

AUFsätze ARTICLES ARTICOLI

- 781 *Simoneita Sommaruga: Avenir familles!*
- 784 *Klaus Preisner: Familiärer Wandel und Wandel von Familienrecht und -politik*
- 797 *Andrea Büchler: Die Zukunft von Ehe, Partnerschaft und einfachen Lebensgemeinschaften*
- 809 *Suzette Sandoz: Quelques thèses sur le mariage et autres formes de ménage commun*
- 818 *Regina E. Acbi-Müller: Ein neues Familienrecht für die Schweiz? Ein kritischer Blick auf das Reformprojekt.*
- 838 *Alexandra Rumo-Jungo: Kindesverhältnisse im Zeitalter vielfältiger Familienformen und medizinisch unterstützter Fortpflanzung*
- 854 *Jehanne Sosson: Les relations parents-enfants en Europe: tendances progressistes versus conservatisme?*
- 866 *Christiana Fountoulakis/Bastien Khalfi: Quelques réflexions sur la conception de l'entretien en droit de la famille*
- 884 *Thomas Geiser: Familie und Geld*
- 910 *Monika Pfaffinger: Familien- und Erwerbsarbeit in Umordnung: Zeiten und ihre Werte*
- 932 *Anne Reiser: Pour une refonte du Code civil qui parte de l'enfant, avenir commun des familles*
- 948 *Annetie Spycher: Koordination im Familienvermögensrecht – einige Hinweise für eine praxisnahe Gestaltung allfälliger zukünftiger Revisionsvorlagen*
- 966 *Ingeborg Schwenzer: Familienrecht und gesellschaftliche Veränderungen*

DOKUMENTATION DOCUMENTATION DOCUMENTAZIONI

- 1009 *Literatur – Littérature – Letteratura*
- 1022 *Rezensionen – Recensions – Recensioni*

RECHTSPRECHUNG JURISPRUDENCE GIURISPRUDENZA

1026

HERAUSGEBERINNEN

INGEBORG SCHWENZER
ANDREA BÜCHLER
MICHELLE COTTIER

Schriftleitung

Sabine Aeschlimann

Redaktionsmitglieder

Margareta Baddeley
Daniel Bähler
Richard Barbey
Katerina Baumann
Peter Breitschmid
Linus Cantieni
Laura Cardia-Vonèche
Jeanne DuBois
Joseph Duss-von Werdt
Roland Fankhauser
Christiana Fountoulakis
Elisabeth Freivogel
Thomas Geiser
Urs Gloor
Marianne Hammer-Feldges
Monique Jametti Greiner
Susanne Leuzinger-Naef
Peter Liatowitsch
Ueli Mäder
Andrea Maihofer
Alexandra Rumo-Jungo
Joachim Schreiner
Jonas Schweighauser
Daniel Steck
Thomas Sutter-Somm
Rolf Vetterli



Stämpfli Verlag

www.staempfli.ch

IMPRESSUM

15. Jahrgang – Année – Anno; November – Novembre – Novembre 2014
Erscheint vierteljährlich – Parution trimestrielle – Pubblicazione trimestrale
Zitiervorschlag – Citation proposée – Citazione consigliata: FamPra.ch
ISSN 1424-1811

Herausgeberinnen Editrices Editrici	Prof. Dr. iur. Ingeborg Schwenzer, LL.M., Universität Basel, Peter Merian-Weg 8, CH-4002 Basel, E-Mail: ist.schwenzer@unibas.ch
	Prof. Dr. iur. Andrea Büchler, Universität Zürich, Rämistrasse 74, CH-8001 Zürich, E-Mail: ist.buechler@rwi.uzh.ch
	Ass.-Prof. Dr. iur. Michelle Cottier, MA, Universität Basel, Peter Merian-Weg 8, 4002 Basel, E-Mail: Michelle.Cottier@unibas.ch
Schriftleitung	Dr. Sabine Aeschlimann, LL.M., Advokatin, Hauptstrasse 104, CH-4102 Binningen Telefon: ++41 61 421 05 95, Telefax: ++41 61 421 25 60, E-Mail: aeschlimann@advokaturbuero-bl.ch , fampra-ius@unibas.ch
Redaktion Rédaction Redazione	Prof. Dr. iur. Margareta Baddeley; Daniel Bähler, Oberrichter; Richard Barbey, juge cantonal; lic. iur. Katerina Baumann, Fürsprecherin und Notarin; Prof. Dr. iur. Peter Breitschmid; Dr. iur. Linus Cantieni, Präsident der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (KESB), Kreis Bülach Süd; lic. phil. Laura Cardia-Vonèche, sociologue; lic. iur. Jeanne DuBois, Rechtsanwältin; Prof. Dr. phil. Joseph Duss-von Werd; Prof. Dr. iur. Roland Fankhauser, LL.M., Advokat; lic. iur. Elisabeth Freivogel, LL.M., Advokatin; Prof. Dr. iur. Christiana Fountoulakis; Prof. Dr. iur. Thomas Geiser; Dr. iur. Urs Gloor, Rechtsanwalt, Mediator; lic. iur. Marianne Hammer-Feldges, Fürsprecherin und Notarin; Dr. iur. Monique Jametti Greiner, Vizedirektorin Bundesamt für Justiz; Dr. iur. Susanne Leuzinger-Naef, Bundesrichterin; Dr. iur. Peter Liatowitsch, Advokat, Notar und Mediator; Prof. Dr. phil. Ueli Mäder, Soziologe; Prof. Dr. phil. Andrea Maihofer; Prof. Dr. iur. Alexandra Rumo-Jungo; Dr. phil. Joachim Schreiner; Dr. iur. Jonas Schweighauser, Advokat; Dr. iur. Daniel Steck, aOberrichter; Prof. Dr. iur. Thomas Sutter-Somm; Dr. iur. h.c. Rolf Vetterli, aKantonsrichter.
Verlag Editions Edizioni	Stämpfli Verlag AG, Wölflistrasse 1, Postfach 5662, CH-3001 Bern Telefon: ++41 31 300 66 66 Telefax: ++41 31 300 66 88 E-Mail: verlag@staempfli.com Internet: www.staempfliverlag.ch
	Die Aufnahme von Beiträgen erfolgt unter der Bedingung, dass das ausschliessliche Recht zur Vervielfältigung und Verbreitung an den Stämpfli Verlag AG übergeht. Der Verlag behält sich alle Rechte am Inhalt der Zeitschrift FamPra.ch vor, insbesondere die Vervielfältigung auf dem Weg der Fotokopie, der Mikrokopie, der Übernahme auf elektronische Datenträger und andere Verwertungen jedes Teils dieser Zeitschrift bedürfen der Zustimmung des Verlags. L'acceptation de contributions se produit à la condition que le droit exclusif de reproduction et de diffusion passe à la maison d'édition Stämpfli SA. La maison d'édition se réserve tous les droits sur le contenu du journal FamPra.ch. En particulier, la reproduction par voie de photocopie, de microcopie, de reprise de supports électroniques de données, et toute autre utilisation de l'ensemble ou de partie de ce journal nécessitent l'accord de la maison d'édition.
Inserate Annonces Inserti	Stämpfli Publikationen AG, Inseratemanagement, Wölflistrasse 1, Postfach 8326, CH-3001 Bern Telefon: ++41 31 300 63 84 Telefax: ++41 31 300 63 90 E-Mail: inserate@staempfli.com
Abonnemente Abonnements Abbonamenti	Stämpfli Verlag AG, Periodika, Wölflistrasse 1, Postfach 5662, CH-3001 Bern Telefon: ++41 31 300 63 25 Telefax: ++41 31 300 66 88 E-Mail: periodika@staempfli.com

Jährlich – Annuel – Annuale: AboPlus Sfr. 386.– (Print und Online), Online Sfr. 300.–
Einzelheft – Numéro séparé – Numero singolo: SFr. 75.– (exkl. Porto)
Ausland – Etranger – Estero: AboPlus Sfr. 392.–, Online Sfr. 300.–

Inhalt – Contenu – Contenuto

<i>Simonetta Sommaruga: Avenir familles!</i>	781
<i>Klaus Preisner: Familialer Wandel und Wandel von Familienrecht und -politik</i>	784
<i>Andrea Büchler: Die Zukunft von Ehe, Partnerschaft und einfachen Lebensgemeinschaften</i>	797
<i>Suzette Sandoz: Quelques thèses sur le mariage et autres formes de ménage commun</i>	809
<i>Regina E. Aebi-Müller: Ein neues Familienrecht für die Schweiz? Ein kritischer Blick auf das Reformprojekt.</i>	818
Panel de discussion I: Mariage, concubinage et partenariats en tous genres	836
<i>Alexandra Rumo-Jungo: Kindesverhältnisse im Zeitalter vielfältiger Familienformen und medizinisch unterstützter Fortpflanzung</i>	838
<i>Jehanne Sosson: Les relations parents-enfants en Europe: tendances progressistes versus conservatisme?</i>	854
Panel de discussion II: Les enfants	862
<i>Christiana Fountoulakis/Bastien Khalfi: Quelques réflexions sur la conception de l'entretien en droit de la famille</i>	866
<i>Thomas Geiser: Familie und Geld</i>	884
<i>Monika Pfaffinger: Familien- und Erwerbsarbeit in Umordnung: Zeiten und ihre Werte</i>	910
<i>Anne Reiser: Pour une refonte du Code civil qui parte de l'enfant, avenir commun des familles</i>	932
<i>Annette Spycher: Koordination im Familienvermögensrecht – einige Hinweise für eine praxisnahe Gestaltung allfälliger zukünftiger Revisionsvorlagen</i>	948
Panel de discussion III: La famille et les rapports financiers	961
Table ronde	964
<i>Ingeborg Schwenzer: Familienrecht und gesellschaftliche Veränderungen</i>	966

DOKUMENTATION – DOCUMENTATION – DOCUMENTAZIONI

Literatur – Littérature – Letteratura	1009
Rezensionen – Recensions – Recensioni	1022

Familienrecht und gesellschaftliche Veränderungen*

Gutachten zum Postulat 12.3607 Fehr «Zeitgemässes kohärentes Zivil- insbesondere Familienrecht»

Ingeborg Schwenzer, Prof. Dr. iur., LL.M., ordentliche Professorin
an der Universität Basel

Stichwörter: Eheinstitutionenschutz, Lebensgemeinschaften, Familienwohnung, finanzielle Folgen, Güterrecht, Vorsorgeausgleich, rechtliche Elternschaft, Adoption, elterliche Sorge.

Mots clefs: Protection de l'institution du mariage, communautés de vie, domicile familial, conséquences financières, régime matrimonial, partage de la prévoyance professionnelle, parenté légale, adoption, autorité parentale.

I. Einleitung

Der vorliegende Bericht befasst sich mit einer grundlegenden Neugestaltung des schweizerischen Familienrechts und wurde im Auftrag des Bundesamtes für Justiz angefertigt. Hintergrund ist das Postulat 12.3607 Fehr «Zeitgemässes kohärentes Zivil- insbesondere Familienrecht», das im Jahre 2012 vom Parlament überwiesen wurde. Das Postulat hat folgenden Wortlaut:

«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 Tei-

* Die Verfasserin dankt TOMIE KELLER, MLaw, für die wertvolle und vielfältige Unterstützung. Literatur und Rechtsprechung sind auf dem Stand von August 2013. Inzwischen in Kraft getretene Gesetzesrevisionen und -vorhaben wurden nachgetragen.

len 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.»

Der Bericht wird zunächst näher auf die grundlegenden soziodemographischen Veränderungen, die in der Schweiz – wie auch im Ausland – in den vergangenen 50 Jahren stattgefunden haben, und den damit einhergehenden Wertewandel eingehen. Er wird sodann kurz die bereits erfolgten einschlägigen Reformen resümieren. Die sich hieran anschliessende zu diskutierende Hauptfrage ist, was die Aufgabe eines Familienrechts im 21. Jahrhundert vor dem Hintergrund der gesellschaftlichen Veränderungen ist bzw. sein sollte. Ausgehend hiervon werden für die Bereiche «Lebensgemeinschaften» und «Kindesrecht» Leitlinien entwickelt und mögliche Lösungsansätze aufgezeigt. Nicht erörtert wird das Erwachsenenschutzrecht, das am 1. Januar 2013 in Kraft getreten ist, sowie das Erbrecht, das einem gesonderten Bericht vorbehalten ist. Es muss jedoch betont werden, dass Familien- und Erbrecht in weiten Bereichen überlappen und familienrechtliche (Neu-)Bewertungen sich deshalb auch im Erbrecht widerspiegeln müssen. Auf eine konsistente Ausgestaltung ist deshalb zu achten.

Der Bericht bezieht durchgehend auch die Rechtsentwicklung in ausländischen Rechtsordnungen in die Betrachtung ein, wobei das Hauptaugenmerk weniger auf das dem schweizerischen Recht sehr nahe stehende deutsche und österreichische Recht als vielmehr auf das angloamerikanische (englische, schottische, kanadische, australische, neuseeländische), skandinavische und niederländische Recht gerichtet wird, weil in diesen Rechtsordnungen bereits schon vor einiger Zeit auf die gesellschaftlichen Veränderungen mit entsprechenden Reformen des Familienrechts reagiert wurde. Die Schweiz, Deutschland und Österreich nehmen hingegen regelmässig das Schlusslicht der internationalen familienrechtlichen Entwicklung ein.

II. Ausgangslage

1. Soziodemographische Veränderungen

In den letzten 50 Jahren haben in der Schweiz wie auch im gesamten Ausland grundlegende gesellschaftliche Veränderungen in Bezug auf Lebensgemeinschaften und Familien stattgefunden, die sich allein aus den offiziellen Statistiken ablesen lassen.

Herausragendstes Merkmal ist die Entwicklung der Scheidungsziffer. Seit den 1960er Jahren hat sie sich in der Schweiz nahezu verfünffacht; sie liegt seit dem Jahre 2005 bei ca. 50%, obgleich in den letzten Jahren eine gewisse rückläufige Tendenz zu verzeichnen war.¹ In städtischen Gebieten muss wohl davon ausgegangen werden, dass nahezu zwei von drei Ehen geschieden werden. Im internationalen Vergleich gehört die Schweiz damit zu den Ländern mit der höchsten Scheidungsrate. Die hohe Scheidungsrate zieht mannigfache weitere Entwicklungen nach sich. Da in der Schweiz jährlich zwischen 12000 und 16000 minderjährige Kinder von der Scheidung ihrer Eltern betroffen sind,² hat einerseits die Zahl der Fortsetzungsfamilien und andererseits die Zahl der Ein-Eltern-Familien erheblich zugenommen. Letzteres wiederum steht in engem Zusammenhang mit der sog. Feminisierung der Armut. Armutsstudien dokumentieren, dass in vielen Ländern die Scheidung für Frauen ein erheblich höheres Armutsrisiko darstellt als für Männer.³

Parallel zur Entwicklung der Scheidungsrate steht die Zunahme des Heiratsalters und die generelle Abnahme der Heiratshäufigkeit.⁴ Auch hier ist in den letzten Jahren allerdings eine gewisse Gegenbewegung erkennbar. Gleichzeitig nimmt die Zahl der nichtehelichen Lebensgemeinschaften rapide zu. So hat sich auch die Zahl der Paare mit gemeinsamen Kindern vor der Heirat seit dem Jahre 1980 nahezu verfünffacht.⁵ Mit insgesamt ca. 19% liegt die Zahl der nichtehelichen Geburten⁶ in der Schweiz zwar im internationalen Vergleich noch relativ niedrig; bemerkenswert ist

1 Bundesamt für Statistik, Zusammengefasste Scheidungsziffer nach Kanton, Tabelle su-d-1.2.2.3.1.43 (<http://www.statistik.admin.ch>).

2 Bundesamt für Statistik, Scheidungen nach Staatsangehörigkeit vor der Heirat und nach Anzahl der unmündigen Kinder, Tabelle je-d-01.02.02.03.03 (<http://www.statistik.admin.ch>).

3 Vgl. etwa für die Schweiz LEU/BURRI/PRIESTER, Lebensqualität und Armut in der Schweiz, Bern 1997, 129, wonach für Frauen durch die Scheidung das Risiko, unterhalb der Armutsgrenze leben zu müssen, doppelt so gross ist wie für Männer.

4 Bundesamt für Statistik, Zusammengefasste Erstheiratsziffer und Durchschnittsalter bei der Erstheirat, Tabelle su-d-1.2.2.3.1.21 (<http://www.statistik.admin.ch>).

5 Bundesamt für Statistik, Paare mit gemeinsamen Kindern vor der Heirat, Tabelle su-d-1.5.3.6 (<http://www.statistik.admin.ch>).

6 Bundesamt für Statistik, Anteil Lebendgeburten nicht verheirateter Mütter nach Kanton, Tabelle su-d-1.2.2.3.1.8 (<http://www.statistik.admin.ch>).

jedoch, dass sich der Anteil nichtehelicher Geburten an der Gesamtgeburtenrate seit dem Jahre 1990 verdreifacht hat.

Gleichgeschlechtliche Personen bekennen sich zunehmend zu ihrer sexuellen Orientierung und fordern rechtliche Anerkennung ein. Im Jahre 2012 wurden in der Schweiz bereits 44 Kinder von Müttern geboren, die in eingetragener Partnerschaft leben.⁷

Was die Geburtenrate angeht, so liegt sie schon lange weit unterhalb der für den Erhalt der Bevölkerung erforderlichen Zahl, obgleich sie sich in den letzten drei Jahren wieder etwas erholt hat und nunmehr 1,52 Kinder/Frau zu verzeichnen sind.⁸

Nicht ohne Auswirkungen auf das Familienrecht kann schliesslich die Entwicklung im Bereich der Reproduktionsmedizin bleiben. Dies betrifft nicht allein kinderlose heterosexuelle Paare, sondern vermehrt auch lesbische Paare, die ihren Kinderwunsch mittels heterologer Insemination befriedigen, oder schwule Paare, die sich einer Leihmutter bedienen.

Schliesslich ist die Schweiz wie die meisten Industriestaaten eine alternde Gesellschaft. Im Jahre 2011 betrug die durchschnittliche Lebenserwartung in der Schweiz für Männer 80,3 und für Frauen 84,7 Jahre.⁹ Nur 15% der Bevölkerung waren unter 15 Jahre, währendem 17% über 65 Jahre waren¹⁰ und die Gruppe der über 80-Jährigen ständig weiter wächst.¹¹

Die vorgenannten soziodemographischen Veränderungen gehen Hand in Hand mit einem tiefgreifenden Wertewandel in der Gesellschaft. Will man diesen auf einen Nenner bringen, so können folgende Schlagworte genannt werden: Säkularisierung, Emanzipation und zunehmende Toleranz. Säkularisierung meint den in den letzten Jahrzehnten zunehmenden Bedeutungsverlust der (christlichen) Kirchen in unserer Gesellschaft. Emanzipation betrifft zunächst das Verhältnis der Geschlechter, was in den letzten 50 Jahren zur (weitestgehenden) rechtlichen Gleichstellung von Frauen geführt hat. Emanzipation beschlägt aber auch das Eltern-Kind-Verhältnis; Kinder werden heute zunehmend weniger als Objekte, denn als Subjekte verstanden. All dies mündet in eine Pluralität der Lebensformen, der immer mehr Toleranz auch in der Schweiz entgegengebracht wird. Neben der traditionellen auf Ehe basierten Kleinfamilie existieren eine Vielzahl anderer Familien- und Lebensformen: kinderlose Ehen, Altersehen, Ein-Eltern-Familien, Fortsetzungsfamilien, Familien,

7 Bundesamt für Statistik, Lebendgeburten nach Zivilstand der Mutter, Tabelle su-d-1.2.2.2.4.13 (<http://www.statistik.admin.ch>).

