

AUS DER RECHTSPRECHUNG
DE LA JURISPRUDENCE
DALLA GIURISPRUDENZA

Nr. 25	BGer, 272.2008: Keine Verweigerung der Einbürgerung wegen Tragens eines Kopftuches	353
Nr. 26	BGer, 272.2008: Keine Verweigerung der Einbürgerung wegen Tragens eines Kopftuchs durch die Ehefrau	358
Nr. 27	AppGer BS, 6.12.2007: Keine Namensänderung nach Erwachsenenadoption	364
Nr. 28	BezGer Laufenburg, 6.11.2007: Rechtsöffnungsverfahren bei einem Rechtsöffnungstitel, der aus mehreren Dokumenten besteht	369
Nr. 29	BGer, 30.10.2007: Zumutbarkeit der Ausdehnung der Erwerbstätigkeit während der Trennungsfrist, Berücksichtigung von Spesenpauschalen in der Bedarfsberechnung	372
Nr. 30	BGer, 4.72007: Hypothetisches Einkommen, Zumutbarkeit eines Arbeitspensums von über 100%	373
Nr. 31	OGer LU, 71.2008: Bemessung des Unterhalts bei kurzer Ehedauer	378
Nr. 32	BGer, 8.1.2007: Güterrechtliche Qualifikation eines landwirtschaftlichen Gewerbes	380
Nr. 33	BGer, 4.2.2008: Art des Vorsorgeausgleichs, Ungültigkeit des ehevertraglichen Verzichts auf Vorsorgeleistungen, Dauer des Anspruchs auf Teilung der Ansprüche aus der beruflichen Vorsorge	384
Nr. 34	BGer, 19.10.2007: Unterhaltsberechnung bei lebensprägender Ehe (Bemerkungen: Sabine Aeschlimann)	392
Nr. 35	TF, 9.11.2007: Calcul de la prétention d'entretien, prise en considération de la charge fiscale	397
Nr. 36	OGer BE, 6.11.2007: Wiederaufnahme einer Erwerbstätigkeit, Zumutbarkeit (Bemerkungen: Thomas Geiser)	400
Nr. 37	BezGer Arlesheim, 16.10.2007: Bemessung des nachehelichen Unterhalts; Schadenersatz und Genugtuung	406
Nr. 38	TF, 28.1.2008: Obligation du juge de poser des questions au cas où les documents déterminants sont incomplets	411
Nr. 39	EUGH, 13.12.2007: Effets de l'adoption	412
Nr. 40	EUGH, 22.1.2008: Licéité de l'adoption d'un enfant par une personne homosexuelle (Bemerkungen: Ingeborg Schwenzer)	416
Nr. 41	TF, 19.12.2007: Exécution partielle du droit de visite en cas de déménagement du parent qui a le droit de garde	422
Nr. 42	BGer, 19.12.2007: Voraussetzungen des gemeinsamen Sorgerechts, Umfang des Besuchsrechts	424
Nr. 43	TF, 16.11.2007: Pas de droit de visite contre la volonté d'un enfant de douze ans	429
Nr. 44	OGer AG, 29.8.2007: Merkblatt für unverheiratete Väter und Mütter (OGer AG): Grundsatz der Alleinsorge bei unverheirateten Eltern	431
Nr. 45	BGer, 24.1.2008: Kindesanhörung im Verfahren über die Frage der Aufhebung der Beistandschaft	437
Nr. 46	BGer, 4.12.2007: Widersetzen des Kindes (Bemerkungen: Jonas Schweighauser)	439
Nr. 47	OGer LU, 3.12.2007: Urteilsfähigkeit eines Unmündigen betreffend Gesundheitsfragen	445
Nr. 48	TF, 28.1.2008: Audition de l'enfant, nomination d'un curateur de représentation pour l'enfant	449
Nr. 49	BGer, 21.11.2007: Konkretisierung «günstiger Verhältnisse»	452
Nr. 50	KGer BL, 24.3.2006: Kinderzulagen bei Anspruchskonkurrenz	459

