



MODERNISIERUNG DES FAMILIENRECHTS

Bericht des Bundesrates
zum Postulat Fehr (12.3607)

März 2015

Inhaltsverzeichnis

1	Auftrag	5
1.1	Das Postulat Fehr (12.3607)	5
1.1.1	Wortlaut des Postulats	5
1.1.2	Behandlung des Postulats	5
1.1.3	Externe Gutachten	5
1.1.4	Tagung zur Modernisierung des Familienrechts	6
1.2	Ziel des vorliegenden Berichts	6
2	Ausgangslage.....	7
2.1	Die Familie einst und heute.....	7
2.1.1	Der Wandel des traditionellen Familienbildes	7
2.1.2	Die gesellschaftspolitische Entwicklung und die Rolle der Frau	7
2.1.3	Vereinbarkeit von Familie und Beruf	8
2.2	Der Einfluss der EMRK auf das Familienrecht	8
2.2.1	Allgemeines	8
2.2.2	Das Diskriminierungsverbot.....	9
2.3	Entwicklungen im Ausland	11
2.3.1	Allgemeines	11
2.3.2	Gleichgeschlechtliche Partnerschaften	11
2.3.3	Faktische Lebensgemeinschaften	11
2.3.4	Eltern-Kind-Verhältnis	12
3	Herausforderungen und Leitlinien eines modernen Familienrechts	13
3.1	Wandel	13
3.2	Erfolgte oder eingeleitete rechtliche Anpassungen	13
3.3	Lebensbeziehungen unter Erwachsenen	14
3.3.1	Drei Leitprinzipien	14
3.3.2	Die Freiheit der Lebensgestaltung	15
3.3.3	Die Verantwortung für getroffene Lebensentscheide	15
3.3.4	Verfassungsmässiges Recht auf Ehe und Familie.....	16
3.4	Kindesrecht	16
3.4.1	Drei Leitprinzipien	16
3.4.2	Das Kindeswohl	16
3.4.3	Die Gleichbehandlung von Kindern verheirateter und nicht verheirateter Eltern	17
3.4.4	Die Anerkennung des Kindes als selbständiges Rechtssubjekt	17
3.5	Erbrecht	18
3.6	Wertungswidersprüche müssen vermieden werden	18
3.6.1	Allgemeines	18
3.6.2	Kohärenz bei den Staatsverträgen	18
3.6.3	Internationales Privatrecht	19
3.6.4	Internationales Zivilprozessrecht	20
4	Lebensbeziehungen unter Erwachsenen	21
4.1	Die Bedeutung der Ehe.....	21
4.2	Die eingetragene Partnerschaft.....	21
4.2.1	Allgemeines	21
4.2.2	Die verfassungsmässigen Garantien	21
4.2.3	Verhältnis der eingetragenen Partnerschaften zur Ehe	22
4.3	Im Ausland geschlossene Ehen und ähnliche Institute.....	22
4.3.1	Anerkennung ausländischer Ehen gleichgeschlechtlicher Partner	22
4.3.2	Anerkennung ausländischer eingetragener Partnerschaften gemischtgeschlechtlicher Partner	23

4.3.3	Keine Anerkennung polygamer Ehen – aber Rechtsschutz für Frauen und Kinder	24
4.3.4	Anerkennung von Eheschliessungen mit Minderjährigen	24
4.3.5	Stellvertreterehen	25
4.3.6	Anerkennung rein vertraglicher oder faktischer Lebensgemeinschaften	25
4.3.7	Würdigung.....	25
4.4	Die faktische Lebensgemeinschaft	25
4.4.1	Allgemeines	25
4.4.2	Rechtsvergleichung	26
4.4.3	Grundsätzliche Überlegungen	27
4.4.4	Wann liegt eine faktische Lebenspartnerschaft vor?	27
4.4.5	Analoge Anwendung der eherechtlichen Bestimmungen auf die faktische Lebenspartnerschaft?.....	28
4.4.6	<i>Opt-in</i> oder <i>opt-out</i> -Modell?.....	29
4.4.7	Exkurs: Der <i>Pacte civil de solidarité (PACS)</i> nach französischem Recht.....	29
4.4.8	Würdigung.....	31
4.5	Die Zivilstandsbezeichnungen	33
4.5.1	Allgemeines	33
4.5.2	Funktion der Zivilstände	33
4.5.3	Würdigung.....	34
4.6	Namensrecht	34
4.6.1	Allgemeines	35
4.6.2	Würdigung.....	35
5	Kindesrecht	35
5.1	Allgemeines	35
5.2	Elterliche Sorge	36
5.2.1	Grundsätze der geltenden Regelung	36
5.2.2	Elterliche Sorge für Drittpersonen (insbesondere für Stiefeltern)?	37
5.2.3	Würdigung.....	37
5.3	Mutterschaft	37
5.3.1	Der Grundsatz <i>mater semper certa est</i>	38
5.3.2	Entwicklungen der Fortpflanzungsmedizin.....	38
5.3.3	Würdigung.....	38
5.4	Vaterschaft	38
5.4.1	Begründung der Vaterschaft.....	38
5.4.2	Geltende Rechtslage	39
5.4.3	Biologische Tatsachen und Rechtsverhältnisse.....	39
5.4.4	Würdigung.....	40
5.5	Auflösung des Kindesverhältnisses	40
5.6	Die Leihmutterschaft und die Eizellenspende	41
5.6.1	Allgemeines	41
5.6.2	Ausländische Leihmutterschaften	42
5.6.3	Würdigung.....	43
5.7	Adoption	43
5.7.1	Allgemeines	43
5.7.2	Die laufende Revision der Adoptionsvoraussetzungen	44
5.7.3	Weitere Revisionsanliegen für die Zukunft.....	45
6	Finanzielle Fragen	45
6.1	Allgemeines	45
6.1.1	Familienarmut	46
6.2	Unterhalt bei Scheidung	46
6.2.1	Grundsatz: <i>clean break</i>	47

6.2.2	Ausnahme: Unterhaltsansprüche nach Scheidung oder Auflösung einer eingetragenen Partnerschaft	47
6.2.3	Umgang mit Mankofällen bei Scheidung	47
6.2.4	Würdigung.....	48
6.3	Unterhaltsanspruch des Kindes	49
6.3.1	Allgemeines	49
6.3.2	Ausgestaltung des Kindesunterhalts gemäss dem Entwurf des Bundesrates	49
6.3.3	Mindestunterhalt für Kinder	50
6.3.4	Bekämpfung der Kinderarmut.....	50
6.3.5	Würdigung.....	51
6.4	Das Güterrecht in der Ehe	51
6.4.1	Der gesetzliche Güterstand in der Ehe	51
6.4.2	Die gewillkürten Güterstände in der Ehe	52
6.4.3	Wechsel des gesetzlichen Güterstandes?	52
6.4.4	Würdigung.....	52
6.5	Der Vorsorgeausgleich unter Ehegatten und eingetragenen Partnerinnen und Partnern	53
6.5.1	Allgemeines	53
6.5.2	Anlass für die laufende Revision	54
6.5.3	Grundsätze der Revisionsvorlage	54
6.5.4	Ausgleich von Vorsorgeansprüchen unter faktischen Lebenspartnern?	55
6.5.5	Zukunft des Wohneigentumsvorbezugs	55
7	Erbrecht	56
8	Modernisierung ausserhalb des materiellen Familienrechts	56
8.1	Verflechtung verschiedener Rechtsgebiete	56
8.2	Übersicht zu den sozialversicherungsrechtlichen Leistungen.....	57
8.3	Schnittstellen zum Steuerrecht	58
8.4	Verfahrensfragen.....	60
9	Gesamtwürdigung	60

1 Auftrag

1.1 Das Postulat Fehr (12.3607)

1.1.1 Wortlaut des Postulats

Das Postulat 12.3607 Fehr «Zeitgemässes kohärentes Zivil- und insbesondere Familienrecht» wurde am 15. Juni 2012 mit folgendem Wortlaut eingereicht:

«Der Bundesrat wird beauftragt, in einem Bericht darzulegen, wie unsere rechtlichen – in erster Linie zivil- und insbesondere familienrechtlichen – Grundlagen den heutigen und künftigen gesellschaftlichen Bedingungen angepasst werden können. Dabei ist insbesondere den neuen Familienformen, wie beispielsweise der steigenden Anzahl von Konkubinatspaaren im Alter, der Zunahme an binationalen Ehen sowie dem Grundsatz der Gleichberechtigung der unterschiedlichen Lebensformen Rechnung zu tragen.»

Die Begründung lautet:

«Die persönliche Freiheit ist in unserer Gesellschaft ein hohes Gut. Dies drückt sich u. a. in den verschiedenen Lebensformen aus, die sich in den letzten Jahren herausgebildet haben. Dieser Realität wird unser Recht jedoch nicht mehr in allen Teilen gerecht. So hat ein langjähriger Lebenspartner heute nicht das Recht, seine verunfallte Partnerin auf der Intensivstation zu besuchen oder Verfügungen zu unterzeichnen. Ebenso wenig sind Konkubinatspaare erbrechtlich den Ehepaaren gleichgestellt. Einige offene Fragen gibt es zudem nach wie vor bei anderen Zusammenlebensformen (z.B. bei gleichgeschlechtlichen Paaren).

Vor rund dreissig Jahren wurde mit dem neuen Eherecht das Familienrecht grundlegend neu ausgestaltet. Seither konnten einige weitere Reformen erfolgreich über die Bühne gebracht werden, so beispielsweise das Namensrecht oder das Partnerschaftsgesetz. Um diesen Weg zielgerichtet mit Blick auf ein kohärentes und zeitgemässes Zivilrecht gehen zu können, sollen zuerst in einem Bericht ein Überblick geschaffen und mögliche Reformprojekte skizziert werden.

Es soll jedoch kein ‚Schubladen-Bericht‘ erstellt werden. Deshalb soll von Anfang an der Dialog mit Akteuren unserer vielfältigen Gesellschaft (Zivilgesellschaft, Politik, Religion, Wissenschaft, Kultur und Wirtschaft) gesucht werden.»

1.1.2 Behandlung des Postulats

Der Bundesrat beantragte am 29. August 2012 die Annahme des Postulats. Am 14. Dezember 2012 wurde es vom Nationalrat mit 102 zu 88 Stimmen überwiesen.¹ Mit dem vorliegenden Bericht erfüllt der Bundesrat den Auftrag des Parlaments.

1.1.3 Externe Gutachten

Im Rahmen der vorbereitenden Arbeiten zum vorliegenden Bericht gab das Bundesamt für Justiz drei externe Gutachten in Auftrag: Frau Prof. Schwenzer von der Universität Basel wurde gebeten, im Lichte der gesellschaftlichen Veränderungen ihre Sicht eines zeitgemässen kohärenten Zivil- und insbesondere Familienrechts darzulegen.² Das Schweizerische

¹ Amtl Bull 2012 N 2247.

² INGEBORG SCHWENZER, Familienrecht und gesellschaftliche Veränderungen, Gutachten zum Postulat 12.3607 Fehr «Zeitgemässes kohärentes Zivil- und insbesondere Familienrecht», August 2013, publiziert auf der Website des Bundesamtes für

Institut für Rechtsvergleichung in Lausanne wurde ersucht, die aktuellen Rechtsentwicklungen im Familien- und teilweise auch im Erbrecht in den Nachbarstaaten aufzuzeigen sowie rechtsvergleichende Trends herauszuarbeiten. Dabei sollte bewusst auf eine umfassende Darstellung des Familien- und Erbrechts zugunsten von *interessanten Schwerpunkten* verzichtet werden.³ Schliesslich wurde Herr Prof. Schwander von der Universität St. Gallen gebeten, die denk- und wünschbaren Neuerungen aus internationalprivatrechtlicher Sicht darzustellen.⁴

Der vorliegende Bericht reflektiert die jüngsten Gesetzesrevisionen und die hängigen Gesetzgebungsarbeiten im Bereich des schweizerischen Familien- und Erbrechts. Bereits in diesen Arbeiten lassen sich mehr oder weniger deutliche Entwicklungstendenzen erkennen. Die darauf aufbauenden, im vorliegenden Bericht skizzierten Ideen für eine weitere Modernisierung basieren zu einem wesentlichen Teil auf Erkenntnissen und Vorschlägen aus den drei externen Gutachten.

1.1.4 Tagung zur Modernisierung des Familienrechts

Das Postulat verpflichtet den Bundesrat, seine Vorstellungen über die Modernisierung des Familienrechts mit Kreisen der Zivilgesellschaft, Politik, Religion, Wissenschaft und Kultur zu diskutieren. An einer öffentlichen Tagung an der Universität Freiburg, die am 24. Juni 2014 stattfand, nahmen mehr als 400 Personen teil und diskutierten in einer offenen Aussprache verschiedene Modernisierungsmodelle.⁵ Dabei wurden teilweise kontroverse Positionen vorgebracht: Während verschiedene Rednerinnen und Redner die Ehe als Statusbeziehung nach wie vor als einziges rechtlich besonders zu normierendes Modell betrachteten, plädierten andere für eine Gleichstellung faktischer Lebensgemeinschaften mit ehelichen Gemeinschaften. Von den Teilnehmenden, die eine Öffnung des Familienrechts wünschten, wurde durchwegs die grosse Bedeutung sozialversicherungs- und steuerrechtlicher Aspekte betont: Es gehe nicht an, über eine Modernisierung des Familienrechts nachzudenken, ohne diese vielfältigen und komplexen Querbezüge zu berücksichtigen.

1.2 Ziel des vorliegenden Berichts

Mit dem vorliegenden Bericht unterbreitet der Bundesrat dem Parlament eine Auslegeordnung über die Ziele und den aktuellen Stand einer Modernisierung des Familienrechts. Der Bundesrat ist sich bewusst, dass viele der im Bericht angesprochenen Themen politisch sehr umstritten sind und in hohem Mass von gesellschaftlichen Wertungen abhängen. Aus diesem Grund präsentiert er im vorliegenden Bericht kein Gesamtmodell eines modernen Familienrechts, sondern beschränkt sich darauf, die wichtigen Fragen, die sich heute und in den nächsten Jahren für die Gesellschaft und die Politik stellen und stellen werden, zu umschreiben und auf diese Weise auch die notwendige Diskussion zu lancieren.

Justiz (BJ): [www.bj.admin.ch/Veranstaltungen>Zukunft des Familienrechts sowie in Fampra.ch 2014](http://www.bj.admin.ch/Veranstaltungen/Zukunft%20des%20Familienrechts%20sowie%20in%20Fampra.ch%202014), 966 ff. (nachfolgend: Gutachten SCHWENZER).

³ Schweizerisches Institut für Rechtsvergleichung, Gutachten zur Modernisierung des Familienrechts in der Schweiz, Lausanne, September 2013, publiziert auf der Website des BJ (Fn. 2) (nachfolgend: Gutachten SIR).

⁴ IVO SCHWANDER, Gutachten zu Fragen des Internationalen Privat- und des Internationalen Zivilprozessrechts im Zusammenhang mit der Modernisierung des Familienrechts, Oktober 2013, ergänzt am 3. April 2014, publiziert auf der Website des BJ (Fn. 2) (nachfolgend: Gutachten SCHWANDER).

⁵ Die Unterlagen zur Tagung sind publiziert auf der Website des BJ (Fn. 2). Die einzelnen Referate sind publiziert in Fampra.ch 2014, 779 ff.

2 Ausgangslage

2.1 Die Familie einst und heute

Seit dem Erlass des ZGB hat sich die Rolle der Frau in der Gesellschaft tiefgreifend gewandelt. Die Familie nach dem Bild des ZGB entspricht nach wie vor einer verbreiteten Realität. Wesentliche Teile der Bevölkerung leben heute aber ausserhalb dieser Rechtsnormen und den darin zum Ausdruck kommenden Vorstellungen.

2.1.1 Der Wandel des traditionellen Familienbildes

Das Schweizerische Zivilgesetzbuch von 1907 (ZGB)⁶ hat mehrere Jahrzehnte lang hervorragende Dienste geleistet und den gesellschaftlichen Wandel ausserordentlich geschmeidig auffangen können. Gemessen an den Lebensbedingungen zum Zeitpunkt der Verabschiedung eines einheitlichen Zivilrechts zu Beginn des zwanzigsten Jahrhunderts hat seit 1945 ein beispielloser *ökonomischer Aufschwung* stattgefunden, in dessen Folge auch das traditionelle Familienbild einen radikalen Wandel erfahren hat. Bildete die Scheidung in den Anfangszeiten des ZGB noch eine Randerscheinung, so gehört sie heute zum gesellschaftlichen Alltag: Statistisch betrachtet wird heute rund die Hälfte aller Ehen durch Scheidung aufgelöst. Das führt nicht nur zu Zweit- und Drittbeziehungen, sondern auch zu sogenannten Patchworkfamilien. Kinder wachsen heute oft nicht mehr nur bei ihren leiblichen Eltern auf. Sie leben beispielsweise bei einem Elternteil, der häufig selbst wieder einen neuen Partner oder eine neue Partnerin hat. Dieser oder diese bringt selber in vielen Fällen weitere eigene Kinder in den gemeinsamen Haushalt ein.

Die Ehe hat ihre Monopolstellung in Partnerschaft und Familie heute weitgehend verloren.⁷ Parallel dazu ist die *Zahl der ausserhalb der Ehe geborenen Kinder* in den letzten Jahren markant angestiegen: Zunehmend wachsen Kinder heute bei Eltern auf, die nicht verheiratet sind, sei es, weil sie sich bewusst gegen die Ehe entschieden haben, sei es, weil sich eine Heirat aus anderen Gründen nicht ergeben hat. Als Konsequenz gibt es immer mehr Väter, die eine Verbesserung ihrer rechtlichen Position im Verhältnis zu ihren Kindern verlangen, weil sie mit den Müttern nicht oder nicht mehr verheiratet sind. In den letzten Jahren ist so dann die Forderung gleichgeschlechtlicher Paare laut geworden, die sich nicht mit einer juristischen Anerkennung ihrer Verbindung begnügen, sondern eine *Gleichstellung mit Ehepaaren* auch hinsichtlich der Kinderbelange anstreben. Gefordert wird dabei insbesondere, dass ihnen die Stiefkindadoption und die Fremdadoption ermöglicht werden.⁸

2.1.2 Die gesellschaftspolitische Entwicklung und die Rolle der Frau

Parallel zum wirtschaftlichen Aufschwung hat sich die *rechtliche Stellung der Frau* gewandelt: War sie als ledige Person voll handlungsfähig, verlor sie gemäss der ursprünglichen Konzeption des ZGB mit der Eheschliessung ihre Selbständigkeit und unterstand der Vormundschaft ihres Ehemannes. Bemerkenswerterweise hat die Schweiz dieses Rollenverständnis erst im Jahre 1988 auch gesetzgeberisch beseitigt und die Ehefrauen gleichberechtigt neben ihre Ehemänner gestellt. Beim Namens- und Bürgerrecht vergingen sogar noch

⁶ Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210).

⁷ KLAUS PREISNER, Familiärer Wandel und Wandel von Familienrecht und -politik, Fampra.ch 2014, 784 ff., 786.

⁸ Gemäss einer Schätzung wachsen in der Schweiz zwischen 6'000 und 30'000 Kinder mit gleichgeschlechtlichen Eltern auf. Für Deutschland liegen Berechnungen vor, die zeigen, dass 0.5 % aller Kinder mit gleichgeschlechtlichen Eltern aufwachsen. Für Frankreich wird geschätzt, dass zwischen 24'000 und 40'000 Kinder in einem Haushalt mit gleichgeschlechtlichen Paaren aufwachsen; vgl. EVELYNE Y. NAY, Que(e)r zum Recht?, Fampra.ch 2013, 366 ff., 370, m.w.H.

weitere fünfundzwanzig Jahre, bis eine gesetzliche Gleichstellung effektiv erreicht werden konnte.

Mit der rechtlichen Selbständigkeit ist auch eine erweiterte *ökonomische Selbständigkeit der Frauen* eingetreten. Heute schliessen die meisten jungen Frauen eine Ausbildung ab.⁹ Viele bleiben auch nach einer Heirat erwerbstätig, sei dies auf eigenen Wunsch, sei dies, weil sie aus wirtschaftlichen Gründen dazu gezwungen werden. Auch die Anzahl der Frauen mit Kindern, die einer (teilzeitlichen) Erwerbstätigkeit ausser Haus nachgehen, ist im Steigen begriffen und erreicht heute in der Schweiz im Vergleich mit anderen Volkswirtschaften Europas einen Spitzenwert, wobei allerdings kleinere Pensien überwiegen.¹⁰ Gleichzeitig sind 50'000 nicht erwerbstätige Hausfrauen in der Schweiz Hochschulabsolventinnen.¹¹ Schliesslich ist die Zahl der Frauen gross, die nach einer Scheidung aus wirtschaftlicher Notwendigkeit eine bezahlte Arbeit annehmen. Berücksichtigt man den Umstand, dass statistisch betrachtet praktisch gleich viele Ehen geschieden wie geschlossen werden, wird sich der Trend zur ausserhäuslichen bezahlten Beschäftigung der Frauen noch verstärken.¹² Ein modernes Familienrecht wird diesen Trend zu berücksichtigen haben.

2.1.3 Vereinbarkeit von Familie und Beruf

Die berufliche Tätigkeit von Eltern wird heute durch *Möglichkeiten externer Kinderbetreuung* vereinfacht oder teilweise gar erst ermöglicht. Hier besteht allerdings nach wie vor ein grosses Potenzial. Aus der Sicht des Bundesrates ist deshalb die Förderung der familienergänzenden Kinderbetreuung ein zentrales politisches Anliegen. Dabei liegt die Hauptzuständigkeit für diese Aufgabe bei den Kantonen und Gemeinden. Der Bund engagiert sich im Rahmen des befristeten Förderprogramms zur Schaffung eines bedarfsgerechten Angebots an familienergänzenden Betreuungsplätzen (Anstossfinanzierung). Die eidgenössischen Räte haben am 10. September 2014 das Förderprogramm für weitere vier Jahre bis zum 31. Januar 2019 verlängert.¹³

2.2 Der Einfluss der EMRK auf das Familienrecht

Die EMRK schützt das Recht auf Eheschliessung. Der Schutz des Privat- und Familienlebens beschränkt sich jedoch nicht ausschliesslich auf Ehepaare und ihre Kinder.

2.2.1 Allgemeines

Verschiedene Bestimmungen der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK)¹⁴ enthalten grundrechtliche Garantien, die für das Familienrecht relevant sind: Artikel 8 (Privat- und Familienleben), Artikel 12 (Recht auf Eheschliessung) und Artikel 5 des Protokolls Nr. 7

⁹ Im Jahr 2000 hatten ca. 8 % der 20–29-jährigen Frauen schweizerischer Nationalität keine Ausbildung – die Zahl entspricht jener der Schweizer Männer. Im Vergleich: Bei den 60–69-jährigen Schweizern trifft dies für rund 13 % der Frauen und 10 % der Männer zu. Trotzdem wird festgehalten, es könne nicht von einer erreichten Gleichstellung im Ausbildungsbereich gesprochen werden, zumal der Anteil derjenigen Personen, die nach der Volksschule keine oder eine deutlich kürzere weiterführende Ausbildung absolvieren, bei den weiblichen Jugendlichen markant höher sei als bei den männlichen; vgl. ELISABETH BÜHLER/CORINNA HEYE, Eidgenössische Volkszählung 2000, Fortschritte und Stagnation in der Gleichstellung der Geschlechter 1970–2000, Bundesamt für Statistik, Neuchâtel 2005.

¹⁰ Rund 72.4 % aller Frauen im erwerbsfähigen Alter (16–64 Jahre) in der Schweiz sind erwerbstätig.

¹¹ Bundesamt für Statistik, Schweizerische Arbeitskräfteerhebung 2013.

¹² Vgl. Postulat 13.3826 («Nacheheliche Unterhaltspflicht», Frehner), wonach geprüft werden soll, ob die Aufnahme der Erwerbstätigkeit bei geschiedenen Frauen gleich wie im deutschen Scheidungsrecht von Gesetzes wegen dann als zumutbar erachtet werden soll, wenn das jüngste Kind das dritte Lebensjahr vollendet hat.

¹³ BBl 2015, 1385 f.

¹⁴ Konvention vom 4. November 1950 zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (SR 0.101).

zur EMRK¹⁵ (Gleichbehandlung der Ehegatten). Dazu kommt das Diskriminierungsverbot von Artikel 14 EMRK, das im Zusammenhang mit den vorstehenden Garantien angerufen werden kann.

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) begreift die EMRK als ein «*instrument vivant*».¹⁶ Sie soll nicht unabhängig von den jeweiligen Zeitumständen ausgelegt werden, sondern unter Berücksichtigung gewandelter wirtschaftlicher und sozialer Verhältnisse.¹⁷ Dazu soll die EMRK Rechte gewährleisten, die nicht theoretisch und illusorisch, sondern praktisch und effektiv sind.¹⁸ Die Praxis des Gerichtshofs wird vereinzelt kritisiert, weil der EGMR rechtspolitisch umstrittene Grenzziehungen unter dem Titel der Menschenrechte in die eine oder andere Richtung korrigiere und dadurch den Spielraum des nationalen Gesetzgebers stark einenge.¹⁹ Die Kritik übersieht, dass es gerade die Aufgabe des EGMR ist, auf Beschwerde hin zu überprüfen, ob die Vertragsstaaten die Vorgaben der EMRK einhalten.²⁰ Es wäre unverständlich, wenn Fragen wie die Gleichstellung der Eheleute, der sexuellen Orientierung oder des Kindeswohls losgelöst von den gewandelten Wertvorstellungen unverändert nach den Massstäben beurteilt würden, die zur Entstehungszeit der EMRK gegolten haben. Eine andere Frage ist es, ob die Art und Weise, wie der Gerichtshof diese Prüfung vornimmt und wie er seine Urteile begründet, durchwegs zu überzeugen vermag. Der Gerichtshof verfolgt in aller Regel nach wie vor einen betont einzelfallorientierten Ansatz, welcher Rückschlüsse auf andere Fälle nur bedingt zulässt.²¹

Ungeachtet dieser Feststellung lassen sich einige *grosse Linien* zeichnen, welche die Rechtsprechung des EGMR in verschiedenen Bereichen des Familienrechts gezogen hat, und die Konsequenzen auf die innerstaatliche Rechtsordnung und -praxis gehabt haben. So hat der EGMR beispielsweise im Fall *F. gegen die Schweiz* die Verhängung eines dreijährigen Wiederverheirathungsverbots nach dem damaligen, äusserst selten angewandten Artikel 150 ZGB als Verletzung des Rechts auf Eheschliessung qualifiziert.²² Das wohl bekannteste Schweizer Beispiel ist das Namensrecht der Eheleute, dessen am 1. Januar 1988 in Kraft getretene Fassung 1994 und 2010 zu zwei Urteilen des EGMR²³ geführt hat, in deren Folge die Bundesversammlung schliesslich die am 1. Januar 2013 in Kraft getretene Revision des Namensrechts beschlossen hat.

2.2.2 Das Diskriminierungsverbot

Die EMRK verbietet eine Diskriminierung bei der Gewährleistung der in der Konvention anerkannten Rechte und Freiheiten. Der EGMR misst diesem Verbot im Familienrecht grosse Bedeutung bei. Dies lässt sich exemplarisch an mehreren Urteilen darlegen, die gegen andere

¹⁵ Protokoll Nr. 7 zur Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 22. November 1984 (SR 0.101.07).

¹⁶ Erstmals ausdrücklich in: *Tyrer gegen Vereinigtes Königreich* (Beschwerde Nr. 5856/72), § 31; vgl. BGE 139 I 16, 30; 137 I 284, 288; CHRISTOPH GRABENWARTER/KATHARINA PABEL, Europäische Menschenrechtskonvention, 5. Aufl., München 2012, 30 ff.

¹⁷ Statt vieler: JOCHEN ABR. FROWEIN, in: Frowein/Peukert (Hrsg.), EMRK-Kommentar, 3. Auflage, Kehl/Strassburg/Arlington 2008, Einführung N 8 m.w.H.

¹⁸ *Airey gegen Irland* (Beschwerde Nr. 6289/73), § 24.

¹⁹ Vgl. HANSJÖRG SEILER, Einfluss des europäischen Rechts und der europäischen Rechtsprechung auf die schweizerische Rechtspflege, ZBJV 2014, 265 ff.

²⁰ Vgl. u.a. EDGAR LENSKI, in: Karpenstein/Mayer (Hrsg.), EMRK-Kommentar, München 2012, Art. 19 N 6 f.

²¹ Vgl. als typisches Beispiel das Urteil *Emonet und andere gegen die Schweiz* (Beschwerde Nr. 39051/03), in dem der Gerichtshof nicht die gesetzliche Regelung der Einzeladoption als solche, wohl aber deren Anwendung auf den konkreten, sehr speziell gelagerten Fall, kritisiert hat.

²² *F. gegen die Schweiz* (Beschwerde Nr. 11329/85).

²³ Urteile *Burghartz gegen die Schweiz* (Beschwerde Nr. 16213/90) und *Losonci Rose et Rose gegen die Schweiz* (Beschwerde Nr. 664/06).

