



H. Hausheer

Privatrecht im Spannungsfeld zwischen gesellschaftlichem Wandel und ethischer Verantwortung

**Beiträge zum Familienrecht, Erbrecht,
Persönlichkeitsrecht, Haftpflichtrecht,
Medizinalrecht und allgemeinen Privatrecht**

Festschrift für Heinz Hausheer zum 65. Geburtstag

Herausgegeben von:

Thomas Geiser
Thomas Koller
Ruth Reusser
Hans Peter Walter
Wolfgang Wiegand



Stämpfli Verlag AG Bern · 2002

Die Scheidung auf gemeinsames Begehren in Italien und in der Schweiz – Gemeinsamkeiten und Unterschiede

STEPHAN WOLF*

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Italienisches Recht
 - 1. Entstehungsgeschichte
 - 2. Verfahren
- III. Schweizerisches Recht
 - 1. Gemeinsames Begehren als Scheidungsgrund
 - 2. Verfahren
- IV. Vergleich
 - 1. Vorbemerkung
 - 2. Gemeinsamkeiten
 - 3. Unterschiede

I. Einleitung

Professor HEINZ HAUSHEER, dem die vorliegende Festschrift gewidmet ist, hat sich während seines beruflichen Wirkens in verschiedenen Funktionen intensiv mit dem Familienrecht befasst und dessen jüngere und jüngste Entwicklung in der Schweiz massgebend mitgeprägt. So war er – unter anderem – Mitglied der Expertenkommission für die Revision des Eherechts¹, das am 1. Januar 1988 in Kraft getreten ist. Unmittelbar daran anschliessend gehörte er auch der Expertenkommission für die Revision des Familienrechts an²; deren Arbeiten fanden mit der am 26. Juni 1998 durch die Eidgenössischen Räte angenommenen³ und seit 1. Januar 2000 in Kraft stehenden Novelle ihren Abschluss. Schwerpunkt dieser Revision bildete das Scheidungsrecht. Eines der dabei verfolgten zentralen Anliegen – vielleicht das wichtigste der ganzen Revision überhaupt – bestand in der Ersetzung des unter dem ZGB von 1907

* Für die entgegenkommende Mithilfe bei der Beschaffung eines Teils der italienischen Aufsatzliteratur danke ich dem Direktor, Professor Gladio Gemma, sowie dem Personal der Bibliothek für Jurisprudenz der Universität Modena (Italien).

¹ Vgl. Botschaft Nr. 79.043 über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Wirkungen der Ehe im Allgemeinen, Ehegüterrecht und Erbrecht) vom 11. Juli 1979, 37.

² Siehe Botschaft Nr. 95.079 über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Personenstand, Eheschliessung, Scheidung, Kindesrecht, Verwandtenunterstützungspflicht, Heimstätten, Vormundschaft und Ehevermittlung) vom 15. November 1995 (nachfolgend zitiert: Botschaft Scheidungsrecht), 34.

³ BBl Nr. 26 vom 7. Juli 1998, 3491 ff.

herrschenden Systems der Scheidung ausschliesslich auf Grund einer Klage eines Ehegatten durch eine Konzeption, die nach Möglichkeit die Scheidung auf gemeinsames Begehren beider Ehegatten zulässt⁴.

Die Person des Jubilars und das angesprochene neue schweizerische Scheidungsrecht bilden den Anstoss zum vorliegenden Beitrag. Nachfolgend wird vorab die seit 1987 bestehende Möglichkeit der Scheidung auf gemeinsames Begehren nach der Rechtsordnung Italiens als einem unserer Nachbarländer dargestellt⁵. Danach ist auf das neue schweizerische Recht einzugehen⁶. Schliesslich soll ein Vergleich zwischen der italienischen und der schweizerischen Regelung vorgenommen werden⁷.

II. Italienisches Recht

1. Entstehungsgeschichte

Nach dem Codice Civile Italiano (nachfolgend CC) von 1942 konnte die Ehe nur durch den Tod eines Ehegatten aufgelöst werden⁸. Das bis 1974 geltende Prinzip der Unauflöslichkeit der Ehe schloss die Möglichkeit der Scheidung aus. Erst mit dem Gesetz Nr. 898 vom 1. Dezember 1970⁹ (Legge del divorzio, nachfolgend LD), welches – nach langen und tiefgreifenden Kontroversen – in der Referendumsabstimmung vom 12. Mai 1974 mit deutlicher Mehrheit angenommen wurde¹⁰, fand das Institut der *Scheidung* Eingang in die Rechtsordnung Italiens^{11, 12}. Die einschlägigen Normen sind bis heute im erwähnten Spezialgesetz (LD) und nicht im CC enthalten; dieser wurde lediglich insofern ergänzt, als seither neben dem Tod eines Ehegatten auch weitere im Gesetz vorgesehene Fälle zur Auflösung der Ehe führen können¹³. Für die – in Anbetracht der seinerzeit heftig umstritten geführten Debatte nicht zuletzt auch taktisch bedingte – Zurückhaltung des italienischen Gesetzgebers ist bezeich-

⁴ Vgl. zu den Hauptzielen der Revision Botschaft Scheidungsrecht, 26ff., zum Anliegen der Förderung der Verständigung der Ehegatten über ihre Scheidung insbesondere 29f.

⁵ II.

⁶ III.

⁷ IV.

⁸ Art. 149 CC in der vorrevidierten Fassung.

⁹ Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio, in: Gazzetta Ufficiale Nr. 306 vom 3. Dezember 1970.

¹⁰ Anlässlich des abrogativen Referendums resultierten 19 162 045 Stimmen zugunsten der Aufrechterhaltung des Gesetzes und 13 156 868 Gegenstimmen. Vgl. ALFONSO PALLADINO/VINCENZO PALLADINO, *Il divorzio*, Seconda edizione, Milano 1975, 123; CARLO F. CASAGRANDE, *Confronto tra l'istituto del divorzio in Italia e in Svizzera*, Diss. Basel 1980, 4, Anm. 3.

¹¹ Vgl. ANDREA TORRENTE/PIERO SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Quindicesima edizione, Milano 1997, 831f.

