

ZBJV 4/1993

ZBJV-1993-257

Familienrecht im Umbruch*

Von Professorin Dr. Ingeborg Schwenzer, LL.M., Basel

I. EINLEITUNG

Weltweit ist das Familienrecht seit Beginn der siebziger Jahre in einem Ausmass im Umbruch begriffen, wie man es vorher nicht gekannt hat. Die Reformen sind freilich nur Antwort auf gesamtgesellschaftliche Entwicklungen, die in den letzten 25 Jahren einheitlich in sämtlichen westlichen Kulturen, aber auch beispielsweise in Japan zu verzeichnen sind. Es geht einerseits um grundlegend veränderte gesellschaftliche Werthaltungen, andererseits um eine mit dem Wertewandel verbundene Veränderung der soziodemographischen Verhältnisse.

Auf der Werteebene ist es die Abkehr von patriarchalischem Denken, die das moderne Familienrecht entscheidend beeinflusst. Ausfluss davon ist zum einen das Postulat der Gleichstellung der Geschlechter, zum anderen der Primat des Kindeswohls mit der zunehmenden Berücksichtigung der kindlichen Bedürfnisse.

Auf soziodemographischer Ebene ist zunächst auf den rapiden Anstieg der Scheidungsziffer hinzuweisen¹. Die absolute Zahl der Scheidungen hat sich von 1960 bis 1991 in der Schweiz nahezu verdreifacht; im Jahre 1991 kamen auf je 1000 Einwohner zwei Scheidungen, oder anders ausgedrückt: es muss heute damit gerechnet werden, dass jede dritte Ehe geschieden

ZBJV-1993-258

wird, wobei die Tendenz weiter steigend ist. Betroffen von der Scheidung ihrer Eltern waren im Jahre 1991 mehr als 11000 Kinder; damit erlebt mehr als ein Fünftel aller Kinder heute bis zur Mündigkeit die Scheidung der Eltern.

Die Zahlen aus dem Ausland sind durchwegs mit jenen der Schweiz vergleichbar², allein in Schweden³ und in einzelnen US-amerikanischen Bundesstaaten liegt die Scheidungsziffer noch höher.

Mit der Zahl der Scheidungen steigt auch die Zahl der Ein-Elternteil-Familien und der Stieffamilien drastisch. Schon im Jahre 1980 machten die Ein-Elternteil-Familien 6,6% aller Haushalte aus⁴, wobei 90% dieser Familien von Frauen und 10% von Männern geführt wurden. Das – ebenfalls in sämtlichen westlichen Industrienationen anzutreffende – Problem der «neuen Armut» hängt eng mit diesen Ein-Elternteil-Familien zusammen.

Ein weiteres Charakteristikum ist die stete Zunahme der Zahl ausserehelicher Geburten. Von 3,7% im Jahre 1970 ist die Quote stetig auf 6,5% im Jahre 1991 angestiegen⁵. Damit liegt die Schweiz zwar noch signifikant unter dem internationalen Durchschnitt, denn aus dem Ausland werden überwiegend Quoten von über 20% bis hin

zu 50% berichtet⁶. Die ansteigende Tendenz ist jedoch auch hier deutlich, und es kann kaum damit gerechnet werden, dass die Zahl ausserehelicher Geburten in Zukunft rückläufig sein wird. Viele dieser ausserehelichen Kinder dürften freilich bereits heute in Gemeinschaft mit beiden Eltern aufwachsen.

Im In- und Ausland haben die Gesetzgeber seit den siebziger Jahren auf diese gesamtgesellschaftlichen Entwicklungen mit vielfältigen Reformen des Familienrechts reagiert; in der Schweiz 1972 für das Adoptionsrecht, 1976 für das Kindesrecht und 1984 für das Eherecht. Seit Mai 1992 liegt schliesslich der Vorentwurf der Expertengruppe für eine Revision des ZGB⁷ vor, dessen Kernstück zweifelsohne die Reform des Scheidungsrechts darstellt, der jedoch auch in anderen Bereichen Vorschläge für ein

ZBJV-1993-259

den veränderten sozialen Gegebenheiten besser angepasstes Familienrecht unterbreitet.

Ohne auf Einzelheiten des Entwurfs eingehen und ihn einer Detailkritik unterziehen zu können, sollen im folgenden die Grundfragen, vor denen der Gesetzgeber im Familienrecht heute steht, beleuchtet und die Positionen, die der Entwurf hierzu einnimmt, im Hinblick auf im Ausland bereits weitgehend verwirklichte oder jedenfalls hängige Reformen gewürdigt werden.

II. SCHEIDUNGSGRÜNDE

Was die Scheidungsgründe betrifft, so lassen sich verschiedene Stufen der Reform erkennen⁸: In einem ersten Schritt werden sowohl die katholische Grundannahme grundsätzlicher Unauflösbarkeit der Ehe wie auch die reformierte, dass nur Ehebruch und böswilliges Verlassen einen Scheidungsgrund darstellen können, überwunden und die Zerrüttung der Ehe als allgemeiner Scheidungsgrund anerkannt. Weltweit führend war insoweit das Schweizer ZGB von 1912, erst in den zwanziger Jahren folgten die skandinavischen Staaten, in den dreissiger Jahren Deutschland und Österreich⁹; in Frankreich etwa dauerte es bis zur Reform von 1975, bis dieser Schritt vollzogen wurde. Auf einer zweiten Stufe gilt die Zerrüttung als einziger Scheidungsgrund, wenngleich manche Länder hier dem Verschulden eines Ehegatten noch immer eine gewisse Bedeutung zuerkennen, so etwa der englische Matrimonial Causes Act 1973, wobei freilich in England das Recht der Scheidungsgründe demnächst einer weiteren Revision unterzogen wird¹⁰. Auf der dritten Stufe werden das Verschulden gänzlich aus dem Bereich der Scheidungsgründe eliminiert und die Voraussetzungen, an die das Vorliegen einer Zerrüttung geknüpft wird, herabgesenkt, wie etwa in Deutschland¹¹, wo auch bei einseitigem Scheidungsbegehren nach drei Jahren Trennung der Ehegatten die Zerrüttung der Ehe unwiderleglich vermutet wird. Auf der vierten Stufe erfolgt schliesslich eine weitere Liberalisierung der einseitigen Scheidung, indem das Scheidungsbegehren nur eines Ehegatten als ausreichender Beweis der Zerrüttung angesehen wird, wie etwa seit 1970 in Kalifornien. Auch in England soll inskünftig die Zerrüttung allein dann angenommen werden, wenn ein Ehegatte einen Scheidungsantrag nach einer Bedenkfrist von

ZBJV-1993-260

einem Jahr erneuert¹². Die fünfte Stufe verzichtet schliesslich auch auf jede Bezugnahme auf die Zerrüttung der Ehe und akzeptiert den Willen auch nur eines Ehegatten, die Ehe beenden zu wollen, als – einzigen – Scheidungsgrund, wie es in Schweden seit 1974 der Fall ist¹³.

