

Die bernische Einführungsverordnung zum neuen Scheidungsrecht

(Verordnung betreffend die Einführung der Änderung des Schweizerischen
Zivilgesetzbuches vom 26. Juni 1998) vom 27. Oktober 1999

Von Prof. Dr. FRANZ KELLERHALS, Fürsprecher, Bern und
Dr. ANNETTE SPYCHER, Fürsprecherin, Bern/Steffisburg*

Gliederung

I. Vorbemerkung

II. Systematik der Verordnung

III. Verfahren vor der ersten Instanz

1. Einleitung des Scheidungsprozesses
 - 1.1 Verfahren der Scheidung auf gemeinsames Begehren
 - 1.2 Sachliche und örtliche Zuständigkeit
 - 1.3 Rechtshängigkeit
 - 1.4 Verzicht auf den Aussöhnungsversuch
 - 1.5 Form
 - 1.6 Parteien und Dritte
 - 1.7 Noven, Klageänderung und Verfahrenswechsel
2. Prozessinstruktion und Beweisverfahren
 - A) Im Fall der Scheidung auf gemeinsames Begehren
 - 2.1 Erste prozessleitende Verfügung
 - 2.2 Durchführung der Anhörungen
 - 2.3 Weitere Verfügungen und Massnahmen
 - B) Im Fall der Scheidung auf Klage
3. Urteil
 - 3.1 Über ein gemeinsames Scheidungsbegehren
 - 3.2 Über eine Scheidungsklage
4. Kosten
 - 4.1 Kostenverlegung
 - 4.2 Unentgeltliche Prozessführung
5. Urteilsöffnung
 - 5.1 Zeitpunkt
 - 5.2 Begründung
 - 5.3 Eröffnung an Nebenparteien und Dritte

* Die Autorin und der Autor danken Herrn Fürsprecher Martin Sterchi, Bern, und Herrn Gerichtspräsident Daniel Bähler, Thun, für ihre wertvollen Beiträge zum im vorliegenden Aufsatz behandelten Thema.

IV. Rechtsmittel

1. Bezüglich Scheidungspunkt und Scheidungsfolgen
 - 1.1 Grundsatz der Teilrechtskraft
 - 1.2 Ordentliche Rechtsmittel der Ehegatten im Falle der Scheidung auf gemeinsames Begehren
 - 1.3 Ausserordentliche Rechtsmittel der Ehegatten
 - 1.4 Rechtsmittel des Beistandes des Kindes
 - 1.5 Rechtsmittel des Kindes
2. Bezüglich anderer Urteilsgegenstände
 - 2.1 Anhörung der Kinder
 - 2.2 Einsetzung eines Beistandes

V. Anwendung des neuen Scheidungsrechts auf die am 1.1.2000 hängigen Verfahren

1. Grundsatz
2. Ergänzung der Formalien, Parteibehauptungen und Beweismittel
 - 2.1 Bei Vorliegen einer Konvention
 - 2.2 Bei fehlender Einigung

I. Vorbemerkung

Am 1. Januar 2000 trat die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 26. Juni 1998 betreffend Personenstand, Eheschliessung, Scheidung, Kindesrecht, Verwandtenunterstützung, Heimstätten, Vormundschaft und Ehevermittlung in Kraft. *Kernstück* dieser Revision ist das *Scheidungsrecht*.

Das revidierte Scheidungsrecht enthält zahlreiche Bestimmungen, welche direkt das Scheidungs- sowie damit verbundene Verfahren regeln oder aber sich indirekt prozessual auswirken. Dies machte eine *Anpassung* der kantonalen *Zivilprozessordnungen* auf den Zeitpunkt des Inkrafttretens des neuen Scheidungsrechts erforderlich. Im Kanton Bern hat sich der Gesetzgeber in Anlehnung an Art. 52 Abs. 2 SchlT ZGB für den Erlass einer die ZPO ergänzenden¹ *Einführungs-*

¹ Vgl. Vortrag der Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion an den Regierungsrat des Kantons Bern betreffend die Verordnung betreffend die Einführung der Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 26. Juni 1998 (in der Folge: «Vortrag»), Allgemeines.

verordnung mit zum vornherein auf fünf Jahre beschränkter Geltungsdauer (Art. 37 EVO ZGB) entschieden. Dies entspricht dem seinerzeit bei Inkrafttreten des Lugano-Übereinkommens per 1.1.1992 gewählten Vorgehen. Der Regierungsrat des Kantons Bern hat die Verordnung betreffend die Einführung der Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 26. Juni 1998² mit Regierungsratsbeschluss vom 27. Oktober 1999 verabschiedet. Nach der gemäss Art. 52 Abs. 2 und 4 SchlT ZGB erforderlichen Genehmigung durch das Bundesamt für Justiz wurde die Verordnung per 1.1.2000 in Kraft gesetzt.

Der vorliegende Aufsatz befasst sich nicht mit der EVO ZGB als Ganzem, sondern einzig mit den das Scheidungsverfahren im engeren Sinn³ betreffenden Bestimmungen. Er hat zum Zweck, auf die *wichtigsten Neuerungen* für Scheidungsverfahren, die im Kanton Bern durchgeführt werden, hinzuweisen. Auf die Erläuterung von Bereichen, in denen sich wenig⁴ oder nichts geändert hat, wird verzichtet. Ausgeklammert bleibt auch das Verfahren vor Verwaltungsgericht im Fall der Uneinigkeit der Ehegatten über die Teilung der beruflichen Vorsorge. Schliesslich werden materiellrechtliche Fragen, unter Verweis auf die entsprechende Spezialliteratur⁵, nur behandelt, soweit es zur Erläuterung und zum Verständnis des Prozessrechts erforderlich erscheint.

Der Aufbau des Aufsatzes folgt nicht der Systematik der Verordnung. Er richtet sich vielmehr danach, wie Parteien und Gerichte üblicherweise den *Ablauf eines Scheidungsverfahrens* erleben. In sprachlicher Hinsicht ist anzumerken, dass nach Möglichkeit abwechselungsweise weibliche und männliche Formen verwendet werden und sich diese jeweils auf Personen beiderlei Geschlechts beziehen.

2 In der Folge «EVO ZGB».

3 D.h. unter Ausschluss der gerichtlichen Ehetrennung (Art. 117 f. ZGB), der Abänderung und der Inkassohilfe.

4 Z.B. die Anordnung vorsorglicher Massnahmen, Art. 137 ZGB.

5 Vgl. u.a. Literaturverzeichnis am Schluss dieses Aufsatzes. Berücksichtigt wurde die bis 30.11.1999 erschienene Literatur.

II. Systematik der Verordnung

Die EVO ZGB ist in 6 Kapitel unterteilt, welche die Ziffern 1–6 tragen. Ziff. 3 und 4 (Art. 6–32 EVO ZGB) betreffen das Scheidungsverfahren, unter Einschluss der Bestimmungen über die Abänderung von Scheidungsurteilen, Ziff. 6 enthält die Übergangs- und Schlussbestimmungen. Ziff. 3 (Ehescheidung und Ehetrennung) gliedert sich ihrerseits in die vier Unterabteilungen Scheidung auf gemeinsames Begehren (3.1), Scheidung auf Klage (3.2), Ehetrennung auf gemeinsamen Antrag (3.3), und Gemeinsame Bestimmungen (3.4).

Die Bestimmungen der EVO ZGB sind von *unterschiedlichem Gewicht*. Während einige Artikel notwendige Konkretisierungen bundesrechtlicher Vorgaben im Hinblick auf das kantonale Verfahren enthalten, beschränken sich andere Normen auf eine Wiedergabe des bereits von Bundesrechts wegen Geltenden⁶. Festzustellen ist auch, dass der kantonale Ordnungsgeber von seinem Ermessen, wie er das revidierte Bundesrecht einführen und ergänzen will, unterschiedlich Gebrauch macht: In einzelnen Bereichen geht er weit über das von Bundesrecht wegen Erforderliche hinaus (z.B. in Art. 27 EVO ZGB), in anderen wiederum verzichtet er auf eine wünschenswerte Konkretisierung der bundesrechtlichen Rahmenbestimmungen mit dem Hinweis darauf, dass die kantonale Rechtsprechung die entsprechende Verdeutlichung bringen werde⁷.

III. Verfahren vor der ersten Instanz

1. Einleitung des Scheidungsprozesses

1.1 Verfahren der Scheidung auf gemeinsames Begehren

Die Scheidung auf gemeinsames Begehren wickelt sich in einem *nichtstreitigen* Verfahren ab. Nichtstreitige Verfahren auf der Grundlage des Zivilrechts sind nach dem System der bernischen ZPO dem Summarverfahren (Art. 322 ff. ZPO) zugeordnet. Der Ordnungsgeber weicht indessen für die Scheidung auf gemeinsames Be-

6 Z.B. Art. 9 Abs. 2, Art. 20, Art. 28 EVO ZGB.

7 Vortrag, zu Art. 10 und 27.

gehen von dieser Verfahrensart ab und weist sie dem *ordentlichen Verfahren*, ausgestaltet als *Verfahren sui generis*, zu. Vorbehalten bleiben in der Verordnung selbst geregelte Abweichungen⁸, welche sich meist aus Sinn und Zweck der neuen bundesrechtlichen Verfahrensvorschriften ergeben, so beispielsweise

- die Form der Anhängigmachung (gemeinsames Gesuch anstatt Klage und Klageantwort⁹)
- die Durchführung der Einvernahmen (neu: Anhörungen) der Parteien anlässlich der ersten Hauptverhandlung, deren offene Gestaltung mit dem – in Verfahren vor dem Gerichtspräsidenten gerade nicht zugelassenen¹⁰ – Instruktionsverfahren vergleichbar ist.

1.2 Sachliche und örtliche Zuständigkeit

1.2.1 Im Binnenverhältnis sind neu die Gerichte am Wohnsitz *eines* der Ehegatten alternativ zuständig (Art. 135 Abs. 1 ZGB). Ausgeschlossen bleiben weiterhin Prorogation oder Einlassung vor einem nicht zuständigen Gericht¹¹.

1.2.2 Die sachliche Zuständigkeit der Gerichtspräsidentin ergibt sich aus Art. 2 Abs. 2 ZPO¹². Der entsprechende Hinweis in Art. 6 EVO ZGB stellt lediglich eine Verdeutlichung dar.

1.3 Rechtshängigkeit

1.3.1 Scheidung auf gemeinsames Begehren

Die Rechtshängigkeit des gemeinsamen Scheidungsbegehrens wird durch die *Einreichung des gemeinsamen Gesuches* der Ehegatten (dazu Ziff. 1.5) begründet (Art. 136 Abs. 1 ZGB).

⁸ Vortrag, zu Art. 6.

⁹ Im nichtstreitigen Verfahren mit vollständiger Einigung (LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, Art. 164 N 1). Bei gemeinsamem Scheidungsbegehren mit Teileinigung (hinten, Ziff. 1.5.2) sind dagegen in einem späteren Zeitpunkt Schriftsätze einzureichen, die mit den traditionellen Rechtsschriften Klage und Klageantwort vergleichbar sind.

¹⁰ Art. 186 ZPO. Vgl. auch LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, Art. 176 N 1a.

¹¹ Vgl. dazu auch Art. 16 Abs. 1 E GestG.

¹² Vgl. auch die Bemerkung in Vortrag zu Art. 6, wonach die Bestimmungen des ordentlichen Verfahrens Anwendung finden.

1.3.2 Scheidung auf Klage eines Ehegatten

Gemäss Art. 136 Abs. 2 ZGB tritt die Rechtshängigkeit der Scheidungsklage neu im *Zeitpunkt der Klageanhebung* ein¹³. Unter diesem bundesrechtlichen Begriff wird jene prozesseinleitende oder -vorbereitende Handlung des Klägers verstanden, mit der er zum ersten Mal in bestimmter Form für den von ihm erhobenen Anspruch den Schutz des Gerichts anruft¹⁴. Für bernische Verhältnisse bedeutet dies, dass die Rechtshängigkeit einer Scheidungsklage (erst) mit der Klageeinreichung (Art. 160 ZPO) eintritt, da die Durchführung eines Aussöhnungsversuches gemäss Art. 20 EVO ZGB auch für klageweise eingeleitete Scheidungsverfahren entfällt¹⁵. Die lobenswerte Absicht des Bundesgesetzgebers, den Zeitpunkt der Rechtshängigkeit einheitlich zu bestimmen und damit einem interkantonalen «forum shopping» zuvorzukommen¹⁶, ist mit dem Abstellen auf die Klageanhebung solange nicht verwirklicht, als die kantonalen Gesetzgebungen frei sind, wie sie die Verfahrenseinleitung ausgestalten. In Kantonen, die für das Scheidungsverfahren weiterhin einen Aussöhnungsversuch (der den bundesrechtlichen Anforderungen der Klageerhebung genügt) vorsehen, wird es auch künftig leichter sein, die Rechtshängigkeit einer Scheidungsklage zu begründen als dort, wo Klageeinreichung erforderlich ist, wie dies für den Kanton Bern zutrifft. Nur eine eidgenössische Zivilprozessordnung vermöchte hier Abhilfe zu schaffen!