¹² Siehe für die Vorgeschichte der Scheidung in Italien und den Werdegang der Gesetzgebung die detaillierte Darstellung von PALLADINO/PALLADINO (Fn. 10), 43ff.

¹³ Art. 149 Abs. 1 CC in der durch die LD revidierten Fassung.

nend, dass im Gesetzestext der Ausdruck «Scheidung» sorgfältig vermieden wird und stattdessen von «Auflösung der Ehe»¹⁴ oder vom «Aufhören der zivilen Wirkungen»¹⁵ die Rede ist¹⁶. Die LD erfuhr in der Folge eine bedeutende Revision mittels des Gesetzes Nr. 74 vom 6. März 1987¹⁷. Dabei wurde die in Art. 4 Abs. 1–12 LD enthaltene Regelung der streitigen Scheidung ergänzt um Art. 4 Abs. 13 LD, welche Bestimmung neu die Möglichkeit einer *Scheidung auf gemeinsames Begehren* beider Ehegatten (*domanda congiunta*) vorsieht¹⁸. Diese in Italien seit nunmehr fünfzehn Jahren bestehende Variante der Auflösung der Ehe lässt sich im Vergleich mit dem ordentlichen streitigen Scheidungsprozess als *schnelles und einfaches Verfahren* charakterisieren. Sie soll sogleich¹⁹ näher erläutert werden.

2. Verfahren

a) Einreichung des Begehrens

Das *gemeinsame Begehren* um Auflösung oder Aufhebung der zivilrechtlichen Wirkungen der Ehe wird mittels Klageschrift (*ricorso*) beim Gericht eingereicht (Art. 4 Abs. 13 Satz 1 LD). Die Rechtsschrift muss die in Art. 4 Abs. 2 und 4 LD generell für jede Scheidungsklage statuierten Anforderungen erfüllen sowie eine vollständige Regelung der die *Kinder betreffenden Belange* und der *wirtschaftlichen Beziehungen* enthalten (Art. 4 Abs. 13 Satz 1 LD)²⁰.

Der gemeinsame Scheidungsantrag wird regelmässig mittels eines durch *beide Ehegatten* unterzeichneten Rekurses anhängig gemacht. Nicht ausgeschlossen ist allerdings, dass auch eine im ordentlichen Verfahren durch *einen Ehegatten allein* eingereichte Scheidungsklage sich in ein gemeinsames Begehren *umwandeln* kann. Dies ist beispielsweise dann der Fall, wenn der beklagte Ehegatte den in der einseitig angehobenen – und den von Art. 4 Abs. 13 LD vorgeschriebenen Anforderungen entsprechenden – Klage vorgebrachten Anträgen zustimmt²¹.

¹⁴ So Art. 1 LD für die zivilrechtlich geschlossene Ehe.

¹⁵ So Art. 2 LD für die kirchlich geschlossene Ehe.

¹⁶ Dazu AUGUSTO PINO, *Diritto di famiglia*, Terza edizione, Padova 1998, 168; GIOVANNI BONILINI, *Manuale di diritto di famiglia*, Torino 1998, 215.

¹⁷ *Nuove norme sulla disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio*, in: Gazzetta Ufficiale Nr. 58 vom 11. März 1987.

¹⁸ Vgl. BONILINI (Fn. 16), 228. Siehe zur Entstehungsgeschichte der Norm über die Scheidung auf gemeinsamen Antrag auch CLAUDIA FUNKE, *Trennung und Scheidung im italienischen Recht – vermögensrechtliche Folgen*, Diss. Regensburg 1996, Bielefeld 1997 (Beiträge zum europäischen Familienrecht 4), 28, m. w. H.

¹⁹ II.2.

²⁰ Vgl. für den Inhalt des Rekurses ALFIO FINOCCHIARO, *La domanda congiunta di divorzio*, in: Riv. dir. civ. 1987, I, 507; ferner: BONILINI (Fn. 16), 229; BRUNO DE FILIPPIS/GIANFRANCO CASABURI, *Separazione e divorzio*, Padova 1998, 534.

²¹ Vgl. FINOCCHIARO (Fn. 20), 508, mit Hinweisen auf weitere mögliche Konstellationen.

Wie im streitigen Scheidungsverfahren ist die Vertretung durch einen Rechtsanwalt auch beim gemeinsamen Begehren unabdingbar (Art. 82 Abs. 3 Codice di procedura civile, CPC)²². Beide Ehegatten können sich dabei durch einen gemeinsamen Anwalt vertreten lassen²³. Im Weiteren bedarf es nach herrschender Ansicht auch im einverständlichen Scheidungsverfahren notwendigerweise der Mitwirkung des Staatsanwaltes²⁴.

b) Ablauf vor Gericht

Im Anschluss an das bei ihm eingegangene gemeinsame Begehren setzt der Gerichtspräsident das Datum für die *Anhörung* der Ehegatten in nichtöffentlicher Sitzung (in camera di consiglio) fest. Die Eheleute müssen angehört werden, weil das Gericht das Vorhandensein der *gesetzlichen Voraussetzungen* der Scheidung zu prüfen hat (Art. 4 Abs. 13 Satz 2 LD). Aus diesem Grunde ist es dem Gericht erlaubt, sämtliche erforderlichen Abklärungen zu treffen, welche der Feststellung dienen, ob die geistige und materielle *Gemeinschaft* unter den Ehegatten tatsächlich *nicht mehr aufrechterhalten oder wiederhergestellt werden kann*²⁵, wie dies die fundamentale Bedeutung aufweisenden Bestimmungen der Art. 1 und 2 LD für den Erlass eines Urteils auf Auflösung der Ehe verlangen²⁶. Die Unmöglichkeit, die eheliche Lebensgemeinschaft fortzusetzen, muss dabei gemäss Art. 1 und 2 LD infolge eines in Art. 3 LD angeführten Tatbestandes gegeben sein. Das Gericht hat demnach auch im Verfahren der Scheidung auf gemeinsames Begehren beider Ehegatten das *Vorliegen eines der im Gesetz verankerten Scheidungsgründe* zu prüfen²⁷. Den statistisch weitaus wichtigsten Scheidungsgrund bildet dabei die regelmässig gerichtlich anzuordnende persönliche Trennung der Ehegatten während mindestens drei Jahren (Art. 3 Nr. 2 lit. b LD)²⁸. Bei den weiteren Scheidungsgründen handelt es sich um gewisse Tatbestände von strafrechtli-

cher Relevanz (Art. 3 Nr. 1 sowie Art. 3 Nr. 2 lit. a, c und d LD), das von einem ausländischen Ehegatten im Ausland erlangte Urteil über die Nichtigkeit oder die Auflösung der Ehe oder das Eingehen einer neuen Ehe des ausländischen Ehegatten (Art. 3 Nr. 2 lit. e LD), den Nichtvollzug der Ehe (Art. 3 Nr. 2 lit. f LD) und das Urteil auf Berichtigung der Geschlechtszugehörigkeit (Art. 3 Nr. 2 lit. g LD)²⁹.