8 Bundesamt für Statistik, Zusammengefasste Geburtenziffer und Generationenerhalt, Tabelle su-d-1.2.2.3.1.10 (<http://www.statistik.admin.ch>).

9 Bundesamt für Statistik, Indikatoren der Sterblichkeit in der Schweiz, Tabelle su-d-1.2.2.3.2.2 (<http://www.statistik.admin.ch>).

10 Bundesamt für Statistik, Die Bevölkerung der Schweiz 2011, Neuchâtel 2012, 13.

11 Bundesamt für Statistik, Ständige Wohnbevölkerung (Total) nach Alter, Tabelle su-d-1.1.1.11 (<http://www.statistik.admin.ch>).

die durch fortpflanzungsmedizinische Massnahmen zustande gekommen sind, nicht-eheliche Lebensgemeinschaften, gleichgeschlechtliche Paare, Regenbogenfamilien u. v. m. Die Zunahme der Zahl an Mitbürgerinnen und Mitbürgern islamischen Glaubens wird in der Zukunft auch die Diskussion über polygame Gemeinschaften erfordern.

2. Familienrechtliche Reformen in der Schweiz

Der Schweizer Gesetzgeber hat mit den seit den 1970er Jahren an die Hand genommenen Reformen im Familienrecht bislang nur bedingt den oben beschriebenen gesellschaftlichen Veränderungen Rechnung getragen.

Die ersten Revisionen betrafen das *Kinderrecht*: Das Adoptionsrecht wurde mit Wirkung 1973 geändert und die Volladoption eingeführt.¹² 1978 erfolgte die grosse Reform des Kinderrechts mit der grundsätzlichen, wenn auch nicht wirklich durchgängigen¹³ rechtlichen Gleichstellung von ehelichen und nichtehelichen Kindern. Der Stichentscheid des Vaters wurde abgeschafft und das Kindeswohl neu in den Mittelpunkt gestellt.¹⁴ Seit 2003 hat das mündige Adoptivkind Anspruch auf Kenntnis seiner Abstammung.¹⁵

Das im Jahre 1988 in Kraft getretene neue *Eherecht* bezweckte vor allem die formale Gleichstellung von Frau und Mann im Familienrecht. Als ordentlicher Güterstand wurde die Errungenschaftsbeteiligung eingeführt.¹⁶ Im Jahre 1996 wurde das Mündigkeitsalter auf 18 Jahre herabgesetzt und gleichzeitig das Ehefähigkeitsalter für Mann und Frau auf ebenfalls 18 Jahre festgelegt.¹⁷ 2006 wurde das Ehehindernis zwischen Stiefeltern und -kindern abgeschafft,¹⁸ das Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer brachte 2008 neu das Ehehindernis der Scheinehe.¹⁹

12 Vgl. Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Änderung des Zivilgesetzbuches (Adoption und Art. 321 ZGB) vom 12. Mai 1971, BBl 1971 I 1200.

13 Wesentliche Unterschiede finden sich namentlich bis heute im Bereich der Abstammung, vor allem was die Anfechtung der Vaterschaft betrifft.

14 Vgl. Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Kindesverhältnis) vom 5. Juni 1974, BBl 1974 II 1.

15 Art. 268c ZGB; eingefügt durch Anhang Ziff. 2 des BG vom 22. Juni 2001 zum Haager Adoptionsübereinkommen und über Massnahmen zum Schutz des Kindes bei internationalen Adoptionen, AS 2002 3988; BBl 1999 5795.

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

17 Vgl. Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Herabsetzung des zivilrechtlichen Mündigkeits- und Ehefähigkeitsalters, Unterhaltspflicht der Eltern) vom 17. Februar 1993, BBl 1993 I 1169.

18 AS 2005 5696.

19 Art. 97a und Art. 105 Ziff. 4 ZGB; eingefügt durch Anhang Ziff. II 4 des BG vom 16. Dez. 2005 über Ausländerinnen und Ausländer, AS 2007 5437, BBl 2002 3709.

Name und Bürgerrecht der Ehegatten wurden mit Wirkung von 2013 reformiert;²⁰ ebenfalls trat das Bundesgesetz über Massnahmen gegen Zwangsheiraten in Kraft, durch das die Eheungültigkeitsgründe ergänzt werden.²¹

Die grosse *Scheidungsrechtsrevision* trat im Jahre 2000 in Kraft. Ziel war die Abschaffung des Verschuldensprinzips sowohl im Bereich der Scheidungsgründe als auch bei den finanziellen Folgen der Scheidung.²² Bereits 2004 wurde die Trennungsfrist für die einseitige Scheidung von vier auf zwei Jahre herabgesetzt;²³ 2010 wurde die Bedenkfrist für die Scheidung auf gemeinsames Begehren aufgehoben.²⁴ Mit der Revision wurde ausserdem der Vorsorgeausgleich eingeführt. Eine Revision des Vorsorgeausgleichs ist derzeit hängig.²⁵ Darüber hinaus wurde mit der Scheidungsrechtsrevision die gemeinsame elterliche Sorge geschiedener und nicht verheirateter Eltern ermöglicht sowie die Rechte des Kindes im Verfahren gestärkt. 2014 wurde nun die gemeinsame elterliche Sorge als Regelfall eingeführt.²⁶ Die Einführung des Betreuungsunterhalts als Unterhalt des Kindes²⁷ ist derzeit hängig.

Seit 2007 steht gleichgeschlechtlichen Paaren das Institut der *eingetragenen Partnerschaft* zur Verfügung, das bis auf Adoption und Zugang zu fortpflanzungsmedizinischen Massnahmen der Ehe ähnliche Wirkungen erzeugt.²⁸

Die letzte gross angelegte Revision betraf das *Vormundschaftsrecht*; das neue Kindes- und Erwachsenenschutzrecht ist 2013 in Kraft getreten.²⁹

20 Zivilgesetzbuch (Name und Bürgerrecht) Änderung vom 30. September 2011, AS 2012 2569 und 3227.

21 Vgl. Botschaft zum Bundesgesetz über Massnahmen gegen Zwangsheiraten vom 23. Februar 2011, BBl 2011 2185.

22 Vgl. Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Personenstand, Eheschliessung, Scheidung, Kinderrecht, Verwandtenunterstützungspflicht, Heimstätten, Vormundschaft und Ehevermittlung) vom 15. November 1995, BBl 1996 I 1.

23 Zivilgesetzbuch (Trennungsfrist im Scheidungsrecht) Änderung vom 19. Dezember 2003, AS 2004 2161.

24 Zivilgesetzbuch (Bedenkzeit im Scheidungsverfahren auf gemeinsames Begehren) Änderung vom 25. September 2009, AS 2010 281.

25 Vgl. Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Vorsorgeausgleich bei Scheidung) vom 29. Mai 2013, BBl 2013 4887.

26 Vgl. Botschaft zu einer Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Elterliche Sorge) vom 16. November 2011, BBl 2011 9077.

27 Vgl. Botschaft zu einer Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Kindesunterhalt) vom 29. November 2013, BBl 2014 529.

28 Vgl. Botschaft zum Bundesgesetz über die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare vom 29. November 2002, BBl 2003 1288.

29 Vgl. Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kinderrecht) vom 28. Juni 2006, BBl 2006 7001.

Hängig ist derzeit eine Reform des Adoptionsrechts, welche unter anderem die Einführung der Stiefkindadoption für Paare in eingetragener Partnerschaft (oder – als Variante – für nichteheliche Lebensgemeinschaften) diskutiert.³⁰

Auch wenn durch die oben genannten Reformen patriarchale Strukturen des Familienrechts und auch Diskriminierungen aufgrund nichtehelicher Geburt weitestgehend abgeschafft wurden, so bleibt das Schweizer Familienrecht doch klar institutionellem Denken verhaftet. Rechtsfolgen werden auch heute noch in weiten Bereichen an den Status der Ehe, die nur heterosexuellen Paaren offensteht, angeknüpft. Für viele davon abweichende Lebensgemeinschafts- und Familienformen ist kein (familien-)rechtlicher Raum vorgesehen.

III. Leitlinien eines zeitgemässen Familienrechts

Will man über eine grundlegende Neukonzeption des Familienrechts nachdenken, so setzt dies zunächst voraus, dass die Ziele, Funktionen und Aufgaben, die das Familienrecht in der heutigen Zeit haben soll, definiert werden.³¹

1. Kein Eheinstitutionenschutz

Betrachtet man sich die Funktionen, die Familienrecht international bis zu den grossen Reformen in den 1970er Jahren erfüllen sollte, so stand insoweit der Schutz der Institution der Ehe eindeutig im Vordergrund. Das Scheidungsrecht hatte zum Ziel, die Scheidung von Ehen zu verhindern. Ehescheidung beruhte – jedenfalls von der Idee des Gesetzes her – nicht auf dem (gemeinsamen) Willen der Ehegatten. Scheidung erschien vielmehr als Sanktion gegen den Ehegatten, der seine ehelichen Pflichten verletzt hatte, allenfalls – so bei der Zerrüttungsscheidung – als Ausweg, wo die Ehe ihren (institutionellen) Sinn verloren hatte. Auch die Scheidungsfolgen widerspiegelten den Eheinstitutionenschutz. Hatte die Ehefrau nicht durch eigenes Fehlverhalten die Ehe aufs Spiel gesetzt, wurde ihr ehelicher Status durch die Zuerkennung von – ursprünglich unbefristeten – nahehelichen Unterhaltsleistungen faktisch jedenfalls finanziell bis an ihr Lebensende aufrechterhalten. Auch die Zuteilung der elterlichen Gewalt nach Scheidung folgte rigiden, nicht an den Interessen der Beteiligten, auch nicht an jenen der Kinder ausgerichteten Regeln und stellte sich ebenfalls als Sanktionierung von Fehlverhalten dar.

30 Vgl. Erläuternder Bericht zur Änderung des Zivilgesetzbuches (Adoptionsrecht) vom 29. November 2013 (zu finden auf www.ejpd.ch unter Themen > Gesellschaft > Laufende Rechtsetzungsprojekte > Adoption).

31 Vgl. auch SCHWENZER, Ein Familienrecht für das 21. Jahrhundert, in: SCHWENZER/BÜCHLER (Hrsg.), Vierte Schweizer Familienrechtstage, Bern 2008, 3 ff.

Ebenfalls dem Eheinstitutionenschutz diene die rigide Ausgrenzung nichtehelichen Zusammenlebens. In der Schweiz wird dies besonders durch die bis ins Jahr 1995 bestehenden kantonalen strafbewehrten Konkubinatsverbote³² sowie die Rechtsprechung zur Sittenwidrigkeit von sog. «Mätressentestamenten» deutlich.³³ Bis heute fehlt es in der Schweiz an einer befriedigenden überlegten und in sich konsistenten rechtlichen Behandlung von nichtehelichen Lebensgemeinschaften.³⁴

Auch das Kindesrecht wurde in den Dienst des Eheinstitutionenschutzes gestellt. Die rigide Unterscheidung zwischen ehelichen und ausserelichen Kindern kann kaum anders beurteilt werden, als dass damit eine «Bestrafung» der Mutter für ausserehelichen Geschlechtsverkehr beabsichtigt war. Trotz der mit der Kindesrechtsrevision 1978 viel beschworenen «Einheit» des Kindesrechts finden sich Relikte dieses Denkens bis heute. Dies wird insbesondere bei den Vorschriften zur Anfechtung der Vaterschaft deutlich. Nach Art. 256 ZGB kann die Vaterschaft des Ehemannes der Mutter grundsätzlich nur von diesem selbst angefochten werden. Das Kind hat ein Anfechtungsrecht nur, wenn während seiner Minderjährigkeit der gemeinsame Haushalt der Eltern aufgehört hat. Welch anderer Zweck steht hinter dieser Regelung, als die Ehe der Eltern – auch und gerade auf Kosten des Kindes – zu schützen? Weder die Mutter noch der genetische Vater können die Vaterschaft des Ehemannes anfechten; dies gilt selbst dann, wenn zum genetischen Vater eine gelebte Eltern-Kind-Beziehung besteht. Ganz anders stellt sich die Situation für nichteheliche Kinder dar. Nach Art. 260a Abs. 1 ZGB kann die Anerkennung der Vaterschaft zu einem nichtehelichen Kind von jedermann, der ein Interesse hat, angefochten werden, namentlich von der Mutter, vom Kind sowie von der Heimat- und Wohnsitzgemeinde des Anerkennenden. Reine finanzielle Interessen, wie jene potentieller Erben des Anerkennenden, reichen aus, um ein derartiges Interesse zu begründen.³⁵ Daraus wird deutlich, dass bis zum heutigen Tag das Schweizer ZGB eheliche Vaterschaft als wichtiger und schützenswerter betrachtet als nichteheliche. Ein weiteres Beispiel für die nach wie vor bestehende Diskriminierung nichtehelicher Eltern-Kind-Beziehungen stellte bis vor kurzem auch aArt. 309 Abs. 1 ZGB dar, wonach dem Kind einer nicht verheirateten Mutter zwangsweise ein Beistand

32 PULVER, Unverheiratete Paare, Aktuelle Rechtslage und Reformvorschläge, Basel/Genf/München 2000, 9 f.

33 FRANK, § 10 Rn. 42 m. w. Nachw., in: FRANK/GIRSBERGER/VOGT/WALDER-BOHNER/WEBER (Hrsg.), Die eheähnliche Gemeinschaft (Konkubinats) im schweizerischen Recht, Zürich 1984.

34 Siehe Postulat 12.3607 Fehr. Vgl. auch COTTIER/CREVOISIER, Die nichteheliche Lebensgemeinschaft als einfache Gesellschaft, AJP 2012, 33 ff.; SCHWENZER/KELLER, Nichteheliche Lebensgemeinschaft – Nicht-, Halb- oder (Voll-)Status?, FS Brudermüller, München 2014, 761 ff.

35 Vgl. Berner Kommentar/HEGNAUER, Art. 260a ZGB, N 105 ff.

zur Feststellung des Kindesverhältnisses bestellt wurde. Diese Bestimmung ist nun freilich mit der Revision der Bestimmungen zur elterlichen Sorge aufgehoben worden.³⁶

Mit den Revisionen seit den 1970er Jahren wurde der Eheinstitutionenschutz allerdings sukzessive abgebaut. Dies gilt insbesondere für die Scheidungsrechtsrevision mit den nachfolgenden Ergänzungen in Bezug auf Trennungsfrist und Bedenkfrist,³⁷ nach der die Ehegatten die Dispositionsbefugnis über ihre Ehe haben. Weitere nur aus dem Institutionenschutz ableitbare Diskriminierungen sind mit der Revision der elterlichen Sorge weggefallen.

Von daher kann es heute kaum mehr zweifelhaft sein, dass der Schutz der Institution der Ehe und noch weniger der damit einhergehende Schutz der ehemännlichen Vorrangstellung Ziel des Familienrechts sein kann. Familienrechtliche Regelungen können heute nicht mehr am Status festgemacht werden,³⁸ vielmehr müssen sie geeignet sein, die Pluralität der familialen Beziehungen abzubilden. Dies setzt voraus, dass nach der real gelebten Beziehung gefragt und diese zum Ausgangspunkt rechtlicher Regelung genommen wird.

2. Prinzip der Nichteinmischung

Das erste Prinzip eines zeitgemässen Familienrechts muss das der Nichteinmischung in private Lebensbereiche sein. Öffentliche Interessen können heutzutage Regelungen des menschlichen Zusammenlebens nicht mehr rechtfertigen, wo immer erwachsene Menschen in der Lage sind, ihre persönlichen Angelegenheiten selbst zu regeln und Probleme auch unter Beachtung des Kindeswohls zu lösen. Es kann nicht Aufgabe des Familienrechts sein, Bürgerinnen und Bürgern bestimmte Lebensformen vorzuschreiben, und sei es nur dadurch, dass eine, nämlich die Ehe, gegenüber den anderen privilegiert wird. Allein dies entspricht der in vielen Bereichen des Privatrechts fest verankerten Parteiautonomie und Vertragsfreiheit. Insoweit wird auch bereits von einer «Vertraglichung» des Familienrechts gesprochen.³⁹

36 Aufgehoben durch Ziff. I des BG vom 21. Juni 2013 (Elterliche Sorge), mit Wirkung seit 1. Juli 2014 (AS 2014 357; BBl 2011 9077).

37 Vgl. oben Fn. 23, 24.

38 Vgl. SCHWENZER in collaboration with DIMSEY, Model Family Code – From a Global Perspective, Antwerpen/Oxford 2006, 2 f.; ähnlich BÜCHLER/VETTERLI, Ehe Partnerschaft Kinder, Eine Einführung in das Familienrecht der Schweiz, 2. Aufl., Basel 2011, 19 f.

39 Vgl. BÜCHLER/VETTERLI (Fn. 38), 20.

3. Einfordern von Verantwortung

Doch ebenso wie in anderen Bereichen des Privatrechts hat auch im Familienrecht die Vertragsfreiheit ihre Grenzen. Dies schlägt sich vor allem im Bereich der vermögensrechtlichen Folgen bei Auflösung von Lebensgemeinschaften nieder. Das Recht und die staatliche Gemeinschaft müssen dort auf den Plan treten, wo einverständliche Regelungen nicht mehr möglich sind, wo die Parteien an die Grenzen ihrer eigenen Möglichkeiten und Fähigkeiten zur Konfliktbewältigung stossen. Hier gilt es, Verantwortung einzufordern für gelebte Realität. Hierzu zählt insbesondere der Ausgleich von gemeinschaftsbedingten Leistungen. Im Obligationenrecht spricht man insoweit von Vertrauensschutz oder auch vom Verbot des *venire contra factum proprium*. Es ist an der Zeit, dass auch das Familienrecht solch elementaren Grundsätzen unserer Privatrechtsordnung Nachachtung verschafft und nicht einem – dem wirtschaftlich stärkeren – Partner erlaubt, sich aus der Verantwortung zu stehlen und sich von den Konsequenzen seines eigenen Handelns gewissermassen dadurch «frei zu zeichnen», dass er eine Ehe nicht eingeht. Verantwortung kann allerdings immer nur für eigenes Verhalten eingefordert werden. Dies setzt dann wiederum insbesondere der oft beschworenen familiären «Solidarität» klare Grenzen und ist als Massstab geeignet, eine Trennungslinie zwischen familialer und staatlicher Verantwortung zu ziehen.