1.4 Verzicht auf den Aussöhnungsversuch

Für gemeinsame Scheidungsbegehren schreibt das Bundesrecht ausdrücklich vor, dass kein Sühneverfahren stattfindet (Art. 136 Abs. 1 ZGB). Gemäss Art. 20 EVO ZGB gilt der Verzicht auf einen Aussöhnungsversuch für *alle* Scheidungsverfahren, mithin auch für die Klage auf Scheidung. Diese Lösung birgt den nicht zu unterschätzenden Nachteil in sich, dass im Falle *internationaler* Verhältnisse der gemäss Art. 9 Abs. 2 IPRG vorgesehene Rückbezug der Rechts-

13 Diesem Konzept folgt auch Art. 38 E GestG (gemäss Botschaft).

14 LEUCH/MARBACH/KELLERHALS, Art. 144 N 3, m.w.H.

15 LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, Bem. vor Art. 20, Ziff. 5c, und Art. 145, N 7.

16 Botschaft, Ziff. 234.3

hängigkeit der Scheidungsklage auf den Zeitpunkt der Einreichung des Ladungsbegehrens zum Aussöhnungsversuch für Parteien mit Wohnsitz im Kanton Bern entfällt. Überdies wird Art. 148 Abs. 2, 2. Satz ZPO obsolet.

1.5 Form

1.5.1 Scheidung auf gemeinsames Begehren mit vollständiger Einigung

Das gemeinsame Scheidungsgesuch der Ehegatten kann sehr knapp formuliert sein. Es hat – nebst dem Rubrum – folgende *Elemente* zu enthalten:

- Antrag auf Scheidung auf gemeinsames Begehren
- Antrag auf Genehmigung der Scheidungskonvention
- Unterschriften der Parteien oder ihrer Anwälte
- Beilagen:
 - Scheidungskonvention, enthaltend die Anträge¹⁷ bzw. Vereinbarungen¹⁸ zu den einzelnen regelungsbedürftigen Punkten;
 - Belege, welche die Beurteilung der Angemessenheit der getroffenen Regelungen ermöglichen¹⁹.

Eine *Begründung* der getroffenen Abmachungen und gestellten Anträge ist *nicht erforderlich*²⁰, erleichtert jedoch der Richterin die Beurteilung der Genehmigungsfähigkeit der Vereinbarung und dürfte demnach – ebenso wie die Bereitstellung vollständiger Unterlagen – wesentlich zu einer Beschleunigung des Verfahrens beitragen. So empfiehlt es sich, den vereinbarten Unterhaltsbeiträgen zugrunde lie-

17 Im Regelfall: Scheidungspunkt (entbehrlich, wenn im Gesuch enthalten); bei Ehegatten mit minderjährigen Kindern sodann Zuteilung der elterlichen Sorge, Regelung des Besuchs- und Ferienrechts, Kindesunterhalt, vgl. auch Art. 6 Abs. 2 EVO ZGB.

18 Im Regelfall: Ehegattenunterhalt; Teilung der Austrittsleistungen; Güterrecht.

19 So die in der Botschaft, Ziff. 231.22, ausdrücklich genannten Belege über Einkommen und Auslagen (insbesondere diejenigen, welche die im Hinblick auf Art. 143 ZGB erforderlichen Angaben enthalten) sowie der Familienschein. *Neu* werden in jedem Fall Bestätigungen der Einrichtungen der beruflichen Vorsorge über die Durchführbarkeit der Teilung (bei Überweisung eines bestimmten Betrages) und die Höhe der Austrittsleistungen (Art. 141 Abs. 1 ZGB) beizulegen sein.

20 REUSSER, Scheidungsgründe, Rz. 1.30.

gende Berechnungen dem Gesuch beizulegen oder allenfalls sogar zum integrierenden Bestandteil der Konvention zu erklären. Zweckmässig kann auch sein, Regelungen, die von der «Norm» abweichen²¹, einlässlicher zu erläutern. Ein entsprechender, über das bundesrechtliche Minimum hinausgehender Aufwand der Parteivertreter, welcher die Arbeit der Gerichte erleichtert, verdient dann auch, bei der Bemessung der Parteientschädigungen berücksichtigt zu werden. Unterbleiben soll dagegen die Erörterung der Ehegeschichte, sofern sie nicht ausnahmsweise dazu dient, einen gemeinsamen Antrag oder eine Vereinbarung verständlich zu machen²².

1.5.2 Besonderheiten bei Scheidung auf gemeinsames Begehren mit Teileinigung

Haben sich die Parteien nicht vollständig geeinigt, hat das Gesuch zusätzlich zu den vorne erwähnten Punkten (Ziff. 1.5.1) den gemeinsamen Antrag der Parteien zu enthalten, dass die noch umstrittenen übrigen Scheidungsfolgen durch das Gericht zu beurteilen seien (Art. 112 Abs. 1 ZGB, Art. 14 EVO ZGB). Das Erfordernis der Vollständigkeit der eingereichten Vereinbarung (Art. 6 Abs. 1 2. Satz EVO ZGB) gilt naturgemäss nur im Falle einer umfassenden Einigung. In diesem Sinne ist der Verweis in Art. 14 EVO ZGB auf Art. 6 EVO ZGB zu verstehen.

Die Anträge und Beweismittel zu den noch umstrittenen Punkten sind erst *nach* Abschluss des nichtstreitigen Teils des Verfahrens zu stellen bzw. zu nennen²³. Diese der Eventualmaxime zuwiderlaufende Unterteilung des Verfahrens – welche bundesrechtlich nicht vorgegeben ist – erscheint im Hinblick auf die Prozessökonomie gerechtfertigt²⁴ und verhindert zudem, dass die einvernehmliche Einigung zwischen den Ehegatten durch den Einbezug umstrittener Punkte unnötig gefährdet wird. Sie dürfte aber tendenziell zu einer gegenüber heute längeren Verfahrensdauer führen.

21 Z.B. Antrag auf gemeinsame elterliche Sorge, Verzicht auf Teilung der Austrittsleistungen.

22 Beispielsweise Angaben über den beruflichen Werdegang.

23 Art. 16 Abs. 2 EVO ZGB.

24 REUSSER, Scheidungsgründe, Rz. 1.54.

1.6 Parteien und Dritte

1.6.1 Generelles

Die streitige Gerichtsbarkeit ist dadurch geprägt, dass sich zwei oder mehrere Parteien (Streitgenossen) gegenüberstehen. Dritte, die zu einer der Parteien in einer rechtlichen Beziehung stehen, welche vom Ausgang des Prozesses allenfalls beeinflusst wird, können dem Verfahren als (selbstständige oder unselbstständige) Intervenienten beitreten, werden dadurch aber nicht zur Partei²⁵.

1.6.2 Stellung des Kindes im Scheidungsprozess der Eltern

Das neue Scheidungsrecht sieht in bestimmten Fällen die Möglichkeit der Vertretung des Kindes durch einen Beistand im Scheidungsverfahren vor (Art. 146 ZGB), dies im Hinblick auf die Garantien von Art. 9 und 12 der UNO-Kinderrechtskonvention²⁶. Der Beistand übt im Rahmen des ihm zustehenden Antragsrechts (Art. 147 Abs. 2 ZGB²⁷) als Vertreter des Kindes Rechte aus, welche denjenigen einer Partei entsprechen. Diese Form der – auf bestimmte Punkte beschränkten – Beteiligung eines Dritten (des verbeiständeten Kindes) am Verfahren findet im traditionellen Zweiparteienverfahren keinen Platz. Das Kind muss deshalb im Rahmen der bernischen ZPO eher als «selbstständiger Intervenient sui generis»²⁸, d.h. als *Nebenpartei*, denn als «dritte» Hauptpartei²⁹ bezeichnet werden. Da die dem Kind bzw. dem Beistand als seinem Vertreter zustehenden Verfahrensrechte durch Bundesrecht vorgegeben sind, ist allerdings die Frage nach der korrekten Bezeichnung dieser neuartigen Form der Beteiligung des Kindes am Verfahren von untergeordneter Bedeutung.

25 LEUCH/MARBACH/KELLERHALS, Art. 47 N 1a.

26 SR 0.107.

27 Zuteilung der elterlichen Sorge, grundlegende Fragen des persönlichen Verkehrs, Kindsschutzmassnahmen.

28 LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, Art. 47 N 2d. «Sui generis» insbesondere wegen der auf gewisse Kinderbelange beschränkten Teilnahmemöglichkeit sowie deshalb, weil der Prozessausgang die Stellung des Kindes zu *beiden* Parteien beeinflusst und das Kind demnach weder die eine noch die andere Partei im Prozess unterstützt.

29 Im Sinn einer «besonderen Parteistellung» des Kindes als Hauptpartei aber VOGEL, 5. Kap. N 31b sowie 12. Kap. N 82, SPÜHLER, 44. Die UNO-Kinderrechtskonvention verlangt weder Zuerkennung der Parteistellung noch der Prozessfähigkeit an das Kind, vgl. WOLF, 149, m.w.H.

SPÜHLER³⁰ erachtet die Anhörung des Kindes als *Zeuge* im Scheidungsprozess der Eltern insoweit als zulässig, als es nicht in eigener Sache angehört wird. Diese Auffassung, welche zu einer «Doppelrolle» eines Kindes in streitigen Scheidungsverfahren führen könnte, ist abzulehnen. Ist das Kind (Haupt- oder Neben-³¹)Partei, kann es im gleichen Prozess nicht auch als Zeuge auftreten³². Da ein als Zeuge in Frage kommendes Kind regelmässig ein Alter erreicht haben dürfte, welches seine Anhörung gebietet (d.h. mehr als zwölfjährig³³; vgl. auch Art. 244 Ziff. 1 ZPO), bleibt für eine Einvernahme von unmündigen Kindern als Zeugen im Scheidungsprozess ihrer Eltern unter neuem Scheidungsrecht kein Platz.

1.6.3 Vormundschaftsbehörde

Die Vormundschaftsbehörde ist berechtigt, einen Antrag auf Einsetzung eines Beistandes zu stellen (Art. 146 Abs. 2 Ziff. 2 ZGB). Überdies kann das Gericht ihre Dienste für Abklärungen und Berichte (Art. 241 ZPO) in Anspruch nehmen (Art. 145 Abs. 2 ZGB). Sie ist jedoch im Scheidungsverfahren nie Partei.

1.7 Noven, Klageänderung und Verfahrenswechsel

1.7.1 Art. 138 Abs. 1 ZGB schreibt vor, dass noch in oberer Instanz neue Tatsachen und Beweismittel zuzulassen sind. Der kantonale Verordnungsgeber präzisiert diese bundesrechtliche Vorschrift in Art. 23 EVO ZGB wie folgt:

- a) Das uneingeschränkte Einbringen von Noven und neuen Beweismitteln *vor oberer Instanz* hat bis zu den ersten Parteivorträgen in appellatorio (Art. 346 Abs. 1 ZPO) zu erfolgen; nachher greift die Regelung nach Art. 93 ZPO (Art. 23 Abs. 2 EVO ZGB).
- b) Abweichend von Art. 93 ZPO sieht Art. 23 Abs. 1 EVO ZGB vor, dass die Parteien *in erster Instanz* mit neuen Tatsachen und Beweismitteln bis zum Schluss des Beweisverfahrens, d.h. bis

30 S. 41.

31 Dazu oben.

32 Vgl. VOGEL, 5. Kap. N 78 (zur Unmöglichkeit der Einvernahme der Nebenpartei als Zeuge). Zur lediglich theoretischen Zeugenstellung sodann LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, Art. 243 N 2b.

33 REUSSER, Stellung der Kinder, Rz. 4.82.

und mit den zweiten Parteivorträgen (Art. 200 ZPO), gehört werden, nachher nur noch bei Vorliegen ausreichender Entschuldigungsgründe.

Das revidierte Bundesrecht und die Konkretisierung in der EVO ZGB dürften keine spürbaren Änderungen in der Prozessführung bewirken, gründet der bernische Zivilprozess doch ohnehin auf einer abgeschwächten Eventualmaxime (Art. 92, 93 ZPO) und folgt einer durch Art. 89 ZPO gelockerten Verhandlungsmaxime³⁴.

1.7.2 In Scheidungsverfahren kommt der Klageänderung eine besondere Bedeutung zu: Eine Partei darf nicht um ihr Klagerecht gebracht werden, indem die Möglichkeit, ein anderes als das ursprünglich vortragene Begehren zu stellen, aus prozessualen Gründen unnötig erschwert wird³⁵.

Als Klageänderung im Rahmen des Scheidungsverfahrens kommen grundsätzlich in Betracht

- a) die *Ergänzung* ursprünglich unvollständiger Rechtsbegehren. Sie war im Rahmen der von der Untersuchungsmaxime beherrschten Bereiche bereits bis anhin gestattet. Neu sieht jedoch Art. 22 EVO ZGB die Zulässigkeit neuer Rechtsbegehren vor erster Instanz bis zum Abschluss des Beweisverfahrens und vor oberer Instanz bis zu den ersten Parteivorträgen vor, mit der einzigen Einschränkung, dass neue Tatsachen und Beweismittel Anlass dazu gaben. Auch nach Eintritt dieser Verfahrensabschnitte ist Klageänderung möglich unter den Voraussetzungen von Art. 94 ZPO.
- b) Im Rahmen der Scheidung auf Klage ist ein *Wechsel* vom *Klagegrund* nach Art. 114 ZGB zu Art. 115 ZGB nach den zeitlichen Vorgaben von Art. 22 EVO zulässig. Unzulässig ist demgegenüber der Wechsel von der Klage nach Art. 115 zum Klagegrund gemäss Art. 114 ZGB³⁶.
- c) Der Wechsel von der Scheidungs- zur *Trennungsklage* ist wie bis anhin erlaubt (Art. 138 Abs. 2 ZGB)³⁷, wobei in zeitlicher Hinsicht wiederum Art. 22 EVO ZGB zu beachten ist.