Zusätzlich zur Vergewisserung darüber, dass die eben erwähnten gesetzlichen Voraussetzungen der Scheidung vorliegen, hat das Gericht sodann auch die *Vereinbarkeit* der einschlägigen Regelungsvorschläge der Ehegatten *mit dem Kindesinteresse* zu prüfen (Art. 4 Abs. 13 Satz 2 LD). Der diesbezüglich getroffenen Regelung ist besondere Aufmerksamkeit zu widmen³⁰. Sollte sich nämlich ergeben, dass die entsprechenden Vorschläge im Widerspruch zu den Kindesinteressen stehen, so gelangt das Verfahren gemäss Art. 4 Abs. 8 LD zur Anwendung (Art. 4 Abs. 13 Satz 3 LD), und das Gericht hat folglich den Übergang in den streitigen Prozess zu verfügen³¹. Im Unterschied zu den Kinderbelangen sind dagegen die unter den Ehegatten vereinbarten Regelungen hinsichtlich der *wirtschaftlichen Beziehungen*, wozu insbesondere der nacheheliche Unterhalt gehört (Art. 5 Abs. 6 ff. LD)³², im einverständlichen Scheidungsverfahren allgemein einer blossen Rechtmässigkeitskontrolle zu unterziehen. Vorbehalten bleibt der Fall, in dem die Ehegatten eine einmalige Abfindungssumme im Sinne von Art. 5 Abs. 8 LD vereinbart haben, welche Regelung auch auf ihre Billigkeit hin zu überprüfen ist³³.

c) Urteil

Wenn alle Voraussetzungen gegeben sind, wird die Ehe auch im Verfahren der Scheidung auf gemeinsames Begehren der Ehegatten mit einem *Urteil des Gerichts* (con sentenza) aufgelöst (Art. 4 Abs. 13 Satz 2 LD). Das italienische Recht lässt mithin die allein auf dem gemeinsamen Willen der Ehegatten beruhende sog. *Konsensualscheidungen* nicht zu, sondern unterstellt auch die einverständliche Scheidung dem *Zerrüttungsprinzip*³⁴.

²² Dazu ANDREA MORA, Nota di commento: Questioni in tema di domanda congiunta di divorzio, in: Giur. civ. comm. 1991, I, 86 ff., m. w. H. auf Rechtsprechung und Lehre.

²³ FINOCCHIARO (Fn. 20), 506; BONILINI (Fn. 16), 229.

²⁴ Vgl. dazu FLAVIO LAPERTOSA, Breve nota sul procedimento di divorzio non contenzioso, in: Foro it. 1987, V, 494 f.; FINOCCHIARO (Fn. 20), 507; GIORGETTA BASILICO, Qualche osservazione in tema di divorzio su domanda congiunta, in: Riv. dir. civ. 1991, II, 258 f.; alle mit Hinweisen auch auf a. M. Siehe ferner DE FILIPPIS/CASABURI (Fn. 20), 534 f., und FUNKE (Fn. 18), 41, m. w. H. in Anm. 108.

²⁵ FINOCCHIARO (Fn. 20), 509.

²⁶ Diesbezüglich umstritten ist in der Lehre, ob der Richter auch im Verfahren auf gemeinsames Begehren einen Aussöhnungsversuch vornehmen muss, bevor er die Scheidung aussprechen kann. Bejahend TORRENTE/SCHLESINGER (Fn. 11), 834, wonach in allen Fällen ein Aussöhnungsversuch stattzufinden hat; verneinend: LAPERTOSA (Fn. 24), 493 f., BASILICO (Fn. 24), 257, und wohl auch FINOCCHIARO (Fn. 20), 508 ff. Siehe dazu ebenfalls FUNKE (Fn. 18), 41 mit Anm. 110.

²⁷ TORRENTE/SCHLESINGER (Fn. 11), 834 f.; BONILINI (Fn. 16), 229.

²⁸ TORRENTE/SCHLESINGER (Fn. 11), 834; BONILINI (Fn. 16), 221 f.; vgl. dazu auch FUNKE (Fn. 18), 23 f., mit Anführung von Statistiken in Anm. 50.

²⁹ Vgl. für die einzelnen Scheidungsgründe die Darstellungen von: TORRENTE/SCHLESINGER (Fn. 11), 834; PINO (Fn. 16), 172 f.; FRANCESCO GALGANO, Diritto privato, Decima edizione, Padova 1999, 806; ausführlich BONILINI (Fn. 16), 219 ff.

³⁰ Vgl. BONILINI (Fn. 16), 229.

³¹ BONILINI (Fn. 16), 229; FUNKE (Fn. 18), 42. Für Einzelheiten siehe FINOCCHIARO (Fn. 20), 510 f., und LAPERTOSA (Fn. 24), 495 f.

³² Zu den vermögensrechtlichen Folgen der Ehescheidung eingehend BONILINI (Fn. 16), 231 ff.; vgl. insbesondere für den nachehelichen Unterhalt auch SALVATORE PATTI, Eheliche Gemeinschaft, Partnerschaft und Vermögen in Italien, in: DIETER HENRICH/DIETER SCHWAB (Hrsg.), Eheliche Gemeinschaft, Partnerschaft und Vermögen im europäischen Vergleich, Bielefeld 1999 (Beiträge zum europäischen Familienrecht 6), 136 ff.

³³ Vgl. FUNKE (Fn. 18), 42 f., m. w. H.