4. Vorrang des Kindeswohls

Es kann kein Zweifel bestehen, dass oberster Primat eines jeden Familienrechts das Kindeswohl sein muss. Die rechtliche Regelung der Eltern-Kind-Beziehung muss heute der Vielfalt der Lebensumstände, in denen Kinder gross werden, Rechnung tragen. Es muss dabei einerseits dem Anspruch des Kindes auf genetische Gewissheit sowie andererseits seinem Recht auf rechtlich abgesicherte real gelebte Beziehung gebührend Rechnung tragen.⁴⁰ Kindeswohl wird freilich primär von den zuständigen erwachsenen Bezugspersonen sichergestellt. Nur, wo diese hierzu nicht in der Lage sind, muss staatliche Intervention den Schutz der nachwachsenden Generation gewährleisten. Der Primat des Kindeswohls betrifft zuvorderst die Beziehungen zwischen Eltern und Kindern, wo Interessen der Eltern unter Umständen hinter jenen des Kindes zurückstehen müssen. Der Vorrang des Kindeswohls kann aber auch Auswirkungen auf die rechtliche Regelung der Beziehung zwischen Partnern haben, z. B. wo es um Fragen der finanziellen Folgen nach Auflösung von Lebensgemeinschaften mit Kindern geht.

40 Vgl. insb. BÜCHLER/VETTERLI (Fn. 38), 20; BÜCHLER, Sag mir, wer die Eltern sind ... Konzeptionen rechtlicher Elternschaft im Spannungsfeld genetischer Gewissheit und sozialer Geborgenheit, AJP 2004, 1175 ff.

IV. Ausgestaltung eines zeitgemässen Familienrechts

Entsprechend der herkömmlichen Unterscheidung zwischen Eherecht und Kindesrecht soll im Folgenden zwischen der Ausgestaltung des Rechts der Lebensgemeinschaften und des Kindesrechts unterschieden werden.

1. Lebensgemeinschaften

a) Gleichstellung von Lebensgemeinschaften

Entsprechend den oben entwickelten Grundprinzipien Nichteinmischung und Verantwortung kann es kaum zweifelhaft sein, dass ein zeitgemässes Familienrecht Rechtsfolgen statusunabhängig anknüpfen muss. Dementsprechend werden bereits heute in vielen ausländischen Rechtsordnungen, wie insbesondere in Schweden, Kanada, Australien und Neuseeland, Ehen und nichteheliche Lebensgemeinschaften bezüglich zentraler Rechtsfolgen gleich behandelt, vor allem, wo es um die finanziellen Folgen der Auflösung der Gemeinschaft geht.⁴¹ In anderen Rechtsordnungen hat die Rechtsprechung Abhilfe geschaffen und unter Zuhilfenahme obligationen- und sachenrechtlicher Institute eine Annäherung herbeigeführt.⁴²

Folgt man diesem Ausgangspunkt, so stellen sich freilich zwei grundlegende Fragen. Zum einen: Braucht es in einem statusunabhängigen Familienrecht überhaupt noch Rechtsregeln für die Ehe oder sollte dies nicht besser den Religionsgemeinschaften und der Sitte überlassen werden? Und zum anderen: Wie können Lebensgemeinschaften, für die das Verantwortungsprinzip gilt und die familienrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen, von anderen Beziehungen, z. B. Wohngemeinschaften oder Freundschaften, abgegrenzt werden?

aa) Beibehaltung oder Abschaffung der Ehe?

Bei einer statusunabhängigen Anknüpfung familienrechtlicher Rechtsfolgen erschiene es vordergründig logisch und konsequent, die Ehe als Rechtsinstitut abzuschaffen. So weit ist indes bislang kein Gesetzgeber, auch wenn er nichteheliche Lebensgemeinschaften in allen Bereichen den Ehen gleichstellt, gegangen. Und dies zu Recht. Nach wie vor ist es für viele Paare ein grosses Bedürfnis, ihrer Beziehung und Verbundenheit durch einen förmlichen Rechtsakt und die dadurch erfolgende Anerkennung durch die staatliche Gemeinschaft ein besonderes Gewicht zu verliehen. Nur dies erklärt auch die immer lauter eingeforderte und in vielen Rechtsordnungen bereits erfolgte Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare. Gerade auch das Prinzip der Nichteinmischung und Vertraglichung gebietet es, diesem Bedürfnis

41 SCHWENZER/KELLER, FS Brudermüller, 761, 763 ff.

42 SCHERPE, Die Rechtsstellung nichtehelicher Lebensgemeinschaften im Rechtsvergleich, in: SCHWENZER/BÜCHLER (Hrsg.), Sechste Schweizer Familienrechtstage, Bern 2012, 3, 6 ff.

Rechnung zu tragen und Personen, die dies wünschen, nach wie vor das Rechtsinstitut der Ehe bereitzuhalten. Zudem stellt der in der Eheschliessung liegende förmliche Rechtsakt einen zuverlässigen Anknüpfungzeitpunkt dar, ab dem von einer Lebensgemeinschaft ausgegangen werden kann, in der das Verantwortungsprinzip zum Tragen kommt.

bb) Bestimmung rechtsrelevanter Lebensgemeinschaften ausserhalb der Ehe

Bei rechtsvergleichender Umschau⁴³ ergeben sich drei Lösungsansätze, um rechtsrelevante Lebensgemeinschaften ausserhalb der Ehe zu bestimmen: (1) eine opting-in-Lösung, die nichtehelichen Partnern eine registrierte Partnerschaft ausserhalb der Ehe, oft eine Ehe *light* zur Verfügung stellt, (2) eine opting-out-Lösung, die Rechtsregeln zwar an faktische Gegebenheiten, an die Realbeziehung anknüpft, den Partnern jedoch die Möglichkeit eröffnet, diese durch entsprechende Vereinbarung wegzubedingen, und (3) die ausschliessliche Anknüpfung an die Realbeziehung. Alle drei Lösungsansätze seien im Folgenden diskutiert und kritisch beleuchtet.

(1) Registrierte Partnerschaft

Zahlreiche Rechtsordnungen kennen formelle oder registrierte Lebensgemeinschaften.⁴⁴ Bis auf Griechenland, das die registrierte Partnerschaft ausschliesslich heterosexuellen Paaren vorbehält,⁴⁵ war Anlass für viele Gesetzgeber das Bedürfnis, gleichgeschlechtlichen Paaren ein rechtliches Gefäss für ihre Beziehung zur Verfügung zu stellen, das sich von der Ehe unterscheidet und das man dann auch heterosexuellen Paaren oder anderen durch eine persönliche Beziehung verbundenen Personen nicht vorenthalten wollte. Dies gilt insbesondere für den *pacte civil de solidarité* des französischen Rechts.⁴⁶

Diese Lösung vermag indes kaum zu befriedigen. Zum einen werden insoweit zwei Gruppen gleich behandelt, die sich grundlegend unterscheiden: gleichgeschlechtliche Paare, die nicht heiraten *dürfen* und verschiedengeschlechtliche Paare, die nicht heiraten *wollen*. Es liegt auf der Hand, dass ein solcher Spagat kaum gelingen kann. Zum anderen stellt eine solche Lösung, die gleichgeschlechtlichen Paaren gewisser-

43 Vgl. für umfassende rechtsvergleichende Ausführungen SCHERPE, Rechtsvergleichende Gesamtwürdigung und Empfehlungen zur Rechtsstellung nichtehelicher Lebensgemeinschaften, in: SCHERPE/YASSARI (Hrsg.), Die Rechtsstellung nichtehelicher Lebensgemeinschaften – The Legal Status of Cohabitants, Tübingen 2005, 571, 577 ff.

44 Einzelheiten bei SCHERPE (Fn. 42), 3, 8 ff.

45 Vgl. KOUTSOURADIS, Nutzlose Reformen im griechischen Familienrecht – Am Beispiel der verschiedengeschlechtlichen eingetragenen Partnerschaft, FS Schwenzer, Bern 2011, 981, 991 ff.

46 Einzelheiten hierzu bei FERRAND, Die Rechtsstellung nichtehelicher Lebensgemeinschaften in Frankreich, in: SCHERPE/YASSARI (Hrsg.), Die Rechtsstellung nichtehelicher Lebensgemeinschaften – The Legal Status of Cohabitants, Tübingen 2005, 211 ff.

massen nur eine Ehe *light* anbietet, nach wie vor eine Diskriminierung dieser Bevölkerungsgruppe aufgrund ihrer sexuellen Orientierung dar.

Doch selbst wenn man bereit ist, die Ehe auch für gleichgeschlechtliche Paare zu öffnen – was derzeit in vielen Rechtsordnungen bereits der Fall ist –, empfiehlt es sich nicht, daneben eine registrierte Partnerschaft mit gegenüber der Ehe minderen Pflichten und Rechten einzuführen. Zwar ist der Akt der Registrierung leicht erkennbar und bietet damit Rechtssicherheit. Auch wird man ein solches Modell, beruht es doch auf dem erklärten Willen der Partner, im Sinne der Vertraglichung des Familienrechts begrüssen. Im Endergebnis muss dieses Modell jedoch abgelehnt werden. Das Problem der rechtlichen Behandlung nichtehelicher Lebensgemeinschaften wird letztlich nur verschoben. Denn es wird immer Menschen geben, die auch von der Möglichkeit einer Registrierung keinen Gebrauch machen und dennoch in einer Art und Weise zusammengelebt haben, dass für eine Partei legitime Schutzbedürfnisse entstehen, die das Recht befriedigen muss. Damit aber entstehen drei Gruppen von Lebensgemeinschaften: Ehe, registrierte Partnerschaft und nichteheliche Lebensgemeinschaft.

(2) Anknüpfung an Realbeziehung mit opting-out-Möglichkeit

Eine Zwischenlösung stellt die Möglichkeit dar, zwar (weitgehend der Ehe entsprechende) Rechtsfolgen an die gelebte Realbeziehung anzuknüpfen, den Partnern jedoch die Möglichkeit des sog. *opting-out*, d. h. der Möglichkeit der vertraglichen Wegbedingung eben dieser Rechtsfolgen einzuräumen. Diese Lösung findet sich namentlich in Neuseeland und den australischen Provinzen und Territorien.⁴⁷

Die Vorteile dieser Lösung liegen auf der Hand. Während bei der *opting-in*-Lösung die sich in der schwächeren Position befindende Partei auf das Einverständnis der Partei in der stärkeren Position angewiesen ist, ist es bei der *opting-out*-Lösung umgekehrt: Hier muss gerade die schutzbedürftige Partei Hand reichen zu einem Ausschluss der Rechtswirkungen. Eine Verweigerung der Zustimmung zum Ausschluss der Rechtsfolgen dürfte wohl im Regelfall einfacher realisierbar sein als das Erwirken der Zustimmung zu einer Registrierung von Seiten eines Partners, der hierzu nicht willens ist. Diese Lösung hat zudem den Charme, dass sie weiterhin den Primat der Vertragsfreiheit und damit der Vertraglichung des Familienrechts sicherstellt.

Gleichwohl sollte auch dieser Lösung nicht nahegetreten werden. Die Frage, ob und welche Rechtsfolgen und unter welchen Umständen von den Partnern einer Lebensgemeinschaft vertraglich wegbedungen werden können, sollte für Ehegatten und Partner anderer Lebensgemeinschaften nicht unterschiedlich behandelt werden. Al-

47 Einzelheiten hierzu bei COTTIER/AESCHLIMANN, Nichteeliche Lebensgemeinschaft (Cohabitation) – Neuere Rechtsentwicklungen in Australien, Neuseeland und Grossbritannien, FamPra.ch 2010, 109, 118.

les andere hiesse dann doch, spezielle Rechtsfolgen an den Status der Ehe anzuknüpfen. Das Problem der Vertragsfreiheit und ihrer Grenzen soll deshalb hier für alle Lebensgemeinschaften einheitlich in Zusammenhang mit den finanziellen Folgen der Auflösung von Lebensgemeinschaften behandelt werden.

(3) Definition der Lebensgemeinschaft

Betrachtet man sich die ausländischen Lösungsansätze, die Rechtsfolgen ohne speziellen formellen Akt der Registrierung an Lebensgemeinschaften anknüpfen, so lassen sich rechtsvergleichend folgende Kriterien herauschälen, anhand derer die Verstetigung einer Gemeinschaft bestimmt wird, so dass es gerechtfertigt erscheint, von den Partnern Verantwortung einzufordern.

Regelmässig wird vorausgesetzt, dass die Partner «wie ein Paar» oder «wie Ehepartner» bzw. «wie in einer eingetragenen Partnerschaft» zusammenleben.⁴⁸ Oft stellen die diesbezüglichen Gesetze namentlich des Common Law ganze Kriterienkataloge auf, um diese Frage zu entscheiden. Hierzu gehören die Art und Weise des Zusammenlebens und der Lebensgestaltung, das Vorhandensein einer sexuellen Beziehung, Erwerb und Nutzung von Eigentum, die Verrichtung von häuslichen Pflichten sowie schliesslich das Auftreten des Paares nach aussen. In allen Rechtsordnungen kommt der Dauer des Zusammenlebens ein ganz herausragendes Gewicht zu, wobei die jeweils normierten Fristen erheblich variieren.⁴⁹ Sind gemeinsame Kinder vorhanden, wird auf eine bestimmte Dauer des Zusammenlebens oft verzichtet oder die Frist verkürzt.⁵⁰ Regelmässig keine Rolle spielt die Frage, ob einer oder womöglich beide Partner noch anderweitig verheiratet oder registriert sind.⁵¹

Will man einen Lösungsvorschlag für das Schweizer Recht unterbreiten, so wird man aufgrund kontinentaleuropäischer Tradition einen Ansatz, der die Bestimmung einer Lebensgemeinschaft völlig in das Ermessen des Gerichts legt, aus Gründen der Rechtssicherheit wohl eher nicht befürworten wollen. Vielmehr sollten konkrete messbare Kriterien aufgestellt werden. Vor diesem Hintergrund wäre ein möglicher Lösungsvorschlag,⁵² eine mit Rechtsfolgen ausgestattete Lebensgemeinschaft dann anzunehmen, wenn

1. sie mehr als drei Jahre gedauert hat,
2. ein gemeinsames Kind vorhanden ist oder
3. ein oder beide Partner erhebliche Beiträge für die Gemeinschaft oder im Interesse des anderen Partners erbracht hat oder haben.

48 Vgl. COTTIER/AESCHLIMANN, FamPra.ch 2010, 109, 116; SCHERPE (Fn. 43), 571, 579.

49 Vgl. SCHERPE (Fn. 42), 3, 16 f; SCHWENZER/KELLER, FS Brudermüller, 761, 763 Fn. 15.

50 SCHERPE (Fn. 42) 3, 17; SCHWENZER/KELLER, FS Brudermüller, 761, 763.

51 So etwa in Australien und Schottland, vgl. COTTIER/AESCHLIMANN, FamPra.ch 2010, 109, 116 f. insb. Fn. 40, oder in Neuseeland, vgl. ATKIN/PARKER, Relationship Property in New Zealand, New Zealand 2001, 31.

52 Vgl. SCHWENZER (Fn. 38), Art. 1.1 Abs. 2 MFC.

b) Regelung der Ehe

Hält man am Rechtsinstitut der Ehe fest, so ergeben sich in einem zeitgemässen Familienrecht doch eine Reihe von Änderungen.

aa) Eheschliessung

Betrachtet man sich die Entwicklung in ausländischen Rechtsordnungen, so kann es heute kaum mehr fraglich sein, dass die Ehe auch für gleichgeschlechtliche Paare geöffnet werden muss. Was im Jahre 2001 in den Niederlanden begann, gilt mittlerweile in zehn europäischen, drei südamerikanischen, einer Vielzahl US-amerikanischer Bundesstaaten und Kanada sowie in Südafrika und Neuseeland. Das Erfordernis der Öffnung der Ehe ist bereits aus dem Prinzip der Nichteinmischung aber auch der Nichtdiskriminierung geboten.

Darüber hinaus bedingt das Prinzip der Nichteinmischung auch das Zurückfahren weiterer Ehehindernisse. In der Schweiz ist dieser Prozess bereits seit Jahrzehnten zu verzeichnen, zuletzt im Jahre 2007, als das Ehehindernis zwischen Stiefeltern und -kindern abgeschafft wurde.⁵³ Derzeit bestehen in der Schweiz – ausser der aus ausländerpolitischen Gründen verbotenen Scheinehe⁵⁴ – noch folgende Ehehindernisse, die teilweise als Ehevoraussetzungen geregelt sind: Minderjährigkeit,⁵⁵ Urteilsfähigkeit,⁵⁶ Verwandtschaft in gerader Linie,⁵⁷ Verwandtschaft zwischen Geschwistern oder Halbgeschwistern⁵⁸ und Verbot der Polygamie.⁵⁹

Das Verbot der Kinderehe ist zweifellos aus Gründen des Kindeswohls aufrechtzuerhalten.⁶⁰ Auch Urteilsfähigkeit ist grundsätzlich beizubehalten, auch wenn schon von der Rechtsprechung die Anforderungen an diese erheblich herabgesetzt worden sind. Das Eheverbot der Verwandtschaft in gerader Linie dient ebenfalls dem Kindeswohl. Kritisch zu betrachten ist das Inzestverbot zwischen Geschwistern bzw. Halbgeschwistern, vor allem, wenn die Verwandtschaft insoweit auf Adoption gründet. Verhandelbar wird auch das Verbot polygamer Ehen werden, auch wenn es bis heute fest in christlich-abendländischer Tradition verankert ist.⁶¹

Zu betonen ist allerdings, dass in einem statusunabhängigen Familienrecht Ehehindernissen bzw. -verboten ohnehin nur noch Symbolwert zukommt. Denn die ge-

53 Vgl. oben Fn. 18.

54 Vgl. oben Fn. 19.

55 Art. 94 Abs. 1 ZGB.

56 Art. 94 Abs. 1 ZGB.

57 Art. 95 Abs. 1 ZGB.

58 Art. 95 Abs. 1 ZGB.

59 Art. 96 ZGB.

60 Siehe auch nunmehr Art. 105 Ziff. 6 ZGB (eingefügt durch Ziff. 1.3 des BG vom 15. Juni 2012 über Massnahmen gegen Zwangsheiraten, in Kraft seit 1. Juli 2013 [AS 2013 1035; BBl 2011 2185]).

61 Kritisch zur Abschaffung dieses Ehehindernisses DETHLOFF, Polygamie – Wer definiert Ehe und Familie in Europa?, FS Schwenzer, 409, 419 ff.

lebte Beziehung kann immer noch als Lebensgemeinschaft und von daher mit Rechten und Pflichten ausgestattet werden.

