

# **Gutachten zu Fragen des Internationalen Privat- und des Internationalen Zivilprozessrechts im Zusammenhang mit der Modernisierung des Familienrechts**

Ivo Schwander  
Prof. em. (Universität St. Gallen)  
Dr. iur., Dr. h.c., Rechtskonsulent Pestalozzi Rechtsanwälte, Zürich  
Heerstrasse 7, 8853 Lachen  
ivo.schwander@unisg.ch

Lachen, 25. Oktober 2013 (Ziffern D/III und E/II mit wenigen zusätzlichen Textteilen ergänzt am 3. April 2014)

## A. Gutachtensauftrag

Das vorliegende Gutachten soll Fragen des Internationalen Privatrechts und des Internationalen Zivilprozessrechts im Zusammenhang mit bereits beschlossenen und weiteren ins Auge gefassten Revisionen des schweizerischen Familienrechts prüfen – dies im Zusammenhang mit dem Postulat 12.3607 Fehr und in Berücksichtigung des Rechtsgutachtens „Familienrecht und gesellschaftliche Veränderungen“ von Frau Prof. Ingeborg Schwenzer (August 2013) und des „Gutachten[s] zur Modernisierung des Familienrechts in der Schweiz“ vom Schweizerischen Institut für Rechtsvergleichung, Lausanne (September 2013).

Die für die Schweiz verbindlichen Rechtssätze zum Internationalen Privatrecht (IPR) und zum Internationalen Zivilprozessrecht (IZPR) finden sich im Wesentlichen im Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) vom 18. Dezember 1987 (in Kraft seit 1.1.1989)<sup>1</sup> und im Staatsvertragsrecht, insbesondere in mehreren Haager Konventionen und in älteren, grossenteils in der zweiten Hälfte des 19. und in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts abgeschlossenen bilateralen Staatsverträgen. Das vorliegende Gutachten hat sich folglich damit auseinander zu setzen, ob diese Bestimmungen im Kontext des modernen Familienrechts noch zeitgemäss sind.

Andererseits ist der Frage nachzugehen, wie die in den beiden erwähnten Rechtsgutachten dargestellten familienrechtlichen Modernisierungstendenzen in Regeln zum internationalen Verhältnis (IPR/IZPR) umgesetzt werden könnten.

Leider kann diese Thematik in den gegebenen zeitlichen und personellen Ressourcenbegrenzung nicht umfassend behandelt werden; ich hoffe gleichwohl, die wichtigsten Aspekte mit folgenden Optiken bzw. in folgender Systematik zu erfassen:

- Grundsätze bei neuen Regelungen des IPR des Familienrechts, d.h. wenn es um die Bestimmung der anwendbaren Rechtsordnung und die Fremdrechtsanwendung geht (Teil B). Welches sind aus der Optik des Internationalen Privatrechts zeitgemässe Anknüpfungen im IPR des Familienrechts (vorerst unabhängig konkreter Reformprojekte)?
- Grundsätze bei neuen Regelungen des IZPR des Familienrechts, d.h. wenn es um die Festlegung der internationalen Gerichts- und Behördenzuständigkeiten, die Anerkennung und Vollstreckbarerklärung ausländischer Entscheidungen, Beweiserhebungen und weitere Verfahrens- und Rechtshilfefragen geht (Teil C). Auch in diesem Teil soll unabhängig konkreter Reformprojekte nach Reformbedarf aus der Sicht des Internationalen Zivilprozessrechts gefragt werden.
- Summarische Durchsicht der für die Schweiz verbindlichen Staatsverträge (Teil D): Welche heute für Schweizer Gerichte verbindlichen völkerrechtlichen Verträge, welche Familienrecht betreffen, sollten gekündigt werden? Welchen Konventionen in diesem Bereich sollte die Schweiz beitreten?
- Summarische Durchsicht der familienrechtlichen Bestimmungen des IPRG (Teil E). Welche Bestimmungen des schweizerischen IPR und IZPR zum Familienrecht haben sich nicht bewährt bzw. bedürfen der Korrektur oder Ergänzung?

---

<sup>1</sup> SR 291.

- Umsetzung neuer familienrechtlicher Regelungen und Institute in das IPR/IZPR (Teil F). Wie könnten neue familienrechtliche Institute oder Regelungen, wie sie im Gutachten von Frau Prof. Ingeborg Schwenzer und in demjenigen des Schweizerischen Instituts für Rechtsvergleichung thematisiert werden, im schweizerischen IPRG umgesetzt werden?

Selbstverständlich kann es sich dabei vorerst einzig um erste Beurteilungen bestehender bzw. erste Annäherungen an neue Bestimmungen handeln; insbesondere hängt eine Umsetzung neuer familienrechtlicher Institute ins IPR und IZPR wesentlich davon ab, wie die konkrete Ausgestaltung dieser Institute im künftigen schweizerischen Familienrecht aussehen wird; die Übersicht in den beiden zitierten Gutachten zeigt eine breite Palette möglicher Ausgestaltungen auf.

## **B. Grundsätze bei Neuregelungen des IPR des Familienrechts**

### **I. Kollisionsrecht und materiellrechtliche Wertungen; kein Vorrang der materiellen lex fori**

Insbesondere in den familienrechtlichen Bereichen erkennt man die modernem Privatrecht zugrunde liegende Spannungen, die in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts zu doktrinellen und rechtspolitischen Auseinandersetzungen geführt haben und hier nur kurz mit den Stichworten Wandel des Verhältnisses zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht, Primat des Verfassungsrechts und der Grundrechte im Rechtsstaat, Soziales Privatrecht, Betonung der Persönlichkeitsrechte des Individuums, Gleichstellung der Geschlechter, Betonung des Kindeswohls und der Interessen des Individuums vor den Familienbanden usw. umschrieben werden. Dieselben Brüche mit tradierten Rechtsvorstellungen sind – teilweise zeitlich schon vor den entsprechenden Entwicklungen im nationalen materiellen Privatrecht – im Internationalen Privatrecht wirksam geworden, in der IPR-Methodik mit besonderer Intensität seit den 70-er Jahren des 20. Jahrhunderts, dort etwa in der Terminologie rund um die Berücksichtigung materiellrechtlicher Interessen im IPR bzw. um die ergebnisbezogenen Anknüpfungen im Kollisionsrecht, das nicht mehr unabhängig vom konkreten Ergebnis an eine bestimmte Rechtsordnung anknüpfen soll<sup>2</sup>.

Angesichts der Tragweite von Werturteilen gerade im Familienrecht kommt auch das IPR bei der Bestimmung der auf einen Lebenssachverhalt mit Bezügen zu mehreren staatlichen Rechtsordnungen (wie Wohnsitz/Staatsangehörigkeit der beteiligten Personen) anwendbaren Rechtsordnung und bei der Anwendung der materiellen Rechtssätze der einen oder anderen Rechtsordnung nicht um die *Favorisierung oder Ablehnung von bestimmten Rechtsfolgen* aus materiellprivatrechtlichen Motiven herum. Dabei darf das IPR – das eine quasi überstaatliche Optik einzunehmen hat – aber nicht a priori eine bestimmte staatliche Rechtsordnung als solche begünstigen. In der kollisionsrechtlichen Methodik, wie sie im kontinentaleuropäischen Recht vorherrscht, geht das Gericht *zweistufig* vor.

---

<sup>2</sup> Vgl. z.B. IVO SCHWANDER, Der Wandel des Privatrechts und seine Rückwirkungen auf das Internationale Privatrecht, in: Schweizerisches Jahrbuch für Internationales Recht, Jubiläumsband XLV, Zürich 1989, S. 247 ff.; DERSELBE, Das internationale Familienrecht der Schweiz, unter besonderer Berücksichtigung des Entwurfs des Bundesrates vom 10.11.1982/1.2.1983 zu einem Bundesgesetz über das internationale Privatrecht, Habilitationsschrift, zwei Bände, St. Gallen 1985, S. 19 ff., 28 ff., 45 ff.

Ausgangspunkt des IPR ist die Gleichwertigkeit aller staatlichen Rechtsordnungen; das eigene materielle Privatrecht des zur Entscheidung zuständigen Gerichts (sog. materielle lex fori) hat in einem *ersten Rechtsfindungsvorgang* (bei der kollisionsrechtlichen Frage: *Welche staatliche Rechtsordnung ist auf das familienrechtliche Verhältnis, wie Ehe, Kindesverhältnis, Güterrecht usw. anwendbar?*) keinen Vorrang. Für die Anwendung des einen oder anderen staatlichen Familienrechts durch das zuständige schweizerische Gericht ist primär der Gesichtspunkt, zu welcher staatlichen Rechtsordnung die betroffene familiäre Gemeinschaft oder die hauptsächlich betroffene Person die engste Beziehung hat, massgeblich. Ob man innerhalb dieser so gefundenen staatlichen Rechtsordnung einen Rechtssatz findet und anwendet, der im Ergebnis zu einer im Einzelfall gerechten Konfliktlösung führt, unterliegt dann einer weiteren – wiederum einem Werturteil unterliegenden – Beurteilung durch das Gericht. Erst in diesem *zweiten Stadium der Rechtsfindung*, nämlich bei der *Anwendung der Rechtssätze des Familienrechts der Schweiz oder des ausländischen Staates, dessen Familienrecht nach unseren Kollisionsregeln anwendbar ist (Fremdrechtsanwendung)*, auf den einzelnen Lebenssachverhalt mit Berührung zu mehreren staatlichen Rechtsordnungen besteht die Möglichkeit der legitimen Bevorzugungen der Rechtsfolgen, die das eigene Recht aus übergeordneten, aber familien-gerechten Wertungen, wie Kindeswohl, kennt (z.B. Ausnahmeklausel des sog. ordre public, Art. 17 IPRG). Der Bereich des Familienrechts ist wohl derjenige Teil des Internationalen Privatrechts – sowohl was Gesetzgebung, Rechtsprechung und Lehre anbelangt –, in dem in diesem Rechtsfindungsvorgang am weitestgehenden Wertungen des Rechts des Gerichtsstaates durchgesetzt zu werden pflegen, bzw. Toleranz zu abweichenden Wertvorstellungen in fremden Rechtsordnungen am wenigsten geübt wird; jedenfalls weit weniger als z.B. im kommerziellen Vertragsrecht.

*Aufgabe des IPR ist es, ausgehend vom Grundsatz der Gleichwertigkeit aller Privatrechtsordnungen – denen die Privaten aufgrund der von ihnen zumeist nicht selbstgewählten Umständen, ihrem Wohnsitz, ihrer Zugehörigkeit zu einer Familie usw. unterstehen –, diejenige(n) staatliche(n) Rechtsordnung(en) zu bezeichnen und zur Wirksamkeit auch in allen anderen Staaten, die zu einer Gerichtsentscheidung zuständig sein werden, zu bringen, nach denen die hauptsächlich betroffenen Personen (hier: Eheleute, Angehörige der Lebensgemeinschaften, Kinder) effektiv leben bzw. im massgeblichen Zeitpunkt gelebt haben, und nach denen von ihnen erwartete Rechtswirkungen eintreten.*

Wenn es also zwar zutrifft, dass im modernen IPR auch materiell-privatrechtliche Werturteile (wie Kindeswohl, Gleichstellung der Geschlechter usw.) im zweiten Rechtsfindungsstadium ihren Platz haben, das IPR-Kollisionsrecht also nicht wertungsfrei und nicht blind für das schliesslich gefundene Ergebnis angewandt wird, so wäre es aber eine unzulässige Verkürzung des Gedankengangs, dem eigenen Privatrecht (sog. lex fori) bereits im ersten Rechtsfindungsstadium (beim Auffinden der grundsätzlich anwendbaren staatlichen Rechtsordnung) eine bevorzugte Stellung einzuräumen<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> Zu den entsprechenden grundsätzlichen Methodenproblemen des IPR-Kollisionsrechts, zur Rolle von materiellen Werturteilen im IPR, zur Rolle der lex fori im IPR sowie zum zweistufigen Vorgehen vgl. IVO SCHWANDER, Einführung in das internationale Privatrecht, Bd. 1: Allgemeiner Teil, 3. Aufl., St. Gallen 2000, S. 67 ff., 84 ff. 113 ff., 216 ff., 389 ff.