Vertragsstaaten ergangen sind. 1979 qualifizierte der EGMR die Benachteiligung ausserehelich geborener Kinder im Erbrecht als diskriminierende Verletzung des Rechts auf Privatleben.²⁴ Kurz zuvor war am 1. Januar 1978 in der Schweiz das revidierte Kindesrecht in Kraft getreten, das diese Kinder ehelichen Kindern auch erbrechtlich gleichstellte.²⁵ Das neue Kindesrecht konnte nicht verhindern, dass der EGMR 2006 eine diskriminierende Verletzung des Rechts auf Privatleben feststellte, weil die rechtsanwendenden Behörden dem Beschwerdeführer nicht erlaubt hatten, seinen mutmasslichen genetischen Vater exhumieren zu lassen, um eine DNA-Analyse zur Bestimmung der Vaterschaft durchführen zu lassen.²⁶ Weiter besteht ein Kontaktrecht des Kindes nach dem EGMR unabhängig vom Zivilstand der Eltern zu *beiden* Elternteilen, sowie ein Kontaktrecht beider Elternteile zum Kind.²⁷ Das Kindeswohl verlangt nach einer umfassenden Interessenabwägung im Einzelfall. Das gilt selbst dann, wenn ein Dritter behauptet, er sei genetischer Vater des Kindes und dieser gegen den Willen der verheirateten Eltern Kontaktrechte einfordert.²⁸ Diese Beispiele verdeutlichen, dass Artikel 8 EMRK nicht nur das Eheleben, sondern das weiter zu verstehende Privat- und Familienleben schützt. Als Beispiele herausgegriffen seien zwei neuere Grundsatzurteile der Grossen Kammer zur Diskriminierung infolge der sexuellen Orientierung. Nach dem EGMR verletzt es in diskriminierender Weise das Privat- und Familienleben der adoptionswilligen Person, wenn die Einzeladoption verweigert wird, weil die adoptierende Person in einer gleichgeschlechtlichen Partnerschaft lebt.²⁹ Diese Überlegungen gelten auch bei der Stiefkindadoption durch die Partnerin oder den Partner des biologischen Elternteils.³⁰ Soweit ein Vertragsstaat unverheirateten gemischtgeschlechtlichen Paaren die Stiefkindadoption ermöglicht, ist er gehalten, gleichgeschlechtlichen Paaren dieselbe Möglichkeit zu eröffnen. Zulässig wäre es demgegenüber, die Stiefkindadoption auf Ehepaare zu beschränken. Das Diskriminierungsverbot von Artikel 14 EMRK steht mithin gewissen Privilegierungen der Ehe nicht entgegen. Gerade aus Rücksicht auf unterschiedliche tradierte soziale und kulturelle Wertvorstellungen hat es der EGMR kürzlich abgelehnt, die Vertragsstaaten der EMRK zu verpflichten, die Ehe für gleichgeschlechtliche Paare zu öffnen.³¹

²⁴ *Marckx gegen Belgien* (Beschwerde Nr. 6833/74); *Vermeire gegen Belgien* (Beschwerde Nr. 12849/87); *Camp et Bourimi gegen die Niederlande* (Beschwerde Nr. 28369/59).

²⁵ AS 1977 237.

²⁶ *Jäggi gegen die Schweiz* (Beschwerde Nr. 58757/00); vgl. demgegenüber *Affaire Odièvre gegen Frankreich* (Beschwerde Nr. 42326/98), in welchem der EGMR die anonyme Geburt (sog. «*naissance sous X*») und die Aufrechterhaltung der Anonymität der Mutter gegenüber ihrem Kind als vereinbar mit Art. 8 EMRK erachtete.

²⁷ *Zaunegger gegen Deutschland* (Beschwerde Nr. 22028/04); *Sommerfeld gegen Deutschland* (Beschwerde Nr. 31871/96).

²⁸ *Schneider gegen Deutschland* (Beschwerde Nr. 17080/07).

²⁹ *E.B. gegen Frankreich* (Beschwerde Nr. 43546/02); das Urteil erging mit neun gegen acht Stimmen und bringt die Bedeutung gewandelter Wertvorstellungen zum Ausdruck, hatte doch der EGMR im ebenfalls von der Grossen Kammer gefällten Urteil *Fretté gegen Frankreich* (Beschwerde Nr. 36515/97) zum Adoptionswunsch eines allein lebenden Homosexuellen noch festgehalten, dass die EMRK kein eigentliches Recht auf Adoption enthalte und angesichts der divergierenden Expertenmeinungen zu den Auswirkungen der Homosexualität der Eltern auf das Kind die Verweigerung der Adoption nicht diskriminierend sei.

³⁰ *X und andere gegen Österreich* (Beschwerde Nr. 19010/07).

³¹ *Schalk und Kopf gegen Österreich* (Beschwerde Nr. 30141/04).

2.3 Entwicklungen im Ausland

Von den untersuchten Rechtsordnungen (Deutschland, England/Wales, Frankreich, Italien, Norwegen und Österreich) kennt einzig diejenige Norwegens eine familienrechtliche Regelung der faktischen Lebensgemeinschaft; die übrigen Rechtsordnungen sehen spezifische Bestimmungen im Steuer-, Miet- und Sozialversicherungsrecht vor. Gleichgeschlechtliche Partnerschaften sind mit Ausnahme Italiens überall geregelt. Frankreich öffnet den *pacte civil de solidarité* nicht nur gleich-, sondern auch verschiedengeschlechtlichen Paaren.

2.3.1 Allgemeines

Insgesamt zeigt der rechtsvergleichende Bericht des Schweizerischen Instituts für Rechtsvergleichung,³² dass in den untersuchten Rechtsordnungen (Deutschland, England/Wales, Frankreich, Italien, Norwegen und Österreich) im Hinblick auf die Paarbeziehung in unterschiedlichem Masse rechtliche Anpassungen vorgenommen worden sind, um den veränderten Formen des Zusammenlebens und den hieraus resultierenden Rechtsbeziehungen Rechnung zu tragen.

2.3.2 Gleichgeschlechtliche Partnerschaften

Dies gilt zunächst für die *Verankerung einer gleichgeschlechtlichen Partnerschaft im Gesetz*. Während die meisten der untersuchten Rechtsordnungen mittels einer eingetragenen Partnerschaft die Lebensgemeinschaft gleichgeschlechtlicher Paare familienrechtlich regeln, haben Frankreich und Norwegen auch das Institut der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare geöffnet. Einzig Italien bietet gleichgeschlechtlichen Paaren noch keine gesetzliche Grundlage für ein Zusammenleben, ist jedoch 2013 vom Verfassungsgericht dazu verpflichtet worden, eine solche zu schaffen. Frankreich hat darüber hinaus mit dem *pacte civil de solidarité* eine von der geschlechtlichen Orientierung unabhängige rechtliche Partnerschaftsform mit geringerer Bindungsintensität als die Ehe geschaffen, die eine familienrechtlich geregelte Lebensgemeinschaft mit besonderen Privilegien darstellt.

2.3.3 Faktische Lebensgemeinschaften

Im Hinblick auf nichtverheiratete Paare haben die meisten Rechtsordnungen keine ausdrücklichen familienrechtlichen Regelungen getroffen. Lediglich Norwegen hat familienrechtliche Bestimmungen für Gemeinschaften geschaffen, welche einen gemeinsamen Hausstand besitzen. Daneben finden sich in den meisten Ländern einzelne Regelungen im Steuer-, Miet-, Sozialrecht etc., welche die faktische Lebensgemeinschaft mittelbar der Ehe annähern, ohne dass eine ausdrückliche familienrechtliche Regelung besteht.

Im Zusammenhang mit dem Ausgleich erworbener Anrechte auf Versorgung (in der Schweiz: Vorsorgeausgleich)³³ bei faktischen Lebensgemeinschaften kennen die einzelnen Rechtsordnungen sehr unterschiedliche Lösungen. Diese lassen sich grob *in drei Gruppen* einteilen: Länder, die ausdrücklich einen Versorgungsausgleich vorsehen, Länder, welche über einen adäquaten Mechanismus eine entsprechende Kompensation anstreben und schliesslich Länder, denen weder das eine noch das andere Konzept bekannt ist. So kennt nur das deutsche Recht den sogenannten Versorgungsausgleich. In Frankreich wird hingegen über

³² Gutachten SIR (Fn. 3).

³³ Vgl. dazu die Ausführungen unter Ziff. 0.

die sogenannte *prestation compensatoire* ein adäquater Ausgleich gesucht. Auch das italienische und das englische Recht kennen einen gewissen Kompensationsmechanismus für den Ausgleich der beruflichen Vorsorge. In beschränktem Umfang kennt auch das norwegische Recht durch Zahlung eines Einmalbetrags eine Art von Kompensation. Hingegen scheint die Frage des Vorsorgeausgleichs bzw. eines adäquaten Kompensationsmechanismus' dem österreichischen Recht nicht bekannt zu sein.

Im Hinblick auf *erbrechtliche Fragen* innerhalb von Lebenspartnerschaften, genauer die Frage des Pflichtteils bzw. eines Anspruchs auf Versorgung aus dem Nachlass, zeigt sich in den untersuchten Rechtsordnungen, dass hauptsächlich zivilstandsrechtlich definierte Paarbeziehungen (Ehegatten und eingetragene Lebenspartner) eine Beteiligung am Nachlass vermitteln können. Hingegen können aus sonstigen Formen von Paarbeziehungen regelmässig keine Pflichtteilsrechte abgeleitet werden.

2.3.4 Eltern-Kind-Verhältnis

Auch beim Eltern-Kind-Verhältnis sind Tendenzen vorhanden, neuen Lebensformen der Eltern Rechnung zu tragen. So unterscheiden die meisten der untersuchten Rechtsordnungen grundsätzlich nicht mehr zwischen ehelichen und nichtehelichen Kindern. Der Grundsatz *mater semper certa est* gilt in allen untersuchten Rechtsordnungen fort. Durch den gesellschaftlichen Wandel und die Weiterentwicklung der Fortpflanzungsmedizin wird dieser Grundsatz jedoch zum Teil abgeschwächt: So wurde in Norwegen im Jahre 2009 gleichzeitig mit der Einführung der gleichgeschlechtlichen Ehe die künstliche Befruchtung für weibliche gleichgeschlechtliche Paare zugelassen. Mit dieser einher ging die sogenannte Mitmutterschaft (*medmorskap*), welche die Mitmutter rechtlich dem anderen Elternteil gleichsetzt.

Bei der *Leihmutterschaft* stellt sich die Frage, ob sie über die faktische Elternschaft hinaus auch ein rechtlich anerkanntes Eltern-Kind-Verhältnis schafft. Obwohl die Leihmutterschaft in allen vom Schweizerischen Institut für Rechtsvergleichung untersuchten Ländern bis auf England verboten ist, scheint es beispielsweise in Italien und Österreich sowie zum Teil auch in Deutschland und Frankreich im Einzelfall Möglichkeiten zu geben, eine im Ausland durchgeführte Leihmutterschaft im Inland anerkennen zu lassen.

Hinsichtlich der *Vaterschaft* scheint in allen untersuchten Rechtsordnungen nach wie vor das Bestehen einer Ehe primärer Anknüpfungspunkt für die Begründung eines rechtlichen Vaterschaftsverhältnisses zu sein. Hierbei zeichnen sich keine grösseren Reformprojekte ab, auch nichteheliche Lebensgemeinschaften bei der Vaterschaftsbegründung zu berücksichtigen. Gleichzeitig wurden vor allem in Deutschland die Rechte des genetischen, d.h. vor allem des nicht mit der Mutter verheirateten Vaters gestärkt.

Eine *Adoption* durch zwei Personen ist zwar grundsätzlich nur Ehegatten erlaubt. Durch die Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare ist in Frankreich die Adoption demnach auch für gleichgeschlechtliche Paaren möglich. Zudem bestehen in Frankreich, Italien und Norwegen zurzeit Gesetzesprojekte, welche eine gemeinschaftliche Adoption durch nicht verheiratete Partner ermöglichen soll.

3 Herausforderungen und Leitlinien eines modernen Familienrechts

3.1 Wandel

Der gesellschaftliche Wandel hat in den letzten Jahrzehnten zu einer «Kluft zwischen den Lebensformen einerseits und Familienrecht und -politik» andererseits geführt.³⁴ Die Funktion des Familienrechts besteht in der *Bereitstellung eines verlässlichen rechtlichen Rahmens* für die familiären Beziehungen. Im Zeitpunkt der Entstehung des ZGB waren die soziodemographischen Gegebenheiten weitgehend einheitlich. Die Ehe war unangefochten die häufigste Form des Zusammenlebens und bildete den Grundstock der Familie als Gemeinschaft von Eltern und Kindern. Konkubinate waren in vielen Kantonen verboten und wurden noch weit bis in die 1970er Jahre strafrechtlich verfolgt. Scheidungen waren selten; sie wurden als grosses Unglück empfunden und gesellschaftlich geächtet. Homosexualität wurde bis zum Erlass des schweizerischen Strafgesetzbuches im Jahre 1942 strafrechtlich verfolgt. Homosexuelle Paare gab es offiziell nicht. Uneheliche Kinder waren in vielfacher Hinsicht schlechter gestellt als eheliche, eine rechtliche Beziehung des Kindes zum mit der Mutter nicht verheirateten Vater, die über finanzielle Belange hinausging, gab es bis 1978 nicht.

Die Entwicklungen der letzten Jahrzehnte haben einen grundlegenden Wandel hervorgebracht. Ohne auf die Gründe dieser Entwicklungen einzugehen, seien deren Folgen zumindest skizziert: Aufgrund der gestiegenen Scheidungszahlen, aber auch wegen der stark gestiegenen Lebenserwartung, sind Zweit- und Drittbeziehungen häufiger geworden. Mehrfache, hintereinander eingegangene Ehen sind heute nichts Aussergewöhnliches mehr. Häufig werden Beziehungen aber auch ohne Eheschluss gelebt, sei dies mit oder ohne Kinder. Auch Patchworkfamilien sind heute keine Ausnahmeerscheinung mehr. Gleichgeschlechtliche Paare stehen offen zu ihrer Lebensform und fordern nicht nur eine rechtliche Absicherung, sondern eine Öffnung der Ehe oder zumindest eine vollständige rechtliche Gleichstellung ihrer Lebensform mit der Ehe.

3.2 Erfolgte oder eingeleitete rechtliche Anpassungen

Die Modernisierung des Familienrechts ist seit Längerem im Gang; in den letzten Jahrzehnten sind bereits verschiedene wichtige Anpassungen erfolgt.

Es ist eine grosse Herausforderung, neue familienrechtliche Bestimmungen zu schaffen, die möglichst *allen* Erscheinungsformen moderner Familienbeziehungen Rechnung tragen können. Der Bundesgesetzgeber hat sich in den vergangenen Jahrzehnten pragmatisch an diese Aufgabe gemacht und bereits einiges erreicht: Die Unterschiede zwischen ehelichen und ausserehelichen Kindern sind beseitigt. Das Verhältnis zwischen Eltern und Kindern ist so modernisiert worden, dass der Zivilstand der Eltern grundsätzlich keine Auswirkungen mehr auf das Kindesverhältnis hat. Die Eltern haben das Recht und stehen in der Pflicht, ihre Kinder zu erziehen und für sie zu sorgen, unabhängig davon, ob sie miteinander verheiratet sind oder jemals waren. Gemäss dem Entwurf des Bundesrates, der sich zurzeit in der parlamentarischen Beratung befindet, soll das Kind Anspruch auf einen Betreuungsunterhalt haben; dies unabhängig vom Zivilstand der Eltern.³⁵

Gleichgeschlechtlichen Paaren steht seit dem Inkrafttreten des Partnerschaftsgesetzes (PartG)³⁶ am 1. Januar 2007 die Möglichkeit offen, ihre Beziehung eintragen zu lassen. Aller-

³⁴ PREISNER (Fn. 7), 792.

³⁵ Vgl. dazu die Botschaft des Bundesrates zu einer Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Kindesunterhalt) vom 29. November 2013 (nachfolgend: Botschaft Unterhaltsrecht), BBl 2014, 529 ff., 551 ff.

³⁶ Bundesgesetz über die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare vom 18. Juni 2004 (SR 211.231).

dings sind gleichgeschlechtliche Paare nach wie vor von fortpflanzungsmedizinischen Verfahren und der Adoption ausgeschlossen (Art. 28 PartG). Mit Blick auf die Adoption soll nach dem Entwurf des Bundesrates und entsprechend den Vorgaben des Parlaments die bisherige Regelung gelockert werden: Während nach geltendem Recht eine Stiefkindadoption einzig Ehepaaren offensteht, sollen künftig auch eingetragene Paare eine Stiefkindadoption vornehmen können. Voraussetzung ist dabei (wie bei jeder Adoption), dass diese dem Interesse des Kindes dient und dass gegebenenfalls die erforderliche Zustimmung desjenigen Elternteils vorliegt, zu dem die rechtliche Elternschaft aufgehoben werden soll.³⁷ In der gleichen Vorlage schlägt der Bundesrat – auch dies in Umsetzung des parlamentarischen Auftrags³⁸ – vor, dass Stiefkindadoptionen nicht nur bei eingetragenen Partnerschaften, sondern bei allen faktischen (gleich- oder verschiedengeschlechtlichen) Lebensgemeinschaften möglich sein sollen. Voraussetzung dafür ist, dass die adoptionswillige Person mit ihrem Partner oder ihrer Partnerin seit mindestens drei Jahren in einem gemeinsamen Haushalt lebt. Die Anknüpfung für die Stiefkindadoption erfolgt somit nicht mehr am Status, sondern am faktischen Zusammenleben. Um eine Ungleichbehandlung zu vermeiden, soll auch für Ehegatten neu auf ein dreijähriges Zusammenleben und nicht mehr auf eine bestimmte Ehedauer abgestellt werden. Im Gegensatz zur Stiefkindadoption soll die gemeinschaftliche Adoption weiterhin nur verheirateten Paaren vorbehalten bleiben.

Das vom Gesetzgeber gewählte punktuelle Vorgehen steht in Widerspruch zur Forderung nach einer *gesamtheitlichen Erneuerung des Familienrechts*, wie sie im letzten Jahrhundert erfolgt ist. Es entsteht so die Gefahr, dass die Kohärenz des Systems verloren geht und dass bestimmte Bereiche nicht revidiert werden.³⁹ Allerdings haben kleinere Revisionen den Vorteil, dass sie in der Regel rasch umgesetzt werden können und politisch auf weniger Widerstand stossen als grosse Reformprojekte. Aufgrund der diversen Partikularinteressen besteht auch keinerlei Gewähr, dass eine ursprünglich konsistente, auf einem durchdachten Gesamtkonzept beruhende Revisionsvorlage im Laufe des parlamentarischen Prozesses nicht in diversen Punkten angepasst wird, was ebenfalls zu einer Beeinträchtigung der inneren Kohärenz führen kann. Aufgrund dieser Überlegungen bevorzugt der Bundesrat das bislang gewählte Vorgehen.

3.3 Lebensbeziehungen unter Erwachsenen

3.3.1 Drei Leitprinzipien

Die Lebensbeziehungen unter Erwachsenen sollen in einem modernen Familienrecht von drei Prinzipien bestimmt werden, an denen sich auch eine künftige Gesetzgebung zu orientieren hat:

- Die Freiheit der Lebensgestaltung,
- die Verantwortung für getroffene Lebensentscheide und
- die Wahrung des Grundrechts auf Ehe und Familie.

³⁷ Botschaft des Bundesrates zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Adoption) vom 28. November 2014 (nachfolgend: Botschaft Adoptionsrecht), BBl 2015, 877, 909 ff.

³⁸ Botschaft Adoptionsrecht (Fn. 37), 910 f.

³⁹ Kritisch zu diesem punktuellen Vorgehen etwa ANDREA BÜCHLER, Die Zukunft von Ehe, Partnerschaft und einfachen Lebensgemeinschaften, Fampra.ch 2014, 797 ff., 806 f.

3.3.2 Die Freiheit der Lebensgestaltung

Der Gesetzgeber hat die Freiheit der Lebensgestaltung zu respektieren.⁴⁰ Eine spezifische Ausprägung dieser Freiheit wird durch das in der Schweizerischen Bundesverfassung (BV)⁴¹ garantierte Recht auf Ehe und Familie (Art. 14 BV) geschützt. Unter einer Ehe versteht der Verfassungsgeber nach heute vorherrschender Interpretation die nach freiem Willen eingegangene Verbindung von Mann und Frau zu einer lebenslänglichen Gemeinschaft. Das Recht auf Ehe umfasst das Recht, die Ehe zu schliessen, ohne dass sich der Staat für die Gründe des Eheentscheids zu interessieren hat. Eine Einschränkung ergibt sich insofern, als die Behörden gehalten sind, den Abschluss von Scheinehen zu verhindern und Zwangsehen zu bekämpfen.⁴² Die Ehefreiheit umfasst aber auch die Freiheit, *nicht* heiraten zu müssen: Jeder und jede ist frei, anstelle einer ehelichen Gemeinschaft eine freie Lebensgemeinschaft zu leben, d.h. auf den Eheschluss zu verzichten.

Hinzu kommt das in der gleichen Verfassungsbestimmung garantierte *Recht auf Familie*, das das Recht beinhaltet, eine Familie zu gründen und Kinder zu haben und zu erziehen sowie, unter gesetzlich näher zu bestimmenden Voraussetzungen, Kinder zu adoptieren.⁴³

3.3.3 Die Verantwortung für getroffene Lebensentscheide

Jede Freiheit ist mit Verantwortung verbunden. Die Freiheit der Lebensgestaltung ruft damit auch nach der Verantwortung für die getroffenen Lebensentscheide. Soweit jede Person für sich die Freiheit beanspruchen kann, eine Ehe eingehen zu wollen oder nicht, hat sie grundsätzlich die Verantwortung für diesen Entscheid zu tragen. Die Freiheit in der Lebensführung bedeutet einerseits Tragen von Verantwortung für getroffene Entscheide; andererseits umfasst sie auch die Freiheit, einmal getroffene Entscheide zu überdenken oder mit Blick auf veränderte Verhältnisse auf sie zurückzukommen. Betrifft die Lebensführung neben dem Entscheidsträger weitere Personen (Partner oder Ehegatte, Kinder), spielt zudem der *Vertrauensschutz* eine bedeutende Rolle: Alle Beteiligten sollten grundsätzlich darauf zählen können, dass einmal getroffene Vereinbarungen respektiert werden und die im Vertrauen darauf getroffenen Dispositionen sich nicht als nutzlos erweisen. Eine Neuregelung der Verhältnisse soll aber möglich sein, soweit sie nach einer angemessenen Anpassungszeit zur Anwendung gelangt und es Dritten auf diese Weise ermöglicht wird, die notwendigen Vorkehrungen zu treffen.

Die freie Wahl in der Lebensgestaltung schliesst auch die Verantwortung mit ein, für das eigene wirtschaftliche Fortkommen und gegebenenfalls auch für das seiner Kinder zu sorgen. Angesichts der hohen Scheidungsziffer und der Tatsache, dass ein durchschnittliches Erwerbseinkommen die Finanzierung von zwei Haushalten und die Erziehung eines oder mehrerer Kinder in vielen Fällen nicht abzudecken vermag, muss der Gesetzgeber alles unterlassen, was die wirtschaftliche Selbständigkeit insbesondere der Frauen beeinträchtigt. Angesprochen ist hier allerdings weniger der Gesetzgeber im Bereich des Zivilrechts als vielmehr die Familienpolitik als Ganzes. Sozioökonomische Faktoren sind indessen wichtige Parameter für das Zivilrecht und vermögen gesetzgeberische Entscheide zu bestärken oder zu unterlaufen. Der Frage der wirtschaftlichen Selbständigkeit ist aber – nicht zuletzt auch angesichts der steigenden Lebenserwartung – die erforderliche Beachtung zu schenken. Gerade mit Blick auf die Frauen drängt sich daher auf, dass diese ihre Lebensplanung nicht (mehr) ausschliesslich an der relativ kurzen Periode der Erziehung von Kindern ausrichten, sondern

⁴⁰ Dazu BÜCHLER (Fn. 39), 802.

⁴¹ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101).

⁴² Vgl. Art. 99 Abs. 1 Ziff. 3 sowie Art. 105 Ziff. 5 ZGB.

⁴³ Botschaft des Bundesrates vom 20. November 1996 über eine neue Bundesverfassung, BBl 1997 I 1 ff, 154.

dass sie sich auch ihr späteres wirtschaftliches Fortkommen mit Blick auf ihr Rentenalter im Auge behalten.

Der vorliegende Bericht wird die Schwierigkeiten aufzeigen, die mit einer gesetzlichen Normierung faktischer Lebensgemeinschaften verbunden wären, gerade mit Blick auf das Prinzip der Freiheit der Lebensgestaltung: Paare können unterschiedliche und legitime Gründe haben, weshalb sie ohne Trauschein bzw. ohne Eintragung zusammenleben. Das kann von unbekümmerter Grundhaltung bis zu einer bewussten und gewollten Ablehnung der Ehebestimmungen bzw. der Bestimmungen über die eingetragene Partnerschaft reichen. Nur der Eheschluss und die Eintragung einer Partnerschaft sind auf ausdrücklichen Konsens angewiesen. Dass eine faktische Lebensgemeinschaft nicht in eine Ehe oder eingetragene Partnerschaft überführt wird, muss nicht zwingend auf einem konsensual begründeten Entscheid beruhen. Nicht zu heiraten kann auch Folge eines Dissenses oder einer zeitlich immer wieder hinausgeschobenen Entscheidungsfindung sein. Der Gesetzgeber wird diesen unterschiedlichsten Haltungen Rechnung tragen müssen.

3.3.4 Verfassungsmässiges Recht auf Ehe und Familie

Bei allen vorstehenden Überlegungen zur möglichen Modernisierung des Rechts der Lebensbeziehungen wird der Bundesgesetzgeber das verfassungsmässig garantierte Recht auf Ehe und Familie beachten müssen, das – allen gesellschaftlichen Umwälzungen zum Trotz – auch heute im Grundsatz unangefochten ist.

3.4 Kindesrecht

3.4.1 Drei Leitprinzipien

Die rechtlichen Regelungen, die die Kinder betreffen, sollen in einem modernen Familienrecht von drei Prinzipien bestimmt werden, an denen sich auch die künftige Gesetzgebung zu orientieren hat:

- Das Kindeswohl,
- die Gleichbehandlung von Kindern verheirateter und nicht verheirateter Eltern und
- die Anerkennung des Kindes als selbständiges Rechtssubjekt.

Bei künftigen Arbeiten zur Schaffung neuer Rechtsnormen im Bereich des Kindesrechts sollte sich der Bundesgesetzgeber an drei Leitprinzipien orientieren. Bei der Umsetzung dieser Grundsätze sollte der Bundesgesetzgeber vom Grundverständnis ausgehen, dass die Erziehung von Kindern in der primären Verantwortung der Eltern liegt und dass sich der Staat hier zurückzuhalten hat. Gesetzgebungsbedarf soll erst dann und nur insoweit bejaht werden, als es für die Umsetzung dieser Leitprinzipien und insbesondere für das Kindeswohl erforderlich ist.

3.4.2 Das Kindeswohl

In den Gesetzgebungsarbeiten ist das Kindeswohl erste und oberste Maxime, und zwar sowohl national als auch international. Es verpflichtet den Gesetzgeber, überall dort tätig zu werden, wo aufgrund einer unbefriedigenden Regelung oder eines Regelungsvakuums der Schutz des Kindes nicht gewährleistet ist. Das Kindeswohl bildete nicht nur den entscheidenden Faktor für die Teilrevision der elterlichen Sorge, des Unterhaltsrechts und des Adoptionsrechts, sondern wird auch künftigen Gesetzgebungsarbeiten als wegleitender Grundsatz

dienen. International hat nicht erst die UNO-Kinderrechtskonvention (UNO-KRK)⁴⁴ das Kindeswohl in den Vordergrund gestellt; sie hat diesem Prinzip aber eine besondere Stellung verliehen. Weitere multilaterale Konventionen haben seitdem regelmässig das Wohl des Kindes als Leitgedanken hervorgehoben.

3.4.3 Die Gleichbehandlung von Kindern verheirateter und nicht verheirateter Eltern

Zweite Leitlinie ist die Gleichbehandlung von ehelichen Kindern und Kindern, die ausserhalb der Ehe geboren werden. Ein Kind darf rechtlich nicht unterschiedlich behandelt werden, je nachdem, wie der Zivilstand seiner Eltern aussieht. Die schweizerische Gesetzgebung ist in den vergangenen Jahren diesem Postulat nachgekommen und hat eheliche und ausserhehliche Kinder rechtlich gleichgestellt: Aussereheliche Kinder haben heute denselben Unterhaltsanspruch und dieselben erbrechtlichen Ansprüche wie die ehelichen. Nur im Fall, in dem sich die Mutter weigert, den Namen des Vaters bekannt zu geben, verbleibt eine faktische Lücke, weil das Kind dann nur einen Elternteil hat, der ihm gegenüber zu Leistungen verpflichtet ist. Diese Lücke kann der Gesetzgeber allerdings nicht vollständig schliessen, da die Mutter nicht zur Preisgabe des Namens des Vaters gezwungen werden kann.

Mit Blick auf die Begründung von Kindesverhältnissen bedarf die besondere Stellung des Ehemannes der Mutter einer sorgfältigen und vertieften Prüfung. Ist es noch zeitgemäss, dass beispielsweise das Kind die Vaterschaft des Ehemannes nur dann anfechten darf, wenn die Ehe während seiner Minderjährigkeit aufgelöst worden ist? Aus Gründen der Kohärenz wären sodann auch die Anfechtungsmöglichkeiten gegenüber dem unverheirateten Vater einer kritischen Prüfung zu unterziehen.⁴⁵

3.4.4 Die Anerkennung des Kindes als selbständiges Rechtssubjekt

Dritte Leitlinie bildet die Anerkennung des Kindes als selbständiges Rechtssubjekt. In familienrechtlichen Verfahren lässt sich eine Entwicklung nachzeichnen, die deutlich macht, dass das Kind nicht länger als Objekt des Auseinanderbrechens der Beziehung seiner Eltern in einer Scheidung hinzunehmen hat, sondern dass es angehört werden muss. In Kindesentführungsverfahren besteht gar die Pflicht, dem Kind einen Vertreter oder eine Vertreterin zu ernennen.⁴⁶ Die Anhörung der Kinder in eherechtlichen Verfahren ist in der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO)⁴⁷ mittlerweile vorgegeben.⁴⁸ Kritisch wird vermerkt, dass diese Anhörung in der Praxis nur lückenhaft durchgeführt werde.⁴⁹ Gewünscht wird, dass sich die Praxis bezüglich der Anhörung noch sensibilisieren würde. Wie die Anhörung von Kindern zurzeit gehandhabt wird und auf welche Weise die offenbar bestehenden Defizite behoben werden könnten, ist Gegenstand einer Untersuchung.⁵⁰

⁴⁴ Übereinkommen über die Rechte des Kindes vom 20. November 1989 (SR 0.107).

⁴⁵ Siehe dazu nachfolgend Ziff. 5.5.

⁴⁶ Art. 9 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 21. Dezember 2007 über internationale Kindesentführung und die Haager Übereinkommen zum Schutz von Kindern und Erwachsenen, BG-KKE (SR 211.222.32).

⁴⁷ Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (SR 272).

⁴⁸ Art. 298 ZPO.

⁴⁹ Vgl. etwa die Medienmitteilung der Eidgenössischen Kommission für Kinder- und Jugendfragen (EKKJ) vom 18. November 2011 «Gemeinsame elterliche Sorge wird zur Regel – Kindesanhörung sollte es bereits sein»: «Immer noch werden nur 10 % der Kinder und Jugendlichen in Verfahren angehört, so z.B. im Scheidungsverfahren.»