Aus diesem Grund kann auch die obligatorische Zivilehe⁶² aufgegeben werden. Denn diese will vor allem Frauen schützen, die davon ausgehen, sie seien schon allein aufgrund kirchlicher Trauung verheiratet, und deshalb der Unterlassung einer staatlichen Eheschliessung zustimmen.

bb) Ehescheidung

Gibt man den Gedanken auf, dass Familienrecht die Aufgabe hat, die überpersonelle Institution der Ehe zu schützen, so folgt aus dem Prinzip der Nichteinmischung zwanglos die Befugnis der Ehegatten, frei über den Fortbestand ihrer Ehe zu disponieren. Mit der Scheidungsrechtsrevision im Jahre 2000 und den punktuellen Reformen von 2004 und 2010 wurde dieser Gedanke in der Schweiz in auch rechtsvergleichender Umschau weitgehend zufriedenstellend umgesetzt. Allenfalls die zweijährige Trennungsfrist bei einseitiger Scheidung nach Art. 114 ZGB müsste überdacht werden. In ihr schwingt noch der Eheinstitutionenschutz mit. Sie könnte durch eine Überlegungsfrist ersetzt werden, wenn die Ehegatten sich nicht über die Scheidung als solche und/oder die Scheidungsfolgen einigen können.⁶³

Ein solcherart gestaltetes materielles Scheidungsrecht muss auch prozessuale Konsequenzen nach sich ziehen. Verabschiedet man sich vom Institutionenschutz, muss die Frage beantwortet werden, warum Ehen vor einer Verwaltungsbehörde, dem Zivilstandsamt, geschlossen, aber nur von einem Gericht geschieden werden können. Die Antwort kann nur darin gefunden werden, dass ein Gerichtsverfahren bereitstehen sollte, wo potentielle Schutzbedürfnisse anderweitig nicht befriedigt werden können. Dementsprechend sehen heute viele ausländische Rechtsordnungen in Fällen, in denen sich die Ehegatten in allen Punkten einig sind, keine Kinder vorhanden sind und die Ehe nur eine bestimmte Zeit gedauert hat, die eine oder andere Form eines Administrativverfahrens vor.⁶⁴ Derartiges sollte auch für die Schweiz – nicht allein aus Kostengründen – in Erwägung gezogen werden.

Im Übrigen steht nach wie vor für die Schweiz das Postulat nach Familiengerichten im Raum.⁶⁵ Deren Zuständigkeit wäre dann freilich nicht auf das Scheidungsrecht zu beschränken, sondern müsste im Sinne eines «grossen Familiengerichts» alle familienrechtlichen Streitigkeiten, Namensrecht, Fragen der Transsexualität, Gewalt-

62 Art. 97 Abs. 3 ZGB.

63 Vgl. auch Commission on European Family Law (CEFL), Principles of European Family Law Regarding Divorce and Maintenance Between Former Spouses, Antwerpen/Oxford 2004, Principle 1:5; SCHWENZER (Fn. 38), Art. 1.10 MFC.

64 Einzelheiten hierzu bei SCHWENZER, Registerscheidung?, FS Henrich, Bielefeld 2000, 533, 534 ff.

65 Vgl. SCHWENZER, Braucht die Schweiz Familiengerichte?, in: VETTERLI (Hrsg.), Auf dem Weg zum Familiengericht, Bern 2004, 89 ff.

schutz nach Art. 28b ZGB sowie ggfs. Erbrechtsstreitigkeiten und das Jugendstrafrecht mit umfassen. Auf Einzelheiten kann hier freilich nicht eingegangen werden.⁶⁶

c) Schutz der Familienwohnung

Im Rahmen einer bestehenden Ehe oder einer eingetragenen Partnerschaft ist schon nach geltendem Recht die Familienwohnung auf vielfältige Art und Weise geschützt. Im Falle der Miete durch einen Ehegatten oder Partner muss der andere einer Kündigung oder auch Untervermietung zustimmen,⁶⁷ der Vermieter muss alle auf Kündigung der Wohnung gerichteten Mitteilungen an beide Ehegatten oder Partnerinnen richten,⁶⁸ weil auch der Nicht-Mieter-Ehegatte/Partner alle Rechte selbstständig ausüben kann, die dem Mieter-Ehegatten/Partner bei Kündigung zustehen.⁶⁹ Auch der Alleineigentümer kann die Familienwohnung nur mit Zustimmung des anderen veräussern oder durch andere Rechtsgeschäfte, wie z. B. Einräumung eines Kaufrechts, die Rechte an den Wohnräumen beschränken.⁷⁰ Im Falle der Scheidung der Ehe oder der Auflösung der eingetragenen Partnerschaft kann die Familienwohnung demjenigen oder derjenigen zur Nutzung zugeteilt werden, der oder die aus wichtigen Gründen auf die gemeinsame Wohnung angewiesen ist.⁷¹

In einem statusunabhängigen Familienrecht erscheint es als Selbstverständlichkeit, dass dieser Schutz der Familienwohnung für alle Lebensgemeinschaften im oben definierten Sinne gelten muss.⁷²

d) Finanzielle Folgen der Auflösung von Lebensgemeinschaften

aa) Ausgangslage

Systematisch kann auf internationaler Ebene bezüglich der finanziellen Folgen der Auflösung von Lebensgemeinschaften zwischen zwei grossen Gruppen unterschieden werden, den sog. Mehrsäulensystemen und den Einsäulensystemen.⁷³

Viele Rechtsordnungen unterscheiden ähnlich wie das Schweizer Recht zwischen zwei oder drei verschiedenen Ausgleichssystemen: Güterrecht und Unterhalt sowie teilweise – zurückgehend auf das deutsche Recht – Ausgleich von Vorsorgeanwartschaften. Hierzu zählen namentlich die kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen,

66 Vgl. SCHWENZER (Fn. 65), 89, 102 ff.

67 Art. 169 Abs. 1 ZGB, Art. 14 PartG, Art. 266m OR.

68 Art. 266n OR.

69 Art. 273a OR.

70 Art. 169 Abs. 1 ZGB, Art. 14 PartG.

71 Art. 121 ZGB, Art. 32 PartG.

72 Vgl. auch SCHWENZER (Fn. 38), Art. 1.17, 1.18, 1.35 MFC.

73 Ausführlich hierzu DETHLOFF, Unterhalt, Zugewinn, Vorsorgeausgleich – Sind unsere familienrechtlichen Ausgleichssysteme noch zeitgemäss?, Gutachten A zum 67. Deutschen Juristentag, Erfurt 2008, A 29 ff.

gen, Skandinavien, aber aus dem Common Law auch Kanada, Neuseeland und einige US-amerikanische Bundesstaaten.⁷⁴

Hiervon unterscheiden sich grundlegend das englische Recht und diesem nahestehende Rechtsordnungen. Dort ist ein Güterrecht in unserem Sinne unbekannt.⁷⁵ Oft existiert nur ein einziges Ausgleichsinstrument, das alle finanziellen Folgen bei Scheidung abdeckt. So kann etwa das Gericht nach dem englischen *Matrimonial Causes Act 1973* im Wege des sog. *ancillary relief* nach Ermessen die Zahlung einer Unterhaltsrente (*periodical payment*), eine Kapitalabfindung (*lump sum*), die Übertragung von Vermögensgegenständen (*property transfer*) oder deren Veräusserung anordnen.⁷⁶ Bemerkenswert ist, dass auch voreheliches oder ererbtes Vermögen zu Ausgleichszwecken herangezogen werden kann. Damit hat das englische Gericht ein äusserst flexibles Instrumentarium zur Hand, mit dessen Hilfe insbesondere auch ein sog. *clean break* nach Scheidung verwirklicht werden kann.

Es ist zu diskutieren, ob bei einer Neugestaltung der finanziellen Folgen bei Auflösung von Lebensgemeinschaften am Mehrsäulensystem festgehalten oder dem Einsäulensystem der Vorzug gegeben werden soll. In der Sache spricht m. E. viel für das Einsäulensystem. In einem solchen System können nicht nur Widersprüche und Ungereimtheiten, wie sie in vielen Mehrsäulensystemen zwischen den einzelnen Ausgleichsmechanismen anzutreffen sind,⁷⁷ ausgeschlossen werden. Vor allem besitzt dieses Instrumentarium genügend Flexibilität, um der Pluralität der Lebensverhältnisse und den Besonderheiten des Einzelfalls Rechnung zu tragen.⁷⁸

Gleichwohl kann dem Schweizer Gesetzgeber der Übergang zum Einsäulensystem nicht anempfohlen werden. Die Unterscheidung zwischen Güterrecht und Unterhalt – und seit dem Jahre 2000 Vorsorgeausgleich – ist in der Schweizer Rechts tradition so tief verwurzelt, dass davon nicht so leicht abgerückt werden kann. Auch erscheint das äusserst weite Ermessen, das englischen Gerichten bei der Gewährung von *ancillary relief* zukommt, der Schweizer Rechtskultur doch eher fremd und sus-

74 DETHLOFF (Fn. 73), A 29.

75 Einzelheiten vgl. SCHERPE, Land ohne Güterstand? Gegenwart und Zukunft des Scheidungsfolgenrechts in England & Wales, FS Bruder Müller, 643 ff.

76 Sec. 23, 24 Matrimonial Causes Act 1973.

77 Vgl. nur für die Frage der Unbilligkeit im Schweizer Recht Art. 123 Abs. 2 ZGB (Vorsorgeausgleich), Art. 125 Abs. 3 ZGB (Unterhalt) und das Fehlen einer entsprechenden Bestimmung im Rahmen der güterrechtlichen Auseinandersetzung. Ein weiteres Beispiel ist die Frage nachträglicher Abänderbarkeit bei veränderten Umständen, die in Art. 129 ZGB nur für den Unterhalt vorgesehen ist. Stossende Ergebnisse finden sich auch im Bereich vertraglicher Gestaltung: Wo abhängige Erwerbstätige den Vorsorgeausgleich grundsätzlich nicht vertraglich abbedingen können (Art. 123 Abs. 1 ZGB), ist dies für einen selbstständig Erwerbenden, dessen Vorsorge in erspartem Vermögen besteht, im Wege der ehewertraglichen Vereinbarung von Gütertrennung ohne weiteres und ohne gerichtliche Kontrolle möglich.

78 Aus diesem Grund spricht sich der Model Family Code für das Einsäulensystem aus, vgl. SCHWENZER (Fn. 38), Art. 1.21 ff. MFC.

pekt. Darüber hinaus sollte auch vermieden werden, die Schweiz aus dem Verbund der kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen insoweit herauszulösen.⁷⁹

Doch auch wenn am Mehssäulensystem festgehalten wird, müssen bestehende Widersprüche aufgehoben und eine – moderate – Flexibilisierung vor allem im Hinblick auf einen wünschbaren *clean break* ermöglicht werden.

bb) Güterrecht

(1) Ausgangslage

Seit 1988 geht das Schweizer Recht für Ehegatten vom ordentlichen Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung⁸⁰ aus. D. h., dass die Vermögen der Ehegatten während Bestehens des Güterstandes getrennt bleiben und die Teilhabe erst bei Auflösung des Güterstandes im Wege eines Geldanspruchs realisiert wird.⁸¹ Den Ehegatten steht es jedoch frei, im Wege eines Ehevertrages Gütertrennung oder Gütergemeinschaft zu vereinbaren.⁸² Genau umgekehrt gestaltet sich die Situation für eingetragene Partnerschaften. Hier ist der ordentliche Güterstand die Gütertrennung⁸³ mit der Möglichkeit anderweitiger Vereinbarung.⁸⁴ Ein Vermögensausgleich nach Auflösung einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft wurde von der Rechtsprechung gestützt auf das Recht der einfachen Gesellschaft bislang nur in Ausnahmefällen angenommen.⁸⁵

Es kann kaum fraglich sein, dass der ordentliche Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung nicht zum Ausgangspunkt für eine mögliche Neufassung des Güterrechts für Lebensgemeinschaften genommen werden kann. Sein Hauptmanko liegt weniger in den diesem zu Grunde liegenden Wertungen – diese werden zu diskutieren sein –, sondern in seiner fehlenden Praktikabilität und Lebensnähe.⁸⁶ Aus der Praxis wird regelmässig berichtet, dass die Auflösung dieses Güterstandes aus Aufwand- und Kostengründen gar nicht *lege artis* durchgeführt werden kann.⁸⁷ Vor allem die Behandlung und Bewertung von Liegenschaften – oft der einzige relevante Vermögensgegenstand bei Auflösung einer Lebensgemeinschaft – ist gänzlich unklar und unbefriedigend.⁸⁸

79 Auch die Principles of European Family Law Regarding Divorce and Maintenance Between Former Spouses halten am Mehssäulensystem fest, vgl. CEFL (Fn. 63), 71.

80 Art. 196 ff. ZGB.

81 BÜCHLER/VETTERLI (Fn. 38), 52 f.

82 Art. 181 ZGB; vgl. HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 5. Aufl., Bern 2014, Rn. 11.09.

83 Vgl. SUTTER-SOMM/KOBEL, Familienrecht, Zürich/Basel/Genf 2009, Rn. 680.

84 Art. 25 PartG, SUTTER-SOMM/KOBEL (Fn. 83), Rn. 682.

85 Einzelheiten bei COTTIER/CREVOISIER, AJP 2012, 33, 36 ff.

86 Vgl. nur SUTTER-SOMM/KOBEL, Ist das schweizerische Ehegüterrecht revisionsbedürftig?, FamPra.ch 2004, 776 ff., insb. 791 ff.

87 Vgl. SUTTER-SOMM/KOBEL (Fn. 83), Rn. 276.

88 Vgl. SUTTER-SOMM/KOBEL, FamPra.ch 2004, 776, 791 f.

(2) Halbteilungsgrundsatz

Dem ordentlichen Güterstand liegt der Halbteilungsgrundsatz zu Grunde. D. h., was immer – vereinfacht gesprochen – während der Ehe⁸⁹ entgeltlich⁹⁰ erworben wurde, muss bei Beendigung der Lebensgemeinschaft hälftig geteilt werden.⁹¹

Hintergrund des Halbteilungsgrundsatzes ist der Gedanke, dass der Vermögenserwerb in der Ehe in der Regel auf der Mitwirkung beider Ehegatten beruht.⁹² Dies gilt insbesondere für die sog. Hausgattenehe. Der die Familienarbeit übernehmende Ehegatte ermöglicht dem anderen die volle Erwerbstätigkeit und trägt damit zum Vermögenserwerb des Erwerbstätigen genauso bei wie dieser. Die arbeitsteilige Hausgattenehe ist das eigentliche Modell, das dem Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung zu Grunde liegt. Dies ist auch der Grund, dass der Gesetzgeber dieses Modell nicht für die eingetragene Partnerschaft wählte, weil er davon ausging, dass hier regelmässig beide Partner (voll) erwerbstätig seien, weil keine Kinder zu versorgen sind.⁹³

In einem für alle Lebensgemeinschaften geltenden Güterrecht sollte grundsätzlich am Halbteilungsgrundsatz festgehalten werden.

Dies gilt einmal für die arbeitsteilige Lebensgemeinschaft, sei es, dass Kinder zu betreuen sind, Pflegeleistungen erbracht werden oder ein Partner im Beruf oder Gewerbe des anderen mitarbeitet. Die Beteiligung am Vermögenserwerb stellt sich hier auch als Kompensation für gemeinschaftsbedingten Erwerbsverzicht dar.

Weniger evident ist die Berechtigung des Halbteilungsgrundsatzes allerdings in Lebensgemeinschaften, in denen beide Partner (voll) erwerbstätig sind. Gegen eine Halbteilung in diesen Fällen wird vor allem ins Feld geführt, dass damit nur aufgrund unterschiedlicher Qualifikation bestehende Erwerbchancen nivelliert würden. Indes können gute Gründe ins Feld geführt werden, die auch in anderen als arbeitsteiligen Gemeinschaften eine Vermögensbeteiligung rechtfertigen. Denn auch in diesen Gemeinschaften kann ein Partner vielfältige Investitionen in die Gemeinschaft tätigen, die bei Auflösung der Gemeinschaft kompensiert werden sollten. Zu denken ist etwa daran, dass ein Partner Nachteile im eigenen beruflichen Fortkommen in Kauf nimmt, weil er mit dem Partner umzieht oder in sonstiger Weise dessen Karriere fördert. Zudem kann davon ausgegangen werden, dass in Lebensgemeinschaften regelmässig gemeinsam gewirtschaftet wird und Entscheidungen über Konsum und Investitionen in bleibende Werte gemeinsam getroffen werden. Dann ist es oft nur Zufall, wessen Mittel für welche Ausgaben verwendet werden. Insoweit ist es bezeich-

89 Genauer: bis zum Zeitpunkt der Stellung des Scheidungsbegehrens, Art. 204 Abs. 2 ZGB.

90 Art. 197 Abs. 1 ZGB.

91 Art. 215 Abs. 1 ZGB.

92 BaslerKomm/HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Art. 215 ZGB, N 1.

93 Botschaft zum Bundesgesetz über die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare vom 29. November 2002. BBl 2003, 1317.

nend, dass ja selbst das Bundesgericht⁹⁴ bei gemeinsamem Wirtschaften in nichtehelicher Lebensgemeinschaft eine Vermögensbeteiligung nach gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen bejaht hat.

Stossenden Ergebnissen kann insoweit einmal durch die Möglichkeit abweichender Vereinbarung seitens der Partner selbst⁹⁵ sowie andererseits insbesondere durch eine Billigkeitsklausel, die es dem Gericht ermöglicht, vom Halbteilungsgrundsatz abzuweichen, wie sie heute im Güterrecht nicht vorgesehen ist, sachgerecht begegnet werden.

