

AUS DER RECHTSPRECHUNG  
DE LA JURISPRUDENCE  
DALLA GIURISPRUDENZA

108	BezGer Rorschach, 17.5.1999: Anspruchsgrundlage und Verjährung von Leistungen eines Scheinvaters gegenüber der leiblichen Mutter, dem leiblichen Vater und dem «Scheinkind»	1	AUFSÄTZE	ARTICLES	ARTICOLI
113	OGer ZH, 9.11.1999: Festsetzung von Unterhaltsbeiträgen im Eheschutzverfahren – Verhältnis ehelicher Bestands- und Unterstützungspflicht des Pflichtigen, Aufteilung des Freibetrages (Bemerkung: Sylvia Frei)	24	Cyril Hegnauer: Entwicklungen des schweizerischen Familienrechts		
116	BGer, 29.1.1999: Bewertung von Vermögensgegenständen in der güterrechtlichen Auseinandersetzung (Bemerkung: Sylvia Frei)	41	Ingeborg Schwenzler: Über die Beliebtheit juristischer Argumentation		
122	TA TI, 31.3.1999: Fabbisogno dell'obbligato alimentare – contributi a figlio maggiorenne agli studi	62	Joseph Duss-von Werd: Was weiss das Recht von Ehe und Familie?		
125	TA TI, 4.5.1999: Reddito del debitore – rendita complessiva AI per figlio maggiorenne agli studi	80	AUSLAND L'ETRANGER L'ESTERO		
129	BGer, 1.11.1999: Aufteilung des Freibetrages bei vorsorglichen Massnahmen im Scheidungsverfahren (Bemerkung: Sylvia Frei)	87	Silvia Schumacher: Das neue deutsche Kindschaftsrecht		
131	CJ GE, 8.10.1999: Mesures protectrices de l'union conjugale – For – Droit applicable	94	PRAXIS LA PRATIQUE LA PRASSI		
135	TA TI, 12.2.1999: Misure provvisionali di divorzio, fabbisogno, convivenza con figlio maggiorenne	106	Catherine Jaccottet Tissot: L'audition de l'enfant		
139	TA TI, 20.4.1999: Misure provvisionali in causa di stato – Edizione di documenti di società terze	108	DOKUMENTATION DOCUMENTATION DOCUMENTAZIONE		
144	TA TI, 11.5.1999: Misure provvisionali in causa di stato – Reddito della sostanza		Gesetzgebung Législation Legislazione		
151	BGer, 23.8.1999: Entstehung eines Arbeitsverhältnisses bei Konkubinatpartnern		Literatur Littérature Letteratura		
156	BGer, 29.4.1999: Fürsorglicher Freiheitsentzug – Zwangsbehandlung in einer Anstalt		Rezensionen Recensions Recensioni		
160	CJ GE, 8.9.1999: Compétence en matière d'interdiction		RECHTSPRECHUNG JURISPRUDENCE GIURISPRUDENZA		
163	TF, 29.6.1999: LAVI – Droit de l'accusé d'interroger la victime – Actes d'ordre sexuel (Note: Renate Pfister Liechti)				

## HERAUSGEBERINNEN

INGEBORG SCHWENZLER  
ANDREA BÜCHLER

## Redaktionsmitglieder

Katerina Baumann  
 Peter Breitschmid  
 Dieter Bürgin  
 Laura Cardia-Vonèche  
 Jeanne DuBois  
 Joseph Duss-von Werd  
 Emanuela Epiney-Colombo  
 Wilhelm Feiler  
 Elisabeth Freivogel  
 Thomas Geiser  
 Silvia Grossenbacher  
 Mario Guglielmi  
 Marianne Hammer-Faldges  
 Andreas Hejerli  
 Monique Jametti Greiner  
 Claudia Kaufmann  
 Jean Kellerhals  
 Margareta Lauterburg  
 Marcel Leuenberger  
 Susanne Leuzinger-Naef  
 Peter Liatowitsch  
 Ueli Mäder  
 Jacques Micheli  
 Ursula Nordmann  
 Renate Pfister-Liechti  
 Patricia Schulz  
 Jonas Schweighauser  
 Daniel Streck  
 Martin Stettler  
 Thomas Sutter-Somm  
 Francesco Trezzini  
 Rolf Vetterli  
 Franz Werro

## Über die Beliebigkeit juristischer Argumentation\*

Ingeborg Schwenzler

Prof. Dr. iur., LL. M., Basel

**Stichwörter:** Neues Scheidungsrecht, Scheidungsgründe, Unterhaltsrecht, ehebedingte Nachteile, nacheheliche Solidarität, clean break-Prinzip, nichteheliche Kinder, elterliche Sorge

**Mots clefs:** Nouveau droit du divorce, Motifs de divorce, Droit de l'entretien, Inconvénients dus au mariage, Solidarité subséquente au mariage, Principe du «Clean Break», Enfants non issus du mariage, Autorité parentale

### I. Einleitung

Juristen – vor allem Privatrechtler – sind es gewohnt, in übergeordneten Begriffen und Systemen zu denken. Eine ausdifferenzierte Methodenlehre, deren Wurzeln bis weit ins römische Recht zurückreichen, will die Einheit der Privatrechtsordnung, ihre Konsistenz, die Durchsetzung grundlegender Prinzipien sicherstellen.

Grundsätze wie Treu und Glauben oder pacta sunt servanda sind allen von Jungendbeinen an gewissermassen in Fleisch und Blut übergegangen. Die Wertigkeiten haben sich zwar namentlich in den letzten Jahrzehnten dieses Jahrhunderts teilweise verschoben. Neue Prinzipien sind aufgetaucht, im Obligationenrecht insbesondere das Postulat des Schutzes der Schwächeren, und haben alte Glaubenssätze, namentlich des 19. Jahrhunderts mit seinem paläo-liberalen Vertragsdenken in weiten Bereichen verdrängt<sup>1</sup>. Sicher gibt es Gebiete, wo auch im Obligationenrecht Verwerfungen und ein Mangel an Konsistenz nach wie vor zu verzeichnen sind. Zu denken ist insoweit nur an die bis heute beharrliche Weigerung des Bundesgerichtes, Verträge, die auf der Basis von Allgemeinen Geschäftsbedingungen zustande gekommen sind, einer richterlichen Inhaltskontrolle zu unterwerfen<sup>2</sup>, eine Haltung, die praktisch in den Industrienationen der Welt inzwischen einmalig ist, oder an durch keinerlei Sachargumente zu rechtfertigende unterschiedliche Rechtsfolgen, je nachdem, ob

\* Um Fussnoten ergänzte und leicht veränderte Fassung eines Vortrags, den die Verfasserin anlässlich der Jahresversammlung des Luzerner Anwaltsverbandes am 17. 6. 1999 in Hochdorf gehalten hat.

1 Vgl. zu dieser Entwicklung BernerKomm/KRAMER, Allg. Einl. zum OR, N 6f.

2 Vgl. dazu SCHWENZLER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Bern 1998, N 46.06.

ein Vertrag aufgrund Anfechtung, Rücktritts oder Wandlung rückabgewickelt wird. Dennoch handelt es sich hier tendenziell um Randbereiche, die eher das juristische ästhetische Empfinden beleidigen, denn das gesamte System in Frage stellen.

Hier soll nun freilich nicht von den Niederungen oder vielleicht auch Höhen des Obligationenrechts die Rede sein; vielmehr soll der Frage nachgegangen werden, inwieweit sich auch im Familienrecht eine gewisse Konsistenz und nachvollziehbare juristische Argumentation finden lässt.

### II. «Altes Familienrecht»

Zunächst sei ein kleiner Ausflug in die Vergangenheit des Familienrechts von 1907 unternommen.