AUFSÄTZE ARTICLES ARTICOLI

Margot Michel: Zwischen Autonomie und	
Parteilichkeit: Parteilichkeit und	
Parteilichkeit im Bereich mediativer	
Heilbehandlungen	
Monique Jametti-Greiner: Der neue internationale	
Kindesschutz in der Schweiz	
Thomas Geiser: Übersicht über die Rechtsprechung zum	
Vorsorgeausgleich	
Rach Bütz, Fredy Jäder: Erfahrungsaustausch im	
Familienrecht	

HERAUSGEBERINNEN

INGEBORG SCHWENZER
ANDREA BÜCHLER

Schriftleitung
Sabine Aeschlimann

Redaktionsmitglieder

Margareta Baddeley
Daniel Bähler
Richard Barbey
Katerina Baumann
Peter Breitschmid
Dieter Bürgin
Laura Cardia-Vonèche
Michelle Cottier
Jeanne DuBois
Joseph Duss-von Werdt
Emanuela Epiney-Colombo
Elisabeth Freivogel
Thomas Geiser
Urs Gloor
Marianne Hammer-Feldges
Monique Jametti Greiner
Margareta Lauterburg
Susanne Leuzinger-Naef
Peter Liatowitsch
Ueli Mäder
Andrea Maihofer
Niccolò Raselli
Alexandra Rumo-Jungo
Joachim Schreiner
Jonas Schweighauser
Daniel Steck
Thomas Sutter-Somm
Rolf Vetterli

DOKUMENTATION DOCUMENTATION DOCUMENTAZIONE

Mémoires - Communications - Comunicazioni
Literatur - Literature - Letteratura

RECHTSPRECHUNG JURISPRUDENCE GIURISPRUDENZA



RECHTSPRECHUNG – JURISPRUDENCE – GIURISPRUDENZA

Nr. 25	BGer, 27.2.2008: Keine Verweigerung der Einbürgerung wegen Tragens eines Kopftuches	353
Nr. 26	BGer, 27.2.2008: Keine Verweigerung der Einbürgerung wegen Tragens eines Kopftuchs durch die Ehefrau	358
Nr. 27	AppGer BS, 6.12.2007: Keine Namensänderung nach Erwachsenenadoption	364
Nr. 28	BezGer Laufenburg, 6.11.2007: Rechtsöffnungsverfahren bei einem Rechtsöffnungstitel, der aus mehreren Dokumenten besteht	369
Nr. 29	BGer, 30.10.2007: Zumutbarkeit der Ausdehnung der Erwerbstätigkeit während der Trennungsfrist, Berücksichtigung von Spesenpauschalen in der Bedarfsberechnung	372
Nr. 30	BGer, 4.7.2007: Hypothetisches Einkommen, Zumutbarkeit eines Arbeitspensums von über 100%	373
Nr. 31	OGer LU, 7.1.2008: Bemessung des Unterhalts bei kurzer Ehedauer	378
Nr. 32	BGer, 8.1.2007: Güterrechtliche Qualifikation eines landwirtschaftlichen Gewerbes	380
Nr. 33	BGer, 4.2.2008: Art des Vorsorgeausgleichs, Ungültigkeit des ehevertraglichen Verzichts auf Vorsorgeleistungen, Dauer des Anspruchs auf Teilung der Ansprüche aus der beruflichen Vorsorge	384
Nr. 34	BGer, 19.10.2007: Unterhaltsberechnung bei lebensprägender Ehe (<i>Bemerkungen: Sabine Aeschlimann</i>)	392
Nr. 35	TF, 9.11.2007: Calcul de la préention d'entretien, prise en considération de la charge fiscale	397
Nr. 36	OGer BE, 6.11.2007: Wiederaufnahme einer Erwerbstätigkeit, Zumutbarkeit (<i>Bemerkungen: Thomas Geiser</i>)	400
Nr. 37	BezGer Arlesheim, 16.10.2007: Bemessung des nahehelichen Unterhalts; Schadenersatz und Genugtuung	406
Nr. 38	TF, 28.1.2008: Obligation du juge de poser des questions au cas où les documents déterminants sont incomplets	411
Nr. 39	EUGH, 13.12.2007: Effets de l'adoption	412
Nr. 40	EUGH, 22.1.2008: Licéité de l'adoption d'un enfant par une personne homosexuelle (<i>Bemerkungen: Ingeborg Schwenzler</i>)	416
Nr. 41	TF, 19.12.2007: Exécution partielle du droit de visite en cas de déménagement du parent qui a le droit de garde	422
Nr. 42	BGer, 19.12.2007: Voraussetzungen des gemeinsamen Sorgerechts, Umfang des Besuchsrechts	424
Nr. 43	TF, 16.11.2007: Pas de droit de visite contre la volonté d'un enfant de douze ans	429
Nr. 44	OGer AG, 29.8.2007: Merkblatt für unverheiratete Väter und Mütter (OGer AG): Grundsatz der Alleinsorge bei unverheirateten Eltern	431
Nr. 45	BGer, 24.1.2008: Kindesanhörung im Verfahren über die Frage der Aufhebung der Beistandschaft	437
Nr. 46	BGer, 4.12.2007: Widersetzen des Kindes (<i>Bemerkungen: Jonas Schweighauser</i>)	439
Nr. 47	OGer LU, 3.12.2007: Urteilsfähigkeit eines Unmündigen betreffend Gesundheitsfragen	445
Nr. 48	TF, 28.1.2008: Audition de l'enfant, nomination d'un curateur de représentation pour l'enfant	449
Nr. 49	BGer, 21.11.2007: Konkretisierung «günstiger Verhältnisse»	452
Nr. 50	KGer BL, 24.3.2006: Kinderzulagen bei Anspruchskonkurrenz	459