(3) Dingliche Berechtigung

Der heute geltende ordentliche Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung sieht allein einen obligationenrechtlichen Ausgleich vor.⁹⁶ Die dingliche Zuweisung von einzelnen Vermögensgegenständen ist nur vorgesehen, wo ein Vermögenswert im Miteigentum der Ehegatten oder Partner steht und ein Ehegatte oder Partner ein überwiegendes Interesse nachweist.⁹⁷ Eine Übertragung des Eigentums an Vermögensgegenständen, die dem anderen Ehegatten oder Partner eigentümlich allein zustehen, ist nicht vorgesehen. Im Falle der Familienwohnung kommt insoweit allenfalls ein befristetes Wohnrecht in Betracht.⁹⁸

Diese Situation erscheint unbefriedigend. Von daher erscheint eine Errungenschaftsgemeinschaft, bei der das während der Gemeinschaft hinzuerworbene Vermögen – allenfalls unter Ausschluss von durch Erbgang oder Schenkung Erworbenem – in das Eigentum beider Partner fällt, erwägenswert.⁹⁹ Dies entspricht der regelmässigen Erwartung von Eheleuten. Nach einer rechtstatsächlichen Untersuchung in Deutschland glauben fast 90% derer, die im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft leben, fälschlicherweise, dass alles, was während der Ehe erworben wird, beiden Partnern gleichermassen gehört.¹⁰⁰ Ein solcher Güterstand würde sich auch besser international in das System der Güterstände einordnen,¹⁰¹ existiert doch ein der Errungenschaftsbeteiligung vergleichbarer Güterstand nur in

Deutschland¹⁰² in Form der Zugewinnsgemeinschaft, der sie letztlich auch nachempfunden wurde. Bezeichnenderweise wird aber auch in Deutschland gerade über die Einführung eines Güterstandes der Errungenschaftsgemeinschaft immer lauter nachgedacht.¹⁰³ Doch selbst wenn man ein System der grundsätzlichen Gütertrennung mit obligationenrechtlichem Ausgleichsanspruch beibehalten will, sollte dem Gericht die Möglichkeit an die Hand gegeben werden, nach Ermessen einzelne Vermögensgegenstände einem Partner zu Eigentum zuzuweisen, der hieran nicht dinglich beteiligt ist.

cc) Vorsorgeausgleich

Wurde früher Vermögen (auch) angespart, um für Alter und Invalidität vorzusorgen, so sind heute jedenfalls für abhängig Beschäftigte weitgehend Systeme der Alters- und Invalidenvorsorge an diese Stelle getreten. Insoweit wird auch schon lange von «the new property»¹⁰⁴ gesprochen. In vielen ausländischen Rechtsordnungen werden solche Vorsorgeanwartschaften in den güterrechtlichen Ausgleich mit einbezogen; immer mehr Gesetzgeber gehen jedoch dazu über, ein besonderes System des Vorsorgeausgleichs zur Verfügung zu stellen.¹⁰⁵ Mit der Scheidungsrechtsrevision 2000 ist auch der Schweizer Gesetzgeber diesen Weg gegangen.¹⁰⁶ Im Jahre 2007 wurde der Vorsorgeausgleich auch für die eingetragene Partnerschaft eingeführt.¹⁰⁷

Bei der Revision des Scheidungsrechts wurde der Vorsorgeausgleich damit begründet, dass der mit der Familienarbeit betraute Ehegatte, der sich keine eigene Vorsorge aufbauen konnte, gegenüber dem erwerbstätigen Ehegatten vorsorgemässig nicht benachteiligt werden dürfe.¹⁰⁸ Für die eingetragene Partnerschaft hingegen wurde argumentiert, dass während deren Bestehen der Lebensstandard geteilt wird und der Aufbau einer angemessenen Altersvorsorge zum laufenden Unterhalt gehört.¹⁰⁹

Dieselben Gründe, die vorstehend für den Halbteilungsgrundsatz im Güterrecht für alle Lebensgemeinschaften angeführt wurden, rechtfertigen auch den grundsätzlich hälftigen Ausgleich der Vorsorgeanwartschaften bei Auflösung einer Lebensgemeinschaft.

94 So etwa in BGE 108 II 204; ausführlich und m. w. Nachw. COTTIER/CREVOISIER, AJP 2012, 33, 36 ff.

95 Vgl. unten sub IV.1.d) ff) Vertragliche Gestaltungsmöglichkeiten.

96 BaslerKomm/HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Art. 215 ZGB, N 5.

97 Art. 251 ZGB, Art. 24 PartG.

98 Art. 121 Abs. 3 ZGB, Art. 32 Abs. 3 PartG.

99 Vgl. BOELE-WOELKI/JÄNTERÄ-JAREBORG, Initial Results of the Work of the CEFL in the Field of Property Relations between Spouses, in BOELE-WOELKI/MILES/SCHERPE (Hrsg.), The Future of Family Property in Europe, Cambridge/Antwerpen/Portland 2011, 47, 59.

100 WIPPERMANN/BORGSTEDT/MÖLLER-SLAWINSKI, Partnerschaft und Ehe – Entscheidungen im Lebenslauf. Einstellungen, Motive, Kenntnisse des rechtlichen Rahmens, Repräsentativbefragung mit Männern und Frauen im Alter zwischen 18 und 60 Jahren im Auftrag des BMFSFJ, Heidelberg 2010, 50.

101 Überblick bei DETHLOFF (Fn. 73), A 31 f.

102 Nur Griechenland hat dieses System ebenfalls übernommen.

103 Vgl. nur BRUDERMÜLLER/DAUNER-LIEB/MEDER (Hrsg.), Wer hat Angst vor der Errungenschaftsgemeinschaft? Auf dem Weg zu einem partnerschaftlichen Güterrecht, Göttingen 2013, passim.

104 Vgl. GLENDON, The New Family and the New Property, Toronto 1981.

105 Überblick bei DETHLOFF (Fn. 73), A 29.

106 Art. 122 ff. ZGB.

107 Art. 33 PartG.

108 Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Personenstand, Eheschliessung, Scheidung, Kindesrecht, Verwandtenunterstützungspflicht, Heimstätten, Vormundschaft und Ehevermittlung) vom 15. November 1995, BBl 1996 I 99 f.

109 Botschaft zum Bundesgesetz über die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare vom 29. November 2002, BBl 2003 1347.

Im geltenden Recht ist der Vorsorgeausgleich allerdings sowohl bei Scheidung als auch bei Auflösung einer eingetragenen Partnerschaft praktisch zwingend.¹¹⁰ Durch Vereinbarung kann nur darauf verzichtet werden, wenn eine entsprechende Alters- und Invalidenvorsorge auf andere Weise gewährleistet ist.¹¹¹ Auch das Gericht kann die Teilung ganz oder teilweise nur verweigern, wenn sie aufgrund der gesamten wirtschaftlichen Situation offensichtlich unbillig wäre.¹¹² Diese Regelung erscheint als zu rigide, weil sie keine Anpassung entsprechend der unterschiedlichen Lebensrealitäten zulässt. Hier ist ein Gleichklang mit dem Güterrecht anzustreben, zumal sonst stossende Friktionen zwischen abhängig Beschäftigten, bei denen der Vorsorgeausgleich durchzuführen ist, und selbstständig Erwerbenden, deren Vorsorge allenfalls in angespartem, dem güterrechtlichen Ausgleich unterliegenden Vermögen besteht, vorprogrammiert sind.

dd) Nachgemeinschaftlicher Unterhalt

Nicht nur in der Schweiz, sondern auch auf internationaler Ebene befindet sich das naheheliche Unterhaltsrecht in ständiger Diskussion und stetigem Wandel. Verliert die Ehe ihre Bedeutung als Status und insbesondere auch als Versorgungsinstitut für die Frau, so stellt sich die Frage, was die rechtspolitische und -ethische Begründung für nachgemeinschaftlichen Unterhalt sein kann.¹¹³

Während der Schweizer Gesetzgeber bei der Scheidungsrechtsrevision klare Leitlinien für den nahehelichen Unterhalt vermissen liess¹¹⁴ und auch die bundesgerichtliche Rechtsprechung bis anhin nur wenig zur Lösung offener Fragen in diesem Bereich beigetragen hat, wurden für Lebenspartnerschaften im Jahre 2007 klare Leitlinien aufgestellt:¹¹⁵ Grundsätzlich gilt das *Clean-break*-Prinzip, d. h., nach Auflösung der Gemeinschaft ist jeder Partner für seinen eigenen Unterhalt verantwortlich. Unterhaltsbeiträge sind jedoch zum Ausgleich partnerschaftsbedingter Nachteile zu leisten, wenn ein Partner aufgrund der Aufgabenteilung eine Erwerbstätigkeit eingeschränkt oder nicht ausgeübt hat. In anderen Fällen kommt ein Unterhaltsbeitrag nur unter Billigkeitsgesichtspunkten – als Ausdruck nachgemeinschaftlicher Solidarität – in Betracht. Darüber hinaus hat der Gesetzgeber inzwischen als dritte Kategorie, die in der Praxis die allerwichtigste Gruppe darstellt, den sog. Betreuungsunter-

110 Vgl. Art. 123 ZGB, auf den in Art. 33 PartG verwiesen wird; FamKomm Scheidung/BAUMANN/LAUTERBURG, Art. 122 ZGB, N 2.

111 Art. 123 Abs. 1 ZGB.

112 Art. 123 Abs. 2 ZGB.

113 Vgl. nur BRUDERMÜLLER, *Geschieden und doch gebunden? Ehegattenunterhalt zwischen Recht und Moral*, München 2008; SCHWENZER, *Nachehelicher Unterhalt – Oder: nach der Änderung ist vor der Änderung*, Mitteilungen zum Familienrecht 2009, 11 ff.; DETHLOFF (Fn. 73), A 46 ff.

114 Vgl. FamKomm Scheidung/SCHWENZER, Vorbem. zu Art. 125–132 ZGB, N 6 f.

115 Art. 34 LPartG.

halt erkannt und diesen zutreffend als Unterhalt des Kindes – und damit bereits statusunabhängig – eingeordnet.¹¹⁶

Dieser Ansatz erscheint verallgemeinerungswürdig für alle Lebensgemeinschaften.

Betreuungsunterhalt ist der Unterhalt, der es einem Elternteil ermöglichen soll, ein Kind oder mehrere Kinder selbst zu betreuen. Dies ist insbesondere in der Schweiz, wo nach wie vor keine ausreichenden Krippenplätze und Ganztageschulen zur Verfügung stehen, von besonderer Bedeutung. Mit der Betreuung eines gemeinsamen Kindes nimmt ein Elternteil eine auch dem anderen Elternteil obliegende Aufgabe wahr und entlastet diesen. Die in Aussicht genommene statusunabhängige Regelung des Betreuungsunterhalts als Teil des Kindesunterhalts ist nachdrücklich zu begrüssen.¹¹⁷ Aus Gründen der Rechtssicherheit wäre allerdings zu wünschen, eine gesetzliche Alterslimite insoweit vorzusehen.

Im Übrigen kann auf die für die Auflösung von eingetragenen Partnerschaften vom Gesetzgeber selbst im Rahmen des PartG entwickelten Kriterien abgestellt werden. Auch bei rechtsvergleichender Umschau erweisen sich diese als sachangemessen und tragfähig.

Grundsätzlich ist jeder Partner nach Auflösung der Lebensgemeinschaft für seinen eigenen Unterhalt verantwortlich. Teilhabe während bestehender Gemeinschaft scheint – wie oben ausgeführt – für die meisten Paare eine Selbstverständlichkeit zu sein, nachpartnerschaftliche Geldleistungen sind hingegen je länger, desto weniger vermittelbar.

Unterhaltsleistungen für den Partner nach Auflösung einer Lebensgemeinschaft sollten somit primär dem Ausgleich partnerschaftsbedingter Nachteile in der Erwerbsfähigkeit dienen. Wo Güterrecht und Vorsorgeausgleich die während der Gemeinschaft erwirtschafteten Gewinne auf die Partner verteilen, werden so mit dem nachpartnerschaftlichen Unterhalt die lediglich bei einem Partner aufgrund gemeinsamen Entschlusses eingetretenen Nachteile ebenfalls gleichmässig auf beide Partner verteilt. Die Rechtfertigung für diesen Unterhalt liegt in der einvernehmlichen Gestaltung der Beziehung in der Vergangenheit und nicht in der zukünftigen Gestaltung der Lebensverhältnisse. Begreift man dies als rechtspolitische Basis für nachgemeinschaftlichen Unterhalt, ist kein Grund ersichtlich, warum dieser durch Verschuldungsgesichtspunkte,¹¹⁸ nachträgliche Veränderung der Verhältnisse¹¹⁹ oder

116 Vgl. Art. 285 Abs. 2 Entwurf Schweizerisches Zivilgesetzbuch (Kindesunterhalt), BBl 2014 597, 598 und Botschaft zu einer Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Kindesunterhalt) vom 29. November 2013, BBl 2014 529, 551 f.

117 Vgl. auch SCHWENZER (Fn. 38), Art. 3.40 Abs. 1 MFC.

118 Vgl. aber Art. 125 Abs. 3 ZGB.

119 Art. 129 ZGB.

infolge Eingehens einer neuen Lebensgemeinschaft¹²⁰ wegfallen oder beschränkt werden sollte.

Liegen keine gemeinschaftsbedingten Nachteile vor, kann Unterhalt aus nachgemeinschaftlicher Solidarität nur unter ganz eingeschränkten Voraussetzungen in Betracht kommen, nämlich nur in Fällen von Bedürftigkeit einerseits und Zumutbarkeit andererseits.¹²¹ Unterhalt wird hier auch regelmässig nur in zeitlich engen Grenzen geschuldet sein, nämlich nur insoweit er dem Unterhaltsgläubiger die Anpassung an die veränderten Lebensumstände ermöglichen soll. Bei der Bestimmung der Dauer des Unterhaltsanspruchs wird regelmässig auch die Dauer der Lebensgemeinschaft eine entscheidende Rolle spielen. Auch erscheint es bei einem derartigen Unterhalt aus Solidarität angemessen, veränderte Umstände zu berücksichtigen.

ee) Form des Ausgleichs

International ist die klare Tendenz ersichtlich, wo immer möglich nach Scheidung einen sog. *clean break* herbeizuführen und periodische Leistungen durch einmalige Geld- oder Sachleistungen zu ersetzen. Dies gilt nicht nur im bereits beschriebenen englischen Recht,¹²² sondern liegt etwa auch den ALI Principles¹²³ in den USA und dem neuseeländischen Recht zugrunde.¹²⁴ Mit der *prestation compensatoire*¹²⁵ strebt auch das französische Recht einen *clean break* an.

Auch wenn man am Dreisäulenprinzip grundsätzlich festhalten will, sollte eine Flexibilisierung ermöglicht werden, um – wo immer möglich – einen *clean break* nach Auflösung einer Lebensgemeinschaft zu erreichen. Defizite in einer Säule sollten durch Überkompensation in einer anderen Säule ausgeglichen werden können.¹²⁶ Auch im Unterhaltsrecht ist einer Kapitaleistung gegenüber einer Rente der Vorzug zu geben.¹²⁷

ff) Vertragliche Gestaltungsmöglichkeiten

Im Hinblick auf die Freiheit der Ehegatten, ihre Vermögensbeziehung in und nach Auflösung der Gemeinschaft vertraglich zu gestalten, ist das geltende Schweizer Recht gekennzeichnet von gravierenden Unterschieden zwischen den einzelnen Säulen. Durch Ehevertrag können die Ehegatten Gütertrennung vereinbaren und

120 Art. 130 Abs. 2 ZGB.

121 Vgl. SCHWENZER (Fn. 38), Art. 1.31 f. MFC.

122 Vgl. oben sub IV. 1. d) aa) Ausgangslage.

123 AMERICAN LAW INSTITUTE, Principles of the Law of Family Dissolution: Analysis and Recommendations, USA 2002.

124 Vgl. Einzelheiten bei DETHLOFF (Fn. 73), A 32 f.

125 Art. 270 Code Civil (Frankreich).

126 Derartige Ansätze finden sich schon heute in Art. 123 Abs. 2 und Art. 125 Abs. 2 Ziff. 8 ZGB.

127 Schon heute ist nach Art. 126 Abs. 2 ZGB eine Abfindung möglich; jedoch erscheint sie gegenüber der Rente als die Ausnahme.

damit güterrechtliche Ausgleichsansprüche ausschliessen. Der Ehevertrag unterliegt nach h.M. im Schweizer Recht im Falle der Scheidung keiner Inhaltskontrolle.¹²⁸ Demgegenüber können Vereinbarungen über den Unterhalt und den Vorsorgeausgleich nur im Rahmen einer Scheidungsvereinbarung getroffen werden, die vom Gericht genehmigt werden muss. Dabei gilt für Vereinbarungen über den Unterhalt ein anderer Kontrollmassstab als für solche über den Vorsorgeausgleich. Scheidungsvereinbarungen den Unterhalt betreffend werden nur auf «offensichtliche Unangemessenheit» hin überprüft,¹²⁹ wobei insoweit der Umfang der auszuübenden Inhaltskontrolle in Praxis und Lehre höchst umstritten ist.¹³⁰ Demgegenüber kann über den Vorsorgeausgleich nur insoweit im Rahmen der Scheidungsvereinbarung vertraglich disponiert werden, als «eine entsprechende Alters- und Invalidenvorsorge auf andere Weise gewährleistet ist.»¹³¹ Die Einhaltung dieser Grenze wird vom Gericht vollumfänglich überprüft.¹³²

Diese Unterschiede im Kontrollmassstab können schlechterdings rational nicht begründet werden. Als höchst stossend müssen vor allem die Unterschiede in der Behandlung von abhängig Beschäftigten, bei denen der Vorsorgeausgleich zwingend durchzuführen ist, und selbstständig Erwerbenden, die für das Alter zurückgelegtes Vermögen über einen Ehevertrag vom Ausgleich ausnehmen können, erscheinen. Es dürfte deshalb kaum zweifelhaft sein, dass alle vermögensrechtlichen Vereinbarungen zwischen den Partnern einer Lebensgemeinschaft gleich zu behandeln sind.

Dass die Vertragsfreiheit im Ehevermögens- und Scheidungsfolgenrecht durch eine gerichtliche Inhaltskontrolle zu begrenzen ist, ist heute international betrachtet nicht mehr umstritten.¹³³ In Deutschland hat das Bundesverfassungsgericht mit einem bahnbrechenden Entscheid aus dem Jahre 2001¹³⁴ die offene Inhaltskontrolle von allen Vereinbarungen zwischen Ehegatten als verfassungsrechtlich geboten erachtet.¹³⁵

128 Vgl. nur die Nachweise bei FamKomm Scheidung/STECK, Vorbem. zu Art. 196–220 ZGB, N 10 ff.

129 Art. 279 Abs. 1 ZPO.

130 Vgl. nur FamKomm Scheidung/STEIN-WIGGER, Anh. ZPO Art. 279 ZPO, N 23 ff.

131 Art. 123 Abs. 1 ZGB.

132 Art. 280 Abs. 1 lit. c. ZPO.

133 Vgl. nur SCHERPE (Hrsg.), Marital Agreements and Private Autonomy in Comparative Perspective, Oxford 2012; DETHLOFF, Contracting in Family Law: A European Perspective, in: BOELE-WOELKI/MILES/SCHERPE (Hrsg.), The Future of Family Property in Europe, Cambridge/Antwerpen/Portland 2011, 65, 85 ff.

134 BVerfG, 6.2.2001, FamRZ 2001, 343 ff.

135 Vgl. auch schon SCHWENZER, Vertragsfreiheit im Ehevermögens- und Scheidungsfolgenrecht, AcP 196 (1996), 88 ff.; für das Schweizer Recht SCHWENZER, Grenzen der Vertragsfreiheit in Scheidungskonventionen und Eheverträgen, FamPra.ch 2005, 1 ff.

