich der Aufsicht Ausführungsbestimmungen zu erlassen, voraus. Diese Zuständigkeit soll weiterhin nur soweit beansprucht werden, als es zur Erhaltung eines guten Zustandes des schweizerischen Zivilstandswesens (Hauptziel der Revision) nötig ist.

Die Zuständigkeit des Bundesrates zum Erlass der Ausführungsbestimmungen wird in Zukunft noch mehr als bisher grenzüberschreitende Aspekte aufweisen, die praktisch nur über staatsvertragliche Regelungen erfasst werden können. Sie bedingt deshalb eine internationale Vertragsabschlusskompetenz. In solchen Fällen soll auch in Zukunft - in Fortführung einer ständigen Praxis²¹¹ - auf eine Genehmigung der staatsvertraglichen Regelung durch die Bundesversammlung verzichtet werden.

213.12 Organisatorische Grundsätze und Gebühren (Art. 49)

Artikel 49 kommt bei der Verwirklichung der Hauptziele der Revision eine zentrale Bedeutung zu. Die neuen Kompetenzen des Bundesrates sind vorne näher begründet und erläutert (vgl. Ziff. 122 und 123).

Auch hier handelt es sich - wie in Art. 40 - um eigentliche Rechtsetzungsdelegationen. Ihr Zweck (Sicherstellung eines fachlich zuverlässigen Vollzugs) und ihr Inhalt (Festlegung der Grundsätze über die Wählbarkeit oder die Ernennung der Zivilstandsbeamtinnen und Zivilstandsbeamten, namentlich der Mindestanforderungen an ihre Ausbildung, sowie über die Grösse der Zivilstandskreise) sind deshalb näher umschrieben (Abs. 1). Die Kompetenz des Bundesrates, die im Zivilstandswesen zu erhebenden Gebühren abschliessend zu regeln (Abs. 2), lässt sich vertreten, weil den Zivilstandsbehörden praktisch alle Vollzugshandlungen präzise vorgeschrieben sind, so dass bei der Gebührenerhebung faktisch kaum mehr ein Spielraum bleibt, und weil die Gebühren dem Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzip unterliegen.

Absatz 1 Ziffer 1 enthält die alternative Bezeichnung "Wahl oder Ernennung". In einigen Kantonen werden Zivilstandsbeamtinnen und Zivilstandsbeamte noch immer vom Volk gewählt, während sie sonst von der zuständigen Behörde ernannt werden (Verwaltungsverfügung). Unter "Mindestanforderungen an ihre Ausbildung" ist vor allem eine genügende Allgemeinbildung sowie eine abgeschlossene Grundausbildung im Zivilstandswesen (Besuch eines kantonalen oder interkantonalen Kurses mit Abschlussprüfung und Fähigkeitsausweis²¹²) gemeint. Die Wahl oder Ernennung sollte mit der Auflage verbunden sein, stetig weitere Aus- und Weiterbildungskurse zu besuchen. Zu den unerlässlichen Grundvoraussetzungen gehört im weiteren in der Regel die Übernahme eines Vollamtes²¹³. Auch könnte es sich angesichts der hohen Anforderungen als nötig erweisen, für die Amtsausübung eine Höchstaltersgrenze festzulegen.

211 Vgl. Verwaltungspraxis der Bundesbehörden (VPB) 1978 42 III, S. 351, Nr. 76.

212 Vgl. etwa das zur Zeit von den Kantonen Bern, Aargau und Basel-Land in Zusammenarbeit mit der Berufsschule für Verwaltung in Bern betriebene Konzept.

213 Vgl. Ziff. 123: Beschäftigungsgrad von im allgemeinen mindestens etwa 75 Prozent.

Die Grundsätze des Bundesrates über die Grösse der Zivilstandskreise (Abs. 1 Ziff. 2) sollen in der Regel die vollamtliche Tätigkeit mindestens einer Zivilstandsbeamtin oder eines Zivilstandsbeamten sowie die Verwendung moderner Arbeitsmittel sicherstellen (Ziff. 123). Kriterien für die Festlegung der Grösse eines Zivilstandskreises sind vorrangig die statistischen Zahlen über die beurkundeten Geburten und Todesfälle sowie über die durchgeführten Eheschliessungsverfahren. Daneben ist die Anzahl der Bürgerinnen und Bürger wichtig (massgebend für den mit der Familienregisterführung verbundenen Arbeitsaufwand). Es soll möglich sein, besondere kantonale Verhältnisse mitzuberechnen (z.B. Erreichbarkeit der Zivilstandsämter für das Publikum), soweit dadurch die Hauptziele der Revisionsvorlage nicht gefährdet werden.

213.2 Kantonales Recht (Art. 50)

Absatz 1 entspricht unter Vorbehalt der oben erwähnten Einschränkungen (Ziff. 213.12) dem geltenden Recht. Absatz 2 stimmt mit dem bisherigen Artikel 40 Absatz 2 des ZGB überein²¹⁴ - bis auf die Erweiterung "der im Zivilstandswesen tätigen Personen" (anstelle von "der Zivilstandsbeamten") und die Präzisierung "zu ihrer Gültigkeit". Zudem sind die Vorschriften über die Wahl oder Ernennung der Zivilstandsbeamtinnen und Zivilstandsbeamten nicht mehr von der Bewilligungspflicht ausgenommen, da der Bundesrat in diesem Bereich neu Grundsätze festlegen kann (Art. 49 Abs. 1 Ziff. 1).

22 Die Eheschliessung

221 Das Verlöbnis

221.1 Verlobung (Art. 90)

Artikel 90 Absatz 1 entspricht Artikel 90 Absatz 1 ZGB. Die Verlobung ist wie im bisherigen Recht formfrei²¹⁵. Nicht verlangt ist ein ausdrückliches Eheversprechen; eine konkludente Erklärung genügt. Zu berücksichtigen ist aber, dass sich die sozialen Verhältnisse seit dem Inkrafttreten des ZGB im Jahre 1912 stark gewandelt haben. Heute ist ein Eheversprechen durch konkludentes Verhalten nicht vorschnell anzunehmen. Ehemals schlüssige Handlungen wie etwa das Zusammenleben und der Erwerb gemeinsamer Möbel sind nicht mehr ohne weiteres als Eheversprechen aufzufassen. Erforderlich ist vielmehr eine eingehende Prüfung der konkreten Verhältnisse.

214 Fassung gemäss Ziff. II 21 des BG vom 15. Dezember 1989 über die Genehmigung kantonaler Erlasse durch den Bund, in Kraft seit 1. Februar 1991 (AS 1991 362).

215 Vgl. BGE 114 II 144, 146; 83 II 489, 490; R. Montanari, a.a.O., S. 35; C. Hegnauer/ P. Breitschmid, Grundriss des Eherechts, 3. Aufl., Bern 1993, Rz. 3.04, S. 36; P. Tuor/ B. Schnyder/ J. Schmid, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 11. Aufl., Zürich 1995, S. 156; H. Deschenaux/ P. Tercier/ F. Werro, Le mariage et le divorce, 4. Aufl., Bern 1995, S. 44 f.; A. Egger, Zürcher Komm. zu Art. 90 ZGB N. 10.

Weil Verlobte im Hinblick auf die Eheschliessung zum Teil beachtliche finanzielle Verpflichtungen eingehen, muss der gesetzliche Vertreter wie bisher (Art. 90 Abs. 2 ZGB) der Verlobung einer unmündigen oder entmündigten Person zustimmen (Art. 90 Abs. 2)²¹⁶. Die mangelnde Zustimmung bewirkt freilich keine Nichtigkeit des Eheversprechens. Es liegt vielmehr ein einseitig unverbindliches oder hinkendes Rechtsgeschäft vor, indem der handlungsfähige Teil im Gegensatz zum handlungsunfähigen Vertragspartner verpflichtet ist²¹⁷. Dies hat zur Folge, dass im Falle des Verlöbnisbruchs Artikel 92 auf den handlungsunfähigen Verlobten nicht anwendbar ist. Denkbar bleibt lediglich eine Klage wegen unerlaubter Handlung (Art. 19 Abs. 3 und Art. 411 Abs. 2 ZGB).

Artikel 90 Absatz 3 entspricht Artikel 91 Absatz 1 ZGB. Verlobung bedeutet aber entgegen dem vordergründigen Wortsinn des Ausdrucks "Eheversprechen" nicht das Versprechen der Ehe, sondern die Einigung der Vertragsparteien, jetzt die künftige Eheschliessung zu wollen²¹⁸. Das nicht einklagbare Versprechen ist eine unvollkommene Verbindlichkeit, weil sie mit Rücksicht auf die Eheschliessungsfreiheit (vgl. Art. 54 Abs. 2 BV, Art. 27 Abs. 2 ZGB und Art. 12 EMRK) keinen Erfüllungsanspruch begründet²¹⁹. Immerhin kann der Verlöbnisbruch Grundlage von Verbindlichkeiten gemäss Artikel 91 ff. sein.

Artikel 91 Absatz 2 ZGB wird nicht in den vorliegenden Entwurf übernommen. Die Ungültigkeit einer Konventionalstrafe für Vereinbarungen, deren Erzwingung die Rechtsordnung nicht zulassen will, versteht sich von selbst²²⁰.

Voraussetzung eines gültigen Verlöbnisses sind schliesslich die mit der Pubertät verbundene Urteilsfähigkeit²²¹ und das Fehlen von Ehehindernissen²²².

- 216 Dies bedeutet eine Ausnahme vom Grundsatz, dass urteilsfähige Unmündige in der Vornahme höchstpersönlicher Geschäfte selbständig sind (Art. 19 Abs. 2 ZGB), vgl. H. Deschenaux/ P.-H. Steinauer, *Personnes physiques et tutelle*, 2. Aufl., Bern 1986, S. 61; E. Bucher, *Berner Komm. zu Art. 19 ZGB N. 218*.
- 217 H. Deschenaux/ P. Tercier/ F. Werro, a.a.O., S. 44; P. Tuor/ B. Schnyder/ J. Schmid, a.a.O., S. 156; A. Egger, *Zürcher Komm. zu Art. 90 ZGB N. 18*; vgl. auch E. Bucher, *Berner Komm. zu Art. 19 ZGB N. 135 ff.*
- 218 Eingehend zum abgeschwächten Versprechenscharakter der Verlobung R. Montanari, a.a.O., S. 54 ff.
- 219 Vgl. C. Hegnauer/ P. Breitschmid, a.a.O., Rz 3.13, S. 38; P. Tuor/ B. Schnyder/ J. Schmid, a.a.O., S. 156; R. Montanari, a.a.O., S. 56.
- 220 H. Deschenaux/ P. Tercier/ F. Werro, a.a.O., S. 46; vgl. auch P. Tuor/ B. Schnyder/ J. Schmid, a.a.O., S. 145; E. Götz, *Berner Komm. zu Art. 91 ZGB N. 7*; A. Egger, *Zürcher Komm. zu Art. 91 ZGB N. 8*. Im Fall einer Leistung der Konventionalstrafe würde eine Nichtschuld gemäss Artikel 63 OR bezahlt.
- 221 Vgl. H. Deschenaux/ P. Tercier/ F. Werro, a.a.O., S. 43; P. Tuor/ B. Schnyder/ J. Schmid, a.a.O., S. 155 f.
- 222 Vgl. Art. 20 OR sowie C. Hegnauer/ P. Breitschmid, a.a.O., S. 37; A. Egger, *Zürcher Komm. zu Art. 90 ZGB N. 13*.

221.2 Auflösung des Verlöbnisses

221.21 Geschenke (Art. 91)

Artikel 91 betreffend die Rückerstattung von Geschenken entspricht inhaltlich Artikel 94 ZGB. Geschenke müssen auf Verlangen des Schenkers zurückerstattet werden. Sind die Zuwendungen nicht mehr vorhanden, finden die Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung (Art. 62 ff. OR) Anwendung²²³. Von der Rückleistung ausdrücklich ausgeschlossen sind gewöhnliche Gelegenheitsgeschenke, Briefe und Photographien sind - da keine Geschenke²²⁴ - unter persönlichkeitsrechtlichen Voraussetzungen (Art. 28a ZGB) rückforderbar²²⁵.

Die Rückerstattungspflicht besteht ausschliesslich für Geschenke unter den Verlobten. Artikel 91 ist keine Anspruchsgrundlage für Dritte, die den Verlobten Geschenke gemacht haben. Möglich ist eine Rückleistungspflicht für Geschenke Dritter allenfalls gemäss Artikel 62 ff. oder 249 OR²²⁶. Wird die Verlobung durch Tod eines Verlobten aufgelöst, können Geschenke nicht zurückgefordert werden (Art. 91 Abs. 1 in fine).

221.22 Beitragspflicht (Art. 92)

Artikel 92 regelt die Beitragspflicht bei Auflösung des Verlöbnisses. Dieses Rechtsverhältnis beruht auf einer besonderen Vertrauensbeziehung. Es begründet eine Art familienrechtliche Beziehung im Sinne einer gemeinschaftlichen Verantwortlichkeit für Veranstaltungen, die in guten Treuen im Hinblick auf die Eheschliessung getroffen werden. Eine Entschädigungsregelung, welche auf dem Verschulden beruht, erscheint deshalb nicht als sachgerecht²²⁷. Ohnehin verliert das Verschulden mit der vorliegenden Revision auch in anderen Bereichen - etwa der Scheidungsgründe und der Nebenfolgen der Scheidung - stark an Bedeutung. Der Entwurf umschreibt deshalb die Haftungsvoraussetzungen beim Verlöbnisbruch in objektiver Weise: Massgebend ist die Gesamtheit der Umstände und nicht mehr nur das Verschulden des eingeklagten Verlobten.

Veranstaltungen sind dann in guten Treuen getroffen worden, wenn die Vermögensminderung bzw. der entgangene Gewinn klarerweise im Zusammenhang mit der in Aussicht genommenen Ehe steht und die finanziellen Möglichkeiten der Verlobten nicht

223 Vgl. H. Deschenaux/P. Tercier/F. Werro, a.a.O., S. 51; A. Egger, Zürcher Komm. zu Art. 94 ZGB N. 3.

224 E. Götz, Berner Komm. zu Art. 94 ZGB N. 3; P. Tuor/B. Schnyder/J. Schmid, a.a.O., S. 160.

225 Für die Anwendung von Artikel 94 ZGB per analogiam hingegen H. Deschenaux/P. Tercier/F. Werro, a.a.O., S. 52; C. Hegnauer/P. Breitschmid, a.a.O., S. 39 m.w.H.; P. Widmer, Können die Brautbriefe bei Auflösung des Verlöbnisses zurückgefordert werden, SJZ 1974, S. 138 ff., der sich ebenfalls für eine analoge Anwendung von Art. 94 ZGB ausspricht.

226 Vgl. C. Hegnauer/P. Breitschmid, a.a.O., S. 39; H. Deschenaux/P. Tercier/F. Werro, a.a.O., S. 51. Vgl. auch P. Tuor/B. Schnyder/J. Schmid, a.a.O., S. 159 f., wonach Geschenke der Eltern des Verlobten in analoger Anwendung von Artikel 94 ZGB zurückzuerstatten sind.

227 So die herrschende Lehre zu Artikel 92 ZGB, vgl. R. Montanari, a.a.O., S. 97.

offensichtlich sprengt²²⁸. Laufende Ausgaben sind demnach ausgeschlossen. Der Begriff "Veranstaltungen" ist weit auszulegen. Er umfasst auch den Schaden, den jemand erleidet, weil er bereits eine Stelle aufgegeben hat²²⁹. Der Beitrag eines Verlobten an die Auslagen des anderen (z.B. für die Miete einer Wohnung, den Kauf von Möbeln, den Kauf oder die Miete eines Hochzeitskleides oder das Buchen einer Hochzeitsreise) richtet sich nach der Gesamtheit der Umstände, namentlich nach den wirtschaftlichen Verhältnissen der Parteien (vgl. Art. 163 Abs. 1 ZGB per analogiam). Im Sinne einer negativen Härteklauseel kann ein Verlobter, der das Verlöbniß in ungerechtfertigter Weise bricht, keinen Beitrag verlangen (Art. 92 in fine).

Eine besondere Entschädigungsnorm für Aufwendungen von Eltern und Dritten im Sinne von Artikel 92 ZGB dürfte sich heute erübrigen. Sie stammt aus einer Zeit, in der Eltern ihrer Tochter eine Mitgift mitgaben. Artikel 92 ZGB ist im übrigen nur auf einen beschränkten Personenkreis anwendbar. Als Dritte im Sinne dieser Bestimmung gelten lediglich Personen, die an Stelle der Eltern gehandelt haben. Sie müssen gegenüber den Verlobten eine Stellung innehaben, die jener der Eltern entspricht²³⁰. Unternehmer und Verkäufer kommen dafür nicht in Frage. Der Entwurf geht davon aus, dass die Auslagen der Eltern (z.B. für die Absage des Hochzeitsessens) zumindest dann den Verlobten zugerechnet werden dürfen, wenn diese sonst von ihnen getätigt worden wären.

Der Entwurf enthält im Gegensatz zum Vorentwurf keine besonderen Bestimmungen über die Genugtuung. Vorbehalten bleibt bei einer Persönlichkeitsverletzung Artikel 49 OR.

Der Vorentwurf enthielt in Anlehnung an Artikel 200 Absatz 2 und Artikel 205 Absatz 2 ZGB eine Bestimmung, wonach Miteigentum angenommen wurde, wenn nicht bewiesen werden konnte, ob ein Vermögenswert dem einen oder dem anderen Verlobten gehörte. Zudem konnte ein Verlobter bei Auflösung des Verlöbnisses verlangen, dass ihm ein Vermögenswert im Miteigentum gegen Entschädigung des anderen Verlobten ungeteilt zugewiesen werde. Der Entwurf verzichtet auf eine entsprechende Bestimmung, da der Vorschlag im Vernehmlassungsverfahren auf beachtliche Kritik stiess.

Bei Beweislosigkeit im Streit um die Frage, welche Partei Eigentümerin einer beweglichen Sache ist, kann im allgemeinen ohnehin Miteigentum angenommen werden²³¹. Zudem genügt bei Auflösung des Verlöbnisses Artikel 651 Absatz 2 ZGB, wonach die Sache bei fehlender Einigung entsprechend der Anordnung des Gerichts unter den Miteigentümern versteigert werden kann. Eine Ausweitung der Möglichkeit der ungeteilten Zuweisung auf alle Fälle des Miteigentums, wie zum Teil im Vernehmlassungsverfahren gefordert worden ist, empfiehlt sich nicht. Zum einen ist Artikel 205 Absatz 2 ZGB Ausdruck der ehelichen Beistandspflicht und der nahehehlichen Solidarität und kann deshalb nicht verallgemeinert werden. Zum anderen müsste der inhaltlich Artikel 651 Absatz 2 ZGB entsprechende Artikel 612 ZGB ebenfalls geändert werden, was jedoch

228 BGE 79 II 1 f.

229 BGE 58 II 7

230 R. Montanari, a.a.O., S. 153; P. Tuor/ B. Schnyder/ J. Schmid, a.a.O., S. 158; H. Deschenaux/ P. Tercier/ F. Werro, a.a.O., S. 52 f.

231 Vgl. A. Meier-Hayoz, Berner Komm. zu Art. 641 ZGB N. 48.

dem Gedanken der Gleichheit der Erben widersprechen würde. Schliesslich könnte eine Änderung von Artikel 651 Absatz 2 ZGB Bestrebungen fördern, eine Aufhebung von Miteigentum zwecks Verdrängung eines unliebsamen Miteigentümers zu erreichen.

221.23 Verjährung (Art. 93)

Artikel 94 entspricht Artikel 95 ZGB. Die Ansprüche aus dem Verlöbniß verjähren mit Ablauf eines Jahres nach der Auflösung. Die Fristen des Obligationenrechts²³² sind nicht anwendbar.

222 Ehevoraussetzungen

222.1 Vorbemerkung

Der neue Titel des zweiten Abschnittes erfasst unter dem Oberbegriff "Ehevoraussetzungen" (Art. 94 ff.) die "Ehefähigkeit und Ehehindernisse" (Art. 96 ff. ZGB) des geltenden Rechts.

222.2 Ehefähigkeit (Art. 94)

Am 7. Oktober 1994 haben die eidgenössischen Räte die Herabsetzung des Mündigkeits- und Ehefähigkeitsalters auf 18 Jahre beschlossen. Die neue Regelung tritt auf den 1. Januar 1996 in Kraft²³³. Gleichzeitig ist das Institut der vorzeitigen Ehemündigerklärung gemäss Artikel 96 Absatz 2 ZGB aufgehoben worden.

Der Entwurf verlangt in Übereinstimmung mit dem geltenden Recht für die Eingehung der Ehe Urteilsfähigkeit. Im Zweifelsfall obliegt dem mit dem Vorbereitungsverfahren betrauten Zivilstandsbeamten die Prüfung dieses Erfordernisses, was freilich keine besonderen Schwierigkeiten verursacht, weil die Urteilsfähigkeit vermutet wird und weil die Anforderungen an die Urteilsfähigkeit eines Heiratwilligen nach Lehre²³⁴ und Rechtsprechung herabgesetzt sind. Artikel 97 Absatz 1 ZGB bezweckt nach Auffassung des Bundesgerichts, einen Menschen, der infolge seiner Geistesschwäche die Folgen einer Eheschliessung nicht zu überblicken vermag und auch sich selbst vor andern nicht genügend schützen kann, vor der Gefahr zu bewahren, dem Ehepartner ausgeliefert zu

232 Artikel 67 Absatz 1 OR enthält neben der Frist von einem Jahr ab Kenntnis eine 10jährige Verjährungsfrist, die mit Entstehung des Anspruchs beginnt.

233 AS 1995 1126

234 Vgl. E. Bucher, Berner Komm. zu Art. 16 ZGB N. 35 und 106; E. Götz, Berner Komm. zu Art. 97 ZGB N. 1; B. Dukor, Das schweizerische Eheverbot für Urteilsfähige und Geistesranke, Zürich 1939, S. 59; P. Tuor/ B. Schnyder/ J. Schmid, a.a.O., S. 161 f.; H. Deschenaux/ P. Tercier/ F. Werro, a.a.O., S. 63 f.; C. Hegnauer/ P. Breitschmid, a.a.O., S. 44.

sein. Falls eine geplante Ehe offensichtlich im Interesse eines - wenngleich weitgehend urteilsunfähigen - Verlobten liegt und seinem Wohlergehen dient, können an den Begriff der Urteilsfähigkeit geringe Anforderungen gestellt werden²³⁵.

Artikel 94 Absatz 2 entspricht Artikel 99 Absatz 1 ZGB und sieht vor, dass eine entmündigte Person zur Heirat der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters bedarf. Diese Bestimmung ist im Vernehmlassungsverfahren zum Teil kritisiert worden. Aufgabe der geplanten Revision des Vormundschaftsrechts ist es aber, die Rechtsstellung einer entmündigten Person zu überprüfen. Im Rahmen der vorliegenden Revision ist daran festzuhalten, dass der gesetzliche Vertreter (Vormund oder Inhaber der elterlichen Gewalt gemäss Art. 385 Abs. 3 ZGB) im Hinblick auf die ausserordentlich grosse Tragweite des Schrittes weiterhin der Eheschliessung einer entmündigten Person zustimmen muss. Ohnehin besteht heute die Tendenz, eine Entmündigung nur noch sehr zurückhaltend anzuordnen. Häufig begnügt man sich mit der Verbeiständung oder der Bestellung eines Beirates. Ist die Eheschliessung ohne Einwilligung des gesetzlichen Vertreters erfolgt, soll diesem im Gegensatz zum geltenden Recht aber keine Anfechtungsklage mehr zustehen (vgl. Art. 128 ZGB sowie Ziff. 224.31). Die fehlende Zustimmung ist mit Rücksicht auf die Ehefreiheit gemäss Artikel 54 BV und Artikel 12 EMRK kein derart schwerwiegender Mangel, dass er die Ungültigerklärung einer Ehe rechtfertigen würde.

Artikel 94 Absatz 2 schränkt das Recht zur Ehe im Sinne von Artikel 54 Absatz 2 BV und Artikel 12 EMRK nicht in unzulässiger Weise ein. Nach der strengen bundesgerichtlichen Rechtsprechung²³⁶ darf nämlich der gesetzliche Vertreter die Einwilligung zur Eheschliessung nicht aus Gründen verweigern, die mit Artikel 54 Absatz 2 BV unvereinbar sind. Zu berücksichtigen sind ausschliesslich Gesichtspunkte der vormundschaftlichen Fürsorge, etwa ökonomische Interessen des Mündels bzw. gesundheitliche, geistige oder sittliche Gefahren, die ihm aus der beabsichtigten Ehe erwachsen könnten, namentlich eine schlechte Prognose mit Bezug auf die Ehe, wenn überdies anzunehmen ist, dass die entmündigte Person bei verständiger Würdigung der Verhältnisse von ihrem Vorhaben absehen würde. Nicht ausreichend für die Verweigerung der Einwilligung sind z.B. Vorstrafen, Anstaltsversorgung, aussereheliche Vaterschaft, Nichtbezahlung von Alimenten und dergleichen²³⁷.

Artikel 94 Absatz 3 geht weiter als Artikel 99 Absatz 3 ZGB, indem neu auf kantonaler Ebene eine gerichtliche Rekursinstanz verlangt wird²³⁸. Eine solche war bisher nur auf Bundesebene gewährleistet. Künftig wird Artikel 44 Buchstabe b des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege wie Artikel 94 Absatz 2 vom *gesetzlichen Vertreter* und nicht mehr vom Vormund sprechen. Damit wird dem Fall Rechnung getragen, dass die entmündigte Person nicht unter Vormundschaft, sondern unter elterlicher Gewalt steht (Art. 385 Abs. 3 ZGB).

235 BGE 109 II 273, 277 E. 4b; Th. Sutter, Vier Probleme des schweizerischen Eheschliessungsrechts, ZZW 1994, S. 337 f. mit Hinweisen.

236 Vgl. BGE 106 II 177 ff.; 67 II 1 ff.; 50 II 213 ff.; 48 II 188 ff.; 46 II 203 ff., 206; 42 II 422 ff.; 42 II 81 ff., 83; Th. Sutter, ZZW 1994, S. 337 f. mit Hinweisen.

237 BGE 106 II 178 f. E. 2

238 Vgl. auch BGE 118 Ia 473 ff.

Die Bestimmung, wonach Geisteskranke in keinem Fall ehefähig sind (Art. 97 Abs. 2 ZGB), soll gestrichen werden. Sie beruht auf eugenischen Überlegungen aus der Zeit zu Beginn des Jahrhunderts, die heute, namentlich mit Blick auf Artikel 54 Absatz 1 und 2 BV und Artikel 12 EMRK, keine Gültigkeit mehr beanspruchen können. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Urteilsfähigkeit bezüglich der Eheschliessung hat den veränderten gesellschaftlichen Vorstellungen bereits Rechnung getragen²³⁹. Die vorgeschlagene Neuerung fand im Vernehmlassungsverfahren eine gute Aufnahme.

222.3 Ehehindernisse

222.31 Verwandtschaft und Stiefkindverhältnis (Art. 95)

In Europa besteht zur Zeit eine Tendenz, die Eheschliessungsverbote einzuschränken²⁴⁰. Der vorgeschlagene Artikel 95 ist nicht revolutionär. Er hebt entsprechend der gesellschaftlichen Entwicklung das Ehehindernis zwischen Onkel und Nichte bzw. zwischen Tante und Nefte sowie zwischen Schwiegereltern und Schwiegerkindern auf. Zudem erfolgt eine Gleichstellung des Adoptionsverhältnisses mit dem natürlichen Kindesverhältnis.

Der Vorschlag, das Eheschliessungshindernis zwischen Onkel und Nichte sowie Tante und Nefte (vgl. Art. 100 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB) aufzuheben, hat im Vernehmlassungsverfahren mehrheitlich Zustimmung gefunden. Grossfamilien, in denen die genannten Personen zusammenleben und enge Beziehungen miteinander pflegen, sind heute selten²⁴¹. Auch wenn eine Gefährdung des Familienfriedens nicht ganz auszuschliessen ist, hat dieser Gesichtspunkt doch nicht hinreichend Gewicht, um ein entsprechendes Ehehindernis zu begründen. Zudem verlieren eugenische Überlegungen bei diesem Verwandtschaftsgrad an Bedeutung (kollaterale Linie dritten Grades). Schliesslich ist auch der Inzesttatbestand von Artikel 213 StGB nicht erfüllt, so dass die Partner ohne weiteres frei zusammenleben und Kinder zeugen können.

Eugenische Überlegungen spielen beim Ehehindernis der Schwägerschaft keine Rolle. Vorbehältlich der Beziehung zwischen Stiefeltern und Stiefkindern vermag auch das Argument des zu wahrenen Familienfriedens kein Ehehindernis zu begründen. Der Entwurf enthält deshalb - entsprechend gewissen Vorschlägen anlässlich der Vernehmlassung - kein allgemein auf Schwägerschaft beruhendes Ehehindernis mehr.

239 Vgl. BGE 109 II 273 ff., 276 ff. E. 3 und 4.

240 Das Eheschliessungsverbot zwischen Onkel und Nichte und zwischen Tante und Nefte wurde in Deutschland (§ 4 Abs. 1 EheG) und in Österreich (§ 6 EheG) aufgehoben. In Frankreich (Art. 163 und 164 CC) und in Italien (Art. 87 CC) besteht das Verbot nach wie vor; es hat wegen der Möglichkeit des Dispenses freilich keine grundlegende Bedeutung. Das auf Schwägerschaft gründende Ehehindernis wurde in Österreich aufgehoben (§ 7 EheG), währenddem Frankreich (für die Verschwägerten in direkter Linie, Art. 161 und 164 CC), Italien (Art. 87 CC) und Deutschland (§ 4 Abs. 3 EheG) eine Dispensmöglichkeit vorsehen.

241 Im gleichen Sinn J.-C. Hürlimann, a.a.O., S. 150.

Die Beziehung zwischen Stiefelternteil und Stiefkind ist eine besondere Erscheinungsform der Schwägerschaft. Oft ist sie einer Eltern-Kind-Beziehung weitgehend nachgebildet²⁴², so dass sich ein Ehehindernis mit Rücksicht auf den Familienfrieden rechtfertigt. Denkbar wäre allerdings eine Einschränkung des Verbots auf Fälle, in denen die Schwägerschaft während der Minderjährigkeit des Stiefkindes begründet wurde. Von einem solchen Vorschlag wird jedoch abgesehen, weil mit der Herabsetzung des Mündigkeitsalters auf 18 Jahre die Zahl der Haushalte zunehmen wird, in denen heiratsfähige Stiefkinder mit Stiefeltern zusammenleben. Im übrigen lässt sich die Integration des Stiefkindes in seine neue Familie nicht mit derjenigen eines Schwiegerkindes in den Kreis der Schwiegereltern vergleichen.

Gestützt auf Artikel 100 Absatz 2 ZGB kann die Regierung des Wohnsitzkantons, wenn schwerwiegende Rücksichten es rechtfertigen, die Eheschliessung zwischen Adoptivverwandten gestatten, ausgenommen zwischen denen in gerader Linie. Da der Entwurf auf das Ehehindernis zwischen Onkel und Nichte oder Tante und Neffe verzichtet, hätte diese Dispensmöglichkeit inskünftig nur noch Bedeutung für eine Heirat zwischen Adoptivgeschwistern. Für diesen beschränkten Bereich die Dispensmöglichkeit noch beizubehalten, erscheint dem Bundesrat aus Gründen der Rechtssicherheit und der Transparenz nicht für sinnvoll²⁴³, auch wenn sexuelle Beziehungen zwischen diesen Personen den Inzesttatbestand gemäss Artikel 213 StGB nicht erfüllen. Die Beibehaltung der Dispensmöglichkeit wurde im Vernehmlassungsverfahren nur in zwei Stellungnahmen gefordert. Zudem ist aufgrund einer Nachfrage bei den zuständigen kantonalen Behörden bloss ein einziger Dispens gemäss Artikel 100 Absatz 2 ZGB bekannt. Denkbar wäre allerdings auch eine freie Zulassung der Eheschliessung zwischen Adoptivgeschwistern. Eine solche Lösung wäre aber kaum vereinbar mit dem geltenden System der Volladoption, wonach das Adoptivkind die Rechtsstellung eines Kindes der Adoptiveltern erhält und in die Verwandtschaft der Adoptierenden eintritt, wie wenn es ihr leibliches Kind wäre (vgl. Art. 267 Abs. 1 ZGB; Art. 100 Abs. 2 ZGB bildet die einzige Ausnahme von diesem Grundsatz).

222.32 Frühere Ehe und Wirkungen der Verschollenerklärung (Art. 96 und 38 Abs. 3)

Artikel 96 Absatz 1 entspricht materiell Artikel 101 ZGB.

Absatz 2 wiederholt aus Gründen der Übersichtlichkeit den neuen Artikel 38 Absatz 3 über die Eheauflösung bei Verschollenerklärung. Wird nach geltendem Recht eine Person unter strengen Voraussetzungen in einem gerichtlichen Verfahren für verschollen erklärt (Art. 35 und 36 ZGB), muss ihr Ehegatte - gleichzeitig oder getrennt - ein zusätzliches, dem Scheidungsverfahren entsprechendes Verfahren anstrengen, damit die Ehe aufgelöst wird (vgl. Art. 102 Abs. 2 und 3 ZGB). Dies ist viel zu aufwendig.

Allerdings würde wohl den Empfindungen eines Ehegatten nicht genügend Rechnung getragen, wenn das Urteil über die Verschollenerklärung wie im französischen Recht

242 Vgl. J.-C. Hürlimann, a.a.O., S. 151.

243 A. M. C. Hegnauer, ZZW 1992, S. 385.

automatisch auch die Ehe auflösen würde²⁴⁴. Dies gilt namentlich dann, wenn der betreffende Ehegatte immer noch auf die Rückkehr des verschollenen Ehepartners hofft oder wenn er die Auflösung der Ehe gar nicht wünscht, aber die Erben das Verfahren auf Feststellung der Verschollenheit anstrengen (vgl. Art. 35 Abs. 1 in fine ZGB). Eben-
sowenig befriedigt es, wenn - wie im deutschen Recht - eine neue Ehe eingegangen werden müsste, damit die alte aufgelöst wird²⁴⁵. Der Ehegatte des Verschollenen will unter Umständen nicht noch einmal heiraten. Deshalb muss ihm allein die Entscheidung über die Auflösung der Ehe zustehen. Eine Erklärung gegenüber der Zivilstandsbeamtin oder dem Zivilstandsbeamten hat in diesem Fall zu genügen. Ein entsprechendes Verfahren findet sich bereits in Artikel 149 Absatz 2 ZGB und in Artikel 119 Absatz 1 des Entwurfs betreffend den Namen der geschiedenen Frau. Zuständig für die Verschollenerklärung als solche bleibt das Gericht. Angesichts des besonders einfachen Eheauflösungsverfahrens im Anschluss an eine Verschollenerklärung erübrigt es sich, dem für die Verschollenerklärung zuständigen Gericht die Kompetenz einzuräumen, die Ehe aufzulösen, wie dies im Vernehmlassungsverfahren vereinzelt verlangt worden ist. Der Aufwand für einen Ehegatten, beim Zivilstandsamt die Erklärung abzugeben, ist nicht grösser als die Bemühung für einen speziellen Antrag beim Gericht.

222.4 **Wartefrist für Frauen und Geschiedene** (Aufhebung der Art. 103, 104 und 150 ZGB)

Der Bericht über das Rechtsetzungsprogramm "Gleiche Rechte für Mann und Frau"²⁴⁶ empfiehlt die Aufhebung von Artikel 103 ZGB (Wartefrist für Frauen). Der gleiche Vorschlag wurde bereits 1965 von der Studienkommission für die Revision des Familienrechts unterbreitet²⁴⁷.

An sich vermag eine Frauenwartefrist die Entstehung einer widersprüchlichen Rechtslage infolge des Zusammentreffens zweier Vermutungen zu verhindern. Ist ein Kind während der Ehe oder vor Ablauf von 300 Tagen seit ihrer Auflösung geboren, so gilt der Ehemann gemäss Artikel 255 Absatz 1 ZGB als Vater. Diese Vermutung würde auf zwei Männer zutreffen, wenn eine Frau, die innerhalb dieser Frist ein Kind zur Welt bringt, vorher nochmals heiraten könnte. Der Widerspruch wird nunmehr durch Artikel 257 ZGB durch Zuordnung des Kindes zum zweiten Ehemann gelöst²⁴⁸. Die Frauenwartefrist ist durch diese Regelung überflüssig geworden, zumal es als wahrscheinlicher erscheint, dass der zweite und nicht der erste Ehemann der biologische Vater des Kindes ist, das während der Wartefrist zur Welt kommt. Auch kann das Verbot leicht durch eine Heirat im Ausland umgangen werden.

244 Vgl. Art. 128 Abs. 1 und 3 CCfr.

245 Vgl. § 38 Abs. 2 EheG.

246 BBl 1986 I 1173 f. Ziff. 4.6.1 und 4.6.2; vgl. auch C. Hegnauer, Plädoyer für die Abschaffung der Frauenwartefrist gemäss Artikel 103 ZGB, ZZW 1983, S. 65 ff.; B. Weber-Dürler, Auf dem Weg zur Gleichberechtigung von Mann und Frau - Erste Erfahrungen mit Art. 4 Abs. 2 BV, ZSR 1985 I, S. 1 ff., 10.

247 Bericht, 2. Teil, S. 10-12.

248 Vgl. dazu eingehend C. Hegnauer, ZZW 1983, S. 65 ff.

Das neue Scheidungsrecht soll möglichst verschuldensunabhängig ausgestaltet werden (vgl. Ziff. 144.3). Artikel 150 ZGB, der das Gegenstück zu Artikel 104 ZGB bildet und dem Scheidungsrichter die Möglichkeit gibt, einem schuldig geschiedenen Ehegatten eine Strafwarefrist für die Wiederverheiratung aufzuerlegen, hat deshalb keine Berechtigung mehr. Beide Bestimmungen wurden von der Lehre und der Rechtsprechung stark kritisiert. Das Bundesgericht wandte Artikel 150 ZGB denn auch nur mit Zurückhaltung an²⁴⁹. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte erblickte in Artikel 150 ZGB sogar einen Verstoß gegen Artikel 12 EMRK, da eine Strafwarefrist das Recht zur Ehe in seiner Substanz treffe und im Hinblick auf das verfolgte gesetzgeberische Ziel unverhältnismässig sei²⁵⁰. Die Mehrheit der ausländischen Staaten verzichtet auf eine Strafwarefrist, da kaum anzunehmen sei, dass sich die "Schuldigen" dadurch bessern würden²⁵¹.

223 Vorbereitung der Eheschliessung und Trauung

223.1 Grundsätze

Die einleitende Bestimmung des Abschnittes gibt eine Übersicht über die wesentlichen Grundsätze.

223.11 Ziviltrauung nach einem Vorbereitungsverfahren (Art. 97 Abs. 1)

Eine zivilrechtlich wirksame Ehe kann in der Schweiz weiterhin nur vor der Zivilstandsbeamtin oder dem Zivilstandsbeamten nach einem Vorbereitungsverfahren geschlossen werden. Das Vorbereitungsverfahren zur Trauung, welches das bisherige Verkündverfahren ersetzt, wird im Hinblick auf seine Bedeutung einleitend ausdrücklich erwähnt.

Die Zuständigkeit in internationalen Fällen richtet sich nach dem Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (Art. 43 IPRG). Nach schweizerischem Recht dürfen bei einer ausländischen Vertretung in unserem Land keine Ehen geschlossen werden, da für die Ausübung zivilstandsamtlicher Funktionen auf dem Gebiet der Schweiz ausschliesslich die schweizerischen Zivilstandsbeamtinnen und Zivilstandsbeamten zuständig sind²⁵².

249 Vgl. vor allem BGE 107 II 395 f.

250 Urteil vom 18. Dezember 1987 i.S. F. gegen die Schweiz, Serie A, Bd. 128, Ziff. 32, 36 und 40.

251 Vgl. betreffend die Aufhebung von Artikel 150 ZGB E. Götz, übers. v. P. Nicollier, Le délai d'interdiction de remariage (Art. 150 CC), ZZW 1964, S. 335 f.; H. Hausheer, Ehefähigkeit, Ehehindernisse und Ungültigkeit der Ehe, ZZW 1974, S. 339 f.; C. Hegnauer/ P. Breitschmid, a.a.O., S. 97; K.E. Heinz, Inhalt und Tragweite des Artikels 12 der europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten - am Beispiel der Rechtssache "F. contre Suisse" (21/ 1986/ 119/ 168), SJZ 1991, S. 201.

252 Vgl. Kreisschreiben des Eidg. Departementes für auswärtige Angelegenheiten an die ausländischen diplomatischen und konsularischen Vertretungen in der Schweiz vom 8. Februar 1995.

223.12 Freie Wahl des Zivilstandskreises für die Trauung (Art. 97 Abs. 2)

Die Verlobten können den Zivilstandskreis, in dem sie sich trauen lassen wollen, wie bisher (Art. 113 ZGB) frei wählen. Für die Durchführung des Vorbereitungsverfahrens gilt auch in Zukunft das Wohnsitzprinzip (Art. 98 Abs. 1), allerdings ohne den Bräutigam bei der Anknüpfung zu bevorzugen (Art. 106 ZGB). Falls die Verlobten für den Vollzug der Trauung einen andern Zivilstandskreis ausgesucht haben, müssen sie sich auch inskünftig eine Trauungsermächtigung ausstellen lassen (Art. 99 Abs. 3, Art. 101 Abs. 2). Der Verzicht auf die freie Wahl des Zivilstandsamtes, welches das Vorbereitungsverfahren durchführt, bedingt diese Regelung, weil nur so die freie Wahl des Zivilstandskreises für die Trauung beibehalten werden kann (vgl. Ziff. 134.2, Ergebnis des Vernehmlassungsverfahrens, sowie Ziff. 223.211 zur Begründung des Verzichts).

223.13 Verbot der religiösen Eheschliessung vor der Ziviltrauung (Art. 97 Abs. 3)

Das Verbot, vor der Ziviltrauung eine religiöse Eheschliessung durchzuführen, entspricht dem bisherigen Recht (Art. 118 Abs. 2 ZGB), das auf Erwägungen aus der Zeit des "Kulturkampfes"²⁵³ beruht, die heute überholt sind. Die mehrheitliche Ablehnung der im Vernehmlassungsverfahren zur Diskussion gestellten Streichung des Verbotes stützt sich auf soziale Gründe: Eine ausschliesslich religiöse Eheschliessung kann die "Eheleute" zur irrigen Annahme verleiten, sie seien nun mit allgemeiner Rechtswirksamkeit miteinander "verheiratet". Diese Gefahr besteht vor allem für Ausländerinnen und Ausländer, deren Heimatstaaten eine (eventuell sogar ausschliessliche) kirchliche Eheschliessung kennen, die zivilrechtlich voll wirksam ist. Ein Irrtum kann zum Beispiel beim Tod der Partnerin oder des Partners schwerwiegende Folgen haben (fehlende Erb- und Rentenberechtigung). Die Androhung einer Busse, die sich gegen die Person richtet, welche vorsätzlich oder fahrlässig vor der zivilen Eheschliessung eine religiöse Trauung vollzieht, soll das Verbot auch inskünftig absichern (Ziff. 223.4). Vor dem Vollzug einer religiösen Eheschliessung muss stets der Nachweis über die Durchführung der Ziviltrauung (Eheschein) verlangt werden.

Der Begriff "religiöse Eheschliessung" verdeutlicht den weiten Sinn der geltenden Formulierung "kirchliche Trauungsfeierlichkeit", die zu eng auf christliche Kirchen bezogen scheint. Dass die kirchliche Ehe als solche im übrigen von den Bestimmungen dieses Gesetzes unberührt bleibt (Art. 118 Abs. 3 ZGB), muss nicht mehr ausdrücklich erwähnt werden. Dies ergibt sich aus dem Grundsatz der Trennung von Kirche und Staat im Bereich des Eherechts.

253 Mit diesem Begriff ist die Auseinandersetzung zwischen dem Staat und der katholischen Kirche im 19. Jahrhundert gemeint.

223.2 Vorbereitungsverfahren

223.21 Gesuch

223.211 Zuständigkeit (Art. 98 Abs. 1)

Das Zivilstandsamt des Wohnsitzes bleibt zuständig für die Entgegennahme des Gesuches um Durchführung des Vorbereitungsverfahrens zur Trauung. Haben beide Brautleute Wohnsitz in der Schweiz, besteht im Sinne der Gleichstellung von Braut und Bräutigam²⁵⁴ ein Wahlrecht. Fehlt bei beiden ein Wohnsitz in der Schweiz, ist auf der Ebene der Verordnung wie bisher eine Anknüpfung beim Zivilstandsamt eines schweizerischen Heimatortes vorzusehen²⁵⁵. Die Regelung für ausländische Brautleute ohne Wohnsitz in der Schweiz richtet sich nach dem Bundesgesetz über das internationale Privatrecht (Art. 43 Abs. 2 und 3 IPRG). Nach diesem Gesetz bestimmt sich allgemein die Zuständigkeit in Fällen mit Auslandberührung (Art. 43 IPRG).

Verzichtet wird auf die Lösung des Vorentwurfes, wonach das von den Brautleuten unabhängig vom Wohnsitz frei gewählte Zivilstandsamt sowohl für die Durchführung des Vorbereitungsverfahrens als auch für den Vollzug der Trauung zuständig wäre. Das Zivilstandsamt des Wohnsitzes der Braut oder des Bräutigams ist nach der Abschaffung des Verkündverfahrens am besten in der Lage, die Ehevoraussetzungen zu prüfen. Es kennt zum Beispiel die in seinem Amtskreis verfügbaren Bevormundungen. Bei dieser Anknüpfung sind die Vorbereitungsverfahren ausserdem auf sämtliche Zivilstandsämter der Schweiz verteilt, wodurch eine beträchtliche zusätzliche Belastung bevorzugter Trauungsorte mit der Prüfung der Ehevoraussetzungen vermieden werden kann. Wichtig ist für die Brautleute, dass die freie Wahl des Zivilstandskreises für die Trauung erhalten bleibt (Art. 97 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 101 Abs. 1 und 2).

Die Formulierung "der Braut oder des Bräutigams" bekräftigt, dass nur ein Mann und eine Frau miteinander die Ehe eingehen können. Die Heirat zwischen gleichgeschlechtlichen Personen bleibt ausgeschlossen²⁵⁶.

223.212 Persönliches Erscheinen (Art. 98 Abs. 2)

Die Pflicht, persönlich zu erscheinen, unterstreicht allgemein die Bedeutung der Eheschliessung im Leben eines Menschen und im besonderen die Mitverantwortung der Brautleute bei der Durchführung des Vorbereitungsverfahrens. Das Zivilstandsamt kann

254 Art. 4 Abs. 2 BV. Aufgrund dieser Verfassungsbestimmung ist die Gleichstellung auf Verordnungsebene vor kurzem verwirklicht worden (vgl. die seit dem 1. Juli 1994 in Kraft stehende Änderung der ZStV vom 25. Mai 1994; Art. 149 Abs. 1 ZStV, AS 1994 1387).

255 Nach geltendem Recht ist dies im ZGB (Art. 106 Abs. 2) ausdrücklich vorgesehen. Darauf kann nun verzichtet werden, nachdem Art. 43 Abs. 1 IPRG eine ausreichende gesetzliche Grundlage abgibt.

256 Vgl. Urteil der II. Zivilabteilung des Bundesgerichts vom 3. März 1993, abgedruckt in ZZW 1993 S. 249 ff. Vgl. aber vorne Ziffer 134.3.

direkt die nötigen Informationen vermitteln und auf konkrete Fragen eingehen (vgl. auch Ziff. 223.214). Zudem ergibt sich ein direkter Eindruck über die Ehevoraussetzung der Urteilsfähigkeit.

Immerhin kann es sich in vereinzelt Fällen als offensichtlich unzumutbar erweisen, persönlich zu erscheinen. Hier soll es für das Zivilstandsamt möglich sein, die schriftliche Durchführung des Vorbereitungsverfahrens zu bewilligen. Die Ausnahmeklausel ist einschränkend auszulegen: Für die Trauung, die in der Regel kurz nach Abschluss des Vorbereitungsverfahrens stattfindet, müssen die Brautleute persönlich anwesend sein (Art. 102). Daher wird die persönliche Anwesenheit bereits bei der Einreichung des Gesuches um Durchführung des Vorbereitungsverfahrens in den meisten Fällen ohne weiteres verlangt werden können. Die Ausnahmeklausel richtet sich vor allem an Auslandsschweizerinnen und Auslandschweizer, die sich in der Schweiz verheiraten wollen. Für sie kann es offensichtlich unzumutbar sein, sich vom Beginn des Durchführungsverfahrens bis zum Vollzug der Trauung ununterbrochen in der Schweiz aufzuhalten oder wiederholt in unser Land zu reisen.

223.213 Nachweis der Personalien und der Ehevoraussetzungen (Art. 98 Abs. 3)

Die Brautleute haben ihre Personalien mit Dokumenten neueren Datums zu belegen, die im einzelnen in der Ausführungsverordnung aufzulisten sind (vgl. Art. 150 ZStV; ev. ist ein neues Auszugsformular, das vom Zivilstandsamt des Heimatortes aufgrund des Familienregisters und der Vormundschaftskontrolle ausgestellt wird, einzuführen). Nachzuweisen sind die Personalien im weiteren Sinn, die alles umfassen, was für die Eintragungen in die Zivilstandsregister erforderlich ist. Die Identifizierung der Verlobten geschieht ausschliesslich aufgrund der eingereichten Dokumente. Das Zivilstandsamt, bei dem das Familienregister geführt wird, erhält in der Regel keinen Überprüfungsauftrag mehr. Erweist sich die Beschaffung einzelner Dokumente als unmöglich oder unzumutbar, kann die kantonale Aufsichtsbehörde den Nachweis nicht streitiger Angaben über den Personenstand durch Abgabe einer Erklärung vor der Zivilstandsbeamtin oder dem Zivilstandsbeamten bewilligen (Art. 41, Ziff. 211.3).

Zudem müssen die Brautleute persönlich erklären, dass sie die Ehevoraussetzungen erfüllen, das heisst, dass sie ehefähig sind und dass keine Ehehindernisse vorliegen. Sie wirken damit aktiv im Vorbereitungsverfahren mit und haben die Verantwortung für die Richtigkeit ihrer Angaben zu tragen. Die Erklärungen gelten als Beweismittel. Bei Zweifeln muss das Zivilstandsamt zusätzliche Abklärungen treffen (Art. 99 Abs. 1). Es ist vorgesehen, in der Ausführungsverordnung ein besonderes Formular für die Abgabe der Erklärung festzulegen. Im übrigen ist zu beachten, dass sich diese Erklärung von jener nach Artikel 41 (vgl. Ziff. 211.3), die an die Stelle nicht beschaffbarer Dokumente tritt, unterscheidet. In beiden Fällen ist jedoch zur Wahrheit zu ermahnen und auf die Straffolgen²⁵⁷ einer falschen Erklärung hinzuweisen (so ausdrücklich in Art. 41 Abs. 2).

257 Art. 253 Strafgesetzbuch (StGB, SR 311.0), Erschleichen einer falschen Beurkundung (Zuchthaus bis zu fünf Jahren oder Gefängnis); Art. 215 StGB, Mehrfache Ehe (Zuchthaus bis zu fünf Jahren oder Gefängnis nicht unter drei Monaten).

Entmündigte haben die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters oder der gesetzlichen Vertreterin vorzulegen. Nach der Herabsetzung des zivilrechtlichen Mündigkeits- und des Ehefähigkeitsalters auf je 18 Jahre (ohne Ausnahmeklausel) sind, soweit schweizerisches Recht anwendbar ist, alle Unmündigen von der Eheschliessung ausgeschlossen.

223.214 Information der Brautleute

Nach dem Vorentwurf hätten die Kantone den Brautleuten die Möglichkeit bieten müssen, sich über die Ehe und das Eherecht zu informieren. Es ging darum, bestehende Wissenslücken zu schliessen und das Verantwortungsbewusstsein zu fördern. Die vorgeschlagene Lösung verwarfen die Kantone mit klarer Mehrheit, vor allem weil sie personell und finanziell zu aufwendig sei und weil die Informationsbedürfnisse durch private Organisationen bereits weitgehend abgedeckt seien.

Aufgrund der starken Ablehnung verzichtet der Entwurf auf eine Informationspflicht der Kantone. Da aber, wie die Erfahrung zeigt, in vielen Fällen ein Bedürfnis nach Auskünften besteht, das zudem häufig die Informationsmöglichkeiten der Zivilstandsämter übersteigt, wird zu prüfen sein, ob der Bund eine Broschüre über die Ehe und das Eherecht²⁵⁸ erarbeiten sollte. Diese könnte von den Zivilstandsämtern bei der Einreichung des Gesuches um Durchführung des Vorbereitungsverfahrens zur Trauung abgegeben werden. Ausserdem wäre es sehr wünschenswert, wenn gleichzeitig eine kantonale Liste mit Adressen öffentlicher und privater Stellen, die in der Lage sind, kompetent zu informieren, verteilt würde.

223.22 Durchführung und Abschluss des Vorbereitungsverfahrens (Art. 99)

Nach der Neuregelung des Vorbereitungsverfahrens ist ausschliesslich das zuständige²⁵⁹ Zivilstandsamt für die Prüfung des Gesuches (Abs. 1 Ziff. 1), der Identität der Brautleute (Abs. 1 Ziff. 2) und der Ehevoraussetzungen (Abs. 1 Ziff. 3) verantwortlich. Die Stellung des Amtes wird damit wesentlich verbessert. Das Verfahren ist erheblich vereinfacht, indem sich die Prüfung in der Regel allein auf Dokumente und die Erklärungen der Brautleute abstützt. Sind alle Prüfungskriterien erfüllt, teilt das Zivilstandsamt den Brautleuten den Abschluss des Vorbereitungsverfahrens sowie die gesetzlichen Fristen für die Trauung mit (Abs. 2 in Verbindung mit Art. 100). Es legt den Zeitpunkt der Trauung im Rahmen der kantonalen Vorschriften²⁶⁰ in gegenseitigem Einvernehmen fest und stellt auf Antrag eine Ermächtigung zur Trauung in einem andern Zivilstandskreis aus (Abs. 3).

258 Anknüpfen liesse sich an den vom Eidg. Justiz- und Polizeidepartement 1987 herausgegebenen Leitfaden zum neuen Ehe- und Erbrecht.

259 Ziff. 223.211

260 Die Kantone sollen weiterhin die Möglichkeit haben, bestimmte Trauungstage und -zeiten vorzusehen. Nach geltendem Bundesrecht darf nach 18 Uhr und an Sonntagen keine Trauung stattfinden (Art. 163 Abs. 4 ZStV). Die Trauung mehrerer Paare zur gleichen Zeit darf nur erfolgen, wenn es verlangt wird (Art. 163 Abs. 5 ZStV).

Zusätzliche Abklärungen werden sich im allgemeinen nur in gewissen internationalen Fällen aufdrängen, in denen grundsätzlich ebenfalls die Ehevoraussetzungen des schweizerischen Rechts massgebend sind (Art. 44 Abs. 1 unter Vorbehalt von Abs. 2 IPRG), wenn Zweifel an der Echtheit oder inhaltlichen Richtigkeit von Dokumenten bestehen. Betroffen dürften vor allem Brautleute sein, deren Heimatstaaten keine systematische oder keine aktualisierte Registerführung kennen. In der Regel wird man sich durch Rückfragen bei den zuständigen schweizerischen Vertretungen im Ausland behelfen können.²⁶¹

Blieben erhebliche Zweifel bestehen, verweigert das Zivilstandsamt den Vollzug der Trauung oder die Ausstellung einer Ermächtigung zur Trauung in einem andern Zivilstandskreis in einem formellen Entscheid mit Rechtsmittelbelehrung. Wie bisher soll nach Ausschöpfung des kantonalen Instanzenzuges die Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht offenstehen (Art. 97 ff. OG²⁶²).

223.23 Fristen

223.231 Ordentliche Frist (Art. 100 Abs. 1)

Nach dem geltenden Verfahren ergibt sich für die Brautleute eine letzte Bedenkfrist vor der Heirat aufgrund der Verkündfrist von zehn Tagen (Art. 112 ZGB und Art. 154 Abs. 2 ZStV). Diese Frist fällt mit der Abschaffung des Verkündverfahrens weg. Nach der neuen Regelung wäre es theoretisch möglich, am Tag der Einreichung des Gesuches um Durchführung des Vorbereitungsverfahrens die vorgeschriebene Prüfung abzuschliessen und die Trauung sogleich zu vollziehen²⁶³. Da aber mit der Eheschliessung immerhin eine auf unbestimmte Dauer angelegte Lebensgemeinschaft begründet wird (Art. 159 ZGB), erscheint es im Interesse der Brautleute angezeigt, auch im neuen Recht eine Bedenkfrist beizubehalten. In Anknüpfung an die bisherige Verkündfrist, die sich in der Praxis als Bedenkfrist bewährt hat, sollen weiterhin zehn Tage vorgesehen werden. Die Frist läuft von der Mitteilung des Abschlusses des Vorbereitungsverfahrens an.

Ab dem gleichen Datum wird die neue Frist von drei Monaten berechnet, die festlegt, wann die Trauung spätestens zu erfolgen hat. Nach geltendem Recht beträgt diese Frist sechs Monate (Art. 114 Abs. 2 ZGB). Die Ermächtigung zur Trauung in einem andern

261 Eigentliche betrügerische Tatbestände (Erschleichen einer Aufenthaltsbewilligung) scheinen zwar zuzunehmen, doch gibt ihre Zahl gemessen an der Gesamtzahl der Heiraten in der Schweiz zur Zeit nicht zu besonderen Massnahmen Anlass (Bericht der schweizerischen Sektion der Internationalen Kommission für das Zivilstandswesen, CIEC, an das Generalsekretariat der CIEC vom 18.3.1992 über betrügerische Tatbestände im Zivilstandswesen mit ergänzenden Stellungnahmen, letztmals am 22. Dezember 1994).

262 SR 173.110

263 In internationalen Fällen kann sich allerdings das Vorbereitungsverfahren über mehrere Wochen hinziehen, wenn zusätzliche, nicht leicht zu beschaffende ausländische Dokumente erforderlich sind. Auch eine nach den Umständen unverzichtbare Überprüfung der Echtheit der Dokumente durch die zuständige schweizerische Vertretung im Ausland führt oft zu einer erheblichen Verlängerung des Verfahrens.

Zivilstandskreis (Art. 99 Abs. 3) wird ebenfalls nur noch drei Monate gültig sein²⁶⁴. Die Verkürzung der Frist ist nötig, weil sich in einem halben Jahr sehr viel ändern kann. So wäre es zum Beispiel möglich, dass in diesem Zeitraum eine Ehe mit einer andern Person nach einem bei einem andern Zivilstandsamt durchgeführten Vorbereitungsverfahren geschlossen wird. In solchen Fällen besteht die Gefahr einer missbräuchlichen Verwendung der ursprünglichen Trauungsermächtigung.

223.232 Nottrauung (Art. 100 Abs. 2)

Im wesentlichen wird die geltende Regelung übernommen (Art. 115 ZGB). Nach der Abschaffung des Verkündverfahrens ist nicht mehr die Verkündfrist, sondern die Bedenkfrist (Art. 100 Abs. 1) abzukürzen oder ganz wegzulassen. Auch inskünftig soll die Nottrauung nur zulässig sein, wenn die Braut oder der Bräutigam infolge Krankheit oder Unfall vom Tode bedroht und zu befürchten ist, dass die Trauung bei Einhaltung der Frist nicht mehr stattfinden könnte. Eine ärztliche Bestätigung ist weiterhin unerlässlich. Das Vorbereitungsverfahren muss ordnungsgemäss durchgeführt werden (Art. 98 und 99), wobei dies unter Verzicht auf die persönliche Anwesenheit geschehen kann (Art. 98 Abs. 2). Im Sinne der Ausnahmeklausel sind die Voraussetzungen der Nottrauung zurückhaltend auszulegen. Im Gegensatz zum geltenden Recht ist für die Abkürzung oder Weglassung der Frist keine Ermächtigung der Aufsichtsbehörde mehr vorgesehen. Dies stärkt nach einem allgemeinen Ziel des Entwurfs die Stellung der Zivilstandsbeamtinnen und der Zivilstandsbeamten und erhöht deren Verantwortung. Gleichzeitig ergibt sich eine Beschleunigung des Verfahrens²⁶⁵.

223.3 Trauung

223.31 Ort

223.311 Trauungsort (Art. 101 Abs. 1)

In der Wahl des Zivilstandskreises, in dem die Trauung stattfinden soll, sind die Brautleute frei (Art. 97 Abs. 2). Wie bisher darf die Eheschliessung aber nicht irgendwo im Zivilstandskreis vollzogen werden. Die Benützung eines amtlichen Trauungsorts ist

264 Hingegen wird die Gültigkeitsdauer für ein Ehefähigkeitszeugnis, das nach ausländischem Recht für eine Eheschliessung im Ausland nötig sein kann, im Verhältnis zu den Staaten, die wie die Schweiz die CIEC-Konvention Nr. 20 über die Ausstellung von Ehefähigkeitszeugnissen (SR 0.211.112.15) ratifiziert haben, weiterhin sechs Monate betragen (Art. 7 der Übereinkunft).

265 Im Vernehmlassungsverfahren wurde vereinzelt Kritik grundsätzlicher Natur am Institut der Nottrauung laut, das eigentlich einen Rechtsmissbrauch darstelle, weil es dem allgemeinen Zweck der Eheschliessung (Begründung einer ehelichen Lebensgemeinschaft, Art. 159 ZGB) widerspreche. Es würden nämlich nur materielle Vorteile (Erb- und Rentenberechtigung) angestrebt. Diese Beurteilung verkennt, dass bei Nottrauungen in der Regel eine längere eheliche Lebensgemeinschaft vorbestanden hat und zudem oft eine spätere formelle Eheschliessung durchaus beabsichtigt war. Die Nottrauung ist in diesen Fällen gleichsam als Bestätigung der gelebten Gemeinschaft zu sehen, die nicht nur einem legitimen sozialen, sondern auch einem ideell-affektiven Bedürfnis entspricht.

unter Vorbehalt von Absatz 3 zwingend (Art. 116 ZGB). Die Mindestanforderungen, die an dieses Lokal zu stellen sind, hat die Ausführungsverordnung des Bundes zu regeln. Sowohl die Bedürfnisse des Zivilstandskreises als auch die Interessen der Verlobten sollen berücksichtigt werden. Der Begriff des amtlichen Trauungsorts ist nicht eng zu verstehen. Es soll möglich sein, historische oder sonstwie besonders reizvolle Orte für die Trauung vorzusehen. Um verschiedenen Bedürfnissen und Interessen gerecht werden zu können, sind in einem Zivilstandskreis mehrere amtliche Trauungsorte denkbar, vor allem wenn dieser mehr als eine Gemeinde umfasst. Ausgefallene Sonderwünsche der Verlobten, die den feierlichen Charakter der Trauung gefährden, sollen hingegen auch inskünftig unberücksichtigt bleiben.

223.312 Trauungsermächtigung (Art. 101 Abs. 2)

Nach dem Abschluss des Vorbereitungsverfahrens stellt das Zivilstandsamt den Verlobten wie bisher auf Antrag eine Ermächtigung zur Trauung in einem andern Zivilstandskreis aus (Art. 99 Abs. 3). Diese Trauungsermächtigung ist dem Zivilstandsamt, bei dem die Trauung stattfinden soll, vorzulegen (Art. 101 Abs. 2). Die Zuständigkeit zum Vollzug der Trauung muss von Amtes wegen abgeklärt werden. Stellt das Zivilstandsamt fest, dass das Vorbereitungsverfahren nicht in seinem Kreis durchgeführt wurde, muss es die Trauungsermächtigung einfordern. Liegt diese Urkunde nicht in der in den Ausführungsbestimmungen zu regelnden Form vor, darf die Trauung nicht vollzogen werden.

223.313 Eheschliessung ausserhalb des Trauungsorts (Art. 101 Abs. 3)

In begründeten Ausnahmefällen soll es weiterhin möglich sein, die Trauung ausserhalb des Trauungsorts zu vollziehen. Das geltende Recht lässt dies nur im Krankheitsfall zu, wenn der Bräutigam oder die Braut verhindert ist, auf dem Amt zu erscheinen, und dies mit einem ärztlichen Zeugnis nachgewiesen wird (Art. 116 Abs. 2 ZGB). Neu soll eine Ausnahme auch aus andern Gründen in Frage kommen. Als Kriterium wird die offensichtliche Unzumutbarkeit, sich in das Trauungsort zu begeben, festgelegt. Die Ausnahmeklausel ist gleich formuliert wie bei der Pflicht, im Vorbereitungsverfahren persönlich zu erscheinen (Art. 98 Abs. 2). Ihr Wortlaut verlangt eine zurückhaltende Anwendung. Eine ausführliche Begründung mit schriftlichen Nachweisen bleibt unerlässlich (ärztliches Zeugnis, Bestätigung der Strafvollzugsbehörde).

Bei einer Person beispielsweise, die eine Freiheitsstrafe verbüsst, kann der Aufwand für eine Eheschliessung im amtlichen Trauungsort unverhältnismässig hoch sein (polizeiliche Überführung und Bewachung). Auch in einem solchen Fall ist jedoch das Grundrecht der Eheschliessung zu gewährleisten (Art. 54 BV, Art. 12 EMRK²⁶⁶). Deshalb soll es möglich sein, die Trauung im Gefängnis zu vollziehen, wenn die Strafvollzugsbehörde aus Sicherheitsgründen weder Urlaub bewilligen noch einer amtlichen Überführung zustimmen kann.

266 Vgl. ZZW 1984, S. 3 ff. Das Recht Strafgefangener auf Eheschliessung, zwei Entscheide der Europäischen Kommission für Menschenrechte, zitiert aus Informationen über den Straf- und Massnahmenvollzug 2/ 1983 des Bundesamtes für Justiz.

223.32 Form

223.321 Öffentlichkeit der Trauung (Art. 102 Abs. 1, 1. Halbsatz)

Die Trauung soll auch in Zukunft öffentlich sein (Art. 116 Abs. 1 ZGB). Wer immer es wünscht, darf anwesend sein. Die Brautleute dürfen niemanden ablehnen. Sie können wie bisher neben den Trauzeugen weitere Personen einladen. Die Zivilstandsbeamtin oder der Zivilstandsbeamte bleibt ermächtigt, die Teilnehmerzahl aus Ordnungsgründen zu beschränken (Fassungskapazität des Trauungsorts) oder Personen, welche die Trauhandlung stören, wegzuweisen. Die Einzelheiten sind in der Ausführungsverordnung zu regeln.

Eine klare Mehrheit wandte sich im Vernehmlassungsverfahren gegen die im Vorentwurf enthaltene Vorschrift, am Trauungsort Datum und Zeit der Trauung durch öffentlichen Anschlag bekanntzugeben. Nach der Abschaffung des Verkündverfahrens liegt die Bekanntgabe tatsächlich kaum mehr im öffentlichen Interesse, zumal es keine Einspruchsmöglichkeit mehr gibt. Blosser Neugierde und die Anliegen von Geschäftsleuten (Zustellung von Reklamesendungen) können die Vorschrift nicht rechtfertigen. Im übrigen wäre die Anwendung der Ausnahmeklausel konfliktträchtig und würde zu Beschwerden führen. Wenn die Brautleute eine Bekanntgabe wünschen, sollen sie selber dafür besorgt sein, indem sie zum Beispiel auf eigene Kosten eine Anzeige in der Presse erscheinen lassen.

223.322 Trauzeugen (Art. 102 Abs. 1, 2. Halbsatz)

Die beiden Trauzeugen werden beibehalten (Art. 116 Abs. 1 ZGB). Neu ist neben der Mündigkeit auch die Urteilsfähigkeit ausdrücklich vorgeschrieben. Die Zeugen sollen handlungsfähig sein (Art. 13 ZGB). Dies entspricht dem geltenden Recht. Die Trauzeugen haben keine Beweisfunktion. Mit ihrer Anwesenheit soll die Feierlichkeit der Trauhandlung betont werden ("Solennitäts"-Zeugen).²⁶⁷

223.323 Trauhandlung (Art. 102 Abs. 2 und 3)

Der formelle Vollzug der Trauung entspricht dem geltenden Recht (Art. 117 ZGB). Konstitutiv bleiben die übereinstimmenden Willenserklärungen (Konsens) der persönlich anwesenden Brautleute vor der Zivilstandsbeamtin oder dem Zivilstandsbeamten; die amtliche Erklärung über das Zustandekommen der Ehe nach Absatz 3 hat weiterhin bloss deklaratorische Bedeutung²⁶⁸. Im Gesetzestext waren lediglich sprachliche (vor allem zur Gleichstellung von Mann und Frau) und stilistische Änderungen vorzunehmen.

²⁶⁷ E. Götz, Berner Komm. zu Art. 116 ZGB N. 8 ff.

²⁶⁸ E. Götz, Berner Komm. zu Art. 117 ZGB N. 4.

223.4 Ausführungsbestimmungen (Art. 103)

Absatz 1 entspricht im wesentlichen dem geltenden Recht (Art. 119 ZGB). Die Kompetenzen von Bund und Kantonen bleiben sich gleich. Das ZGB regelt wie bisher die Grundsätze, während der Bundesrat und (im Rahmen ihrer Zuständigkeit) die Kantone die nötigen Ausführungsbestimmungen erlassen müssen. Die Führung der Eheregister wird aus systematischen Gründen nicht mehr erwähnt. Die Kompetenzzuweisung in diesem Bereich ergibt sich aus dem Abschnitt über die Beurkundung des Personenstandes (Art. 48 und 50) und ist die gleiche wie für die übrigen Zivilstandsregister. Der Bundesrat wird in seiner Ausführungsverordnung vor allem Form und Inhalt des Gesuches um Durchführung des Vorbereitungsverfahrens zur Trauung (Art. 98 Abs. 1) sowie der Erklärung über die Ehevoraussetzungen und die Liste der für den Nachweis der Personalien nötigen Dokumente (Art. 98 Abs. 3) näher zu regeln haben. Die Kantone haben im Rahmen des Bundesrechts die erforderlichen Vollzugsbestimmungen zu erlassen. Vor allem sind die amtlichen Trauungsorte sowie die Trauungstage und -zeiten festzulegen. Die kantonalen Ausführungsvorschriften bedürfen zu ihrer Gültigkeit der Genehmigung des Bundes (Art. 50 Abs. 2²⁶⁹).

Absatz 2 enthält neu die gesetzliche Grundlage für den bestehenden Übertretungsbestand des Verstosses gegen das Verbot der religiösen Eheschliessung vor der Ziviltrauung (Art. 182 Abs. 2 ZStV). Es handelt sich um eine Delegationsnorm, die den Bundesrat zum Erlass einer Bussenregelung auf Verordnungsstufe ermächtigt.²⁷⁰

224 Die Eheungültigkeit

224.1 Grundsatz (Art. 104)

Nach Artikel 104 kann die vor dem Zivilstandsbeamten geschlossene Ehe nur aus einem Grund, der im Gesetz ausdrücklich vorgesehen ist, für ungültig erklärt werden. Damit wird die Anwendung des Obligationenrechts ausgeschlossen. Auch Mängel des Eheschliessungsverfahrens, die ausschliesslich formeller Natur sind (vgl. Art. 131 ZGB),

269 Art. 40 Abs. 2 ZGB wird materiell beibehalten. Die Vorbereitung der Eheschliessung und die Trauung sind Teil der Beurkundung des Personenstandes. Dies kommt auch darin zum Ausdruck, dass nach geltendem Recht die Ausführungsbestimmungen des Bundes zu den beiden ZGB-Abschnitten in der Zivilstandsverordnung zusammengefasst sind. Die Genehmigungspflicht kantonalen Vollzugsvorschriften (Art. 40 Abs. 2 ZGB) ist dort systematisch konsequent unter "Allgemeine Bestimmungen" angeführt. "Zivilstandswesen" fasst als Oberbegriff die Beurkundung des Personenstandes sowie die Vorbereitung der Eheschliessung und die Trauung zusammen. Die Regelung der Aufsicht (Art. 17 ZStV) und die Weisungsbefugnis des Eidg. Amtes für das Zivilstandswesen (Art. 10 Abs. 2 Bst. b Ziff. 1 Delegationsverordnung, SR 172.011) bestätigen diese Definition.

270 Auf die Strafbestimmung des geltenden Rechts kann nicht verzichtet werden, weil die Verstösse gegen das Verbot der religiösen Eheschliessung vor der Ziviltrauung vor allem bei den grösser werdenden Religionsgemeinschaften, die mit dem schweizerischen Recht wenig vertraut sind, in letzter Zeit eher zugenommen haben. Eine massvolle Sanktion erscheint für die Durchsetzung des Verbotes nicht unwichtig.

können nicht zur Ungültigerklärung einer Ehe führen. Der Katalog der Eheungültigkeitsgründe ist abschliessend; es gilt der Satz "Keine Eheungültigkeit ohne gesetzliche Grundlage"²⁷¹.

Die Artikel 104 ff. finden keine Anwendung auf "Nichtehe". Leidet eine Verbindung an fundamentalen Mängeln, liegt keine Ehe im Rechtssinn vor (*matrimonium non existens*). Diese Tatsache kann nötigenfalls durch Feststellungsklage geltend gemacht werden²⁷². Eine Nichtehe liegt etwa vor, wenn die Partner dem gleichen Geschlecht angehören oder wenn die Trauung nicht vor einem Zivilstandsbeamten stattfand²⁷³.

224.2 Unbefristete Ungültigkeit

224.21 Gründe (Art. 105)

Artikel 120 Ziffer 4 ZGB (Bürgerrechtsehe) ist mit der Revision vom 23. März 1990²⁷⁴ des Bundesgesetzes über Erwerb und Verlust des Schweizer Bürgerrechts (BüG)²⁷⁵ aufgehoben worden. Diese Revision ist am 1. Januar 1992 in Kraft getreten. Die Ungültigerklärung einer Ehe für den Fall, dass eine Umgehung der Vorschriften über die Einbürgerung beabsichtigt wird, ist trotz entsprechender Vorschläge anlässlich des Vernehmlassungsverfahrens nicht wieder einzuführen. Das neue Recht sieht nämlich keinen automatischen Bürgerrechtserwerb infolge Heirat mehr vor. Vielmehr setzt der Erwerb des Schweizer Bürgerrechts in jedem Fall ein, wenn auch erleichtertes, Einbürgerungsverfahren voraus, welches den zuständigen Behörden Gelegenheit gibt, einen allenfalls fehlenden Willen zur Begründung einer Lebensgemeinschaft festzustellen. Nach Artikel 7 Absatz 1 des Bundesgesetzes über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (ANAG)²⁷⁶ hat der ausländische Ehegatte eines Schweizer Bürgers zwar einen Anspruch auf Erteilung und Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung. Diese kann jedoch widerrufen werden, falls die Ehe eingegangen worden ist, um die Vorschriften über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer zu umgehen (Art. 7 Abs. 2 ANAG)²⁷⁷. Der Bestand der Ehe ist demgegenüber eine Privatangelegenheit der Eheleute²⁷⁸.