Adressen – Adresses – Indirizzi

Lic. iur. Ruth Belz Rechtsanwältin, Mediatorin Kantonsgericht St. Gallen Klosterhof 1 9001 St. Gallen	Für die Übersetzungen: deutsch/französisch LT Lawtank GmbH Juristische Dienstleistungen – Legal Services – Services juridiques – Servizi giuridici Rue de Romont 18 Case postale 906 1701 Fribourg	
Lic. iur. Fredy Fässler Rechtsanwalt, Mediator Oberer Graben 42 9000 St. Gallen	französisch/deutsch Lic. iur. Karin Huber Sophie-Täuberstrasse 9 8050 Zürich	
Prof. Dr. iur. Thomas Geiser Ordinarius für Privat- und Handelsrecht Universität St. Gallen Rechtswissenschaftliche Abteilung Guisanstr. 1a 9010 St. Gallen	deutsch/italienisch, französisch/italienisch Avv. Igor Bernasconi Studio legale Bernasconi Via Berna 8 6904 Lugano	
Dr. iur. Monique Jametti Greiner Fürsprecherin, Vizedirektorin Bundesamt für Justiz Bundesrain 20 3003 Bern		
Lic. iur. Margot Michel Rechtswissenschaftliches Institut Universität Zürich Rämistrasse 74/6 8001 Zürich		
Die Richtlinien für Textbeiträge sind im Internet unter www.fampra.ch einzusehen.	Les lignes directrices pour les textes des collaborateurs extérieurs peuvent être consultées sur Internet à l'adresse www.fampra.ch	La direttiva per i testi dei collaboratori esterni può essere consultata su Internet all'indirizzo www.fampra.ch
Für unaufgefordert eingesandte Textbeiträge wird keine Verantwortung übernommen.	Nous n'assumons aucune responsabilité pour les textes envoyés spontanément.	Non si assume alcuna responsabilità per i testi inviati spontaneamente.

était nécessaire que la famille d'accueil d'un enfant à adopter soit composée «d'un couple mixte (homme et femme)».