Dies aus mehreren Gründen:

- (a) Im Privatrecht eines freiheitlichen Rechtsstaats stehen der Respekt und die Autonomie der Privaten im Vordergrund. Ihre Persönlichkeitsrechte, ihre Lebenspläne und ihr Gestaltungswillen stehen im Zentrum des Privatrechts. Das bedeutet, dass die anwendbare staatliche Familienrechtsordnung nicht primär davon abhängen soll, in welchem Staat ein Gericht zur Entscheidung angerufen wird – sondern vielmehr, wo die familiären Beziehungen gelebt werden bzw. wurden, wo die Betroffenen wohnen bzw. gewohnt haben, allenfalls welche Rechtsordnung sie auf ihre familiären Beziehungen angewendet wissen wollen. Denn aus dieser Rechtsordnung, zu der die Privaten die engste Beziehung haben bzw. hatten, können die Regeln und Wertungen entnommen werden, nach denen sie effektiv leben bzw. gelebt haben und ihr Verhalten ausgerichtet haben.
- (b) Damit ist auch gesagt, dass bei Anwendung der Rechtsordnung, zu der die familiäre Gemeinschaft den engsten Bezug hat, anwendbare materielle Rechtsregeln einerseits und Erwartungen der Betroffenen andererseits näher beieinander liegen, und eine gerichtliche Beurteilung aufgrund der Rechtssätze dieser Rechtsordnung den real gelebten familiären Verhältnissen besser entspricht.
- (c) Der Rechtsgleichheitsgedanke spricht ebenfalls für eine Fremdrechtsanwendung, insoweit als die familiäre Beziehung qualitativ überwiegend in der fremden Rechtsordnung verankert war bzw. ist. Denn insoweit unterscheidet sich diese familiäre Beziehung eben gerade von überwiegend in der schweizerischen Gesellschaft und in der schweizerischen Rechtsordnung gelebten familiären Beziehung, und nur solche hat das schweizerische Familienrecht überwiegend im Auge. Wenn der schweizerische Gesetzgeber familiäre Beziehungen regelt, hat er primär Personen im Auge, die in der Schweiz unter den hiesigen gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen leben. Daher ist schweizerisches Familienrecht nicht a priori besser dazu berufen, Rechtssätze für familiäre Beziehungen mit überwiegenden Bezügen zum Ausland zur Verfügung zu stellen.
- (d) In einer weltweiten internationalen Gesellschaft der Privaten zählt jeder Staat auf die entsprechende Toleranz der anderen Staaten auch gegenüber seinem Privatrecht; die AuslandsschweizerInnen profitieren im erheblichen Masse ebenfalls von der entsprechenden Toleranz des IPR der Staaten in Asien, in Afrika, in Lateinamerika, wo auf sie vielfach aufgrund des Heimatrechtsprinzips schweizerisches Familienrecht angewendet wird oder ihnen eine Rechtswahl offen steht oder sie zumindest nicht zwingend einer ausschliesslichen Gerichtszuständigkeit in diesen Wohnsitzstaaten unterstehen. So wenden vom islamischen Recht geprägte Rechtsordnungen überwiegend auf (nicht dieser Religionsgemeinschaft angehörende) AusländerInnen deren Heimatrecht an. Würde jeder Staat sein Familienrecht strikte auf seinem Territorium durchsetzen, würden den in seinem Territorium lebenden AusländerInnen Wertungen aufgedrängt, die mit einem zeitgemässen Verständnis von Individualgerechtigkeit nicht mehr vereinbar wären.

- (e) Wo das genannte Prinzip – Anwendung derjenigen staatlichen Rechtsordnung, zu welcher die überwiegenden Bezüge bestehen – als alleiniger kollisionsrechtlicher Ausgangspunkt nicht zur Anwendung kommen kann, insbesondere weil qualitativ etwa gleichwertige Bezüge zu mehreren staatlichen Rechtsordnungen bestehen, ist im erwähnten ersten Rechtsfindungsvorgang ein weiterer kollisionsrechtlicher Schritt einzubauen: Evtl. können für verschiedene zeitliche Phasen des familienrechtlichen Verhältnisses auf einander folgend mehrere Rechtsordnungen angewendet werden, oder es werden für einzelne Rechtsfragen je verschiedene Rechtsordnungen angewendet, oder das Gericht entscheidet sich schliesslich trotzdem zur einheitlichen Anwendung einer einzigen staatlichen Rechtsordnung. Aber auch in einer solchen Konstellation gibt es keine sachlichen Gründe für eine bevorzugte Anwendung des eigenen Rechts.
- (f) Gerade die Diskussion um die Modernisierung des Familienrechts und die dafür vorgelegten zwei Rechtsgutachten von Frau Prof. Schwenzer und vom Schweizerischen Institut für Rechtsvergleichung zeigen, zu welcher unterschiedlichen Regelungen in den verschiedenen nationalen Familiengesetzgebungen die neuen gesellschaftlichen Herausforderungen geführt haben oder führen werden und wie offen die Diskussion in der Schweiz und in den umliegenden Staaten noch geführt wird. Wenn der Fokus der rechtspolitischen Diskussion in der Schweiz auf andere europäische oder westliche Staaten mit ähnlichen gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen beschränkt werden kann, so muss eine Regelung im IPR-Gesetz auch auf das Verhältnis zu weltweit allen Staaten ausgerichtet sein, und ebenfalls zu solchen, welche eine vergleichbare Modernisierung heute nicht anstreben. Auch schon allein die heutige Unsicherheit darüber, wohin sich das schweizerische Familienrecht bewegen soll, schliesst es aus, die Anwendung schweizerischen Rechts als regelmässige oder primäre Lösung familienrechtlicher Konfliktfälle mit Auslandsberührung vorzusehen.
- (g) Einwendungen gegen die Anwendung fremden Privatrechts zum Schutz von Grund- und Menschenrechten – wie etwa Vorrang des Kindeswohls vor elterlicher Entscheidungsbefugnis, Gleichstellung der Geschlechter, Recht auf Familienleben – kommen erst in der zweiten Rechtsanwendungsphase des IPR-Kollisionsrechts zum Zug. Dies mit gutem Grund: Grund- und Menschenrechte werden in aller Regel ebenfalls im fremden Recht respektiert und möglicherweise sogar teilweise weitergehend verwirklicht als in Anwendung des schweizerischen Familienrechts. Ist dies ausnahmsweise bei Anwendung fremden Rechts nicht der Fall, greift in der zweiten Rechtsanwendungsphase die Vorbehaltsklausel des sog. ordre public (Art. 17 IPRG), d.h. die mit den Grund- und Menschenrechten unvereinbare Rechtsfolge des fremden Rechts wird nicht angewendet und es wird innerhalb des fremden Rechts oder durch Anwendung des schweizerischen Rechts eine andere Rechtsfolge angeordnet. Die schweizerischen Gerichte sind zur Respektierung der Menschen- und Grundrechte aufgrund der EMRK und in Beachtung der Rechtsprechung des EGMR zur EMRK selbstverständlich ebenfalls im Rahmen der Anwendung des IPR-Gesetzes verpflichtet. Die Sorge um die Respektierung der Menschen- und Grundrechte kann also nicht als Argument dafür vorgebracht werden, dass in Fällen mit internationalen Bezügen die Anwendung schweizerischen Familienrechts favorisiert oder gar primär durchgesetzt werden müsse.

Ich gestatte mir, relativ ausführlich auf diesem Ausgangspunkt der kollisionsrechtlichen Überlegungen zu insistieren, weil das geltende IPR-Gesetz der Schweiz in relativ vielen Bestimmungen zum Scheidungsrecht primär an schweizerisches Recht anknüpft und auch neuere Revisionsvorschläge zur pauschalen Bevorzugung der materiellen *lex fori* neigen (zuletzt die Vorlage des Bundesrates vom 29. Mai 2013 zur Revision des Vorsorgeausgleich, nach welcher nicht nur die Scheidungsnebenfolge des Vorsorgeausgleichs bezüglich schweizerischer Vorsorgeguthaben<sup>4</sup>, sondern sogar die Scheidung als solche ausschliesslich schweizerischem Recht unterstehen sollte, dies unter Streichung der bisherigen Art. 60 Abs. 2-4 IPRG). Es ist zwar zuzugestehen, dass Scheidungs- und Eheschutzverfahren heute ein „Massengeschäft“ schweizerischer Gerichte bilden und Fremdrechtsanwendung einen gewissen Mehraufwand für die Gerichte mit sich bringt; aber in der Privatrechtsgesetzgebung darf die Reduktion der Arbeitsbelastung der Gerichte kein Argument darstellen: Im Vordergrund steht die individuell gerechte Beurteilung der Verhalten, Bedürfnisse und Erwartungen der betroffenen Personen, und in Fällen von Auslandsberührung geht es darum, diesen auch spezifisch wegen ihrer im Ausland gelebten familiären Beziehungen durch Fremdrechtsanwendung (oder zumindest durch die *Möglichkeit* der Fremdrechtsanwendung) gerecht zu werden. Wir erwarten und erhalten dieselbe vergleichbare Toleranz von Gerichten in anderen Staaten – eben aufgrund der dargestellten kollisionsrechtlichen Sicht.

## **II. Im IPR des Familienrechts zu bevorzugende Anknüpfungskriterien; spezifischere Anknüpfung an das Recht des Staates, in dem das Rechts- oder Lebensverhältnis effektiv gelebt wird bzw. gelebt wurde**

Bei der Bestimmung der anwendbaren staatlichen Rechtsordnung durch IPR-Kollisionsregeln (mit dem Ziel, diejenige Rechtsordnung zu finden, zu der die engste persönliche und sachliche Verbindung der in Frage stehenden Lebens- und Rechtsverhältnisse besteht) kommt es im Wesentlichen auf die Wahl des überzeugenden Anknüpfungskriteriums (sog. Anknüpfungsbegriff) an. Traditionellerweise knüpfen die IPR-Kollisionsrechte der kontinentaleuropäischen Staaten für familienrechtliche Verhältnisse an den Wohnsitz, den gewöhnlichen Aufenthalt und/oder die Staatsangehörigkeit der am Familienrechtsverhältnis beteiligten Personen oder der von der Klage hauptsächlich betroffenen Person in einem bestimmten Zeitpunkt (z.B. bei Eheschluss oder bei Eheauflösung, im Zeitpunkt der Geburt oder der Klage) an – so auch das schweizerische IPRG.

Das schweizerische IPRG von 1987 hat sich dort, wo es auf Verhältnisse bei natürlichen Personen ankommt, und insbesondere im Familienrecht m.E. zu Recht für eine *Bevorzugung des Kriteriums des Wohnsitzes und/oder des gewöhnlichen Aufenthalts vor demjenigen der Staatsangehörigkeit* entschieden. Dies entspricht weiterhin einer weltweit festzustellenden Tendenz – und diese führt damit zu vermehrter Anwendung derselben Rechtsordnung in den verschiedenen Staaten, unabhängig davon, in welchem Staat die Gerichtszuständigkeit besteht (sog. Entscheidungseinklang). Im Familienrecht rechtfertigt sich diese Anknüpfung speziell auch damit, weil regelmässig die familiäre Beziehung konkret im gemeinsamen Wohnsitz- oder Aufenthaltsstaat gelebt wird<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> Vgl. Kritik daran von GIAN PAOLO ROMANO, *Le sort international des avoires de prévoyance professionnelle à la suite de démariage : réflexions à l'occasion d'une réforme*, in: SZIER/RSDIE 2013, S. 351 ff., spez. S. 393 ff.

<sup>5</sup> Vgl. SCHWANDER, *Internat. Familienrecht (FN 2)*, S. 82 ff.

Die mit diesen Anknüpfungskriterien verbundenen *praktischen Probleme und untergeordneten Nachteile* – wie einseitige Veränderbarkeit der Wohnsitzverhältnisse, Beweisprobleme bei der Feststellung des Zeitpunktes der Aufgabe des einen und der Begründung des anderen Wohnsitzes bzw. Aufenthalts, Rolle des Willensmoments bei Kindern/Jugendlichen und bei möglicherweise dementen Personen usw. – sind bekannt und werden im Allgemeinen von der Rechtsprechung gut gemeistert. Selbstverständlich käme es der Rechtsprechung entgegen, wenn das Gesetz vermehrte Anhaltspunkte geben könnte; insbesondere sollte das IPR-Gesetz dort, wo es dies bisher unterlassen hat, den für die *Fixierung des Wohnsitzes bzw. Aufenthalts massgeblichen Zeitpunkt* genauer bestimmen.

Ernsthaft zu erwägen wäre m.E. eine weitere Abschwächung oder Ergänzung – soweit es sie gibt – der Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit durch die *Anknüpfung an den bisherigen (früheren) Wohnsitz und/oder bisherigen (früheren) gewöhnlichen Aufenthalt der hauptsächlich betroffenen Person oder der Parteien*. Dort, wo das IPRG alternativ neben dem aktuellen Wohnsitz oder Aufenthalt einer Partei auch an die Staatsangehörigkeit dieser Partei anknüpft, wäre es m.E. sachgerechter oder zumindest ebenso sachgerecht, alternativ an frühere Wohnsitze oder Aufenthalte der Partei anzuknüpfen, insbesondere soweit betroffene familiäre Rechts- oder faktische Lebensverhältnisse damals schon bestanden hat. In einer auf Mobilität ausgerichteten Gesellschaft muss dem Umstand vermehrt Rechnung getragen werden, dass Wohnsitzveränderungen häufiger vorkommen bzw. sogar von der international ausgerichteten Wirtschaft gefordert werden. So erstaunt es nicht, dass die demnächst in Kraft tretende EU-Erbrechtsverordnung in manchen Bestimmungen nicht nur auf den gewöhnlichen Aufenthalt des Erblassers im Zeitpunkt seines Todes (sog. letzter Wohnsitz), sondern auch auf denjenigen in einem anderen Staat in den Jahren zuvor abstellt<sup>6</sup>. Erst recht liegt es bei familienrechtlichen Rechts- und Lebensverhältnissen – die sich regelmässig schon in einem äusserlich wahrnehmbaren Zusammenleben manifestieren – nahe, auch durch bewegliche Anknüpfungen, Beachten von Statutenwechseln und eben Anknüpfungen alternativ oder subsidiär an Wohnsitzverhältnisse in den Jahren zuvor anzuknüpfen und damit die (in- oder ausländische) Rechtslage, wie sie vor Jahren bestanden hatte, mit zu beachten.