Artikel 105 Ziffer 1 übernimmt inhaltlich im wesentlichen Artikel 120 Ziffer 1 und 122 Absatz 3 ZGB. Der Eheungültigkeitsgrund der Bigamie entfällt nicht, wenn der Ehegatte, der in Bigamie gelebt hat, stirbt. Seinen Ehegatten die Klagemöglichkeit abzusprechen, wäre nicht richtig. Dagegen kann die zuständige Behörde nicht mehr auf Ungül-

271 Vgl. R. Meroni, *Dogmatik und praktische Bedeutung des schweizerischen Eheungültigkeitsrechts*, Diss. Zürich 1984, S. 15, m.w.N.

272 BGE 48 II 182

273 Vgl. H. Deschenaux/P. Tercier/F. Werro, a.a.O., S. 93; C. Hegnauer/P. Breitschmid, a.a.O., S. 62.

274 Vgl. BBl 1987 III 293 ff.

275 SR 141.0

276 SR 142.20

277 In der Fassung vom 23. März 1990, in Kraft seit 1. Januar 1992. Vgl. auch BGE 118 Ib 145 ff., 149 ff. E. 3; Th. Sutter, ZZW 1994, S. 335 f.

278 Vgl. Th. Sutter, ZZW 1994, S. 337; C. Suter Kasel-Selbert, *Le mariage fictif*, Diss. Zürich 1990.

tigkeit der Ehe klagen (vgl. Ziff. 224.22). Artikel 105 Ziffer 1 umfasst im übrigen auch die Fälle der Auflösung der Ehe nach Verschollenerklärung (Art. 38 Abs. 3 und 96 Abs. 2, vgl. Ziff. 222.32) und der Aufhebung einer früheren Ehe. Entgegen Artikel 122 Absatz 3 ZGB, wonach die Nichtigerklärung ausgeschlossen ist, wenn im Falle der Eheschliessung einer schon verheirateten Person der andere Ehegatte in gutem Glauben gewesen und die frühere Ehe seither aufgehoben worden ist, sieht Artikel 105 Ziffer 1 nur die Voraussetzung der Auflösung der ersten Ehe vor. Es hat keinen Sinn, von Amtes wegen eine Ehe auflösen zu lassen, wenn die Parteien nach der Auflösung ohne weiteres rechtsgültig wieder heiraten können.

Ziffer 2 entspricht Artikel 120 Ziffer 2 und Artikel 122 Absatz 2 ZGB. Die Geisteskrankheit wird nicht mehr erwähnt, da sie neu auch kein Ehehindernis mehr darstellt (vgl. Ziff. 222.2). Urteilsunfähigkeit zur Zeit der Eheschliessung ist kein unbefristeter Eheungültigkeitsgrund, wenn der betreffende Ehegatte inzwischen wieder urteilsfähig geworden ist. Dagegen ist eine Klage gestützt auf den befristeten Eheungültigkeitsgrund von Artikel 107 Ziffer 1 oder 3 zulässig²⁷⁹.

Artikel 105 Ziffer 3 steht im Zusammenhang mit Artikel 95, welcher im Vergleich zu Artikel 100 ZGB bedeutsame Änderungen enthält. Da das Ehehindernis zwischen Onkel und Nichte sowie Tante und Neffe und - vorbehaltlich des Stiefkindverhältnisses - zwischen verschwägerten Personen aufgehoben ist, stellen lediglich noch die Verwandtschaft in gerader Linie sowie zwischen Geschwistern oder Halbgeschwistern und das Stiefkindverhältnis einen unbefristeten Ungültigkeitsgrund dar.

224.22 Klage (Art. 106)

Die Bestimmung entspricht im wesentlichen Artikel 121 und 122 Absatz 1 ZGB.

Absatz 1 regelt die Klagelegitimation. Entsprechend dem geltenden Recht ist die Klage von der zuständigen kantonalen Behörde von Amtes wegen zu erheben; überdies kann jedermann klagen, der ein Interesse hat.

Das öffentliche Interesse wird von der zuständigen kantonalen Behörde geltend gemacht. Zwecks Vermeidung von Kompetenzkonflikten zwischen den Behörden des Heimat- oder Wohnsitzkantons hält der Entwurf ausdrücklich fest, dass von Amtes wegen die Wohnsitzbehörde einschreiten muss. Haben die Ehegatten nicht im gleichen Kanton Wohnsitz, sind die zuständigen Behörden beider Kantone legitimiert. Jeder Kanton hat eine einzige Behörde zu bezeichnen²⁸⁰. Die Behörde des Wohnsitzkantons kann auch im öffentlichen Interesse klagen, wenn ein Ehegatte Ausländer ist oder wenn beide Ausländer sind. Weil bei diesen Fragen zu prüfen ist, ob die Ehe gültig geschlossen wurde, ist grundsätzlich auf das Recht, das auf die Voraussetzungen der Eheschliessung Anwendung gefunden hat, abzustellen²⁸¹.

279 Vgl. BGE 78 II 193 ff., 197 E. 3.

280 C. Hegnauer/P. Breitschmid, a.a.O., S. 65.

281 Vgl. BBl 1983 I 340 f.

Bei Vorliegen eines unbefristeten Ungültigkeitsgrundes im Sinne von Artikel 105 kann die Klage auch von jedermann, der ein Interesse hat, erhoben werden. Das erforderliche Interesse kann ökonomischer, ideeller, aktueller oder virtueller Natur sein²⁸². Namentlich müssen bei Ehen "in letzter Minute" - wenn sehr alte oder kranke Menschen Ehen mit Personen eingehen, die weniger aus altruistischen als aus materiellen Überlegungen handeln - die Erben klagen können. Das Eheungültigkeitsverfahren findet künftig auch auf Fälle Anwendung, die bisher im Rahmen des Einspruchsverfahrens berücksichtigt wurden (Art. 108 ZGB). Auf dieses wird im Entwurf verzichtet (vgl. Ziff. 132 und 133).

Zu den Interessierten zählen auch der Ehegatte sowie, im Falle der Bigamie, der Ehegatte aus einer früheren Ehe. Die Legitimation steht wie im geltenden Recht²⁸³ selbst dem bösgläubigen Ehegatten zu.

Heute erwähnt Artikel 121 ZGB die Heimat- und die Wohnsitzgemeinde ausdrücklich als klageberechtigt. Grundsätzlich werden sie auch künftig als Interessierte legitimiert sein. Im übrigen ist es aber zweckmässiger und ökonomischer, den Fall der zuständigen kantonalen Behörde anzuzeigen. Die Aufgabe dieser Behörde ist es dann, die öffentlichen Interessen von Amtes wegen wahrzunehmen. Sie verfügt über die besseren Voraussetzungen für die Klageerhebung als die Gemeindebehörden.

Artikel 135 ZGB, wonach das Recht, die Ungültigerklärung der Ehe zu verlangen, unvererblich ist, die Erben des Klägers die erhobene Klage jedoch fortsetzen können, kann gestrichen werden. In der Regel können die Erben im Hinblick auf ihre eigenen Interessen selber klagen. Ihre Klage ist nicht befristet (Art. 106 Abs. 3). Vorbehalten bleibt selbstverständlich der Fall des offenbaren Rechtsmissbrauchs (Art. 2 Abs. 2 ZGB).

Gemäss Absatz 3 kann die Klage jederzeit eingereicht werden; sie ist keiner Verjährung unterworfen. Die Behördenklage ist gemäss Absatz 2 jedoch insofern beschränkt, als die unbefristete Ungültigkeit nach Auflösung der Ehe nicht mehr von Amtes wegen verfolgt wird. Der Mangel kann nur noch von jedermann, der ein Interesse hat, geltend gemacht werden. Die Ehe bleibt gültig bis zur Rechtskraft des Urteils²⁸⁴. Im Falle des Ablebens eines Ehegatten wird die Klage gegenstandslos. Um eine gegebenenfalls ungerechtfertigte Privilegierung des überlebenden Ehegatten zu vermeiden, räumt der Entwurf den Interessierten die Möglichkeit ein, die Ungültigerklärung einer aufgelösten Ehe zu verlangen. Es besteht aber kein öffentliches Interesse, dies von Amtes wegen anzubegehren. Die zuständige Behörde im Sinne von Absatz 1 kann jedoch Klage erheben, wenn tatsächlich ein entsprechendes Interesse vorliegt. Das könnte beispielsweise der Fall sein, wenn die Erbschaft eines verstorbenen Ehegatten mangels Erben an den Kanton fällt.

Im Fall von Bigamie fällt der unbefristete Ungültigkeitsgrund dahin, wenn der erste Ehegatte des Bigamisten oder der Bigamistin stirbt (vgl. Art. 105 Ziff. 1). Denkbar bleibt eine Klage des zweiten Ehegatten gestützt auf Artikel 107 (Irrtum oder

282 BGE 60 II 1 ff., 5 f.; R. Meroni, a.a.O., S. 58.

283 BGE 113 II 472.

284 H. Deschenaux/P. Tercier/F. Werro, a.a.O., S. 87.

absichtliche Täuschung, vgl. Ziff. 224.31). Stirbt der zweite Ehegatte, so ist die ungültige Ehe aufgelöst. Eine Klage von Amtes wegen wird damit gegenstandslos. Dagegen können die Interessierten weiterhin klagen. Zu diesen gehört auch der Ehegatte aus erster Ehe (Art. 106 Abs. 2). Stirbt der in Bigamie lebende Ehegatte, so bleibt es beim unbefristeten Ungültigkeitsgrund (e contrario Art. 105 Ziff. 1). Auch in diesem Fall entfällt die Klage von Amtes wegen (Art. 106 Abs. 2), während die Interessierten, zu denen auch die früheren Ehegatten gehören, auf Eheungültigkeit klagen können

224.3 Befristete Ungültigkeit

224.31 Gründe (Art. 107)

Artikel 107 entspricht im wesentlichen den Artikeln 123-126 ZGB (Anfechtbarkeit).

Dauernde Urteilsunfähigkeit führt zur Anwendung von Artikel 105 Ziffer 2.

Artikel 107 Ziffer 2 lässt den Irrtum über die Trauung (error in negotio) und den Irrtum über die Person des andern Gatten (error in persona) zu²⁸⁵. Der Irrtum bezüglich der Eigenschaften des Ehegatten (Ziff. 3) ist mit Rücksicht auf den Zweck der Ehe restriktiv auszulegen. Häufig ist es schwierig zu beurteilen, ob eine störende Eigenschaft eines Ehegatten bereits vor der Heirat bestanden hat und ob darauf nicht besser die Regeln über die Ehescheidung Anwendung finden sollten. Entsprechend der Auslegung von Artikel 124 Ziffer 2 ZGB sind nur persönliche und nicht materielle Eigenschaften zu berücksichtigen²⁸⁶. Ob eine persönliche Eigenschaft objektiv und subjektiv wesentlich ist, hängt von den sozialen und persönlichen Verhältnissen der Ehegatten ab. Die erst nach der Eheschliessung festgestellte Unfruchtbarkeit eines Ehegatten ist grundsätzlich kein Ungültigkeitsgrund im Sinne von Artikel 107 Ziffer 3. Erheblich sind hingegen Beiwohnungsunfähigkeit, Perversionen oder schwere unheilbare Krankheiten²⁸⁷. Der (zweite) Ehegatte eines Bigamisten kann gestützt auf Ziffer 3 ebenfalls die Eheungültigerklärung verlangen. Ein Irrtum genügt für sich allein noch nicht. Vielmehr muss er so gewichtig sein, dass man vom andern Ehegatten weder die Aufnahme noch die Fortsetzung des gemeinsamen Lebens verlangen kann²⁸⁸. Bei einer absichtlichen Täuschung (Art. 107 Ziff. 4) dagegen entfällt diese Voraussetzung. Vielmehr wird vermutet, dass der Vertrauensbruch endgültig ist.

Im Unterschied zur begründeten Furcht gemäss Artikel 30 OR genügt die Drohung im Sinne von Artikel 107 Ziffer 5 dann nicht als Eheungültigkeitsgrund, wenn sie sich auf Vermögenswerte des Opfers bezieht (so bereits Art. 126 ZGB)²⁸⁹.

285 Vgl. R. Meroni, a.a.O., S. 38 ff.

286 R. Meroni, a.a.O., S. 41.

287 A. Egger, Zürcher Komm. zu Art. 124 ZGB N. 8; R. Meroni, a.a.O., S. 43; P. Tuor/ B. Schnyder/ J. Schmid, a.a.O., S. 171.

288 C. Hegnauer/ P. Breitschmid, a.a.O., S. 66; A. Egger, Zürcher Komm. zu Art. 124 ZGB N. 10.

289 C. Hegnauer/ P. Breitschmid, a.a.O., S. 67; R. Meroni, a.a.O., S. 48.

Das Fehlen einer erforderlichen Zustimmung zur Eheschliessung gilt neu nicht mehr als Eheungültigkeitsgrund, obwohl die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters bei Entmündigten eine Ehevoraussetzung ist (vgl. Art. 94 und Ziff. 222.2). Die fehlende Zustimmung ist kein hinreichend schwerer Mangel, um eine den übrigen gesetzlichen Voraussetzungen entsprechende Ehe für ungültig zu erklären. Die Kontrolle durch die Zivilstandsbeamtin oder den Zivilstandsbeamten sollte grundsätzlich genügen (vgl. Art. 132 Abs. 1 Ziff. 3 und Art. 136 Abs. 3 ZStV). Die Fälle werden ohnehin selten sein, da immer häufiger statt einer Entmündigung eine Beiratschaft oder Beistandschaft errichtet wird.

Unmündige können im Hinblick auf das neue Mündigkeits- und Ehefähigkeitsalter von 18 Jahren²⁹⁰ nicht mehr heiraten. Damit entfällt auch die Zustimmung der Eltern. Artikel 128 Absatz 2 ZGB hat im übrigen bereits heute das Anfechtungsrecht der Eltern relativiert. Das Verfahren bis zum Erreichen des erforderlichen Alters hinauszuzögern, ist kaum schwierig.

224.32 **Klage** (Art. 108)

Die Bestimmung übernimmt Artikel 127 ZGB einschliesslich Artikel 135 ZGB. Es handelt sich um eine Verwirkungs- und nicht um eine Verjährungsfrist. Sie kann weder gehindert noch unterbrochen werden²⁹¹.

Grundsätzlich kann ein befristeter Eheungültigkeitsgrund nur vom betroffenen Ehegatten geltend gemacht werden. Eine Klage der Behörden von Amtes wegen ist ausgeschlossen, ebenso die Klage eines Interessierten. Gemäss Absatz 2 kann ein Erbe jedoch an einer bereits erhobenen Klage festhalten. Damit wird der Eheungültigkeitswille des Verstorbenen respektiert. Zudem können die Gesamtnachfolger ihre persönlichen, namentlich erbrechtlichen Interessen wahrnehmen.

224.4 **Wirkungen des Urteils** (Art. 109)

Nach Absatz 1 entfaltet das Eheungültigkeitsurteil wie bisher (Art. 132 Abs. 1 ZGB) grundsätzlich Wirkung ex nunc. Es wirkt also nicht auf den Zeitpunkt der Eheschliessung zurück²⁹².

Indessen verliert der überlebende Ehegatte entsprechend der bundesgerichtlichen Rechtsprechung²⁹³ gemäss Artikel 109 Absatz 1 alle erbrechtlichen Ansprüche, unabhängig

290 Vgl. AS 1995 1126, BB1 1993 I 1169 ff.

291 R. Meroni, a.a.O., S. 61.

292 Vgl. C. Hegnauer/P. Breitschmid, a.a.O., S. 67; H. Deschenaux/P. Tercier/F. Werro, a.a.O., S. 98 f.

293 BGE 60 II 1 ff., 8 E. 3

davon, ob das Eheungültigkeitsurteil vor (vgl. die gleichlautende Lösung im Scheidungsrecht, Art. 154 Abs. 2 ZGB) oder nach dem Tod des Partners erfolgt. Letzteres trägt dem Umstand Rechnung, dass die Klage von jedem Interessierten angestrengt und dass der Prozess von einem Erben der verstorbenen Person fortgesetzt werden kann. Auch alle Ansprüche aus Verfügungen von Todes wegen entfallen. In der Tat werden solche Verfügungen unter der stillschweigenden Voraussetzung vorgenommen, dass die Ehe Bestand hat²⁹⁴. Hat der Ehegatte die Erbschaft bereits angetreten, so bleibt die Erbschaftsklage (Art. 598 ff. ZGB) - sie dürfte in der Regel zusammen mit der Eheungültigkeitsklage erhoben werden - vorbehalten. Die Verjährungsfrist beträgt nach Artikel 600 ZGB im Falle des gutgläubigen Besitzers ein Jahr und beginnt mit Kenntnis des besseren Rechts zu laufen. Die absolute Verjährung tritt zehn Jahre nach dem Tod des Erblassers oder der Eröffnung der letztwilligen Verfügung ein. Ist der Besitzer bösgläubig, so beträgt die Frist 30 Jahre. Ist allerdings eine Person - wie bei der Eheschliessung trotz des Ehehinderdarnisses der Verwandtschaft (Art. 105 Ziff. 3) - nicht nur aufgrund der Ehe, sondern auch aufgrund der Verwandtschaft zur Erbfolge berufen, so findet Artikel 109 Absatz 1 in fine selbstverständlich keine Anwendung.

Absatz 2 verweist für die Wirkungen der gerichtlichen Ungültigerklärung bezüglich der Ehegatten und der Kinder in allgemeiner Weise auf die Bestimmungen über die Scheidung (vgl. Art. 134 Abs. 3 ZGB). Damit werden die Artikel 133 und 134 Absatz 1 und 2 ZGB überflüssig. Entscheidender Moment für die Auflösung des Güterstandes ist nicht das Urteil, sondern der Zeitpunkt, in dem das Begehren gestellt worden ist (vgl. Art. 204 Abs. 2 und Art. 236 Abs. 2 ZGB).

224.5 **Zuständigkeit und Verfahren** (Art. 110)

Entsprechend Artikel 136 ZGB verweist Artikel 110 bezüglich Zuständigkeit und Verfahren auf die Bestimmungen über die Ehescheidung. Der Scheidungsgerichtsstand am Wohnsitz eines Ehegatten (vgl. Art. 135 Abs. 1) gilt auch für die Behördenklage.

23 **Die Ehescheidung und die Ehetrennung**

231 **Die Scheidungsvoraussetzungen**

231.1 **Vorbemerkungen**

Der Entwurf sieht *drei Scheidungsgründe* vor. Zwei davon sind neu, nämlich die Scheidung auf gemeinsames Begehren (Art. 111 und 112, Ziff. 231.2) und die Scheidung auf Klage eines Ehegatten nach mindestens fünfjährigem Getrenntleben (Art. 114, Ziff. 231.31). Diese neuen Scheidungsgründe sind formalisiert und eliminieren die Verschuldensfrage (vgl. Ziff. 144.3). Schliesslich kann die Scheidung subsidiär wegen Unzumutbarkeit der Fortsetzung

294 Vgl. P. Piotet, SJZ 1991, S. 221 ff. (für eine rückwirkende Anwendung per analogiam von Art. 154 Abs. 2 ZGB auf den gut- und den bösgläubigen Ehegatten).

der Ehe verlangt werden (Art. 115, Ziff. 231.32). Dieser allgemeine Scheidungsgrund lehnt sich an Artikel 142 Absatz 1 ZGB an, ist aber restriktiver: Die Ehe darf nur geschieden werden, wenn dem klagenden Ehegatten nicht zugemutet werden kann, die fünfjährige Trennung abzuwarten. Die Koordination zwischen der Scheidung auf gemeinsames Begehren und derjenigen auf Klage wird durch Artikel 113 (Ziff. 231.24) und Artikel 116 (Ziff. 231.33) sichergestellt.

Alle drei Scheidungsgründe beruhen auf dem Zerrüttungsprinzip. Sie erlauben die Scheidung, weil die Ehe unter den vorgesehenen Voraussetzungen als endgültig gescheitert gelten muss. Im Interesse aller Beteiligten fördert der Entwurf die Scheidung auf gemeinsames Begehren gegenüber der Streitscheidung (vgl. Ziff. 144.4). Die übrigen Scheidungsgründe sind von diesem Ziel her konzipiert.

Die besonderen Scheidungsgründe des geltenden Rechts (Art. 137-141 ZGB), die bis auf den Scheidungsgrund der Geisteskrankheit noch auf dem Verschuldensprinzip beruhen, werden entsprechend den Leitlinien der Reform (insbes. Ziff. 144.3) gestrichen. Sie sind in der Praxis ohnehin weitgehend obsolet (vgl. Ziff. 142.2).

231.2 Scheidung auf gemeinsames Begehren

231.21 Grundsätzliches zur Scheidung auf gemeinsames Begehren

Der Entwurf sieht in Übereinstimmung mit den meisten europäischen Rechtsordnungen neu die Scheidung auf gemeinsames Begehren vor (vgl. Ziff. 146.23). In der Schweiz ist die Konventionalscheidung im Rahmen der Verfahren nach Artikel 142 ZGB²⁹⁵ bereits heute weit verbreitet. Die Gerichte stützen sich vorwiegend auf die gemeinsame Erklärung der Parteien und überprüfen die Zerrüttung der Ehe nur summarisch. Wenn nun der Entwurf die Scheidung auf gemeinsames Begehren als Institut des ZGB vorsieht, so trägt er damit lediglich der Rechtswirklichkeit Rechnung. Gleichzeitig konkretisiert er auch für diesen Bereich den Grundsatz des Zusammenwirkens der Ehegatten, der bereits der Revision des Eherechts zugrundelag²⁹⁶. Eine gescheiterte Ehe soll in Berücksichtigung des übereinstimmenden Willens der Ehegatten ohne unnötige Hindernisse aufgelöst werden können. Die Scheidung beendet hier die eheliche Gemeinschaft lediglich noch formell.

Die Vereinbarung der Ehegatten für sich allein kann aber nicht genügen, um die Ehe aufzulösen. Vielmehr müssen zusätzliche Voraussetzungen sicherstellen, dass wirklich beide Ehegatten überzeugt sind, dass die Ehe gescheitert ist, und dass die Scheidung nicht übereilt erfolgt. Indessen darf der Zugang zur Scheidung auf gemeinsames Begehren nicht durch zu starke Differenzierungen und unnötige Hindernisse erschwert werden. Die "Konventionalscheidung" während Jahrzehnten zu tolerieren und neu die Scheidung auf gemeinsames Begehren nur unter übertrieben schweren Voraussetzungen zuzulassen, wäre paradox und würde zur Gesetzesumgehung verleiten²⁹⁷.

295 Im Jahre 1994 wurden von insgesamt 15'634 Scheidungen 15'147 Ehen gestützt auf Artikel 142 Absatz 1 ZGB geschieden.

296 Vgl. Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Wirkungen der Ehe im allgemeinen, Ehegüterrecht und Erbrecht) vom 11. Juli 1979, BBl 1979 II 1203 f. (Ziff. 142.2), 1235 (Ziff. 182).

297 Vgl. den vorbereitenden Bericht von Prof. J.-M. Grossen zuhanden der Expertenkommission, 1984/1986, S. 37, Ziff. 224.

In formeller Hinsicht setzt die Scheidung auf gemeinsames Begehren ein Gerichtsverfahren zur Kontrolle der Voraussetzungen und eine Bedenkzeit für die Ehegatten voraus. Aus grundsätzlichen Überlegungen sollte auf diese Bedenkzeit nicht verzichtet werden, auch wenn man davon ausgehen darf, dass Ehegatten ihren Scheidungsentschluss in der Regel reiflich überlegen, bevor sie ein entsprechendes Begehren stellen. Wie der Rechtsvergleich zeigt, kann eine solche Bedenkzeit auf zwei verschiedene Arten gewährleistet werden (vgl. Ziff. 146.23): Entweder werden in das Scheidungsverfahren Überlegungsfristen eingebaut, oder für die Scheidung auf gemeinsames Begehren wird eine bestimmte Trennungsdauer vorausgesetzt. Für die letztere Lösung haben sich Deutschland, Österreich und England entschieden, wobei die notwendige Trennungsdauer unterschiedlich lang ist: In Österreich beträgt sie ein halbes Jahr, in Deutschland ein Jahr und in England zwei Jahre. Die englische Lösung hat sich indessen nicht bewährt, weil zu lange Fristen zur Gesetzesumgehung verleiten. Im Rahmen von Revisionsarbeiten wird deshalb dort eine drastische Verkürzung diskutiert. In Frankreich ist eine Bedenkfrist von drei Monaten zwischen der ersten und der zweiten gerichtlichen Anhörung vorgesehen. Ein Getrenntleben der Ehegatten ist nicht nötig.

Der Vernehmlassungsentwurf lehnte sich an die französische Lösung an und sah für alle Fälle eine Bedenkfrist innerhalb des Gerichtsverfahrens vor, unabhängig davon, ob die Ehegatten bereits seit einiger Zeit getrennt leben oder nicht (Art. 115 VE). Auf eine zwingende Trennungszeit wurde verzichtet. Diese kann zwar Spannungen zwischen den Ehegatten abbauen, zum Überdenken des Scheidungsentschlusses anregen und die Aussichten auf eine Versöhnung verbessern, indem die Ehegatten erfahren, wie ihre Lage nach der Scheidung aussehen könnte²⁹⁸. Allerdings ist zu beachten, dass während der Trennungszeit die Bestimmungen des Eherechts und nicht diejenigen des Scheidungsrechts zur Anwendung kommen. Eine zwingende Trennungszeit könnte im übrigen die Ehegatten dazu verleiten, statt die Scheidung auf gemeinsames Begehren zu verlangen, die Unzumutbarkeit der Fortsetzung der Ehe als Scheidungsgrund anzurufen. Zudem birgt eine zwingende Trennungszeit die Gefahr in sich, dass sie nur vorgetäuscht wird oder dass die Ehegatten, sobald die geringsten Eheschwierigkeiten auftreten, sich so schnell wie möglich trennen, damit diese weitere Voraussetzung der Scheidung auf gemeinsames Begehren so rasch wie möglich erfüllt ist. Da zwei Haushalte zusätzliche Kosten verursachen, die nicht alle Paare bezahlen können, käme man, wie die Erfahrungen im Ausland zeigen, auch nicht darum herum, ein Getrenntleben in einer gemeinsamen Wohnung zuzulassen. Damit sind aber grosse Beweisschwierigkeiten verbunden.

Das Konzept des Vorentwurfs fand im Vernehmlassungsverfahren in weiten Kreisen Zustimmung. Die Lösung wurde aber insofern stark kritisiert, als geltend gemacht wurde, dass dort, wo die Ehegatten bei Einreichung des Scheidungsbegehrens bereits seit einiger Zeit getrennt lebten, eine zusätzliche, in das gerichtliche Verfahren eingebaute Bedenkfrist überflüssig sei. Der Entwurf trägt dieser Kritik mit Artikel 111 Absatz 3 Rechnung (vgl. Ziff. 231.22 am Ende) und erlaubt die Scheidung ohne zweimalige Anhörung in Abständen von zwei Monaten, wenn die Ehegatten bereits seit einem Jahr getrennt leben. Damit kombiniert er die Vorteile der zwei Lösungen, ohne ihre Nachteile in Kauf nehmen zu müssen.

Die Anregung aus dem Vernehmlassungsverfahren, neben der zweimaligen Anhörung und einer Bedenkzeit während des Verfahrens zusätzlich mindestens eine einjährige Trennung vorzuschreiben, wird nicht aufgenommen. Leben die Ehegatten bereits so lange getrennt, dass sie sich ein genügendes Bild von ihrer Situation nach der Scheidung machen können,

so sind eine zweimalige Anhörung und eine zusätzliche Bedenkzeit von zwei Monaten eine sinnlose Erschwerung des Scheidungsverfahrens. Eine solch komplexe Lösung wäre rechtsvergleichend einmalig und würde auch der heutigen Rechtswirklichkeit in der Schweiz nicht Rechnung tragen.

Gewisse Rechtsordnungen lassen eine Scheidung nur nach einer bestimmten Ehedauer zu. So muss beispielsweise eine Ehe in Frankreich²⁹⁹ mindestens sechs Monate und in England³⁰⁰ mindestens ein Jahr gedauert haben, bevor sie geschieden werden kann. Der Entwurf verzichtet auf eine solche Lösung. Nichts hindert nämlich die Ehegatten daran, bis zum Ablauf der Frist getrennt zu leben. Damit sind sie zwar noch verheiratet, können aber ohne weiteres mit einem neuen Partner eine enge Beziehung eingehen. Umgekehrt vertieft die Fortsetzung des Zusammenlebens mit dem Ehegatten, den man ablehnt, noch die Schwierigkeiten und macht die Regelung der Scheidungsfolgen schwieriger³⁰¹. Zusammenfassend bringt es nichts, um jeden Preis die Fortsetzung einer Ehe vorzuschreiben, die nur noch auf dem Papier besteht, auch wenn sie nur kurze Zeit gedauert hat. Wichtiger ist es gerade bei jungen Ehepaaren, durch Verfahrensgarantien sicherzustellen, dass der Scheidungsentchluss reiflich überlegt und endgültig ist.

Nach dem Entwurf kommen die Vorschriften über die Scheidung auf gemeinsames Begehren in folgenden Situationen zur Anwendung:

1. die Ehegatten sind sich über die Scheidung und deren Folgen einig (Art. 111);
2. die Ehegatten sind sich über die Scheidung einig, schliessen aber erst im Laufe des Verfahrens eine Vereinbarung über die Scheidungsfolgen (Art. 111 Abs. 2, zweiter Satzteil);
3. die Ehegatten sind sich über die Scheidung einig, können sich jedoch über deren Folgen ganz oder teilweise nicht verständigen und ersuchen deshalb gemeinsam das Gericht um eine Entscheidung (Art. 112).

In allen drei Fällen bekunden die Ehegatten ihren Scheidungswillen, indem sie ein gemeinsames Begehren (keine Klage) einreichen. Damit besteht eine grosse Ähnlichkeit mit dem Institut der sog. freiwilligen Gerichtsbarkeit. Ein ordentliches Streitiges Verfahren mit klagender und beklagter Partei entspricht nicht den Grundgedanken der Scheidung auf gemeinsames Begehren. Vorbehalten bleiben diejenigen Scheidungsfolgen, über die sich die Ehegatten nicht verständigen können (dazu Ziff. 231.23). Artikel 136 Absatz 1 schreibt im übrigen vor, dass das gemeinsame Scheidungsbegehren ohne vorausgehendes Sühneverfahren direkt beim Gericht rechtshängig gemacht wird. Es soll Aufgabe des Scheidungsgerichtes und nicht einer Friedensrichterin oder eines Friedensrichters sein, sich im Gespräch mit den Ehegatten ein Bild über die Chance der Versöhnung zu machen (vgl. die Erläuterungen zu Art. 136 Abs.1, Ziff. 234.3).

299 Vgl. Art. 230 Abs. 3 CCfr.

300 Vgl. sect. 3 (1) MCA.

301 D. Dumusc, a.a.O., S. 283

231.22 Umfassende Einigung (Art. 111)

Artikel 111 verankert die einverständliche Scheidung formell im ZGB. Die Bestimmung kommt zur Anwendung, wenn sich die Ehegatten über die Scheidung und deren Folgen vor Einleitung des Verfahrens geeinigt haben. Gleichgestellt ist grundsätzlich der Fall, dass die Einigung über sämtliche Scheidungsfolgen erst während des Verfahrens erzielt wird.

Bei der ersten Anhörung muss sich das Gericht davon überzeugen, dass das Scheidungsbegehren auf freiem Willen und reiflicher Überlegung beruht. Ein persönliches Erscheinen der Ehegatten ist daher grundsätzlich unerlässlich. Das Gericht hat diese vorerst getrennt und erst dann zusammen anzuhören, damit es feststellen kann, ob ein Ehegatte auf den anderen Druck ausgeübt oder sonst in unzulässiger Weise seinen Willen beeinflusst hat. Im Hinblick auf diese wichtige Aufgabe hat sich die Scheidungsrichterin oder der Scheidungsrichter genügend Zeit für das Gespräch zu nehmen und von schematisierten Anhörungen abzuweichen. Die materiellen Gründe der Zerrüttung hat das Gericht aber nicht zu überprüfen. Es kann sich darauf beschränken, festzustellen, dass bei beiden Ehegatten nach reiflicher Überlegung die feste Überzeugung besteht, die Ehe sei endgültig gescheitert. Stellt es Unsicherheiten fest, kann es je nach den Umständen des Einzelfalls versuchen, die Ehegatten zu versöhnen, oder ihnen empfehlen, sich an eine Eheberatungsstelle zu wenden (Art. 171 ZGB). Wenn zusätzliche Abklärungen nötig sind, kann die erste Anhörung auch an mehreren Sitzungen des Gerichts durchgeführt werden.

Bezüglich der Scheidungsfolgen sind zwei Situationen zu unterscheiden:

- Einmal ist es möglich, dass sich die Ehegatten bereits vor Verfahrensbeginn über alle Scheidungsfolgen geeinigt haben (Art. 111 Abs. 1) und dem Gericht eine vollständige Vereinbarung mit den nötigen Belegen (Familienschein, Lohnausweise, Bestätigungen der Einrichtungen der beruflichen Vorsorge [siehe Art. 141 und 143, Ziff. 234.8 und 234.9], Mietvertrag usw.) und gemeinsamen Anträgen für die Kinder (Zuteilung der elterlichen Sorge, persönlicher Verkehr, Unterhaltsbeiträge) einreichen. In einem solchen Fall stellt das Gericht zunächst fest, ob die Parteien über die Rechtslage unterrichtet sind, und unterzieht die Vereinbarung im Hinblick auf die Genehmigung einer ersten vorläufigen Prüfung. Entsprechend dem geltenden Recht bzw. der Bundesgerichtspraxis zu Artikel 158 Ziffer 5 ZGB hat die Vereinbarung klar, vollständig und nicht offensichtlich unangemessen zu sein (vgl. die Erläuterungen zu Art. 140 Abs. 2, Ziff. 234.7). Über die Zukunft ihrer unmündigen Kinder können die Ehegatten vorbehaltlich Vereinbarungen über den Kinderunterhalt (vgl. die Erläuterungen zu Art. 133 Abs. 1 und Art. 140 Abs. 2; Ziff. 233.61 und 234.7) keine Vereinbarung im eigentlichen Sinn treffen, sondern grundsätzlich nur gemeinsame Anträge stellen, über die das Gericht in Anwendung der Offizial- und Untersuchungsmaxime entscheidet (vgl. die Erläuterungen zu Art. 133 und Art. 145 ff.; Ziff. 233.61 f. und 234.10).

Zeigt sich bei der ersten Anhörung, dass die Vereinbarung unklar oder unvollständig ist oder aus andern Gründen nicht genehmigt werden kann, so hat das Gericht den Parteien Gelegenheit zu geben, ihre Vereinbarung zu bereinigen oder zu ergänzen. Sind nur *geringfügige* Änderungen und Ergänzungen notwendig, so können diese unter Umständen noch an der Verhandlung, die für die erste Anhörung angesetzt wurde, vorgenommen werden. Liegen *wesentliche Mängel* vor, so kann das Gericht im Rahmen der *ersten* Anhörung eine weitere Verhandlung ansetzen und selbst auf eine Klärung der offenen Fragen hinwirken oder den Ehegatten empfehlen, sich beraten

zu lassen, allenfalls im Einverständnis der Ehegatten das Verfahren auch aussetzen, damit sich die Ehegatten an eine Stelle für Mediation in Scheidungssachen wenden können (vgl. Art. 151, Ziff. 234.121). In allen Fällen ist die Frist für die zweite Anhörung erst anzusetzen, wenn die Vereinbarung über die Scheidungsfolgen den Voraussetzungen von Artikel 111 Absatz 1 entspricht. Vom Scheidungsgericht muss eine gewisse Flexibilität erwartet werden. Es wäre jedenfalls unbillig, diejenigen Paare, die mit ihrem gemeinsamen Scheidungsbegehren nicht schon bei der ersten Anhörung eine vollständige Vereinbarung einreichen, vom vereinfachten Verfahren der Scheidung auf gemeinsames Begehren auszuschliessen. Artikel 111 Absatz 2 (Satz 2) trägt diesem Anliegen Rechnung und räumt den Ehegatten und dem Gericht den nötigen Spielraum ein.

Halten die Parteien an ihrer ursprünglichen Vereinbarung fest bzw. kommt keine neue Vereinbarung zustande, so fehlt es an einer Voraussetzung für die Scheidung nach Artikel 111. Nur wenn die Parteien dem Gericht gemeinsam beantragen, es solle die betreffenden Scheidungsfolgen beurteilen, ist eine Scheidung auf gemeinsames Begehren in sinngemässer Anwendung von Artikel 112 Absatz 1 möglich (vgl. Ziff. 231.23). Wird keine solche Erklärung abgegeben, so setzt das Gericht nach Artikel 113 jedem Ehegatten eine Frist, um sein Scheidungsbegehren durch eine Klage zu ersetzen (vgl. Ziff. 231.24). Wird innert der Frist keine Scheidungsklage eingereicht, so kann das Verfahren als gegenstandslos abgeschlossen werden.

Im zweiten Fall sind sich die Ehegatten zwar bezüglich der Scheidung einig, schliessen aber erst im Laufe des Verfahrens eine vollständige Vereinbarung über die Scheidungsfolgen (vgl. Art. 111 Abs. 2, Satz 2). Wohl ist richtig, dass die Ehegatten die Scheidung nur in voller Kenntnis der damit verbundenen Veränderungen in ihrem Leben beantragen sollten; doch wäre es übertrieben, eine umfassende und lückenlose Regelung der Scheidungsfolgen bereits bei Einreichung des gemeinsamen Scheidungsbegehrens zu verlangen. Dies würde viele Paare von diesem Verfahren ausschliessen. Kann eine vollständige Vereinbarung erst während des Verfahrens geschlossen werden, so können die Parteien bei der ersten Anhörung von den Informationen und Ratschlägen des Gerichts profitieren. Dieses kann den Ehegatten auch empfehlen, sich für die Ausarbeitung der Vereinbarung an eine Mediationsstelle in Scheidungssachen (vgl. Art. 151, Ziff. 234.121) zu wenden.

Die zweite Anhörung darf erst nach Ablauf einer gewissen Bedenkzeit stattfinden, die entweder mit der abgeschlossenen ersten Anhörung oder mit der Einreichung der nach Verfahrensbeginn geschlossenen genehmigungsfähigen Vereinbarung beim Gericht zu laufen beginnt. Einerseits soll diese Frist ein ernsthaftes Überdenken ermöglichen, andererseits darf sie aber nicht so lang sein, dass die Ehegatten ein vorgetäushtes Streitiges Verfahren vorziehen, das unter Umständen schneller zu einem Scheidungsurteil führt. Im Vernehmlassungsverfahren ist die im Vorentwurf (Art. 115 Abs. 2 VE) vorgeschlagene Frist von zwei Monaten von den einen als zu kurz und von den andern als zu lang kritisiert worden. Sie scheint deshalb einem gut schweizerischen Kompromiss zu entsprechen. Eine längere Frist wird kaum ein besseres Überdenken des Scheidungsentschlusses gewährleisten. Wird die Frist dagegen verkürzt, kann sie ihren Zweck nicht mehr erreichen. Die Frist sollte auch nicht in das Ermessen des Gerichts gestellt werden, weil sonst unter Umständen wegen unterschiedlicher Gerichtspraxis in den Kantonen ein "Scheidungs-tourismus" entstehen könnte. Gesetzliche Ausnahmen, die nicht wie Artikel 111 Absatz 3 an weitgehend objektive Kriterien

anknüpfen, sind unbefriedigend, ganz abgesehen davon, dass immer die Gefahr besteht, dass die Ausnahme in der Praxis zur Regel wird. Aus all diesen Gründen behält der Entwurf die zweimonatige Bedenkfrist bei.

Sind alle Scheidungsfolgen geregelt, so haben die Parteien nach Ablauf der Bedenkfrist Anspruch darauf, dass die zweite Anhörung ohne unnötigen Verzug stattfindet. Vereinzelt ist im Vernehmlassungsverfahren eine gesetzliche Maximalfrist für die zweite Anhörung verlangt worden. Der Entwurf entspricht diesem Anliegen nicht. Dem Gericht muss genügend Zeit für allfällig nötige Zusatzabklärungen, insbesondere bezüglich der Kinderfragen, bleiben. In Fällen, wo das Gericht die zweite Anhörung zu Unrecht hinauszögert, bleibt immer die Beschwerde wegen Rechtsverweigerung offen.

Während der Bedenkfrist können die Ehegatten gemeinsam ihre Begehren zurückziehen. Zudem hat auch jeder Ehegatte einzeln die Möglichkeit, im Rahmen der zweiten Anhörung seine Zustimmung zur Scheidung oder zur Vereinbarung zu widerrufen (zu den beschränkten Anfechtungsmöglichkeiten der Scheidung und der Scheidungsvereinbarung siehe Art. 150, Ziff. 234.112 sowie Art. 149 Abs. 2, Ziff. 234.111). Schliessen die Ehegatten darauf eine neue Vereinbarung, so beginnt auch die Frist neu (Art. 111 Abs. 2, Satz 2), es sei denn, sie rufen gemeinsam gestützt auf Artikel 112 Absatz 1 den Entscheid des Gerichts an (vgl. Ziff. 231.23). Ist ein Ehegatte nicht mehr gewillt, zu scheiden, so muss der andere eine Scheidungsklage einreichen, falls er sich damit nicht abfinden will (Art. 113-115, Ziff. 231.24-231.32).

Die zweite Anhörung erlaubt dem Gericht, sich von der Ernsthaftigkeit und Endgültigkeit des Scheidungswillens zu überzeugen, so dass die Ehe als endgültig gescheitert gelten muss. Sie ist unerlässlich, es sei denn, die Parteien leben bei Einreichung des Scheidungsbegehrens seit mindestens einem Jahr getrennt (Art. 111 Abs. 3). Die Parteien müssen daher in der Regel nochmals persönlich vor Gericht erscheinen. Eine getrennte und erst anschliessend stattfindende gemeinsame Anhörung ist nicht nötig. Eine bloss schriftliche Bestätigung des Scheidungswillens genügt aber nicht. Damit wäre das Gespräch zwischen Gericht und Ehegatten unterbunden. Auch bestünde das Risiko, dass schon vor der ersten Anhörung verfasste und vordatierte Standardbriefe eingereicht würden und damit der Schutzzweck der zweimonatigen Bedenkzeit illusorisch würde. Zudem ist das zweimalige Erscheinen für die Ehegatten nicht aussergewöhnlich oder gar unzumutbar, mussten sie doch auch grundsätzlich zweimal vor der Zivilstandsbeamtin oder dem Zivilstandsbeamten erscheinen, um die Ehe zu schliessen, die sie nun auflösen wollen (Art. 98 Abs. 2 und 102). Ist ein Ehegatte nach der ersten Anhörung weggezogen, muss die zweite Anhörung nötigenfalls rechtshilfweise vorgenommen werden.

Im Gegensatz zum Vernehmlassungsentwurf kann das Gericht auf die zweite Anhörung verzichten, wenn die Ehegatten bei Einreichung des gemeinsamen Scheidungsbegehrens seit mindestens einem Jahr getrennt leben (Art. 111 Abs. 3). Mit dieser Bestimmung wird der im Vernehmlassungsverfahren geübten Kritik Rechnung getragen, dass in solchen Fällen eine zweite Anhörung bzw. die dazwischen liegende Bedenkzeit häufig überflüssig sei (vgl. Ziff. 231.21). Absatz 3 ist in erster Linie auf Fälle zugeschnitten, wo sich die Ehegatten bereits vor der ersten Anhörung umfassend in einer genehmigungsfähigen Konvention geeinigt haben (Art. 111 Abs. 1). Hier kann das Gericht im Anschluss an die erste Anhörung die Scheidung sofort aussprechen. Der Verzicht auf die zweite Anhörung ist aber nicht grundsätzlich ausgeschlossen, wenn die vollständige Vereinbarung erst im Laufe des Verfahrens eingereicht wird (vgl. Art. 111 Abs. 2, Satz 2). Das Gericht muss aber trotz einjähriger Trennung immer dann eine zweite Anhörung anordnen, wenn es aufgrund der Umstände des

Einzelfalls, z.B. wegen der Kinderbelange, eine solche für zweckmässig hält. Der Entscheid über den Verzicht auf die zweite Anhörung ist dem Ermessen des Gerichts im Sinne von Artikel 4 ZGB anheimgestellt.

231.23 Teileinigung (Art. 112)

Nach Auffassung des Bundesrates empfiehlt es sich nicht, Ehegatten, welche sich über die Scheidung als solche einig sind, sich aber ganz oder teilweise über die Scheidungsfolgen nicht verständigen können, - wie z.B. in Frankreich³⁰² - von der Scheidung auf gemeinsames Begehren auszuschliessen und in das streitige Verfahren zu weisen. Eine solche Lösung wäre mit schwerwiegenden Nachteilen verbunden. Namentlich würde das gesetzgeberische Ziel, die Scheidung auf gemeinsames Begehren gegenüber der Streitscheidung zu fördern, verfehlt³⁰³.

Artikel 112 Absatz 1 erlaubt den Ehegatten, gemeinsam die Scheidung zu verlangen und zu erklären, dass das Gericht die Scheidungsfolgen beurteilen soll, über die sie sich nicht einig sind. Diese Mischform ist im Vernehmlassungsverfahren mehrheitlich begrüsst worden. Wichtig ist aber, dass die Ehegatten gemeinsam und ausdrücklich festhalten, dass sie mit der Scheidung einverstanden sind, auch wenn sie nicht wissen, wie das Gericht die strittigen Punkte entscheiden wird. Zu diesen stellen die Ehegatten wie in den heutigen Scheidungsprozessen in einem kontradiktorischen Verfahren ihre Rechtsbegehren, bringen die massgebenden Tatsachen vor und reichen Beweisanträge ein (Art. 112 Abs. 3). Das Beweisverfahren findet sinnvollerweise erst nach der zweiten Anhörung statt; erst in diesem Zeitpunkt wechselt dann das Verfahren von der freiwilligen in die streitige Gerichtsbarkeit; im einzelnen bleibt aber die Regelung dem kantonalen Recht überlassen. Dies gilt auch für die Anfechtungsmöglichkeiten des betreffenden Teils des Scheidungsurteils.

Im übrigen sind die Ehegatten nach Artikel 112 Absatz 2 wie bei der umfassenden Einigung (Art. 111 Abs. 1 und 2) zum gemeinsamen Scheidungsbegehren und zu den nicht streitigen Scheidungsfolgen anzuhören (vgl. Ziff. 231.22). Zusätzlich umfasst diese Anhörung auch die Erklärung der Ehegatten, dass das Gericht die Scheidungsfolgen beurteilen soll, über die sie sich nicht einig sind. Mit der Bestätigung in der zweiten Anhörung sind die Parteien wie bei der umfassenden Einigung grundsätzlich an das gemeinsame Scheidungsbegehren und die Scheidungsfolgen, über die sie nicht gestritten haben, gebunden (vgl. Ziff. 231.22).

Das Gericht erlässt ein Urteil, das sowohl die durch eine Vereinbarung geregelten Scheidungsfolgen (vgl. Art. 140 Abs. 1) als auch die vom Gericht entschiedenen strittigen Fragen enthält.

Artikel 112 findet schliesslich sinngemäss Anwendung, wenn sich die Ehegatten umfassend geeinigt haben, die Vereinbarung über die Scheidungsfolgen oder die gemeinsamen Anträge für die Kinder aber aus irgendwelchen Gründen nicht genehmigt werden können und die Parteien eine Erklärung abgeben, dass das Gericht diese offenen Punkte beurteilen soll (vgl. Ziff. 231.22).

302 Art. 230 Abs. 1 CCfr; vgl. Ziff. 146.23.

303 Vgl. J. Carbonnier, *Les rapports entre le droit et la société à travers la réforme du droit français du divorce*, in: *Revision des Scheidungsrechts: Neuere Erfahrungen des Auslandes, Veröffentlichungen des Schweizerischen Instituts für Rechtsvergleichung*, Bd. 9, Zürich 1988, S. 14 f.

231.24 Wechsel zur Scheidung auf Klage (Art. 113)

Entscheidet das Gericht, dass die Voraussetzungen für eine Scheidung auf gemeinsames Begehren nicht erfüllt sind, so hat jeder Ehegatte das Recht, sein Scheidungsbegehren durch eine Klage zu ersetzen. Eine solche Situation kann verschiedene Gründe haben (ein Ehegatte widerruft beispielsweise vor der zweiten Anhörung sein Einverständnis zur Scheidung oder zur Scheidungsvereinbarung, oder die Ehegatten beharren auf ihrer Vereinbarung, obwohl das Gericht sie darauf aufmerksam gemacht hat, dass die Genehmigungsvoraussetzungen nicht erfüllt sind). Es würde der Prozessökonomie widersprechen, wenn in solchen Fällen der Scheidungsprozess durch eine neue Klage erst wieder in Gang gebracht werden müsste. Weiter hat die vorgesehene Lösung den Vorteil, dass die Zuständigkeit (Art. 135 Abs. 1), die Rechtshängigkeit (Art. 136 Abs. 2, vgl. Ziff. 234.3) sowie allfällige bereits angeordnete vorsorgliche Massnahmen (Art. 137 Abs. 2) fort dauern. Weil die Rechtshängigkeit beim Wechsel zur Klage weiter besteht, wird die Auflösung des Güterstandes auf den Tag der Einreichung des gemeinsamen Scheidungsbegehrens zurückbezogen (Art. 204 Abs. 2 und Art. 236 Abs. 2 ZGB), vorausgesetzt dass damals ein Scheidungsgrund nach Artikel 114 oder 115 vorlag, der zum entsprechenden Scheidungsurteil führt.

Aus Artikel 114 geht hervor, dass der Scheidungsgrund der fünfjährigen Trennung bereits im Zeitpunkt des Verfahrenswechsels vorliegen muss. Die genaue Fixierung des massgeblichen Zeitpunkts dient der Klarheit.

Die Möglichkeit des Wechsels zur Scheidung auf Klage ist im Vernehmlassungsverfahren von der überwiegenden Mehrheit gutgeheissen worden. Kritisiert wurde vereinzelt, dass die Frist zur Umwandlung in eine Klage nicht gesetzlich, sondern vom Gericht festgelegt wird. Gerichtliche Fristen haben aber den Vorteil, dass sie den Umständen des Einzelfalles angepasst und nötigenfalls angemessen verlängert werden können. Gesetzliche Fristen können nur erstreckt werden, wenn dies im Gesetz vorgesehen ist, was eine entsprechend detaillierte Regelung erfordern würde. Im übrigen können unangemessene gerichtliche Fristen angefochten werden. Sie unterstehen zudem dem Willkürverbot (Art. 4 Abs. 1 BV).

231.3 Scheidung auf Klage eines Ehegatten

231.31 Nach Getrenntleben (Art. 114)

Artikel 114 trägt dem Anliegen Rechnung, dass die Scheidungsgründe soweit wie möglich zu formalisieren sind (vgl. Ziff. 231.1). Nicht nur ein gemeinsames Scheidungsbegehren, das auf freiem Willen und reiflicher Überlegung beruht (Art. 111 Abs. 1), lässt darauf schliessen, dass die Ehe endgültig gescheitert ist. Ebenso wahrscheinlich ist es, dass nach einer bestimmten Zeit des Getrenntlebens die Ehe endgültig zerrüttet ist. Auch hier kann auf die Zuweisung von Schuld und Verantwortlichkeit verzichtet werden. Die Dauer der Trennung ist ein objektives, in den allermeisten Fällen leicht nachprüfbares Kriterium. Damit können endlose und belastende Streitigkeiten zwischen den Ehegatten darüber vermieden werden, ob ein Scheidungsgrund vorliegt oder nicht. Zudem wird auch die Gefahr einer allzu unterschiedlichen Gerichtspraxis in den Kantonen vermieden.

Die Festlegung der erforderlichen Trennungszeit ist nicht einfach. Auf der einen Seite muss die Trennung so lange gedauert haben, dass der Scheidungsgrund nicht einer eigentlichen Verstossung gleichkommt und dass auch ein Interesse besteht, sich mit dem Partner über die Scheidung zu verständigen. Auf der anderen Seite darf die Frist aber auch nicht zu lang bemessen sein, denn die Ehegatten müssen ihr Leben kurz- oder mittelfristig wieder neu gestalten können. Bei der Festlegung der Frist muss rechtspolitisch auch die Dauer des Prozesses mitberücksichtigt werden³⁰⁴. In seiner Praxis zu Artikel 142 Absatz 2 ZGB geht das Bundesgericht davon aus, dass nach einer Trennung von 15 Jahren der Widerstand eines Ehegatten gegen die Scheidung in der Regel rechtsmissbräuchlich ist (Art. 2 ZGB; siehe auch Ziff. 142.2)³⁰⁵. Abgesehen davon, dass das Bundesgericht diese Frist im engen gesetzlichen Rahmen von Artikel 142 Absatz 2 ZGB entwickelt hat, wäre sie für das neue Recht viel zu lang. Dadurch würde die Gefahr bestehen, dass dem Scheidungsgrund der Unzumutbarkeit (Art. 115) in der Praxis eine ähnliche Bedeutung zukommen würde wie heute dem Scheidungsgrund der Zerrüttung nach Artikel 142 ZGB (vgl. auch Ziff. 142.2). Dies sollte vermieden werden.

In ausländischen Rechtsordnungen gelten unterschiedliche Fristen. Eine sechsjährige Trennungszeit wird in Frankreich und Österreich vorausgesetzt³⁰⁶. England und Spanien kennen eine Frist von 5 Jahren³⁰⁷, Deutschland und Italien eine solche von 3 Jahren³⁰⁸. Skandinavische Staaten verzichten zum Teil auf eine vorgängige Trennungszeit und begnügen sich vielmehr mit einer Bedenkzeit von einem halben Jahr (vgl. Ziff. 146.21). Im übrigen ist aber zu berücksichtigen, dass zum Teil dem Scheidungsanspruch entgegenstehende sog. Härtekláuseln vorgesehen sind (so z.B. in Deutschland, England, Frankreich und Österreich, vgl. Ziff. 146.22), welche die gesetzlichen Fristen wieder relativieren. Diese Härtekláuseln, die vor allem aus politischen Opportunitätsgründen in die ausländischen Gesetze aufgenommen wurden und überwiegend restriktiv gefasst sind, werden heute in der Praxis selten angewendet; ihr Sinn ist umstritten, weil über sie wieder Verschuldenselemente in den Prozess Eingang finden und dadurch oft Anlass für zusätzlichen Streit entsteht³⁰⁹. Der Bundesrat ist deshalb der Auffassung, dass in jedem Fall auf eine Härtekláusel verzichtet werden soll.

Der Vorentwurf der Expertenkommission sah aus all diesen Überlegungen eine Trennungszeit von fünf Jahren vor. Auch wenn im Vernehmlassungsverfahren der neue formalisierte Scheidungsgrund praktisch einhellig gutgeheissen wurde, war die für die Scheidung notwendige Dauer der Trennung umstritten. Zum Teil wollte man sich mit einer Frist von drei oder zwei Jahren, vereinzelt sogar mit einer Frist von einem Jahr begnügen. Die Mehrheit hat aber der Frist von fünf Jahren zugestimmt.

In Übereinstimmung mit dem Ergebnis des Vernehmlassungsverfahrens sieht der Entwurf deshalb wie der Vorentwurf (Art. 118) eine Trennungsfrist von 5 Jahren als Scheidungsvoraussetzung vor. Diese Frist hat den Vorteil, dass eine Härtekláusel entbehrlich ist, die Scheidung auf gemeinsames Begehren in der Praxis im Vordergrund stehen und dass zu-

304 Bei total 16'294 Urteilen im Jahre 1994 dauerten 63,5 Prozent der Prozesse bis zu 5 Monate; 19,4 Prozent 6 bis 11 Monate; 7,5 Prozent 12 bis 17 Monate; 3,6 Prozent 18 bis 23 Monate; 3,5 Prozent 24 bis 35 Monate und 2,5 Prozent 36 und mehr Monate.

305 Vgl. BGE 111 II 109 ff., 112 E. 1d; 109 II 363 ff., 364 f. E. 2; 108 II 503 ff., 507 f. E. 3.

306 Vgl. Art. 237 CCfr.; § 55 Abs. 3 EheG.

307 Vgl. sect. 1(2)c MCA; Art. 86 Ziff. 4 CC von Spanien.

308 Vgl. § 1566 Abs. 2 BGB; Art. 3 Abs. 2 Bst. b des italienischen Gesetzes über die Auflösung der Ehe.

309 Vgl. J. Gernhuber/D. Coester-Waltjen, a.a.O., S. 279, 327 ff., insbes. 332; G. Beitzke/A. Lüderitz, Familienrecht, 26. Aufl., München 1992, S. 178 f.; vgl. weiter D. Schwab, a.a.O., S. 415 ff.; A. Wolf, Münchener Komm. zu § 1568 BGB, N. 38, 42; J. Massip, a.a.O., S. 74.

gleich der zentrale Wert der Institution "Ehe" unterstrichen wird. Zudem kann in schwerwiegenden Fällen eine sofortige Scheidung erwirkt werden (vgl. Art. 115).

Die Trennungsfrist nach Artikel 114 beginnt im Zeitpunkt zu laufen, in dem ein Ehegatte das eheliche Zusammenleben willentlich aufgibt oder - in Ausnahmefällen - gar nicht erst aufnimmt. Ein kurzer erfolgloser Versuch des Zusammenlebens hat keinen Einfluss auf den Fristenlauf.

Die fünfjährige Frist muss bei Eintritt der Rechtshängigkeit (Art. 136 Abs. 2) abgelaufen sein. Damit wird die Gefahr vermieden, dass eine Klage möglichst schnell, allenfalls schon nach Ablauf einer kurzen Trennungsfrist eingereicht wird, um den anderen Ehegatten unter Druck zu setzen, einer Scheidung auf gemeinsames Begehren zuzustimmen. Dies soll verhindert werden. Findet ein Übergang vom gemeinsamen Scheidungsbegehren zur Klage statt (vgl. Art. 113), so muss die Frist im Zeitpunkt des Verfahrenswechsels abgelaufen sein. Dies ist sinnvoll, weil der Kläger ohnehin sein Scheidungsbegehren nach Artikel 111 Absatz 1 bzw. 112 Absatz 1 widerrufen und eine Klage nach Artikel 114 einreichen könnte.

Liegt die zeitliche Voraussetzung nicht vor, ist die Scheidungsklage abzuweisen. Jeder Ehegatte hat aber die Möglichkeit, nach Ablauf der im Urteil festgestellten fehlenden Dauer des Getrenntlebens gestützt auf Artikel 114 eine neue Klage einzureichen.

231.32 Unzumutbarkeit (Art. 115)

Unter gewissen Umständen erscheint eine gesetzlich vorgeschriebene Trennungsdauer von fünf Jahren als sehr hart und ungerecht. Dies gilt namentlich dann, wenn ein Ehegatte aus schwerwiegenden Gründen die Ehe beenden will, der andere aber objektiv nicht zustimmen kann oder böswillig die Zustimmung zur Scheidung verweigert. Auf den Scheidungsgrund der Unzumutbarkeit könnte nur verzichtet werden, wenn die Frist von Artikel 114 wesentlich kürzer wäre.

Der Vorentwurf enthielt zwei Varianten. Nach der Hauptvariante, die sich an die Gerichtspraxis zu Artikel 142 Absatz 1 ZGB anlehnte, konnten sowohl objektive Gründe als auch ein schuldhaftes Verhalten des beklagten Ehegatten die Unzumutbarkeit für den klagenden Ehegatten begründen, die Ehe fortzusetzen. Die zweite Variante des Vorentwurfs wollte den dritten Scheidungsgrund dagegen bewusst unattraktiv machen. Sie war bedeutend restriktiver als Artikel 142 Absatz 1 ZGB und erlaubte die Scheidung nur, wenn der beklagte Ehegatte durch sein Verhalten die ehelichen Pflichten so schwer verletzt hatte, dass die Fortsetzung der Ehe objektiv nicht zumutbar war.

Im Vernehmlassungsverfahren sprach man sich mehrheitlich für die Hauptvariante aus. Aber auch an dieser wurde Kritik geübt. So wurde eingewendet, die Voraussetzungen seien zu streng, namentlich dürfe es keine Rolle spielen, ob die klagende Partei teilweise für die Zerrüttung verantwortlich sei. Dem ist entgegenzuhalten, dass es einem Ehegatten, dem die Gründe für die Zerrüttung der Ehe zuzurechnen sind, zuzumuten ist, die fünfjährige Trennungszeit abzuwarten, wenn er sich mit seinem Partner nicht verständigen kann. Dagegen schliesst eine im Vergleich zu objektiven Zerrüttungsursachen oder dem Verhalten des Ehepartners untergeordnete Verantwortlichkeit eines Ehegatten den Scheidungsanspruch nach Artikel 115 nicht aus. Wird er beispielsweise vom Partner körperlich misshandelt, muss die

sofortige Auflösung der Ehe möglich sein. Der Entwurf zählt keine Beispiele auf, weil nur so das Gericht den Umständen des Einzelfalls gerecht werden kann (Art. 4 ZGB). Weniger strenge Anforderungen an diesen Scheidungsgrund zu stellen, würde bedeuten, dass die formalisierten Scheidungsgründe stark an Bedeutung verlieren würden. Dies würde aber der Idee des neuen Scheidungsrechts zuwiderlaufen (vgl. Ziff. 231.1). Deshalb übernimmt der Entwurf in Artikel 115 die Hauptvariante des Vorentwurfs, ändert sie aber redaktionell.

Wird eine Klage nach Artikel 115 abgewiesen, so kann unter den Voraussetzungen von Artikel 114 erneut geklagt werden, wobei die fünfjährige Frist mit der Trennung und nicht erst mit dem die Klage abweisenden Urteil zu laufen beginnt (siehe Ziff. 231.31).

231.33 Zustimmung zur Scheidungsklage, Widerklage (Art. 116)

Stimmt eine Partei der Scheidungsklage der anderen ausdrücklich zu oder erhebt sie selbst Widerklage auf Scheidung, so besteht über die Scheidung als solche materiell Einigkeit. Nur die Scheidungsfolgen sind ganz oder teilweise strittig. Deshalb ist es in solchen Fällen gerechtfertigt, die Vorschriften über die Scheidung auf gemeinsames Begehren sinngemäss anzuwenden (Art. 111 und 112, Ziff. 231.22, 231.23). Dabei wird aufgrund des gewählten Verfahrens davon ausgegangen, dass sich die Ehegatten auch darüber einig sind, dem Gericht die Regelung der strittigen Scheidungsfolgen zu überlassen. Ein gemeinsames Gesuch im Sinne von Artikel 112 Absatz 1 ist deshalb nicht nötig. Artikel 112 Absatz 3, wonach jede Partei zu den streitigen Scheidungsfolgen Anträge stellt, ist ein Grundsatz, der ohnehin in jedem kontradiktorischen Verfahren gilt. Wichtig ist aber, dass das Gericht die in Artikel 111 vorgeschriebenen Anhörungen und die Bedenkzeit beachtet. Andernfalls könnten die Parteien ohne weiteres durch eine fingierte Streitscheidung die für die Scheidung auf gemeinsames Begehren festgelegten Verfahrensgarantien umgehen. Aus dem gleichen Grund findet Artikel 150 bezüglich der Anfechtung der Scheidung ebenfalls sinngemässe Anwendung; im übrigen gelten - abgesehen von der Anfechtung einer allfälligen Vereinbarung (vgl. Art. 149 Abs. 2) - die bisherigen Grundsätze für die Anfechtung von Scheidungsurteilen³¹⁰.

Keine Anwendung findet Artikel 116, wenn das Verfahren durch ein gemeinsames Scheidungsbegehren eingeleitet worden ist, in einem späteren Zeitpunkt jedoch ein Wechsel zur Scheidung auf Klage stattgefunden hat (Art. 113; vgl. Ziff. 231.24) und in diesem Verfahrensstadium der beklagte Ehegatte der Scheidung zustimmt. Andernfalls könnte die Situation entstehen, dass es gar nie zu einem Urteil kommt, weil bei erneuter Anwendung der Bestimmungen über die Scheidung auf gemeinsames Begehren unter Umständen wiederum die entsprechenden Voraussetzungen fehlen, was zu einem erneuten Wechsel ins Streitige Verfahren führen würde.

310 Vgl. auch BGE 84 II 233 ff., 235 ff. E 3 für die Anfechtung eines die Klage gutheissenden Scheidungsurteils beim Bundesgericht.

232 Die Ehetrennung

232.1 Vorbemerkungen

Der Entwurf behält entsprechend dem geltenden Recht (Art. 143-148 ZGB) das Institut der Ehetrennung bei. Im Verhältnis zur Scheidung³¹¹ und zur Aufhebung des gemeinsamen Haushalts (Art. 175 ff. ZGB) spielt die Ehetrennung allerdings seit langem nur noch eine untergeordnete Rolle. Artikel 61 Absatz 3 des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht³¹², der am 1. Januar 1989 in Kraft getreten ist, hat die Bedeutung weiter relativiert. Die Aufhebung des gemeinsamen Haushalts, die unter den gesetzlichen Voraussetzungen ohne gerichtliches Urteil möglich ist, hat praktisch die gleichen Wirkungen wie eine Ehetrennung. Der wesentliche Unterschied besteht darin, dass die Ehetrennung von Gesetzes wegen die Gütertrennung nach sich zieht (Art. 155 ZGB), während bei einer berechtigten Aufhebung des gemeinsamen Haushalts die Umstände eine gerichtliche Anordnung der Gütertrennung rechtfertigen müssen (vgl. Art. 176 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB). Wegen der geringen praktischen Bedeutung der Ehetrennung ist deshalb im Vernehmlassungsverfahren zum Teil ihre Aufhebung vorgeschlagen worden. Die Mehrheit hat sich aber im Hinblick auf den Institutscharakter für die Beibehaltung ausgesprochen. Die Möglichkeit der Ehetrennung soll dem Willen der Ehegatten bzw. der Privatautonomie Rechnung tragen und entspricht damit einer der Leitlinien der Revision. Sie kommt insbesondere Paaren entgegen, welche aus religiöser Überzeugung die Trennung einer Scheidung vorziehen. Das gleiche gilt für relativ betagte Ehepaare, welche die mit der Ehe verbundenen erb- und sozialversicherungsrechtlichen Ansprüche weiterbestehen lassen, sich aber formell trennen möchten. Auch in rechtsvergleichender Hinsicht fällt auf, dass in verschiedenen europäischen Ländern die Trennung weiterhin vorgesehen ist (z.B. Frankreich, Italien, England; anders Deutschland und Österreich).

232.2 Voraussetzungen und Verfahren (Art. 117)

Die Voraussetzungen und das Verfahren der Ehetrennung richten sich gemäss Artikel 117 Absatz 1 und 2 nach den Vorschriften des Scheidungsrechts. Dies entspricht dem geltenden Recht (Art. 143-147 ZGB).

Das Trennungsurteil soll neu eine spätere Scheidung weder erleichtern noch erschweren. Dies wird durch Absatz 3 sichergestellt. Ein bereits bei der Trennung vorhandener Scheidungsgrund kann auch in einem späteren Scheidungsverfahren geltend gemacht werden. Insbesondere beginnt die fünfjährige Frist von Artikel 114 mit der Trennung nicht erneut zu laufen. Haben die Ehegatten z.B. im Zeitpunkt des Trennungsurteils bereits vier Jahre getrennt gelebt, so kann ein Jahr später eine auf Artikel 114 gestützte Scheidungsklage eingereicht werden.

311 1994: 608 Trennungen gegenüber 15'634 Scheidungen; 1993: 540 Trennungen gegenüber 15'053 Scheidungen.

312 SR 291

232.3 Trennungsfolgen (Art. 118)

Nach Absatz 1 tritt mit der Trennung von Gesetzes wegen Gütertrennung ein. Dies entspricht dem geltenden Recht (Art. 155 ZGB). Der Zeitpunkt der Auflösung des Güterstandes und die güterrechtliche Auseinandersetzung richten sich nach den Bestimmungen des Güterrechts (Art. 204 ff. und 236 ff. ZGB; siehe insbes. Art. 204 Abs. 2 und 236 Abs. 2 ZGB).

Absatz 2 verweist für die übrigen Trennungsfolgen auf die Bestimmungen über den Schutz der ehelichen Gemeinschaft (insbes. Art. 176 ff. ZGB). Für die Abänderung bleibt entsprechend dem heutigen Recht das Gericht, welches das Trennungsurteil ausgesprochen hat, zuständig (vgl. 117 Abs. 2, der auf Art. 135 verweist). Die gerichtliche Trennung soll einen Ehegatten nicht schlechter als eine faktische Trennung stellen, zumal in beiden Fällen das rechtliche Band der Ehe und die Wirkungen der Ehe im allgemeinen (Art. 159 ff., 163 ZGB) fortbestehen. Grundlage für die Zusprechung von Unterhaltsbeiträgen ist deshalb weiterhin die eheliche Unterhaltspflicht (Art. 163 ff. ZGB). Zudem bleiben auch Artikel 177 ZGB (Anweisung an die Schuldner), Artikel 178 ZGB (Beschränkung der Verfügungsbefugnis) sowie Artikel 172 ZGB (gerichtliche Massnahmen im allgemeinen wie Ermahnung) anwendbar. Bestimmungen, die ein Zusammenleben voraussetzen, fallen dagegen ausser Betracht (Art. 173 f. ZGB).

Im Gegensatz zum geltenden Recht (Art. 147 Abs. 1 ZGB) regelt der Entwurf die Dauer der Trennung nicht. Das Gericht hat eine Trennung immer auf unbestimmte Zeit auszusprechen. Es ist allein Sache der Ehegatten, die Trennung durch Wiederaufnahme des Zusammenlebens oder durch Einreichung eines gemeinsamen Scheidungsbegehrens oder einer Scheidungsklage zu beenden. Dies entspricht der Privatautonomie. Die Bestimmung des Vorentwurfs (Art. 122 Abs. 3), wonach die Trennung bis zur Wiederaufnahme des Zusammenlebens oder bis zur Auflösung der Ehe dauert, erübrigt sich.

233 Die Scheidungsfolgen

233.1 Stellung geschiedener Ehegatten (Art. 119)

Die Bestimmung entspricht im wesentlichen Artikel 149 ZGB. Gemäss dem Ergebnis der Vernehmlassung wird die sechsmonatige Frist des geltenden Rechts und des Vorentwurfs jedoch auf ein Jahr verlängert. Damit will der Entwurf den Betroffenen hinreichend Zeit für einen wohlüberlegten Entscheid bezüglich des Familiennamens nach der Scheidung einräumen. Nach Ablauf dieser Frist besteht noch die Möglichkeit einer Namensänderung gemäss Artikel 30 ZGB.

233.2 Güterrecht und Erbrecht (Art. 120)

Artikel 120 nimmt den Grundgedanken von Artikel 154 ZGB auf. Für die güterrechtliche Auseinandersetzung bei Scheidung sind die Artikel 204 ff. ZGB bzw. die Artikel 236 ff. ZGB massgebend.

Absatz 2 enthält eine wichtige Änderung gegenüber Artikel 154 ZGB. Entsprechend dem geltenden Recht können geschiedene Ehegatten aus Verfügungen von Todes wegen, die sie vor der Scheidung errichtet haben, keine Ansprüche erheben. Nach dem Entwurf entfallen aber nur noch vor der Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens begründete erbrechtliche Anordnungen³¹³. Ausschlaggebend ist die Erwägung, dass die Ehegatten nicht unter allen Umständen daran gehindert werden sollen, während des Scheidungsverfahrens eine Zuwendung für den Scheidungsfall vorzusehen. Zu denken ist insbesondere an Personen fortgeschrittenen Alters, welche den Unterhalt eines geschiedenen Ehegatten im Todesfall des Unterhaltsschuldners sicherstellen wollen.

Wie nach geltendem Recht (Art. 154 Abs. 2 ZGB) entfallen mit der Rechtskraft der Ehescheidung alle gesetzlichen Erbansprüche.

233.3 Wohnung der Familie (Art. 121)

Die Wohnung hat für die Familie eine grosse soziale Bedeutung³¹⁴. Wird eine Ehe geschieden, kann es für einen Ehegatten und für die Kinder äusserst wichtig sein, in der bisherigen Wohnung bleiben zu dürfen. Oft finden sie in der näheren Umgebung keine passende und finanziell tragbare Wohnung. Dies ist besonders für die Kinder hart. Sie verlieren so nicht nur einen Elternteil, sondern müssen auch die gewohnte Umgebung verlassen.

Zahlreiche ausländische Rechtsordnungen räumen dem Scheidungsgericht die Befugnis ein, die Rechte an der Wohnung vom Berechtigten auf den andern Ehegatten zu

313 Vgl. P. Breitschmid, Ehegattenerbrecht bei Scheidung, AJP 1993, S. 1447 ff., der sich für die zeitlich unbeschränkte Möglichkeit der Ehegatten ausspricht, Verfügungen von Todes wegen auch für den Fall der späteren Scheidung zu errichten. Für einen rechtsvergleichenden Überblick vgl. S. 1454 ff.

314 Familienpolitik in der Schweiz, Schlussbericht zuhanden des Vorstehers des Eidg. Departement des Innern, erstattet von der Arbeitsgruppe Familienbericht, Bern 1982, S. 61 ff.

übertragen³¹⁵. Zudem hat das Ministerkomitee des Europarates am 16. Oktober 1981 eine Empfehlung angenommen, welche den Mitgliedstaaten nahelegt, im Scheidungsfall die Zuteilung der Familienwohnung an einen Ehegatten vorzusehen³¹⁶.

Das geltende Scheidungsrecht kennt keine Bestimmung betreffend die Übertragung der Familienwohnung. Lediglich aufgrund des Ehegüterrechts können Wohnungen, die im Miteigentum oder Gesamteigentum beider Ehegatten stehen, nach Artikel 205 Absatz 2 oder 245 ZGB dem Ehegatten zu Alleineigentum zugeteilt werden, der ein überwiegendes Interesse nachweist. Der Entwurf will diese Lücke schliessen und eine scheidungsrechtliche Grundlage für die Zuteilung der Familienwohnung schaffen. Unter "Wohnung der Familie" im Sinne von Artikel 121 ist nur die Wohnung gemeint, die das Zentrum des bisherigen Familienlebens bildete (Art. 169 ZGB). An einer Zweitwohnung der Familie können somit die Rechte nicht übertragen werden.

Nach Artikel 121 Absatz 1 kann das Gericht einem Ehegatten die Rechte und Pflichten aus dem Mietvertrag allein übertragen, wenn dieser wegen der Kinder oder aus anderen wichtigen (beispielsweise gesundheitlichen oder beruflichen) Gründen auf die Familienwohnung angewiesen ist. Die Belange der Kinder, die bis anhin in der Wohnung gelebt haben, müssen vorgehen. Ein Ehegatte kann allerdings auch eigene Interessen geltend machen. Der Anspruch entfällt aber, wenn er dem Partner billigerweise nicht zugemutet werden kann, so beispielsweise, wenn der Mietzins die finanziellen Möglichkeiten des Gesuchstellers klar übersteigt. Erforderlich ist in jedem Fall eine Interessenabwägung. Gleichgültig ist, ob bisher ein Ehegatte allein oder beide Ehegatten Vertragsparteien waren.

