

## Vierte Schweizer Familienrecht\$Tage

SCHRIFTENREIHE ZUM FAMILIENRECHT  
COLLECTION DE DROIT DE LA FAMILLE

Am 31. Januar und 1. Februar 2008 fanden in Zürich bereits die Vierten Schweizer Familienrecht\$Tage statt. Die vorliegende Publikation enthält die drei Plenumsreferate sowie Unterlagen, Materialien, und Ergebnisse der insgesamt zehn Arbeitskreise.

Entsprechend der Zielsetzung der FamPra.ch und dem Verein Schweizer Familienrecht\$Tage stand auch in diesem Jahr ein dreifacher Ansatz im Vordergrund: Zum einen geht es um die gegenseitige Durchdringung von Wissenschaft und Praxis, zum anderen ist stets beabsichtigt, der Interdisziplinarität von Familienfragen und -konflikten Rechnung zu tragen, und schliesslich wird auch der Blick über die engen schweizerischen Grenzen hinaus auf die Entwicklung des ausländischen und europäischen Familienrechts gerichtet.

Die Referate befassen sich mit dem Familienrecht der Zukunft, dem Gewaltschutz in der Familie unter besonderer Berücksichtigung alter Menschen sowie mit der internationalen Scheidung in der Praxis. Bei den Arbeitskreisen standen – gemäss den Bedürfnissen der Praxis – vermögensrechtliche Fragen im Vordergrund (Arbeitskreise 2, 7, 9). Von herausragendem Interesse ist und bleibt jedoch auch die Frage der Stellung des Kindes im Familienkonflikt (Arbeitskreise 3, 6). Darüber hinaus widmeten sich die Arbeitskreise den psychologischen Gutachten in Kinderrechtsfragen (Arbeitskreis 5), verfahrensrechtlichen Fragen (Arbeitskreise 1, 8), der Familie im Ausländer- und Asylrecht (Arbeitskreis 4) sowie aktuellen Fragen des Ehegattenerbrechts (Arbeitskreis 10).



STÄMPFLI VERLAG AG BERN  
www.staempfliverlag.com

ISBN 978-3-7272-2888-2



STÄMPFLI VERLAG AG BERN

SCHRIFTENREIHE ZUM FAMILIENRECHT  
COLLECTION DE DROIT DE LA FAMILLE

FAMPRA.ch

Ingeborg Schwenzler  
Andrea Büchler

HERAUSGEBERINNEN  
INGEBORG SCHWENZLER  
ANDREA BÜCHLER

## Vierte Schweizer Familienrecht\$Tage

31. Januar/1. Februar 2008  
in Zürich

---

## Ein Familienrecht für das 21. Jahrhundert<sup>1</sup>

*Ingeborg Schwenzer, Prof. Dr. iur., LL.M, ordentliche Professorin an der Universität Basel; Präsidentin des Centrums für Familienwissenschaften, Basel*

---

**Stichwörter:** *Entwicklungen im Familienrecht, Zielsetzung eines modernen Familienrechts, Recht der Partnerschaften, Eheschliessung, finanzielle Folgen der Auflösung von Partnerschaften, Kindesrecht, Ausgestaltung der Elternschaft, Adoption, elterliche Verantwortung, Kindesunterhalt und Verwandtenunterstützung.*

---

### Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung	4
	1. Ausgangslage	4
	2. Entwicklungen	5
II.	Aufgaben eines modernen Familienrechts	6
	1. Prinzip der Nichteinmischung	6
	2. Einfordern von Verantwortung	7
	3. Vorrang des Kindeswohls	7
III.	Ausgestaltung eines modernen Familienrechts	7
	1. Partnerschaften	7
	a) Gleichstellung von Lebensgemeinschaften	7
	b) Regelung der Ehe	9
	c) Finanzielle Folgen der Auflösung von Partnerschaften	10
	aa) Ausgangslage	10
	bb) Ausgleich partnerschaftsbedingter Vor- und Nachteile	11
	cc) Art und Weise des Ausgleichs	12
	2. Kindesrecht	13
	a) Allgemeine Fragen	13
	b) Rechtliche Elternschaft	14
	aa) Ausgangslage	14
	bb) Intentionale Elternschaft	14
	cc) Adoption	15
	c) Elterliche Verantwortung	16

---

<sup>1</sup> Der vorliegende Beitrag stellt die leicht veränderte Fassung des anlässlich der Eröffnung des 16. Deutschen Familiengerichtstages am 23. September 2007 in Brühl gehaltenen Festvortrags dar. Er fasst die wesentlichen Gedanken des von der Verfasserin publizierten Model Family Code (Intersentia, 2006) zusammen.

d) Kindesunterhalt und Verwandtenunterstützung	17
IV. Schlussbetrachtung	17

## I. Einleitung

### 1. Ausgangslage

Es gibt wohl kaum ein Rechtsgebiet, das in den letzten Jahrzehnten nicht nur so beständigem, sondern auch grundstürzendem Wandel ausgesetzt war und wohl auch in Zukunft sein wird, wie das Familienrecht. Das Ausmass der Veränderung lässt sich dabei nur erfassen, wenn man sich nochmals die Situation, wie sie vor 50 Jahren noch in vielen Rechtsordnungen vorherrschte, vor Augen führt.

Bis zur Mitte des 20. Jahrhunderts war Familienrecht allerorten primär statusorientiert. Die Ehe als einzig als legitim betrachtete Lebensgemeinschaft dominierte nicht allein die Beziehungen zwischen Mann und Frau sondern auch jene zwischen Eltern und Kindern.

Ehe- und Scheidungsrecht dienten zuvörderst dem Schutze der Institution, weniger den in ihr lebenden Menschen. Eheverbote sollten einen bestimmten moralischen Anspruch an die Ehe verwirklichen. Scheidungs- und Scheidungsfolgenrecht wollten die Auflösung von Ehen verhindern, bzw. nicht erwünschtes sog. ehewidriges Verhalten sanktionieren. Nichteheliches Zusammenleben war – in manchen Schweizer Kantonen gar bis in die 1990er Jahre – strafbar. Bis heute zieht es in vielen Rechtsordnungen keine als familienrechtlich bewertete Konsequenzen nach sich; nichteheliche Partner werden – wie einander emotional fern stehende Personen – allenfalls nach sachen- und obligationenrechtlichen Kriterien beurteilt.