Das bisherige IPR des Ehegüterrechts knüpft an den aktuell bestehenden gemeinsamen bzw. an den zuletzt im selben Wohnsitzstaat bestanden Wohnsitz bzw. gewöhnlichen Aufenthalt der am Rechtsverhältnis Ehe beteiligten Personen an (Art. 54 Abs. 1 IPRG; ähnlich bezüglich des auf allgemeine Ehwirkungen anwendbaren Rechts: Art. 48 Abs. 1 und in der Rechtsprechung Art. 48 Abs. 2 IPRG). Diese Anknüpfung ist mit der Idee verknüpft, dass eheliches Güterrecht und Bestimmungen über die allgemeinen Ehwirkungen das Verhalten der Eheleute während der Dauer ihrer Rechts- und Lebensbeziehungen beeinflussen: Die am Rechts- oder Lebensverhältnis beteiligten Personen richten sich nach diesen Rechtsregeln und sie leben auch, was ihr Verhältnis zu Drittpersonen anbelangt, nach diesen Rechtsnormen am Ort – zumindest solange sie dort ihre Beziehung leben. Ihr Verhalten nachträglich (z.B. im Zeitpunkt der Scheidung) nach einer anderen Rechtsordnung zu beurteilen, erscheint nicht „fair“.

---

<sup>6</sup> Verordnung (EU) Nr. 650/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. Juli 2012 über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen und die Annahme und Vollstreckung öffentlicher Urkunden in Erbsachen sowie zur Einführung eines Europäischen Nachlasszeugnisses, ABl. L 201/107 vom 27. Juli 2012; dort insbesondere Gründe (23)-(25), Art. 10 (1) b, Art. 21 (2). Diese Verordnung wird am 17. August 2015 in Kraft treten.



Dieser Ansatz sollte m.E. *de lege ferenda* weiter entwickelt werden: *Insoweit es im Familienrecht um den Bestand und die Auflösung der rechtlichen – oder bei rechtlich nicht anerkannten Lebensgemeinschaften bzw. Beziehungen: der real gelebten – Relation von mehreren Personen geht, sollte das IPR die Rechtsordnung des Staates zur Anwendung bringen, in dessen Territorium die Rechts- oder tatsächliche Lebensgemeinschaft effektiv gelebt wird bzw. gelebt wurde.* Dies kann dazu führen, dass das Schweizer Gericht, das über die Auflösung eines zuerst im Ausland begründeten Rechts- oder Lebensverhältnisses zu entscheiden hat, ein im schweizerischen ZGB noch nicht rechtlich anerkanntes Rechtsverhältnis (z.B. gleichgeschlechtliche Ehe, eingetragene Partnerschaft zwischen Frau und Mann) nach den Rechtsregeln des ausländischen Rechts aufzulösen hat, oder dass es ein im Ausland bestandenes Lebensverhältnis (nichteheliche Gemeinschaft) nach den ausländischen Rechtsregeln zu liquidieren hat, welche z.B. gesetzliche Forderungen oder Hausratzuteilungen kennen. Da das schweizerische ZGB Statusverhältnisse restriktiv zulässt (Ehe, eingetragene Partnerschaft einzig für gleichgeschlechtliche Partnerschaften), kommt es kaum zu umgekehrten Wertungsdiskrepanzen (nämlich dass nach Zuzug der Personen in die Schweiz hier ihre Lebensbeziehung plötzlich eine mit Rechtsansprüchen ausgestattete Rechts- oder Lebensbeziehung würde). Hingegen müsste die hier vorgeschlagene Anknüpfungsregel mit einer Kollisionsregel ergänzt werden für die Konstellationen, in denen eine solche Paarbeziehung über z.B. drei weitere Jahre in der Schweiz fortlaufend gelebt wird; z.B. dass dann ein solches Paar, das eine nach ZGB nicht anerkannte Lebensgemeinschaft in der Schweiz fortführt, eine opt-in oder opt-out-Erklärung gegenüber dem schweizerischen Recht abgeben kann, widrigenfalls fremdes Recht weiter auf ihre Lebensbeziehung anwendbar bleibt bzw. neu auf sie schweizerisches Recht zur Anwendung kommt (oder aber eine zeitliche Aufspaltung der Rechtswirkungen erfolgt). Führt die Schweiz hingegen im ZGB künftig weitergehend rechtlich anerkannte Statusbeziehungen oder mit Rechtsansprüchen ausgestattete Realbeziehungen ein, könnte für Zuzüger aus Staaten, die diese noch nicht kennen, eine spezifische Statutenwechselregel ins IPRG eingefügt werden.

Die Anknüpfung an das Recht des Staates, in dem die Rechts- oder Lebensbeziehung tatsächlich gelebt wird bzw. wurde, weist diverse Vorteile auf: Vor allem denjenigen der Übereinstimmung der faktischen Verhaltensweisen und Erwartungen der beteiligten Personen, die sich an den rechtlichen und gesellschaftlichen Normen des Staates orientieren, in dem sie ihr Verhältnis effektiv (auch im Verhältnis zu Drittpersonen) leben; sodann denjenigen des beweismässig in der Regel einfach fixierbaren Orts der Lebensbeziehung (gerade faktische Lebensgemeinschaften werden real in einer bestimmten Stadt usw. gelebt); vor allem überwindet man dabei das Problem des „Rechtsgefälles“ in der Anerkennung verschiedener rechtlicher Beurteilungen von Lebensgemeinschaften: Eine Lebensgemeinschaft ist mit denjenigen Rechtsansprüchen ausgestattet, die ihr dort zukommen, wo sie gelebt wird (inkl. mit dem Haushalt verbundenen Rechten und Pflichten auch gegenüber Dritten, inkl. Solidarhaftung, Versicherungsverhältnissen). Solange das schweizerische Recht Rechtsansprüche bei Auflösung nichtehelicher Gemeinschaften weitgehend verweigert, kann auch nicht gesagt werden, diese Anknüpfung – soweit sie fremdes Recht zum Zuge kommen lässt – lasse den schwächeren Teil einer nicht rechtlich anerkannten Gemeinschaft schutzlos; im Gegenteil anerkennt sie immerhin solche Ansprüche nach fremdem Recht, soweit solche dort überhaupt bestehen<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> Eheähnliche (z.B. mehr als fünfjährige) Konkubinate begründen immerhin nach einer erheblichen Anzahl von Rechtsordnungen vermögensrechtliche Ansprüche, z.B. in Staaten von Ex-Jugoslawien.

Andererseits wird die Ordre public-Klausel (Art. 17 IPRG) gegenüber ausländischen Rechtsordnungen, die eine langjährige Konkubinatspartnerin auch unter krass ungerechten Umständen leer ausgehen lässt, erst greifen können, wenn auch das materielle schweizerische Recht (allenfalls im OR oder in der Rechtsprechung zum OR, wenn ein familienrechtlicher Charakter der nichtehelichen Gemeinschaft weiterhin vermieden werden sollte) Rechtsansprüche aus Lebensgemeinschaft klar reguliert bzw. regelmässig zuspricht.

## **C. Grundsätze bei Neuregelungen des IZPR des Familienrechts**

### **I. Internationale Entscheidungszuständigkeiten**

Soweit eine staatsvertragliche Regelung fehlt, bestimmt jeder Staat selbständig, unter welchen tatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen (wie z.B. Wohnsitz der beklagten Partei im Zeitpunkt der Einreichung der Klage) seine Gerichte zur Entscheidung über eine gerichtliche Klage oder seine Behörden zur Beschlussfassung zuständig und verpflichtet sind (sog. direkte internationale Gerichtszuständigkeit, Entscheidungszuständigkeit). In der Schweiz befinden sich die einschlägigen Bestimmungen im IPRG von 1987, z.B. in Art. 46 f., 51, 59 f., 66 f., 79 f. IPRG.

Dass die Bestimmungen über die Entscheidungszuständigkeit – z.B. Art. 59 IPRG – primär auf Wohnsitzverhältnisse der Prozessparteien im Zeitpunkt der Klageanhängigmachung, evtl. im Zeitpunkt der Klagebeurteilung abstellen (und nicht, wie dies von mir unter B/II vorstehend de lege ferenda befürwortet wird: Anknüpfung an das Recht des Staates, wo das Rechts- oder Lebensverhältnis gelebt wird bzw. wurde), entspricht der Tradition des Prozessrechts und muss m.E. nicht zwangsläufig geändert werden, selbst wenn man meinem Vorschlag der Anknüpfung des anwendbaren Rechts gemäss Ziffer B/II bezüglich der kollisionsrechtlichen Anknüpfung (anwendbares Recht) vorstehend folgen sollte. Die Gerichtszuständigkeit an ein Attribut einer Partei (Klägerin oder Beklagte) allein anzuknüpfen, ist nicht systemwidrig, geht es ja im Prozessrecht um die Frage, zu welchem Gerichtsstand die eine oder andere Partei nahe genug steht, dass ihnen die Prozessführung vor diesem Forum zumutbar ist.

Bereits heute bestehen erhebliche Unterschiede der Familienrechtsordnungen (insbesondere in der Beurteilung von eingetragenen Partnerschaften und nichtehelichen Gemeinschaften sowie in Fragen der Kindesadoption und künstlicher Nachkommenschaft) und weitere werden im Zuge der Modernisierung des Familienrechts in den europäischen Staaten hinzukommen. Es ist somit in zunehmendem Masse damit zu rechnen, dass sich Parteien den ihnen „günstigeren“ Gerichtsstand zu erkämpfen (sog. forum shopping oder forum running) suchen. Derartige Kompetenzkonflikte sollten m.E. in diesen werturteilssensiblen Materien und überhaupt im Familienrecht, wo zumeist auch Kinder involviert sind, möglichst vermieden werden. Im kontinentaleuropäischen Zuständigkeitsrecht gilt als Grundregel, dass das zeitlich zuerst angerufene Gericht allein zur Entscheidung zuständig ist und das in einem anderen Staat im Verhältnis unter denselben Parteien in derselben Sache später angerufene Gericht das Verfahren zu sistieren bzw. gegebenenfalls einzustellen hat (vgl. z.B. Art. 9 des schweizerischen IPRG).

Die allein auf das Kriterium der zeitlichen Priorität abstellende Kompetenzzuteilungsregel (Art. 9 IPRG) ist im den meisten Bereichen des kommerziellen Verkehrs praktikabel, m.E. aber im Gebiet des Familienrechts nicht sachgerecht, ja nicht einmal praktikabel. Nicht sachgerecht ist sie, weil es bei familienrechtlichen Streitigkeiten oft nicht um Zwei-, sondern um Mehrpersonenkonflikte geht, insofern in Ehekonflikten auch Interessen der Kinder zu wahren sind, und in Kindesrechtsstatus- oder Kindesrechtswirkungen ohnehin oft mehrere „Elternteile“ direkt oder indirekt in der Verantwortung stehen. Vor allem stehen sich auch oft nicht dieselben Arten von Interessen und Klagen gegenüber bzw. können dieselben Beziehungsprobleme von der einen Partei zum Gegenstand einer Klage auf Auflösung der bestehenden Beziehung (Ehe, eingetragene Partnerschaft, Auflösung des gemeinsamen Haushalts) und von der anderen Partei zum Gegenstand einer Klage auf Leistung oder Unterlassung (Zahlung, Kontaktrechte) gemacht werden; stellt man für die Zuständigkeit allein auf die unterschiedliche Natur der Klage ab, kann es trotz der erwähnten Regel der prioritären Rechtshängigkeit zu Verfahren in zwei verschiedenen Staaten kommen, obgleich die Streitgegenstände inhaltlich eng zusammenhängen – und somit zu materiell gegensätzlichen oder zumindest teilweise zu Urteilen, die nicht ohne Widerspruch umgesetzt werden können.

Diese Problematik wird sich verschärfen, wenn z.B. im einen Staat Anreize dazu geschaffen werden, Ehen allein aufgrund eines Zeitablaufs von sechs Monaten Trennungszeit vor einer Verwaltungsbehörde einseitig auflösen zu lassen, oder andere rechtsvergleichend gesehen für eine bestimmte Minderheit besonders attraktiv ausgestaltete Lebensgemeinschaftsformen offeriert werden. Im Allgemeinen ist es denjenigen Staaten, die mit der Modernisierung oder Liberalisierung des Familienrechts vorangehen, bewusst, dass sie Anreize für ein forum running setzen, und beschränken ihre eigene Entscheidungszuständigkeit stark (meist auf Personen, die in ihrem Territorium wohnen bzw. diese Lebensgemeinschaft dort leben). Sollte die schweizerische Familiengesetzgebung im einen oder anderen Punkt ebenfalls mit Modernisierungen oder Liberalisierungen vorpreschen, wäre ebenfalls zumindest auf absehbare Jahre hinaus an eine eher restriktive Entscheidungszuständigkeitsregelung zu denken, sofern sich diese Neuerung nicht mit einem weitergehenden Menschen- oder Grundrechtsverständnis begründen lässt.