Die Interessen des Vermieters bleiben dadurch geschützt, dass der bisherige Mieter gemäss Absatz 2 weiterhin solidarisch für den Mietzins bis zum Zeitpunkt weiter haftet, in dem das Mietverhältnis gemäss Vertrag oder Gesetz endet (z.B. bis zum Ablauf der bestimmten Vertragsdauer) oder beendet werden kann (z.B. bis zum nächstmöglichen Kündigungstermin), höchstens aber für zwei Jahre. Macht der Vermieter von seinem Kündigungsrecht keinen Gebrauch, so darf man davon ausgehen, dass er mit dem Mieterwechsel einverstanden ist. Die Bestimmung hat ihr Vorbild in Artikel 263 Absatz 4 OR. Während der Vermieter die Zustimmung zur Übertragung der Miete auf einen Dritten gemäss Artikel 263 Absatz 2 OR aus wichtigem Grund allerdings verweigern kann, hat er sich nach Artikel 121 Absatz 1 zur Übertragung des Schuldverhältnisses

315 Das deutsche Recht sieht in der "Verordnung über die Behandlung der Ehwohnung und des Hausrates" vor, dass das Gericht zwecks Vermeidung einer ausserordentlichen Härte die Familienwohnung im Eigentum eines Ehegatten dem anderen Partner zuweisen kann (vgl. § 3). Sind die Ehegatten Mieter der Familienwohnung, kann das Gericht die Übertragung des Mietverhältnisses auf einen Ehegatten anordnen (vgl. § 5 Abs. 1). Die Zustimmung des Vermieters ist nicht erforderlich. Eine entsprechende Lösung enthält das österreichische Recht (vgl. §§ 82 f., 87 und 90 EheG). Nach französischem Recht kann das Scheidungsgericht eine Familienwohnung im Eigentum eines Ehegatten dem anderen Partner, dem die Kinder zugesprochen sind, zur Miete überlassen. Möglich ist auch eine Übertragung des Vertragsverhältnisses bei gemieteten Familienwohnungen. Das italienische Recht unterscheidet bezüglich der Familienwohnung nicht zwischen dinglichen und persönlichen Rechten. In erster Linie erhält die Wohnung, wer die Kinder betreut (vgl. Art. 6 des Gesetzes über die Auflösung der Ehe vom 1. Dezember 1970 in der Fassung vom 6. Mai 1987). Vgl. auch U. Gloor, Die Zuteilung der ehelichen Wohnung nach schweizerischem Recht, Diss. Zürich, 1987, S. 88 ff; R. Reusser, Die Familienwohnung im neuen Scheidungsrecht, in: *Mélanges en l'honneur de J.-M. Grossen*, Basel 1992, S. 191, 194.

316 Vgl. *Recommandation N° R (81) 15 concernant les droits des époux relatifs à l'occupation du logement de la famille et à l'utilisation des objets du ménage.*

nicht zu äussern. Dieser erzwungene Mieterwechsel rechtfertigt sich zum einen im Hinblick auf den gemäss Artikel 264 Absatz 1 OR ebenfalls zu duldenen Ersatzmieter, zum anderen wegen Artikel 266j OR, wonach die Erben im Todesfall des Mieters das Mietverhältnis ohne Rücksicht auf die vertraglich vereinbarte Dauer unter Beobachtung der gesetzlichen Frist auf den nächsten gesetzlichen Termin kündigen können, während dem Vermieter nur eine Kündigung aus wichtigen Gründen gemäss Artikel 266g OR zusteht³¹⁷. Kann man von diesem verlangen, dass er beim Tod des Mieters den Ehegatten zusammen mit den übrigen Erben als neuen Mieter gutheisst, muss dies mutatis mutandis auch für die Scheidung gelten.

Die solidarische Haftung während einer beschränkten Zeit nach der Scheidung ist dem bisherigen Mieter zuzumuten, da er im Hinblick auf Artikel 169 ZGB bis zur Scheidung ohne Zustimmung seines Ehegatten die bisherige Familienwohnung grundsätzlich nicht kündigen kann und deshalb schon nach Vertragsrecht in der Regel über die Scheidung hinaus für den Mietzins haften würde. Wird der bisherige Mieter vom Vermieter für den Mietzins belangt, kann er neben der Rückforderung die Verrechnung mit Unterhaltszahlungen vornehmen, - eine im Vernehmlassungsverfahren vorgeschlagene *lex specialis* zu Artikel 125 Ziffer 2 OR. Die Verrechnung ist aber gemäss Artikel 121 Absatz 2 Satz 2 nur ratenweise in der Höhe des monatlichen Mietzinses zulässig³¹⁸. Für eine Übertragung der Rechte an der Wohnung auf einen Ehegatten bei der Scheidung ist deshalb kein Raum, wenn der Mietzins im Vergleich zu den Einkünften und den Unterhaltsbeiträgen offensichtlich zu hoch ist.

Gehört die Familienwohnung einem Ehegatten, so wird kein scheidungsrechtlicher Anspruch auf Eigentumsübertragung vorgesehen. Aus dem Gebot der nahehehlichen Solidarität ist aber die Pflicht des Eigentümers abzuleiten, dem andern Ehegatten zumindest während einer beschränkten Zeit die Weiterbenützung der Familienwohnung zu ermöglichen, wenn dieser aus wichtigen Gründen darauf angewiesen ist. Der Ehegatte soll deshalb ein befristetes Wohnrecht nach Artikel 776 ff. ZGB beanspruchen können (Art. 121 Abs. 3). Damit wird der Eingriff in die Eigentumsgarantie massvoll gehalten. Das Gericht hat die Zeitdauer des eingeräumten Rechtes unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles festzusetzen (vgl. Art. 4 ZGB). Die Höchstdauer der Erstreckung gemäss Artikel 272b OR gilt im vorliegenden Zusammenhang nicht³¹⁹. Der begünstigte Ehegatte kann lediglich während einer Übergangszeit in der bisherigen Wohnung bleiben. Er hat sich darauf einzurichten, dass er nach Ablauf der vereinbarten oder vom Gericht bestimmten Dauer eine neue Bleibe haben muss. Selbstverständlich ist das Wohnrecht, das im Grundbuch eingetragen werden kann, nicht unentgeltlich. Der Wohnberechtigte muss eine angemessene Entschädigung leisten. Ausgangspunkt ist der Geldwert des Rechts. Das Erfordernis der Angemessenheit besagt jedoch ausserdem, dass das Gericht die Situation umfassend würdigen muss. Zu berücksichtigen sind etwa eine besondere Solidarität infolge fortgeschrittenen Alters der Eheleute und die Interessen der Kinder. Die Entschädigung kann mit eigenen Forderungen gegen den Wohnrechtsbelasteten verrechnet werden. Möglich ist auch, dass das Wohnrecht Teil des nahehehlichen Unterhaltsbeitrags des wohnrechtsbelasteten Eigentümer-Ehegatten bildet (Art. 125 und 126). Schliesslich weist der Entwurf ausdrücklich auf das Recht des

317 P. Zühlmann, Das neue Mietrecht, Zürich 1990, S. 100

318 Vgl. zum geltenden Recht V. Aepli, Zürcher Komm. zu Art. 125 OR N. 74.

319 R. Reusser, a.a.O., S. 201.

Eigentümers hin, im Falle neuer wichtiger Tatsachen die Einschränkung oder Aufhebung des Wohnrechts zu verlangen. Solche Umstände sind beispielsweise die Wiederverheiratung des Berechtigten³²⁰ oder eine Änderung der Kinderzuteilung.

233.4 Berufliche Vorsorge

(Art. 122-124, 141 und 142, Art. 331e Abs. 6 E OR, Art. 30c Abs. 6 E BVG, Art. 22 ff. E FZG)

233.41 Ausgangslage und Zweck der Neuregelung

Mit dem gesellschaftlichen Wandel seit dem zweiten Weltkrieg haben sich die Grundlagen der Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge in der Schweiz verändert. Während früher die Vorsorge namentlich auf dem individuellen Sparen beruhte, kommt heute der AHV als eidgenössischer Versicherung und der beruflichen Vorsorge zentrale Bedeutung zu. Spätestens seit der Einführung des Obligatoriums für die zweite Säule (Art. 2 des Bundesgesetzes über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge, BVG³²¹) sind die gegenüber den Einrichtungen der beruflichen Vorsorge begründeten Anwartschaften für die wirtschaftliche Lage des Einzelnen im Alter wichtig. Zum einen sammeln sich auch in relativ bescheidenen wirtschaftlichen Verhältnissen nach einigen Jahren stattliche Kapitalien an, über welche die versicherte Person allerdings bis zum Eintritt eines Versicherungsfalles nicht frei verfügen kann. Zum andern stellen aber auch die Prämien im Familienbudget einen beachtlichen Ausgabeposten dar, der in vielen Fällen einem freiwilligen Sparen entgegensteht. Bei einer Scheidung ist heute häufig nicht viel Vermögen vorhanden, das aufgrund des Güterrechts unter den Ehegatten aufgeteilt werden kann. Dafür bestehen bedeutende Anwartschaften gegenüber den Einrichtungen der beruflichen Vorsorge.

Die berufliche Vorsorge knüpft grundsätzlich an die Erwerbstätigkeit an. Haben sich die Ehegatten für eine klassische Aufgabenteilung in der Ehe entschieden und geht einer zur Hauptsache einer Erwerbstätigkeit nach, während der andere den Haushalt führt und die Kinder betreut, so verfügt der erwerbstätige Ehegatte regelmässig über eine wesentlich bessere Vorsorge als der nicht erwerbstätige. Während der Ehedauer ergeben sich daraus keine besonderen Schwierigkeiten. Die Vorsorge des Erwerbstätigen sichert den Familienunterhalt auch im Alter, bei Invalidität und bei Tod. Wird indessen die Ehe anders als durch Tod aufgelöst, so führt die Anknüpfung der Vorsorge an die Erwerbstätigkeit dazu, dass die unterschiedliche Aufgabenteilung in der Ehe nachhaltige Auswirkungen auf die wirtschaftliche Stellung geschiedener Ehegatten hat und den haushaltführenden Ehegatten benachteiligt. Auf diesen Misstand wurde bereits bei den Beratungen zum neuen Eherecht (Wirkungen der Ehe im allgemeinen und Ehegüterrecht) im Parlament aufmerksam gemacht³²². Ein Ausgleich konnte aber sinnvollerweise nicht über das Güterrecht erfolgen. Die güterrechtliche Aufteilung des Vermögens erfolgt nämlich unabhängig vom Auflösungsgrund der Ehe. Der Einbezug der Anwartschaften der beruflichen Vorsorge in die güterrechtliche Auseinandersetzung zwischen einem überlebenden Ehegatten und den Erben des Verstorbenen würde dem Vorsorgezweck widersprechen. Vielmehr ist es richtig, dass das BVG selber regelt, wem die entsprechenden Ansprüche zukommen sollen: Stirbt der überwiegend Erwerbstä-

320 Vgl. BGE 106 II 329 ff.

321 SR 831.40

322 Protokolle der Kommission des Nationalrates zur Vorberatung des Eherechts, S. 697 ff., Votum 1092.

tige, so greift seine Hinterlassenenvorsorge. Der überlebende Ehegatte und die Kinder, die minderjährig sind oder noch in Ausbildung stehen, erhalten Vorsorgeleistungen. Stirbt der überwiegend nicht Erwerbstätige, so soll die Vorsorge ganz dem erwerbstätigen, überlebenden Ehegatten verbleiben. Anders ist die Lage, wenn die Ehe durch Scheidung aufgelöst wird. Hier sollten die Anwartschaften, die während der Ehe dauer gegenüber einer Einrichtung der beruflichen Vorsorge begründet worden sind, beiden Ehegatten zugute kommen. Jeder Ehegatte sollte nach der Scheidung unabhängig von der Aufgabenteilung in der Ehe über eine eigenständige Alters- und Invalidenvorsorge verfügen.

Mit Artikel 122 soll nun bei Scheidung ein selbständiger Anspruch auf Ausgleich der Anwartschaften gegenüber den Einrichtungen der beruflichen Vorsorge geschaffen werden³²³. Der Anspruch lässt sich weder dem Güterrecht noch dem nachehelichen Unterhaltsrecht zuordnen. Dem Güterrecht nicht, weil die Teilung nur bei Scheidung und nicht auch bei der Auflösung der Ehe aus einem anderen Grund erfolgt und zudem grundsätzlich der freien Disposition der Ehegatten entzogen ist; dem nachehelichen Unterhaltsrecht nicht, weil er nicht von den wirtschaftlichen Verhältnissen nach der Scheidung, sondern davon abhängt, was während der Ehe erwirtschaftet worden ist. Der Teilungsanspruch bezweckt einen Ausgleich für die vorsorgerechtlichen Nachteile der während der Ehe erfolgten Aufgabenteilung und dient der wirtschaftlichen Selbständigkeit jedes Ehegatten nach der Scheidung. Er ist Ausdruck der mit der Ehe verbundenen Schicksalsgemeinschaft. Widmet sich ein Ehegatte während der Ehe der Haushaltführung und der Kinderbetreuung und verzichtet er deshalb (ganz oder teilweise) auf eine Erwerbstätigkeit, so sollte er bei der Scheidung von der Einrichtung der beruflichen Vorsorge seines Partners einen Teil der von diesem während der Ehe aufgebauten Vorsorge erhalten. Damit kann er sich selber in eine Vorsorgeeinrichtung einkaufen, wenn er nach der Scheidung wieder eine Erwerbstätigkeit aufnimmt. Als Folge der Schicksalsgemeinschaft ist der Anspruch aber nicht davon abhängig, wie sich die Ehegatten während der Ehe in die Aufgaben geteilt haben. Wie im Güterrecht findet auch hier ein Ausgleich der während der Ehe erworbenen Rechte grundsätzlich voraussetzungslos statt.

Die Übertragung eines Teils der Anwartschaft auf künftige Vorsorgeansprüche auf den Ehegatten der versicherten Person vermindert deren Anspruch. Will sie ihren Anspruch aufstocken, so muss sie sich wieder einkaufen³²⁴. Die vom Bundesrat vorgeschlagene Lösung ist bewusst kostenneutral gehalten, so dass durch die Scheidung den Vorsorgeeinrichtungen keine Mehrleistungen entstehen.

An der sog. Witwenrente für die geschiedene Frau ändert die Revision nichts. Nach der heutigen Regelung in der obligatorischen BVG-Minimalvorsorge³²⁵ hat die geschiedene Frau grundsätzlich Anspruch auf eine Rente in gleicher Höhe wie die Witwe, wenn folgende

323 Bezüglich der zweiten Säule ist mit dem Bundesgesetz vom 17. Dezember 1993 über die Freizügigkeit in der beruflichen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (Freizügigkeitsgesetz, FZG; SR 831.42, AS 1994 2386) die Möglichkeit geschaffen worden, im Scheidungsurteil einen Teil der während der Ehe gegenüber einer Einrichtung der beruflichen Vorsorge erworbenen Austrittsleistung des einen Ehegatten auf den andern Ehegatten zu übertragen. Durch Artikel 22 FZG ist indessen nicht das Scheidungsrecht abgeändert worden. Die genannte Bestimmung begründet keinen zusätzlichen Anspruch zwischen den Ehegatten, sondern erleichtert ausschliesslich die Erfüllung der sich aus Artikel 151 und 152 ZGB ergebenden Ansprüche. Diese Ansprüche sind aber grundsätzlich verschuldensabhängig, so dass auch eine Teilung der Pensionskassenguthaben nur erfolgen kann, wenn die Gründe, die zur Scheidung geführt haben, Ansprüche nach diesen Bestimmungen entstehen lassen.

324 Art. 22e E FZG, Ziff. 233.444

325 In der erweiterten Vorsorge ist jede Vorsorgeeinrichtung frei, Art. 49 Abs. 1 BVG.

Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind (Art. 19 BVG, Art. 20 BVV²²⁶):

- Minimale Ehedauer von zehn Jahren
- Unterhalt eines oder mehrerer Kinder oder zurückgelegtes 45. Altersjahr (andernfalls nur Abfindung in der Höhe von drei Jahresrenten)
- Zusprechung einer Unterhaltsrente oder einer Kapitalabfindung für eine lebenslängliche Rente im Scheidungsurteil.

Die Leistungen der Vorsorgeeinrichtung können um jenen Betrag gekürzt werden, um den sie zusammen mit den Leistungen der übrigen Versicherungen, insbesondere der AHV/IV, den Anspruch aus dem Scheidungsurteil übersteigen (Art. 20 Abs. 2 BVV²). Die Leistungen anderer Versicherungen müssen aber mit dem Tod des geschiedenen Ehemannes in Zusammenhang stehen, bzw. durch dieses Ereignis ausgelöst werden. Bezieht die Frau dagegen eine einfache Altersrente der AHV, darf diese nicht aufgerechnet werden, weil sie durch einen anderen Versicherungsfall entstanden ist²²⁷. Die Leistungen an die geschiedene Frau gleichen somit nur einen Versorgerschaden (d.h. die entgangenen Unterhaltsansprüche) aus. Die Aufteilung der Anwartschaften gegenüber den Einrichtungen der beruflichen Vorsorge soll dagegen die geschiedene Frau in die Lage versetzen, sich eine eigene berufliche Vorsorge aufzubauen. Es ist selbstverständlich, dass sich die Teilung der Austrittsleistung nach Artikel 122 auch auf die Höhe einer Witwenrente für die geschiedene Frau auswirken kann, wenn kein Wiedereinkauf (Art. 22c E FZG) erfolgt.

233.42 Weitere Vorsorgeformen

Nach Artikel 34^{quater} BV beruht die Alter-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge auf dem sog. "Drei-Säulen-Konzept", d.h. auf einer eidgenössischen Versicherung, der beruflichen Vorsorge und der Selbstvorsorge. Letztere ist durch Massnahmen der Fiskal- und Eigentumspolitik zu fördern (Art. 34^{quater} Abs. 6 BV).

Der Entwurf befasst sich nur mit der zweiten, nicht aber mit der ersten Säule. Deren Regelung wird ganz dem Sozialversicherungsrecht überlassen. Die 10. AHV-Revision ist vom Parlament am 7. Oktober 1994 verabschiedet und an der Volksabstimmung vom 25. Juni 1995 angenommen worden²²⁸. Sie bringt wichtige Verbesserungen für die Frauen, insbesondere indem Einkommen, welche die Ehegatten während der Ehe erzielt haben, inskünftig geteilt und je zur Hälfte den beiden Ehegatten angerechnet werden. Die Frau erhält damit einen selbständigen Rentenanspruch unabhängig vom Zivilstand. Die Einkommensteilung wird u.a. bei Scheidung vorgenommen (Art. 29^{quinquies} Absatz 3). Im übrigen wird entsprechend dem geltenden Recht in Artikel 24a eine geschiedene Person unter bestimmten Voraussetzungen einer verwitweten gleichgestellt, so dass der Tod des früheren Ehepartners eine Witwen- oder Witwerrente auslösen kann. Weitere Massnahmen zugunsten geschiedener Frauen, namentlich in Form von Betreuungsgutschriften (1. Etappe der 10. AHV-Revision), sind bereits am 1. Januar 1994 in Kraft getreten²²⁹.

326 SR 831.441.1

327 Bundesamt für Sozialversicherung, Mitteilungen Nr. 1 über die berufliche Vorsorge vom 24. Oktober 1986.

328 BBl 1994 III 1804; BBl 1995 III 1213

329 Vgl. Art. 2 und 8 des Bundesbeschlusses vom 19. Juni 1992 über Leistungsverbesserungen in der AHV und der IV sowie ihre Finanzierung, SR 831.100.1.

Was die dritte Säule betrifft, so ist die sog. "Vorsorge 3a" speziell zu erwähnen. Unter dieser Art der Vorsorge wird das steuerbegünstigte, zweckgebundene Sparen verstanden, das in Artikel 34^{quater} Absatz 6 BV vorgezeichnet ist. Die bekannteste - nicht aber einzige³³⁰ - Form ist in der Verordnung über die steuerliche Abzugsberechtigung für Beiträge an anerkannte Vorsorgeformen (BVV3)³³¹ geregelt. Diese Verordnung sieht Vorsorgevereinbarungen mit Bankstiftungen oder mit Versicherungseinrichtungen vor. Die beiden Formen können auch kombiniert werden. Es handelt sich um eine ausschliesslich freiwillige Vorsorge, der pro Jahr nur ein durch Verordnung begrenzter Betrag zugeführt werden kann.

Die "Vorsorge 3a" untersteht - wie die übrige Vorsorge der dritten Säule - dem Güterrecht (Art. 120 Abs. 1, vgl. Ziff. 233.2; Art. 196 ff. ZGB). Von da her gesehen ist eine besondere Regelung im Scheidungsrecht, wie zum Teil im Vernehmlassungsverfahren gefordert worden ist, nicht am Platz. Diese Vorsorgeformen sind - jedenfalls soweit es sich um das Banksparen handelt - bei der Scheidung nach den Grundsätzen des Güterstandes, dem die Ehegatten unterstehen, im Rahmen der güterrechtlichen Auseinandersetzung zu teilen³³². Es handelt sich um feste Ansprüche und nicht nur um Anwartschaften, so dass es keinen Grund gibt, sie bei Ehegatten unter Errungenschaftsbeteiligung nicht in die güterrechtliche Berechnung des Vorschlags einzubeziehen. Allerdings besteht heute das Problem, dass die Ansprüche gemäss Artikel 4 BVV3 bei der Scheidung nicht abgetreten werden können. Was das Versicherungssparen betrifft, so wird heute in der Doktrin die Auffassung vertreten, dass eine güterrechtliche Aufteilung nicht möglich sei, weil diese Versicherungen aufgrund der genannten Verordnung keinen Rückkaufswert aufweisen. Sowohl im Güterrecht wie auch im Erbrecht werden Lebensversicherungen vor Eintritt des Versicherungsfalls aber nur mit dem Rückkaufswert berücksichtigt³³³. Allerdings kann bei der Bemessung von nachehelichen Unterhaltsbeiträgen dem Umstand Rechnung getragen werden, dass der unterhaltspflichtige Ehegatte bei Eintritt ins Pensionsalter neben einer Rente der 1. und 2. Säule noch Leistungs sparen aus der Säule 3a (Versicherungssparen) erwarten kann. Der Unterhaltsbeitrag kann deshalb entsprechend höher oder für eine längere Dauer festgesetzt bzw. vereinbart werden. Eine befriedigende Lösung ist dies aber nicht. Vielmehr erscheint es richtig, wenn der Wert der Altersleistungen bei vorzeitiger Ausrichtung gemäss Artikel 3 Absätze 2 und 3 BVV3 in die güterrechtliche Auseinandersetzung einbezogen wird. Bleibt aber auch hier das Problem der Abtretbarkeit der Ansprüche bei Scheidung. Diesem soll durch eine baldige Ordnungsrevision, die unabhängig von der Revision des Scheidungsrechts erfolgen kann, Rechnung getragen werden.

233.43 Die Ansprüche aus der beruflichen Vorsorge bei Scheidung

233.431 Vorbemerkungen

Die neue Regelung für die Ansprüche gegenüber Einrichtungen der beruflichen Vorsorge unterscheidet danach, ob bei einem Ehegatten bereits ein Vorsorgefall im Sinne des Freizü-

330 Vgl. Art. 21^{bis} BRB vom 9. Dezember 1940 über die Erhebung einer direkten Bundessteuer (BdBSt, SR 642.11).

331 SR 831.461.3

332 H. Hausheer/R. Reusser/Th. Geiser, Berner Komm. zu Art. 197 ZGB N. 65 ff.; M. Stettler, La prise en compte de la sécurité sociale des conjoints dans le règlement des effets accessoires du divorce, SJ 1985, S. 310 ff.; a.M. H. Deschenaux/P.-H. Steinauer, Le nouveau droit matrimonial, Bern 1987, S. 279 ff.

333 H. Hausheer/R. Reusser/Th. Geiser, Berner Komm. zu Art. 197 ZGB N. 72.

gigkeitsgesetzes eingetreten ist oder nicht. Im Zusammenhang mit der Scheidung gelten die Invalidität und die Erreichung der Altersgrenze als Vorsorgefälle. Unter den Begriff der Einrichtungen der beruflichen Vorsorge fallen Vorsorge- und Freizügigkeitseinrichtungen.

Von Artikel 122 ff. erfasst werden die während der Ehe erworbenen Austrittsleistungen. Im Vernehmlassungsverfahren hat die grosse Mehrheit diesem Konzept zugestimmt. Vereinzelt wurde allerdings auch eine Teilung der Austrittsleistungen für die Zeit gefordert, während der nachehelicher Unterhalt zu bezahlen ist. Diese Forderung hat je nach Fallgruppe unterschiedliche Bedeutung. Wird bei der Scheidung eine *lebenslängliche* Rente zugesprochen, so besteht grundsätzlich kein Bedürfnis für eine eigene Altersvorsorge des Rentengläubigers. Die Alimente sind geschuldet, selbst wenn beim Gläubiger ein Vorsorgefall (Invalidität oder Alter) eingetreten ist. Die Vorsorge des Alimentenschuldners erstreckt sich hier zudem auch auf den Alimentengläubiger (vgl. Ziff. 233.41). Das Problem der Altersvorsorge stellt sich dagegen, wenn die nachehelichen Unterhaltsbeiträge *zeitlich befristet* sind und nach der Scheidung insbesondere wegen der Kinderbetreuung keine oder keine volle Erwerbstätigkeit aufgenommen werden kann. Für einen späteren vollen Einkauf in eine Einrichtung der beruflichen Vorsorge wird die Austrittsleistung, welche die unterhaltsberechtigten Person bei der Scheidung vom andern Ehegatten erhalten hat, häufig nicht ausreichen. Von da her gesehen ist die Forderung nach einer Teilung der Vorsorgeansprüche über die Scheidung hinaus verständlich. Abgesehen davon, dass eine solche Lösung rechtsvergleichend einmalig wäre, ist sie aber praktisch kaum realisierbar. Theoretisch ist es zwar denkbar, dass nach der Auflösung der Ehe laufend - wohl entsprechend der Höhe der Unterhaltsleistungen - ein Teil der Beiträge des Alimentenschuldners statt seiner Vorsorge der Vorsorge des Alimentengläubigers gutgeschrieben würde. Das verursacht aber grosse administrative Umtriebe bei den Einrichtungen der beruflichen Vorsorge. Zudem können sich die Verhältnisse nach der Scheidung beispielsweise durch die Wiederverheiratung des verpflichteten Ehegatten oder die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit des unterhaltsberechtigten Ehegatten rasch und dauerhaft ändern. Laufend eine Teilung der Anwartschaften in der zweiten Säule zu gewährleisten, ist deshalb nicht möglich. So bliebe wohl nichts anderes übrig, als die Aufteilung erst dann vorzunehmen, wenn die Alimentenverpflichtung durch Zeitablauf erloschen ist und die Verhältnisse rückblickend überschaut werden können. In diesem Zeitpunkt aber noch einmal einen Prozess durchzuführen, in dem auch die Interessen eines allfälligen neuen Ehegatten des Unterhaltsverpflichteten berücksichtigt werden müssten, lässt sich nicht vertreten. Der Bundesrat schlägt deshalb vor, keinen nachehelichen vorsorgerechtlichen Ausgleich einzuführen, sondern bei der Festsetzung des nachehelichen Unterhalts gemäss Artikel 130 dem Bedürfnis nach Aufbau einer eigenen Vorsorge Rechnung zu tragen (vgl. Ziff. 233.52).

233.432 Aufteilung bei Scheidung vor Eintritt eines Vorsorgefalls (Art. 122 und 123)

Ausgangspunkt der neuen Regelung ist, dass im Zeitpunkt der Scheidung bei keinem Ehegatten ein Vorsorgefall eingetreten ist (Art. 122 f.). Artikel 122 Absatz 1 legt dem Teilungsanspruch die während der Ehe erworbene Austrittsleistung nach dem Freizügigkeitsgesetz zugrunde. Unter "Austrittsleistung" versteht dieses Gesetz den Anspruch, der einer Person gegenüber ihrer bisherigen Vorsorgeeinrichtung zusteht, wenn sie beispielsweise bei einem Stellenwechsel von einer Einrichtung der beruflichen Vorsorge in eine

andere übertritt³³⁴. Dieser Anspruch lässt sich in jedem beliebigen Zeitpunkt berechnen (vgl. Art. 24 FZG). Von der bei der Scheidung vorhandenen Austrittsleistung wird die Austrittsleistung abgezogen, die ein Ehegatte im Zeitpunkt der Eheschliessung bereits erworben hatte. Die Hälfte dieses Saldos steht dem andern Ehegatten zu. Sind beide Ehegatten bei einer Einrichtung der beruflichen Vorsorge versichert, so ist die Berechnung für beide Ehegatten getrennt vorzunehmen und die Differenz der gegenseitigen Ansprüche durch Teilung auszugleichen (Art. 122 Abs. 2). Allerdings wird nur ein positiver Saldo berücksichtigt. Haben sich die Austrittsleistungen während der Ehe vermindert, weil beispielsweise ein Barbezug erfolgt ist³³⁵, der fortan dem Güterrecht untersteht, so bleibt dieser negative Saldo ausser Betracht.

Wichtig ist, dass der Anspruch nach Artikel 122 einem Ehegatten nicht bar ausbezahlt wird. Vielmehr bleibt der Anteil der Austrittsleistung, der auf ihn übertragen wird, für die Vorsorge gebunden. Gehört der Anspruchsberechtigte bereits einer Einrichtung der beruflichen Vorsorge an, kann die Austrittsleistung für den Einkauf in bessere Leistungen verwendet werden. Trifft dies nicht zu, so wird ihm ein Freizügigkeitskonto oder eine Freizügigkeitspolice eröffnet, und die Austrittsleistung kann später dem Einkauf in eine eigene Vorsorgeeinrichtung dienen (vgl. dazu die Zahlenbeispiele im Anhang dieser Botschaft).

Auf die Teilung der Austrittsleistungen im Sinne von Artikel 122 kann zum voraus ebenso wenig verzichtet werden wie auf den nachehelichen Unterhalt. Die Sicherstellung einer angemessenen Alters-, Invaliden- und Hinterlassenenvorsorge liegt im öffentlichen Interesse. Dies schliesst aber einen *Verzicht im Scheidungszeitpunkt* nicht in jedem Fall aus. Beispielsweise ist es je nach den Umständen möglich, dass der verpflichtete Ehegatte den anderen aus seinem übrigen Vermögen abfinden kann. Hier muss allerdings sichergestellt werden, dass die Abfindung der Vorsorge erhalten bleibt. Die Aufteilung der Austrittsleistungen kann in bestimmten Fällen dem Vorsorgegedanken geradezu entgegenlaufen, wenn der berechtigte Ehegatte nach der Scheidung keine eigene Erwerbstätigkeit ausüben und der andere Ehegatte lebenslänglich eine Scheidungsrente bezahlen wird. Wird in einem solche Fall der Rentenschuldner invalid, so könnte die Aufteilung der Austrittsleistung zu einer erheblichen Kürzung der Invalidenleistungen führen. Damit wäre es dem verpflichteten Ehegatten unter Umständen nicht mehr möglich, seiner Rentenschuld nachzukommen. Der aus Artikel 122 berechtigte Ehegatte wird sich zwar aufgrund der Aufteilung in einem gewissen Umfang eine eigene Alters- und Invalidenvorsorge aufbauen können. Da er selber aber nicht invalid ist, stehen ihm bis zum Pensionierungsalter keine Ansprüche zu. Wird bei der Scheidung eine lebenslängliche Rente zugesprochen, kann es somit im Interesse beider Parteien liegen, dass keine Aufteilung der Vorsorgeansprüche erfolgt, weil die Alters- und Invalidenvorsorge beider Parteien gerade durch die gute Versicherung des Rentenschuldners sichergestellt ist.

Artikel 123 Absatz 1 sieht deshalb vor, dass die Ehegatten in der Scheidungsvereinbarung auf eine Aufteilung verzichten können, sofern die Vorsorge der berechtigten Person auf andere Weise sichergestellt ist. Ein solcher Verzicht kann allerdings der berechtigten Person nicht gegen ihren Willen aufgezwungen werden.

334 Vgl. Art. 2 Abs. 1 FZG.

335 Eine Verminderung kann auch durch die Zahlungsunfähigkeit einer Einrichtung der beruflichen Vorsorge eintreten.

Hingegen kann das *Gericht* die Aufteilung gegen den Willen der berechtigten Person ganz oder teilweise *verweigern*, wenn diese offensichtlich unbillig wäre. Artikel 123 Absatz 2 präzisiert im Gegensatz zum Vorentwurf ausdrücklich, dass sich die Unbilligkeit ausschliesslich aufgrund der wirtschaftlichen Verhältnisse nach der Scheidung beurteilt, zu denen auch die Vorsorgesituation eines geschiedenen Ehegatten gehört. Namentlich sind die Umstände, die zur Scheidung geführt haben, und - anders als beim Unterhalt (vgl. Art. 125 Abs. 3) - das Verhalten während der Ehe in diesem Zusammenhang ohne jede Bedeutung. Unbilligkeit kann z.B. vorliegen, wenn die erwerbstätige Ehefrau ihrem Ehemann das Studium finanziert hat und dieser vor der Aufnahme einer Erwerbstätigkeit steht, die es ihm inskünftig erlaubt, eine bessere Altersvorsorge aufzubauen als die Ehefrau.

Dass die Ehegatten auch in einer Vereinbarung wegen offensichtlicher Unbilligkeit auf eine Aufteilung der Austrittsleistungen verzichten können, braucht im Gesetz nicht ausdrücklich erwähnt zu werden. Das Gericht hat diesen Teil wie auch die anderen Teile der Konvention darauf zu prüfen, ob sie nicht offensichtlich unbillig sind und tatsächlich dem wohlüberlegten Willen der Parteien entsprechen (Art. 140 Abs. 2). Die Genehmigung ist zu verweigern, wenn keine Aufteilung vorgesehen ist, obgleich die Voraussetzungen von Artikel 123 offensichtlich nicht gegeben sind.

233.433 Entschädigung (Art. 124)

233.433.1 Nach Eintritt eines Vorsorgefalls

Ist bei einem Ehegatten ein Vorsorgefall bereits eingetreten, sei es, dass er das Rentenalter erreicht hat, sei es, dass er invalid geworden ist, so kann keine Aufteilung in der dargelegten Weise mehr stattfinden. Sowohl die Alters- wie auch die Invalidenrente wird in der beruflichen Vorsorge grundsätzlich in Prozenten des massgeblichen Altersguthabens (Umwandlungssatz) berechnet³³⁶. Der Umwandlungssatz beruht auf Durchschnittswerten, so dass im Einzelfall die ausbezahlten Renten je nach tatsächlicher Lebensdauer einen weit höheren Betrag als das ganze Altersguthaben ausmachen können oder deren Summe auch weit unter dem gesamten Guthaben bleiben kann. Es ist deshalb nicht möglich, einen Teil des Anspruchs auf den anderen Ehegatten zu übertragen. Das bedeutet aber nicht, dass kein Ausgleich stattfinden soll.

Die in Artikel 124 vorgeschlagene Regelung betrifft mehrere unterschiedliche Konstellationen. Im Vordergrund steht der Fall, dass entweder beide Ehegatten im Rentenalter stehen (oder invalid sind) oder dass dies wenigstens für den Ehegatten zutrifft, der über eine bessere Vorsorge verfügt als der andere. Es ist aber auch möglich, dass der während der Ehe hauptsächlich erwerbstätige Ehegatte das Rentenalter noch nicht erreicht hat, wohl aber der andere Ehegatte. Wegen der Verschiedenheiten dieser Fälle und des Umstandes, dass es sich statistisch um relativ wenige Scheidungen handeln wird³³⁷, schlägt der Bundesrat vor, das Gericht zur Zusprechung einer angemessenen Entschädigung zu verpflichten. Selbstverständlich können die Parteien eine solche auch in ihrer Scheidungsvereinbarung festlegen.

336 Art. 14 und 24 BVG

337 Bei den 15'634 im Jahre 1994 ausgesprochenen Scheidungen standen nur 590 Ehegatten bereits im Rentenalter (300 Männer, 290 Frauen). Ähnliche Zahlen resultierten für das Vorjahr (1993: 15'053 Scheidungen. Total 582 Ehegatten im Rentenalter, wovon 301 Männer und 281 Frauen).

"Angemessen" im Sinne von Artikel 124 Absatz 1 ist eine Entschädigung, wenn sie die Ehe-dauer, die unterschiedlichen Vorsorgebedürfnisse der Parteien je nach Alter und die anderen wirtschaftlichen Verhältnisse mit Blick auf die Vorsorge berücksichtigt. Auch hier bleiben die Umstände, die zur Scheidung geführt haben, ausser Betracht.

Die Entschädigung kann auf verschiedene Weisen erfolgen. Ist ausserhalb der beruflichen Vorsorge genügend Vermögen vorhanden, so kann eine Kapitalabfindung vereinbart werden. Eine Entschädigung ist aber auch in Rentenform möglich. Ist beim pflichtigen Ehegatten noch kein Versicherungsfall eingetreten, so kann es sich rechtfertigen, einen Teil seiner Vorsorge dem andern als Austrittsleistung zu übertragen. Artikel 22b E FZG sieht diese Möglichkeit ausdrücklich vor.

Die Möglichkeit eines Verzichts (Art. 123 Abs. 1) oder einer Anspruchsverweigerung (Art. 123 Abs. 2) braucht hier nicht ausdrücklich stipuliert zu werden, weil diesen Anliegen unter dem Blickwinkel der Angemessenheit Rechnung getragen werden kann.

233.433.2 Wenn aus anderen Gründen eine Aufteilung nicht möglich ist

Der Entwurf sieht im Gegensatz zum Vernehmlassungsentwurf vor, dass nicht nur in den Fällen, in welchen bei einem Ehegatten ein Vorsorgefall bereits eingetreten ist, eine angemessene Entschädigung zuzusprechen ist, sondern auch dann, wenn die Aufteilung nach Artikel 122 aus andern Gründen nicht möglich ist: Ein Ehegatte kann z.B. einer ausländischen Versicherungseinrichtung angeschlossen sein, und das massgebende ausländische Recht kennt keine Aufteilungsmöglichkeit. Schwierigkeiten können sich aber auch bei Fällen mit reiner Inlandbeziehung ergeben. Namentlich bei Magistratspersonen besteht häufig keine Versicherung im Sinne des BVG. Diese haben vielmehr nach einer bestimmten Amtszeit Anspruch auf ein Ruhegehalt. Der entsprechende Ehegatte verfügt zwar über eine ausgezeichnete berufliche Vorsorge, diese ist aber nicht einfach aufteilbar. Wohl ist das Freizügigkeitsgesetz nach seinem Artikel 1 Absatz 3 auch auf Ruhegehaltsregelungen sinngemäss anwendbar. Die Einzelheiten werden aber nicht geregelt. Auch in diesen Fällen kann nötigenfalls eine Lösung nach Artikel 124 gefunden werden.

233.44 Änderung des Freizügigkeitsgesetzes

233.441 Ehescheidung. Grundsatz (Art. 22 und 26 E FZG)

Zwingende Voraussetzung für eine Aufteilung der gegenüber einer Einrichtung der beruflichen Vorsorge erworbenen Anwartschaften (Austrittsleistungen unter Einschluss von Freizügigkeitsguthaben) bei der Scheidung ist die Übertragbarkeit der entsprechenden Ansprüche vom einen auf den andern Ehegatten. Es bedarf deshalb einer Regelung nicht nur im Scheidungs-, sondern auch im Freizügigkeitsgesetz. Die Übertragungsmöglichkeit ist dem Grundsatz nach bereits in Artikel 22 FZG vorgesehen. Diese Bestimmung ist aber an den neuen Artikel 122 anzupassen. Artikel 22 Absatz 1 E FZG hält fest, dass die für die Ehe-dauer zu ermittelnde Austrittsleistung gemäss dem Scheidungsrecht zu teilen ist. Artikel 3-5 FZG finden auf den zu übertragenden Betrag sinngemäss Anwendung. Dieser ist der Vor-

sorgeeinrichtung des berechtigten Ehegatten zu überweisen (Art. 3 FZG). Gehört der Berechtigte keiner Vorsorgeeinrichtung an, so hat er der Vorsorgeeinrichtung des verpflichteten Ehegatten mitzuteilen, in welcher zulässigen Form er den Vorsorgeschutz erhalten will (Freizügigkeitskonto, Freizügigkeitspolice³³⁸). Bleibt diese Mitteilung aus, so ist die Austrittsleistung der Auffangeinrichtung des BVG zu überweisen (Art. 4 FZG). Unter den Voraussetzungen von Artikel 5 FZG ist im übrigen eine Barauszahlung denkbar.

Nach Artikel 122 Absatz 1 ist die "für die Ehedauer zu ermittelnde Austrittsleistung" zu teilen. Der Begriff der Austrittsleistung wird im Freizügigkeitsgesetz insbesondere bezogen auf einen Stellenwechsel des Versicherten umschrieben. Mit dem neuen Scheidungsrecht muss bestimmt werden, wie die "für die Ehedauer zu ermittelnden" Austrittsleistung zu berechnen ist (vgl. dazu die Zahlenbeispiele im Anhang dieser Botschaft).

Haben die Ehegatten *nach* dem Inkrafttreten des Freizügigkeitsgesetzes (1. Januar 1995) geheiratet, so ist die Berechnung relativ einfach. Aufgrund von Artikel 2 Absatz 1 der Freizügigkeitsverordnung³³⁹ müssen die Vorsorgeeinrichtungen die Freizügigkeitsleistung im Zeitpunkt der Heirat festhalten und bei einem Stellenwechsel der neuen Vorsorgeeinrichtung mitteilen. Für die Berechnung des zu teilenden Betrags ist die Austrittsleistung im Zeitpunkt der Heirat auf den Scheidungszeitpunkt aufzuzinsen und dieser Betrag von der Austrittsleistungen im Zeitpunkt der Scheidung abzuziehen (Art. 22 Abs. 2 E FZG). Damit verbleibt der während der Ehe aufgelaufene Zins dem Ehegatten, welcher der Einrichtung der beruflichen Vorsorge angehört. Der Zinssatz soll im Rahmen der beruflichen Vorsorge anerkannterweise lediglich die Inflation ausgleichen. Massgeblich ist der vom Bundesrat festgesetzte Zinssatz (Art. 26 Abs. 3 E FZG), der dem technischen Zinssatz, den eine Einrichtung der beruflichen Vorsorge verwendet, entsprechen sollte (vgl. Art. 26 Abs. 2 FZG).

Während der Ehe können Einkäufe in eine Vorsorgeeinrichtung getätigt worden oder auch Barauszahlungen erfolgt sein. Sind die Einkäufe aus Mitteln, die während der Ehe entgeltlich erworben wurden, bezahlt worden, soll die dadurch erwirkte Verbesserung der Vorsorge im Scheidungsfall beiden Ehegatten zugute kommen. Erfolgte der Einkauf demgegenüber aus Mitteln, die einem Ehegatten schon vor der Ehe gehört haben oder ihm während der Ehe unentgeltlich zugefallen sind oder die er als Genugtuungsanspruch erhalten hat, so sind die entsprechenden Werte einschliesslich Zins von der Teilung auszunehmen (Art. 22 Abs. 3 E FZG). Der Güterstand der Ehegatten ist dabei unerheblich. Der Verweis auf Artikel 198 ZGB dient nur der Umschreibung der entsprechenden Vermögenswerte. Aus Artikel 22 Absatz 3 ergibt sich aber, dass solche Einmaleinlagen güterrechtlich nicht zu einer Ersatzforderung des Eigengutes gegenüber der Errungenschaft führen dürfen, weil sie sonst der entsprechenden Partei scheidungsrechtlich zweimal gutgeschrieben würden. Erfolgt der Einkauf nicht durch eine Einmaleinlage, sondern zusammen mit den ordentlichen Beiträgen und durch laufende Zahlungen, so ist es ohne Bedeutung, aus welchen Mitteln er getätigt worden ist. Auch wenn ausnahmsweise für die laufenden Zahlungen nicht das Einkommen verwendet wurde, sondern auf das bereits vor der Ehe vorhandene oder ererbte Vermögen zurückgegriffen worden ist, sind die entsprechenden Beträge von der zu teilenden Austrittsleistung nicht abzuziehen. Ein Ausgleich kann sich hier allenfalls aus dem Güterstand oder aus Artikel 165 Absatz 2 ZGB ergeben.

338 Verordnung vom 3. Oktober 1994 über die Freizügigkeit in der beruflichen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (Freizügigkeitsverordnung, FZV), SR 831.425, AS 1994 2399, Art. 10 und 21.

339 Siehe Anm. 338. Siehe neu Art. 24 Abs. 2 E FZG, Ziff. 233.445.

Ist während der Ehe eine *Barauszahlung* erfolgt, so vermindert diese die bei der Scheidung bestehende Austrittsleistung. Eine weitere Berücksichtigung drängt sich nicht auf. Der entsprechende Betrag ist aus dem System der beruflichen Vorsorge ausgeschlossen. Was mit den noch vorhandenen Werten bei der Scheidung geschieht, richtet sich nach dem Güterrecht³⁴⁰. Nachfolgende Wiedereinkäufe aus während der Ehe erworbenen Mitteln gleichen in erster Linie die erfolgte Barauszahlung aus, selbst wenn die bar ausgerichtete Austrittsleistung grösstenteils vor der Heirat erworben worden ist. Die Barauszahlung kann sich somit in der Scheidung zum Vorteil des Vorsorgenehmers und zum Nachteil seines Ehegatten auswirken. Sie ist deshalb nur mit Zustimmung des Ehegatten zulässig (Art. 5 Abs. 2 und 3 FZG).

Ist entgegen den gesetzlichen Bestimmungen trotz Heirat nach dem Inkrafttreten des Freizügigkeitsgesetzes die Austrittsleistung im Zeitpunkt der Heirat nicht bekannt, weil beispielsweise die Unterlagen verloren gegangen sind, so ist analog zu den Fällen vorzugehen, in denen vor dem 1. Januar 1995 geheiratet worden ist (Art. 22a E FZG).

233.442 Berechnung der Austrittsleistung im Zeitpunkt der Eheschliessung bei Heirat vor dem 1. Januar 1995 (Art. 22a E FZG)

Die Berechnung der während der Ehe erworbenen Austrittsleistung gestaltet sich schwieriger, wenn die Ehegatten vor dem Inkrafttreten des Freizügigkeitsgesetzes geheiratet haben. Einerseits werden diesfalls häufig die entsprechenden Daten nicht mehr greifbar sein, andererseits stellen sich aber auch gewisse durch den Rechtswechsel bedingte Fragen.

Massgebend kann nicht sein, was ein Ehegatte zum Zeitpunkt der Heirat aufgrund der damals geltenden Gesetze und Reglemente bei einem Wechsel der Vorsorgeeinrichtung als Austrittsleistung tatsächlich erhalten hätte. Das wäre ein rein hypothetischer Betrag. Die Austrittsleistung hatte früher nur einen beschränkten Zusammenhang mit der Anwartschaft auf künftige Vorsorgeleistungen. Um eine mit der Austrittsleistung im Scheidungszeitpunkt vergleichbare Grösse zu erhalten, ist die Austrittsleistung somit auch für den Zeitpunkt der Eheschliessung nach dem neuen Freizügigkeitsgesetz zu berechnen. Erfolgt ein Stellenwechsel nach dem Inkrafttreten des Freizügigkeitsgesetzes, so ist die Austrittsleistung für die ganze Anstellungsdauer nach neuem Recht zu berechnen.

Hat der Ehegatte während der Ehe die *Einrichtung der beruflichen Vorsorge nicht gewechselt* und verfügt die Vorsorgeeinrichtung noch über die nötigen Unterlagen, so kann nach den Bestimmungen des Freizügigkeitsgesetzes und den bei der Scheidung geltenden Reglementen der Vorsorgeeinrichtung die Freizügigkeitsleistung für den Zeitpunkt der Heirat berechnet werden. Dieser Betrag ist für die Teilung nach Artikel 122 massgebend (Art. 22a Abs. 1, 2. Satz E FZG).

Hat dagegen ein Ehegatte während der Ehe die *Einrichtung der beruflichen Vorsorge gewechselt*, so kann nicht in der gleichen Weise vorgegangen werden. In der Regel werden die Unterlagen nicht mehr vollständig vorhanden sein, so dass nicht genau berechnet werden kann, wie hoch die Austrittsleistung nach dem neuen Recht im Zeitpunkt der Heirat tatsächlich gewesen wäre. Im Interesse der Praktikabilität soll deshalb von Annäherungswerten

340 H. Hausheer/R. Reusser/Th. Geiser, Berner Komm. zu Art. 207 ZGB, N. 33.

ausgegangen werden, die aufgrund einer vom Eidgenössischen Departement des Innern erstellten Tabelle zu berechnen sind (Art. 22a Abs. 1, Satz 1 E FZG). Diese beruhen auf Durchschnittswerten und können im Einzelfall von den tatsächlichen Beträgen abweichen. Um umfangreiche Beweiserhebungen zu vermeiden, die häufig trotzdem wohl nicht zu klaren Resultaten führen dürften, lässt das Freizügigkeitsgesetz den Beweis nicht zu, dass die Austrittsleistung einen höheren oder niedrigeren Wert als den nach der Tabelle errechneten hat. Die Anwendung der durch die Tabellen vorgezeichneten Berechnungsweise ist zwingend (Art. 22a Abs. 1, erster Satz E FZG).

Nach dem früheren Recht führte der Pensionskassenwechsel für den Vorsorgenehmer zu einer Einbusse seiner Anwartschaften. Dieser Verlust ist während der Ehe entstanden und muss damit die zwischen den Ehegatten aufzuteilende Austrittsleistung schmälern. Für die Berechnung der für den Zeitpunkt der Heirat massgebenden Austrittsleistung ist nach den Tabellen einerseits von der ersten nach der Heirat tatsächlich ausgerichteten Austrittsleistung auszugehen. Andererseits ist die letzte vor der Heirat bezahlte Eintrittsleistung massgeblich. Die Differenz ist nach den Tabellen auf die Zeit vor und jene nach der Heirat aufzuteilen. Daraus ergibt sich die für den Zeitpunkt der Heirat massgebende Austrittsleistung (Art. 22a Abs. 2 und 3 E FZG). Wurde die Vorsorgeeinrichtung erst nach dem Inkrafttreten des Freizügigkeitsgesetzes gewechselt, braucht nicht die tatsächlich ausgerichtete Austrittsleistung in die Berechnung einbezogen zu werden, sondern es kann auf die erste nach Artikel 24 FZG mitgeteilte Austrittsleistung abgestellt werden (Art. 22a Abs. 2 Bst. a am Ende E FZG).

Die Berechnungsmethode für die Austrittsleistungen gilt sinngemäss auch für Freizügigkeitsguthaben, die vor dem 1. Januar 1995 erworben worden und ebenfalls in Anwendung von Artikel 122 zu teilen sind (Art. 22a Abs. 4 E FZG).

233.443 Entschädigung (Art. 22b E FZG)

In Anlehnung an den am 1. Januar 1995 in Kraft getretenen Artikel 22 FZG sieht der neue Artikel 22b E FZG vor, dass in den Fällen, in welchen eine Teilung der Austrittsleistungen nach Artikel 122 des neuen Scheidungsrechts nicht möglich ist, dafür aber eine Entschädigung gemäss Artikel 124 zugesprochen wird, im Scheidungsurteil die Abtretung eines Teils der Austrittsleistung auf Anrechnung an die angemessene Entschädigung verfügt werden kann. Da die Höhe der Entschädigung mit Rücksicht auf Artikel 122 festzulegen ist, braucht im Gesetz nicht bestimmt zu werden, bis zu welcher Höhe eine Abtretung zulässig ist.

233.444 Wiedereinkauf (Art. 22c E FZG)

Artikel 22c E FZG entspricht inhaltlich dem geltenden Artikel 22 Absatz 3 FZG. Die Vorsorgeeinrichtung hat dem verpflichteten Ehegatten die Möglichkeit zu gewähren, sich im Rahmen der übertragenen Austrittsleistung wieder einzukaufen. Die Bestimmungen über den Eintritt in eine neue Vorsorgeeinrichtung (Art. 9 ff. FZG) finden entsprechende Anwendung. Der Wiedereinkauf steht offen, gleichgültig ob Artikel 22 und 22a oder Artikel

22b E FZG zur Anwendung kommen. Die Vorsorgeeinrichtung hat dem verpflichteten Ehegatten die Möglichkeit eines ratenweisen Wiedereinkaufs während einer vernünftigen Frist zu gewähren. Vom verpflichteten Ehegatten darf erwartet werden, dass er sich festlegt, ob er sich wiedereinkaufen will oder nicht. Entschliesst er sich erst nach Ablauf einer gewissen Zeit nach der Scheidung zu einem Wiedereinkauf, so wird dieser bei einer Leistungsprimatkasse in der Regel allerdings mehr kosten als die übertragene und aufgezinste Austrittsleistung.

233.445 Information des Versicherten und Dokumentation (Art. 24 E FZG)

Der neue Artikel 24 Absatz 2 E FZG verankert die Dokumentationspflicht der Einrichtungen der beruflichen Vorsorge über die Höhe der Austrittsleistung im Zeitpunkt der Heirat einer versicherten Person, wie sie bereits in der Verordnung zum Freizügigkeitsgesetz (Art. 2 VO FZG) vorgesehen ist. Heiratet der Versicherte, so hat ihm die Vorsorgeeinrichtung auf diesen Zeitpunkt seine Austrittsleistung mitzuteilen. Zudem hat die Vorsorgeeinrichtung die Angaben in ihren Unterlagen festzuhalten und bei Austritt des Versicherten der neuen Vorsorge- oder einer allfälligen Freizügigkeitseinrichtung mitzuteilen.

Absatz 2 sieht ausdrücklich vor, dass die Einrichtungen der beruflichen Vorsorge der versicherten Person oder dem Scheidungsgericht Auskunft über die Höhe der Guthaben zu geben haben, die für die Berechnung der Austrittsleistung massgebend sind. Diese Auskunftspflicht entspricht sinngemäss Artikel 170 ZGB.

233.45 Wohneigentumsförderung (Art. 331e Abs. 6 E OR und Art. 30c Abs. 6 E BVG)

Hat ein Ehegatte Mittel aus der beruflichen Vorsorge für den Erwerb von Wohneigentum im Sinne von Artikel 30c BVG und Artikel 331e OR verwendet, so sind die im Wohneigentum angelegten Gelder nach wie vor für die Vorsorge gebunden. Ist im Zeitpunkt der Scheidung beim Vorsorgenehmer noch kein Vorsorgefall eingetreten, so sind die im Wohneigentum angelegten, gebundenen Beträge gemäss Artikel 122 und 123 zu teilen (Art. 30c Abs. 6 E BVG, Art. 331e Abs. 6 E OR). Sollte beim Ehegatten des Vorsorgenehmers bereits ein Vorsorgefall eingetreten sein, ist Artikel 124 anwendbar. Güterrechtlich ist die Liegenschaft so zu behandeln, wie wenn diese Mittel durch einen Kredit aufgebracht worden wären. Ist beim Vorsorgenehmer bereits vor der Scheidung ein Vorsorgefall eingetreten, so entfällt die Bindung dieser Gelder, und die im Wohneigentum angelegten Beträge sind - wie nach einer Barauszahlung von Geldern der zweiten Säule³⁴¹ - güterrechtlich zu behandeln.

341 Vgl. dazu H. Hausheer/ R. Reusser/ Th. Geiser, Berner Komm. zu Art. 207 ZGB N. 33.

233.46 **Verfahren**
(Art. 141 und 142, Art. 25a E FZG)

Die Aufteilung der Austrittsleistung betrifft nicht nur die Scheidungsparteien, sondern auch deren Einrichtungen der beruflichen Vorsorge. Diese müssen somit in das Verfahren einbezogen werden. Streitigkeiten zwischen Vorsorgeeinrichtungen und Anspruchsberechtigten sind vor den von den Kantonen nach Artikel 73 BVG bestimmten Gerichten auszutragen. Der Entwurf muss somit das Scheidungsverfahren mit den Verfahren über Ansprüche aus der beruflichen Vorsorge koordinieren.

Die Ehegatten können sich in der *Scheidungsvereinbarung* auf eine bestimmte Aufteilung der Austrittsleistungen einigen. Diese wird in der Regel im Sinne von Artikel 122 hälftig sein. Ausnahmen sind mit Blick auf Artikel 123 und den Umstand, dass jemand mehreren Einrichtungen der beruflichen Vorsorge angehören kann, aber möglich. In der Vereinbarung kann bestimmt werden, welcher Teil (Prozentsatz) der Vorsorgeguthaben des einen Ehegatten dem anderen Ehegatten auszurichten ist. Es ist aber auch möglich, dass ein bestimmter Betrag festgehalten wird. Im letzteren Fall kann das Gericht die Vereinbarung aber nur genehmigen, wenn die betroffene Einrichtung der beruflichen Vorsorge die Durchführbarkeit der Vereinbarung bestätigt hat. Mit der gerichtlichen Genehmigung wird die Aufteilung dann auch für die Vorsorgeeinrichtung verbindlich (Art. 141 Abs. 1). Das Gericht teilt der Einrichtung der beruflichen Vorsorge den diesbezüglichen Entscheid von Amtes wegen mit, und diese hat ihn zu vollziehen (Art. 141 Abs. 2).

Kann eine zwischen den Ehegatten getroffene *Vereinbarung nicht genehmigt* werden oder kommt *keine Vereinbarung* zustande, weil sich die Ehegatten untereinander oder mit den Einrichtungen der beruflichen Vorsorge nicht einigen können, so hat das Scheidungsgericht in Anwendung von Artikel 122 ff. eine Aufteilung der Vorsorgeguthaben im Urteil vorzunehmen. Die Aufteilung kann diesfalls aber nur in Prozenten erfolgen. Das Gericht kann nicht im Scheidungsurteil einen festen Betrag bestimmen, der zu übertragen ist, weil das Scheidungsurteil die Rechtslage zwischen den Ehegatten einerseits und der Einrichtung der beruflichen Vorsorge andererseits nicht verbindlich festlegen kann. Es muss deshalb eine Zweiteilung des Verfahrens erfolgen:

- Im Scheidungsurteil wird der Aufteilungsschlüssel verbindlich festgelegt (Art. 142 Abs. 1) und gleichzeitig auch das Datum der Eheschliessung und das Datum der Scheidung verbindlich festgehalten (Art. 142 Abs. 3 Ziff. 2).

Das Scheidungsgericht überweist *nach Rechtskraft des Entscheides* die Sache an das nach Artikel 73 Absatz 1 BVG zuständige Gericht und teilt diesem seinen Entscheid über das Teilungsverhältnis sowie das Heirats- und Scheidungsdatum mit. Die Mitteilung umfasst ferner die Unterlagen, aus denen ersichtlich ist, bei welchen Einrichtungen der beruflichen Vorsorge die Ehegatten voraussichtlich Guthaben haben und wie hoch diese mutmasslich sind (Art. 142 Abs. 3). Diese Angaben des Scheidungsgerichts sind eine Mithilfe bei der Sachverhaltsermittlung, können aber nicht verbindlich sein, weil sie das Verhältnis zwischen den Ehegatten einerseits und den Vorsorgeeinrichtungen andererseits betreffen, letztere am Scheidungsverfahren aber gar nicht beteiligt gewesen sind.

- Im Verfahren nach Artikel 73 BVG ist sodann festzulegen, welche Scheidungspartei gegen welche Einrichtung der beruflichen Vorsorge Anspruch auf eine Austrittsleistung in welcher Höhe hat. Der Entscheid ist für alle Beteiligten (Scheidungsparteien,

Einrichtungen der beruflichen Vorsorge) verbindlich. Das nach Artikel 73 BVG zuständige Gericht hat seinem Entscheid den vom Scheidungsgericht festgelegten Verteilungsschlüssel, das entsprechende Heiratsdatum und die vom Scheidungsgericht festgestellte Ehedauer zugrunde zu legen (Art. 25a Abs. 1 E FZG).

Das nach Artikel 73 BVG zuständige Gericht hat, sobald es die Mitteilung vom Scheidungsgericht erhalten hat, den Prozess von Amtes wegen durchzuführen. Es setzt den Ehegatten und den beteiligten Einrichtungen der beruflichen Vorsorge Frist, um entsprechende Anträge zu stellen (Art. 25a Abs. 2 E FZG). Verzichten diese darauf, so entscheidet das Gericht aufgrund der Akten.

Nur die *sachliche*, nicht aber die örtliche Zuständigkeit richtet sich nach Artikel 73 BVG. Nach Artikel 25a Absatz 1 E FZG ist das Gericht des Kantons zuständig, in dem auch das Scheidungsverfahren stattgefunden hat.

233.5 Nachehelicher Unterhalt

233.51 Vorbemerkungen

Der den Verhältnissen angepasste gesamte Lebensbedarf der Ehegatten und der im gemeinsamen Haushalt lebenden Kinder wird vom ZGB als ehelicher Unterhalt bezeichnet. Dieser wird in Artikel 163 ff. ZGB geregelt. Der Unterhalt umfasst neben den Grundbedürfnissen der Nahrung, Kleidung, Wohnung, Körper- und Gesundheitspflege auch die Befriedigung kultureller Bedürfnisse sowie die Absicherung gegen Risiken verschiedener Art, wie Krankheit, Unfall, Alter und anderes mehr. Hinzu kommen gewisse öffentliche Abgaben und Steuern³⁴².

Der eheliche Unterhalt wird durch regelmässige Geldbeiträge aus Einkommen und/oder Vermögen sowie durch Natural- und Sachleistungen sichergestellt; so wenn die Haushaltskasse alimentiert wird, Haushalts- und Betreuungsarbeiten erledigt und der Familie Hausrat und eine Liegenschaft zur Nutzung überlassen werden. Jeder Ehegatte leistet normalerweise seinen Beitrag in allen drei Formen, doch regelmässig in unterschiedlichem Ausmass. Über die Beiträge im einzelnen haben sich die Ehegatten nach Artikel 163 ZGB zu verständigen.

Die Scheidung beendet das eintrachtige Zusammenwirken der Ehegatten zur Befriedigung ihres Lebensbedarfs. Wie schon unter Ziffer 144.6 ausführlich dargelegt, müssen die Folgen der in der Ehe gewählten Aufgabenteilung gemeinsam von beiden Ehegatten getragen werden. Der nacheheliche Unterhalt hat insbesondere dem durch die Scheidung eingetretenen Schaden bei demjenigen Ehegatten, der aufgrund der Ehe die wirtschaftliche Selbständigkeit verloren hat, Rechnung zu tragen³⁴³. Zudem ist die tatsächliche Arbeitsbelastung, welche die Pflege und Erziehung der Kinder nach der Scheidung darstellt³⁴⁴ und die einen Elternteil an der Wiederaufnahme einer Erwerbstätigkeit hindert, zu berücksichtigen. Im übrigen führt

342 Siehe BGE 114 III 85 mit Hinweisen. In bezug auf die interkantonale steuerrechtliche Behandlung gilt nach neuer Bundesgerichtspraxis wie für die Kinderalimente (vgl. BGE 118 Ia 277 ff., 281 E. 3) auch für den nachehelichen Unterhalt das Verbot der Doppelbesteuerung gemäss Artikel 46 Absatz 2 BV (Urteil der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung vom 20. Juni 1995, 2P.368/1994).

343 Vgl. BGE 115 II 9 E. 3a; 114 II 17 ff., 30 ff.

344 Welche durch unregelmässige Schulzeiten und fehlende Möglichkeiten von familienexterner Kinderbetreuung noch vergrössert wird.

die Scheidung in aller Regel insofern zu einem Scheidungsschaden, als der bisherige Unterhalt der Familienmitglieder in nunmehr zwei Haushalten nur unter grösserem Aufwand an Geld-, Sach- und Dienstleistungen aufrecht erhalten werden kann. Zwei getrennte Wohnungen fallen dabei gleicherweise ins Gewicht wie beispielsweise doppelte Kosten für Telekommunikation und Zeitungsabonnements³⁴⁵. Aber auch die Dienstleistungen erfahren mit der Scheidung eine andere Bedeutung, verursachen doch zwei getrennte Haushalte nicht nur insgesamt einen Mehraufwand, sondern bedingen auch eine andere Verteilung unter den geschiedenen Ehegatten. Während sich beispielsweise die Aufwendungen des bisher ausschliesslich im Haushalt tätigen Ehegatten verringern können, kommen beim während der Ehe voll Erwerbstätigen zusätzliche Haushaltsarbeiten hinzu. Mit Rücksicht auf all diese Gesichtspunkte dürfen deshalb die bei der Scheidung vorhandenen Geldmittel im Rahmen der Festlegung der nachehelichen Unterhaltsbeiträge nicht einfach schematisch aufgeteilt werden.

Dabei gilt es zu unterscheiden: Wird die Ehe nach *kurzer Dauer* geschieden und sind aus ihr keine Kinder hervorgegangen, die weiterhin zu betreuen sind, sollen die Ehegatten grundsätzlich so gestellt sein, wie wenn die Ehe nicht bestanden hätte³⁴⁶. Wird die Ehe erst nach *längerer Dauer* geschieden, sind die Ehegatten nach Möglichkeit so zu stellen, wie sie es unterhaltsmässig vor der Scheidung waren (Art. 163 ZGB)³⁴⁷. Dazu reicht allerdings jener Betrag, der während der Ehe regelmässig gespart werden konnte, normalerweise nicht aus³⁴⁸. Zu prüfen bleibt daher, ob die bisherige Lebenshaltung durch zusätzlichen Arbeitserwerb beibehalten werden kann oder ob beide geschiedenen Ehegatten sich mit einem tieferen Lebensstandard begnügen müssen. Dies hängt von den Umständen des Einzelfalles ab, insbesondere davon, ob eine zusätzliche Erwerbstätigkeit zumutbar und überhaupt noch möglich ist.

Sind aus der Ehe hervorgegangene Kinder zu betreuen, umfasst der Kinderunterhalt, den nach Artikel 276 ff. ZGB beide Eltern auch nach der Scheidung sicherzustellen haben, ebenfalls Geld-, Natural- und Sachleistungen. Die unmittelbare Pflege eines Kindes ist dem Geldbetrag des nichtobhutberechtigten Elternteil gegenüberzustellen³⁴⁹. Führen Erziehung und Betreuung für einen Elternteil dazu, dass er an der Wiederaufnahme einer Erwerbstätigkeit gehindert wird, ist diesem Umstand im Rahmen seines Scheidungsschadens Rechnung zu tragen; er kann nicht Anlass zu einer zusätzlichen bzw. vom Scheidungsschaden losgelösten Entschädigung für Betreuungsarbeit sein.

233.52 Voraussetzungen (Art. 125)

Das geltende Recht setzt in Artikel 151 Absatz 1 und Artikel 152 ZGB für die Zusprechung nachehelicher Unterhaltsbeiträge voraus, dass den Ansprecher kein Scheidungsverschulden trifft. Die Voraussetzung der Schuldlosigkeit ist zwar von der Bundesgerichtspraxis relati-

345 Näheres bei H. Hausheer, Nachehelicher Unterhalt: Streitobjekt für die (verschiedenen) Experten des Bundesrates in der anstehenden Scheidungsrechtsrevision, ZBJV 1993, S. 650 ff.

346 BGE 109 II 184 ff.

347 BGE 115 II 8 ff.

348 Bei den weitest verbreiteten Familieneinkommen aufgrund von 1,4 Erwerbseinkommen von monatlich 5'000 bis 7'500 Franken macht die Sparquote einen Betrag von rund 200 bis 300 Franken aus; vgl. dazu H. Hausheer, ZBJV 1993, S. 657 f. Anm. 57 und 59.

349 Siehe dazu BGE 114 III 81.

viert worden, ist aber immer noch von grosser praktischer Bedeutung³⁵⁰. Damit trägt das heutige Scheidungsrecht dem Grundgedanken von Artikel 163 ZGB, nämlich dass die Ehegatten die Aufgabenteilung in der Ehe gemeinsam bestimmen und dass die geleisteten Beiträge grundsätzlich gleichwertig sind, nicht genügend Rechnung. Insbesondere wird damit das Risiko des Verlustes der wirtschaftlichen Selbständigkeit über die Scheidung hinaus einseitig einem Ehegatten auferlegt, obwohl die Ehegatten die Aufgabenteilung seinerzeit einvernehmlich festgelegt haben. Noch stossender ist die Voraussetzung der Schuldlosigkeit in den Fällen, in denen die wirtschaftliche Selbständigkeit wegen der Betreuung gemeinsamer Kinder vorerst oder auf Dauer nicht mehr erlangt werden kann. In beiden Fällen liegt ein ehebedingter Schaden vor, der nicht wegen Scheidungsverschuldens einem Ehegatten allein auferlegt werden darf, nachdem sich vergleichbares Zerrüttungsver schulden beim andern Ehegatten, der wirtschaftlich selbständig geblieben ist, nicht auswirkt. Auch das Gebot der nahehelichen Solidarität bedingt eine grundsätzlich verschuldensunabhängige Regelung des nahehelichen Unterhalts (siehe auch Ziff. 144.6)³⁵¹.

Auch eine Empfehlung des Europarates (Nr. R (89)1 vom 18. Januar 1989 über Leistungen nach Scheidung legt in Übereinstimmung mit vielen europäischen Gesetzgebungen den Mitgliedstaaten nahe, bei der Bemessung der nahehelichen Unterhaltsleistungen das Verschulden grundsätzlich unberücksichtigt zu lassen (vgl. Ziff. 146.31). Lediglich bei grobem Verschulden bzw. Rechtsmissbrauch soll die Gesetzgebung die Möglichkeit der Verweigerung oder Herabsetzung der Leistung vorsehen. Artikel 125 trägt dieser Empfehlung Rechnung. Damit steht das Scheidungsfolgerecht des Entwurfs auch im Einklang mit den Scheidungsgründen, die ebenfalls verschuldensunabhängig formuliert sind. Bei der Regelung des nahehelichen Unterhalts soll vorerst objektiv danach gefragt werden, ob einem Ehegatten beispielsweise wegen der Kinderbetreuung, seines Alters oder aus andern Gründen nicht zuzumuten ist, selber für den ihm gebührenden Unterhalt zu sorgen. Trifft dies zu, so kann der andere Ehegatte verpflichtet werden, ihm einen angemessenen Beitrag zu leisten. Zu beachten ist, dass in Fällen, in denen keine lebenslänglichen nahehelichen Unterhaltsbeiträge in Frage kommen, der Aufbau einer eigenen angemessenen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge ebenfalls zum Unterhaltsanspruch gehört³⁵². Sind die Einkommensverhältnisse der unterhaltsverpflichteten Partei relativ schlecht, so dass mit der Rente nur der Grundbedarf abgedeckt werden kann, muss als Ausgleich vorgesehen werden, dass die Rentenpflicht entsprechend länger dauert oder sich bei verbessertem Einkommen oder bei einer allfälligen Entlastung (z.B. Entfallen der Kinderalimente) entsprechend erhöht (vgl. Art. 126 Abs. 3).

In einem zweiten Schritt ist sodann auf Antrag zu untersuchen, ob der Unterhaltsanspruch wegen krasser Unbilligkeit versagt oder gekürzt werden muss. Artikel 130 Absatz 3 des Vorentwurfs, wonach ein Beitrag hätte versagt werden können, wenn er offensichtlich unbillig wäre, ist im Venehmlassungsverfahren allerdings kritisiert worden, weil er zu unbestimmt sei und "über die Hintertüre" die Verschuldensfrage wieder in den Scheidungsprozess Eingang finde. Diesen Einwänden trägt Artikel 125 des Entwurfs dahingehend Rechnung, dass die Billigkeitsklausel konkretisiert und auf krasse, eindeutige Fälle be-

350 Vgl. BGE 117 II 15 f.; 108 II 364 ff.; 103 II 168 ff.; H. Hinderling/ D. Steck, a.a.O., 312 ff.; Th. Geiser, Neuere Tendenzen in der Rechtsprechung zu den familienrechtlichen Unterhaltspflichten, AJP 1993, S. 908; H. Hausheer, Neue Tendenzen der bundesgerichtlichen Rechtsprechung im Bereich der Ehescheidung, ZBJV 1986, S. 63 ff.

351 Vgl. auch I. Jermann, Die Unterhaltsansprüche des geschiedenen Ehegatten nach Art. 151 Abs. 1 und Art. 152 ZGB, 2. Aufl., Bern 1982, S. 143 ff. mit Schlussfolgerungen und Reformvorschlägen zur Eliminierung des Schuldprinzips und zum Rechtsgrund der nahehelichen Unterhaltspflicht.

352 Vgl. auch BGE 117 II 366 f. E. 5c; 115 II 14 f. E. 7; H. Hinderling/ D. Steck, a.a.O., S. 390.

schränkt wird. Es wird damit klargestellt, dass es nicht um ein Scheidungsverschulden im Sinne des geltenden Rechts geht. Die Ziffern 1 und 3 von Absatz 3 erlauben die Verweigerung oder Kürzung eines Unterhaltsbeitrages, wenn die berechtigte Person ihre Pflicht, zum Unterhalt der Familie beizutragen, grob verletzt hat, oder wenn sie gegen die verpflichtete Person oder eine dieser nahe verbundene Person eine schwere Straftat begangen hat. Diese beiden Ziffern lehnen sich vom Zweck her an Artikel 477 ZGB (Enterbungsgründe) und Artikel 249 Ziffer 1 und 2 OR (Rückforderung der Schenkung) an, wobei nicht mehr die veraltete und vor dem Erlass des Schweizerischen Strafgesetzbuches gebräuchliche Terminologie übernommen wird. Entscheidend ist die konkrete Schwere der Straftat, nicht die abstrakte juristische Einordnung als Verbrechen oder Vergehen, die sich am maximalen Strafmass orientiert³⁵³. Übertretungen fallen zum vornherein ausser Betracht. Artikel 125 Absatz 3 Ziffer 2 betrifft den Fall, dass eine Person ihre Bedürftigkeit mutwillig herbeigeführt hat, indem sie es z.B. unterlässt, eine zumutbare und mögliche Erwerbstätigkeit auszuüben³⁵⁴, oder indem sie sich mutwillig ihres Vermögens entäussert.

Artikel 125 Absatz 2 enthält die wichtigsten durch Lehre und Rechtsprechung entwickelten Kriterien, die beim Entscheid, ob ein Beitrag zu leisten ist, zu berücksichtigen sind, und die auch massgeblich die Höhe und Dauer der Unterhaltspflicht beeinflussen³⁵⁵. Es sind dies die Aufgabenteilung während der Ehe (Ziff. 1), die Dauer der Ehe (Ziff. 2), die Lebensstellung während der Ehe (Ziff. 3), d.h. der Lebensstandard während der Ehe im Sinne einer oberen Begrenzung, das Alter und die Gesundheit der Ehegatten (Ziff. 4), ihr Einkommen und Vermögen (Ziff. 5), der Umfang und die Dauer der von den Ehegatten noch zu leistenden Betreuung der gemeinsamen Kinder (Ziff. 6), die berufliche Ausbildung und die Erwerbsaussichten der Ehegatten sowie der mutmassliche Aufwand für die berufliche Eingliederung der anspruchsberechtigten Person (Ziff. 7) sowie schliesslich die Anwartschaften aus der eidgenössischen Alters- und Hinterlassenenversicherung und aus der beruflichen oder einer anderen privaten oder staatlichen Vorsorge einschliesslich dem voraussichtlichen Ergebnis der Teilung der Austrittsleistungen im Sinne von Artikel 122 ff. (Ziff. 8). Dieses Kriterium ist vor allem dann von Bedeutung, wenn ein zusätzlicher Betrag für den Aufbau einer angemessenen Altersvorsorge der rentenberechtigten Person nötig ist. Dagegen spielt das voraussichtliche Ergebnis der Teilung der Austrittsleistungen, das erst nach der rechtskräftigen Scheidung zahlenmässig genau bestimmt werden kann (vgl. die Erläuterungen zu Art. 122), bei kurzen Übergangsrenten nur eine sehr geringe Rolle. Findet keine Teilung von Austrittsleistungen statt, sondern wird eine angemessene Entschädigung im Sinne von Artikel 124 zugesprochen, so ist dies wie das Resultat der güterrechtlichen Auseinandersetzung gemäss Ziffer 5 zu berücksichtigen. Bloss erbrechtliche Anwartschaften fallen regelmässig ausser Beracht, können allerdings im Zeitpunkt, in dem sie anfallen, Grund für einen Abänderungsprozess sein (vgl. Art. 129).