Zu Beginn dieses Jahrhunderts wurde das gesamte Familienrecht geprägt von einem institutionellen Denken. Die Familie, d. h. selbstverständlich nur die auf der Ehe gegründete Familie, wurde als wesentliche Stütze der gesellschaftlichen Ordnung des liberalen Staates begriffen, die es als überindividuelle Institution zu schützen galt. In ihr sollten die Werte und die Fähigkeiten vermittelt werden, die die bürgerliche Gesellschaft ausmachten: «Im Hause muss beginnen, was leuchten soll im Vaterland»<sup>3</sup>. In der Bildung einer engen, aber umso fester geschlossenen Familie wurde – so die Worte Eugen Hubers – ein Bollwerk erblickt gegen alle der Familie und Ehe feindlichen Bestrebungen<sup>4</sup>.

Diese Sichtweise schlug sich zuvorderst im Scheidungsrecht nieder. In Abkehr von dem in der Zwischenzeit als zu liberal empfundenen Scheidungsrecht des ausgehenden 19. Jahrhunderts<sup>5</sup> verwirklichte das ZGB von 1907 den Institutionenschutz zunächst im Bereich der Scheidungsgründe, die weitgehend dem Verschuldensprinzip verpflichtet waren. Dies galt nicht nur für die – mit einer Ausnahme – an ein schuldhaftes Verhalten eines Ehegatten anknüpfenden speziellen Scheidungsstatbestände, sondern auch für den als Generalklausel gefassten Zerrüttungstatbestand des Art. 142 ZGB a. F. Denn nach dessen Abs. 2 konnte auch eine zerrüttete Ehe nicht gegen den Willen des unschuldigen Ehegatten aufgehoben werden.

Weitgehend über das Verschuldensprinzip verwirklichter Institutionenschutz prägte auch das Recht der Nebenfolgen der Scheidung. Art. 151 ZGB a. F. hatte be-

3 Zit. nach BUNKERT/WYSS, Die Gleichstellung von Frau und Mann im Ehescheidungsrecht, Basel/Frankfurt a. M. 1997, 7.

4 HUBER, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Erläuterungen zum Vorentwurf des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements, 2. Aufl. Bern 1914, 102.

5 Zum Scheidungsrecht des 19. Jahrhunderts vgl. BernerKomm/EGGER, Das Familienrecht, 1. Aufl. 1914, Einl. zum Familienrecht, 76ff.

kanntlich schadenersatzrechtlichen Charakter<sup>6</sup>. Wer durch eigenes schuldhaftes Verhalten die Scheidung der Ehe verursacht hatte, musste den durch die Scheidung verursachten Schaden des anderen Ehegatten ersetzen. Ein solches Ergebnis hätte ohne weiteres auch über die deliktische Generalklausel erzielt werden können. Auch das Erfordernis der Schuldlosigkeit des Ansprechers fügte sich in das Denken in schadensrechtlichen Kategorien, wenngleich das Scheidungsrecht sich noch nicht so modern zeigte wie Art. 44 OR, der statt eines gänzlichen Ausschlusses auch eine verhältnismässige Herabsetzung des Schadenersatzanspruchs entsprechend der jeweiligen Verursachungsquote erlaubt, sondern an das Alles-oder-Nichts-Prinzip der culpa-Kompensation des gemeinen Rechts anknüpfte. Erst das Bundesgericht hat hier mit der Relativierung des Erfordernisses der Schuldlosigkeit in den siebziger Jahren die Einheit der Privatrechtsordnung hergestellt<sup>7</sup>. In das damalige System passte auch Art. 153 Abs. 1 ZGB a. F., der das automatische Erlöschen der Scheidungsrente bei Wiederverheiratung der Berechtigten anordnete. Denn mit der Heirat erlangte die Frau einen Unterhaltsanspruch gegen den neuen Ehegatten, der durch die Scheidung erlittene Schaden, nämlich Verlust des Unterhaltsanspruchs gegen den geschiedenen Ehemann, wurde damit wieder ausgeglichen. Art. 153 ZGB a. F. entsprach so ohne weiteres dem Grundsatz der Vorteilsanrechnung.

Insgesamt war damit die Institution der Ehe vor allem auch ein Versorgungsinstitut für die sich entsprechend den Rechtsregeln der bürgerlichen Gesellschaft wohlverhaltende Frau. Solange sie die eheliche Gemeinschaft nicht durch eigenes schuldhaftes Verhalten aufs Spiel setzte, konnte sie schon grundsätzlich gegen ihren Willen nicht den Status einer verheirateten Frau verlieren. Entschloss sie sich aber zur Scheidung, konnte sie sich bei Schuldlosigkeit darauf verlassen, jedenfalls nicht um die Früchte der «Versorgungsgemeinschaft Ehe» gebracht zu werden, und zwar solange bis sie in einem anderen sicheren Ehehafen vor Anker gegangen war.

Institutionenschutz beherrschte aber nicht nur das Ehe- und Scheidungsrecht, sondern prägte entscheidend auch das Kindesrecht von 1907, das auf der primären Unterscheidung zwischen ehelichen und ausserhehlichen Kindern gründete. Die Diskriminierung und rechtliche Ausgrenzung des nichtehelichen Kindes und seiner Mutter verfolgte keinen anderen Zweck, als die Institution der Ehe zu schützen, indem Frauen, die ausserhehliche Mutterschaft wagten, mit härtesten Sanktionen für sich und ihre Kinder zu rechnen hatten<sup>8</sup>.

6 Vgl. nur BGE 117 II 519, 521; 117 II 211, 214f.; 115 II 6, 8; gl. M auch die h. L., vgl. dazu HINDERLING/STECK, Das schweizerische Ehescheidungsrecht, Zürich 1995, 273 Fn. 1; BernerKomm/BÜHLER/SPÜHLER, Art. 151 ZGB, N 9; BernerKomm/SPÜHLER/FREI-MAURER, Art. 151 ZGB, N 9; SPYCHER, Unterhaltsleistungen bei Scheidung: Grundlagen und Bemessungsmethoden, Bern 1996, 27 ff.

7 Vgl. nur BGE 108 II 364, 366; 107 II 292, 294; 106 II 117, 119; vgl. dazu STECK, Jüngste Entwicklungen beim «Scheidungsunterhalt», insbesondere gestützt auf Art. 151 ZGB, ZBJV 1997, 181, 191.

8 Vgl. Art. 302–327 ZGB (Fassung bis 1976), insbesondere Art. 304, 315, sowie auch Art. 461 Abs. 2 und 3 ZGB (Ausschluss des Erbrechts für nichteheliche Kinder).

Als Zwischenbilanz ergibt sich: Das Familienrecht von 1907 war – auch wenn es aus heutiger Sicht in manchen Punkten archaisch anmuten mag – ein geschlossenes System, in sich folgerichtig und juristisch sauber durchdacht, kurz Gesetzgebungsarbeit lege artis, wie man sie auch in anderen Bereichen des ZGB und OR, so man es noch mit den alten Texten zu tun hat, gewohnt ist.

Es soll nun nicht auf die Entwicklung des Familienrechts durch Rechtsprechung und Lehre eingegangen werden, die in fast neun Jahrzehnten darum bemüht war, das Familienrecht einer sich – vor allem in den letzten dreissig Jahren geradezu rasant – entwickelnden Gesellschaft anzupassen. Dass bei weitgehend auf dem Einzelfall aufbauender Rechtsprechung Systembrüche und Widersprüche vorkommen, erscheint verzeihlich, wenn nicht gar vorprogrammiert. Vielmehr sei das Augenmerk gerichtet auf das neue Scheidungsrecht. Wie sieht es insofern mit der Konsistenz und der Sachlogik des Familienrechts aus?