Diese zwei Ansätze könnte man z.B. wie folgt konkretisieren:

- (a) Man könnte daran denken, Art. 9 IPRG mit einem Absatz 4 zu ergänzen: „In familienrechtlichen Angelegenheiten kann das angerufene schweizerische Gericht mit dem ausländischen Gericht, bei dem die Klage zuerst oder später anhängig gemacht worden ist, eine vom vorstehenden Absatz 1 abweichende Vereinbarung über die Zuständigkeit der Gerichte bzw. die Reihenfolge der von ihnen zu erlassenden (Teil-)Entscheidungen treffen.“ In einem weiteren, neuen Artikel, der generell (nicht nur in familienrechtlichen Angelegenheiten) dem IPRG hinzuzufügen wäre, sollte m.E. die gesetzliche Grundlage dafür geschaffen werden, dass schweizerische Gerichte befugt sind, mit ausländischen Gerichten Koordinations- und Kooperationsgespräche zu führen, mit denen gegenseitige Rechtshilfe abgesprochen, Streit- und Beweisverfahrensgegenstände in zusammenhängenden Verfahren aufgeteilt und Verfahrensschritte festgelegt werden. Den Parteien ist rechtliches Gehör zu gewähren. Die Ergebnisse dieser Absprachen müssen als selbständig anfechtbare Zwischenentscheidungen den Parteien eröffnet werden (Regelung in ZPO und Bundesgerichtsgesetz).

(b) Die Anknüpfungen, die in familienrechtlichen Angelegenheiten zu einer schweizerischen Entscheidungszuständigkeit führen, könnten wie folgt restriktiver umschrieben werden: Anstatt dass alternativ an Wohnsitz, gewöhnlichen Aufenthalt und Staatsangehörigkeit aller am familienrechtlichen Verhältnis beteiligten Personen angeknüpft wird (wie dies bei vielen Zuständigkeitsbestimmungen des IPRG im Ehe- und Kindesrecht formuliert ist), könnte grundsätzlich restriktiver die primäre Zuständigkeit in der Schweiz davon abhängig gemacht werden, dass das Lebens- oder Rechtsverhältnis, um das es im Rechtsstreit geht (Ehe, eingetragene Partnerschaft, usw.) im Zeitpunkt der Klageeinleitung in der Schweiz gelebt wird (Haushalt) oder in einem früheren Zeitpunkt gelebt worden ist. (Subsidiäre schweizerische Zuständigkeit, wenn im Ausland eine Klage nicht möglich oder zumutbar ist, vorbehalten.) Dort, wo die Beziehung aktuell bzw. zuletzt gelebt worden ist, liegt sozusagen der natürliche Gerichtsstand für alle Klagen, die sich daraus ableiten: sowohl Auflösungsklagen als auch Forderungs-, Herausgabe-, Wohnungsüberlassungs- und Vermögensteilungsklagen usw. Die vorhin erwähnten Koordinations- und Kooperationsgespräche der schweizerischen Gerichte sollen somit allenfalls auch dazu dienen, die anderwärts geltend gemachten isolierten Leistungs- und Unterlassungsklagen am „natürlichen“ Gerichtsstand – gleichgültig ob er konkret im In- oder im Ausland liegt – zu konzentrieren. Vereinzelt Ansätze in diese Richtung dazu gibt es sogar schon im Staatsvertragsrecht (Art. 5 Nr. 2 des Lugano Übereinkommens<sup>8</sup>; Art. 10 Haager Kinderschutzübereinkommen<sup>9</sup>).

## II. Anerkannte (sog. indirekte internationale) Zuständigkeiten

Das IPRG regelt zu den einzelnen Materien jeweils auch die sog. indirekte internationale oder vereinfacht gesagt: anerkannte Zuständigkeit (vgl. z.B. Art. 50, 58, 65, 70, 84 IPRG). Diese Bestimmungen bezeichnen denjenigen Staat, dessen Urteile die Schweiz in der betreffenden Materie anerkennt und vollstreckt.

Im Allgemeinen geht das schweizerische IPRG in der Bereitschaft, ausländische Entscheidungen zu anerkennen und zu vollstrecken, tendenziell eher weiter, als dies ausländische Gesetzgebungen tun.

Im Bereich des Eherechts (bzw. des Rechts der Lebensbeziehungen unter Erwachsenen) kann man sich fragen, ob man – analog zu dem vorhin zu den Entscheidungszuständigkeiten Gesagten – auch bei den anerkannten Zuständigkeiten an die Stelle der Alternativen Wohnsitz/gewöhnlicher Aufenthalt/Staatsangehörigkeit beteiligter Personen vermehrt den Ort der bisher oder aktuell gelebten Lebens- oder Rechtsbeziehungen treten lassen will. Für Leistungsurteile – insbesondere Unterhaltsentscheide – könnte man im IPRG zusätzlich dieselben Anknüpfungen übernehmen, wie sie im Verhältnis unter den Vertragsstaaten das Lugano Übereinkommen und das Haager Unterhaltsvollstreckungsabkommen vorsehen.

Bezüglich Kindesrecht genügen m.E. einerseits Art. 85 Abs. 1 und 4 IPRG und andererseits der bisherige Art. 84 IPRG sowie die eben genannte Spezifizierung bezüglich Leistungsurteile (wie für Erwachsene).

---

<sup>8</sup> Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 30. Oktober 2007, SR 0.275.12.

<sup>9</sup> Haager Übereinkommen über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung, Vollstreckung und Zusammenarbeit auf dem Gebiet der elterlichen Verantwortung und der Massnahmen zum Schutz von Kindern (HKsÜ) vom 19. Oktober 1996 (SR 0.211.231.011).

## **D. Summarische Durchsicht der für die Schweiz verbindlichen Staatsverträge / Beitritt zu neuen Abkommen**

An dieser Stelle werden einzig Staatsverträge aufgeführt, soweit aus Sicht des Gutachters eine Veränderung der Rechtslage (Kündigung des Staatsvertrags oder Ergänzung durch Bundeserlass oder Ratifikation eines neuen Abkommens) diskutiert werden sollte. Keine Auseinandersetzung findet hier statt bezüglich Staatsverträgen, die – wie das Übereinkommen über die Geltendmachung von Unterhaltsansprüchen im Ausland vom 20. Juni 1956 (SR 0.274.15) – sehr nützlich sind, in manchen anderen Staaten aber effizienter angewendet werden sollten (was die Schweiz kaum beeinflussen kann).

### **I. Summarische Durchsicht der für die Schweiz verbindlichen Staatsverträge bezüglich IPR-Kollisionsregeln**

#### **1. Niederlassungsabkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und dem Kaiserreich Persien vom 25. April 1934 (SR 0.142.114.362)**

Aufgrund von Art. 8 Abs. 3 und 4 geht im Bereich des IPR des Personen-, Familien- und Erbrechts im Verhältnis zwischen der Schweiz und dem Iran die Anwendung des *Heimatrechts* den Kollisionsregeln des nationalen IPR vor. Diese Kollisionsregel ist aus heutiger Sicht undifferenziert und – angesichts der grösseren Überzeugungskraft des Wohnsitzprinzips – nicht sachgerecht. Auch macht es wenig Sinn, im Bereich der Rechtsanwendungsregeln im bilateralen Verhältnis Sonderregeln aufzustellen (insbesondere, wenn sie nicht differenziert sind, d.h. nicht Lösungen für spezifische bilaterale Privatrechtsbesonderheiten bieten).

Andererseits mögen hier spezifische aussenpolitische Überlegungen des EDA gegen Kündigungsabsichten sprechen. SchweizerInnen im Iran können sich auf schweizerisches Heimatrecht berufen, und die Anwendung iranischen Rechts durch Schweizer Gerichte wird möglicherweise Berührungspunkte mit islamisch geprägtem Recht abbauen. In effektiv kritischen Konstellationen steht beiden Staaten die *Ordre public*-Klausel im Einzelfall offen.

#### **2. Haager Übereinkommen über das auf Unterhaltsverpflichtungen gegenüber Kindern anzuwendende Recht vom 24. Oktober 1956 (SR 0.211.221.431)**

Dieses Übereinkommen spielt, Irrtum vorbehalten, nur noch im Verhältnis zu Belgien, Liechtenstein und Österreich eine Rolle; im Verhältnis zu vielen anderen Staaten kommt das neuere Haager Übereinkommen von 1973 (SR 0.211.213.01) zur Anwendung. Das Übereinkommen von 1956 ist weniger günstig für allfällige Anspruchsbegründungen der Kinder als das neuere Übereinkommen. Mit einer Kündigung würde man aber die drei genannten Staaten nicht zu einer günstigeren Behandlung der Kinder veranlassen.

Es stellt sich m.E. daher die Frage, ob die Schweiz einseitig im IPRG zugunsten von Unterhaltsansprüchen von Minderjährigen eine Art „Meistbegünstigungsklausel“ einführen soll, nämlich dass unter mehreren Rechtsquellen (nationales IPR oder Staatsverträge) die den Anspruch am meisten begünstigende zur Anwendung kommt; die UN-Kinderrechtskonvention fordert eine progressiv begünstigende Rechtsentwicklung im Interesse des Kindeswohls.

### **3. Haager Übereinkommen über das auf Unterhaltspflichten anzuwendende Recht vom 2. Oktober 1973 (SR 0.211.213.01)**

Dieses auf Unterhaltsansprüche aus Ehe, Eheauflösung, Kindesverhältnis usw. anwendbare IPR-Übereinkommen spielt in der Praxis eine bedeutende Rolle und bewährt sich im Allgemeinen gut. Im schweizerischen IPRG wurde sein Anwendungsbereich sachlich und räumlich [erga omnes] erweitert (vgl. Art. 49, Art. 63 Abs. 2, Art. 65c Abs. 1, Art. 83 IPRG). Den Umstand, dass andere Vertragsstaaten das Übereinkommen nicht derart extensiv anwenden, kann die Schweiz nicht beeinflussen.

Als unbefriedigend erweist sich m.E. einzig Art. 8 des Übereinkommens; danach kommt auf den nahehelichen Unterhaltsanspruch (und dessen Abänderung) dasjenige Recht zur Anwendung, das auf die Scheidung angewandt worden war. Fand die Scheidung in einem Staat statt, in dem kein oder nur ein sehr geringer nahehelicher Unterhaltsanspruch besteht, obgleich die geschiedene Ehefrau in der Schweiz wohnt, müsste auch das mit einer Abänderungsklage befasste Schweizer Gericht das Recht dieses anderen Staates anwenden, es sei denn, er komme zum Schluss, dass das fremde Recht im Einzelfall geradezu ordre public-widrig sei.

Diese sehr unbefriedigende Bestimmung sollte für die Schweiz ein Anlass dazu sein, sich – zusätzlich zu den weiteren Vorteilen des neuen Textes – zur Ratifikation des neuen Haager Unterhaltsprotokolls zu entschliessen (dazu nachstehend D/III).

### **4. Haager Übereinkommen über die behördliche Zuständigkeit, das anzuwendende Recht und die Anerkennung von Entscheidungen auf dem Gebiet der Annahme an Kindesstatt vom 15. November 1965 (SR 0.211.221.315)**

Dieses Haager Übereinkommen steht seit 1978 einzig im Verhältnis zwischen der Schweiz und Grossbritannien und Österreich in Kraft, erfüllt also die Aufgabe einer grösseren Rechtsvereinheitlichung nicht. Die IPR-Bestimmungen zum anwendbaren Recht (Art. 4-6) sind eher einengend formuliert, erschweren also tendenziell eine Adoption im Verhältnis unter diesen Staaten. Zudem ist es recht kompliziert, auch in ihren IZPR-Bestimmungen und dem erheblichen Umfang der von den drei Staaten angebrachten Vorbehalte und auslegungsbedürftigen Erklärungen. Falls die Schweiz ihr Adoptionsrecht liberalisieren sollte, wird sie sich überlegen müssen, ob sie dieses und weitere Übereinkommen kündigen will.

### **5. Europäisches Übereinkommen über die Adoption von Kindern vom 24. April 1967 (SR 0.211.221.310)**

Dieses Übereinkommen des Europarates richtet sich an die nationalen Gesetzgeber der Konventionsstaaten, welche ihre Gesetzgebung über die Adoption von bis 18-jährige Kinder an den in der Konvention festgelegten Inhalten auszurichten haben. Es hat insofern keine praktische Bedeutung für die Privaten. Es engt aber möglicherweise den schweizerischen Gesetzgeber bei der Reform ein. Dies betrifft insbesondere etwa Art. 6 Abs. 1 (gemeinsame Adoption ist Ehegatten vorbehalten) und Art. 10 (einzig Volladoption möglich).