³⁴ GALGANO (Fn. 29), 807; TORRENTE/SCHLESINGER (Fn. 11), 833 f.; BONILINI (Fn. 16), 229; FUNKE (Fn. 18), 41.

III. Schweizerisches Recht

1. Gemeinsames Begehren als Scheidungsgrund

Das Scheidungsrecht des ZGB von 1907 basierte auf einer Verknüpfung von Zerrüttungs- und Verschuldensprinzip³⁵. In seinem Geiste gab es einen an der Zerrüttung der Ehe schuldigen und einen unschuldigen Ehegatten. In Wirklichkeit lässt sich freilich erfahrungsgemäss kaum je mit Sicherheit feststellen, welchem Ehegatten die Schuld am Scheitern der Ehe zuzuweisen ist³⁶. Unter anderem aus diesem Grunde erfuhr das Verschuldensprinzip in der Praxis der Scheidungsgerichte im Verlaufe der Jahrzehnte eine erhebliche Relativierung, so dass Recht und Rechtswirklichkeit zunehmend auseinander klafften³⁷. Diese Entwicklung gab den Anstoss dazu, die Konzeption der Scheidungsgründe neu zu überdenken³⁸. Anlässlich der Revisionsarbeiten setzten sich diesbezüglich sodann zwei grundlegende Einsichten durch: Zum einen die Überlegung, dass eine endgültig gescheiterte Ehe nach Möglichkeit einverständlich aufgelöst werden soll, dies im Interesse aller Beteiligten und insbesondere auch der Kinder³⁹; zum anderen die Erkenntnis, dass das Scheidungsrecht so weit als möglich unabhängig von der Schuldfrage ausgestaltet sein soll, weil deren Abklärung regelmässig zu einer Verschärfung des Scheidungskampfes unter den Ehegatten führt^{40, 41}.

Aus den eben erwähnten Grundgedanken resultierte schliesslich – im Wesentlichen in Einklang mit einer im Familienrecht eingetretenen Bewegung, die bereits ganz Europa erfasst hatte⁴² – insbesondere die Einführung der Möglichkeit der Scheidung auf gemeinsames Begehren, wie sie nunmehr in den Art. 111 und 112 ZGB geregelt ist.

Nach neuem Recht ist die Scheidung auf gemeinsames Begehren der Ehegatten als ein *eigener Scheidungsgrund* konzipiert, d. h. als ein Tatbestand, bei

³⁵ HEINZ HAUSHEER, Die wesentlichen Neuerungen des neuen Scheidungsrechts, in: ZBJV 135 (1999), 4.

³⁶ Botschaft Scheidungsrecht (Fn. 2), 28; JEAN-FRANÇOIS PERRIN, Les causes du divorce selon le nouveau droit, in: RENATE PFISTER-LIECHTI (Hrsg.), De l'ancien au nouveau droit du divorce, Berne 1999, 10f.

³⁷ Vgl. BERNHARD SCHNYDER, Die ZGB-Revision 1998/2000, Supplement zu PETER TUOR/BERNHARD SCHNYDER/JÖRG SCHMID, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 11. Aufl., Zürich 1999, 40; HEINZ HAUSHEER/THOMAS GEISER/ESTHER KOBEL, Das Eherecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Bern 2000, Rz. 10.02.

³⁸ HAUSHEER (Fn. 35), 4.

³⁹ RUTH REUSSER, Die Scheidungsgründe und die Ehetrennung, in: HEINZ HAUSHEER (Hrsg.), Vom alten zum neuen Scheidungsrecht, Bern 1999, Rz. 1.04.

⁴⁰ REUSSER (Fn. 39), Rz. 1.05.

⁴¹ Zum Ganzen auch: Botschaft Scheidungsrecht (Fn. 2), 27ff.; REUSSER (Fn. 39), Rz. 1.08; ROGER FANKHAUSER, in: INGEBORG SCHWENZER (Hrsg.), Praxiskommentar Scheidungsrecht, Basel 2000, N 1 der Vorbemerkungen zu Art. 111–116 ZGB.

⁴² Siehe Botschaft Scheidungsrecht (Fn. 2), 37ff. Vgl. ferner PERRIN (Fn. 36), 9.

dessen Vorliegen das Gericht die Scheidung auszusprechen hat^{43, 44}. Entsprechend den Leitgedanken der Revision soll der nicht streitigen Scheidung zudem – wie dies bereits durch die Reihenfolge im Gesetz zum Ausdruck gebracht wird – innerhalb der Scheidungsgründe *prioritäre Bedeutung* zukommen⁴⁵. Folgerichtigerweise sichert denn der Gesetzgeber der Scheidung auf gemeinsames Begehren einen möglichst *weiten Anwendungsbereich*, indem er sie nicht nur für den Fall des Vorliegens einer vollständigen Einigung der Ehegatten über die Scheidung und deren sämtliche Nebenfolgen (*umfassende Einigung*, Art. 111 Abs. 1 ZGB) zur Verfügung stellt, sondern auch dann, wenn die Ehegatten zwar zusammen die Scheidung verlangen, sich aber teilweise oder vollständig uneinig sind über die Scheidungsfolgen, sofern sie diesbezüglich nur das Gericht gemeinsam um Vornahme der Beurteilung ersuchen (*Teileinigung*, Art. 112 Abs. 1 ZGB). Schliesslich sind die Bestimmungen der Art. 111 und 112 ZGB ebenfalls – zwar nicht unmittelbar, aber doch immerhin analogieweise – anwendbar, wenn ein Ehegatte eine *Scheidungsklage* nach Getrenntleben (Art. 114 ZGB) oder wegen Unzumutbarkeit (Art. 115 ZGB) einreicht und der andere Ehegatte dieser *zustimmt* oder *Widerklage* erhebt (Art. 116 ZGB)⁴⁶.

2. Verfahren

a) Einreichung des Begehrens

Die Ehegatten haben die Scheidung beim Gericht mittels eines *gemeinsamen Begehrens* zu verlangen, dies unter Beifügung einer *vollständigen Vereinbarung* über die Folgen der Scheidung mit den erforderlichen Belegen und den *gemeinsamen Anträgen* hinsichtlich der Kinder (Art. 111 Abs. 1 ZGB). Haben die Ehegatten eine bloss *teilweise Einigung* erzielt, so müssen sie neben dem *gemeinsamen Scheidungsbegehren* zusätzlich die Erklärung abgeben, dass das Gericht über die streitigen Scheidungsfolgen urteilen soll (Art. 112 Abs. 1 ZGB)⁴⁷.