Auf welcher Stufe ist nun der Schweizer Vorentwurf anzusiedeln? Nach dem Vorentwurf soll es inskünftig drei Scheidungstatbestände geben: Die Scheidung auf gemeinsames Begehren (Art. 115 VE), die Scheidung auf Klage eines Ehegatten nach vorgängiger fünfjähriger Trennung (Art. 118 VE) und die Scheidung auf Klage eines Ehegatten wegen ihm selbst nicht zurechenbarer Unzumutbarkeit der Fortsetzung der Ehe bzw. –als Variante vorgeschlagen – wegen Unzumutbarkeit, die in einer schweren Eheverfehlung des anderen Ehegatten wurzelt (Art. 119 VE). Damit bleibt der Entwurf eindeutig auf der zweiten Stufe der internationalen Entwicklung stehen, denn die einseitige Scheidung wird an extrem hohe Voraussetzungen bzw. nach wie vor an das Kriterium des Verschuldens geknüpft. Der Entwurf geht damit aber auch nicht über das hinaus, was die Rechtsprechung bereits unter der Geltung des bisherigen Rechts im Wege richterlicher Rechtsfortbildung erreicht hatte.

Denn die einverständliche Scheidung ist schon nach geltendem Recht gängige Praxis und macht über 90% aller Fälle aus. Zu Recht verzichtet hier der Entwurf auf das Erfordernis einer vorgängigen Trennungszeit. Ausländische Erfahrungen haben gezeigt, dass – wie in England zu beobachten ist – bei zu lang bemessener Trennungszeit die Parteien in andere Scheidungsgründe ausweichen, oder dass – wie in der deutschen Rechtsprechung – subtile Probleme auftreten, ob etwa auch eine Trennung in der bislang gemeinsamen Wohnung möglich ist¹⁴. Der Entwurf verlangt nun freilich eine zweimalige richterliche Anhörung, zwischen der eine obligatorische Bedenkzeit von zwei Monaten liegen soll (Art. 115 VE). Man mag schon daran zweifeln, ob eine Bedenkzeit auch in Fällen, in denen keine minderjährigen Kinder von der Scheidung betroffen sind, in einem modernen Recht, das von grundsätzlicher Scheidungsfreiheit auszugehen hat, sachgerecht ist¹⁵. Jedenfalls könnte es als ausreichend angesehen werden, wenn man nach einer bestimmten Bedenkzeit eine Erneuerung des Scheidungsantrages verlangt. Die zweimalige persönliche richterliche Anhörung, wie sie der Entwurf vorsieht, ist nicht nur mit hohen Transaktionskosten sowohl für die scheidungswilligen Parteien als auch für die Gerichte verbunden, sie droht zudem zur blossen Farce zu werden und

ZBJV-1993-261

kann damit kaum ihren Zweck, eine Scheidungsbarriere darzustellen, erfüllen.

Wichtiger freilich noch als die Regelung der einverständlichen Scheidung erscheint jene der streitigen Scheidung. In der Praxis der Gerichte spielt sie zwar kaum eine Rolle, denn in der Schweiz wie auch im Ausland kann davon ausgegangen werden, dass lediglich in ca. 1% aller Fälle die Scheidung als solche bis zum Ende der ersten Instanz streitig bleibt¹⁶. Die Regelung der streitigen Scheidung hat jedoch weitreichende Auswirkungen auf das Verhandlungsverhalten der Parteien. Je schwieriger die einseitige Scheidung ausgestaltet ist, um so höher ist der Preis – in Form von günstigeren finanziellen Zusagen im Rahmen einer Konvention – für die Zustimmung des unschuldigen oder vermeintlich unschuldigen Ehegatten¹⁷.

Im Bereich der einseitigen Scheidung nimmt der Entwurf nun – verglichen mit ausländischen Lösungen – eine sehr restriktive Haltung ein. Wie bereits dargelegt, soll eine Scheidung gegen den Widerspruch des anderen Ehegatten nur nach vorgängiger fünfjähriger Trennung oder wegen Unzumutbarkeit der Fortführung der Ehe

möglich sein. Das Erfordernis einer fünfjährigen Trennungszeit erscheint eindeutig als zu lang. Es kann nicht verkannt werden, dass die Gerichte erster Instanz schon heute durchweg nach kürzerer Trennungszeit eine Ehe auch gegen den Willen eines Partners scheiden und die vorgeschlagene Regelung damit eine Verschärfung gegenüber der bereits eingebürgerten Praxis darstellt¹⁸. Auch die Begründung des Entwurfs, auf diese Weise könne eine Härteklausel vermieden werden, vermag nicht zu überzeugen. Denn in den wenigen Rechtsordnungen, in denen eine Härteklausel heute noch existiert, spielt sie in der Praxis überhaupt keine Rolle – in Deutschland etwa in weniger als 0,01% aller Fälle –, es sei denn, sie muss – wie derzeit noch in England – dazu herhalten, fehlende Regelungen zum Ausgleich von Rentenanwartschaften bei Scheidung zu ersetzen. Sollte das Erfordernis fünfjähriger Trennung Gesetz werden, so ist zu erwarten, dass der scheidungswillige Ehepartner versucht, auf den Tatbestand der Scheidung wegen Unzumutbarkeit der Fortführung der Ehe (Art. 119 VE) auszuweichen. Diese Regelung stellt jedoch – wie der Bericht der Expertengruppe selbst betont – schon in der vorgeschlagenen Grundva-

ZBJV-1993-262

riante eine Verschärfung gegenüber der Praxis zum geltenden Art. 142 Abs. 2 ZGB insofern dar, als der klagende Ehegatte nicht – auch nicht teilweise – selbst für die Zerrüttung verantwortlich sein darf. Die zweite Variante geht noch darüber hinaus und verlangt, dass der andere Ehegatte durch sein Verhalten seine ehelichen Pflichten so schwer verletzt hat, dass die Fortsetzung der Ehe objektiv nicht mehr zumutbar ist. Mit diesen Lösungen für die einseitige Scheidung wird das Verschuldensprinzip durch die Hintertür wieder eingeführt. Solange dieses jedoch nicht gänzlich aus dem Bereich der Scheidungsgründe verbannt wird, kann nicht damit gerechnet werden, dass das sprichwörtliche «Waschen schmutziger Wäsche» aus Scheidungsverhandlungen und -verfahren verbannt werden könnte.

Neben der Scheidung will der Entwurf das Institut der Ehetrennung beibehalten, obgleich es in der Praxis lediglich ca. 3% aller Fälle ausmacht und seine Bedeutung im letzten Jahrzehnt ständig abgenommen hat¹⁹. In einem säkularen Scheidungsrecht hat das Institut der Ehetrennung jedoch keinen Platz mehr. Jene wenigen Ehegatten, die aus religiösen Gründen eine Scheidung ablehnen, werden sich auch mit der Auflösung des gemeinsamen Haushalts begnügen, so dass auf das Institut der Ehetrennung – wie in den meisten ausländischen Rechtsordnungen – verzichtet werden sollte. Dasselbe gilt für die Eheungültigkeit, die in der Praxis gerade ca. 0,1% aller Eheauflösungen ausmacht, die der Entwurf aber gleichwohl beibehalten will. Auch dieses Institut sollte sinnvollerweise – wie in anderen Rechtsordnungen²⁰ – in der Scheidung aufgehen.

III. FINANZIELLE FOLGEN DER SCHEIDUNG

1. Nachehelicher Unterhalt

Eines der zentralen Probleme jeder Scheidungsrechtsrevision ist die Regelung nachehelicher Unterhaltszahlungen. Dabei gilt es namentlich zwei Fragen zu beantworten: Was ist überhaupt Basis und Rechtfertigung für nachehelichen Unterhalt, und: Kann ein Verschulden am Scheitern der Ehe bei der Gewährung nachehelichen Unterhalts berücksichtigt werden? Scheinbar eher technischer Natur, für die Rechtswirklichkeit

jedoch von eminenter Bedeutung, ist schliesslich die Frage, ob Unterhaltstatbestände detailliert ausformuliert oder in Form einer Generalklausel gefasst werden.