34 LEUCH/MARBACH/KELLERHALS, Art. 92 N 1a, Art. 89 N 1c.

35 LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, Art. 94 N 7b.

36 REUSSER, Scheidungsgründe, Rz. 1.67; LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, Art. 94 N 7b.

37 LEUCH/MARBACH/KELLERHALS, Art. 94 N 7b, m.w.H.

1.7.3 Einen *besonderen Fall* der Klageänderung stellt der Wechsel vom gemeinsamen Scheidungsbegehren zur Scheidung auf Klage dar, da er gleichzeitig einen Verfahrenswechsel bewirkt (Art. 113 ZGB)³⁸. Demgegenüber bringt die Zustimmung zu einer Scheidungsklage oder Einreichung einer Widerklage (Art. 116 ZGB) keinen Verfahrenswechsel, sondern lediglich eine sinngemässe Anwendung der Bestimmungen über die Scheidung auf gemeinsames Begehren mit sich. Beide Wechsel sind in den Schranken von Art. 22 EVO ZGB zulässig.

2. Prozessinstruktion und Beweisverfahren

A) Im Fall der Scheidung auf gemeinsames Begehren

2.1 Erste prozessleitende Verfügung

Im Rahmen der Scheidung auf gemeinsames Begehren hat das Gericht vorab die eingereichten Belege auf ihre *Vollständigkeit* zu überprüfen (Art. 6 Abs. 3 EVO ZGB). Anschliessend ist eine erste *prozessleitende Verfügung* zu erlassen, welche insbesondere die folgenden Punkte enthalten kann:

- a) Aufforderung der Parteien (oder eines Ehegatten alleine) zur *Ergänzung der Unterlagen*, allenfalls zur Vervollständigung der Ehescheidungskonvention.
Fehlen dem Gesuch wesentliche Bestandteile, kann es u.U. sinnvoll sein, die erste Verfügung auf diesen Punkt zu beschränken. Unterbleibt die Ergänzung innert der angesetzten (allenfalls verlängerten) Frist, ist das Verfahren kostenfällig vom Protokoll abzuschreiben³⁹.
- b) Ansetzen des *Termins* für die erste gemeinsame und getrennte Anhörung der Ehegatten. Die Anhörungen sollen nach Möglichkeit in einem Termin stattfinden (Art. 7 Abs. 2 EVO ZGB).

38 Dazu im Einzelnen REUSSER, Scheidungsgründe, Rz. 1.57 ff., 1.87 ff.

39 LEUCH/MARBACH/KELLERHALS, Art. 161 N 5a.

- c) bei Ehegatten mit gemeinsamen minderjährigen *Kindern*:
 - aa) Entscheid über die Anhörung der Kinder⁴⁰;
 - bb) Bestimmen von Termin und Ort der Anhörung sowie allenfalls Beauftragung einer Drittperson i.S. von Art. 25 Abs. 2 EVO ZGB;
 - cc) Anfrage bei der zuständigen Vormundschaftsbehörde gemäss Art. 24 EVO ZGB;
 - dd) Anordnung besonderer Massnahmen hinsichtlich der Kinder (Einsetzen eines Beistandes, Beizug von Sachverständigen), falls bereits Anhaltspunkte für die Notwendigkeit solcher Massnahmen bestehen⁴¹.
- d) Festsetzung der *Prozesskostenvorschüsse*⁴², sofern nicht die unentgeltliche Prozessführung bereits vorprozessual gewährt oder entsprechende Gesuche zusammen mit dem Scheidungsbegehren eingereicht wurden (zu den Kosten siehe hinten, Ziff. 4.).

2.2 Durchführung der Anhörungen

2.2.1 Ehegatten

Die gemeinsame und die getrennten ersten Anhörungen der Ehegatten dienen in erster Linie der Abklärung, ob die Ehegatten wirklich die Scheidung wünschen und mit der in der Scheidungskonvention getroffenen Regelung (sowie, bei lediglich teilweiser Einigung, mit der autoritativen Festsetzung der noch nicht geregelten Punkte durch das Gericht) einverstanden sind. Sie dürften daher in der Regel nicht als Parteiverhör, sondern *als Parteieinvernahme* im Sinn von Art. 89 ZPO durchzuführen sein⁴³. Ein Parteiverhör im Sinn

40 Zum Erfordernis der Urteilsfähigkeit der anzuhörenden Kinder sowie zu den Voraussetzungen, unter denen auf die Anhörung verzichtet werden kann, siehe Art. 144 Abs. 2 ZGB sowie erläuternd REUSSER, Stellung der Kinder, Rz. 4.78 ff. und 4.85.

41 REUSSER, Scheidungsgründe, Anhang; LEUCH/MARBACH/KELLERHALS, Art. 175 N 2.

42 Unter Beachtung des Umstandes, dass die Kosten eines allfälligen Beistandes der Kinder von der Vorschusspflicht ausgenommen sind; vgl. hinten, Ziff. 4.1.2.

43 LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, Art. 273 N 1d.

von Art. 273 ff. ZPO ist jedoch im Rahmen der gemeinsamen Anhörung⁴⁴ ebenfalls möglich und insbesondere dort sinnvoll, wo das Gericht an der Angemessenheit einer zwischen den Parteien getroffenen Regelung zweifelt (vgl. Art. 140 Abs. 2 ZGB) und deren Grundlagen näher erforschen will.

Hinsichtlich der Modalitäten der Anhörung ist überdies zu bemerken, dass ein *Ausschluss* des Anwaltes⁴⁵ der anzuhörenden Partei von der getrennten Anhörung mangels gesetzlicher Grundlage *nicht zulässig* ist. Die Partei kann jedoch auf die Anwesenheit ihres Anwaltes verzichten.

2.2.2 Kinder

Die Anhörung der Kinder untersteht besonderen Regeln⁴⁶, welche dem Beweismittelsystem der bernischen ZPO fremd sind. Anders als bei Partei- oder Zeugeneinvernahmen ist die *Anwesenheit der Parteien* grundsätzlich *ausgeschlossen* (Art. 25 Abs. 1 EVO ZGB). Bei Vorliegen besonderer Gründe kann allerdings die Anwesenheit der Eltern oder allenfalls auch nur eines Elternteils⁴⁷ bei der Anhörung oder zumindest bei ihrem Beginn geboten erscheinen. Eine Protokollierung im eigentlichen Sinn⁴⁸ unterbleibt, was nicht ausschliesst, dass der Anhörende ausführliche Notizen über das mit dem Kind geführte Gespräch erstellt oder in besonderen Fällen den Verlauf des Gesprächs auf andere Weise festhält. Den Parteien ist das Resultat der Anhörung nicht vollständig, sondern lediglich in Form einer die wesentlichen Punkte zusammenfassenden Gesprächsnotiz zugänglich zu machen⁴⁹. Zwingend aufzunehmen sind in diese Gesprächsnotiz allfällige während der Anhörung gestellte Anträge des

44 LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, Art. 276 N 2.

45 Vgl. den Vorschlag von REUSSER, Scheidungsgründe, Ziff. 1.34.

46 Zu den Voraussetzungen und zur Person des Anhörenden siehe insbes. REUSSER, Stellung der Kinder, Rz. 4.71 ff.

47 Zu den erhöhten Anforderungen an die Dokumentierung einer lediglich in Anwesenheit eines Elternteils durchgeführten Anhörung vgl. BGE 122 I 53, E. 4, 56.

48 Vgl. Art. 128 ZPO, vom Angehörten unterzeichnete Niederschrift der wesentlichen Inhalte der Befragung.

49 Art. 25 Abs. 2 EVO ZGB, REUSSER, Stellung der Kinder, Rz. 4.86, unter Hinweis auf BGE 122 I 153.

Kindes⁵⁰. Den Parteien steht in der Folge ein Recht zur Stellungnahme⁵¹, nicht aber zur Stellung von Ergänzungsfragen zu⁵².

2.3 Weitere Verfügungen und Massnahmen

2.3.1 Anordnungen betreffend der Kinder

Ergibt sich aus den Anhörungen oder aus einem Bericht der zuständigen Vormundschaftsbehörde (Art. 24 EVO ZGB) die Notwendigkeit, weitere Abklärungen, allenfalls unter Beizug zusätzlicher Sachverständiger, zu treffen (Art. 145 Abs. 2 ZGB), drängt sich die Beiordnung eines Beistandes auf oder stellt ein urteilsfähiges Kind selber einen Antrag auf Einsetzung eines Beistandes (Art. 146 Abs. 3 ZGB), ordnet die Richterin die erforderlichen Massnahmen an. Wird ein Beistand eingesetzt, ist ihm Gelegenheit zu geben, seinerseits im Verfahren Anträge im Rahmen seiner Befugnisse zu stellen (Art. 147 Abs. 2 ZGB).

2.3.2 Entscheid über die voraussichtliche Genehmigungsfähigkeit der Vereinbarung oder Teilvereinbarung

Das Gericht hat die Vereinbarung nach Massgabe von Art. 140 Abs. 2⁵³ bzw. Art. 141 Abs. 3 ZGB zu überprüfen, über die Eignung der auf gemeinsamen Anträgen beruhenden Regelungen zu befinden und sodann gemäss Art. 111 Abs. 1 ZGB festzustellen, ob bzw. dass die Vereinbarung voraussichtlich genehmigt werden kann. Die entsprechende Verfügung soll i.d.R. erlassen werden, wenn das Gericht selber von der voraussichtlichen Genehmigungsfähigkeit ausgeht. Ein Zuwarten bis zum Eintreffen sämtlicher Ergebnisse allfälliger Abklärungen ist weder erforderlich – die Verwendung des Begriffs «voraussichtlich» macht deutlich, dass die gerichtliche Feststellung stets unter Vorbehalt weiterer Erkenntnisse erfolgt⁵⁴ – noch wäre es sinnvoll, da daraus eine erhebliche Verlängerung der Verfahrensdauer resultieren könnte.

50 Z.B. auf Einsetzung eines Beistandes; LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, Art. 129 N 1c.

51 Art. 25 Abs. 2 EVO ZGB; zu den Hintergründen REUSSER, Stellung der Kinder, Rz. 4.86 m.w.H., insbes. auf BGE 122 I 53 ff.

52 Vortrag, zu Art. 25.

53 Auf Klarheit, Vollständigkeit und nicht offensichtliche Unangemessenheit.

54 Vgl. REUSSER, Scheidungsgründe, Rz. 1.42.

2.3.3 Abänderung/Ergänzung der Vereinbarung

Erachtet das Gericht die Vereinbarung nicht als genehmigungsfähig, muss es den Parteien Gelegenheit zur Änderung oder Ergänzung der Vereinbarung oder der Anträge in den betreffenden Punkten geben. Die entsprechende Lösung kann allenfalls anlässlich weiterer («erster») Anhörungen *gemeinsam erarbeitet* werden⁵⁵. Ist eine Einigung nicht möglich, stimmen die Parteien jedoch darin überein, dass die entsprechenden Punkte gerichtlich zu beurteilen sind, findet ein Übergang in das Verfahren mit Teileinigung statt (vgl. Ziff. 2.3.4 und 2.3.6), besteht diesbezüglich Dissens, ist nach Art. 113 ZGB vorzugehen (hinten, Ziff. 3.1.3).

2.3.4 Ansetzen der Bedenkfrist

Nach Durchführung der ersten Anhörung (einschliesslich Anhörung der Kinder)⁵⁶ und Feststellung der voraussichtlichen Genehmigungsfähigkeit der Vereinbarung (bei nur teilweiser Einigung zusätzlich nach Überprüfung des Willens der Parteien, die umstrittenen Punkte gerichtlich beurteilen zu lassen, vgl. Ziff. 2.3.3. und 2.3.6) hat das Gericht die *zweimonatige Bedenkfrist* anzusetzen. Es fordert die Parteien auf, innert einer gerichtlich zu bestimmenden Frist, jedoch frühestens *nach* Ablauf von zwei Monaten nach Durchführung der Anhörung, ihren Scheidungswillen und ihr Einverständnis mit den gestellten Anträgen bzw. der Vereinbarung mit schriftlicher, persönlich *unterzeichneter* Erklärung zu bekräftigen (Art. 111 Abs. 2). Wichtig ist der Hinweis, dass die Erklärung erst nach Ablauf der Bedenkfrist unterzeichnet werden darf. Die Vordatierung einer Erklärung würde einen Verfahrensfehler im Sinn von Art. 149 Abs. 1 ZGB darstellen, d.h. zur Einlegung eines ordentlichen Rechtsmittels gegen die Scheidung auf gemeinsames Begehren berechtigten⁵⁷.

2.3.5 Zweite Anhörung

Die Frist zur Einreichung der Bestätigungen kann, wie jede andere richterliche Frist, auf Antrag verlängert werden. Reicht ein Ehe-

55 REUSSER, Scheidungsgründe, Rz. 1.39.

56 Art. 111 Abs. 2, «seit der Anhörung», Art. 144 Abs. 2, Hinweise BJ, Rz. 21.

57 SUTTER-SOMM, Rz. 5.39.

gatte *keine* Bestätigung ein, sollen die Parteien im Regelfall *zur zweiten Anhörung* (Art. 111 Abs. 3 ZGB) vorgeladen werden⁵⁸. Das Ansetzen einer zweiten Anhörung kann insbesondere auch dann sinnvoll erscheinen, wenn eine Bestätigung verspätet eintrifft und das Gericht aufgrund dieser Verspätung Zweifel am Scheidungswillen einer Partei hat. Bestätigen die Parteien in der zweiten Anhörung Scheidungswillen, gemeinsame Anträge und Konvention, hat das Gericht anschliessend das Urteil auszusprechen (dazu hinten, Ziff. 3). Ändert eine Partei ihre Meinung oder bleibt sie unentschuldigt dem Termin fern, ist die Scheidung auf gemeinsames Begehren gescheitert, und es ist nach Art. 113 ZGB vorzugehen (hinten, Ziff. 3.1.3).