Macht man mit der statusunabhängigen Anknüpfung Ernst, so wird man einerseits allen in Lebensgemeinschaften lebenden Paaren die Freiheit zugestehen, ihre vermögensrechtlichen Beziehungen im Wege von Vereinbarungen zu regeln.¹³⁶ Andererseits muss sichergestellt werden, dass aus dem Verantwortungsprinzip fließende Schutzbedürfnisse nicht im Wege vertragsautonomer Gestaltung unterminiert werden. Deshalb muss ebenfalls bei allen Lebensgemeinschaften eine gerichtliche Inhaltskontrolle der Vereinbarungen stattfinden. Freilich wird das Gericht insoweit bei Auflösung einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft nur auf Antrag des schutzbedürftigen Partners, bzw. Partnerin, und nicht *ex officio* tätig. Entsprechendes könnte man sich auch bei Ehescheidung vorstellen, namentlich wenn der Möglichkeit einer Administrativscheidung bei Einverständnis der Ehegatten näher getreten wird.¹³⁷

2. Eltern und Kinder

a) Allgemeine Fragen

Es kann heute nicht mehr zweifelhaft sein, dass dem Status von ehelicher oder nichtehelicher Geburt im Kindesrecht keine Bedeutung mehr zukommen kann. Allein dies entspricht den Vorgaben der UN-Kinderrechtskonvention¹³⁸ und wurde auch in den meisten Rechtsordnungen in den letzten 20 Jahren weitgehend verwirklicht. Dass freilich gerade im Schweizer Kindesrecht noch erhebliche Gleichstellungsdefizite zu verzeichnen sind, wurde bereits angesprochen.¹³⁹

Gerade in den letzten Jahren sind auf rechtsvergleichender Ebene schwierige Spannungen zwischen rechtlicher, genetischer und sozialer Elternschaft zu verzeichnen.¹⁴⁰ Es geht einmal um die Frage, wie rechtliche Elternschaft überhaupt anzuknüpfen ist, und sodann darum, welche Bedeutung rechtlicher Elternschaft im Verhältnis zu genetischer und sozialer Elternschaft zukommen soll.

Akzentuiert wird diese Problematik durch die naturwissenschaftliche Entwicklung. Heute ist es einerseits mit praktisch 100%iger Sicherheit¹⁴¹ möglich, genetische Elternschaft festzustellen. Andererseits macht die Fortpflanzungsmedizin Elternschaft heute möglich, wo sie früher nicht hätte stattfinden können.

136 Nicht diskutiert werden soll hier die Frage, ob man aus Gründen des Übereilungsschutzes insoweit Formvorschriften aufstellen, z.B. notarielle Beurkundung verlangen sollte.

137 Vgl. dazu oben sub IV.1.b) bb) Ehescheidung.

138 Art. 2 UN-Kinderrechtskonvention, SR 0.107.

139 Vgl. oben sub II. 2. Familienrechtliche Reformen in der Schweiz.

140 Vgl. schon SCHWENZER (Hrsg.), *Tensions Between Legal, Biological and Social Conceptions of Parentage*, Antwerpen/Oxford 2007. Zum Schweizer Recht mit einem eigenen Lösungsvorschlag vgl. RUSCH, *Rechtliche Elternschaft – Rechtsvergleich und Reformvorschlag für die Schweiz*, Bern 2009, passim.

141 Ausser, soweit es um die mögliche Elternschaft eineiiger Zwillinge geht.

b) Rechtliche Elternschaft

aa) Ausgangslage

Das Schweizer Recht fusst, wie die meisten ausländischen Rechtsordnungen, relativ unangefochten auf zwei Rechtsparömien, nämlich *mater semper certa est* und *pater est quem nuptiae demonstrant*.¹⁴² Damit sind die Geburtsmutter und deren Ehemann die rechtlichen Eltern des ehelich geborenen Kindes. Beide Prinzipien sind indes in neuerer Zeit erheblich ins Wanken geraten.

Mit der medizinischen Möglichkeit der Ei- oder Embryonenspende gilt der Satz *mater semper certa est* nicht mehr unbedingt, es kann vielmehr zu gespaltener Mutterschaft kommen, bei der biologische und genetische Mutterschaft auseinanderfallen. Gleichwohl knüpfen alle Rechtsordnungen – von der Möglichkeit anonymer Geburt¹⁴³ abgesehen – Mutterschaft nach wie vor grundsätzlich an die Geburt an. In manchen Rechtsordnungen ist allerdings eine Änderung durch Übereinkunft aller Beteiligten möglich.¹⁴⁴

Auch die *pater est*-Regel hat in den meisten Rechtsordnungen in den letzten Jahren erhebliche Veränderungen erfahren. Sie wurde einerseits eingeschränkt und gilt nicht mehr in Fällen, in denen die Vaterschaft des Ehemannes unwahrscheinlich ist. Andererseits wurde sie vielerorts ausgedehnt auf nichteheliche Partner generell oder den Partner oder die Partnerin, der oder die der heterologen Insemination einer Frau zugestimmt hat.¹⁴⁵

bb) Elternschaft aufgrund Geburt

Wie bereits ausgeführt, sollte an der Elternschaft der gebärenden Frau auch in der Zukunft festgehalten werden. Da in der Schweiz bereits die Verfassung alle Massnahmen, die zu gespaltener Mutterschaft führen, verbietet,¹⁴⁶ erübrigen sich allfällige Gedanken zu der Frage, ob man eine Übertragung der rechtlichen Elternschaft von der biologischen Mutter auf die genetische Mutter bzw. auch auf die nicht genetische Wunschmutter durch Vereinbarung zulassen sollte. Eine andere Frage ist es, ob im Ausland nach einer Ei- oder Embryonenspende oder Leihmutterschaft nach ausländischem Recht wirksam begründete Elternschaft in der Schweiz anerkannt wird.¹⁴⁷

142 Art. 252 ZGB.

143 Vgl. vor allem Frankreich, Art. 326 Code Civil.

144 Vgl. England, Sec. 30 Human Fertilisation and Embryology Act 1990.

145 SCHWENZER (Fn. 140), 1, 7 ff.

146 Art. 119 Abs. 2 lit. d BV.

147 Vgl. hierzu ausführlich BÜCHLER/BERTSCH, *Gewünschtes Kind, geliebte Mutter, zurückgewiesene Eltern? Leihmutterschaft in den USA und die Anerkennung des Kindesverhältnisses in der Schweiz*, FamPra.ch 2013, 33 ff.

Das Recht des Kindes auf Kenntnis seiner genetischen Abstammung gebietet es allerdings, diesem Recht auch im Verhältnis zur Mutter Nachachtung zu verschaffen. Ob man insoweit dem Kind die Möglichkeit zur Anfechtung der Mutterschaft einräumt oder eine separate Abstammungsklage¹⁴⁸ vorsieht, bedarf weiterer Diskussion. Jedenfalls muss die Frage im Hinblick auf die Elternschaft der Mutter in diesen Fällen im Einklang mit der Lösung zur Situation der heterologen Insemination behandelt werden. Bei Letzterer kann das Kind die Vaterschaft des konsentierenden Ehemannes bekanntlich derzeit nicht anfechten,¹⁴⁹ sondern hat lediglich ein Recht auf Auskunft über den genetischen Vater, den Samenspende.¹⁵⁰

cc) *Pater est*-Regel v. intentionale Elternschaft

(1) Anknüpfung der Elternschaft

Angesichts der oben aufgezeigten Entwicklungen muss diskutiert werden, ob an der *pater est*-Regel in einem zeitgemässen Familienrecht noch festgehalten werden kann. Die Gründe, die für die *pater est*-Regel ins Feld geführt werden können, nämlich fehlende Möglichkeit der Feststellung genetischer Abstammung einerseits und Schutz des Kindes vor Nichtehelichkeit in einer Zeit, in der diese zur sozialen Ächtung führte, andererseits, zählen nicht mehr. Das Einzige, was von der *pater est*-Regel bliebe, wäre das Recht des Ehemannes auf die während der Ehe von seiner Frau geborenen Kinder, was heutzutage wohl kaum noch als legitime Rechtfertigung für diese Regel betrachtet werden kann. Die *pater est*-Regel selbst muss als Ausdruck der Diskriminierung nichtehelicher Geburt betrachtet werden.

Wollte man die *pater est*-Regel in einem statusunabhängigen Familienrecht beibehalten, so würden sich eine Fülle äusserst diffiziler Folgefragen stellen, die das Recht der rechtlichen Elternschaft unnötig kompliziert werden liessen. So müssten Anfang und Ende der *pater est*-Regel neu überdacht werden. Nicht mehr akzeptabel erscheint ihre Geltung bis zur Rechtskraft der Scheidung.¹⁵¹ Sollte man wie das französische Recht¹⁵² die *pater est*-Regel nicht eingreifen lassen, wenn die Geburtsmutter das Kind zum Zivilstandsregister anmeldet, ohne den Namen des Ehemannes zu nennen? Sollte sie bereits mit faktischer Trennung enden? Wenn man die Ehe für gleichgeschlechtliche Paare öffnet, muss die *pater est*-Regel dann nicht auch für die mit der Geburtsmutter verheiratete Frau gelten? Will man die *pater est*-Regel ausdehnen auf nichtehelich zusammenlebende Paare, auf heterosexuelle oder auch auf gleichgeschlechtliche?

148 Ein Auskunftsrecht wird dem Kind hier nicht weiter helfen, da die Daten über die Umstände, die zu gespaltener Mutterschaft geführt haben, regelmässig nicht im Inland verfügbar sind.

149 Art. 23 Abs. 1 FMedG.

150 Art. 27 FMedG.

151 Art. 255 Abs. 1 ZGB.

152 Vgl. Art. 313 Satz 1 Code Civil (Frankreich).

Vor diesem Hintergrund wird vorgeschlagen, die *pater est*-Regel abzuschaffen und stattdessen ein neues Konzept rechtlicher Elternschaft, nämlich die sog. intentionale Elternschaft zu entwickeln.¹⁵³ Auch konkret für das Schweizer Recht ist dieser Vorschlag *de lege ferenda* in der Literatur bereits aufgegriffen worden.¹⁵⁴ Nach diesem Konzept ist die Person rechtlicher Elternteil, die mit Zustimmung der Geburtsmutter intentionale Elternschaft für das Kind übernimmt und dieses anerkennt. Eine derartige intentionale Elternschaft ist dabei nichts grundstürzend Neues. Denn um nichts anderes handelt es sich, wenn heute ein Mann eine schwangere Frau heiratet, ein nichteheliches Kind anerkennt oder der heterologen Insemination seiner Ehefrau zustimmt, wohl wissend, dass er nicht der genetische Vater des Kindes ist.

Dabei muss auch von der überkommenen Vorstellung Abschied genommen werden, ein Kind könne nur zwei verschiedengeschlechtliche Eltern haben. Denn die Realität sieht heute schon anders aus; das Recht sollte diese Realität nachzeichnen und nicht zu verhindern versuchen. Zum einen anerkennen – wie oben erwähnt¹⁵⁵ – heute bereits verschiedene Rechtsordnungen die originäre Elternschaft der mit der Geburtsmutter verheirateten oder in registrierter Lebensgemeinschaft lebenden Frau, die einer heterologen Insemination ihrer Partnerin zugestimmt hat.¹⁵⁶ Zum anderen hat der Court of Appeal for Ontario¹⁵⁷ bereits im Jahre 2007 entschieden, dass ein Kind durchaus auch drei rechtliche Eltern haben kann: die Geburtsmutter, deren Partnerin und den genetischen Vater des Kindes.

Anders als im geltenden Recht, wo die Anerkennung eines nichtehelichen Kindes ohne das Einverständnis der Mutter erfolgen kann,¹⁵⁸ sollte man für die intentionale Elternschaft die Zustimmung der Mutter verlangen.¹⁵⁹ Denn einmal wird ihre Rechtsstellung durch die Anerkennung entscheidend berührt, zum anderen weiss sie – bei natürlicher Konzeption – regelmässig am besten, wer der genetische Vater des Kindes ist.

Das Modell intentionaler Elternschaft verwirklicht die drei zentralen Prinzipien eines zeitgemässen Familienrechts, d. h. Nichteinmischungs-, Verantwortungs- und Kindeswohlprinzip, in optimaler Weise, darf doch davon ausgegangen werden, dass es dem Kindeswohl am besten dient, wenn zwei Menschen gemeinsam willentlich Verantwortung für ein Kind übernehmen.

153 Vgl. SCHWENZER (Fn. 38), Art. 3.5 MFC.

154 Vgl. RUSCH (Fn. 140), 159 ff.

155 Vgl. oben sub IV. 2. b) aa) Ausgangslage.

156 SCHWENZER (Fn. 140), 1, 9.

157 A. A. v. B. B., 2007 ONCA 2; vgl. auch M. K. & C. P. v. Medical Center, Inc., 00W-1343, Mass. Prob. & Cam. Ct., Suffolk City (2000) (Mass.).

158 Vgl. Art. 260 ZGB.

159 Vgl. SCHWENZER (Fn. 38), Art. 3.5 MFC; RUSCH (Fn. 140), 161.

(2) Anfechtung der Elternschaft

Auch wenn man bei der Anknüpfung rechtlicher Elternschaft den Willen in den Vordergrund stellt, kann die genetische Abstammung doch nicht ausser Betracht bleiben. Deshalb muss die Möglichkeit eröffnet werden, die rechtliche Elternschaft anzufechten.

Anfechtungsberechtigt ist zunächst der Mann, der in der irrigen Vorstellung, genetischer Vater des Kindes zu sein, das Kind anerkannt hat. Dies entspricht dem geltenden Recht.¹⁶⁰ Ein Anfechtungsrecht muss jedoch auch der Geburtsmutter zustehen, der bei einer In-vitro-Fertilisation falsches genetisches Material eingepflanzt wurde. Die Anfechtung muss aus Gründen des Kindeswohls zeitlich beschränkt werden. Wer einer fortpflanzungsmedizinischen Massnahme zugestimmt hat, kann nicht anfechten.

Anfechtungsberechtigt muss sodann das Kind sein.¹⁶¹ Dieses Anfechtungsrecht darf nicht aus Gründen der Elterninteressen eingeschränkt sein.¹⁶² Zu diskutieren wäre auch, ob dem Kind nicht auch im Falle der Zeugung durch eine fortpflanzungsmedizinische Massnahme ein Anfechtungsrecht einzuräumen ist.¹⁶³

In heutiger Zeit unbestreitbar ist schliesslich, dass auch dem genetischen Vater ein eigenes Anfechtungsrecht zustehen muss.¹⁶⁴ Auch dieses muss aus Gründen des Kindeswohls zeitlich beschränkt werden. Ob man dieses Anfechtungsrecht ausschliessen will, wenn eine gelebte Eltern-Kind-Beziehung zu dem rechtlichen Elternteil besteht, dessen Elternschaft angefochten werden soll,¹⁶⁵ erfordert eine sorgfältige Diskussion.¹⁶⁶ Kein Anfechtungsrecht kann Personen zustehen, die wissenschaftlich eigenes genetisches Material gespendet haben.¹⁶⁷

Fraglich mag sein, ob man auch der Geburtsmutter ein eigenes Anfechtungsrecht einräumen will. Ein solches steht ihr heute in der ganz überwiegenden Mehrzahl der ausländischen Rechtsordnungen zu.¹⁶⁸ Zweifel mögen an einem Anfechtungsrecht nach dem vorgeschlagenen System bestehen, weil die Mutter der Anerkennung zustimmen muss und ihre eigenen Interessen dadurch bereits gewahrt werden. Es sind allerdings Fälle denkbar, in denen sich die Umstände nach der Anerkennung anders entwickeln als beabsichtigt und vorausgesehen, insbesondere keine gelebte Eltern-Kind-Beziehung zwischen dem rechtlichen Elternteil und dem Kind

160 Art. 260a Abs. 2 ZGB.

161 SCHWENZER (Fn. 38), Art. 3.7 MFC.

162 Vgl. aber im geltenden Recht Art. 256 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB.

163 Anders als nach Art. 23 Abs. 1 FMedG.

164 Vgl. BaslerKomm/SCHWENZER, Art. 256 ZGB, N 7.

165 So das deutsche Recht, vgl. § 1600 Abs. 2 BGB; vgl. auch SCHWENZER (Fn. 38), Art. 3.8 Abs. 3 MFC.

166 Vgl. EGMR, 22.3.2012, K. gegen Deutschland (Individualbeschwerde Nr. 23338/09), NJW 2013, 1937 ff.

167 Vgl. SCHWENZER (Fn. 38), Art. 3.8 Abs. 4 MFC.

168 BÜCHLER, Das Abstammungsrecht in rechtsvergleichender Sicht, FamPra.ch 2005, 437, 461 f.

(mehr) besteht. Hier ist das Bedürfnis nach einem Anfechtungsrecht der Mutter neben jenem des Kindes nicht von der Hand zu weisen.¹⁶⁹

dd) Gerichtliche Feststellung der Elternschaft

Auch wenn rechtliche Elternschaft auf dem Prinzip intentionaler Elternschaft aufbaut, sind Fälle denkbar, in denen auf gerichtliche Feststellung der Elternschaft nicht verzichtet werden kann. Dies gilt einmal, wo sich keine (zweite) Person findet, die das Kind anerkennt. Mit Klage des Kindes gegen den genetischen Vater kann hier die rechtliche Elternschaft festgestellt werden. Eine Ausnahme ist bei der Samenspende zu machen.¹⁷⁰ Dies gilt auch, wo ein Kind aufgrund postmortaler Insemination gezeugt wurde. Des Weiteren muss auch der Person, die behauptet, genetischer Vater des Kindes zu sein, dem die Mutter aber die Zustimmung zur Anerkennung verweigert, der Weg zur gerichtlichen Feststellung der Elternschaft offenstehen, soweit keine andere (zweite) Elternschaft besteht.¹⁷¹ Dasselbe gilt, wo der genetische Vater aufgrund eigener Handlungsunfähigkeit nicht (wirksam) anerkennen kann.

ee) Adoption

Die Abkehr vom Status der Ehe in einem zeitgemässen Familienrecht zieht auch im Adoptionsrecht grundlegende Änderungen nach sich. Das gegenwärtige, mit Wirkung von 1973 revidierte Adoptionsrecht¹⁷² baut nach wie vor klar auf Statusdenken und der Betonung der ehelichen Kleinfamilie auf. Nichteeliche Familienformen wie auch Fortsetzungsfamilien werden hierin nicht (adäquat) abgebildet.

Es ist hier jedoch nicht der Rahmen, auf alle denkbaren Neuerungen im Adoptionsrecht einzugehen, das vorliegende Gutachten beschränkt sich vielmehr auf Grundfragen.¹⁷³ Es wird insoweit empfohlen, ein weiteres Gutachten zum Adoptionsrecht in Auftrag zu geben.