### III. Das neue Scheidungsrecht

#### 1. Scheidungsgründe

Im Bereich der Scheidungsgründe wurde das Recht wieder in Einklang mit der Wirklichkeit – wie sie vor allem seit Jahren durch die instanzgerichtliche Praxis gestaltet wurde<sup>9</sup> – gebracht. Im Mittelpunkt steht die einvernehmliche Scheidung auf gemeinsames Begehren, die in einem nichtstreitigen Verfahren ohne Kläger und Beklagte erfolgt (Art. 111 ZGB). Massegebend ist insoweit allein der beiderseitige ernsthafte Wille der Ehegatten, der durch eine Bestätigung nach einer zweimonatigen Bedenkzeit dokumentiert wird<sup>10</sup>. Daneben anerkennt das neue Scheidungsrecht auch die einseitige Scheidung, d. h. nur auf dem Willen eines Ehegatten gegründete Scheidung, nach vierjähriger Trennung (Art. 114 ZGB)<sup>11</sup>.

Sowohl die Botschaft als auch verschiedene Autoren betonen zwar, dass auch das neue Recht weiterhin vom Zerrüttungsprinzip ausgehe<sup>12</sup>. Die Ehe sei nach wie vor kein gewöhnlicher Vertrag, der auch einseitig beliebig aufgekündigt werden könne. Diese Aussage kann freilich als kaum mehr als ein Rückzugsgefecht angesehen

9 Zur erstinstanzlichen Scheidungswirklichkeit vgl. BINKERT/WYSS (Fn. 3), 33 ff.

10 Vgl. dazu PraxKomm/SCHWENZLER, Allg. Einl., N 22; PraxKomm/FANKHAUSER, Art. 111 ZGB, N 2; a. M. HAUSHEER, Die wesentlichen Neuerungen des neuen Scheidungsrechts, ZBJV 1999, 1, 7.

11 Vgl. dazu PraxKomm/FANKHAUSER, Art. 114 ZGB, N 1 ff.; REUSSER, Die Scheidungsgründe und die Ehetrennung, in: HAUSHEER (Hrsg.), Vom alten zum neuen Scheidungsrecht, Bern 1999, N 1.63 ff.

12 Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Personenrecht, Eheschluss, Scheidung, Kindesrecht, Verwandtenunterstützung, Heimstätten, Vormundschaft und Ehevermittlung) vom 15. November 1996 (im folgenden Botschaft Scheidungsrecht), BBl 1996, 1 ff, 83; HAUSHEER, ZBJV 1999, 1, 7.

hen werden. Denn was ist die Scheidung auf gemeinsames Begehren anderes als der Aufhebungsvertrag, der *contrarius actus*, im Vertragsrecht? Und auch obligationenrechtliche Verträge sind nicht einseitig beliebig kündbar, vielmehr statuiert der Gesetzgeber aus Gründen des Vertrauens- und Sozialschutzes bestimmte Kündigungsfristen; im Scheidungsrecht beträgt diese Frist nun eben vier Jahre. Einzig in dem Fall, dass ein Ehegatte einseitig die Scheidung vor Ablauf der vierjährigen Frist begehrt, d. h. eine fristlose Kündigung anstrebt, hat eine Zerrüttungsprüfung stattzufinden (Art. 115 ZGB). Hier spielt auch noch das Verschulden eine Rolle, das in den übrigen Fällen gänzlich unbeachtlich ist<sup>13</sup>. Aber auch hier ist die Parallele zum Obligationenrecht offensichtlich, nämlich zur Kündigung eines Dauerschuldverhältnisses aus wichtigem Grund.

Auch der Institutionenschutz liegt dem Recht der Scheidungsgründe nicht mehr zugrunde<sup>14</sup>. Allenfalls beschränkt er sich darauf, dass Scheidung nach wie vor nur durch ein Gestaltungsurteil, d. h. im gerichtlichen Verfahren, erlangt werden kann, und nicht – wie dies im Ausland schon vielerorts der Fall ist<sup>15</sup> – im Rahmen eines Administrativverfahrens als sogenannte Registerscheidung, Gegenteilige Äusserungen, die heute noch den Institutionenschutz betonen<sup>16</sup>, können wohl nur als Lippenbekennnisse gewertet werden.

Im Bereich der Scheidungsgründe kann somit durchaus von einem kongruenten Konzept des Gesetzgebers gesprochen werden. Auffallend ist freilich, dass die Begründung teilweise an überliefertes Gedankengut anknüpft. Dies wirkt sich nun freilich nicht im Rahmen der Scheidungsstatbestände aus, wohl aber in anderen Bereichen, auf die noch zu sprechen kommen ist.

## 2. Unterhaltsrecht

Zunächst soll der für die Praxis wichtigste Bereich, das nacheheliche Unterhaltsrecht, genauer betrachtet werden.

Kennzeichnend für das neue Unterhaltsrecht ist zum einen der in der Praxis zum alten Recht bereits weitgehend verwirklichte Übergang zu einer Einheitsrente<sup>17</sup> und

13 Vgl. PraxKomm/FANKHAUSER, Art. 115 ZGB, N 17; REUSSER (Fn. 11), N 1.84.

14 Vgl. PraxKomm/Schwenzler, Allg. Einl., N 23; AmtlBull StR 1996, 743; AmtlBull NR 1997, 2653.

15 So z. B. in Dänemark, England und einigen Staaten der USA, vgl. dazu PraxKomm/Schwenzler, Allg. Einl., N 27ff.

16 Vgl. Botschaft Scheidungsrecht, 27; AmtlBull NR 1997, 2676.

17 Vgl. dazu ausführlich STECK, Jüngste Entwicklungen beim Scheidungsunterhalt, insbesondere gestützt auf Art. 151 ZGB, ZBJV 1997, 181, 194; VETTERLI, Über den praktischen Umgang mit Scheidungsrenten, AJP 1994, 929ff.; HINDERLING/STECK (Fn. 6), 306; VETTERLI, Schuldig oder unschuldig geschieden, AJP 1995, 1531, 1538; GESSLER, Kritische Bemerkungen zur Rentenfestsetzung bei Scheidung, SJZ 1995, 65, 70.

zum anderen die grundsätzliche Abkehr vom Verschuldensprinzip<sup>18</sup>, wie sie auch im Bereich der Scheidungsgründe vollzogen wurde. Dies entspricht auch einer Empfehlung des Europarates vom 18. 1. 1989<sup>19</sup>. Die institutionelle Begründung des nachehelichen Unterhalts, die noch das alte Recht prägte, fällt damit weg.

Eine eingehende Diskussion darüber, was nach Wegfall des Verschuldensprinzips Grundlage und Rechtfertigung für nachehelichen Unterhalt ist, hat freilich weder im Vorfeld der Revision noch im Rahmen der parlamentarischen Debatte stattgefunden. In der Botschaft wird immer wieder betont, durch den Unterhalt solle der Scheidungsschaden ausgeglichen werden<sup>20</sup>, vereinzelt wird auch auf den ehebündigen Schaden abgestellt<sup>21</sup>. Auch das Gebot nachehelicher Solidarität wird angeführt<sup>22</sup>, in der parlamentarischen Debatte allerdings oft im Zusammenhang damit, dass die nacheheliche Solidarität nicht überstrapaziert werden dürfe<sup>23</sup>. Oft ist auch vom «clean break», d. h. der wirtschaftlichen Selbstverantwortung beider Ehegatten nach Scheidung, die Rede<sup>24</sup>.

Interessant ist nun freilich, wie und wo die unterschiedlichen, einander teilweise widersprechenden Prinzipien eingesetzt werden.