## II. Summarische Durchsicht der für die Schweiz verbindlichen Staatsverträge bezüglich Internationales Zivilprozessrecht (IZPR) (Zuständigkeit, Verfahrensfragen)

### 1. Haager Übereinkommen über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung vom 25. Oktober 1980 (SR 0.211.230.02)

Nicht nur in der Fachliteratur<sup>10</sup>, sondern auch in der Tagespresse wurde Kritik laut an einzelnen Entscheidungen, insbesondere des Zürcher Obergerichts und des Bundesgerichts. Es entstand der Eindruck, dass diese Gerichte Kleinkinder, die von ihrer Mutter unter Verletzung des gemeinsamen Sorgerechts mit dem Vater in die Schweiz verbracht worden waren oder hier zurückgehalten wurden, ohne genügende Abklärung des Kindeswohls in den Staat des vormaligen Aufenthalts zurücktransferieren liessen. Manche Umstände – wie nicht ausreichende Abklärung der Verhältnisse, die das Kind im Ausland antreffen werde – und auch die nicht ausreichende Berücksichtigung, dass aufgrund von Strafverfolgungsrisiken die Mutter das Kleinkind im Ausland nicht mehr mitbetreuen oder besuchen können werde und das Kind damit seine hauptsächliche Bezugsperson verliert, schliesslich auch der in den Begründungen vermittelte Eindruck, dass der Entscheid namentlich die Folge des fehlenden Gehorsams der Mütter gegenüber gerichtlichen Anordnungen (verletzte Autorität des Gerichts) sei, brachte die Handhabung dieses Übereinkommens in der Schweiz in schlechten Ruf.

Das Parlament hat mit dem BG-KKE<sup>11</sup> rasch und klar Gegensteuer gegeben, indem insbesondere Verfahrensvorschriften Gewähr bieten sollen, dass das Kindesinteresse sorgfältig abgeklärt wird, dass eine einvernehmliche Lösung (u.a. durch Mediation) angestrebt wird, dass unwürdige und traumatische Rückführungen vermieden werden, dass die Zukunft des Kindes soweit möglich mitgeplant wird. Es ist abzuwarten, ob auch das Bundesgericht gewillt ist, dieses Gesetz wirksam werden zu lassen<sup>12</sup>.

Der Wortlaut einiger Bestimmungen des Haager Übereinkommens kann Anlass für einen gewissen Automatismus in der Anwendung des Abkommens bieten; andererseits ist es selbstverständlich und auch Mehrheitsmeinung, dass das Haager Übereinkommen im Licht der UN-Kinderrechtskonvention und damit im Sinne der Priorisierung des Kindeswohls auszulegen und weiterzuentwickeln ist. Die von der Haager Konferenz in Gang gesetzten ersten Bemühungen für eine Bestandesaufnahme der Praxis zum Übereinkommen haben noch nicht zu konkreten Reformvorschlägen der Haager Konferenz selber geführt. Andererseits bietet das Übereinkommen doch auch Grundlage für Rückführungen von Kindern in die Schweiz, welche bisher nicht Anlass zu Kritiken geboten hatten. Daher wäre eine Kündigung des Übereinkommens vonseiten der Schweiz zur Zeit wohl kein ernsthaftes Thema.

---

<sup>10</sup> Vgl. IVO SCHWANDER, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Anton K. Schnyder/Stephen V. Berti, Basler Kommentar, Internationales Privatrecht, 2. Aufl., Basel 2007, Art. 85 N 87; insbesondere aber die zahlreichen kritischen Besprechungen von Gerichtsentscheidungen von ANDREAS BUCHER in den Zeitschriften SZIER/RSDIE und AJP/PJA, zitiert in vorstehendem Kommentar unter Art. 85 N 86.

<sup>11</sup> Bundesgesetz über internationale Kindesentführung und die Haager Übereinkommen zum Schutz von Kindern und Erwachsenen (BG-KKE) vom 21. Dezember 2007 (SR 211.222.32).

<sup>12</sup> Gewisse Zweifel daran nährt die Analyse neuerer Entscheide in: ANDREAS BUCHER, Das BG-KKE gilt auch für das Bundesgericht, in: Franco Lorandi/Daniel Staehelin (Hrsg.), Innovatives Recht, Festschrift für Ivo Schwander, Zürich 2011, S. 485 ff.

**2. Haager Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen auf dem Gebiet der Unterhaltspflicht gegenüber Kindern vom 15. April 1958 (SR 0.211.221.432) und Haager Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung von Unterhaltsentscheidungen vom 2. Oktober 1973 (SR 0.211.213.02)**

Diese beiden Unterhaltsvollstreckungsabkommen waren sehr verdienstvoll; neuere Rechtsquellen (wie das Lugano Übereinkommen und das IPRG) gestatten punktuell weitergehende oder erleichterte Vollstreckbarkeit. Dennoch besteht kein Grund, diese Übereinkommen zu kündigen; zum einen gilt für sie das sog. Günstigkeitsprinzip (Art. 11 des erstgenannten, Art. 23 des zweitgenannten Übereinkommens), d.h. sie stehen der Berufung des Alimentengläubigers auf ihm günstigere andere Rechtsquellen nicht entgegen; zum anderen gewährleisten sie doch immerhin allenfalls die Vollstreckbarkeit schweizerischer Unterhaltsentscheidungen in anderen Vertragsstaaten, welche fortschrittlichere Übereinkommen nicht ratifiziert haben.

**3. Haager Übereinkommen über die Anerkennung von Ehescheidungen und Ehetrennungen vom 1. Juni 1970 (SR 0.211.212.3)**

Art. 65 des IPRG ist den Regeln dieses Haager Übereinkommens weitgehend nachgebildet; somit wenden schweizerische Gerichte weitgehend ähnliche Anerkennungsregeln gegenüber ausländischen Scheidungsurteilen aller Staaten (auch von Nichtvertragsstaaten) an, allerdings als schweizerische Gesetzesregel – die der schweizerische Gesetzgeber auch autonom ändern kann. Nur gegenüber dem etwa Dutzend von Staaten, die ebenfalls das Haager Übereinkommen ratifiziert haben, ist die Schweiz an diese Anerkennungsverpflichtungen gebunden. Andererseits gewährleistet das Verbleiben der Schweiz im Kreis der Konventionsstaaten, dass diese schweizerische Scheidungsurteile auf derselben Grundlage anerkennen müssen.

Selbst wenn der schweizerische Gesetzgeber Art. 65 IPRG revidieren würde, müsste er Vor- und Nachteile einer Kündigung dieser Konvention abwägen (Sonderbehandlung der ausländischen Scheidungsurteile der Konventionsstaaten bei der Anerkennung in der Schweiz im Vergleich zur Rechtslage nach revidiertem Art. 65 IPRG // weiterhin Gewährleistung der Anerkennung schweizerischer Scheidungsurteile in diesen Konventionsstaaten).

**4. Bilaterale Staatsverträge über die gegenseitige Anerkennung und Vollstreckung von Zivilurteilen mit Deutschland (1929; SR 0.276.191.361), mit Österreich (1960; SR 0.276.191.632), mit Belgien (1959; SR 0.276.191.721), mit Spanien (1896; SR 0.276.193.321), mit Italien (1933, SR 0.276.194.541), mit Liechtenstein (1968, SR 0.276.195.141), mit Schweden (1936, SR 0.276.197.141), mit der Tschechischen und der Slowakischen Republik (1926, SR 0.276.197.411)**

Diese bilateralen Verträge stammen durchwegs aus der Zeit vor Schaffung des schweizerischen IPRG und weisen sehr unterschiedliche Qualität und Inhaltsdichten auf. So ist der Vertrag mit Spanien fast ohne fassbare Aussage, während der Vertrag mit Italien weitgehend auch Besonderheiten der Inhalte der zwei betroffenen Rechtsordnungen (im damaligen Zustand) berücksichtigt hat. Das Hauptgewicht dieser Staatsverträge lag auf vermögens- und handelsrechtlichen Rechtsmaterien, wenn auch die meisten von ihnen auch eine oder einige wenige spezifische Bestimmungen für nichtvermögensrechtliche Streitigkeiten vorsehen, und damit personen- und familienrechtliche Streitigkeiten meinen.



Allerdings sind regelmässig auch einzelne familienrechtliche Angelegenheiten (z.B. Adoption, Kindes- und Erwachsenenschutz) ausgenommen, und unklar bleibt bei vielen, ob Unterhalts- und Güterrecht zu den Bestimmungen über vermögensrechtliche oder nichtvermögensrechtliche Streitigkeiten fielen. Insgesamt gibt es zu diesen Verträgen eine reiche ältere Gerichtspraxis<sup>13</sup>, wenngleich nur punktuell zu früher strittigen Fragen, während die Familienrechtsreformen ab den 60-er Jahren des 20. Jahrhunderts kaum Gegenstand von Entscheidungen zu diesen bilateralen IZPR-Verträgen Anlass gaben.

Dieser Befund lässt sich wohl wie folgt erklären: Bei einem Teil der PraktikerInnen sind diese alten Staatsverträge möglicherweise schlicht nicht bekannt, und selbst wenn sie den Wortlaut der Staatsverträge gelesen haben, konnten sie nicht sicher sein, ob ein neues familienrechtliches Institut unter den Staatsvertrag subsumiert werden konnte oder analog zu ähnlichen altrechtlichen Ausnahmen nicht darunter gefallen wäre. Vor allem aber bestand kein praktisches Bedürfnis für die Heranziehung der älteren Staatsvertragstexte, wenn das klarer formulierte neue Gesetzesrecht eine Klage im eigenen Staat zulies, die Gegenseite keine Unzuständigkeitseinrede erhob und auch das Gericht der Sache nicht nachgehen wollte. Das moderne Verständnis vom „service public“ in der Familienrechtspraxis (insbesondere bei Ehe- und Kinderschutz) und verfassungsrechtliche Ansprüche auf Rechtsschutzgewährleistung trugen weiter zur Entwicklung bei. Seit Inkraftsetzung des IPRG im Jahre 1989 kam, was die Anerkennung und Vollstreckbarerklärung ausländischer Entscheidungen anbelangt, die Diskussion um „Günstigkeits- oder Garantieprinzip“ hinzu: Soll von zwei Rechtsquellen jeweils die der Anerkennung und Vollstreckbarkeit günstigere vorgehen, auch wenn es sich um jüngeres Landesrecht handelt, oder geht in jedem Fall der völkerrechtliche Vertrag vor? Das Bundesgericht hat sich nicht klar zur Kontroverse geäussert.

Einige Autoren vertreten das Günstigkeitsprinzip ausnahmslos oder nur mit der Einschränkung, dass der Staatsvertrag es nicht ausschliesse, einige Autoren sind unentschieden oder zweifeln das Günstigkeitsprinzip an. Selber vertrete ich die Meinung, es sei entsprechend der Normenhierarchie vom Staatsvertrag auszugehen (Art. 1 Abs. 2 IPRG) und somit zu fragen, ob die ausländische Entscheidung nach dem älteren Staatsvertrag zu anerkennen sei; ist dies zu bejahen, bleibt es dabei; führt die Auslegung des Staatsvertrags zum Ergebnis, dass er die Anerkennung des ausländischen Entscheids nicht vorschreibt, ist weiter zu interpretieren, ob der Staatsvertrag die Anerkennung geradezu ausschliessen wolle (z.B. wegen der Wohnsitzgerichtsstandsgarantie oder weil das ausländische IPR zur Anwendung eines anderen Rechts führt als das eigene IPR), dann bleibt es bei der Nichtanerkennung. Führt die Auslegung des Staatsvertrags aber nicht zu einer solchen Anerkennungsschranke, kommt als subsidiäre Rechtsquelle das IPRG zum Zuge, nach welchem alsdann allenfalls anerkannt werden kann<sup>14</sup>. Ob eine gesetzliche Regelung der Thematik Günstigkeits- oder Garantieprinzip opportun sei, ist (als allgemeineres Problem) wohl nicht im Kontext der Diskussion allein um die Familienrechtsreform zu klären.

---

<sup>13</sup> Zusammengestellt in: BERNARD DUTOIT/FRANÇOIS KNOEPFLER/PIERRE LALIVE/PIERRE MERCIER, Répertoire de droit international privé suisse, tome II, Bern 1983.

<sup>14</sup> SCHWANDER, IPR (FN 3), S. 339 f.