(1) Starres Adoptionsmodell

Das geltende Recht bietet ein mehr oder wenig starres Modell. Sowohl für Verwandten- als auch für Fremdoptionen steht im Prinzip ein einheitliches Modell zur Verfügung. Dies betrifft – von der sog. Stiefkindadoption abgesehen – nicht nur die Voraussetzungen für die Adoption, sondern auch deren Rechtsfolgen.

Hier wird schon seit längerem ein flexibles Adoptionsmodell gefordert, das es erlaubt, im Adoptionsdreieck unter Berücksichtigung der Grundrechte von Kind,

169 Vgl. auch SCHWENZER (Fn. 38), Art. 3.9 MFC.

170 Vgl. Art. 23 Abs. 2 FMedG.

171 Dann ist sie nur in Kombination mit einer Anfechtung möglich.

172 Vgl. oben Fn. 12.

173 Vgl. den Überblick bei SCHWENZER/BACHOFNER, Familienbilder im Adoptionsrecht, in: SCHWENZER (Hrsg.), Internationale Adoption, Bern 2009, 77 ff.

leiblichen Eltern und Adoptiveltern eine angemessene Adoptionsform im Einzelfall zu finden.¹⁷⁴

(2) Volladoption und einfache Adoption

Mit der Volladoption werden die Familienbande zur Ursprungsfamilie aufgehoben und der Adoptierte vollumfänglich Familienmitglied der Adoptivfamilie.¹⁷⁵ Der Volladoption liegt die Idee zugrunde, dass jede Person nur Mitglied einer Familie sein kann. Demgegenüber steht die einfache Adoption, bei der die rechtliche Beziehung zur Ursprungsfamilie bestehen bleibt und gleichzeitig eine Vollintegration in die neue Familie stattfindet. In jüngerer Zeit wird die Möglichkeit der einfachen Adoption Minderjähriger wieder aus Gründen des Kindeswohls verstärkt diskutiert.¹⁷⁶ Die Aufhebung bestehender Bindungen entspricht nicht in allen Fällen notwendigerweise dem Kindeswohl. Die Möglichkeit der einfachen Adoption in diesen Fällen anerkennt die faktische Situation, in der diese Kinder leben: nämlich mit nicht zu leugnenden Bindungen zu zwei Familien. Bei nach wie vor bestehender Volladoption ist an Kontaktmöglichkeiten zu denken.

(3) Geheime und offene Adoption

Die Inkognitoadoption will dem Kind ermöglichen, unbehelligt von seinen leiblichen Eltern in der Adoptivfamilie aufzuwachsen.¹⁷⁷ Auch dem Kind gegenüber wurde in früherer Zeit die Tatsache der Adoption oft verheimlicht. Dahinter stand wiederum das Familienbild der heilen ehelichen Familie, deren Schein es zu wahren galt.

Mehr und mehr hat sich heute die Auffassung durchgesetzt, dass Inkognitooptionen grundsätzlich nicht dem Kindeswohl dienen und offene Adoptionen die bessere Lösung darstellen.¹⁷⁸ Dies gilt nicht zuletzt im Hinblick auf das seit der UNKRK¹⁷⁹ weithin anerkannte Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung, das auch im Schweizer Adoptionsrecht inzwischen durchgesetzt wurde.¹⁸⁰ Der Verschleierungsgedanke büsst damit an Bedeutung ein, zunehmend rückt auch hier die Persönlichkeit des Kindes in den Vordergrund.

174 Vgl. PFAFFINGER, Geheime und offene Formen der Adoption. Wirkungen von Informationsaustausch und Kontakt auf das Gleichgewicht im Adoptionsdreieck, Zürich 2007; PFAFFINGER, Von geheimen und (halb-)offenen Adoptionen, FamPra.ch 2008, 1 ff.

175 Vgl. Art. 267 ZGB; BernerKomm/HEGNAUER, Art. 267 ZGB, N 4, 25 f.

176 Vgl. nur PFAFFINGER (Fn. 174), 448 ff. m. w. Nachw.

177 PFAFFINGER (Fn. 174), 127.

178 Vgl. nur PFAFFINGER (Fn. 174), 231 ff.; COTTIER, Austausch und Informationen im Adoptionsdreieck, in: COTTIER/RÜETSCHI/SAHLFELD (Hrsg.), Information & Recht, Basel 2002, 31, 51 ff.

179 Art. 7 und 8 UN-Kinderrechtskonvention.

180 Vgl. Art. 268c ZGB.

(4) Stiefkindadoption

Bis in jüngere Zeit wurde die Stiefkindadoption gegenüber anderen Formen der Adoption privilegiert.¹⁸¹ Erst im Jahre 2000 wurden im Schweizer Recht die Anforderungen an die Stiefkindadoption jenen bei gemeinsamer Adoption durch Eheleute gleichgestellt.¹⁸²

Auch die Stiefkindadoption wird in jüngster Zeit zunehmend kritisch betrachtet.¹⁸³ Stiefkinder werden nach rechtstatsächlichen Untersuchungen überwiegend dem Partner zuliebe und nicht um der Kinder willen adoptiert.¹⁸⁴ Aufgrund der hohen Scheidungsrate sind Patchworkfamilien zur gesellschaftlichen Realität geworden, so dass aner kennenswerte Gründe, diese Tatsache im Wege einer Adoption zu verschleiern, kaum mehr bestehen. Bei der Stiefkindadoption gilt in besonderem Masse, dass es oft nicht dem Kindesinteresse entspricht, jede rechtliche Bindung zum ursprünglichen rechtlichen Elternteil und dessen Verwandtschaft abzuschneiden. Schliesslich sind Stieffamilien in noch höherem Masse scheidungsanfällig als Ursprungsfamilien.¹⁸⁵ Bei grundsätzlicher Unauflösbarkeit der Adoption entstehen so gravierende Probleme für das Kind bei Scheidung der Ehe des ursprünglichen und des Stiefelternteils.

Überwiegend wird deshalb heute gefordert, die Stiefkindadoption wenn nicht gar abzuschaffen,¹⁸⁶ so doch (weiter) einzuschränken.¹⁸⁷ Eine rechtliche Absicherung der gelebten Eltern-Kind-Beziehung zum Stiefelternteil muss mittels anderer Instrumente, insbesondere der Möglichkeit der Zuteilung der elterlichen Sorge,¹⁸⁸ erfolgen.¹⁸⁹

(5) Adoption ohne (heterosexuelle) Ehe

Bis in die Gegenwart koppelt das Schweizer Recht die Adoption an die Ehe und ist damit klar statusorientiert. Gemeinsame Adoption war und ist nur Eheleuten gestattet.¹⁹⁰ Nach diesem Familienbild bietet nur das auf der Ehe gegründete legitime Zusammenleben von Mann und Frau Gewähr dafür, dass die für das Aufziehen eines Kindes erforderliche Sicherheit und Stabilität gegeben ist.

181 Vgl. dazu BaslerKomm/BREITSCHMID, Art. 264a ZGB, N 7.

182 Art. 264a Abs. 3 ZGB.

183 Vgl. nur ENDERS, Stiefkindadoption, FPR 2004, 60 f. m. w. Nachw.

184 Vgl. Staudinger/FRANK, § 1741 BGB N 44.

185 Vgl. SCHWENZER/BACHOFNER (Fn. 173), 77, 89 m. w. Nachw. in Fn. 73; vgl. auch BaslerKomm/BREITSCHMID, Art. 264b ZGB, N 10: «Es darf nämlich nicht übersehen werden, dass die Familienneugründung nach einer gescheiterten ersten Ehe [...] auf wenig belasteter Grundlage aufbaut.»

186 SCHWENZER (Fn. 38), 123; RUSCH (Fn. 140), 138.

187 Für eine restriktive Handhabung der Stiefkindadoption vgl. etwa FRANK, Brauchen wir Adoption?, FamRZ 2007, 1693, 1695, 1699; ENDERS, FPR 2004, 60 ff.

188 Vgl. dazu unten sub IV.2.c) cc) Änderung der elterlichen Verantwortung.

189 So auch RUSCH (Fn. 140), 138.

190 Art. 264a Abs. 1 ZGB.

(i) Gleichgeschlechtliche Gemeinschaften

Mit Einführung der eingetragenen Partnerschaft für gleichgeschlechtliche Personen setzte die Diskussion ein, ob auch diese sollen adoptieren dürfen. Das Schweizer Recht nimmt insoweit eine besonders konservative Position ein: Es verbietet nicht nur die gemeinsame Adoption eines fremden Kindes durch eingetragene Partner oder Partnerinnen, sondern verbietet einem eingetragenen Partner oder einer Partnerin auch die Einzeladoption sowie die Stiefkindadoption.¹⁹¹ Man meinte, die Zulassung eines gleichgeschlechtlichen Paares zur Adoption würde die Grundprinzipien des Familienrechts, dass jedem Kind rechtlich ein Vater und eine Mutter zuzuordnen sei, durchbrechen, mit der Folge, dass ein Kind entgegen dem natürlichen Kindesverhältnis rechtlich zwei Mütter oder zwei Väter hätte.¹⁹²

Mit dieser Lösung steht die Schweiz im internationalen Vergleich heute relativ allein da. Wo die Ehe auch für gleichgeschlechtliche Paare geöffnet wurde, ist es eine Selbstverständlichkeit, dass auch in puncto Adoption eine Gleichstellung mit heterosexuellen Ehepaaren vorgenommen wird. Andere Rechtsordnungen lassen auch eingetragene Partner oder Partnerinnen zur gemeinsamen Adoption zu bzw. ermöglichen jedenfalls die Stiefkindadoption.¹⁹³ Hängig ist derzeit eine Reform des Adoptionsrechts, welche die Stiefkindadoption für Paare in eingetragener Partnerschaft¹⁹⁴ und die Einzeladoption durch eine Person in eingetragener Partnerschaft¹⁹⁵ diskutiert. Die Einführung der gemeinschaftlichen Adoption durch Paare in eingetragener Partnerschaft wird jedoch (immer noch) abgelehnt.¹⁹⁶

Im Ergebnis kann kein Zweifel bestehen, dass in einem zeitgemässen Familienrecht im Hinblick auf die Adoption nicht entsprechend der sexuellen Orientierung unterschieden werden kann, dokumentieren doch viele rechtstatsächlichen und psychologischen Studien, dass sich Kinder, die in solchen Regenbogenfamilien aufwachsen, in nichts von Kindern aus auf heterosexuellen Gemeinschaften basierenden Familien unterscheiden.¹⁹⁷

191 Art. 28 PartG.

192 Botschaft zum Bundesgesetz über die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare vom 29. November 2002, BBl 2003 1320.

193 Ausführlich und m. w.Nachw. SCHWENZER (Fn. 140), 1, 20 ff.

194 Vgl. Art. 264c Vorentwurf Schweizerisches Zivilgesetzbuch (Die Adoption) vom 29. November 2013 und Erläuternder Bericht zur Änderung des Zivilgesetzbuches (Adoptionsrecht) (Fn. 30), 25 f.

195 Vgl. Art. 28 PartG im Vorentwurf Schweizerisches Zivilgesetzbuch (Die Adoption) vom 29. November 2013 und Erläuternder Bericht zur Änderung des Zivilgesetzbuches (Adoptionsrecht) (Fn. 30), 25.

196 Vgl. Art. 28 PartG im Vorentwurf Schweizerisches Zivilgesetzbuch (Die Adoption) vom 29. November 2013 und Erläuternder Bericht zur Änderung des Zivilgesetzbuches (Adoptionsrecht) (Fn. 30), 26 f.

197 Einzelheiten bei PFAFFINGER/SCHWENZER, Workshop 4: Adoption durch Einzelpersonen sowie homosexuell ausgerichtete Personen, in: SCHWENZER (Hrsg.), Internationale Adoption, Bern 2009, 151, 157 ff.

(ii) Nichtehele Lebensgemeinschaften

In der Schweiz jüngst diskutiert und im Ausland längst aktuell ist die Frage, ob jenseits der Ehe und eingetragener Partnerschaft die Adoption auch für Personen, die lediglich in nichtehelicher Lebensgemeinschaft leben, zu öffnen ist. In der momentan hängigen Adoptionsrechtsreform wurde nun die Einführung der Stiefkindadoption, nicht jedoch die gemeinschaftliche Adoption für Paare in faktischen Lebensgemeinschaften vorgeschlagen.¹⁹⁸

Einige Rechtsordnungen lassen die Stiefkindadoption durch den nichtehelichen Lebenspartner zu¹⁹⁹ und anerkennen damit die Faktizität dieser Familienbeziehung. Auch der EGMR hat entschieden, dass in einem Fall, in dem zwischen den Beteiligten ein faktisches Familienleben besteht, das nationale Recht die Rechte und Pflichten der leiblichen Mutter gegenüber dem Kind als Folge der Adoption nicht erlöschen lassen dürfe.²⁰⁰ Mit anderen Worten: Die Stiefkindadoption muss auch in der nichtehelichen Familie ermöglicht werden.

Weitergehend lassen eine ganze Reihe von Rechtsordnungen inzwischen auch die gemeinsame Adoption durch nicht verheiratete Paare zu.²⁰¹ Regelmässig wird insoweit eine faktische Beziehung von einer gewissen Dauer, nämlich ca. zwei bis drei Jahren, bzw. eine im Einzelfall zu bestimmende «enduring relationship» vorausgesetzt.²⁰²

Es kann kein Zweifel sein, dass in einem statusunabhängigen Familienrecht auch insoweit eine Gleichbehandlung von ehelichen und nichtehelichen, heterosexuellen und gleichgeschlechtlichen Paaren geboten erscheint.

c) Elterliche Sorge

aa) Allgemeines

Auch der Bereich der elterlichen Sorge war in den vergangenen Jahrzehnten einem grundlegenden Wandel unterworfen. Hier hat sich weitgehend ebenfalls eine statusunabhängige Anknüpfung durchgesetzt.

Als Erstes gilt es, den Begriff der «elterlichen Sorge» zu überdenken. Im englischen Children Act 1989 wurden erstmals überkommene Begrifflichkeiten durch den Begriff der «parental responsibility», der «elterlichen Verantwortung», ersetzt. Er beginnt sich inzwischen auch international durchzusetzen. So legt die Commission on European Family Law (CEFL) ihren Principles über die Eltern-Kind-Beziehung

198 Vgl. Erläuternder Bericht zur Änderung des Zivilgesetzbuches (Adoptionsrecht) (Fn. 30), 27 ff.

199 SCHWENZER (Fn. 140), 1, 22.

200 Affaire Emonet c. Switzerland, No. 39051/03 vom 13.12.2007, FamPra.ch 2008, 412 ff. mit Anm. SCHWENZER, 421 f.

201 Vgl. Nachw. in SCHWENZER (Fn. 140), 1, 21, Fn. 115 und RUSCH (Fn. 140), 132 f. Fn. 691.

202 Vgl. nur Sec. 144(4)(b) Adoption and Children Act 2002 (England).

den Begriff der «parental responsibilities» zugrunde.²⁰³ Der Begriff der elterlichen Verantwortung betont einerseits die Pflichtenseite stärker als der Begriff der elterlichen Sorge oder gar der inzwischen antiquierte Begriff der elterlichen Gewalt²⁰⁴, andererseits erscheint er eher geeignet, moderne Fallkonstellationen aufnehmen zu können. Denn elterliche Sorge ist – jedenfalls im deutschen Rechtskreis – nach wie vor verknüpft mit dem Konzept der rechtlichen Elternschaft. Der Gedanke, die elterliche Sorge auf Nichteltern, d. h. auf Dritte zu übertragen, erscheint vielen Juristinnen und Juristen des deutschen Rechtskreises undenkbar. Erst recht gilt dies für die Möglichkeit, dass mehr als zwei Personen die elterliche Sorge ausüben.

bb) Originäre Zuordnung der elterlichen Verantwortung

Das geltende Recht knüpft die elterliche Sorge nach wie vor statusabhängig an, obgleich mit der am 1. Juli 2014 in Kraft getretenen Revision bestehende Unterschiede weitestgehend eingeebnet wurden. Verheiratete Eltern üben die elterliche Sorge gemeinsam aus.²⁰⁵ Der Vater eines nichtehelichen Kindes kann sie zum einen aufgrund gemeinsamer Erklärung der Eltern erlangen.²⁰⁶ Gegen den Willen der Mutter kann sie ihm nur durch die Kindesschutzbehörde übertragen werden.²⁰⁷ Mit dieser (neuen) Regelung hat sich der Schweizer Gesetzgeber gegen die in vielen Rechtsordnungen²⁰⁸ bereits anzutreffende automatische Anknüpfung der elterlichen Sorge an die rechtliche Elternschaft entschieden.²⁰⁹

Knüpft man die rechtliche Elternschaft – wie hier vorgeschlagen – an die Anerkennung und macht man diese von der Zustimmung der biologischen Mutter abhängig, so ist m. E. kein Grund ersichtlich, in diesen Fällen die elterliche Verantwortung *nicht* automatisch in der Person des oder der Anerkennenden (mit)entstehen zu lassen. Hier darf einerseits der Wille des oder der Anerkennenden, elterliche Verantwortung für das Kind zu übernehmen, vermutet werden. Andererseits spricht hier auch nichts dagegen, dass gemeinsame elterliche Verantwortung die im Interesse des Kindes beste Lösung darstellt.

203 CEFL, Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities, Antwerpen/Oxford 2007.

204 Der Begriff der elterlichen Gewalt wurde erst im Jahre 2000 im Zuge der Scheidungsrechtsrevision geändert.

205 Art. 296 Abs. 2 ZGB.

206 Art. 298a Abs. 1 ZGB.

207 Art. 298b Abs. 1 und 2 ZGB.

208 Vgl. auch CEFL (Fn. 203) Principle 3:8.

209 Der Vorentwurf der Revision der elterlichen Sorge hingegen sah noch eine automatische Anknüpfung der elterlichen Sorge an die Anerkennung der Vaterschaft vor, vgl. Art. 298 Vorentwurf Schweizerisches Zivilgesetzbuch (Elterliche Sorge) Januar 2009. Dieselbe Lösung gilt nunmehr allerdings auch in Deutschland, vgl. § 1626a Abs. 2 BGB.