Die Reihenfolge der einzelnen Kriterien bedeutet keine Gewichtung, sondern ergibt sich - je nachdem, ob die Umstände in der Vergangenheit, in der Gegenwart oder in der Zukunft liegen - aus systematischen Gründen.

Mit der offenen Umschreibung der nahehelichen Unterhaltspflicht, die der heutigen Gerichtspraxis Rechnung trägt, wird - wie schon im Kindesrecht (Art. 285 ZGB) - auf das

353 Vgl. Art. 9 StGB.

354 Vgl. BGE 119 II 316 f. E. 4; 117 II 17.

355 Vgl. BGE 115 II 6 ff. (Zusammenfassung der Rechtsprechung); I. Jermann, a.a.O., insbes. S. 94 ff., 152 ff.; C. Hegnauer/ P. Breitschmid, a.a.O., Rz. 11.17 ff., S. 99 f.; W. Bühler/ K. Spühler, Berner Komm. zu Art. 151 ZGB N. 32 ff.; K. Spühler/ S. Frei-Maurer, Berner Komm. zu Art. 151 ZGB N. 32 ff.; siehe weiter H. Hinderling/ D. Steck, a.a.O., S. 396.

pflchtgemässe Ermessen des Gerichts abgestellt. Der Vielfalt der Lebensverhältnisse und der Entwicklung der gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse lässt sich nur mit einer anpassungsfähigen Formulierung Rechnung tragen, weshalb die Aufzählung der Kriterien in Absatz 2 nicht abschliessend ist. Eine weitergehende Konkretisierung im Gesetz ist weder nötig noch möglich. Auch bei der Revision des Kindesrechts ist ein sogenannter Regelunterhalt abgelehnt worden. Im übrigen wird die bundesgerichtliche Rechtsprechung weiterhin für eine gewisse Rechtseinheit sorgen.

Die obere Grenze des gebührenden nahehelichen Unterhalts im Sinne von Artikel 125 bildet, wie schon erwähnt, grundsätzlich die einvernehmlich gewählte bisherige Lebensführung der Ehegatten (Art. 163 ZGB). Ausnahmsweise kann der gebührende naheheliche Unterhalt auch höher sein, nämlich wenn die Ehegatten aus bestimmten Gründen, z.B. um ein Haus zu erwerben, besonders sparsam und unter ihren Einkommensverhältnissen gelebt haben. Eine untere Grenze des gebührenden Unterhalts vermag nicht in allgemeiner Weise bestimmt zu werden. Namentlich kann nicht einfach das Existenzminimum entscheidend sein; der gebührende Unterhalt ist in der Regel um einiges höher. Bei der Festlegung des gebührenden Unterhalts hat das Gericht einen Ermessensspielraum. Freilich kann nicht mehr verteilt werden, als an Geldmitteln überhaupt vorhanden ist. Reichen die finanziellen Mittel nicht aus, um eine gebührende Rente zuzusprechen, so müssen grundsätzlich auf beiden Seiten Abstriche vom bisherigen Lebensstandard vorgenommen werden³⁵⁶. Der unterhaltsverpflichteten Person soll aber gemäss der bisherigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung zumindest der - wegen Steuern und notwendigen Versicherungen gegenüber Artikel 93 SchKG um 20 Prozent erhöhte - betriebsrechtliche Notbedarf verbleiben³⁵⁷. Dies bedeutet, dass die an sich unterhaltsberechtigte Person und sie allein unter Umständen auf Fürsorgeleistungen angewiesen ist. Der Entwurf ändert diese Rechtslage nicht. Es wäre nicht sinnvoll, wenn aus der formalen Überlegung der Gleichbehandlung geschiedener Ehegatten³⁵⁸ das Defizit gleichmässig verteilt würde. Der unterhaltsverpflichteten Person würde damit infolge Fürsorgeabhängigkeit der Anreiz zu einer Erwerbstätigkeit genommen. Zudem wäre ein beidseitiger Gang zur öffentlichen Fürsorge mit zusätzlichem administrativen Aufwand verbunden, ohne dass der unterhaltsberechtigte Ehegatte daraus einen Vorteil zöge. Mit Nachdruck ist aber zu betonen, dass die Fürsorgebehörden bei Frauen, die Leistungen wegen der Betreuung von Kindern beziehen, von einer Rückforderung absehen sollten. Allerdings richtet sich die Rückforderung grundsätzlich nach kantonalem Recht. Indessen sind nach Auskunft der Schweizerischen Konferenz für öffentliche Fürsorge (SKöF) Rückforderungen in der Praxis bereits heute relativ selten. Gemäss den Richtlinien der SKöF sollen Fürsorgeleistungen generell nur zurückgefordert werden, wenn sie widerrechtlich bezogen worden sind oder wenn bei der unterstützten Person ein grösseres Vermögen angefallen ist (z.B. Erbschaft, Lotteriegewinn etc.). Insbesondere ist in der Regel aus späterem Erwerbseinkommen keine Rückerstattung zu verlangen. Im Zuge der Erneuerung geltender Gesetze sind die Kantone dabei, diese Regelung zu übernehmen, die heute etwa in den Kantonen Zürich und Schwyz bereits gilt.

356 Vgl. im einzelnen H. Hausheer, ZBJV 1993, S. 652 ff.

357 Vgl. BGE 121 III 49 ff., 51 E. 1c; 118 II 100 oben; 114 II 304; H. Hausheer, ZBJV 1986, S. 62 f.; ders., ZBJV 1993, S. 659 Anm. 66; Th. Geiser, AJP 1993, S. 908. Gemäss neuer Bundesgerichtspraxis gilt dies sogar auch dann, wenn im Rahmen vorsorglicher Massnahmen im Scheidungsprozess - also bei bestehender Ehe - bei der Unterhaltsregelung ein Fehlbetrag aufgeteilt werden muss, vgl. AJP 1995, S. 939.

358 Vgl. Plädoyer 1994, S. 22 ff.

233.53 Modalitäten des Unterhaltsbeitrages (Art. 126)

Das Gericht setzt als Unterhaltsbeitrag eine Rente fest und bestimmt den Beginn der Beitragspflicht (Art. 126 Abs. 1). Beispielsweise kann der Beginn mit der Pensionierung zusammenfallen, wenn ein älterer Ehegatte nach der Scheidung sich zwar vorläufig selber unterhalten kann, aber über keine genügende Altersvorsorge verfügt.

Es ist wichtig, dass das Gericht die Beitragspflicht von Bedingungen abhängig machen kann (Art. 126 Abs. 3). Die entsprechende Bestimmung ist zwar zum Teil im Vernehmlassungsverfahren als unklar und zu unbestimmt kritisiert worden. Die Möglichkeit eines bedingten Unterhaltsbeitrages ist indessen für die Praxis wichtig. Das kann an verschiedenen Beispielen illustriert werden: Vereinbaren die Parteien, dass der Vater an zwei Tagen das Kind betreut und deshalb der nacheheliche Unterhalt der Mutter infolge eigener Erwerbstätigkeit tiefer angesetzt wird (vgl. insbesondere Art. 125 Abs. 2 Ziff. 6), so kann gleichzeitig der Eventualität Rechnung getragen werden, dass der Vater später sich nicht an die Vereinbarung hält, indem für diesen Fall eine entsprechend höhere Rentenverpflichtung festgelegt wird. Ohne eine solche Bedingung im Urteil könnte den veränderten Verhältnissen später nicht Rechnung getragen werden, weil die Erhöhung einer Rente ausgeschlossen wäre (vgl. Art. 129). Eine bedingte Unterhaltsverpflichtung kann auch der Möglichkeit Rechnung tragen, dass eine bei der Scheidung in Aussicht genommene berufliche Eingliederung nicht glückt. Die Zulässigkeit von Bedingungen dient damit der Einzelfallgerechtigkeit.

An Stelle einer Rente kann das Gericht eine Abfindung festsetzen, wenn besondere Umstände es rechtfertigen (Art. 126 Abs. 2). Dies trifft beispielsweise zu, wenn die unterhaltsverpflichtete Person nach der Scheidung auswandern will oder über genügend Vermögen verfügt, um eine Abfindung auszurichten. Eine solche Abfindung hat den Vorteil, dass die Ehegatten endgültig auseinandergesetzt sind. Oft sind aber die nötigen Mittel für einen solchen "Clean-Break" nicht vorhanden (siehe auch Ziff. 146.31). Die Abfindung ist indessen nur tatsächlich und nicht auch rechtlich die Ausnahme. Ist die unterhaltsverpflichtete Person in der Lage, eine Abfindung zu bezahlen, so kann ihr das auf entsprechenden Antrag grundsätzlich nicht verweigert werden. Zulässig ist auch die Festlegung einer ratenweisen Tilgung der Abfindung, wobei die einzelnen Raten wie die Abfindung selbst unabänderbar und vererblich sind³⁵⁹.

233.54 Rente

233.541 Besondere Vereinbarungen (Art. 127)

Ähnlich wie bei Kinderrenten (Art. 287 Abs. 2 ZGB) soll auch bei Unterhaltsrenten für einen geschiedenen Ehegatten die nachträgliche Abänderung vertraglich festgesetzter Renten durch Vereinbarung (Art. 140) ganz oder teilweise ausgeschlossen werden können. Das hat den Vorteil, dass künftige Streitigkeiten im Abänderungsprozess ausgeschlossen sind. Zudem kann auf diese Weise besonderen Bedürfnissen und individuellen Präferenzen Rechnung getragen werden, die nicht nachträglich wieder in Frage gestellt werden sollen. Hingegen vermag das Gericht den Ausschluss der Abänderbarkeit nicht von sich aus anzuordnen,

359 Vgl. BGE 60 II 395 f.; W. Bühler/K. Spühler, Berner Komm. zu Art. 151 ZGB N. 46 f.

weil diese Bindung ohne Berücksichtigung von Änderungen der tatsächlichen Verhältnisse sehr weit geht, namentlich wenn eine lebenslängliche Unterhaltsrente vereinbart wird. Eine derartige Rente kann z.B. bei einem älteren Ehepaar mit gesicherten Einkommensverhältnissen sinnvoll sein. Eine Abänderung wäre nur bei einer Sozialkatastrophe, z.B. bei Zahlungsunfähigkeit einer Pensionskasse, unter Anwendung von Artikel 2 ZGB möglich.

Der Ausschluss der Abänderbarkeit einer Unterhaltsrente schliesst deren Indexierung nicht aus. Eine nachträgliche Indexierung im Sinne von Artikel 129 Absatz 2 ist dagegen nicht möglich, wenn die Ehegatten von Artikel 127 Gebrauch gemacht haben.

Artikel 127 sieht bezüglich Vereinbarungen zwischen den Parteien keine abschliessende Regelung vor. Vielmehr können die Parteien im Rahmen der Rechtsordnung beliebige Vereinbarungen treffen (vgl. die Erläuterungen zu Art. 140) und z.B. - wie unter geltendem Recht³⁶⁰ - vorsehen, dass die Rente sich bei bestimmten Ereignissen um einen festen Betrag erhöht (z.B. bei einem bestimmten Einkommen der rentenverpflichteten Person, Entfallen der Kinderrenten etc.), trotz Wiederverheiratung weiterhin geschuldet ist (vgl. Art. 130 Abs. 2), sich vermindert oder entfällt (z.B. bei einem bestimmten Einkommen oder Erbanfall der rentenberechtigten Person). Dies entspricht der Privatautonomie.

233.542 Anpassung an die Teuerung (Art. 128 und 129 Abs. 2)

Indexklauseln sind sowohl bei Kinderrenten als auch bei Unterhaltsrenten für den geschiedenen Ehegatten ein fester Bestandteil der Praxis. Im Hinblick auf ihre Bedeutung rechtfertigt es sich, sie gesetzlich zu verankern. Der Entwurf knüpft an die Lösung im Kindesrecht an (Art. 286 Abs. 1 ZGB) und trägt dem im Vernehmlassungsverfahren vielfach gemachten Einwand Rechnung, dass in der heutigen Zeit die Löhne nicht automatisch der Teuerung angepasst werden. Aus diesem Grund wird auf eine automatische gesetzliche Indexierung der Rente verzichtet. Im Hinblick auf die Dispositionsmaxime darf das Gericht die Indexierung von nahehelichen Unterhaltsrenten nur auf einen entsprechenden Antrag hin verfügen. Aus Artikel 143 Ziffer 5 ergibt sich jedoch, dass das Gericht im Urteil immer angeben muss, ob und in welchem Ausmass die Rente sich den Veränderungen der Lebenskosten anpasst. Das bedeutet eine gerichtliche Fragepflicht in Fällen, in denen keine Partei einen Antrag auf Indexierung der Rente stellt oder die Vereinbarung keine entsprechende Klausel enthält. Für die Modalitäten der Indexierung stellt das Gesetz keine Vorschriften auf, sondern überlässt diese der Praxis³⁶¹. Ist die Indexierung einer Rente streitig, so ist in erster Linie massgeblich, ob der Unterhaltsschuldner mit einem der Teuerung angepassten Einkommen rechnen kann oder nicht³⁶².

Ist auf eine Indexierung im Scheidungszeitpunkt verzichtet worden, so kann - unter Vorbehalt von Artikel 127 - nachträglich im Rahmen eines Abänderungsprozesses noch die Anpassung der Rente an die Teuerung verlangt werden, wenn das Einkommen des Verpflichteten nach der Scheidung unvorhergesehenerweise mit der Teuerung gestiegen ist (Art. 129 Abs. 2). Dabei sind alle Bestandteile des Einkommens zu berücksichtigen, also auch Real-

360 Vgl. BGE 81 II 591 f. E. 7; 77 II 28 E. 3; 71 II 139 f.; W. Bühler/K. Spühler, Berner Komm. zu Art. 153 ZGB N. 19; K. Spühler/S. Frei-Maurer, Berner Komm. zu Art. 157 ZGB N. 73.

361 Vgl. auch P. Kreis, Zur Indexierung von Unterhaltsbeiträgen, SJZ 1982, S. 286 ff., insbes. 288; H. Hinderling/D. Steck, a.a.O., S. 382 ff.

362 Vgl. BGE 115 II 312 E. 1.

lohnerhöhungen und nicht nur Teuerungszulagen³⁶³. Die Voraussetzung, dass das Einkommen des Verpflichteten unvorhergesehenerweise gestiegen ist, entspricht den allgemeinen Voraussetzungen des Abänderungsprozesses³⁶⁴. Zudem muss auch die nachträgliche Anpassung der Rente an die Teuerung dem Unterhaltsschuldner zumutbar sein. Das ergibt sich aus der Grundnorm von Artikel 125 Absatz 1. So darf z.B. die Heraufsetzung der Rente nicht dazu führen, dass die rentenverpflichtete Person gezwungen wird, ihre Wohnung oder ihr Haus zu verkaufen³⁶⁵. Grundsätzlich kann die Anpassung der Rente an die Teuerung nur für die Zukunft und nicht rückwirkend verlangt werden; massgeblicher Zeitpunkt ist die Rechtshängigkeit des Abänderungsprozesses (vgl. Art. 136 Abs. 2). Oberer Rahmen für die Erhöhung ist die Kaufkrafterhaltung der ursprünglich festgesetzten Rente. Diese kann für die Zukunft auch indiziert werden, wenn es die Umstände erlauben.

233.543 Abänderung durch Urteil (Art. 129)

Artikel 129 Absatz 1 entspricht weitgehend dem geltenden Recht³⁶⁶. Bei Veränderung der Verhältnisse, sei es auf Seiten des Schuldners oder des Gläubigers, müssen Unterhaltsbeiträge herabgesetzt oder aufgehoben werden können. Die Veränderungen müssen allerdings erheblich und von Dauer sein. Unbedeutende oder bloss vorübergehende Schwankungen in der Leistungsfähigkeit oder im Bedarf vermögen eine Abänderung nicht zu rechtfertigen. Auch Renten, die in einer Vereinbarung festgesetzt wurden, unterliegen wie im geltenden Recht der Abänderung³⁶⁷, es sei denn, es liege eine besondere Vereinbarung im Sinne von Artikel 127 vor.

In der heutigen Praxis werden zum Teil Alimente für einen geschiedenen Ehegatten sehr rasch, ohne Würdigung der Gesamtsituation herabgesetzt, wenn dieser nach der Scheidung versucht, durch eine Erwerbstätigkeit seine finanzielle Lage etwas zu verbessern. Das führt insbesondere in Fällen zu Ungerechtigkeit, in welchen bei der Scheidung keine angemessene Rente festgesetzt werden konnte. Artikel 129 Absatz 1 Satz 2 will einer zu raschen Herabsetzung der Unterhaltsbeiträge entgegenwirken, indem klar zum Ausdruck gebracht wird, dass eine Verbesserung der Verhältnisse des Berechtigten nur zu berücksichtigen ist, wenn durch die im Scheidungsurteil festgesetzte Rente der gebührende Unterhalt voll abgedeckt werden konnte.

Absatz 1 sieht neu im Interesse der Anpassung an unterschiedliche Lebensverhältnisse und spätere Veränderungen auch die Möglichkeit einer Einstellung der Zahlungspflicht vor. Ein entsprechender Vorschlag ist im Vernehmlassungsverfahren überwiegend gutgeheissen worden. Er erlaubt, die Entwicklung der Verhältnisse abzuwarten, bis die Grundlagen für den Entscheid über eine endgültige Aufhebung der Zahlungspflicht gesichert sind. Namentlich in Fällen, in denen ein geschiedener unterhaltsberechtigter Ehegatte mit einem neuen Partner oder einer neuen Partnerin in einer eheähnlichen Gemeinschaft lebt, kann nach der heutigen Bundesgerichtspraxis³⁶⁸ lediglich entweder auf endgültige Aufhebung der Zahlungspflicht des geschiedenen Ehegatten oder auf Weiterdauern erkannt werden. Diese

363 Vgl. BGE 116 III 64 f. E. 3b.

364 BGE 96 II 303 E. 5a; W. Bühler/K. Spühler, Berner Komm. zu Art. 153 ZGB N. 55.

365 Vgl. BGE 115 II 315 E. 3c.

366 Vgl. BGE 117 II 211 ff.; 117 II 359 ff.

367 Vgl. BGE 120 II 4 f.; 117 II 213 E. 1a; 105 II 168 f. E. 1.

368 BGE 114 II 295 ff.; 107 II 297 ff.

Rechtsprechung ist in der Doktrin kritisiert worden³⁶⁹, da die Gleichstellung von Zweitehe und Konkubinat insofern nicht völlig befriedigt, als bei Auflösung einer nichtehelichen Gemeinschaft keinerlei Rechtsgrundlagen bestehen, um einen Partner zu Unterhaltsleistungen zu verpflichten. Auch in anderen Lebenslagen kann die blossе Einstellung der Rente gerechtfertigt sein. Zu denken ist an Fälle, in denen die geschiedene Ehefrau zwar wieder erwerbstätig ist, aber bei Erreichen des Pensionierungsalters auf das Wiederaufleben der Rente angewiesen ist. Der Entwurf sieht für die Einstellung der Rente bewusst keine gesetzliche Frist vor (vgl. auch Art. 121 Abs. 3). Allerdings muss die Einstellung der Rente immer für eine bestimmte Zeit erfolgen, z.B. für fünf Jahre. Als Grundsatz gilt, dass nach Ablauf der Einstellungsfrist die Rente bzw. die entsprechende Zahlungspflicht wieder auflebt. Das Gericht kann jedoch dafür - auf Parteiantrag hin - bestimmte Bedingungen vorsehen. So kann z.B. vorgeschrieben werden, dass die rentenberechtigte Person nach Ablauf der Frist aktiv werden und die Unterhaltsbeiträge beim Unterhaltsschuldner ausdrücklich einfordern muss, andernfalls die Rente erlischt. Derartige Bedingungen können je nach den Umständen des Einzelfalles sinnvoll sein, damit nicht Jahre später rückwirkend hohe aufgelaufene Rentenbeträge geltend gemacht werden (vgl. Art. 128 Ziff. 1 QR). Auf diese Weise kann das Gericht den berechtigten Interessen der Parteien flexibel Rechnung tragen. Im übrigen können die Parteien bereits in der Vereinbarung entsprechende Bedingungen für die Einstellung und das Wiederaufleben der Rente vorsehen³⁷⁰.

Das geltende Recht schliesst die nachträgliche Erhöhung einer Unterhaltsrente grundsätzlich aus³⁷¹. Der Entwurf durchbricht diesen Grundsatz, indem er einmal in Artikel 129 Absatz 2 bei nichtindexierten Unterhaltsbeiträgen die nachträgliche Anpassung an die Teuerung erlaubt (vgl. Ziff. 233.542). Zudem sieht Artikel 129 Absatz 3 vor, dass die berechtigte Person innerhalb von fünf Jahren seit der Scheidung die Festsetzung einer Rente oder deren Erhöhung verlangen kann, wenn im Urteil keine zur Deckung des gebührenden Unterhalts ausreichende Rente festgesetzt werden konnte (vgl. Art. 143 Ziff. 3), die wirtschaftlichen Verhältnisse der verpflichteten Person sich aber entsprechend verbessert haben. Damit kann den Fällen Rechnung getragen werden, in welchen sich die Finanzlage des Zahlungsverpflichteten nach der Scheidung relativ rasch - sei es zufällig, sei es, dass das Einkommen bewusst tief gehalten wurde - verbessert. Denkbar ist auch, dass nach einer gewissen Zeit Kinderrenten entfallen (vgl. Art. 277 ZGB) und so beim Unterhaltsverpflichteten eine grössere Leistungsfähigkeit vorhanden ist.

Auf eine weitergehende gesetzliche Erhöhungsmöglichkeit sollte verzichtet werden³⁷². Durch die Scheidung wird die Ehe aufgelöst. Die weitere wirtschaftliche Entwicklung der Ehegatten erfolgt unabhängig voneinander. Die Ehegatten haben sich darauf einzustellen,

369 K. Spühler/ S. Frei-Maurer, Berner Komm. zu Art. 153 ZGB N. 23 f.; B. Schnyder, ZBJV 1985, S. 85 f.; ders., ZBJV 1983, S. 65 f.; R. Keht-Zeller, SJZ 1984, S. 40 ff., insbes. S. 42 Ziff. 5; H.M. Riemer, BJM 1977, S. 47 ff. Vgl. weiter H. Hinderling/ D. Steck, a.a.O., S. 369 ff. mit Hinweisen.

370 Vgl. auch K. Spühler/ S. Frei-Maurer, Berner Komm. zu Art. 153 ZGB N. 19; W. Bühler/ K. Spühler, Berner Komm. zu Art. 153 ZGB N. 19.

371 Vgl. BGE 117 II 365 E. 4c.

372 Im Vorentwurf war eine weitere Bestimmung enthalten, wonach ein geschiedener Ehegatte die nachträgliche Festsetzung einer Rente oder deren Erhöhung verlangen konnte, wenn er wegen unvorhergesehener Umstände den ihm gebührenden Unterhalt nicht mehr zu bestreiten vermochte, welche im Zeitpunkt der Scheidung Anspruch auf einen entsprechenden Beitrag gegeben hätten und dieser dem Unterhaltsverpflichteten billigerweise zugemutet werden konnte (Art. 134 Abs. 2 Ziff. 2 VE). Die Vorschrift ist im Vernehmlassungsverfahren stark kritisiert worden. Dem im Begleitbericht zum Vorentwurf als Beispiel angeführten zusätzlichen Betreuungsbedarf eines invalid gewordenen Kindes kann durch eine entsprechende Anpassung des Unterhaltsbeitrages für das Kind Rechnung getragen werden (Art. 286 Abs. 2 ZGB).

4 dass sie vermögensrechtlich auseinandergesetzt sind und nicht neue Ansprüche erheben können³⁷³. Namentlich das Risiko einer unvorhergesehenen Arbeitslosigkeit ist durch die Sozialversicherung abzudecken und darf nicht einfach einem geschiedenen Ehegatten aufgebürdet werden. Den Ehegatten steht es aber frei, in der Scheidungskonvention eine nachträgliche Erhöhungsmöglichkeit vorzubehalten.

233.544 Erlöschen von Gesetzes wegen (Art. 130)

Wie bisher soll die Unterhaltspflicht grundsätzlich mit dem Tod der berechtigten oder verpflichteten Person erlöschen (Abs. 1). Ohne gegenteilige Vereinbarung wird damit eine aktive und passive Vererblichkeit von Unterhaltsbeiträgen ausgeschlossen³⁷⁴.

Auch bei Wiederverheiratung der berechtigten Person hört die Zahlungspflicht grundsätzlich auf. Dies entspricht dem geltenden Recht³⁷⁵. Es wäre aber ungerecht, wenn dieses Prinzip weiterhin ausnahmslos gelten würde. Gab ein Ehegatte während der Dauer der Ehe im Interesse der Familie seine Erwerbstätigkeit auf, und ist ihm für die berufliche Eingliederung (z.B. Auffrischen der ursprünglichen Berufskennnisse, erforderlicher Umschulungskurs, Abschluss einer wegen der Ehe unterbrochenen Ausbildung etc.) eine Übergangsrente zugesprochen worden, so ist nicht einzusehen, warum der neue Ehegatte die entsprechenden Kosten übernehmen soll. Diese fallen als direkte Folge der in der ersten Ehe gewählten Aufgabenteilung an (vgl. Art. 163 ZGB), für welche die zahlungsverpflichtete Person mitverantwortlich ist. Ähnliche Überlegungen gelten für Unterhaltsbeiträge, die einem Ehegatten im Hinblick auf die Betreuung der gemeinsamen Kinder zugesprochen worden sind. Diese Aufgabe verhindert, dass ein geschiedener Ehegatte selber für seinen Unterhalt sorgen kann. Warum deshalb immer und in jedem Fall der neue Ehegatte unterhaltspflichtig sein soll, will nicht einleuchten. Vielmehr sollte es möglich sein, im Einzelfall eine angemessene Lösung zu finden. Artikel 130 Absatz 2 sieht deshalb vor, dass das Gericht im Zeitpunkt der Wiederverheiratung einen geschiedenen Ehegatten verpflichten kann, die Unterhaltsbeiträge an seinen früheren Partner ganz oder teilweise weiterzubezahlen, wenn diese zur beruflichen Eingliederung oder wegen der Kinderbetreuung zugesprochen worden sind (vgl. auch Art. 143 Ziff. 4). Voraussetzung ist, dass das entsprechende Gesuch innerhalb von sechs Monaten seit der Wiederverheiratung gestellt wird und dass die Pflicht zur Weiterzahlung nach den gesamten Umständen des Einzelfalls, insbesondere auch mit Rücksicht auf die wirtschaftlichen Verhältnisse der zahlungsverpflichteten Person und des neuen Ehegatten, der Billigkeit entspricht (Art. 4 ZGB). Von Bundesrechts wegen (Art. 8 ZGB), trägt diejenige Partei die Beweislast, die entgegen dem allgemeinen Grundsatz das Weiterdauern der Rente verlangt. In der Scheidungsvereinbarung können die Ehegatten auch freiwillig festlegen, dass bei einer allfälligen späteren Wiederverheiratung des Berechtigten die Unterhaltspflicht ohne weiteres fort dauert (vgl. Art. 127, Ziff. 233.541).

373 Vgl. auch BGE 117 II 365 E. 4c.

374 H. Hinderling/ D. Steck, a.a.O., S. 346 f.; W. Bühler/ K. Spühler, Berner Komm. zu Art. 153 ZGB N. 19 jeweils mit Hinweisen.

375 Art. 153 Abs. 1 ZGB.

233.55 Vollstreckung (Art. 131 und 132)

Mit der Zahlungsmoral von Rentenverpflichteten ist es in der Praxis häufig schlecht bestellt. Das hat den Gesetzgeber bei der Revision des Kindesrechts veranlasst, besondere Massnahmen für die Erfüllung von Unterhaltsbeiträgen für Kinder vorzusehen (Art. 290-293 ZGB). Es rechtfertigt sich, die gleichen Massnahmen, die sich im wesentlichen bewährt haben, auch ins Scheidungsrecht zu übernehmen.

Wird die Unterhaltspflicht nach Artikel 125 nicht erfüllt, so soll die Vormundschaftsbehörde oder eine andere vom kantonalen Recht bezeichnete Stelle der berechtigten Person auf Gesuch hin bei der Vollstreckung des Unterhaltsanspruchs in geeigneter Weise helfen (Art. 131 Abs. 1). Im Unterschied zu den Kinderalimenten wird indessen die Unentgeltlichkeit nicht vorgeschrieben. Bei guten finanziellen Verhältnissen des anspruchsberechtigten geschiedenen Ehegatten oder bei von ihm verschuldetem Aufwand wäre es stossend, wenn die öffentliche Hand die Inkassohilfe unentgeltlich zur Verfügung stellen müsste. Die Hilfsbedürftigkeit eines Kindes ist in der Regel grösser, weil es sich beim Unterhaltsanspruch um seinen eigenen, meist einzigen, finanziellen Anspruch handelt.

Wirksamste Hilfe bei einer schlechten Zahlungsmoral des Schuldners ist die Alimentenbevorschussung. Dabei richtet das Gemeinwesen anstelle und auf Rechnung des säumigen Verpflichteten die Leistungen aus, auf die ein geschiedener Ehegatte Anspruch hat. Wie schon im Kindesrecht kann die Alimentenbevorschussung mangels Verfassungsgrundlage aber nicht der eidgenössischen Sozialversicherung überbunden werden. Vielmehr bleibt die Lösung dieser Aufgabe dem öffentlichen Fürsorgerecht vorbehalten, das in den Bereich der kantonalen Zuständigkeit fällt. Artikel 131 Absatz 2 hält lediglich diese Rechtslage im Sinne von Artikel 6 ZGB fest, bringt aber gleichzeitig den Wunsch des Bundesgesetzgebers zum Ausdruck, dass sich die Kantone dieser sozialpolitischen Aufgabe annehmen. Eine Verpflichtung der Kantone ergibt sich aus Artikel 131 Absatz 2 jedoch nicht. Das haben jene Kantone übersehen, die im Vernehmlassungsverfahren gegen die Bestimmung opponiert haben. Ihre Regelungsfreiheit bleibt gewahrt. Sehen sie die Alimentenbevorschussung vor, können sie z.B. einen Höchstbetrag festlegen und ihn auch von den Einkommens- und Vermögensverhältnissen der berechtigten Person abhängig machen³⁷⁶. Soweit das Gemeinwesen Vorschüsse ausrichtet, gehen die Ansprüche der unterhaltsberechtigten Person auf jenes über (Art. 131 Abs. 3; Art. 110 OR)³⁷⁷. Dazu gehört namentlich auch das Konkursprivileg³⁷⁸. Hingegen ist das Privileg der Unterschreitung des betriebsrechtlichen Notbedarfs im Sinne von Artikel 93 SchKG auf den persönlich betreibenden Unterhaltsgläubiger beschränkt und geht nicht auf Drittpersonen und damit auch nicht auf das Gemeinwesen über³⁷⁹.

Die Anweisung an die Schuldner ist heute nicht nur im Kindesrecht (Art. 291 ZGB), sondern auch im Eherecht (Art. 177 ZGB) vorgesehen. Dagegen ist sie nach Auflösung der Ehe nicht möglich³⁸⁰. Diese Lücke soll bei der Revision des Scheidungsrechts geschlossen werden (Art. 132 Abs. 1). Die Anweisung bedeutet eine nicht zu unterschätzende Erleichterung der Rechtsverfolgung, indem sie während des Zeitraums, für den sie angeordnet worden ist,

376 Vgl. C. Hegnauer, Alimentenbevorschussung und Abtretung, ZVW 1991, S. 69.

377 Vgl. C. Hegnauer, ZVW 1991, S. 67 f.

378 Art. 219 Abs. 4, Erste Klasse, Bst. b.

379 Vgl. BGE 116 III 10 ff.

380 C. Hegnauer/P. Breitschmid, a.a.O., Rz. 21.41, S. 205; K. Spühler/S. Frei-Maurer, Berner Komm. zu Art. 151 ZGB N. 97.

auch zukünftige Leistungen erfasst und daher nicht wie die Schuldbetreibung für jede fällige Leistung wieder neu eingeleitet werden muss³⁸¹. Die unterhaltsberechtignte Person erhält gegenüber dem Angewiesenen ein direktes Forderungsrecht³⁸².

Die böswillige Vernachlässigung der Unterhaltspflicht nach der Scheidung ist gemäss Artikel 217 StGB strafbar. In der Praxis besteht aber darüber hinaus das Bedürfnis nach einer zivilrechtlichen Sanktion. Das Gericht soll deshalb auch einen geschiedenen Ehegatten verpflichten können, für künftige Unterhaltsbeiträge angemessene Sicherheit zu leisten, wenn der Schuldner die Unterhaltspflicht beharrlich vernachlässigt oder wenn anzunehmen ist, dass er Anstalten zur Flucht trifft oder sein Vermögen verschleudert oder beiseiteschafft (Art. 132 Abs. 2). Die Bestimmung nimmt die bisherige Bundesgerichtspraxis auf, wonach Unterhaltsrenten (Art. 151 Abs. 1, 152 ZGB) sichergestellt werden können, wenn eine konkrete Gefährdung der Erfüllung der Rentenzahlungspflicht nachgewiesen und die pflichtige Person zur Leistung einer Sicherheit in der Lage ist³⁸³. Allerdings rechtfertigt es sich, auch ohne konkrete Gefährdung eine Sicherstellung zuzulassen, wenn die unterhaltsverpflichtete Person beharrlich die Erfüllung ihrer Unterhaltspflicht vernachlässigt³⁸⁴. Wie Artikel 292 ZGB bestimmt der Entwurf nicht näher, in welcher Form die Sicherheit zu leisten ist, sondern überlässt dies der Praxis. Zulässig sind alle dem Zivilrecht bekannten Sicherungsmittel³⁸⁵.

Die Verpflichtung zur Sicherstellung lässt sich mit einer Anweisung verbinden, so dass die Alimente laufend aus Mitteln der Sicherheitsleistung beglichen werden können³⁸⁶.

233.6 Kinder

233.61 Elternrechte und -pflichten im allgemeinen (Art. 133 Abs. 1 und 2, Art. 315a)

Die Absätze 1 und 2 von Artikel 133 entsprechen inhaltlich weitgehend dem bisherigen Recht (vgl. Art. 156, 297 Abs. 3 ZGB). Grundlegende Änderungen sind nicht nötig (zur neuen Terminologie "elterliche Sorge" siehe Ziff.15).

Nach Absatz 1 hat das Gericht im Scheidungsurteil einem Elternteil die elterliche Sorge zuzuweisen, nach den Bestimmungen über die Wirkungen des Kindesverhältnisses (Art. 273 ff.) den persönlichen Verkehr des Kindes mit dem Elternteil zu regeln, der die elterliche Sorge verliert, sowie dessen Unterhaltspflicht festzulegen (Art. 276 f., 285 ff. ZGB). Wie bis anhin gilt für sämtliche Kinderbelange die *Offizialmaxime*: Das Gericht hat auch ohne Parteiantrag von Amtes wegen über die Zuweisung der elterlichen Sorge, den persönlichen Verkehr und die Unterhaltsbeiträge zu befinden³⁸⁷.

381 Vgl. Th. Geiser, Die Anweisung an die Schuldner, ZVW 1991, S. 7.

382 Th. Geiser, ZVW 1991, S. 9.

383 BGE 107 II 396 ff.

384 Vgl. auch M. Keller, Die Anwendung obligationenrechtlicher Regeln auf den Anspruch gemäss Art. 151 I ZGB, in: Festschrift für C. Hegnauer, Bern 1986, S. 228.

385 Vgl. W. Bühler/K. Spühler, Berner Komm. zu Art. 151 ZGB N. 65; Th. Geiser, ZVW 1991, S. 15.

386 Vgl. Th. Geiser, ZVW 1991, S. 17 f.

387 Vgl. BGE 120 II 231 f. E. 1; 119 II 203 E. 1; 96 II 73 E. 2; C. Hegnauer/P. Breitschmid, a.a.O., Rz. 12.40, S. 117; C. Hegnauer, Berner Komm. zu Art. 275 ZGB N. 31 ff.; H. Hinderling/D. Steck, a.a.O., S. 406 Anm. 5.

Bereits bei der Herabsetzung des zivilrechtlichen Mündigkeitsalters ist Artikel 156 ZGB dahingehend geändert worden, dass im Scheidungsurteil Unterhaltsbeiträge für die Kinder auch über die Mündigkeit hinaus festgesetzt werden können. Der Entwurf übernimmt diese Lösung unverändert.

Wie bisher ist das Scheidungsgericht zuständig, die notwendigen Kindesschutzmassnahmen zu erlassen und die vormundschaftlichen Behörden mit deren Vollziehung zu betrauen (Art. 315a Abs. 1). Dies ist sinnvoll, weil so nicht ein zweites Verfahren durch die Vormundschaftsbehörde eröffnet werden muss und weil zwischen der Scheidung und der Kinderzuteilung einerseits und den Kindesschutzmassnahmen andererseits ein enger sachlicher Zusammenhang besteht. Unter dem geltenden Recht ist anerkannt, dass das Scheidungsgericht zwar von den vormundschaftlichen Behörden erlassene Kindesschutzmassnahmen ergänzen oder verschärfen, jedoch nicht einschränken oder aufheben darf. Artikel 315a Absatz 2 soll diesbezüglich offener werden, indem bestehende Kindesschutzmassnahmen auch vom Gericht den neuen Verhältnissen angepasst werden können. Artikel 315a Absatz 3, der die Befugnisse der vormundschaftlichen Behörden zum Erlass von Kindesschutzmassnahmen während eines rechtshängigen eherechtlichen Verfahrens regelt, entspricht dem bisherigen Artikel 315a Absatz 2 ZGB. Danach bleiben die vormundschaftlichen Behörden befugt, ein vor dem gerichtlichen Verfahren eingeleitetes Kindesschutzverfahren weiterzuführen oder die zum Schutz des Kindes sofort nötigen Massnahmen zu treffen, wenn sie das Gericht voraussichtlich nicht rechtzeitig anordnen kann. Eine Änderung ist nicht nötig, weil sich die bisherige Regelung in der Praxis bewährt hat.

Artikel 133 Absatz 2 bestimmt, dass für die Zuteilung der elterlichen Sorge alle für das Kindeswohl wichtigen Umstände massgebend sind. Damit wird die bewährte bundesgerichtliche Rechtsprechung zum geltenden Recht aufgenommen, nach welcher das Interesse des Kindes und nicht dasjenige der Eltern für die Zuteilung massgebend ist (Art. 156 Abs. 1 ZGB)³⁸⁸. Dabei steht nach der neueren Praxis grundsätzlich nicht mehr das Bedürfnis des Kindes nach einer besonderen mütterlichen Fürsorge im Vordergrund, sondern massgebend sind sein Verlangen nach stabilen Lebensverhältnissen und unmittelbarer Betreuung und Pflege durch einen Elternteil sowie alle übrigen für das Kindeswohl wichtigen Umstände³⁸⁹. Unter dem Gesichtspunkt der Stabilität der Verhältnisse ist die bisherige Betreuungssituation des Kindes ein wichtiger Faktor, der allerdings nicht -wie zum Teil im Vernehmlassungsverfahren gefordert- der allein ausschlaggebende Faktor sein kann, weil damit die Gleichwertigkeit der Beiträge an den Unterhalt der Familie (Art. 163 ZGB) aufgehoben, die bisherige Rollenverteilung in der Ehe perpetuiert und die im Hinblick auf das Kindeswohl erforderliche zukunftsgerichtete Betrachtungsweise aufgegeben würde. Im übrigen ist unter dem Gesichtspunkt des Kindeswohls auch zu prüfen, bei welchem Elternteil die Bereitschaft grösser ist, dem Kind den Kontakt zum anderen Elternteil zu ermöglichen³⁹⁰.

Weitere wesentliche Kriterien sind die Beziehungen zwischen dem Kind und den Eltern, deren Persönlichkeit (z.B. Erziehungsfähigkeit, körperliche und geistige Gesundheit etc.) und Verhältnisse (z.B. eigene Betreuungsmöglichkeit, berufliche Situation und Belastung,

388 Vgl. BGE 117 II 353 ff., 354 f.; 115 II 206 ff., 209 E. 4a; 115 II 317 ff., 319 E.2; 114 II 201 E. 3; 112 II 382 E. 3; 111 II 227 E. 2.

389 BGE 117 II 355; 114 II 202 f. E. 3. Das Bundesgericht lässt allerdings die Frage ausdrücklich offen, ob bei ganz kleinen Kindern, die in ihrem bisherigen Leben praktisch ausschliesslich von der Mutter betreut worden sind, weiterhin auch von einem gewissen natürlichen Vorrang der Mutter auszugehen ist. Vgl. BGE 117 II 356 E. 4a; 115 II 209. Vgl. H. Hinderling/ D. Steck, a.a.O., S. 411 ff. mit Hinweisen.

390 BGE 117 II 357 E. 4c; 115 II 206 ff., 209 ff.; 115 II 319 f. E. 3.

neue Partnerschaften, allgemeine Lebenssituation etc.) sowie die Persönlichkeit des Kindes und allenfalls das Verhältnis mehrerer Kinder untereinander³⁹¹. Es kommt jeweils wesentlich auf die Umstände des Einzelfalles an, weshalb auf eine Aufzählung von einzelnen Kriterien im Gesetz verzichtet wird, die ohnehin nie vollständig sein könnte; dies gilt auch für die Gewichtung der Kriterien untereinander. Dem Gericht muss deshalb ein erheblicher Ermessensspielraum eingeräumt werden³⁹². Es hat aber stets den massgeblichen Sachverhalt von Amtes wegen abzuklären (vgl. Art. 145 Abs. 1). Allerdings muss es nach Absatz 2 bei der Entscheidung auf die gemeinsamen Anträge der Eltern Rücksicht nehmen; sind diese mit dem Kindeswohl vereinbar, so ist den Anträgen der Eltern zu folgen (vgl. auch Art. 147 Ziff. 4). Gemeinsam beantragte Regelungen in bezug auf die Kinder zeigen sich in der Praxis meist als tragfähiger als solche, die das Gericht autoritativ festlegt (vgl. auch die Erläuterungen zu Art. 151).

Die Lebensverhältnisse des Kindes werden durch den Scheidungsprozess seiner Eltern grundlegend verändert. Weil das Kind ein Recht hat, seine Zukunft mitzugestalten (vgl. Art. 301 Abs. 1, 302 Abs. 1 ZGB), muss soweit tunlich auf seine Meinung Rücksicht genommen werden. Zu diesem Zweck hat das Gericht das Kind grundsätzlich persönlich anzuhören (vgl. die Erläuterungen zu Art. 144 Abs. 2 und 314 Ziff. 1). Auf die Meinung des Kindes Rücksicht nehmen heisst aber nicht unbedingt, dass dem Kind bei der Anhörung die Frage zu stellen ist, ob es fortan beim Vater oder bei der Mutter leben will. Solche Entscheidungen können gerade jüngeren Kindern in der Regel wegen der damit verbundenen seelischen Belastung nicht zugemutet werden³⁹³. Vielmehr muss sich das Gericht bei der Anhörung des Kindes in erster Linie ein Bild machen, welche Bedeutung jeder Elternteil für das Kind hat. Wichtig ist, dass das Gericht an die Meinung des Kindes nicht gebunden ist. Wenn aber ein Kind von einem gewissen Alter eine feste Meinung äussert, muss das Gericht begründen, weshalb es gegenteilig entschieden hat. Im übrigen soll die Stellung des Kindes im Scheidungsprozess durch die Möglichkeit einer eigenen Vertretung erheblich verbessert werden (vgl. Art. 147 f.).

233.62 Gemeinsame elterliche Sorge geschiedener Eltern (Art. 133 Abs. 3)

Während der Ehe üben die Eltern die elterliche Sorge gemeinsam aus (Art. 159 Abs. 2, 297 Abs. 1 ZGB). Nach der Scheidung sind die Parteien nicht mehr Ehegatten, sie bleiben aber Vater und Mutter ihres Kindes. Die Rechtsbeziehungen der Eltern zum Kind müssen deshalb den neuen Verhältnissen angepasst werden. Das geltende Recht schreibt diesbezüglich vor, dass bei der Scheidung einem Elternteil die elterliche Sorge zugeteilt und dem

391 Vgl. BGE 115 II 319 E. 2; 112 II 382 f. E. 3; 109 II 193 f. E. 2.

392 Vgl. BGE 117 II 355; 115 II 319 E. 2; H. Hinderling/D. Steck, a.a.O., S. 406.

393 Vgl. E. Mackenscheidt, Loyalitätsproblematik bei Trennung und Scheidung. Überlegungen zum Kindeswohl aus familientherapeutischer Sicht, FamRZ 1993, S. 254 ff.

anderen diese entzogen wird (Art. 156 Abs. 1, 297 Abs. 3 ZGB). Somit ist es heute nicht zulässig, dass das Gericht beiden Eltern über die Scheidung hinaus die elterliche Sorge gemeinsam belässt³⁹⁴.

Viele ausländische Rechtsordnungen (Belgien, Dänemark, Deutschland, England, Finnland, Frankreich, Griechenland, Italien, Niederlande, Norwegen, Schweden, Spanien, Gliedstaaten der USA³⁹⁵) lassen es dagegen zu, dass den Eltern auch nach der Scheidung die elterliche Sorge gemeinsam zusteht³⁹⁶. Das Ministerkomitee des Europarates hat in der Empfehlung N° R (84) 4 vom 28. Februar 1984 den Staaten des Europarates nahegelegt, auf gemeinsamen Antrag hin beiden Eltern bei der Scheidung die elterliche Sorge zu belassen³⁹⁷. Auch das UNO-Übereinkommen von 1989 über die Rechte des Kindes (UN-Kinderkonvention) will das gemeinsame Sorgerecht geschiedener Eltern fördern, ohne allerdings den Staaten eine klare Verpflichtung für ihr innerstaatliches Recht aufzuerlegen³⁹⁸.

In der Schweiz wird seit einiger Zeit vermehrt die Möglichkeit des gemeinsamen Sorgerechts für geschiedene Eltern gefordert. Bei der Revision des Kindesrechts im Jahre 1975 ist sie allerdings noch klar abgelehnt worden. Aber bereits 1983 hat sich der Bundesrat in Beantwortung eines Postulats Mascarin (83.346) bereit erklärt, die Einführung der gemeinsamen elterlichen Sorge zu prüfen. Das Problem hat seither zusätzlich an Aktualität gewonnen, weil verschiedene unterinstanzliche Gerichte vereinzelt den geschiedenen Eltern ge-

394 BGE 117 II 523 ff.; Urteile des Kantonsgerichts St. Gallen (SJZ 1991, S. 119 ff., Nr. 19) und des Zürcher Obergerichts (SJZ 1991, S. 414 ff., Nr. 64); C. Hegnauer/ P. Breitschmid, a.a.O., Rz. 11.35a, S. 104 f. und Rz. 11.44, S. 107 f. mit kritischen Bemerkungen de lege ferenda; C. Hegnauer, Grundriss des Kindesrechts, Rz. 25.21, S. 171; C. Hegnauer, SJZ 1990, S. 371 ff.; S. Sandoz, Attribution conjointe de l'autorité parentale aux parents divorcés, in: Mélanges P. Piotet, Bern 1990, S. 107 ff.; J.-F. Perrin, Le juge du divorce peut-il instaurer l'autorité parentale conjointe?, La Semaine judiciaire 1990, S. 68 ff.; M. Stettler, Das Kindesrecht, in: Schweiz. Privatrecht, Bd. III/2 Basel/Frankfurt a.M. 1992 (zit. SPR III/2), S. 261; A. Ruggiero, L'attribution de l'autorité parentale en cas de divorce, Diss. Lausanne 1994, S. 64; H. Hinderling/ D. Steck, a.a.O., S. 419 ff.; a.M. P. Balscheit, Gemeinsame Elternverantwortung auch nach der Scheidung?, SJZ 1988, S. 25 ff.; ders., Gesetzgebung und Rechtsprechung zur gemeinsamen elterlichen Gewalt, AJP 1993 S. 1207 ff.; B. Schneider, L'attribution de l'autorité parentale conjointe, in: Festschrift für J.-M. Grossen, Basel 1992, S. 212 ff.; I. Schwenzer, Besprechung des Bundesgerichtsentscheids vom 12. Dezember 1991, AJP 1992, S. 906 ff.; so wohl auch A. Wirz, Gemeinsame elterliche Gewalt, geschiedener und nicht verheirateter Eltern, Basel/ Frankfurt a.M. 1995, insbes. S. 115. Vgl. weiter Zeitschrift für Jugend und Familie, Jugendhilfe und Jugendgerichtshilfe 1993, S. 471 ff. mit ausführlichen Anmerkungen von D. Brüggenmann zu BGE 117 II 523 ff. bzw. zur Entstehungsgeschichte von Art. 297 Abs. 3 ZGB.

395 Die Gesetzgebung auf dem Gebiet des Familienrechts ist in den USA Sache der Bundesstaaten und naturgemäss unterscheiden sich im einzelnen die Voraussetzungen für das gemeinsame elterliche Sorgerecht ("joint custody"). Vgl. für Einzelheiten H. Luthin, Gemeinsames Sorgerecht nach der Scheidung, Bielefeld 1987, S. 13 ff. Nach I. Schwenzer (Gutachten, S. A66 Anm. 8) kennen 37 Bundesstaaten das gemeinsame Sorgerecht geschiedener Eltern.

396 Siehe Ziff. 146.4; vgl. weiter I. Baer, Neue Lösungen im Kindschaftsrecht, Zeitschrift für Rechtspolitik 1989, S. 344 ff., insbes. 345.

397 Recommendation N° R (84) 4 sur les responsabilités parentales (Principe 6).

398 Vgl. Botschaft vom 29. Juni 1994 betreffend den Beitritt der Schweiz zum Übereinkommen von 1989 über die Rechte des Kindes (90.064; BBl 1994 V 1 ff., 42 ff., Erläuterungen zu Art. 18 Abs. 1). Die Tragweite von Art. 18 der UN-Kinderkonvention ist allerdings im Schrifttum unstritten. Gegen eine Verpflichtung zur gemeinsamen elterlichen Sorge: H. Stöcker, Die UNO-Kinderkonvention und das deutsche Familienrecht, FamRZ 1992, S. 249 ff.; a.M. J. Wolf, Ratifizierung unter Vorbehalt: Einstieg oder Ausstieg der Bundesrepublik Deutschland aus der UN-Konvention über die Rechte des Kindes, Zeitschrift für Rechtspolitik 1991, S. 374 ff., insbes. S. 377; I. Schwenzer, Die UN-Kinderrechtskonvention und das schweizerische Kindesrecht, AJP 1994, S. 822.

meinsam die elterliche Sorge belassen³⁹⁹. Welche Auswirkungen der Entscheid des Bundesgerichts vom 12. Dezember 1991⁴⁰⁰ auf diese Gerichtspraxis hat, kann nur sehr schwer abgeschätzt werden, da derartige kantonale Urteile meist nicht angefochten werden.

Im schweizerischen Schrifttum und in Expertenkreisen bestehen bezüglich der gemeinsamen elterlichen Sorge unterschiedliche Meinungen⁴⁰¹. Die gleiche Meinungsvielfalt hat sich auch im Vernehmlassungsverfahren gezeigt. Den mehrheitlich positiven Stellungnahmen, die vor allem damit begründet worden sind, dass die Scheidung der Ehe keine "Scheidung" als Eltern sei, standen auch verschiedene ablehnende Meinungsäusserungen gegenüber. Diese beruhen meist auf der Überzeugung, dass die gemeinsame elterliche Sorge geschiedener Eltern von einer unrealistischen Betrachtungsweise ausgehe, indem der bestehende Scheidungskonflikt in einem gewissen Sinn geleugnet werde. Die Eltern seien nach dem Scheitern der Ehe zumeist nicht fähig, dauernd und verständigungsbereit in Fragen der Kinderpflege und -erziehung zusammenzuarbeiten. Weiter sei die gemeinsame Sorge geschiedener Eltern labil und störanfällig, was zu vielen Abänderungsprozessen führen würde. Im übrigen sei es den Eltern wie bereits heute unbenommen, sich weiterhin gemeinsam um das Kind zu kümmern, wenn keine Konflikte vorhanden seien, die eine erfolgreiche Zusammenarbeit zum Wohl des Kindes ausschliessen würden. In einer dritten Gruppe von Stellungnahmen wurde zwar an sich die Möglichkeit der gemeinsamen elterlichen Sorge geschiedener Eltern bejaht, jedoch strengere gesetzliche Voraussetzungen, namentlich eine bereits erfolgreich gelebte gemeinsame Kinderbetreuung im Sinne eines Tatbeweises und eine umfassende Einigung über die Scheidung und ihre Folgen gefordert. Eine weitgehende Einigkeit bestand jedoch im Grundanliegen, nämlich dass geschiedene Eltern auch nach der Scheidung die Verantwortung für das Kind als Vater und Mutter weiterhin gemeinsam wahrnehmen sollen, weil das Kindeswohl dies erfordert⁴⁰². Es ist allgemein anerkannt, dass es für die gesamte Entwicklung der Kinder und vor allem jüngerer Kinder sehr wichtig ist, auch nach der Scheidung intensive und konstante Beziehungen zu beiden Eltern aufrecht erhalten zu können⁴⁰³. Oft lässt sich dieses Postulat aber nur ungenügend verwirklichen⁴⁰⁴. Mit anderen Worten besteht Einvernehmen über das Ziel, nämlich dass die Nachteile, welche die Scheidung für das Kind bringt, möglichst begrenzt werden müssen; kontrovers ist dagegen der richtige Weg bzw. das richtige Mittel.

In Deutschland hat das Bundesverfassungsgericht im Jahre 1982 entschieden, dass die Gesetzesbestimmung, wonach zwingend einem Elternteil das Sorgerecht zugewiesen werden muss (§ 1671 Abs. 4 BGB), verfassungswidrig ist und der Gesetzgeber das gemeinsame Sorgerecht Geschiedener zulassen muss⁴⁰⁵. Im Rahmen der Diskussion für die gesetzliche

399 So z.B. Urteil des Bezirksgerichts St. Gallen vom 8. November 1988, SJZ 1989, S. 139 ff. Nr. 22; weitere Nachweise bei P. Balscheit, AJP 1993, S. 1205 f.

400 BGE 117 II 523 ff. Vgl. Ziff. 142.5.

401 Vgl. die Angaben in Anm. 394, die überwiegend auch Meinungsäusserungen de lege ferenda enthalten. Siehe weiter "Plädoyer" 1992, S. 11 ff.: "Das Sorgerecht als Zankapfel" (Wiedergabe eines Streitgesprächs zwischen einer Scheidungsanwältin und einem Kinderpsychologen).

402 Davon gehen auch die schweizerischen Gegner und Gegnerinnen des gemeinsamen Sorgerechts für Geschiedene aus, vgl. C. Hegnauer, SJZ 1990, S. 374; S. Sandoz, a.a.O., S. 113.

403 Zu den unterschiedlichen Bedürfnissen je nach Alter der Kinder im Scheidungszentrum: W. Felder/H. Hausheer, Drittüberwachtes Besuchsrecht..., ZBJV 1993, S. 698 ff.

404 Vgl. auch BGE 117 II 354 E. 3.

405 Urteil des Deutschen Bundesverfassungsgerichts vom 3. November 1982, BVerfGE 61, Nr. 21, S. 358 ff.; Neue Juristische Wochenschrift 1983, S. 101 ff.

Ausgestaltung der verfassungsgerichtlichen Vorgabe sind in Deutschland die Vor- und Nachteile des gemeinsamen Sorgerechts einlässlich diskutiert worden⁴⁰⁶. Die entsprechenden Untersuchungen haben ergeben, dass die Vorteile der gemeinsamen elterlichen Sorge die möglichen Nachteile bei weitem überwiegen. Zum gleichen Ergebnis ist auch in der Schweiz eine breit angelegte Untersuchung über die Scheidungswirklichkeit gekommen⁴⁰⁷.

Für das gemeinsame Sorgerecht sprechen folgende Gründe:

- Es darf als wissenschaftlich erhärtet gelten, dass jene Kinder die traumatischen Erfahrungen der Scheidung besser verarbeiten, die mit beiden Eltern weiterhin gute und enge Beziehungen unterhalten können. Solche Kontakte werden begünstigt, wenn beiden Eltern auch nach der Scheidung die elterliche Sorge zusteht und sie zu deren gemeinsamen Ausübung willens und in der Lage sind. Dies kann der zukünftigen Entwicklung des Kindes insofern förderlich sein, als so verhindert werden kann, dass das Kind die Scheidung zweimal durchleben muss, nämlich zuerst durch das Auseinanderleben und endgültiges Auseinandergehen der Eltern und nachher durch die Trennung von einem Elternteil. So wird denn auch die gesetzliche Ordnung der Scheidungsfolgen für das Kind von Fachpersonen (Kinderärztinnen und -ärzten, Kinderpsychologinnen und -psychologen, Sozialpädagoginnen und -pädagogen, Sozialpsychologen und -psychologinnen, Sozialarbeiterinnen und -arbeiter) nicht als Konfliktregelung, sondern als Leitbild für das naheheilige Verhältnis der Eltern verstanden. Unter diesem Blickwinkel bedeutet die alleinige elterliche Sorge des Inhabers der Obhut den zwingenden Ausschluss des anderen Elternteils von der elterlichen Verantwortung und wird entsprechend negativ gewertet. Deshalb sollen die Eltern - wenn immer möglich - auch nach der Scheidung gemeinsam die volle Verantwortung für das Kind übernehmen können, sofern sie dies wollen und dazu auch in der Lage sind. Die gemeinsame Sorge kann ein Höchstmass an möglicher Beziehungs- und Erziehungskontinuität trotz Scheidung bewirken.
 - Scheidungen sind im Laufe der Zeit nicht nur häufiger geworden, sondern auch ihr Grund hat sich weitgehend geändert. In der Grosszahl der Fälle sind heute beide Ehegatten mit der Scheidung einverstanden (vgl. Ziff. 231.21). Hier ist die sog. Kampfscheidung mit einem Sieger und einem Besiegten weitgehend von einem gewissenmassen friedlichen Auseinandergehen abgelöst worden. Es ist deshalb nicht richtig, dass das Schicksal der Kinder durch Konfliktregeln bestimmt wird, welche einvernehmliche Regelungen für die Kinder rechtlich ausschliessen, zumal die Kinder mehrheitlich nicht das Streitthema sein dürfen⁴⁰⁸. Wenn immer möglich sollten Lösungen getroffen werden, welchen beide Eltern zustimmen. Zudem kann damit auch dem wichtigen Anliegen Rechnung getragen werden, dass sich der Staat aus der Gestal-
- 406 Vgl. J. Gernhuber/D. Coester-Waltjen, a.a.O., S. 1031 ff., 1037 ff.; M. Hinz, Münchener Komm. zu § 1671 BGB, N. 65 ff., 76; L. Michalski, Gemeinsames Sorgerecht geschiedener Eltern, FamRZ 1992, S. 128 ff., insbes. S. 137; R. Balloff/E. Walter, Gemeinsame elterliche Sorge als Regelfall? Einige theoretische und empirische Grundannahmen, FamRZ 1990, S. 445 ff.; H. Luthin, a.a.O., insbes. S. 49 ff.; G. Zenz, a.a.O., S. M15 ff., insbes. S. M20; D. Reuter, Elterliche Sorge und Verfassungsrecht, Archiv f. civilist. Praxis, 1992, S. 109 ff., alle mit umfassenden Hinweisen auf juristische und sozialpsychologische Literatur.
- 407 Scheidung in der Schweiz. Eine wissenschaftliche Dokumentation. Hrsg. von J. Duss-von Werdt und A. Fuchs, Bern 1980, insbes. S. 431 f. Vgl. nun auch den Entwurf des Bundesministeriums für Justiz für ein Gesetz zur Reform des Kindschaftsrechts (Stand: 24. Juli 1995), S. 204 ff.
- 408 Nach der Untersuchung von R. Balloff/E. Walter, FamRZ 1990, S. 450, sind in Deutschland im Zeitpunkt der Trennung nur bei rund einem Drittel aller Scheidungen die Kinder ein Streitthema. Für die Schweiz fehlen ähnliche Untersuchungen, doch dürften die Verhältnisse ähnlich sein.

tung privatrechtlicher Verhältnisse soweit als möglich zurückziehen und die Autonomie der Beteiligten in der Gestaltung ihrer Lebensverhältnisse achten soll (vgl. Ziff. 144.3).

- Einvernehmliche Absprachen erweisen sich in der Praxis auch als tragfähiger als autoritativ festgeschriebene Anordnungen. Die gegen das gemeinsame Sorgerecht angeführte Befürchtung, dass die gemeinsame elterliche Sorge wenig bestandeskräftig sei, ist aufgrund ausländischer Erfahrungen nicht begründet. Vielmehr geht z.B. aus einer deutschen Rechtsatsachenstudie⁴⁰⁹ hervor, dass die Abänderungsquote für Berlin (Totalerhebung für den Zeitraum 1983-1985) lediglich 3 Prozent (von insgesamt 221 Fällen) betrug. 86 Prozent der befragten Richterinnen und Richter erklärten, selten oder nie einen Entscheid zugunsten der gemeinsamen elterlichen Sorge wieder aufgehoben zu haben. Auch nach den deutschen Jugendamtsberichten erscheint die gemeinsame elterliche Sorge als eine relativ unproblematische Lösung.
- Die gemeinsame elterliche Sorge trägt auch dem Umstand Rechnung, dass heutzutage vermehrt beide Eltern in gleicher Weise zur Übernahme der elterlichen Sorge und der Obhut fähig sind und die ausschliessliche Zuweisung an den einen oder anderen Elternteil als ungerecht, weil zufällig, erscheinen muss. Unter diesen Umständen ist es nicht richtig, wenn bei einer Scheidung zwangsläufig der Vater oder die Mutter die elterliche Sorge verliert. Diesem unbefriedigenden Zustand vermag die gemeinsame elterliche Sorge Abhilfe zu verschaffen.

Indessen bleibt es nach Auffassung des Bundesrates wichtig, dass bezüglich der gesetzlichen Voraussetzungen der gemeinsamen elterlichen Sorge auf die schweizerischen Verhältnisse Rücksicht genommen und keiner falschen Idealisierung der Kooperationsfähigkeit geschiedener Eltern Vorschub geleistet wird⁴¹⁰. Der Entwurf sieht deshalb das gemeinsame Sorgerecht nicht als Regel vor⁴¹¹, wie dies z.B. in nordischen Ländern der Fall ist, wo die Scheidung der Eltern grundsätzlich keine Auswirkungen auf die Rechtsbeziehung zwischen Eltern und Kinder hat (vgl. auch Ziff. 146.4)⁴¹². Vielmehr stellt der Entwurf bestimmte Anforderungen an die Eltern, sieht aber gleichzeitig eine Verbesserung der Informations- und Auskunftsrechte desjenigen Elternteils vor, dem bei der Scheidung das Sorgerecht entzogen wird (vgl. Art. 275a).

Nach Artikel 133 Absatz 3 müssen drei Voraussetzungen erfüllt sein, damit das Gericht den Eltern das Sorgerecht gemeinsam belassen kann. Erforderlich ist *erstens* ein entsprechender gemeinsamer Antrag der Eltern. Es würde dem Sinn und Zweck der gemeinsamen elterli-

409 J. Limbach, a.a.O., insbes. S. 10.

410 Dazu grundlegend G. Zenz, a.a.O., S. M15 ff., insbes. S. M19 f. und M31.

411 Vgl. dazu A. Ruggiero, a.a.O., S. 193 f.; H. Hinderling/D. Steck, a.a.O., S. 421 mit Hinweisen in Anm. 49. Auch in Deutschland ist das gemeinsame Sorgerecht statistisch bislang die Ausnahme und nicht die Regel. Vgl. die Angaben vorne bei Anm. 181; siehe weiter M. Hinz, Münchener Komm. zu § 1671 BGB, N. 64 mit Hinweisen in Anm. 274; H. Oelkers/H. Karsten, Zehn Jahre gemeinsame Sorge nach der Scheidung, FamRZ 1993, S. 18 ff., insbes. S. 21; G. Beitzke/A. Lüderitz, a.a.O., S. 325; L. Michalski, FamRZ 1992, S. 137.

412 So hat nach dem finnländischen Marriage Act (Section 32, 16. April 1987/ 411) die Scheidung grundsätzlich keine Auswirkungen, und ohne entgegenstehenden Antrag dauert das gemeinsame Sorgerecht über die Scheidung hinaus weiter. Auch das norwegische Recht behandelt verheiratete und geschiedene Eltern bezüglich des Sorgerechts gleich (Act no. 7 of 8 April 1981 on Children and Parents, The Children's Act, Section 34: "Parental responsibility if the parents are or have been married"). Der deutsche Entwurf des Bundesministeriums für Justiz geht in die gleiche Richtung. In England kann die "responsibility" nicht entzogen werden.

chen Sorge widersprechen, wenn sie gegen den Willen der Mutter oder des Vaters vom Gericht angeordnet werden könnte. Empirische amerikanische Untersuchungen haben gezeigt, dass dies der Entwicklung der Kinder abträglich ist⁴¹³. Auch nach verschiedenen ausländischen Rechtsordnungen ist der gemeinsame Antrag der Eltern eine unabdingbare Voraussetzung⁴¹⁴. *Zweitens* muss die elterliche Sorge mit dem Kindeswohl vereinbar sein. Erforderlich ist, dass beide Eltern voll erziehungsfähig sind, d.h. beide die Voraussetzungen für die alleinige Zuweisung des Sorgerechts erfüllen. Grundlegend ist weiter, dass die Eltern nicht nur kooperationswillig sind, was sich durch den gemeinsamen Antrag manifestiert, sondern dass sie trotz der Scheidung auch zur Kooperation fähig sind⁴¹⁵. Ihre Persönlichkeit, ihre gegenwärtigen Beziehungen sowie ihre gemeinsamen Zukunftspläne für das Kind müssen darauf schliessen lassen, dass das beantragte gemeinsame Sorgerecht mit dem Kindeswohl vereinbar ist. Die Prognose wird erleichtert, wenn die Eltern bereits während der Trennungszeit vor der Scheidung in einem gewissen Umfang das Kind gemeinsam betreut haben. Schliesslich müssen die Eltern *drittens* dem Gericht eine Vereinbarung zur Genehmigung vorlegen, woraus ersichtlich ist, wie sich die Eltern über ihre Anteile an der künftigen Betreuung des Kindes und über die Verteilung der Unterhaltskosten verständigt haben. Diese Voraussetzung bringt zum Ausdruck, dass grundsätzlich beide Eltern nach der Scheidung an der Betreuung des Kindes beteiligt sein müssen, so dass sie auch den Alltag des Kindes kennen. Der zeitliche Einsatz der Eltern soll in den Grundzügen in der Vereinbarung festgelegt werden, so dass späteren Schwierigkeiten und Streitigkeiten über diese Punkte und allfälligen Abänderungsprozessen, welche das Kindeswohl gefährden könnten, vorgebeugt wird⁴¹⁶. Aus den Voraussetzungen für die gemeinsame elterliche Sorge geht im übrigen hervor, dass diese bei einer Streitscheidung (Art. 113-116) in der Regel nicht in Frage kommt. Nicht ausdrücklich geregelt ist die sog. alternierende Obhut, bei der das Kind während bestimmter Tage abwechselungsweise bei der Mutter und beim Vater wohnt. Die Zulässigkeit solcher Abmachungen ist unter dem Aspekt des Kindeswohls zu beurteilen und hängt damit wesentlich von den Umständen des Einzelfalls ab (Alter des Kindes, örtliche Distanz der elterlichen Wohnungen etc.).

Keine Voraussetzung für die gemeinsame elterliche Sorge ist eine Regelung über den persönlichen Verkehr, welche Sache der Eltern ist. Im gegenseitigen Einvernehmen dürfen die Eltern ferner von der Vereinbarung abweichen, womit sie flexibel auf allfällige Veränderungen der Umstände reagieren können; bei späterer Uneinigkeit gilt aber die Vereinbarung.

233.63 Abänderung der Elternrechte und -pflichten unter Einschluss von Kinderschutzmassnahmen (Art. 134 und 315b)

Unter geltendem Recht können die vom Scheidungsgericht getroffenen Anordnungen für die Kinder (Zuteilung der elterlichen Sorge, persönlicher Verkehr, Unterhaltsbeiträge für die

413 Johnston et. al., *Journal of abnormal child psychology*, 1987, S. 493 ff., 509 (zitiert nach R. Balloff/ E. Walter, *FamRZ* 1990, S. 450 Anm. 45); J. Wallerstein/ S. Blakeslee, a.a.O., S. 306; vgl. auch G. Zenz, a.a.O., S. M31.

414 In Frankreich und in gewissen amerikanischen Gliedstaaten kann die gemeinsame elterliche Sorge auch gegen den Willen eines Elternteils angeordnet werden, vgl. I. Schwenzler, *Gutachten*, S. A70 f., A78 mit Hinweisen auf die französische Gerichtspraxis.

415 Vgl. J. Wallerstein/ S. Blakeslee, a.a.O., S. 306 f.; R. Balloff/ E. Walter, *FamRZ* 1990, S. 450, 454.

416 Vgl. auch H.-U. Maurer, *Gemeinsames Sorgerecht nach Scheidung und Streit über den Kindesunterhalt*, *FamRZ* 1993, S. 263 ff., insbes. 265.

Kinder, gegebenenfalls Kindesschutzmassnahmen) grundsätzlich *nur gerichtlich* abgeändert werden (Art. 157 ZGB). Drei Vorbehalte sind dabei anzubringen: Einmal kann neben dem Abänderungsgericht auch die Vormundschaftsbehörde nach dem Tod des Elternteils, dem die Kinder zugewiesen wurden, die elterliche Sorge dem anderen Elternteil übertragen⁴¹⁷. Ferner sind die vormundschaftlichen Behörden befugt, Kindesschutzmassnahmen abzuändern, sofern dadurch die Stellung des anderen Elternteils nicht unmittelbar berührt wird (Art. 315a Abs. 3 ZGB). Schliesslich genügt die Genehmigung der Vormundschaftsbehörde, wenn im Scheidungsurteil festgelegte Kindesalimente nachträglich vertraglich abgeändert werden (Art. 287 Abs. 1 ZGB)⁴¹⁸.

Diese Regelung ist von Fachleuten kritisiert worden⁴¹⁹. Der gerichtliche Abänderungsprozess ist schwerfällig und aufwendig, oft auch psychisch belastend. Es will in der Tat nicht einleuchten, warum in den Fällen, in welchen die Eltern sich über eine Abänderung der Zuteilung der elterlichen Sorge geeinigt haben, ein Gerichtsverfahren eingeleitet werden muss. Im übrigen ist es widersprüchlich, wenn die vormundschaftlichen Behörden nach der Scheidung zwar einschreiten müssen, wenn der Inhaber der elterlichen Sorge das Scheidungskind misshandelt oder vernachlässigt, nicht aber, wenn die Eltern in Verletzung der Anordnungen über das Besuchsrecht das Kindeswohl gefährden. Ohnehin ist das Gericht in diesem Bereich auf die Mitwirkung der vormundschaftlichen Behörden angewiesen, die oft beim Vollzug des Besuchsrechts mitwirken und die Verhältnisse des Kindes besser kennen als das Gericht, das sich nach dem Abschluss des Scheidungsprozesses nicht mehr mit der Angelegenheit befasst. Der Entwurf sieht deshalb folgende Neuregelung vor:

- Wie bisher soll das Gericht über streitige Abänderungen der Zuteilung der elterlichen Sorge und der Alimente befinden.
- Ebenso soll das Gericht wie bis anhin die Änderung des persönlichen Verkehrs verfügen, wenn es ohnehin über eine Änderung der Zuteilung der Kinder oder des Unterhaltsbeitrags zu entscheiden hat.
- Dagegen soll inskünftig die Vormundschaftsbehörde zuständig sein, in nichtstreitigen Fällen die elterliche Sorge von einem Elternteil auf den anderen zu übertragen und das Besuchsrecht in streitigen Fällen, in denen nicht gleichzeitig über die streitige Umteilung der elterlichen Sorge oder über eine streitige Änderung des Unterhaltsbeitrags zu entscheiden ist, neu zu ordnen.

Diese Lösung ist an der Vormundschaftsdirektorenkonferenz 1989 eingehend diskutiert worden und hat mehrheitlich die Zustimmung der Praktiker gefunden. Auch im Vernehmlassungsverfahren hat nur eine Minderheit Kritik geübt. Diese Kritik betraf namentlich die grundsätzliche Zuständigkeit der Vormundschaftsbehörde, den persönlichen Verkehr festzulegen. Vor allem wurde eingewendet, dass die Vormundschaftsbehörden in den einzelnen Kantonen sehr unterschiedlich organisiert seien, und es auch an den fachlichen Vorausset-

417 BGE 108 II 375 ff., 378 ff. E. 2b und 2c.

418 BGE 113 II 116 E. 4; C. Hegnauer/P. Breitschmid, a.a.O., Rz. 11.43, S. 107 und Rz. 12.43, S. 118; C. Hegnauer, Grundriss des Kindesrechts, Rz. 21.28, S. 152; M. Stettler, SPR III/ 2, S. 356; R. Reusser, Die Geltendmachung des Unterhaltsanspruches des Scheidungskindes - eine unorthodoxe Meinung, in: Festschrift für C. Hegnauer, Bern 1986, S. 411.

419 Dazu C. Hegnauer, Die Befugnisse des Richters und der vormundschaftlichen Behörden bei und nach der Scheidung von Eltern mit Kindern. Sollen die Art. 156, 157 und 315a ZGB revidiert werden?, ZVW 1989, S. 121 ff., insbes. S. 126 ff.; M. Stettler, Les compétences du juge et des autorités de tutelle durant et après la procédure matrimoniale impliquant des enfants. Les articles 156, 157 et 315a CC doivent-ils être révisés?, ZVW 1989, S. 129 ff., insbes. S. 133 f.; vgl. die weiteren Nachweise bei C. Hegnauer, Berner Komm. zu Art. 275 ZGB N. 60.

zungen mangle. Zudem würden die bei einem Gericht vorhandenen Verfahrensgarantien fehlen. Diese Einwände sind durch den Entscheid des Bundesgerichts vom 17. Dezember 1992⁴²⁰ weitgehend gegenstandslos geworden. Nach diesem Entscheid sind die Kantone im Hinblick auf Artikel 6 Absatz 1 EMRK verpflichtet, die Zuständigkeiten im Vormundchaftsbereich so zu regeln, dass Anordnungen über den persönlichen Verkehr im kantonalen Rechtsmittelverfahren letztinstanzlich durch ein Gericht mit freier Prüfungsbefugnis der Tat- und Rechtsfragen beurteilt werden können⁴²¹.