ZBJV-1993-263

a) Leitbild nahehelichen Unterhalts

Während zu Beginn dieses Jahrhunderts alle Rechtsordnungen auch im Unterhaltsrecht klar vom Statusdenken ausgingen – wie es beispielsweise auch in Art. 151 ZGB deutlich zum Ausdruck kommt –, hat sich inzwischen international das Prinzip der wirtschaftlichen Selbstverantwortung der Ehegatten nach Scheidung Bahn gebrochen²¹. Nachehelicher Unterhalt wird nur noch aufgrund einer konkreten, durch die Ehe geschaffenen Bedürfnislage geschuldet. Ausprägungen des Selbstverantwortlichkeitsprinzips sind die herausragende Massgeblichkeit von Dauer der Ehe, Rollenteilung in der Ehe und allfällige Kinderbetreuung sowie die grundsätzliche Befristung des Unterhalts bis zur Wiedereingliederung in das Erwerbsleben. Das Bundesgericht hat bekanntlich schon unter geltendem Recht den Anschluss an diese internationale Entwicklung im Wege richterlicher Rechtsfortbildung vollzogen²².

Der Vorentwurf greift diese Rechtsprechung auf und gewährt einen nachehelichen Unterhaltsanspruch, wenn einem Ehegatten nicht zugemutet werden kann, für den ihm gebührenden Unterhalt selbst aufzukommen (Art. 130 Abs. 1 VE). In einem Katalog werden sodann verschiedene Kriterien aufgezählt, die für Höhe und Dauer der Unterhaltsleistung zu berücksichtigen sind (Art. 130 Abs. 2 VE). Zu vermischen ist insoweit freilich eine eindeutige Aussage dazu, dass nur ehebedingte Nachteile durch Unterhaltsleistung auszugleichen sind. Da sich im Rahmen des Kriterienkataloges auch die Merkmale Alter, Gesundheit sowie Lebensstellung während der Ehe finden, ist eine Unterhaltsleistung auch nach kinderloser Doppelverdienerhe oder nach Altersehe bei unterschiedlichen Pensionseinkünften grundsätzlich nicht ausgeschlossen. Dies freilich erscheint in einem modernen Unterhaltsrecht kaum angemessen.

b) Verschulden

Was das Verschulden betrifft, so ist man sich international weitgehend darin einig, dass– wo nachehelicher Unterhalt begriffen wird als Ausgleich ehebedingter Nachteile – auch für ein Verschuldenselement kein Raum mehr ist. Dementsprechend spielt das Verschulden im Unterhaltsrecht in den meisten ausländischen Rechtsordnungen, namentlich des skandinavischen und angloamerikanischen Rechtskreises, heute überhaupt keine Rolle mehr. Auch eine Empfehlung des Europarates weist in diese Richtung²³.

ZBJV-1993-264

Der Vorentwurf spricht sich zwar grundsätzlich für ein verschuldensunabhängiges Unterhaltsrecht nach Scheidung aus, er sieht jedoch die Möglichkeit vor, den Unterhalt bei offensichtlicher Unbilligkeit zu kürzen oder zu versagen (Art. 130 Abs. 3 VE). Dabei soll auch grobes Verschulden berücksichtigt werden können. Gegen

eine solche Regelung erheben sich nun freilich verschiedene Bedenken. Denn einerseits öffnet eine solche Billigkeitsklausel Tür und Tor für eine allgemeine Berücksichtigung der Schuldfrage; andererseits führt dies dazu, dass lediglich das Verschulden der Ehefrauen - als der regelmässig Unterhaltsbedürftigen - eine Rolle spielt. Denn anders als etwa im französischen und englischen Recht, wo das Verschuldenselement im Unterhaltsrecht in den Reformen der siebziger Jahre ebenfalls noch nicht aufgegeben wurde, wirkt sich ein Verschulden auf Seiten der regelmässig unterhaltspflichtigen Ehemänner nicht anspruchserhöhend aus. Im Ergebnis sollte deshalb auf die Billigkeitsklausel entsprechend der Entscheidung, die der schweizerische Gesetzgeber im Rahmen des Ehegüterrechts getroffen hat²⁴, ganz verzichtet werden; allenfalls mag man konkrete Ausschlussgründe – wie z. B. den Fall, dass ein Ehegatte dem anderen nach dem Leben getrachtet hat – aufstellen.

c) Generalklausel versus Einzeltatbestand

Von der Regelungstechnik her entschliesst sich der Vorentwurf beim nahehelichen Unterhaltsrecht für eine Generalklausel. Eine nähere Präzisierung der Anspruchsvoraussetzungen schien der Expertenkommission nicht befriedigend²⁵. Auch in ausländischen Rechtsordnungen²⁶ überwiegt noch diese Regelungstechnik, wenngleich zunehmend Bedenken gegen eine Generalklausel im Hinblick auf die Auswirkungen auf allfällige Vergleichsverhandlungen erhoben werden. Vergleichsverhandlungen finden immer «im Schatten des Rechts» statt²⁷. Aus der rechtssoziologischen Forschung ist nun bekannt, dass sich vage Rechtsnormen in Vergleichsverhandlungen regelmässig zugunsten des wirtschaftlich Stärkeren auswirken, während präzise, klar gefasste Tatbestände den Schutz des Schwächeren begünstigen. Vor diesem Hintergrund gehen immer mehr Gesetzgeber gerade im Unterhaltsrecht von einer Generalklausel ab und arbeiten – wie schon in vielen amerikanischen Einzelstaaten, aber jetzt

ZBJV-1993-265

auch in England beim Kindesunterhalt²⁸ – statt dessen mit mathematischen Formeln. Auch in Deutschland hat sich die Unterhaltsberechnung anhand von Tabellen durchgesetzt²⁹. Angesichts der prekären wirtschaftlichen Situation vieler Scheidungsfamilien und der drohenden Armut geschiedener Frauen müssten diese Überlegungen auch für das Schweizer Recht angestellt werden.

2. Berufliche Vorsorge

Neben dem Unterhaltsrecht ist es vor allem der Ausgleich von Rentenanwartschaften, dessen Regelung dem modernen Gesetzgeber im Rahmen der finanziellen Folgen der Scheidung aufgegeben ist. Diese sog. «New Property»³⁰ hat die zu Beginn dieses Jahrhunderts noch wesentlichen Vermögenswerte, die im Rahmen des Ehegüterrechts ausgeglichen werden können, in vielen Kreisen der Bevölkerung weitgehend ersetzt. In den meisten ausländischen Rechtsordnungen wird deshalb heute ein Ausgleich der Rentenanwartschaften vorgesehen, sei es über das Ehegüterrecht³¹, sei es über ein eigenes Institut des sog. Versorgungsausgleichs³².