87. Quant au recours systématique à l'absence de «référént paternel», la Cour n'en conteste pas l'intérêt, mais bien l'importance accordée par les autorités internes s'agissant d'une adoption par une personne célibataire. La légitimité de la prise en compte d'un tel élément ne saurait faire disparaître le caractère excessif de son utilisation dans les circonstances de l'espèce.

88. Ainsi, malgré les précautions de la cour administrative d'appel de Nancy, puis du Conseil d'Etat, pour justifier la prise en compte des «conditions de vie» de la requérante, force est de constater que les orientations sexuelles de cette dernière n'ont cessé d'être au centre du débat la concernant et qu'elles ont été omniprésentes à tous les niveaux des procédures administrative et juridictionnelle.

89. La Cour considère que la référence à l'homosexualité de la requérante était sinon explicite du moins implicite. L'influence de l'homosexualité déclarée de la requérante sur l'appréciation de sa demande est avérée et, compte tenu de ce qui précède, elle a revêtu un caractère décisif, menant à la décision de refus d'agrément en vue d'adopter.

90. La requérante a donc fait l'objet d'une différence de traitement dont il convient de vérifier le but et, si ce dernier était légitime, s'il existait une justification pour une telle différence.

91. La Cour rappelle en effet qu'une distinction est discriminatoire, au sens de l'article 14, si elle manque de justification objective et raisonnable, c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un «but légitime» ou s'il n'y a pas de «rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé». Lorsque l'orientation sexuelle est en jeu, il faut des raisons particulièrement graves et convaincantes pour justifier une différence de traitement s'agissant de droits tombant sous l'empire de l'article 8.

92. La Cour rappelle également à ce propos que la Convention est un instrument vivant, à interpréter à la lumière des conditions actuelles.

93. Or, de l'avis de la Cour, si les raisons avancées pour une telle distinction se rapportaient uniquement à des considérations sur l'orientation sexuelle de la requérante, la différence de traitement constituerait une discrimination au regard de la Convention.

94. La Cour rappelle que le droit français autorise l'adoption d'un enfant par un célibataire, ouvrant ainsi la voie à l'adoption par une personne célibataire homosexuelle, ce qui n'est pas contesté. Compte tenu de cette réalité du régime légal interne, elle considère que les raisons avancées par le Gouvernement ne sauraient être qualifiées de particulièrement graves et convaincantes pour justifier le refus d'agrément opposé à la requérante.

95. Elle note enfin que les dispositions pertinentes du code civil restent muettes quant à la nécessité d'un référent de l'autre sexe, cette dernière ne dépendant de

toute façon pas des orientations sexuelles du parent célibataire adoptif. En l'espèce qui plus est, la requérante présentait, pour reprendre les termes de l'arrêt du Conseil d'Etat, «des qualités humaines et éducatives certaines», ce qui servait assurément l'intérêt supérieur de l'enfant, notion clé des instruments internationaux pertinents.

96. Compte tenu de ce qui précède, force est donc de constater que les autorités internes ont, pour rejeter la demande d'agrément en vue d'adopter présentée par la requérante, opéré une distinction dictée par des considérations tenant à son orientation sexuelle, distinction qu'on ne saurait tolérer d'après la Convention.

97. En conséquence, compte tenu de ce qu'elle a indiqué au paragraphe 80 ci-dessus, la Cour estime que la décision litigieuse est incompatible avec les dispositions de l'article 14 combiné avec l'article 8.

98.–106. [...]

Bemerkungen zu Nrn. 39 und 40:

Mit den beiden vorstehenden Entscheiden treibt der EGMR einmal mehr die Entwicklung des Adoptionsrechts in den Mitgliedstaaten voran.