Bei der Durchsicht der im Untertitel aufgeführten bilateralen IZPR-Staatsverträge ist dem Gutachter keine besonders erhaltenswerte Sonderregel aufgefallen. Persönlich bin ich der Meinung, dass die genannten Verträge ohne Verlust für die Familienrechtspraxis (natürlich im freundlichen Einvernehmen mit den anderen Staaten) ersatzlos aufgehoben werden könnten. Im Bereich des Familienrechts wäre die einzige praktische Folge, dass auf der Basis der von mir vertretenen „mittleren“ Linie zwischen Garantie- und Günstigkeitsprinzip einige bisherige Beschränkungen in der Entscheidungszuständigkeit und einige bisherige Anerkennungshindernisse wegfallen würden. Diese haben aber in der Praxis ohnehin selten Beachtung gefunden und überzeugen aus heutiger Sicht rechtspolitisch kaum mehr. Es ist auch kaum mehr rechtspolitisch nachvollziehbar, warum im Verhältnis zwischen den befreundeten Staaten, mit denen diese bilateralen Staatsverträge seinerzeit in der Absicht der gegenseitigen Begünstigung abgeschlossen worden waren, heute mehr Kompetenzkonflikte und Anerkennungshindernisse beibehalten werden sollten als im Verhältnis zu allen anderen, uns kulturell und wirtschaftlich fremderen Staaten auf der ganzen Welt (denen gegenüber wir ja mangels Staatsvertrag seit 1989 das liberalere IPR-Gesetz anwenden).

Die genannten bilateralen Staatsverträge haben freilich einen weiteren sachlichen Anwendungsbereich über das Familienrecht hinaus. Insofern dürfte der Entscheid über die Kündigung nicht allein aufgrund der Einschätzung bezüglich Familienrechtspraxis und -reform gefällt werden. Insbesondere ist zu bedenken, dass weiterhin im Bereich des kommerziellen Privatrechtsverkehrs ein Interesse am Staatsvertrag mit Liechtenstein insofern bestehen bleibt, als Liechtenstein nicht dem Lugano Übereinkommen angehört.

### **III. Ratifikation des neuen Haager Unterhaltsstatut-Übereinkommens (Protokoll vom 23. November 2007 über das auf Unterhaltspflichten anzuwendende Recht)**

Eine Ratifikation des neuen Haager Unterhaltsstatut-Übereinkommens (Protokoll vom 23. November 2007 über das auf Unterhaltspflichten anzuwendende Recht)<sup>15</sup> wäre m.E. sehr zu begrüßen. Es steht seit dem 1. August 2013 in der Europäischen Union und in Serbien in Kraft.

Mit dem Protokoll vom 23. November 2007 würde der mit dem geltenden Art. 8 des Haager Unterhaltsstatutübereinkommens von 1973 (s. vorne unter D/I/3) verbundene Nachteil (Anwendung des Scheidungsstatuts auf nahehelichen Unterhalt und dessen Abänderung) behoben, insbesondere wenn die Schweiz dieses Übereinkommen ebenfalls – wie die Vorgängerkonvention – auf nationalrechtlicher Ebene auch im Verhältnis zu Nichtvertragsstaaten anwendet.

Gestützt auf Art. 5 des Protokolls kommt in Bezug auf Unterhaltspflichten zwischen Ehegatten, früheren Ehegatten oder Personen, deren Ehe für ungültig erklärt wurde, die Grundregel des Art. 3 (nämlich Anwendung des Rechts am jeweiligen gewöhnlichen Aufenthalt der unterhaltsberechtigten Person) nicht zum Zug, „wenn eine der Parteien sich dagegen wendet und das Recht eines anderen Staates, insbesondere des Staates ihres letzten gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalts, zu der die betreffende Ehe eine engere Verbindung aufweist. In diesem Fall ist das Recht dieses anderen Staates anzuwenden.“

---

<sup>15</sup> Text abrufbar auf [www.hcch](http://www.hcch)

Das auf die Scheidung angewandte Recht wird also jedenfalls nicht mehr als Kriterium zur Bestimmung des auf den nahehelichen Unterhalt anwendbaren Rechts massgeblich sein, sondern eben primär das Recht des aktuellen gewöhnlichen Aufenthalts der unterhaltsberechtigten Partei und – wenn eine der beiden Parteien dagegen Einspruch erhebt – das Recht des mit der Ehe engsten verbundenen Rechts, was regelmässig das Recht des Staates ist, in dem sie zuletzt gemeinsam gewöhnlichen Aufenthalt hatten.

Abgesehen davon weist das Protokoll auch folgende weitere Vorzüge auf:

Art. 4 des Protokolls strafft und vereinfacht die bisherigen Art. 5-7 des Abkommens von 1973 und differenziert in mehreren Hinsichten (z.B. Rückstufung des Heimatrechts als letztsubsidiäre Anknüpfung im Vergleich zu Art. 5 des bisherigen Übereinkommens, Einengung potentieller Pflichtiger in Art. 4 Abs. 1 lit. b und Art. 6 des Protokolls im Vergleich zu Art. 7 des bisherigen Übereinkommens, um den Kreis potentieller Unterhaltspflichtiger im internationalen Verhältnis nicht über das Mass hinauswachsen zu lassen). Gerade für die Schweiz, die dem Wohnsitzprinzip folgt, vorteilhaft ist sodann Art. 9, welcher es ihr gestattet, durch Erklärung gegenüber der Haager Konferenz zu bewirken, dass in den Artikeln 4 und 6 des Protokolls statt des Heimatrechts eine Berufung auf das Wohnsitzrecht möglich sein wird.

Neu ist auch die mögliche Flexibilisierung über die Rechtswahl nach Art. 7 und 8 des Protokolls. Nach Art. 7 besteht die Möglichkeit für die unterhaltsverpflichtete und die unterhaltsberechtigten Partei, *einzig für ein bestimmtes Verfahren* das Recht des betreffenden Gerichtsstaates (lex fori) zu wählen. Nach Art. 8 Abs. 1 steht ihnen die Möglichkeit offen, für eine bestimmte Unterhaltspflicht *generell* eine Rechtswahl zu treffen; dabei können sie wählen zwischen dem Aufenthalts- oder dem Heimatrecht einer der Parteien, dem auf den Güterstand oder dem auf die Eheauflösung anwendbaren Recht. Die Art. 8 Absätze 2-5 dienen dazu, in mehreren Hinsichten Risiken einer Benachteiligung auszuschalten.

Schliesslich bietet das neue Haager Unterhaltsstatutübereinkommen von 2007 den Vorteil, dass die Schweiz damit parallele bzw. gleiche Kollisionsregeln anwendet wie die EU-Staaten und weitere Staaten, die dem Protokoll angehören werden. Auch ohne Beitritt der Schweiz zum neuen Haager Unterhaltsstatutübereinkommen haben findige Eheleute mit einem Bezug zu einem EU-Staat (Staatsangehörigkeit in Verbindung mit einer Gerichtsstandsvereinbarung oder gewöhnlicher Aufenthalt) schon heute gestützt auf die EU-Verordnung Nr. 4/2009 vom 18. Dezember 2008 die Möglichkeit, statt einer schweizerischen Gerichtszuständigkeit eine solche in einem EU-Staat in Anspruch zu nehmen, mit der Folge, dass sich das auf den Unterhalt anwendbare Recht nicht nach schweizerischem IPRG, sondern nach dem Haager Protokoll bestimmt.

## **E. Revisionsbedürftige Bestimmungen des IPRG im Bereich des IPR/IZPR des Familienrechts**

Aus Sicht des Gutachters revisionsbedürftig sind innerhalb des schweizerischen IPR-Gesetzes folgende, das Familienrecht betreffende Bestimmungen (dies zusätzlich zu den unter B bereits genannten allgemeinen Reformvorschlägen):

## I. Art. 14 Abs. 2 IPRG

Art. 14 Abs. 1 IPRG bezüglich Rück- oder Weiterverweisung wirft an sich schon erhebliche Auslegungsfragen auf; dies ist aber kein spezifisches Problem des IPR des Familienrechts<sup>16</sup>. Art. 14 Abs. 2 IPRG hingegen schreibt spezifisch für Fragen des Personen- und Familienstandes die Beachtung der Rückverweisung des ausländischen IPR auf schweizerisches Recht vor. Dieser Automatismus ist nicht sachgerecht, was die Lehre heute übereinstimmend kritisiert. Unvernünftig ist bzw. gegen den Zweck der Kollisionsregel verstösst z.B. die Beachtung der Rückverweisung im Rahmen der Art. 44 Abs. 2, Art. 61 Abs. 2, Art. 72 Abs. 1 IPRG<sup>17</sup>. Auch ist nicht einsichtig, warum gerade im Personen- und Familienstandsrecht die Problematik des Renvoi separat oder anders behandelt werden sollte als in den anderen Rechtsgebieten des Privatrechts.

## II. Art. 61 IPRG

Vorne (B/I am Ende) wurde bereits kritisiert, dass der Bundesrat in der Vorlage betr. Revision des Vorsorgeausgleichs beantragt, durch Streichung der jetzigen Absätze 2-4 des Art. 61 IPRG auf die Scheidung als solche ausschliesslich schweizerisches Recht zur Anwendung zu bringen.

Aber auch der dann verbleibende einzige Absatz 1 des Art. 61 IPRG – ausschliessliche Anwendung schweizerischen Scheidungsrechts – überzeugt m.E. in der Konsequenz nicht. Dass die a priori-Bevorzugung eigenen Rechts dem Grundgedanken des IPRG (Gleichwertigkeit der Rechtsordnungen; Abstellen auf den von den Privaten erkennbaren Schwerpunkt des Rechtsverhältnisses Ehe in der Rechtsordnung des Staates, wo sie die Ehe leben bzw. gelebt haben) widerspricht, wurde ebenfalls in Teil B/I ausführlich dargetan.

Die Anwendung schweizerischen Scheidungsrechts mag angemessen sein, wenn die in die Schweiz zuziehenden Eheleute z.B. zwei oder drei Jahre die Ehe hier gelebt haben; für die Konstellation, dass sie z.B. weniger als 1-2 Jahre hier gelebt haben, den Grossteil ihrer z.B. zehnjährigen Ehe aber in einem früheren Wohnsitzstaat, sollte die Anwendung ausländischen Scheidungsrechts möglich bleiben. Erst recht steht Art. 61 Abs. 1 IPRG (Anwendung der lex fori) im Widerspruch zu einer flexibilisierten Anknüpfung für Entstehung, Auflösung und Wirkung von Lebens- und Rechtsverhältnissen nach dem Recht des Staates, wo diese Rechts- oder Lebensgemeinschaft gelebt worden war (vgl. vorne B/I)<sup>18</sup>.

Es geht also bei dieser Kritik um zweierlei: Scheidungsnebenfolgen sollten nicht einfach automatisch demselben Recht unterstellt sein, das auf die Auflösung der Ehe angewendet wird, und Scheidungsstatut (d.h. das auf die Scheidung anwendbare Recht) sollte nicht einfach automatisch und ausschliesslich (unabhängig dessen, wo die Eheleute zuvor gelebt haben) das eigene Recht (das materielle Recht des zur Scheidung zuständigen Staates) sein.

---

<sup>16</sup> Vgl. IVO SCHWANDER, Vorzüge und Risiken des Versuchs, methodische Probleme des IPR gesetzlich zu verankern, Gedanken zur Kodifikation des Allgemeinen Teils des IPR im schweizerischen IPR-Gesetz von 1987, in: Andrea Bonomi/Eleanore Cashin Ritaine (Hrsg.), *La loi fédérale de droit international privé: vingt ans après*, Zürich 2009, S. 31 ff., 46 ff.

<sup>17</sup> Vgl. SCHWANDER, *Int. Privatrecht* (FN 3), I, S. 155.

<sup>18</sup> Vgl. auch die Kritik von ROMANO (FN 4), u.a. S. 401, am unnötigen Nexus zwischen Scheidungsstatut und Vorsorgestatut bzw. dem strikten Unterstellen beider Statute unter die lex fori.

Die strikte Anwendung eigenen Scheidungsrechts diskriminiert – wie dies schon kurz nach Inkrafttreten des neuen Scheidungsrechts erkannt worden ist<sup>19</sup>) – im Übrigen gerade die in der Schweiz fest verwurzelten Ehegatten. Anwendung schweizerischen Scheidungsrechts bedeutet in der Regel Zwang der scheidungswilligen Ehegatten zu einer Einigung mit dem weniger scheidungswilligen Ehegatten (Scheidung auf gemeinsamen Antrag, Art. 111 f. ZGB) oder zwei Jahre langes Zuwarten mit der einseitigen Scheidungsklage (Art. 114 ZGB); der nach Art. 59 IPRG an sich in der Schweiz bestehende Gerichtsstand kann während der zweijährigen Wartefrist nicht in Anspruch genommen werden. Einem Ehegatten mit ausländischer Staatsangehörigkeit steht meistens sein ausländischer Heimatgerichtsstand zur sofortigen Klageeinleitung zur Verfügung. Diese Konstellation wurde vielfach von ausländischen Ehemännern (mit Wohnsitz in der Schweiz) in Heimatstaaten ohne ausreichenden Anspruch auf nahehelichen Unterhalt ausgenutzt – ein allen in der Familienrechtspraxis Tätigen bekannter, gravierender Missstand. Dieser Missstand kann auf unterschiedliche Weise beseitigt werden: (a) Es könnte die zweijährige Wartefrist des Art. 114 ZGB abgeschafft werden. (b) Es könnte dem Ehegatten mit schweizerischer Staatsangehörigkeit über eine Änderung des Art. 61 IPRG gestattet werden, sich im Scheidungsanspruch alternativ auch auf das Heimatrecht des anderen Ehegatten zu berufen (ähnlich wie ja auch die Zuständigkeitsregel in Art. 60 IPRG nicht voraussetzt, dass der klagende Ehegatte die schweizerische Staatsangehörigkeit hat).