### a) Verschulden

Zunächst zu der immer wieder behaupteten und als fortschrittlich gepriesenen Abkehr des Unterhaltsrechts vom Verschuldensprinzip. Daran ist zunächst richtig, dass Art. 125 ZGB nicht mehr die Schuldlosigkeit der ansprechenden Person als positive Tatbestandsvoraussetzung – wie es noch in Art. 151 und 152 ZGB a. F. der Fall war – enthält. Zweifel an der Aufgabe des Verschuldensprinzips kommen dem objektiven Betrachter nun freilich bei der Lektüre von Art. 125 Abs. 3 ZGB. Danach kann ein Unterhaltsbeitrag versagt oder gekürzt werden, wenn er offensichtlich unbillig wäre. Das Gesetz nennt sodann drei Beispielfälle, in denen offensichtliche Unbilligkeit vorliegen soll, nämlich die grobe Verletzung der Unterhaltspflicht, die mutwillige Herbeiführung der Bedürftigkeit und das Begehen einer schweren Straftat. Der bundesrätliche Entwurf wollte diese Tatbestände ursprünglich als abschliessend betrachten<sup>25</sup>, die Befügung des scheinbar unschuldigen Wörtchens «insbesondere» durch den Ständerat hat sie zu blossen Regelbeispielen werden lassen<sup>26</sup>, denen weitere Fälle gleichgestellt werden können. Mit Alt-Bundesrat Koller muss befürchtet

18 Vgl. Botschaft Scheidungsrecht, 27ff.

19 Recommendation Nr. R (89) 1 sur les prestations après divorce (principe 5).

20 Vgl. Botschaft Scheidungsrecht, 23, 112f.

21 Vgl. Botschaft Scheidungsrecht, 114.

22 Vgl. Botschaft Scheidungsrecht, 114.

23 So z. B. BR KOLLER, AmtlBull NR 1997, 2665 und Votum KÜCHLER, AmtlBull StR 1996, 765.

24 Vgl. Botschaft Scheidungsrecht, 45 und 117; Votum RAGGENBASS, AmtlBull NR 1997, 2698.

25 Vgl. dazu Botschaft Scheidungsrecht, 114f.

26 Vgl. Antrag Wicki, AmtlBull StR 1997, 764f.

werden, dass damit dem Verschuldensprinzip Tür und Tor geöffnet wurde<sup>27</sup>. Es soll nun nicht auf die Einzelheiten dieser Regelung eingegangen werden<sup>28</sup>; es wird sich weisen müssen, ob die Praxis gewillt ist, hier einen Riegel vorzuschieben oder nicht.

Besondere Aufmerksamkeit verdient vielmehr eine spezielle Ausprägung des Verschuldensprinzips. Erinnerung sei an das alte Recht: Das Verschulden hatte hier – wie im Schadenersatzrecht – eine doppelte Bedeutung: Es diente der Anspruchsgründung bzw. -erhöhung auf der einen und der Anspruchsherabsetzung bzw. -ausschließung auf der anderen Seite<sup>29</sup>. Nach neuem Recht verbleibt nur die zweite Komponente, d. h. nur das Verschulden der anspruchsberechtigten Person besitzt unterhaltsrechtliche Relevanz. Verschulden auf Seiten des Unterhaltsverpflichteten – und mag es noch so grob sein – führt hingegen nicht zur Erhöhung des Unterhaltsanspruchs.

Mit dieser Lösung steht das neue schweizerische Recht gemeinsam mit dem deutschen Recht, aus dem die Unbilligkeitsklausel weitgehend unkritisch übernommen wurde<sup>30</sup>, weltweit praktisch allein da. In den Ländern, in denen Verschulden im Unterhaltsrecht überhaupt noch berücksichtigt wird, wird ihm sowohl unterhaltsrechtlich als auch unterhaltsherabsetzende Wirkung beigemessen. Bemerkenswert ist vor allem die Entwicklung in vielen Staaten der USA, von denen einige Autoren behaupten, dass dort eine Renaissance des Verschuldensprinzips im Bereich des nachehelichen Unterhaltsrechts stattfindet<sup>31</sup>. Die sieht nun freilich so aus, dass zunehmend auf das allgemeine Deliktsrecht zurückgegriffen wird, um Unterhaltsberechtigten neben dem Unterhaltsanspruch einen zusätzlichen Schadenersatzanspruch zu gewähren<sup>32</sup>. Umgekehrt findet eine Kürzung oder ein Ausschluss des Unterhalts nur in extremsten Fällen statt, z. B. wenn die unterhaltsberechtigte Person versucht hat, den unterhaltspflichtigen Ehegatten zu ermorden<sup>33</sup>. Und selbst hier argumentieren verschiedene Gerichte, dass neben dem Strafverfahren keine Doppelbestrafung im Wege des Unterhaltsausschlusses stattfinden dürfe<sup>34</sup>.

27 Vgl. nur AmtlBull NR 1997, 2702.

28 Vgl. dazu PraxKomm/SCHWENZLER, Art. 125 ZGB, N 80ff.

29 Vgl. HAUSHEER/SPYCHER, Handbuch des Unterhaltsrechts, Bern 1997, N 05.97ff.; SPYCHER (Fn. 6), 41ff.

30 Vgl. § 1579 Ziff. 2, 3, 5 BGBB.

31 Vgl. SWISHER, Reassessing Fault Factors in No-Fault Divorce, 31 Fam. L. Q. 269, 290ff. (1997) m. w. Nachw.

32 Vgl. *Cloughton v. Cloughton*, 344 So2d 944 (Fla. 1977); *Singer v. Singer*, 391 NE2d 1239 (Mass. 1979); vgl. dazu KRAUSE, Family Law in a Nutshell, 3. Aufl., St. Paul 1995, 409ff.; American Law Institute, Principles of Family Dissolution, Analysis and Recommendations (Proposed Final Draft, Feb. 14, 1997), 30ff.; zum Ganzen vgl. SPECTOR, All in the Family – Tort Litigation Comes of Age, 28 Fam. L. Q. 363ff. (1994).

33 Vgl. *Brabec v. Brabec*, 510 NW2d 762 (Wis. 1993); *Sharpe v. Sharpe*, 416 SE2d 215 (S. C. 1992); zum Ganzen vgl. American Law Institute, Principles (Fn. 32), 72ff.

34 Vgl. *Marriage of Cihak*, 416 NE2d 701 (Ill. 1981); *Mosbarger v. Mosbarger*, 547 So2d 188 (Fla. 1989).

Doch nicht allein während der Ehe wird Verschulden unterschiedlich behandelt, es wird auch für die unterhaltsberechtigte Person gewissermassen eine nacheheliche Treupflicht aufgestellt, indem bei Vorliegen eines sogenannten stabilen Konkubinats der Unterhaltsanspruch erlischt bzw. nach neuem Recht jedenfalls sistiert werden kann<sup>35</sup>. Umgekehrt bleibt auch hier auf Seiten des Unterhaltsverpflichteten das Eingehen einer nichteelichen Lebensgemeinschaft ohne unterhaltsrechtliche Konsequenzen. Grundsätzlich kann nicht einmal, wenn sich durch dadurch erfolgte Einsparungen die Leistungsfähigkeit des Verpflichteten erhöht, eine Erhöhung des Unterhaltsbeitrags verlangt werden<sup>36</sup>.

#### b) Ehebedingte Nachteile

Wie steht es nun mit dem Prinzip, dass das Unterhaltsrecht ehebedingte Nachteile auszugleichen hat? Wo wird dieses Argument eingesetzt, und wo sucht man es vergeblich?

Der Frage, ob Nachteile ehebedingt sind oder nicht, begegnet man zunächst bei der Differenzierung des Bundesgerichts zwischen kinderlosen Kurzehen und langen Ehen, an die sich auch das neue Recht anlehnt<sup>37</sup>. Bekanntlich soll bei kurzen Ehen, wozu Ehen bis zu zehn Jahren gerechnet werden können, sofern die eheliche Lebensstellung noch nicht lebensprägend geworden ist, an den vorehelichen und nicht an den höheren ehelichen Lebensstandard anzuknüpfen sein<sup>38</sup>. Mit der umgekehrten Konstellation, dass der eheliche Lebensstandard unter dem vorehelichen lag, hatte es das Bundesgericht nie zu tun; diese wird auch in der Literatur nicht diskutiert.