⁵⁰ Vgl. Postulat 14.3232 («Bilanz über die Umsetzung des Rechts auf Anhörung nach Artikel 12 der Kinderrechtskonvention der Vereinten Nationen in der Schweiz», WBK).

3.5 Erbrecht

Aus erbrechtlicher Sicht sollte eine moderne Rechtsordnung dem Erblasser mehr Freiheiten einräumen, über seinen Nachlass verfügen zu können. Demnach sind der Kreis der Pflichtteilsberechtigten wie auch die Höhe der Pflichtteile zu überdenken und zu reduzieren. Für die Beantwortung der Frage, ob der faktischen Lebenspartnerin oder dem faktischen Lebenspartner die Stellung einer gesetzlichen oder allenfalls gar pflichtteilsgeschützten Erbin bzw. eines gesetzlichen oder allenfalls gar eines pflichtteilsgeschützten Erben eingeräumt werden soll, sollte der Gesetzgeber konsequenterweise die Lösung im Falle eines Scheiterns der Beziehung berücksichtigen: Werden dort von Gesetzes wegen Ausgleichszahlungen vorgesehen, drängt sich auch im Erbrecht eine entsprechende Berücksichtigung der faktischen Lebenspartnerin bzw. des faktischen Lebenspartners auf. Beschränkt man sich hingegen im Fall des Scheiterns einer Beziehung auf eine Härtefallklausel, wäre es wenig kongruent, der faktischen Lebenspartnerin oder dem faktischen Lebenspartner die Stellung einer gesetzlichen Erbin bzw. eines gesetzlichen Erben einzuräumen. Hingegen ist über eine Besserstellung der überlebenden Partnerin oder des überlebenden Partners sowie über eine Härtefallklausel nachzudenken, die unter vergleichbaren Umständen wie im Falle eines Scheiterns der Beziehung zum Tragen kommen kann. Die betreffenden Grundsätze werden im Rahmen des Vorentwurfs zur Revision des Erbrechts berücksichtigt werden, den der Bundesrat im Jahr 2015 in die Vernehmlassung schicken wird.⁵¹

3.6 Wertungswidersprüche müssen vermieden werden

Der Gesetzgeber muss dafür sorgen, dass die Leitlinien des Familienrechts in der gesamten Rechtsordnung Beachtung erfahren. Abweichungen von Wertungen, die das Zivilrecht vorgibt – beispielsweise in der Sozialversicherung oder im Steuerrecht – sind kritisch zu hinterfragen. International setzt sich der Bund für kohärente und widerspruchsfreie Normen ein. Er überprüft aus dieser Optik auch die bestehenden Staatsverträge.

3.6.1 Allgemeines

Im Sozialversicherungsrecht und im Steuerrecht wird mit Bezug auf familienrechtliche Beziehungen in der Regel auf die zivilrechtlichen Verhältnisse abgestellt.⁵² Erweiterungen gegenüber dem Zivilrecht sind punktuell insoweit vorgesehen, als in bestimmten Konstellationen Personen in einer faktischen Lebenspartnerschaft gleich behandelt werden wie Ehegatten. Ob solche Abweichungen der spezialgesetzlichen Regelungen von den zivilrechtlichen Verhältnissen angebracht sind, ist im Einzelfall zu überprüfen.

3.6.2 Kohärenz bei den Staatsverträgen

Der Blick auf die bestehenden Staatsverträge zeigt, dass die Schweiz im Bereich des Familienrechts vielfach staatsvertraglich gebunden ist, ohne dass aus der Anwendbarkeit der staatsvertraglichen Regeln für die Rechtssuchende ein spürbarer Mehrwert entstünde.⁵³

⁵¹ Vgl. dazu im auch nachfolgend Ziff. 7.

⁵² Vgl. dazu nachfolgend Ziff. 8.2.

⁵³ Erwähnt sei beispielhaft das Europäische Übereinkommen vom 24. April 1967 über die Adoption von Kindern (SR 0.211.221.310), das wie die Neuauflage vom 27. November 2008 materiell-rechtliche Bestimmungen enthält, die als Bandbreite wirken. So wird etwa vorgeschrieben, dass der oder die Adoptierende nicht unter 21 und nicht über 35 Jahre alt sein darf. Damit ist für die Rechtswelt wenig gewonnen. Die Schweiz hat denn auch verzichtet, das neuere Übereinkommen zu ratifizieren.

Durch die jahrzehntelange Praxis, einmal abgeschlossene Staatsverträge nicht aufzukündigen, wird es für Rechtsunterworfenen, Anwältinnen und Anwälte sowie Gerichte immer schwieriger, einen Überblick über die Rechtslage zu gewinnen, zumal familienrechtlich relevante Bestimmungen teilweise in älteren Verträgen über die Niederlassungsfreiheit integriert sind.⁵⁴ Auch sind Mehrfachkodifikationen keine Seltenheit, sodass es zu Kollisionen staatsvertraglicher Bestimmungen kommen kann, die vorab bereinigt werden müssen.⁵⁵ Neben bi- und multilateralen Übereinkommen sind zudem verschiedene internationale Organisationen dazu übergegangen, Empfehlungen, Leitfäden und *best practices* herauszugeben, die die Orientierung des Rechtssuchenden und die Rechtsanwendung erleichtern sollen.⁵⁶ Ob diese Menge an (teilweise widersprüchlichen) Hinweisen jedoch tatsächlich zur Klärung der Rechtslage beiträgt, ist fraglich. Ein modernes Familienrecht zeichnet sich dadurch aus, dass die Rechtsquellen einfach zugänglich sind und keine Widersprüche enthalten. Als einzelner Staat kann die Schweiz der Eindämmung von *soft law*-Instrumenten kaum entgegenwirken. Hingegen kann sie die von ihr ratifizierten Konventionen daraufhin untersuchen, ob die dort getroffenen Regelungen auch heute noch den Anforderungen an ein modernes Familienrecht genügen. Falls dies verneint wird, sollte bei bilateralen Instrumenten zusammen mit dem Partnerstaat geprüft werden, ob die Instrumente modernisiert oder allenfalls aufgehoben werden sollen. Auch bei multilateralen Verträgen stehen Anpassungen im Vordergrund, allenfalls sind auch Kündigungen denkbar; hier sollte die Schweiz darauf achten, dass die Gründe, die zu einem solchen Schritt führen, den anderen Vertragsstaaten in geeigneter Form zur Kenntnis gebracht werden; das könnte gegebenenfalls zur Nachahmung anregen. Der Bundesrat ist sich allerdings bewusst, dass eine solche Bereinigung der Staatsverträge eine aufwendige Aufgabe ist, die längere Zeit in Anspruch nehmen wird.⁵⁷

3.6.3 Internationales Privatrecht

Das internationale Privatrecht (IPR), für die Schweiz seit 1989 geregelt im Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG),⁵⁸ bestimmt als nationales Recht die Regeln, anhand derer internationale Sachverhalte einer spezifischen Rechtsordnung zugewiesen werden. Das IPR steht unter dem ständigen Dilemma, einerseits dem Anspruch genügen zu wollen, Rechtsverhältnisse jener Rechtsordnung zu unterstellen, mit welcher sie den engsten Bezug aufweisen, und andererseits einfache und klare Antworten auf die sich stellenden Fragen bereitzuhalten. Die Regelung des IPRG ist in familienrechtlichen Belangen bestrebt, diejenige Rechtsordnung zu bezeichnen, nach der die am Familienverhältnis beteiligten oder von einer Klage hauptsächlich betroffenen Personen effektiv leben bzw. im massgeblichen Zeitpunkt gelebt haben, womit es primär auf den Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt der Betroffenen abstellt. Subsidiär misst es allerdings auch dem Heimatrecht eine erhebliche

⁵⁴ So etwa im Vertrag vom 25. November 1850 mit den USA (SR 0.142.113.361), Art. V; im Niederlassungs- und Konsularvertrag vom 22. Juli 1868 mit Italien (SR 0.142.114.541), Art. 17 oder im Niederlassungs- und Rechtsschutzabkommen vom 1. Dezember 1927 mit Griechenland (SR 0.142.113.721), Art. 10.

⁵⁵ Man denke nur etwa an den Bereich des Unterhaltsrechts: Haager Übereinkommen vom 24. Oktober 1956 über das auf Unterhaltsverpflichtungen gegenüber Kindern anzuwendende Recht (SR 0.211.221.431); New Yorker Übereinkommen vom 20. Juni 1956 über die Geltendmachung von Unterhaltsansprüchen im Ausland (SR 0.274.15); Haager Übereinkommen vom 15. April 1958 über die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen auf dem Gebiet der Unterhaltspflicht gegenüber Kindern (SR 0.211.221.432); Haager Übereinkommen vom 2. Oktober 1973 über das auf Unterhaltspflichten anzuwendende Recht (SR 0.211.213.01); Haager Übereinkommen vom 2. Oktober 1973 über die Anerkennung und Vollstreckung von Unterhaltsentscheidungen (SR 0.211.213.02); Lugano-Übereinkommen vom 30. Oktober 2007 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (SR 0.275.12) sowie verschiedene bilaterale Vereinbarungen.

⁵⁶ Das Ministerkomitee des Europarates gibt zahllose Empfehlungen heraus, und die Haager Konferenz für internationales Privatrecht hat insbesondere im Bereich des Kindesschutzes zahllose Leitfäden für eine angemessene Vorgehensweise bei der Anwendung von Staatsverträgen (insbesondere im Bereich der Kindesentführungen) verfasst.

⁵⁷ Vgl. dazu die summarische Zusammenstellung im Gutachten SCHWANDER (Fn. 4), 13 ff.

⁵⁸ Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht vom 18. Dezember 1987 (SR 291).

Bedeutung zu.⁵⁹ Angesichts der massiv gestiegenen Mobilität stellt sich hier die Frage, ob es noch zeitgemäss ist, neben dem Wohnsitz als hauptsächlichem Anknüpfungspunkt die Staatsangehörigkeit als subsidiäre Regelung beizubehalten, oder ob es nicht angemessen wäre, stattdessen auf den früheren Wohnsitz abzustellen und auf diese Weise die Bedeutung der Staatsangehörigkeit noch weiter zurückzubinden und sie einzig als Auffanganknüpfung aufrechtzuerhalten.⁶⁰

Schliesslich müsste geprüft werden, ob die Berücksichtigung des *renvoi*⁶¹ noch zeitgemäss erscheint oder ob er hier nicht zugunsten einer einfacheren Lösung abgeschafft werden sollte.⁶²

3.6.4 Internationales Zivilprozessrecht

Im Bereich des internationalen Kindesschutzes und des internationalen Unterhaltsrechts besteht ein dichtes Netz multilateraler Konventionen, in welchen der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit unter den Behörden eine grosse Bedeutung eingeräumt wird.⁶³ Bei Streitigkeiten vor Gericht regeln die Konventionen zum einen den zuständigen Staat,⁶⁴ zum anderen das jeweils anzuwendende Recht und die gegenseitige Anerkennung und Vollstreckung. Eine Sonderstellung nimmt die Haager Kindesentführungskonvention⁶⁵ ein: Hier geht es um die zuständigkeitsmässige Wiederherstellung des *status quo ante*, um sicherzustellen, dass kindesrechtlich relevante Verfahren vor Behörden jenes Staates durchgeführt werden, in welchem das Kind vor der Entführung seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte.

Zur Frage der zwischenstaatlichen Zuständigkeiten von Gerichten im übrigen Familienrecht gibt es keine multilateralen staatsvertraglichen Bestimmungen.⁶⁶ Das Lugano-Übereinkommen, dem in Europa eine zentrale Bedeutung zukommt und das zu einer deutlichen Trennung zwischen den meisten europäischen Staaten einerseits und dem Drittland andererseits führt, ist lediglich auf unterhaltsrechtliche Ansprüche anwendbar.⁶⁷ Trotzdem ist die Bedeutung dieses Instruments nicht zu unterschätzen: Als Dreh- und Angelpunkt eines einheitlichen Justizraums innerhalb Europas lädt es ein zur Frage, ob auch in jenen Belangen, die vom Staatsvertrag nicht abgedeckt sind, zwischen Euroausland und Drittland zu unterscheiden wäre – beispielsweise mit Bezug auf die Relevanz der Staatsangehörigkeit als Anknüpfungspunkt.⁶⁸

⁵⁹ Zum Ganzen Gutachten SCHWANDER (Fn. 4), 7 f.

⁶⁰ Vgl. Gutachten SCHWANDER (Fn. 4), 8.

⁶¹ Von einem *renvoi* spricht man, wo die vom IPRG berufene ausländische Rechtsordnung ihrerseits eine Rückverweisung auf das schweizerische materielle Recht vornimmt oder auf die Rechtsordnung eines Drittstaates weiterverweist. Art. 14 Abs. 1 IPRG weist die Gerichte an, Rück- und Weiterverweisungen dann zu beachten, wenn es das Gesetz vorsieht. In Statussachen ist dies der Fall (Art. 14 Abs. 2 IPRG).

⁶² Gutachten SCHWANDER (Fn. 4), 20.

⁶³ So sehen sowohl das Haager Kindesentführungsübereinkommen als auch die Europäische Sorgerechtskonvention, das Haager Adoptionsübereinkommen und das Haager Kindesschutzübereinkommen jeweils die Einrichtung nationaler Zentralbehörden vor, die die Handhabung internationaler Kindesschutzfälle über die nationalen Grenzen hinweg erleichtern sollen. Dasselbe gilt für das New Yorker Alimentenübereinkommen (Fn. 55).

⁶⁴ Innerhalb des Staates ist es in der Regel Sache des jeweiligen nationalen Rechts, die örtlich, sachlich und funktionell zuständige Behörde zu bezeichnen. Im Bereich des Unterhaltsrechts ist die Frage der direkten Zuständigkeit lediglich im LugÜ (siehe Fn. 66) geregelt, welches hier auch die örtliche Zuständigkeit bestimmt.

⁶⁵ Übereinkommen vom 25. Oktober 1980 über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung (SR 0.211.230.02).

⁶⁶ Die Frage der Anerkennbarkeit ausländischer Entscheidungen in familienrechtlichen Belangen wird von einzelnen bilateralen Abkommen abgedeckt.

⁶⁷ Vgl. Art. 1 Abs. 2 Bst. a und Art. 5 Nr. 2 LugÜ.

⁶⁸ Vgl. zu Letzterem Ziff. 3.6.3 hiavor.

4 Lebensbeziehungen unter Erwachsenen

4.1 Die Bedeutung der Ehe

Die Ehe ist in der Bundesverfassung nicht definiert. Nach bisheriger Rechtsprechung erfasst das Grundrecht auf Ehe gemäss Artikel 14 BV die staatlich geregelte, auf Dauer angelegte Lebensgemeinschaft eines Mannes und einer Frau.⁶⁹ Die Aufnahme einer Ehedefinition in der Bundesverfassung steht derzeit zur Debatte im Parlament. Die Räte haben entschieden, der Initiative gegen die Heiratsstrafe keinen Gegenvorschlag gegenüberzustellen. Gegenstand der Diskussion war jüngst ausserdem die Parlamentarische Initiative 13.468,⁷⁰ die verlangt, dass sowohl die Ehe als auch die registrierte Partnerschaft in Zukunft allen Paaren unabhängig von ihrem Geschlecht offenstehen soll.

Das Recht auf Ehe umfasst nicht nur ein Individualrecht, sondern auch eine *Institutsgarantie*. Diese Garantie bedeutet eine positive staatliche Gewährleistungspflicht, wonach der Gesetzgeber ein Eherecht vorsehen muss, das die Ehe schützt und in ihrer rechtlichen Ausgestaltung bewahrt. Der Erlass zivilrechtlicher Bestimmungen über Lebensgemeinschaften ausserhalb der Ehe würde allerdings nicht dazu führen, dass die Ehe als Institut ausgehöhlt würde.

4.2 Die eingetragene Partnerschaft

Eingetragene Partnerschaften unterscheiden sich von der Ehe, wenn auch nicht fundamental. Zu prüfen ist die Frage, ob die eingetragene Partnerschaft der Ehe gleichgestellt werden bzw. ob die Ehe auch gleichgeschlechtlichen Paaren geöffnet werden soll.

4.2.1 Allgemeines

Gleichgeschlechtliche Paare können seit dem 1. Januar 2007 ihre Partnerschaft eintragen lassen. Auf diese Weise können sie ihre Verbindung durch einen förmlichen Akt nach aussen erkennbar machen und ihr dadurch eine erhöhte Verbindlichkeit einräumen. Seit dem 1. Januar 2013 können eingetragene Partner auch einen gemeinsamen Namen wählen. In vermögensrechtlicher Hinsicht werden sie nach Regeln behandelt, die der eherechtlichen Gütertrennung entsprechen.⁷¹ Sie haben ausserdem die Möglichkeit, auf dem Weg eines öffentlich zu beurkundenden Vermögensvertrags für den Auflösungsfall die Errungenschaftsbeteiligung zu wählen.⁷² Dagegen sind sie nach wie vor von der Adoption und den fortpflanzungsmedizinischen Verfahren ausgeschlossen.⁷³

4.2.2 Die verfassungsmässigen Garantien

Nach noch herrschender Auffassung können sich eingetragene Partner nicht auf die Ehegarantie von Artikel 14 BV berufen, sondern lediglich auf das Diskriminierungsverbot nach Artikel 8 BV. Dieses können indessen sämtliche Personen für sich in Anspruch nehmen, unabhängig davon, für welche Lebensform sie sich entschieden haben. Es stellt sich allerdings die Frage, ob nicht für die eingetragene Partnerschaft eine Artikel 14 BV entsprechende *In-*

⁶⁹ BGE 126 II 425, 431.

⁷⁰ Parlamentarische Initiative 13.468 («Ehe für alle», Grünliberale Fraktion).

⁷¹ Vgl. Art. 18–24 PartG.

⁷² Vgl. Art. 25 PartG.

⁷³ Vgl. Art. 28 PartG.

stitutsgarantie geschaffen werden sollte. Es erscheint nicht konsistent, wenn den eingetragenen Partnerschaften nicht mehr grundrechtlicher Schutz zusteht als etwa einer Kommune, die sich ohne über Artikel 8 BV hinausgehenden Schutz zu einem gemeinsamen Leben zusammengefunden hat.

4.2.3 Verhältnis der eingetragenen Partnerschaften zur Ehe

Seit ihrer Einführung am 1. Januar 2007 hat der Gesetzgeber die eingetragene Partnerschaft weiter der Ehe angenähert, indem den eingetragenen Partnerinnen und Partnern namensrechtlich dasselbe Regime zur Verfügung gestellt wurde wie Ehegatten. Wie diese behalten sie ihren angestammten Namen, können sich aber auf die Führung eines gemeinsamen Namens einigen. Ein weiterer Schritt in die gleiche Richtung wird voraussichtlich mit Bezug auf die Stiefkindadoption erfolgen, für die der Bundesrat vorgeschlagen hat, die eingetragenen Partner den Ehegatten gleichzustellen. Betrachtet man die Entwicklung im Ausland, zeichnet sich ausserdem ab, dass der politische Druck zunehmen wird, die eingetragene Partnerschaft der Ehe gleichzustellen. Am Einfachsten könnte dies erfolgen, indem die Ehe auch für gleichgeschlechtliche Paare geöffnet würde.⁷⁴ Damit könnte die Gesetzgebung nicht nur mit Blick auf die Streichung des gesonderten Erlasses über die eingetragene Partnerschaft vereinfacht werden, sondern auch hinsichtlich der Zivilstände.⁷⁵

Auch wenn verschiedene ausländische Rechtsordnungen diesen Schritt in den letzten Jahren gegangen sind, ist sich der Bundesrat bewusst, dass hier auch grosse Widerstände bestehen.⁷⁶ Als Alternative denkbar wäre es deshalb auch, die eingetragene Partnerschaft nicht in der Ehe aufgehen zu lassen, sondern dem Institut *die gleichen Rechtswirkungen wie der Ehe* zuzuerkennen. Zu prüfen wäre hier insbesondere, ob nicht die Aufhebung des Adoptionsverbots und des Verbots des Zugangs zu fortpflanzungsmedizinischen Verfahren angemessen wäre. Mit Blick auf das Adoptionsverbot hat der Bundesrat bereits eine Annäherung der Rechtsstellung verheirateter und eingetragener Partnerinnen und Partner vorgeschlagen. Lediglich die gemeinschaftliche Adoption soll verheirateten Paaren vorbehalten bleiben.⁷⁷

4.3 Im Ausland geschlossene Ehen und ähnliche Institute

Im Ausland gültig geschlossene Ehen werden in der Schweiz grundsätzlich anerkannt. Sonderbestimmungen sind nur insoweit aufrechtzuerhalten, als sie den grundlegenden Wertevorstellungen der schweizerischen Rechtsordnung (ordre public) entsprechen.

4.3.1 Anerkennung ausländischer Ehen gleichgeschlechtlicher Partner

Gleichgeschlechtliche Paare, die im Ausland rechtsgültig eine Ehe geschlossen haben, werden nach geltendem Recht in der Schweiz als eingetragene Partnerschaften anerkannt.⁷⁸ Dies bedeutet, dass sie in sämtlichen Belangen, in denen schweizerisches Recht zur Anwendung gelangt, wie eine eingetragene Partnerschaft im Sinne des Partnerschaftsgesetzes behandelt werden. Welches Recht die gegenseitigen Rechte und Pflichten der Partner (Unter-

⁷⁴ Die Rechtskommission des Nationalrats hat am 20. Februar 2015 einer entsprechenden Parlamentarischen Initiative Folge gegeben, vgl. Parlamentarische Initiative 13.468 («Ehe für alle», Grünliberale Fraktion).

⁷⁵ Vgl. Ziff. 4.5.

⁷⁶ Vgl. etwa SUZETTE SANDOZ, Quelques thèses sur le mariage et autres formes de ménage commun, Fampra.ch 2014, 809 ff., 811 f.

⁷⁷ Vgl. Ziff. 5.7.2.

⁷⁸ Vgl. Art. 45 Abs. 3 IPRG.

halt, Rechte am Vermögen etc.) regelt, bestimmt sich nach den gleichen Regeln wie bei einer Ehe.⁷⁹ Kennt das von den betreffenden IPRG-Bestimmungen bezeichnete Recht keine gleichgeschlechtlichen Partnerschaften oder Ehen, gilt subsidiär schweizerisches Recht.⁸⁰ Würde die eingetragene Partnerschaft binnenrechtlich der Ehe gleichgestellt, könnte diese Sondernorm im Anerkennungsrecht aufgehoben werden.

4.3.2 Anerkennung ausländischer eingetragener Partnerschaften gemischtgeschlechtlicher Partner

Im Gegensatz zur Anerkennung ausländischer gleichgeschlechtlicher Ehen ist die Frage der Anerkennung ausländischer eingetragener gemischt-geschlechtlicher Partnerschaften im Gesetz nicht ausdrücklich geregelt und führt in der Praxis zu Schwierigkeiten.

Die herrschende Lehre befürwortet vorliegend die direkte oder zumindest analoge Anwendbarkeit der IPRG-Bestimmungen über eingetragene Partnerschaften⁸¹, sofern die betreffende gemischt-geschlechtliche Partnerschaft in ihren Wirkungen einer Ehe gleichkommt, wie dies etwa bei der registrierten Partnerschaft des niederländischen Rechts der Fall ist.⁸² Ebenfalls denkbar wäre die Qualifikation einer solchen Verbindung als Ehe.⁸³ Die Praxis wird diese Frage noch klären müssen.

Kommen einer ausländischen gemischt-geschlechtlichen registrierten Partnerschaft nach dem Recht des betreffenden Staats nur in beschränktem Umfang Ehwirkungen zu, wie etwa bei der belgischen *cohabitation*, können sie in der Schweiz nicht als eingetragene Partnerschaft oder gar als Ehe anerkannt und entsprechend auch nicht ins Zivilstandsregister eingetragen werden. Damit ist eine Anerkennung der jeweiligen Partnerschaft nicht grundsätzlich ausgeschlossen. Die Anerkennung kann aber nur dort praktische Bedeutung erlangen, wo das auf die einzelnen Rechtsbeziehungen der Partner (gegenseitige Vermögensrechte, Unterhalt, Erbrecht etc.) anwendbare Recht ihrer Verbindung irgendwelche Rechtswirkungen zuerkennt. Wo Schweizer Recht gilt, kann eine nicht ehegleiche Verbindung lediglich wie eine faktische Lebensgemeinschaft behandelt werden.⁸⁴ Diese Grundsätze gelten auch für andere formalisierte Lebensgemeinschaften, die durch einen staatlichen Akt begründet werden, wie beispielsweise den französischen PACS⁸⁵. Sie gelten zudem auch für nicht ehegleiche Verbindungen zwischen Personen gleichen Geschlechts.

Von den Gerichten noch zu klären sein wird, nach welchen IPRG-Bestimmungen die (im Sinne des vorangehenden Absatzes beschränkte) Anerkennbarkeit solcher Partnerschaften oder Lebensgemeinschaften und das auf ihre Rechtswirkungen anwendbare Recht zu ermitteln ist. Denkbar wäre etwa eine sinngemässe Anwendung des eherechtlichen Kapitels in Analogie zu Art. 65a IPRG. Ansonsten kommen hier v.a. die Bestimmungen des IPRG über Verträge in Betracht.

⁷⁹ Art. 65a IPRG.

⁸⁰ Art. 65c Abs. 1 IPRG.

⁸¹ Art. 65a–65d IPRG.

⁸² Vgl. LUKAS BOPP, Basler Kommentar IPRG, 3. Aufl., Art 65a N 7; ANDREAS BUCHER, Commentaire romand, Loi sur le droit international privé et Convention de Lugano, Basel 2011, Art. 65a–65d N 13 f., und MICHEL MONTINI, Premières expériences en rapport avec l'application de la loi fédérale sur le partenariat enregistré entre personnes de même sexe, Zeitschrift für Zivilstandswesen ZZW 2008, 99 ff.; je mit Hinw.

⁸³ Vgl. MONTIN (Fn.82), 100.

⁸⁴ Siehe dazu nachfolgend Ziff. 4.4.1.

⁸⁵ Siehe dazu nachfolgend Ziff. 4.4.7.

4.3.3 Keine Anerkennung polygamer Ehen – aber Rechtsschutz für Frauen und Kinder

Ob weitere Ehen einer bereits verheirateten Person, die im Ausland rechtsgültig geschlossen worden sind, in der Schweiz anerkannt werden können, ist in der Lehre umstritten.⁸⁶ Die überwiegende Lehrmeinung lehnt eine Anerkennung ab und begründet dies damit, dass andernfalls der schweizerische *ordre public* verletzt würde.

Eine andere Frage ist dagegen, ob und gegebenenfalls welche Wirkungen einer solchen im Ausland geschlossenen polygamen Ehe zukommen. Geht es um unterhaltsrechtliche oder erbrechtliche Belange, ist nicht von der Hand zu weisen, dass hinsichtlich der Zweit- und Mehrpartner (in der Regel handelt es sich um Frauen) ein Schutzbedürfnis besteht. Deshalb wird auch von den Vertreterinnen und Vertretern der *ordre public*-Widrigkeit eingeräumt, dass eine polygame Ehe vorfrageweise relevant sein und anerkennungsfähige Wirkungen entfalten kann. Mit Bezug auf Kinder aus polygamen Ehen ist dagegen festzuhalten, dass das schweizerische Recht grundsätzlich keinen Unterschied mehr zwischen ehelichen und ausserehelich geborenen Kindern macht. Es besteht daher kein Anlass (mehr), polygamen Ehen diesbezüglich eine Wirkung zuzuerkennen.

4.3.4 Anerkennung von Eheschliessungen mit Minderjährigen

In der Schweiz setzt eine Eheschliessung voraus, dass die Brautleute das 18. Altersjahr zurückgelegt haben.⁸⁷ Ausländischen Eheleuten war in der Schweiz nach dem bisherigen IPRG die Eheschliessung zu einem früheren Zeitpunkt gestattet, wenn dies den materiellen Regeln ihres Heimatstaates bzw. eines ihrer Heimatstaaten entsprach.⁸⁸ Eine im Ausland geschlossene Minderjährigenehe war in der Schweiz anzuerkennen, soweit nicht der *ordre public* eingriff. In früheren Einzelgutachten hatte das Bundesamt für Justiz festgehalten, dass Ehen mit Personen unter 16 Jahren die Anerkennung zu verweigern sei, sofern die betroffene Person nicht inzwischen das erforderliche Mindestalter erreicht habe. Im Rahmen der Bekämpfung von Zwangsehen beschloss das Parlament, Minderjährigenehen zu unterbinden.⁸⁹ Entsprechend unterstehen Eheschliessungen in der Schweiz nunmehr ausschliesslich schweizerischem Recht. Bei Minderjährigenehen, die im Ausland geschlossen worden sind, bedarf es einer Interessenabwägung: Bis zu einer allfälligen Ungültigerklärung durch das zuständige Gericht⁹⁰ sind solche Ehen anzuerkennen. In klaren Fällen, in denen angesichts des tiefen Alters der betroffenen Person oder angesichts der besonderen Umstände offensichtlich ist, dass die überwiegenden Interessen der Person und der Allgemeinheit gegen eine Aufrechterhaltung der Ehe sprechen, kann dieser bereits vorfrageweise die Anerkennung versagt werden.⁹¹

⁸⁶ Vgl. statt Vieler ANDREAS BUCHER, Commentaire romand, Loi sur le droit international privé et Convention de Lugano, Basel 2011, Art. 45 N 23–26.

⁸⁷ Art. 94 Abs. 1 ZGB.

⁸⁸ Art. 44 IPRG, in Kraft bis 30. Juni 2013.

⁸⁹ Vgl. Botschaft des Bundesrates zum Bundesgesetz über Massnahmen gegen Zwangsheiraten (nachfolgend: Botschaft Zwangsheiraten), BBl 2011, 2185 ff.

⁹⁰ Art. 105 Ziff. 6 ZGB.

⁹¹ Vgl. Botschaft Zwangsheiraten (Fn. 89) 2209.

4.3.5 Stellvertreterehen

In der Schweiz ist eine Eheschliessung, die mittels eines oder zweier Stellvertreter geschlossen wird, nicht zulässig, da die übereinstimmenden Willenserklärungen der persönlich anwesenden Brautleute für das Zustandekommen der Ehe konstitutiv sind. Eine in der Schweiz geschlossene Stellvertretereheliche ist somit *nichtig*.