### III. Art. 62 Abs. 2 IPRG

Die undifferenzierte Anwendung des schweizerischen Rechts auf vorsorgliche Massnahmen für die Dauer des Scheidungsverfahrens ist sachlich dann nicht gerechtfertigt, wenn im späteren Endurteil der entsprechende Anspruch nach ausländischem Recht beurteilt werden muss. Vorsorgliche Massnahmen sollen weder mehr noch weniger und auch nichts anderes vorläufig regeln oder zusprechen oder verbieten, als dies im späteren Endurteil möglich sein wird.

Soweit also eine Scheidungsnebenfolge aufgrund des schweizerischen IPRG oder – wenn das Scheidungsverfahren im Ausland stattfindet und in der Schweiz nur über vorsorgliche Massnahmen befunden wird – aufgrund des IPR des zuständigen ausländischen Scheidungsgerichts nach fremdem Recht beurteilt werden muss, sollte dies bereits auch im Verfahren der vorsorglichen Massnahmen beachtet werden. Zuviel oder zuwenig zu sichern oder vorläufig anzuordnen oder zu verbieten, könnte eine Staatshaftung auslösen<sup>20</sup>.

### IV. Art. 65 IPRG

Es sollte durch den Gesetzgeber geklärt werden, ob Art. 65 IPRG einzig die Anerkennung des ausländischen Statusurteils (Scheidungs- bzw. Trennungsurteils) betrifft oder auch die mit dem ausländischen Scheidungsurteil verbundenen Nebenfolgen. Das Gesetz selbst hat die Frage nur bezüglich des Ehegüterrechts geklärt (Art. 58 Abs. 2 IPRG); sodann steht fest, dass gerichtliche Anordnungen zur elterlichen Sorge und Obhut sowie Eltern-Kind-Kontaktrechte als Kindesschutzmassnahmen von Art. 65 IPRG ausgeklammert sind bzw. nach Art. 85 IPRG behandelt werden<sup>21</sup>.

---

<sup>19</sup> Vgl. IVO SCHWANDER, Art. 114 ZGB und Scheidungsklagen im Ausland bzw. Massnahmen in der Schweiz, AJP/PJA 2001, S. 608 ff.

<sup>20</sup> Vgl. SCHWANDER, IPR (FN 3), Rdn. 637.

<sup>21</sup> Vgl. z.B. BGE 132 III 586 ff.

Bezüglich der übrigen Scheidungsnebenfolgen ist die Lehre geteilter Meinung<sup>22</sup>, und das Bundesgericht hat die Auslegungsfrage noch nicht beantwortet.

*De lege ferenda* ist zweifellos eine klare, explizite Entscheidung des Gesetzgebers bezüglich jeder Nebenfolge erwünscht, um die genannten Unsicherheiten für die Praxis zu entscheiden.

## **V. Art. 68 Abs. 2 IPRG und Art. 82 Abs. 2 IPRG**

Es ist nicht verständlich, warum von der überzeugenden Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes gemäss Abs. 1 der beiden Bestimmungen gerade dann – von Gesetzes wegen – abgewichen werden soll, wenn keiner der beiden Elternteile im Staat des Kindesaufenthalts wohnt, sondern statt dessen auf die schwache Verbindung zum Heimatrecht zurückgegriffen werden soll. Gerade dann, wenn sich das Kind gewöhnlich in einem Staat aufhält, in dem keiner der beiden Elternteile wohnt, ist es in besonderer Weise auf die Instrumente und Ansprüche des Aufenthaltsrechts angewiesen, zumal wohl in dieser Konstellation auch ein Beistand dieses Staates für das Kind sorgen muss<sup>23</sup>.

## **F. Umsetzung neuer familienrechtlicher Regelungen und Institute in das IPR/IZPR**

### **I. Allgemeine Überlegungen**

#### **1. Nur beschränkt mögliche Umsetzung von Wertungen des schweizerischen Familienrechts und damit auch der materiellrechtlichen Familienrechtsreform der Schweiz in internationalen Sachverhalten**

Einzelne familienrechtliche Wertungen des nationalen Rechts lassen sich im internationalen Verhältnis ebenso wenig in vollem Masse durchsetzen wie z.B. Auffassungen der Schweiz über die richtige Legiferierung von Verträge, Haftpflichtverhältnissen, Erbrecht usw. Das ist selbstverständliche Grundlage des sog. Internationalen Privatrechts jedes Staates – das „Internationale Privatrecht“ jedes Staates umfasst ja primär Kollisionsregeln, welche die Anwendung des eigenen Privatrechts von derjenigen fremden Rechts abgrenzen, bzw. festlegen. So sagt das schweizerische IPR-Gesetz für den ersten Rechtsfindungsvorgang nur, unter welchen Voraussetzungen schweizerische Gerichte in- oder ein bestimmtes ausländisches Recht anzuwenden haben. Gerade weil sie unter bestimmten Voraussetzungen fremdes Recht anwenden müssen, haben die Schweizer Gerichte (bei überwiegendem Bezug des Sachverhalts zum Ausland bzw. zu ausländischen Rechtsordnungen) damit fremdem Recht und somit den familienrechtlichen Wertungen anderer Staaten den Vorrang zu lassen.

---

<sup>22</sup> Vgl. die Übersicht und eigene Meinung dazu IVO SCHWANDER, Anerkennung und Vollstreckbarerklärung ausländischer Scheidungsurteile, in: FamPra.ch 2009, S. 832 ff., 843 f. Die Palette der Meinungen reicht von der Auffassung, es würden in der Regel alle Nebenfolgen unter Art. 65 IPRG fallen (Andreas Bucher) über Mittellösungen (Evelyne Gmünder, Paul Volken, Lukas Bopp) bis zur entgegengesetzten Auffassung, es würden sonst keine Nebenfolgen unter Art. 65 IPRG fallen (Kurt Siehr).

<sup>23</sup> Kritik daran bereits vor Inkrafttreten des IPRG bei SCHWANDER, Int. Familienrecht (FN 2), S. 352 ff. und 411 f., Kritik bezüglich Art. 68 Abs. 2 IPRG auch bei INGEBORG SCHWENZER, Die UN-Kinderrechtskonvention und das schweizerische Kindesrecht, AJP/PJA 1994, S. 817 ff., 824.

Das ist die Basis korrekter Behandlung der Privaten durch die Staaten; den an ihr Territorium gebundenen Staaten steht die „internationale“ Gesellschaft der Privaten gegenüber. Deshalb wäre es der falsche Ansatz, das schweizerische IPRG ausschliesslich mit dem Ziel zu ändern, die Modernisierungstendenzen des schweizerischen Familienrechts möglichst extensiv auch im Verhältnis zu Personen mit überwiegendem Bezug zu ausländischer Kultur und Tradition durchsetzen zu wollen. Einzig Menschen- und Grundrechte (und dazu gehören aufgrund der UN-Konventionen Gleichstellung der Geschlechter, Recht auf Familienleben, Vorrang des Kindeswohls) müssen von den Schweizer Gerichten selbst bei überwiegendem Auslandsbezug des Sachverhalts durchgesetzt werden. Dies geschieht aber nicht durch extensive Ausdehnung der Anwendbarkeit schweizerischen Rechts (lex fori), sondern durch vorrangige Anwendung fremden Rechts mit engerem Bezug zum Sachverhalt, das menschen- und grundrechtskonform (oder -konformer, als das schweizerische Recht) ist. Einzig soweit das fremde Recht gegen Menschen- und Grundrechte, aber auch, soweit es gegen andere tragende Rechtsgrundsätze des schweizerischen Rechts in der Einzelfallanwendung verstösst, kann gestützt auf Art. 17 IPRG (im zweiten Rechtsfindungsvorgang der Fremdrechtsanwendung) eine andere, mit der schweizerischen Rechtsordnung vereinbare Rechtsfolge angeordnet werden. Mit Art. 18 IPRG steht als zusätzliches Instrument die Durchsetzung absolut zwingender Rechtssätze (sog. lois d'application immédiate) zur Verfügung; dieses Instrument bedarf aber besonderer Begründung und lässt sich nur einsetzen für einzelne, klar abgrenzbare Rechtssätze bzw. Rechtsinstitute des schweizerischen Rechts mit klar umschriebenem, zwingendem Inhalt<sup>24</sup>. Sinn machen kann dieses Instrument auch nur, soweit es innerhalb der Schweiz prozessual durchsetzbar ist.

Da das schweizerische IPRG nicht nur im Verhältnis zu westeuropäischen Staaten mit ähnlichen Wertungen und Modernisierungstendenzen anwendbar ist, sondern auch im Verhältnis zu Staaten mit anderen wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Ausrichtungen, welche bewusst tradierten Vorstellungen anhängen (ohne deswegen menschenrechtsfeindlich zu sein), muss ihnen gegenüber noch von der Gleichwertigkeit der Rechtsordnungen ausgegangen werden, soweit der Sachverhalt überwiegenden kollisionsrechtlichen Bezug zu ihnen aufweist. Schweizerisches Familienrecht war nie an der Spitze der Modernisierung – es gibt heute noch z.B. die Situation, dass schweizerische Gerichte aufgrund des intertemporalen Rechts altes Güterrecht mit der regelmässigen Benachteiligung der Ehefrau anwenden müssen –, sodass es nicht an ihr liegt, im internationalen Verhältnis ihre Sicht der Modernisierung lebenden Personen im Ausland oder mit überwiegendem Bezug zu ausländischen Rechtsordnungen aufdrängen zu müssen. Dies sollte man bei der Legiferierung nicht aus den Augen verlieren.

## **2. Rücksichtnahme auf die Interessen der wirtschaftlich/sozial schwächeren Partei(en) im IPR-Gesetz**

Dem schweizerischen IPR-Gesetz von 1987 ist insgesamt – nicht nur im Bereich Familienrecht, sondern auch z.B. demjenigen des Vertragsrechts – von Anfang die Wertung mitgegeben worden, dass die in einem weltoffenen IPR-Gesetz gegebenen Möglichkeiten, die Gerichtszuständigkeiten und das anwendbare Recht beeinflussen zu können, nicht zum Nachteil der wirtschaftlich und sozial schwächeren Partei missbraucht werden können.

---

<sup>24</sup> SCHWANDER, IPR (FN 4), S. 238 ff.

Dem scheinbar wertfreien IPR-Kollisionsrecht wird weltweit – nicht nur im schweizerischen IPR-Gesetz – in diesem Sinne „soziales Öl“ beigegeben<sup>25</sup>. Dieser Charakter des schweizerischen IPR-Gesetzes als moderne Kodifikation (die somit einem sozialen Privatrecht verpflichtet ist) muss auch bei Teilrevisionen beachtet werden. Inbezug auf Kindesinteressen wird den vorrangigen Interessen des Kindes immer mehr im materiellen Recht und im Verfahrensrecht (Kindesanwaltschaft) Rechnung getragen, und soweit ein anwendbares fremdes Recht anwendbar ist, das den Standards nicht entspricht, verpflichten EMRK und UN-Kinderrechtskonvention die unmittelbare Beachtung des Kindeswohls, letztlich unabhängig der anwendbaren Rechtsordnung. Die angesprochene Problematik zeigt sich viel eher im Bereich der Paarbeziehungen unter Erwachsenen, und dies mutmasslich in verstärktem Masse, insoweit als z.B. die Ausgestaltung der vermögensrechtlichen Wirkungen der Lebens- und Rechtsbeziehungen in einem Staat, in dem gleicher Lohn für gleiche Arbeit annähernd verwirklicht ist, anders erfolgt als in einem Staat, dessen Ökonomie eine andere Realität aufweist, selbst wenn diese theoretisch gleiche Chancen für alle bieten sollte. Falls sich die angestrebte Familienrechtsreform in der Schweiz zu stark am theoretischen Leitbild der Gleichstellung orientiert und bei der Regelung des Unterhalts- und Vermögensrechts die wirtschaftlichen Realitäten (Lohndiskrepanzen) und die oft prekären und beengenden wirtschaftlichen Verhältnissen der Ausländerinnen (mit schlechten Ausbildungschancen) in der Schweiz oder der schwächeren Partei in Paarbeziehungen im Ausland zu wenig berücksichtigt, kann eine blosser Anwendung schweizerischen Rechts nicht allein den richtigen Ausgleich schaffen. Wenn ausländische Rechtsordnungen aufgrund ökonomischer Realitäten einen länger dauernden nahehelichen Unterhalt kennen, ist dies nicht einfach unzeitgemäss.

Vor allem ist zu bedenken, dass wenn in der Schweiz nahehelicher Unterhalt abgebaut worden ist, dies in einem Konnex steht mit der schweizerischen Regelung des Güterrechts (ordentlicher Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung; im Gegensatz zu vielen anderen Rechtsordnungen, die die Gütertrennung als ordentlichen Güterstand kennen), der Teilung der beruflichen Vorsorge (die es ähnlich wohl nur in Deutschland gibt), der funktionierenden Sozialversicherungen und letztlich einer Sozialfürsorge.

