



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 8: Eherecht

Berechnung des familienrechtlichen Unterhalts, Mankoverteilung

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 8: Eherecht

Berechnung des familienrechtlichen Unterhalts, Mankoverteilung

Sachverhalt BGE 5A_767/2007. S. 6, Ziff. 5 = 135 III 66

Das Ehepaar S. heiratete im März 1994, die drei gemeinsamen Kinder wurden 1994, 1995 und 1997 geboren. Seit Juli 2006 leben die Eheleute getrennt. Das Obergericht des Kantons Aargau reduzierte in zweiter Instanz die vom Eheschutzrichter in erster Instanz festgelegten Kinderunterhaltsbeiträge für einige Monate mit der Begründung, die Beiträge in der erstinstanzlich festgelegten Höhe hätten zur Folge, dass der Kindsvater sein eigenes Existenzminimum nicht mehr decken könne. Damit wendete das Gericht das System der einseitigen Mankoüberbindung an, wie dies der bisherigen Praxis des Bundesgerichtes entspricht.

**Anwendbares
Schweizer
Recht**

Bei der Festlegung der Unterhaltsbeiträge (vorliegend für die drei eigenen Kinder, das gilt aber auch für die Rente an den anderen Ehegatten) ist zu prüfen, inwiefern der Unterhaltspflichtige überhaupt leistungsfähig ist. Es werden dabei die Kriterien von **Art. 125 Abs. 2 ZGB** angewendet. Reichen die beiden Einkommen für die Deckung der Bedürfnisse der Ehegatten und Kinder nicht aus, geht das Bundesgericht in ständiger Praxis davon aus, dass für alle familienrechtlichen Unterhaltskategorien (insbesondere der eheliche Unterhalt und der nacheheliche Unterhalt) dem Unterhaltspflichtigen immer das volle Existenzminimum zu belassen ist. Bei der Festlegung von Kinderunterhalt kann nur ausnahmsweise in das Existenzminimum eingegriffen werden. Die unterhaltsberechtignte Person (im vorliegenden Fall die Ehefrau, welche zusammen mit den Kindern lebt) hat das Manko allein zu tragen.

Das Bundesgericht befasste sich im erwähnten Urteil mit der Frage, ob Gründe für eine Praxisänderung vorliegen würden. Es räumt zwar ein, dass die Mankoteilung allenfalls der *ratio legis* besser entsprechen würde, aber gewichtige praktische Gründe für die Weiterführung des Systems der einseitigen Mankoüberbindung sprechen. Zum einen sei die Koordination der Fürsorgebehörden für die Deckung des verteilten Mankos schwierig; zum anderen ergäben sich im Falle des verteilten Mankos Schwierigkeiten im Stadium der Zwangsvollstreckung für den Fall des Ausbleibens der Unterhaltsbeiträge, was das Risiko von Doppelzahlungen durch die öffentliche Hand erhöhe.

Das Bundesgericht räumt ein, dass jener Ehegatte, der infolge der einseitigen Mankoüberbindung Fürsorgeleistungen in Anspruch nehmen muss, mit einem Rückforderungsanspruch des Gemeinwesens konfrontiert sein kann. Die Geltendmachung der Rückforderungsansprüche würde aber von den Kantonen unterschiedlich gehandhabt. In den meisten Fällen sei offen, ob die alimentenberechtignte Person dereinst über ausreichende Mittel ver-

fügen wird, damit sich dieser Rückforderungsanspruch überhaupt je realisieren könne. Dieser Anspruch des Gemeinwesens sei deshalb nicht praxisrelevant.

Das Bundesgericht prüft weiter, ob die einseitige Mankoüberbindung gegen das Verbot der Geschlechterdiskriminierung (Art. 8 BV) verstösst, verwirft das aber sogleich, «denn Ausgangspunkt ist unabhängig von der Art des Unterhalts die faktisch bestehende Versorgungslage. So kann ein Hausmann mit der gleichen Problematik konfrontiert sein und es stellt sich die Frage der Mankotragung auch bei der registrierten Partnerschaft, insbesondere aber beim Kindesunterhalt. Insofern sind die Ehegatten von der Verteilung des Mankos nicht in ihrer Funktion als Mann und Frau, sondern als unterhaltsverpflichteter und unterhaltsberechtigter Ehepartner betroffen.»

In der Botschaft zur Neuregelung des Kindesunterhaltsrechts hat der Bundesrat mit denselben Argumenten auf eine Änderung am geltenden Recht verzichtet (Botschaft 2013, BBl 2014, 560). Dem folgten die Räte. Das neue Kindesunterhaltsrecht gilt seit 2017, das Manko wird weiterhin einseitig dem unterhaltsberechtigten, kinderbetreuenden Elternteil auferlegt. Die Rechtsprechung wurde denn auch bestätigt (BGer 5A_553/2018 vom 2. Oktober 2018).