Artikel 134 regelt die Abänderung des Scheidungsurteils in bezug auf die Kinderbelange wegen wesentlicher Veränderung der Verhältnisse durch das *Gericht*, während Artikel 315b die *Zuständigkeit der vormundschaftlichen Behörden* zur Abänderung gerichtlicher Anordnungen über die Kinderzuteilung und den Kinderschutz festlegt. Die beiden Bestimmungen stehen in einem engen Zusammenhang und müssen jeweils zusammen gelesen werden.

Artikel 134 Absatz 1 legt die Voraussetzungen und die Zuständigkeit für die *Neuregelung der elterlichen Sorge in streitigen Fällen* fest. Zuständig ist das Gericht. Klageberechtigt sind jeder Elternteil, das Kind sowie die Vormundschaftsbehörde. Neu ist das Antragsrecht des Kindes, wobei es nach den allgemeinen Grundsätzen urteilsfähig sein muss (Art. 16 ZGB). Wenn ein Elternteil der Situation des Kindes gleichgültig gegenübersteht und eine nötige Änderung nicht veranlasst, so muss das Kind als hauptsächlich betroffene Person in die Lage versetzt werden, diese selber zu beantragen (vgl. Art. 19 Abs. 2 ZGB). Ein entsprechendes Antragsrecht des Kindes besteht bereits bei der Aufhebung der elterlichen Obhut (vgl. Art. 310 Abs. 2 ZGB). Zudem entspricht das eigene Antragsrecht des Kindes Artikel 6 Absatz 1 EMRK und Artikel 9 Absatz 2 sowie Artikel 12 der UN-Kinderkonvention.

Voraussetzung für eine Umteilung der elterlichen Sorge ist, dass eine Neuregelung wegen wesentlicher Veränderung der Verhältnisse zum Wohle des Kindes geboten ist. Dies ist z.B. der Fall, wenn der betreffende Elternteil aus gesundheitlichen Gründen nicht mehr in der Lage ist, die elterliche Sorge weiterhin wahrzunehmen; denkbar sind aber auch äussere Umstände, welche zu einer wesentlichen Veränderung der Verhältnisse führen (z.B. Wegzug oder Wiederverheiratung des Elternteils mit elterlicher Sorge) und eine Umteilung der elterlichen Sorge im Interesse des Kindes erforderlich machen; massgebend sind die Umstände des Einzelfalls. Dies gilt auch für die streitige Aufhebung der gemeinsamen elterlichen Sorge. Hier ist allerdings nicht jede Uneinigkeit der Eltern bezüglich Kinderfragen eine wesentliche Veränderung der Verhältnisse im Sinne von Artikel 134 Absatz 1. Die gemeinsame elterliche Sorge kann nicht einfach "gekündigt" werden. Es gelten auf der anderen Seite jedoch nicht so strenge Voraussetzungen wie beim Entzug der elterlichen Sorge (Art. 311 Abs. 1 ZGB). Hinreichend ist vielmehr, dass die wesentlichen Grundlagen für eine gemeinsame Elternverantwortung nicht mehr vorhanden sind, so dass das Kindeswohl eine Zuweisung des Sorgerechts an einen Elternteil erfordert.

Für *nicht streitige Umteilungen der elterlichen Sorge* (Umteilung der elterlichen Sorge von einem auf den anderen Elternteil, Zuteilung der elterlichen Sorge von einem auf beide Eltern, nichtstreitige Aufhebung der gemeinsamen elterlichen Sorge) ist nicht das Gericht, sondern die Vormundschaftsbehörde zuständig (Art. 134 Abs. 1 und 315b Abs. 2).

420 BGE 118 Ia 473 ff.

421 Vgl. BGE 118 Ia 478 ff.

Für die *Abänderung des persönlichen Verkehrs* soll - im Gegensatz zum geltenden Recht (Art. 157 ZGB) - grundsätzlich die Vormundschaftsbehörde zuständig sein (Art. 134 Abs. 3 und 275 Abs. 1), weil das betreffende Verfahren flexibler und einfacher ist. Zudem steht die Abänderung des persönlichen Verkehrs oft in einem engen Zusammenhang mit von der Vormundschaftsbehörde erlassenen Kinderschutzmassnahmen. Dagegen ist das Gericht nach Abschluss des Prozesses in der Regel nicht mehr mit der Sache befasst.

Artikel 134 Absatz 3 sieht von der grundsätzlichen Zuständigkeit der Vormundschaftsbehörde aus Gründen der Zweckmässigkeit und der Prozessökonomie zwei Ausnahmen vor. Es wäre nicht sehr sinnvoll, wenn bei einer streitigen Umteilung der elterlichen Sorge von einem auf den anderen Elternteil oder bei einer Neufestsetzung des Unterhaltsbeitrages für eine gleichzeitige Änderung des persönlichen Verkehrs ein zweites Verfahren bei der Vormundschaftsbehörde in Gang gesetzt werden müsste, nachdem sich das Gericht bereits mit dem betreffenden Fall auseinandergesetzt hat. Deshalb ist das Gericht bei Streitigkeiten über die Änderung der elterlichen Sorge oder des Unterhaltsbeitrags auch für die Neuregelung des persönlichen Verkehrs zuständig (vgl. auch Art. 275 Abs. 2).

Die Abänderung von Kinderschutzmassnahmen, welche durch das Gericht während des Scheidungsprozesses, im Verfahren auf Abänderung des Scheidungsurteils und im Rahmen von Eheschutzmassnahmen angeordnet worden sind, richtet sich nach Artikel 315b Absatz 1.

234 Das Scheidungsverfahren

234.1 Vorbemerkungen

Scheidungsprozesse unterscheiden sich erheblich von anderen Zivilprozessen, namentlich von reinen Forderungsprozessen: Die Scheidung ändert die persönlichen Lebensverhältnisse aller Beteiligten (Ehegatten, Kinder) grundlegend und führt zu einer rechtlichen Umgestaltung der Familie. Das Gericht muss Entscheidungen treffen, die oft weitreichende Folgen während vieler Jahre haben. Dies trifft insbesondere für die Zuteilung der elterlichen Sorge und den nahehelichen Unterhalt zu. Das materielle Scheidungsrecht muss für sachgerechte Entscheidungen besorgt sein. Zusätzlich ist aber auch sicherzustellen, dass durch entsprechende Verfahrensvorschriften den Bestimmungen des materiellen Rechts zum Durchbruch verholfen wird. Schon das geltende Scheidungsrecht enthält deshalb eine stattliche Anzahl von Verfahrensbestimmungen (Art. 144, 145, 158 Ziff. 1-5 ZGB), um "eine möglichst gleichmässige und gerechte Durchführung des materiellen Scheidungsrechts" zu gewährleisten⁴²². Neu kommt hinzu, dass die Scheidung auf gemeinsames Begehren (Art. 111 f.) sehr stark vom Verfahren geprägt ist. Im besonderen bilden die spezifischen Bestimmungen über die persönliche Anhörung und die Bedenkzeit mit den übrigen Vorschriften eine untrennbare Einheit (vgl. auch Art. 150 Abs. 1). Aufgabe des Bundesrechts ist es, mit gewissen prozessualen Bestimmungen dafür zu sorgen, dass die Anliegen, die der Gesetzgeber mit der Scheidung auf gemeinsames Begehren verbindet, nicht durch die kantonalen Prozessrechte unterlaufen werden können. Unabhängig von der Ausgestaltung der kantonalen Prozessordnung ist auch sicherzustellen, dass den Kindesinteressen im Verfahren möglichst gut Rechnung getragen wird. Dieses Konzept ist im Vernehmlassungsverfahren mehrheitlich

⁴²² So seinerzeit die Expertenkommission, zitiert bei W. Bühler/ K. Spühler, Berner Komm. zu Art. 158 ZGB N. 15.

gutgeheissen worden, auch wenn sich eine gewisse Zahl von kritischen Stimmen erhoben hat. Zum Teil wurde sogar die Forderung nach einer weitergehenden bundesrechtlichen Vereinheitlichung des Zivilprozessrechts laut. Solche Forderungen sind aber in anderem Zusammenhang zu prüfen.

234.2 Zuständigkeit (Art. 135)

Artikel 135 Absatz 1 regelt - wie schon Artikel 144 ZGB - die örtliche Zuständigkeit, beantwortet also die Frage, wo die betreffende Partei um Rechtsschutz nachsuchen muss; entscheidend sind die Verhältnisse im Zeitpunkt der Rechtshängigkeit (vgl. Art. 136). Im Gegensatz zum bisherigen Recht ist keine ausschliessliche Zuständigkeit mehr am Wohnsitz des klagenden Ehegatten, sondern wahlweise der Gerichtsstand am Wohnsitz eines Ehegatten vorgesehen (Art. 23-26 ZGB)⁴²³. Damit soll eine Übereinstimmung mit anderen Zuständigkeitsbestimmungen des Eherechts, namentlich im Eheschutz (vgl. Art. 180 Abs. 1 ZGB), aber auch mit anderen bundesrechtlichen Gerichtsstandsbestimmungen des Familienrechts (Art. 253, 279 Abs. 2 ZGB) bewirkt werden. Das sachlich zuständige Gericht bestimmt das kantonale Recht.

Die Gerichtsstandsvorschrift gilt sowohl für das gemeinsame Scheidungsbegehren (Art. 111 ff.) als auch für die Scheidungsklage (Art. 114 ff.), ferner für das gemeinsame Trennungsbegehren und die Klage auf Trennung (vgl. Art. 117 Abs. 2), für die Abänderung des Scheidungsurteils (Art. 129, 134) sowie für die Klage auf Weiterbestehen der Rente trotz Wiederverheiratung (Art. 130). Zur Abänderung des Scheidungsurteils gehören auch das nachträgliche Begehren um Anweisung an die Schuldner und das Begehren um Sicherstellung (Art. 132). Schliesslich gilt die Zuständigkeitsbestimmung für die Abänderung des Scheidungsurteils hinsichtlich der Kinderbelange; vorbehalten bleibt die Zuständigkeit nach Absatz 2.

Zum Teil ist im Vernehmlassungsverfahren kritisiert worden, dass der Rentenschuldner an seinem Wohnsitz eine Abänderung verlangen kann, so dass die Gegenpartei unter Umständen gezwungen ist, für den Prozess von weit herreisen zu müssen. Ein alternativer Gerichtsstand am Wohnsitz des Klägers oder Beklagten ist jedoch bereits für Unterhaltsansprüche des Kindes (Art. 279 Abs. 2 ZGB) vorgesehen und gilt auch in anderen familienrechtlichen Prozessen (vgl. Art. 180 Abs. 1, 253 ZGB) und für Klagen zum Schutz der Persönlichkeit (Art. 28b ZGB). Auch internationalrechtlich bestehen allgemein für familienrechtliche Unterhaltsklagen entsprechende Gerichtsstandsvorschriften⁴²⁴. Es ist nicht einzusehen, warum der Abänderungskläger innerschweizerisch schlechter gestellt werden sollte. Ein alternativer Gerichtsstand im Sinne von Artikel 135 Absatz 1 trägt zur Harmonisierung des Gerichtsstandsrechts bei.

Nicht ausdrücklich geregelt ist die örtliche Zuständigkeit, wenn die Ehegatten an verschiedenen Wohnsitzen eine Scheidungsklage einreichen. Nach der langjährigen Praxis des Bun-

423 Vgl. auch BGE 115 II 120 ff.

424 Art. 5 Ziff. 2 des Übereinkommens vom 16. September 1988 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (Lugano-Übereinkommen, SR 0.275.11), vgl. BB1 1990 II 295; Art. 46, 63 und 79 IPRG; siehe weiter Art. 7 des Haager Übereinkommens vom 2. Oktober 1973 über die Anerkennung und Vollstreckung von Unterhaltsentscheidungen (SR 0.211. 213.02).

desgerichts besteht am Ort des zuerst klagenden Ehegatten ein bundesrechtlicher Gerichtsstand des sog. Sachzusammenhangs auch für die Klage des andern Ehegatten, die dann als Widerklage zu behandeln ist⁴²⁵. Dies gilt entsprechend für Trennungsklagen. Bei der Scheidung oder Trennung auf gemeinsames Begehren stellt sich das Problem nicht, da die Ehegatten bei einem Gericht das gemeinsame Rechtsbegehren einreichen.

Absatz 2 bezieht sich auf den Fall, in welchem das Scheidungsurteil Unterhaltsbeiträge für das Kind über dessen Mündigkeit hinaus festlegt (Art. 133 Abs. 1). Die Bestimmung stellt klar, dass das inzwischen mündig gewordene Kind oder der unterhaltsverpflichtete Elternteil in einem solchen Fall eine Neufestsetzung der Unterhaltsbeiträge in einem selbständigen Unterhaltsverfahren gemäss den Bestimmungen des Kindesrechts (Art. 276 ff. ZGB) und nicht in einem Verfahren auf Abänderung des Scheidungsurteils verlangen muss. Örtlich zuständig ist damit das Gericht am Wohnsitz des Kindes oder des beklagten Elternteils (Art. 279 Abs. 2 ZGB). Sachlich zuständig ist das Gericht, dem nach jeweiligem kantonalem Gerichtsorganisationsrecht die Beurteilung von Kinderunterhaltsklagen zusteht. Die besonderen Vorschriften des Kindesrechts über das rasche und einfache Verfahren, die Erforschung des Sachverhalts von Amtes wegen und die freie Beweiswürdigung (Art. 280 Abs. 1 und 2 ZGB) finden ebenfalls Anwendung.

234.3 Rechtshängigkeit (Art. 136)

Die Bestimmung regelt den Zeitpunkt der Rechtshängigkeit gemeinsamer Scheidungsbegehren (Abs. 1) und Scheidungsklagen (Abs. 2). Die Rechtshängigkeit hat wichtige prozessrechtliche Wirkungen, nämlich die Fixierung des Gerichtsstandes, den Ausschluss weiterer gleichgerichteter Prozesse sowie das grundsätzliche Verbot der Klageänderung. Schliesslich folgt aus der Rechtshängigkeit auch die sog. Bindung der Parteien an den Prozess, welche dazu führt, dass grundsätzlich nicht ohne Rechtsnachteil durch Rückzug der Klage Abstand vom Verfahren genommen werden kann. Im Scheidungsprozess kommt der Rechtshängigkeit eine spezielle Bedeutung zu, weil die Zuständigkeit für vorsorgliche Massnahmen vom für Eheschutzmassnahmen zuständigen Gericht auf das Scheidungsgericht übergeht. Nach Eintritt der Rechtshängigkeit kann jeder Ehegatte für die Dauer des Verfahrens den gemeinsamen Haushalt aufheben (Art. 137 Abs. 1). Weiter wird die Auflösung des Güterstandes auf den Zeitpunkt des Eintritts der Rechtshängigkeit zurückbezogen (Art. 204 Abs. 2, 236 Abs. 2 ZGB)⁴²⁶. Das geltende Scheidungsrecht regelt jedoch nicht, in welchem Zeitpunkt eine Scheidungsklage rechtshängig wird. Die Vorschriften in den einzelnen Prozessgesetzen sind zum Teil recht unterschiedlich. Haben die Ehegatten nicht den gleichen Wohnsitz und reicht jeder Ehegatte eine Klage ein, so kann heute Streit darüber entstehen, welche Klage zuerst rechtshängig geworden ist⁴²⁷. Infolge der Konnexität der beiden Klagen dürfen diese aber nicht von verschiedenen Gerichten beurteilt werden (vgl. Ziff. 234.2). Zudem kann die unterschiedliche Ausgestaltung der Rechtshängigkeit in den Kantonen zu Ungerechtigkeiten führen. Ist die Klage in einem Kanton einzuleiten, der die Rechtshängigkeit sehr spät ansetzt, kann die Gegenpartei, sofern sich deren Wohnsitz in einem anderen Kanton befindet und dieser die Rechtshängigkeit früh eintreten lässt, dort zu ihren Gunsten rascher Rechtshängigkeit ihrer Klage herbeiführen, selbst wenn in Wirklichkeit mit der Einleitung

425 BGE 80 II 97 ff., 99 f.; 72 II 323 E. 2; 64 II 182 ff. Vgl. auch Art. 180 Abs. 2 ZGB.

426 Vgl. H. Hausheer/R. Reusser/Th. Geiser, Berner Komm. zu Art. 204 ZGB N. 25.

427 Vgl. auch BGE 119 Ia 251 ff., 253 f. E. 3.

des Verfahrens später begonnen worden ist. Derartige Zufälligkeiten in bezug auf den Gerichtsstand sollen inskünftig ausgeschlossen werden.

Nach Absatz 1 wird das gemeinsame Scheidungsbegehren im Zeitpunkt der Einreichung beim Gericht rechtshängig. Ein Sühneverfahren ist von Bundesrechts wegen ausgeschlossen, da das Scheidungsgericht im Rahmen der Anhörungen gemäss Artikel 111 und 112 Absatz 2 die entsprechenden Aufgaben übernehmen soll.

Für Scheidungs- und Abänderungsklagen sieht Absatz 2 als massgeblichen Zeitpunkt die Anhebung der Klage vor. Damit wird für die zeitliche Fixierung der Rechtshängigkeit auf einen bekannten Begriff des Bundeszivilrechts abgestellt⁴²⁸. Nach der Praxis des Bundesgerichts ist die Klageanhebung diejenige prozesseinleitende oder vorbereitende Handlung der klagenden Partei, mit der sie zum ersten Mal in bestimmter Form für den von ihr erhobenen Anspruch den Schutz des Gerichts anruft⁴²⁹. Sieht das kantonale Recht kein Sühneverfahren vor, so fällt die Klageanhebung mit der Einreichung der Klage zusammen. Verlangt das kantonale Recht obligatorisch die Anrufung einer Sühnestelle, so reicht dies für die Klageanhebung aus, sofern die betreffende Stelle nach kantonalem Recht von Amtes wegen die Streitsache mangels Aussöhnung an das Gericht weiterzuleiten hat oder die klagende Partei innert einer bestimmten gesetzlichen Frist beim ordentlichen Gericht im Sinne einer Prosequierung klagen muss, um prozessuale Rechtsnachteile zu vermeiden⁴³⁰. Erfüllt ein Sühneverfahren diese Voraussetzungen nicht, so ist die Klage noch nicht angehoben und besteht demzufolge noch keine Rechtshängigkeit im Sinne von Artikel 136 Absatz 2. Eine entsprechende Regel sieht bereits Artikel 9 Absatz 2 IPRG vor, wo allerdings nicht genügend klar zum Ausdruck kommt, dass nicht jedes Sühneverfahren die Rechtshängigkeit begründet⁴³¹. Im übrigen wird davon abgesehen, wie bei der Scheidung auf gemeinsames Begehren auch für die Scheidungsklage das Sühneverfahren auszuschliessen, wie dies vereinzelt im Vernehmlassungsverfahren verlangt worden ist. Hier kann die Vornahme eines Sühneverfahrens durchaus sinnvoll sein.

234.4 Vorsorgliche Massnahmen während des Scheidungsverfahrens (Art. 137)

Gemäss Artikel 137 Absatz 1 kann jeder Ehegatte nach Eintritt der Rechtshängigkeit der Scheidungsklage oder des gemeinsamen Begehrens auf Scheidung (vgl. Art. 136) für die

428 Der Zeitpunkt der Klageanhebung entscheidet darüber, ob eine bundesrechtliche Verjährungs- oder Verwirkungsfrist eingehalten worden ist, vgl. BGE 110 II 389 E. 2b; 74 II 15 E. 1.

429 BGE 118 II 487 E. 3; 114 II 336 E. 3; 110 II 389 E. 2a; vgl. A. Staehelin/Th. Sutter, Zivilprozessrecht, Zürich 1992, Rz. 43, S. 226; O. Vogel, Grundriss des Zivilprozessrechts, 3. Aufl., Bern 1992, Rz. 24, S. 275.

430 Nach neuer bundesgerichtlicher Rechtsprechung kann die unterlassene Prosequierung des Sühneverfahrens höchstens zum Verlust des betreffenden Prozesses führen. Das kantonale Recht kann aber nicht die Verwirkung des zivilrechtlichen Anspruchs vorsehen, so dass ein späterer Prozess über die gleiche Sache ausgeschlossen wäre, vgl. BGE 118 II 479 ff., insbes. 483 ff. E. 2f.

431 Dies ergibt sich aus der Botschaft sowie den Materialien der Expertenkommission. Im Rahmen der parlamentarischen Beratungen hat sich weder der Stände- noch der Nationalrat zu Artikel 9 Absatz 2 IPRG geäußert, vgl. BBl 1983 I 305; Bundesgesetz über das internationale Privatrecht (IPR-Gesetz), Schlussbericht der Expertenkommission zum Gesetzesentwurf, Zürich 1979, S. 54; Bundesgesetz über das internationale Privatrecht (IPR-Gesetz); Gesetzesentwurf der Expertenkommission und Begleitbericht, S. 70; vgl. weiter O. Vogel, Rechtshängigkeit und materielle Rechtskraft im internationalen Verhältnis, SJZ 1990, S. 79; ders., Grundriss des Zivilprozessrechts, S. 193, Rz. 37a; a.M. P. Volken, IPRG-Kommentar, Zürich 1993, Art. 9 N. 20.

Dauer des Verfahrens den gemeinsamen Haushalt aufheben. Absatz 1 entspricht inhaltlich Artikel 145 Absatz 1 ZGB. Eine besondere Begründung ist im Gegensatz zu Artikel 175 ZGB, der die Aufhebung des gemeinsamen Haushalts als Eheschutzmassnahme vorsieht, nicht notwendig.

Absatz 2 entspricht weitgehend dem geltenden Artikel 145 Absatz 2 ZGB. Sobald das gemeinsame Scheidungsbegehren oder die Scheidungsklage rechtshängig ist, kann das Gericht auf Antrag einer Partei alle nötigen vorsorglichen Massnahmen, etwa in bezug auf die Familienwohnung, den Unterhalt der Familie, die güterrechtlichen Verhältnisse oder die Obhut der Kinder, anordnen. Die örtliche Zuständigkeit für die vorsorglichen Massnahmen richtet sich nach Artikel 135, die sachliche Zuständigkeit nach kantonalem Recht.

Vorsorgliche Massnahmen nach Artikel 145 ZGB sind an sich nur solange möglich, wie der Scheidungsprozess dauert. Das Bundesgericht hat aber entschieden, dass in Fällen, in welchen die Rechtskraft erst im Scheidungspunkt eingetreten ist, vorsorgliche Massnahmen nicht grundsätzlich und von vornherein ausgeschlossen werden dürfen. Ohne ein Weiterdauern der Unterhaltsverpflichtung gestützt auf die vorsorgliche Massnahme würde die bisher berechnete Person, in der Regel die geschiedene Ehefrau, in der Zwischenzeit nämlich allenfalls der wirtschaftlichen Not preisgegeben⁴³². Diesem Umstand trägt Absatz 2 Rechnung, indem das Scheidungsgericht zum Erlass vorsorglicher Massnahmen oder deren Abänderung zuständig bleibt, wenn das Verfahren über Scheidungsfolgen nach Auflösung der Ehe infolge Teilrechtskraft fort dauert⁴³³. Allerdings ist wie bis anhin erforderlich, dass die vorsorglichen Massnahmen nötig sind, z.B. dass die betreffende Partei für die Bestreitung ihres Lebensunterhaltes auf Unterhaltsbeiträge angewiesen ist⁴³⁴. Die Möglichkeit vorsorglicher Massnahmen entfällt erst dann, wenn der ganze Scheidungsprozess rechtskräftig abgeschlossen ist.

Welche vorsorglichen Massnahmen im einzelnen möglich sind, wird - wie bis anhin - nicht abschliessend geregelt. Die Bestimmungen über Massnahmen zum Schutz der ehelichen Gemeinschaft (Art. 176 ff. ZGB) werden aber als sinngemäss anwendbar erklärt. Dies gilt auch dann, wenn die Ehe bereits aufgelöst ist und die Parteien nur noch über die Folgen der Scheidung prozessieren. Damit wird insbesondere klargestellt, dass für die vorläufige Bemessung der Rente weiterhin Eherecht (Art. 163 ZGB) und nicht der nach Artikel 125 geschuldete Unterhalt im Sinne einer Prognose massgebend ist⁴³⁵. Die obere Schranke für Unterhaltsansprüche nach Absatz 2 ist damit grundsätzlich der Lebensstandard bis zur Aufhebung des gemeinsamen Haushalts⁴³⁶.

Die Bestimmung des Vorentwurfs, wonach vorsorgliche Massnahmen bei Verfahren über das Weiterdauern der Unterhaltsbeitragspflicht nach Wiederverheiratung (Art. 130 Abs. 3) von Bundesrechts wegen ausgeschlossen sind, wurde im Vernehmlassungsverfahren stark kritisiert. Im Entwurf wird auf eine entsprechende Bestimmung verzichtet. Ohnehin sind nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung und herrschender Lehre in Abänderungsprozessen vorsorgliche Massnahmen in analoger Anwendung von Artikel 145 ZGB nur in dringenden

432 BGE 120 II 2 f. E. 2b; 111 II 308 ff., 312 E. 3; K. Spühler/ S. Frei-Maurer, Berner Komm. zu Art. 145 ZGB N. 62, 64.

433 Vgl. BGE 120 II 1 ff., 3 E. 2b; SJZ 1994, S. 119 f., Nr. 15.

434 Vgl. BGE 118 II 227 E. 2bb; K. Spühler/ S. Frei-Maurer, Berner Komm. zu Art. 145 ZGB N. 53; O. Vogel, ZBlV 1987, S. 268 f.

435 Vgl. BGE 118 II 226 E. 2aa; K. Spühler/ S. Frei-Maurer, Berner Komm. zu Art. 145 ZGB N. 111.

436 Vgl. BGE 118 II 376 ff., 378.

Fällen und bei besonderen Umständen gerechtfertigt⁴³⁷. Gleiches gilt für das Verfahren nach Artikel 130 Absatz 2, wobei es sich dort allerdings nicht um einen eigentlichen Abänderungsprozess handelt.

234.5 Neue Anträge (Art. 138)

Artikel 138 enthält im Sinne eines bundesrechtlichen Minimalstandards eine Milderung der Eventualmaxime (Konzentrationsmaxime) für Klagen. Die Vorschrift ist im Vernehmlassungsverfahren mehrheitlich begrüsst worden.

Nach der Eventualmaxime müssen Rechtsbegehren so früh wie möglich, in einem schriftlichen Verfahren grundsätzlich in der ersten Rechtsschrift gestellt werden. Tatsachenbehauptungen und Beweismittel sind ebenfalls in diesem Zeitpunkt vorzubringen. Nachher ist es nur ausnahmsweise möglich, versäumte prozessuale Handlungen nachzuholen. Aus der Eventualmaxime ergibt sich demnach sowohl ein Verbot der Geltendmachung neuer Tatsachen (sog. Novenverbot) als auch ein Verbot, die einmal gestellten Rechtsbegehren zu ändern (sog. Verbot der Klageänderung). Die Eventualmaxime bezweckt, dass der Prozess nicht stetig durch neue Tatsachenbehauptungen, Beweisanträge oder Rechtsbegehren verschleppt wird. Der Nachteil einer streng gehandhabten Eventualmaxime besteht darin, dass das Gericht unter Umständen gegen besseres Wissen nicht vom richtigen Sachverhalt ausgeht, weil es verspätete Vorbringen nicht mehr berücksichtigen darf. Letztlich läuft die Eventualmaxime auf einen Anwaltszwang hinaus, weil rechtsunkundige Parteien gar nicht überblicken, was sie alles behaupten und beweisen und welche Rechtsbegehren sie stellen müssten.

In den meisten schweizerischen Zivilprozessgesetzen ist die Eventualmaxime insofern stark eingeschränkt oder praktisch aufgehoben worden, als vor der zweiten Instanz ein umfassendes Novenrecht besteht⁴³⁸. Im einzelnen wird in den Kantonen zum Teil zwischen neuen Tatsachen und Beweismitteln einerseits und neuen Rechtsbegehren andererseits unterschieden. Die neueren Prozessordnungen stellen die materielle Richtigkeit des Urteils in den Vordergrund und lassen neue Tatsachen und Klageänderungen unter erleichterten Voraussetzungen zu. In einigen Kantonen gilt aber immer noch eine strenge Eventualmaxime⁴³⁹.

Im Scheidungsprozess ist die Eventualmaxime nicht am Platz, geht es doch meist um Ansprüche von existentieller Bedeutung für die Beteiligten. Es ist deshalb unerlässlich, dass das Urteil soweit wie möglich den tatsächlichen Verhältnissen Rechnung trägt. Artikel 138 hebt aber eine allfällig kantonalarrechtlich vorgesehene Eventualmaxime nicht vollständig auf, sondern nur soweit dies zur einheitlichen Durchsetzung des neuen Rechts notwendig ist; der Gefahr der Prozessverschleppung wird somit Rechnung getragen.

Absatz 1 schreibt vor, dass das kantonale Recht auch in der zweiten Instanz bis zu einem bestimmten Zeitpunkt neue Tatsachen und Beweismittel zulassen muss. Dabei wird nicht

437 Vgl. BGE 118 II 228 f.; 89 II 15 f.; W. Bühler/ K. Spühler, Berner Komm. zu Art. 153 ZGB N. 91 f.; K. Spühler/ S. Frei-Maurer, Berner Komm. zu Art. 153 ZGB N. 91 f.; H. Hinderling/ D. Steck, a.a.O., S. 532 f.

438 Vgl. O. Vogel, Grundriss des Zivilprozessrechts, Rz. 97 ff., S. 162 ff.

439 So vor allem in den Kantonen Basel-Stadt und Basel-Landschaft, vgl. A. Stachelin/ Th. Sutter, a.a.O., Rz. 41, S. 114.

zwischen echten und unechten neuen Tatsachen unterschieden, d.h. ob die Tatsachen und Beweismittel bereits vor oder erst nach dem erstinstanzlichen Urteil existiert haben. In der Festlegung des massgeblichen Zeitpunkts für die Geltendmachung von Noven in der zweiten Instanz ist der kantonale Gesetzgeber frei. Zumindest in der Berufung (Appellation) und in der Berufungsantwort (Appellationsbeantwortung) müssen Noven zugelassen werden. Auf das Verfahren vor Bundesgericht findet Artikel 138 keine Anwendung; es gilt weiterhin der Grundsatz, dass im Verfahren vor Bundesgericht keine neuen Tatsachen geltend gemacht werden können (Art. 55 Abs. 1 Bst. c OG).

Das Stellen neuer Rechtsbegehren bedeutet eine Änderung der ursprünglichen Klage und geht von der Sache her weiter als das blosses Vorbringen von neuen Tatsachen und Beweismitteln, die bereits vorhandene Rechtsbegehren zusätzlich unterstützen sollen. Es ist deshalb gerechtfertigt, an die Zulässigkeit der Klageänderung höhere Anforderungen zu stellen. Neue Rechtsbegehren müssen nach dem Entwurf vor der zweiten kantonalen Instanz nur dann von Bundesrechts wegen zugelassen werden, wenn sie durch neue Tatsachen oder Beweismittel veranlasst worden sind.

Im Verfahren vor Bundesgericht sind neue Rechtsbegehren weiterhin ausgeschlossen (Art. 55 Abs. 1 Bst. b OG). Aus dem Umstand, dass die Umwandlung der Scheidungs- in eine Trennungsklage der Aufrechterhaltung der Ehe dient, hat das Bundesgericht aber abgeleitet, dass sich die Umwandlungsmöglichkeit direkt aus dem materiellen Scheidungsrecht ergebe⁴⁴⁰. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist diese Klageänderung selbst noch im Verfahren vor Bundesgericht zulässig. Diese Rechtsprechung wird in Absatz 2 übernommen.

234.6 Erforschung des Sachverhalts (Art. 139)

Artikel 139 enthält in Anlehnung an Artikel 158 ZGB Vorschriften über die Ermittlung des Sachverhalts im streitigen Scheidungsverfahren. Auf die Scheidung auf gemeinsames Begehren finden diese Bestimmungen keine Anwendung.

Absatz 1 hält entsprechend Artikel 158 Ziffer 4 ZGB den Grundsatz der freien gerichtlichen Beweiswürdigung fest, wie er in allen modernen Prozessordnungen ausdrücklich verankert ist. Wie bis anhin bestimmt das kantonale Recht, welche Beweismittel zulässig sind. Als bundesrechtswidrig sind aber diejenigen Beweismittel ausgeschlossen, die der freien gerichtlichen Beweiswürdigung entzogen sind, was insbesondere auf den Eid und das Gelöbnis zutrifft⁴⁴¹. Es gelten damit die gleichen Grundsätze wie aufgrund von anderen Bestimmungen des ZGB, die freie gerichtliche Beweiswürdigung vorschreiben (Art. 254 Ziff. 1, 280 Abs. 2 ZGB), ohne dass der Eid und das Gelöbnis ausdrücklich ausgeschlossen werden müssen⁴⁴², wie dies im Vernehmlassungsverfahren vereinzelt gefordert worden ist.

Für scheidungsbegründende Tatsachen gilt die Untersuchungsmaxime in dem Sinn, dass sich das Gericht bei Scheidungsverfahren nach Artikel 114 und 115 vom Vorhandensein dieser

440 BGE 82 II 83; 79 II 5 f.; 77 II 289; 74 II 179 f. E. 3.

441 Vgl. BGE 85 II 177 E. 4; A. Staehelin/ Th. Sutter, a.a.O., Rz 79, S. 173 und Rz. 90, S. 176; vgl. weiter BGE 112 Ia 371 E. 3 zur sog. Parteiaussage.

442 Vgl. C. Hegnauer, Berner Komm. zu Art. 254 ZGB N. 61.

Tatsachen überzeugen muss. Die Bestimmung ist nötig, weil andernfalls die Vorschriften über die Scheidung auf gemeinsames Begehren unterlaufen werden könnten.

Nach Absatz 3 ist als Zeuge und Auskunftsperson ausgeschlossen, wer für Ehegatten bei einer Ehe- oder Familienberatung (Art. 171 ZGB) oder bei einer Mediation in Scheidungssachen (Art. 151) tätig gewesen ist. Von diesem Ausschluss werden auch die Hilfspersonen erfasst. Die Bestimmung sieht kein Zeugnisverweigerungsrecht und keine Zeugnisverweigerungspflicht vor, sondern bedeutet vielmehr einen gesetzlich vorgeschriebenen Fall der absoluten Zeugnisunfähigkeit. Einerseits kommt die Schutzvorschrift den Parteien zugute. Diese sollen sich vertrauensvoll an die Beraterinnen und die Berater wenden können, ohne befürchten zu müssen, dass ihre Äusserungen nachher im Gerichtssaal zur Sprache kommen. Ohnehin wären die Beraterinnen und Berater meist gar nicht Zeugen im eigentlichen Sinn, sondern könnten nur wiederholen, was eine Partei bei der Beratung gesagt hat. Die Vorschrift dient andererseits dem Schutz der beratenden Personen, welche ihre Aufgaben nicht sachgerecht wahrnehmen könnten, wenn sie damit zu rechnen hätten, in einem allenfalls später stattfindenden Prozess aussagen zu müssen (vgl. auch die Erläuterungen zu Art. 151, Ziff. 234.121). Ähnliche Regelungen sind zum Teil in kantonalen Prozessgesetzen enthalten, indem mit der Vermittlung betraute Personen wie Friedensrichterinnen und Friedensrichter generell vom Zeugnis ausgeschlossen sind⁴⁴³.

Im Vernehmlassungsverfahren ist vereinzelt vorgeschlagen worden, es sollte lediglich ein Zeugnisverweigerungsrecht vorgesehen werden. Eine solche Regelung hätte aber den Nachteil, dass nur dem Interesse der Scheidungsmediatorinnen und -mediatoren Rechnung getragen würde, weil allein sie darüber entscheiden würden, ob sie im Prozess aussagen wollen oder nicht.

234.7 Genehmigung der Vereinbarung (Art. 140)

Artikel 140 regelt die Vereinbarung zwischen den Ehegatten über die Scheidungsfolgen. Die Bestimmung findet sowohl bei der Scheidung auf gemeinsames Begehren wie auch bei streitigen Scheidungsverfahren Anwendung. Für die Kinderbelange dagegen gilt die uneingeschränkte Officialmaxime, weshalb keine Vereinbarungen im eigentlichen Sinn, sondern nur gemeinsame Anträge der Parteien möglich sind (vgl. Art. 133 Abs. 2, siehe weiter Art. 144 ff.). Vorbehalten bleiben Vereinbarungen über den Kinderunterhalt im Sinne von Artikel 287 Absatz 3 und Artikel 288 Absatz 2 Ziffer 1 ZGB (vgl. Art. 133 Abs. 1), die für die Eltern - nicht aber für das Kind - im Sinne eines sog. kinkenden Rechtsgeschäfts bis zum gerichtlichen Entscheid verbindlich bleiben⁴⁴⁴.

Wie nach geltendem Recht (Art. 158 Ziff. 5 ZGB) bedarf die Vereinbarung über die Scheidungsfolgen zu ihrer Gültigkeit der gerichtlichen Genehmigung (Abs. 1). Eine ausdrückliche Genehmigung ist indessen nicht nötig, da aus der Aufnahme in das Urteilsdispositiv (vgl. Abs. 2) stillschweigend hervorgeht, dass die Vereinbarung genehmigt worden ist.

443 Z.B. in § 92 Abs. 2 ZPO Basel-Landschaft; § 12 des baselstädtischen Gesetzes über die Schlichtungsstelle in Mietstreitigkeiten; Art. 79 ZPO Glarus; Art. 88 ZPO Graubünden.

444 C. Hegnauer/ F. Breitschmid, a.a.O., Rz. 12.41, S. 117; C. Hegnauer, Grundriss des Kindesrechts, Rz. 22.05, S. 155 f.

Die Vereinbarung über die Scheidungsfolgen ist im Urteilsdispositiv festzuhalten (Art. 140 Abs. 1). Damit wird klargestellt, dass die Vereinbarung im Sinne der bisherigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung Bestandteil des Scheidungsurteils wird⁴⁴⁵. Dies ist namentlich im Hinblick auf eine allfällige Anfechtung der Vereinbarung von Bedeutung (vgl. die Erläuterungen zu Art. 149 Abs. 2). Weiter schafft die Aufnahme der Vereinbarung in das Dispositiv klare Verhältnisse im Hinblick auf die Vollstreckung (Art. 80 SchKG)⁴⁴⁶. Aus diesem Grund ist den Parteien nach Abschluss des Verfahrens stets das schriftliche Urteilsdispositiv zuzustellen, auch wenn dies nicht ausdrücklich gesagt wird.

Absatz 2 entspricht inhaltlich der Bundesgerichtspraxis zu Artikel 158 Ziffer 5 ZGB. Er soll verhindern, dass eine Partei zu Zugeständnissen gezwungen werden kann, die als unangemessen und unbillig erscheinen⁴⁴⁷. Im einzelnen hat das Gericht zu prüfen, dass die Ehegatten die Vereinbarung aus freiem Willen und nach reiflicher Überlegung geschlossen haben und dass diese klar, vollständig und nicht offensichtlich unangemessen ist. Diese inhaltliche Prüfungspflicht des Gerichts geht damit weiter als bei gewöhnlichen gerichtlichen Vergleichen⁴⁴⁸. Übervorteilung (Art. 21 OR), Irrtum (Art. 23 ff. OR), Täuschung (Art. 28 OR) und Drohung (Art. 29 f. OR) stehen der Genehmigung der Vereinbarung entgegen, wobei das Gericht aber nicht im Sinne der Untersuchungsmaxime nach versteckten Willensmängeln zu forschen hat. Es hat die Genehmigung ebenfalls zu verweigern, wenn die Vereinbarung Vorschriften des Privatrechts (vgl. Art. 19-21 OR), insbesondere des Scheidungsrechts verletzt (z.B. Art. 123 Abs. 1). Das gleiche gilt, wenn die Vereinbarung unklar (z.B. Unklarheit, ob eine Zahlungsverpflichtung unter güterrechtlichen oder scheidungsrechtlichen Gesichtspunkten zu leisten ist; Mehrdeutigkeit der Aufteilung von Sozialversicherungsrenten; Unklarheit, welcher Teil der Unterhaltsleistungen für den Ehegatten und wieviel für die Kinder bestimmt ist, vgl. Art. 143 Ziff. 2), offensichtlich unangemessen (vgl. z.B. Art. 123 Abs. 2, 125 Abs. 2) oder unvollständig ist (z.B. fehlende Vereinbarung über eine angemessene Entschädigung nach Art. 124).

Im übrigen können die Scheidungsparteien wie im geltenden Recht den Inhalt der Vereinbarung frei bestimmen und z.B. die Leistungspflicht an Bedingungen (Art. 151 ff. OR; vgl. auch Art. 126 Abs. 3 des Entwurfs) knüpfen.

Nur bei der Scheidung auf gemeinsames Begehren kann die Vereinbarung bis zur letzten Anhörung (vgl. Art. 111) widerrufen werden. Bei der Scheidung auf Klage hin sind die Parteien wie nach geltendem Recht bereits vor der gerichtlichen Genehmigung mit dem Vertragsschluss an die Scheidungskonvention gebunden. Allerdings besteht die Möglichkeit, dem Gericht deren Nichtgenehmigung zu beantragen⁴⁴⁹.

445 Vgl. BGE 119 II 300 E. 3 mit umfassenden Hinweisen.

446 BGE 119 II 302 E. 3b; W. Bühler/K. Spühler, Berner Komm. zu Art. 151 ZGB N. 96.

447 BGE 119 II 301 E. 3b

448 BGE 119 II 301 E. 3b

449 Vgl. K. Spühler/S. Frei-Maurer, Berner Komm. zu Art. 158 ZGB N. 151.

234.8 Berufliche Vorsorge; Teilung der Austrittsleistungen
(Art. 141 und 142)
Siehe Ziff. 233.46

234.9 Unterhaltsbeiträge
(Art. 143)

Ein Scheidungsurteil kann grundsätzlich nur abgeändert werden, wenn sich die Verhältnisse seither grundlegend geändert haben. Um zu entscheiden, ob diese notwendige Voraussetzung vorliegt oder nicht, muss das Abänderungsgericht wissen, von welchem Sachverhalt das Scheidungsgericht ausgegangen ist. Dies bereitet heute in der Praxis oft Probleme. Deshalb sieht Artikel 143 für wichtige Punkte eine Dokumentationspflicht des Gerichts vor. Dies dient der Beweissicherung für den Abänderungsprozess und damit der Streitvermeidung.

Ziffer 1 schreibt vor, dass im Urteil oder in der Vereinbarung angegeben wird, von welchem Einkommen und Vermögen jedes Ehegatten ausgegangen wird. Damit kann später leichter beurteilt werden, ob die Voraussetzungen für eine Aufhebung, Herabsetzung oder Einstellung der Rente vorliegen (vgl. Art. 129 Abs. 1). Weiter sind die entsprechenden Angaben nützlich, wenn entschieden werden muss, ob ein Ehegatte den anderen über seine Einkommens- und Vermögensverhältnisse getäuscht hat (vgl. Art. 149 Abs. 2).

Ziffer 2 will vermeiden, dass, wie dies heute vielfach der Fall ist, im Urteil nicht zwischen dem nahehelichen Unterhalt und den Kindesalimenen unterschieden wird. Für diese beiden Ansprüche sind unterschiedliche Abänderungs- und Beendigungsgründe vorgesehen, so dass eine klare Unterscheidung unerlässlich ist.

Ziffer 3 ist notwendige Voraussetzung für die Anwendung von Artikel 129 Absatz 3, wonach unter bestimmten Voraussetzungen die nachträgliche Festsetzung einer Rente oder deren Erhöhung verlangt werden kann (vgl. Ziff. 233.543). Eine dieser Voraussetzungen ist, dass die im seinerzeitigen Urteil zugesprochene Rente zur Deckung des gebührenden Unterhalts des rentenberechtigten Ehegatten nicht ausreichte. Ob dies der Fall gewesen ist, kann aber vom Abänderungsgericht nachträglich kaum mehr festgestellt werden. Die entsprechenden Angaben im Scheidungsurteil beseitigen diese Schwierigkeit.

Ziffer 4 dient der Durchsetzung von Artikel 130 Absatz 2. Nach dieser Bestimmung kann die rentenberechtigte Partei verlangen, dass trotz ihrer Wiederverheiratung die Rente ganz oder teilweise weiterzubezahlen ist. Dieses Recht besteht aber nur für diejenigen Teile der Rente, die bei der Scheidung zur beruflichen Eingliederung oder wegen der Kinderbetreuung zugesprochen worden sind. Ob und in welchem Umfang dies zutrifft, muss deshalb im Scheidungsurteil festgehalten werden.

Ziffer 5 ist das prozessrechtliche Gegenstück zu Artikel 128.

Fehlen in einem Urteil die erforderlichen Angaben, so liegt ein mangelhaftes Urteil vor, das nach Massgabe des kantonalen Prozessrechts angefochten bzw. ergänzt werden kann. Artikel 150 Absatz 1 findet keine Anwendung, weil Artikel 143 eine allgemeine und keine auf die Scheidung auf gemeinsames Begehren beschränkte Vorschrift ist.

234.10 Kinder

234.101 Anhörung (Art. 144)

Die Anhörung der Eltern und der Kinder, die in Artikel 144 vorgeschrieben wird, dient einerseits der Sachverhaltsfeststellung (Art. 145) und ist andererseits ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht im Prozess. Die Anhörung der Eltern entspricht dem bisherigen Recht (Art. 156 Abs. 1 ZGB). Die Anhörung der Kinder ist dagegen neu. Nach Absatz 2 sind Kinder in geeigneter Weise persönlich anzuhören, soweit nicht ihr Alter oder andere wichtige Gründe dafür sprechen, dass die Anhörung durch einen Dritten erfolgt oder überhaupt unterbleibt. Bereits nach geltendem Recht ist aufgrund der in Artikel 156 ZGB enthaltenen Official- und Untersuchungsmaxime (vgl. auch die Erläuterungen zu Art. 133) eine Anhörung des Kindes möglich, auch wenn dies in der genannten Bestimmung nicht ausdrücklich vorgesehen ist. Obligatorisch ist das zwar nicht⁴⁵⁰, geschieht jedoch in der Praxis recht häufig⁴⁵¹, weil dadurch bedeutungsvolle Erkenntnisse für die Kinderbelange gewonnen werden können⁴⁵². Die Anhörung des Kindes entspricht im übrigen einem zentralen Grundsatz des Kindesrechts, wonach die Eltern in wichtigen Angelegenheiten, soweit tunlich, auf die Meinung des Kindes Rücksicht zu nehmen haben. Dieses Gebot muss seinem Sinn nach ebenso für jede Behörde gelten, die für das Kind wichtige Anordnungen trifft, also auch für das Scheidungsgericht⁴⁵³. Artikel 133 Absatz 2 sieht deshalb parallel zu Artikel 301 Absatz 2 Satz 2 ZGB vor, dass bei der Zuteilung der elterlichen Sorge und der Regelung des persönlichen Verkehrs die Meinung des Kindes soweit tunlich zu berücksichtigen ist. Das setzt aber voraus, dass das Kind angehört wird⁴⁵⁴. Dieses Anhörungsrecht entspricht im übrigen einer dringenden Empfehlung der Arbeitsgruppe Kindsmisshandlung⁴⁵⁵.

Auch die UN-Kinderkonvention, die die Schweiz am 1. Mai 1991 unterzeichnet hat und deren Ratifizierung der Bundesrat mit Botschaft vom 29. Juni 1994 beantragt⁴⁵⁶, legt grosses Gewicht auf das Anhörungsrecht des Kindes⁴⁵⁷. Dieses bringt zum Ausdruck, dass das Kind nicht Objekt eines Verfahrens ist, über das gestritten und verfügt werden kann, sondern dass es sich um eine eigenständige Persönlichkeit mit eigenen Rechten handelt. Artikel 12 Absatz 2 der UN-Kinderkonvention verpflichtet die Staaten ausdrücklich, das urteilsfähige Kind in allen es berührenden Gerichts- und Verwaltungsverfahren entweder unmittelbar

450 Vgl. I. Schwenzer, AJP 1994, S. 823 mit Hinweisen in Anm. 54.

451 Vgl. O. Vogel, Freibeweis in der Kinderzuteilung, in: Festschrift für C. Hegnauer, Bern 1986, S. 617 f., 622 f.; C. Hegnauer/ P. Breitschmid, a.a.O., Rz. 12.39 f., S. 116 f.; H. Hinderling/ D. Steck, a.a.O., S. 491.

452 Vgl. C. Hegnauer, Die Wahrung der Kindesinteressen im Scheidungsprozess, AJP 1994, S. 890 mit weiteren Hinweisen in Anm. 21.

453 C. Hegnauer, in: Kindeszuteilung, hrsg. von J. Duss-von Werdt, 2. Aufl., Zürich 1986, S. 146 f.

454 Nach einer von Prof. W. Felder, Bern, bei Scheidungskindern durchgeführten Untersuchung (1989/91) sprachen sich nur rund 6 Prozent der Kinder grundsätzlich gegen die Anhörung aus, vgl. W. Felder/ Ch. Wüthrich/ M. Zöllinger, AJP 1994, S. 896. Vgl. weiter die Ergebnisse der deutschen rechtsstatistischen Untersuchung von R. Lempp/ V. von Braunbehrens/ E. Eichner/ D. Röcker, Die Anhörung des Kindes gemäss § 50b FGG, Köln 1987, S. 105 f.

455 Kindesmisshandlungen in der Schweiz, Schlussbericht zuhanden des Vorstehers des Eidg. Departementes des Innern, Juni 1992, S. 106.

456 BB1 1994 V 1 ff.

457 BB1 1994 V 37 ff.: Erläuterungen zu Art. 12; vgl. I. Schwenzer, AJP 1994, S. 823 f.; C. Hegnauer/ P. Breitschmid, a.a.O., Rz. 12.39, S. 116. Dagegen gebietet Art. 6 Abs. 1 EMRK nicht die Anhörung des Kindes, weil für den darin garantierten Anspruch auf rechtliches Gehör an die Parteistellung angeknüpft wird, vgl. H. Michler/ Th. Vogler, Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention, 2. Lieferung, Köln/ Berlin/ Bonn/ München 1992, Art. 6, Rz. 348.

oder durch einen Vertreter anzuhören (siehe auch Art. 9 Abs. 2 der Konvention). Wie weit diese Norm direkt anwendbar ist, wird sich weisen⁴⁵⁸. Die Verankerung eines Anhörungsrechts des Kindes im neuen Scheidungsrecht ist aber zwingend. Auch eine Konvention des Europarates⁴⁵⁹, die zur Zeit vorbereitet wird und die der besseren Durchsetzung der UN-Kinderkonvention dienen soll, geht von der Anhörung des Kindes als Grundsatz aus. Andere Länder (z.B. Deutschland, Frankreich, Grossbritannien, US-Bundesstaaten) haben mit dem Anhörungsrecht des Kindes bereits gute Erfahrungen gemacht⁴⁶⁰.

Der Entwurf sieht eine flexible Lösung vor. Wichtig ist, dass die Anhörung in kindgerechter Form erfolgt⁴⁶¹. Die Art und Weise der Anhörung hängt damit wesentlich vom Alter, von der geistigen Entwicklung und den individuellen Gegebenheiten des Kindes ab. Bei der Anhörung soll das Kind - je nach den Umständen (Alter, Entwicklung etc.) - nicht einfach vor die Frage gestellt werden, ob es fortan beim Vater oder bei der Mutter leben will, wenn dadurch zusätzliche Loyalitätskonflikte entstehen können⁴⁶². Sinnvollerweise erfolgt die Anhörung auch nicht im Gerichtssaal, sondern in einer geeigneteren Umgebung (z.B. im Büro der Richterin oder des Richters) oder irgendwo ausserhalb des Gerichtsgebäudes. Dem Ermessen des Gerichts ist es anheimgestellt, ob die Kinder in Anwesenheit der Eltern befragt werden. Anhörungen durch das Gesamtgericht sollten unterbleiben.

Das Alter des Kindes oder andere wichtige Gründe (z.B. die Ablehnung der Anhörung durch das Kind) können es rechtfertigen, dass von einer Anhörung abgesehen wird. Dieser Entscheid kann nur unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles getroffen werden und muss deshalb dem Ermessen des Gerichts anheimgestellt werden; auf die Festlegung einer bestimmten Altersgrenze, wie zum Teil im Vernehmlassungsverfahren gefordert worden ist, wird deshalb verzichtet.

Vom Sinn und Zweck des Anhörungsrechts des Kindes her gesehen sollte die Anhörung grundsätzlich durch ein Mitglied des urteilenden Gerichts erfolgen. Wichtige Gründe, wie beispielsweise das Alter des Kindes, eine besondere Situation, das Erfordernis von besonderem psychologischem Geschick oder die Notwendigkeit der Abklärung der Verhältnisse durch Sachverständige, können es aber als angezeigt erscheinen lassen, dass die Anhörung durch Dritte (z. B. eine Kinderpsychologin oder einen Kinderpsychologen, eine Sozialarbeiterin oder einen Sozialarbeiter oder eine andere Stelle der Jugendhilfe) erfolgt.

Das Anhörungsrecht des Kindes war im Vernehmlassungsverfahren umstritten. In verschiedenen Stellungnahmen wurde eingewendet, dass die Befragung für die Kinder schädlich sein könne. Weiter wurde entgegengehalten, dass der Grundsatz der Anhörung zu weit gehe; auf

458 Vgl. BBl 1994 V 37 ff.; Erläuterungen zu Art. 12 mit Hinweisen in Anm. 143. Die deutsche und die überwiegende französische Literatur gehen von einer direkten Anwendbarkeit verschiedener Bestimmungen der Konvention aus, vgl. I. Schwenzler, AJP 1994, S. 819.

459 European Convention on the Exercise of Children's Rights.

460 Für Deutschland: § 50b Abs. 1 des Gesetzes über die Angelegenheit der freiwilligen Gerichtsbarkeit in Verbindung mit § 1671 BGB, siehe dazu M. Hinz, Münchener Komm. zu § 1671 BGB, N. 97. Für rechtstatsächliche Angaben siehe R. Lempp/ V. von Braunbehrens/ E. Eichner/ D. Röcker, a.a.O. Der deutsche Juristentag 1992 hat mit überwiegender Mehrheit die Empfehlung verabschiedet, dass bei der kommenden Revision des Kindschaftsrechts die Anhörung des Kindes im Scheidungsverfahren für alle Fälle beibehalten werden soll (Verhandlungen des neunundfünfzigsten deutschen Juristentages, Hannover 1992, Bd. II, Sitzungsberichte, München 1992, S. M261 unten. Für einen rechtsvergleichenden Überblick siehe I. Schwenzler, AJP 1994, S. 824.

461 Vgl. auch die Empfehlungen von R. Lempp/ V. von Braunbehrens/ E. Eichner/ D. Röcker, a.a.O., S. 107 f., sowie R. Ballof, Kinder vor Gericht, München 1992, S. 86 ff.

462 Vgl. R. Ballof, a.a.O., S. 84.

der anderen Seite wurde aber auch die obligatorische Anhörung verlangt. Schliesslich wurde die fachliche Qualifikation der Richterinnen und der Richter für die Anhörung der Kinder in Frage gestellt bzw. eine entsprechende Ausbildung oder die Einrichtung von Familiengerichten gefordert. Der Haupteinwand gegen die Anhörung, nämlich die Gefährdung des Kindeswohls, wird durch die Ergebnisse einer rechtstatsächlichen Untersuchung des deutschen Bundesministeriums der Justiz weitgehend widerlegt. Diese hatte unter anderem abzuklären, ob die 1980 eingeführte Anhörung zu einer unzumutbaren seelischen Belastung des Kindes führe. Nach den Untersuchungsergebnissen sind diese Befürchtungen meist ungerechtfertigt. Vielmehr gab es starke Hinweise, dass am Ende der Anhörung ein Entlastungseffekt auftritt⁴⁶³. Auffallend war, dass Richterinnen und Richter mit kurzer Berufserfahrung und solche, die wenig anhörten, aber auch zum Anhörungsrecht besonders kritisch eingestellte Richterinnen und Richter grundsätzlich mehr als andere in der Anhörung eine erhebliche, über den Anlass des Verfahrens hinausgehende Belastung des Kindes sahen. Offensichtlich wurde die Belastung mit zunehmender Erfahrung geringer eingeschätzt⁴⁶⁴. Artikel 144 ist im übrigen so flexibel formuliert, dass ein dem Einzelfall angemessenes Vorgehen gewählt werden kann. Dort, wo tatsächlich konkrete Anhaltspunkte für eine starke seelische Belastung des Kindes vorliegen, kann nach dem Entwurf von einer Anhörung abgesehen werden. Was die fachliche Qualifikation der Richterinnen und Richter für die Anhörung betrifft, so darf eine entsprechende Weiterbildung erwartet werden (vgl. Ziff. 234.122).

234.102 Abklärung der Verhältnisse (Art. 145)

Artikel 145 ist die prozessrechtliche Grundnorm für die Ermittlung des Sachverhalts (Untersuchungsmaxime), wogegen die materiell-rechtlichen Bestimmungen, nämlich nach welchen Kriterien das Gericht bei der Regelung der Kinderbelange zu entscheiden hat (Offizialmaxime), in Artikel 133 und 134 festgehalten werden (siehe Ziff. 233.6).

Nach Absatz 1 hat das Gericht alle Tatsachen, die für Anordnungen über die Kinder von Bedeutung sind, von Amtes wegen zu ermitteln. Dies entspricht der Bundesgerichtspraxis und der Doktrin zum Artikel 156 Absatz 1 ZGB, der dies allerdings nicht ausdrücklich sagt⁴⁶⁵. Beweisführung durch die Parteien ist zwar möglich und zweckdienlich, aber nicht unbedingt nötig. Zur gerichtlichen Sachverhaltsabklärung gehört in erster Linie die Befragung der Eltern und des Kindes durch das Gericht (vgl. Art. 144). Dem Gericht steht freie Beweiswürdigung zu; kantonalrechtliche Regeln über die Beweiswürdigung sind unbeachtlich (vgl. auch Art. 139 Abs. 1).

Nach Absatz 2 hat das Gericht nötigenfalls Sachverständige beizuziehen. Sachverständige sind ein wichtiges Beweismittel (vgl. auch Ziff. 234.101), weshalb sie speziell erwähnt werden. Es versteht sich von selbst, dass auch andere Beweismittel abzunehmen sind, sofern sie für die Abklärung des Sachverhalts tauglich und nötig sind (z.B. Zeugenbefragung)⁴⁶⁶.

463 R. Lempp/ V. von Braunbehrens/ E. Eichner/ D. Röcker, a.a.O., S. 102 ff., insbes. S. 104.

464 R. Lempp/ V. von Braunbehrens/ E. Eichner/ D. Röcker, a.a.O., S. 15.

465 Statt vieler BGE 111 II 229 E. 4; O. Vogel, S. 611; H. Hinderling/ D. Steck, a.a.O., S. 406 Anm. 5a. Im Verfahren vor Bundesgericht gilt indessen auch hier das allgemeine Novenverbot nach Artikel 55 Absatz 1 Buchstabe c OG, vgl. Ziff. 234.5 sowie BGE 120 II 231 E. 1.

466 Zu den Mitteln des Gerichts im einzelnen vgl. O. Vogel, a.a.O., S. 615 ff.

Absatz 3 sieht eine Verordnungskompetenz des Bundesrates vor, um Einzelheiten des Datenschutzes und der Akteneinsicht im Zusammenhang mit der Beweiserhebung zu regeln.

234.103 Mitwirkung der Jugendhilfe (Art. 146)

Die Bestimmung entspricht Artikel 148 Absatz 1 des Vorentwurfes, der im Vernehmlassungsverfahren mehrheitlich gutgeheissen wurde. In verschiedenen Kantonen arbeiten die Scheidungsgerichte schon heute regelmässig eng mit den Stellen der Jugendhilfe zusammen. Diese Praxis ist sinnvoll und wird durch Artikel 146 institutionalisiert. Die Vormundschaftsbehörde oder eine andere vom kantonalen Recht bezeichnete Stelle der Jugendhilfe soll, wenn die Scheidungsparteien unmündige Kinder haben, die Gelegenheit erhalten, für die Kinderbelange wichtige Tatsachen, von denen sie erfahren hat, dem Scheidungsgericht zur Kenntnis zu bringen. Ist ihr nichts bekannt, so teilt sie dies dem Gericht ebenfalls mit.

Der Vorentwurf sah in einem weiteren Absatz vor, dass das Scheidungsgericht nötigenfalls die Vormundschaftsbehörde oder die andere vom kantonalen Recht bezeichnete Stelle beauftragt, die Verhältnisse abzuklären und Bericht zu erstatten. Der Entwurf verzichtet auf diese Bestimmung. Zu Recht ist im Vernehmlassungsverfahren kritisiert worden, dass derartige Abklärungen durch fachlich besonders qualifizierte Stellen, namentlich durch Sachverständige, und nicht durch die Vormundschaftsbehörde zu erfolgen haben (vgl. Art. 145 Abs. 1 und 2).

234.104 Vertretung des Kindes

234.104.1 Voraussetzungen (Art. 147)

Eine der Leitlinien des neuen Scheidungsrechts ist die bestmögliche Wahrung der Kindesinteressen im Scheidungsprozess (vgl. Ziff. 144.5). Das geltende Recht geht davon aus, dass dieses Anliegen durch die uneingeschränkte Anwendung der Offizial- und der Untersuchungsmaxime verwirklicht wird. Dies ist jedoch nicht immer ausreichend. Deshalb sieht der Entwurf vor, dass das Gericht nicht als Regel, wohl aber bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen die Vertretung des Kindes im Prozess anzuordnen hat. Der dann durch die Vormundschaftsbehörde zu ernennende Beistand kann Anträge stellen und Rechtsmittel einlegen, soweit es um die Zuteilung der elterlichen Sorge, grundlegende Fragen des persönlichen Verkehrs und um Kinderschutzmassnahmen geht (Art. 148 Abs. 2)⁴⁶⁷.

Obwohl das Kind durch den Scheidungsprozess seiner Eltern sehr direkt betroffen ist, stehen ihm heute keinerlei prozessualen Rechte zu. Es kann weder Anträge stellen noch

⁴⁶⁷ Der Vernehmlassungsentwurf sah lediglich vor, dass dem Kind im Sinne einer Begleitung während des Scheidungsverfahrens gemäss Art. 308 ZGB ein Beistand mit ausserprozessualen Befugnissen ernannt werden kann. Wie schon im Vernehmlassungsverfahren geltend gemacht worden ist, genügt dies aber nicht. Vgl. insbesondere die Untersuchung von L. Salgo, Der Anwalt des Kindes. Die Vertretung von Kindern in zivilrechtlichen Kinderschutzverfahren - eine vergleichende Studie -, hrsg. vom Bundesministerium der Justiz, Köln 1993.

Rechtsmittel ergreifen⁴⁶⁸. Auch die Vormundschaftsbehörde hat im Scheidungsprozess keine Parteistellung⁴⁶⁹. Herkömmlicherweise soll die *Offizial- und Untersuchungsmaxime* (vgl. Ziff. 233.61 f. und 234.102) diesen Mangel wettmachen. Speziell im Scheidungsprozess sind der Wahrung der Kindesinteressen durch die entscheidende Behörde aber einmal insofern Grenzen gesetzt, als viele Scheidungsgerichte überlastet sind und deshalb oft aus verfahrensökonomischen Gründen unbesehen auf gemeinsame Anträge der Eltern abstellen oder gar notwendige Abklärungen unterlassen. Auf der anderen Seite birgt ein starkes Engagement des Gerichts wiederum die Gefahr in sich, dass das von den Scheidungsparteien als einseitige Bevorzugung aufgefasst und dadurch die Akzeptanz des Urteils gefährdet wird⁴⁷⁰. Die Eltern selbst sind ebenfalls nicht in der Lage, die Interessen des Kindes im Scheidungsprozess sachgerecht wahrzunehmen, wenn sie in wichtigen Kinderbelangen uneinig sind. Vielmehr vertritt dann jeder Elternteil seinen Standpunkt. Aber auch bei Einigkeit können, je nach den Umständen des Einzelfalles, Anhaltspunkte vorliegen, welche Zweifel aufkommen lassen, dass die Eltern wirklich im wohlverstandenen Interesse des Kindes handeln. Die neu vorgeschriebene Anhörung des Kindes (Art. 144 Abs. 2) bringt hier Verbesserungen, genügt aber schon allein deswegen nicht, weil ihre ungerechtfertigte Unterlassung nur von den Parteien selbst angefochten werden könnte⁴⁷¹. Zudem ist eine Anhörung des Kindes nicht immer möglich (z.B. wegen dessen Alter oder Gesundheit). Fachleute sind sich deshalb einig, dass die *Offizial- und die Untersuchungsmaxime* nicht genügen, sondern dass das Kind in bestimmten Fällen einer eigenständigen Interessensvertretung bedarf⁴⁷². Im übrigen entspricht die Vertretungsmöglichkeit einer Empfehlung der Arbeitsgruppe Kindsmisshandlung⁴⁷³ und Artikel 12 Absatz 2 der UN-Kinderkonvention⁴⁷⁴. Auch in der schweizerischen Doktrin wird neustens mit Nachdruck die Vertretung des Kindes gefordert⁴⁷⁵. Diese hat bereits in zahlreiche ausländische Rechtsordnungen (insbesondere in amerikanischen Gliedstaaten, England, Frankreich)⁴⁷⁶ für bestimmte Bereiche, namentlich zivilrechtliche Kindesschutzverfahren und Scheidungsverfahren, Eingang gefunden oder ihre Einführung steht, wie z.B. in Deutschland, bevor⁴⁷⁷.

Sicher ist die Vertretung des Kindes nicht in jedem Scheidungsprozess erforderlich. Es befriedigt aber auch nicht, die Anordnung der Vertretung im Sinne einer Generalklausel dem freien Ermessen des Scheidungsgerichts zu überlassen. Will man dem Anliegen zum Durchbruch verhelfen, muss das Gesetz die Voraussetzungen möglichst präzise umschreiben. Der Entwurf sieht vier Fälle vor, in welchen die Vertretung angeordnet werden kann und muss (Art. 147 Ziff. 1-4). Ziffer 1 betrifft den Fall, dass die Eltern bezüglich der Zuteilung der elterlichen Sorge oder wichtiger Fragen des persönlichen Verkehrs unterschiedliche Anträge stellen. Aufgrund der Interessenlage sind die Eltern hier objektiv nicht im Stande, die Kin-

- 468 C. Hegnauer, Die Wahrung der Kindesinteressen im Scheidungsprozess, *AJP* 1994, S. 888; W. Bühler/K. Spühler, Berner Komm. zu Art. 156 ZGB N. 48.
 469 C. Hegnauer, *AJP* 1994, S. 888; W. Bühler/K. Spühler, Berner Komm. zu Art. 156 ZGB N. 59.
 470 Vgl. L. Salgo, a.a.O., S. 21; C. Hegnauer, *AJP* 1994, S. 890.
 471 C. Hegnauer, *AJP* 1994, S. 890 mit Hinweis in Anm. 26.
 472 Vgl. insbes. L. Salgo, a.a.O., S. 19 ff.; I. Schwenzer, *AJP* 1994, S. 824; C. Hegnauer, *AJP* 1994, S. 889 ff.
 473 Kindsmisshandlungen in der Schweiz, Schlussbericht zuhanden des Vorstehers des Eidgenössischen Departementes des Innern, Juni 1992, S. 106
 474 Vgl. I. Schwenzer, *AJP* 1994, S. 824; C. Hegnauer, *AJP* 1994, S. 888 ff., 892 f.
 475 C. Hegnauer, *AJP* 1994, S. 888 ff.; ders., Der Anwalt des Kindes, *ZVW* 1994, 181 ff.; I. Schwenzer, *AJP* 1994, S. 824.
 476 Vgl. dazu die ausführliche rechtsvergleichende Untersuchung von L. Salgo, a.a.O., insbes. S. 27 ff. (USA), 85 ff. (Grossbritannien), 167 ff. (Australien), 184 ff. (Frankreich), 221 ff.; C. Steindorff, Die Kinderanwaltschaftsbewegung in Frankreich, *FamRZ* 1991, S. 1148; I. Schwenzer, *AJP* 1994, S. 824; C. Hegnauer, *AJP* 1994, S. 892.
 477 I. Schwenzer, *AJP* 1994, S. 824 mit Hinweis in Anm. 60.

desinteressen zu vertreten⁴⁷⁸. Ziffer 2 räumt dem urteilsfähigen Kind das Recht ein, selber eine Vertretung zu verlangen (vgl. Art. 16 und 19 Abs. 2 ZGB). Ziffer 3 trägt der gesetzlichen Aufgabe der Vormundschaftsbehörde als zentralen Kindesschutzbehörde Rechnung. Im übrigen wäre es nicht sinnvoll, der Vormundschaftsbehörde für die Abänderung von Scheidungsurteilen bezüglich Kinderbelangen Antragsrechte und eigene Kompetenzen einzuräumen (vgl. Art. 134, 315b), ihr aber im Scheidungsprozess kein Antragsrecht für eine Vertretung des Kindes zuzuerkennen. Der Antrag genügt für sich allein aber noch nicht. Vielmehr muss die Vormundschaftsbehörde darlegen, warum die Vertretung des Kindes nötig ist. Ziffer 4 regelt den Fall, dass die Eltern für die zentralen Kinderbelange (elterliche Sorge, grundlegende Fragen des persönlichen Verkehrs) zwar gemeinsame Anträge stellen, aber aufgrund der Umstände erhebliche Zweifel an deren Angemessenheit bestehen oder Kindesschutzmassnahmen in Erwägung zu ziehen sind.

234.104.2 Bestellung und Aufgaben (Art. 148)

Absatz 1 schreibt vor, dass die Vertretung durch einen Beistand erfolgt. Damit kommt zum Ausdruck, dass es sich faktisch um eine Kindesschutzmassnahme handelt und die Grundsätze des Vormundschaftsrechts u.a. für die Entschädigung zur Anwendung kommen. Dementsprechend bezeichnet auch nicht das Gericht, sondern die Vormundschaftsbehörde die Person des Beistandes. Diese muss in fürsorgerischen und rechtlichen Fragen erfahren sein. Es versteht sich von selbst, dass der Anwalt oder die Anwältin einer Partei nicht gleichzeitig auch das Kind vertreten kann.

Absatz 2 regelt die Kompetenzen des Beistands. Entsprechend den Voraussetzungen für die Anordnung der Vertretung (vgl. Art. 147 Ziff. 1-4) kann der Beistand nur für die zentralen Kinderbelange (elterliche Sorge, grundlegende Fragen des persönlichen Verkehrs, Kindesschutzmassnahmen) Anträge stellen und Rechtsmittel einlegen. Im Bereich des Kinderunterhaltes hat die Vertreterin oder der Vertreter keine Kompetenzen. Die Wahrung der Kindesinteressen stellt hier keine besonderen Probleme⁴⁷⁹.

Absatz 3 sieht vor, dass dem durch einen Beistand vertretenen Kind weder Gerichts- noch Parteikosten auferlegt werden dürfen. Dieses hat den Prozess nicht verursacht. Zudem ist die Wahrung des Kindeswohls eine öffentliche Aufgabe⁴⁸⁰. Dies schliesst aber nicht aus, dass Kosten, die direkt oder indirekt (z.B. durch eine beantragte Expertise) wegen der Vertretung entstehen, zu den Gerichtskosten geschlagen und den Parteien je nach Ausgang des Verfahrens ganz oder teilweise auferlegt werden.

478 Vgl. C. Hegnauer, AJP 1994, S. 889 f.

479 Vgl. C. Hegnauer, AJP 1994, S. 889.

480 Vgl. C. Hegnauer, AJP 1994, S. 893.

234.11 Rechtsmittel

234.111 Im allgemeinen (Art. 149)

Heute bestimmt das kantonale Prozessrecht, ob und in welchem Umfang einem Rechtsmittel gegen das Scheidungsurteil von Gesetzes wegen aufschiebende Wirkung zukommt. Wird ein Urteil bloss in bestimmten Punkten angefochten und werden die nicht angefochtenen Teile des Urteils rechtskräftig, so spricht man von Teilrechtskraft.

Die unterschiedliche Regelung der Rechtskraft in den Kantonen wirkt sich stossend aus. So kann sich in den einen Kantonen ein Ehegatte wieder verheiraten, auch wenn z.B. über die güterrechtliche Auseinandersetzung noch nicht endgültig entschieden worden ist. In anderen Kantonen wiederum muss unter Umständen das Ende eines mehrjährigen Prozesses über eine Scheidungsfolge abgewartet werden, weil erst danach die Rechtskraft des ganzen Scheidungsurteils eintritt; zudem sind die Parteien, weil die Ehe formell noch besteht, weiterhin gegenseitig erberechtigt (Art. 462 und 471 Ziff. 3 ZGB). Absatz 1 schreibt deshalb für den gesamten Bereich des Scheidungsrechts vor, dass Rechtsmittel den Eintritt der Rechtskraft nur im Umfang der Anträge hemmen (Teilrechtskraft). Für das Verfahren der zivilrechtlichen Berufung vor Bundesgericht gilt der Grundsatz der Teilrechtskraft⁴⁸¹ bereits heute.

Wegen des Zusammenhangs zwischen den Kinderrenten und der Rente für den geschiedenen Ehegatten muss eine Ausnahme vom Prinzip der Teilrechtskraft vorgesehen werden. Wenn der zu Unterhaltsbeiträgen verpflichtete Ehegatte mittels kantonalrechtlicher Berufung lediglich die nahehelichen Unterhaltsbeiträge, nicht aber die Kinderalimente anfecht, so wäre nach dem Grundsatz der Teilrechtskraft eine Korrektur der Kinderalimente ausgeschlossen⁴⁸². Erachtet das zweitinstanzliche Gericht die von der ersten Instanz festgelegten nahehelichen Unterhaltsbeiträge tatsächlich als zu hoch, so müssen diese entsprechend herabgesetzt werden. Kommt das oberinstanzliche Gericht gleichzeitig zum Schluss, dass die untere Instanz die Kinderrenten zu tief angesetzt hat, so könnten diese trotz *Offizialmaxime* (vgl. Art. 133 Abs. 1), und obwohl kein entsprechender Parteiantrag nötig ist, nicht mehr erhöht werden, weil sie mangels Anfechtung nach dem Prinzip der Teilrechtskraft bereits definitiv beurteilt wären. Deshalb sieht Absatz 1 vor, dass die Anfechtung des Unterhaltsbeitrags stets bewirkt, dass auch in bezug auf die Kinderrenten die Rechtskraft aufgeschoben wird.

Absatz 2 legt im Sinne der Bundesgerichtspraxis fest, dass die Vereinbarung über die vermögensrechtlichen Folgen der Scheidung im Rechtsmittelverfahren und nicht mit einer neuen Klage gestützt auf das OR anzufechten ist. Der Grund besteht darin, dass die Scheidungskonvention nach der gerichtlichen Genehmigung endgültig ihren rechtsgeschäftlichen Charakter verliert und Bestandteil des Scheidungsurteils wird⁴⁸³ (vgl. auch Art. 140 Abs. 1).

