



CEDAW-Leitfaden für die Rechtspraxis

Das Übereinkommen CEDAW und sein internationales Mitteilungsverfahren

Nützliches und Wissenswertes für die Anwaltspraxis

Ein Online-Tool der EKF: www.frauenkommission.ch > Publikationen

Teil 4 Modellbeispiele aus der Anwalts- und Gerichtspraxis

Modellbeispiel 7: Eherecht

Berechnung des hypothetischen Einkommens bei Trennung und Scheidung

Rechtliche Argumentation für die Praxis

Handlungs- pflichten für Be- hörden

Die CEDAW-Bestimmungen sind für die Schweizer Behörden verbindlich. Sie verpflichten Gesetzgebung und rechtsanwendende Behörden zu konkretem Handeln (vgl. dazu BGE 137 I 305, im Detail in Teil 5).

Anwendung im Einzelfall

Die CEDAW-Bestimmungen lassen sich, soweit sie als justiziabel gelten, im Einzelfall direkt vor den administrativen und gerichtlichen Behörden anrufen. Aber auch wenn die Gerichte und die Verwaltung eine direkte Anwendbarkeit der Bestimmungen verneinen, sind sie im Zuge der völkerrechtskonformen Auslegung eidgenössischer und kantonaler Normen (auf Verfassungs-, Gesetzes- und Verordnungsebene) zu beachten (vgl. dazu im Detail Teil 3 des Leitfadens). Präzisiert durch Allgemeine Empfehlungen und durch die Jurisprudenz des Ausschusses im Rahmen der Mitteilungsverfahren können sie wichtige rechtliche Argumente liefern, um die Verpflichtungen aus dem Diskriminierungsverbot im Einzelfall zu konkretisieren.

Die CEDAW-Staatenberichte und die Abschliessenden Bemerkungen des Ausschusses zu diesen Berichten können auch für die Argumentation in administrativen oder gerichtlichen Verfahren nützlich sein, im Besonderen, wenn es um den Nachweis struktureller Benachteiligungen bestimmter Gruppen von Frauen oder (indirekt) diskriminierender Praktiken geht.

Internationale Beschwerden

Schliesslich bietet das CEDAW-Mitteilungsverfahren eine Möglichkeit, gegen letztinstanzliche Entscheide von Schweizer Behörden beim Ausschuss «Beschwerde» (offizielle Bezeichnung: «Mitteilung») einzulegen. Allerdings bedarf es hier der sorgfältigen Abwägung mit anderen internationalen Rechtsschutzmöglichkeiten. In einigen Bereichen wird die Beschwerde an die EMRK im Vordergrund stehen (vgl. dazu Teil 6 des Leitfadens).

Bedeutung für die Praxis

Die Praxis der Schweizer Gerichte und Behörden bezieht sich nur in wenigen Einzelfällen ausdrücklich auf das Übereinkommen CEDAW. Es ist nicht

zu erwarten, dass sich diese Praxis rasch verändern wird. Eine zunehmende Anzahl von Anwältinnen und Anwälten verwendet aber das Übereinkommen zur Verstärkung der rechtlichen Argumentation in verschiedenen Rechtsgebieten. Zudem werden Anwältinnen und Anwälte, die für einen bestimmten Fall das individuelle Mitteilungsverfahren ins Auge fassen, von der ersten Instanz an mit CEDAW-Bestimmungen argumentieren müssen. Sonst besteht die Gefahr, dass der Ausschuss das Erfordernis der Erschöpfung des innerstaatlichen Instanzenzugs als nicht erfüllt betrachtet und deshalb die Mitteilung zurückweist, ohne sie materiell zu behandeln.

Konkrete Beispiele

Die 16 Modellbeispiele in diesem Teil zeigen Sachverhalte aus ausgewählten Rechtsbereichen der anwaltlichen Praxis. Mit Ausnahme der Beispiele 1, 3 und 8, die sich auf Bundesgerichtsentscheide beziehen, bauen die Beispiele auf fiktiven Sachverhalten auf. Sie skizzieren die anwendbaren schweizerischen Normen, verweisen auf die relevanten Bestimmungen des Übereinkommens und zeigen beispielhaft, wie die rechtliche Argumentation mit dem Übereinkommen aussehen kann. Sie sollen Anwältinnen und Anwälte darin unterstützen, das Argumentationspotential des Übereinkommens für ihre Arbeit konkret zu nutzen.