Der Entscheid Emonet u.a. / Schweiz vom Dezember 2007 stellt einen weiteren Meilenstein für den Schutz der faktischen Familie dar. Bereits in seinem Entscheid Wagner u.a. / Luxemburg vom 28. Juni 2007 hatte der EGMR festgestellt, dass die Verweigerung der Anerkennung einer im Ausland erfolgten Volladoption eines Kindes durch eine unverheiratete Frau, weil nach dem aus der Sicht des Anerkennungsstaates anwendbaren Recht die Volladoption nur Ehegatten gestattet war, einen Eingriff in das Recht der Annehmenden und des Kindes auf Achtung ihres Familienlebens nach Art. 8 EMRK darstelle. Im nunmehr gegen die Schweiz ergangenen Entscheid vom Dezember 2007 wird die in Art. 267 Abs. 2 ZGB enthaltene Regelung, wonach das bisherige Kindesverhältnis erlischt, für den Fall für konventionswidrig erklärt, dass zwischen den Beteiligten ein faktisches Familienleben besteht. Die nach Schweizer Recht nur für verheiratete Personen vorgesehene Stiefkindadoption unter Aufrechterhaltung des Kindesverhältnisses zum bisherigen Elternteil muss also auch in der faktischen Familie ermöglicht werden.

Von besonderer Bedeutung ist auch der zweite Entscheid des EGMR vom 22. Januar 2008 in Sachen E.B. / Frankreich. Noch in seinem Entscheid vom 26. Februar 2002 in Sachen Fretté / Frankreich (FamPra.ch 2002, 780 ff.) hatte der EGMR keinen Verstoß gegen Art. 8, 14 EMRK darin gesehen, dass einem Mann die Einzeladoption auf Grund seiner gleichgeschlechtlichen sexuellen Orientierung verweigert wurde, obwohl er von den zuständigen Behörden als grundsätzlich für eine Adoption geeignet betrachtet wurde. Im vorliegenden Fall hingegen sieht der EGMR in der Ablehnung des Adoptionsgesuchs einer gleichgeschlechtlich orientierten Frau eine unzulässige Diskriminierung und damit einen Verstoß gegen Art. 8, 14 EMRK.

Die Konsequenzen, die aus diesen beiden Entscheiden für die Schweiz zu ziehen sind, erscheinen eindeutig: Gleichgeschlechtlich orientierte Personen sind nicht nur zur

Einzeladoption zuzulassen, sondern ihnen muss auch die Möglichkeit der Stiefkindadoption eröffnet werden, und zwar gleichgültig, ob sie in eingetragener Partnerschaft oder lediglich in faktischer Familiengemeinschaft mit dem Kind zusammen leben. Die aus taktischen Gründen im Rahmen der Diskussion um die eingetragene Partnerschaft bislang ausgesparte Frage der Adoption muss nunmehr neu politisch diskutiert werden. Seit 19. März 2008 liegt dem Nationalrat auch bereits die Interpellation Mario Fehr (08.3157) zur «Aufhebung des Adoptionsverbots für Lesben und Schwule» vor. Der Schweizer Gesetzgeber hat nunmehr die Wahl, eigeninitiativ tätig oder von Strassburg entsprechend angewiesen zu werden.

Prof. Dr. Ingeborg Schwenzer, LL.M., Basel

3.4 Elterliche Sorge (inkl. Umgangsrecht) – Autorité parentale (y compris relations personnelles)

Nr. 41 Tribunal fédéral, II^e Cour civile
Arrêt du 19 décembre 2007 en la cause de X.
contre dame X. – 5A_547/2007

Art. 273 CC: Exécution partielle du droit de visite en cas de déménagement du parent qui a le droit de garde. Si le droit de visite ordonné par le juge ne peut pas être exécuté intégralement en raison du déménagement du parent qui a le droit de garde, il convient d'examiner si une exécution partielle est possible dans l'intérêt des enfants. Dans un tel cas, le refus de tout droit de visite est illicite.