Zum Teil sind aber die Revisionsgründe des kantonalen Rechts sehr restriktiv umschrieben, indem die Revision nur offensteht, wenn auf das Urteil durch ein Verbrechen oder Vergehen eingewirkt wurde oder wenn nachträglich Beweismittel von entscheidender Bedeutung, namentlich Urkunden, die bereits im Zeitpunkt des früheren Verfahrens existiert haben, aufge-

481 Art. 54 Abs. 2 OG

482 Vgl. SJZ 1991, S. 359 f.

483 Vgl. BGE 119 II 300 f. E. 3; siehe weiter 110 II 46 ff. E. 4.

funden werden⁴⁸⁴. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts kennt aber das Scheidungsrecht keinen ergänzenden bundesrechtlichen Revisionsgrund für den Fall einer mit einem Willensmangel behafteten gerichtlichen Scheidungskonvention⁴⁸⁵. Das hat zur Folge, dass - je nach Ausgestaltung des kantonalen Prozessrechts - im einen Kanton eine Vereinbarung z.B. wegen Täuschung angefochten werden kann, in einem anderen aber nicht. Dies ist stossend. Seit einiger Zeit wird deshalb in der Doktrin eine bundesrechtliche Regelung gefordert⁴⁸⁶. Artikel 149 Absatz 2 sieht nun vor, dass neben den kantonalrechtlichen Revisionsgründen Mängel im Vertragsschluss (Irrtum, absichtliche Täuschung, Furchterregung, Art. 23 ff. OR) von Bundesrechts wegen ein Revisionsgrund sind. Die Übervorteilung nach Artikel 21 OR wird nicht erfasst, da die Prüfungspflicht des Gerichts bezüglich der Vereinbarung über die Scheidungsfolgen genügenden Schutz gewährleistet (vgl. Art. 140 Abs. 2). Für die weiteren Modalitäten der Revision, insbesondere die Revisionsfristen, gilt nach dem Entwurf weiterhin kantonales Recht⁴⁸⁷.

Nicht ausdrücklich geregelt ist die Anfechtung der genehmigten, aber noch nicht in Rechtskraft erwachsenen Vereinbarung. In solchen Fällen kann die Vereinbarung als Teil des Urteils unter den allgemeinen Voraussetzungen mit dem ordentlichen kantonalen Rechtsmittel angefochten werden.

234.112 Bei Scheidung auf gemeinsames Begehren (Art. 150)

Artikel 150 gilt nur für die Scheidung auf gemeinsames Begehren. Die Bestimmung sagt, unter welchen Voraussetzungen gegen die Scheidung als solche ein Rechtsmittel ergriffen werden kann. Wird nur die Vereinbarung über die Scheidungsfolgen angefochten, so kommt Artikel 149 Absatz 2 zur Anwendung.

Das Verfahren der Scheidung auf gemeinsames Begehren zeichnet sich durch zahlreiche verfahrensmässige Sicherungen aus, welche die Ehegatten vor übereilten Entschlüssen schützen (vgl. Art. 111). Hat das Gericht einmal die Scheidung ausgesprochen, so soll dieser Teil des Urteils deshalb nur noch unter qualifizierten Voraussetzungen mit einem ordentlichen Rechtsmittel angefochten werden können, das den Eintritt der Rechtskraft und damit die Möglichkeit der Wiederverheiratung verhindert. Ausserordentliche Rechtsmittel werden durch die Bestimmung nicht erfasst. Bereits nach heutiger Lehre und Praxis ist eine Revision nur unter sehr eingeschränkten Voraussetzungen möglich⁴⁸⁸, was in Zukunft erst recht für die Scheidung auf gemeinsames Begehren gelten muss.

Allgemeine Voraussetzung für jedes Rechtsmittel ist das Bestehen eines Rechtsschutzinteresses, d.h. der Rechtsmittelkläger muss durch das angefochtene Urteil beschwert sein. Dies ist grundsätzlich der Fall, wenn der Scheidungsentschluss mit einem Mangel in der Willensbildung behaftet gewesen ist, so dass in Analogie zum Vertragsrecht von einem Wil-

484 Vgl. A. Staehelin/ Th. Sutter, Zivilprozessrecht, Zürich 1992, Rz. 103 ff., S. 276 ff., O. Vogel, Grundriss des Zivilprozessrechts, Rz 97 f., S. 335.

485 BGE 119 II 302 f. E. 4

486 Vgl. H. Hinderling/ D. Steck, a.a.O., S. 597 Anm. 13 mit Hinweisen.

487 Nach BGE 110 II 48 f. E. 4c richten sich die Fristen nicht nach Art. 31 OR, sondern nach kantonalem Zivilprozessrecht.

488 Vgl. BGE 93 II 151 ff., 153 ff. E. 3-6 (Tod); 87 I 472 (Zeitablauf); W. Bühler/ K. Spühler, Berner Komm. zu Art. 146 ZGB N. 80 f.; K. Spühler/ S. Frei-Maurer, Berner Komm. zu Art. 146 ZGB N. 80; H. Hinderling/ D. Steck, a.a.O., S. 595 ff.

Willensmangel (Irrtum, Täuschung, Drohung) gesprochen werden kann. Diese Fälle dürften in der Praxis allerdings selten sein; denn das Gericht ist nach Artikel 111 Absatz 1 verpflichtet, sich davon zu überzeugen, dass das gemeinsame Scheidungsbegehren auf freiem Willen und reiflicher Überlegung beruht. Kommen solche Fälle aber vor, so sind sie um so schwerwiegender. Wird z.B. ein Ehegatte durch massive Drohung gezwungen, einer Scheidung auf gemeinsames Begehren zuzustimmen, so muss das Urteil aus rechtsstaatlichen Gründen anfechtbar sein. Ob ein Willensmangel einer Partei in bezug auf die Scheidungsvereinbarung für den Scheidungswillen derart grundlegend ist, dass deshalb auch die Scheidung als solche von der betreffenden Partei angefochten werden kann, muss im Einzelfall geprüft werden.

Neben den Willensmängeln stellt die Verletzung von Verfahrensvorschriften über die Scheidung auf gemeinsames Begehren (z.B. Unterlassen der zweiten persönlichen Anhörung, Art. 111 Abs. 2) einen zulässigen Anfechtungsgrund dar. Damit soll sichergestellt werden, dass diese Vorschriften eingehalten werden. Hingegen kann bei Verletzung anderer Bestimmungen des Scheidungsrechts oder kantonalrechtlicher Verfahrensvorschriften kein ordentliches Rechtsmittel gegen die Scheidung auf gemeinsames Begehren ergriffen werden.

Absatz 2 stellt klar, dass die Anfechtung der durch die Vereinbarung geregelten Folgen durch eine Partei für die andere Partei keinen Willensmangel im Sinne eines Grundlagenirrtums (Art. 24 Abs. 2 Ziff. 4 OR) oder einer absichtlichen Täuschung (Art. 28 OR) darstellt. Damit soll verhindert werden, dass die Anfechtung der Scheidung zu einem prozesstaktischen Instrument verkommt. Der Begriff der Vereinbarung in Absatz 2 ist in einem weiteren Sinn als in Artikel 140 zu verstehen und erfasst auch die Anordnungen über die Kinder, die aufgrund gemeinsamer Anträge der Parteien (vgl. Art. 111 Abs. 1 und 147) erfolgt sind.

234.12 Kantonales Recht

234.121 Mediation in Scheidungssachen (Art. 151)

Die Scheidung auf gemeinsames Begehren setzt grundsätzlich voraus, dass sich die Ehegatten über die Scheidungsfolgen umfassend geeinigt haben (Art. 111). Es gibt verschiedene Möglichkeiten, eine solche Einigung zu erzielen. Die Ehegatten können sich beide an eine rechtskundige Person ihres Vertrauens wenden, die stellvertretend für sie versucht, die Probleme zu lösen. Sie können auch gemeinsam eine Person aus der Anwaltschaft oder der Rechts- oder Sozialberatung beauftragen, einen Lösungsvorschlag auszuarbeiten. An Gerichten, bei denen die Tradition der sog. Referentenaudienz gepflegt wird (z.B. im Kanton Zürich) und jederzeit zu einer Vergleichsverhandlung vor der Referentin bzw. dem Referenten vorgeladen werden kann⁴⁸⁹, geht der Lösungsvorschlag unter Umständen von der Richterin bzw. dem Richter aus. Diese Wege zur Lösung von Konflikten werden weiterhin bei der Scheidung auf gemeinsames Begehren von Bedeutung sein.

Eine weitere Möglichkeit zur Konfliktlösung ist die in den Siebzigerjahren entwickelte Methode der sog. *Mediation*, die inzwischen in zahlreichen Ländern mit Erfolg praktiziert

489 Vgl. § 62 in Verbindung mit § 118 Abs. 3 der zürcherischen Zivilprozessordnung.

(Australien, Belgien, Deutschland, England, Frankreich, Italien, Kanada, Neuseeland, USA)⁴⁹⁰ und die auch in einigen Kantonen (z.B. Basel-Stadt, Freiburg, Genf, Tessin⁴⁹¹ und Zürich) bereits angeboten wird. Ein Schweizerischer Verein für Mediation wurde inzwischen gegründet und organisiert Ausbildungskurse und Tagungen.

"Mediation" ist ein feststehender Fachbegriff, der aus dem Englischen übernommen wurde⁴⁹². Inhaltlich ist Mediation ein Verfahren, bei dem eine *neutrale* Drittperson die Beteiligten darin unterstützt, die zwischen ihnen bestehenden Konflikte durch Verhandlungen einvernehmlich zu lösen (zum zulässigen Inhalt der Vereinbarung vgl. die Erläuterungen zu Art. 146 Abs. 2). Auf Wunsch des betroffenen Paares kann die Mediation auch von zwei Personen, einer Frau und einem Mann, durchgeführt werden. Die Konfliktpartner treffen sich im Beisein der Mediatorin bzw. des Mediators, um zu klären, welche strittigen Punkte zu regeln sind; sie verhandeln dann über diese Punkte und suchen *eigenverantwortlich* nach Lösungen. Im einzelnen gibt es verschiedene Arten der Mediation. Alle Arten haben aber ein gemeinsames Ziel, nämlich das Aushandeln einer Vereinbarung, welche die Probleme in einer für alle annehmbaren Weise löst. Dies ist vor allem von Bedeutung, wenn zwischen den scheidungswilligen Ehegatten mit unmündigen Kindern über die elterliche Sorge oder die Ausgestaltung des persönlichen Verkehrs unterschiedliche Vorstellungen bestehen⁴⁹³. Da in der Mediation die scheidungswilligen Ehegatten selbst eine Lösung entwickeln müssen, wird ihre Autonomie gestärkt⁴⁹⁴. Gemeinsam von den Ehegatten erarbeitete Lösungen haben längerfristig bessere Chancen, eingehalten zu werden als gerichtliche Entscheidungen⁴⁹⁵. Gleichzeitig erhöht sich auch die Wahrscheinlichkeit, dass später auftauchende Probleme im Interesse der gemeinsamen Kinder von den Eltern selbst gelöst werden können. Eine solche Kooperationsbereitschaft der Eltern erleichtert den Kindern, die mit der Scheidung verbundenen Schwierigkeiten zu überwinden⁴⁹⁶. Von da her gesehen ist es wichtig, dass in der Schweiz ein ausreichendes Mediationsangebot zur Verfügung steht. Artikel 151 verpflichtet deshalb die Kantone, dafür zu sorgen, dass die Ehegatten sich an in der Mediation ausgebildete Personen wenden können, die ihnen helfen, sich über die Scheidung und dessen Folgen zu verständigen. Bei der Durchführung dieses Auftrages haben die Kantone weitgehende Freiheit, wie dies auch beim Vollzug von Artikel 171 ZGB über die Eheberatung der Fall ist (vgl. auch Ziff. 32). Sie können die Mediation privaten Organisationen überlassen und diese eventuell finanziell oder auf andere Weise unterstützen. Sie können sie aber auch staatlichen Stellen übertragen oder bestehenden Fachstellen

- 490 Vgl. R. Proksch, Scheidungsfolgenvermittlung (Divorce Mediation) - ein Instrument integrierter familiengerichtlicher Hilfe, FamRZ 1989, S. 916 ff., insbes. 919 ff.; M. M. Guglielmoni/ A.F. Forni, La médiation et le nouveau droit du divorce: quelques réflexions, AJP 1994, S. 883 mit Hinweisen in Anm. 2.
- 491 Vgl. M. Galli-Widmer, Familie und Scheidung. Die Familienmediation im Kanton Tessin, AJP 1994, S. 867 ff., insbes. S. 869 ff.
- 492 J. M. Haynes, Scheidung ohne Verlierer. Ein neues Verfahren, sich einvernehmlich zu trennen, München 1993, S. 295.
- 493 Vgl. auch § 17 Abs. 2 des Deutschen Gesetzes zur Neuordnung des Kinder- und Jugendhilferechts (KJHG) vom 26. Juni 1990 betreffend die Unterstützung eines einvernehmlichen Konzepts für die Wahrnehmung der elterlichen Sorge im Falle der Trennung oder Scheidung; dazu M. Hinz, Münchener Komm. zu § 17 KJHG, N. 1, 12 ff. mit umfassenden Hinweisen.
- 494 Vgl. J. M. Haynes, a.a.O., S. 12; P. Balsheit, Von der Streiterledigung zur Konfliktverarbeitung. Ein Plädoyer für mehr Autonomie im Scheidungsverfahren, AJP 1994, S. 872 ff.
- 495 Vgl. R. Proksch, FamRZ 1989, S. 920, mit Hinweisen auf amerikanische Untersuchungen; L. Cardia-Vonèche/ B. Bastard, Décider soi-même des effets du divorce: La privatisation est-elle une solution?, AJP 1994, S. 875 ff.
- 496 Vgl. B. Bastard/ L. Cardia-Vonèche, Le divorce autrement: la médiation familiale, Paris 1990, S. 18 f., 21 f., 39 f., 46, 141, 155, 158; R. Proksch, Archiv für Wissenschaft und Praxis der sozialen Arbeit, 1989, S. 76 ff. mit zahlreichen Hinweisen; ders., FamRZ 1989, S. 916 ff.

angliedern. Es sollte lediglich sichergestellt sein, dass Paare, die vor einer Scheidung stehen, innert nützlicher Frist Hilfe erhalten.

Mediatorinnen und Mediatoren haben die Aufgabe, den Einigungsprozess zwischen den Scheidungsparteien zu fördern. Sie achten auf die Einhaltung der Fairness und versuchen, die Fähigkeit der zerstrittenen Ehegatten zum Gespräch und zur Zusammenarbeit - beides für die Lösung der mit der Scheidung verbundenen Probleme notwendig - wieder herzustellen⁴⁹⁷. Es gibt aus der Mediationspraxis heraus entwickelte Gesprächsführungsmethoden, die es ermöglichen, dieses Ziel zu erreichen⁴⁹⁸. Dafür ist aber erforderlich, dass die Vertraulichkeit gewährleistet ist. Deshalb sollen Mediatorinnen und Mediatoren als Zeugen und Auskunftspersonen im Scheidungsprozess ausgeschlossen werden (Art. 139 Abs. 3, vgl. Ziff. 234.6). Ist in der Mediation eine Vereinbarung über die Scheidungsfolgen zustande gekommen, so empfiehlt sich eine juristische Nachkontrolle durch in Scheidungssachen rechtlich erfahrene Personen, z.B. die Anwälte und Anwältinnen der Parteien, die auch im Falle der Konfliktlösung durch Mediation eine beratende Funktion behalten⁴⁹⁹.

Für eine Tätigkeit als Mediatorin oder Mediator ist eine *interdisziplinäre Weiterbildung* erforderlich⁵⁰⁰. Ausserdem ist eine fachüberschreitende Zusammenarbeit zwischen psychologisch und juristisch ausgebildeten Personen aus der Anwaltschaft, der Justiz und der Sozialberatung hilfreich⁵⁰¹.

Von Frauenkreisen ist im Vernehmlassungsverfahren kritisiert worden, dass die Mediation die Frauen benachteilige, insbesondere weil sie von ihrer Lebenssituation und der während der Dauer der Ehe übernommenen Aufgaben her gesehen meist in der schwächeren Verhandlungsposition seien und auch weniger Erfahrungen im Verhandeln hätten⁵⁰². Die Mediation verkomme so zum Machtinstrument des Mannes. Es ist zwar richtig, dass die Ehefrau sich wirtschaftlich oft in einer schlechteren Ausgangslage befindet, weil sie für kürzere oder längere Zeit auf eine Unterhaltsrente angewiesen ist. Damit ist aber noch nichts über die Machtstrukturen in der einzelnen Ehe ausgesagt. Im übrigen gehört es zu den typischen Aufgaben von Mediatorinnen und Mediatoren, zu erkennen, wenn eine Partei von der anderen unter Druck gesetzt wird. Ist es nicht möglich, ein Gleichgewicht zwischen den Ehegatten herzustellen, so ist für die Mediation grundsätzlich kein Platz mehr. Vielmehr muss in einem solchen Fall die mit der Mediation betraute Person die Parteien an Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte verweisen.

Die Mediation erfolgt wie die Eheberatung (Art. 171 ZGB) auf freiwilliger Basis und darf von jedem Ehegatten jederzeit ohne Angabe von Gründen abgebrochen werden. Das Gericht kann die Parteien nicht gegen ihren Willen zur Mediation verpflichten. Es ist aber

497 J. M. Haynes, a.a.O., S. 13

498 Vgl. J. M. Haynes, a.a.O., S. 30 ff.

499 J. M. Haynes, a.a.O., S. 27; ders., Mediation. Basisinformation für Interessierte, in: H. Krabbe (Hrsg.), Scheidung ohne Richter, Hamburg 1991, S. 147.

500 Vgl. B. Bastard/L. Cardia-Vonèche, a.a.O., S. 29 ff., 95 f., 117.

501 Vgl. M. Brehme, Die Zusammenarbeit von Juristen und psychosozialen Berufen. Erfahrungsbericht einer Familienrichterin, in: H. Krabbe, a.a.O., S. 226 ff.; M. Guglielmoni/A.F. Forni, AJP 1994, S. 884.

502 M. L. Leitch, The Politics of Compromise: A Feminist Perspective on Mediation, in: Mediation quarterly, No 14-15, 1986-87, S. 163 ff.; C. Werner-Schneider, Wer zahlt den Preis für den Gang zum Mediator? Kritische Anmerkungen zum "Mediation"-Modell, Streit 1991, S. 16 ff.; Vor- und Nachteile der Mediation abwägend: B. Bastard/L. Cardia-Vonèche, La médiation familiale: un meilleur divorce, mais à quel prix pour les femmes?, in F-Frauenfragen Nr. 1/1992, S. 22 ff., mit weiteren Literaturhinweisen.

möglich, dass ein bereits rechtshängiger Scheidungsprozess im Einverständnis mit den Parteien sistiert wird, um den Ehegatten Gelegenheit zu geben, ihre Konflikte auf dem Wege der Mediation zu bereinigen.

Über die Kosten der Mediation spricht sich der Entwurf nicht aus. Wie bei der Ehevermittlung ist es zulässig, von den Parteien einen angemessenen Beitrag zu verlangen. Bei Bedürftigkeit der Scheidungsparteien sollte der Kanton die Möglichkeit einer unentgeltlichen Mediation vorsehen, sodass sich eine Gleichbehandlung von Scheidungen mit Mediation und Streitscheidungen mit unentgeltlicher Rechtspflege ergibt. Schliesslich ist noch darauf hinzuweisen, dass die Kantone bei der Ausführung des Auftrags gemäss Artikel 151 Anforderungen an die berufliche Ausbildung der Mediatorinnen und Mediatoren umschreiben können⁵⁰³.

Die gesetzliche Verankerung der Mediation verstärkt die mit der Revision des Eherechts eingeleitete Entwicklung, den Ehegatten für die rechtliche Gestaltung ihrer Beziehungen möglichst viel Autonomie einzuräumen (vgl. insbes. Art. 163 ZGB, vgl. auch Art. 111, 133 Abs. 2, 140). Die Mediation kann dazu einen wesentlichen Beitrag leisten. Die Bestimmung über die Mediation ist im Vernehmlassungsverfahren mehrheitlich gutgeheissen worden, und auch im schweizerischen Schrifttum wird die Einführung der Mediation grundsätzlich begrüsst⁵⁰⁴.

234.122 Familiengerichte (Art. 152)

Familienrechtliche Prozesse setzen neben einem umfangreichen juristischen Spezialwissen stets auch eine gewisse psychologische Befähigung und Schulung der Richterinnen und der Richter voraus. Sie unterscheiden sich in vielen Belangen von anderen Zivilprozessen, weil es oft um die rechtliche Gestaltung von familienrechtlichen Verhältnissen geht, die auf Dauer angelegt sind. Im Scheidungsprozess ist insbesondere die Regelung der Kinderzuteilung und des persönlichen Verkehrs mit dem Kind von besonderer Bedeutung. Mit der Einführung der Scheidung auf gemeinsames Begehren werden diese Unterschiede zum gewöhnlichen Zivilprozess weiter verstärkt. Beantragen die Ehegatten gemeinsam die Scheidung und legen sie eine vollständige Vereinbarung vor, so erfolgt die Scheidung nicht mehr in einem klassischen Zivilprozess mit Kläger und Beklagtem, sondern in einem Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, für das zweckmässigerweise eine Einzelrichterin oder Einzelrichter zuständig sein sollte. Diese Personen sollten neben den juristischen Kenntnissen auch über eine ausgeprägte psychologische Befähigung verfügen und in der Gesprächsführung geschult sein, damit insbesondere die zweimalige Anhörung der Ehegatten im Rahmen der Konventionalscheidung (Art. 111, vgl. Ziff. 231.22) und die Anhörung des Kindes (Art. 144, vgl. Ziff. 234.101) ihren Sinn erfüllt. Aber auch bei Streitscheidungen ist eine besondere fachliche Qualifikation der Mitglieder des Scheidungsgerichts wichtig, damit das Verfahren nicht noch einen zusätzlichen Beitrag zur Verschärfung der Konfliktsituation unter den Ehegatten zum Nachteil der Kinder leistet.

503 Der Bund ist aufgrund der verfassungsrechtlichen Kompetenzverteilung nicht befugt, Vorschriften über die Berufsausbildung in Mediation zu erlassen, vgl. Art. 34^{ter} Abs. 1 Bst. g BV.
504 M. Galli-Widmer, AJP 1994, S. 867 ff., insbes. S. 871; M. Gugliccioni/ A.F. Forni, AJP 1994, S. 883 ff., insbes. S. 886 f.; vgl. weiter P. Balscheit, AJP 1994, S. 872 ff.

†
Diesen Anliegen würde die Einsetzung von Familiengerichten im Sinne von Fachgerichten, in welche besonders geschulte Frauen und Männer Einsitz nehmen sollten, am besten entsprechen. Indessen ist dem Umstand Rechnung zu tragen, dass die Kantone nach Artikel 64 Absatz 3 BV für die Gerichtsorganisation zuständig sind. Artikel 152 des Entwurfes legt ihnen aber im Sinne einer Empfehlung nahe, die Durchführung von Scheidungsprozessen und anderen familienrechtlichen Verfahren Fachgerichten zu übertragen.

24 Änderung weiterer Bestimmungen des Zivilgesetzbuches

241 Auflösung der Ehe bei Verschollenerklärung (Art. 38 Abs. 3)

Siehe Ziff. 222.32. Die Norm entspricht inhaltlich Artikel 96 Absatz 2.

242 Schutz der ehelichen Gemeinschaft (Art. 179)

Nach geltendem Recht kann das Eheschutzgericht bei der Ordnung des Getrenntlebens der Ehegatten gemäss Artikel 176 Absatz 3 ZGB zwar die Obhut über die Kinder oder die elterliche Sorge regeln (Art. 297 Abs. 2 ZGB), aber keine Kindesschutzmassnahmen (Art. 307 ff. ZGB) erlassen. Hält es solche Massnahmen für nötig, so bleibt ihm nichts anderes übrig, als die Vormundschaftsbehörde zu benachrichtigen. Dieser Zustand ist unbefriedigend. Prozessökonomie und Sachzusammenhang rechtfertigen es, dass inskünftig das Eheschutzgericht auch Kindesschutzmassnahmen verfügen kann (vgl. Art. 315a Abs. 1). Dies bedingt eine Änderung von Artikel 179 Absatz 2, damit die Kindesschutzmassnahmen bei Aufnahme des Zusammenlebens nicht ohne weiteres entfallen.

Die Ergänzung in Absatz 1 verweist auf diejenigen Fälle, in denen die vormundschaftlichen Behörden und nicht das Gericht für die Abänderung des persönlichen Verkehrs und von Kindesschutzmassnahmen zuständig sind (vgl. Art. 134 und 315b).

Die neue Regelung ist im Vernehmlassungsverfahren praktisch unbestritten geblieben.

243 Stiefkindadoption (Art. 264a Abs. 3)

Das geltende Adoptionsrecht privilegiert die Adoption eines Stiefkindes, um seine rasche Integration in die neue Familie zu fördern. Während bei der Fremdadoption die Ehegatten mindestens 5 Jahre verheiratet sein oder das 35. Altersjahr zurückgelegt haben müssen (Art. 264a Abs. 2 ZGB), genügt bei der Stiefkindadoption eine bloss zweijährige Ehedauer (Art. 264a Abs. 3).

Mit dem Inkrafttreten des neuen Adoptionsrechts hat die Zahl der Stiefkindadoptionen stark zugenommen und macht heute zwischen einem Drittel und der Hälfte aller Adoptionen

aus⁵⁰⁵. Die überwiegende Zahl betrifft unmündige Scheidungskinder. Wieviele Ehen mit Stiefkindadoptionen nachher wiederum geschieden werden, lässt sich wegen der rechtlichen Gleichstellung des Adoptivkindes (Art. 267 Abs. 1 ZGB) statistisch nicht erfassen. Indessen ist davon auszugehen, dass Zweitehen nicht weniger scheidungsanfällig sind als Erstehen. Im übrigen zeigen die Statistiken klar, dass die Scheidungshäufigkeit bis zu einer Ehedauer von fünf Jahren am höchsten ist. Nimmt man die Mindestdauer der Ehe als Indiz für die Beständigkeit der Verhältnisse, so lässt sich die Privilegierung der Stiefkindadoption in keiner Weise rechtfertigen.

Die meisten Stiefkindadoptionen betreffen - wie bereits erwähnt - Scheidungskinder. Mit der Adoption erlischt das Kindesverhältnis zum leiblichen Elternteil, dem das Kind bei der Scheidung entzogen wurde; dies ist heute in der Regel der Vater. Das Kind muss somit zweimal eine "Scheidung" durchmachen: Auf die Scheidung der Eltern folgt mit der Adoption die definitive Trennung vom betreffenden leiblichen Elternteil. Die Stiefkindadoption hat für das Scheidungskind einschneidendere sozialpsychische Folgen als für das Kind bei der Fremdadoption, wo oft eine nähere Beziehung zu den leiblichen Eltern fehlt. Dementsprechend ist eine erneute Scheidung nach der Adoption für das Kind viel nachteiliger: Das Kindesverhältnis zum leiblichen Vater oder zur leiblichen Mutter besteht nicht mehr, und die Beziehung zwischen Kind und Adoptivvater oder Adoptivmutter wird um so schwächer sein, je kürzer die zweite Ehe gedauert hat. Dazu kommt, dass die Bereitschaft des betreffenden Adoptivelternteils zur Erfüllung der Unterhaltspflicht häufig gering ist.

Die Gründe für eine Stiefkindadoption bestehen oft weniger darin, dass der leibliche Elternteil, dem das Kind bei der Scheidung nicht zugesprochen wurde, diesem nicht nachfragt. Vielmehr lehnt der andere Elternteil jenen ab und versucht, ihn aus dem Leben des Kindes zu verdrängen. Durch die Stiefkindadoption sollen die letzten Spuren der gescheiterten Ehe eliminiert werden. Nicht selten ist deshalb der Entschluss zur zweiten Ehe mit dem Versprechen des künftigen Ehepartners eng verknüpft, das Kind zu adoptieren. Gleichzeitig wird das Besuchsrecht des leiblichen Elternteils meist stark erschwert oder gar verhindert. Zu dieser "Verdrängungsstrategie" gehört unter Umständen auch ein möglichst vor der zweiten Eheschließung vereinbarter (ungültiger) Verzicht auf Unterhaltsbeiträge vom leiblichen Elternteil gegen dessen Zustimmung zur Adoption⁵⁰⁶. Solche Machenschaften werden durch die Verkürzung der Mindestehedauer für die Stiefkindadoption auf zwei Jahre wesentlich begünstigt.

Zu berücksichtigen ist im übrigen, dass das Stiefkind nicht stärker, sondern wesentlich weniger auf die Adoption angewiesen ist als ein fremdes Kind, weil es eine bessere familienrechtliche Stellung hat. Das Stiefkind ist leibliches Kind des einen Ehegatten und ist mit dem anderen verschwägert (Art. 21 ZGB). Dieser hat dem leiblichen Elternteil in der Erfüllung der Unterhaltspflicht gegenüber dem Stiefkind in angemessener Weise beizustehen (Art. 278 Abs. 2 ZGB). Gleiches gilt auch für die Ausübung der elterlichen Sorge (Art. 299 ZGB). Dagegen hat das Kind bei der Fremdadoption lediglich die schwächere familienrechtliche Stellung eines Pflegekindes. Weiter ist der Erwerb des neuen Namens, der auch durch Namensänderung nach Artikel 30 ZGB erfolgen kann, für das Stiefkind nicht dringlicher als für das Pflegekind.

505 Von den total 1'158 Adoptionen, die 1994 ausgesprochen wurden, waren 570 Stiefkindadoptionen. In 543 Fällen adoptierte der Stiefvater, in 27 Fällen die Stiefmutter. In 72 Fällen war das Adoptivkind bereits mündig.

506 Vgl. z. B. BGE 113 II 114; C. Hegnauer, Verzicht auf Unterhaltsbeiträge?, ZVW 1986, S. 59.

Die Expertenkommission kam deshalb zum Schluss, dass die geltende Privilegierung der Stiefkindadoption gegenüber der Fremdadoption nicht gerechtfertigt sei. Der Vernehmlassungsentwurf sah daher vor, dass inskünftig auch bei der Stiefkindadoption eine minimale Ehedauer von fünf Jahren erforderlich ist, sofern die adoptierende Person nicht schon 35 Jahre alt ist. Im Ausland besteht ebenfalls eine Tendenz, die Stiefkindadoption drastisch einzuschränken⁵⁰⁷.

Im Vernehmlassungsverfahren stimmte die grosse Mehrheit der Heraufsetzung der erforderlichen Ehedauer zu. Überdies wurde in verschiedenen Stellungnahmen zu bedenken gegeben, ob die alternative Voraussetzung eines Mindestalters von 35 Jahren nicht gestrichlen werden sollte. Vereinzelt wurde auch die Meinung vertreten, dass die Stiefkindadoption nur bei Vorliegen zusätzlicher sachlicher Voraussetzungen (z.B. biologischer Vater gestorben) zulässig sein sollte.

Der Entwurf übernimmt die Anregung, eine Stiefkindadoption nur zuzulassen, wenn die Ehe fünf Jahre gedauert hat. Damit wird verhindert, dass die Rechtsstellung des leiblichen Elternteils ohne elterliche Sorge zu rasch verändert wird. Hat eine Ehe fünf Jahre gedauert, so lässt sich auch ihre Bewährung einigermaßen beurteilen (vgl. Ziff. 142.1). Aus den Materialien zum Adoptionsrecht geht hervor, dass seinerzeit die alternative Voraussetzung des zurückgelegten 35. Altersjahres nur in Artikel 264a Absatz 2 ZGB aufgenommen worden ist, um die gemeinschaftliche Adoption (Art. 264b ZGB) gegenüber der Einzeladoption (Art. 264a ZGB) nicht zu diskriminieren. Bei der Stiefkindadoption auf diese Alternative zu verzichten, ist gerechtfertigt. Die Stiefkindadoption ist ein Sonderfall, der besondere Voraussetzungen erfordert, damit ihm sachgemäss Rechnung getragen wird.

244 Wirkungen des Kindesverhältnisses

244.1 Persönlicher Verkehr (Art. 273, 274 Abs. 1 und 275)

Kernstück des persönlichen Verkehrs ist das Besuchsrecht. Nach herkömmlicher Auffassung ist dieses Ausfluss des Persönlichkeitsrechtes der Eltern⁵⁰⁸ und findet seine Grenze am Kindeswohl. Ausgehend davon bestimmt das geltende Recht in Artikel 273 ZGB, dass die Eltern Anspruch auf angemessenen persönlichen Verkehr mit dem unmündigen Kind haben, das nicht unter ihrer elterlichen Gewalt oder Obhut steht⁵⁰⁹. Die elterliche Gewalt ist im Umfang des Besuchsrechts des nichtobhutsberechtigten Elternteils beschränkt. Artikel 274 ZGB sieht die Schranken des Anspruchs auf persönlichen Verkehr vor. Bei der Revision des Kindesrechts im Jahre 1976 wurde auch in Erwägung gezogen, eine eigentliche Besuchs-

507 Nach Art. 345-1 CCfr. (in der Fassung vom 8. Januar 1993) ist die Volladoption eines Stiefkinds nur zulässig, wenn das Kindesverhältnis lediglich zum Ehegatten des Adoptierenden besteht. Vgl. weiter I. Schwenger, Gutachten, S. A97 ff. mit rechtsvergleichenden Hinweisen.

508 BGE 89 II 4 E. 1

509 Botschaft vom 5. Juni 1974 zum Kindesrecht, BBl 1974 II S. 52, Ziff. 321.31; Grundsatz 8 der Empfehlung N° R (84) 4 des Ministerkomitees des Europarates über die elterliche Verantwortung vom 28. Februar 1984 schreibt vor, dass ein Elternteil, bei dem das Kind nicht lebt, zumindest die Möglichkeit haben soll, persönliche Beziehungen zum Kind zu unterhalten, soweit diese Beziehungen das Wohl des Kindes nicht ernsthaft gefährden. Zu den Problemen, welche sich der Praxis bei der Konkretisierung des Besuchsrechts stellen: V. Bräm, Das Besuchsrecht geschiedener Eltern, AJP 1994, S. 899 ff.; für rechtstatsächliche Abklärungen siehe W. Felder/ Ch. Wüthrich/ M. Zollinger, AJP 1994, S. 895.

pflicht im Gesetz zu verankern. Man sah aber davon ab, weil die Durchsetzung einer Besuchspflicht schwerlich im Interesse des Kindes liegen dürfte und auf fast unüberwindliche Schwierigkeiten stossen würde⁵¹⁰.

In der neueren schweizerischen Literatur wird der Anspruch der Eltern auf persönlichen Verkehr trotzdem als Pflichtrecht verstanden. Aus dem Grundsatz von Artikel 272 ZGB, wonach Eltern und Kinder einander Beistand, Rücksicht und Achtung schulden, lässt sich eine Verpflichtung der Eltern zur Ausübung dieses Rechts ableiten. Als Reflex dieses Pflichtrechts der Eltern ergibt sich ein Anspruch des Kindes auf persönlichen Verkehr mit seinen Eltern⁵¹¹. Die zwangsweise Durchsetzung dieses Rechts gegen den Willen der Eltern ist allerdings in der Praxis nicht möglich und mit dem Sinn des persönlichen Verkehrs zwischen Eltern und Kind letztlich auch kaum vereinbar⁵¹².

Die Expertenkommission sah von einer gesetzlichen Neukonzeption des Besuchsrechts ab. Allerdings wollte sie entsprechend der Doktrin in Artikel 273 Absatz 2 des Vorentwurfes betonen, dass das Besuchsrecht auch Pflichtcharakter hat, indem die Vormundschaftsbehörde einen Elternteil, der sein Besuchsrecht zum Nachteil des Kindes nicht ausübt, ermahnen kann.

Im Vernehmlassungsverfahren ist eine stattliche Zahl von Stellungnahmen zum Besuchsrecht eingegangen, welche die Rechtsstellung des Kindes verbessern wollten. Insbesondere wurde vorgeschlagen, im Gesetz dem nichtobhutsberechtigten Elternteil und dem Kind gegenseitig ein Besuchsrecht einzuräumen oder den Pflichtcharakter des elterlichen Besuchsrechts stärker hervorzuheben. Von solchen Neuerungen erhofft man sich zum Teil allerdings Unterschiedliches: Von Frauenseite wurde am geltenden Recht beanstandet, dass die Väter heute ohne Folgen auf die Ausübung ihres Besuchsrechts verzichten könnten, was den Kindesinteressen widerspreche und auch zu zusätzlichen zeitlichen Belastungen für die Mütter führe. Von Männerseite erhofft man sich dagegen mit einem Besuchsrecht des Kindes eine bessere Handhabe gegen Mütter, die das Besuchsrecht des Vaters systematisch torpedieren: Ein Besuchsrecht des Kindes dürfte bei den sorgeberechtigten Müttern auf mehr Akzeptanz stossen als ein Umgangsrecht des früheren Ehepartners, mit dem allenfalls noch Streit besteht.

Inzwischen hat der Bundesrat dem Parlament die Ratifizierung des UN-Kinderkonvention⁵¹³ beantragt. Artikel 9 Absatz 3 dieses Übereinkommens verpflichtet die Vertragsstaaten, das Recht des von einem oder beiden Elternteilen getrennt lebenden Kindes zu achten, regelmässig persönliche Beziehungen und unmittelbare Kontakte zu beiden Elternteilen zu pflegen, soweit dies nicht dem Wohl des Kindes widerspricht. Dass das schweizerische Kindesrecht mit seiner geltenden Konzeption des persönlichen Verkehrs diesem Anspruch des Kindes zu wenig Rechnung trägt, ist offensichtlich⁵¹⁴. Der Bundesrat schlägt deshalb vor, in Artikel 273 Absatz 1 neu ein gegenseitiges Besuchsrecht des nicht obhutsberechtigten Elternteils und des Kindes im Sinne von Persönlichkeitsrechten zu verankern. Indessen muss man sich bewusst sein, dass der Durchsetzung des Besuchsrechts des Kindes

510 BBl 1974 II 52, Ziff. 321.31

511 C. Hegnauer, Berner Komm. zu Art. 273 ZGB N. 57 f.

512 C. Hegnauer, Berner Komm. zu Art. 273 ZGB N. 58.

513 BBl 1994 V 1 ff.

514 I. Schwenzer, AJP 1994, S. 823

Schranken gesetzt sind. Auch ausländische Rechtsordnungen, die ein Besuchsrecht des Kindes gesetzlich vorgesehen haben⁵¹⁵, können dieses Problem nicht überzeugend lösen. Der Entwurf geht davon aus, dass lediglich der besuchsberechtigte Elternteil verbindliche Anordnungen über den Umfang seines Besuchsrechts verlangen kann (Art. 273 Abs. 3), wobei solche Anordnungen im Scheidungsfall von Amtes wegen durch das Scheidungsgericht zu treffen sind (Art. 133 Abs. 1). Verbindliche Anordnungen sind nötig, weil sie auch eine entsprechende Einschränkung des Sorgerechts des andern Elternteils bedeuten. Die Ordnung des Besuchsrechts des Kindes dagegen muss grundsätzlich den Beteiligten überlassen werden. Dass eine staatliche Stelle einen Elternteil verpflichtet, sich für eine bestimmte Zeit dem Kind zur Verfügung zu halten, ist nicht denkbar. Entsprechend dem Vernehmlassungsentwurf sieht aber Artikel 273 Absatz 2 vor, dass die Vormundschaftsbehörde Eltern, Pflegeeltern oder das Kind ermahnen und ihnen Weisungen erteilen kann, wenn sich die Ausübung oder Nichtausübung des persönlichen Verkehrs für das Kind nachteilig auswirkt. Damit wird im Gesetz ausdrücklich festgehalten, was sich auch aus Artikel 307 ZGB ableiten liesse⁵¹⁶, so dass die in einigen Vernehmlassungen geäußerte Skepsis unbegründet ist. Nicht zu überzeugen vermag der Vorschlag aus dem Vernehmlassungsverfahren, die Alimente eines Elternteils, der seine Besuchspflichten vernachlässigt, als Sanktion zu erhöhen. Welchen Nutzen ein Kind von einem Besuch hat, der nur stattfindet, weil der besuchspflichtige Elternteil Angst vor einer Erhöhung der Alimente hat, ist fraglich. Zudem müsste logischerweise auch eine Herabsetzung der Alimente vorgesehen werden, wenn der Inhaber des Sorgerechts das Besuchsrecht des andern Elternteils hintertreibt⁵¹⁷. Von ihrem Sinn und Zweck her dürfen Unterhaltsbeiträge und Sanktionen nicht miteinander vermischt werden. Der neue Artikel 285 Absatz 1 (Ziff. 244.3) nimmt aber das Anliegen in dem Sinn auf, dass die tatsächliche Ausübung des Besuchsrechts als Beitrag an die Kinderbetreuung einen Einfluss auf die Höhe der Kinderalimente haben kann. Im übrigen kann das Nichterfüllen einer konkreten Vereinbarung unter Umständen nach den allgemeinen deliktsrechtlichen Bestimmungen einen Schadenersatzanspruch begründen.

Die Änderung von Artikel 274 Absatz 1 hat nur redaktionelle Bedeutung: In der deutschen Fassung wird statt vom "Erzieher" geschlechtsneutral von der "erziehenden Person" gesprochen.

Artikel 275 Absatz 1 regelt die örtliche Zuständigkeit, legt also fest, welche Vormundschaftsbehörde zuständig ist. Als Grundsatz gilt wie bereits heute, dass die Vormundschaftsbehörde am Wohnsitz des Kindes den persönlichen Verkehr regelt, weil sie die Verhältnisse am besten kennt. Daneben soll aber künftig die Vormundschaftsbehörde am Aufenthaltsort zuständig sein, sofern sie bereits Kindesschutzmassnahmen getroffen hat oder Vorkehrungen dazu trifft. Das entspricht der Prozessökonomie.

515 Norwegen, Par. 44 Abs. 1 Kindergesetz von 1981: "The child has right of access to both parents, even if they live apart. The parents have mutual responsibility for implementing the right of access. The parent with whom the child does not live has right of access unless otherwise agreed or determined". Finnland, Section 2 des "Child custody and Right of access act" von 1983: "the objects of access are to ensure a child the right to meet the parent with whom he no longer lives and maintain contact with him or her". Kann keine Verständigung über das Besuchsrecht erreicht werden, kann der nicht obhutsberechtigte Elternteil die Regelung des Besuchsrechts verlangen; vgl. auch Schweden, 6. Kap., Section 20, Abs. 1 Elterngesetz in der Fassung von 1990.

516 C. Hegnauer, Persönlicher Verkehr - Grundlagen, ZVW 1993, S. 46.

517 H. Hausheer, ZBJV 1993, S. 664

Artikel 275 Absatz 2 ist Artikel 134 anzupassen (vgl. Ziff. 233.63).

In Artikel 275 Absatz 3 ist im deutschen Text redaktionell die neue Terminologie "elterliche Sorge" zu übernehmen (vgl. Ziff. 15).

244.2 Information und Auskunft (Art. 275a)

Auch wenn der Entwurf die Möglichkeit gemeinsamer Sorge für geschiedene und unverheiratete Eltern vorsieht, wird weiterhin in vielen Fällen lediglich ein Elternteil Inhaber der elterlichen Sorge sein. Der andere Elternteil ist damit von allen Entscheiden bezüglich des Kindes ausgeschlossen. Sein Elternsein beschränkt sich rechtlich gesehen auf einen Anspruch auf persönlichen Verkehr und auf eine Zahlpflicht für den Unterhalt des Kindes. Dies ist unbefriedigend. Ein Elternteil sollte am Wohlergehen des Kindes Anteil nehmen können, selbst wenn er nicht oder nicht mehr Inhaber der elterlichen Sorge ist. Artikel 275a sieht deshalb nach dem Vorbild von Artikel 300 Absatz 2 ZGB (Anhörungsrecht der Pflegeeltern) neu ein Informations- und Auskunftsrecht für den Elternteil ohne elterliche Sorge vor. Diese Rechte entsprechen einer Empfehlung des Europarates aus dem Jahre 1984⁵¹⁸ und werden von der Doktrin⁵¹⁹ und Praxis⁵²⁰ als notwendige Ergänzung zum Recht auf persönlichen Verkehr schon heute aus dem Gesetz hergeleitet. Um dem Sinn und Zweck des Besuchsrechts gerecht zu werden, ist der besuchsberechtigte und -verpflichtete Elternteil auf gewisse Informationen über das Kind angewiesen. Das Informations- und Auskunftsrecht, das auch bei bevormundeten Kindern zur Anwendung kommt, sollte im übrigen auch das Verantwortungsgefühl des Elternteils ohne elterliche Sorge im Interesse des Kindes fördern. Es hat im Vernehmlassungsverfahren eine positive Aufnahme gefunden.

Absatz 1 legt fest, was eine vernünftige Mutter oder ein vernünftiger Vater, auch wenn sie nicht oder nicht mehr miteinander verheiratet sind, ohnehin machen würde, nämlich den andern Elternteil über ein besonders wichtiges Ereignis im Leben des gemeinsamen Kindes zu benachrichtigen (z.B. über eine bevorstehende Operation, über einen Unfall, über das Gelingen einer Prüfung usw.). Gleiches gilt für die Anhörung zu Entscheidungen, die für die Entwicklung des Kindes wichtig sind. Solche Entscheidungen, namentlich solche über die Schul- und Berufsbildung des Kindes, können Rückwirkungen auf die Unterhaltspflicht haben. Es ist deshalb auch unter diesem Gesichtspunkt unbillig, wenn ein Elternteil ohne elterliche Sorge dazu nichts zu sagen hat. Das Informationsrecht im Sinne von Absatz 1 ist indessen bewusst als "Soll"-Bestimmung formuliert. Nimmt der Elternteil ohne elterliche Sorge am Wohlergehen des Kindes keinen Anteil, übt er namentlich ohne stichhaltigen Grund sein Besuchsrecht nicht oder nur selten aus, so kann vom Inhaber der elterlichen Sorge auch nicht erwartet werden, dass er sich besonders um Information oder Anhörung des anderen Elternteils bemüht. In gewissen Fällen kann auch die Gesprächsbereitschaft zwischen den Eltern schwer gestört sein. Hier ist es um so wichtiger, dass der Elternteil ohne elterliche Sorge sich zumindest bei Dritten, die an der Betreuung des Kindes beteiligt sind (Ärztinnen und Ärzte, Lehrerinnen und Lehrer, Lehrmeisterinnen und Lehrmeister),

518 Recommendation N° R (84) 4 sur les responsabilités parentales (principe 11). Der deutsche Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Kindschaftsrechts (Stand: 24. Juli 1995) sieht vor, dass jeder Elternteil vom andern Elternteil bei berechtigtem Interesse Auskunft über die persönlichen Verhältnisse des Kindes verlangen kann, wenn dies dem Wohle des Kindes nicht widerspricht (§ 1686 BGB-E).

519 C. Hegnauer, Berner Komm. zu Art. 273 ZGB N 87

520 ZVW 1991, S. 38 f.

direkt erkundigen kann (Abs. 2). Dieses Auskunftsrecht darf aber nicht als Kontrollrecht missverstanden werden. Es geht nicht darum, dass ein Elternteil die Ausübung der elterlichen Sorge durch den andern kontrolliert und sich in dessen Erziehungsaufgabe einmischet. Vielmehr hat sich das Gespräch mit dem Dritten auf den von diesem betreuten Bereich zu beschränken. Im übrigen versteht sich von selbst, dass die Dritten die Persönlichkeitsrechte des Kindes zu wahren haben. Der Elternteil ohne elterliche Sorge hat nicht Anspruch auf mehr Informationen als der andere Elternteil. Soweit aber eine Auskunftspflicht gegenüber dem sorgeberechtigten Elternteil besteht, hat auch der andere Elternteil inskünftig Anspruch auf Auskunft (Abs. 2: "in gleicher Weise wie der Inhaber der elterlichen Sorge Auskünfte ... einholen").

Unter Umständen kann es im Interesse des Kindes nötig sein, das Auskunftsrecht und allenfalls auch das Informationsrecht einzuschränken oder aufzuheben. Nach Absatz 3 sind dafür die Bestimmungen über die Schranken des persönlichen Verkehrs (Art. 274 ZGB) und die Zuständigkeit (Art. 275 ZGB) anwendbar.

244.3 Unterhaltspflicht der Eltern

(Art. 285 Abs. 1, Art. 286 Abs. 3 und Art. 289 Abs. 1)

Die Festsetzung von Unterhaltsbeiträgen ist ein Ermessensentscheid, bei dem alle bedeutenden Umstände berücksichtigt werden müssen (vgl. auch Art. 4 ZGB). Neben der Lebensstellung und Leistungsfähigkeit der Eltern und den Bedürfnissen des Kindes verdeutlicht der neue Artikel 285 Absatz 1, dass auch der Beitrag des nicht obhutsberechtigten Elternteils an der Betreuung des Kindes ein wesentliches Kriterium für die Festsetzung der Höhe der Unterhaltsbeiträge ist. Allerdings ist nicht zu übersehen, dass die Grundkosten für den Unterhalt des Kindes wie Wohnungsanteil, Versicherungs- und Krankenkassenprämien, Kosten für Kleider usw. durch den Umfang der Mitbetreuung nicht beeinflusst werden. Wenn es die wirtschaftlichen Verhältnisse erlauben, sollte der Unterhaltsbeitrag für das Kind aber so bemessen werden, dass sich der sorgeberechtigte Elternteil ein angemessenes Mass an Freizeit verschaffen kann, beispielsweise durch die stundenweise Anstellung eines bezahlten Babysitters. Die gleiche Funktion kann die Mitbetreuung des Kindes durch den andern Elternteil erfüllen, sei es, dass beide Eltern gemeinsam die elterliche Sorge ausüben, sei es, dass die Betreuung im Rahmen eines grosszügig bemessenen Besuchsrechts wahrgenommen wird.

In der Praxis sind immer wieder Klagen darüber zu hören, dass sich Väter bei der Scheidung ein grosszügiges Besuchsrecht einräumen lassen, dieses aber später während längerer Zeit nicht mehr ausüben. Ein solches Verhalten kann zu einer beachtlichen finanziellen Mehrbelastung der obhutsberechtigten Mutter führen, das Anlass zu einer angemessenen nachträglichen Erhöhung der Alimente gemäss Artikel 286 Absatz 2 ZGB sein sollte⁵²¹. Der Zusatz von Artikel 285 Absatz 1 will die Praxis in die entsprechenden Bahnen lenken. Die Neueuerung will aber nicht kleinliche Aufrechnereien schützen.

Doktrin und Praxis gehen heute davon aus, dass der Festsetzung von Unterhaltsbeiträgen die Verhältnisse zugrunde zu legen sind, wie sie sich voraussichtlich über längere Zeit hin gestalten⁵²². Gleiches gilt auch bei der Abänderung von Unterhaltsbeiträgen. Das kann un-

521 Vgl. H. Hausheer, ZBJV 1993, S. 664.

522 C. Hegnauer, a.a.O., Rz. 21.15, S. 146 f.

befriedigend sein. Der neue Artikel 286 Absatz 3 ermöglicht, einen Elternteil bei nicht vorgesehenen ausserordentlichen Bedürfnissen des Kindes neben den ordentlichen Alimenten zur Leistung eines besonderen Beitrages zu verpflichten. Zu denken ist beispielsweise an einen Sonderbeitrag für Zahnkorrekturen oder für vorübergehende besondere schulische Massnahmen.

Die Änderung von Artikel 289 Absatz 1 trägt der neuen Möglichkeit gemeinsamer elterlicher Sorge geschiedener und unverheirateter Eltern Rechnung. In solchen Fällen hat der verpflichtete Elternteil den Unterhaltsbeitrag dem Inhaber der Obhut zu leisten. Dabei ist der Begriff der Obhut nicht im Rechtssinne zu verstehen. Gegenüber dem Vernehmlassungsentwurf wird präzisiert, dass die Bestimmung lediglich auf unmündige Kinder Anwendung findet.

244.4 Die elterliche Sorge (Art. 296 ff.)

244.41 Gemeinsame elterliche Sorge unverheirateter Eltern (Art. 298a)

Sind die Eltern unverheiratet, so steht die elterliche Sorge nach geltendem Recht der Mutter zu (Art. 298 Abs. 1 ZGB). In Beantwortung eines Postulats Braunschweig vom 19. Juni 1987 (87.525) hat sich der Bundesrat bereit erklärt, die Möglichkeit gemeinsamer elterlicher Sorge unverheirateter Eltern (sog. Konkubinatseltern) zu prüfen. Die Expertenkommission für die Revision des Scheidungsrechts erachtete eine entsprechende Bestimmung für unnötig. Das geltende Recht habe den Vorteil der Klarheit im Falle eines Konflikts zwischen den Eltern. Zudem sei es schwierig, gesetzlich zu umschreiben, wann ein Konkubinatseltern eine genügende Stabilität aufweise, damit die elterliche Sorge beiden Eltern eingeräumt werden könne. Statt dessen wurde in Anlehnung an die Rechtsstellung von Stief- und Pflegeeltern (Art. 299, 300 Abs. 1 ZGB) eine sog. Teilnahme an der elterlichen Gewalt vorgeschlagen. Nach Artikel 298a des Vorentwurfs sollte, wenn der alleinige Inhaber der elterlichen Gewalt damit einverstanden ist, der andere Elternteil befugt sein, ihm in der Ausübung der elterlichen Gewalt in angemessener Weise beizustehen und ihn zu vertreten, wenn es die Umstände erfordern.

Im Vernehmlassungsverfahren ist diese Bestimmung stark kritisiert worden. Die Norm sei überflüssig, weil selbstverständlich. Zudem sei es widersprüchlich, nur geschiedenen Eltern, nicht aber unverheirateten Eltern die Möglichkeit der gemeinsamen elterlichen Sorge einzuräumen.

In der Tat ist der Umstand, dass unverheiratete Eltern eines Kindes bewusst eine rechtliche Ausgestaltung ihrer Beziehung zueinander im Rahmen der Institution Ehe ablehnen, nach heutiger Auffassung für sich allein kein genügender Grund, um ihnen ein gemeinsames Sorgerecht zu verweigern⁵²³. Die persönliche Entscheidung gegen die Eheschliessung darf sich nicht zulasten des Kindes auswirken⁵²⁴. Vielmehr ist vom Kindeswohl her zu prüfen, welche

523 Siehe auch den Entscheid des Deutschen Bundesverfassungsgerichts vom 7. Mai 1991, BVerfGE 84, Nr. 11, S. 168 ff.

524 Vgl. z.B. auch BGE 105 II 244 f. E. 1 bezüglich der Namensänderung eines Kindes unverheirateter Eltern.

4
Lösung zweckmässig ist. In dieser Hinsicht ist ein genereller Ausschluss des gemeinsamen Sorgerechts bei unverheirateten Eltern nicht zu begründen. Namentlich ist nicht einzusehen, warum geschiedene Eltern zusammen Inhaber des Sorgerechts sein können sollen, nicht aber unverheiratete Eltern, die sich gut verstehen. Den Kindesinteressen ist mit engen persönlichen Beziehungen zu beiden Eltern und mit deren gemeinsamen Verantwortung für die Pflege und Erziehung des Kindes wohl dort am besten gedient, wo die nötige Kooperationsbereitschaft und -fähigkeit vorhanden ist. Auch nach Artikel 18 Absatz 1 der UN-Kinderkonvention haben sich die Vertragsstaaten nach besten Kräften zu bemühen, die Anerkennung des Grundsatzes sicherzustellen, dass beide Elternteile gemeinsam für die Erziehung und Entwicklung des Kindes verantwortlich sind⁵²⁵.

Rechtsvergleichend ist festzustellen, dass zahlreiche europäische Staaten die Möglichkeit der gemeinsamen Sorge für unverheiratete Eltern bereits kennen (z.B. Belgien, Dänemark, Finnland, Frankreich, Grossbritannien, Italien, Niederlande, Norwegen, Österreich, Portugal, Schweden, Spanien)⁵²⁶. In Deutschland soll sie bei der geplanten Reform des Kindschaftsrechts eingeführt werden. Die Voraussetzungen für das gemeinsame Sorgerecht in den einzelnen Ländern sind allerdings unterschiedlich. Vier Grundkategorien lassen sich unterscheiden⁵²⁷. In einer ersten Gruppe von Staaten, zu der z.B. Österreich gehört⁵²⁸, müssen hohe Anforderungen erfüllt werden. Erforderlich sind ein gemeinsamer Antrag der Eltern, deren dauernde häusliche Gemeinschaft sowie die gerichtliche Prüfung, dass das gemeinsame Sorgerecht dem Kindeswohl nicht nachteilig ist. Die zweite Kategorie verzichtet auf das Erfordernis des Zusammenlebens der Eltern, dagegen findet eine Überprüfung des Kindeswohls statt. Dies gilt z.B. in den Niederlanden und in Dänemark⁵²⁹. In weiteren Rechtsordnungen genügt das Zusammenleben der Eltern, ohne dass ein Antrag gestellt werden muss. Eine solche dritte Regelung kennen etwa Italien⁵³⁰ und Frankreich⁵³¹. Schliesslich gilt in verschiedenen Ländern, wie z.B. in Norwegen⁵³² und anderen skandinavischen Staaten, ein viertes System, wonach unabhängig vom Zusammenleben der Eltern ein gemeinsamer Antrag oder eine gemeinsame Erklärung für das gemeinsame Sorgerecht genügt, ohne dass die zuständige Behörde die Verträglichkeit mit dem

525 Vgl. Anm. 398

526 Vgl. I. Schwenzler, Die Rechtsstellung des nichtehelichen Kindes, FamRZ 1992, S. 124 ff.; dies., Gutachten, S. A68 f. mit umfassenden Hinweisen. Für Belgien siehe Artikel 373 f. des belgischen Zivilgesetzbuches in der Fassung vom 13. April 1995.

527 Vgl. zu den verschiedenen Systemen I. Schwenzler, FamRZ 1992, S. 124 ff.; dies., Gutachten, S. A68 f.; I. Baer, Zeitschrift für Rechtspolitik 1989, S. 345 ff.

528 § 167 ABGB vom 1. Juli 1989

529 Vgl. die Nachweise bei I. Schwenzler, Gutachten, S. A68 Anm. 23 und 24.

530 Vgl. G. Gabrielli, Das italienische Kindschaftsrecht, in: Entwicklungen des europäischen Kindschaftsrecht, hrsg. von D. Schwab/ D. Henrich, Bielefeld 1994, S. 76.

531 Nach Art. 372 Abs. 2 CC in der Fassung vom 8. Januar 1993 steht unverheirateten Eltern die elterliche Sorge automatisch gemeinsam zu, wenn beide Eltern das Kind vor Vollendung des ersten Lebensjahres anerkennen und im Zeitpunkt der gemeinsamen Anerkennung oder der zweiten Anerkennung zusammenleben. Im übrigen besteht die Möglichkeit der gemeinsamen elterlichen Sorge durch gemeinsame Erklärung (Art. 374 Abs. 2 CC) oder durch gerichtliche Entscheidung auf Antrag eines Elternteils, selbst wenn der andere Elternteil damit nicht einverstanden ist (Art. 374 Abs. 3 CC). Vgl. F. Ferrand, Die Entwicklungen des französischen Kindschaftsrechts, in: D. Schwab/ D. Henrich, a.a.O., S. 54; I. Schwenzler, AJP 1994, S. 822.

532 Act no. 7 of 8 April 1981 on Children and Parents (The Children's Act), Section 35 § 2.

Kindeswohl prüft. Eine solche Lösung wird in Deutschland bei der Revision des Kindesrechts ebenfalls in Erwägung gezogen⁵³³. In Finnland ist wie in Frankreich die klageweise Durchsetzung des gemeinsamen Sorgerechts gegen den Willen des anderen Elternteils möglich, dem bis anhin das alleinige Sorgerecht zugestanden hat⁵³⁴.

Eine Übertragung des gemeinsamen Sorgerechts ohne Prüfung des Kindeswohls kommt für das schweizerische Recht bei unverheirateten Eltern nach Auffassung des Bundesrates ebensowenig in Frage wie bei Scheidungseltern. Vielmehr können gemäss Artikel 298a des Entwurfes unverheiratete Eltern unter den gleichen Voraussetzungen wie geschiedene Eltern (vgl. Art. 133 Abs. 3) bei der Vormundschaftsbehörde den Antrag auf Übertragung der gemeinsamen elterlichen Sorge stellen. Auf eine Unterscheidung, ob die Eltern des Kindes zusammenleben oder nicht, wird verzichtet, um ungerechtfertigte Diskriminierungen zu vermeiden. Nicht einzusehen ist nämlich, warum Eltern in Scheidung unabhängig von der Ehedauer die Möglichkeit der gemeinsamen elterlichen Sorge offenstehen sollte, während sie unverheirateten Eltern, die vielleicht während langer Zeit ihre Kinder zusammen betreut haben und auseinandergegangen sind, verschlossen bliebe. Im übrigen wäre in der Praxis kaum zu vermeiden, dass unverheiratete Eltern, auch ohne dass sie zusammenleben, gemeinsam die elterliche Sorge ausüben, steht doch die Aufhebung eines Konkubinats nicht unter behördlicher Kontrolle. Weiter kann ein Konkubinat auch nur vorgetäuscht werden. Entscheidend soll deshalb nicht das Zusammenleben, sondern der gemeinsame Wille der Eltern sein, die volle Elternverantwortung zu übernehmen, sofern dies mit dem Kindeswohl vereinbar ist. Dazu gehört, dass beide Eltern in einem gewissen Umfang ihr Kind persönlich betreuen und eine enge persönliche Beziehung zu ihm haben. Daher wird die gemeinsame elterliche Sorge in der Praxis vor allem bei Eltern, die zusammenleben, in Frage kommen.

Die vorgesehene Regelung trägt der Empfehlung des Europarates N° R (84) 4 vom 28. Februar 1984 Rechnung⁵³⁵.

Für die Aufhebung des gemeinsamen Sorgerechts unverheirateter Eltern ist Artikel 298a Absatz 2 massgebend, der inhaltlich Artikel 134 Absatz 1 (Ziff. 234.63) entspricht. Zuständig ist die vormundschaftliche Aufsichtsbehörde.

244.42 Schutz gutgläubiger Dritter (Art. 304 Abs. 1 und 2)

Da inskünftig nicht nur verheirateten, sondern auch geschiedenen und unverheirateten Eltern gemeinsam die elterliche Sorge zustehen kann, muss Artikel 304 Absatz 2 ZGB entsprechend angepasst werden. Absatz 1 entspricht der neuen Terminologie (vgl. Ziff. 15).

533 Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Kindschaftsrechts des Bundesministeriums der Justiz (Stand: 24. Juli 1995), § 1626a BGB-E. Vgl. weiter die Beschlüsse des 59. Deutschen Juristentages, Hannover 1992, Bd. II: Sitzungsberichte, Beschlüsse zur elterlichen Sorge nicht verheirateter Eltern, S. M261 oben.

534 Child Custody and Right of Access Act (8 April 1983/ 361), Section 9, 1.

535 Recommendation No R (84) 4 sur les responsabilités parentales (principe 7 2.c).

244.43 Kindesschutzverfahren (Art. 314 Ziff. 1)

Der geltende Artikel 314 Ziffer 1 ZGB sieht vor, dass gegen die Entziehung der elterlichen Gewalt - in Durchbrechung des vormundschaftlichen Instanzenzuges - der Weiterzug an eine kantonale gerichtliche Behörde vorbehalten bleibt, wenn die vormundschaftliche Aufsichtsbehörde keine gerichtliche Behörde ist. Damit wollte der Gesetzgeber von 1976 das schweizerische Kindesrecht mit den Anforderungen von Artikel 6 EMRK in Einklang bringen⁵³⁶.

In einer Besuchsrechtsstreitigkeit hat nun das Bundesgericht am 17. Dezember 1992 entschieden, dass die Kantone die Überprüfung von "zivilrechtlichen Ansprüchen und Verpflichtungen" im Rahmen der vom ZGB vorgegebenen Behördenstruktur im Vormundtschaftswesen zumindest durch eine Gerichtsinstanz mit freier Kognition der Tat- und Rechtsfragen gewährleisten müssen⁵³⁷. Das Bundesgericht hat somit nicht aus der EMRK abgeleitet, dass das ZGB geändert werden muss, sondern lediglich festgestellt, dass die Kantone bei der Bezeichnung der vormundschaftlichen Behörden (Art. 361 und 373 ZGB) Artikel 6 EMRK zu beachten haben. Inzwischen haben die Kantone die nötigen Anpassungen weitgehend vorgenommen. Für eine Sonderregelung im Sinne von Artikel 314 Ziffer 1 ZGB betreffend die Entziehung der elterlichen Gewalt besteht deshalb kein Anlass mehr.

Die neue Ziffer 1 schreibt allgemein vor, dass das Kind vor dem Erlass von Kindesschutzmassnahmen in geeigneter Weise persönlich anzuhören ist, soweit nicht sein Alter oder andere wichtige Gründe dafür sprechen, dass die Anhörung durch einen Dritten erfolgt oder überhaupt unterbleibt. Damit wird das Kindesschutzverfahren ausserhalb der Scheidung mit dem Scheidungsverfahren (Art. 144 Abs. 2, Ziff. 234.101), in welchem ebenfalls Kindesschutzmassnahmen verfügt werden können (Art. 315a), in Einklang gebracht.

Der neue Artikel 314 Ziffer 1 wie auch Artikel 144 Absatz 2 über die Anhörung des Kindes gelten sinngemäss auch für Besuchsrechtsverfahren gemäss Artikel 273 ff., ohne dass dies ausdrücklich gesagt werden müsste.

244.44 Zuständigkeit für Kindesschutzmassnahmen (Art. 315a und 315b)

Siehe dazu die Erläuterungen zu Artikel 133 und 134 sowie 179, Ziff. 233.6 und Ziff. 242.

244.5 Kindesvermögen (Art. 326)

Hier geht es lediglich um eine redaktionelle Anpassung an die neue Terminologie (elterliche Sorge, vgl. Ziff. 15), wobei die Bestimmung umformuliert werden muss.

536 Botschaft vom 5. Juni 1974, BBl 1974 II 85, Ziff. 323.46.

537 BGE 118 Ia 473 ff.; ZVW 1993, S. 28 ff.

Nach Artikel 328 ZGB sind Verwandte in auf- und absteigender Linie und Geschwister gegenseitig verpflichtet, einander zu unterstützen, sobald sie ohne diesen Beistand in Not geraten würden. Geschwister können aber nur dann herangezogen werden, wenn sie sich in günstigen wirtschaftlichen Verhältnissen befinden.

Die Entwicklung der Sozialversicherung hat die praktische Bedeutung der Verwandtenunterstützungspflicht stark vermindert. Gleichzeitig ist auch die Verankerung der Unterstützungspflicht im Rechtsbewusstsein der Bevölkerung mit der Lockerung der verwandtschaftlichen Bande deutlich schwächer geworden. Im übrigen steht nicht selten der Aufwand bei der Durchsetzung der Verwandtenunterstützungspflicht in keinem vernünftigen Verhältnis zum Ertrag: Häufig ist die wirtschaftliche Lage der Verwandten ungünstig. Zudem wird der Rückgriff auf die Verwandten von Hilfesuchenden oft als schwere Belastung empfunden. Materielle Not verbunden mit der Beanspruchung von Sozialhilfe ist eine persönliche und vertrauliche Angelegenheit. Einzelne kantonale Sozialhilfegesetze verpflichten deshalb die Behörden nicht mehr zur Geltendmachung der Verwandtenunterstützungspflicht.

In der Wintersession 1989 erkundigte sich Nationalrat Humbel mit einer einfachen Anfrage beim Bundesrat, ob die Unterstützungspflicht der Geschwister nicht aufgehoben werden sollte und ob eine allfällige Aufhebung nicht zusammen mit der Scheidungsrechtsrevision erfolgen könnte. Obwohl ein entsprechendes Vorhaben anlässlich der Revision des Kindesrechts 1976 gescheitert war, erklärte sich der Bundesrat zur Prüfung der Frage bereit.

Der Vernehmlassungsentwurf sah eine ersatzlose Streichung der Verwandtenunterstützungspflicht zwischen Geschwistern vor. Damit würde das Unterstützungsrecht mit dem Erbrecht harmonisiert, welches seit 1988 keinen Pflichtteilsschutz für Geschwister mehr kennt. Entgegen einem Vorschlag der Konferenz der kantonalen Fürsorgedirektoren und der Schweizerischen Konferenz für öffentliche Fürsorge verzichtete die Expertenkommission auf eine weitergehende Einschränkung der Verwandtenunterstützungspflicht auf die erste Parentel (Eltern und Kinder). Die Familiensolidarität soll zulasten des Sozialstaates nicht zu stark abgebaut werden. Zudem gibt es in der Praxis immer wieder Fälle, in welchen namentlich die Unterstützungspflicht der Grosseltern gegenüber dem Enkelkind von Bedeutung ist.

Im Vernehmlassungsverfahren lehnten lediglich ein Kanton und eine Partei die Aufhebung der Verwandtenunterstützungspflicht zwischen Geschwistern ab. Die Konferenz der kantonalen Fürsorgedirektoren und die Schweizerische Konferenz für öffentliche Fürsorge, unterstützt von drei Kantonen, sprachen sich weitergehend für die Einschränkung auf die erste Parentel aus. Die Universität Basel stellte sogar unter Hinweis auf die Diskussionen am deutschen Juristentag 1992⁵³⁸ das ganze Institut der Verwandtenunterstützungspflicht als solches in Frage. Die grosse Mehrheit der Vernehmlassungsadressaten hat sich allerdings mit dem Vorschlag der Expertenkommission einverstanden erklärt. Deshalb übernimmt ihn der Entwurf. Zu betonen ist aber, dass die Aufhebung der Geschwisterunterstützungspflicht

538 Siche I. Schwenzer, Gutachten, S. A41 ff. Der angloamerikanische und der skandinavische Rechtskreis kennen keine Verwandtenunterstützungspflicht (Schwenzer, Gutachten, S. A42 f.).

keineswegs den Sinn hat, dass die freiwillige Unterstützung nicht gefördert werden soll. Dies kann in wirksamer Weise beispielsweise mit den Mitteln der Steuergesetzgebung erfolgen.

246 Heimstätten
(Art. 349-358 und 960 Abs. 1 Ziff. 3)

Wie eine Umfrage bei den Kantonen gezeigt hat, ist dem Rechtsinstitut der Heimstätten in der Schweiz nie eine praktische Bedeutung zugekommen. Zum Teil wird zwar noch das Wort "Heimstätte" verwendet; die Rechtsform der Trägerschaft ist dann allerdings ein Verein, eine Stiftung oder eine Genossenschaft. Die Aufhebung der entsprechenden Bestimmungen ist bereits früher angekündigt worden⁵³⁹. Im Vernehmlassungsverfahren ist sie völlig unbestritten geblieben.

Mit der Streichung von Artikel 349-358 ist Artikel 960 Absatz 1 Ziffer 3 ZGB entsprechend anzupassen.

247 Vormundschaftsrecht
(Art. 382 Abs. 1)

Artikel 382 ZGB verpflichtet die männlichen Verwandten und den Ehemann der zu bevormundenden Person sowie alle in bürgerlichen Ehren stehenden Männer, die in einem bestimmten Vormundschaftskreis wohnen, zur Übernahme eines vormundschaftlichen Amtes. Der Bundesrat schlägt vor, diese Ungleichbehandlung von Mann und Frau entsprechend Artikel 4 Absatz 2 BV und dem Bericht über das Rechtsetzungsprogramm "Gleiche Rechte für Mann und Frau"⁵⁴⁰ im Zusammenhang mit der vorliegenden Revision zu beseitigen und die Übernahmepflicht auf Frauen zu erweitern. Im Rahmen der geplanten Totalrevision des Vormundschaftsrechts wird zu entscheiden sein, ob überhaupt eine gesetzliche Übernahmepflicht weiterhin bestehen soll oder nicht.

248 Erbrecht
(Art. 477 Ziff. 1)

Die Redaktion dieser Bestimmung ist in Übereinstimmung mit Artikel 125 Absatz 3 an die heutige strafrechtliche Terminologie anzupassen. Entscheidend ist die konkrete Schwere der Straftat, nicht die abstrakte juristische Einordnung als Verbrechen oder Vergehen, die sich am maximalen Strafmass (Art. 9 StGB) orientiert.

539 Vgl. BBl 1988 II 1362.

540 BBl 1986 I 1144 ff., 1174, 1269

Diese Bestimmung wird redaktionell Artikel 47 (Ziff. 212.3) angepasst.

25 **Übergangsrecht zu den Änderungen des Zivilgesetzbuches**

251 **Übergangsrecht zum Personenstandsrecht**
 (Art. 6a E SchlT)

Abgesehen vom neuen Artikel 6a Schlusstitel (vgl. unten, 2. Abschnitt dieser Ziffer) erübrigen sich besondere Übergangsbestimmungen auf Gesetzesstufe. Nach Artikel 2 SchlT ZGB finden Bestimmungen, die um der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit willen aufgestellt sind, mit dem Inkrafttreten des Gesetzes Anwendung, soweit das Gesetz nicht selber eine Ausnahme vorsieht⁵⁴¹. Wichtig wird sein, dass genügend Zeit zur Verfügung steht, um die Ausführungsvorschriften des Bundes und der Kantone auf das Inkrafttreten der Revision des ZGB hin anzupassen. Die Grundsätze über die Wählbarkeit oder Ernennung der Zivilstandsbeamtinnen und Zivilstandsbeamten, namentlich die Mindestanforderungen an die Ausbildung (Art. 49 Abs. 1 Ziff. 1), und über die Grösse der Zivilstandskreise (Art. 49 Abs. 1 Ziff. 2) werden in der Zivilstandsverordnung zu umschreiben sein. Die nötigen Übergangsbestimmungen dazu sind deshalb nicht im Gesetz, sondern in der Verordnung vorzusehen. Den Kantonen muss eine Frist für die Erarbeitung eines Konzepts zur Neuumschreibung der Zivilstandskreise nach den Grundsätzen des Bundes gesetzt werden. Im jährlich zu erstattenden Bericht (Art. 18 Abs. 2 ZStV) werden die Kantone inskünftig über den Stand der Realisierung dieses Konzepts zu berichten haben. Für die Durchführung der Neugliederung der Zivilstandskreise sollen bis zu zehn Jahren⁵⁴² zur Verfügung stehen. Die Kantone haben somit vor allem bei Demissionen von Zivilstandsbeamtinnen oder Zivilstandsbeamten die bisherigen Zivilstandskreise aufgrund ihres Konzepts zu überprüfen und allenfalls so zu erweitern, dass bei Neuwahlen in der Regel ein Vollamt⁵⁴³ geschaffen werden kann. In erster Linie während einer zehnjährigen Übergangsfrist sollen in begründeten Fällen Ausnahmen zulässig sein. Auf besondere kantonale Verhältnisse ist Rücksicht zu nehmen, soweit dadurch die Hauptziele der Revision nicht gefährdet werden.

Die Neuerung von Artikel 6a Schlusstitel ist bereits kurz begründet und erläutert worden (Ziff. 123 und 212.4). Es soll sich um eine auf fünf Jahre begrenzte Starthilfe des Bundes für die Einführung der neuen Ordnung handeln. Die Kriterien und den Rahmen der Kostenbeteiligung hat der Bundesrat in den übergangsrechtlichen Ausführungsbestimmungen festzulegen. Ziel ist ein möglichst wirksamer Einsatz der Bundesmittel. Da die Aus- und Weiterbildung der im Zivilstandswesen tätigen Personen eine Hauptaufgabe der

541 Nach der Bundesgerichtspraxis gilt das Übergangsrecht des Zivilgesetzbuches von 1907 auch für alle späteren Revisionen, soweit nicht Sonderbestimmungen aufgestellt werden. Es ist im Laufe der Jahrzehnte fester Bestandteil der schweizerischen Rechtsauffassung geworden: BGE 84 II 182.