2.3.6 Übergang zum Beweisverfahren bei Teileinigung

Haben die Parteien lediglich eine teilweise Einigung erzielt, ist den Parteien gleichzeitig mit der Bedenkfrist nach Art. 111 Abs. 2 ZGB eine Frist zur Stellung ihrer *Anträge* und Nennung der *Beweismittel* hinsichtlich der streitigen Punkte anzusetzen⁵⁹. Nach Eintreffen beider Bestätigungen des Scheidungswillens der Ehegatten setzt alsdann das Beweisverfahren ein, soweit es nicht – infolge der Offizialmaxime – bereits im nichtstreitigen Verfahrensteil eingeleitet wurde (Kinderbelange⁶⁰). Im Rahmen dieses Beweisverfahrens sind *Parteiverhöre* zu den umstrittenen Punkten durchzuführen. Gelingt anlässlich der ersten oder einer späteren Hauptverhandlung eine Einigung, ist die Ehescheidungskonvention entsprechend zu ergänzen. Über die verbleibenden streitigen Punkte hat das Gericht zu urteilen.

B) Im Fall der Scheidung auf Klage

Im Rahmen der Instruktion einer Scheidung auf Klage eines Ehegatten sind an Neuerungen lediglich die Vorschriften über die Anhörung der Kinder sowie die Bestimmungen bezüglich der Beistandschaft und weiterer, die Kinder betreffenden Anordnungen zu beachten. Die Instruktion erfolgt im Übrigen nach den Bestimmungen von Art. 161 ff ZPO.

58 Art. 8 Abs. 2 EVO ZGB; REUSSER, Scheidungsgründe, Rz. 1.48.

59 Art. 16 Abs. 2, 2. Halbsatz EVO ZGB.

60 REUSSER, Scheidungsgründe, Rz. 1.54.

Stimmt der Beklagte der Klage des anderen Ehegatten ausdrücklich zu, oder erhebt er Widerklage, ist gemäss Art. 116 ZGB zu verfahren, d.h. es sind die Vorschriften über das Verfahren der Scheidung auf gemeinsames Begehren sinngemäss anzuwenden⁶¹. Dies betrifft insbesondere die Durchführung getrennter und gemeinsamer *Anhörungen* der Parteien u.a. zur Abklärung des Scheidungswillens sowie die Ansetzung der zweimonatigen *Bedenkfrist*. Zur Frage, ob zusätzlich auch noch das Vorliegen des Scheidungsgrundes abgeklärt werden müsse, bestehen in der Literatur verschiedene Auffassungen⁶². Welche der beiden wohlbegründeten Lehrmeinungen sich durchsetzen wird, muss der Praxis der Gerichte überlassen bleiben.

3. Urteil

3.1 Über ein gemeinsames Scheidungsbegehren

3.1.1 Gutheissung bei umfassender Einigung

Sind die Voraussetzungen hinsichtlich des Parteiwillens (vgl. Art. 111 Abs. 2 bzw. 112 Abs. 1), der Genehmigungsfähigkeit der Vereinbarung (Art. 140 Abs. 2, 141 Abs. 3) und für die Gutheissung der der Offizialmaxime unterstehenden Anträge gegeben, spricht das Gericht nach Eintreffen der Bestätigungen die Scheidung der Ehe aus, entspricht den gemeinsamen Anträgen und genehmigt die Vereinbarung (Art. 111 Abs. 2 ZGB).

Die Vereinbarung ist gemäss Art. 140 Abs. 1 ZGB *in das Urteilsdispositiv aufzunehmen*. Der kantonale Gesetzgeber hat darauf verzichtet, vorzuschreiben, wie die Integration zu erfolgen hat. Nach der Auffassung des Bundesamtes für Justiz⁶³ reicht bei umfangreichen Vereinbarungen eine Aufnahme als Anhang des Urteils aus. Es ist indessen nicht einzusehen, weshalb dies nicht auch für Vereinbarungen normalen Umfangs gelten soll, sofern der *Bezug zum Urteil* hinreichend *deutlich* gemacht wird (beispielsweise durch Anfügung

61 Die Widerklage in Scheidungsverfahren kann, abweichend von Art. 166 ZPO, auch noch nach Einreichen der Klageantwort gestellt werden; LEUCH/MARBACH/KELLERHALS, Art. 94 N 7b.

62 Differenziert bejahend SUTTER-SOMM, Rz. 5.15 und Anm. 25, verneinend REUSSER, Scheidungsgründe, Anm. 39.

63 Verfahrensfragen BJ, 2, unter Verweis auf die Materialien.

der Vereinbarung an das Urteil und Kennzeichnung als gerichtlich genehmigtes Exemplar).

Sind die gemäss Art. 143 ZGB unabdingbaren *Angaben* zum massgeblichen *Einkommen*, zur Anpassung an die Teuerung sowie allenfalls zum für den gebührenden Unterhalt fehlenden Betrag nicht bereits in der Konvention enthalten, sind sie zwingend in das Urteil aufzunehmen. Weiter muss das Urteil im Fall fehlender Einigung der Ehegatten über die Teilung der Austrittsleistungen der beruflichen Vorsorge das massgebliche *Teilungsverhältnis* angeben (Art. 142 Abs. 1 und Abs. 3 Ziff. 1 ZGB).

3.1.2 Gutheissung bei Teileinigung

Im Rahmen der Scheidung auf gemeinsames Begehren mit Teileinigung führt das Gericht nach dem Eintreffen der Bestätigungen des Scheidungswillens das Beweisverfahren hinsichtlich der noch umstrittenen Punkte durch (vorne, Ziff. 2.4.6) und entscheidet anschliessend über die noch offenen Belange. Das Scheidungsurteil ist als *Gesamturteil* auszufällen⁶⁴. Die Parteien können nur noch unter den Voraussetzungen von Art. 148 Abs. 2 ZGB oder gemeinsam auf den – bis zum Abschluss des streitigen Verfahrensteils gleichsam sistierten – Scheidungspunkt zurückkommen⁶⁵.

3.1.3 Abweisung

Fällt bereits während des Verfahrens eine Voraussetzung für die Scheidung auf gemeinsames Begehren dahin⁶⁶ oder bleibt eine Bestätigung aus und wird der Scheidungswille auch nicht im Rahmen einer zweiten Anhörung bestätigt, hat das Gericht gemäss Art. 113 ZGB das Scheidungsbegehren abzuweisen und den Parteien gleichzeitig *Frist* zur *Einreichung einer Scheidungsklage* anzusetzen. Nach Eintritt der Rechtskraft des Entscheides ist das Verfahren vom Protokoll abzuschreiben, sofern die Parteien die Klagefrist nicht einhalten. Die spätere Einreichung einer Klage oder eines weiteren gemeinsamen Scheidungsbegehrens ist aber jederzeit möglich.

64 REUSSER, Scheidungsgründe, Rz. 1.56.

65 DIES., a.a.O.

66 Insbesondere der Scheidungswille, im Verfahren mit Teileinigung u.U. auch der Wille, die nicht einvernehmlich geregelten Punkte gerichtlich beurteilen zu lassen.

3.2 *Über eine Scheidungsklage*

Es gelten die Regeln des ordentlichen Verfahrens. Bezüglich des Inhalts des Urteils sind neu insbesondere die Art. 142 und 143 ZGB zu beachten. Wird eine Scheidungsklage abgewiesen, ist es den Parteien unbenommen, in irgendeinem späteren Zeitpunkt ein gemeinsames Scheidungsbegehren einzureichen. Eine neue Scheidungsklage nach Art. 114 ZGB kann ebenfalls jederzeit nach Ablauf der vierjährigen Trennungsdauer eingereicht werden. Hinsichtlich einer Klage nach Art. 115 ZGB gilt zwar weiterhin, dass der Kläger sich nicht auf im früheren Verfahren bereits vorgebrachte Scheidungsgründe berufen kann⁶⁷, doch ist diese Einschränkung angesichts der relativ kurzen Trennungsdauer, nach der die Scheidung so oder so durchgesetzt werden kann, wohl kaum mehr von Bedeutung⁶⁸.

4. **Kosten**

4.1 *Kostenverlegung*

4.1.1 Gemäss Art. 29 EVO ZGB sind die Prozesskosten grundsätzlich⁶⁹ nach Massgabe der getroffenen *Vereinbarung* zu verlegen. Bei Fehlen einer Vereinbarung ist eine *hälftige Teilung* der Gerichtskosten und *Wettschlagung* der Parteikosten vorgesehen. Die verhältnismässige Verteilung oder Wettschlagung der Kosten nach Art. Art. 58 Abs. 3 ZPO bleibt indessen vorbehalten.

4.1.2 Die Anordnung der Verbeiständung stellt eine *Kindesschutzmassnahme* dar. Die entsprechenden Kosten sind grundsätzlich Bestandteil des Kindesunterhalts⁷⁰ und daher zwischen den Eltern nach Massgabe ihrer Leistungsfähigkeit zu verteilen⁷¹. Zwar hat sich der bernische Verordnungsgeber dafür entschieden, die Kosten der Ver-

67 LEUCH/MARBACH/KELLERHALS, Art. 192 N 12c cc, in fine.

68 LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, a.a.O.

69 Unter Vorbehalt einer Regelung, welche – über das Recht zur unentgeltlichen Prozessführung eines Ehegatten – eine Abwälzung der Kosten auf den Staat bezweckt, vgl. Kostenfragen BJ, Ziff. 222.

70 REUSSER, Stellung der Kinder, Rz. 4.97.

71 Vgl. auch Kostenfragen BJ, Ziff. 322.

tretung des Kindes durch einen Beistand zu den Prozesskosten zu rechnen (Art. 31 EVO ZGB). Bei der *internen* Aufteilung des Vertretungsaufwandes auf die Eltern sollte jedoch angesichts des Unterhaltsscharakters dieser Kosten eine *verhältnismässige* Teilung im Vordergrund stehen – was angesichts von Art. 58 Abs. 3 ZPO (vgl. Ziff. 4.1.1) ohne weiteres möglich ist.

4.1.3 Die Kosten für die Vertretung des Kindes werden insofern anders behandelt als die übrigen Prozesskosten, als sie *nicht* von den Eltern *vorgesprochen* werden müssen, da der Beistand gemäss Art. 146 ZGB ein vormundschaftliches Amt versieht⁷². Das Kind selber darf unter keinen Umständen zur Zahlung von Verfahrenskosten verurteilt werden (Art. 147 Abs. 3 ZGB). Diesem auch für Nebenverfahren (wie dasjenige auf Einsetzung eines Beistandes) gültigen Grundsatz wird in den Art. 13 Abs. 4, 29 und 31 EVO ZGB Rechnung getragen.

4.1.4 Demgegenüber können gemäss Art. 30 Abs. 2 EVO ZGB «Vormundschaftsbehörden, die sich am Scheidungsverfahren beteiligen», in Ausnahmefällen zur Zahlung eines Teils der Prozesskosten (unter Einschluss von Anwaltskosten) verurteilt werden. Diese Formulierung wirft Fragen auf, da die Vormundschaftsbehörde selber nie direkt an einem Scheidungsverfahren beteiligt ist. In ihrer Funktion als

- Antragstellerin auf Einsetzung eines Beistandes gemäss Art. 146 Abs. 2 Ziff. 2 ZGB
- verfügende Behörde hinsichtlich der Bestellung des Beistandes gemäss Art. 147 ZGB

kommt eine Auferlegung der Kosten an die Vormundschaftsbehörde nicht in Frage, da es sich einerseits um Nebenverfahren zur Scheidung handelt und andererseits unnötige Weitläufigkeiten kaum vorstellbar sind. Art. 30 Abs. 2 EVO ZGB dürfte sich deshalb nicht auf die *Tätigkeit* der Vormundschaftsbehörde selber, sondern auf die *diejenige des Beistandes* beziehen⁷³.

Bei der Umschreibung der Voraussetzungen der Kostenpflicht der Vormundschaftsbehörde ist der kantonale Verordnungsgeber zu

⁷² Kostenfragen BJ, Ziff. 31; REUSSER, Stellung des Kindes, Rz. 4.97.

⁷³ Vgl. das Beispiel in Kostenfragen BJ, Ziff. 33.

Recht weniger weit gegangen als das Bundesamt für Justiz in seinen Erläuterungen⁷⁴ und hat sie auf den Fall der «unnötigen Weitläufigkeit» beschränkt. Dieser Begriff ist Art. 58 Abs. 2 ZPO entnommen und bezieht sich auf «alles, was – objektiv betrachtet – zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung (...) nicht erforderlich ist (...)»⁷⁵. Ein durch den Beistand des Kindes eingeleitetes Rechtsmittelverfahren darf – im Fall seines Unterliegens – nicht per se als unnötige Weiterung gewertet werden, würde doch das vom Bundesgesetzgeber verfolgte Ziel einer Stärkung der Position der Kinder im Scheidungsverfahren gefährdet. Wie weit die Rechtsprechung letztlich dem im Vortrag geäußerten Anliegen, die Kostenauflegung an die Vormundschaftsbehörde auf krasse Fälle zu beschränken, Rechnung tragen wird, dürfte wesentlich von der Art und Weise mitbestimmt werden, wie die Beistände die ihnen übertragene Aufgabe versehen.