Auch das Kindesrecht wurde vom Status oder Nicht-Status der Eltern geprägt und damit dem Eheinstitutionenschutz untergeordnet. Mit der Ausgrenzung nichtehelich geborener Kinder wurden Mütter samt ihrer Kinder für aussereheliche Geschlechtsbeziehungen bestraft.

Betrachtet man sich diese Grundstrukturen des damaligen Familienrechts, so muss es uns Heutigen als Bild der Unfreiheit erscheinen. Gesellschaftliche Realität untermauert durch ein entsprechendes Familienrecht liess keinen Raum für das, was wir heute die Pluralität der Lebensformen nennen. Bei Lichte besehen zeigt sich jedoch, dass Freiheit und Unfreiheit eine deutliche Geschlechtskonnotation aufwiesen: Denn die Unfreiheit bezog sich primär auf die Frau. Der Mann hatte die Wahl: Nur die Ehe verpflichtete ihn zu Unterhalt für Frau und Kind – im Gegenzug hierzu sicherte sie ihm den Anspruch auf die von der Ehefrau geborenen Kinder. Aussereheliche Beziehungen zogen für den Mann – wenn überhaupt – nur Unterhaltsverpflichtungen gegenüber dem Kind nach sich. Damit aber entpuppt sich das scheinbare Modell der Unfreiheit als sein Gegenteil, nämlich die Freiheit

des Mannes, Verantwortung für das eigene Verhalten zu übernehmen: sprich Ehe, oder nicht: sprich Nicht-Ehe.

### 2. Entwicklungen

Viel hat sich inzwischen geändert. Motor für diese Veränderungen war natürlich nicht das Recht, sondern der insbesondere aus soziologischer Sicht vielfach beschriebene allgemeine Wertewandel in Bezug auf Ehe, Familie und sonstige Lebensgemeinschaften. Plakative Schlagworte für diesen Wandel sind Säkularisierung und Emanzipation. Säkularisierung in dem Sinne, dass die Institution der Ehe ihre das gesamte Familienrecht prägende Rolle eingebüsst hat; Emanzipation zunächst als zunehmende Gleichstellung von Frau und Mann, sodann als Herauswachsen des Kindes aus seiner Objektstellung hin zum Subjekt mit eigenen Bedürfnissen und Rechten. Weitere das Kindesrecht vorantreibende Impulse kamen nicht zuletzt auch von der modernen Medizin und Genetik.

Die Gesetzgeber – nicht allein der westlichen Industriestaaten – haben diesem Wertewandel und den damit verbundenen soziodemographischen Veränderungen mit grundlegenden Reformen des Familienrechts Rechnung getragen.

Den Beginn der Entwicklung machte in vielen Rechtsordnungen das Scheidungsrecht. In einigen Staaten – so Italien oder noch später Irland – musste Scheidung überhaupt erst ermöglicht werden. In den meisten Staaten ging es sodann darum, das Verschuldensprinzip abzuschaffen und der Dispositionsfreiheit der Ehegatten über den Fortbestand ihrer Ehe mehr Raum zu geben, bis hin zur offenen Anerkennung der reinen Konsensualscheidungs. Das materielle Recht wurde flankiert durch Veränderungen im Prozessrecht, vielfach gipfelnd in einer Administrativscheidungs. Auch im Scheidungsfolgenrecht wurden Verschuldensgesichtspunkte weitgehend zurück gedrängt. Dieses beginnt sich in den meisten Rechtsordnungen inzwischen zunehmend an der real gelebten Beziehung zu orientieren.

Auf einer zweiten Stufe ging es um das Eltern-Kind-Verhältnis. Vorrangige Reformaufgabe im Kindesrecht war die Gleichstellung von ehelichen und nichtehelichen Kindern, deren konsequente Durchsetzung allerdings in manchen Rechtsordnungen – wie insbesondere in der Schweiz – bis heute zu wünschen übrig lässt. Die grosse Zahl der durch Scheidung betroffenen und in sog. Patchwork-Familien lebenden Kinder erforderte ein Umdenken im Bereich der elterlichen Sorge und beim Umgangsrecht; stärkere Berücksichtigung kindlicher Bedürfnisse und Rechte zwang herkömmliche Abgrenzungen zwischen biologischer, rechtlicher und sozialer Elternschaft zu überdenken. Schlusspunkt und Auftakt zugleich war schliesslich die Anerkennung eigener Rechte des Kindes durch die UN-Kinderrechtskonvention.

Heute erleben wir international gerade die dritte grosse Reformphase, wo es um die Stellung von Lebensgemeinschaften ausserhalb der Ehe geht. Nachgerade eine Revolution hat sich im Bereich gleichgeschlechtlicher Lebensgemeinschaften vollzogen: War allein der Begriff Anfang der 1990er Jahre für eine seriöse Familienrechtlerin, einen seriösen Familienrechtler noch ein absolutes Tabu, so stellen heute immer mehr Staaten Gleichgeschlechtlichen ein weitgehend an die Ehe angenähertes Rechtsinstitut zur Verfügung; vielfach wurde inzwischen auch die Ehe für Gleichgeschlechtliche geöffnet. Und schon zeichnet sich die nächste Entwicklung am internationalen familienrechtlichen Reformhorizont ab: die generelle Gleichstellung von institutionalisierten und nicht institutionalisierten Lebensgemeinschaften, herkömmlich gesprochen von Ehen und nichtehelichen Lebensgemeinschaften, soweit es um die vermögensrechtlichen Konsequenzen nach Auflösung der Gemeinschaft geht.