Argumentation mit CEDAW

Im Rahmen der völkerrechtskonformen (und verfassungskonformen) Auslegung lassen sich **Art. 2 und Art. 16 Abs. 1 lit. c CEDAW** (Gleichberechtigung in der Ehe und bei ihrer Auflösung) und Art. 8 Abs. 3 heranziehen:

- Das Bundesgericht argumentiert aufgrund eines formellen Diskriminierungsbegriffs. Auf den ersten Blick ist das Kriterium des Bundesgerichts geschlechtsneutral. Tatsache ist aber, dass es geschlechtsspezifisch ungleiche Auswirkungen hat. Es ist aufgrund der traditionellen Rollenverteilung überwiegend die Ehefrau, welche im Falle einer Trennung oder Scheidung weiterhin mit den Kindern zusammenlebt und als Unterhaltsberechtigte das Manko trägt. Sie muss Sozialhilfe beanspruchen, um ihr Existenzminimum und das der Kinder zu decken. Insofern wirkt sich die geschlechtsneutrale Regelung auf eine Geschlechtergruppe benachteiligend aus. Die Praxis des Bundesgerichts kommt einer indirekten Diskriminierung gleich und verstösst gegen Art. 8 Abs. 2 und 3 BV und Art. 16 Abs. 1 lit. c in Verbindung mit Art. 1 CEDAW, die auch materielle Diskriminierung verbieten.
- Das System der einseitigen Mankoüberbindung belastet ausschliesslich den unterhaltsberechtigten Ehegatten (wie erwähnt, meist die Ehefrau) mit der Rückzahlungspflicht für bezogene Sozialhilfeleistungen. Die Feststellung des Bundesgerichts, dies sei kaum praxisrelevant, verkennt die Tatsache, dass geschiedene Frauen im Laufe der Zeit durchaus ein Einkommen erzielen können, das über dem Existenzminimum liegt. Mit dem sinkenden Betreuungsauf-

wand für die älter werdenden Kinder wird von ihnen ja auch erwartet, dass sie eigenes Einkommen erwirtschaften. Die Frage der Rückzahlung der bezogenen Sozialhilfeleistungen kann somit durchaus aktuell werden. Im Übrigen wird bei Bezug von Sozialhilfegeldern die Erklärung verlangt, dass im Erbfall das Guthaben an das Gemeinwesen als abgetreten gilt – eine Regelung, welche infolge der einseitigen Mankoüberbindung nur den unterhaltsberechtigten Ehegatten (und damit meist die Frauen) belastet. Diese Praxis ist somit auch aus diesen Gründen als geschlechterdiskriminierend zu charakterisieren.

Die Allgemeine Empfehlung Nr. 29/2013 zu Art. 16 CEDAW betont im Übrigen, dass die wirtschaftlichen Vor- und Nachteile, die sich aus der Ehe und ihrer Auflösung ergeben, von beiden Ehegatten in gleicher Weise getragen werden sollen (N. 43ff, bes. N. 45). Die Argumentation kann sich auch direkt auf eine Empfehlung des Ausschusses an die Schweiz stützen: Er stellt in den Abschliessenden Bemerkungen 2009 zum Dritten Staatenbericht der Schweiz «mit Sorge fest, dass die im Vertragsstaat geltenden gesetzlichen Vorschriften zur Güterteilung bei einer Scheidung nicht genügend auf die unterschiedliche Situation der Ehegatten eingehen, die das Ergebnis der traditionellen Rollenverteilung im Berufsleben und in der Familie ist. Diese Rollenverteilung führt oft dazu, dass der Mann über ein erhebliches Humankapital und eine entsprechende Erwerbsfähigkeit verfügt, während bei Frauen das Gegenteil der Fall sein kann. Infolgedessen sind Ehefrauen nicht gleichermassen an den ökonomischen Folgen der Ehe und der Ehescheidung beteiligt...». Der Ausschuss empfiehlt der Schweiz konkret, das Scheidungsrecht entsprechend zu revidieren (N. 41-42). Auch in den Abschliessenden Bemerkungen zum Vierten/Fünften Staatenbericht empfahl der Ausschuss der Schweiz, Massnahmen zu ergreifen, um geschlechtsspezifische und wirtschaftliche Ungleichheiten nach der Scheidung («Mankofälle») zu kompensieren, eine schweizweite Regelung zur Mankoteilung in Ergänzung des Kinderunterhaltsrechts einzuführen und für die gleichmässige Verteilung der Einkommensminderung auf beide Elternteile zu sorgen (N. 49).

Vgl. die **Abschliessenden Bemerkungen des Ausschusses von 2016** zum 4./5. Staatenbericht der Schweiz, N. 48ff

https://www.humanrights.ch/cms/upload/pdf/170223_CEDAW_Empfehlungen_2016_inoffizielle_deutsche_Uebersetzung.pdf (nicht offizielle deutsche Übersetzung);

https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CEDAW/C/CHE/CO/4-5&Lang=En (in den sechs offiziellen UN-Sprachen)

Abschliessende Bemerkungen des Ausschusses von 2009 zum Dritten Staatenbericht der Schweiz

https://www.humanrights.ch/cms/upload/pdf/090820_CEDAW-Empfehlungen_2009_D.pdf (nicht offizielle deutsche Übersetzung);

https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CEDAW%2fC%2fCHE%2fCO%2f3&Lang=en (in den sechs offiziellen UN-Sprachen)

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

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

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

Vgl. auch: Christina Hausammann, Irene Grohmann, Josefin de Pietro, Die Regelung des Unterhalts nach Trennung oder Scheidung im Mangelfall – Hinweise aus menschenrechtlicher Sicht, Studie des SKMR zuhanden des Bundesamtes für Justiz, Bern 2014

http://www.skmr.ch/cms/upload/pdf/141009_Mankostudie.pdf

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 Wytttenbach.

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