⁴³ Das revidierte Recht spricht zwar nicht mehr von Scheidungsgründen (so noch die Marginalie vor Art. 137ff. ZGB), sondern von Scheidungsvoraussetzungen (so nun die Überschrift des Abschnittes vor Art. 111ff. ZGB). Dem neuen Ausdruck kommt allerdings kaum normative Bedeutung zu; vgl. SCHNYDER (Fn. 37), 39, m. w. H. in Anm. 145.

⁴⁴ Das gemeinsame Begehren allein erfüllt dabei den Tatbestand noch nicht, sondern ist nur eines unter mehreren Elementen, die von Art. 111 bzw. 112 ZGB zur Begründung des Scheidungsanspruches verlangt werden.

⁴⁵ Vgl. auch Botschaft Scheidungsrecht (Fn. 2), 29f. und 82f.

⁴⁶ Siehe zu den verschiedenen Fällen der Anwendbarkeit der Vorschriften über die Scheidung auf gemeinsames Begehren Botschaft Scheidungsrecht (Fn. 2), 85 und 93; REUSSER (Fn. 39), Rz. 1.22.

⁴⁷ PERRIN (Fn. 36), 20, rückt die den Ehegatten damit gewährte Möglichkeit in die Nähe einer Schiedsklausel.

b) Ablauf vor Gericht

aa) Vorbemerkung

Das weitere Verfahren wickelt sich für die verschiedenen Fälle der Anwendbarkeit der Normen über die Scheidung auf gemeinsames Begehren⁴⁸ im Wesentlichen gleich ab. Immerhin ist hinsichtlich des Ablaufs im Einzelnen danach zu unterscheiden, ob unter den Ehegatten eine umfassende Einigung⁴⁹ oder eine blosser Teileinigung⁵⁰ besteht.

bb) Umfassende Einigung

Nachdem es die eingereichten Unterlagen auf ihre Vollständigkeit hin geprüft hat, setzt das Gericht den Termin für die *Anhörung* der Ehegatten fest⁵¹. Die Scheidungswilligen sind einzeln und gemeinsam zum Scheidungsbegehren sowie zur Vereinbarung unter Einschluss der gemeinsamen Anträge hinsichtlich der Kinder anzuhören. Die Ehegatten haben dabei grundsätzlich persönlich vor dem Richter zu erscheinen⁵². Sie können sich mithin nicht durch einen Anwalt vertreten lassen. Immerhin soll eine Begleitung durch einen Anwalt nicht generell ausgeschlossen sein⁵³.

Ziel der Anhörung ist es, dass sich der Richter davon überzeugen kann, dass beide Ehegatten das Scheidungsbegehren aus freiem Willen und nach reiflicher Überlegung gestellt haben und dass die Scheidungsvereinbarung voraussichtlich genehmigt werden kann (Art. 111 Abs. 1 ZGB)⁵⁴.

Im Hinblick darauf, dass im Rahmen der Genehmigung der Konvention ebenfalls über die Kinderbelange zu befinden ist, erscheint es als zweckmässig, gegebenenfalls zugleich auch eine Anhörung der Kinder (vgl. Art. 144 Abs. 2 ZGB) vorzunehmen oder zumindest in die Wege zu leiten⁵⁵. Die Abklärung der *Verhältnisse der Kinder* hat das Gericht stets von Amtes wegen und mit freier Beweiswürdigung vorzunehmen (Art. 145 Abs. 1 ZGB). Für die

⁴⁸ Zu diesen III.1. i. f. hievov.

⁴⁹ Dazu III.2.b.bb) sogleich.

⁵⁰ Dazu III.2.b.cc) hienach.

⁵¹ REUSSER (Fn. 39), Rz. 1.29 und ausführlich Rz. 1.30 ff.

⁵² Botschaft Scheidungsrecht (Fn. 2), 86; REUSSER (Fn. 39), Rz. 1.34, mit Anführung von Ausnahmefällen in Rz. 1.35; PERRIN (Fn. 36), 14.

⁵³ REUSSER (Fn. 39), Rz. 1.34; PERRIN (Fn. 36), 14; FANKHAUSER (Fn. 41), N 12 zu Art. 111 ZGB; alle mit Ausführungen zu der im Einzelnen kontroversen Möglichkeit einer allfälligen kantonalen Regelung der Zulassung von Anwälten.

⁵⁴ Dazu Botschaft Scheidungsrecht (Fn. 2), 86; PERRIN (Fn. 36), 15; REUSSER (Fn. 39), Rz. 1.37; HAUSHEER/GEISER/KOBEL (Fn. 37), Rz. 10.12.

⁵⁵ Vgl. eingehender zur Anhörung der Kinder etwa RUTH REUSSER, Die Stellung der Kinder im neuen Scheidungsrecht, in: HEINZ HAUSHEER (Hrsg.), Vom alten zum neuen Scheidungsrecht, Bern 1999, Rz. 4.74 ff.

Beurteilung entscheidend ist das Kindeswohl⁵⁶. Hinsichtlich der *weiteren Punkte* der Scheidungskonvention hat sich der Richter bloss davon zu überzeugen, dass die Regelung klar, vollständig und nicht offensichtlich unangemessen ist (Art. 140 Abs. 2 ZGB)⁵⁷.