Während in der Schweiz bekanntlich für Sozialversicherungsleistungen aufgrund der ersten Säule im Rahmen der 10. AHV-Revision eine Lösung der Problematik angestrebt wird³³, sieht der Vorentwurf ein Ausgleichsmodell

im Bereich der zweiten Säule in ähnlicher Weise wie der deutsche Versorgungsausgleich vor. Danach sollen die während der Ehe erworbenen Freizügigkeitsleistungen hälftig geteilt werden (Art. 126 Abs. 1 VE). Ist bei einem Ehegatten ein Versicherungsfall bereits eingetreten, tritt anstelle der Teilung der Austrittsleistungen eine angemessene Entschädigung (Art. 128 Abs. 1 VE). Vom Grundsatz her ist diese Lösung nachdrücklich zu begrüßen. Bedenken bestehen freilich im Hinblick auf die vom Vorentwurf entsprechend der Regelung im Unterhaltsrecht vorgeschlagene Härteklausele, wonach die Teilung der Austrittsleistungen bei offensichtlicher Unbilligkeit verweigert werden kann (Art. 127 Abs. 2 VE). Sicher kann auf eine Billigkeitsklausele nicht generell verzichtet werden, denkt man etwa an Fälle, in denen der erwerbstätige Ehegatte dem anderen das Studium finanziert hat. Höchst problematisch und in krassem Gegensatz zur Entscheidung des Gesetzgebers

ZBJV-1993-266

im Ehegüterrecht wäre es jedoch, wenn im Rahmen der Härteklausele auch Verschuldungsgesichtspunkte berücksichtigt werden könnten. Dies muss jedenfalls ausgeschlossen werden.

3. Karrierechancen

Neben den Rentenanwartschaften taucht in der internationalen Diskussion mittlerweile zunehmend ein weiteres Ausgleichsproblem auf, nämlich das der Teilung von Karrierechancen. Dabei geht es darum, dass die Karrierechancen einer Frau nach familienbedingter Unterbrechung der Erwerbstätigkeit auch nach einem Wiedereinstieg in das Berufsleben erheblich geringer sind als die des durchgängig erwerbstätigen Mannes. Viele amerikanische Einzelstaaten sehen deshalb bereits heute neben der Teilung von Rentenanwartschaften auch einen Ausgleich der ehebedingt unterschiedlichen Karrierechancen –zumeist im Rahmen des Güterrechtes – vor³⁴. Eine Revision des Scheidungsrechts in heutiger Zeit müsste sich dieser Frage zumindest stellen.

IV. KINDBEZOGENE FRAGEN

Im Bereich der kindbezogenen Fragen enthält der Vorentwurf nicht nur Regelungsvorschläge zur elterlichen Gewalt nach Scheidung, aufgenommen werden vielmehr auch das Problem der elterlichen Gewalt für aussereheliche Kinder sowie der Stiefkindadoption. Dies mag Anlass sein, einige generelle Fragen des Kindesrechtes aufzugreifen. Dabei sind insbesondere auch die Vorgaben und Auswirkungen der UN-Konvention über die Rechte des Kindes von 1989 zu berücksichtigen, für die die Vernehmlassungsfrist Ende 1992 abgelaufen ist³⁵ und der die Schweiz hoffentlich demnächst beitreten wird.

An erster Stelle sollte schon der Begriff der elterlichen Gewalt überdacht werden, da er einem international gewandelten Bild der Eltern-Kind-Beziehung nicht mehr entspricht. Entsprechend Tendenzen in ausländischen Rechtsordnungen – so etwa auch im ansonsten vorbildlichen englischen Children Act 1989 – sollte heute statt von elterlichen Gewalt oder Sorge von elterlicher Verantwortung gesprochen werden, ein Begriff, der sich auch ohne weiteres in die anderen Landessprachen übersetzen lässt.

ZBJV-1993-267

1. Gemeinsame elterliche Gewalt geschiedener und nicht verheirateter Eltern

Im Rahmen der kindbezogenen Scheidungsfolgen stellt sich vordringlich die Frage nach der Möglichkeit fortbestehender gemeinsamer elterlicher Gewalt beider Eltern nach Scheidung. Bekanntlich hat das Bundesgericht³⁶ Ende 1991 diese Möglichkeit de lege lata verneint, während die erstinstanzliche Praxis³⁷ bis dahin insoweit uneinheitlich war³⁸. Der Vorentwurf schlägt nun die Möglichkeit der Belassung der gemeinsamen elterlichen Gewalt vor, freilich nur unter drei Bedingungen: erstens soll gemeinsame elterliche Gewalt nur bei gemeinsamem Antrag der Eltern möglich sein, zweitens muss eine Kindeswohlprüfung durch den Richter stattfinden, und drittens müssen die Eltern dem Richter eine Vereinbarung vorlegen, die festlegt, welchem Elternteil die Obhut zusteht und welchen Unterhaltsbeitrag der andere zu bezahlen hat (Art. 138 Abs. 3 VE).

Diese Lösung stellt die denkbar höchsten Voraussetzungen für die gemeinsame elterliche Gewalt nach Scheidung auf und bleibt weit hinter dem bereits heute erreichten internationalen Standard zurück. In allen namhaften ausländischen Rechtsordnungen ist gemeinsame elterliche Gewalt nach Scheidung mittlerweile anerkannt³⁹. Regelmässig wird dabei der gemeinsame Antrag beider Eltern als ausreichend angesehen; teilweise wird selbst hierauf verzichtet⁴⁰. Die neueste internationale Entwicklung, die sich abzeichnet, geht sogar noch weit über die Zulassung der gemeinsamen elterlichen Gewalt nach Scheidung hinaus: Es ist die Abschaffung der Staatsintervention⁴¹ in Fragen der Kindeszuweisung bei Scheidung. Elterliche Gewalt wird, wie grundsätzlich während der faktischen Trennung der Eltern, nur noch auf Antrag oder bei Kindeswohlgefährdung geregelt. Entsprechende gesetzliche Lösungen sind bereits in England⁴² und Schweden⁴³ in Kraft; der 59. Deutsche Juristentag hat sich im Herbst 1992 ebenfalls in diesem Sinne ausgesprochen⁴⁴.

ZBJV-1993-268

Dahinter steht, dass in der humanwissenschaftlichen Forschung mittlerweile allgemein anerkannt ist, dass fortbestehende gemeinsame Elternverantwortung die dem Kindeswohl am besten dienende Lösung darstellt. Kinder verarbeiten das Trauma der Scheidung ihrer Eltern am ehesten, wenn sie nach der Scheidung grösstmöglichen Kontakt zu beiden Eltern behalten⁴⁵. Gemeinsame Elternverantwortung nach Scheidung muss deshalb zum eindeutigen Leitbild, der «Streit ums Kind» hingegen zum Ausnahmefall gemacht werden. Diesem Ziel wird die Nichtintervention bei Scheidung am besten gerecht. Denn oft führt der Zwang zur Regelung der elterlichen Gewalt anlässlich der Scheidung selbst zum Streit, die Angst vor dem Verlust des Kindes zur Kampfhaltung. Es kann auch nicht übersehen werden, dass sowohl die geltende wie auch die vom Vorentwurf vorgeschlagene Regelung geradezu dazu einlädt, das Kind zum Handelsobjekt im Scheidungsverfahren zu machen.

Die Abschaffung der Staatsintervention bei Scheidung ist schliesslich auch eine Lösung, die den Gedanken der UN-Konvention über die Rechte des Kindes am besten Rechnung trägt, denn deren Art. 18 Abs. 1 bestimmt, dass beide Elternteile gemeinsam für die Erziehung und Entwicklung des Kindes verantwortlich sind, ohne dass insoweit zwischen verheirateten und nicht oder nicht mehr verheirateten, zusammenlebenden oder nicht zusammenlebenden Eltern differenziert wird.