Es verbleibt die Frage der Anerkennung einer im Ausland geschlossenen Stellvertretereheliche. Nach herrschender Doktrin verstösst eine solche Ehe an sich nicht gegen den schweizerischen *ordre public*, jedenfalls sofern die Vollmacht(en) gültig ist bzw. sind und sich die Ehegatten in der Folge als aus freiem Willen verheiratet betrachten.⁹²

4.3.6 Anerkennung rein vertraglicher oder faktischer Lebensgemeinschaften

Für rein vertragliche oder faktische Lebensgemeinschaften ist eine Anerkennung im Sinne von Art. 25 oder 45 IPRG nicht denkbar, da es an einem anerkennbaren behördlichen Akt fehlt. Dies schliesst indes nicht aus, dass man ihnen Rechtswirkungen zuerkennt. Die Frage beurteilt sich nach dem von den vertragsrechtlichen Bestimmungen des IPRG bezeichneten anwendbaren Recht.⁹³ Wird auf das schweizerische Recht verwiesen, gelten die Regeln über die faktische Lebensgemeinschaft.⁹⁴ Dies alles gilt auch für Lebensgemeinschaften, die in Form eines in einem bestimmten Staat gesetzlich vorgesehenen Vertragstyps eingegangen wurden.

4.3.7 Würdigung

Die Frage der Anerkennung von im Ausland geschlossenen Ehen und ähnlicher Institute bedarf nach Ansicht des Bundesrates keiner besonderen gesetzlichen Regelung. Vielmehr ermöglichen die geltenden allgemeinen Bestimmungen den Behörden, im Einzelfall eine angemessene Lösung zu treffen.

4.4 Die faktische Lebensgemeinschaft

Die faktische Lebensgemeinschaft wirft diverse Fragen auf. Eine Normierung für die Dauer ihres Bestehens wird soweit ersichtlich nicht allgemein gefordert, hingegen deren Berücksichtigung im Auflösungsfall. Die Aufnahme einer entsprechenden Regelung im Gesetz – auch unter bestimmten Bedingungen – wäre im Lichte der Privatautonomie besonders sorgfältig zu begründen. Zu prüfen ist dagegen die Einführung einer Härtefallklausel.

4.4.1 Allgemeines

Die zentrale Frage, die sich in der Diskussion um die Modernisierung des Familienrechts stellt, ist diejenige nach einer *positivrechtlichen Regelung der faktischen Lebensgemeinschaften*. Hier hat sich seit Erlass des ZGB nichts verändert: Nichteheleiche Lebensgemeinschaften werden im ZGB nicht erwähnt. Anders als dies bei der Position ausserehelicher Kin-

⁹² Vgl. dazu die Ausführungen in der Botschaft des Bundesrates zum Bundesgesetz über Massnahmen gegen Zwangsheiraten vom 23. Februar 2011, BBl 2011, 2185 ff., 2197 und ausführlicher in «Strafbarkeit von Zwangsheiraten und arrangierten Heiraten; Bericht des Bundesrates in Erfüllung des Postulates 05.3477 der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates vom 9.9.2005», 28 ff. m.w.H.

⁹³ Art. 116 ff. IPRG; siehe dazu auch Art. 150 Abs. 2 IPRG.

⁹⁴ Siehe dazu nachfolgend Ziff. 4.4.1.

der geschehen ist, hat der Bundesgesetzgeber die faktische Lebensgemeinschaft bislang zumindest zivilrechtlich keiner Regelung unterworfen.⁹⁵ Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zu den Scheidungsfolgen unter dem alten Artikel 153 ZGB (heute: Art. 130 ZGB) hat dem gefestigten Konkubinat lediglich insoweit Bedeutung zugemessen, als es eine bestehende nacheheliche Unterhaltsverpflichtung unter dem Titel des Rechtsmissbrauchsverbots erlöschen lässt.⁹⁶

Bei der Modernisierung des Familienrechts stellt sich die zentrale Frage, ob faktische Lebensgemeinschaften künftig gesetzgeberisch erfasst werden sollen und wenn ja, auf welche Weise. Betroffen sind dabei auch die Wertung der Ehe durch den Gesetzgeber sowie die Tragweite der verfassungsrechtlich garantierten Ehefreiheit. Die Frage berührt ferner die Dimensionen von Privatautonomie und Freiheit der Lebensplanung: Wie weit kann und darf bzw. muss der Bundesgesetzgeber die allenfalls bewusst und einvernehmlich getroffene Wahl eines Paares, keine Ehe eingehen zu wollen, respektieren?

4.4.2 Rechtsvergleichung

Gemäss dem Gutachten des SIR ist die faktische Lebensgemeinschaft – bis auf eine Ausnahme – in keiner der untersuchten Rechtsordnungen als familienrechtliches Institut gesetzlich geregelt.⁹⁷ Einzig Norwegen besitzt eine familienrechtliche Regelung, wonach eine Hausstandsgemeinschaft besonderen Regeln unterworfen ist. Diese bezieht sich allerdings nicht nur auf einen Lebenspartner, sondern auf sämtliche Mitbewohnerinnen und Mitbewohner innerhalb eines Haushalts.

Gleichwohl nimmt überall die Zahl derjenigen Paare zu, die ohne Trauschein zusammenleben. Damit wächst auch das Bedürfnis nach zumindest punktuellen Regelungen für solche Partnerschaften. Dies betrifft einerseits Partnerschaften ohne Kinder: Hier stellen sich einmal Fragen zu gegenseitigen Rechten und Pflichten für die Zeit während der Partnerschaft. In erster Linie geht es aber um die Regelung der Beendigung der Beziehung, insbesondere um den Unterhalt und um erbrechtliche Ansprüche. Sofern Kinder vorhanden sind, besteht zusätzlich das Bedürfnis nach einer Regelung der Eltern-Kind-Beziehungen, insbesondere der elterlichen Sorge, des Unterhalts sowie der erbrechtlichen Ansprüche.

Insbesondere unter dem Gesichtspunkt des Kindeswohls haben immer mehr Rechtsordnungen Regelungen zu diesen Punkten getroffen. Gleichzeitig ist aber auch eine gewisse Zurückhaltung im Hinblick auf eine besondere familienrechtliche Regelung der faktischen Lebensgemeinschaft zu spüren. Die Tendenz geht zumindest in den untersuchten Rechtsordnungen dahin, dem gesellschaftlichen Wandel entsprechend vereinzelte Aspekte des täglichen Zusammenlebens nichtverheirateter Paare punktuell gesetzlich zu regeln. Dabei lässt sich in den meisten Ländern auch beobachten, dass die Rechtsprechung sich darum bemüht, bestehende Regelungslücken zu schliessen.

Schliesslich verweist das Gutachten SCHWENZER auf die Lösungen in Neuseeland und den australischen Provinzen und Territorien, in welchen an die gelebte Realbeziehung weitgehend der Ehe entsprechende Rechtsfolgen angeknüpft werden, den Partnerinnen und Partnern jedoch die Möglichkeit eingeräumt wird, mittels eines sogenannten *opting-out* diese Rechtsfolgen für sich abzulehnen.⁹⁸

⁹⁵ Vgl. zu den Rechtswirkungen der faktischen Lebensgemeinschaft im Einzelnen MICHELLE COTTIER, Ein zeitgemässes Erbrecht für die Schweiz, Bericht zur Motion 10.3524 Gutzwiller «Für ein zeitgemässes Erbrecht» zuhanden des Bundesamts für Justiz, successio Sonderheft 2014, 29 ff., 30.

⁹⁶ Siehe beispielsweise BGE 118 II 235.

⁹⁷ Vgl. Gutachten SIR (Fn. 3), 13 f.

⁹⁸ Vgl. Gutachten SCHWENZER (Fn. 2), 14; rechtsvergleichend auch COTTIER (Fn. 95), 33.

Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass verschiedene Rechtsordnungen Regulierungen außerhalb des Familienrechts kennen, die das Zusammenleben berücksichtigen und darauf hinauslaufen, im Ergebnis faktische Lebensbeziehungen – zumindest punktuell – gleich zu behandeln wie Ehen. Zu erwähnen sind steuerrechtliche Regelungen in Österreich und in Frankreich, sozialrechtliche Bestimmungen in Frankreich und Deutschland sowie ein Entscheid des deutschen Bundesgerichtshofs vom 5. Februar 2013, das Familienprivileg des Sozialversicherungsrechts auf dem Weg der Analogie auf nichteheliche Lebensgemeinschaften auszudehnen.⁹⁹

4.4.3 Grundsätzliche Überlegungen

Solange ein Paar faktisch zusammenlebt, besteht im Allgemeinen kein rechtlicher Regelungsbedarf. Zwar wird vereinzelt eine Gleichstellung der faktischen Lebensbeziehungen mit der Ehe verlangt;¹⁰⁰ aufgrund des fehlenden Ehewillens einer oder beider Parteien wirkt dies als Eingriff in die Parteiautonomie aber grundlegende Bedenken auf. Hingegen wird geltend gemacht, dass den realen Gegebenheiten im Krisenfall, wie etwa bei einer schwerwiegenden Erkrankung einer Partnerin oder eines Partners, nicht genügend Rechnung getragen wird, und dass es hier für die oder den anderen rechtliche Absicherungen brauche. Das gleiche Problem stellt sich im Fall des Scheiterns einer faktischen Lebensbeziehung oder deren Auflösung durch Tod. Dass die Paare solche Aspekte heute schon mit entsprechenden Vereinbarungen selbst regeln können, wird von einem gewichtigen Teil der Lehre nicht als befriedigend angesehen. Vielmehr müsse der Gesetzgeber tätig werden und für eine angemessene Regelung sorgen.¹⁰¹

Paare in einer faktischen Lebenspartnerschaft können bereits unter geltendem Recht ihre Beziehung im Rahmen einer *vertraglichen Vereinbarung* regeln. Auch für den Todesfall stellt die Rechtsordnung mehrere Instrumente zur Verfügung, die es erlauben, den Nachlass im Rahmen der Verfügungsfreiheit nach eigenen Vorstellungen zu regeln. Trotzdem wird die Forderung erhoben, dass der Gesetzgeber gesetzliche Bestimmungen für den Fall der Auflösung der faktischen Lebenspartnerschaft schaffen soll. Dies vor allem, weil viele Personen ihren Nachlass nicht rechtzeitig ordnen, obwohl sie dies eigentlich tun wollen. Eine gesetzliche Regelung der faktischen Lebensgemeinschaft würde dabei zwei Defizite der bestehenden Situation auffangen: Einerseits würde so Verantwortung für die getroffene Lebensentscheidung eingefordert, andererseits die wirtschaftlich schwächere Partei vor ungewollten Folgen geschützt.

4.4.4 Wann liegt eine faktische Lebenspartnerschaft vor?

Da es bei der faktischen Lebensgemeinschaft an einem nach Aussen manifestierten förmlichen Akt fehlt, braucht es anderweitige Kriterien. Knüpft man finanzielle Ansprüche an das Bestehen einer faktischen Gemeinschaft, führen unklare Kriterien zu Streitigkeiten und Gerichtsverfahren. Nur wenn die Kriterien objektiv nachvollziehbar und erkennbar sind, sind auch Vorhersehbarkeit und Rechtssicherheit gewährleistet.

Ein naheliegendes Anknüpfungskriterium ist das *Zusammenleben in einem gemeinsamen Haushalt*. Es hätte den Vorteil der einfachen Überprüfbarkeit, schützt aber nicht vor zufälligen Abgrenzungen: Wie wäre beispielsweise ein Paar einzustufen, das zwar weitgehend zusammenlebt und sich gegenseitig unterstützt, aber getrennt wohnt? Zu berücksichtigen wäre

⁹⁹ Für Nachweise und Details vgl. Gutachten SIR (Fn. 3), 15.

¹⁰⁰ Vgl. Gutachten SCHWENZER (Fn. 2), 11 ff.

¹⁰¹ So insbesondere COTTIER (Fn. 95), 35 ff. mit zahlreichen Nachweisen in Fn. 63.

auch der Umstand, dass eine solche faktische Lebensbeziehung strengere Kriterien erfüllen müsste als die Ehe selber, denn für diese wird ein Zusammenleben der Ehegatten nicht verlangt. Diesem Aspekt könnte begegnet werden, indem man bei einem gemeinsamen Haushalt von der *Vermutung einer faktischen Lebenspartnerschaft* ausginge. Die Parteien könnten diese Vermutung umstossen oder ablehnen (*opt-out*); sie wären zudem frei, den Bestand der faktischen Lebenspartnerschaft anderweitig nachzuweisen.

Denkbar wäre ferner ein Abstellen auf *innere Tatsachen und Überzeugungen*. Diese sind aber schwer nachzuweisen und würden daher gerichtliche Auseinandersetzungen begünstigen. Sodann wären auch hier Inkonsistenzen vorprogrammiert: Durch den Umstand, dass die Ehe als Institution keinen umfassenden Schutz (mehr) geniesst und auf einseitiges Begehren hin – nach Ablauf einer gesetzlichen Trennungsfrist – aufgelöst werden kann, haben die Treue- und Beistandspflicht als massgebende Parameter für die Ehe weitgehend an Bedeutung verloren.¹⁰² Warum sollten sie dann ausgerechnet für Paare, die keine Ehe geschlossen haben, dermassen relevant sein?

Denkbar wäre schliesslich das Abstellen auf den Umstand, dass einer der Partner einen *erheblichen Beitrag an die gemeinsame Lebensführung* geleistet hat, sei dies in Form einer Geld- oder einer anderweitigen Leistung (insbesondere durch Betreuung der anderen Partnerin oder des anderen Partners). Dabei handelt es sich zwar um schwierige, aber grundsätzlich um objektiv nachweisbare Umstände, auch wenn diese mit erheblicher Unsicherheit behaftet und abhängig von den jeweiligen wirtschaftlichen Verhältnissen und den Umständen der Betroffenen sind. Wann von einem erheblichen Beitrag ausgegangen werden müsste, wäre zu definieren. Bereits hier wird deutlich, dass ein solches Modell auf generell-abstrakter Ebene nur beschränkt geregelt werden könnte; vielmehr müsste es im Einzelnen durch die Rechtsprechung konkretisiert werden. Dem Modell haftet zudem der Mangel an, dass es ausgerechnet jene Konstellationen anspricht, in welchen – gestützt auf allgemeine Rechtsgrundsätze – in der Regel ohnehin vertragliche oder quasivertragliche Ansprüche geltend gemacht werden könnten.

Die vorangehenden Ausführungen machen deutlich, dass die Definition der faktischen Lebenspartnerschaft eine grosse Herausforderung ist. Als einzig befriedigendes Kriterium erscheint hier aus der Sicht des Bundesrates die Führung eines gemeinsamen Haushalts in Betracht zu kommen. Dies ist denn auch die Lösung, für die sich der Bundesrat im Rahmen der Botschaft zur Revision des Adoptionsrechts entschieden hat.¹⁰³

4.4.5 Analoge Anwendung der eherechtlichen Bestimmungen auf die faktische Lebenspartnerschaft?

Am Einfachsten wäre es, die faktischen Lebensgemeinschaften unter gewissen Voraussetzungen den eherechtlichen Bestimmungen zu unterstellen. Die verfassungsmässig garantierte Ehefreiheit beinhaltet allerdings nicht nur eine positive Komponente, sondern umfasst auch die Freiheit, *nicht* heiraten zu müssen. Für eine gültige Eheschliessung bedarf es des freien Willens beider Brautleute, gemeinsam die Ehe eingehen zu wollen.

Die Gründe, aus denen ein Paar oder zumindest eine der beiden Personen auf eine Ehe verzichtet, sind vielfältig. So führen Lebensgefühle, Freiheitsbedürfnisse, Non-Konformismus und Auffassungen über die Stellung des Individuums in der Gesellschaft zu einer Vielzahl von legitimen Lebensentwürfen ausserhalb der traditionellen Ehe. Ein Verzicht mag bewusst

¹⁰² Die Verletzung dieser Pflichten haben konsequenterweise auch keinerlei Auswirkungen, wenn es in der Folge zu einer Auflösung der Ehe kommt.

¹⁰³ Botschaft Adoptionsrecht (Fn. 37), 901 ff.

und konsensual erfolgen, er kann aber auch darauf zurückzuführen sein, dass die Partnerinnen und Partner unterschiedliche Ansichten haben und der für die Ehe nötige Konsens nicht zustande kommt oder dass das betreffende Paar sich noch nicht abschliessend für oder gegen eine Ehe entschieden hat. Vor diesem Hintergrund erscheint es problematisch, von Gesetzes wegen an faktische Partnerschaften schematisch eheähnliche Rechtswirkungen zu knüpfen; der Gesetzgeber darf Paare nicht in eine «Zwangsehe» drängen.¹⁰⁴ Grundsätzlich sollte es deshalb weiterhin den Betroffenen überlassen bleiben, ihre Verhältnisse so zu regeln, wie sie es wünschen, dies unter Ausnahme der Kinderbelange. Unter Berücksichtigung dieser Vorgabe kann eine allfällige gesetzliche Regelung auf zwei Arten zur Anwendung gelangen: Entweder über ein *opt-in* oder über ein *opt-out*-Modell.

4.4.6 *Opt-in oder opt-out-Modell?*

Verschiedene Autorinnen und Autoren verlangen für den Fall des Scheiterns einer faktischen Lebensgemeinschaft eine analoge Anwendung der eherechtlichen Grundsätze. Dabei kommt entweder ein *opt-in* oder ein *opt-out*-Modell in Betracht:

- In Umsetzung des Grundsatzes der Freiheit der Lebensgestaltung wäre die Einführung eines *opt-in*-Modells zu erwägen.¹⁰⁵ Ein *opt-in* setzt voraus, dass das Paar sich dem betreffenden gesetzlichen Regime unterstellen will. Unter die gesetzlichen Bestimmungen über die faktische Lebensgemeinschaft fielen nur Beziehungen, bei denen sich beide Personen ausdrücklich zur entsprechenden Regelung bekannt haben. Die Schwierigkeit besteht darin, dass dort, wo sich eine der beiden Personen weigert, eine Ehe oder eine eingetragene Partnerschaft zu schliessen, die Gefahr besteht, dass sie oder er wohl auch keine *opt-in* Erklärung abgeben wird. Es würden wiederum Situationen entstehen, bei denen aus objektiver Sicht ein Schutzbedürfnis bestünde, das aber nicht befriedigt werden könnte, da vorgängig kein Konsens für ein *opt-in* zustande gekommen ist. Das bestehende Regelungsdefizit bliebe damit zumindest teilweise bestehen. Das Beispiel des französischen PACS zeigt allerdings, dass ein solches Modell in der Praxis trotz dieser Bedenken sehr erfolgreich sein kann.
- Um solche Probleme zu vermeiden, wird teilweise die Einführung eines *opt-out*-Modells diskutiert.¹⁰⁶ Paare, die während einer bestimmten Zeit (beispielsweise drei Jahre) einen gemeinsamen Haushalt führen, würden so automatisch unter die gesetzlichen Bestimmungen der faktischen Lebensgemeinschaft fallen, es sei denn, sie würden ausdrücklich erklären, dies nicht zu wollen. Hier könnte das *opt-out* durch eine der beiden Personen ausreichen, um eine Verbindlichkeit der Regeln auszuschliessen; alternativ wäre zu prüfen, ob nicht die Erklärung *beider* Personen für die betreffende Rechtsfolge voraussetzen wäre.

4.4.7 *Exkurs: Der Pacte civil de solidarité (PACS) nach französischem Recht*

In Frankreich feierte am 13. Oktober 2014 der *pacte civil de solidarité (PACS)* sein 15-jähriges Bestehen.¹⁰⁷ Der PACS ist ein zivilrechtlicher Vertrag, der im französischen *Code Civil*

¹⁰⁴ Vgl. REGINA E. AEBI-MÜLLER, Ein neues Familienrecht für die Schweiz? Ein kritischer Blick auf das Reformprojekt, Fampra.ch 2014, 818 ff., 826 f.; vgl. auch BÜCHLER (Fn. 39), 799.

¹⁰⁵ Vgl. dazu BÜCHLER (Fn. 39), 800 f.

¹⁰⁶ Vgl. dazu AEBI-MÜLLER (Fn. 104), 829; BÜCHLER (Fn. 39), 801; FOUNTOLAKIS (Fn. 165), 876, alle m.w.H.

¹⁰⁷ Auch verschiedene andere europäische Rechtsordnungen kennen vergleichbare eingetragene Partnerschaften, die sowohl gleich- als auch verschiedengeschlechtlichen Paaren offenstehen, so Andorra, Belgien, Estland, Gibraltar, Luxemburg, Malta und die Niederlande.

geregelt ist. Er ermöglicht zwei erwachsenen (nicht näher miteinander verwandten und unverheirateten) Personen *verschiedenen oder gleichen Geschlechts* die rechtliche Organisation ihres Zusammenlebens. Er betrifft ausschliesslich den Status des Paares und begründet keine familiären Bindungen. Insbesondere gilt für Kinder, die während des *PACS* ihrer Eltern geboren werden, keine Vermutung der Vaterschaft des Lebenspartners der Mutter.

Während im Jahr 2000 noch rund ein Viertel der neu geschlossenen *PACS* gleichgeschlechtliche Paare betraf (5'412 von 22'271), wurden 2013 über 95 % der neu geschlossenen *PACS* von verschiedengeschlechtlichen Paaren geschlossen (von 168'223 *PACS* betrafen nur 6'057 gleichgeschlechtliche Paare). Zu erinnern ist daran, dass der *PACS* bis zur Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare im Mai 2013 die einzige gesetzlich geregelte Rechtsform für gleichgeschlechtliche Beziehungen bildete. Heute macht der *PACS* in Frankreich 41% aller rechtlich formalisierten Paarbeziehungen aus. Während die Zahl der Heiraten zwischen 1999 und 2013 rückläufig war (von jährlich 293'544 auf 238'000), verdreissigfachte sich die Anzahl der *PACS* im gleichen Zeitraum nahezu (von 6'151 auf 168'223). Auch hinsichtlich der Stabilität ist der *PACS* ein Erfolg: Während 1999 auf 6'151 neugeschlossene *PACS* sieben Auflösungen kamen, fielen 2013 auf 168'223 neugeschlossene *PACS* 53'655 Auflösungen. Dies entspricht einer Auflösungsrate von rund einem Drittel.¹⁰⁸ Bei den Ehen betrug das Verhältnis zwischen Scheidungen (121'849) und Eheschliessungen (238'000) im Jahr 2013 51 %.

Ein *PACS* kann vor dem Amtsgericht oder vor dem Notar geschlossen werden. Die Formalitäten sind dabei einfach gehalten. Dies gilt auch für die Auflösung. Eine gemeinsame oder auch einseitige Erklärung, die der anderen Lebenspartnerin oder dem anderen Lebenspartner durch einen Gerichtsweibel zugestellt wird, genügt. Wenn eine Lebenspartnerin oder ein Lebenspartner verstirbt oder wenn eine oder beide Personen heiraten, endet der *PACS* von Gesetzes wegen.

Mit einem *PACS* verpflichten sich die Beteiligten, sich im Rahmen ihres Zusammenlebens nach Kräften zu unterstützen, beispielsweise im Fall von Krankheit oder Arbeitslosigkeit. Dies gilt auch in materiellen Belangen. Für Verbindlichkeiten, die die Lebenspartnerinnen und Lebenspartner für die Bedürfnisse des täglichen Lebens eingehen, haften sie solidarisch. Grundsätzlich berührt der *PACS* die Eigentumsverhältnisse der Partnerin oder des Partners nicht. Jeder Partner bzw. jede Partnerin bleibt Alleineigentümer des Vermögens, das er oder sie vor Abschluss des *PACS* besass bzw. während dessen Dauer erwirbt.

Der Abschluss eines *PACS* hat keinen Einfluss auf die Namensführung des Paares. Wird ein *PACS* mit einer ausländischen Lebenspartnerin oder einem ausländischen Lebenspartner eingegangen, berechtigt dies letztere oder letzteren nicht automatisch zur Wohnsitznahme in Frankreich. Der *PACS* bildet aber ein Element in der Beurteilung der persönlichen und familiären Bindungen, auf die bei der Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung in Frankreich abgestellt wird.

Ist nur eine der beiden Personen im Mietvertrag über die gemeinsame Wohnung aufgeführt und verlässt diese die Wohnung oder stirbt sie, so kann die andere Lebenspartnerin oder der andere Lebenspartner die Übertragung des Mietverhältnisses verlangen. Verstirbt die Person, die Eigentümerin der gemeinsamen Wohnung ist, hat die überlebende Lebenspartnerin oder der überlebende Lebenspartner von Gesetzes wegen das Recht, die Wohnung samt Möbel während eines Jahres kostenlos weiter zu nutzen.

Im sozialversicherungsrechtlichen Bereich verleiht der *PACS* dem Paar gewisse Ansprüche im Fall von Krankheit, Mutterschaft oder Tod. Unter gewissen Voraussetzungen kann die

¹⁰⁸ Vgl. zum Ganzen «*Le pacs a 15 ans*», Le Figaro vom 14. Oktober 2014, abrufbar unter: www.lefigaro.fr/actualite-france/2014/10/14/01016-20141014ARTFIG00264-le-pacs-a-15-ans.php.

überlebende Person im Todesfall der anderen Lebenspartnerin oder des anderen Lebenspartners Renten- und Kapitalansprüche geltend machen. Umgekehrt verliert, wer einen PACS eingeht, vorbestehende Witwen- bzw. Witwerrenten, aber auch Ansprüche auf staatliche Alleinerziehendenunterstützung. Zur Bemessung der Höhe von Familienzulagen, Wohnkostenzulagen und Invalidenrenten wird auf die gesamten Einkünfte des Haushalts des Paares abgestellt. Dies kann dazu führen, dass der Anspruch auf solche Leistungen nach Abschluss eines PACS entfällt.

Schliesslich gewährt das französische Arbeitsrecht Personen, die einen PACS eingegangen sind, gewisse Rechte beim Bezug von Freitagen und Ferien. In der öffentlichen Verwaltung haben sie darüber hinaus gewisse Vorrechte bei Versetzungen der anderen Lebenspartnerin oder des anderen Lebenspartners. Das französische Steuerrecht unterstellt diese Personen *zudem* der gemeinsamen Veranlagung und räumt ihnen im Bereich der Erbschafts- und Schenkungssteuern gewisse Erleichterungen ein, die mit denjenigen von Ehegatten vergleichbar sind.

4.4.8 Würdigung

Die vorangehenden Ausführungen machen deutlich, dass sämtliche diskutierten Modelle gewisse Schwächen aufweisen. Eine automatische Unterstellung faktischer Lebensgemeinschaften unter die eherechtlichen Bestimmungen (bzw. die Bestimmungen der eingetragenen Partnerschaft im Falle eines gleichgeschlechtlichen Paares) kann – je nach Konstellation – das Recht des Einzelnen verletzen, sich eigenverantwortlich ein Regime für das Zusammenleben auszusuchen. Aber auch die beiden Wahlmodelle *opt-in* bzw. *opt-out* können dazu führen, dass jeweils Beziehungen einer Regelung unterstehen, ohne dass dies in jedem Fall beabsichtigt wäre (*opt-out*) bzw. keiner Regelung unterstehen, obwohl dies eigentlich erwünscht wäre (*opt-in*).

Aufgrund des Erfolgs des PACS – vor allem bei verschiedengeschlechtlichen Paaren als Alternative zur Ehe – erscheint es prüfenswert, ob ein entsprechendes Rechtsinstitut auch in der Schweiz einem Bedürfnis entspricht und als sinnvolle Ergänzung der bestehenden Rechtsinstitute in Betracht kommen könnte. Das schweizerische Zivilrecht kennt heute keine Rechtsfigur, die mit dem PACS vergleichbar wäre oder ähnliche Bedürfnisse abdeckt. Die Anzahl unverheirateter Paare in der Schweiz ist hoch und im Steigen begriffen. Ein *pacte de solidarité* schweizerischer Prägung müsste sich klar von der Ehe bzw. der eingetragenen Partnerschaft abgrenzen. In seiner Grundidee müsste er sich darauf konzentrieren, die täglichen Angelegenheiten und das Zusammenleben des Paares rechtlich zu vereinfachen. Seine Wirkungen müssten auf die Dauer der Partnerschaft beschränkt sein. Mit der Einführung eines solchen *pacte de solidarité* könnten namentlich folgende Ziele angestrebt werden:

- Erstens könnte er eine (nach innen erklärte und gegen aussen behördlich registrierte) horizontale Solidarität zwischen den beiden beteiligten Personen begründen, indem er eine gegenseitige Unterstützungspflicht in den Bedürfnissen des täglichen Lebens vorsehen könnte.
- Zweitens könnte ein solcher *pacte de solidarité* dem Zusammenleben eines Paares auch im Verhältnis zu Dritten klarere rechtliche Konturen und eine gewisse Vorhersehbarkeit verleihen. Diese wären im Vergleich zur Ehe und zur eingetragenen Partnerschaft bewusst weniger umfassend. Zu weitgehende Möglichkeiten bei der Anpassung bzw. Individualisierung eines PACS im Einzelfall würden allerdings die Rechtssicherheit und Transparenz gegenüber Dritten wieder schmälern. Eine gewisse Einheitlichkeit wäre deshalb wünschbar.

- Drittens könnte ein solcher *pacte de solidarité* Paaren gleichen und unterschiedlichen Geschlechts einen dritten Weg zwischen Ehe und eingetragener Partnerschaft einerseits und der faktischen Lebensgemeinschaft andererseits öffnen. Sein Hauptmerkmal wäre die Möglichkeit, einem persönlichen Engagement gewisse Rechtswirkungen zu geben, ohne damit derart intensive und in die nach-partnerschaftliche Zukunft hineinwirkende Verpflichtungen zu erzeugen wie bei der Ehe bzw. der eingetragenen Partnerschaft.