542 Innerhalb dieser Frist ist eine nach Bereichen gestaffelte Inkraftsetzung der Ausführungsvorschriften des Bundes denkbar (z.B. differenzierte Übergangsfristen für die Einrichtung einer einzigen kantonalen Aufsichtsbehörde einerseits und für die nach den Bundeskriterien neu festzulegenden Zivilstandskreise anderseits).

543 Vgl. Ziff. 123: Beschäftigungsgrad von im allgemeinen mindestens etwa 75 Prozent.

Kantone bleibt (Art. 45 Abs. 2 Ziff. 5), werden nur eher bescheidene Beiträge (insgesamt rund 50'000 Franken pro Jahr) in Frage kommen, die aber gleichwohl die nötigen Anreize schaffen sollen. Besonders förderungswürdig erscheinen die Aus- und Weiterbildung der kantonalen Instruktoressen und Instruktorinnen sowie die interkantonale Zusammenarbeit.

252 Übergangsrecht zum Eheschliessungsrecht (Art. 6b und 7 E SchlT)

Da das Übergangsrecht zum Scheidungsrecht nicht mehr mit demjenigen für die Eheschliessung und die persönlichen Wirkungen der Ehe in einer einzigen Bestimmung geregelt werden kann (Art. 8 SchlT ZGB), ist eine neue Systematik erforderlich. Die Reihenfolge der Artikel des Entwurfs zum Schlusstitel lehnt sich an die Systematik des ZGB an. Der bisherige Artikel 7 SchlT ZGB über die juristischen Personen wird inhaltlich unverändert zu Artikel 6a. Der neue Artikel 7 übernimmt den bisherigen Artikel 8 Absätze 1 und 3 SchlT ZGB: Für die Eheschliessung gilt das neue Recht, sobald dieses in Kraft getreten ist. Damit bestimmen sich die Wirkungen des Verlöbnisses (Art. 91 ff.) immer nach neuem Recht, selbst wenn das Verlöbniß noch unter früherem Recht rechtswirksam zustande gekommen ist. Auch die Ehevoraussetzungen (Art. 94 ff.) beurteilen sich mit dem Inkrafttreten nach neuem Recht.

Die Vorbereitung der Eheschliessung und die Trauung unterstehen ab Inkrafttreten der Revision dem neuen Recht. Ausgehend vom Grundsatz der Nichtrückwirkung (Art. 1 SchlT ZGB) bleiben Ehen, die unter dem früheren Recht geschlossen wurden, selbstverständlich gültig. Ebenso berechtigen unter dem früheren Recht abgeschlossene Eheverkündverfahren (Trauungsermächtigungen) zum Vollzug der Trauung unter neuem Recht. Auf die zur Zeit des Inkrafttretens hängigen Eheverkündverfahren sind je nach Verfahrensstand die vereinfachenden neuen Vorschriften anzuwenden. Diese administrativen Einzelheiten können durch Weisung des Eidgenössischen Amtes für das Zivilstandswesen geregelt werden (Art. 10 Abs. 2 Bst. b Ziff. 1 Delegationsverordnung⁵⁴⁴).

Was die Eheungültigkeit (Art. 104 ff.) betrifft, so sind die neuen Ungültigkeitsgründe, die in weiten Teilen mit dem bisherigen Recht übereinstimmen, mit dem Inkrafttreten auch auf rechtshängige Verfahren anwendbar. Die Anfechtungsfristen des neuen Rechts stimmen mit denjenigen des bisherigen Rechts überein. Hat eine Frist unter früherem Recht zu laufen begonnen, so wird diese Zeit angerechnet.

253 Übergangsrecht zum Scheidungsrecht

253.1 Grundsatz (Art. 7a E SchlT)

Für Scheidungen, die nach dem Inkrafttreten des neuen Rechts eingeleitet werden, gilt gemäss Artikel 7a Abs. 1 ohne Einschränkung das neue Recht. Das entspricht den allgemeinen Grundsätzen des Übergangsrechts des ZGB (Art. 2, 3 und 8 Abs. 1 SchlT ZGB).

Dass Scheidungen, die unter dem alten Recht rechtskräftig geworden sind, anerkannt bleiben, ist zwar eine Selbstverständlichkeit, die in Anlehnung an Artikel 8 Absatz 1 SchlT ZGB in Artikel 7a Absatz 2 aber ausdrücklich festgehalten wird, weil bezüglich der neuen Bestimmungen über die Vollstreckung eine Ausnahme zu machen ist: Auch bereits geschiedene Ehegatten sollen Anspruch auf Inkassohilfe (Art. 131 Abs. 1) haben oder beim Gericht eine Anweisung an die Schuldner oder eine Sicherstellung (Art. 132) verlangen können. Voraussetzung hierfür ist allerdings, dass ihnen bei der Scheidung gestützt auf Artikel 151 oder 152 ZGB eine Rente oder Abfindung als Unterhaltersatz oder als Unterhaltsbeitrag zugesprochen worden ist.

Rechtskräftige Scheidungsurteile können nach geltendem Recht sowohl hinsichtlich der Kinderbelange als auch der nach Artikel 151 oder 152 ZGB zugesprochenen Renten abgeändert werden (Art. 153 Abs. 1, 157 ZGB). Das neue Unterhaltsrecht unterscheidet sich erheblich vom bisherigen Recht. Im Interesse der Klarheit wird entsprechend dem Grundsatz der Nichtrückwirkung (Art. 1 Abs. 3 SchlT ZGB) ausdrücklich festgehalten, dass Verfahren auf Abänderung von Unterhaltsbeiträgen für einen geschiedenen Ehegatten - unter Vorbehalt der Verfahrensvorschriften - materiell dem bisherigen Recht unterstehen (Art. 7a Abs. 3, erster Satzteil). Diese Regel gilt uneingeschränkt. Der Vorschlag der Expertenkommission, insbesondere Artikel 130 Absatz 2 in Fällen zur Anwendung zu bringen, in welchen das Erlöschen der Rente bei Wiederverheiratung eine unbillige Härte darstellen könnte, würde die Praxis vor zu grosse Schwierigkeiten stellen.

Dem Grundsatz von Artikel 12 SchlT ZGB entspricht es dagegen, dass sich Abänderungsverfahren, soweit es um die elterliche Sorge, den persönlichen Verkehr oder die Kinderalimente geht, nach neuem Recht beurteilen (Art. 7a Abs. 3, zweiter Satzteil). Namentlich steht es geschiedenen Ehegatten mit dem Inkrafttreten des neuen Rechts frei, bei der Vormundschaftsbehörde die Einräumung der gemeinsamen Sorge zu beantragen (Art. 134 und 315b). Das Inkrafttreten des neuen Rechts darf hier als wesentliche Veränderung der Verhältnisse angesehen werden, ohne dass dies im Übergangsrecht ausdrücklich festzuhalten ist.

253.2 **Rechtshängige Scheidungsprozesse** (Art. 7b E SchlT)

Das Übergangsrecht von 1907 unterstellte die Ehescheidung konsequent dem neuen Recht, sobald dieses in Kraft trat. Nach Mutzner⁵⁴⁵ gilt dieser Grundsatz auch für hängige Scheidungsverfahren, und zwar nicht nur bezüglich der Scheidungsgründe, sondern auch hinsichtlich der Scheidungsfolgen. Diese Übergangsregelung entspricht der Lösung, die seinerzeit Deutschland bei der Revision des Scheidungsrechts, mit welcher der Versorgungsausgleich eingeführt wurde, getroffen hat. Zu beachten ist indessen, dass der Erlass von Übergangsbestimmungen bei grundlegenden Familienrechtsrevisionen besonderer Vorsicht bedarf: Den sich widerstreitenden Interessen kann nicht in einer allseits befriedigenden Weise Rechnung getragen werden.

Artikel 7b übernimmt das Übergangsrecht von 1907, macht aber in Absatz 3 einen Vorbehalt für Scheidungsprozesse, die beim Bundesgericht hängig sind. Ist eine Scheidung bereits in diesem Verfahrensstadium, so soll weiterhin das bisherige Recht anwendbar bleiben, selbst bei einer allfälligen Rückweisung an die kantonale Instanz. Ein Vorbehalt ist lediglich

545 Komm. zu Art. 8 SchlT ZGB N. 11 und 16.

für den seltenen Fall anzubringen, dass das Bundesgericht bloss eine Zuständigkeitsfrage zu beurteilen hat. Die Regelung solcher Ausnahmefälle darf aber der Praxis überlassen bleiben.

Die vorgeschlagene Übergangsordnung ist wegen der unterschiedlichen Regelung der Rechtskraft in den Kantonen nicht ganz problemlos: In einer Gruppe von Kantonen wird eine Scheidung rechtskräftig, wenn die obere kantonale Instanz lediglich Wirkungen der Scheidung zu beurteilen hat, die Scheidung als solche dagegen unbestritten ist (sog. Teilrechtskraft). Die Expertenkommission hat deswegen eine sehr differenzierte Übergangsordnung vorgeschlagen: Die Bestimmungen über die Teilung der Anwartschaften in der zweiten Säule (Art. 122 ff.) sollten nach Annahme des Gesetzes in den eidgenössischen Räten und nach unbenutztem Ablauf der Referendumsfrist oder Annahme des Gesetzes in einer Volksabstimmung sofort in Kraft treten, aber nur auf erstinstanzlich rechtshängige Scheidungsverfahren (die sich im übrigen nach bisherigem Recht abwickeln) Anwendung finden. Beim Inkrafttreten des übrigen revidierten Scheidungsrechts rund zwei Jahre später wären dann die neuen Bestimmungen auf alle vor einer kantonalen Instanz hängigen Scheidungsverfahren anzuwenden gewesen, da die Unterschiede zwischen früherem und neuem Recht - abgesehen von der Teilung der Anwartschaften in der zweiten Säule - nicht derart grundlegend sind, dass diese Umstellung den Ehegatten nicht hätte zugemutet werden können.

Im Rahmen der Bereinigung des Expertenentwurfes im Lichte des Vernehmlassungsverfahrens mussten die nötigen Ausführungsbestimmungen zu den Artikeln 122-124 erst noch erarbeitet werden (Ziff. 145.23), da sie auf das neue Freizügigkeitsgesetz abzustimmen waren, das am 17. Dezember 1993 von den eidgenössischen Räten verabschiedet wurde. Artikel 141 und 142 sowie Artikel 22 ff. E FZG sind nun im Vollzug so anspruchsvoll, dass nach Auffassung des Bundesrates eine sofortige vorzeitige Inkraftsetzung nicht in Frage kommt. Die generelle Anwendung des neuen Scheidungsrechts auf alle Verfahren, die in der ersten oder zweiten Instanz rechtshängig sind, ist aus Praktikabilitätsgründen vorzuziehen (Art. 7b Abs. 1 E SchlT). Eine Beschränkung auf die erste Instanz ist im Hinblick auf die Ungerechtigkeit, welche die fehlende hälftige Teilung der während der Ehedauer erworbenen Austrittsleistungen bei Einrichtungen der beruflichen Vorsorge für die Frauen bedeutet, nicht zu verantworten. Der Umfang der Rechtskraft eines erstinstanzlichen Urteils trotz Appellation ist eine Zufälligkeit des kantonalen Rechts, die insbesondere die Frauen nicht entgelten sollten. Der Aufbau einer angemessenen Altersvorsorge in der Ehe gehört zum ehelichen Unterhalt und sollte deshalb im Hinblick auf die existenzielle Bedeutung beiden Ehegatten zugute kommen. Auch unter diesem Gesichtspunkt ist die Anwendung des neuen Rechts auf zweitinstanzliche Verfahren gerechtfertigt. Im übrigen ist es ab dem 1. Januar 1995 ohnehin möglich, gestützt auf Artikel 22 des Freizügigkeitsgesetzes Vereinbarungen über die Anwartschaften der zweiten Säule zu treffen.

Entsprechend dem Grundsatzentscheid, das neue Scheidungsrecht auch bei zweitinstanzlichen Verfahren zur Anwendung zu bringen, erklärt Artikel 7b Absatz 2 E SchlT neue Rechtsbegehren, die durch den Wechsel des anwendbaren Rechts veranlasst werden, für zulässig, was eine entsprechende Neuinstruktion des Prozesses bedingt. Nicht angefochtene Teile des Urteils bleiben verbindlich, sofern sie sachlich nicht derart eng mit noch zu beurteilenden Rechtsbegehren zusammenhängen, dass sinnvollerweise eine Gesamtbeurteilung stattfinden muss. Das wird sicher für die Unterhaltsbeiträge zutreffen, wenn neu auch Anwartschaften aus der zweiten Säule zu teilen sind.

253.3 Übergangsrecht zu den Änderungen weiterer Bestimmungen des ZGB

Die neuen Bestimmungen finden sofort mit dem Inkrafttreten des Gesetzes Anwendung (Art. 1 Abs. 3 und Art. 3 SchlT ZGB). Insbesondere in laufenden Kindesschutzverfahren ist das Kind anzuhören (Art. 314 Ziff. 1). Unverheiratete Eltern können bei der Vormundschaftsbehörde gestützt auf Artikel 298a das Gesuch um Einräumung der gemeinsamen elterlichen Sorge stellen. Die Verwandtenunterstützungspflicht zwischen Geschwistern entfällt.

26 Änderung anderer Erlasse

261 Organisation der Bundesrechtspflege (Art. 44 E OG)

Artikel 44 des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege ist dem neuen Recht anzupassen.

Gemäss dem neuen Buchstaben b soll inskünftig der Rechtsweg an das Bundesgericht nicht nur bei Verweigerung der Zustimmung des Vormundes zur Eheschliessung offen stehen, sondern auch gegen einen Inhaber der elterlichen Sorge (Art. 385 Abs. 3 ZGB). Im übrigen ist der Artikelverweis in Übereinstimmung mit dem neuen Eheschliessungsrecht zu bringen.

Buchstabe b^{bis} stellt klar, dass unter den Voraussetzungen von Artikel 150 des neuen Scheidungsrechts der Weiterzug ans Bundesgericht auch bei Scheidung auf gemeinsames Begehren mittels zivilrechtlicher Berufung möglich ist.

Buchstabe d erweitert die Berufungsfähigkeit von Kindesschutzmassnahmen. Neu soll das Bundesgericht eine Rechtskontrolle auch bei Anordnungen über den persönlichen Verkehr (Art. 273 ff. ZGB) und den Entzug der elterlichen Obhut gemäss Artikel 310 ZGB vornehmen. Im übrigen erfasst die Bestimmung auch Verfahren über die Anordnung oder Aufhebung der gemeinsamen elterlichen Sorge bei unverheirateten Eltern nach Artikel 298a.

In Buchstaben e und f sind redaktionelle Änderungen nötig, weil inskünftig sämtliche Kindesschutzmassnahmen unter Buchstabe d fallen.

Weitergehende Änderungswünsche von Artikel 44 OG sind im Zusammenhang mit der geplanten Totalrevision des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege zu prüfen.

262 Obligationenrecht

262.1 Widerruf einer Schenkung (Art. 249 Ziff. 1 E OR)

Die Bestimmung wird wie Artikel 477 Ziffer 1 ZGB an die heutige strafrechtliche Terminologie angepasst (siehe dazu Ziff. 248).

262.2 Personalfürsorge im Rahmen des Arbeitsvertrags (Art. 331e Abs. 6 E OR)

Siehe dazu die Erläuterungen unter Ziff. 233.45.

262.3 Auftrag zur Ehe- oder zur Partnerschaftsvermittlung (Art. 406a ff. E OR)

262.31 Ausgangslage und Hauptziele der Revision

Das Obligationenrecht widmet der Heiratsvermittlung im Rahmen des Auftragsrechts eine einzige Bestimmung, nämlich Artikel 416 OR. Sie lautet: "Aus der Heiratsvermittlung entsteht kein klagbarer Mäklerlohn." Das Bundesrecht beschränkt sich somit darauf, jede Klagbarkeit des Mäklerlohns auszuschliessen (sog. Naturalobligation). Im übrigen untersteht die Heiratsvermittlung als Mäklervertrag den Vorschriften über den einfachen Auftrag (Art. 412 Abs. 2 OR).

Artikel 416 OR hat den Zweck, eine Verkommerzialisierung des Eheabschlusses zu verhindern. Der Gesetzgeber von 1907 erachtete den sittlichen Charakter der Ehe mit der Ehevermittlung unvereinbar⁵⁴⁶. Ausserdem wollte das Gesetz vermeiden, dass sich der Richter mit Verbindungen zu befassen hat, die einzig wegen Vermögensrechten oder erbrechtlichen Anwartschaften eingegangen werden.

Heute wird von keiner Seite bestritten - das Vernehmlassungsverfahren hat dies bestätigt -, dass das geltende Recht überholt ist. Es entspricht weder der sozialen Wirklichkeit noch der tatsächlichen Bedeutung der Ehevermittlung in unserer Gesellschaft und ist sogar Ursache von Missbräuchen. Weil Vergütung und Auslagen nicht einklagbar sind, verlangen die Heiratsvermittlungsinstitute in der Regel Vorschüsse, um sich gegen zahlungsunwillige Schuldner vorzusehen. Dies ist im Hinblick auf die geltende Rechtslage an sich nicht anstössig. Stossend ist aber, dass zum Teil Summen verlangt werden, die in keinem Verhältnis zu den Leistungen stehen, oder dass die Kundinnen und Kunden nichts mehr vom Vermittlungsinstitut hören, wenn sie das Geld bezahlt haben. Ebenso stossend ist, dass einzelne Vermittler oder Vermittlerinnen ihre Kundinnen und Kunden überreden, bei einer Bank einen Kleinkredit aufzunehmen, um die Vorschüsse zu finanzieren. Zu den Missbräuchen gehört ferner die "Lockvogelannoncée", bei welcher der Eindruck erweckt wird, dass sie von einer Privatperson aufgegeben worden ist, hinter der aber in Wirklichkeit eine Agentur steht. Diese bedient sich dabei des Prestiges, das Angehörigen bestimmter Berufsgruppen wie Ärztinnen/Ärzten, Anwältinnen/Anwälten, Ingenieuren/Ingenieurinnen usw. zukommt, um Kundschaft zu gewinnen. Die Kundinnen und Kunden wissen aber nicht, dass es sich um eine fiktive Annonce handelt. Ihnen wird mitgeteilt, dass sie sich leider zu spät gemeldet hätten und die betreffende Person bereits vermittelt worden sei, dass aber andere Kontaktmöglichkeiten bestünden. So wird die Kundschaft zu einem Vertragsabschluss verleitet. Oft aber entsprechen die Männer oder Frauen, die in der Folge vermittelt werden, nicht ihren Vorstellungen.

Gegen derartige Missbräuche ist der Auftraggeber an sich nicht völlig wehrlos. So kann er gemäss Artikel 404 Absatz 1 OR den Mäklervertrag jederzeit widerrufen. Weiter muss er

546 H. Oser/ W. Schönenberger, Zürcher Komm. zu Art. 416 OR N. 1.

nach Artikel 413 Absatz 1 OR den Ehevermittler erst entlohnen, wenn dessen Bemühungen zum Vertragsschluss geführt haben, d.h. wenn es zur Eheschliessung gekommen ist. Aufwendungen sind vermutungsweise im Maklerlohn enthalten. Wenn der Vertrag nicht erfüllt wird und der Makler deshalb keinen Anspruch auf den Maklerlohn hat, kann dieser nach Artikel 413 Absatz 3 OR nur dann Ersatz für seine Aufwendungen verlangen, wenn dies so vereinbart worden ist. In der Praxis bieten diese Vorschriften aber keinen genügenden Schutz, weil die Kundschaft faktisch zu Vorschüssen verpflichtet wird. Zwar kann der Auftraggeber gestützt auf die Bestimmungen über die ungerechtfertigte Bereicherung (Art. 62 ff. OR) seinen Vorschuss zurückverlangen, wenn der Vertrag nicht zum Ziel führt. Das ist aber aufwendig, weil unter Umständen ein Prozess geführt werden muss. Hat der Makler laut Vertrag ein Recht auf Ersatz der Aufwendungen, so ist es dem Auftraggeber häufig nicht möglich, die Richtigkeit des verlangten Betrags zu überprüfen. Ausserdem kennt der Kunde häufig seine Rechte nicht; dasselbe gilt übrigens oft auch für die genauen Vertragsbedingungen. Deshalb wird von allen Seiten eine Gesetzesänderung verlangt.

Der Entwurf verbessert den Schutz der Kunden von Ehevermittlungsinstituten durch eine *rein privatrechtliche Regelung*, die besonderes Gewicht auf die Information der Kundschaft legt und für den Vertrag einen Mindestinhalt vorschreibt. Diese Betrachtungsweise wurde im Vernehmlassungsverfahren mehrheitlich begrüsst. Insbesondere der Verzicht auf eine staatliche Beaufsichtigung der Ehevermittlungsinstitute, sei es durch den Bund oder die Kantone, wurde mehrheitlich befürwortet. Eine solche Verwaltungsmassnahme wäre zwar durchaus denkbar⁵⁴⁷. Sie stünde aber mit dem Verhältnismässigkeitsprinzip nicht im Einklang; denn die Missbräuche bei der Ehevermittlung sind nicht so schwerwiegend und häufig, dass sich der Aufbau eines schwerfälligen und kostspieligen Aufsichtssystems rechtfertigen liesse, bei dem die staatlichen Organe strenge Kontrollen durchführen und sich laufend in die Tätigkeit der Ehevermittlungsinstitute einmischen müssten. Die wenigen Kantone, welche die Ehevermittlungsinstitute einer staatlichen Aufsicht unterstellten, haben diese Massnahme - mit Ausnahme des Kantons Jura - wieder aufgehoben⁵⁴⁸. Deshalb beschränkt sich der Entwurf darauf, die Ehevermittlung im Privatrecht neu zu regeln, obwohl damit gewisse Probleme, namentlich bezüglich der Gebühren nicht gelöst werden können. Bei der "Lockvogelannonce" können sich immerhin die Kundinnen und Kunden - wie auch die Konkurrenten und die Konsumentenschutzorganisationen - auf das Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)⁵⁴⁹ berufen (vgl. Art. 2 und Art. 3 Bst. b und i UWG), dessen Verletzung mit zivil- und strafrechtlichen Sanktionen bedroht ist (vgl. Art. 9 ff. und Art. 23 ff. UWG).

262.32 Erläuterung der einzelnen Bestimmungen

262.321 Begriff und anwendbares Recht (Art. 406a E OR)

Die Umschreibung des Ehe- und Partnerschaftsvermittlungsvertrags in Absatz 1 von Artikel 406a lehnt sich an den Auftrag im Sinne von Artikel 394 OR an, weil jener Vertrag eher als einfacher Auftrag denn als Maklervertrag zu qualifizieren ist. Der Beauftragte verpflichtet

547 Vgl. z.B. das Arbeitsvermittlungsgesetz vom 6. Oktober 1989, AVG; SR 823.11.

548 Zuletzt der Kanton Bern durch Gesetz vom 1. Juli 1993.

549 SR 241

sich nämlich, Dienstleistungen zu erbringen, in der Regel über einen längeren Zeitraum hinweg. Deshalb wäre es nicht richtig, die Entlohnung vom Erfolg der Bemühungen abhängig zu machen.

Im Vernehmlassungsverfahren ist zum Teil gefordert worden, nur die eigentlichen Ehevermittlungsverträge zu regeln. Es sei ethisch nicht zu verantworten, dass das Gesetz das Institut der Ehe der blossen, wenn auch festen, Partnerschaft gleichstelle. Dies sei auch in juristischer Hinsicht unbefriedigend, weil eine blossе Partnerschaft kein Vertrag sei und somit nicht Gegenstand eines Mäklervertrags sein könne. Diese Kritik ist nicht stichhaltig. Unerfahrene einsame Menschen bedürfen eines Schutzes, unabhängig davon, ob sie einen Ehepartner oder eine feste Partnerschaft suchen. Zudem sollen auch Personen geschützt werden, die sich einen Partner oder eine Partnerin gleichen Geschlechts wünschen. Schliesslich ist zu verhindern, dass die zwingenden Gesetzesbestimmungen umgangen werden können, indem statt eines Ehevermittlungsvertrags ein Vertrag auf Vermittlung einer dauerhaften Partnerschaft abgeschlossen wird. In rechtlicher Hinsicht ist zu erwähnen, dass der Entwurf, indem er den fraglichen Tatbestand nicht als Mäklervertrag, sondern als Auftrag auffasst, eben nicht voraussetzt, dass ein Vertrag abgeschlossen wird.

Von der neuen Regelung nicht erfasst wird die Vermittlung kurzfristiger Bekanntschaften. Abgesehen von den ethischen Bedenken, die gegen eine ausdrückliche gesetzliche Anerkennung dieser Lebenserscheinungen sprechen, ist der unterschiedlichen Situation des Auftraggebers Rechnung zu tragen: Wer nach einer kurzfristigen Bekanntschaft sucht, wird wohl kaum einen Dauerauftrag erteilen, sondern von Fall zu Fall einen Dritten damit beauftragen; die typischen Gefahren, insbesondere das Risiko sozialer Härtefolgen, die nach einem Sonderschutz des Konsumenten verlangen, dürfen daher als ausgeschlossen gelten. Massgebend für die Anwendung der neuen Regelung ist somit auch nach diesem Entwurf, dass die Parteien im Zeitpunkt des Vertragsschlusses eine feste Partnerschaft beabsichtigen.

Nach Absatz 2 sind die Vorschriften über den einfachen Auftrag ergänzend anwendbar (namentlich die Verpflichtungen des Beauftragten gemäss Art. 398-401 OR), soweit sie durch die nachstehenden Bestimmungen nicht präzisiert werden.

262.322 Form und Inhalt des Vertrags (Art. 406b E OR)

Artikel 406b sieht vor, dass der Vertrag zu seiner Gültigkeit der Schriftform bedarf. Die einfache Schriftlichkeit des Vertrags stellt den besten Schutz für den Kunden dar; er weiss, wozu er sich verpflichtet hat. Beide Parteien verfügen im Streitfall über ein Beweismittel.

Weiter legt die Bestimmung den Mindestinhalt des Vertrags fest. Dadurch erhält der Auftraggeber Kenntnis von seinen Rechten, die ihm sonst häufig unbekannt blieben. Fehlt eine der vorgeschriebenen Angaben, so ist der Vertrag nichtig (Art. 20 OR). Die Aufzählung der unabdingbaren Angaben lehnt sich teilweise an Artikel 226a OR betreffend den Abzahlungsvertrag an.

Ziffer 1 sieht die Angabe von Namen und Wohnsitz der Parteien vor.

Ziffer 2 und 3 erlauben der Kundin oder dem Kunden, sich Klarheit über die versprochenen Dienstleistungen sowie die gängigen Vergütungen (Art. 394 Abs. 3 und Art. 406a Abs. 1 OR) und Zahlungsbedingungen zu verschaffen. Aus dem Vertrag muss klar hervorgehen, zu welchen Leistungen sich der Vermittler verpflichtet (Umstände, unter denen die Leistungen erfolgen; Zeitabstände innerhalb welcher Begegnungen vermittelt werden; Eigenschaften der vermittelten Personen usw.). Der Auftraggeber weiss so, welchen Leistungen die vereinbarte Vergütung entspricht, was auch die Beweisführung im Streitfall erleichtert.

Ziffer 4 entspricht der materiellrechtlichen Vorschrift von Artikel 406c Absatz 1. Vorbild der entsprechenden Bestimmung des Vernehmlassungsentwurfs war Artikel 226c OR über den Abzahlungsvertrag, der vom Verzicht auf den Vertragsabschluss spricht. Aus dogmatischen Überlegungen - auf den Abschluss eines bereits abgeschlossenen Vertrags kann nicht verzichtet werden - sieht der vorliegende Entwurf vor, dass der Auftraggeber vom Vertrag zurücktreten kann. Die Frist, innert welcher die Rücktrittserklärung erfolgen muss, beträgt sieben Tage. Wie der Vernehmlassungsentwurf übernimmt somit der vorliegende Entwurf nicht die fünfzügige Frist von Artikel 226c OR, sondern die etwas längere Frist von Artikel 40e Absatz 2 OR, der neueren Konsumentenschutzbestimmung.

Ziffer 5 entspricht der materiellrechtlichen Vorschrift von Artikel 406c Absatz 2. Sie schreibt vor, dass der Vertrag eine für den Auftraggeber wichtige Information enthalten muss, nämlich dass der Beauftragte vor Ablauf der siebentägigen Überlegungsfrist keine Zahlung, insbesondere keine Vorschüsse, entgegennehmen darf.

Ziffer 6 übernimmt Artikel 404 OR - geht allerdings von einer "Kündigung" statt von einem "Widerruf" des Vertrags aus - und will der Kundin oder dem Kunden eine sichere Information über ein für ihn wichtiges Recht gewähren. Die Rechtsprechung zu Artikel 404 OR hat namentlich die Vereinbarung einer Konventionalstrafe untersagt (vgl. BGE 104 II 116 E. 4). Es versteht sich von selbst, dass im Falle der Kündigung bereits angefallene Unkosten und Honorare geschuldet bleiben.

Der Vernehmlassungsentwurf enthielt eine Ziffer 7, wonach der Vertrag das Datum seiner Unterzeichnung angeben musste. Die Bestimmung schien damals nötig für die Berechnung der Frist für die Rücktrittserklärung und das Inkrafttreten des Vertrags. Der vorliegende Entwurf verzichtet indessen auf diese Bestimmung, weil für die Berechnung der Frist nicht das Datum der Vertragsunterzeichnung, sondern dasjenige des Empfangs des beidseitig unterzeichneten Vertragsdoppels durch den Auftraggeber massgebend ist (vgl. Art. 406c Abs. 1).

262.323 Inkrafttreten des Vertrags und Rücktritt vom Vertrag (Art. 406c E OR)

Im Vergleich zur entsprechenden Bestimmung des Vernehmlassungsentwurfs hat Absatz 1 von Artikel 406c die gleichen redaktionellen Änderungen erfahren, die bei der Erläuterung zu Artikel 406b Ziffer 4 bereits erwähnt wurden. So darf der Auftraggeber innerhalb von sieben Tagen schriftlich vom Vertrag zurücktreten.

Dieses Rücktrittsrecht des Auftraggebers ist im Vernehmlassungsverfahren mehrheitlich begrüsst worden. Die Bestimmung wurde aber auch beanstandet, weil sie dem Grundsatz "pacta sunt servanda" widerspreche. Diesen Bedenken ist entgegenzuhalten, dass Personen,

☞ welche die Dienste einer Heirats- oder Partnerschaftsvermittlungsagentur beanspruchen, sich häufig einsam fühlen, beeinflussbar sind und zu schnell den vom Vermittler vorgeschlagenen Vertragsbedingungen zustimmen. Es ist deshalb unerlässlich, dass sie binnen einer kurzen Frist noch vom Vertrag zurücktreten können. Die Möglichkeit, sich innert kurzer Frist von vertraglichen Verpflichtungen zu befreien, die Härtefolgen haben könnten, entspricht übrigens nicht nur allgemeinen Überlegungen des Konsumentenschutzes, sondern auch den Interessen des Beauftragten.

Daher ist am Grundsatz festzuhalten, dass der Vertrag, obwohl bereits von beiden Parteien unterzeichnet, für den Auftraggeber erst sieben Tage nach Erhalt eines beidseitig unterzeichneten Vertragsdoppels in Kraft tritt. Die Wirksamkeit des Vertrags ist damit der Rechtsbedingung unterstellt, dass der Auftraggeber nicht vom Vertrag zurücktritt.

Die Verzichtserklärung ist nur gültig, wenn sie schriftlich erfolgt und spätestens am letzten Tag der Frist der Post übergeben wird (vgl. Art. 77 Abs. 3 OR).

Nach Absatz 2 darf der Beauftragte bis zum Ablauf der siebentägigen Frist von Absatz 1 keine Zahlungen des Auftraggebers entgegennehmen. Der Vernehmlassungsentwurf verbietet dem Auftraggeber, in dieser Zeitspanne Zahlungen zu "verlangen". Der vorliegende Entwurf untersagt die "Entgegennahme" von Zahlungen, weil die Bestimmung verhindern will, dass eine Zahlung des Auftraggebers vor Ablauf der siebentägigen Frist als konkludentes Handeln gilt, welches als Verzicht auf das Rücktrittsrecht des Auftraggebers verstanden werden kann. Bei diesem Zweck der Norm ist es aber unbeachtlich, ob die Zahlung freiwillig oder auf Verlangen des Beauftragten erfolgte. Diese redaktionelle Änderung führt zur Vereinheitlichung der Terminologie in Artikel 406b Ziffer 5 und in Artikel 406c Absatz 2 und beseitigt dadurch einen Mangel des Vernehmlassungsentwurfs.

Absatz 3, der den Grundgedanken von Artikel 226c Absatz 3 OR übernimmt, verhindert, dass das Rücktrittsrecht des Auftraggebers nach Absatz 1 illusorisch bleibt. Dieses Recht würde nämlich ausgehöhlt, wenn der Vermittler einer Ehe- oder einer Partnerschaft im Rücktrittsfall eine Entschädigung verlangen könnte. Es kommt hinzu, dass diese möglichst hoch angesetzt würde, so dass die gleichen Missstände bestehen würden wie heute.

262.324 Rücktritt vom Vertrag und Kündigung des Vertrags (Art. 406d E OR)

Artikel 406d verlangt die Schriftform für den Rücktritt vom Vertrag und für die Kündigung des Vertrags. Die Bestimmung trägt der Rechtssicherheit Rechnung.

262.325 Information und Datenschutz (Art. 406e E OR)

Die allgemeinen Verpflichtungen des Beauftragten ergeben sich aus Artikel 397-401 OR. Zudem muss dieser nach Artikel 406e Absatz 1 den Auftraggeber vor der Vertragsunterzeichnung und während der Vertragsdauer über besondere Schwierigkeiten informieren, die im Hinblick auf die persönlichen Verhältnisse des Auftraggebers bei der Auftragserfüllung auftreten können. Diese Informationspflicht ist bereits in Standesregeln enthalten, denen

sich einzelne Heiratsvermittler freiwillig unterworfen haben. Besondere Schwierigkeiten in der Vermittlung bestehen nach diesen Ständeregeln beispielsweise bei Männern, die kleiner als 165 cm sind, bei Frauen, die älter als 40 Jahre oder grösser als 179 cm sind, und bei behinderten Menschen.

Die in Absatz 2 vorgesehene Geheimhaltungspflicht soll verhindern, dass der Beauftragte Adressen oder andere Personendaten seines Auftraggebers bei Kollegen oder Dritten, z.B. Warenhäusern (im Hinblick auf eine zukünftige Wunschliste) vertreibt oder für Publikationen zugänglich macht, die sich an allein lebende Personen richten. Diese Bestimmung trägt dem Umstand Rechnung, dass das Bundesgesetz vom 19. Juni 1992 über den Datenschutz (DSG)⁵⁵⁰ nicht ausdrücklich eine allgemeine Geheimhaltungspflicht bei der Bearbeitung von Personendaten durch Private vorsieht⁵⁵¹. Andere Fragen, wie beispielsweise die Vernichtung von Registern oder Daten, fallen unter das Datenschutzgesetz.

262.326 Herabsetzung von Vergütung und Kosten (Art. 406fE OR)

Diese Bestimmung übernimmt den geltenden Artikel 417 OR. Sind unverhältnismässig hohe Vergütungen oder Kosten vereinbart worden, so kann sie das Gericht auf Antrag des Auftraggebers angemessen herabsetzen. Das Gericht hat dabei den Umständen des Einzelfalles Rechnung zu tragen.

262.327 Aufhebung von Artikel 416 OR

Artikel 416 OR wird aufgehoben. Wie bereits ausgeführt, hat der Ausschluss der Klagbarkeit von Mäklerlohn und Auslagen zu Missbräuchen geführt und die Erwartungen des Gesetzgebers nicht erfüllt.

262.328 Übergangsrecht

Der Vernehmlassungsentwurf enthielt keine übergangsrechtlichen Bestimmungen für die Neuregelung des Auftrags zur Ehe- und Partnerschaftsvermittlung. Im Vernehmlassungsverfahren ist angeregt worden, diese Lücke auszufüllen. Eine diesbezügliche Bestimmung ist jedoch unnötig, weil die Artikel 1 bis 4 SchlT ZGB, die auch auf das Obligationenrecht anwendbar sind, eine klare Antwort auf allfällige intertemporalrechtlichen Fragen geben. So ergibt sich insbesondere aus Artikel 3 SchlT ZGB, dass Aufträge zur Ehe- oder Partnerschaftsvermittlung, die vor Inkrafttreten dieser Revision des OR abgeschlossen wurden, in bezug auf ihre Entstehung und Gültigkeit weiterhin dem alten Recht unterstehen; in bezug auf ihren Inhalt sind sie hingegen nach neuem Recht zu beurteilen, soweit dieses zwingend ist. Somit kann die Existenz eines Ehe- oder Partnerschaftsvermittlungsauftrags, der vor dem Inkrafttreten des neuen Rechts gültig abgeschlossen wurde, auch später nicht mit dem Argument in Frage gestellt werden, dass er nach neuem Recht nichtig wäre. Aus Gründen

550 AS 1993 1945

551 Vgl. BB1 1988 II 434 Ziff. 213.2, 458 Ziff. 221.3.

der Kohärenz und insbesondere wegen der engen Beziehung zwischen zwingenden Vertragsangaben (Art. 406b E OR) und materiellem Anspruch des Auftraggebers (Art. 406c E OR) steht diesem kein Rücktrittsrecht zu, wenn der Vertrag vor Inkrafttreten der Neuregelung - und sei es auch weniger als sieben Tage früher - abgeschlossen wurde. Indessen wird der Auftraggeber nach Inkrafttreten des neuen Rechts die Möglichkeit haben, den Vertrag jederzeit und entschädigungslos zu kündigen (Art. 406b Ziff. 6 E OR; für die Form vgl. Art. 406d E OR), selbst wenn dieser unter altem Recht abgeschlossen wurde. Ebenso wird der Auftraggeber unverhältnismässig hohe Vergütungen und Kosten gerichtlich herabsetzen lassen können (Art. 406f E OR). Auf der andern Seite wird der Beauftragte ab Inkrafttreten des neuen Rechts verpflichtet sein, den Auftraggeber über die besonderen Schwierigkeiten zu informieren, die er bei der Vertragserfüllung feststellt (Art. 406e Abs. 1 E OR).

263 Internationales Privatrecht (Art. 45 Abs. 2 E IPRG)

Die Bestimmung wird lediglich redaktionell an den neuen Titel des vierten Abschnitts des Eheschliessungsrechts des ZGB (Art. 104) angepasst.

Im übrigen versteht sich von selbst, dass die Artikel 59 ff. IPRG mit dem Begriff der Klage auf Scheidung neu auch das gemeinsame Begehren im Sinne von Artikel 111 ff. miteinschliessen. Auf eine formelle Anpassung dieser Bestimmungen, die den Gesetzestext schwerfällig machen würde, wird verzichtet.

264 Bundesgesetz über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (Art. 29^{sexies} Abs. 1 E AHVG)

Die von der Bundesversammlung am 7. Oktober 1994 verabschiedete und in der Volksabstimmung vom 25. Juni 1995 angenommene 10. AHV-Revision regelt im neuen Artikel 29^{sexies}⁵² den Anspruch der Eltern auf Erziehungsgutschriften. Diese Bestimmung geht davon aus, dass nur bei verheirateten Eltern die gemeinsame elterliche Sorge möglich ist. Sie ist an die in Artikel 133 Absatz 3 und Artikel 298a (vgl. Ziff. 233.62 und 244.41) neu vorgesehene Möglichkeit der gemeinsamen elterlichen Sorge geschiedener und unverheirateter Eltern anzupassen. Im übrigen wird in Artikel 29^{sexies} die neue Terminologie "elterliche Sorge" übernommen (vgl. Ziff. 15).

265 Bundesgesetz über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (Art. 30c Abs. 6 E BVG)

Siehe dazu die Erläuterungen unter Ziff. 233.45.

Siehe dazu die Erläuterungen unter Ziff. 233.44.

3 Personelle und finanzielle Auswirkungen

31 Auf den Bund

Die Vorlage hat grundsätzlich keinen Einfluss auf den Personalbestand des Bundes. Die Vorbereitung der nötigen Ausführungsbestimmungen (siehe Art. 40, 48, 49, 103, 145 Abs. 3 E ZGB und Art. 22a E FZG) und die Genehmigung der kantonalen Ausführungserlasse wird allerdings vorübergehend zu einer beträchtlichen Mehrbelastung der Verwaltung führen. Da die Verordnungsanpassungen im Bereich des Zivilstandswesens im Rahmen einer Totalrevision der Zivilstandsverordnung erfolgen sollen, könnte dies eventuell für eine bestimmte Zeit eine geringe Erhöhung des Personalbestandes bedingen, die aber im Rahmen des Personalbestandes des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartementes zu verwirklichen ist.

Bei den übergangsrechtlichen Bundesbeiträgen an die Aus- und Weiterbildungskosten der im Zivilstandswesen tätigen Personen (Art. 6a E SchlT, Ziff. 212.4 und 251) ist für die Zeit der Einführung der neuen Ordnung, das heisst während der gesetzlich verankerten Frist von 5 Jahren, jährlich mit rund 50'000 Franken zu rechnen. Bei der Festsetzung der Beiträge sollen die Finanzlage des Bundes und die Teuerung gebührend berücksichtigt werden.

32 Auf die Kantone

Im Bereich der Beurkundung des Personenstandes werden die Kantone die personellen und finanziellen Mittel vor allem im Hinblick auf die neuen bundesrechtlichen Minimalanforderungen an die Grundausbildung (Art. 49 Abs. 1 Ziff. 1, vgl. Ziff. 213.12) und die steigenden Anforderungen an die Weiterbildung (Ziff. 123) erhöhen müssen. Sie können allerdings während der Einführung der neuen Ordnung mit (bescheidenen) Beiträgen des Bundes rechnen (Art. 6a E SchlT, Ziff. 212.4 und 251). Die umsichtige und zielstrebige Tätigkeit der Ausbildungskommission der Konferenz der kantonalen Aufsichtsbehörden und eine erweiterte interkantonale Zusammenarbeit lassen aber auch Einsparungen erwarten. Zudem gewährleistet die Förderung der vollamtlichen Tätigkeit der Zivilstandsbeamtinnen und der Zivilstandsbeamten (Ziff. 123) einen wirksamen Einsatz der Mittel. Das Vollamt und ein wesentlich verbesserter Ausbildungsstand auf der Stufe der Zivilstandsämter ("Professionalisierung") werden die kantonalen Aufsichtsbehörden (Art. 45, Ziff. 212.12) teilweise erheblich entlasten. Zu allfälligen Änderungen bei der Kostenaufteilung zwischen Kanton und Gemeinden im Hinblick auf die Vergrößerung der Zivilstandskreise kann sich der Bund nicht äussern. Die Umsetzung der Änderungen des Personenstandsrechts in den Kantonen (Totalrevision der kantonalen Zivilstandsverordnungen) wird vorübergehend

†
eine Mehrbelastung bei den kantonalen rechtsetzenden Behörden ergeben. Dasselbe gilt für die Ausarbeitung der kantonalen Konzepte zur Neueinteilung der Zivilstandskreise und ihre etappenweise Realisierung. Hier werden in erster Linie die kantonalen Aufsichtsbehörden betroffen sein.

Im Eheschliessungsrecht ergibt sich für die Kantone aufgrund des vereinfachten Vorbereitungsverfahrens zur Trauung eine gewisse Entlastung (die Mitwirkung der Zivilstandsämter der Heimatorte fällt weg). Die kantonalen Aufsichtsbehörden werden im Vorverfahren der Eheschliessung in Fällen mit Auslandsberührung von der Aktenprüfung entlastet. Obwohl die Arbeit der Zivilstandsämter dadurch anspruchsvoller wird, sollte auch hier der Personalbestand voraussichtlich nicht erhöht werden müssen, sofern die mit dieser Vorlage angestrebte Strukturveränderung ("Professionalisierung") im Zivilstandswesen realisiert werden kann.

Das neue Scheidungsrecht wird unter Einschluss der kindesrechtlichen Bestimmungen vorübergehend zu einer beachtlichen Mehrbelastung der kantonalen Verwaltungen führen, da insbesondere die Zivilprozessgesetze, aber auch die Einführungsgesetze zum ZGB anzupassen sind. Die Auswirkungen des neuen Rechts auf die Scheidungsgerichte ist schwierig abzuschätzen. Insbesondere durch die zweimalige persönliche Anhörung der Eheleute bei der Scheidung auf gemeinsames Begehren (Art. 111 und 112), durch die Anhörung des Kindes (Art. 144 Abs. 2) und in einem gewissen Umfang durch die Teilung der Anwartschaften in der beruflichen Vorsorge (Art. 122 f., 141 f., Art. 22 ff. E FZG) werden die Scheidungsgerichte zusätzlich belastet. Dafür geht der Entwurf davon aus, dass für die Scheidung auf gemeinsames Begehren inskünftig kein Kollektivgericht, sondern eine Einzelrichterin oder ein Einzelrichter zuständig sein werden. Zudem entfällt zwingend das Sühneverfahren vor der Friedensrichterin oder dem Friedensrichter (Art. 136 Abs. 1), und die Vielzahl von Urteilen bei Scheidungen auf gemeinsames Begehren⁵⁵³ müssen inskünftig in der ganzen Schweiz nicht mehr begründet werden. Schliesslich werden Streitigkeiten über die Höhe der Anwartschaften und den Vollzug der Teilung in der zweiten Säule nicht vor den Zivilgerichten, sondern vor den Sozialversicherungsgerichten auszutragen sein (Art. 142), was allerdings dort die Geschäftslast vergrössert. Bei der Vertretung des Kindes (Art. 147 f.) handelt es sich um eine Kindesschutzmassnahme, deren Kosten nach Artikel 276 Absatz 1 ZGB grundsätzlich zum Unterhalt gehört. Die Entschädigung des Beistandes richtet sich nach Vormundschaftsrecht (vgl. Art. 416 ZGB). Spezielle finanzielle Verpflichtungen für die Kantone ergeben sich aus Artikel 151, wonach die Kantone dafür zu sorgen haben, dass sich die Ehegatten an in der Mediation ausgebildete Personen wenden können, die ihnen helfen, sich über die Scheidung und ihre Folgen zu verständigen. Bei der Durchführung dieses Auftrages haben die Kantone - wie schon dargelegt (Ziff. 234.121) - weitgehende Freiheit. Es sollte lediglich sichergestellt sein, dass Paare, die vor einer Scheidung stehen, auf Wunsch innert nützlicher Frist Hilfe erhalten. Die Höhe der Aufwendungen können somit nicht geschätzt werden. Die Erfahrung der Kantone mit der Eheberatung, die Artikel 171 ZGB vorschreibt, können als Massstab dienen. Im übrigen hängen die Aufwendungen namentlich davon ab, was heute schon in den einzelnen Kantonen an Mediationsstellen vorhanden ist und wie weit bestehende private oder öffentliche Institutionen für diese Aufgabe eingesetzt werden können. Im übrigen darf nicht übersehen werden, dass die mit Hilfe der Mediation erarbeiteten Vereinbarungen erfahrungsgemäss eine grosse Bestandeskraft haben und Scheidungsgerichte von Abänderungsprozessen entlasten.

553 Man schätzt, dass heute weit über 90 Prozent der Scheidungen verkappte Konventionalscheidungen sind.

4 Legislaturplanung

Die Vorlage ist als Richtliniengeschäft im Bericht des Bundesrates über die Legislaturplanung 1991-1995⁵⁵⁴ erwähnt. Die Verabschiedung der Botschaft durch den Bundesrat war für 1994 vorgesehen (Anhang 1, R45).

5 Verfassungsmässigkeit

Die Bestimmungen des vorliegenden Entwurfes stützen sich auf Artikel 34^{quater} BV über die berufliche Vorsorge, Artikel 53 Absatz 1 BV betreffend den Personenstand, Artikel 54 BV betreffend das Recht auf Ehe sowie Artikel 64 Absatz 2 BV betreffend das Zivilrecht. Soweit der Entwurf im Bereich des Scheidungsrechts auch prozessrechtliche Bestimmungen enthält, sind diese für ein sachgerechtes Scheidungsrecht und dessen sinnvolle Verwirklichung unentbehrlich. Dieses formelle Zivilrecht ist deshalb durch Artikel 64 Absatz 2 BV ebenfalls gedeckt⁵⁵⁵.

Auch die Schaffung von Stellen für die Mediation in Scheidungssachen (Art. 151 E ZGB) kann dem sog. formellen Zivilrecht zugeordnet werden. Die Scheidung ist ein zentrales privatrechtliches Institut, und die Mediation ist eine flankierende Massnahme dazu. In diesem Sinne ist sie eine unterstützende Tätigkeit zur Verbesserung der Grundanliegen des neuen Scheidungsrechts.

6 Das Verhältnis zu den verfassungsmässigen Grundrechten

Nach Artikel 4 Absatz 2 BV sind Mann und Frau gleichberechtigt. Der Entwurf konkretisiert diese Verfassungsnorm, indem er bisherige Bestimmungen, die der Gleichberechtigung zuwiderlaufen (z.B. Wartefrist für Frauen nach Art. 103 Abs. 1 ZGB, Verpflichtung nur von Männern zur Übernahme eines vormundschaftlichen Amtes nach Art. 382 Abs. 1 ZGB), aufhebt und neue Vorschriften einführt, die für die Verwirklichung der Gleichberechtigung nötig sind (z.B. hälftige Teilung der Anwartschaften gegenüber Einrichtungen der beruflichen Vorsorge bei Scheidung). Artikel 54 Absatz 1 BV unterstellt das Recht zur Ehe, die Ehefreiheit, dem Schutz des Bundes und statuiert damit unter anderem eine Garantie des Instituts Ehe⁵⁵⁶. Die Vorschriften des Entwurfes über die Eheschliessung verwirklichen im Rahmen der übrigen Grundrechte dieses Rechtsinstitut und schützen zudem die Familie (Art. 34^{quinquies} Abs. 1 BV).

554 BBl 1992 III 1 ff, 114 (Ziff. 6.1.4), 175 (Anhang 1, R 45)

555 Vgl. K. Eichenberger, Bundesrechtliche Legiferierung im Bereiche des Zivilprozessrechts nach geltendem Verfassungsrecht, ZSR 1969 II, insbes. S. 490 und 512 und dort zitierte; B. Knapp, Komm. zu Art. 64 BV, Rz. 33 ff., 69.

556 Näheres bei D. Chr. Dicke, Komm. zu Art. 54 BV, Rz. 10 ff.

Die Änderungen sind mit dem europäischen Recht vereinbar. Artikel 12 EMRK gewährleistet "Männern und Frauen gemäss den einschlägigen nationalen Gesetzen das Recht, eine Ehe einzugehen und eine Familie zu gründen". Diese menschenrechtliche Eheschliessungsfreiheit (vgl. insb. Ziff. 223.313 sowie Ziff. 135) wird durch die vorgesehenen Altersgrenzen, Ebehindernisse und Eheschliessungsformen wie auch durch den Ausschluss gleichgeschlechtlicher Paare von der Eheschliessung nach der Praxis der Strassburger Organe nicht beeinträchtigt⁵⁵⁷. Die EMRK verbietet lediglich unverhältnismässige Eheschliessungshindernisse. Trotz der Entwicklung der europäischen Scheidungsgesetze (vgl. Ziff. 146) ist bis jetzt kein Grundrecht auf Scheidung anerkannt worden. Nach dem europäischen Gerichtshof für Menschenrechte muss aber das Recht auf Familienleben auch die Möglichkeit der Trennung enthalten. Umgekehrt könnte das Recht auf Achtung des Familienlebens gemäss Artikel 8 EMRK gegebenenfalls gegen eine zu leichte Scheidbarkeit einer Ehe schützen⁵⁵⁸. Schliesslich entsprechen auch die neuen Kindesrechtlichen Bestimmungen Artikel 8 EMRK⁵⁵⁹. Ehescheidungen sind selbstverständlich Streitigkeiten über zivilrechtliche Ansprüche im Sinne von Artikel 6 Absatz 1 EMRK. Die Vorlage berücksichtigt alle von dieser Norm geforderten Verfahrensgarantien (vgl. insbes. Ziff. 244.43). Im übrigen trägt sie verschiedenen Empfehlungen des Europarates Rechnung⁵⁶⁰. Schliesslich berücksichtigt die Vorlage auch die Empfehlungen der Internationalen Zivilstandskommission (siehe insbes. Ziff. 125 und 137). Die europäische Union ist für das Personenstandsrecht und das Familienrecht grundsätzlich nicht zuständig.

557 Nähere Hinweise bei I. Fahrenhorst, Familienrecht und Europäische Menschenrechtskonvention, Paderborn u.a. 1994, S. 194 ff.

558 I. Fahrenhorst, a.a.O., S. 263

559 Vgl. I. Fahrenhorst, a.a.O., S. 272 ff.

560 Recommandation N° R (89) 1 sur les prestations après divorce (vgl. Ziff. 144.6, 146.31 sowie Ziff. 146.6); Recommandation N° R (81) 15 concernant les droits des époux relatifs à l'occupation du logement de la famille et à l'utilisation des objets du ménage (vgl. 233.3); Recommandation N° R (84) 4 sur les responsabilités parentales (vgl. Ziff. 15, 244.1, 244.2, 244.41 sowie Ziff. 263.62).

Tabellen und Beispiele

Bestimmung der Austrittsleistung im Zeitpunkt der Eheschliessung gemäss Art. 22a E FZG

Steht bei Ehegatten, die vor dem 1. Januar 1995 geheiratet haben, fest, wie hoch nach dem neuen Freizügigkeitsgesetz die Austrittsleistung im Zeitpunkt der Eheschliessung gewesen wäre, so ist nach Artikel 22a Absatz 2, 2. Satz, E FZG dieser Betrag für die Berechnung der während der Dauer der Ehe erworbenen Austrittsleistung (Art. 22 Abs. 2 E FZG) massgebend, sofern seit der Eheschliessung bis zum 1. Januar 1995 die Vorsorgeeinrichtung nie gewechselt worden ist.

In allen anderen Fällen wird die *Austrittsleistung im Zeitpunkt der* (vor dem 1. Januar 1995 erfolgten) *Eheschliessung* aufgrund einer vom Eidgenössischen Departement des Innern zu erstellenden Tabelle und dem durch Artikel 22a E FZG vorgegebenen Verfahren berechnet.

Dieses Verfahren wird nachstehend anhand einiger Beispiele erläutert. Dabei wird eine provisorische Tabelle verwendet, welche die Eckwerte gemäss Artikel 22a Absatz 3 E FZG berücksichtigt. Die verbindliche Tabelle wird nach der Verabschiedung des Gesetzes vom Eidgenössischen Departement des Innern erarbeitet werden.

Allen Beispielen liegt das gleiche durch Artikel 22a Absatz 2 E FZG vorgegebene Berechnungsschema zugrunde. Dabei sind die folgenden Angaben zu verwenden:

[1]⁵⁶¹ Zeitpunkt und Höhe der letzten, vor der Eheschliessung bekannten Eintrittsleistung in ein neues Vorsorgeverhältnis (Art. 22a Abs. 2 Bst. b E FZG).

[2] Zeitpunkt der Eheschliessung.

[3] Zeitpunkt und Höhe der ersten, nach Artikel 24 FZG von Gesetzes wegen mitgeteilten Austrittsleistung. Ist zwischen der Eheschliessung und dem Zeitpunkt der mitgeteilten Austrittsleistung eine Austrittsleistung fällig geworden, so ist deren Höhe und der Zeitpunkt ihrer Fälligkeit für die Berechnung massgebend (Art. 22a Abs. 2 Buchst. a E FZG).

[4] Zeitpunkt und Höhe aller zwischen den Zeitpunkten gemäss [1] und [3] erbrachten Einmaleinlagen.

Aufgrund dieser Angaben wird mit Hilfe der Tabelle die Austrittsleistung im Zeitpunkt der Eheschliessung berechnet. Dabei sind die Zinsen einzurechnen (Art. 22a Abs. 2 E FZG). Massgebend ist der vom Bundesrat bestimmte Zinssatz, der in den Beispielen dem von der betreffenden Vorsorgeeinrichtung verwendeten technischen Zinssatz entspricht.

[5] Die Eintrittsleistung (gemäss [1]) und alle Einmaleinlagen (gemäss [4]) werden auf den Zeitpunkt gemäss [3] aufgezinst. Diese aufgezinsten Beträge werden von der Austrittsleistung gemäss [3] abgezogen.

561 Die entsprechenden Zahlen finden sich in den Beispielen wieder.

[6] Die

- Anzahl Jahre zwischen *Eintrittsleistung vor Eheschliessung* und *Austrittsleistung nach Eheschliessung* (Dauer zwischen den Zeitpunkten gemäss [1] und [3])
 - Anzahl Jahre zwischen *Eintrittsleistung vor Eheschliessung* und *Eheschliessung* (Dauer zwischen den Zeitpunkten gemäss [1] und [2])
- bestimmen den Aufteilungssatz in der Tabelle.

[7] Der durch [6] angegebene Teil des in [5] berechneten Betrages gilt provisorisch als Austrittsleistung im Zeitpunkt der Eheschliessung.

[8] Die *Eintrittsleistung* (gemäss [1]) und alle vor der Eheschliessung erbrachten Einmaleinlagen (gemäss [4]) werden auf den Zeitpunkt gemäss [2] aufgezinst. Diese aufgezinsten Beträge werden zu der *Austrittsleistung bei Eheschliessung* gemäss [7] hinzugerechnet. Der sich ergebende Betrag ist die *Austrittsleistung bei Eheschliessung*.

Die so berechnete Austrittsleistung bei Eheschliessung wird zur Bestimmung der zu teilenden Austrittsleistung gemäss Artikel 22 Absatz 2 E FZG verwendet.

**Austrittsleistung
im Zeitpunkt der Eheschliessung (Abs. 2)
in Prozent des gemäss Absatz 2 errechneten Betrages**

*Anhang
Tabelle
(zu Art. 22a FZG)*

		Anzahl Jahre zwischen Eintrittsleistung vor Eheschliessung und Eheschliessung								
		1	2	3	4	5	6	7	8	9
Anzahl Jahre zwischen Eintrittsleistung vor Eheschliessung und Austrittsleistung nach Eheschliessung	1	100								
	2	48	100							
	3	31	64	100						
	4	22	46	72	100					
	5	17	35	55	77	100				
	6	13	28	44	61	80	100			
	7	11	23	36	50	65	82	100		
	8	9	19	30	42	55	69	84	100	
	9	8	16	26	36	47	58	71	85	100
	10	7	14	22	31	40	50	61	73	86
	11	6	12	19	27	35	44	53	64	75
	12	5	11	17	23	31	38	47	56	66
	13	5	9	15	21	27	34	41	49	58
	14	4	8	13	18	24	30	37	44	52
	15	4	8	12	16	21	27	33	39	46
	16	3	7	11	15	19	24	29	35	41
	17	3	6	10	13	17	22	26	32	37
	18	3	5	9	12	16	20	24	29	34
	19	2	5	8	11	14	18	22	26	30
	20	2	5	7	10	13	16	20	24	28
	21	2	4	6	9	12	15	18	21	25
	22	2	4	6	8	11	13	16	20	23
	23	2	3	5	8	10	12	15	18	21
	24	2	3	5	7	9	11	14	16	19
	25	1	3	5	6	8	10	13	15	18
	26	1	3	4	6	8	10	12	14	16
	27	1	2	4	5	7	9	11	13	15
	28	1	2	4	5	6	8	10	12	14
	29	1	2	3	5	6	7	9	11	13
	30	1	2	3	4	6	7	8	10	12
	31	1	2	3	4	5	6	8	9	11
	32	1	2	3	4	5	6	7	9	10
	33	1	2	2	3	4	6	7	8	9
	34	1	1	2	3	4	5	6	7	9
	35	1	1	2	3	4	5	6	7	8
	36	1	1	2	3	4	4	5	6	8
	37	1	1	2	3	3	4	5	6	7
	38	1	1	2	2	3	4	5	6	7
	39	0	1	2	2	3	4	4	5	6
	40	0	1	1	2	3	3	4	5	6
	41	0	1	1	2	2	3	4	5	5
	42	0	1	1	2	2	3	4	4	5
	43	0	1	1	2	2	3	3	4	5
	44	0	1	1	2	2	3	3	4	4
	45	0	1	1	1	2	2	3	3	4

Anzahl Jahre zwischen Eintrittsleistung vor Eheschliessung und Eheschliessung

	10	11	12	13	14	15	16	17	18
1									
2									
3									
4									
5									
6									
7									
8									
9									
10	100								
11	87	100							
12	76	88	100						
13	67	77	88	100					
14	60	69	78	89	100				
15	53	61	70	79	89	100			
16	48	55	63	71	80	90	100		
17	43	50	57	64	72	81	90	100	
18	39	45	51	58	65	73	81	90	100
19	35	41	46	53	59	66	74	82	91
20	32	37	42	48	54	60	67	74	82
21	29	34	38	43	49	55	61	68	75
22	27	31	35	40	45	50	56	62	69
23	24	28	32	36	41	46	51	57	63
24	22	26	29	33	38	42	47	52	58
25	21	24	27	31	34	39	43	48	53
26	19	22	25	28	32	35	40	44	49
27	17	20	23	26	29	33	36	40	45
28	16	19	21	24	27	30	34	37	41
29	15	17	20	22	25	28	31	34	38
30	14	16	18	20	23	26	29	32	35
31	13	15	17	19	21	24	27	30	33
32	12	14	16	18	20	22	25	27	30
33	11	13	14	16	18	21	23	25	28
34	10	12	13	15	17	19	21	24	26
35	9	11	12	14	16	18	20	22	24
36	9	10	12	13	15	16	18	20	23
37	8	9	11	12	14	15	17	19	21
38	8	9	10	11	13	14	16	18	20
39	7	8	9	11	12	13	15	16	18
40	7	8	9	10	11	12	14	15	17
41	6	7	8	9	10	12	13	14	16
42	6	7	8	9	10	11	12	13	15
43	5	6	7	8	9	10	11	13	14
44	5	6	7	8	8	9	11	12	13
45	5	5	6	7	8	9	10	11	12

Anzahl Jahre zwischen Eintrittsleistung vor Eheschliessung und Austrittsleistung nach Eheschliessung

		Anzahl Jahre zwischen Eintrittsleistung vor Eheschließung und Eheschließung								
		19	20	21	22	23	24	25	26	27
Anzahl Jahre zwischen Eintrittsleistung vor Eheschließung und Austrittsleistung nach Eheschließung	1									
	2									
	3									
	4									
	5									
	6									
	7									
	8									
	9									
	10									
	11									
	12									
	13									
	14									
	15									
	16									
	17									
	18									
	19	100								
	20	91	100							
	21	83	91	100						
	22	76	83	91	100					
	23	69	76	84	92	100				
	24	63	70	77	84	92	100			
	25	58	64	70	77	84	92	100		
	26	54	59	65	71	77	84	92	100	
	27	49	54	60	65	71	78	85	92	100
	28	46	50	55	60	66	72	78	85	92
	29	42	46	51	56	61	66	72	79	85
	30	39	43	47	51	56	61	67	73	79
	31	36	40	44	48	52	57	62	67	73
	32	33	37	40	44	48	53	57	62	68
	33	31	34	37	41	45	49	53	58	63
	34	29	32	35	38	42	45	49	54	58
	35	27	29	32	35	39	42	46	50	54
	36	25	27	30	33	36	39	43	46	50
	37	23	25	28	31	33	36	40	43	47
	38	22	24	26	29	31	34	37	40	44
	39	20	22	24	27	29	32	35	38	41
	40	19	21	23	25	27	30	32	35	38
	41	18	19	21	23	25	28	30	33	35
	42	16	18	20	22	24	26	28	30	33
	43	15	17	18	20	22	24	26	28	31
	44	14	16	17	19	21	23	25	27	29
	45	13	15	16	18	19	21	23	25	27

✱

Anzahl Jahre zwischen Eintrittsleistung vor Eheschliessung und Eheschliessung									
	28	29	30	31	32	33	34	35	36
1									
2									
3									
4									
5									
6									
7									
8									
9									
10									
11									
12									
13									
14									
15									
16									
17									
18									
19									
20									
21									
22									
23									
24									
25									
26									
27									
28	100								
29	92	100							
30	85	92	100						
31	79	86	93	100					
32	73	79	86	93	100				
33	68	74	80	86	93	100			
34	63	68	74	80	86	93	100		
35	59	64	69	74	80	86	93	100	
36	55	59	64	69	74	80	86	93	100
37	51	55	59	64	69	75	80	87	93
38	47	51	55	60	65	70	75	81	87
39	44	48	52	56	60	65	70	75	81
40	41	45	48	52	56	61	65	70	75
41	38	42	45	49	52	56	61	65	70
42	36	39	42	45	49	53	57	61	66
43	34	36	39	42	46	49	53	57	61
44	31	34	37	40	43	46	50	53	57
45	29	32	34	37	40	43	46	50	54

Anzahl Jahre zwischen Eintrittsleistung vor Eheschliessung und Austrittsleistung nach Eheschliessung

		Anzahl Jahre zwischen Eintrittsleistung vor Eheschliessung und Eheschliessung								
		37	38	39	40	41	42	43	44	45
Anzahl Jahre zwischen Eintrittsleistung vor Eheschliessung und Austrittsleistung nach Eheschliessung	1									
	2									
	3									
	4									
	5									
	6									
	7									
	8									
	9									
	10									
	11									
	12									
	13									
	14									
	15									
	16									
	17									
	18									
	19									
	20									
	21									
	22									
	23									
	24									
	25									
	26									
	27									
	28									
	29									
	30									
	31									
	32									
	33									
	34									
	35									
	36									
	37	100								
	38	93	100							
	39	87	93	100						
	40	81	87	93	100					
	41	76	81	87	93	100				
	42	71	76	81	87	93	100			
	43	66	71	76	81	87	93	100		
	44	62	66	71	76	82	87	93	100	
	45	58	62	66	71	76	82	87	94	100

Versicherte Person

geboren 7. August 1940

	Zeitpunkt	Betrag (Fr.)	Beträge (Fr.) inklusive	
			Zins (Satz 4%) bis 31.12.1985	Zins (Satz 4%) bis 15.4.1975
Eintritt in neue Vorsorgeeinrichtung	1.5.1972			
Eingebrachte				
Freizügigkeitsleistung [1]	1.5.1972	4'890.-	[5] -8'359.-	[8] 5'501.-
Einmaleinlage [4]	30.11.1972	2'523.-	[5] -4'215.-	[8] 2'770.-
Eheschliessung [2]	15.4.1975			
Austritt aus der Vorsorgeeinrichtung	31.12.1985			
Austrittsleistung [3]	31.12.1985	92'988.-	[5] 92'988.-	
			[5] 80'414.- davon 13 %	
			[7] 10'454.-	[8] 10'454.-
				[8] 18'725.-

**Austrittsleistung
bei Eheschliessung**

Anwendung der Tabelle [6]

1. Bestimmung der notwendigen Zeitdauer-Parameter

1.1 Anzahl Jahre zwischen Eintrittsleistung (1.5.72)
vor Eheschliessung und Austrittsleistung (31.12.85)
nach Eheschliessung 14

1.2 Anzahl Jahre zwischen Eintrittsleistung (1.5.72)
vor Eheschliessung und Eheschliessung (15.4.75) 3

2. Tabellenwert 13%

Versicherte Person geboren 7. August 1940

	Zeitpunkt	Betrag (Fr.)	Beträge (Fr.) inklusive	
			Zins (Satz 4%) bis 31.12.1995	Zins (Satz 4%) bis 15.4.1975
Eintritt in neue Vorsorgeeinrichtung	1.5.1972			
Eingebrachte				
Freizügigkeitsleistung [1]	1.5.1972	4'890.-	[5] -12'373.-	[8] 5'501.-
Einmaleinlage [4]	30.11.1972	2'523.-	[5] -6'239.-	[8] 2'770.-
Eheschliessung [2]	15.4.1975			
Austrittsleistung [3] mitgeteilt aufgrund von Art. 24 FZG	31.12.1995	349'490.-	[5] 349'490.-	
			[5] 330'878.- davon 5 %	
			[7] 16'544.-	[8] 16'544.-
				[8] 24'815.-
				Austrittsleistung bei Eheschliessung

Anwendung der Tabelle [6]

1. Bestimmung der notwendigen Zeitdauer-Parameter
 - 1.1 Anzahl Jahre zwischen Eintrittsleistung (1.5.72)
vor Eheschliessung und Austrittsleistung (31.12.95)
nach Eheschliessung 24
 - 1.2 Anzahl Jahre zwischen Eintrittsleistung (1.5.72)
vor Eheschliessung und Eheschliessung (15.4.75) 3
2. Tabellenwert 5%

Versicherte Person geboren 25. Februar 1955

	Zeitpunkt	Betrag (Fr.)	Beträge (Fr.) inklusive	
			Zins (Satz 4%) bis 31.12.1996	Zins (Satz 4%) bis 18.12.1992
Eintritt (Beginn BVG) in neue Vorsorgeeinrichtung	1.1.1985			
Eingebrachte Freizügigkeitsleistung [1]	1.1.1985	0.- [5]	0.- [8]	0.-
Eheschliessung [2]	18.12.1992			
Austrittsleistung [3]	31.12.1996	51'446.- [5]	51'446.-	
mitgeteilt aufgrund von Art. 24 FZG			[5] 51'446.- davon 56 %	
			[7] 28'810.-	[8] 28'810.-
				[8] 28'810.-

**Austrittsleistung
bei Eheschliessung**

Anwendung der Tabelle [6]

1. Bestimmung der notwendigen Zeitdauer-Parameter

1.1 Anzahl Jahre zwischen Eintrittsleistung (1.1.85)
vor Eheschliessung und Austrittsleistung (31.12.96)
nach Eheschliessung **12**

1.2 Anzahl Jahre zwischen Eintrittsleistung (1.1.85)
vor Eheschliessung und Eheschliessung (18.12.92) **8**

2. Tabellenwert **56%**

Versicherte Person geboren 25. Februar 1955

	Zeitpunkt	Betrag (Fr.)	Beträge (Fr.) inklusive	
			Zins (Satz 4%) bis 31.12.1996	Zins (Satz 4%) bis 18.12.1992
Eintritt (BVG) in neue Vorsorgeeinrichtung	1.9.1989			
Eingebrachte Freizüigkeitsleistung [1]	1.9.1989	12'214.-	[5] -16'287.-	[8] 13'922.-
Eheschliessung [2]	18.12.1992			
Austrittsleistung mitgeteilt aufgrund von Art. 24 FZG [3]	31.12.1996	51'446.-	[5] 51'446.-	
			[5] 35'159.- davon 36 %	
			[7] 12'657.-	[8] 12'657.-
				[8] 26'579.-
				Austrittsleistung bei Eheschliessung

Anwendung der Tabelle [6]

1. Bestimmung der notwendigen Zeitdauer-Parameter
 - 1.1 Anzahl Jahre zwischen Eintrittsleistung (1.9.89)
vor Eheschliessung und Austrittsleistung (31.12.96)
nach Eheschliessung 7
 - 1.2 Anzahl Jahre zwischen Eintrittsleistung (1.9.89)
vor Eheschliessung und Eheschliessung (18.12.92) 3
2. Tabellenwert 36%

Versicherte Person geboren 30. April 1935

	Zeitpunkt	Betrag (Fr.)	Beträge (Fr.) inklusive	
			Zins (Satz 3.5%) bis 31.12.1997	Zins (Satz 3.5%) bis 13.5.1983
Eintritt in neue Vorsorgeeinrichtung	1.3.1981			
Eingebrachte				
Freizügigkeitsleistung [1]	1.3.1981	97'000.-	[5] -173'102.-	[8] 104'506.-
Einmaleinlage [4]	31.12.1981	15'636.-	[5] -27'113.-	[8] 16'372.-
Einmaleinlage [4]	31.12.1982	15'636.-	[5] -26'196.-	[8] 15'818.-
Eheschliessung [2]	13.5.1983			
Einmaleinlage [4]	31.12.1983	15'636.-	[5] -25'310.-	
Einmaleinlage [4]	31.12.1984	15'636.-	[5] -24'454.-	
Einmaleinlage [4]	31.12.1985	15'636.-	[5] -23'627.-	
Austrittsleistung mitgeteilt aufgrund von Art. 24 FZG	[3] 31.12.1997	833'060.-	[5] 833'060.-	
			[5] 533'258.- davon 6 %	
			[7] 31'995.-	[8] 31'995.-
				[8] 168'691.-

**Austrittsleistung
bel Eheschliessung**

Anwendung der Tabelle [6]

1. Bestimmung der notwendigen Zeitdauer-Parameter

1.1 Anzahl Jahre zwischen Eintrittsleistung (1.3.81)
vor Eheschliessung und Austrittsleistung (31.12.97)
nach Eheschliessung **17**

1.2 Anzahl Jahre zwischen Eintrittsleistung (1.3.81)
vor Eheschliessung und Eheschliessung (13.5.83) **2**

2. Tabellenwert **6%**

Schweizerisches Zivilgesetzbuch (Personenstand, Eheschliessung, Scheidung, Kindesrecht, Verwandtenunterstützungspflicht, Heimstätten, Vormundschaft, Ehevermittlung)

Entwurf

Änderung vom

Die Bundesversammlung der Schweizerischen Eidgenossenschaft,
nach Einsicht in die Botschaft des Bundesrates vom 15. November 1995¹⁾,
beschliesst:

I

1. Der erste Titel des Zivilgesetzbuches²⁾ wird wie folgt geändert:

Erster Titel: Die natürlichen Personen

Zweiter Abschnitt: Die Beurkundung des Personenstandes

Art. 39 (39 Abs. 1)³⁾

A. Register
I. Allgemeines

¹ Zur Beurkundung des Personenstandes werden Register geführt.

² Zum Personenstand gehören:

1. die eine Person unmittelbar betreffenden Zivilstandstatsachen wie die Geburt, die Heirat, der Tod;
2. die personen- und familienrechtliche Stellung einer Person wie die Mündigkeit, die Abstammung, die Ehe;
3. die Namen;
4. die Kantons- und Gemeindebürgerrechte;
5. die Staatsangehörigkeit.

Art. 40 (39 Abs. 2)

II. Melde-
pflicht und
Datenschutz

¹ Der Bundesrat bestimmt die Personen und Behörden, die verpflichtet sind, die zur Beurkundung des Personenstandes nötigen Angaben zu melden.

² Er kann vorsehen, dass Verstösse gegen die Meldepflicht mit Busse bedroht werden.

³ Er sorgt auf dem Gebiet der Beurkundung des Personenstandes für den Schutz der Persönlichkeit und der Grundrechte der Personen, über die Daten bearbeitet werden.

¹⁾ BBl 1996 I 1

²⁾ SR 210

³⁾ Die beigefügten Ziffern verweisen auf die bisherigen Artikel des ZGB.