Art. 273 ZGB: Teilweise Vollstreckung des Besuchsrechts bei Wegzug des sorgeberechtigten Elternteils. Ist das vom Sachgericht festgelegte Besuchsrecht infolge Wegzug des sorgeberechtigten Elternteils nicht vollständig vollstreckbar, muss geprüft werden, ob im Interesse der betroffenen Kinder eine teilweise Vollstreckung möglich ist. Die gänzliche Verweigerung der Vollstreckung ist in diesem Fall unzulässig.

Art. 273 CC: Esecuzione parziale del diritto di visita in caso di partenza del genitore affidatario. Nella misura in cui il diritto di visita fissato dal giudice del merito non possa essere esercitato appieno a seguito della partenza del genitore affidatario, occorre valutare se nell'interesse del figlio interessato sia possibile un'esecuzione parziale. Il rifiuto dell'esecuzione nel suo insieme è in questo caso illecita.

Considéranrs en droit:

1.–4. [...]

5.

A titre subsidiaire, le recourant demande l'exécution partielle de la décision de mesures protectrices limitée aux week-ends et aux vacances.

5.1 L'exécution d'un droit de visite relève de l'application du droit de procédure cantonal (ATF 118 II 392 consid. 4a). En l'occurrence, l'exécution de la décision de mesures protectrices, en tant qu'elle impose une obligation de faire relève de l'art. 355 du Code du 28 avril 1953 de procédure civile fribourgeoise (RSF 270.1) aux termes duquel le juge somme, à la requête de l'ayant droit, la partie condamnée de s'exécuter et lui impartit un délai convenable à cet effet (al. 1). Le titulaire du droit de visite doit exiger que les enfants lui soient confiés selon les modalités d'horaires et de durée fixées dans le jugement (ATF 118 II 392 consid. 4a). L'autorité d'exécution n'a pas la compétence de modifier, de compléter ou de suspendre durablement la réglementation arrêtée par le juge ou par l'autorité tutélaire (ATF 120 Ia 369 consid. 2; 111 II 313 consid. 4, 107 II 301 consid. 7). En cas de circonstances nouvelles qui rendent nécessaire une modification de la décision fixant le droit de visite, il appartient aux parties de saisir le juge du fond compétent. En revanche, une exécution partielle de la décision peut s'avérer nécessaire dans l'intérêt de l'enfant et pour autant que celle-ci soit réalisable au vu des circonstances nouvelles (cf. FRANK/STRÄULI/MESSMER, *Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung*, 3^e éd., 1997, n. 12 ad § 302; ZR 95/1996, n° 19; ZR 95/1996, n° 19).

5.2 En l'espèce, vu la distance entre le domicile des parents et l'âge des enfants qui sont toutes scolarisées, l'intérêt de celles-ci s'oppose manifestement à l'exécution du droit de visite de quatre jours successifs tel qu'ordonné dans la décision de mesures protectrices du 4 septembre 2003. Vu la procédure de divorce pendante entre les parties, le déménagement de l'intimée commandait l'introduction de mesures provisoires pour adapter le droit de visite aux nouvelles circonstances. Cela étant, l'absence totale de relations personnelles avec le père qui résulte du rejet de la requête d'exécution ne s'inscrit pas non plus dans l'intérêt des enfants (cf. MARTIN STETTLER, A propos d'un jugement récent concernant une suspension du droit de visite du parent non gardien durant la procédure de divorce in: RDT 2001 p. 21 ss, 25) lorsque comme en l'espèce une exécution partielle limitée à la moitié des vacances scolaires et à un week-end sur deux, d'une manière compatible avec les horaires scolaires paraît réalisable au vu des nouvelles circonstances de fait. Dans ces conditions, les juges précédents ont rendu une décision qui heurte le sentiment de justice et d'équité en refusant complètement l'exécution du droit de visite, sans examiner si l'intérêt des enfants commandait la mise en œuvre d'une exécution partielle. Par conséquent, le recours doit être admis, l'arrêt attaqué et la décision de première instance du 20 juin 2007 annulés. La cause sera renvoyée au Président du Tribunal civil de la Sarine pour nouvelle décision dans le sens des considérants.

6. [...]