Damit ein solcher *pacte de solidarité* die rechtlichen Alltagsbedürfnisse eines Paares tatsächlich erfüllen könnte, wären folgende inhaltliche Merkmale in Erwägung zu ziehen:

- Kern des Instituts könnte die Pflicht zur Leistung von Beistand und zur gegenseitigen Unterstützung während der Dauer des *pacte de solidarité* bilden. Dies könnte auch die Vertretungsbefugnis und die solidarische Haftung gegenüber Dritten für Verbindlichkeiten aus Rechtsgeschäften des täglichen Bedarfs umfassen.
- Denkbar wären zweitens Vorschriften zur privilegierten Behandlung der gemeinsamen Wohnung. Dazu gehören könnte die Einführung einer Pflicht des Vermieters, die Kündigung des Mietvertrags sowohl der Partnerin als auch dem Partner zukommen zu lassen und eines Rechts der überlebenden Lebenspartnerin oder des überlebenden Lebenspartners, im Todesfall der oder des andern in den Mietvertrag über die gemeinsam bewohnte Wohnung einzutreten. Sofern die gemeinsame Wohnung der verstorbenen Partnerin oder dem verstorbenen Partner gehört, könnte die Möglichkeit einer Nutzniessung der überlebenden Partnerin oder des überlebenden Partners während einer gewissen Zeitdauer in Erwägung gezogen werden.
- Zur Diskussion zu stellen wäre drittens ein gesetzliches Besuchs- und Informationsrecht der Partnerin oder des Partners in medizinischen Belangen und in Einrichtungen des Straf- und Massnahmenvollzugs sowie eine ärztliche Konsultationspflicht der einen Partnerin oder des einen Partners bei Handlungsunfähigkeit der oder des anderen. Im Verfahrensrecht vorgesehen werden könnte sodann ein Zeugnisverweigerungsrecht zu Gunsten der Partnerin bzw. des Partners.

Wie weit auch im Bereich des Steuer- und des Sozialversicherungsrechts Ansprüche bzw. Erleichterungen zugunsten der Partnerinnen und Partner wünschbar wären, bliebe zu prüfen.

Wollte man einen solchen *pacte de solidarité* bewusst gegenüber der Ehe bzw. der eingetragenen Partnerschaft abgrenzen, würden nach-partnerschaftliche Unterhaltsverpflichtungen, ein gesetzliches Erbrecht und Kinderbelange wohl ebenso wenig zu seinem Kernbestand gehören wie nach-partnerschaftliche Ansprüche aus Güterrecht und auf Teilung von Ansprüchen bei Einrichtungen der beruflichen Vorsorge. Den Partnerinnen und Partnern sollte es allerdings ermöglicht werden, solche Ansprüche auf freiwilliger Basis zu begründen, wie dies teilweise bereits heute der Fall ist, zum Beispiel im Hinblick auf die 2. Säule und das Erbrecht.

Ob im schweizerischen Familienrecht tatsächlich ein Bedürfnis nach einem zusätzlichen Rechtsinstitut zwischen der faktischen Lebensgemeinschaft und der Ehe bzw. der eingetragenen Partnerschaft besteht, kann erst eine breite politische Debatte zeigen.

Schliesslich sollte darauf geachtet werden, die Zahl der familienrechtlichen Institute nicht unnötig zu vergrössern. Sofern der PACS als Alternative zur Ehe geschaffen würde, hätten verschiedengeschlechtliche Partner die Wahl zwischen der umfassend regulierten Ehe und einer bloss teilweise geregelten Partnerschaft (PACS). Mit Blick auf das Diskriminierungsverbot wäre zudem zu prüfen, ob diese Wahlmöglichkeit nicht auch gleichgeschlechtlichen Partnerschaften zur Verfügung stehen müsste.

Unabhängig davon, ob es beim *status quo* bleibt oder ob sich Paare als Alternative zur Ehe einem neuen Institut unterstellen können, wird es Partnerschaften geben, die keinem besonderen Regime unterstehen, bei denen aber für den Fall der Auflösung dennoch ein Bedürfnis nach einem finanziellen Ausgleich besteht. Der Bundesrat erachtet es als notwendig, für solche Fälle die *Einführung einer zivilrechtlichen Härtefallregelung* zu prüfen. Eine solche könnte etwa dann zur Anwendung kommen, wenn zwischen den Partnerinnen und Partnern ein erhebliches (wirtschaftliches) Ungleichgewicht besteht und die eine Partnerin oder der eine Partner für die Gemeinschaft erhebliche Unterstützungsleistungen erbracht hat. Weiter müsste wohl vorausgesetzt werden, dass Partnerin oder der Partner durch die Beendigung der Gemeinschaft in finanzielle Schwierigkeiten gerät. Als Rechtsfolge wäre in diesen Fällen eine gerichtlich festzusetzende finanzielle Kompensation vorzusehen.

4.5 Die Zivilstandsbezeichnungen

Zur Modernisierung des Familienrechts gehört es, über eine Vereinfachung der Zivilstandsbezeichnungen nachzudenken. Soweit eingetragene Partnerschaften in ihrer rechtlichen Stellung weiter der Ehe angenähert werden, besteht kein Anlass für unterschiedliche Bezeichnungen mehr. Die Zivilstandsbezeichnungen könnten allgemein vereinfacht werden.

4.5.1 Allgemeines

Der Zivilstand bezeichnet die Stellung einer Person innerhalb der Rechtsordnung, die sich aus den Merkmalen des Familienrechts ergibt, einschliesslich ihres Namens.¹⁰⁹ Die Schweiz kennt zurzeit die Zivilstände «Ledig», «Verheiratet», «Geschieden», «Verwitwet», «Unverheiratet», «In eingetragener Partnerschaft» sowie «Aufgelöste Partnerschaft», (mit separater Angabe zum Auflösungsgrund: «Gerichtlich aufgelöste Partnerschaft», «Durch Tod aufgelöste Partnerschaft» und «Durch Verschollenerklärung aufgelöste Partnerschaft»).

4.5.2 Funktion der Zivilstände

In der Rechtsordnung werden verschiedene Rechte und Pflichten (beispielsweise die Witwen- und Witwerrente oder steuerrechtliche Folgen für Ehegatten) an das Bestehen oder Nichtbestehen einer rechtlich normierten Beziehung geknüpft. Als Nachweis des Bestehens oder Nichtbestehens einer Beziehung dient der Zivilstand, so wie er im Zivilstandsregister geführt wird. Die aus dem Zivilstandsregister erstellten Zivilstandsdokumente ermöglichen einen schnellen und eindeutigen Nachweis. Dieses System hat sich namentlich im Sozialversicherungs- und Familienrecht bewährt und garantiert sowohl auf nationaler wie auch internationaler Ebene effiziente und sichere Abläufe.

Anhand der Funktion der Zivilstände, respektive der Rechte und Pflichten, welche daran geknüpft sind, lassen sich die heutigen Zivilstände in drei Gruppen fassen:

- In einer ersten Gruppe können die Zivilstände «Ledig», «Geschieden», «In aufgelöster Partnerschaft» und «Unverheiratet» zusammengefasst werden. Ausser in gewissen Ausnahmefällen im Sozialversicherungsrecht geht es hier im Wesentlichen darum, den Unterschied zu verheirateten und in einer eingetragenen Partnerschaft lebenden Personen festzuhalten. Für diese Zivilstände gelten weitgehend die gleichen Regeln.

¹⁰⁹ Vgl. zum Ganzen Bericht des Bundesrates zum Postulat 12.3058 («Prüfung einer möglichen Änderung der Zivilstandsbezeichnungen», Hodgers), abrufbar unter: <http://www.ejpd.admin.ch/dam/data/bj/aktuell/news/2014/2014-10-08/ber-br-d.pdf>.

- In einer zweiten Gruppe finden sich die Bezeichnungen «Verheiratet» und «In eingetragener Partnerschaft». Die Rechtsfolgen, welche an die Ehe und die eingetragene Partnerschaft geknüpft werden, sind, abgesehen vom Adoptions- und Fortpflanzungsmedizinrecht, nahezu identisch.¹¹⁰ In vielen Bereichen, z.B. hinsichtlich der Verfügung über eine gemeinsam bewohnte Liegenschaft, ist rechtlich nur von Belang, ob jemand in einer Ehe oder einer eingetragenen Partnerschaft lebt oder nicht.
- Als dritte Gruppe sind verwitwete Ehegatten und durch Tod aufgelöste Partnerschaften zu nennen, die namentlich im Sozialversicherungsrecht eine wichtige Rolle spielen und ihrerseits eigenen Regeln unterworfen sind.

4.5.3 Würdigung

Im Rahmen der Überlegungen zu einem modernen Familienrecht und in Anknüpfung an das vorstehend Gesagte müssen die heutigen Zivilstandsbezeichnungen überdacht und eine Reduktion ihrer Anzahl geprüft werden.

Wird der eingetragenen Partnerschaft der gleiche Grundrechtsgehalt wie der Ehe zuerkannt, besteht kein öffentliches Interesse mehr daran, den Zivilstand «in eingetragener Partnerschaft» als selbständige Zivilstandsbezeichnung weiterhin aufrechtzuerhalten. Soll die Zulassung zur Adoption und fortpflanzungsmedizinischen Verfahren unterschiedlich geregelt bleiben, so kann dies unabhängig vom Zivilstand spezialgesetzlich geregelt werden.

Für die Zivilstände «Geschieden» und «Unverheiratet» ist schliesslich, ausser in gewissen Rechtsgebieten (Sozialversicherungsrecht, Recht der beruflichen Vorsorge), kein überwiegendes öffentliches Interesse ersichtlich, weshalb sie weiterhin neben dem Zivilstand «Ledig» erhalten bleiben müssen. Die Verwendung eines Zivilstands «Nicht verheiratet» für alle drei Fälle würde genügen.¹¹¹ Analog wäre auch «aufgelöste Partnerschaft» unter den Zivilstand «nicht verheiratet» zu subsumieren.

Im Interesse einer einfachen und aufs Wesentliche beschränkten Regelung könnte man sich deshalb mit drei Zivilständen – «Nicht verheiratet», «Verheiratet/in eingetragener Partnerschaft», «Verwitwet» – begnügen. Ein Verzicht auf den Zivilstand «geschieden» wäre indes im internationalen Vergleich zurzeit noch einzigartig.

4.6 Namensrecht

Die Gleichstellung der Ehegatten im Namensrecht gilt seit dem 1. Januar 2013. Die Eheschliessung bewirkt keinen Namenswechsel von Gesetzes wegen mehr. Wollen die Ehegatten einen gemeinsamen Namen führen, so können sie dies mittels Erklärung festlegen. Sie haben ausserdem den Familiennamen der gemeinsamen Kinder zu bestimmen. Können sie sich nicht einigen, entscheidet das Gericht. Eingetragene Partnerinnen oder Partner können ebenfalls einen gemeinsamen Namen bestimmen.

¹¹⁰ Die erleichterte Einbürgerung ist demgegenüber nur für Ehegatten vorgesehen, nicht aber für eingetragene Partnerinnen und Partner, vgl. Art. 27 ff. des Bundesgesetzes vom 29. September 1952 über Erwerb und Verlust des Schweizer Bürgerrechts, Bürgerrechtsgesetz, BÜG (SR 141.0).

¹¹¹ Die gerichtliche Auflösung einer Ehe würde weiterhin im Zivilstandsregister registriert, weshalb der Nachweis einer Scheidung – zum Beispiel im (seltenen) Fall des Art. 24a des Bundesgesetzes über die Alters- und Hinterlassenenversicherung, AHVG (SR 831.10) – bei Bedarf nach wie vor erbracht werden kann.

4.6.1 Allgemeines

Am 1. Januar 2013 ist das neue Namensrecht in Kraft getreten. Anders als das bisherige Namensrecht verwirklicht das neue Recht das *Prinzip der Unveränderbarkeit des Namens* sowie des Kantons- und Gemeindebürgerrechts der Ehegatten. Jeder Ehegatte behält seinen Namen und sein Bürgerrecht. Damit wird die Gleichstellung von Mann und Frau gewährleistet. Brautleute, die ihre Zusammengehörigkeit im Namen zum Ausdruck bringen möchten, können wie bisher einen gemeinsamen Familiennamen bestimmen. Die Möglichkeit der Wahl eines gemeinsamen Partnerschaftsnamens gilt auch für die in eingetragener Partnerschaft lebenden Paare. Im Jahr 2013 haben sich rund 71 % aller Brautleute für einen gemeinsamen Familiennamen entschieden; ihren bisherigen Namen beibehalten haben 29 %.

Teilweise wird das neue Namensrecht jedoch bereits wieder in Frage gestellt, namentlich weil es nach neuem Recht nicht mehr möglich ist, mit der Heirat einen amtlichen *Doppelnamen* (ohne Bindestrich verbundene Namen, die in amtlichen Registern und Ausweispapieren eingetragen sind) zu erhalten.¹¹²

4.6.2 Würdigung

Der Bundesrat ist der Ansicht, dass es verfrüht wäre, bereits wieder über eine Anpassung des Namensrechts zu diskutieren. Gerade im Namensrecht ist die *Kontinuität* von zentraler Bedeutung; dies gilt nicht nur für den Namen, den jede Person trägt, sondern vor allem auch im Hinblick auf die generell-abstrakten Normen, welche die Namensführung regeln. Fragen zur Namensführung werden in der Praxis oft unter starkem Einfluss von Gewohnheiten und bisherigen sozialen Praktiken beantwortet. Damit sich diese auf neue rechtliche Möglichkeiten einstellen können, braucht es erfahrungsgemäss eine gewisse Zeit. Es wäre deshalb übereilt, das neue Recht so rasch nach seinem Inkrafttreten bereits wieder zu revidieren, jedenfalls solange nicht nachgewiesen ist, dass mit dem revidierten Recht schwerwiegende Verletzungen von Individualinteressen oder des öffentlichen Interesses einhergehen. Nach Ansicht des Bundesrates besteht deshalb zurzeit kein gesetzgeberischer Handlungsbedarf.¹¹³

5 Kindesrecht

5.1 Allgemeines

Kinder brauchen besonderen Schutz. Das schweizerische Recht hat die Position ehelicher und ausserelicher Kinder angeglichen und die ursprünglich bestehenden Unterscheidungen soweit möglich beseitigt.

Kinder sind die schwächsten Glieder der Gesellschaft und brauchen daher besonderen Schutz. Der Bundesgesetzgeber hat für die jüngsten Revisionen des Familienrechts ausdrücklich zum Ziel gesetzt, die Position der Kinder zu stärken, damit diese zumindest auf gesetzgeberischer Ebene von möglichst optimalen Rahmenbedingungen profitieren können.¹¹⁴

Primär sind die Eltern für Pflege und Erziehung ihrer Kinder verantwortlich; dabei soll es keine Rolle spielen, in welchem Status die beiden Elternteile zueinander stehen: Ungeachtet der Tatsache, ob sie miteinander verheiratet sind, sind sie gegenüber einem gemeinsamen

¹¹² Vgl. insbesondere die Interpellation 14.3521 («Welche Auswirkungen hat das neue Namensrecht?», Ruiz).

¹¹³ Vgl. insbesondere das Postulat 14.4301 («Für eine Studie über die Auswirkungen des neuen Namensrechts», Ruiz).

¹¹⁴ Botschaft des Bundesrates zu einer Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Elterliche Sorge), BBl 2011, 9077 ff., 9087; Botschaft Unterhaltsrecht (Fn. 35), 550; Botschaft Adoptionsrecht (Fn. 37), 878.

Kind auch gemeinsam verantwortlich und haben für dieses zu sorgen. Dabei sollen Verantwortlichkeiten sowie Umfang der Verpflichtung gleich laufen, und zwar unabhängig davon, ob das Kind während einer Ehe geboren worden ist oder nicht.

Mit der Kindesrechtsrevision von 1976 wurde das aussereheliche Kind dem ehelichen Kind weitgehend gleichgestellt. Allerdings beschränkte sich diese Gleichstellung auf Fragen des Status und des Erbrechts des Kindes. Keine Gleichstellung erfolgte mit Blick auf die elterliche Sorge. Diese wurde erst mit der Revision des Sorgerechts realisiert. Schliesslich hat sich die laufende Revision des Unterhaltsrechts ausdrücklich zum Ziel gesetzt, die in diesem Bereich noch bestehenden Ungleichbehandlungen ausserehelicher Kinder zu beseitigen, insbesondere mit der Einführung des *Betreuungsunterhalts*.¹¹⁵

Die rechtliche Konzeption des Kindes als selbständiges Rechtssubjekt führt ausserdem dazu, dass seine Bedürfnisse *eigenständigen Charakter* haben und nicht in Funktion von Stellung und Anliegen seiner Eltern definiert werden dürfen. Vor diesem Hintergrund können Lösungen für die Position des Kindes nicht aus einer Abwägung der Elterninteressen abgeleitet werden, ohne dass die Interessen des Kindes bei der Gewichtung einfließen.

5.2 Elterliche Sorge

Mit der gemeinsamen elterlichen Sorge und dem Betreuungsunterhalt sind massgebliche Fortschritte erreicht worden. Zu prüfen bleibt, inwieweit Drittpersonen für die elterliche Sorge in Betracht kommen sollen.

5.2.1 Grundsätze der geltenden Regelung

Am 21. Juni 2013 verabschiedeten die eidgenössischen Räte die Vorlage zur gemeinsamen elterlichen Sorge. Das revidierte Recht ist am 1. Juli 2014 in Kraft getreten. Gemäss den neuen Bestimmungen wird die gemeinsame elterliche Sorge zum *Regelfall*, und zwar unabhängig vom Zivilstand der Eltern.¹¹⁶ Einzig wenn dies für den Schutz der Interessen des Kindes erforderlich ist, soll die elterliche Sorge einem Elternteil vorenthalten werden können. Ob Grund für einen Entzug der elterlichen Sorge besteht, entscheidet im Fall einer Scheidung das Gericht.¹¹⁷ Bei einem ausserehelich geborenen Kind ist dagegen die Kindesschutzbehörde zuständig.¹¹⁸ Gleichzeitig räumen die neuen Bestimmungen dem Elternteil, der das Kind betreut, das Recht ein, über alltägliche und dringliche Angelegenheiten allein zu entscheiden.¹¹⁹

Als weitere Neuerung weist das neue Recht das *Aufenthaltsbestimmungsrecht* dem sorgeberechtigten Elternteil zu. Daraus folgt, dass bei gemeinsamer elterlicher Sorge ein Elternteil allein nicht mehr ohne Zustimmung des anderen den Wohnsitz des Kindes verändern kann, jedenfalls soweit der Umzug erhebliche Auswirkungen auf die Ausübung der elterlichen Sorge und den persönlichen Verkehr durch den anderen Elternteil hat.¹²⁰ Damit soll den Eltern in Erinnerung gerufen werden, dass die gemeinsame Sorge nicht nur ein Recht, sondern auch eine Pflicht ist, die gemeinsam wahrgenommen werden muss.

¹¹⁵ Botschaft Unterhaltsrecht (Fn. 35), 551 ff.

¹¹⁶ Vgl. Art. 296 Abs. 2 ZGB.

¹¹⁷ Vgl. Art. 298 Abs. 1 ZGB.

¹¹⁸ Vgl. Art. 298b Abs. 2 ZGB.

¹¹⁹ Vgl. Art. 301 Abs. 1^{bis} ZGB.

¹²⁰ Vgl. Art. 301a Abs. 2 Bst. b ZGB.

Mit der Vorlage zur elterlichen Sorge sind die unterschiedlichen Rechtsfolgen hinsichtlich der gemeinsamen Sorge der Eltern weitgehend beseitigt worden, indem die Frage, wem die Verantwortung für die Pflege und Erziehung eines Kindes zukommt, nicht mehr primär vom Status der Eltern abhängig gemacht wird. Die Frage ist unter neuem Recht einzig aus der Optik des Kindeswohls zu beantworten. Während bei verheirateten Eltern die gemeinsame Sorge der Regelfall ist und es auch nach der Scheidung bleibt, erfordert die Regelung bei nicht verheirateten Eltern eine differenzierte Lösung. Aber auch hier bildet – sobald das Kindesverhältnis zum Vater einmal festgestellt worden ist – die gemeinsame Sorge den Regelfall. Auch muss sich die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (KESB) nach revidiertem Recht mit der Erklärung zufriedengeben, dass sich die Eltern über die Kinderbelange geeinigt haben; eine behördliche Kontrolle einer (Unterhalts-)Vereinbarung ist nicht mehr vorgesehen. Der KESB obliegt allerdings nach wie vor die Pflicht, die Eltern bei Bedarf zu beraten und zu unterstützen; hingegen entfällt der Automatismus des bisherigen Rechts, wonach dem Kind einer nicht verheirateten Mutter ein Beistand ernannt wird (Art. 309 aZGB).

5.2.2 Elterliche Sorge für Drittpersonen (insbesondere für Stiefeltern)?

Mit der Zunahme von Patchworkfamilien stellt sich die Frage nach der Rolle des Stiefelternteils, der mit der Mutter oder dem Vater des im gleichen Haushalt lebenden Kindes als Ehepaar, als eingetragenes Paar oder in einer faktischen Lebensgemeinschaft zusammenlebt.¹²¹ Dies insbesondere mit Bezug auf die Frage der Übertragung der elterlichen Sorge. In Frankreich wird zurzeit die Möglichkeit geprüft, ein «*mandat d'éducation quotidienne*» zugunsten des Stiefelternteils einzuführen. Die Schweiz kennt ein «kleines Sorgerecht» zugunsten des Ehegatten und der eingetragenen Partnerin oder des eingetragenen Partners. Diese haben das Recht und die Pflicht, die rechtlichen Eltern bei der Ausübung der elterlichen Sorge zu vertreten, wenn dies die Umstände erfordern.¹²²

5.2.3 Würdigung

Die soeben erwähnte Beschränkung «des kleinen Sorgerechts» auf Ehegatten und eingetragene Partnerinnen und Partner führt im Ergebnis zu einer Ungleichbehandlung von Kindern, deren Eltern ausserhalb einer Ehe oder einer eingetragenen Partnerschaft leben. Hier ist zu prüfen, ob nicht mit Zustimmung des sorgeberechtigten Elternteils auch weiteren Personen entsprechende Rechte und Pflichten eingeräumt werden könnten.¹²³

5.3 Mutterschaft

Am Grundsatz «mater semper certa est» ist festzuhalten. Eine gesetzliche Berücksichtigung der Möglichkeit einer geteilten Mutterschaft könnte sich in Zukunft aufdrängen, erscheint aber im Moment nicht dringlich.

¹²¹ Vgl. dazu auch die Interpellation 14.3848 («Anerkennung und Status Dritter, die eine ‚faktische Elternschaft‘ ausüben, namentlich von Stiefeltern», Thorens Goumaz).

¹²² Art. 299 ZGB und Art. 27 PartG.

¹²³ Vgl. Gutachten SCHWENZER (Fn. 2), 44 f.; kritisch dazu dagegen RUMO-JUNGO (Fn. 135), 846, indem dies auf Fälle beschränkt bleiben soll, in denen eine Doppelverantwortung zweier Elternteile fehlt.

5.3.1 Der Grundsatz *mater semper certa est*

Das ZGB sieht vor, dass das Kindesverhältnis zur Mutter durch die Geburt begründet wird.¹²⁴ Massgebend ist der biologische Vorgang des Gebärens. Das Kindesverhältnis zur Mutter kann nicht angefochten werden: *mater semper certa est*.

5.3.2 Entwicklungen der Fortpflanzungsmedizin

Aufgrund der fortpflanzungsmedizinischen Verfahren stellen sich auch in Bezug auf die Mutterschaft Abgrenzungsfragen: Die Frau, die das Kind geboren hat, ist nicht notwendigerweise die genetische Mutter, sondern kann eine Eispende erhalten haben. Nimmt eine andere Frau gegenüber dem Kind die Mutterrolle ein, indem sie ihm Pflege und Erziehung zukommen lässt, kann zusätzlich noch eine soziale Mutterschaft hinzukommen. Das ZGB trägt diesen Situationen nicht Rechnung. Es stellt sich deshalb die Frage, ob die *gespaltene Mutterschaft* als Realität anzuerkennen ist und rechtlich abgebildet werden soll.

5.3.3 Würdigung

Die Möglichkeit einer gespaltenen Mutterschaft wirft grundlegende Fragen auf, die nicht losgelöst von der Haltung gegenüber der Leihmutterschaft diskutiert werden können. Solange die Leihmutterschaft in der Schweiz durch eine Verfassungsbestimmung verboten ist, ist es einerseits müssig, das *mater semper certa est*-Prinzip in Frage zu stellen. Andererseits stellen sich Fragen zur gespaltenen Mutterschaft in der Rechtsanwendung (Leihmutterschaften oder Eizellenspenden, die trotz des Verbotes in der Schweiz im Ausland durchgeführt werden), im Rahmen politischer Vorstösse¹²⁵ sowie in grundlegenden Überlegungen zur Zukunft der Fortpflanzungsmedizin.¹²⁶ Je nach Ausgang dieser Diskussionen werden Konsequenzen für das Familienrecht folgen.

5.4 Vaterschaft

Die Regelung der Vaterschaft des Ehemannes trägt dem Institutsschutzgedanken der Ehe Rechnung. Sie stellt den Willen der Ehegatten, ein biologisch nicht-gemeinsames Kind gemeinsam grosszuziehen, über den Anspruch des Kindes auf Kenntnis seiner genetischen Abstammung wie auch über Ansprüche des genetischen Vaters. Eine Lockerung dieser Regelung ist sorgfältig zu prüfen.

5.4.1 Begründung der Vaterschaft

Heiklere Probleme in Bezug auf die Abstammungsfrage stellen sich unter geltendem Recht im Hinblick auf die Vaterschaft: Im Gegensatz zur Mutter gab es zum Zeitpunkt der Ausarbeitung des ZGB keinen klar erkennbaren Nachweis, der eine zweifelsfreie Zuordnung eines Kindes zu seinem Vater erlaubt hätte; allenfalls konnten bestimmte Personen aufgrund von äusseren Merkmalen als Vater ausgeschlossen werden. Der Gesetzgeber behalf sich deshalb mit folgender Lösung: Das Kindesverhältnis zum Vater entsteht entweder durch *Ehe zur Kindesmutter*¹²⁷ oder durch *Anerkennung* des Kindes durch den Vater.¹²⁸ Massgebend für

¹²⁴ Vgl. Art. 252 Abs. 1 ZGB.

¹²⁵ Parlamentarische Initiative 12.487 («Die Eispende zulassen», Neiryneck).

¹²⁶ Nationale Ethikkommission im Bereich Humanmedizin (NEK), Die medizinisch unterstützte Fortpflanzung, Ethische Überlegungen und Vorschläge für die Zukunft, Stellungnahme Nr. 22/2013 Bern, November 2013.

¹²⁷ Vgl. Art. 255 Abs. 1 ZGB.

¹²⁸ Vgl. Art. 260 Abs. 1 ZGB.

das Kindesverhältnis ist somit nicht eine genetische Verbindung, sondern ein sozialer Umstand (Bestand einer Ehe) oder eine bestimmte formalisierte Handlung (Abgabe einer Willenserklärung).

5.4.2 Geltende Rechtslage

Bestehen Zweifel an der gesetzlich vermuteten Vaterschaft des Ehemannes der Kindesmutter, greift der Gesetzgeber auf die genetische Verbindung zurück: Auf der einen Seite kann der genetische Vater, der nicht mit der Mutter verheiratet ist und der ein Kind auch nicht anerkennen will, mittels Vaterschaftsklage zur rechtlichen Vaterschaft verurteilt werden.¹²⁹ Auf der anderen Seite kann der als Vater vermutete Ehemann der Mutter nur erfolgreich auf Beseitigung der Vaterschaft klagen, wenn keine genetische Verbindung zwischen ihm und dem Kind besteht.¹³⁰

Die Anerkennung eines Kindes kann von jedermann angefochten werden, der ein Interesse daran hat.¹³¹ Demgegenüber kann die Vermutung der Vaterschaft des Ehemannes nur vom Kind und dem Ehemann angefochten werden.¹³² Insbesondere die Mutter und der genetische Vater haben kein Klagerecht. Das Kind hat nur ein Klagerecht, wenn die Ehegatten den gemeinsamen Haushalt während seiner Minderjährigkeit aufgehoben haben.¹³³ Damit wollte der Gesetzgeber die Ehe als Institution schützen. Will ein Ehepaar ein Kind gemeinsam erziehen, geniesst dieser Wille vorrangigen Schutz vor den Interessen Dritter und selbst vor den Interessen des Kindes an der Kenntnis seiner Herkunft. Diese Haltung gerät zunehmend in die Kritik.¹³⁴ Insbesondere fragt sich, ob nicht ein *Klagerecht für den angeblichen genetischen Vater und die Mutter* geschaffen und jenes des Kindes ausgeweitet werden sollte.

5.4.3 Biologische Tatsachen und Rechtsverhältnisse

Das geltende Recht unterscheidet nicht zwischen genetischer, biologischer und sozialer Elternschaft. Vielmehr kennt es nur die rechtlichen Eltern, abstrahiert also von den konkreten Gegebenheiten. Elternschaft kann jedoch durchaus gespalten sein. Es fragt sich, ob diese Vielfältigkeit nicht rechtlich erfasst werden müsste. Ein Kind hat Anspruch auf Kenntnis seiner Herkunft. Für die Zukunft sind Modelle zu entwickeln, welche es erlauben, diesem Anspruch besser gerecht zu werden.

Die dafür notwendige Diskussion wird bestehende Rechtsmechanismen in Frage stellen müssen, so insbesondere die Vaterschaftsvermutung des Ehemannes der Mutter.¹³⁵ Als Alternative dazu wäre ein System denkbar, in welchem jedes Kind von seinem Vater anzuerkennen wäre (eventuell auch unbesehen der Frage, ob es sich um den genetischen oder sozialen Vater handelt und auch unbesehen der Frage, ob er mit der Mutter verheiratet ist).¹³⁶ Dies führt zur weiteren Frage, ob nicht auch die Mutter ihrerseits das Kind anerkennen

¹²⁹ Vgl. Art. 261 ff. ZGB.

¹³⁰ Vgl. Art. 256 ff. ZGB.

¹³¹ Vgl. Art. 260a ZGB.

¹³² Vgl. Art. 256 Abs. 1 ZGB.

¹³³ Vgl. Art. 256 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB.

¹³⁴ Vgl. statt vieler INGEBORG SCHWENZER, Basler Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, 5. Aufl., Basel 2014, Art. 256 N 5.

¹³⁵ Dazu ALEXANDRA RUMO-JUNGO, Kindesverhältnisse im Zeitalter vielfältiger Familienformen und medizinisch unterstützter Fortpflanzung, Fampra.ch 2014, 838 ff., 839 ff.