## II. Aufgaben eines modernen Familienrechts

Betrachtet man diese internationalen Entwicklungen des Familienrechts in den letzten Jahrzehnten, so wird deutlich, dass das Familienrecht einen fundamentalen Bedeutungswandel durchgemacht hat. Das ehemalige, wenngleich auch nicht offen ausgesprochene Ziel des Familienrechts, sowohl die Institution der Ehe als auch die ehemännliche Vormachtstellung abzusichern, kann kaum mehr als legitime Grundlage rechtlicher Regelung in diesem Bereich angesehen werden. Vielmehr gilt es, vor dem Hintergrund des Wertewandels und der veränderten soziodemographischen Entwicklungen die Aufgaben des Familienrechts neu zu definieren. Jenseits aller Unterschiede im Detail können aufgrund der Rechtsvergleichung drei Prinzipien herausgeschält werden, die bei entsprechender Fortschreibung als Grundpfeiler für ein in sich konsistentes Familienrecht für das 21. Jahrhundert dienen könnten.

### 1. Prinzip der Nichteinmischung

Das erste Prinzip ist das der Nichteinmischung in private Lebensbereiche. Wo immer Menschen in der Lage sind, ihre persönlichen Angelegenheiten selbst zu regeln und Probleme auch unter Beachtung des Kindeswohls zu lösen, hat das Recht sich in diese Beziehungen nicht einzumischen. Es kann nicht die Aufgabe eines säkularisierten Familienrechts sein, den Bürgerinnen und Bürgern bestimmte Lebensformen vorzuschreiben, und sei es nur dadurch, dass die eine, d.h. die Ehe, gegenüber den anderen privilegiert wird. Allein dies entspricht der in so vielen anderen Bereichen des Privatrechts fest verankerten Parteiautonomie und Vertragsfreiheit.

### 2. Einfordern von Verantwortung

Wie in anderen Bereichen des Privatrechts hat das Familienrecht aber dann auf den Plan zu treten, wo einverständliche Regelungen nicht mehr möglich sind, wo die Parteien an die Grenzen ihrer eigenen Fähigkeiten und Möglichkeiten zur Konfliktbewältigung stossen. Hier muss das zweite Prinzip eingreifen. Es gilt, Verantwortung für gelebte Wirklichkeit jenseits von rechtlichen Hülsen einzufordern. Es kann nicht angehen, dass – anders als in anderen Bereichen des Privatrechts – ein Partner sich von den Konsequenzen seines eigenen Verhaltens einfach dadurch gewissermassen freizeichnet, dass er eine Ehe nicht eingeht. Es ist an der Zeit, dass auch das Familienrecht so grundlegenden Rechtssätzen wie dem Verbot des *venire contra factum proprium* Nachachtung verschafft.

### 3. Vorrang des Kindeswohls

Schliesslich ist als drittes, auch die ersten beiden Grundsätze überlagerndes Prinzip der Vorrang des Kindeswohls zu beachten. Familienrecht hat den Schutz der nachwachsenden Generation sicher zu stellen, wo dieser nicht durch die hierfür primär zuständigen erwachsenen Personen gewährleistet erscheint. Dies betrifft zuvorderst die Beziehungen zwischen Eltern und Kindern, wo Interessen der Eltern unter Umständen hinter denen des Kindes zurück zu stehen haben. 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 Partnerschaften geht.

## III. Ausgestaltung eines modernen Familienrechts

Wie könnten nun die Grundlinien eines Familienrechts, das auf diesen drei Prinzipien, also Nichteinmischung, Verantwortungsprinzip und Vorrang des Kindeswohls, aufbaut, aussehen? Entsprechend der gängigen Einteilung – herkömmlich: Eherecht und Kindesrecht – möchte ich im Folgenden zwischen dem Recht der Partnerschaften und jenem zwischen Eltern und Kindern differenzieren.

### 1. Partnerschaften

Lassen Sie mich mit den Partnerschaften beginnen.

#### a) Gleichstellung von Lebensgemeinschaften

Entsprechend den beiden Grundprinzipien Nichteinmischung und Verantwortung kann es kaum zweifelhaft sein, dass ein modernes Familienrecht Rechtsfolgen statusunabhängig anknüpfen muss. Dementsprechend werden bereits heute in eini-

gen Rechtsordnungen, wie insbesondere in Kanada, Australien und Neuseeland, Ehen und nichteheliche Lebensgemeinschaften bezüglich zentraler Rechtsfolgen gleich behandelt, vor allem, wo es um die finanziellen Folgen der Auflösung von Partnerschaften geht. In England wird derzeit an einem entsprechenden Gesetz gearbeitet; in anderen Rechtsordnungen hat die Rechtsprechung Abhilfe geschaffen.

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

Was die erste Frage betrifft, so müsste man aus rein logischen Überlegungen heraus eigentlich auf eine rechtliche Regelung der Ehe verzichten, wenn aus ihr – vielleicht abgesehen von der Möglichkeit, einen gemeinsamen Ehenamen zu wählen – keine besonderen privatrechtlichen Konsequenzen mehr abgeleitet werden. So weit ist bislang freilich kein nationaler Gesetzgeber gegangen. Und zwar zu Recht. Nach wie vor ist es vielen Menschen ein grosses Bedürfnis, ihrer Beziehung durch einen Rechtsakt und die dadurch erfolgte förmliche Anerkennung durch die staatliche Gemeinschaft ein besonderes Gewicht zu verleihen. Dies macht auch die Forderung vieler gleichgeschlechtlicher Paare nach einer Öffnung der Ehe deutlich. Gerade auch das Prinzip der Nichteinmischung gebietet es, diesem Bedürfnis Rechnung zu tragen und Personen, die dies wünschen, das Institut der Ehe als Rechtsinstitut weiterhin bereit zu halten.