In engem Zusammenhang mit der gemeinsamen elterlichen Gewalt nach Scheidung ist die Frage gemeinsamer elterlicher Gewalt nicht verheirateter Eltern zu sehen. Auch die gemeinsame elterliche Gewalt nicht verheirateter

Eltern ist inzwischen in allen massgeblichen ausländischen Rechtsordnungen möglich, wobei in den meisten Staaten der gemeinsame Antrag beider Eltern genügt, auf den Nachweis des Zusammenlebens oder eine richterliche Kindeswohlprüfung wird verzichtet⁴⁶. Dies macht deutlich, dass es hierbei nicht um eine Regelung für das Konkubinat geht, sondern um echte Gleichstellung ausserehelicher Kinder, deren Eltern gemeinsam Verantwortung übernehmen wollen.

Der Vorentwurf lehnt nun eine gemeinsame elterliche Gewalt nicht verheirateter Eltern ab⁴⁷. Stattdessen wird bei Einverständnis des Inhabers der elterlichen Gewalt eine Teilnahme des anderen Elternteils an der elterlichen Gewalt entsprechend der heutigen Regelung für Stiel- und Pflegekinder vorgeschlagen (Art. 298 a VE). Die in Aussicht genommene Lösung bleibt damit nicht nur weit hinter dem zurück, was inzwischen auf

ZBJV-1993-269

internationaler Ebene gängige Praxis ist, sie verstösst auch gegen die UN-Kinderkonvention, die, wie erwähnt, die gemeinsame Elternverantwortung unabhängig vom Status der Eltern oder des Kindes postuliert. Schliesslich ist die vorgeschlagene Lösung überflüssig, denn bei Einverständnis ist auch ohne gesetzliche Regelung eine Teilnahme an der elterlichen Gewalt schon heute möglich.

2. Persönlicher Verkehr

Auch im Bereich des Rechts zum persönlichen Verkehr bringt der Vorentwurf gewisse Neuerungen, wie etwa die Möglichkeit, dass die Vormundschaftsbehörde einen Elternteil, der sein Besuchsrecht zum Schaden des Kindes vernachlässigt, vorlädt und ermahnt (Art. 273 Abs. 2 VE), sowie ein Informations- und Auskunftsrecht des Elternteils, der die elterliche Gewalt nicht innehat (Art. 275 a VE).

Auch hier genügt der Vorentwurf freilich kaum neuesten internationalen und supranationalen Massstäben. Denn in zunehmendem Masse wird das Recht auf persönlichen Verkehr als Anspruch des Kindes und nicht der Eltern betrachtet⁴⁸. Auch die UN-Kinderkonvention normiert es als ausdrückliches Recht des Kindes, regelmässige persönliche Beziehungen und unmittelbare Kontakte zu beiden Eltern zu pflegen (Art. 9 Abs. 3). Eine solche Sichtweise entspricht nicht nur dem Primat des Kindeswohls im Kindesrecht, sie ist auch geeignet, die Akzeptanz bei den beteiligten Eltern zu fördern. Weitergehend kann etwa daran gedacht werden, bei Nichtausübung des persönlichen Verkehrs dem Kind einen Schadenersatzanspruch in der Höhe der entsprechenden Fremdbetreuungskosten zu gewähren, eine Möglichkeit, die heute bereits in einigen amerikanischen Bundesstaaten existiert⁴⁹.

3. Stiefkinder

Die Problematik der Stiefkinder hat der schweizerische Gesetzgeber schon im Rahmen der Reform des Kindesrechtes gesehen und mit Art. 299 ZGB eine Lösung für die Teilnahme an der elterlichen Gewalt durch den Stiefelternteil bei bestehender Stieffamilie geschaffen. Bisläng nicht vorgesehen ist freilich die Übertragung der elterlichen Gewalt auf den Stiefelternteil bei Auflösung der Stieffamilie, sei es durch Tod des leiblichen Elternteils oder durch Scheidung, wenn das Kindeswohl dies erfordert. Hier mag allenfalls mit Massnahmen des Kindesschutzes Abhilfe geschaf-

ZBJV-1993-270

fen werden, wobei die Eingriffsschwelle insoweit sehr hoch liegt. Angesichts der immer drängenderen Problematik der Stiefkinder sollte jedoch auch für das Schweizer Recht - wie dies in vielen ausländischen Rechtsordnungen, namentlich des angloamerikanischen Rechtskreises, bereits heute verwirklicht ist⁵⁰ darüber nachgedacht werden, die Möglichkeit der Übertragung der elterlichen Gewalt auf den Stiefelternteil auch ohne eine Gefährdung des Kindeswohls vorzunehmen.

Vom Vorentwurf aufgegriffen wird allerdings die Frage der Stiefkindadoption, die mittlerweile in der Schweiz wie im Ausland ca. 50% aller Adoptionen ausmacht⁵¹. Problematisch ist die Stiefkindadoption zum einen im Hinblick auf das inzwischen allgemein anerkannte Bedürfnis des Kindes nach Aufrechterhaltung von gewachsenen Eltern-Kind-Beziehungen, weil mit der Adoption jede rechtliche Beziehung zum anderen leiblichen Elternteil zerschnitten wird, zum anderen im Hinblick auf ein mögliches Scheitern der Stiefelternehe.

Der Entwurf versucht, diesem Problem beizukommen, indem er auch die Stiefkindadoption an eine fünfjährige Ehedauer oder an ein Alter von 35 Jahren des Adoptierenden knüpft (Art. 264 a Abs. 3 VE). Damit freilich bleibt der Entwurf auf halbem Weg stehen. Wie in England⁵² oder den Niederlanden⁵³ müsste auch hier über die gänzliche Abschaffung der Stiefkindadoption verbunden mit einer Stärkung der Position der Stiefeltern im Bereich der personalen Eltern-Kind-Beziehung diskutiert werden.

V. VERFAHRENSFRAGEN

1. Beibehaltung des gerichtlichen Scheidungsverfahrens

Der Vorentwurf hält daran fest, dass eine Scheidung der Ehe nur in einem Gerichtsverfahren möglich ist. In vielen ausländischen Rechtsordnungen, namentlich des angloamerikanischen und skandinavischen Rechtskreises, ist demgegenüber ein vereinfachtes Administrativverfahren für Fälle, in denen die Ehegatten sich in allen Punkten einig sind, heute schon durchaus üblich.

Der Bericht zum Vorentwurf⁵⁴ verwirft die Einführung eines Administrativverfahrens zum einen aus Gründen des Institutionenschutzes, zum

ZBJV-1993-271

anderen aus Gründen des Übereilungsschutzes und Schutzes der Schwächeren. Dass das gerichtliche Scheidungsverfahren jedoch die Institution der Ehe schützen könnte, mag man angesichts stetig steigender Scheidungsziffern getrost bezweifeln. Schon in den achtziger Jahren hat deshalb ein namhafter amerikanischer Familienrechtler das gerichtliche Scheidungsmonopol als «Tribut an die Scheinheiligkeit» bezeichnet⁵⁵. Aus der Systemtheorie ist zudem hinreichend bekannt, dass das gerichtliche Verfahren aufgrund seiner Strukturen dysfunktional ist und so häufig zum Scheitern der Scheidung im Sinne einer Konfliktverringerung und Befriedung

beiträgt⁵⁶. Auch eine echte Kontrolle von Scheidungsvereinbarungen wird vom Richter heute kaum mehr wahrgenommen, sie könnte zudem ebensogut einer Verwaltungsbehörde übertragen werden. Lediglich für die – nach praktischen Erfahrungen – geringe Zahl streitiger Scheidungen müsste das autoritative Gerichtsverfahren beibehalten werden. Für ein Administrativverfahren bei Einigkeit der Ehegatten spricht schliesslich auch – in Zeiten allgemeiner Finanzknappheit ein nicht unwesentliches Argument – der Kostenfaktor.