Gelangt das Gericht zur Überzeugung, dass die von Art. 111 Abs. 1 ZGB verlangten Voraussetzungen erfüllt sind, setzt es den Ehegatten die zweimonatige *Bedenkfrist* an⁵⁸. Nach deren Ablauf haben die Scheidungswilligen die vom Gesetz verlangte *schriftliche Bestätigung* (Art. 111 Abs. 2 ZGB) abzugeben.

cc) Teileinigung

Wie bei der umfassenden Einigung werden die Ehegatten auch im Falle einer Teileinigung vom Richter angehört. Gegenstand der Anhörung sind das Scheidungsbegehren, die Scheidungsfolgen, über die sie sich geeinigt haben, und die Erklärung, die übrigen Folgen gerichtlich beurteilen zu lassen (Art. 112 Abs. 2 ZGB). Was den Hauptpunkt der Scheidung sowie die nicht strittigen Nebenbereiche betrifft, wird das Verfahren in den Schritten der Ansetzung der Bedenkfrist und der Abgabe der schriftlichen Bestätigung fortgesetzt. Zu den streitigen Scheidungsfolgen stellt dagegen jeder Ehegatte seine Anträge im Rahmen eines kontradiktorischen Prozesses (Art. 112 Abs. 3 ZGB). Die Scheidung auf gemeinsames Begehren mit Teileinigung stellt mithin ein hybrides Verfahren dar⁵⁹: Einerseits – nämlich hinsichtlich des Hauptpunktes der Scheidung sowie allfällig nicht streitiger Nebenfolgen – wickelt sie sich als *einverständliches Verfahren* ab, andererseits gilt – mit Bezug auf die strittigen Punkte – der klassische *Zweiparteienprozess* mit Kläger und Beklagtem⁶⁰.

c) Urteil

Wenn die Ehegatten nach Ablauf der zweimonatigen Bedenkfrist ihr Scheidungsbegehren und ihre Vereinbarung schriftlich bestätigen, spricht der Richter die *Scheidung aus und genehmigt die Konvention* (Art. 111 Abs. 2 ZGB). Im Falle des gemeinsamen Scheidungsbegehrens mit Teileinigung *entscheidet*

⁵⁶ Zum Ganzen: HAUSHEER (Fn. 35), 7; REUSSER (Fn. 39), Rz. 1.43 ff.; HAUSHEER/GEISER/KOBEL (Fn. 37), Rz. 10.10 und 10.125.

⁵⁷ Vgl. dazu THOMAS SUTTER-SOMM, Neuerungen im Scheidungsverfahren, in: HEINZ HAUSHEER (Hrsg.), Vom alten zum neuen Scheidungsrecht, Bern 1999, Rz. 5.03 ff.; siehe auch SCHNYDER (Fn. 37), 42; HAUSHEER/GEISER/KOBEL (Fn. 37), Rz. 10.09.

⁵⁸ REUSSER (Fn. 39), Rz. 1.42; SCHNYDER (Fn. 37), 42 f.

⁵⁹ Siehe so HAUSHEER (Fn. 35), 9.

⁶⁰ Zum Ganzen: Botschaft Scheidungsrecht (Fn. 2), 89; REUSSER (Fn. 39), Rz. 1.51; SCHNYDER (Fn. 37), 44; HAUSHEER/GEISER/KOBEL (Fn. 37), Rz. 10.16 ff.

der Richter im Scheidungsurteil – als einem Gesamturteil⁶¹ – zusätzlich auch über die unter den Ehegatten *strittigen Scheidungsfolgen* (Art. 112 Abs. 3 ZGB).

Stellt das Gericht dagegen fest, dass *nicht alle Voraussetzungen* für eine Scheidung auf gemeinsames Begehren gemäss Art. 111 oder Art. 112 ZGB gegeben sind, so setzt es den Ehegatten eine Frist an, um das Scheidungsbegehren durch eine Klage zu ersetzen (Art. 113 ZGB)⁶². Jeder Ehegatte kann nunmehr einseitig die Scheidung verlangen, sofern ein Tatbestand des Art. 114 oder 115 ZGB erfüllt ist.

IV. Vergleich

1. Vorbemerkung

Aus der vorstehenden kurzen Darstellung der Scheidung auf gemeinsames Begehren in Italien und der Schweiz ergibt sich, dass die beiden in Frage stehenden Rechtsordnungen einerseits – und zwar gerade in grundlegenden Bereichen – *Gemeinsamkeiten* aufweisen⁶³, dass andererseits aber auch nicht unerhebliche *Unterschiede* bestehen⁶⁴. Darauf ist nunmehr zum Abschluss einzugehen.

2. Gemeinsamkeiten

a) Scheidung durch Gerichtsurteil

Sowohl nach italienischem als auch nach schweizerischem Recht kann die Scheidung auf gemeinsames Begehren nur durch das *Urteil eines Gerichtes* ausgesprochen werden (Art. 4 Abs. 13 Satz 2 LD bzw. Art. 111 Abs. 2 und Art. 112 ZGB). Der Wille der Ehegatten allein genügt folglich nicht zur Auflösung der Ehe, so dass die Möglichkeit einer eigentlichen Konsensualscheidungs nicht besteht⁶⁵. Ebenso wenig kann die Auflösung der Ehe in einem Administrativverfahren vor einer Verwaltungsbehörde erfolgen. Beide Rechtsordnungen verstehen die *Ehe* somit nicht als blossen Vertrag, der durch gegenseitige Übereinkunft aufgehoben werden könnte, sondern als ein Institut, dem angesichts seiner allgemeinen gesellschaftlichen Bedeutung *be-*

sonderer Schutz zuzuerkennen ist und das deshalb nicht der freien Disposition der Ehegatten unterstehen kann⁶⁶.

b) Elimination des Verschuldensprinzips

Mit der Zulassung der Scheidung auf gemeinsames Begehren bringen beide Rechte insbesondere auch das Anliegen zum Ausdruck, das Verschuldensprinzip im Scheidungsrecht nach Möglichkeit zu eliminieren oder zumindest weitgehend zu marginalisieren. Nach italienischer Auffassung ist die Scheidung im Allgemeinen *nicht Sanktionierung des Verschuldens* eines Ehegatten, sondern «Heilmittel» für eine definitiv gescheiterte Ehe⁶⁷. In der Schweiz lag der Einführung der Scheidung auf gemeinsames Begehren massgeblich auch das Bestreben nach einer möglichst verschuldensunabhängigen Ausgestaltung des Scheidungsrechts zugrunde⁶⁸, und es wird nun die *Verschuldensfrage* im Rahmen einer einverständlichen Scheidung *nicht mehr geprüft*⁶⁹.