Was die zweite Frage, nämlich jene der Gleichstellung von nichtehelichen Lebensgemeinschaften mit Ehen angeht, so muss als entscheidend auch hier die gegenseitige Übernahme von Verantwortung und ein darauf gegründetes berechtigtes Vertrauen angesehen werden, wie es bei Ehen ab dem Zeitpunkt ihrer Eingehung vermutet werden kann und darf. Hierfür ist grundsätzlich eine gewisse Beständigkeit erforderlich. Die meisten Rechtsordnungen verlangen insoweit eine Dauer der Beziehung von ca. zwei bis drei Jahren. Eine derartige Frist ist indes nicht erforderlich, wo die Gefahr besteht, dass ein Partner bereits zu einem früheren Zeitpunkt gravierende Nachteile erlitten hat, sei es dass ein gemeinsames Kind vorhanden ist oder ein Partner erhebliche Beiträge zugunsten des anderen Partners oder der Gemeinschaft geleistet hat.

Dass die Bestimmung der Permanenz einer Beziehung eine von der Rechtsprechung durchaus zu bewältigende Aufgabe darstellt, zeigt insbesondere die Erfahrung in Neuseeland. Den Gerichten wird hier ein weites Ermessen eingeräumt, indem sie auf eine ganze Reihe von Kriterien zur Bestimmung, ob eine rechtsrelevante Partnerschaft anzunehmen ist, verwiesen werden. Hierzu gehören neben der Dauer der Beziehung 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.

#### b) Regelung der Ehe

Hält man am Rechtsinstitut der Ehe fest, so ergeben sich in einem modernen Familienrecht auch insoweit eine Reihe von Änderungen namentlich im Vergleich zu vielen in den Rechtsordnungen des deutschen Rechtskreises vorgefundenen Lösungen.

Aus dem Prinzip der Nichteinmischung ist zunächst die Öffnung der Ehe für Gleichgeschlechtliche abzuleiten, wie dies 2001 zuerst in den Niederlanden, inzwischen aber auch in Belgien, Spanien, Schweden, Kanada, Südafrika und einzelnen US-Bundesstaaten erfolgt ist und in vielen weiteren Staaten derzeit diskutiert wird. Gleichzeitig bedingt das Prinzip der Nichteinmischung ein weitgehendes Zurückfahren von Ehehindernissen, wie es in praktisch allen Rechtsordnungen in den letzten Jahrzehnten zu verzeichnen war. Nur an gewissen Ehehindernissen, die allen Rechtsordnungen des westlichen Kulturkreises gemeinsam sind, wird man festhalten wollen, wie insbesondere den Verboten der Kinderehe und der inzestuösen Verbindung. Hier geht das Prinzip des Vorrangs des Kindeswohls jenem der Nichteinmischung vor. Abzusehen ist allerdings, dass nicht zuletzt im Zuge vermehrter Diskussion von Inter- und Transkulturalität das Verbot der Mehrfachehe eines Tages verhandelbar werden wird, sind doch schon immer faktische Mehrbeziehungen auch bei uns Realität und jedenfalls die konsekutive Polygamie rechtlich anerkannt.

Weitere Änderungen ergeben sich auch im Bereich der Scheidung. 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. Das Scheitern der Beziehung – ob gerichtlich festgestellt oder nach einer gewissen Zeit der Trennung vermutet – ist dafür nicht Voraussetzung. Allein der Wille, die Ehe nicht fortsetzen zu wollen, ist entscheidend. Dies gilt nicht nur bei Einverständnis der Ehegatten, sondern auch bei einem einseitigen Scheidungsbegehren. Aus dem Verantwortungsprinzip kann nicht ein Zwang zur Aufrechterhaltung einer leeren Hülle abgeleitet werden; ihm ist im Rahmen der Folgen der Auflösung von Partnerschaften Rechnung zu tragen. Allenfalls wird man in Fällen, in denen keine Einigung der Ehegatten über die Scheidung oder die Scheidungsfolgen besteht oder wo minderjährige Kinder betroffen sind, wie im schwedischen Recht eine gewisse Überlegungsfrist befürworten können.

Ein derart verändertes materielles Scheidungsrecht zieht auch prozessuale Konsequenzen nach sich. Verabschiedet man sich vom Institutionenschutz, muss die Frage beantwortet werden, warum Ehen vor einer Verwaltungsbehörde ge-

geschlossen, aber nur von einem Gericht geschieden werden können. Die Antwort kann nur darin gefunden werden, dass ein Gerichtsverfahren bereit stehen sollte, wo potentielle Schutzbedürfnisse anderweitig nicht befriedigt werden können. Dementsprechend sehen inzwischen viele Rechtsordnungen in Fällen, in denen 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.

### c) Finanzielle Folgen der Auflösung von Partnerschaften

Neben Regelungen zum vorläufigen Rechtsschutz bei nicht anders lösbaren Konflikten – namentlich Gewalt –, auf die ich aus Zeitgründen nicht näher eingehen kann, ist Kernstück eines Ehe- wie auch weitergehend eines Partnerschaftsrechts die Regelung der finanziellen Folgen bei Auflösung der Gemeinschaft. Vom Ausgangspunkt her unterscheiden sich hier die jeweiligen Rechtsordnungen nicht unerheblich.

#### aa) Ausgangslage

Für den Fall der Scheidung einer Ehe sehen die meisten Rechtsordnungen namentlich der kontinentalen Rechtskreise heute drei fein säuberlich getrennte Ausgleichssysteme vor: Güterrecht, nahehehlicher Unterhalt und vielfach – obgleich noch nicht überall verankert – Ausgleich von Versorgungsanwartschaften. Jeder Ausgleichsmechanismus unterliegt dabei seinen eigenen Voraussetzungen und Modalitäten. Die dabei feststellbaren Unterschiede und Brüche sind oft nur auf historische Zufälligkeiten und zeitlich versetzte Reformen zurück zu führen und lassen sich meist nicht rational begründen. Widersprüche finden sich z.B. bei der Frage, ob Verschulden für den Ausgleich eine Rolle spielt, ob und wann ein bestimmter Ausgleichsmechanismus einer Vereinbarung durch die Parteien zugänglich ist, wie der Ausgleich durchzuführen ist, ob Geldleistungen als einmalige Abfindung oder periodisch geschuldet sind, ob eine spätere Abänderung aufgrund veränderter Umstände möglich ist, oder welchen Einfluss eine spätere Eheschließung, Eingehung einer eingetragenen Partnerschaft oder Aufnahme einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft auf den Ausgleichsanspruch hat.