2. Familiengerichte

In den meisten ausländischen Staaten wurden seit den siebziger Jahren spezielle Familiengerichte geschaffen. Die Erfahrungen damit sind äusserst positiv. Familiengerichte haben zu einer Änderung nicht nur des Scheidungsverfahrens geführt, sondern auch einschneidende Veränderungen im Selbstverständnis der Richter, in ihrem Verhältnis zu sozialen, psychologischen, geschlechtsspezifischen und -politischen, zu paar- und familiendynamischen Zusammenhängen und in ihren Beziehungen zu anderen am Scheidungsverfahren beteiligten Berufsgruppen, die sich eindeutig zugunsten der von Scheidung betroffenen Familien auswirken, bewirkt⁵⁷. Auch nach dem Vorentwurf soll den Kantonen die Einführung solcher Familiengerichte empfohlen werden (Art. 152 VE). Es ist zu hoffen, dass die Kantone dieser Empfehlung möglichst weithin Rechnung tragen.

Darüber hinaus sieht der Vorentwurf vor, dass die Kantone dafür zu sorgen haben, dass den Ehegatten Scheidungsberatungsstellen zur Verfügung stehen (Art. 151 VE). Das damit unterstützte Modell der Mediation oder Scheidungsvermittlung, dessen Ziel es ist, vor allem zum Wohle der Kinder die Konflikte in der Scheidungs- und Nachscheidungsituation zu reduzieren, wird bereits seit einiger Zeit in zahlreichen ausländischen

ZBJV-1993-272

Staaten mit grossem Erfolg praktiziert⁵⁸ und hat auch in jüngster Zeit in einigen Kantonen, vor allem der Westschweiz, Fuss gefasst. Es ist sehr zu begrüssen, dass der Vorentwurf die diesbezüglichen Bestrebungen unterstützt und den weiteren Ausbau der Mediation fördert.

3. Stellung des Kindes im Verfahren

Für die Beteiligung des Kindes am Verfahren sieht der Entwurf ebenfalls verschiedene Neuerungen vor. So soll das Gesetz nun ausdrücklich bestimmen, dass bei der Zuteilung der elterlichen Gewalt und der Regelung des persönlichen Verkehrs auf die Meinung des Kindes Rücksicht zu nehmen ist (Art. 138 Abs. 2 VE). Dem Kind soll bei veränderten Verhältnissen ein eigenes Antragsrecht auf Neuregelung der Zuteilung der elterlichen Gewalt eingeräumt werden (Art. 139 Abs. 1 VE); bei Anordnungen das Kind betreffend soll dieses vom Richter persönlich angehört werden, soweit nicht sein Alter oder andere wichtige Gründe dagegen sprechen (Art. 147 Abs. 2 VE).

Die stärkere Stellung des Kindes im Verfahren ist nachdrücklich zu begrüssen, lässt sie doch die Hauptleidtragenden der Scheidung – die Kinder – aus der blossen Objektrolle etwas heraustreten. Über die Vorschläge des Vorentwurfs hinausgehend, könnte man sich freilich noch weitere Verbesserungen in diesem Bereich vorstellen. So müsste etwa die obligatorische Kindesanhörung ab einem konkret fixierten Alter festgeschrieben werden. Ausländische Erfahrungen zeigen, dass es durchaus möglich ist, auch Kinder im

Vorschulalter in kindgerechter Weise anzuhören, sofern der Richter die dazu erforderliche Fachkompetenz und Fortbildung besitzt, wie es bei Einführung eines Familiengerichtes erwartet werden kann.

Darüber hinaus sollte man erwägen, in Fällen, in denen das Kind betreffende Angelegenheiten zwischen den Eltern streitig sind, dem Kind zur Wahrung seiner eigenen Interessen einen eigenen Verfahrensvertreter beizugeben, wie es insbesondere im angloamerikanischen Recht möglich und im englischen Children Act 1989⁵⁹ in vorbildlicher Weise verwirklicht ist.

VI. WEITERE UND OFFENE FRAGEN

Zum Schluss sei noch auf einige weitere Fragen eingegangen, die teilweise im Entwurf angesprochen werden, teilweise noch offen sind, in einer zeitgemässen Familienrechtskodifikation jedoch als regelungsbedürftig erscheinen.

ZBJV-1993-273

1. Verlöbnisrecht - Rechtsprobleme der nichtehelichen Lebensgemeinschaft

Der Vorentwurf sieht eine Revision auch des Verlöbnisrechtes vor (Art. 90 ff. VE). In heutiger Zeit erscheint eine Regelung dieser Materie indes überflüssig. Nach den Erfahrungen aus der Praxis kommen Klagen wegen Auflösung des Verlöbnisses fast nie vor; Bereicherungsrecht und gegebenenfalls Haftpflichtrecht wegen Persönlichkeitsverletzung reichen aus, um diese extrem seltenen Einzelfälle zu lösen. Dementsprechend haben viele ausländische Gesetzgeber das Verlöbnisrecht aus den Kodifikationen gestrichen bzw. jedenfalls nicht reformiert. Auch der Schweizer Gesetzgeber hat bekanntlich im IPR-Gesetz bewusst auf eine Regelung des Verlöbnisses verzichtet, weil er die praktische Bedeutung dieses Instituts als sehr gering eingestuft hat.

In einem modernen Familienrecht regelungsbedürftig sind jedoch bestimmte Fragen der nichtehelichen Lebensgemeinschaft. Es wird hier bewusst der Begriff der nichtehelichen Lebensgemeinschaft und nicht jener des Konkubinats gewählt, weil letzterer zu einseitig auf die geschlechtlichen Beziehungen der Parteien abstellt und damit diskriminierenden Charakter hat.

In ausländischen Rechtsordnungen – namentlich des angloamerikanischen und skandinavischen Rechtskreises – ist es schon längst keine Seltenheit mehr, dass Rechtsprobleme nichtehelicher Lebensgemeinschaften ausdrücklich gesetzlich geregelt werden. Auch der 57. Deutsche Juristentag hat sich bereits im Jahre 1988 in dieser Richtung ausgesprochen⁶⁰. Regelungen finden sich insbesondere im Hinblick auf vermögensrechtliche Ausgleichsansprüche. So sieht etwa der De Facto Relationship Act 1984 von New South Wales, Australien, einen eng an das Ehegüterrecht angelehnten Ausgleich bei Auflösung nichtehelicher Lebensgemeinschaften vor. Schweden kennt sondergesetzliche Regelungen jedenfalls für den Hausrat und die gemeinsame Wohnung⁶¹. Vielerorts finden sich zudem Unterhaltsregelungen zum Ausgleich gemeinschaftsbedingter Nachteile, wenn die Gemeinschaft eine bestimmte Zeit gedauert und/oder gemeinsame Kinder aus der Gemeinschaft hervorgegangen sind.