4.1.5 Der Beistand versieht seine Tätigkeit in Ausübung eines vormundschaftlichen Amtes, welches unter anderem (wenn auch nicht nur) rechtliche Kenntnisse erfordert. Es ist deshalb abzusehen, dass die zuständigen Vormundschaftsbehörden regelmässig Anwälte als Beistände einsetzen werden. Damit stellt sich die Frage nach der Bemessung der *Entschädigung*. Nach wohl überwiegender Praxis⁷⁶ zur Beistandschaft nach Art. 417 ZGB wird ein Beistand, dessen Tätigkeit besondere Kenntnisse erfordert, nach den für den entsprechenden Beruf geltenden Ansätzen entschädigt. Soweit also ein Beistand anwaltlich tätig ist, dürfte seine Entschädigung nach dem Dekret über die Anwaltsgebühren zu bemessen sein, während für andere Tätigkeiten die für «nicht spezialisierte» Beistände üblichen Ansätze zur Anwendung zu bringen sind. Ferner ist davon auszugehen, dass das Gericht im Rahmen des ihm zustehenden Ermessens bei der Kostenfestsetzung den finanziellen Verhältnissen der Beteiligten Rechnung trägt⁷⁷, und die Entschädigung insbesondere dann moderat festsetzt, wenn den zu scheidenden Ehegatten das Recht zur unentgeltlichen Prozessführung gewährt wurde (und deren Rechtsvertreter demgemäss nur Anspruch auf ein reduziertes Honorar erheben können).

74 A.a.O.

75 LEUCH/MARBACH/KELLERHALS, Art. 58 N 6.

76 Dazu BGE 116 II 399.

77 Vgl. dazu u.a. BGE 116 II 399, E. 4c, 404.

4.2 Unentgeltliche Prozessführung

4.2.1 Die Bestimmungen über die unentgeltliche Prozessführung sind *auch* auf das *nicht oder teilstreitige Verfahren* der Scheidung auf gemeinsames Begehren anwendbar⁷⁸. Da im Vergleich zu den bisherigen Scheidungsverfahren mit vermehrtem *vorprozessual*em Aufwand zu rechnen ist – die Einreichung eines gemeinsamen Scheidungsbegehrens setzt eine minimale Einigung voraus – und nicht absehbar ist, ob die Gerichte in Scheidungsverfahren allenfalls die Voraussetzungen für eine rückwirkende Gewährung des Rechts auf unentgeltliche Prozessführung lockern werden⁷⁹, ist zu einer möglichst frühzeitigen Einreichung der uP-Gesuche zu raten.

4.2.2 Die *Notwendigkeit* der anwaltlichen Verbeiständung ist in Scheidungsverfahren auf gemeinsames Begehren im Regelfall für beide Parteien zu *bejahen*. Keinesfalls darf einem Ehegatten der anwaltliche Beistand unter Verweis darauf verweigert werden, in derartigen Verfahren könne auch eine einzige Anwältin beide Parteien vertreten⁸⁰. Ein entsprechender Entscheid würde das in den Bestimmungen über die unentgeltliche Prozessführung konkretisierte, aus Art. 8 BV fließende Gebot der rechtsgleichen Behandlung bzw. die Verfahrensgarantien nach Art. 29 Abs. 3 BV verletzen. Seitens des Anwaltes kollidiert zudem die Annahme eines Mandates auf Vertretung beider Parteien u.U. mit der Unabhängigkeitspflicht bzw. dem Verbot der Doppelvertretung⁸¹.

4.2.3 Sofern das Recht zur unentgeltlichen Prozessführung im nichtstreitigen Verfahren bzw. in einem Fall der Anwendung von Art. 116 ZGB nicht zum Vornherein auf bestimmte Kosten beschränkt wurde, erstreckt es sich insbesondere auf alle im Rahmen des konkreten Prozesses erforderlichen Tätigkeiten der Anwältin. Dazu gehören neben den vorprozessualen Aufwendungen im Zu-

⁷⁸ Art. 77 ZPO, vgl. LEUCH/MARBACH/KELLERHALS, Art. 77 N 2c, sodann Vortrag, zu Art. 29.

⁷⁹ Zur Notwendigkeit, diese Bemühungen zu berücksichtigen, vgl. Kostenfragen BJ, Ziff. 23.

⁸⁰ Vgl. aber Vortrag, zu Art. 29 EVO ZGB.

⁸¹ Art. 13 Gesetz über die Fürsprecher; LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, Art. 77 N 9.

sammenhang mit der Erarbeitung der Konvention auch die Anwesenheit an den (die bisherige Hauptverhandlung ersetzenden) gemeinsamen und getrennten Anhörungen der Ehegatten. Die Anwältin kann nicht gegen den Willen ihres Klienten von der Teilnahme an dessen getrennter Anhörung ausgeschlossen werden. Die faktische Erzwingung der Zustimmung der Partei zum Ausschluss der Anwältin durch Nichtanrechnung der entsprechenden Kosten im Rahmen der unentgeltlichen Prozessführung würde dem Kerngehalt dieses Rechts zuwiderlaufen. Eine *Nichtberücksichtigung der auf die Anhörungen entfallenden Anwaltskosten* im Rahmen der unentgeltlichen Prozessführung ist demzufolge *nicht zulässig*.

4.2.4 Das Recht zur unentgeltlichen Prozessführung umfasst im Weiteren die – zu den Prozesskosten gehörenden, Art. 31 EVO ZGB – Kosten der Vertretung des Kindes bzw. der Kinder durch einen Beistand⁸². Ob diese Kosten letztlich von der Staatskasse oder der zuständigen Vormundschaftsbehörde getragen werden, wird noch festzulegen sein.

5. Urteilseröffnung

5.1 Zeitpunkt

Im Verfahren der Scheidung auf gemeinsames Begehren mit (ursprünglicher oder nachträglich erzielter) vollständiger Einigung kann das Urteil nicht, wie üblicherweise im ordentlichen Verfahren, im Anschluss an die Parteiverhandlungen eröffnet werden, sondern erst nach Eintreffen der Bestätigungen des Scheidungswillens gemäss Art. 111 Abs. 2 ZGB. Damit *entfallen* mündliche Verkündung und Begründung⁸³. Die Eröffnung erfolgt durch Zustellung des

⁸² Vgl. zu dieser Folge der Einstufung der Vertretungs- als Prozesskosten Kostenfragen BJ, Ziff. 322, 4 oben.

⁸³ LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, Art. 201 N 1. Möglich, jedoch nicht zwingend, ist die mündliche Urteilseröffnung demgegenüber im Fall der Durchführung einer die schriftliche Bestätigung ersetzenden zweiten Anhörung.

schriftlichen Urteilsdispositivs (Art. 204 Abs. 3 ZPO). Mit der Zustellung beginnt die zehntägige Appellationsfrist zu laufen (Art. 338 ZPO). Im teilstreitigen oder Klageverfahren kann und soll die Eröffnung dagegen im Regelfall nach wie vor mündlich, im Anschluss an das Beweisverfahren, erfolgen. Gleichzeitig ist das Urteilsdispositiv i.S. von Art. 204 Abs. 3 ZPO schriftlich zuzustellen.

5.2 Begründung

Im Verfahren der Scheidung auf gemeinsames Begehren mit vollständiger Einigung ist das Urteil – trotz unterbliebener mündlicher Begründung, vgl. Ziff. 5.1 – *nur dann* schriftlich zu begründen, wenn

- im Rahmen des Scheidungsverfahrens Kindesschutzmassnahmen angeordnet wurden (Art. 13 Abs. 3 EVO ZGB);
- ein Rechtsmittel eingelegt wird (Art. 13 Abs. 3 EVO ZGB);
- oder
- eine Partei oder ein Beteiligter (dazu hinten, Ziff. 5.3.4) innerhalb der Rechtsmittelfrist die Begründung verlangt⁸⁴.

Bei Scheidung auf gemeinsames Begehren mit Teileinigung gelten diese Grundsätze für den nichtstreitigen Teil (Art. 17 Abs. 2 EVO ZGB). Für den *streitigen* Teil und im Rahmen einer Scheidung auf Klage ergeben sich demgegenüber hinsichtlich der schriftlichen Begründung keine Änderungen gegenüber der bisherigen Praxis (welche den Verzicht der Parteien auf die Ausfertigung der schriftlichen Begründung unter bestimmten Voraussetzungen zulässt⁸⁵).

5.3 Eröffnung an Nebenparteien und Dritte

5.3.1 Das Urteil ist – ungeachtet des Verfahrens, in dem es ergangen ist – nicht nur den Ehegatten, sondern auch einem allfälligen *Beistand* zu eröffnen, dies hinsichtlich derjenigen Punkte, in denen der Beistand zur Appellation befugt ist, d.h. bezüglich der Zuteilung der elterlichen Sorge, grundlegender Fragen des persönlichen Verkehrs und

⁸⁴ Die Frist zur Einreichung der Appellationserklärung verlängert sich jedoch nicht etwa bis zur Ausfertigung der Motive.

⁸⁵ LEUCH/MARBACH/KELLERHALS, Art. 204 N 2b.

von Kindesschutzmassnahmen (Art. 27 Abs. 1 EVO ZGB; dazu auch hinten, Ziff. IV.1.4).

5.3.2 Der bernische Verordnungsgeber sieht in Art. 27 Abs. 2 EVO ZGB überdies vor, dass das Scheidungsurteil *auch an das urteilsfähige* (unmündige) *Kind* zu eröffnen sei hinsichtlich elterlicher Sorge, grundlegender Fragen des persönlichen Verkehrs, der Regelung des Unterhalts und von Kindesschutzmassnahmen, mithin bezüglich derjenigen Punkte, in denen das Kind laut Art. 27 Abs. 2 EVO ZGB zur Appellation befugt ist. Zu den durch die letztgenannte Bestimmung aufgeworfenen Problemen s. ausführlich Ziff. IV. 1.5 hier-nach.

5.3.3 Wird ein urteilsfähiges Kind durch einen Beistand vertreten, ist das Urteil u.E. hinsichtlich aller vier vorgenannten Punkte (also einschliesslich des Unterhalts⁸⁶) *allein* dem Beistand, nicht aber auch dem Verbeiständeten zu eröffnen, da die Befugnis des Beistandes als Prozessvertreter die Entgegennahme von Prozessurkunden für das Kind mitumfasst.

Ist das Kind *nicht verbeiständet*, hat das Gericht vorab zu beurteilen, ob das Kind in Bezug auf die konkret zu eröffnenden Teile des Urteiles urteilsfähig ist. Dieser nicht leicht zu fällende Entscheid ist deshalb von Bedeutung, weil bei unterlassener Eröffnung an ein urteilsfähiges Kind dieses die Möglichkeit hat, das Scheidungsurteil unter Berufung auf das Unterbleiben einer gehörigen Eröffnung mittels Appellation, jedenfalls aber auf dem Wege eines Gesuches um Neues Recht anzufechten. Um derartige Schwierigkeiten auszuschliessen, sollten die Anforderungen für die Urteilsfähigkeit jedenfalls hinsichtlich der den persönlichen Verkehr betreffenden Fragen⁸⁷ im Zweifelsfall nicht zu hoch gesetzt werden.

Wird die Urteilsfähigkeit bejaht, ist die Zustellung einer Gerichtsurkunde an das Kind selber erforderlich. Ungeachtet der Tatsache, dass das neue Scheidungsrecht sowie die EVO ZGB auf der Annahme eines latenten Interessenkonflikts Eltern-Kind in gewissen Bereichen beruhen, ist die Übergabe an die im gemeinsamen Haus-

⁸⁶ Hinsichtlich dessen der Beistand kein Rechtsmittel ergreifen kann, Art. 147 Abs. 2 ZGB.

⁸⁷ Im Unterschied zum Unterhaltsbeitrag.

halt mit dem Kind wohnenden Eltern gemäss den allgemeinen Regeln über die Zustellung von empfangsbedürftigen Erklärungen zulässig.

5.3.4 Der Beistand und/oder das urteilsfähige Kind⁸⁸ können innert der mit Eröffnung des Urteils laufenden Rechtsmittelfrist die *Begründung* des Entscheides *verlangen*. Legen die Parteien selber kein Rechtsmittel ein und verlangen sie auch keine Begründung, ist die Begründungspflicht auf diejenigen Punkte beschränkt, bezüglich derer Beistand oder Kind zur Einlegung eines Rechtsmittels befugt sind (Art. 13 Abs. 1 Satz 2 EVO ZGB). Diese «beschränkte» Begründungspflicht muss u.E. auch gelten, wenn nicht die Ehegatten, sondern allein Beistand oder Kind ein Rechtsmittel einlegen (Art. 27 Abs. 2 EVO ZGB), dies obwohl ein entsprechender Hinweis in der Verordnung fehlt. Zu beachten ist allerdings, dass die angefochtenen Regelungen unter Umständen mit in anderen Bereichen getroffenen Vereinbarungen verknüpft sind⁸⁹ und dass die entsprechenden Zusammenhänge in der Begründung aufgezeigt werden sollten.

5.3.5 Nach Eintritt der Rechtskraft ist das Urteil den betroffenen *Einrichtungen der beruflichen Vorsorge* zu eröffnen, soweit die Regelung die Aufteilung der Freizügigkeitsguthaben unter Art. 122 oder allenfalls Art. 124 Abs. 1 ZGB betrifft (Art. 141 Abs. 2 ZGB, Art. 28 EVO ZGB)⁹⁰. Es ist sinnvoll, diese Mitteilung mit der Aufforderung zu verbinden, das Gericht im gegebenen Zeitpunkt über die Durchführung der Überweisung zu *informieren*. Wurde im Scheidungsurteil wegen Uneinigkeit der Ehegatten lediglich ein Entscheid über das Teilungsverhältnis getroffen (Art. 142 ZGB), erfolgt nach Eintritt der Rechtskraft des entsprechenden Entscheides die *Überweisung* der Streitsache *an das Verwaltungsgericht* (Art. 142 Abs. 2, 3 ZGB). Eine Eröffnung an die Vorsorgeeinrichtungen unterbleibt.