Von diesen oftmals verwirrenden Systemen heben sich das englische Recht und die mit ihm eng verbundenen Rechtsordnungen Australiens und Neuseelands durch wohl tuende Schlichtheit ab. Das englische Recht kannte und kennt kein Ehegüterrecht. Anfänglich versuchte man dort, auf sachen- und obligationenrechtliche Institute zu rekurrieren, um einen Ausgleich bei Scheidung zu ermöglichen. Heute sieht das englische – wie auch das australische und neuseeländische – Recht von Gesetzes wegen die Möglichkeit eines generellen finanziellen Ausgleichs bei Ehescheidung vor, der von einem weiten Ermessen des Gerichts geprägt ist.

Ausgleich nach Auflösung nichtehelicher Lebensgemeinschaften wird heute in nach wie vor statusorientierten Rechtsordnungen allenfalls über sachen- und obligationenrechtliche Instrumente gewährt, was häufig auf Nicht-Ausgleich hinaus läuft. In England war es allerdings gerade das Fehlen eines Ehegüterrechts, das der Rechtsprechung schon früh eine Annäherung von Ehen und nichtehelichen Lebensgemeinschaften ermöglichte. Seit 31. Juli 2007 liegt nun ein Vorschlag der Law Commission zur Regelung der finanziellen Folgen der Auflösung von nichtehelichen Gemeinschaften vor. Echte Gleichstellung beim Vermögensausgleich aufgrund Gesetzes findet sich seit längerem bereits in Neuseeland sowie in einigen australischen und kanadischen Provinzen und Territorien.

Eine Gesamtlösung „Vermögensausgleich nach Auflösung von Partnerschaften“ erscheint nach alledem die Wahl der Zukunft. Damit werden nicht begründbare Widersprüche und Ungereimtheiten vermieden und ein Instrumentarium geschaffen, das genügend Flexibilität besitzt, um der Pluralität der Lebensformen und den Besonderheiten des Einzelfalls Rechnung zu tragen.

#### bb) Ausgleich partnerschaftsbedingter Vor- und Nachteile

Entscheidend ist nun freilich, welche Wertungen und Grundprinzipien einem nachpartnerschaftlichen finanziellen Ausgleich zugrunde gelegt werden. Betrachtet man die verschiedenen bestehenden Ausgleichssysteme, so bietet sich wiederum ein ausgesprochen buntes Bild.

Güterrecht und Vorsorgeausgleich basieren heute in vielen Rechtsordnungen auf einem Halbteilungsgrundsatz; man geht davon aus, dass ehezeitlich erworbene Vermögensvorteile auf beider Partner Anstrengungen zurück zu führen und deshalb bei Beendigung der Beziehung hälftig zu teilen sind. Dieses Modell knüpft allerdings einseitig an die tradierte Hausfrauenehe an und kann deshalb aufgrund seines Schematismus heute nicht mehr befriedigen. Auch ein wie immer gearteter Vergemeinschaftungsgedanke zur Rechtfertigung der hälftigen Teilung entspräche nicht dem Verantwortungsprinzip.

Im Bereich des nahehehlichen Unterhalts finden sich zahllose, einander häufig widersprechende Begründungsansätze. Viel ist hier von Bedürftigkeit, nahehehlicher Solidarität, aber auch von clean break die Rede. In letzter Zeit bricht sich allerdings in vielen Rechtsordnungen zunehmend der Gedanke Bahn, dass nahehehlicher wie insbesondere auch nachpartnerschaftlicher Unterhalt zum Ziel hat, ehe- bzw. partnerschaftsbedingte Nachteile auszugleichen.

Dieser Gedanke lässt sich verallgemeinern. Das Verantwortungsprinzip gebietet, dass Partner in Lebensgemeinschaften – nicht anders als beispielsweise die Gesellschafter einer Personengesellschaft – Gewinne und Verluste des gemeinsamen „Unternehmens Partnerschaft“ hälftig zu teilen und zu tragen haben. M.a.W.: Bei Auflösung einer Partnerschaft sind partnerschaftsbedingte Vor- und Nachteile durch finanziellen Ausgleich zu bereinigen. Nicht partnerschaftsbedingte Vor- und

Nachteile verbleiben dort, wo sie anfallen; ein Ausgleich findet nicht statt. Auch dies ist Ausfluss des Verantwortungsprinzips. Ein Partner kann nicht dafür verantwortlich gemacht werden, dass der andere aufgrund nicht partnerschaftsbedingter Umstände, wie z.B. Krankheit oder Arbeitsmarktlage, nicht in der Lage ist, für seinen eigenen Lebensunterhalt aufzukommen. Allenfalls nach langer Partnerschaft mag man hier für eine klar umgrenzte Übergangszeit eine Leistungsverpflichtung seitens des finanziell stärkeren Partners zugunsten des bedürftigen postulieren, damit letzterer Gelegenheit erhält, seine Lebensführung an die veränderten Umstände anzupassen.

Ob und welche Vor- und Nachteile partnerschaftsbedingt sind, ist anhand der jeweiligen Aufgabenteilung in der Partnerschaft zu bestimmen. Sorgt ein Partner für gemeinsame Kinder, den Haushalt, den anderen Partner oder im Interesse des anderen für dritte Personen, arbeitet er im Beruf oder Gewerbe des anderen mit und verzichtet deshalb auf eigene Erwerbstätigkeit, so resultieren daraus regelmässig partnerschaftsbedingte Nachteile auf der einen, und dementsprechende Vorteile auf der anderen Seite. Der diese Aufgaben wahrnehmende Partner erfüllt damit eine gemeinsame, bzw. sogar eine Pflicht des anderen Partners und entlastet diesen. Das Verantwortungsprinzip gebietet die Aufteilung der daraus resultierenden Konsequenzen.