¹³⁶ Vgl. RUMO-JUNGO (Fn. 135), 841 f.

müsste, damit ein Rechtsverhältnis zu ihr entsteht, wie dies zum Beispiel in Frankreich bereits heute der Fall ist.¹³⁷

5.4.4 Würdigung

Unter Berücksichtigung der Überlegung, wonach das Kind als eigenständiges Rechtssubjekt wahrgenommen werden muss, erscheint es fraglich, ob der Wille der Ehegatten, an ihrer Ehe festzuhalten, Vorrang vor allenfalls gegenläufigen Interessen des Kindes hat. Zwar ist davon auszugehen, dass das Kind zumindest in jungen Jahren in der Regel kein Interesse daran haben wird, die Vaterschaft des Ehemannes seiner Mutter anzuzweifeln und sie einer gerichtlichen Überprüfung auszusetzen. Sobald das Kind aber in die Pubertät kommt und sich damit zu beschäftigen beginnt, woher es kommt und was seine Persönlichkeit ausmacht, wird sich die Frage nach der genetischen Abstammung stellen. Adoptierten Kindern sowie Kindern, die mittels Samenspende zur Welt gekommen sind, wird ein gesetzlicher Anspruch auf Kenntnis ihrer Abstammung eingeräumt, und zwar auch dann, wenn dies nicht dem Wunsch seiner sozialen Eltern entspricht. Dies ist Folge des in der Bundesverfassung garantierten *Anspruchs auf Kenntnis der eigenen Abstammung*.¹³⁸ Konsequenterweise müsste somit auch einem Kind, das nicht adoptiert oder durch Samenspende gezeugt worden ist, die Möglichkeit eröffnet werden, gegenüber dem Ehemann seiner Mutter Klage zu erheben und seine Vaterschaft anzufechten, und zwar unabhängig davon, ob das Paar noch zusammenlebt oder nicht bzw. wann es sich getrennt hat.¹³⁹ Bei Leihmutterschaft, Eizellen- und Embryonenspende sind dereinst, je nach Ausgang der fortpflanzungsmedizinrechtlichen Diskussion, im Interesse von Kohärenz der Teilrechtsordnungen, auch die familienrechtlichen Weichen neu zu stellen.

5.5 Auflösung des Kindesverhältnisses

Die Diskussion über die Einführung der Möglichkeit, das rechtliche Kindesverhältnis wieder aufzulösen, hat erst ansatzweise begonnen.

Die Trennung von genetischen, biologischen und sozialen Gegebenheiten vom rechtlichen Kindesverhältnis kann zu unbefriedigenden Ergebnissen führen. Während die faktischen Gegebenheiten um die Entstehung des Lebens und der Geburt eines Kindes unveränderbar sind, können die rechtlichen Beziehungen ändern. Die Frage der Auflösung eines Kindesverhältnisses stellt sich insbesondere im Hinblick auf das durch Adoption rechtlich geschaffene Verhältnis eines Kindes zu Eltern, die ihm biologisch fremd sind. In der Realität hat sich die betreffende Frage insbesondere bei den in der Vergangenheit durchgeführten Zwangsadoptionen gestellt. Analog zur Scheidung zwischen Ehegatten oder der Auflösung der eingetragenen Partnerschaft müsste deshalb hinterfragt werden, ob nicht auch rechtliche Kindesverhältnisse aufgelöst werden könnten, ohne dass zwingend neue Verhältnisse an ihre Stelle zu treten haben. Derartige Überlegungen sind gar nicht so neu: Jedes Kind hat naturgemäss einen genetischen Vater; ist jedoch die Mutter ledig und der Vater unbekannt, so bleibt das Kind Zeit seines Lebens rechtlich vaterlos. Allerdings bestehen auch grundsätzliche Bedenken gegen eine solche Möglichkeit, insbesondere weil es bis heute keine solche Möglichkeit gibt und die Folgen zurzeit nicht absehbar sind. Es ist deshalb erforderlich, dass die erst im

¹³⁷ Gutachten SIR (Fn. 3), 67.

¹³⁸ Art. 119 Abs. 2 Bst. g BV.

¹³⁹ Vgl. dazu auch AEBI-MÜLLER (Fn. 104), 834.

Ansatz vorhandene Diskussion weitergeführt wird, bevor hier gesetzgeberische Entscheide getroffen werden können.

5.6 Die Leihmutterschaft und die Eizellenspende

Da sowohl die Leihmutterschaft als auch die Eizellenspende in der Schweiz verboten sind, weichen kinderlose Paare mitunter ins Ausland aus. Dies führt insbesondere bei der Leihmutterschaft zu schwierigen anerkennungsrechtlichen Problemen. Eine Lockerung des Verbots der Leihmutterschaft in der Schweiz erscheint zurzeit aber nicht opportun.

5.6.1 Allgemeines¹⁴⁰

Die Leihmutterschaft ist heute in vielen Ländern verboten. Dies führt zu einem Fortpflanzungstourismus in Länder, deren Rechtsordnungen Leihmutterschaft zulassen.¹⁴¹ Die Globalisierung und die Entwicklung der Medizintechnik haben dazu geführt, dass die menschliche Fortpflanzung immer mehr kommerzialisiert wird: Die Fruchtbarkeit von Mann und Frau sowie das Kind als Frucht sind zu Objekten der menschlichen Machbarkeit und zur Handelsware verkommen. Vor der Schwangerschaft und vor der Geburt wird vereinbart, zu welchem Preis Wunscheltern ein Kind nach dessen Geburt übernehmen dürfen. Leihmutter werden im Allgemeinen Frauen, die in wirtschaftlich schwierigen Verhältnissen leben. Häufig sind Leihmütter wegen ihrer finanziellen Situation und teilweise auch mangels Bildung nicht in der Lage, unvorteilhafte Angebote als solche zu erkennen oder abzulehnen. Die Wunscheltern können dagegen preisgünstige Leihmütter aussuchen.

In der Schweiz ist die Leihmutterschaft durch die Bundesverfassung ausdrücklich verboten.¹⁴² Damit hat der Verfassungsgeber eine rechtspolitische Wertung vorgenommen. Er trägt damit der Tatsache Rechnung, dass es bei einer Leihmutterschaft oft schwierig ist, den Interessen des Kindes, der Leihmutter, aber auch der Wunscheltern, gerecht zu werden. Zudem sollen der Kinderhandel und die Kommerzialisierung von menschlichem Keimgut verhindert werden.

Seit der Verabschiedung des Verbots der Leihmutterschaft in der alten Bundesverfassung im Jahr 1992 haben sich sowohl die Gesellschaft als auch die Technik weiterentwickelt. Ursprünglich waren auch die Fortpflanzungsmedizin und vor allem die Samenspende sehr umstritten und in den Kantonen unterschiedlich geregelt. Erst ein Grundsatzentscheid des Bundesgerichts hielt für die ganze Schweiz gültig fest, dass das Verbot der Samenspende ein unzulässiger Eingriff in die Fortpflanzungsfreiheit darstelle.¹⁴³ Im geltenden Recht gilt die Fortpflanzungsfreiheit nur für miteinander Verheiratete und nur für den Fall, dass die Frau selber über eigene fruchtbare Eizellen verfügt. Diese Einschränkung bewirkt, dass heute viele kinderlose Paare ins Ausland ausweichen, sei es für Eizellenspenden (allenfalls auch Embryonenspenden), sei es für eine Leihmutterschaft.

¹⁴⁰ Vgl. hierzu Bericht des Bundesrates zur Leihmutterschaft vom 29. November 2013, abrufbar unter: www.bj.admin.ch>Publikationen & Service>Berichte.

¹⁴¹ Botschaft des Bundesrates über die Volksinitiative «Zum Schutz des Menschen vor Manipulation in der Fortpflanzungstechnologie» vom 26. Juni 1996, BBl 1996, 205 ff., 231.

¹⁴² Vgl. Art. 119 Abs. 3 Bst. d BV.

¹⁴³ BGE 119 Ia 460; das Bundesgericht hielt Folgendes fest: Der Kinderwunsch wird nicht einzig vom Bedürfnis nach Weitergabe der eigenen genetischen Anlage getragen. Vielmehr liegt im elterlichen Wunsch nach Kindern das Verlangen, eine Eltern-Kind-Beziehung zu begründen und mit dem Kind zusammenzuleben. Ausschlaggebend dürfte also eher der Wunsch sein, das eigene Kind aufzuziehen, Kontakt mit ihm zu haben, ihm Gedanken und Werte weiterzugeben, seine Entwicklung zu begleiten und in einer engen emotionalen Beziehung mit ihm zu leben. Insofern kann es nicht einzig ausschlaggebend sein, von wem das für die Fortpflanzung benötigte Keimmaterial stammt. Vgl. auch ESTHER AMSTUTZ/THOMAS GÄCHTER, Zugang zur Fortpflanzungsmedizin, Jusletter vom 31. Januar 2011, Rz 11.

Das Verbot der Eizellenspende findet sich dagegen nicht in der Bundesverfassung, sondern erst auf Gesetzesstufe: Nach Art. 4 FMedG¹⁴⁴ ist die Eizellenspende verboten.¹⁴⁵ Die unterschiedliche Handhabung der Samen- und der Eizellenspende (und auch Embryonenspende) wird unter dem Aspekt der Nichtdiskriminierung derzeit diskutiert. Einer parlamentarischen Initiative, welche die Legalisierung der Eizellen- und Embryonenspende verlangt, wurde von den zuständigen Kommissionen Folge gegeben.¹⁴⁶ Ein vom Bundesamt für Gesundheit in Auftrag gegebenes Gutachten kommt im Hinblick auf das Fortpflanzungsmedizingesetz zum Ergebnis, dass zur Sicherung der elterlichen Verantwortung die soziale Elternschaft unabhängig von Geschlecht oder Zivilstand hoch gewichtet und gestärkt werden müsse.¹⁴⁷

5.6.2 Ausländische Leihmutterschaften

Wenn Wunscheltern aus der Schweiz im Ausland von einer Leihmutter ein Kind gebären lassen, dort ein nach ausländischem Recht gültiges Kindesverhältnis zwischen ihnen selbst und dem Kind begründen und anschliessend mit dem Kind in die Schweiz reisen, stellt sich die Frage, wie die Schweizer Behörden mit einer solchen Situation umzugehen haben.¹⁴⁸

Im Ausland begründete Kindesverhältnisse werden in der Schweiz nach IPRG oder gegebenenfalls nach staatsvertraglichen Regeln anerkannt. Weisen die miteinander verheirateten Eltern eine ausländische Geburtsurkunde vor, so wird dieses Kindesverhältnis in aller Regel anerkannt. Häufig werden die schweizerischen Behörden nicht erkennen, dass sich hinter der Geburtsurkunde ein Leihmutterschaftsverhältnis verbirgt. Dies gilt namentlich dann, wenn die Geburt eines Kindes gestützt auf das Alter des betreffenden Paares biologisch plausibel erscheint. In diesen Fällen wird die Geburt des Kindes als eheliche beurkundet. Muss jedoch gestützt auf die konkreten Verhältnisse davon ausgegangen werden, dass im Ausland ein Leihmutterschaftsverhältnis bestand – etwa, weil die Wunschmutter das gebärfähige Alter offensichtlich überschritten hat –, so wird die ausländische Geburtsurkunde in der Schweiz nicht ohne Weiteres anerkannt.

In diesem Zusammenhang ist die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte von Interesse. Dieser hat im Juni 2014 in zwei Fällen¹⁴⁹ entschieden, dass eine im Ausland mittels Leihmutterschaft entstandene rechtliche Eltern-Kind-Beziehung nicht grundsätzlich abgelehnt werden darf. Es dürfe nicht sein, dass ein Kind keine Nationalität besitzt, nicht im Zivilstandsregister erscheint und damit weder Pass noch Identitätskarte erhält. Der Gerichtshof hält sinngemäss fest, jedes Kind habe ein *Recht auf eine gesicherte Identität*, wozu auch die rechtliche Abstammung gehöre. Dies gelte umso mehr für den Elternteil, von dem das Kind genetisch abstammt.

¹⁴⁴ Bundesgesetz über die medizinisch unterstützte Fortpflanzung, Fortpflanzungsmedizingesetz (SR 810.11).

¹⁴⁵ Vgl. zur Eizellenspende ausführlich das vom Bundesamt für Gesundheit in Auftrag gegebene Gutachten von ANDREA BÜCHLER, Die Eizellenspende in der Schweiz de lege lata und de lege ferenda, Zürich 2013, abrufbar auf der Website des Bundesamts für Gesundheit [www.bag.admin.ch/Themen/Krankheiten und Medizin>Fortpflanzungsmedizin>Stellungnahmen und Gutachten](http://www.bag.admin.ch/Themen/Krankheiten_und_Medizin/Fortpflanzungsmedizin/Stellungnahmen_und_Gutachten).

¹⁴⁶ Parlamentarische Initiative 12.487 («Die Eispende zulassen», Neirynck); RUMO-JUNGO (Fn. 135), 848.

¹⁴⁷ HEIDI SIMONI, Sozialwissenschaftliche Grundlagen zu den Konzepten 'Kindeswohl, Familie und Elternschaft' im Fortpflanzungsmedizingesetz, September 2012, abrufbar auf der Website des Bundesamts für Gesundheit [www.bag.admin.ch/Themen>Krankheiten und Medizin>Fortpflanzungsmedizin>Stellungnahmen und Gutachten](http://www.bag.admin.ch/Themen/Krankheiten_und_Medizin/Fortpflanzungsmedizin/Stellungnahmen_und_Gutachten).

¹⁴⁸ Vgl. dazu RUMO-JUNGO (Fn. 135), 849 f.

¹⁴⁹ *Menesson und andere gegen Frankreich* (Beschwerde Nr. 65192/11), *Labassée und andere gegen Frankreich* (Beschwerde Nr. 65941/11); ein dritter Fall, *Paradiso et Campanelli gegen Italien* (Beschwerde Nr. 25358/12), ist zurzeit noch hängig.

5.6.3 Würdigung

Die Aufhebung des Leihmutterschaftsverbotes erscheint zurzeit nicht opportun.¹⁵⁰ Gelöst werden müssen dagegen die Probleme, die sich im Zusammenhang mit der Anerkennung von Kindesverhältnissen stellen, die im Ausland im Zusammenhang mit der Inanspruchnahme einer Leihmutter begründet worden sind. Das Bundesamt für Justiz hat im September 2014 ein Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons St. Gallen, das zwei Männer als Väter eines in den USA von einer Leihmutter ausgetragenen Kindes anerkannt hatte, an das Bundesgericht weitergezogen.¹⁵¹ Es ist davon auszugehen, dass das Bundesgericht hier in absehbarer Zeit verschiedene wichtige Fragen klären wird.

Die Schweiz setzt sich dafür ein, dass Fragen rund um die Leihmutterschaft auf internationaler Ebene aufgenommen werden, um so die Interessen der betroffenen Kinder und Leihmütter besser wahren zu können.¹⁵² Sie hat sich im Rahmen der Haager Konferenz dafür ausgesprochen, dass Grundlagenarbeiten im Bereich der Leihmutterschaft an die Hand genommen werden. Die Schwierigkeit liegt darin, dass Staaten, in denen Leihmutterschaftsdienstleistungen für ausländische Wunscheltern angeboten werden, einschränkende internationale Regulierungsbestrebungen nicht notwendigerweise mittragen.

Eine andere Situation zeigt sich bei der Eizellenspende. Das geltende Verbot der Eizellenspende verletzt das den Kinderwunsch der betroffenen Paare schützende Grundrecht der persönlichen Freiheit und verstösst gegen das verfassungsrechtlich verankerte Gebot der Gleichbehandlung.¹⁵³ Es erscheint deshalb notwendig, über eine Aufhebung des geltenden Verbots nachzudenken.

5.7 Adoption

Das Adoptionsrecht wird zurzeit teilrevidiert. Vorgesehen ist die Öffnung der Stiefkindadoption für eingetragene Partnerinnen und Partner sowie für Paare in einer faktischen Lebensgemeinschaft.

5.7.1 Allgemeines

Die schweizerische Adoptionspolitik hat im Laufe der Jahrzehnte einen grundlegenden Wandel erfahren. Galt zur Zeit des Erlasses des ZGB die Adoption als Mittel, kinderlosen Paaren zu einem Kind zu verhelfen, stellte die grosse Adoptionsrechtsrevision Anfang der siebziger Jahre das Wohl des Kindes in den Vordergrund. An die Stelle der *einfachen Adoption*, die bis zum 30. März 1973 gewisse Rechtsbeziehungen zu den leiblichen Verwandten bestehen liess, trat ab dem 1. April 1973 die sogenannte *Volladoption*.

Adoptionen in der Schweiz sind vorab ein internationales Phänomen, da heute die Zahl von Kindern, die im Inland zur Adoption freigegeben werden, gering ist. Zu adoptierende Kinder stammen hauptsächlich aus dem Ausland, weshalb die Rechtslage in den Herkunftsstaaten der Kinder darüber entscheidet, ob sie an ihrem bisherigen Lebensort adoptiert werden müssen, bevor sie ihr Land verlassen dürfen, oder ob die Herkunftsstaaten das Kind im Hinblick auf eine künftige Adoption im Wohnsitzstaat der Adoptiveltern freigeben. Stammt das Kind

¹⁵⁰ Vgl. auch die Antwort des Bundesrats vom 5. November 2014 auf die Interpellation 14.3742 («Leihmutterschaft», Fehr).

¹⁵¹ Vgl. die Pressemeldung des BJ vom 26. September 2014, abrufbar unter: www.bj.admin.ch/bj/de/home/aktuell/news/2014/2014-09-26.html; zum Ganzen auch RUMO-JUNGO (Fn. 148), 851.

¹⁵² Die Haager Konferenz für internationales Privatrecht hat das Thema traktandiert. Momentan sind entsprechende Vorbereitungsarbeiten im Gang.

¹⁵³ Vgl. dazu ausführlich das Gutachten von ANDREA BÜCHLER (Fn. 145), 50 f.

aus einem der über 90 Vertragsstaaten der Haager Adoptionskonvention,¹⁵⁴ ist die Zusammenarbeit zwischen den Behörden des Herkunfts- und des Aufnahmestaates geregelt und es wird sichergestellt, dass die Adoption grundlegenden Erfordernissen genügt.¹⁵⁵ Dazu gehören unter anderem die Zustimmung der leiblichen Eltern und die vorgängige Abklärung, ob die adoptionswilligen Personen geeignet sind, dem Kind als dessen zukünftige Adoptiveltern Pflege und Erziehung zukommen zu lassen.

Die Zahl der adoptierenden Eltern nimmt in der Schweiz kontinuierlich ab. Waren es zu Beginn der 1990er Jahre mehr als 400 Kinder, die in der Schweiz pro Jahr adoptiert wurden, sind es heute noch knapp die Hälfte.¹⁵⁶ Grund dafür sind zum einen die gestiegenen Anforderungen an die internationalen Adoptionen, aber auch der Umstand, dass viele Herkunftsstaaten von Adoptivkindern diese vorab landesintern platzieren. Auch die Möglichkeiten der Fortpflanzungsmedizin haben vielen Eltern, die früher eine Adoption erwogen hätten, zu Kindern verholfen.

5.7.2 Die laufende Revision der Adoptionsvoraussetzungen

Der Bundesrat hat am 28. November 2014 die Botschaft zur Revision des Adoptionsrechts verabschiedet.¹⁵⁷ Das Parlament wird voraussichtlich ab Sommer 2015 über die Vorlage beraten. Das Adoptionsrecht soll vor allem hinsichtlich seiner *Voraussetzungen* revidiert werden. Dagegen werden die Wirkungen der Adoption sowie das Verfahren nicht angepasst; diesbezüglich besteht kein parlamentarischer Auftrag.

Aufgrund verschiedener parlamentarischer Vorstösse hat der Bundesrat die bestehenden *Adoptionsvoraussetzungen* einer kritischen Prüfung unterzogen. Das heute geltende Recht ist im internationalen Vergleich sehr streng und stellt hohe Anforderungen in Bezug auf die Mindestdauer der Ehe sowie die Dauer, während der das künftige Adoptivkind als Pflegekind aufzunehmen ist. Hier wird eine Lockerung der Voraussetzungen vorgeschlagen. Das Kindeswohl verlangt zudem, dass die *Stiefkindadoption* neu auch für Paare in eingetragenen Partnerschaften oder in faktischen Lebensgemeinschaften geöffnet werden müsste. Auf diese Weise würden Ungleichbehandlungen beseitigt und bestehende faktische Beziehungen zwischen dem Kind und dem Stiefelternteil rechtlich anerkannt. In allen Fällen soll eine Mindestdauer des gemeinsamen Haushalts von drei Jahren vorausgesetzt sein. Um Ungleichbehandlungen mit faktischen Lebensgemeinschaften auszuschliessen, ist auch für Ehegatten nicht mehr die Dauer der Ehe, sondern die Dauer des gemeinsamen Haushalts massgeblich. Weiterhin verheirateten Paaren vorbehalten bleibt dagegen die gemeinschaftliche Adoption.

Schliesslich sieht die Revisionsvorlage vor, dass das *Adoptionsgeheimnis* konkretisiert und teilweise gelockert wird: So können die leiblichen Eltern Auskunft über die Identität des volljährigen Kindes erhalten, sofern dieses zustimmt. Demgegenüber hat das minderjährige Kind neu einen Anspruch auf Informationen über seine leiblichen Eltern, die keine Rückschlüsse auf deren Identität zulassen.

¹⁵⁴ Vgl. dazu die Liste der Vertragsstaaten auf der Homepage der Haager Konferenz für internationales Privatrecht: http://www.hcch.net/index_fr.php?act=conventions.statusprint&cid=69.

¹⁵⁵ Haager Übereinkommen vom 29. Mai 1993 über den Schutz von Kindern und die Zusammenarbeit auf dem Gebiet der internationalen Adoption (SR 0.211.221.311).

¹⁵⁶ Wurden im Jahr 1980 noch 1583 Adoptionen ausgesprochen, gab es im Jahr 2000 noch 808 und im Jahr 2013 noch 425 Adoptionen. Davon waren im Jahr 2013 192 Stiefkindadoptionen (45 %), 217 gemeinschaftliche Adoptionen durch ein Ehepaar (51 %) und 16 Einzeladoptionen (4 %). Bemerkenswert ist auch die Verschiebung in der Herkunft der adoptierten Personen: Stammten im Jahr 1980 noch 67 % der adoptierten Personen aus der Schweiz, waren es im Jahr 2013 nur noch 40 %. Anteilsmässig zugenommen haben im gleichen Zeitraum die Adoptionen von Personen aus Afrika (von 1 % auf 25 %) und aus Asien (von 11 % auf 13 %).

¹⁵⁷ Botschaft Adoptionsrecht (Fn. 37).

5.7.3 Weitere Revisionsanliegen für die Zukunft

Im Zentrum der Diskussion um die Modernisierung des Adoptionsrechts steht zurzeit die Frage, ob die Adoption auch gleichgeschlechtlichen Paaren uneingeschränkt erlaubt werden sollte. Sie wurde bereits im Kapitel zum Verhältnis der eingetragenen Partnerschaft zur Ehe angesprochen.¹⁵⁸

Die in der Schweiz geltende Volladoption führt vor allem in internationalen Verhältnissen häufig zu Schwierigkeiten, denn verschiedene ausländische Rechtsordnungen kennen lediglich die einfache Adoption oder lassen zusätzlich die Volladoption zu.¹⁵⁹ Hat die Adoption im Ausland unter ausländischem Recht stattgefunden und handelt es sich um eine einfache Adoption, so wird diese in der Schweiz auch nur als solche anerkannt. Sofern die Voraussetzungen erfüllt sind, kann eine einfache Adoption im Rahmen eines Adoptionsverfahrens in der Schweiz nachträglich in eine Volladoption umgewandelt werden. Kritisch dürfte hier regelmässig die Haltung der leiblichen Eltern sein, die der einfachen Adoption im Herkunftsstaat des Kindes zugestimmt haben und die nun in einen Akt einwilligen müssen, der ihr Kind definitiv aus seiner Herkunftsfamilie herauslöst.

Seit längerer Zeit und von verschiedener Seite kritisiert wird ausserdem die Institution der *Stiefkindadoption*,¹⁶⁰ da sie dem Kindeswohl in vielen Fällen nicht gerecht werde. Im Rahmen der laufenden Revision des Adoptionsrechts hat der Bundesrat aufgrund des klaren parlamentarischen Auftrags, der im Ergebnis sogar auf eine Erweiterung der Stiefkindadoption hinausläuft, zwar seine Bedenken geäussert, im Ergebnis aber keine Vorschläge im Hinblick auf die Abschaffung der Stiefkindadoption unterbreitet.¹⁶¹ Hier sind vertiefte Diskussionen und Studien notwendig, bevor der Gesetzgeber weitere Überlegungen anstellen kann.

6 Finanzielle Fragen

6.1 Allgemeines

Unter dem Aspekt der Eigenverantwortung ist grundsätzlich jeder erwachsene und dazu fähige Mensch gehalten, selbst für seinen Lebensunterhalt aufzukommen. Dieser Grundsatz gilt allerdings nur eingeschränkt bei verheirateten oder in eingetragener Partnerschaft lebenden Personen. Als wirtschaftliche Einheit kann sich ein Paar für eine Aufgabenteilung entscheiden, bei welcher ein Ehegatte oder eine eingetragene Partnerin bzw. ein eingetragener Partner ganz oder teilweise die Erwerbstätigkeit reduzieren, um für den Haushalt und gegebenenfalls für Kinder zu sorgen oder eine andere Aufgabe zu übernehmen. Eine solche Aufgabenteilung ist vom Gesetzgeber zu berücksichtigen: Insbesondere für den *Fall ungleicher Einkommen*, die entweder durch ungleiche Löhne, asymmetrische Arbeitspensen oder unterschiedlich hohe Vermögenserträge entstehen, sieht der Gesetzgeber für den Fall der Auflösung der Ehe oder der eingetragenen Partnerschaft verschiedene Ausgleichsmechanismen vor, namentlich im Bereich des Güter- und Vorsorgerechts. Auf diese Weise soll sichergestellt werden, dass die während der Ehe oder der eingetragenen Partnerschaft erworbenen Vermögen und Anwartschaften gleichmässig auf beide Personen verteilt werden (wobei bei der eingetragenen Partnerschaft diese Verteilung nur teilweise stattfindet). In der ersten Säule werden Einkommen, welche die Ehegatten während der Ehejahre erzielt haben, von Gesetzes wegen geteilt und beiden Ehegatten hälftig angerechnet. Die Einkommensteilung

¹⁵⁸ Vgl. dazu vorangehend Ziff. 4.2.3.

¹⁵⁹ Vgl. dazu die Liste von DAVID URWYLER/SONJA HAUSER, Basler Kommentar zum Internationalen Privatrecht, 3. Aufl., Art. 78 N 24.

¹⁶⁰ Vgl. dazu die Nachweise in der Botschaft Adoptionsrecht (Fn. 37), 907 ff.

¹⁶¹ Botschaft Adoptionsrecht (Fn. 37), 908.

sorgt somit dafür, dass unabhängig von allfälligen Einkommensungleichheiten und der Rollenverteilung die Vorsorge beider Partner gesichert ist. Die Einkommensteilung wird vorgenommen, wenn beide Ehegatten Anspruch auf eine Alters- oder Invalidenrente haben, die Ehe aufgelöst wird oder ein Ehegatte stirbt und der andere bereits eine Rente der Alters- oder Invalidenversicherung bezieht.

Paare mit Kindern erhalten zudem Erziehungsgutschriften gutgeschrieben, die ihnen als fiktives Einkommen angerechnet werden und somit zu einer Erhöhung der durch die effektiven Beiträge aufgerechneten Rente führen.¹⁶²

Trotz dieser Ausgleichsmechanismen treten erhebliche praktische Schwierigkeiten auf. Oft reicht ein einziges durchschnittliches Erwerbseinkommen nicht aus, um im Falle einer Trennung zwei Haushalte zu finanzieren und um die ganz oder teilweise fehlende Erwerbstätigkeit des einer Person nach der Scheidung oder Auflösung der eingetragenen Partnerschaft auch vorsorgemässig auf Dauer aufzufangen. Ferner führt die gestiegene Lebenserwartung dazu, dass Personen in manchen Fällen mehrmals hintereinander eine Ehe oder eine eingetragene Partnerschaft eingehen, die berücksichtigt werden müssen. Nach einer Scheidung reicht das Einkommen in gewissen Fällen nicht mehr aus. Deshalb erhöht eine Scheidung das Risiko, zu einer AHV- oder einer IV-Rente Ergänzungsleistungen beantragen zu müssen.

6.1.1 Familienarmut

Verfügt eine Familie nicht über ausreichende finanzielle Mittel, spricht man von *Familienarmut*. Ihre Bekämpfung ist ein wichtiges Ziel des Bundesrates.¹⁶³ Allerdings eignet sich das Zivilrecht dazu nur äusserst beschränkt. Im Vordergrund steht daher eine Förderung der Erwerbstätigkeit auch desjenigen Elternteils, der grundsätzlich die Kinder betreut. Ebenfalls bereits mehrfach zur Diskussion gestellt wurde die Einführung eines Bedarfsleistungssystems für Familien. Diese Aufgabe liegt grundsätzlich in der Zuständigkeit der Kantone; einzelne Kantone haben denn auch solche Modelle bereits eingeführt. Auf Bundesebene hat sich das Parlament in jüngster Vergangenheit mehrfach mit entsprechenden parlamentarischen Initiativen auseinandergesetzt, welche ein Gesetz für Bedarfsleistungen an Familien auf Bundesebene forderten. Konkrete Vorschläge fanden jedoch keine Mehrheiten. Der Bericht des Bundesrates zum Postulat 13.3135¹⁶⁴ wird sich zu dieser Thematik im Einzelnen äussern.

6.2 Unterhalt bei Scheidung

Der nacheheliche Unterhalt wird mit Argumenten wie Scheidungsschaden, nachehelicher Solidarität und Ausgleich ehebedingter Nachteile gerechtfertigt. Ein Ausgleich ehebedingter Vorteile findet dagegen nur sehr begrenzt statt.

¹⁶² Vgl. Art. 52e ff. der Verordnung vom 31. Oktober 1947 über die Alters- und Hinterlassenenversicherung, AHVV (SR 831.101).

¹⁶³ Vgl. dazu die Pressemeldung und das Konzept für ein «Nationales Programm zur Prävention und Bekämpfung von Armut», abrufbar unter: www.bsv.admin.ch/aktuell/reden/00122/index.html?lang=de&msg-id=48838.

¹⁶⁴ Postulat 13.3135 («Familienpolitik», Tornare).