⁸⁸ Dazu Ziff. IV. 1.5.3.

⁸⁹ Beispiel: Ein dem Inhaber der elterlichen Sorge eingeräumtes Wohnrecht ist von der Zuteilung der elterlichen Sorge abhängig und beeinflusst seinerseits die Höhe des Unterhaltsbeitrages des anderen Elternteils an die Kinder. In einem derartigen Fall dürfte indessen in der Regel eine Anschlussappellation des Wohnrechtsbelasteten angezeigt sein.

⁹⁰ Vgl. sodann Verfahrensfragen BJ, 3.

IV. Rechtsmittel

1. Bezüglich Scheidungspunkt und Scheidungsfolgen

1.1 Grundsatz der Teilrechtskraft

Art. 148 Abs. 1 ZGB führt neu den – im Kanton Bern bereits bis anhin geltenden⁹¹ – Grundsatz der Teilrechtskraft des Scheidungsurteils ein. Der Eintritt der Rechtskraft wird durch Einlegung eines Rechtsmittels nur im Umfang der Anträge gehemmt. Eine *Ausnahme* gilt von Bundesrechts wegen bezüglich der *Kinderunterhaltsbeiträge* (Art. 148 Abs. 1 ZGB, 2. Halbsatz). Diese Ausnahme trägt der gegenseitigen Abhängigkeit der Höhe der Unterhaltsbeiträge an Kinder und Ehegatten (allerdings lediglich zugunsten der Kinder und nicht auch umgekehrt) Rechnung⁹².

1.2 Ordentliche Rechtsmittel der Ehegatten im Falle der Scheidung auf gemeinsames Begehren

1.2.1 Allgemeines

Der Entscheid über ein gemeinsames Begehren auf Scheidung unterliegt der *Appellation*, nämlich

- bei Gutheissung gestützt auf Art. 10 EVO ZGB,
- bei Abweisung gestützt auf Art. 12 Abs. 2 EVO ZGB (im Falle einer Teileinigung i. V. mit Art. 17 Abs. 2 EVO ZGB).

Die Appellation eines Ehegatten kann sich mithin beziehen auf

- den Entscheid, die Scheidung auf gemeinsames Begehren zu verweigern (vgl. dazu vorne, Ziff. III. 3.1.3)
- die Aussprechung der Scheidung auf gemeinsames Begehren, und hier wiederum
 - auf den Scheidungspunkt, oder/und⁹³
 - auf die Scheidungsfolgen

91 Dazu LEUCH/MARBACH/KELLERHALS, Art. 334 N 1a.

92 Vgl. dazu im Einzelnen SUTTER-SOMM, Rz. 5.29.

93 Eventualiter.

Letztinstanzlich kann der Entscheid mit *Berufung* angefochten werden (Art. 44 lit. b bis OG).

1.2.2 Verweigerung der Scheidung auf gemeinsames Begehren

Im Rechtsmittelverfahren gegen einen ein gemeinsames Scheidungsbegehren abweisenden Entscheid der Gerichtspräsidentin kann der Appellationshof ohne mündliche Parteiverhandlung, d.h. wie im Falle einer Appellation im Summarverfahren, urteilen (Art. 12 Abs. 2 EVO ZGB). Diese Angleichung an das Summarverfahren erfordert allerdings im Gegenzug die *Zulassung der schriftlichen Begründung* der Appellation⁹⁴.

1.2.3 Scheidungspunkt

Das Bundesrecht *schränkt* die *Anfechtungsgründe* hinsichtlich des Scheidungspunktes in Bezug auf die ordentlichen Rechtsmittel⁹⁵ *ein*⁹⁶ auf die Geltendmachung

- eines Willensmangels sowie
- der Verletzung bundesrechtlicher Verfahrensvorschriften über die Scheidung auf gemeinsames Begehren (Art. 149 Abs. 1 ZGB).

1.2.4 Scheidungsfolgen

Die Einschränkung gemäss Art. 149 Abs. 1 ZGB erstreckt sich *nicht* auf die Anfechtungsmöglichkeiten des Urteils im Hinblick auf die Scheidungsfolgen⁹⁷. Da der kantonale Gesetzgeber diesbezüglich auf neue Regelungen verzichtet hat⁹⁸, bleibt das ordentliche kantonale Rechtsmittel der Appellation *im gleichen Rahmen wie bisher* verfügbar⁹⁹. Art. 10 EVO ZGB regelt diesen Sachverhalt nicht, sondern

94 LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, Art. 355 N 6.

95 SPÜHLER, 61.

96 In Bezug auf das Verfahren vor Bundesgericht in Abweichung von Art. 43 OG, SPÜHLER, 62.

97 DERS., a.a.O.

98 Zur grundsätzlichen Möglichkeit, hier beispielsweise Erleichterungen vorzusehen, vgl. SUTTER-SOMM, Rz. 5.45, sowie Verfahrensfragen, 4/5.

99 Im Sinn der ersten der von SUTTER-SOMM, Rz. 5.51, erläuterten Varianten (vgl. auch Rz. 5.52).

wiederholt lediglich, was in Art. 149 Abs. 1 ZGB ohnehin schon umschrieben ist.

Der Umfang der Appellationsbefugnis bezüglich der Scheidungsfolgen ergibt sich aus Art. 333 ff. ZPO. Es muss zwischen autoritativ festgelegten und einvernehmlich, sei es durch Parteivereinbarung (Vermögensrecht, inkl. berufliche Vorsorge) oder auf gemeinsamen Antrag (Kinderbelange), geregelten Punkten unterschieden werden.

- a) Hinsichtlich *autoritativ* entschiedener Punkte ist jede mit ihren Anträgen unterliegende Partei zur Appellation berechtigt, soweit es sich um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit handelt oder soweit der Streitwert von CHF 8000.– erreicht wird (Art. 335 Abs. 1 ZPO). Unzulässig ist die Appellation bezogen auf die Änderung des Klagegrundes, zulässig ist sie dagegen bezüglich des Wechsels von einer Scheidungs- zu einer Trennungsklage¹⁰⁰.
- b) Beruht eine Regelung im vermögensrechtlichen Bereich (inklusive berufliche Vorsorge) auf *Vereinbarung*, dürfte eine Beschwer nur bei Vorliegen eines Willensmangels bei Abschluss der Vereinbarung gegeben, eine weitergehende Befugnis zur Einlegung eines Rechtsmittels also i.d.R. zu verneinen sein¹⁰¹. Vorbehältlich eines Willensmangels kann sich ein Ehegatte also beispielsweise nicht darauf berufen, dass der festgesetzte Unterhalt offensichtlich unangemessen sei – mithin eine Verletzung von Art. 140 Abs. 2 ZGB geltend machen¹⁰².
- c) Hinsichtlich der *Kinderbelange* ergibt sich aus der geltenden *Offizialmaxime*, dass trotz grundsätzlicher Bindung der Eltern an einen gemeinsamen Antrag¹⁰³ die Einlegung eines Rechtsmittels mit abweichendem Begehren von Bundesrechts wegen zulässig ist¹⁰⁴. Daran ist die kantonale Rechtsmittelordnung, insbesondere die Regelung der möglichen Rügen, gebunden.

100 Art. 138 Abs. 2 ZGB; vorne, Ziff. III. 1.7.2, LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, Art. 333 N 3 a und 3b.

101 LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, Art. 333 N 3a.

102 Vgl. das Beispiel von SUTTER-SOMM, Rz. 5.45.

103 SUTTER-SOMM, Fn. 61.

104 BK-BÜHLER/SPÜHLER, Art. 156 N 40, sodann auch SUTTER-SOMM, Rz. 5.50, m.w.H.

1.2.5 Gesetzlich fingierte Anschlussappellation bei Anfechtung einvernehmlich geregelter Scheidungsfolgen

Ficht ein Ehegatte *einvernehmlich* (d.h. mittels Vereinbarung oder auf gemeinsamen Antrag¹⁰⁵) geregelte Scheidungsfolgen mit dem ordentlichen Rechtsmittel an, steht der anderen Partei gemäss Art. 149 Abs. 2 ZGB das Recht zu, ihre Zustimmung zum Scheidungspunkt zu *widerrufen*. Der Widerruf wird jedoch nur dann wirksam, wenn die Appellantin mit ihrem Rechtsmittel durchdringt. Er entspricht deshalb einer *gesetzlich fingierten Anschlussappellation*¹⁰⁶.

Der bernische Verordnungsgeber hat – anders als noch im ersten Entwurf der Vorlage – das Vorgehen im Fall einer derartigen Anschlussappellation nicht vorgezeichnet, sondern diese Aufgabe ausdrücklich dem Appellationshof überlassen. *Offen* gelassen ist insbesondere die Frage, in welchem Zeitpunkt sich der Appellat über den Widerruf auszusprechen hat, nämlich

- a) *unmittelbar nach Mitteilung* über die erfolgte Appellation hinsichtlich der Scheidungsfolgen durch das Gericht (Art. 340 Abs. 1 ZPO)
- b) oder erst, nachdem die *Rechtsmittelbehörde* über die Abänderung der angefochtenen Urteilsbestandteile *geurteilt hat*, unter Vorbehalt eines allfälligen Widerrufs des Scheidungswillens durch den Appellaten¹⁰⁷.

Im einen wie im anderen Fall ist der Entscheid über die vorausichtliche Abänderung der Scheidungsfolgen als *Zwischenentscheid*

105 SUTTER-SOMM, Rz. 5.44. Eher einschränkend auf die vermögensrechtlichen Scheidungsfolgen dagegen SPÜHLER, 59.

106 DERS., Rz. 5.46.

107 Zu diesen beiden Möglichkeiten siehe Verfahrensfragen BJ, 4. Eher im Sinn der zweiten Variante SUTTER-SOMM, Rz. 5.46, SPÜHLER, 64 f., sowie LEUCH/KELLERHALS/MARBACH/STERCHI, Art. 351 N 1b. Das Bundesamt für Justiz verweist indessen hinsichtlich der richtigen Auslegung von Art. 149 Abs. 2 ZGB auf das Bundesgericht (a.a.O.). Der Wortlaut der Bestimmung allein lässt beide Auslegungen zu. Aus Kostengründen dürfte eine Abfolge Widerruf – Zwischenentscheid zu bevorzugen sein. Umgekehrt erscheint ein frühes Ansetzen der Frist für den Widerruf (welcher als Gestaltungsrecht [SUTTER-SOMM, Rz. 5.48] seinerseits nicht widerrufen werden kann) als «weniger ehfreundlich».

auszufallen¹⁰⁸. Entscheidet der Appellationshof, dass das erstinstanzliche Urteil nicht geändert wird, ist das Verfahren in appellatorio mit dem Zwischenentscheid beendet. Gegen diesen Zwischenentscheid, welcher den Charakter eines Endentscheides hat, kann allenfalls (d.h. unter den vorne, Ziff. 1.2.4, genannten Voraussetzungen) ein ausserordentliches kantonales Rechtsmittel und/oder ein Rechtsmittel an das Bundesgericht ergriffen werden. Entscheidet der Appellationshof demgegenüber, dass der erstinstanzliche Entscheid voraussichtlich geändert würde, und hat der andere Ehegatte seine Zustimmung zur Scheidung widerrufen, hat der Appellationshof das erstinstanzliche Urteil *als Ganzes aufzuheben* und den Parteien Frist nach Art. 113 ZGB anzusetzen. Verzichtet der Appellat (im Fall von Variante b) nach Bekanntwerden des Zwischenentscheides innert gerichtlich zu bestimmender Frist auf den Widerruf, muss der Zwischenentscheid den Parteien in Form eines berufungsfähigen Endurteils eröffnet werden¹⁰⁹.

1.3 Ausserordentliche Rechtsmittel der Ehegatten

1.3.1 Die Einschränkung der Rügegründe bei der Anfechtung des Scheidungspunktes im Rahmen der Appellation hat keine Auswirkungen auf die Nichtigkeitsklage nach Art. 359 ZPO und die übrigen ausserordentlichen (kantonalen und bundesrechtlichen) Rechtsmittel. Diese bleiben *im gleichen Umfang wie bisher zulässig*, da Art. 149 ZGB ausdrücklich nur von ordentlichen Rechtsmitteln spricht.

1.3.2 Art. 148 Abs. 2 ZGB schreibt im Sinn eines *bundesrechtlichen Minimalstandards* vor, dass die kantonalen Gesetzgeber den Parteien zur Anfechtung der in einer Scheidungskonvention geregelten vermögensrechtlichen Nebenfolgen der Scheidung wegen Mängeln im Vertragsschluss das ausserordentliche Rechtsmittel der Revision zur Verfügung stellen müssen. Der bernische Verordnungsgeber hat dieser Vorgabe in Art. 10 Abs. 2 EVO ZGB durch *Einführung eines speziellen Neurechtsgrundes* entsprochen. Allerdings war bereits vor Inkrafttreten der EVO ZGB ein Gesuch um Neues Recht zur Anfechtung einer mit einem Willensmangel behafteten Vereinbarung zulässig¹¹⁰.

108 LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, Art. 351 N 1b, vgl. dazu auch SPÜHLER, 64, Vorentscheid gemäss ZPO ZH.