Was die Aufteilungsquote betrifft, so ist grundsätzlich von hälftiger Teilung auszugehen. Dies entspricht inzwischen der Lösung der meisten Rechtsordnungen sowohl im Güter- als auch im Unterhaltsrecht. Im Sinne grösstmöglicher Flexibilität wäre jedoch den Gerichten ein Kriterienkatalog – ähnlich wie in vielen Rechtsordnungen des Common Law – an die Hand zu geben, mit Hilfe dessen eine abweichende Aufteilung im Einzelfall begründet werden kann.

#### cc) Art und Weise des Ausgleichs

Neben dem Ob des Ausgleichs und der möglichen Aufteilungsquote muss über die Art und Weise des Ausgleichs nachgedacht werden. Jene Rechtsordnungen, die zwischen Güterrecht und allenfalls Vorsorgeausgleich auf der einen und Unterhalt auf der anderen Seite unterscheiden, sehen auch bei der Art und Weise des Ausgleichs eine strikte Kompartimentierung vor. Defizite in einem Bereich können grundsätzlich nicht durch eine Überkompensation in einem anderen Bereich ausgeglichen werden. Hier bieten wiederum verschiedene Rechtsordnungen des Common Law eine überlegene Lösung an. Auch was die Art und Weise des Ausgleichs betrifft, wird dem Gericht ein weites Ermessen eingeräumt; Eigentum kann von einem auf den anderen Partner übertragen werden, und zwar selbst solches, das schon vor Beginn der Partnerschaft erworben oder beispielsweise während der Beziehung ererbt wurde. Solche Möglichkeiten erlauben einerseits, in vielen Fällen den Ausgleich unmittelbar zu vollziehen, d.h. einen clean break her-

beizuführen, andererseits kann in einem solchen System leichter eine unsinnige Zerstörung wirtschaftlicher Werte verhindert werden.

Gegner eines Systems, das dem Gericht auf allen Stufen des finanziellen Ausgleichs ein derart weites Ermessen einräumt, mögen einwenden, die rechtssoziologische Forschung belege, dass vage Rechtsregeln den wirtschaftlich Stärkeren bevorzugen, während sich eindeutige Regeln, womöglich mathematische Formeln zugunsten des wirtschaftlich Schwächeren auswirken. So zutreffend dieser Gedanke sein mag, es wird dabei übersehen, dass im Bereich des finanziellen Ausgleichs oft keine genauen Zahlen vorliegen, mit denen man operieren kann. Wie soll der genaue Wert eines Gegenstandes vor fünfzehn Jahren ermittelt werden, wie das wahre Einkommen eines Selbstständigen, wie die Einkommensmöglichkeiten einer Person fünf Jahre nach der Entscheidung über den finanziellen Ausgleich, wenn sie wieder in das Erwerbsleben eintreten kann? Eine Berechnung aber, die nur auf grob geschätzten Zahlen basiert, wird nicht dadurch genauer, weil sie – wie die nach Schweizer Recht erforderliche Berechnung der Mehrwertbeteiligung – umfangreiche mathematische Operationen erfordert. Allein Methodenehrlichkeit gebietet hier, sich zum Ermessen des Gerichts zu bekennen und diesem auch die Verantwortung dafür zu übertragen.

## 2. Kindesrecht

Lassen Sie mich zum zweiten Teil kommen: der möglichen rechtlichen Ausgestaltung der Eltern-Kind-Beziehung unter Berücksichtigung der Prinzipien Nichteinmischung, Verantwortung und Vorrang des Kindeswohls.

### a) Allgemeine Fragen

Es dürfte heute nicht mehr fraglich sein, dass dem Status von ehelicher oder nichtehelicher Geburt im Kindschaftsrecht keine Bedeutung mehr zukommen kann. Allein dies entspricht den Vorgaben der UN-Kinderrechtskonvention und wurde auch in den einzelstaatlichen Rechtsordnungen bis auf wenige Ausnahmen in den letzten fünfzehn Jahren weitgehend verwirklicht.

Gerade in jüngster Zeit sind indes auf rechtsvergleichender Ebene schwierige Spannungen zwischen rechtlicher, genetischer und sozialer Elternschaft zu verzeichnen. Es geht einmal um die Frage, wie rechtliche Elternschaft überhaupt anzuknüpfen ist, und sodann darum, welche Bedeutung rechtlicher Elternschaft im Verhältnis zu sozialer und auch genetischer Elternschaft zukommen soll. Akzentuiert werden diese Fragestellungen vor allem auch in Zusammenhang mit der modernen Fortpflanzungsmedizin.

## b) Rechtliche Elternschaft

## aa) Ausgangslage

Bis vor kurzem konnte zur Bestimmung der rechtlichen Elternschaft in vielen Rechtsordnungen relativ unangefochten auf zwei zentrale Grundsätze zurückgegriffen werden, nämlich einerseits *mater semper certa est* und *pater est quem nuptiae demonstrant*. Damit waren die Geburtsmutter und deren Ehemann die rechtlichen Eltern des ehelich geborenen Kindes. Beide Rechtsparömien sind indes in jüngster 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 die Geburtsmutter nicht die genetische Mutter des Kindes ist. Gleichwohl knüpfen alle Rechtsordnungen – von der teilweise zulässigen anonymen Geburt abgesehen – Mutterschaft nach wie vor grundsätzlich an die Geburt an. In einzelnen Rechtsordnungen ist allerdings eine Änderung durch Übereinkunft aller Beteiligten möglich, so dass Mutterschaft entsprechend dem Willen der Beteiligten disponibel wird.

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 höchst unwahrscheinlich ist. Andererseits wurde sie teilweise ausgedehnt auf nichteheliche Partner bis hin zur gleichgeschlechtlichen Partnerin, die der heterologen Insemination ihrer Partnerin zustimmt.