Dass Nachteile nicht ehebedingt sind, wird auch in Fällen betont, in denen z. B. eine Krankheit schon vorehelich bestand<sup>39</sup>, oder wo es um eine sogenannte Alters-eheliche Personen geht, die beide am Ende ihres Erwerbslebens stehen oder bereits pensioniert sind<sup>40</sup>.

Demgegenüber vermisst man das Argument, dass das Unterhaltsrecht den Ausgleich ehebedingter Nachteile bezweckt, wo es z. B. um die Bedeutung des Verschuldens geht, um den Ausschluss des Unterhalts bei Wiederverheiratung oder sogenann-

35 Vgl. zuletzt BGE 124 III 52, 54 = Pra 1998, 515, 516f.; vgl. dazu auch PraxKomm/SCHWENZLER, Art. 129 ZGB, N 15ff.

36 Dies ist nur möglich unter den Voraussetzungen des Art. 129 Abs. 3, vgl. dazu PraxKomm/SCHWENZLER, Art. 129 ZGB, N 38.

37 Vgl. dazu grundlegend BGE 115 II 6, 8; 109 II 184, 186; KEHL, SJZ 1993, 9, 12 spricht insofern sogar von einem «ehetypenabhängigen Rentenrecht»; ähnlich auch VETTERLI, Scheidungshandbuch, St. Gallen/Lachen 1998; VETTERLI, Über den praktischen Umgang mit Scheidungsrenten, AJP 1994, 929, 931ff.

38 Vgl. BGE 115 II 6, 8.

39 Vgl. BGE 5. 10. 1995, zusammengefasst in ZBJV 1996, 98f.; vgl. auch schon BGE 67 II 2, 5.

40 Vgl. HAUSHEER/SPYCHER (Fn. 29), N 05.80; GEISER, Worin unterschieden sich heute die Renten nach Art. 151 und Art. 152 ZGB?, ZBJV 1993, 339, 350.

ter stabiler nichtehelicher Lebensgemeinschaft oder um eine allfällige Erhöhung des Unterhaltsbeitrags bei nachträglich eintretendem erhöhten Betreuungsbedarf eines Kindes, z. B. infolge eines Unfalls.

Wie das Verschulden wird das Argument des Ausgleichs ehebedingter Nachteile damit oft einseitig eingesetzt, wo es um Abschneidung oder Kürzung von Unterhaltsansprüchen, weniger jedoch wo es um Begründung oder Erhöhung von Unterhaltsansprüchen geht.

#### c) Nacheheliche Solidarität

Quasi spiegelbildlich zum Argument ehebedingter Nachteile wird das Argument nachehelicher Solidarität angeführt.

So wurde im Nationalrat ein Antrag, der den gebührenden Unterhalt, der nach Art. 125 Abs. 1 ZGB geschuldet ist, durch einen Verweis auf Art. 163 ZGB, d. h. den ehelichen Unterhalt, präzisieren wollte, unter Berufung darauf, dass Rechtsgrund des Unterhalts nur die nacheheliche Solidarität sei, zurückgewiesen<sup>41</sup>.

Das Argument findet man vor allem auch in dem Zusammenhang, dass die nacheheliche Solidarität nicht überstrapaziert werden dürfe<sup>42</sup>. Es wird eingesetzt in den sogenannten Mangelfällen, in denen verfügbares Einkommen und Vermögen der Ehegatten nicht ausreichen, um das Existenzminimum beider Ehegatten und allfälliger Kinder zu decken<sup>43</sup>. Hier dürfe, so die Rechtsprechung des Bundesgerichtes, der sich der Gesetzgeber im Rahmen der Scheidungsrechtsrevision angeschlossen hat<sup>44</sup>, nicht in das Existenzminimum des Unterhaltsschuldners eingegriffen werden, der Fehlbetrag sei vielmehr allein vom Unterhaltsgläubiger zu tragen<sup>45</sup>. Dies gilt auch und vor allem in Fällen, wo die Nachteile ehebedingt sind, weil der unterhaltsberechtigten Ehegatte nach Scheidung gemeinsame unmündige Kinder zu betreuen hat und deshalb an der Aufnahme oder dem Ausbau einer Erwerbstätigkeit gehindert ist<sup>46</sup>. In Fällen, in denen Unterhalt aber tatsächlich Ausdruck nachehelicher Solidarität wäre, wie z. B. bei nicht ehebedingter Krankheit oder Arbeitslosigkeit, wird – wie bereits erwähnt – die fehlende Ehebedingtheit in den Vordergrund gestellt und ein Unterhaltsanspruch deshalb verneint<sup>47</sup>.

41 Vgl. AmtBull NR 1997, 2696ff.; die gleiche Forderung wurde auch schon in der Vernehmlassung erhoben, vgl. Zusammenstellung der Vernehmlassungen zur Scheidungsrechtsrevision, Bern 1993, 365, 369; vgl. dazu HAUSHEER, Gesichtspunkte bei der Regelung des ehelichen und nachehelichen Unterhalts, Festschrift A. Koller, Bern 1993, 287ff., 311.

42 So z. B. BR KOLLER, AmtBull NR 1997, 2665 und Votum KÜCHLER, AmtBull StR 1996, 765.

43 Z. B. Amtl. Bull. StR 1998, 325.

44 Vgl. zur wechselhaften Geschichte des Art. 125 Abs. 2<sup>bis</sup>, der eine hälftige Teilung der Unterdeckung vorgesehen hatte, letztlich aber nicht in den Gesetzestext Eingang fand, SCHWENZLER, Ehegattenunterhalt nach Scheidung nach der Revision des Scheidungsrechts, AJP 1999, 167, 172.

45 Vgl. BGE 123 III 1. 3; BGE 121 I 97, 101f.

46 Vgl. BGE 121 III 301, 302.

47 Vgl. dazu oben Fn. 41.

#### d) Clean break-Prinzip

Bemerkenswert ist auch der selektive Einsatz des clean break-Prinzips, nach dem es gilt, die Ehegatten mit der Scheidung endgültig wirtschaftlich auseinanderzusetzen, um weiteren Streit zu vermeiden. Unter Berufung auf das clean break-Prinzip wird eine Teilhabe des unterhaltsberechtigten Ehegatten an nach der Scheidung erfolgter Einkommenssteigerung des Verpflichteten grundsätzlich verneint<sup>48</sup>. Auch das neue Recht sieht für diesen Fall die Möglichkeit nachträglicher Festsetzung oder Erhöhung von Unterhaltsbeiträgen nur in sehr beschränktem Rahmen vor (Art. 129 Abs. 3 ZGB), nämlich nur, wenn im Urteil festgehalten wurde, dass keine zur Deckung des gebührenden Unterhalts ausreichende Rente festgesetzt werden konnte, und auch dies nur während einer Dauer von fünf Jahren ab Scheidung. Haben sich die wirtschaftlichen Verhältnisse der berechtigten Person verschlechtert, ist z. B. erhöhter Betreuungsbedarf für ein gemeinsames Kind eingetreten und kann deshalb eine Erwerbstätigkeit nicht mehr im zum Zeitpunkt der Scheidung anvisierten Umfang ausgeübt werden, bleibt es beim clean break-Prinzip, eine Erhöhung oder nachträgliche Festsetzung von Unterhalt kommt nicht in Betracht<sup>49</sup>.