Inhalt

Modellbeispiel 1: Erwerbsleben: Zulässigkeit von Quoten

Modellbeispiel 2: Erwerbsleben: Ausschluss einer Bewerberin aus dem Anstellungsverfahren

Modellbeispiel 3: Erwerbsleben: Lohngleichheit

Modellbeispiel 4: Erwerbsleben: Sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz

Modellbeispiel 5: Erwerbsleben: Freistellung wegen Schwangerschaft

Modellbeispiel 6: Sozialversicherungsrecht: IV-Rentenberechnung aufgrund des hypothetischen Einkommens

Modellbeispiel 7: Eherecht: Berechnung des hypothetischen Einkommens bei Trennung und Scheidung

Modellbeispiel 8: Eherecht: Berechnung des familienrechtlichen Unterhalts, Mankoverteilung

Modellbeispiel 9: Eherecht: Aufbau der Altersvorsorge nach der Scheidung

Modellbeispiel 10: Eherecht: Aufteilung ehelicher Güter bei Scheidung

Modellbeispiel 11: Häusliche Gewalt: Schutzpflichten und Nachweis von Gewalt

Modellbeispiel 12: Häusliche Gewalt: Schutzpflichten für «Sans-Papiers»

Modellbeispiel 13: AusländerInnenrecht: Aufenthaltsrecht und Integration

Modellbeispiel 14: AusländerInnenrecht: Aufenthaltsrecht und berufliche Integration

Modellbeispiel 15: Frauenhandel: Schutz von Opfern von Frauenhandel

Modellbeispiel 16: Asylrecht: Geschlechtsspezifische Verfolgung

Alle Modellbeispiele als PDF:

www.frauenkommission.ch

> Publikationen > CEDAW-Leitfaden > Modellbeispiele

Modellbeispiel 7: Eherecht

Berechnung des hypothetischen Einkommens bei Trennung und Scheidung

Sachverhalt

Frau M. ist 59 Jahre, Herr M. 60 Jahre alt. Sie sind seit 29 Jahren verheiratet, kinderlos. Es kommt zur Trennung. Es ist klar, dass 2 Jahre später die Scheidung folgen wird. Die Eheleute M. lebten seit Jahren das Modell der Zuverdienstehe. Herr M. verdient rund Fr. 10'000 pro Monat. Nach rund 20 Ehejahren begann Frau M. mit einer Teilzeiterwerbstätigkeit von rund 30 Prozent. Sie ist Musiklehrerin, arbeitet rund 6 bis 9 Stunden pro Woche an zwei verschiedenen Schulen. Sie hat lange Arbeitswege. Jedes Semester werden je nach Anmeldung der Schülerinnen und Schüler die Wochenstunden festgelegt. Diese variieren zum Teil erheblich. Mit einer Erhöhung der Stundenzahl über das ihr bisher maximal Zugeteilte kann sie an beiden Schulen nicht rechnen. Frau M. befürchtet, aufgrund ihres Alters, ihrer Jahre zurückliegenden, heute nicht mehr anerkannten Ausbildung und ihrer eingeschränkten Berufserfahrung keine weiteren Verdienstmöglichkeiten in ihrem Beruf zu finden. In ihrem eher abgelegenen Wohnumkreis ist es zudem schwierig, private Schülerinnen und Schüler zu finden.

Frau M. erzielt derzeit ein Einkommen von rund Fr. 2'600 pro Monat. Ihre gesundheitliche Situation lässt grundsätzlich eine Erwerbstätigkeit über 50 Prozent nicht zu, was von Herrn M. im Verfahren anerkannt wird. Er argumentiert aber, sie könne ohne weiteres von den bisherigen 30 auf 50 Prozent aufstocken. Es liegen unbestritten bessere wirtschaftliche Verhältnisse vor.