## bb) Intentionale Elternschaft

Angesichts dieser Entwicklungen ist zu diskutieren, ob an der *pater est*-Regel überhaupt noch fest gehalten werden kann. Die Gründe, die für diese Regel sprachen, 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 heute nicht mehr. Zudem bewirkt die *pater est*-Regel selbst eine Ungleichbehandlung von ehelichen und nichtehelichen Kindern, die kaum mehr akzeptiert werden kann.

Schreibt man die aufgezeigten Entwicklungen konsequent fort, so führt dies zu einem Modell rechtlicher Elternschaft, das ich als intentionale Elternschaft bezeichnen möchte. Danach wäre die Person rechtlicher Elternteil, die mit Zustimmung der Geburtsmutter intentionale Elternschaft für das Kind übernimmt. Eine derartige intentionale Elternschaft ist 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.

Das Modell intentionaler Elternschaft verwirklicht zudem die drei zentralen Prinzipien, d.h. Nichteinmischung, Verantwortung und Kindeswohl, in optimaler Weise; es darf davon ausgegangen werden, dass es dem Kindeswohl am besten dient, wenn Menschen gemeinsam willentlich Verantwortung für ein Kind übernehmen. Dabei wird man auch von der Vorstellung, dass ein Kind nur zwei rechtliche Eltern haben kann, Abstand nehmen müssen. Schon im Jahre 2006 hat etwa der kanadische Supreme Court entschieden, dass bei entsprechendem Wunsch drei Personen die rechtliche Elternstellung für ein Kind einnehmen können: Die genetische Mutter, deren Partnerin sowie der genetische Vater.

Soll ein genetischer Elternteil, der willens ist, Verantwortung für das Kind zu übernehmen, allerdings von der rechtlichen Elternschaft aufgrund Entscheidung der Kindesmutter ausgeschlossen werden können, so muss es ihm ermöglicht werden, die intentionale Elternschaft anzufechten und seinerseits rechtliche Elternschaft zu erlangen. Dies entspricht der zunehmenden Bereitschaft in vielen Rechtsordnungen, dem genetischen Vater ein Anfechtungsrecht auch im Verhältnis zum Ehemann der Mutter einzuräumen. Ein solches Anfechtungsrecht ist allerdings wiederum dem Primat des Kindeswohls unterzuordnen, der es gebietet, das Kind vor einem Abbruch gewachsener emotionaler Bindungen zu schützen. Das Anfechtungsrecht müsste deshalb auf eine kurze Frist nach der Geburt des Kindes, bzw. auf Fälle begrenzt werden, in denen keine gelebte Eltern-Kind-Beziehung zu dem intentionalen Elternteil (mehr) besteht.

## cc) Adoption

Die Abkehr vom Status der Ehe als Anknüpfungspunkt im Familienrecht zieht auch grundlegende Veränderungen im Bereich der Adoption nach sich.

Die meisten Rechtsordnungen sehen heute neben der Einzeladoption nur die gemeinsame Adoption durch ein Ehepaar vor. Auch hier beschreiten einige Rechtsordnungen des angloamerikanischen Rechtskreises schon seit geraumer Zeit andere Wege. Wenig bekannt ist, dass in vielen US-Bundesstaaten, die sich bekanntlich sehr schwer damit tun, Gleichgeschlechtlichen ein eigenes Rechtsinstitut zur Verfügung zu stellen, geschweige denn die Ehe für sie öffnen, eine gemeinsame Adoption durch zwei Personen des gleichen Geschlechts von der Rechtsprechung durchaus zugelassen wird. Die moderne Tendenz geht heute eindeutig dahin, gemeinsame Adoption durch zwei Personen unabhängig von Ehe oder sonstiger Institutionalisierung, Zusammenleben und sexueller Orientierung zuzulassen. Dies wiederum entspricht dem Konzept intentionaler Elternschaft.

Als Sonderfall der Einzeladoption kennen die meisten Rechtsordnungen die Stiefkindadoption. Indes wird die Stiefkindadoption in letzter Zeit zunehmend skeptisch betrachtet. Abgesehen davon, dass sie nur Ehepartnern und in jüngerer Zeit in vielen Rechtsordnungen eingetragenen Partnern offen steht und deshalb statusorientiert ist, ist problematisch, dass mit der Stiefkindadoption einerseits die

rechtlichen Bande zum ursprünglichen Elternteil gekappt werden und andererseits Stieffamilien ein noch höheres Scheidungsrisiko aufweisen als Ursprungsfamilien. Darüber hinaus sind Patchwork-Familien in den heutigen Gesellschaften beileibe keine Ausnahme mehr, so dass das Bedürfnis, nach aussen hin als „normale“ Familie erscheinen zu wollen, keinen Schutz verdient. Den berechtigten Interessen von Stiefkindern und -eltern, ihre gelebte Beziehung rechtlich abzusichern, muss auf andere Art und Weise Rechnung getragen werden, vor allem bei der Regelung der elterlichen Sorge und dem Recht auf Umgang. Wo schliesslich bei gleichgeschlechtlichen Paaren die Stiefkindadoption in neuerer Zeit dazu dient, der Partnerin oder dem Partner originäre rechtliche Elternschaft zu verschaffen, sind die intentionale Elternschaft und die gemeinsame Adoption die sachgemesseneren Lösungen.

#### c) Elterliche Verantwortung

Auch der Bereich der elterlichen Sorge, wobei heute international eher von elterlicher Verantwortung gesprochen wird, war in den letzten Jahrzehnten grundlegendem Wandel unterworfen.

Die Abkehr von statusorientiertem Denken kann hier ebenfalls deutlich beobachtet werden. Während früher elterliche Gewalt grundsätzlich an die Ehe der Eltern gebunden war, wurde der Kreis der Inhaber der elterlichen Gewalt bzw. dann Sorge immer weiter ausgedehnt. Nach der Mutter des nichtehelichen Kindes als Inhaberin der elterlichen Sorge folgte die gemeinsame elterliche Sorge nach Scheidung und die gemeinsame elterliche Sorge nicht verheirateter Eltern, heute beides in vielen Rechtsordnungen – anders als in der Schweiz – auch gegen den Willen eines Elternteils möglich und zur Regel geworden.