Umgekehrt wird das clean break-Prinzip nicht bemüht, wo es um eine Verbesserung der wirtschaftlichen Situation des Unterhaltsberechtigten geht. Es erscheint geradezu als selbstverständlich und entspricht altem und neuem Recht, dass eine Verbesserung der wirtschaftlichen Verhältnisse der unterhaltsberechtigten Person jedenfalls dann zu einer Herabsetzung oder Aufhebung der Unterhaltsrente führt, wenn diese den gebührenden Unterhalt abgedeckt hat (Art. 129 Abs. 1 ZGB). Auch einen nachträglichen Vermögensanfall, der mit der Ehesituation in keinerlei Zusammenhang steht, wie z. B. Anfall einer Erbschaft oder unerwarteter Lottogewinn, muss sich der Unterhaltsberechtigte selbst dann auf seinen Anspruch anrechnen lassen, wenn er gemeinsame Kinder betreut und deshalb – ehebedingt – keine Erwerbstätigkeit ausüben kann.

Eine Berufung auf das clean break-Prinzip vermisst man auch, wo es um die Frage des Einflusses der Wiederverheiratung oder des Eingehens einer stabilen nichtehelichen Lebensgemeinschaft auf den Unterhaltsanspruch geht. Die bundesrätliche Vorlage hatte hier den mutigen Schritt unternommen vorzuschlagen, dass die Wiederverheiratung jedenfalls dann nicht zum automatischen Erlöschen der Unterhaltspflicht führt, wenn die Rente zur beruflichen Eingliederung oder wegen Kinderbetreuung zugesprochen wurde<sup>50</sup>. Da die entsprechenden Kosten als direkte Folge der in der ersten Ehe gewählten Aufgabenteilung anfallen, für die die zahlungspflicht-

48 Vgl. BR KOLLER, AmtBull NR 1997, 2665 und Votum KÜCHLER, AmtBull StR 1996, 765; Botschaft Scheidungsrecht, 120 f.; HINDERLING/STECK (Fn. 6), 397 Fn. 41; kritisch SPYCHER (Fn. 6), 305.

49 Vgl. Botschaft Scheidungsrecht, 120, Fn. 372; dazu PraxKomm/SCHWENZLER, Art. 129 ZGB, N 39.

50 Vgl. Art. 130 Abs. 2 Vorentwurf ZGB; zustimmend WERRO, L'entretien de l'époux après le divorce, ZSR 1996 I, 365, 384.

tige Person mitverantwortlich ist, sei nicht einzusehen, warum der neue Ehegatte diese Kosten übernehmen sollte<sup>51</sup>. Diese Lösung der bundesrätlichen Vorlage hätte sowohl einen Ausgleich ehedingter Nachteile als auch eine Verwirklichung des clean break-Prinzips dargestellt. Allein diesem Vorschlag war im Parlament kein Erfolg beschieden. Die Begründung lautete: «Wir wollen eine klare Regelung, eine Absehbarkeit der Verhältnisse für die Beteiligten. Wer sich für einen neuen Partner entscheidet, der soll sich endgültig vom alten verabschieden. Allfällige Verpflichtungen sind damit aufzuheben. Man kann nicht den Fünftel und das Weggli bzw. die neue Frau und das Geld der alten haben!»<sup>52</sup> Ob dieses Argument juristisch stichhaltig ist, sei dahingestellt.

#### e) Status oder Realbeziehung

Ein letztes Beispiel aus dem Unterhaltsrecht sei hier angeführt. Es geht um die Frage, inwieweit heute noch institutionelles Denken das Mass des Unterhalts beeinflusst, vor allem, ob es auf die Dauer des Bestehens des rechtlichen Ehebandes oder des faktischen Zusammenlebens der Ehegatten ankommt. Rechtsvergleichend betrachtet werden insoweit unterschiedliche Ansatzpunkte vertreten. Die deutsche Rechtsprechung ist eher einem institutionellen Denken verpflichtet und hat Ehen auch dann als lang eingestuft, wenn die Ehegatten nur wenige Monate zusammengelebt hatten, die Scheidung aber erst nach zwanzig Jahren erfolgte<sup>53</sup>. Demgegenüber stellt vor allem die englische Rechtsprechung auf die Realbeziehung, d. h. auf die Zeit des tatsächlichen Zusammenlebens ab, auch wenn es vor Eheschluss lag<sup>54</sup>.

Noch unter altem Recht hatte auch das Bundesgericht wiederholt Gelegenheit, zu dieser Frage Stellung zu nehmen. So wurde eine Frau nach dreissigjähriger Ehe darauf verwiesen, dass sie während der der Scheidung vorangegangenen zehnjährigen Trennungszeit für sich selbst gesorgt habe und deshalb Unterhalt entsprechend den ehelichen Lebensverhältnissen nicht verlangen könne<sup>55</sup>. Auch in anderen Fällen wurde die lange Dauer einer faktischen Trennung als massgeblich erachtet, um Unterhaltsansprüche auszuschliessen bzw. zu kürzen<sup>56</sup>. Dieses Abrücken von institutionellem Denken und vorrangigem Anknüpfen an die Faktizität lässt erwarten, dass wie in England – auch vorehelichem Zusammenleben, insbesondere wenn es infolge Haushalts- und Kinderbetreuung zu gemeinschaftsbedingten Nachteilen geführt hat, bei der Gewährung eines Unterhaltsbeitrags Bedeutung zuzumessen ist. Hier hat freilich wiederum der Gesetzgeber einen Riegel vorgeschoben, indem einem Antrag

51 Vgl. Botschaft Scheidungsrecht, 121.

52 Vgl. Votum BAUMANN, AmtlBull NR 1997, 2710.

53 So z. B. BGH in FamRZ 1986, 886, 888.

54 Vgl. *Hewitson v. Hewitson*, [1995] 1 F. L. R. 241.

55 Vgl. BGE 121 III 201, 202

56 Vgl. BGE 115 II 6, 14.

im Nationalrat, statt auf die Dauer der Ehe generell auf die Dauer der Lebensgemeinschaft abzustellen, kein Erfolg beschieden war<sup>57</sup>. Man darf gespannt sein, wie die unterschiedliche Gewichtung, Faktizität im Hinblick auf das Ende der Ehedauer, institutionelles Denken im Hinblick auf deren Beginn, unter dem neuen Recht zur Kongruenz gebracht wird.

#### f) Zwischenbilanz

Zieht man eine kurze Zwischenbilanz zum Unterhaltsrecht, so ergibt sich folgendes: Bislang wurde immer geschlechtsneutral von der unterhaltsberechtigten und der unterhaltsverpflichteten Person gesprochen. Allgemein bekannt ist freilich, dass dies nicht der Realität entspricht. Denn unterhaltsberechtigt sind Frauen, unterhaltsverpflichtet Männer. Im Jahre 1997 waren lediglich 0,7 % aller Unterhaltsberechtigten nach Scheidung männlichen Geschlechts<sup>58</sup>.

Angesichts des selektiven Einsatzes von Argumenten, die immer gerade dort benutzt werden, wo es um Ausschluss oder Kürzung von Unterhalt geht, erstaunen auch weitere Fakten nicht: dass nämlich weit weniger als die Hälfte aller Frauen nach Scheidung überhaupt Unterhalt erhalten<sup>59</sup> und dieser im Regelfall einen Betrag von Fr. 1'000.– nicht übersteigt und zeitlich befristet ist<sup>60</sup>. Für Frauen ist das Risiko, nach Scheidung unterhalb der Armutsgrenze leben zu müssen, dementsprechend doppelt so hoch wie für Männer<sup>61</sup>. Ein Schein, der Böses dabei denkt.