Anwendbares Schweizer Recht

In Anwendung von Art. 176 ZGB in Verbindung mit Art. 125 Abs. 2 ZGB geht das erstinstanzliche Gericht davon aus, dass der Wiedereinstieg in das Erwerbsleben für Frau M. zumutbar ist und nimmt bereits im eheschutzrichterlichen Trennungsverfahren ein hypothetisches Einkommen an von Fr. 4'200 bei einer 50-prozentigen Erwerbstätigkeit. Frau M. erhält eine Übergangsfrist von 5 Monaten, bis einen Monat vor Beginn des nächsten Schulsemesters, um das Pensum an Schulen zu erweitern oder ihr Einkommen durch Privatunterricht zu erhöhen.

Ist mit einer Wiederaufnahme des gemeinsamen Haushaltes nicht mehr ernsthaft zu rechnen, sind laut Bundesgericht bei der Beurteilung der Frage der (Wieder-)Aufnahme oder Ausdehnung der Erwerbstätigkeit der Ehefrau die für den nachehelichen Unterhalt geltenden Kriterien von Art. 125 Abs. 2 ZGB mit einzubeziehen. Das gilt für das Verfahren für Vorsorgliche Massnahmen (für die Dauer des Scheidungsverfahrens), aber auch bereits für das Eheschutzverfahren nach Art. 176 ZGB (BGE 5A_62/2011).

Das bedeutet, dass die Beurteilung der gegenwärtigen und zukünftigen Eigenversorgungskapazität nach den Kriterien von Art. 125 Abs. 2 ZGB erfolgt. Diese Kriterien sind u.a. Alter, Ausbildung, Gesundheit, Arbeitsmarkt. Ist eine Ehefrau in einer langjährigen lebensprägenden Ehe nicht erwerbstätig, an die 50 Jahre alt (die frühere Rechtsprechung setzte die Grenze auf 45 Jahre) oder älter (im Zeitpunkt der Trennung, nicht der Scheidung), ist ihr der Einstieg in den Arbeitsmarkt nicht mehr zuzumuten. Diese Vermutung kann allenfalls im Einzelfall umgestossen werden. Das Bundesgericht wendet diese Regel meist nicht an, wenn die Ehefrau bereits vor der Trennung teilzeitlich erwerbstätig war (BGE 5A_319/2016). Das Alter sei bei Vorliegen einer Zuverdienstehe nicht oder nur in beschränktem Umfang zu berücksichtigen (BGE 5A_206/2010). So wurde die Ausdehnung der Erwerbstätigkeit bejaht bei Frauen zwischen 50 und 60 Jahren bei der Trennung. Das Bundesgericht prüft insbesondere, ob am Arbeitsplatz das Pensum der Erwerbstätigkeit erhöht werden kann. Ist das zu verneinen, wird die Ausdehnung eher als nicht zumutbar erachtet (u.a. BGE 5A_4/2011; 5A_340/2011). Die Erwerbstätigkeit der Frauen in diesen Fällen war zwischen 50 und 70%. Lag sie tiefer, wurde eher die Ausdehnung bejaht (BGE 5A_526/2014).

Auch die Arbeitsmarktlage ist zu berücksichtigen. Die erste Instanz hat die konkrete Situation für die 59-jährige Frau M. auf dem Arbeitsmarkt nicht wirklich geprüft. Diese Prüfung hat gemäss Bundesgericht im Detail zu erfolgen (u.a. BGE 5A_181/2017; 5A_311/2010; 5A_848/2010; 5A_515/2010; 5A_22/2010; 5C.171/2005). Indes greift das Bundesgericht nur in krassen Fällen in das Ermessen der Vorinstanzen ein, so dass sehr optimistische Arbeitsmarktprognosen, die in den vorinstanzlichen Urteilen häufig vorkommen, und die damit einhergehende Annahme eines zu hohen hypothetischen Einkommens bei Zuverdienstehen oft geschützt werden.