Mit dem vorhandenen rechtlichen Instrumentarium können die anstehenden Probleme der nichtehelichen Lebensgemeinschaft in der Schweiz nur unzureichend gelöst werden. Zwar hat das Bundesgericht⁶² mit seiner

ZBJV-1993-274

grosszügigen Annahme einer einfachen Gesellschaft zwischen nichtehelichen Partnern bei gemeinsamem Wirtschaften den Weg gewiesen für eine sachgerechte Auseinandersetzung von während der Gemeinschaft erworbenen Vermögensgütern. Unterhaltsansprüche wegen gemeinschaftsbedingter Nachteile könnten jedoch kaum im Wege richterlicher Rechtsfortbildung konstruiert werden. Ebenso erforderlich wäre eine gesetzliche Regelung, die es ermöglicht, auch bei Auflösung einer nichtehelichen Familie die Familienwohnung etwa demjenigen Partner zuzuweisen, der die Kinder betreut, wie es nach dem Vorentwurf im Scheidungsverfahren inskünftig möglich sein soll (Art. 125 VE). Denn die Begründung des Vorentwurfs⁶³, für Kinder sei die Situation besonders hart, wenn sie nicht nur einen Elternteil verlieren, sondern auch die gewohnte Umgebung verlassen müssen, trifft auf die nichteheliche Familie ebenso wie auf die eheliche zu.

Allein um der Kinder willen darf sich der moderne Gesetzgeber heute jedenfalls einer Regelung der Rechtsprobleme der nichtehelichen Familien nicht mehr enthalten.

2. Gleichgeschlechtliche Gemeinschaften

Während in der internationalen Diskussion die gängigen Probleme nichtehelicher Lebensgemeinschaften freilich schon eher wieder in den Hintergrund treten, gewinnt die Frage der gleichgeschlechtlichen Gemeinschaften zunehmend an Bedeutung. Als erste Rechtsordnung hat Dänemark im Jahre 1989 die sog. «Registrierte Partnerschaft» für Homosexuelle eingeführt⁶⁴, die – bis auf die Möglichkeit der gemeinsamen Adoption eines Kindes – in allen Punkten der Ehe zwischen verschiedengeschlechtlichen Partnern gleichgestellt ist. In Schweden sieht ein Gesetz⁶⁵ jedenfalls eine Teilung des Husrats und der Wohnung auch nach Auflösung einer gleichgeschlechtlichen Gemeinschaft vor. In Deutschland hat jüngst – wie auch in den hiesigen Medien berichtet wurde – das Landgericht Frankfurt die Ablehnung der Trauung zweier gleichgeschlechtlicher Partner als mit dem auf der Verfassung gründenden Gleichbehandlungsgebot unvereinbar angesehen. Mit einem Grundsatzentscheid des deutschen Bundesverfassungsgerichtes ist demnächst zu rechnen. Auch wenn man im Ergebnis dem Beispiel Dänemarks nicht folgen will, kann man bei einer Revision des Eheschliessungsrechtes, wie sie

ZBJV-1993-275

der Vorentwurf vorsieht (Art. 95 ff. VE) – in heutiger Zeit dieser Diskussion nicht ausweichen⁶⁶.

3. Verwandtenunterstützungspflicht

Der Vorentwurf sieht Änderungen auch im Bereich der Verwandtenunterstützungspflicht vor. Die Unterstützungspflicht zwischen Geschwistern soll – nachdem ein erster Anlauf zu ihrer Abschaffung anlässlich der Revision des Kindesrechtes im Jahre 1976 vom Parlament verworfen wurde – nunmehr ersatzlos entfallen (Art. 328 VE). Weitergehend muss man sich freilich in heutiger Zeit die Frage stellen, ob die Verwandtenunterstützungspflicht nicht generell abzuschaffen ist⁶⁷. Die soziodemographischen Verhältnisse haben sich in diesem Jahrhundert so gravierend verändert, dass die Situation keineswegs mehr dem entspricht, was der Gesetzgeber zu Beginn dieses Jahrhunderts vor Augen hatte. Dies gilt namentlich für die potentielle Belastung des einzelnen mit Aszendentenunterhalt, wenn man die Lebenserwartung, die sich in den letzten hundert Jahren verdoppelt hat, das mit enormen finanziellen Kosten verbundene Pflegefallrisiko und die aufgrund der Scheidungsziffer steigende neue Armut von Frauen berücksichtigt. Ohne hierauf Einzelheiten eingehen zu können, erscheint eine Begrenzung der Unterhaltungspflicht auf Eltern gegenüber ihren minderjährigen Kindern, ergänzt um zeitlich befristeten Ausbildungsunterhalt, wie es im Ausland bereits teilweise verwirklicht ist, auch für die Schweiz geboten.

4. Abstammungsrecht

Offene Fragen finden sich darüber hinaus vor allem auch im Abstammungsrecht.

Zum einen geht es darum, in diesem Bereich endlich eine echte Gleichstellung ehelicher und ausserehelicher Kinder herbeizuführen. Die geltende Regelung der Anfechtung der Vaterschaft – bei ehelichen Kindern kann faktisch nur der Scheinvater anfechten (Art. 256 ZGB), bei ausserehelichen Kindern jedermann, der ein Interesse hat (Art. 260 a ZGB) – lässt die unausgesprochene gesetzgeberische Wertung erkennen, dass die Vaterschaft eines mit der Mutter verheirateten Mannes von vornherein wertvoller und deshalb gegen Angriffe durch Anfechtung schützenswerter ist als die eines mit der Mutter nicht verheirateten Mannes. Für abweichende soziale Fallgestaltungen hält eine solche Regelung keine adäquaten

ZBJV-1993-276

Lösungen bereit. Auch hier müsste die Rechtsvergleichung⁶⁸ Anlass sein, über eine mögliche Reform nachzudenken.

Zum anderen sind schliesslich die mit den modernen Fortpflanzungstechnologien verbundenen zivilrechtlichen Probleme bislang nur rudimentär im ZGB geregelt; ein Überdenken scheint auch in diesem Bereich angezeigt.

VII. SCHLUSSBETRACHTUNG

Dass der Vorentwurf die überfällige und durch die Praxis der Gerichte weitgehend vorweggenommene Revision des Scheidungsrechtes legislatorisch realisieren will, ist nachdrücklich zu begrüßen. Freilich erreicht die Schweiz mit den vorgeschlagenen Änderungen bei weitem nicht den internationalen Stand, den sie zu Beginn dieses Jahrhunderts im Vergleich zu anderen ausländischen Rechtsordnungen im Familienrecht einnahm. Vielmehr werden im wesentlichen nur jene Reformen nachvollzogen, die in anderen Ländern schon in den siebziger

Jahren verwirklicht wurden. Auf Fragen, die Familienrechtler der neunziger Jahre bewegen, wird jedoch kaum eingegangen. Bedenkt man, dass bis zum Abschluss der Revision sicher noch acht bis zehn Jahre vergehen werden, so muss damit gerechnet werden, dass das neue Familienrecht bei seinem Inkrafttreten nicht nur um Jahre, sondern um Jahrzehnte der internationalen Entwicklung hinterherhinkt und dass neuerliche Revisionen schon in Kürze folgen müssen, wenn das Familienrecht seiner eigentlichen Aufgabe gerecht werden will, nämlich der Familie und vor allem den Schwächsten in unserer Gesellschaft – den Kindern – zu dienen.

Um Fussnoten ergänzte Fassung eines Vortrags, den die Verfasserin am 1. Februar 1993 vor dem Bernischen Juristenverein gehalten hat. Die Vortragsform wurde beibehalten.