### IV. Güterrecht und Vorsorgeausgleich

Völlig anders als im Unterhaltsrecht sieht die Situation im Güterrecht und im Bereich des Vorsorgeausgleichs, wie er mit der Revision des Scheidungsrechtes geschaffen wurde, aus. Der gesetzliche Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung wurde damit begründet, dass jeder Ehegatte gleichmässig zum gemeinsamen Wohlstand beigetragen hat und deshalb hälftig an den Früchten zu beteiligen sei<sup>62</sup>. Die Rechtsfertigung für den Vorsorgeausgleich wird im Ausgleich der aufgrund der während der Ehe erfolgten Aufgabenteilung erlittenen vorsorgerechtlichen Nachteile erblickt<sup>63</sup>.

57 Vgl. Vgl. AmtlBull NR 1997, 2696ff.

58 Vgl. Bundesamt für Statistik, Statistik für das Jahr 1998, Tabelle 6. 01 701.

59 Genau sind es 42 %; vgl. Bundesamt für Statistik, Statistik für das Jahr 1998, Tabelle 6. 01 701.

60 Vgl. BINKERT/WYSS (Fn. 3), 166; Bundesamt für Statistik, Statistik für das Jahr 1998, Tabelle 6. 01 704.

61 Vgl. LEU/BURRI/PRIESTER, Lebensqualität und Armut in der Schweiz, Bern 1997, 129.

62 Vgl. Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Wirkungen der Ehe im allgemeinen, Ehegüterrecht und Erbrecht) vom 11. Juli 1979, BBl 1979 II, 1191ff., 1321.

63 Vgl. Botschaft Scheidungsrecht, 99f.; PraxKomm/BAUMANN/LAUTERBURG, Vorbem. zu Art. 122-124, N 7.

Während der gesetzliche Güterstand von den Ehegatten abgewandelt oder durch Ehevertrag beispielsweise durch jenen der Gütertrennung ersetzt werden, mithin die güterrechtliche Ordnung den jeweiligen Lebensumständen angepasst werden kann, ist der Vorsorgeausgleich grundsätzlich der Disposition der Parteien entzogen<sup>64</sup>. Dies gilt auch dann, wenn wie in einer echten Doppelverdienerhe kein Ehegatte durch die Gemeinschaft bedingte vorsorgerechtliche Defizite zu verzeichnen hat. Da weder der güterrechtliche noch der vorsorgerechtliche Ausgleich mit einer Billigkeitsklausel versehen ist, ist es auch den Gerichten verwehrt, atypischen Fallkonstellationen durch Ausschluss oder Kürzung des Ausgleichs im Einzelfall Rechnung zu tragen.

Wo mithin das Unterhaltsrecht oftmals hinter dem Ausgleich ehebedingter Nachteile zurückbleibt, gehen Güterrecht und Vorsorgeausgleich zuweilen darüber hinaus und führen zu einer Nivellierung nicht ehebedingter Vermögens- oder Vorsorgeunterschiede. Insoweit wird auch hier das Motto, wie es von manchen für das neue Scheidungsrecht postuliert wird, «wie verheiratet so geschieden»<sup>65</sup> mangels ausreichender Differenzierungsmöglichkeiten nicht in jedem Fall verwirklicht. Der Gesetzgeber geht in diesen Bereichen vielmehr von der tradierten Hausfrauenehe aus, ohne abweichenden Fallgestaltungen Raum zu bieten.

## V. Das Kindesrecht

Schliesslich soll noch ein kurzer Blick auf das Kindesrecht geworfen werden. Ist es dort besser um die Konsistenz des Familienrechts bestellt?

Das gesamte Kindesrecht steht unter dem Primat des Kindeswohls, dessen optimale Verwirklichung auch die UNKRK den Mitgliedstaaten, zu denen inzwischen auch die Schweiz gehört<sup>66</sup>, aufgibt. Soviel zur Ausgangslage und nun zu den Details.

### 1. Nichteheliche Kinder

Der strenge Dualismus zwischen ehelichem und nichtehelichem Kindschaftsrecht wurde bekanntlich mit der Kindesrechtsrevision aus dem Jahre 1976 abgeschafft, und – so das erklärte Ziel der Revision<sup>67</sup> – ein einheitliches Kindesrecht geschaffen. Dennoch verbleiben wesentliche Unterschiede.

Gravierende Unterschiede bestehen zwischen ehelichen und nichtehelichen Kindern in der Frage der Anfechtung der Vaterschaft. Hier gibt es sogar drei Klassen von Kindern: Das eheliche Kind, das durch nachträgliche Heirat der Eltern legitimierte Kind und das nichteheliche Kind. Während die Vaterschaft des Ehemannes grundsätzlich nur von ihm selbst und – allerdings nur unter sehr eingeschränkten Voraussetzungen – vom Kind angefochten werden kann (Art. 256 Abs. 1 ZGB), treten beim durch nachträgliche Ehe legitimierten Kind als Anfechtungsberechtigte die Mutter und die Heimat- und Wohnsitzgemeinde des Ehemannes hinzu (Art. 259 Abs. 2 ZGB). Die Anerkennung eines nichtehelichen Kindes kann dagegen von jedermann, der ein Interesse daran hat, angefochten werden (Art. 260a Abs. 1 ZGB).

Aus Gründen des Kindeswohls kann diese unterschiedliche Ausgestaltung der Vaterschaftsanfechtung nicht gerechtfertigt werden. Die geltende Regelung ist vielmehr einerseits beim ehelichen Kind geprägt vom Schutz der Ehe und andererseits beim nichtehelichen Kind vom Schutz der Interessen anderer Personen und des Staates. Die legitimen Interessen des Kindes an der Aufrechterhaltung einer gewachsenen Eltern-Kind-Beziehung werden dagegen beim nichtehelichen Kind völlig hintenangelassen.

### 2. Elterliche Sorge

Zum Thema elterliche Gewalt – neu nun endlich elterliche Sorge. Grundsätzlich geht man davon aus, dass die Eltern am besten geeignet sind, das Kindeswohl zu verwirklichen. Der Staat soll und darf erst bei einer Kindeswohlgefährdung im Wege von Kinderschutzmassnahmen eingreifen<sup>68</sup>.

Dieses Prinzip gilt uneingeschränkt für verheiratete Eltern. Mit Geburt des Kindes steht ihnen die elterliche Sorge gemeinsam zu. Sie dauert fort unabhängig davon, ob die Eltern sich vielleicht schon längst getrennt haben oder ob sie in der Lage sind, zum Wohle des Kindes zu kooperieren. Die Situation ändert sich schlagartig mit der Scheidung. Zwar wird durch das neue Scheidungsrecht nun auch in der Schweiz die Möglichkeit nach Scheidung fortbestehender gemeinsamer Elternverantwortung eröffnet, dies jedoch nur, wenn sich das Gericht von der Kindeswohlgeeignetheit dieser Sorgerechtsform positiv überzeugt hat<sup>69</sup>. Die Scheidung der Elternehe – und nicht etwa die Trennung, die nach psychologischen Untersuchungen die weitaus grössere Belastung für die Kinder darstellt – wird damit nach wie vor gleichgestellt mit einer Gefährdung des Kindeswohls. Dies im Unterschied zu vielen ausländischen Staaten, die inzwischen die Staatsintervention bezüglich der elterlichen Sorge bei Scheidung

64 Vgl. Botschaft Scheidungsrecht, 104.

65 Vgl. HAUSHEER, ZBJV 1999, 1, 3.

66 Übereinkommen vom 20. November 1989 über die Rechte des Kindes (SR 0.107), für die Schweiz in kraft seit dem 26. März 1997, vgl. dazu SCHWENZLER, AJP 1994, 817ff.