Argumentation mit CEDAW

Unter dem Titel der völkerrechtskonformen (und verfassungskonformen) Auslegung lassen sich **Art. 2** und **Art. 16 Abs. 1 lit. c CEDAW** zur Beurteilung der Zumutbarkeit einer Erwerbstätigkeit und der Höhe des hypothetischen Einkommens konkretisierend und ergänzend heranziehen.

Art. 16 Abs. 1 lit. c statuiert die Verpflichtung der Vertragsstaaten, für die Beseitigung von Diskriminierungen und für die Gewährleistung gleicher Rechte und Pflichten der Ehegatten in der Ehe und bei ihrer Auflösung zu sorgen. Auch die Allgemeine Empfehlung Nr. 29/2013 empfiehlt den Vertragsstaaten, bei der Regelung der wirtschaftlichen Folgen der Ehe den unterschiedlichen Beiträgen, welche die Ehegatten während der Ehe geleistet hatten, Rechnung zu tragen (N. 47). Dies spricht für eine differenziertere Argumentation:

- Lebten Eheleute in einer lebensprägenden langen Ehe in einer gemeinsam vereinbarten Rollenteilung, nämlich in einer Hausfrauen- oder Zuverdienstehe, welche den vollen Berufseinstieg mit 59 Jahren erheblich erschwert, ist es geschlechterdiskriminierend, wenn die mangelnde Weiterbildung und die Arbeitsmarktlage konkret zu

wenig berücksichtigt wird und der Ehefrau ein zu hohes hypothetisches Einkommen zugerechnet wird. Wohl wird immer wieder betont, dass grundsätzlich die konkreten Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen sind; in der Praxis wird dies jedoch oft nicht genügend differenziert.

- Gerade im Trennungsverfahren ist der Frage der Weiterbildung stärker Rechnung zu tragen. Dies bedeutet, dass es viel längere Übergangsfristen braucht, falls es der Ehefrau überhaupt zuzumuten ist, aufgrund der im Detail geprüften Arbeitsmarktlage die Erwerbstätigkeit auszudehnen. Im späteren Scheidungsverfahren ist die Sachlage dann erneut im Detail zu prüfen. Sollte sich die damalige Prognose als nicht zutreffend erweisen, muss die Trennungsregelung abgeändert werden. Eine zu kurze Übergangsfrist bis zur (Wieder-)Aufnahme / Ausdehnung der Erwerbstätigkeit vermag im Einzelfall als nicht völkerrechtskonform erscheinen.

Allgemeine Empfehlung Nr. 29/2013 zu Art. 16 CEDAW, Economic consequences of marriage, family relations and their dissolution, N. 43ff;
http://www2.ohchr.org/english/bodies/cedaw/docs/comments/CEDAW-C-52-WP-1_en.pdf

Vgl. auch die «**Views**» des Ausschusses zu Art. 2 und Art. 16 Abs. 1.lit. c, zitiert in Teil 6:

https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=3&DocTypeID=17

Impressum

CEDAW-Leitfaden für die Rechtspraxis. Das Übereinkommen CEDAW und sein internationales Mitteilungsverfahren. Nützliches und Wissenswertes für die Anwaltspraxis. Ein Online-Tool der EKF. Bern, erste elektronische Veröffentlichung 2012, letztmals aktualisiert 1. Januar 2019.

Herausgeberin: Eidgenössische Kommission für Frauenfragen EKF.

Erarbeitet von Dr. iur. Erika Schläppi, Rechtsanwältin, in enger Zusammenarbeit mit den Rechtsexpertinnen und Rechtsanwältinnen Dr. iur. Kathrin Arioli, lic. iur. Jeanne DuBois, lic. iur. Myriam Grütter, lic. iur. Christina Hausammann, lic. iur. Charlotte Iselin, Prof. Dr. iur. Regula Kägi-Diener, Dr. iur. Stephanie Motz, Dr. iur. Caterina Nägeli, DAS in Law Luzia Siegrist und Prof. Dr. iur. Judith Wyttenbach.

Veröffentlichung ausschliesslich auf: www.frauenkommission.ch > Publikationen
Verfügbar auf Deutsch und Französisch.