Inzwischen ist es auch durchaus keine Seltenheit mehr, dass Rechtsordnungen die Möglichkeit der Übertragung der elterlichen Verantwortung auf Dritte, d.h. auf Stief- und Pflegeeltern, vorsehen. Während teilweise insoweit noch ein Zwei-Personen-Modell, gewissermassen eine Imitation der Kernfamilie postuliert wird, gibt es bereits Rechtsordnungen, die keine Schwierigkeiten damit bekunden, auch mehr als zwei Personen elterliche Verantwortung einzuräumen und damit die Realität, in der viele Kinder in Patchwork-Familien leben, anzuerkennen. In diesen Systemen ist es auch ohne weiteres möglich, dass nach Auflösung der Patchwork-Familie das Kind beim Stiefelternteil verbleibt, soweit dies dem Kindeswohl entspricht.

Auch im Bereich der elterlichen Verantwortung wird damit das Ineingreifen der Prinzipien Nichteinmischung, Verantwortung und Kindeswohl besonders deutlich.

#### d) Kindesunterhalt und Verwandtenunterstützung

Als letztes sei kurz auf Fragen und Entwicklungen im Bereich des Kindesunterhalts und der Verwandtenunterstützung eingegangen. Hier bestehen erhebliche Divergenzen zwischen zwei Gruppen von Rechtsordnungen: Während einige kontinentale Rechtsordnungen von wechselseitigen Unterhaltspflichten zwischen Verwandten in gerader Linie ausgehen, beschränken namentlich die Rechtsordnungen des Common Law aber auch die skandinavischen Rechtsordnungen die Unterhaltspflicht auf jene der Eltern gegenüber ihren minderjährigen Kindern. Erst mit zunehmender Scheidungshäufigkeit ist dort ein grundsätzlich zeitlich eng limitierter Ausbildungsunterhalt hinzugetreten.

Es kann kaum fraglich sein, dass allein das letztere Modell einem auf dem Verantwortungsprinzip aufbauenden modernen Familienrecht entspricht. Verantwortung der Eltern endet spätestens mit abgeschlossener Ausbildung; danach beginnt Eigenverantwortung allenfalls ergänzt durch Mitübernahme von Verantwortung durch die Gemeinschaft. Auch eine rechtliche Unterstützungspflicht der Kinder gegenüber ihren Eltern hat in einem System, das auf Verantwortung für eigenes Verhalten aufbaut, keinen Platz.

Die konsequente Anwendung des Verantwortungsprinzips führt indes beim Kindesunterhalt selbst zu einer Ausweitung der Unterhaltspflicht, wie sie heute bereits im englischen Recht anerkannt ist. Zu den elementaren Bedürfnissen des Kleinkindes gehört auch die persönliche Betreuung durch eine Bezugsperson, unabhängig davon, ob die Eltern miteinander verheiratet sind oder nicht. Diese Kosten – der sog. Betreuungsunterhalt für diese Person – sind als Teil des Kindesunterhalts zu begreifen. Dieser hat richtiger Weise mit nachpartnerschaftlichem Unterhalt nichts zu tun.

An weitere Ausweitungen der Unterhaltspflicht aufgrund des Verantwortungsprinzips muss in Zusammenhang mit der Möglichkeit der Übertragung der elterlichen Verantwortung auf Dritte gedacht werden. Elterliche Verantwortung dritter Personen sollte an eine Unterhaltspflicht gekoppelt werden, wie dies in einer Reihe von Rechtsordnungen auch schon der Fall ist.

### IV. Schlussbetrachtung

Die aufgezeigten Grundlinien eines modernen Familienrechts mögen manchen als revolutionär erscheinen. Dabei darf jedoch nicht aus den Augen verloren werden, dass das Familienrecht der Rechtsordnungen des deutschen Rechtskreises in weiten Bereichen noch das Gedankengut des ausgehenden neunzehnten Jahrhunderts atmet, obwohl sich Gesellschaft und Familien seither nicht unwesentlich verändert haben. Betrachtet man die internationale Entwicklung im Familienrecht, so zeigt sich, dass die Schweiz, Deutschland und Österreich einander abwechselnd

das Schlusslicht in die Hand geben und anderen Rechtsordnungen oft um Jahrzehnte hinterher hinken. Den Gründen hierfür nachzugehen, würde Stoff für einen weiteren Vortrag bieten.

Vorurteilsfreie, an Sachfragen orientierte familienrechtliche Regelungen finden sich heute namentlich in England, Kanada, Australien und Neuseeland, Skandinavien, vereinzelt auch in der Rechtsprechung einzelner US-amerikanischer Bundesstaaten. Nicht verwunderlich ist, dass insbesondere in England und Australien auch die Rechtstatsachen- und Evaluationsforschung im Familienrecht einen breiten Raum einnimmt.

Das hier vorgestellte Modell eines Familienrechts für das 21. Jahrhundert versucht, bisher nur punktuell vorhandene Ansätze in verschiedenen Rechtsordnungen zusammen zu führen, daraus einheitliche Grundsätze abzuleiten, um diese schliesslich zu einem neuen Ganzen zu verschmelzen. Sicher ist an eine Umsetzung dieser Gedanken in der Schweiz, aber auch in Deutschland und Österreich, nicht in aller nächster Zukunft zu denken. Aber wer hat denn in den 1980er Jahren die Entwicklungen der letzten zehn Jahre für möglich oder gar wahrscheinlich gehalten? Und das 21. Jahrhundert dauert ja schliesslich noch starke neunzig Jahre. Das macht zuversichtlich.

---

**Zusammenfassung:** *Ausgehend von den Aufgaben eines modernen Familienrechts (Prinzip der Nichteinmischung, Einfordern von Verantwortung und Vorrang des Kindeswohls) enthält der vorliegende Beitrag Grundlinien, wie ein modernes Familienrecht in den Bereichen Recht der Partnerschaften und Recht zwischen Eltern und Kinder ausgestaltet werden könnte.*

---