67 Vgl. Botschaft des Bundesrates über die Änderung des ZGB (Kindesverhältnis) vom 5. Juni 1974, BBl 1974 II 1ff., 9ff.

68 Vgl. dazu BaslerKomm/SCHWENZLER, Art. 307 ZGB, N 4ff.

69 Vgl. Art. 133 Abs. 3 ZGB, vgl. dazu PraxKomm/Winkz., Art. 133 ZGB, N 26f.



abgeschafft haben und vom Fortbestand gemeinsamer elterlicher Sorge ausgehen, es sei denn ein Elternteil oder das Kind beantragte die Alleinsorge<sup>70</sup>.

Auch in nichtehelicher Geburt sieht der Gesetzgeber eine automatische Kindeswohlgefährdung. So kennt das Schweizer Recht – als mittlerweile letzte Rechtsordnung – immer noch die Ausserehelichenbeistandschaft (Art. 309 ZGB). Nicht miteinander verheiratete Eltern können zwar seit der Revision die gemeinsame elterliche Sorge erhalten, dies jedoch ebenfalls nur bei Einhaltung der auch für geschiedene Eltern aufgestellten strengen Voraussetzungen<sup>71</sup>, während in der überwiegenden Zahl der ausländischen Staaten gemeinsame elterliche Sorge auch in diesem Fall zum Teil bereits automatisch oder doch lediglich auf gemeinsamen – nicht zu überprüfenden – Antrag hin eintritt<sup>72</sup>.

Vordergründig wird auch im Sorgerecht das Kindeswohl zur Begründung herangezogen. In der Sache kann aber kaum ein Zweifel daran bestehen, dass hier institutionelles Denken, das das Bestehen eines formalen Ehebandes als einzigen Garant für die Verwirklichung des Kindeswohls betrachtet, vorherrscht.

## VI. Das Vorverständnis im Familienrecht

Wie kommt es zu diesen Verwerfungen im Familienrecht? Warum gelingt es heute nicht mehr, im Familienrecht jene dogmatische Stringenz zu erreichen, die aus anderen Rechtsbereichen vertraut ist und die für viele den Kern juristischer Arbeit darstellt?

Der Grund kann meines Erachtens nur im jeweiligen Vorverständnis der am Rechtssetzungs- und Rechtsfindungsprozess beteiligten Personen gefunden werden<sup>73</sup>. Wie wohl kein anderes Rechtsgebiet ist das Familienrecht emotional befrachtet, auch wenn wir dies als Juristen oft zu leugnen versuchen. Während uns viele Rechtsfragen des Obligationenrechtes persönlich nicht oder nur marginal tangieren, sind wir alle Kinder unserer Eltern, die meisten von uns sind selbst Eltern und verheiratet oder leben jedenfalls in einer Partnerschaft. Wir alle haben deshalb – wie alle Bürger unserer Gesellschaft – vorjuristisch geprägte Wertvorstellungen von Partnerschaft und Familie und sind von den Rechtsregeln, die wir mittragen, mehr oder we-

70 So u. a. in Deutschland (§ 1671 BGB), England (Sec. 2 (1) Children Act), Frankreich (Art. 371 Abs. 1 Code Civil), Belgien (Art. 302 und 387bis Code Civil), und Schweden (Kap. 6 Abs. 5 Ehegesetz).

71 Vgl. Art. 298a ZGB, vgl. dazu PraxKomm/Wirz, Art. 298a ZGB, N 4ff.

72 U. a. Deutschland (§ 1626 a-e BGB), England (Sec. 4 (1)(b), (2) Children Act), Frankreich (Art. 374 Abs. 2 Code Civil).

73 Zum Vorverständnis in der Rechtsfindung im Allgemeinen vgl. KRAMER, Juristische Methodenlehre, Bern 1999, 219ff.

niger unmittelbar selbst betroffen. Dieses Vorverständnis ist nun freilich einem beständigen Wandel ausgesetzt.

Zu Beginn dieses Jahrhunderts war die Situation noch recht klar, war ein gesellschaftlicher Konsens in Bezug auf Ehe und Familie vorhanden: Die Institution der Ehe stand im Vordergrund und diese galt es zu schützen. Andere Interessen hatten sich diesem Schutz unterzuordnen. Dementsprechend konnte auch im Familienrecht ein klares, in sich schlüssiges Konzept durchgesetzt werden. Heute haben sich die gesellschaftlichen Rahmenbedingungen und damit auch das Vorverständnis gewandelt. Wie eine im Jahre 1997 vorgelegte Studie über die instanzgerichtliche Scheidungspraxis in der Deutschschweiz nachweisen konnte, können heute gewissermassen drei Lager unterschieden werden: diejenigen, die sich nach wie vor dem institutionellen Denken verpflichtet fühlen, diejenigen, die von der völligen formalen Gleichstellung von Frau und Mann und bereits heute wirklicher Chancengleichheit ausgehen, und schliesslich diejenigen, die ausgehend von einem materiellen Gleichheitskonzept mit dem Familienrecht kompensatorische Zwecke verfolgen<sup>74</sup>. Entsprechende Lager sind auch anhand der parlamentarischen Debatte ohne weiteres in den Reihen des Gesetzgebers auszumachen. Dementsprechend lassen sich die oben untersuchten Argumente ohne weiteres der einen oder anderen Konzeption des Familienrechts zuordnen, die fehlende Stringenz und die Widersprüchlichkeit wird damit erklärbar und verständlich.

Was Not tut im Familienrecht, ist die Rückbesinnung auf eine saubere zivilrechtliche Denkweise. Dazu gehört zunächst, dass Vorverständnisse – um nicht zu sagen – Vorurteile offen gelegt werden. Sodann gilt es zu einem neuen Konsens darüber zu gelangen, was die Aufgabe des Familienrechts in unserer heutigen Zeit sein soll. Die Diskussion hierüber wurde in der Schweiz bislang noch nicht einmal begonnen. Wenn diese beiden Stufen gemeistert sind, wird es ein Leichtes sein, darauf ein tragfähiges und kohärentes juristisches Gebäude zu errichten.

**Zusammenfassung:** *Im vorliegenden Aufsatz geht die Autorin der Frage nach, inwiefern weit sich im Familienrecht – wie dies im Obligationenrecht der Fall ist – eine gewisse Konsistenz und nachvollziehbare juristische Argumentation finden lässt. Dafür wird, ausgehend vom Rechtsverständnis zu Beginn dieses Jahrhunderts, hintereinander die Entwicklung der Scheidungsgründe, des Unterhaltsrechts, des Güterrechts und des Vorsorgeausgleichs sowie des Kindesrechts betrachtet. Am Ende kommt die Autorin zum Schluss, dass von einem konsistenten System keine Rede sein kann; Grund dafür*

74 BINKERT/WYSS (Fn. 3), 26ff.

ist das Vorverständnis der am Rechssetzungs- und Rechtsfindungsprozess beteiligten Personen. Erst wenn dieses Vorverständnis offengelegt und über die Aufgabe des Familienrechts ein neuer Konsens gefunden worden ist, kann auch im Familienrecht ein einheitliches Denken wieder stattfinden.

**Résumé:** Dans cet article, l'auteur se demande dans quelle mesure la cohérence et la compréhensibilité de l'argumentation juridique – qui caractérisent le droit des obligations – se retrouvent également en droit de la famille. Afin de répondre à cette question, l'auteur considère, à partir de la conception du droit qui régnait au début du siècle actuel, dans l'ordre, l'évolution des motifs de divorce, des obligations alimentaires, du régime matrimonial et du partage de la prévoyance ainsi que des droits de l'enfant. L'auteur en déduit finalement qu'il ne s'agit pas d'un système cohérent. Cela est dû à l'état d'esprit de ceux qui sont impliqués dans le processus de législation et de juridiction. Pour qu'une conception unitaire soit concevable également pour le droit de la famille, il faut d'abord prendre conscience de cet état d'esprit et qu'une nouvelle entente soit trouvée sur ce qu'est le but du droit de la famille.