Anders ist die Situation zu beurteilen, wenn die (zweite) Elternschaft erst durch das Gericht festgestellt werden muss. Es kann nicht vermutet werden, dass der genetische Vater, der nicht freiwillig anerkennt, Elternverantwortung übernehmen will. Und umgekehrt, wo der genetische Vater das Einverständnis der Mutter zur Anerkennung nicht erlangen kann und seine rechtliche Vaterschaft erst gerichtlich erstreiten muss, kann nicht von einem einverständlichen Zusammenwirken der Eltern ausgegangen werden. Hier sollte deshalb die Regelung der elterlichen Verantwortung durch das Gericht oder die Kindesschutzbehörde vorgenommen werden.²¹⁰

cc) Änderung der elterlichen Verantwortung

Nach (neu) geltendem Recht bewirkt eine Scheidung grundsätzlich keine Änderung der gemeinsamen elterlichen Sorge.²¹¹ Jedoch kann das Scheidungsgericht die elterliche Sorge einem Elternteil allein übertragen, «wenn dies zur Wahrung des Kindeswohls nötig ist».²¹² Gemeinsame elterliche Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern kann von der Kindesschutzbehörde abgeändert werden, wenn dies wegen «wesentlicher Änderung der Verhältnisse zur Wahrung des Kindeswohls nötig ist».²¹³

dd) Elterliche Verantwortung dritter Personen

Das geltende Schweizer Recht sieht eine gewisse Einbindung in die elterliche Sorge, ein «kleines Sorgerecht» für Ehegatten und eingetragene Partner vor.²¹⁴ Diese Personen haben dem leiblichen Elternteil in der Ausübung der elterlichen Sorge gegenüber dessen Kindern in angemessener Weise beizustehen und ihn zu vertreten, wenn es die Umstände erfordern. Eine eigentliche Beteiligung an der elterlichen Sorge findet jedoch nicht statt. Nichtehelichen Partnerinnen oder Partnern steht nicht einmal dieses «kleine Sorgerecht» zur Verfügung. Damit ist auch hier das Schweizer Familienrecht noch in hohem Masse statusorientiert.

Demgegenüber besteht in vielen ausländischen Rechtsordnungen²¹⁵ nicht nur des angloamerikanischen Rechtskreises heute die Möglichkeit, dass ein faktischer Elternteil aufgrund Vereinbarung mit dem sorgeberechtigten Elternteil die elterliche Verantwortung erhält. Auch gemeinsame elterliche Verantwortung von mehr als zwei Personen ist möglich.

210 Vgl. aber nunmehr Art. 298b und 298c ZGB, wonach die Kindesschutzbehörde bzw. das Gericht auch in diesen Fällen grundsätzlich die gemeinsame elterliche Sorge verfügt.

211 Vgl. Botschaft zu einer Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Elterliche Sorge) vom 16. November 2011, BBl 2011 9092, 9101.

212 Art. 298 Abs. 1 ZGB.

213 Art. 298d Abs. 1 ZGB.

214 Art. 299 ZGB, Art. 27 Abs. 1 PartG.

215 Zum Folgenden schon SCHWENZER, Elterliche Verantwortung in und nach Auflösung von Patchworkfamilien, FamZ 2007, 121 ff.; vgl. auch CEFL (Fn. 203), Principle 3:9, 3:17.

Daneben kann in vielen ausländischen Rechtsordnungen elterliche Verantwortung auch durch das Gericht auf Dritte übertragen werden. Dies ist insbesondere auch gegen den Willen des leiblichen Elternteils möglich, soweit das Kindeswohl dies erfordert. Eine solche Regelung ist dann regelmässig nicht auf Patchworkfamilien beschränkt, sondern erfasst insbesondere auch Pflegeeltern.

Im Ergebnis sollte auch in einem zeitgemässen Schweizer Familienrecht die (Mit) Übertragung der vollen elterlichen Verantwortung auf einen sog. Stiefelternteil – ob verheiratet, nicht verheiratet, verschieden- oder gleichgeschlechtlich – ermöglicht werden. Dies gilt nicht nur, wenn der mit dem Stiefelternteil zusammenlebende leibliche Elternteil die alleinige elterliche Verantwortung innehat, sondern sollte auch im Falle fortbestehender gemeinsamer elterlicher Verantwortung beider leiblicher Eltern ermöglicht werden. Letztlich spiegelt dies nur die reale Situation wider, in der viele Kinder heute aufwachsen.²¹⁶ Soweit die Ausübung der elterlichen Verantwortung durch mehr als zwei Personen etwa aufgrund fehlender Kooperationsfähigkeit nicht mehr funktioniert und deshalb nicht mehr dem Kindeswohl entspricht, kann immer noch eine Änderung der Zuteilung der elterlichen Verantwortung erfolgen.

Die Übertragung der elterlichen Verantwortung auf den Stiefelternteil sollte freilich an ein Zeitmoment geknüpft werden. Denn auch die Stieffamilie braucht zunächst Zeit, um sich zu (re)konstituieren. Auch im internationalen Vergleich erscheint das Erfordernis eines dreijährigen Zusammenlebens für die Übertragung der elterlichen Verantwortung angezeigt.²¹⁷ Diese Frist würde auch dem oben gemachten Vorschlag, eine rechtsrelevante Lebensgemeinschaft nach dreijährigem Zusammenleben anzunehmen, entsprechen.

Auch bei Auflösung einer Patchworkfamilie – sei es durch Trennung, Scheidung oder Tod – hat das Kind im selben Masse Anspruch auf eine ausschliesslich am Kindeswohl ausgerichtete Lösung wie bei Trennung oder Scheidung leiblicher Eltern. Deshalb muss jede Art von Automatismus, insbesondere in Gestalt der Bevorzugung der leiblichen Eltern, einer Einzelfallbetrachtung weichen.

Auch bei Auflösung einer Patchworkfamilie geht es primär darum, dass die beteiligten erwachsenen Elternfiguren wenn irgend möglich zu einer einvernehmlichen Lösung bezüglich der künftigen Ausübung und Ausgestaltung der elterlichen Verantwortung für das Kind gelangen. Deshalb sollte auch hier die fortbestehende gemeinsame elterliche Verantwortung im Vordergrund stehen. Können sich die erwachsenen Elternfiguren aber nicht über die Ausübung oder Zuteilung der elterlichen Verantwortung für das Kind einigen, so muss jede Regelung der elterlichen Verantwortung ausschliesslich vom Kindeswohl ausgehen und das Kind und seine gewachsenen Bindungen schützen, auch wenn dabei vermeintliche Elternrechte hintanstellen müssen.

216 Vgl. BÜCHLER, AJP 2004, 1175, 1177, 1181.

217 Vgl. SCHWENZER, FamZ 2007, 121, 123 f.

ee) Ausübung gemeinsamer elterlicher Verantwortung

Ist die gemeinsame elterliche Verantwortung möglich, auch wenn deren Inhaber nicht zusammenleben, müssen besondere Regeln für deren Ausübung geschaffen werden. Dies ist mit der Gesetzesrevision «Elterliche Sorge» erfolgt.²¹⁸ Diese Bestimmungen entsprechen in den Grundzügen der internationalen Entwicklung²¹⁹ und sind als zeitgemäss zu begrüssen, auch wenn sie teilweise auf vehemente Ablehnung gestossen sind.

Zusammenfassung:

- Ein zeitgemässes Familienrecht ist statusunabhängig anzuknüpfen und muss die Prinzipien der Nichteinmischung, des Einforderns von Verantwortung und des Vorrangs des Kindeswohls verwirklichen.
- Lebensgemeinschaften sind entsprechend der Statusunabhängigkeit gleichzustellen, auch wenn die Ehe beibehalten wird.
- Eine rechtlich relevante Lebensgemeinschaft liegt vor, wenn sie mehr als drei Jahre gedauert hat, ein gemeinsames Kind vorhanden ist oder ein oder beide Partner erhebliche Beiträge für die Gemeinschaft oder im Interesse des anderen Partners erbracht hat oder haben.
- Die Ehe ist auch für gleichgeschlechtliche Personen zu öffnen. Eheverbote sind weiter zurückzufahren und die obligatorische Zivilehe ist abzuschaffen.
- Im Scheidungsrecht sind letzte Residuen eines Eheinstitutionenschutzes abzuschaffen.
- Der Schutz der Familienwohnung muss für alle Lebensgemeinschaften gelten.
- Im Hinblick auf die finanziellen Folgen der Auflösung von Lebensgemeinschaften ist am Dreisäulensystem (Güterrecht, Vorsorgeausgleich, Unterhalt) festzuhalten. Jedoch sollte im Hinblick auf einen wünschenswerten clean break eine Flexibilisierung ermöglicht werden. Für alle Ausgleichssysteme sollte eine gerichtliche Abweichung vom Regelprinzip möglich sein, um den Lebensverhältnissen im Einzelfall Rechnung tragen zu können.
- Als ordentlicher Güterstand sollte für alle Lebensgemeinschaften eine Errungenschaftsgemeinschaft vorgesehen werden.
- Der Vorsorgeausgleich sollte für alle Lebensgemeinschaften gelten.
- Betreuungsunterhalt ist bis zu einem gesetzlich festzulegenden Alter des Kindes als Teil des Kindesunterhalts geschuldet.

218 Art. 301 Abs. 1^{bis}, 301a ZGB.

219 Vgl. auch CEFL (Fn. 203), Principle 3:12, 3:21.

- *Unterhaltsleistungen nach Auflösung einer Lebensgemeinschaft sollen primär dem Ausgleich gemeinschaftsbedingter Nachteile dienen. Im Übrigen kommt nachgemeinschaftlicher Unterhalt aus Solidarität nur unter ganz eingeschränkten Voraussetzungen in Betracht.*
- *Alle in Lebensgemeinschaften lebenden Paare sollten die Freiheit haben, ihre vermögensrechtlichen Beziehungen im Wege vertraglicher Vereinbarungen zu regeln. Zur Sicherstellung des Verantwortungsprinzips hat jedoch eine gerichtliche Inhaltskontrolle stattzufinden.*
- *An der Elternschaft der biologischen Mutter ist festzuhalten. Das Recht des Kindes auf Kenntnis seiner genetischen Abstammung muss jedoch auch insoweit gewahrt bleiben.*
- *Die pater est-Regel ist abzuschaffen und durch die intentionale Elternschaft, die durch Anerkennung mit Zustimmung der Geburtsmutter begründet wird, zu ersetzen.*
- *Die intentionale Elternschaft kann angefochten werden vom Mann, der in der irigen Vorstellung, genetischer Vater des Kindes zu sein, das Kind anerkannt hat, vom Kind, vom genetischen Vater sowie der Geburtsmutter. Wo erforderlich ist aus Gründen des Kindeswohls eine zeitliche Beschränkung vorzusehen.*
- *Gerichtliche Feststellung der Elternschaft ist grundsätzlich möglich.*
- *Es ist ein flexibles Adoptionsmodell einzuführen, das auch die einfache und die offene Adoption erlaubt.*
- *Die Stiefkindadoption ist (weiter) einzuschränken, wenn nicht gar abzuschaffen.*
- *Verheiratete, nicht verheiratete, verschiedengeschlechtliche und gleichgeschlechtliche Paare sind in puncto Adoption gleichzustellen.*
- *Der Begriff der elterlichen Sorge ist durch jenen der elterlichen Verantwortung zu ersetzen.*
- *Elterliche Verantwortung steht originär der Mutter und dem weiteren rechtlichen Elternteil zu, der oder die das Kind anerkannt hat. Wird die zweite Elternschaft gerichtlich festgestellt, kann eine Regelung der elterlichen Verantwortung durch das Gericht oder die Kinderschutzhbehörde vorgenommen werden.*
- *Jede Änderung der elterlichen Verantwortung stellt eine Kinderschutzmassnahme dar.*
- *Dritte Personen sollten nach einer gewissen Zeit des Zusammenlebens mit dem Kind elterliche Verantwortung aufgrund Vereinbarung oder gerichtlicher Zuteilung erlangen können.*
- *Auch bei Auflösung von Patchworkfamilien ist über die elterliche Verantwortung allein nach den Grundsätzen des Kindeswohls zu entscheiden.*

Résumé:

- *Un droit de la famille moderne ne doit pas se fonder sur le statut des couples; il doit réaliser les principes de la non-ingérence, de la responsabilité et de la primauté du bien de l'enfant.*
- *Les différentes formes de communautés de vie doivent être mises sur un pied d'égalité, indépendamment de leur statut, même si l'institution du mariage est conservée.*
- *Une communauté de vie est pertinente juridiquement si elle a duré plus de trois ans, si un enfant commun est né ou si un ou les deux partenaires apportent ou ont apporté une contribution importante à la communauté ou en faveur de l'autre partenaire.*
- *Le mariage doit être ouvert aux personnes du même sexe. Il faut réduire les interdictions du mariage et supprimer l'obligation du mariage civil.*
- *En droit du divorce, il faut supprimer les derniers résidus de la protection de l'institution du mariage.*
- *La protection du domicile familial doit valoir pour toutes les formes de communauté de vie.*
- *Concernant les conséquences financières de la dissolution d'une communauté de vie, il faut conserver le système des trois piliers (régime matrimonial, partage de la prévoyance professionnelle, entretien). Cependant, dans l'esprit d'une rupture franche avec le passé, il faut autoriser une certaine souplesse. Le juge doit pouvoir s'écarter de la règle pour tous les systèmes de compensation, afin de prendre en compte les circonstances de chaque cas.*
- *Le régime matrimonial ordinaire doit être la communauté des acquêts pour toutes les communautés de vie.*
- *Le partage de la prévoyance professionnelle doit s'appliquer à toutes les communautés de vie.*
- *La contribution de prise en charge, en tant que partie intégrante de l'entretien de l'enfant, doit être due jusqu'à un âge fixé par la loi.*
- *Les prestations d'entretien après la dissolution d'une communauté de vie doivent servir en premier lieu à compenser les inconvénients découlant de la communauté. Une contribution motivée par la solidarité ne doit entrer en ligne de compte qu'à des conditions très restrictives.*
- *Tous les couples vivant en communauté doivent avoir la liberté de régler leurs relations patrimoniales sous la forme de contrats. Un contrôle du contenu par le juge doit toutefois avoir lieu pour garantir le principe de responsabilité.*
- *La parenté de la mère biologique est une notion à conserver, mais il faut également préserver le droit de l'enfant à connaître sa filiation génétique.*
- *Il faut supprimer le principe pater est quem nuptiae demonstrant et la remplacer par un lien de parenté intentionnel, fondé sur la reconnaissance avec le consentement de la mère biologique.*

- La parenté intentionnelle peut être contestée par l'homme qui a reconnu l'enfant en croyant faussement être le père génétique, par l'enfant, par le père génétique et par la mère biologique. Si nécessaire, une limite dans le temps peut être instaurée pour protéger le bien de l'enfant.
- La parenté peut être constatée en principe par le juge.
- Il faut instaurer un modèle d'adoption flexible qui permet l'adoption simple et l'adoption ouverte.
- L'adoption de l'enfant du conjoint doit être (encore) limitée, sinon abolie.
- Il faut mettre sur un pied d'égalité les couples mariés, non mariés, hétérosexuels et homosexuels concernant l'adoption.
- Il faut remplacer la notion d'autorité parentale par celle de responsabilité parentale.
- La responsabilité parentale incombe originellement à la mère et à l'autre parent juridique qui a reconnu l'enfant. Si le deuxième parent est désigné par le juge, celui-ci ou l'autorité de protection de l'enfant peut régler la responsabilité parentale.
- Toute modification de la responsabilité parentale est une mesure de protection de l'enfant.
- Les tiers devraient pouvoir demander la responsabilité parentale sur la base d'une convention ou d'une décision judiciaire après un certain temps de vie commune avec l'enfant.
- Même en cas de dissolution d'une famille recomposée, la responsabilité parentale doit être attribuée uniquement en fonction du bien de l'enfant.

Literatur – Littérature – Letteratura

(Sabine Aeschlimann, Dr. iur. LL.M. in Zusammenarbeit mit Kristina Siegler, BLaw)

Ausgewertete Zeitschriften – Liste des revues dépeuillées – Lista delle riviste consultate

a) Schweiz – Suisse – Svizzera: Aktuelle Juristische Praxis (AJP), Basler juristische Mitteilungen (BJM), Frauenfragen, Jusletter, plädoyer (pläd), Pflegerecht, recht, Schweizerische Juristen-Zeitung (SJZ), Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht (SZIER), Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung und berufliche Vorsorge (SZS), Schweizerische Zeitschrift für Soziologie (SZfS), Semaine Judiciaire (Sem. Jud.), Soziale Sicherheit (CHSS), successio, Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (ZBJV), Zeitschrift für Kindes- und Erwachsenenschutz (ZKE), Zeitschrift für Schweizerisches Recht (ZSR).

b) Ausland – L'étranger – L'estero: American Journal of Family Law (Am. J. Fam. L.), Archiv für die civilistische Praxis (AcP), Australian Journal of Family Law (AJFL), Canadian Family Law Quarterly (Can. Fam. L. Q.), Child and Family Law Quarterly (CFLQ), Das Jugendamt (JAmt), Das Standesamt (StAZ), Electronic Journal of Comparative Law (EJCL), Familia, Familie, Partnerschaft, Recht. Interdisziplinäres Fachjournal für die Praxis (FPR), Familie und Recht (FuR), Familiendynamik. Interdisziplinäre Zeitschrift für systemorientierte Praxis und Forschung (Familiendynamik), Family Law (Fam Law), Family Law Quarterly (Fam. L. Q.), Feminist Legal Studies (Fem Leg Stud), International Family Law (IFL), International Journal of Law, Policy and the Family (Int. J. L., Pol. & Fam.), Journal of Family History (J. Fam. Hist.), Journal of Marriage and Family (JMF), Juris classeur périodique (J.C.P.), Juristische Blätter (JBl), Juristen Zeitung (JZ), Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie (KZfSS), Modern Law Review (Mod. L. Rev.), Neue Juristische Wochenschrift (NJW), Österreichische Juristen-Zeitung (ÖJZ), Praxis der Kinderpsychologie und Kinderpsychiatrie, Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (RabelsZ), Recueil Dalloz (D.), Revue internationale de droit comparé (Rev. int. dr. comp.), Revue trimestrielle de droit civil (Rev. trim. dr. civ.), Revue trimes-trielle de droit familial (Rev. trim. dr. fam.), Streit, The British Journal of Sociology (Brit. J. Soc.), The International Journal of Children's Rights (Int. J. Ch. R.), Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ), Zeitschrift für Bevölkerungswissenschaft (Zschr. Bev. Wiss.), Zeitschrift für Ehe- und Familienrecht (EF-Z), Zeitschrift für europäisches Privatrecht (ZEuP), Zeitschrift für Familienforschung (ZfF), Zeitschrift für Kindschaftsrecht und Jugendhilfe (ZKJ), Zeitschrift für Rechtssoziologie (ZfRSoz), Zeitschrift für Rechtsvergleichung, internationales Privatrecht und Europarecht (ZfRV), Zeitschrift für Soziologie (ZfSoz), Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft (ZvglRWiss).

1. Allgemeines – Généralités

a) Schweiz – Suisse

1. AEBI-MÜLLER, R., Aktuelle Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Familienrecht, Jusletter 14.7.2014.
2. ALBERTI, A., La riforma del diritto di famiglia italiano, ZKE 2014, 240–249.

3. BUCHER, A., Jurisprudence suisse en matière de droit international privé de la famille et des successions, SZIER 2014, 479–541.
4. HAUSHEER, H., Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2013: Familienrecht, ZBJV 2014, 610–636.
5. KHALFI, B., «Avenir Familles!», recht 2014, 195–196.