109 LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, Art. 351 N 1b.

110 LEUCH/MARBACH/KELLERHALS, Art. 207 N 3b.

1.4 *Rechtsmittel des Beistandes des Kindes*

Wurde dem Kind bzw. den Kindern ein Beistand bestellt, so ist dieser gemäss Art. 147 Abs. 2 ZGB als Vertreter des Kindes im Rahmen seines Antragsrechts vor erster Instanz, d.h. bezüglich

- der Zuteilung der elterlichen Sorge,
- grundlegender Fragen des persönlichen Verkehrs und
- Kindesschutzmassnahmen

zur Einlegung der ordentlichen und ausserordentlichen Rechtsmittel berechtigt. Dies wird in Art. 27 Abs. 2 EVO ZGB (zum Appellationsrecht des Kindes) nicht erwähnt, ergibt sich indessen aus Bundesrecht¹¹¹.

1.5 *Rechtsmittel des Kindes*

1.5.1 Nach Bundesrecht ist das Kind nicht befugt, selber gegen das Scheidungsurteil ein Rechtsmittel zu ergreifen. Dagegen sieht Art. 27 Abs. 2 EVO ZGB eine Appellation *des Kindes* gegen das Scheidungsurteil vor, beschränkt auf folgende Begründung,

- a) es sei ihm das Recht auf Anhörung oder auf Ernennung eines Beistandes verweigert worden und
- b) es sei «auch» bezüglich der Regelung der elterlichen Sorge, des persönlichen Verkehrs und des Unterhaltes beschwert.

Diese Bestimmung wirft *zahlreiche Fragen* auf, deren abschliessende Beantwortung erst möglich sein wird, wenn die ersten Erfahrungen mit dem neuen Scheidungsverfahren gemacht wurden. Dennoch sollen an dieser Stelle die wichtigsten Probleme, die sich aus dieser Bestimmung ergeben, aufgezeigt und – wo möglich – Lösungsvorschläge unterbreitet werden.

1.5.2 Das urteilsfähige Kind kann die Verweigerung seiner Anhörung oder der Ernennung eines Beistandes gemäss Art. 147 ZGB wie folgt anfechten:

- hinsichtlich des Verzichts auf die Anhörung: mittels Beschwerde gemäss Art. 374 ZPO (Art. 25 Abs. 3 EVO ZGB; dazu hinten, Ziff. 2.1);

111 Vgl. Vortrag, zu Art. 27.

- hinsichtlich des Verzichts auf die Ernennung eines Beistandes : durch Weiterziehung gemäss Art. 23a EGzZGB¹¹² (Art. 26 Abs. 2 EVO ZGB; dazu hinten, Ziff. 2.2).

Damit stellt sich die Frage, ob eine Appellation des Kindes gegen das Endurteil unter Berufung auf einen der unter Ziff. 1.5.1 a) genannten Gründe noch möglich ist, wenn diese anderen Rechtsmittel ausgeschöpft wurden oder zumindest zur Verfügung standen. Der Vortrag äussert hierzu nicht.

U.E. steht die Appellation *nicht mehr zur Verfügung*, wenn der gerügte Punkt bereits *oberinstanzlich beurteilt* wurde¹¹³, und zwar ungeachtet dessen, wer das entsprechende Rechtsmittel einlegte. Bezüglich des Entscheides über die Ernennung des Beistandes ergibt sich dies aus dem bernischen Rechtsmittelsystem, das nur *ein* ordentliches Rechtsmittel vorsieht, eine Kumulation von Weiterziehung nach Art. 23a EGzZGB und Appellation mithin ausschliesst. Zwar kann dieser formelle Einwand einer Häufung von Beschwerde nach Art. 374 ZPO und Appellation nicht entgegengehalten werden. Indessen gilt zu beachten, dass beim Entscheid, ob auf die Anhörung des Kindes verzichtet werden durfte, angesichts des begrenzten Umfangs der sich stellenden Rechtsfragen im Rahmen der Appellation faktisch die nämliche Prüfungsbefugnis zum Tragen kommt, die auch der Beschwerdeinstanz zusteht. Aus diesem Grund erscheint auch hier eine *Rechtsmittelkumulation* als *unzulässig*.

Fraglich bleibt, wie es sich verhält, wenn der betreffende Entscheid dem Kind eröffnet wurde, es mithin Gelegenheit hatte, ihn mittels Beschwerde oder Weiterziehung anzufechten, darauf jedoch verzichtete. Gemäss HAUSHEER/GEISER (S. 3) verzichtet das Kind bei Nichtergreifen des ihm gegen den Entscheid zustehenden Rechtsmittels endgültig auf den Anspruch auf Anhörung. Gleiches muss hinsichtlich des Antragsrechts auf Einsetzung eines Beistandes gelten. In Ermangelung von Anhaltspunkten dafür, dass der kantonale Verordnungsgeber diese (richtige) Auffassung der Lehre bei Abfassung des Verordnungstextes teilte, muss indessen während der begrenzten Gel-

112 Dazu das neue Kreisschreiben der Zivilabteilung des Obergerichts, Nr. 23 vom 12.11.1999.

113 Im Rahmen eines der oben genannten Rechtsmittelverfahren.

tungsdauer der EVO ZGB davon ausgegangen werden, dass das Kind mittels Appellation gegen das Scheidungsurteil sowohl die mangelnde Anhörung als auch die Nichteinsetzung eines Beistandes nachträglich wieder aufgreifen kann.

Es bleibt zu hoffen, dass der Gesetzgeber bei Überführung der EVO ZGB in die ZPO der Ordnung der Rechtsmittel besondere Aufmerksamkeit schenken und die durch «Notrecht» geschaffenen Unklarheiten, insbesondere die Doppelspurigkeit von Weiterbildungsmöglichkeiten, beseitigen wird.

1.5.3 Gemäss Art. 27 Abs. 2 EVO ZGB richtet sich die Appellation wegen Verletzung des Rechts auf Anhörung oder auf Einsetzung eines Beistandes «gegen das Urteil», was den Schluss nahe legen könnte, das Kind könne gegen den gesamten Inhalt des Scheidungsurteils appellieren. Aufgrund des Zwecks dieser Bestimmung – Ausbau der Rechte des Kindes in Bezug auf die seine Interessen betreffenden Punkte – ist jedoch eine Appellation *einzig* hinsichtlich derjenigen *Teile* des Urteils möglich, in denen Anordnungen getroffen werden, welche durch die Anhörung des Kindes oder die Einsetzung des Beistandes hätten beeinflusst werden können: Es betrifft dies die Zuteilung der elterlichen Sorge, die Regelung des persönlichen Verkehrs sowie allfällige Kindesschutzmassnahmen. Das Urteil ist dem Beistand bzw. dem Kind dann auch nur bezüglich dieser Punkte zu eröffnen (Art. 27 Abs. 1 EVO ZGB).

1.5.4 Der bernische Ordnungsgeber räumt im zweiten Satz von Art. 27 Abs. 2 EVO ZGB (vgl. Ziff. 1.5.1. b) dem urteilsfähigen Kind das Recht ein, das Urteil «bezüglich elterlicher Sorge, persönlichem Verkehrs und Unterhalt» anzufechten. Diese Formulierung wirft zahlreiche Fragen auf:

- Vorab ist anzumerken, dass nach dem Wortlaut dieser Bestimmung die dem Kind eingeräumte Weiterbildungsmöglichkeit einerseits weniger weit reicht als die des Beistandes, der auch gegen Kindesschutzmassnahmen appellieren kann¹¹⁴, andererseits aber *zusätzlich* den *Kindesunterhalt* umfasst, gegen dessen Festsetzung der Beistand kein Rechtsmittel einlegen kann.

114 Wobei es sich dabei um ein Versehen handeln könnte; vgl. die nicht weiter differenzierende Formulierung in Art. 27 Abs. 1 EVO ZGB.

- Nicht beantwortet bleibt alsdann die Frage, ob das Recht zur Appellation hinsichtlich elterlicher Sorge und persönlichem Verkehr¹¹⁵ *jedem* urteilsfähigen unmündigen, d.h. auch dem *verbeiständeten*, Kind zusteht. Anlass zur diesbezüglichen Unsicherheit gibt der Vortrag zu Art. 27 Abs. 1 EVO ZGB, wonach das Urteil «dem urteilsfähigen Kind *und* einem allfälligen Beistand»¹¹⁶ zu eröffnen ist. Indessen liesse sich eine derartige Befugnis nicht mit der dem Beistand vom Bundesgesetzgeber zuerkannten¹¹⁷ Rolle als *Prozessvertreter* des in Bezug auf die betroffenen Punkte nicht prozessfähigen Kindes¹¹⁸ vereinbaren. Ein eigenständiges rechtsverbindliches Handeln des Kindes *neben* dem Prozessvertreter ist *nicht möglich*. Daraus folgt, dass dem verbeiständeten Kind hinsichtlich der Zuteilung der elterlichen Sorge und des persönlichen Verkehrs kein Appellationsrecht zusteht.
- Schliesslich *verstösst* u. E. das dem urteilsfähigen Kind in Art. 27 Abs. 2, 2. Satz EVO ZGB eingeräumte Appellationsrecht hinsichtlich des *Unterhaltsanspruchs* gegen *Bundesrecht*, insbesondere gegen die Bestimmungen über die Handlungsfähigkeit und die Prozessfähigkeit sowie über die Vertretung des Kindes durch die Inhaber der elterlichen Sorge (Art. 304 ZGB), welche abschliessend bundesrechtlich geregelt sind¹¹⁹. Diese Auffassung beruht auf folgenden Überlegungen:
Unmündige, urteilsfähige Personen sind nur hinsichtlich ihrer höchstpersönlichen Rechte handlungs- und damit auch prozessfähig (Art. 19 Abs. 2 ZGB; sog. beschränkte Handlungsunfähigkeit¹²⁰). Unterhaltsansprüche – als Vermögensrechte –

115 Die von Art. 147 Abs. 2 ZGB abweichende Formulierung in Art. 27 Abs. 2 EVO ZGB («grundlegende Fragen des persönlichen Verkehrs» – «persönlicher Verkehr») dürfte u.E. keine materiell unterschiedliche Regelung bezwecken, da ein Grund hierfür nicht ersichtlich wäre. Vgl. auch die wiederum mit Art. 147 Abs. 2 ZGB übereinstimmende Formulierung in Art. 27 Abs. 1 EVO ZGB bezüglich der Urteilsöffnung.

116 Hervorhebung d.d.V.

117 Vgl. REUSSER, Stellung der Kinder, Rz. 4.88.

118 Anstelle der an sich zuständigen, jedoch im konkreten Fall befangenen Eltern.

119 Zur Prozessfähigkeit (als prozessualer Seite der zivilrechtlichen Handlungsfähigkeit) siehe VOGEL, 5. Kap. N 17, LEUCH/MARBACH/KELLERHALS, bzw. LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, Art. 35 N 1a.

120 Dazu u.a. VOGEL, 5. Kap. N 24 ff.

zählen *nicht* zu den *höchstpersönlichen* Rechten des unmündigen Kindes im Sinn von Art. 19 Abs. 2 ZGB¹²¹. Es kann diese Ansprüche mithin nur durch einen Vertreter geltend machen. Das Recht zur Vertretung des unmündigen Kindes steht grundsätzlich den Inhabern der elterlichen Sorge zu (Art. 304 ZGB). Das Bundesrecht regelt abschliessend, in welchen Ausnahmefällen eine Vertretung durch einen Beistand erforderlich ist. Ausnahmen (vgl. z. B. Art. 308 ZGB) sind vorgesehen, wenn die Inhaber der elterlichen Sorge ihre Aufgaben ungenügend wahrnehmen oder bei Bestehen eines möglichen Interessenkonfliktes. Im Rahmen der Neuregelung des Scheidungsverfahrens hat der Bundesgesetzgeber der Tatsache, dass Eltern im Scheidungsprozess nicht immer in der Lage sind, im wohlverstandenen Interesse des Kindes zu handeln¹²², durch Einführung der Prozessbeistandschaft i.S. einer Vertretung des Kindes im Prozess hinsichtlich *bestimmter Punkte* Rechnung getragen. *Bewusst* wurde dabei der Unterhaltsanspruch *ausgeklammert*¹²³. Dies bedeutet, dass das Kind bezüglich der Unterhaltsansprüche im Scheidungsverfahren von Bundesrechts wegen durch die Inhaber der elterlichen Sorge vertreten bleiben, was eine selbstständige Appellation des unmündigen, urteilsfähigen Kindes bezüglich Höhe und Dauer der Unterhaltsbeiträge *ausschliesst*. Unzulässig wäre insbesondere ein Ausweichen auf Art. 308 (oder gar 392 Ziff. 2) ZGB¹²⁴: Wohl sieht Art. 308 ZGB die Möglichkeit einer Verbeiständung des Kindes zur Wahrung seines Unterhaltsanspruches unter bestimmten Voraussetzungen vor¹²⁵. Diese Regelung bezieht sich indessen auf Fälle, für die der Bundesgesetzgeber die Aktivlegitimation des Kindes in unterhaltsrechtlichen Verfahren ausdrücklich fest-

121 Dazu BK-BUCHER, Art. 19 Rz. 254, REUSSER, Stellung der Kinder, Rz. 4.103.

122 Botschaft, Ziff. 234.104.1.

123 Botschaft, Ziff. 234.104.2, SPÜHLER, 46 oben, sodann auch ZGB-BREITSCHMID, Art. 308 N 8. Zur Erfüllung der Anforderungen der UNO-Kinderrechtskonvention durch die bisherige Regelung der Unterhaltspflicht siehe auch WOLF, 145, m.w.H. Anders dagegen die Regelung im Abänderungsverfahren, Art. 134 Abs. 2 i.V. mit 286 Abs. 2 ZGB; dazu REUSSER, Stellung der Kinder, Rz. 4.102.