- [1] Vgl. Statistisches Jahrbuch der Schweiz 1992, 35. Angaben zu 1991 gemäss Bundesamt für Statistik, Sektion Bevölkerungsentwicklung, Statistik der natürlichen Bevölkerungsbewegung.
- [2] England: vgl. Dewar, *Law and the Family* (2. Aufl. 1992), 257; Deutschland: vgl. Statistisches Jahrbuch 1992, 86.; Frankreich: vgl. *Annuaire statistique de la France* 1989, 47, 61.
- [3] Vgl. Statistik Årsbok 1992 tab. 37. Auf 1000 Einwohner kamen 1990 2,33 Scheidungen.
- [4] Vgl. Perrin, in: Fleiner-Gerstfr/Gilliand/Lüscher, *Familien in der Schweiz* (1991), 471, 474.
- [5] Vgl. Statistisches Jahrbuch der Schweiz 1992, 36; Bundesamt für Statistik (siehe Fn. 1).
- [6] Vgl. Einzelheiten bei Schwenzler, Gutachten A zum 59. Deutschen Juristentag (1992), 11 Fn. 21.
- [7] Bericht mit Vorentwurf für eine Revision des Zivilgesetzbuches (Eheschliessung und Scheidung, Personenstand, Verwandtenunterstützungspflicht, Vormundschaft, Heimstätten und Ehevermittlung), Bern 1992. Im folgenden zitiert VE.
- [8] Vgl. dazu mich AGELL in: Weizman/Maclean, *Economic Consequences of Divorce* (1992), 5.1 54 ff.
- [9] Österreich hält hieran noch heute fest, vgl. §§ 47 ff. EheG.
- [10] Vgl. *Ground for Divorce* (1990). Law Com. Nr. 192.
- [11] Vgl. § 1566 Abs. 2 BGB.
- [12] Vgl. *Ground for Divorce* (1990). Law Com. Nr. 192, Rn. 3,48.
- [13] Vgl. heute EheG Kap. 5 § 1. 2 i.d.F vom
- [14] Mai 1987. 14 Vgl. nur jüngst wieder OLG Stuttgart, *FamRZ* 1992 1435.
- [15] Anders etwa das .schwedische Recht, vgl. EheG Kap. 5 § 1.
- [16] Vgl. Perrin, in: Bastard/Cardia-Vonèche/Perrin, *Pratiques judiciaires du divorce* (1987). 141: Nachw. zum Ausland bei Schwenzler, *Vom Status zur Realbeziehung* (1987), 59.
- [17] Vgl. auch Perrin. a.a.O., 144.
- [18] Vgl. Nordmann, *plädoyer* 3/1992, 6, die allerdings diese Lösung in bezug auf die Ehefrau, die eine klassische Ehe geführt und zu Gunsten von Ehemann, Kindern und Haushalt auf ihren Beruf verzichtet hat, als positiv bewertet.
- [19] Vgl. Statistisches Jahrbuch der Schweiz 1992, 35.
- [20] Vgl. nur Schweden, EheG Kap. 5 §5.
- [21] Überblick bei SCHWENZER (Fn. 16), 67 ff.
- [22] Vgl. zusammenfassend BGE 115 II 6.
- [23] Nr. R (89) 1 vom 18 Januar 1989.
- [24] Begleitbericht zum Vorentwurf für eine Änderung des Zivilgesetzbuches (Wirkungen der Ehe im allgemeinen und Ehegüterrecht), 1976, 52 f.
- [25] Vgl. Bericht zum VE (1992), 60.

- [26] Vgl. England: See. 25 Matrimonial Causes Act 1973 i.d.F. 1984; Frankreich: Art. 271 CC
- [27] Vgl. Mnookin/Kornhauser, 88 Yale L.J. 950 ff. (1978/79): «Bargaining in the Shadow of the Law».
- [28] Vgl. Child Support Act 1991, Inkrafttreten 1. April 1993.
- [29] Vgl. nur Düsseldorfer Tabelle, letzte Veröffentlichung in FamRZ 1993 35.
- [30] Vgl. Glendon, The New Marriage and the New Property (1981)
- [31] Vgl. für USA: Weitzman, in Weitzman/Maclean, Economic Consequences of Divorce (1992), 85 ff.
- [32] Vgl. Deutschland: §§ 1587 ff. BGB.
- [33] Vgl. Deutschland: §§ 1587 ff. BGB.
- [34] Vgl. Weitzman (Fn. 31), 85, 105ff.
- [35] Vgl. BBI 1992 V 1119.
- [36] BGE 117 I 523 - A JP 1992 906 mit Anm. Schwenzer.
- [37] Vgl. dazu Balcheit. SJZ 84 (1988) 25; Bezirksgericht St. Gallen, SJZ 85 (1989) 139.
- [38] Vgl. Bericht der Eidgenössischen Kommission für Frauenfragen, Juristische Auswirkungen des neuen Eherechts (1991), 196.
- [39] Vgl. den Überblick bei Schwenzer (Fn. 6), 66.
- [40] Vgl. Frankreich: Art. 373-3 CC.
- [41] Principle of non-intervention in England: vgl. dazu Dewar, Law and the Family (2. Aufl. 1992), 75.
- [42] Vgl. Sec. 1 (5) Children Act 1989.
- [43] Vgl. ElternG Kap. 6 §5 i.d.F. 1990.
- [44] Vgl. Beschlüsse des 59. Deutschen Juristentages (1992), FamRZ 1992 1275= NJW 1992 3016,
- [45] Vgl. Balloff, Kinder vor Gericht (1992), 93; Wallerstein/Blakeslee, Gewinner und Verlierer (1989), 304.
- [46] Einzelheiten hierzu bei Schwenzer (Fn. 6), 68f.
- [47] Vgl. Bericht zum VE (1992), 99.
- [48] Vgl. Norwegen: § 44 Abs. I KinderG 1981; England: Sec. 8 (I) Children Act 1989.
- [49] Vgl. Bruch. 2 Im. J. L. & Fam. 106. 115 (1988).
- [50] Vgl. Schwenzer (Fn. 6), 81.
- [51] Vgl. Statistisches Jahrbuch der Schweiz 1992, 37.
- [52] Vgl. CULLEN. [1990] Fam. Law 460, 461.
- [53] Vgl. Art. 1:228 Abs. 1 lit b BW
- [54] Vgl. Bericht zum VE (1992), 34.
- [55] Vgl. Krause: Family Law in a Nutshell 12. Aufl. 1986), 341.
- [56] Vgl. Duss-von Werdt, AJP 1992 29/; vgl. auch SCHWENZER (Fn. 16). 135ff.
- [57] Vgl. Duss-von WERDT. AJP 1992 291. 296.
- [58] Vgl. nur Filion in: Lausanner Kolloquium vom 14/15. November 1991, «Mediation» als alternative Konfliktlösungsmöglichkeit? (1992), 23 ff.
- [59] Vgl. Sec. 41 Children Act 1989.
- [60] Vgl. Verhandlungen des 57. Deutschen Juristentages (1988), Bd. II, 1215 ff.
- [61] Vgl. samboL SFS 1987:232 (Gesetz über das gemeinsame Heim Zusammenlebender).
- [62] Vgl. BGE 108 II 204
- [63] Vgl. Bericht zum VE (1992), 53
- [64] Vgl. dazu Wacke, FamRZ 1990 347 ff.

[65] Vgl. homoL, SFS 1987: 813 Gesetz über homosexuelle Zusammenlebende).

[66] Vgl. auch GEISER, plädoyer 3/1992, 9.

[67] Vgl. SCHWENZER (Fn. 6), 41 ff.; Beschlüsse des 59. Deutschen Juristentages, FamRZ 1992 1275 = NJW 19923016.

[68] Zu ausländischen Lösungen vgl. Schwenger (Fn. 6), 23; vgl. auch Beschlüsse des 59. Deutschen Juristentages.