6.2.1 Grundsatz: *clean break*

Das seit 1. Januar 2000 in Kraft stehende revidierte Scheidungsrecht geht im Falle der Scheidung grundsätzlich vom Prinzip des sogenannten *clean break* aus. Ziel ist es, die Ehegatten mit der Scheidung möglichst rasch in finanzieller Hinsicht voneinander unabhängig werden zu lassen.¹⁶⁵

6.2.2 Ausnahme: Unterhaltsansprüche nach Scheidung oder Auflösung einer eingetragenen Partnerschaft

Kann beispielsweise einem Ehegatten gestützt auf die bisher gelebte Aufgabenteilung nicht zugemutet werden, für den ihm gebührenden Unterhalt unter Einschluss einer angemessenen Altersvorsorge selbst aufzukommen, hat ihm der andere Ehegatte einen angemessenen Beitrag zu leisten. Nach vorherrschender Lesart ist mit dem *Konzept des gebührenden Unterhalts* die Lebensstellung während der Ehe zu berücksichtigen. Diese Interpretation greift insofern etwas kurz, als die Führung von zwei Haushalten regelmässig teurer ist als ein einziger Haushalt. Daher ist es nur in wirtschaftlich günstigen Verhältnissen überhaupt möglich, den während der Ehe oder der eingetragenen Partnerschaft gewohnten Lebensstandard weiterzuführen. Die Realität sieht in der Praxis vielmehr so aus, dass beide Parteien – und mit ihnen allfällig vorhandene Kinder – ihren Lebensstandard reduzieren müssen.

Nach heutigem Verständnis bzw. nach der Regelung des Partnerschaftsgesetzes verfügt eine Person, deren Ehe geschieden oder deren eingetragene Partnerschaft aufgelöst worden ist, nur so lange über einen Unterhaltsanspruch, bis es ihm zuzumuten ist, selbst für seinen Lebensunterhalt zu sorgen. Die Unterhaltszahlungen werden so angesetzt, dass sich die unterhaltsberechtigte Person neu organisieren und einrichten kann. Im Falle einer Scheidung gilt: Hat die Ehe lange gedauert und findet die Scheidung in einem Zeitpunkt statt, in welchem dem Ehegatten nicht mehr zugemutet werden kann, einer bezahlten Arbeit nachzugehen, wird aber nach wie vor eine lebenslängliche Rente zugesprochen.¹⁶⁶

6.2.3 Umgang mit Mankofällen bei Scheidung

Ein zentrales Ziel der Familienrechtsrevisionen der vergangenen Jahrzehnte bildete die Beseitigung der Diskriminierung der Frauen. Während die Bestimmungen des Zivilgesetzbuchs heute den verfassungsmässigen Vorgaben an die Gleichberechtigung genügen, ist die Situation vieler Familien auch heute noch oft so, dass die Frau benachteiligt bleibt. Dabei geht es insbesondere um die sogenannten *Mankofälle*, in denen der Unterhaltsschuldner – meist der Mann – infolge einer Scheidung oder Trennung seiner Verpflichtung gegenüber den Unterhaltsgläubigern (meist die Ehefrau mit Kindern) nicht nachkommen kann. Das geltende Recht weist das Manko einseitig den Alimentengläubigern zu: Das Gericht legt die Höhe der Alimente, die der Alimentenschuldner zu bezahlen hat, so fest, dass dessen Existenzminimum gewahrt bleibt. Das Manko haben damit allein die Gläubiger zu tragen. Diese sind folglich gezwungen, den Fehlbetrag von der Sozialhilfe ausgleichen zu lassen. Dies ist mit verschiedenen Nachteilen verbunden.¹⁶⁷ Aus diesem Grund fordert die Wissenschaft seit langem die Einführung der sogenannten *Mankoteilung*. Auch das Bundesgericht hat vor einiger Zeit den Gesetzgeber aufgefordert, tätig zu werden und die Diskriminierung zu beseitigen.¹⁶⁸

¹⁶⁵ Vgl. dazu im Einzelnen CHRISTIANA FOUNTOLAKIS, Quelques réflexions sur la conception de l'entretien en droit de la famille, Fampra.ch 2014, 866 ff., 870 f.

¹⁶⁶ Vgl. AEBI-MÜLLER (Fn. 104), 832.

¹⁶⁷ Vgl. dazu im Einzelnen Botschaft Unterhaltsrecht (Fn. 35), 560.

¹⁶⁸ BGE 135 III 66; dazu im Einzelnen FOUNTOLAKIS (Fn. 165), 872 ff.

In der Botschaft zur Revision des Kindesunterhaltsrechts hat der Bundesrat dargelegt, weshalb eine zivilrechtliche Lösung des Problems nicht möglich ist: Eine Vorlage des Bundes, mit welcher das Manko gleichmässig auf Schuldner und Gläubiger aufgeteilt wird, würde zwar den Schuldner verpflichten, mehr zu bezahlen als nach geltendem Recht. Allerdings wäre nicht sichergestellt, dass er seinerseits den bei ihm anfallenden Fehlbetrag von der Sozialhilfe ersetzt erhalten könnte. Grund dafür ist das im kantonalen Sozialhilferecht geltende sogenannte *Haushaltsprinzip*, wonach bei der Festlegung des Anspruchs auf Sozialhilfe nur der für den betreffenden Haushalt ausgewiesene Bedarf massgeblich ist. Unterhaltszahlungen, die in einen anderen Haushalt fliessen, werden nicht als anrechenbare Kosten berücksichtigt. Wegen der verfassungsmässigen Kompetenzverteilung ist es für den Bund ohne die Schaffung einer neuen Verfassungsbestimmung nicht möglich, den Kantonen eine Abweichung vom Haushaltsprinzip vorzuschreiben. Am 27. Juni 2014 hat die Kommission für Rechtsfragen des Nationalrats eine Motion eingereicht, mit der eine solche Verfassungsbestimmung hätte geschaffen werden sollen.¹⁶⁹ Nachdem der Nationalrat die Motion in der Herbstsession 2014 angenommen hatte, wurde sie vom Ständerat am 2. Dezember 2014 abgelehnt.¹⁷⁰

Eine wirksamere Koordination der familienrechtlichen Unterhaltsbeiträge und der finanziellen Unterstützung durch das Gemeinwesen in Form von Sozialhilfe oder Alimentenbevorschussung könnten einen Beitrag zur Verbesserung der prekären finanziellen Lage von Kindern alleinerziehender Eltern leisten.¹⁷¹ Diese Aufgabe liegt in der Zuständigkeit der Kantone. Auf Bundesebene sieht die Vorlage zur Revision des Unterhaltsrechts eine Reihe von Massnahmen vor, die die Lage des Kindes verbessern. Dazu gehört namentlich der Vorschlag, dass Urteile oder Verträge über Unterhaltsbeiträge an minderjährige Kinder künftig nicht nur den Betrag nennen, der vom unterhaltspflichtigen Elternteil unter Berücksichtigung seiner Leistungsfähigkeit geschuldet ist, sondern auch den zur Deckung des gebührenden Unterhalts des Kindes notwendigen Betrag. Verbessern sich anschliessend die Vermögensverhältnisse des Unterhaltsschuldners oder der Unterhaltsschuldnerin erheblich, so wird es künftig einfacher möglich sein, den Unterhaltsbeitrag anzupassen. Bei ausserordentlichen Verbesserungen kann das Kind ausserdem auch nachträglich die fehlenden Beträge zum gebührenden Unterhalt einfordern.

6.2.4 Würdigung

Viele wichtige Fragen des Unterhaltsrechts sind heute nicht ausdrücklich im Gesetz geregelt, sondern beruhen auf der Praxis der Gerichte. Dies wird sich auch mit dem Inkrafttreten des revidierten Kindesunterhaltsrechts nicht ändern. Auch wenn sich in Bezug auf das geltende Recht verschiedene Fragen stellen und einzelne Ausprägungen der Rechtsprechung teilweise auch scharf kritisiert werden, haben die Arbeiten im Vorfeld der jüngsten Unterhaltsrechtsrevision deutlich gemacht, dass sich die Komplexität des Unterhaltsrechts und die Diversität der verschiedenen Einzelfälle kaum in gesetzliche, d.h. abstrakte Normen fassen lassen. Der Bundesrat ist deshalb der Ansicht, dass es hier vor allem Aufgabe der Gerichte ist, das Recht weiterzuentwickeln und unter Bezugnahme auf gesellschaftliche und politische Veränderungen sowie Erkenntnisse aus der Wissenschaft für die Rechtsfortbildung zu sorgen.

¹⁶⁹ Motion 14.3662 («Verfassungsmässige Grundlage für eine Mankoteilung zwischen den Elternteilen im Unterhaltsrecht»; RK-NR).

¹⁷⁰ Amtl Bull 2014 S 1119 ff.

¹⁷¹ In diesen Sinne auch FOUNTOULAKIS (Fn. 165), 874; THOMAS GEISER, Familie und Geld – Wie sind die wirtschaftlichen Fragen in einem modernen Familienrecht zu regeln?, Fampra.ch 2014, 884 ff., 899 ff.

6.3 Unterhaltsanspruch des Kindes

Zurzeit beraten die eidgenössischen Räte über die Revision des Unterhaltsrechts, mit welcher dem Kind neu ein sogenannter Betreuungsunterhalt zuerkannt werden soll.

6.3.1 Allgemeines

Gegenüber Kindern sind beide Eltern unterhaltspflichtig – dies unabhängig davon, ob sie miteinander verheiratet sind oder nicht. Dabei ist es grundsätzlich Sache der Eltern festzulegen, wie sie ihrem Kind gegenüber ihre Pflege- und Erziehungspflichten aufteilen, ob sie diesen Pflichten gemeinsam oder je einzeln nachkommen bzw. ob sie diese in natura erfüllen oder über Geldzahlungen dafür sorgen, dass das Kind betreut wird.

Die zurzeit in den parlamentarischen Beratungen stehende Revision des Unterhaltsrechts führt den sogenannten *Betreuungsunterhalt* ein. Dies bedeutet, dass ein Elternteil, der das Kind nicht selber betreut, den anderen Elternteil soweit finanziell unterstützen muss, dass sich dieser um die Betreuung sorgen kann. Dabei entsteht ein Anspruch des Kindes selbst und nicht des betreuenden Elternteils. Im Ergebnis führt der Betreuungsunterhalt dazu, dass die Position von Kindern nicht verheirateter Eltern massgeblich verbessert wird, indem deren Unterhaltsanspruch gleich bemessen wird wie für Kinder verheirateter Eltern. Auf diese Weise soll – im Anschluss an die Revision des Rechts der elterlichen Sorge – auch das Unterhaltsrecht so ausgestaltet werden, dass dem Kind keinerlei Nachteile aus dem Zivilstand der Eltern erwachsen.

6.3.2 Ausgestaltung des Kindesunterhalts gemäss dem Entwurf des Bundesrates

Unabhängig vom Schicksal der Beziehung der Eltern zueinander sind beide Elternteile gemeinsam für den Unterhalt ihres Kindes verantwortlich. Die Unterhaltspflicht gegenüber dem minderjährigen Kind soll neu *Vorrang* vor allen übrigen familienrechtlichen Verpflichtungen haben. Darüber hinaus soll jedes Kind Anspruch auf einen Unterhaltsbeitrag haben, der sich nicht auf die Deckung seines Barbedarfs beschränkt, sondern auch gewährleistet, dass es von der bestmöglichen Betreuung profitieren kann, sei es durch die Eltern selbst, eine Tagesmutter oder eine Krippe. Damit werden die Kosten für die Kinderbetreuung durch den betreuenden Elternteil bei der Bemessung des Unterhaltsbeitrags für das Kind berücksichtigt. Für die Bemessung des Betreuungsunterhalts sieht der Entwurf keine festen Kriterien vor. Den Gerichten bleibt somit – gleich wie nach geltendem Recht – ein erheblicher Ermessensspielraum. Dieser ermöglicht es, eine für den Einzelfall angemessene Lösung zu finden.

Mit der Einführung des Betreuungsunterhalts soll vor allem eine unterhaltsrechtliche Besserstellung des Kindes erreicht werden, dessen Eltern nicht (mehr) verheiratet sind. Dagegen soll damit nicht die Stellung des unterhaltsberechtigten Ehegatten nach einer Scheidung verschlechtert werden. Vielmehr soll der Betreuungsunterhalt im Ergebnis zusammen mit dem nachehelichen Unterhalt zu einer Leistung in gleicher Höhe führen wie der bisherige nacheheliche Unterhalt.

Des Weiteren soll die Position des Kindes in verfahrensrechtlicher Hinsicht gestärkt werden. Das Gericht kann die Eltern zu einem unentgeltlichen Mediationsversuch auffordern und eine Vertretung des Kindes anordnen. Zudem sieht der Entwurf vor, dass die Verjährung für alle

Forderungen des Kindes gegenüber seinen Eltern erst mit dem *Eintritt der Volljährigkeit* des Kindes zu laufen beginnt.¹⁷²

Eine deutliche Verbesserung wird die Vorlage ausserdem insofern bringen, als die Praxis bei der Inkassohilfe vereinheitlicht wird. Gemäss dem Bericht des Bundesrates «Harmonisierung Alimentenbevorschussung und Alimenteninkasso» vom 4. Mai 2011 unterscheiden sich die Leistungen der Inkassohilfe von Kanton zu Kanton deutlich.¹⁷³ Der Bundesrat wird auf dem Wege der Verordnung einen Katalog einführen, in dem die von den kantonalen Behörden mindestens zu erbringenden Leistungen aufgeführt werden.

6.3.3 Mindestunterhalt für Kinder

Gelegentlich wird in der öffentlichen Diskussion gefordert, allen Kindern von Gesetzes wegen einen Minimalbetrag zuzuerkennen, einen sogenannten Mindestunterhalt, wie er in anderen Ländern zum Teil bekannt ist. Dieser Betrag soll von den Eltern und – in Mankofällen – vom Staat aufgebracht werden. Zu berücksichtigen ist allerdings, dass der in mehreren Staaten ausbezahlte Mindestunterhalt höchst bescheiden ausfällt und kaum geeignet ist, das Fortkommen eines Kindes in finanzieller Hinsicht sicherzustellen.¹⁷⁴ In der Schweiz ist indessen die Rede von einem Mindestunterhalt in der Höhe der maximalen einfachen AHV- bzw. IV-Waisenrente, welche zurzeit Fr. 940.– beträgt.

Dabei stellt sich wie bei der Mankoteilung die Frage, ob der Bund befugt ist, einen solchen Mindestunterhalt vorzuschreiben. Soweit der Mindestunterhalt rein zivilrechtliche Folgen haben soll, würde es sich im Ergebnis um eine zumindest teilweise Einführung der Mankoteilung handeln, da der Schuldner über seine individuelle Leistungsfähigkeit hinaus verpflichtet wird, eine Unterhaltsleistung zu erbringen. Die weiter vorne dargestellten Schwierigkeiten würden sich hier erneut stellen.¹⁷⁵ Häufig geht es den Befürwortern des Mindestunterhalts aber weniger um die zivilrechtliche Verpflichtung als um die Hoffnung, dass auf dem Weg eines Mindestunterhalts die Kantone verpflichtet werden, höhere Bevorschussungsleistungen zu erbringen. Hierzu ist festzuhalten, dass die Einführung einer solchen Verpflichtung gegen die verfassungsmässige Kompetenzordnung verstossen würde, denn der Bundesgesetzgeber hat – anders als beim Alimenteninkasso – keine Kompetenz zur Regelung der Alimentenbevorschussung durch die Kantone.¹⁷⁶

6.3.4 Bekämpfung der Kinderarmut

Durch die Zunahme von Scheidungen ist auch die Zahl von Kindern gestiegen, die von einer Trennung ihrer Eltern betroffen sind. Fast jede dritte Scheidung führt dazu, dass der Elternteil, der sich künftig allein um die Kinder kümmert, sozialhilfeabhängig wird, weil die Einkünfte nicht ausreichen, um zwei Haushalte zu finanzieren.

Paare, bei welchen beide erwerbstätig sind, sehen sich vielfach mit dem Umstand konfrontiert, dass sich die Erwerbsarbeit von beiden Elternteilen nicht lohnt, weil das zusätzliche Ein-

¹⁷² Generell unterliegen Forderungen ab dem Zeitpunkt ihrer Fälligkeit der Verjährung. Nach Ablauf einer bestimmten Frist sind sie nicht mehr durchsetzbar, wenn nicht vorher die Verjährung unterbrochen wurde. Die vorliegende Sonderbestimmung berücksichtigt die persönliche Beziehung zwischen dem Kind und seinen Eltern, welche die Geltendmachung der Unterhaltsforderung als besonders heikel erscheinen lässt.

¹⁷³ Der Bericht ist abrufbar unter: [www.bsv.admin.ch/Themen/Weitere Familienpolitische Themen/Inkassohilfe und Alimentenbevorschussung](http://www.bsv.admin.ch/Themen/Weitere_Familienpolitische_Themen/Inkassohilfe_und_Alimentenbevorschussung).

¹⁷⁴ Vgl. Bericht vom 28. Januar 2014 des Schweizerischen Kompetenzzentrums für Menschenrechtsfragen: Die Regelung des Unterhaltes nach Trennung oder Scheidung im Mangel Fall – Hinweise aus menschenrechtlicher Sicht, 27 ff.

¹⁷⁵ Vgl. dazu vorangehend Ziff. 6.2.3.

¹⁷⁶ Vgl. zum Ganzen auch GEISER (Fn. 171), 903.

kommen von den anfallenden Betreuungskosten und der höheren Steuerbelastung grösstenteils wieder konsumiert würde. Diese Effekte sind bei unverheirateten Paaren wegen der aktuellen Steuersätze weniger ausgeprägt. Alleinerziehende wiederum sind in aller Regel darauf angewiesen, einer Erwerbsarbeit nachzugehen, weil die Unterhaltsbeiträge allein für den Lebensunterhalt nicht ausreichen.¹⁷⁷ Um einerseits die Vereinbarkeit von Familie und Beruf zu verbessern und indirekt die Familienarmut zu bekämpfen, unterstützt der Bund mit einer Anschubfinanzierung die Schaffung von neuen familienexternen Betreuungsplätzen in Krippen, Tagesschulen und Kinderhorten. Das Parlament hat im September 2014 beschlossen, das bis Ende Januar 2015 befristete Impulsprogramm bis am 31. Januar 2019 zu verlängern.

6.3.5 Würdigung

Das zentrale Problem im Zusammenhang mit dem Unterhaltsrecht besteht darin, dass den Familien in vielen Fällen nicht ausreichend finanzielle Mittel zur Verfügung stehen, um die Bedürfnisse aller Familienmitglieder zu befriedigen. Mit einer Umgestaltung des Unterhaltsrechts werden diese Mittel in der Summe nicht vergrössert, sondern lediglich neu verteilt. Um die eigentlichen Probleme zu lösen, ist es deshalb erforderlich, die zur Verfügung stehenden Mittel zu erhöhen. Dies kann einerseits zumindest teilweise durch eine Erhöhung der Erwerbstätigkeit der betroffenen Personen erreicht werden. Als Alternative steht ein Zuschuss zusätzlicher staatlicher Mittel zur Diskussion.¹⁷⁸

Ob zum Beispiel die Schaffung einer zusätzlichen Kinderzulage für Betroffene zu prüfen wäre, wird im Rahmen des Postulats 13.3135¹⁷⁹ diskutiert.

6.4 Das Güterrecht in der Ehe

Teilweise wird gefordert, als ordentlichen Güterstand anstelle der Errungenschaftsbeteiligung die Gütergemeinschaft einzuführen. Nur dieser vermöge die Gleichwertigkeit von unbezahlter Hausarbeit und Erwerbsarbeit abzubilden. Zudem sei die Handhabung der Errungenschaftsbeteiligung gerade mit Blick auf Immobilien kaum praxistauglich. Der Bundesrat sieht momentan keinen dringenden Bedarf für einen derartigen Wechsel.

6.4.1 Der gesetzliche Güterstand in der Ehe

Der Grundsatz, wonach das während der Ehe erworbene Gut bei Beendigung der Lebensgemeinschaft hälftig zu teilen ist, entspricht einem weitgehenden Gerechtigkeitsempfinden. Hingegen wird etwa kritisiert, die Errungenschaftsbeteiligung, die während der Ehe von getrennten Vermögensmassen ausgeht und einen Ausgleichsmechanismus erst nach Beendigung der Ehe vorsieht, sei nicht praxistauglich und werde den Erwartungen der Ehegatten nicht gerecht. Insbesondere bei Liegenschaften lasse sich kaum je eine korrekte güterrechtliche Auseinandersetzung durchführen.¹⁸⁰ Auch wird kritisch vermerkt, dass die Errungenschaftsbeteiligung in einer Ehe mit traditionellem Rollenverständnis den Ehemann, der einer bezahlten ausserhäuslichen Tätigkeit nachgeht, gegenüber der haushaltführenden Ehefrau bevor-

¹⁷⁷ Vgl. Armut in der Schweiz: Konzepte, Resultate und Methoden, Bundesamt für Statistik 2012 sowie die Schweizerische Sozialhilfestatistik 2010, Ausgewählte Ergebnisse; vgl. auch Eidgenössische Koordinationskommission für Familienfragen: Die Leistungen von Familien anerkennen und fördern, Strategische Leitlinien 2015, August 2009.

¹⁷⁸ Vgl. GEISER (Fn. 171), 903 f.

¹⁷⁹ Postulat 13.3135 («Familienpolitik», Tornare).

¹⁸⁰ So Gutachten SCHWENZER (Fn. 2), 22.

teile: Er verfüge über sein Geld frei, während sie darauf angewiesen sei, dass sie einen Beitrag erhält. Demgegenüber würde eine Errungenschaftsgemeinschaft, bei dem alle während der Ehe erworbenen Vermögen automatisch beiden Ehegatten gemeinsam gehören, dem Gleichwertigkeitsgedanken von ausserhäuslicher und häuslicher Tätigkeit eher entsprechen.

6.4.2 Die gewillkürten Güterstände in der Ehe

Der Gesetzgeber stellt neben der Errungenschaftsbeteiligung die Gütergemeinschaft und die Gütertrennung als Alternativen zur Verfügung. An einer solchen Auswahlmöglichkeit ist festzuhalten. Für Eheverträge braucht es die öffentliche Beurkundung. Daran ist festzuhalten, um sicherzustellen, dass die (künftigen) Ehegatten die nötige Beratung erhalten.

Wohnen nicht beide Ehegatten in der Schweiz, kann ein ausländisches Güterrecht zur Anwendung gelangen.¹⁸¹ Selbst bei Wohnsitz in der Schweiz können zudem ausländische Ehegatten ihre güterrechtlichen Verhältnisse dem Recht ihres Heimatstaates unterstellen.¹⁸² Eine solche Rechtswahl hat schriftlich zu erfolgen oder muss sich eindeutig aus dem Ehevertrag ergeben. Die Ehegatten sind frei, jederzeit auf ihre Wahl zurückzukommen. Sehen sie im neuen Ehevertrag nichts anderes vor, so gilt eine neue Wahl rückwirkend auf den Zeitpunkt der Eheschliessung zurück.¹⁸³

6.4.3 Wechsel des gesetzlichen Güterstandes?

Während bestehender Ehe ist der Güterstand im Allgemeinen von untergeordneter Bedeutung; die Gerichtspraxis weist nur wenige Urteile auf, die güterrechtliche Fragen für die Zeit während der Dauer der Ehe behandeln. Akut werden güterrechtliche Aspekte in der Regel erst dann, wenn die Ehe auseinanderzubrechen droht bzw. die Scheidung ansteht oder bereits verlangt worden ist. In vielen Fällen ist die güterrechtliche Auseinandersetzung ausserdem lediglich von nebensächlicher Bedeutung, weil die Ehegatten nur über geringe Vermögenswerte verfügen: Der Hauptteil der Ersparnisse ist in der beruflichen Vorsorge gebunden, die nicht dem Güterrecht, sondern dem Vorsorgeausgleich unterstehen.

Ob es demzufolge angezeigt ist, auf eine Gütergemeinschaft als ordentlichem gesetzlichen Güterstand zu wechseln, ist fraglich: Die Handhabung dieses Güterstandes im Verkehr mit Dritten ist nicht einfach; ein Wechsel bringt erhebliche Unsicherheit im Rechtsverkehr mit sich. Die Gütertrennung als gesetzlichen Güterstand der Ehe einzuführen – wie dies in der eingetragenen Partnerschaft der Fall ist – erscheint ebenso wenig hilfreich.

Trotz der faktisch beschränkten Bedeutung des Güterrechts ist es nicht gleichgültig, wie die Bestimmungen zur Auflösung des ordentlichen Güterstandes lauten. Mit Bezug auf die Errungenschaftsbeteiligung wird vor allem der Vorwurf der fehlenden Praxistauglichkeit erhoben. Hier ist einzuräumen, dass die Handhabung von Liegenschaften, Familienbetrieben und Ähnlichem verschiedene Probleme aufwirft, die teilweise nicht einfach zu lösen sind. Die Praxis hat sich indessen mit diesen Schwierigkeiten arrangiert.

6.4.4 Würdigung

Auch wenn die geltende Rechtslage Schwächen aufweist, zeigt sich, dass in der Praxis die meisten Probleme befriedigend gelöst werden können. Die Tatsache der Benachteiligung

¹⁸¹ Vgl. Art. 52 ff. IPRG.

¹⁸² Vgl. Art. 52 IPRG.

¹⁸³ Vgl. zum Ganzen Art. 53 IPRG.

des haushaltführenden Ehegatten bleibt jedoch unbestrittenermassen bestehen. Die Anzahl Ehegatten (meist die Frauen), die keiner ausserhäuslichen Beschäftigung nachgehen, nimmt allerdings ab. Aus diesem Grund erscheint ein Wechsel des ordentlichen Güterstandes aus der Sicht des Bundesrates nicht angebracht.¹⁸⁴

6.5 Der Vorsorgeausgleich unter Ehegatten und eingetragenen Partnerinnen und Partnern

Die Ausgleichung der vorsorgemässigen Anwartschaften ist ein wichtiges Korrektiv bei einer Scheidung bzw. Auflösung einer eingetragenen Partnerschaft und garantiert vorab der haushaltführenden Person, die keine oder nur eine geringe Altersvorsorge aufgebaut hat, eine gewisse Absicherung. Die Gesetzesvorlage, die sich momentan in der parlamentarischen Beratung befindet, hält am Prinzip der hälftigen Teilung fest, sieht ansonsten aber eine etwas grössere Flexibilität vor und enthält eine Lösung für die geschiedenen Witwen.

6.5.1 Allgemeines

Über Jahrzehnte hinweg waren die Guthaben der Vorsorge nicht Gegenstand scheidungsrechtlicher Auseinandersetzungen: Soweit ein Ehegatte über Anwartschaften bei einer Vorsorgeeinrichtung verfügte, blieben diese im Scheidungsverfahren in der Regel unangetastet. Bezog einer der scheidungswilligen Ehegatten eine Alters- oder Invalidenrente aus einer entsprechenden Vorsorgeeinrichtung, so wurden diese Ersatzeinkommen unter dem Titel des Unterhalts gegebenenfalls berücksichtigt und als Substrat für Unterhaltsleistungen an den anderen Ehegatten beigezogen. Am 1. Januar 1995 trat das Freizügigkeitsgesetz¹⁸⁵ in Kraft und schaffte die Voraussetzung für die Abgeltung scheidungsrechtlicher Ansprüche an Anwartschaften aus der beruflichen Vorsorge, ohne dass aber eine entsprechende Verpflichtung seitens der Scheidungsgerichte vorgesehen worden wäre. Ob und gegebenenfalls wie Vorsorgeansprüche nach 1995 scheidungsrechtlich Berücksichtigung fanden, hing von den Parteien und den Gerichten ab. Eine Verpflichtung zur Teilung der jeweiligen Vorsorgeansprüche erfolgte erst mit dem am 1. Januar 2000 in Kraft getretenen revidierten Scheidungsrecht, indem es einen vom Unterhalts- und Güterrecht unabhängigen Anspruch auf Vorsorgeausgleich statuiert hat. Seither ist die während der Ehe erworbene Austrittsleistung grundsätzlich hälftig zu teilen. Ist dies nicht möglich, etwa weil es sich um Vorsorgeansprüche einer ausländischen Einrichtung handelt oder weil bereits eine Rente ausbezahlt wird, so ist eine angemessene Entschädigung geschuldet.

Für eingetragene Partnerinnen und Partner gelten im Falle der gerichtlichen Auflösung ihrer Partnerschaft dieselben Bestimmungen über den Vorsorgeausgleich.

Sinn und Notwendigkeit eines Vorsorgeausgleichs mit dem Prinzip der hälftigen Teilung wird heute von keiner Seite grundsätzlich in Frage gestellt.¹⁸⁶ Heute scheint sich die Auffassung durchgesetzt zu haben, dass es sich bei Ehe und eingetragener Partnerschaft (auch) um eine wirtschaftliche Schicksalsgemeinschaft handelt, bei der unterschiedliche Leistungsfähig-

¹⁸⁴ So auch AEBI-MÜLLER (Fn. 104), 822 und 830 m.w.H.

¹⁸⁵ Bundesgesetz vom 17. Dezember 1993 über die Freizügigkeit in der Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge, FZG (SR 831.42).

¹⁸⁶ Vgl. aber die kritische Bemerkung im Gutachten SCHWENZER (Fn. 2), 26, wonach die als zu rigide empfundene Lösung des geltenden Rechts eine Anpassung an die unterschiedlichen Lebensrealitäten nicht zulässt. Ein Einklang mit dem Güterrecht sei anzustreben, zumal sonst stossende Fraktionen bestehen zwischen abhängigen Beschäftigten mit einem BVG-Obligatorium und selbständig Erwerbenden. Deren Vorsorge besteht allenfalls in angespartem Vermögen, das aber einer güterrechtlichen Auseinandersetzung untersteht.

keiten und Leistungsansprüche unter den Ehegatten und Partnern ausgeglichen werden sollen. Solange die Ehe und Partnerschaft Bestand hat, wirkt sich diese Verpflichtung nicht aus. Erst im Falle der Scheidung oder gerichtlichen Auflösung der Partnerschaft kommt es zu einem Ausgleich unter den Ehegatten.