124 Zur Frage, ob Art. 308 ZGB als *lex specialis* die Anwendung von Art. 392 ZGB ausschliesst vgl. ZGB-BREITSCHMID, Art. 308 N 8, sowie die dort zitierten Autoren.

125 Vgl. ZGB-BREITSCHMID, Art. 308 N 8, Art. 279 N 7.

schreibt (Art. 279, 286 ZGB)¹²⁶ – was im Rahmen der Scheidung gerade *nicht* zutrifft. Eine gegenüber der heutigen Praxis weitergehende Auslegung von Art. 308 ZGB (i.S. einer Anwendung auch auf die Unterhaltsfestsetzung im Scheidungsprozess) *verboten* sich mit Blick darauf, wie der Gesetzgeber die Aufgaben des Prozessbeistandes (bewusst) umschrieben hat.

2. Bezüglich anderer Urteilsgegenstände

2.1 *Anhörung der Kinder*

Der Entscheid einer Richterin, auf die Anhörung eines Kindes zu verzichten, ist als prozessleitende Verfügung auszufallen¹²⁷. Gegen eine prozessleitende Verfügung kann grundsätzlich kein Rechtsmittel ergriffen werden. Im Sinn einer Ausnahme lässt nun jedoch Art. 25 Abs. 3 EVO ZGB als «Notrechtsmittel» die Beschwerde gemäss Art. 374 ZPO im vorliegenden Fall ausdrücklich zu¹²⁸.

Zur Beschwerde legitimiert sind neben dem Kind auch dessen Eltern sowie ein allfälliger Beistand. Die Beschwerdefrist beträgt zehn Tage laufend ab Eröffnung des Entscheides (Art. 375 ZPO).

Ein bundesrechtliches Rechtsmittel steht nicht zur Verfügung¹²⁹.

2.2 *Einsetzung eines Beistandes*

Der Entscheid betreffend die Einsetzung oder Ablehnung der Einsetzung eines Beistandes stellt ebenfalls eine prozessleitende Verfügung dar¹³⁰. Er ist gemäss Art. 26 Abs. 1 EVO ZGB den Antragstel-

¹²⁶ Vgl. zu den Voraussetzungen sowie für Beispiele BK-HEGNAUER, Art. 279/280, Rz. 24, Art. 286, Rz. 61.

¹²⁷ Vortrag, zu Art. 25.

¹²⁸ Dazu sowie zum grundsätzlichen Ausschluss der Beschwerde gemäss Art. 374 gegen andere prozessleitende Verfügungen siehe LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, Bem. vor Art. 374, N 2c.

¹²⁹ Insbesondere kommt die in Hinweise BJ, 8 erwähnte Vormundschaftsbeschwerde hier nicht zur Anwendung; vgl. auch SPÜHLER, 67.

¹³⁰ Hinweise BJ, 9; HAUSHEER/GEISER, 3. Dagegen spricht der Vortrag, zu Art. 26, unzutreffenderweise von einem berufungsfähigen Endentscheid. Hier ist zu beachten, dass der revidierte Art. 44 lit. e OG die Errichtung einer Beistandschaft gemäss Art. 147 ZGB gerade nicht erwähnt.

lenden und den Parteien mitzuteilen. Der kantonale Gesetzgeber räumt in Art. 26 EVO ZGB – wiederum im Sinn einer Ausnahme – dem Kind¹³¹ und den Eltern, nicht aber der (antragstellenden) Vormundschaftsbehörde¹³² ein *ordentliches*¹³³ Rechtsmittel in Form der Weiterziehung an den Appellationshof (Art. 23a EGzZGB) ein, dies analog zu den Fällen des Entzuges der elterlichen Sorge (Art. 22 EGzZGB). Die Weiterziehung ist der Appellation nachgebildet, lässt aber im Gegensatz zu dieser eine *schriftliche Begründung* des Rechtsmittels zu, wie dies für die Appellation im Summarverfahren zutrifft (Art. 339 Abs. 3 ZPO).

Die Anfechtung des Entscheides über die Person des einzusetzenden Beistandes richtet sich nach Art. 388 ZGB¹³⁴.

V. Anwendung des neuen Scheidungsrechts auf die am 1.1.2000 hängigen Verfahren

1. Grundsatz

Das neue Scheidungsrecht wirkt sich für alle nach dem 1.1.2000 vor erster oder zweiter Instanz hängigen Verfahren aus (Art. 7b Abs. 2 SchlT). Rechtskräftige Scheidungsurteile bleiben hinsichtlich ihres Inhalts von der Reform unberührt. Ist ein Scheidungsurteil bezüglich einzelner Nebenpunkte in Rechtskraft erwachsen, bezüglich anderer jedoch noch angefochten, wird der Grundsatz der Teilrechtskraft dann und soweit durchbrochen, als eine Gesamtbeurteilung der noch hängigen und der bereits rechtskräftigen Punkte erforderlich ist (Art. 7b Abs. 2. Satz SchlT).

131 Bei Ablehnung seines Antrages; vgl. REUSSER, Stellung des Kindes, Rz. 4.94.

132 HAUSHEER/GEISER, Prozessuale Stellung, 3 unten. Anders, aber ohne weitere Erläuterung REUSSER, Stellung der Kinder, Rz. 4.94.

133 Dazu DIES., a.a.O.

134 Hinweise BJ, 9.

2. Ergänzung der Formalien, Parteibehauptungen und Beweismittel

Gemäss Art. 34 EVO ZGB hat das Gericht den Parteien in hängigen Verfahren eine Frist anzusetzen, um allfällige Änderungen ihrer Rechtsbegehren vorzunehmen. Im Einzelnen sind dabei folgende Fallvarianten denkbar:

2.1 *Bei Vorliegen einer Konvention*

2.1.1 Haben sich die Parteien bezüglich der Scheidung und ihrer Nebenfolgen bzw. der gemeinsamen Anträge bereits geeinigt und mit der Scheidungsklage eine Konvention eingereicht, hat das Gericht zu überprüfen, ob diese Unterlagen den Vorgaben für eine Scheidung auf gemeinsames Begehren entsprechen. Im Regelfall dürften Klage und Konvention als *gleichwertig* mit einem Gesuch nach Art. 111 angesehen werden, sofern sie die erforderlichen Angaben enthalten. Bei noch nicht vollständig durchgeführtem Schriftenwechsel entfällt daher insbesondere die Klageantwort. Sie kann u.E. durch eine einfache Erklärung des Beklagten, dem Scheidungsbegehren des Klägers und der eingereichten Konvention zuzustimmen, ersetzt werden. Allenfalls notwendige zusätzliche Erläuterungen können durch die Richterin im Rahmen der Verfügung, mit welcher ein Termin zur Anhörung angesetzt wird, angefordert oder aber in die erste Anhörung einbezogen werden.

2.1.2 Deckt die Konvention nicht alle zu regelnden Bereiche ab, ist den Parteien Gelegenheit zu deren *Ergänzung* oder, alternativ, zur Abgabe einer Erklärung darüber abzugeben, dass der betreffende Punkt durch das Gericht entschieden werden soll. Mangels Ergänzung oder entsprechender Erklärung ist das Verfahren als streitige Scheidung zu behandeln (dazu hinten, Ziff. 2.2).

2.1.3 Bereits durchgeführte Parteieinvernahmen dürften als gemeinsame Anhörung hinsichtlich der einbezogenen Punkte gelten. In jedem Fall nachzuholen sind die getrennte Anhörung der Ehegatten sowie die Anhörung der Kinder. Das Gericht hat sodann die allfälligen weiteren Massnahmen bezüglich der Kinder einzuleiten (vgl. Art. 24 EVO ZGB).

2.2 *Bei fehlender Einigung*

2.2.1 Haben die Parteien in einem am 1.1.2000 hängigen Scheidungsverfahren keine Einigung getroffen, kann dies entweder darauf zurückzuführen sein, dass sich eine Partei der Scheidung grundsätzlich widersetzt, oder darauf, dass sich die Parteien über gewisse Nebenfolgen der Scheidung nicht einig waren – wobei Letzteres gleichzeitig auch zu einem Widersetzen im Scheidungspunkt führen konnte.

2.2.2 Die Weiterführung des hängigen Verfahrens i.s. von Art. 111/112 ZGB ist unter diesen Umständen nur möglich, wenn beide Parteien innert gerichtlich bestimmter Frist ihren grundsätzlichen Scheidungswillen bekunden und gleichzeitig mindestens eine Teileinigung nachreichen. Gelingt dies nicht, ist die Scheidung als Streitiges Verfahren gemäss Art. 114/115 weiterzuführen¹³⁵ und den Parteien Gelegenheit zur Ergänzung der Tatsachenbehauptungen und Beweismittel im für diese Scheidungsgründe erforderlichen Rahmen zu geben. War die Trennungszeit gemäss Art. 114 ZGB bei Klageeinreichung nicht verstrichen und ist keine Unzumutbarkeit gegeben, dürfte der Kläger mit Vorteil – und de facto ohne Abstandsfolgen, vgl. dazu vorne, Ziff. III. 4.1.3 – seine Klage zurückziehen.

Literaturverzeichnis

I. *Gesetze*

E GestG: Entwurf Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen, gemäss Botschaft vom 18.11.1998 (Separatdruck, 98.067): in vorliegendem Aufsatz wird auf den E GestG abgestellt, wie in der Botschaft publiziert. Die Änderungen, die der bundesrätliche Vorschlag im Laufe der Behandlungen in den eigenössischen Räten (welche noch nicht abgeschlossen sind), erfahren hat, sind nicht berücksichtigt.

¹³⁵ Die Anwendung von Art. 113 ZGB ist nicht möglich, da ja bereits Klage erhoben wurde.

EVO ZGB: Bernische Verordnung betreffend die Einführung der Änderung des schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 26. Juni 1998 vom 27. Oktober 1999

UNO-Kinderrechtskonvention: Übereinkommen über die Rechte des Kindes vom 20. November 1989, iK 26.3.1997, SR 0.107

II. *Kommentare, Aufsätze*

BK-UCHER: EUGEN UCHER, Berner Kommentar, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band I, 2. Abteilung, 1. Teilband, Kommentar zu Art. 11–26 ZGB

BK-BÜHLER/SPÜHLER: KARL BÜHLER, KARL SPÜHLER, Berner Kommentar, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band II, 1. Abteilung, 1. Teilband, 2. Hälfte, zu Art. 137–158 ZGB

BK-HEGNAUER: CYRIL HEGNAUER, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band II, 2. Abteilung, 2. Teilband, Lieferung 2, Supplement zu Art. 270–275 ZGB/ Kommentar zu Art. 276–295 ZGB

LEUCH/MARBACH/KELLERHALS: GEORG LEUCH, OMAR MARBACH, FRANZ KELLERHALS, Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, 4. Aufl., Bern 1995

LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI: GEORG LEUCH, OMAR MARBACH, FRANZ KELLERHALS, MARTIN STERCHI, Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, 5. Aufl., *erscheint voraussichtlich im Februar 2000*

REUSSER, Scheidungsgründe: RUTH REUSSER, Die Scheidungsgründe und die Ehetrennung, in: Vom alten zum neuen Scheidungsrecht, Bern 1999

REUSSER, Stellung der Kinder: RUTH REUSSER, Die Stellung der Kinder im neuen Scheidungsrecht, in: Vom alten zum neuen Scheidungsrecht, Bern 1999

SCHWEIGHAUSER: JONAS SCHWEIGHAUSER, Kinderanwalt: Gravierende Mängel, plädoyer 1998, 24 ff.

SPÜHLER: KARL SPÜHLER, Neues Scheidungsverfahren, Zürich 1999

SUTTER-SOMM: THOMAS SUTTER-SOMM, Neuerungen im Scheidungsverfahren, in: Vom alten zum neuen Scheidungsrecht, Bern 1999

VOGEL: OSCAR VOGEL, Grundriss des Zivilprozessrechts, 6. Aufl., Bern 1999

WOLF: STEPHAN WOLF, Die UNO-Konvention über die Rechte des Kindes, ZBJV 134 (1998) 113 ff.

ZGB-Autor: Kommentar zum schweizerischen Privatrecht
(«Basler Kommentar»), Schweizerisches Zivilgesetzbuch I,
Art. 1–359 ZGB, Basel 1996

III. Andere

Botschaft: Botschaft zum Scheidungsrecht von 15. Dezember 1995, BBl
1996 I 1ff.

Hinweise BJ: Hinweise und Anregungen für die Vorbereitung der kanton-
alen Einführungsbestimmungen zur Änderung des ZGB (exkl.
Zivilstandswesen), Unterlage Bundesamt für Justiz, 20. Juli 1998

Kostenfragen BJ: Neues Scheidungsrecht: Kostenfragen, insbesondere
Kosten für die Vertretung des Kindes, Unterlage Bundesamt für
Justiz, 26. März 1999

Verfahrensfragen BJ: Unterlage Bundesamt für Justiz vom 24. März 1999
betr. verschiedene Verfahrensfragen

HAUSHEER/GEISER: HEINZ HAUSHEER/THOMAS GEISER, Zur prozessualen
Stellung betroffener Dritter, Unterlagen Tagung BJ vom 26. 3. 1999

Vortrag: Vortrag der Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion an den
Regierungsrat des Kantons Bern betreffend die Verordnung betref-
fend die Einführung der Änderung des Schweizerischen Zivil-
gesetzbuches vom 26. Juni 1998