Art. 41 (neu)

III. Nachweis
nicht streitiger
Angaben

¹ Wenn Angaben über den Personenstand durch Urkunden zu belegen sind, kann die kantonale Aufsichtsbehörde den Nachweis durch Abgabe einer Erklärung vor der Zivilstandsbeamtin oder dem Zivilstandsbeamten bewilligen, sofern es sich nach hinreichenden Bemühungen als unmöglich oder unzumutbar erweist, die Urkunden zu beschaffen, und die Angaben nicht streitig sind.

² Die Zivilstandsbeamtin oder der Zivilstandsbeamte ermahnt die erklärende Person zur Wahrheit und weist sie auf die Straffolgen einer falschen Erklärung hin.

Art. 42 (45 Abs. 1)

IV. Bereini-
gung
1. Durch das
Gericht

¹ Wer ein schützenswertes persönliches Interesse glaubhaft macht, kann beim Gericht auf Eintragung von streitigen Angaben über den Personenstand, auf Berichtigung oder auf Löschung einer Eintragung klagen. Das Gericht hört die betroffenen kantonalen Aufsichtsbehörden an und stellt ihnen das Urteil zu.

² Die kantonalen Aufsichtsbehörden sind ebenfalls klageberechtigt.

Art. 43 (45 Abs. 2)

2. Durch die
Zivilstandsbe-
hörden

Die Zivilstandsbehörden beheben Fehler, die auf einem offensichtlichen Versehen oder Irrtum beruhen, von Amtes wegen.

Art. 44 (41 Abs. 2 und 3)

B. Organisation
I. Zivilstands-
behörden
1. Zivilstands-
beamtinnen
und Zivil-
standsbeamte

¹ Die Zivilstandsbeamtinnen und die Zivilstandsbeamten haben insbesondere folgende Aufgaben:

1. Sie führen die Register.
2. Sie erstellen die Mitteilungen und Auszüge.
3. Sie führen das Vorbereitungsverfahren der Eheschliessung durch und vollziehen die Trauung.
4. Sie nehmen Erklärungen zum Personenstand entgegen.

² Der Bundesrat kann ausnahmsweise eine Vertreterin oder einen Vertreter der Schweiz im Ausland mit Aufgaben einer Zivilstandsbeamtin oder eines Zivilstandsbeamten betrauen.

Art. 45 (40 Abs. 1, 43)

2. Aufsichtsbe-
hörden

¹ Jeder Kanton bestellt eine einzige Aufsichtsbehörde.

² Diese Behörde hat insbesondere folgende Aufgaben:

1. Sie beaufsichtigt die Zivilstandsämter.
2. Sie unterstützt und berät die Zivilstandsämter.
3. Sie wirkt bei der Registerführung und beim Vorbereitungsverfahren der Eheschliessung mit.

4. Sie erlässt Verfügungen über die Anerkennung und die Eintragung im Ausland eingetretener Zivilstandsatsachen sowie ausländischer Entscheidungen, die den Personenstand betreffen.
5. Sie sorgt für die Aus- und Weiterbildung der im Zivilstandswesen tätigen Personen.

³ Der Bund übt die Oberaufsicht aus.

Art. 46 (42)

II. Haftung

¹ Wer durch die im Zivilstandswesen tätigen Personen in Ausübung ihrer amtlichen Tätigkeit widerrechtlich verletzt wird, hat Anspruch auf Schadenersatz und, wo die Schwere der Verletzung es rechtfertigt, auf Genugtuung.

² Haftbar ist der Kanton; er kann gegen die Personen, welche die Verletzung absichtlich oder grobfahrlässig verursacht haben, Rückgriff nehmen.

Art. 47 (44)

III. Disziplinar-
massnahmen

¹ Vorsätzliche oder fahrlässige Amtspflichtverletzungen der auf den Zivilstandsämtern tätigen Personen werden von der kantonalen Aufsichtsbehörde mit Disziplinar-massnahmen geahndet.

² Die Disziplinar-massnahme besteht in einem Verweis, in Busse bis zu 1000 Franken oder, in schweren Fällen, in Amtsenthebung.

³ Vorbehalten bleibt die strafgerichtliche Verfolgung.

Art. 48 (39 Abs. 2)

C. Ausführungsbestimmungen
I. Bundesrecht
I. Allgemeines

¹ Der Bundesrat erlässt die Ausführungsbestimmungen.

² Er regelt namentlich:

1. die zu führenden Register und die einzutragenden Angaben;
2. die Registerführung;
3. die Aufsicht.

Art. 49 (neu)

2. Organisatorische Grundsätze und Gebühren

¹ Zur Sicherstellung eines fachlich zuverlässigen Vollzugs legt der Bundesrat Grundsätze fest über:

1. die Wählbarkeit oder Ernennung der Zivilstands-beamtinnen und der Zivilstands-beamten, namentlich die Mindestanforderungen an ihre Ausbildung;
2. die Grösse der Zivilstandskreise.

² Er legt die im Zivilstandswesen zu erhebenden Gebühren fest.

- Art. 50 (40)*
- II. Kantonales
Recht ¹ Die Kantone erlassen im Rahmen des Bundesrechts die nötigen Ausführungsbestimmungen.
- ² Die kantonalen Vorschriften, ausgenommen jene über die Besoldung der im Zivilstandswesen tätigen Personen, bedürfen zu ihrer Gültigkeit der Genehmigung des Bundes.

Art. 51
Aufgehoben

2. Der dritte Titel des Zivilgesetzbuches¹⁾ wird wie folgt geändert:

Dritter Titel: Die Eheschliessung
Erster Abschnitt: Das Verlöbnis

Art. 90 (90 und 91 Abs. 1)

- A. Verlobung ¹ Das Verlöbnis wird durch Eheversprechen begründet.
- ² Unmündige oder Entmündigte werden ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters durch ihre Verlobung nicht verpflichtet.
- ³ Aus dem Verlöbnis entsteht kein klagbarer Anspruch auf Eingehung der Ehe.

Art. 91 (94)

- B. Auflösung
des Verlob-
nisses
I. Geschenke ¹ Mit Ausnahme der gewöhnlichen Gelegenheitsgeschenke können die Verlobten Geschenke, die sie einander gemacht haben, zurückfordern, sofern das Verlöbnis nicht durch Tod aufgelöst worden ist.
- ² Sind die Geschenke nicht mehr vorhanden, so richtet sich die Rückerstattung nach den Bestimmungen über die ungerechtfertigte Bereicherung.

Art. 92 (92 und 93)

- II. Beitrags-
pflicht Hat einer der Verlobten im Hinblick auf die Eheschliessung in guten Treuen Veranstaltungen getroffen, so kann er vom andern einen angemessenen Beitrag verlangen, sofern dies nach den gesamten Umständen nicht als unbillig erscheint.

Art. 93 (95)

- III. Verjährung Die Ansprüche aus dem Verlöbnis verjähren mit Ablauf eines Jahres nach der Auflösung.

¹⁾ SR 210

Zweiter Abschnitt: Die Ehevoraussetzungen

Art. 94 (96 Abs. 1, 97 und 99)

- A. Ehefähigkeit
- ¹ Um die Ehe eingehen zu können, müssen die Braut und der Bräutigam das 18. Altersjahr zurückgelegt haben und urteilsfähig sein.
 - ² Die entmündigte Person braucht die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters.
 - ³ Sie kann gegen die Verweigerung dieser Zustimmung das Gericht anrufen.

Art. 95 (100)

- B. Ebehindernisse
- I. Verwandtschaft und Stiefkindverhältnis
- ¹ Die Eheschliessung ist verboten:
 1. zwischen Verwandten in gerader Linie sowie zwischen Geschwistern oder Halbgeschwistern, gleichgültig ob sie miteinander durch Abstammung oder durch Adoption verwandt sind;
 2. zwischen Stiefeltern und Stiefkindern; das Ebehindernis bleibt auch bestehen, wenn die Ehe, die das Stiefkindverhältnis begründet hat, für ungültig erklärt oder aufgelöst worden ist.
 - ² Die Adoption hebt das Ebehindernis der Verwandtschaft zwischen dem Adoptivkind und seinen Nachkommen einerseits und seiner angestammten Familie andererseits nicht auf.

Art. 96 (101 und 102)

- II. Frühere Ehe
- ¹ Wer eine neue Ehe eingehen will, hat den Nachweis zu erbringen, dass die frühere Ehe für ungültig erklärt oder aufgelöst worden ist.
 - ² Ist ein Ehegatte ¹⁾ für verschollen erklärt, so genügt für die Eheauflösung die entsprechende Erklärung des andern Ehegatten gegenüber der Zivilstandsbeamtin oder dem Zivilstandsbeamten.

Dritter Abschnitt: Vorbereitung der Eheschliessung und Trauung

Art. 97 (113, 118 Abs. 2)

- A. Grundsätze
- ¹ Die Ehe wird nach dem Vorbereitungsverfahren vor der Zivilstandsbeamtin oder dem Zivilstandsbeamten geschlossen.
 - ² Die Verlobten können sich im Zivilstandskreis ihrer Wahl trauen lassen.

¹⁾ Da es sich um einen feststehenden Rechtsbegriff handelt, der sich auf Personen beider Geschlechter bezieht (im Gegensatz zu den Ausdrücken «Ehemann» und «Ehefrau»), wird dem Grundsatz der sprachlichen Gleichbehandlung nicht Rechnung getragen.

³ Es ist verboten, eine religiöse Eheschliessung vor der Ziviltrauung durchzuführen.

Art. 98 (105, 106)

B. Vorbereitungsverfahren
I. Gesuch

¹ Die Verlobten stellen das Gesuch um Durchführung des Vorbereitungsverfahrens beim Zivilstandsamt des Wohnortes der Braut oder des Bräutigams.

² Sie müssen persönlich erscheinen. Falls sie nachweisen, dass dies für sie offensichtlich unzumutbar ist, wird die schriftliche Durchführung des Vorbereitungsverfahrens bewilligt.

³ Sie haben ihre Personalien mittels Dokumenten zu belegen und beim Zivilstandsamt persönlich zu erklären, dass sie die Ehevoraussetzungen erfüllen; sie legen die nötigen Zustimmungen vor.

Art. 99 (107, 114 Abs. 1)

II. Durchführung und Abschluss des Vorbereitungsverfahrens

¹ Das Zivilstandsamt prüft, ob

1. das Gesuch ordnungsgemäss eingereicht worden ist;
2. die Identität der Verlobten feststeht und
3. die Ehevoraussetzungen erfüllt sind.

² Sind diese Anforderungen erfüllt, teilt es den Verlobten den Abschluss des Vorbereitungsverfahrens sowie die gesetzlichen Fristen für die Trauung mit.

³ Es legt im Einvernehmen mit den Verlobten im Rahmen der kantonalen Vorschriften den Zeitpunkt der Trauung fest oder stellt auf Antrag eine Ermächtigung zur Trauung in einem andern Zivilstandskreis aus.

Art. 100 (112, 113 Abs. 2, 114 Abs. 2, 115)

III. Fristen

¹ Die Trauung kann frühestens zehn Tage und spätestens drei Monate nach Mitteilung des Abschlusses des Vorbereitungsverfahrens stattfinden.

² Ist einer der Verlobten vom Tode bedroht und ist zu befürchten, dass die Trauung bei Beachtung der Frist von zehn Tagen nicht mehr möglich ist, so kann die Zivilstandsbeamtin oder der Zivilstandsbeamte auf ärztliche Bestätigung hin die Frist abkürzen oder die Trauung unverzüglich vornehmen.

Art. 101 (113, 116)

C. Trauung
I. Ort

¹ Die Trauung findet im Trauungsort des Zivilstandskreises statt, den die Verlobten gewählt haben.

² Ist das Vorbereitungsverfahren in einem andern Zivilstandskreis durchgeführt worden, müssen die Verlobten eine Trauungsermächtigung vorlegen.

³ Weisen die Verlobten nach, dass es für sie offensichtlich unzumutbar ist, sich in das Trauungslokal zu begeben, kann die Trauung an einem andern Ort stattfinden.

Art. 102 (116 Abs. 1, 117)

II. Form ¹ Die Trauung ist öffentlich und findet in Anwesenheit von zwei mündigen und urteilsfähigen Zeuginnen oder Zeugen statt.

² Die Zivilstandsbeamtin oder der Zivilstandsbeamte richtet an die Verlobte und den Verlobten einzeln die Frage, ob sie miteinander die Ehe eingehen wollen.

³ Bejahen die Verlobten die Frage, wird die Ehe durch ihre beidseitige Zustimmung als geschlossen erklärt.

Art. 103 (119)

D. Ausführungsbestimmungen ¹ Der Bundesrat und, im Rahmen ihrer Zuständigkeit, die Kantone erlassen die nötigen Ausführungsbestimmungen.

² Der Bundesrat kann vorsehen, dass Verstösse gegen das Verbot der religiösen Eheschliessung vor der Ziviltrauung mit Busse bedroht werden.

Vierter Abschnitt: Die Eheungültigkeit

Art. 104 (131)

A. Grundsatz Die vor der Zivilstandsbeamtin oder dem Zivilstandsbeamten geschlossene Ehe kann nur aus einem in diesem Abschnitt vorgesehenen Grund für ungültig erklärt werden.

Art. 105 (120 und 122 Abs. 2 und 3)

B. Unbefristete Ungültigkeit ¹ Ein Ungültigkeitsgrund liegt vor, wenn:

- I. Gründe
1. zur Zeit der Eheschliessung einer der Ehegatten bereits verheiratet ist und die frühere Ehe nicht durch Scheidung oder Tod des Partners aufgelöst worden ist;
 2. zur Zeit der Eheschliessung einer der Ehegatten nicht urteilsfähig ist und seither nicht wieder urteilsfähig geworden ist;
 3. die Eheschliessung infolge Verwandtschaft oder Stiefkindverhältnis unter den Ehegatten verboten ist.

Art. 106 (121, 122 Abs. 1 und 135)

II. Klage ¹ Die Klage ist von der zuständigen kantonalen Behörde am Wohnsitz der Ehegatten von Amtes wegen zu erheben; überdies kann jedermann klagen, der ein Interesse hat.

² Nach Auflösung der Ehe wird deren Ungültigkeit nicht mehr von Amtes wegen verfolgt; es kann aber jedermann, der ein Interesse hat, die Ungültigerklärung verlangen.

³ Die Klage kann jederzeit eingereicht werden.

Art. 107 (123–126)

C. Befristete Ungültigkeit
I. Gründe

Ein Ehegatte kann verlangen, dass die Ehe für ungültig erklärt wird, wenn er:

1. bei der Trauung aus einem vorübergehenden Grund nicht urteilsfähig war;
2. sich aus Irrtum hat trauen lassen, sei es, dass er die Ehe selbst oder die Trauung mit der betreffenden Person nicht gewollt hat;
3. zur Eheschliessung durch einen Irrtum über wesentliche persönliche Eigenschaften des anderen bestimmt worden ist, die von solcher Bedeutung sind, dass ihm die eheliche Gemeinschaft nicht zugemutet werden darf;
4. die Ehe geschlossen hat, weil er über wesentliche persönliche Eigenschaften des anderen absichtlich getäuscht worden ist;
5. die Ehe geschlossen hat, weil er mit einer nahen und erheblichen Gefahr für das Leben, die Gesundheit oder die Ehre seiner selbst oder einer ihm nahe verbundenen Person bedroht wurde.

Art. 108 (127 und 135)

II. Klage

¹ Die Ungültigkeitsklage ist innerhalb von sechs Monaten seit Kenntnis des Ungültigkeitsgrundes oder seit dem Wegfall der Drohung einzureichen, in jedem Fall aber vor Ablauf von fünf Jahren seit der Eheschliessung.

² Das Klagerecht geht nicht auf die Erben über; ein Erbe kann jedoch an der bereits erhobenen Klage festhalten.

Art. 109 (132–134)

D. Wirkungen des Urteils

¹ Die Ungültigkeit einer Ehe wird erst wirksam, nachdem das Gericht die Ungültigkeitserklärung ausgesprochen hat; bis zum Urteil hat die Ehe mit Ausnahme der erbrechtlichen Ansprüche, die der überlebende Ehegatte in jedem Fall verliert, alle Wirkungen einer gültigen Ehe.

² Für die Wirkungen der gerichtlichen Ungültigerklärung auf die Ehegatten und die Kinder gelten sinngemäss die Bestimmungen über die Scheidung.

Art. 110 (136)

E. Zuständigkeit und Verfahren

Die Zuständigkeit und das Verfahren richten sich sinngemäss nach den Vorschriften des Scheidungsrechts.

3. Der vierte Titel des Zivilgesetzbuches¹⁾ wird wie folgt geändert:

Vierter Titel: Die Ehescheidung und die Ehetrennung
Erster Abschnitt: Die Scheidungsvoraussetzungen

Art. 111

A. Scheidung
auf gemeinsames
Begehren
I. Umfassende
Einigung

¹ Verlangen die Ehegatten gemeinsam die Scheidung und reichen sie eine vollständige Vereinbarung über die Scheidungsfolgen mit den nötigen Belegen und mit gemeinsamen Anträgen hinsichtlich der Kinder ein, so hört das Gericht sie getrennt und zusammen an; es überzeugt sich davon, dass das Scheidungsbegehren und die Vereinbarung auf freiem Willen und reiflicher Überlegung beruhen und die Vereinbarung voraussichtlich genehmigt werden kann.

² Bestätigen beide Ehegatten nach Ablauf einer zweimonatigen Bedenkzeit seit der ersten Anhörung in einer zweiten persönlichen Anhörung ihren Scheidungswillen und ihre Vereinbarung, so spricht das Gericht die Scheidung aus und genehmigt die Vereinbarung; schliessen die Ehegatten erst nach der ersten Anhörung eine vollständige Vereinbarung über die Scheidungsfolgen, so beginnt die Frist für die zweite Anhörung mit der Einreichung der vollständigen Vereinbarung.

³ Leben die Ehegatten bei Einreichung des Scheidungsbegehrens seit mindestens einem Jahr getrennt, kann das Gericht auf die zweite Anhörung verzichten.

Art. 112

II. Teileinigung

¹ Die Ehegatten können gemeinsam die Scheidung verlangen und erklären, dass das Gericht die Scheidungsfolgen beurteilen soll, über die sie sich nicht einig sind.

² Das Gericht hört sie zum Scheidungsbegehren und zu den Scheidungsfolgen, über die sie sich geeinigt haben, und zur Erklärung, dass die übrigen Folgen gerichtlich zu beurteilen sind, wie bei der umfassenden Einigung an.

³ Zu den Scheidungsfolgen, über die sie sich nicht einig sind, stellt jeder Ehegatte Anträge.

Art. 113

III. Wechsel
zur Scheidung
auf Klage

Entscheidet das Gericht, dass die Voraussetzungen für eine Scheidung auf gemeinsames Begehren nicht erfüllt sind, so setzt es jedem Ehegatten Frist an, um das Scheidungsbegehren durch eine Klage zu ersetzen.

Art. 114

B. Scheidung
auf Klage
eines Ehegatten
I. Nach
Getrenntleben

Ein Ehegatte kann die Scheidung verlangen, wenn die Ehegatten bei Eintritt der Rechtshängigkeit der Klage oder bei Wechsel zur Scheidung auf Klage mindestens fünf Jahre getrennt gelebt haben.

Art. 115 (142)

II. Unzumutbarkeit

Vor Ablauf der fünfjährigen Frist kann ein Ehegatte die Scheidung verlangen, wenn ihm die Fortsetzung der Ehe aus schwerwiegenden Gründen, die ihm nicht zuzurechnen sind, nicht zugemutet werden kann.

Art. 116

III. Zustimmung zur
Scheidungsklage,
Widerklage

Verlangt ein Ehegatte die Scheidung nach Getrenntleben oder wegen Unzumutbarkeit und stimmt der andere Ehegatte ausdrücklich zu oder erhebt er Widerklage, so sind die Bestimmungen über die Scheidung auf gemeinsames Begehren sinngemäss anwendbar.

Zweiter Abschnitt: Die Ehetrennung

Art. 117 (143, 146 Abs. 1 und 2 sowie 148 Abs. 3)

A. Voraussetzungen und
Verfahren

¹ Die Ehegatten können gemeinsam oder einzeln die Trennung verlangen.

² Die Trennung wird unter den gleichen Voraussetzungen und nach dem gleichen Verfahren wie die Scheidung ausgesprochen.

³ Das Recht, die Scheidung zu verlangen, wird durch das Trennungsurteil nicht berührt.

Art. 118 (155)

B. Trennungsfolgen

¹ Mit der Trennung tritt von Gesetzes wegen Gütertrennung ein.

² Im übrigen finden die Bestimmungen über Massnahmen zum Schutz der ehelichen Gemeinschaft sinngemäss Anwendung.

Dritter Abschnitt: Die Scheidungsfolgen

Art. 119 (149)

A. Stellung
geschiedener
Ehegatten

¹ Der Ehegatte, der seinen Namen geändert hat, behält den bei der Heirat erworbenen Familiennamen, sofern er nicht binnen einem Jahr, nachdem das Urteil rechtskräftig geworden ist, gegenüber der Zivilstandsbeamtin oder dem Zivilstandsbeamten erklärt, dass er den angestammten Namen oder den Namen, den er vor der Heirat trug, wieder führen will.

² Das Kantons- und Gemeindebürgerrecht wird von der Scheidung nicht berührt.

Art. 120 (154)

B. Güterrecht
und Erbrecht

¹ Für die güterrechtliche Auseinandersetzung gelten die Bestimmungen über das Güterrecht.

² Geschiedene Ehegatten haben zueinander kein gesetzliches Erbrecht und können aus Verfügungen von Todes wegen, die sie vor der Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens errichtet haben, keine Ansprüche erheben.

Art. 121

C. Wohnung
der Familie

¹ Ist ein Ehegatte wegen der Kinder oder aus anderen wichtigen Gründen auf die Wohnung der Familie angewiesen, so kann das Gericht ihm die Rechte und Pflichten aus dem Mietvertrag allein übertragen, sofern dies dem anderen billigerweise zugemutet werden kann.

² Der bisherige Mieter haftet solidarisch für den Mietzins bis zum Zeitpunkt, in dem das Mietverhältnis gemäss Vertrag oder Gesetz endet oder beendet werden kann, höchstens aber während zweier Jahre; wird er für den Mietzins belangt, so kann er den bezahlten Betrag ratenweise in der Höhe des monatlichen Mietzinses mit den Unterhaltsbeiträgen, die er dem anderen Ehegatten schuldet, verrechnen.

³ Gehört die Wohnung der Familie einem Ehegatten, so kann das Gericht dem anderen unter den gleichen Voraussetzungen und gegen angemessene Entschädigung oder unter Anrechnung auf Unterhaltsbeiträge ein befristetes Wohnrecht einräumen. Wenn wichtige neue Tatsachen es erfordern, ist das Wohnrecht einzuschränken oder aufzuheben.

Art. 122

D. Berufliche
Vorsorge
I. Vor Eintritt
eines Vorsorge-
falls
I. Teilung der
Austritts-
leistungen

¹ Gehört ein Ehegatte oder gehören beide Ehegatten einer Einrichtung der beruflichen Vorsorge an und ist bei keinem Ehegatten ein Vorsorgefall eingetreten, so hat jeder Ehegatte Anspruch auf die Hälfte der nach dem Freizügigkeitsgesetz vom 17. Dezember 1993¹⁾ für die Ehedauer zu ermittelnden Austrittsleistung des anderen Ehegatten.

² Stehen den Ehegatten gegenseitig Ansprüche zu, so ist nur der Differenzbetrag zu teilen.

Art. 123

2. Verzicht
und Ausschluss

¹ Ein Ehegatte kann in der Vereinbarung auf seinen Anspruch ganz oder teilweise verzichten, wenn eine entsprechende Alters- und Invalidenvorsorge auf andere Weise gewährleistet ist.

¹⁾ SR 831.42

² 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. 124 (151 Abs. 1)

II. Nach Eintritt eines Vorsorgefalls oder bei Unmöglichkeit der Teilung

¹ Ist bei einem oder bei beiden Ehegatten ein Vorsorgefall bereits eingetreten, oder können aus andern Gründen Ansprüche aus der beruflichen Vorsorge, die während der Dauer der Ehe erworben worden sind, nicht geteilt werden, so ist eine angemessene Entschädigung geschuldet.

² Das Gericht kann den Schuldner verpflichten, die Entschädigung sicherzustellen, wenn es die Umstände rechtfertigen.

Art. 125 (151/152)

E. Nachehelicher Unterhalt
I. Voraussetzungen

¹ Ist einem Ehegatten nicht zuzumuten, dass er für den ihm gebührenden Unterhalt unter Einschluss einer angemessenen Altersvorsorge selbst aufkommt, so hat ihm der andere einen angemessenen Beitrag zu leisten.

² Beim Entscheid, ob ein Beitrag zu leisten sei und gegebenenfalls in welcher Höhe und wie lange, sind insbesondere zu berücksichtigen:

1. die Aufgabenteilung während der Ehe;
2. die Dauer der Ehe;
3. die Lebensstellung während der Ehe;
4. das Alter und die Gesundheit der Ehegatten;
5. Einkommen und Vermögen der Ehegatten;
6. der Umfang und die Dauer der von den Ehegatten noch zu leistenden Betreuung der Kinder;
7. die berufliche Ausbildung und die Erwerbsaussichten der Ehegatten sowie der mutmassliche Aufwand für die berufliche Eingliederung der anspruchsberechtigten Person;
8. die Anwartschaften aus der eidgenössischen Alters- und Hinterlassenenversicherung und aus der beruflichen oder einer anderen privaten oder staatlichen Vorsorge einschliesslich dem voraussichtlichen Ergebnis der Teilung der Austrittsleistungen.

³ Ein Beitrag kann ausnahmsweise versagt oder gekürzt werden, wenn er offensichtlich unbillig wäre, weil die berechtigte Person:

1. ihre Pflicht, zum Unterhalt der Familie beizutragen, grob verletzt hat;
2. ihre Bedürftigkeit mutwillig herbeigeführt hat;
3. gegen die verpflichtete Person oder eine dieser nahe verbundene Person eine schwere Straftat begangen hat.

Art. 126

II. Modalitäten
des Unterhalts-
beitrages

¹ Das Gericht setzt als Unterhaltsbeitrag eine Rente fest und bestimmt den Beginn der Beitragspflicht.

² Rechtfertigen es besondere Umstände, so kann anstelle einer Rente eine Abfindung festgesetzt werden.

³ Das Gericht kann den Unterhaltsbeitrag von Bedingungen abhängig machen.

Art. 127

III. Rente
1. Besondere
Vereinbar-
ungen

Die Ehegatten können in der Vereinbarung die Änderung der darin festgesetzten Rente ganz oder teilweise ausschliessen.

Art. 128

2. Anpassung
an die Teue-
rung

Das Gericht kann anordnen, dass der Unterhaltsbeitrag sich bei bestimmten Veränderungen der Lebenskosten ohne weiteres erhöht oder vermindert.

Art. 129 (153 Abs. 2)

3. Abänderung
durch Urteil

¹ Bei erheblicher und dauernder Veränderung der Verhältnisse kann die Rente herabgesetzt, aufgehoben oder für eine bestimmte Zeit eingestellt werden; eine Verbesserung der Verhältnisse der berechtigten Person ist nur dann zu berücksichtigen, wenn im Scheidungsurteil eine den gebührenden Unterhalt deckende Rente festgesetzt werden konnte.

² Die berechtigte Person kann für die Zukunft eine Anpassung der Rente an die Teuerung verlangen, wenn das Einkommen der verpflichteten Person unvorhergesehenerweise mit der Teuerung gestiegen ist.

³ Die berechtigte Person kann innerhalb von fünf Jahren seit der Scheidung die Festsetzung einer Rente oder deren Erhöhung verlangen, wenn im Urteil keine zur Deckung des gebührenden Unterhalts ausreichende Rente festgesetzt werden konnte, die wirtschaftlichen Verhältnisse der verpflichteten Person sich aber entsprechend verbessert haben.

Art. 130 (153 Abs. 1)

4. Erlöschen
von Gesetzes
wegen

¹ Die Beitragspflicht erlischt mit dem Tod der berechtigten oder der verpflichteten Person.

² Sie entfällt auch bei Wiederverheiratung der berechtigten Person; diese kann jedoch innerhalb sechs Monaten beim Gericht beantragen, dass eine Rente, die zur beruflichen Eingliederung oder wegen der Kinderbetreuung zugesprochen wurde, ganz oder teilweise weiter zu bezahlen ist, sofern dies nicht unbillig ist.

Art. 131

IV. Vollstreckung
1. Inkassohilfe und Vorschüsse

¹ Erfüllt die verpflichtete Person die Unterhaltspflicht nicht, so hat die Vormundschaftsbehörde oder eine andere vom kantonalen Recht bezeichnete Stelle der berechtigten Person auf Gesuch hin bei der Vollstreckung des Unterhaltsanspruchs in geeigneter Weise und in der Regel unentgeltlich zu helfen.

² Das öffentliche Recht regelt die Ausrichtung von Vorschüssen, wenn die verpflichtete Person ihrer Unterhaltspflicht nicht nachkommt.

³ Soweit das Gemeinwesen für den Unterhalt der berechtigten Person aufkommt, geht der Unterhaltsanspruch mit allen Rechten auf das Gemeinwesen über.

Art. 132

2. Anweisungen an die Schuldner und Sicherstellung

¹ Vernachlässigt die verpflichtete Person die Erfüllung der Unterhaltspflicht, kann das Gericht ihre Schuldner anweisen, die Zahlungen ganz oder teilweise an die berechtigte Person zu leisten.

² Vernachlässigt die verpflichtete Person beharrlich die Erfüllung der Unterhaltspflicht oder ist anzunehmen, dass sie Anstalten zur Flucht trifft oder ihr Vermögen verschleudert oder beiseiteschafft, so kann sie verpflichtet werden, für die künftigen Unterhaltsbeiträge angemessene Sicherheit zu leisten.

Art. 133 (156)

F. Kinder
1. Elternrechte und -pflichten

¹ Das Gericht teilt die elterliche Sorge einem Elternteil zu und regelt nach den Bestimmungen über die Wirkungen des Kindesverhältnisses den Anspruch auf persönlichen Verkehr und den Unterhaltsbeitrag des andern Elternteils. Der Unterhaltsbeitrag kann über die Mündigkeit hinaus festgelegt werden.

² Für die Zuteilung der elterlichen Sorge und die Regelung des persönlichen Verkehrs sind alle für das Kindeswohl wichtigen Umstände massgebend; auf einen gemeinsamen Antrag der Eltern und, soweit tunlich, auf die Meinung des Kindes ist Rücksicht zu nehmen.

³ Haben die Eltern sich in einer genehmigungsfähigen Vereinbarung über ihre Anteile an der Betreuung des Kindes und die Verteilung der Unterhaltskosten verständigt, so belässt das Gericht auf gemeinsamen Antrag beider Eltern die elterliche Sorge, sofern dies mit dem Kindeswohl vereinbar ist.

Art. 134 (157)

II. Veränderung der Verhältnisse

¹ Auf Begehren eines Elternteils, des Kindes oder der Vormundschaftsbehörde ist die Zuteilung der elterlichen Sorge neu zu regeln, wenn dies wegen wesentlicher Veränderung der Verhältnisse zum Wohl des Kindes geboten ist; sind die Eltern hierüber uneinig, ist das Gericht, in den anderen Fällen die Vormundschaftsbehörde zuständig.

² Die Änderung des Unterhaltsbeitrages richtet sich nach den Bestimmungen über die elterliche Unterhaltspflicht.

³ Hat das Gericht über die Änderung der elterlichen Sorge oder des Unterhaltsbeitrages für das unmündige Kind zu befinden, so regelt es nötigenfalls auch den persönlichen Verkehr neu; in den andern Fällen ist die Vormundschaftsbehörde zuständig.

Vierter Abschnitt: Das Scheidungsverfahren

Art. 135 (144)

A. Zuständigkeit

¹ Für die Scheidung, für die Abänderung des Scheidungsurteils und für die Klage auf Weiterbestehen der Rente trotz Wiederverheiratung, auf Anweisung oder auf Sicherstellung der Unterhaltsbeiträge ist das Gericht am Wohnsitz eines Ehegatten zuständig.

² Wird eine Neufestsetzung von Unterhaltsbeiträgen für das mündige Kind verlangt, so richtet sich die Zuständigkeit nach den Bestimmungen über die Unterhaltspflicht der Eltern.

Art. 136

B. Rechtshängigkeit

¹ Das gemeinsame Scheidungsbegehren wird ohne vorausgehendes Sühneverfahren direkt beim Gericht rechtshängig gemacht.

² Die Rechtshängigkeit der Klage eines Ehegatten auf Scheidung oder Abänderung des Scheidungsurteils tritt mit der Klageanhebung ein.

Art. 137 (145)

C. Vorsorgliche Massnahmen während des Scheidungsverfahrens

¹ Jeder Ehegatte kann nach Eintritt der Rechtshängigkeit für die Dauer des Verfahrens den gemeinsamen Haushalt aufheben.

² Das Gericht trifft auf Antrag die nötigen vorsorglichen Massnahmen. Es kann vorsorgliche Massnahmen auch dann anordnen, wenn die Ehe aufgelöst ist, aber das Verfahren über Scheidungsfolgen fort-dauert. Die Bestimmungen über die Massnahmen zum Schutz der ehe-lichen Gemeinschaft sind sinngemäss anwendbar.

Art. 138

D. Neue Anträge

¹ In der oberen kantonalen Instanz können neue Tatsachen und Beweismittel vorgebracht werden; neue Rechtsbegehren müssen zugelassen werden, sofern sie durch neue Tatsachen oder Beweismittel veranlasst worden sind.

² Die Scheidungsklage kann jederzeit in eine Trennungsklage umgewandelt werden.

Art. 139 (158 Ziff. 1-4)

E. Erforschung
des Sachver-
halts

¹ Das Gericht würdigt die Beweise nach freier Überzeugung.

² Es darf Tatsachen, die zur Begründung einer Klage auf Scheidung dienen, nur dann als erwiesen annehmen, wenn es sich von deren Vorhandensein überzeugt hat.

³ Als Zeugin, Zeuge oder Auskunftsperson ist ausgeschlossen, wer für die Ehegatten bei einer Ehe- oder Familienberatung oder bei einer Mediation in Scheidungssachen tätig gewesen ist.

Art. 140 (158 Ziff. 5)

F. Genehmi-
gung der Ver-
einbarung

¹ Die Vereinbarung über die Scheidungsfolgen ist erst rechtsgültig, wenn das Gericht sie genehmigt hat. Sie ist in das Urteilsdispositiv aufzunehmen.

² Das Gericht spricht die Genehmigung aus, wenn es sich überzeugt hat, dass die Ehegatten aus freiem Willen und nach reiflicher Überlegung die Vereinbarung geschlossen haben und diese klar, vollständig und nicht offensichtlich unangemessen ist.

Art. 141

G. Berufliche
Vorsorge; Teil-
ung der Aus-
trittsleistungen
I. Einigung

¹ Haben sich die Ehegatten über die Teilung der Austrittsleistungen sowie die Art der Durchführung der Teilung geeinigt und legen sie eine Bestätigung der beteiligten Einrichtungen der beruflichen Vorsorge über die Durchführbarkeit der getroffenen Regelung und die Höhe der Guthaben vor, die für die Berechnung der zu teilenden Austrittsleistungen massgebend sind, so wird die Vereinbarung mit der Genehmigung durch das Gericht auch für die Einrichtungen der beruflichen Vorsorge verbindlich.

² Das Gericht eröffnet den Einrichtungen der beruflichen Vorsorge das rechtskräftige Urteil bezüglich der sie betreffenden Punkte unter Einschluss der nötigen Angaben für die Überweisung des vereinbarten Betrages.

Art. 142

II. Uneinigkeit

¹ Kommt keine Vereinbarung zustande, so entscheidet das Gericht über das Verhältnis, in welchem die Austrittsleistungen zu teilen sind.

² Sobald der Entscheid über das Teilungsverhältnis rechtskräftig ist, überweist das Gericht die Streitsache von Amtes wegen dem nach dem Freizügigkeitsgesetz vom 17. Dezember 1993¹⁾ zuständigen Gericht.

¹⁾ SR 831.42

³ Diesem ist insbesondere mitzuteilen:

1. der Entscheid über das Teilungsverhältnis;
2. das Datum der Eheschliessung und das Datum der Ehescheidung;
3. die Einrichtungen der beruflichen Vorsorge, bei denen den Ehegatten voraussichtlich Guthaben zustehen;
4. die Höhe der Guthaben der Ehegatten, die diese Einrichtungen gemeldet haben.

Art. 143

H. Unterhaltsbeiträge

Werden durch Vereinbarung oder Urteil Unterhaltsbeiträge festgelegt, so ist anzugeben:

1. von welchem Einkommen und Vermögen jedes Ehegatten ausgegangen wird;
2. wieviel für den Ehegatten und wieviel für jedes Kind bestimmt ist;
3. um wieviel die zugesprochene Rente gegebenenfalls unter dem Betrag liegt, der zur Deckung des gebührenden Unterhalts des berechtigten Ehegatten notwendig ist;
4. ob und in welchem Umfang die Rente zur beruflichen Eingliederung oder wegen der Kinderbetreuung zugesprochen wurde;
5. ob und in welchem Ausmass die Rente sich den Veränderungen der Lebenskosten anpasst.

Art. 144 (156)

J. Kinder
I. Anhörung

¹ Sind Anordnungen über Kinder zu treffen, so hört das Gericht die Eltern persönlich an.

² Es hört auch die Kinder in geeigneter Weise persönlich an, soweit nicht ihr Alter oder andere wichtige Gründe dafür sprechen, dass die Anhörung durch eine Drittperson erfolgt oder überhaupt unterbleibt.

Art. 145 (neu)

II. Abklärung der Verhältnisse

¹ Das Gericht erforscht den Sachverhalt von Amtes wegen und würdigt die Beweise nach freier Überzeugung.

² Nötigenfalls sind Sachverständige beizuziehen.

³ Der Bundesrat kann Bestimmungen über die Erhebung von Daten durch Sachverständige, über die Akteneinsicht und über den Schutz von Auskunftspersonen erlassen.

Art. 146 (neu)

III. Mitwirkung der Jugendhilfe

Das Gericht erkundigt sich bei der Vormundschaftsbehörde oder einer anderen vom kantonalen Recht bezeichneten Stelle der Jugendhilfe, ob Tatsachen bekannt sind, die für die Regelung der Scheidungsfolgen für die Kinder bedeutsam sein können.

- Art. 147 (neu)*
- IV. Vertretung des Kindes
1. Voraussetzungen
- Das Gericht ordnet die Vertretung des Kindes im Prozess durch einen Beistand an:
1. wenn die Eltern bezüglich der Zuteilung der elterlichen Sorge oder wichtiger Fragen des persönlichen Verkehrs unterschiedliche Anträge stellen;
 2. wenn das urteilsfähige Kind es beantragt;
 3. wenn die Vormundschaftsbehörde es beantragt und wichtige Gründe vorliegen;
 4. wenn die Anhörung der Eltern oder des Kindes oder andere Gründe erhebliche Zweifel an der Angemessenheit der gemeinsamen Anträge der Eltern über die Zuteilung der elterlichen Sorge und den persönlichen Verkehr erwecken oder Anlass geben, den Erlass von Kindesschutzmassnahmen zu erwägen.

- Art. 148 (neu)*
2. Bestellung und Aufgaben
- ¹ Die Vormundschaftsbehörde bezeichnet als Beistand eine in fürsorgelichen und rechtlichen Fragen erfahrene Person.
 - ² Der Beistand des Kindes kann Anträge stellen und Rechtsmittel einlegen, soweit es um die Zuteilung der elterlichen Sorge, um grundlegende Fragen des persönlichen Verkehrs oder um Kindesschutzmassnahmen geht.
 - ³ Dem Kind dürfen keine Gerichts- oder Parteikosten auferlegt werden.

- Art. 149*
- K. Rechtsmittel
I. Im allgemeinen
- ¹ Die Einlegung eines Rechtsmittels hemmt den Eintritt der Rechtskraft nur im Umfang der Anträge; wird jedoch der Unterhaltsbeitrag für den Ehegatten angefochten, so können auch die Unterhaltsbeiträge für die Kinder neu beurteilt werden.
 - ² Die rechtskräftige Vereinbarung über die vermögensrechtlichen Scheidungsfolgen kann bei Mängeln im Vertragsschluss mit Revision angefochten werden.

- Art. 150*
- II. Bei Scheidung auf gemeinsames Begehren
- ¹ Bei einer Scheidung auf gemeinsames Begehren kann die Auflösung der Ehe mit einem ordentlichen Rechtsmittel nur wegen Willensmängeln oder Verletzung bundesrechtlicher Verfahrensvorschriften über die Scheidung auf gemeinsames Begehren angefochten werden.
 - ² Ein Ehegatte kann aber die Auflösung der Ehe nicht allein deswegen anfechten, weil der andere ein Rechtsmittel gegen die durch Vereinbarung geregelten Scheidungsfolgen eingelegt hat.

Art. 151

L. Kantonales
Recht
I. Mediation in
Scheidungs-
sachen

Die Kantone sorgen dafür, dass die Ehegatten sich an in der Mediation ausgebildete Personen wenden können, die ihnen helfen, sich über die Scheidung und ihre Folgen zu verständigen.

Art. 152

II. Familien-
gerichte

Die Kantone können die Durchführung von Scheidungsprozessen und anderen familienrechtlichen Verfahren Fachgerichten übertragen.

Art. 153–158

Aufgehoben

4. Weitere Bestimmungen des Zivilgesetzbuches ¹⁾ werden wie folgt geändert:

Art. 38 Abs. 3

³ Wird ein Ehegatte für verschollen erklärt, so ist die Ehe erst aufgelöst, wenn der andere Ehegatte eine entsprechende Erklärung gegenüber der Zivilstandsbeamtin oder dem Zivilstandsbeamten abgibt.

Art. 179

6. Verände-
rung der Ver-
hältnisse

¹ Verändern sich die Verhältnisse, so passt das Gericht auf Begehren eines Ehegatten die Massnahmen an oder hebt sie auf, wenn ihr Grund weggefallen ist; in bezug auf den persönlichen Verkehr und die Kinderschutzmassnahmen bleibt die Zuständigkeit der vormundschaftlichen Behörden vorbehalten.

² Nehmen die Ehegatten das Zusammenleben wieder auf, so fallen die für das Getrenntleben angeordneten Massnahmen mit Ausnahme der Gütertrennung und der Kinderschutzmassnahmen dahin.

Art. 264a Abs. 3

³ Ein Ehegatte darf das Kind des andern adoptieren, wenn er fünf Jahre verheiratet gewesen ist.

Art. 273

D. Persönli-
cher Verkehr
I. Eltern und
Kinder
1. Grundsatz

¹ Eltern, denen die elterliche Sorge oder Obhut nicht zusteht, und das unmündige Kind haben gegenseitig Anspruch auf angemessenen persönlichen Verkehr.

² Die Vormundschaftsbehörde kann Eltern, Pflegeeltern oder das Kind ermahnen und ihnen Weisungen erteilen, wenn sich die Ausübung

oder Nichtausübung des persönlichen Verkehrs für das Kind nachteilig auswirkt oder wenn eine Ermahnung oder eine Weisung aus anderen Gründen geboten ist.

³ Der Vater oder die Mutter können verlangen, dass ihr Anspruch auf persönlichen Verkehr geregelt wird.

Art. 274 Abs. 1

¹ Der Vater und die Mutter haben alles zu unterlassen, was das Verhältnis des Kindes zum anderen Elternteil beeinträchtigt oder die Aufgabe der erziehenden Person erschwert.

Art. 275

III. Zuständigkeit

¹ Für Anordnungen über den persönlichen Verkehr ist die Vormundschaftsbehörde am Wohnsitz des Kindes zuständig und, sofern sie Kindesschutzmassnahmen getroffen hat oder trifft, diejenige an seinem Aufenthaltsort.

² Teilt das Gericht nach den Bestimmungen über die Ehescheidung und den Schutz der ehelichen Gemeinschaft die elterliche Sorge oder die Obhut zu, oder hat es über die Änderung dieser Zuteilung oder des Unterhaltsbeitrages zu befinden, so regelt es auch den persönlichen Verkehr.

³ Bestehen noch keine Anordnungen über den Anspruch von Vater und Mutter, so kann der persönliche Verkehr nicht gegen den Willen der Person ausgeübt werden, welcher die elterliche Sorge oder Obhut zusteht.

Art. 275a (neu)

E. Information und Auskunft

¹ Eltern ohne elterliche Sorge sollen über besondere Ereignisse im Leben des Kindes benachrichtigt und vor Entscheidungen, die für die Entwicklung des Kindes wichtig sind, angehört werden.

² Sie können bei Drittpersonen, die an der Betreuung des Kindes beteiligt sind, wie namentlich bei Lehrkräften, Ärztinnen und Ärzten, in gleicher Weise wie der Inhaber der elterlichen Sorge Auskünfte über den Zustand und die Entwicklung des Kindes einholen.

³ Die Bestimmungen über die Schranken des persönlichen Verkehrs und die Zuständigkeit gelten sinngemäss.

Art. 285 Abs. 1

¹ Der Unterhaltsbeitrag soll den Bedürfnissen des Kindes sowie der Lebensstellung und Leistungsfähigkeit der Eltern entsprechen und ausserdem Vermögen und Einkünfte des Kindes sowie den Beitrag des nicht obhutsberechtigten Elternteils an der Betreuung des Kindes berücksichtigen.

Art. 286 Abs. 3 (neu)

³ Bei nicht vorhergesehenen ausserordentlichen Bedürfnissen des Kindes kann das Gericht die Eltern zur Leistung eines besonderen Beitrags verpflichten.

Art. 289 Abs. 1

¹ Der Anspruch auf Unterhaltsbeiträge steht dem Kind zu und wird, solange das Kind unmündig ist, durch Leistung an dessen gesetzlichen Vertreter oder den Inhaber der Obhut erfüllt.

Gliederungstitel vor Art. 296

Dritter Abschnitt: Die elterliche Sorge

Art. 296

A. Voraussetzungen
I. Im allgemeinen

¹ Die Kinder stehen, solange sie unmündig sind, unter elterlicher Sorge.

² Unmündigen und Entmündigten steht keine elterliche Sorge zu.

Art. 297

II. Verheiratete Eltern

¹ Während der Ehe üben die Eltern die elterliche Sorge gemeinsam aus.

² Wird der gemeinsame Haushalt aufgehoben oder die Ehe getrennt, so kann das Gericht die elterliche Sorge einem Ehegatten allein zuteilen.

³ Nach dem Tode eines Ehegatten steht die elterliche Sorge dem überlebenden Ehegatten zu; bei Scheidung entscheidet das Gericht nach den Bestimmungen über die Ehescheidung.

Art. 298

III. Unverheiratete Eltern
I. Im allgemeinen

¹ Sind die Eltern nicht verheiratet, so steht die elterliche Sorge der Mutter zu.

² Ist die Mutter unmündig, entmündigt oder gestorben oder ist ihr die elterliche Sorge entzogen, so bestellt die Vormundschaftsbehörde dem Kind einen Vormund oder überträgt die elterliche Sorge dem Vater, je nachdem, was das Wohl des Kindes erfordert.

Art. 298a (neu)

2. Gemeinsame elterliche Sorge

¹ Haben die Eltern sich in einer genehmigungsfähigen Vereinbarung über ihre Anteile an der Betreuung des Kindes und die Verteilung der Unterhaltskosten verständigt, so überträgt ihnen die Vormundschaftsbehörde auf gemeinsamen Antrag die elterliche Sorge, sofern dies mit dem Kindeswohl vereinbar ist.

² Auf Begehren eines Elternteils, des Kindes oder der Vormundschaftsbehörde ist die Zuteilung der elterlichen Sorge durch die vormundschaftliche Aufsichtsbehörde neu zu regeln, wenn dies wegen wesentlicher Veränderung der Verhältnisse zum Wohl des Kindes geboten ist.

Art. 304 Abs. 1 und 2

¹ Die Eltern haben von Gesetzes wegen die Vertretung des Kindes gegenüber Drittpersonen im Umfang der ihnen zustehenden elterlichen Sorge.

² Sind beide Eltern Inhaber der elterlichen Sorge, so dürfen gutgläubige Drittpersonen voraussetzen, dass jeder Elternteil im Einvernehmen mit dem andern handelt.

Art. 306 Abs. 1

¹ Urteilsfähige Kinder, die unter elterlicher Sorge stehen, können unter Zustimmung der Eltern für die Gemeinschaft handeln, verpflichten damit aber nicht sich selbst, sondern die Eltern.

Art. 314 Ziff. 1

Das Verfahren wird durch das kantonale Recht geordnet unter Vorbehalt folgender Vorschriften:

1. Vor dem Erlass von Kindesschutzmassnahmen ist das Kind in geeigneter Weise persönlich anzuhören, soweit nicht sein Alter oder andere wichtige Gründe dafür sprechen, dass die Anhörung durch eine Drittperson erfolgt oder überhaupt unterbleibt.

Art. 315 Randtitel

VII. Zuständigkeit
1. Im allgemeinen

Art. 315a

2. In eherechtlichen Verfahren
a. Zuständigkeit des Gerichts

¹ Hat das Gericht nach den Bestimmungen über die Ehescheidung oder den Schutz der ehelichen Gemeinschaft die Beziehungen der Eltern zu den Kindern zu gestalten, so trifft es auch die nötigen Kindesschutzmassnahmen und betraut die vormundschaftlichen Behörden mit der Vollziehung.

² Bestehende Kindesschutzmassnahmen können auch vom Gericht den neuen Verhältnissen angepasst werden.

³ Die vormundschaftlichen Behörden bleiben jedoch befugt:

1. ein vor dem gerichtlichen Verfahren eingeleitetes Kindesschutzverfahren weiterzuführen;

2. die zum Schutz des Kindes sofort nötigen Massnahmen anzuordnen, wenn sie das Gericht voraussichtlich nicht rechtzeitig treffen kann.

Art. 315b (neu)

b. Abänderung
gerichtlicher
Anordnungen

¹ Zur Abänderung gerichtlicher Anordnungen über die Kindeszurechnung und den Kinderschutz ist das Gericht zuständig:

1. während des Scheidungsverfahrens;
2. im Verfahren zur Abänderung des Scheidungsurteils gemäss den Vorschriften über die Ehescheidung;
3. im Verfahren zur Änderung von Eheschutzmassnahmen; die Vorschriften über die Ehescheidung sind sinngemäss anwendbar.

² In den übrigen Fällen sind die vormundschaftlichen Behörden zuständig.

Art. 326

F. Ende der
Verwaltung
I. Rückerstat-
tung

Endet die elterliche Sorge oder Verwaltung, so haben die Eltern das Kindesvermögen aufgrund einer Abrechnung an das mündige Kind oder an den Vormund oder Beistand des Kindes herauszugeben.

Art. 328

A. Unterstüt-
zungspflich-
tige

¹ Verwandte in auf- und absteigender Linie sind gegenseitig verpflichtet, einander zu unterstützen, sobald sie ohne diesen Beistand in Not geraten würden.

² Die Unterhaltspflicht der Eltern und des Ehegatten bleibt vorbehalten.

Art. 349–358

Aufgehoben

Art. 382 Abs. 1

¹ Zur Übernahme des Amtes sind verpflichtet die Verwandten und der Ehegatte der zu bevormundenden Person sowie alle Personen, die im Vormundschaftskreis wohnen.

Art. 477 Ziff. 1

Der Erblasser ist befugt, durch Verfügung von Todes wegen einem Erben den Pflichtteil zu entziehen:

1. wenn der Erbe gegen den Erblasser oder gegen eine diesem nahe verbundene Person eine schwere Straftat begangen hat;

3. Disziplinar-
massnahmen

Art. 957 Randtitel sowie Abs. 1 und 2

¹ Vorsätzliche oder fahrlässige Amtspflichtverletzungen der Beamten und Angestellten der Grundbuchverwaltung werden von der kantonalen Aufsichtsbehörde mit Disziplinar-massnahmen geahndet.

² Die Disziplinar-massnahme besteht in einem Verweis, in Busse bis zu 1000 Franken oder, in schweren Fällen, in Amtsenthebung.

Art. 960 Abs. 1 Ziff. 3

¹ Verfügungsbeschränkungen können für einzelne Grundstücke vorge-
merkt werden:

3. aufgrund eines Rechtsgeschäftes, für das diese Vormerkung im
Gesetz vorgesehen ist, wie für die Anwartschaft des Nacherben.

Gliederungstitel des Schlusstitels

Schlusstitel: Anwendungs- und Einführungsbestimmungen

Erster Abschnitt:

Die Anwendung bisherigen und neuen Rechts

Art. 6a (neu)

Ha. Bundesbei-
träge an die
Ausbildungskos-
ten im Zivil-
standswesen

Der Bund kann nach Inkrafttreten des Bundesgesetzes vom ...¹⁾ wäh-
rend fünf Jahren Finanzhilfen an die Aus- und Weiterbildungskosten
der im Zivilstandswesen tätigen Personen leisten.

Art. 6b (7)

Bisheriger Art. 7

Art. 7 (8 Abs. 1 und 3)

C. Familien-
recht
I. Eheschlies-
sung

¹ Für die Eheschliessung gilt das neue Recht, sobald das Bundesge-
setz vom ...¹⁾ in Kraft getreten ist.

² Ehen, die nach dem bisherigen Recht nicht gültig wären, können,
sobald das neue Recht in Kraft getreten ist, nur nach dessen Bestim-
mungen für ungültig erklärt werden, wobei jedoch die vor diesem Zeit-
punkt abgelaufene Zeit bei der Fristbestimmung angerechnet wird.

Art. 7a (8 Abs. 1 und 2)

I.^{bis} Scheidung
I. Grundsatz

¹ Für die Scheidung gilt das neue Recht, sobald das Bundesgesetz
vom ...¹⁾ in Kraft getreten ist.

² Scheidungen, die unter dem bisherigen Recht rechtskräftig geworden
sind, bleiben anerkannt; die neuen Bestimmungen über die Vollstrek-

¹⁾ SR 210; AS ...

kung finden Anwendung auf Renten oder Abfindungen, die als Unterhaltsersatz oder als Unterhaltsbeitrag festgesetzt worden sind.

³ Die Abänderung des Scheidungsurteils erfolgt nach den Vorschriften des früheren Rechts unter Vorbehalt der Bestimmungen über die Kinder und das Verfahren.

Art. 7b

2. Rechtshängige Scheidungsprozesse

¹ Auf die Scheidungsprozesse, die beim Inkrafttreten des Bundesgesetzes vom ...¹⁾ rechtshängig und die von einer kantonalen Instanz zu beurteilen sind, findet das neue Recht Anwendung.

² Neue Rechtsbegehren, die durch den Wechsel des anwendbaren Rechts veranlasst werden, sind zulässig; nicht angefochtene Teile des Urteils bleiben verbindlich, sofern sie sachlich nicht derart eng mit noch zu beurteilenden Rechtsbegehren zusammenhängen, dass sinnvollerweise eine Gesamtbeurteilung stattfinden muss.

³ Das Bundesgericht entscheidet nach bisherigem Recht, wenn der angefochtene Entscheid vor dem Inkrafttreten des Bundesgesetzes vom ... ergangen ist; dies gilt auch bei einer allfälligen Rückweisung an die kantonale Instanz.

Art. 8 (8 Abs. 1)

1.^{er} Wirkungen der Ehe im allgemeinen
1. Grundsatz

Für die Wirkungen der Ehe im allgemeinen gilt das neue Recht, sobald das Bundesgesetz vom 5. Oktober 1984 in Kraft getreten ist.

Ersatz von Ausdrücken

¹ In folgenden Bestimmungen des Zivilgesetzbuches²⁾ wird der Ausdruck «der Richter» durch den Ausdruck «das Gericht» ersetzt und werden die entsprechenden grammatikalischen Änderungen vorgenommen:

Art. 1 Abs. 2, 4, 28 Abs. 1, 28a Abs. 1, 28b Abs. 1, 28c Abs. 2 und 3, 28d, 28e Abs. 2, 28f, Randtitel von Art. 281 und Art. 281 Abs. 1–3, 35, 36 Abs. 2, 75, 78, 79, 87 Abs. 2, Randtitel von Art. 88 und Art. 88 Abs. 2, 166 Abs. 2 Ziff. 1, 169 Abs. 2, 170 Abs. 2, 172, 173 Abs. 1 und 2, 174 Abs. 1 und 3, 176 Abs. 1 und 3, 177, 178, 179 Abs. 1, 180, 185 Abs. 1, 186, 187 Abs. 2, 189, 190 Abs. 2, 191 Abs. 1, 194, 230 Abs. 2, 252 Abs. 2, 253, 254, 256 Abs. 1, 260 Abs. 3, 260a Abs. 1, 261 Abs. 3, 269 Abs. 1, 279 Abs. 2 und 3, 280 Abs. 2, 281 Abs. 1 und 3, 284, 285 Abs. 2 und 3, 286, 287 Abs. 3, 288 Abs. 2 Ziff. 1, 291, 295 Abs. 1 und 2, 329 Abs. 2, 334 Abs. 2, 348 Abs. 2, 397d Abs. 1, 397e Ziff. 1–4, 397f, 410 Abs. 2, 430 Abs. 1, 538 Abs. 2, 548 Abs. 2, 598 Abs. 2, 604 Abs. 2, 647 Abs. 2 Ziff. 1, 649b

¹⁾ SR 210; AS ...

²⁾ SR 210

Abs. 3, 651 Abs. 2, 662 Abs. 3, 665 Abs. 2, 672 Abs. 2 und 3, 706 Abs. 2, 712c Abs. 3, 712i Abs. 2, 712q Abs. 1, 712r Abs. 3, 717 Abs. 2, 726 Abs. 2, Randtitel von Art. 736, 762, 808 Abs. 1 und 2, 809 Abs. 3, 860 Abs. 3, 864, 870 Abs. 1, 871, 961 Abs. 2 und 3, 977 Abs. 1, Schlusstitel Art. 54 Abs. 2.

² In folgenden Bestimmungen des Zivilgesetzbuches wird der Ausdruck «richterlich» durch den Ausdruck «gerichtlich» ersetzt und werden die entsprechenden grammatikalischen Änderungen vorgenommen:

Randtitel von Art. 4, Randtitel von Art. 172, Art. 649a, 649b Abs. 1, 656 Abs. 2, 712r Abs. 2 und 966 Abs. 2, Schlusstitel Art. 54 Abs. 2.

³ In folgenden Bestimmungen des Zivilgesetzbuches wird der Ausdruck «Gewalt» durch den Ausdruck «Sorge» ersetzt und werden die entsprechenden grammatikalischen Änderungen vorgenommen:

Art. 25 Abs. 1, 271 Abs. 3, 299, 300 Abs. 1, 305 Abs. 1, 308 Abs. 3, Randtitel von Art. 311 und Art. 311 Abs. 1 und 2, 312, 313 Abs. 2, 318 Abs. 1 und 2, 368 Abs. 1, 383 Ziff. 3 und 385 Abs. 3.

II

Änderung anderer Erlasse

1. Das Bundesrechtspflegegesetz¹⁾ wird wie folgt geändert:

Art. 44 Bst. b, b^{bis} und d–f

Die Berufung ist zulässig in nicht vermögensrechtlichen Zivilrechtsstreitigkeiten, sowie in folgenden Fällen:

- b. Verweigerung der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters zur Eheschliessung (Art. 94 ZGB²⁾;
- b.^{bis} Aussprechung oder Verweigerung der Scheidung auf gemeinsames Begehren (Art. 111, 112 und 150 ZGB);
- d. Anordnungen über den persönlichen Verkehr (Art. 273 Abs. 3, 274 Abs. 2, 274a und 275 Abs. 1 und 2 ZGB), Anordnung oder Aufhebung einer Beistandschaft, Entziehung oder Wiederherstellung der elterlichen Obhut oder der elterlichen Sorge (Art. 298a, 308–311, 314a, 315, 315a und 325 ZGB);
- e. Entmündigung und Anordnung einer Beistandschaft (Art. 369–372, 392–395 ZGB) sowie Aufhebung dieser Verfügung;
- f. fürsorgerische Freiheitsentziehung (Art. 397a–397f, 405a und 406 Abs. 2 ZGB).

¹⁾ SR 173.110

²⁾ SR 210

2. Das Obligationenrecht¹⁾ wird wie folgt geändert:

Art. 134 Abs. 1 Ziff. 1

¹ Die Verjährung beginnt nicht und steht stille, falls sie begonnen hat:

1. für Forderungen der Kinder gegen die Eltern während der Dauer der elterlichen Sorge;

Art. 249 Ziff. 1

Bei der Schenkung von Hand zu Hand und bei vollzogenen Schenkungsversprechen kann der Schenker die Schenkung widerrufen und das Geschenke, soweit der Beschenkte noch bereichert ist, zurückfordern:

1. wenn der Beschenkte gegen den Schenker oder gegen eine diesem nahe verbundene Person eine schwere Straftat begangen hat.

Art. 331e Abs. 6

⁶ Werden Ehegatten vor Eintritt eines Vorsorgefalls geschieden, so gilt der Vorbezug als Freizügigkeitsleistung und wird nach den Artikeln 122, 123 und 141 des Zivilgesetzbuches²⁾ sowie Artikel 22 des Freizügigkeitsgesetzes vom 17. Dezember 1993³⁾ geteilt.

Dreizehnter Titel

Erster Abschnitt^{bis}:

Auftrag zur Ehe- oder zur Partnerschaftsvermittlung (*neu*)

Art. 406a

A. Begriff und
anwendbares
Recht

¹ Wer einen Auftrag zur Ehe- oder zur Partnerschaftsvermittlung annimmt, verpflichtet sich, dem Auftraggeber gegen eine Vergütung Personen für die Ehe oder für eine feste Partnerschaft zu vermitteln.

² Auf die Ehe- oder die Partnerschaftsvermittlung sind die Vorschriften über den einfachen Auftrag ergänzend anwendbar.

Art. 406b

B. Form und
Inhalt

Der Vertrag bedarf zu seiner Gültigkeit der schriftlichen Form und hat folgende Angaben zu enthalten:

1. den Namen und Wohnsitz der Parteien;
2. die Anzahl und die Art der Leistungen, zu denen sich der Beauftragte verpflichtet, sowie die Höhe der Vergütung und der Kosten, die mit jeder Leistung verbunden sind, namentlich die Einschreibegebühr;

¹⁾ SR 220

²⁾ SR 210

³⁾ SR 831.42

3. die Zahlungsbedingungen;
4. das Recht des Auftraggebers, schriftlich und entschädigungslos innerhalb von sieben Tagen vom Vertrag zurückzutreten;
5. das Verbot für den Beauftragten, vor Ablauf der Frist von sieben Tagen eine Zahlung entgegenzunehmen;
6. das Recht des Auftraggebers, den Vertrag jederzeit entschädigungslos zu kündigen, unter Vorbehalt der Schadenersatzpflicht wegen Kündigung zur Unzeit.

Art. 406c

C. Inkraftsetzen, Rücktritt

¹ Der Vertrag tritt für den Auftraggeber erst sieben Tage nach Erhalt eines beidseitig unterzeichneten Vertragsdoppels in Kraft. Innerhalb dieser Frist kann der Auftraggeber dem Beauftragten schriftlich seinen Rücktritt vom Vertrag erklären. Ein im voraus erklärter Verzicht auf dieses Recht ist unverbindlich. Die Postaufgabe der Rücktrittserklärung am siebten Tag der Frist genügt.

² Vor Ablauf der Frist von sieben Tagen darf der Beauftragte vom Auftraggeber keine Zahlung entgegennehmen.

³ Tritt der Auftraggeber vom Vertrag zurück, so kann von ihm keine Entschädigung verlangt werden.

Art. 406d

D. Rücktrittserklärung und Kündigung

Die Rücktrittserklärung und die Kündigung bedürfen der Schriftform.

Art. 406e

E. Information und Datenschutz

¹ Der Beauftragte informiert den Auftraggeber vor der Vertragsunterzeichnung und während der Vertragsdauer über besondere Schwierigkeiten, die im Hinblick auf die persönlichen Verhältnisse des Auftraggebers bei der Auftragsbefreiung auftreten können.

² Bei der Bearbeitung der Personendaten des Auftraggebers ist der Beauftragte im Rahmen der Vereinbarung zur Geheimhaltung verpflichtet; die Bestimmungen des Bundesgesetzes vom 19. Juni 1992¹⁾ über den Datenschutz bleiben vorbehalten.

Art. 406f

F. Herabsetzung

Sind unverhältnismässig hohe Vergütungen oder Kosten vereinbart worden, so kann sie das Gericht auf Antrag des Auftraggebers auf einen angemessenen Betrag herabsetzen.

¹⁾ SR 235.1

Art. 416

Aufgehoben

3. Das Bundesgesetz vom 18. Dezember 1987¹⁾ über das internationale Privatrecht (IPRG) wird wie folgt geändert:

Art. 45 Abs. 2

² Sind Braut oder Bräutigam Schweizer Bürger oder haben beide Wohnsitz in der Schweiz, so wird die im Ausland geschlossene Ehe anerkannt, wenn der Abschluss nicht in der offenbaren Absicht ins Ausland verlegt worden ist, die Vorschriften des schweizerischen Rechts über die Eheungültigkeit zu umgehen.

4. Das Bundesgesetz über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVG)²⁾ in der Fassung vom 7. Oktober 1994³⁾ wird wie folgt geändert:

Art. 29^{sexies} Abs. 1

¹ Versicherten wird für die Jahre, in welchen ihnen die elterliche Sorge für eines oder mehrere Kinder zusteht, die das 16. Altersjahr noch nicht erreicht haben, eine Erziehungsgutschrift angerechnet. Dabei werden Ehegatten und Elternpaaren jedoch nicht zwei Gutschriften kumulativ gewährt. Der Bundesrat regelt die Einzelheiten, insbesondere die Anrechnung der Erziehungsgutschrift, wenn:

- a. Eltern Kinder unter ihrer Obhut haben, ohne dass ihnen die elterliche Sorge zusteht;
- b. lediglich ein Elternteil in der schweizerischen Alters- und Hinterlassenenversicherung versichert ist;
- c. die Voraussetzungen für die Anrechnung einer Erziehungsgutschrift nicht während des ganzen Kalenderjahres erfüllt werden;
- d. geschiedenen oder unverheirateten Eltern gemeinsam die elterliche Sorge zusteht.

5. Das Bundesgesetz vom 25. Juni 1982⁴⁾ über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVG) wird wie folgt geändert:

Art. 30c Abs. 6

⁶ Werden Ehegatten vor Eintritt eines Vorsorgefalls geschieden, so gilt der Vorbezug als Freizügigkeitsleistung und wird nach den Artikeln 122, 123 und 141 des

¹⁾ SR 291

²⁾ SR 831.10

³⁾ SR 831.10; AS ... (BBl 1994 III 1804)

⁴⁾ SR 831.40

Zivilgesetzbuches¹⁾ sowie Artikel 22 des Freizügigkeitsgesetzes vom 17. Dezember 1993²⁾ geteilt.

6. Das Freizügigkeitsgesetz vom 17. Dezember 1993²⁾ wird wie folgt geändert:

Art. 22 Ehescheidung
a. Grundsatz

¹ Bei Ehescheidung werden die für die Ehedauer zu ermittelnden Austrittsleistungen nach den Artikeln 122, 123, 141 und 142 des Zivilgesetzbuches¹⁾ geteilt; die Artikel 3–5 sind auf den zu übertragenden Betrag sinngemäss anwendbar.

² Die zu teilende Austrittsleistung eines Ehegatten³⁾ entspricht der Differenz zwischen der Austrittsleistung zuzüglich allfälliger Freizügigkeitsguthaben im Zeitpunkt der Ehescheidung und der Austrittsleistung zuzüglich allfälliger Freizügigkeitsguthaben im Zeitpunkt der Eheschliessung (vgl. Art. 24). Für diese Berechnung sind die Austrittsleistung und das Freizügigkeitsguthaben im Zeitpunkt der Eheschliessung auf den Zeitpunkt der Ehescheidung aufzuzinsen. Barauszahlungen während der Ehedauer werden nicht berücksichtigt.

³ Anteile einer Einmaleinlage, die ein Ehegatte während der Ehe aus Mitteln finanziert hat, die unter der Errungenschaftsbeteiligung von Gesetzes wegen sein Eigentum wären (Art. 198 ZGB¹), sind zuzüglich Zins von der zu teilenden Austrittsleistung abzuziehen.

Art. 22a b. Heirat vor dem 1. Januar 1995

¹ Haben die Ehegatten vor dem 1. Januar 1995 geheiratet, so wird die Austrittsleistung im Zeitpunkt der Eheschliessung aufgrund einer vom Eidgenössischen Departement des Innern erstellten Tabelle berechnet. Hat jedoch ein Ehegatte seit der Eheschliessung bis zum 1. Januar 1995 nie die Vorsorgeeinrichtung gewechselt und steht fest, wie hoch nach neuem Recht die Austrittsleistung im Zeitpunkt der Eheschliessung gewesen wäre, so ist dieser Betrag für die Berechnung nach Artikel 22 Absatz 2 massgebend.

² Für die Berechnung der Austrittsleistung im Zeitpunkt der Eheschliessung anhand der Tabelle ist von folgenden Eckwerten auszugehen:

- a. der Zeitpunkt und die Höhe der ersten, nach Artikel 24 von Gesetzes wegen mitgeteilten Austrittsleistung; ist zwischen der Eheschliessung und dem Zeitpunkt der mitgeteilten Austrittsleistung eine Austrittsleistung fällig geworden, so ist deren Höhe und der Zeitpunkt ihrer Fälligkeit für die Berechnung massgebend;
- b. der Zeitpunkt und die Höhe der letzten, vor der Eheschliessung bekannten Eintrittsleistung in ein neues Vorsorgeverhältnis; ist keine solche Eintrittsleistung bekannt, das Datum des Beginns des Vorsorgeverhältnisses und der Wert 0.

¹⁾ SR 210

²⁾ SR 831.42

³⁾ Da es sich um einen feststehenden Rechtsbegriff handelt, der sich auf Personen beider Geschlechter bezieht (im Gegensatz zu den Ausdrücken «Ehemann» und «Ehefrau»), wird dem Grundsatz der sprachlichen Gleichbehandlung nicht Rechnung getragen.

Vom Wert nach Buchstabe a wird der Wert gemäss Buchstabe b und allfällige dazwischenliegende Einmaleinlagen samt Zins bis zum Zeitpunkt gemäss Buchstabe a abgezogen. Die Tabelle gibt an, welcher Teil des errechneten Betrags als Austrittsleistung im Zeitpunkt der Eheschliessung gilt. Zu dem aus der Tabelle resultierenden Betrag sind die in Abzug gebrachte Eintrittsleistung gemäss Buchstabe b und die Einmaleinlagen, die vor der Eheschliessung erbracht worden sind, samt Zins bis zur Heirat hinzuzurechnen.

³ Die Tabelle berücksichtigt die Beitragsdauer zwischen der Erbringung der Eintrittsleistung nach Absatz 2 Buchstabe b und der Austrittsleistung gemäss Absatz 2 Buchstabe a sowie die in dieser Beitragsdauer liegende Ehedauer.

⁴ Absatz 1 und 2 gelten sinngemäss für Freizügigkeitsguthaben, die vor dem 1. Januar 1995 erworben worden sind.

Art. 22b c. Entschädigung

¹ Wird einem Ehegatten nach Artikel 124 des Zivilgesetzbuches¹⁾ eine angemessene Entschädigung zugesprochen, so kann im Scheidungsurteil bestimmt werden, dass ein Teil der Austrittsleistung auf Anrechnung an die angemessene Entschädigung übertragen wird.*

² Das Gericht teilt der Vorsorgeeinrichtung den zu übertragenden Betrag mit den nötigen Angaben über die Erhaltung des Vorsorgeschatzes von Amtes wegen mit; für die Übertragung sind die Artikel 3–5 sinngemäss anwendbar.

Art. 22c d. Wiedereinkauf

Die Vorsorgeeinrichtung hat nach der Ehescheidung dem verpflichteten Ehegatten die Möglichkeit zu gewähren, sich im Rahmen der übertragenen Austrittsleistung wieder einzukaufen. Die Bestimmungen über den Eintritt in die Vorsorgeeinrichtung gelten sinngemäss.

6. Abschnitt:

Information der Versicherten und Dokumentation im Hinblick auf eine Scheidung

Art. 24 Abs. 2 und 3 (neu)

² Heiratet der Versicherte, so hat ihm die Vorsorgeeinrichtung auf diesen Zeitpunkt seine Austrittsleistung mitzuteilen. Die Vorsorgeeinrichtung hat diese Angabe in ihren Unterlagen festzuhalten und bei Austritt des Versicherten der neuen Vorsorge- oder einer allfälligen Freizügigkeitseinrichtung zu übermitteln.

³ Bei einer Ehescheidung hat die Vorsorgeeinrichtung auf Verlangen dem Versicherten oder dem Scheidungsgericht Auskunft über die Höhe der Guthaben zu geben, die für die Berechnung der zu teilenden Austrittsleistung massgebend sind.

¹⁾ SR 210

Art. 25 Sachüberschrift

Anwendbarkeit des BVG

Art. 25a (neu) Verfahren bei Scheidung

¹ Können sich die Ehegatten über die bei der Ehescheidung zu übertragende Austrittsleistung (Art. 122, 123 ZGB ¹⁾) nicht einigen, so hat das am Ort der Scheidung nach Artikel 73 Absatz 1 des Bundesgesetzes vom 25. Juni 1982 ²⁾ über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge zuständige Gericht gestützt auf den vom Scheidungsgericht bestimmten Teilungsschlüssel die Teilung von Amtes wegen durchzuführen, nachdem ihm die Streitsache überwiesen worden ist (Art. 142 ZGB).

² Die Ehegatten und die Einrichtungen der beruflichen Vorsorge haben in diesem Verfahren Parteistellung. Das Gericht setzt ihnen eine angemessene Frist, um Anträge zu stellen.

Art. 26 Abs. 3 (neu)

³ Der Bundesrat bestimmt den Zinssatz, zu dem die im Zeitpunkt der Eheschließung erworbenen Austritts- und Freizügigkeitsleistungen und die Einmaleinlagen nach Artikel 22 aufgezinst werden.

III

Übergangsrecht, Referendum und Inkrafttreten

¹ Soweit mit diesem Bundesgesetz andere Gesetze als das Zivilgesetzbuch geändert werden, finden deren Übergangsbestimmungen Anwendung.

² Dieses Gesetz untersteht dem fakultativen Referendum.

³ Der Bundesrat bestimmt das Inkrafttreten.

7960

¹⁾ SR 210

²⁾ SR 831.40

Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Personenstand, Eheschliessung, Scheidung, Kindesrecht, Verwandtenunterstützungspflicht, Heimstätten, Vormundschaft und Ehevermittlung) vom 15. November 1995

In	Bundesblatt
Dans	Feuille fédérale
In	Foglio federale
Jahr	1996
Année	
Anno	
Band	1
Volume	
Volume	
Heft	01
Cahier	
Numero	
Geschäftsnummer	95.079
Numéro d'affaire	
Numero dell'oggetto	
Datum	09.01.1996
Date	
Data	
Seite	1-227
Page	
Pagina	
Ref. No	10 053 709

Das Dokument wurde durch das Schweizerische Bundesarchiv digitalisiert.

Le document a été digitalisé par les Archives Fédérales Suisses.

Il documento è stato digitalizzato dell'Archivio federale svizzero.