c) Zerrüttungsprinzip

Sowohl in Italien wie in der Schweiz gilt auch für die Scheidung auf gemeinsames Begehren das *Zerrüttungsprinzip*⁷⁰. Der von beiden Seiten übereinstimmend geäusserte Scheidungswille ist allein nicht ausreichend für die Auflösung der Ehe⁷¹. Vielmehr hat sich das Gericht im Rahmen einer Prüfung der gesetzlich vorgeschriebenen Scheidungsvoraussetzungen davon zu überzeugen, dass die *Ehe endgültig gescheitert* ist. In Italien darf die Scheidung auch bei Vorliegen eines gemeinsamen Antrages nur dann ausgesprochen werden, wenn infolge eines der in Art. 3 LD aufgezählten Gründe die eheliche Lebensgemeinschaft nicht mehr hergestellt werden kann (Art. 1 und 2 LD)⁷². In der Schweiz hat der Nachweis der Zerrüttung der Ehe im Anschluss an das gemeinsame Scheidungsbegehren durch die Einhaltung des im Gesetz zwingend vorgeschriebenen Verfahrens zu erfolgen⁷³.

⁶⁶ Siehe zum Ganzen für Italien: TORRENTE/SCHLESINGER (Fn. 11), 833f.; für die Schweiz: Botschaft Scheidungsrecht (Fn. 2), 27; REUSSER (Fn. 39), Rz. 1.02.

⁶⁷ So bildhaft TORRENTE/SCHLESINGER (Fn. 11), 834, und BONILINI (Fn. 16), 216f.

⁶⁸ Vgl. schon III.1. i. i. hievior.

⁶⁹ SCHNYDER (Fn. 37), 39f.; VERENA BRÄM, Scheidung auf gemeinsames Begehren, in: Stiftung für juristische Weiterbildung Zürich (Hrsg.), Das neue Scheidungsrecht, Zürich 1999, 10; vgl. auch HAUSHEER/GEISER/KOBEL (Fn. 37), Rz. 10.06.

⁷⁰ Für Italien: FUNKE (Fn. 18), 41; für die Schweiz: Botschaft Scheidungsrecht (Fn. 2), 83.

⁷¹ Siehe auch schon IV.2.a) hievior.

⁷² Dazu ausführlicher II.2.b) hievior.

⁷³ HAUSHEER (Fn. 35), 7. Siehe auch: SCHNYDER (Fn. 37), 39; ERROL KÜFFER, Scheidung auf gemeinsames Begehren, in: ALEXANDRA RUMO-JUNGO (Hrsg.), Übungen zum neuen Scheidungsrecht, Zürich 1999, Rz. 9, m. w. H. in Anm. 4.

⁶¹ HAUSHEER/GEISER/KOBEL (Fn. 37), Rz. 10.18.

⁶² Vgl. auch REUSSER (Fn. 39), Rz. 1.48 und 1.57 ff.

⁶³ Dazu IV.2. sogleich.

⁶⁴ Siehe IV.3. hienach.

⁶⁵ Für Italien: GALGANO (Fn. 29), 807; TORRENTE/SCHLESINGER (Fn. 11), 833; BONILINI (Fn. 16), 217; siehe sodann auch schon II.2.c) hievior. Für die Schweiz: Botschaft Scheidungsrecht (Fn. 2), 27; SCHNYDER (Fn. 37), 40; vgl. ferner bereits III.2.c) hievior.

d) Prüfung der Scheidungsnebenfolgen

Weitgehende Übereinstimmung zwischen italienischem und schweizerischem Recht besteht sodann auch hinsichtlich des auf die Regelung der Scheidungsnebenfolgen durch das Gericht anzuwendenden Prüfungsmaßstabes. Nach beiden Rechtsordnungen sind die Vorschläge der Ehegatten betreffend der *Kinderbelange* eingehend zu prüfen⁷⁴. In der Schweiz gilt dafür ausnahmslos und somit auch im Falle eines gemeinsamen Scheidungsbegehrens die Offizial- und Untersuchungsmaxime (Art. 145 ZGB). In Italien führt die fehlende Vereinbarkeit der vorgeschlagenen Regelung mit den Kindesinteressen gar dazu, dass zwecks Sachverhaltsermittlung ein Wechsel ins streitige Scheidungsverfahren anzuordnen ist (Art. 4 Abs. 13 Satz 3 LD)⁷⁵. Demgegenüber werden die Vereinbarungen hinsichtlich der *wirtschaftlichen Nebenfolgen* der Scheidung in beiden Ländern nur einer beschränkten Prüfung unterzogen: In Italien erfolgt grundsätzlich eine blosser Rechtsmässigkeitskontrolle⁷⁶, in der Schweiz ist zu prüfen, ob die Vereinbarung vollständig, klar und nicht offensichtlich unangemessen sei (Art. 140 Abs. 2 ZGB).

3. Unterschiede

a) Besonderes Verfahren bzw. eigener Scheidungsgrund

Im italienischen Recht stellt die Scheidung auf gemeinsamen Antrag ein *besonderes Verfahren* dar, welches sich gegenüber dem ordentlichen streitigen Scheidungsprozess durch Vereinfachungen auszeichnet und deshalb wesentlich schneller zum Abschluss gelangt⁷⁷. Damit die Scheidung ausgesprochen werden kann, bedarf es aber auch bei einem gemeinsamen Begehren des Vorliegens eines der in Art. 3 LD angeführten Scheidungsgründe. Dies wird regelmässig die dreijährige Trennung sein⁷⁸.

In der Schweiz ist die Scheidung auf gemeinsames Begehren dagegen als ein *eigener Scheidungsgrund* ausgestaltet. Das gemeinsame Begehren der Ehegatten als solches ist allerdings nur eines von mehreren Tatbestandsele-

⁷⁴ Diese Übereinstimmung liegt nicht zuletzt darin begründet, dass hinsichtlich der Rechte der Kinder internationale Verträge – wie insbesondere die Kinderrechtskonvention der UNO – bestehen, welche sowohl von Italien als auch von der Schweiz ratifiziert worden sind, so dass insofern der gleiche Minimalstandard bereits vom Völkerrecht vorgegeben ist. Vgl. diesbezüglich für die beiden Länder etwa ADRIANA BEGHÈ LORETI (Hrsg.), *La tutela dei diritti del fanciullo*, Padova 1995, und STEPHAN WOLF, *Die UNO-Konvention über die Rechte des Kindes und ihre Umsetzung in das schweizerische Kindesrecht*, in: ZBJV 134 (1998), 113 ff., m. w. H.