6.5.2 Anlass für die laufende Revision

Die am 1. Januar 2000 in Kraft getretene gesetzliche Pflicht, Vorsorgeguthaben – seien dies Anwartschaften oder laufende Renten – im Scheidungsfall oder im Fall der gerichtlichen Auflösung der Partnerschaft im Sinne einer gegenseitigen Ausgleichspflicht zu berücksichtigen, ist unbestritten. Heikel und diskussionswürdig ist jedoch die *mangelnde Flexibilität beim Prinzip der hälftigen Teilung*. Ehegatten und eingetragene Partner können grundsätzlich keine davon abweichende Aufteilung vereinbaren, und das Gericht kann vom Ausgleichsgedanken nur in Ausnahmefällen entbinden. Ferner sieht das geltende Recht als massgeblichen Zeitpunkt die Rechtskraft des Scheidungsurteils respektive des Urteils der gerichtlichen Auflösung der Partnerschaft vor.

Die entsprechenden Bestimmungen waren von Beginn an Gegenstand breiter Kritik. Während einige die Regeln für zu starr halten, sind andere der Meinung, dass nicht erwerbstätige Ehefrauen und Ehemänner sowie Partnerinnen und Partner nach wie vor mehr oder weniger systematisch benachteiligt würden. Verbreitet ist auch der Vorwurf mangelnder Praktikabilität und Rechtssicherheit. Etliche dieser Kritikpunkte haben in der fünfzehnjährigen Rechtspraxis an Stringenz eingebüsst; der Vorwurf, das Prinzip der hälftigen Teilung werde in den allermeisten Fällen nicht respektiert, ist letztlich eine Folge des vom Gesetz als relevant bestimmten Zeitpunktes. Ausschlaggebend ist die Rechtskraft des Scheidungsurteils respektive des Urteils der gerichtlichen Auflösung der Partnerschaft, was eine sichere Berechnung und vor allem eine unter den Parteien konsolidierte Scheidungskonvention oder einer Konvention im Rahmen der gerichtlichen Auflösung der Partnerschaft faktisch verunmöglicht und sie dazu zwingt, einen früheren, fiktiven Zeitpunkt anzupeilen und damit den Wortlaut des Gesetzes zu verletzen. Als stossend wird sodann die Regelung empfunden, dass im Falle einer laufenden Rente keine Teilung mehr vorgenommen wird, sondern der Ausgleichsberechtigte anderweitig abzufinden ist.

6.5.3 Grundsätze der Revisionsvorlage

Verschiedene parlamentarische Vorstösse strebten danach, einerseits mehr Flexibilität und andererseits gerechtere, d.h. regelmässig klar hälftig berechnete Ausgleichsleistungen zu garantieren und insbesondere das Anliegen der geschiedenen Witwen aufzunehmen:¹⁸⁷ Bei laufenden Alters- oder Invalidenrenten sieht das geltende Recht lediglich eine angemessene Entschädigung durch den Ausgleichsschuldner vor. Stirbt er, verbleibt der Gläubigerin häufig nur eine minimale Rente. Der Gesetzesentwurf korrigiert diesen Punkt und schreibt anstelle der gemäss geltendem Recht geschuldeten angemessenen Entschädigung eine Teilung der Vorsorgeansprüche auch bei laufender Alters- oder Invalidenrenten vor, sodass ein echter Ausgleich unabhängig von der Lebensdauer des Ausgleichsschuldners geschaffen wird. Neu wird ferner für die Berechnung des Ausgleichs derjenige Zeitpunkt ausschlaggebend, in dem das Scheidungsbegehren eingereicht worden ist. Schliesslich lockert der Entwurf die Voraussetzungen, unter denen die Ehegatten respektive die Partnerinnen oder Partner oder das Gericht vom Grundsatz der hälftigen Teilung abweichen können. Der Informationsstand soll

¹⁸⁷ Motion 05.3713 («Scheidungsrecht. Überprüfung der Regelung betreffend Vorsorgeausgleich und Kinderbelange», RK-NR); Motion 08.3821 («Auszahlung von Altersleistungen», Amacker) und Motion 08.3956 («Berufliche Vorsorge. Gerechte Teilung der Austrittsleistung bei Ehescheidung», Humbel).

verbessert werden, indem die Vorsorge- und Freizügigkeitseinrichtungen dazu verpflichtet werden, ihren Versichertenbestand jährlich der Zentralstelle 2. Säule zu melden. Damit wird es für die Scheidungsgerichte leichter, beim Vorsorgeausgleich alle vorhandenen Vorsorgeguthaben zu berücksichtigen. Die Möglichkeiten, Vorsorgeguthaben für selbst bewohntes Wohneigentum abzuziehen, werden dagegen – trotz verschiedener praktischer Probleme – weiterhin beibehalten.

6.5.4 Ausgleich von Vorsorgeansprüchen unter faktischen Lebenspartnern?

Soweit faktische Lebensgemeinschaften rechtlich nicht der Ehe gleichgestellt werden sollen, besteht kein Anlass, bei deren Auseinanderbrechen Ausgleichsansprüche vorzusehen. Nach heutigem Recht kann nicht vorgesehen werden, dass für den Fall der Trennung freiwillig ein Teil der Vorsorgeansprüche übertragen wird.¹⁸⁸ Das geltende Recht gibt den Vorsorgeeinrichtungen die Möglichkeit, faktische Lebenspartnerinnen und -partner unter gewissen Bedingungen als Leistungsempfänger vorzusehen. Nach Gesetz ist eine solche reglementarische Begünstigung möglich, wenn gemeinsame Kinder vorhanden sind oder wenn die Verbindung mindestens fünf Jahre gedauert hat und die begünstigte Person nicht bereits eine Witwen- oder Witwerrente- bezieht. Viele Vorsorgeeinrichtungen verlangen, dass die versicherte Person eine entsprechende Willenserklärung abgibt. Diese Regeln geben allerdings immer wieder Anlass zu gerichtlichen Auseinandersetzungen.¹⁸⁹

Das Schicksal der Vorsorgeansprüche beim Tode einer Lebenspartnerin oder eines Lebenspartners beschäftigt heute viele Menschen. Dass diese Gelder der überlebenden Partnerin bzw. dem überlebenden Partner verloren gehen, stösst auf Unverständnis. Vor diesem Hintergrund fragt sich, ob Einrichtungen der beruflichen Vorsorge nicht verpflichtet werden sollten, faktische Lebenspartnerinnen und Lebenspartner während der Dauer der faktischen Lebensgemeinschaft gleich wie verheiratete Personen zu behandeln. Geprüft werden könnte auch, ob unter qualifizierten Voraussetzungen im Fall der Auflösung solcher Gemeinschaften eine *Härtefalllösung* greifen soll. Solche besondere Voraussetzungen könnten beispielsweise eine Mindestbeziehungsdauer von zehn Jahren und das Vorhandensein gemeinsamer Kinder sein. Ausserdem soll die Einführung von gesetzlich vorgesehenen Hinterlassenenleistungen geprüft werden.

6.5.5 Zukunft des Wohneigentumsvorbezugs

Wie bereits erwähnt findet in vielen Scheidungen keine oder nur eine sehr beschränkte güterrechtliche Auseinandersetzung statt, weil die Ehegatten kaum über Vermögen verfügen. Und selbst wenn Vermögenswerte vorhanden sind, konzentrieren sich diese häufig auf die gemeinsam bewohnte Liegenschaft, für deren Finanzierung Wohneigentumsvorbezüge bei den Vorsorgeeinrichtungen getätigt worden sind. In vielen Fällen reisst die Scheidung ein empfindliches Loch in die Altersvorsorge, das umso gravierender ausfällt, wenn Vorsorgeguthaben auf dem Weg des Vorsorgeausgleichs auf den anderen Ehegatten übertragen und nach einer erfolgten Scheidung in der Regel nicht wieder vollständig aufgestockt werden. Wenn geschiedene Ehegatten weder die bisherige Familienliegenschaft behalten können noch in der Lage sind, das für den Erwerb der Liegenschaft verwendete Vorsorgeguthaben wieder aufzustocken, ist das grundsätzlich für das Alter und die Invalidität vorgesehene Vermögen zweckentfremdet worden.

¹⁸⁸ Für die obligatorische berufliche Vorsorge: vgl. Art. 39 Abs. 1 BVG, für die überobligatorische berufliche Vorsorge vgl. Art. 331b OR, für die Säule 3a: vgl. Art. 4 Abs. 1 BVV 3.

¹⁸⁹ Vgl. zuletzt BGE 140 V 57.

Der Bundesrat hat am 25. Juni 2014 im Rahmen der Arbeiten an einer Reform der Ergänzungsleistungen unter anderem beschlossen zu prüfen, ob ein signifikanter Zusammenhang besteht zwischen dem Vorbezug von Guthaben der beruflichen Vorsorge für Wohneigentumsförderung einerseits und der Notwendigkeit zur Ausrichtung von Ergänzungsleistungen andererseits und ob entsprechende Massnahmen geprüft werden müssen.

7 Erbrecht

Mit der Motion Gutzwiller soll das Erbrecht modernisiert, aber in seiner Struktur beibehalten werden. Der Bundesrat wird in der ersten Hälfte 2015 einen Vorentwurf in die Vernehmlassung schicken.

Die Motion Gutzwiller (10.3524) «Für ein zeitgemässes Erbrecht» verlangte insbesondere eine Anpassung der Artikel 462 (gesetzlicher Erbteil des überlebenden Ehegatten), 470 Absatz 1 (Umfang der Verfügungsbefugnis) und 471 ZGB (Pflichtteil). Sie fordert, das Pflichtteilsrecht der Eltern sei zu streichen, es sei eine liberalere Pflichtteilsregelung vorzusehen und die bisher diskriminierten unverheirateten Lebenspartnerinnen und -partner seien in das gesetzliche Erb- und Pflichtteilsrecht einzubeziehen. Mit Bezug auf den letzten Punkt wurde indessen in beiden Räten grosse Skepsis laut.¹⁹⁰ Der Nationalrat ergänzte den Motionstext mit der Bemerkung, eine rechtliche Gleichstellung von faktischen Lebensgemeinschaften mit den Ehepaaren solle ausgeschlossen sein. Der Ständerat stimmte diesem abgeänderten Motionstext schliesslich zu.¹⁹¹

Der Bundesrat wird voraussichtlich noch in der ersten Hälfte 2015 einen Vorentwurf in die Vernehmlassung schicken. Dem Auftrag des Parlaments entsprechend soll ein künftiges Erbrecht mehr Gestaltungsmöglichkeiten für die Erblasserin oder den Erblasser eröffnen. Faktische Lebenspartnerinnen und -partner sollen aber keine gesetzliche Erbenstellung erhalten. Auf diese Weise kann insbesondere das Anliegen, wonach faktische Lebensgemeinschaften zu berücksichtigen sind, dabei aber keine Gleichbehandlung mit der Ehe stattfinden soll, umgesetzt werden. Hingegen ist zu prüfen, für bestimmte Fälle eine Härtefallklausel ins Gesetz aufzunehmen.

8 Modernisierung ausserhalb des materiellen Familienrechts

8.1 Verflechtung verschiedener Rechtsgebiete

Modernisierungsbestrebungen müssen sich nicht nur auf das materielle Familienrecht beschränken. Eingangs ist auf die engen Verflechtungen von Sozialversicherungsrecht und Steuerrecht mit den rechtlichen Rahmenbedingungen des Familienlebens hingewiesen worden. Soll das Familienrecht modernisiert werden, stellt sich die Frage, welche Auswirkungen dies auf das Sozialversicherungsrecht hat. Schliesslich sind auch die Schnittstellen zum Steuerrecht, Verfahrensfragen und strukturelle Bereinigungen zu prüfen.

¹⁹⁰ Amtl Bull 2010 S 872; Amtl Bull 2011 N 108.

¹⁹¹ Amtl Bull 2011 S 489.

8.2 Übersicht zu den sozialversicherungsrechtlichen Leistungen

Das Sozialversicherungsrecht stellt für seine Leistungen grundsätzlich auf das Zivilrecht ab. Neuerungen im Familienrecht führen gegebenenfalls zu Anpassungsbedarf im Sozialversicherungsrecht.

Es ist offensichtlich, dass Partnerschaft und Familie heute nicht nur von der Zivilrechtsordnung bestimmt werden, sondern zu einem erheblichen Anteil auch durch das Sozialversicherungsrecht. Zwischen Familienmodell und sozialversicherungsrechtlichen Leistungen besteht eine enge Verbindung, da mit Ausnahme der Erwerbsersatzordnung¹⁹² sämtliche Systeme des Sozialversicherungsrechts grundsätzlich an den Zivilstand anknüpfen. Dabei ist die eingetragene Partnerschaft der Ehe gleichgestellt.¹⁹³ Dagegen findet die faktische Lebensgemeinschaft grundsätzlich keine entsprechende Berücksichtigung.¹⁹⁴

Festhalten lässt sich, dass Ehepaare sowie eingetragene Paare wegen der Plafonierung der Rentenhöhe in der AHV und IV schlechter gestellt sind als unverheiratete Paare. Diese Benachteiligung darf jedoch nicht isoliert betrachtet werden: Berücksichtigt man die übrigen Leistungen der Sozialversicherungen, so lässt sich feststellen, dass Ehepaare und eingetragene Paare in den Sozialwerken *gesamthaft bessergestellt sind* als faktische Lebensgemeinschaften. Die Privilegien für erstere machen in der AHV jährlich rund 2.8 Milliarden Franken aus, während die Einsparungen infolge der Plafonierung rund 2 Milliarden betragen. Insgesamt resultiert damit ein Überschuss für Verheiratete und eingetragene Paare von 800 Millionen Franken pro Jahr. Eine Angleichung der faktischen Lebensgemeinschaften an die Ehe und die eingetragene Partnerschaft könnte also je nach Ausgestaltung beträchtliche finanzielle Auswirkungen für die AHV haben (Mehrkosten).¹⁹⁵

Parlament und Bundesrat haben bis anhin das Sozialversicherungssystem mit seinen Benachteiligungen und Begünstigungen für die eine oder andere Lebensform als insgesamt ausgewogen erachtet.¹⁹⁶ Andererseits ist die heutige Nichtberücksichtigung der faktischen Lebensgemeinschaft in den Sozialversicherungen, angesichts der weiten Verbreitung dieser Lebensform, nicht mehr zeitgemäss, weshalb eine neue Regelung grundsätzlich sinnvoll wäre.

Allerdings würde die zivilrechtliche Angleichung der faktischen Lebensgemeinschaften an die Ehe in allen Sozialversicherungszweigen (ausser dem zivilstandsunabhängig ausgestalteten EOG) sowie in der Sozialhilfe und bei den Bedarfsleistungen einen beträchtlichen Reformbedarf auslösen, weil sich die Sozialversicherungen in der Regel am Zivilstand orientieren. Bei einer Gesamtbetrachtung der Sozialversicherungen ist festzustellen, dass es heute Solidaritätsflüsse von den unverheirateten zu den verheirateten Paaren gibt.¹⁹⁷ Unverheiratete Paare können beispielsweise weniger von Beitragserleichterungen oder Hinterlassenenleistungen profitieren. Mit einer Reform hätten unverheiratete Paare, die in einer anerkannten faktischen Lebensgemeinschaft leben, ebenfalls Anspruch auf diese Leistungen und Beitragserleichterungen. Allerdings ist darauf zu achten, dass die faktische Lebensgemeinschaft nicht nur leistungsseitig berücksichtigt wird, sondern auch auf der Beitrags-/Finanzierungsseite eine Angleichung an die Ehe erfolgen sollte. Weiter ist darauf zu achten, dass eine Angleichung

¹⁹² Bundesgesetz vom 25. September 1952 über den Erwerbsersatz für Dienstleistende und bei Mutterschaft, EOG (SR 834.1).

¹⁹³ Vgl. Art. 13a des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 2000 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts, ATSG (SR 830.1).

¹⁹⁴ Ausnahme bilden die reglementarischen Hinterlassenenleistungen nach Art. 20a BVG, vgl. dazu Ziff. 6.5.4.

¹⁹⁵ Vgl. Botschaft des Bundesrates zur Volksinitiative «Für Ehe und Familie – gegen die Heiratsstrafe» vom 23. Oktober 2013, BBl 2013, 8513 ff., 8534.

¹⁹⁶ Vgl. die Stellungnahme des Bundesrates zum Postulat 13.4080 («Gleichstellung im Steuer- und Sozialversicherungsrecht», Grünliberale Fraktion).

¹⁹⁷ Vgl. BBl 2013, 8513, Ziff. 3.2.2 und 4.2.2.; Bericht des BSV vom 10. Juni 2013 «Die Entwicklung des Anteils der öffentlichen Hand an der AHV-Finanzierung seit 1948» zuhanden der SGK-SR gemäss Antrag Rechsteiner Paul vom 21. Januar 2013, Ziff. 7.5; Urteil des Bundesgerichts vom 6. Dezember 2013, Nr. 9C_38312013 (zur Publikation vorgesehen).

oder Gleichstellung an Ehepaare erfolgt, nicht aber eine Besserstellung von Personen in einer faktischen Lebensgemeinschaft gegenüber den Ehepaaren.

Aus Sicht der Sozialversicherungen müssen klare Rahmenbedingungen geschaffen werden, wenn die faktische Lebensgemeinschaft Anknüpfungspunkt für Beiträge und Leistungen der Sozialversicherungen sein soll. Die Durchführungsstellen der Sozialversicherungen müssen sich auf Registereinträge stützen können. Es ist daher sehr wichtig, dass die faktische Lebensgemeinschaft klar definiert wird und Beginn und Ende der Lebensgemeinschaft in ein Register eingetragen werden. Analog wie bei der Ehe sollen Rechtsfolgen für die Sozialversicherungen nur während der Dauer der Registrierung entstehen. Die Durchführungsstellen der Sozialversicherungen sollen nicht stellvertretend für die Institutionen des Familienrechts tätig werden und abklären müssen, wann und in welchen Fällen eine faktische Lebensgemeinschaft besteht.

Für den Fall, dass keine Registrierungspflicht geschaffen werden soll, müsste eine Angleichung von faktischer Lebensgemeinschaft an die Ehe aus Gründen der Rechtssicherheit und der Durchführung auf wenige Punkte beschränkt werden. Praxistauglich wäre eine Berücksichtigung der faktischen Lebensgemeinschaft in den Fällen, in welchen das Vorliegen einer Lebensgemeinschaft ohne grösseren Aufwand bei der Prüfung der Anspruchsvoraussetzungen vorgenommen werden könnte. Dies wäre etwa beim Anspruch auf Hinterlassenenrenten bei gemeinsamen Kindern sowie bei der Anrechnung von Betreuungsgutschriften in der 1. Säule der Fall. Unabhängig von einer Registrierung der faktischen Lebensgemeinschaft könnte in der 2. Säule geprüft werden, ob der in einigen Fällen bestehende Vorrang von Eltern und erwachsenen Kindern gegenüber den faktischen Lebenspartner nicht korrigiert werden müsste.

Die am 5. November 2012 eingereichte Volksinitiative «Für Ehe und Familie – gegen die Heiratsstrafe»¹⁹⁸ verlangt, dass die Ehe – definiert als auf Dauer angelegte und gesetzlich geregelte Lebensgemeinschaft von Mann und Frau – gegenüber anderen Lebensformen nicht benachteiligt werden darf, namentlich nicht bei den Steuern und den Sozialversicherungen. Die steuerpolitischen Forderungen der Initiative decken sich mit der vom Bundesrat verfolgten Politik, die Ungleichbehandlung von Ehepaaren und faktischen Lebensgemeinschaften zu beseitigen. Im Bereich der Sozialversicherungen hingegen sind Ehepaare nicht schlechter gestellt als unverheiratete Paare, weshalb aus Sicht des Bundesrates kein Handlungsbedarf besteht.

8.3 Schnittstellen zum Steuerrecht

Die Frage der steuerlichen Behandlung von Ehepaaren und eingetragenen Partnerschaften einerseits und faktischen Lebensgemeinschaften andererseits kann die Wahl des Lebensmodells eines Paares respektive einer Familie beeinflussen. Entsprechend kommt dem Steuerrecht – wie dem Sozialversicherungsrecht – eine erhebliche Bedeutung für die Gestaltung des Familienrechts zu.

Ehepaare werden gemeinsam veranlagt;¹⁹⁹ Familien werden als wirtschaftliche Gemeinschaften betrachtet und bilden somit auch in steuerlicher Hinsicht eine Einheit. Unabhängig vom Güterstand werden die Einkommen der Ehegatten zusammengerechnet, ebenso die Einkünfte minderjähriger Kinder, die nicht aus einer Erwerbstätigkeit stammen.

Das DBG kennt drei Tarife für die Besteuerung natürlicher Personen. Neben einem Grundtarif besteht ein Tarif für verheiratete Personen sowie ein Tarif für Personen, die mit Kindern

¹⁹⁸ BBl 2013, 245.

¹⁹⁹ Vgl. Art. 9 des Bundesgesetzes vom 14. Dezember 1990 über die direkte Bundessteuer, DBG (SR 642.11).

zusammenleben (Elterntarif). Damit soll der unterschiedlichen wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit dieser drei Kategorien Rechnung getragen werden. Trotz dieser tariflichen Abstufung und trotz weiterer ehe- und partnerschaftsspezifischer Abzüge kommt es immer wieder vor, dass Ehegatten und eingetragene Partnerinnen und Partner durch das Zusammenrechnen ihrer Einkünfte gegenüber faktischen Lebensgemeinschaften *steuerlich benachteiligt* werden.²⁰⁰ Bereits im Jahre 1984 entschied das Bundesgericht in einem richtungsweisenden Urteil,²⁰¹ dass Ehepaare nicht stärker belastet werden dürfen als Konkubinatspaare. Die Frage nach der korrekten Besteuerung verheirateter Paare ist indessen nach wie vor umstritten; trotz verschiedener parlamentarischer Vorstösse konnte die Fragestellung bis heute keiner mehrheitsfähigen Lösung zugeführt werden.²⁰² Entsprechend ist es in den letzten dreissig Jahren nicht gelungen, die vom Bundesgericht monierte Verfassungsverletzung gesetzgeberisch zu beseitigen.

Die am 5. November 2012 eingereichte Initiative «Für Ehe und Familie – gegen die Heiratsstrafe»²⁰³ verlangt, dass die Ehe gegenüber anderen Lebensformen nicht benachteiligt werden darf, namentlich nicht bei den Steuern und den Sozialversicherungen. Die Initiative zielt auf eine gemeinschaftliche Veranlagung von Ehegatten und schliesst damit eine Individualbesteuerung aus,²⁰⁴ lässt aber alle anderen Fragen offen. Der Bundesrat hat die steuerpolitische Forderung der Volksinitiative unterstützt, da sich diese mit dem von ihm verfolgten Ziel, die Ungleichbehandlung von Ehepaaren und faktischen Lebensgemeinschaften zu beseitigen, deckt.²⁰⁵

Im Falle der Annahme der Initiative durch Volk und Stände wäre der Bundesgesetzgeber gehalten, die im Steuerrecht bestehenden Diskriminierungen zwischen Ehegatten einerseits und weiteren Familienformen andererseits zu beseitigen. Darunter fallen nicht nur faktische Lebensgemeinschaften, sondern auch sogenannte Patchworkfamilien. Ob mit der Annahme der Initiative auch die Verpflichtung einhergehen würde, die Besserstellungen von Ehegatten gegenüber Personen in einer faktischen Lebensgemeinschaft im Steuerrecht einzuebnen, müsste eingehend geprüft werden.

Der Initiativtext, der die Ehe als auf Dauer angelegte und gesetzlich geregelte Lebensgemeinschaft von Mann und Frau definiert, hat in der parlamentarischen Beratung zu intensiven Diskussionen geführt. Diese Formulierung hindert den Gesetzgeber aber nicht daran, beispielsweise auch eingetragene Partnerschaften gleich zu behandeln wie Ehepaare. So beabsichtigt der Bundesrat auch im Fall der Annahme der Volksinitiative, an der steuerrechtlichen Gleichbehandlung von Ehe und eingetragener Partnerschaft festzuhalten.

²⁰⁰ Für die Belastungsrelationen vgl. Botschaft des Bundesrates zur Volksinitiative «Für Ehe und Familie – gegen die Heiratsstrafe» (Fn. 195), 8518 f.: Für rund 80 000 Zweiverdienerhepaare besteht nach wie vor eine Mehrbelastung.

²⁰¹ BGE 110 Ia 7.

²⁰² Motion 04.3276 («Übergang zur Individualbesteuerung», FDP-Fraktion); Motion 05.3299 («Übergang zur Individualbesteuerung. Dringliche Massnahmen», FDP-Fraktion); Motion 10.4127 («Beseitigung der Heiratsstrafe, Bischof»); Postulat 11.3545 («Zivilstandsunabhängige Besteuerung», Fraktion BPD).

²⁰³ BBl 2013, 245.

²⁰⁴ Vgl. Botschaft des Bundesrates zur Volksinitiative «Für Ehe und Familie – gegen die Heiratsstrafe» vom 23. Oktober 2013 (Fn. 9), 8530.

²⁰⁵ Botschaft des Bundesrates zur Volksinitiative «Für Ehe und Familie – gegen die Heiratsstrafe» vom 23. Oktober 2013 (Fn. 9), 8515.

8.4 Verfahrensfragen

Verfahren sowie Gerichts- und Behördenorganisation sind wichtige Parameter bei strittigen oder zu klärenden familienrechtlichen Fragen. Die heutige Struktur, für welche mehrheitlich die Kantone verantwortlich sind, insbesondere das Zusammenwirken von Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden einerseits und den Gerichten andererseits, sollte von den Kantonen evaluiert werden.

Nicht zu unterschätzen sind Entwicklungen ausserhalb des ZGB, die für das Familienrecht und sein Verständnis von grosser Bedeutung sind. Dazu gehört *eidgenössische Zivilprozessordnung*, die gerichtliche Verfahren in zivil- und familienrechtlichen Belangen schweizweit nach einer einheitlichen Verfahrensordnung normiert. Allerdings wurden bei familienrechtlichen Verfahren aus Respekt vor der kantonalen Gerichts- und Behördenorganisation zwar einige Spezialbestimmungen zum Scheidungs- und Kindesrecht erlassen, eine fundamentale Auseinandersetzung über eine möglichst effiziente und überzeugende (Familien)Verfahrensordnung blieb dagegen aus. Insbesondere fehlte eine Grundsatzdiskussion um eine Abgrenzung der Zuständigkeiten zwischen den neuen professionellen Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden einerseits und den Gerichtsinstanzen andererseits. Zwar wurden den Kantonen gewisse Vorgaben gemacht, was die Professionalität der KESB anbelangt.²⁰⁶ Inwiefern ein Zusammenlegen der Funktionen und Aufgabenbereiche der KESB mit jenen der erstinstanzlichen Gerichte in Ehe- und Kinderbelangen zu besseren und effizienteren Entscheidungen führen würde, wurde in Anbetracht der kantonalen Hoheiten bezüglich Gerichts- und Behördenorganisation gesamtschweizerisch nicht erörtert. Als bisher einziger Kanton hat der Aargau neue Wege beschritten und *Familiengerichte* geschaffen, die für sämtliche Familienbelange einschliesslich des Kindes- und Erwachsenenschutzes zuständig sind.²⁰⁷ Damit können die bestehenden Doppelzuständigkeiten für den Kinderschutz (Zivilgericht in ehelichen Verfahren und Verwaltungsbehörde in den übrigen Fällen) und damit zahllose Kompetenzkonflikte beseitigt werden. Ob weitere Kantone dem aargauischen Vorbild folgen werden, bleibt abzuwarten.

9 Gesamtwürdigung

Der vorliegende Bericht erfolgt in Erfüllung des Postulats 12.3607. Dieses verlangt, dass in einem Bericht dargelegt wird, «wie unsere rechtlichen – in erster Linie zivil- und insbesondere familienrechtlichen – Grundlagen den heutigen und künftigen gesellschaftlichen Bedingungen angepasst werden können.» Im Bericht soll gemäss der Begründung des Postulats ein Überblick geschaffen und anschliessend mögliche Reformprojekte skizziert werden. Im Sinne dieses Auftrags verzichtet der Bundesrat im Moment darauf, als unmittelbare Folge konkrete Revisionsprojekte zu lancieren. Er erachtet es aber als wichtig, dass über die möglichen Revisionspunkte eine politische Diskussion stattfindet. Der vorliegende Bericht soll dazu dienen, den dafür erforderlichen Anstoss zu geben.

Der Bundesrat erachtet aus der Sicht des Zivilrechts Handlungsbedarf vor allem in folgenden Punkten als ausgewiesen:

- Angleichung der registrierter Partnerschaft an die Ehe oder Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare (Ziff. 4.2);

²⁰⁶ Vgl. Art. 440 ZGB und dazu die Botschaft des Bundesrates zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht) vom 28. Juni 2006, BBl 2006, 7001 ff., 7020 und 7073 f.

²⁰⁷ Vgl. hierzu CHRISTOPH HÄFELI, Familiengerichte im Kanton Aargau als Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde, Fampra.ch 2012, 1001 ff.

- Einführung einer Härtefallregelung für Fälle, in denen die fehlende gesetzliche Regelung für faktische Partnerschaften stossend erscheint (Ziff. 4.4);
- Prüfung der Einführung einer gesetzlich geregelten Partnerschaft mit geringerer Bindungswirkung als die Ehe (entsprechend dem französischen PACS; Ziff. 4.4.7 f.);

In einem zweiten Schritt wären allenfalls folgende Punkte zu diskutieren:

- Schaffung von Kohärenz bei den Staatsverträgen (Ziff. 3.6.2);
- Verbesserung der Anerkennung ausländischer Partnerschaftsformen (Ziff. 4.3.6);
- Vereinfachung der Zivilstandsbezeichnungen (Ziff. 4.5);
- Einräumung des Sorgerechts an zusätzliche Personen (Ziff. 5.2.3);
- Modernisierung der Regeln über die Begründung und Anfechtung der Vaterschaft (Ziff. 3.4.3, 5.4 und 5.6);
- Schaffung einer klaren Regelung für die Anerkennung von Kindesverhältnissen, die im Ausland über eine Leihmutterschaft begründet worden sind (Ziff. 5.8);
- Aufhebung des Verbots der Eizellenspende (Ziff. 5.8).

Folgende Revisionsprojekte stellen zwar einen wichtigen Schritt in Richtung eines modernen Familienrechts dar, sind allerdings bereits weit fortgeschritten oder abgeschlossen:

- Inkrafttreten der gemeinsamen elterlichen Sorge am 1. Juli 2014 (Ziff. 5.2.1);
- Verabschiedung der Kindesunterhaltsvorlage (Ziff. 6.3.2)
- Einführung des neuen Namensrechts am 1. Januar 2013 (Ziff. 4.6.1)
- Verabschiedung der Adoptionsvorlage (Ziff. 5.9.2)