⁷⁵ Dazu auch II.2.b) hievior, m. w. H. in Anm. 31, und IV.3.c) hienach.

⁷⁶ Siehe hievior II.2.b) i. f.

⁷⁷ Vgl. BONILINI (Fn. 16), 228 f.

⁷⁸ Siehe II.2.b) hievior.

menten⁷⁹; scheidungsanspruchs begründend wirkt es erst, wenn auch die zusätzlich vorgeschriebenen Verfahrenselemente, welche die Ernsthaftigkeit des Begehrens erhärten sollen⁸⁰, erfüllt sind⁸¹.

b) Vorliegen einer bloss teilweisen Einigung

Das italienische Recht setzt für die Einschlagung des nicht streitigen Scheidungsverfahrens voraus, dass der gemeinsame Scheidungsantrag der Ehegatten ebenfalls eine Regelung der Kinderbelange und der wirtschaftlichen Beziehungen enthält (Art. 4 Abs. 13 Satz 1 LD). Demgegenüber steht den Ehegatten in der Schweiz die Anrufung des Scheidungsgrundes des gemeinsamen Begehrens auch dann zu, wenn sie sich über die Kinderbelange und die weiteren Nebenpunkte der Scheidung nicht einig sind, sofern sie nur gemeinsam die Scheidung verlangen und das Gericht um Beurteilung sämtlicher strittigen Nebenfolgen ersuchen (Art. 112 Abs. 1 ZGB)⁸².

c) Nichtgenehmigung der gemeinsamen Anträge betreffend der Kinder

Entspricht der Regelungsvorschlag der Ehegatten nach Auffassung des Gerichts den Kindesinteressen nicht, ist nach italienischer Ordnung das nicht streitige Verfahren in einen ordentlichen Scheidungsprozess mit Ernennung eines Ermittlungsrichters (Art. 4 Abs. 8 LD) zu überführen (Art. 4 Abs. 13 Satz 3 LD)⁸³. Im schweizerischen Recht ist das Vorgehen für den Fall, dass das Gericht gemeinsame Anträge hinsichtlich der Kinder nicht genehmigen kann, nicht ausdrücklich geregelt. Immerhin lässt sich festhalten, dass damit die Scheidung gestützt auf Art. 111 ZGB nicht ausgesprochen werden kann, denn dafür müsste die Vereinbarung über die Nebenfolgen genehmigt werden können (vgl. Art. 111 Abs. 1 und 2 ZGB). Zumindest nach dem Wortlaut des Gesetzes ist diesfalls auch der Weg der Scheidung über die Teileinigung gemäss Art. 112 ZGB verschlossen, denn diese Bestimmung bezieht sich auf das Bestehen von Uneinigkeit über die Nebenfolgen und damit auch über die Kinderbelange unter den Ehegatten selbst, nicht aber auf das Vorliegen von Differenzen zwischen den unter sich einigen Eheleuten und dem Gericht. M. E. müsste jedoch für den Fall, dass sich das Gericht nicht in der Lage sieht, die gemeinsamen Anträge hinsichtlich der Kinder zu genehmigen, der Tatbestand des Art. 112 ZGB sinngemäss zur Anwendung gelangen können, dies zumindest dann, wenn die Parteien beantragen, über die Kinderbelange

⁷⁹ Dazu schon hievior III.1. mit Fn. 44.

⁸⁰ Vgl. HAUSHEER/GEISER/KOBEL (Fn. 37), Rz. 10.06 und 10.11 ff.

⁸¹ Siehe auch KÜFFER (Fn. 73), Rz. 9, vor Anm. 4.

⁸² Dazu schon III.2.b.cc) hievior.

⁸³ Vgl. dazu ebenfalls IV.2.d) hievior.

gegebenenfalls auch abweichend von ihrem übereinstimmenden Vorschlag zu urteilen^{84, 85}.

d) Verschiedenes

In Einzelheiten bestehen viele weitere Unterschiede zwischen der Regelung der Scheidung auf gemeinsames Begehren in Italien und in der Schweiz. An dieser Stelle seien dazu beispielhaft bloss die in Italien notwendige Mitwirkung des Staatsanwaltes sowie die in beiden Ländern unterschiedlich gestalteten Regelungen über die anwaltliche Vertretung⁸⁶ erwähnt.

⁸⁴ Siehe so auch die allgemeine Bemerkung in der Botschaft Scheidungsrecht (Fn. 2), 87, wonach im Falle des Festhaltens der Parteien an ihrer ursprünglichen – nicht genehmigungsfähigen – Vereinbarung und dem gemeinsamen Ersuchen an das Gericht, es solle die entsprechenden Scheidungsfolgen beurteilen, eine Scheidung auf gemeinsames Begehren in sinngemässer Anwendung von Art. 112 Abs. 1 ZGB möglich ist.

⁸⁵ Wollte man diesbezüglich anders entscheiden und eine sinngemässe Anrufung von Art. 112 ZGB nicht zulassen, wäre es, sobald bekannt ist, dass das Gericht die gemeinsamen Anträge über die Kinderbelange nicht genehmigen wird, für die Ehegatten ein Leichtes, diesen Weg selber einzuschlagen, indem sie den bisherigen gemeinsamen Vorschlag betreffend die Kinder durch neue kontroverse Anträge ersetzen und das Gericht zur Vornahme der Entscheidung darüber anrufen, welche Situation nun ohne weiteres unter Art. 112 Abs. 1 ZGB zu subsumieren ist. Die Ehegatten auf solche Weise nur deshalb zur Einreichung kontroverser Anträge hinsichtlich der Kinder zu zwingen, damit ihnen die Möglichkeit der – als solcher ja unbestrittenen – Scheidung auf gemeinsames Begehren offen steht, wäre allerdings weder dem Grundanliegen der Förderung der einverständlichen Scheidung noch der Prozessökonomie förderlich.

⁸⁶ Siehe dazu die Hinweise in II.2.a) und III.2.b)bb) hievor.