### **3. Problematik der „Umgehung“ oder „Erschleichung“ schweizerischen Familienrechts**

Wegen des Gefälles in der „Modernisierung“ der Familienrechtsordnungen bzw. erheblich unterschiedlicher Wertungen in den nationalen Familienrechtsordnungen – etwa, wenn es um gleichgeschlechtliche Partnerschaften oder Ehen bzw. um Leihmutterchaften geht –, wird es – unabhängig davon, wieweit die schweizerische Familienrechtsreform gehen wird – einerseits zu Konstellationen kommen, in denen in der Schweiz Wohnhafte versuchen, im Ausland nach ausländischem Recht eine Rechtslage zu schaffen, die sie nach schweizerischem Recht nicht hätten herbeiführen können, und umgekehrt, dass in der Schweiz Rechtslagen geschaffen werden, die sie nachher im Ausland wirksam werden lassen können, obgleich diese mit fremdem Recht nicht konform sind.

Der Umgang mit solchen Konstellationen ist den Gerichten bzw. den Zivilstandsbehörden überlassen. Sie haben einerseits, bevor sie einen Statusakt vornehmen oder beurteilen, die eigene Zuständigkeit zu prüfen und bei ungenügendem Bezug zur Schweiz die eigene Zuständigkeit zu verneinen oder aber „strengeres“ fremdes Recht anzuwenden.

---

<sup>25</sup> ANDREAS BUCHER, La dimension sociale du droit international privé, Cours général, Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de la Haye, Bd. 341, 2009, S. 9 ff.



Andererseits haben sie im Einzelfall im Ausland vorgenommene Statusakte oder Gerichtsentscheide haupt- oder vorfraglich zu anerkennen oder im Ausnahmefall ihnen gestützt auf die Ordre public-Klausel des Anerkennungsrechts (Art. 27 IPRG) die Wirkung in der Schweiz zu versagen.

Nur ganz ausnahmsweise sieht bereits das Gesetz selber Schranken vor (Art. 45 Abs. 2 IPRG). Dies ist richtig so, denn die Schaffung sog. hinkender Rechtsverhältnisse (d.h. von Rechtsverhältnissen, die im einen Staat rechtsgültig sind und effektiv gelebt werden, und im anderen Staat nicht anerkannt werden), soll möglichst vermieden werden.

In der Rechtsprechung unterer bzw. kantonaler Instanzen hat sich die Tendenz verbreitet, im Ausland geschaffene *kindesrechtliche Statusverhältnisse* in der Schweiz auch dann zu anerkennen, wenn dieses Kindesrechtsverhältnis nach schweizerischem Recht nicht nur nicht hätte hergestellt werden können, sondern auch nicht hätte hergestellt werden dürfen. Es genügt, dass die im IPRG vorgesehenen Anknüpfungspunkte (wie Vornahme des Statusaktes im Ausland und Aufenthalt der betroffenen Person im Ausland usw.) eingehalten worden sind; der Einsatz des anerkennungsrechtlichen ordre public (Art. 27 IPRG) wird abgelehnt. Dies betrifft namentlich Adoptionen durch den gleichgeschlechtlichen Partner, sogar Adoption nach Leihmutterchaft durch eingetragene homosexuelle Partner. Die Wertung hinter dieser grosszügigen Anerkennungspraxis ist – nebst dem Bemühen, hinkende Rechtsverhältnisse zu vermeiden, denn im Falle der genannten ausländischen Adoptionen sind ja die bisherigen Inhaber der elterlichen Verantwortung gerade nicht mehr in der Verantwortung, sondern gilt das Kind als solches der Adoptierenden – das Kindeswohl. Es ist zu erwarten, dass die Adoptierenden das Kind fürsorglich aufnehmen und die Integration möglicherweise im Zeitpunkt, in dem die schweizerische Behörde darüber entscheidet, in die adoptierende Gemeinschaft bereits erfolgt ist. Es ist dann Sache der Kinderschutzbehörde zu prüfen, ob das Kind gut aufgehoben ist oder ob Kinderschutzmassnahmen angezeigt sind.

An dieser grundsätzlichen Lösung sollte m.E. festgehalten werden: Einzelfallentscheidung anhand des Kindeswohls. Allerdings wäre es vorzuziehen, diese Praxis in einer expliziten Gesetzesbestimmung (die als „Kann-Vorschrift“ zu formulieren wäre) zuzulassen.

Erst recht sollte m.E. die entsprechende grosszügige Anerkennung von im Ausland begründeten *Rechts- und Lebensverhältnissen unter erwachsenen PartnerInnen* erfolgen – zumal diese ja durch Fortsetzung des Zusammenlebens fortlaufend ihren Willen zum Zusammenleben dokumentieren. Gesteht das schweizerische Recht solchen Lebensformen gar keine Wirkungen oder nur geringere Wirkungen zu als diejenige Rechtsordnung, unter welcher die Betroffenen bisher gelebt haben, stellt sich die Frage, zu welchem Rechtswirkungswert die Weiterführung des im Ausland begründeten Lebensverhältnisses stattfinden soll. So wird z.B. nach Art. 45 Abs. 3 IPRG eine im Ausland gültig geschlossene Ehe zwischen Personen gleichen Geschlechts in der Schweiz als eingetragene Partnerschaft anerkannt. Der Grad der Anerkennung müsste, entsprechend der Ausgestaltung und der Wirkungen dieser Rechts- und Lebensgemeinschaften gemäss schweizerischem Recht, im IPRG genauer definiert werden (hierzu nachstehend unter F/II).

Je selbständiger die Rechtswirkungen (insbesondere Unterhalt) IPR- und IZPR-mässig ausgestaltet sind, desto richtiger die hier postulierte weitgehende Anerkennung. Mit der separaten Anknüpfung sowohl bezüglich Zuständigkeit als auch bezüglich anwendbarem Recht im Bereich Unterhalt (namentlich unter Einsetzung des Haager Unterhaltsstatutübereinkommen bzw. das Haager Protokoll) ist die Sicht des schweizerischen Rechts durch schweizerische Gerichte besser durchsetzbar, gerade auch im Fall, dass ein in der Schweiz begründetes Rechts- oder Lebensverhältnis weiterhin Wirkungen entfalten soll, wenn es jetzt in einem ausländischen Staat gelebt wird, das ihm weniger weitgehende Rechtswirkungen bezüglich Unterhalt zubilligen würde. Auch im Bereich aller anderen Nebenfolgen einer Ehe oder einer Eheauflösung (dasselbe gilt für andere in der Schweiz geregelte Lebensgemeinschaften) kommt schweizerisches Wirkungsrecht (vermögensrechtliche Folgen) bei Zuständigkeit ausländischer Gerichte und damit Anwendung des ausländischen IPR eher zur Anwendung, als wenn das schweizerische IPR einzig auf die *lex fori* verweist – und insofern dem ausländischen Gericht den Eindruck vermittelt, schweizerisches Recht solle nur dann angewendet werden, wenn auch schweizerische Gerichte zuständig seien, und in den übrigen Konstellationen verweise schweizerisches Kollisionsrecht auf ausländisches Recht zurück.

#### **4. Spezifische materiellrechtliche Wertungen in internationalprivatrechtlichen Sachverhalten; sog. materielle IPR-Normen**

In gewissen Konstellationen weicht der IPR-Gesetzgeber von der Methodik des Kollisionsrechts ab. Insbesondere wenn Sachverhalte mit Auslandsberührung eine Besonderheit – die sie grundsätzlich von reinen Inlandsachverhalten unterscheidet – aufweisen, kann es angezeigt sein, dass das IPR-Gesetz selber den Sachverhalt *unmittelbar materiellrechtlich* regelt (also unmittelbar die Rechtsfolge anordnet) oder zumindest eine Einzelfrage materiellrechtlich direkt beantwortet und nicht auf das in- oder ausländische Familien- oder übriges Privatrecht – das ja primär für rein inländische Sachverhalte geschaffen worden ist und daher nicht immer eine adäquate Regelung für die in diesem Sinne „atypischen“ Sachverhalte mit Auslandsbezug trifft – verweist.

Bei diesem materiellen IPR handelt es sich also um privatrechtliche Rechtssätze mit materiellrechtlichen Rechtsfolgen, die aber nur auf Sachverhalte mit Auslandsberührung anwendbar sind<sup>26</sup>.

Gerade im Familienrecht und gerade in Konstellationen, in denen damit zu rechnen ist, dass die zwei miteinander konkurrierenden Rechtsordnungen völlig unterschiedliche Wertungen enthalten (z.B. Zulassung oder Ablehnung der Leihmutterchaft, von rechtsverbindlichen Lebensgemeinschaften gleichgeschlechtlicher Partnerschaft oder von Rechtswirkungen nichtehelicher Partnerschaften), kann es angezeigt sein, zu dieser vom Kollisionsrecht abweichenden Gesetzesmethodik zu greifen. Dies wird partiell im nachstehenden Teil F/II bei einzelnen Fragen zur Diskussion gestellt.

## **II. Zur Behandlung einzelner zur Diskussion gestellter Reformen im IPR und im IZPR**

Schliesslich soll auf Möglichkeiten eingegangen werden, wie die unter vorstehender Ziffer F/I genannten Grundsätze bei der IPR- und IZPR-Behandlung von neuen familienrechtlichen Instituten und Regelungen, die bei der Reformdiskussion erwähnt werden, etwa zum Zug kommen könnten. Natürlich sind konkrete Vorschläge erst anhand der effektiv genauer festgelegten materiellrechtlichen Reformen im ZGB möglich.

---

<sup>26</sup> Vgl. SCHWANDER, IPR (FN 4), S. 256 ff.

Die nachfolgenden Überlegungen sollen aber selbständigen Input geben, soweit die internationalen Bezüge oder das Wertungsgefälle bei künftigen Reformen diskutiert werden sollen.

### **1. Erhaltung des Status bzw. des „höheren“ Rechtswertes von Paarbeziehungen, die im Ausland begründet und gelebt worden sind, bei Gerichtsstands begründung oder ihrer Weiterführung in der Schweiz**

Ist ein schweizerisches Gericht/eine schweizerische Behörde haupt- oder vorfraglich zu einer Entscheidung über den Bestand/den Nichtbestand einer im Ausland begründeten bzw. gelebten Paarbeziehung (rechtlicher oder tatsächlicher Natur) und/oder über die Wirkungen zuständig, hat es/sie dieser Paarbeziehung denjenigen Rechtsstatus bzw. allenfalls (in Vergleich zum schweizerischen Recht) weitergehenden Rechtswert zuzuerkennen, den diese Paarbeziehung in dem Staat hatte, in dem diese Paarbeziehung begründet oder faktisch (evtl. während einer bestimmten Minimaldauer wie einem Jahr) gelebt worden ist, nach eigenem Recht (oder dem Recht, auf das sein IPR verweist) hat.

Dies gilt schon aufgrund des geltenden IPR für Eheschliessungen (Art. 45 Abs. 1 IPRG) und eingetragene Partnerschaften (Art. 65a IPRG) – nach Auffassung einer Mehrheit von Lehrmeinungen auch für im Ausland begründete eingetragene Partnerschaften zwischen Frau und Mann. Letzteres ergibt sich aus dem nicht auf die Begriffsbestimmung des schweizerischen Partnerschaftsgesetzes verweisenden Art. 65a IPRG. Persönlich würde ich eine explizite Klärung im Gesetz, dass das IPRG in Kapitel 3a auch zwischen Frau und Mann eingetragene Partnerschaften erfasst, befürworten; es scheint eine unausgesprochene Zurückhaltung einer Minderheitslehre bzw. eines Teils von Behörden zu geben, welche partout die schweizerische Restriktion der eingetragenen Partnerschaften auf solche zwischen Personen desselben Geschlechts auch im Aussenverhältnis verteidigen möchten – eine m.E. angesichts der Entstehungsgeschichte des Art. 65a IPRG und unter Diskriminierungsgesichtspunkten unhaltbare Position.

Aus dem genannten Grundsatz ergibt sich weiter, dass Art. 45 Abs. 3 IPRG dahingehend zu revidieren wäre, dass im Ausland gültig geschlossene Ehen zwischen Personen desselben Geschlechts auch als eine solche Ehe zu anerkennen sein wird.

Auch wenn explizite Gerichtsentscheide dazu m.W. fehlen, mussten schon bisher *vorfraglich* im Ausland gültig geschlossene polygame Ehen anerkannt werden – etwa wenn es um Unterhaltsbeiträge oder Erbteilungen geht. Insoweit ausländische Rechtsordnungen damit den rechtlichen Status der mehreren Ehefrauen schützt, ist nicht a priori ersichtlich, warum selbst einer *hauptfraglichen* Anerkennung gegenüber bestehenden polygamen Ehen von in die Schweiz zuziehenden Personen der anerkennungsrechtliche *ordre public* (Art. 27 IPRG) eingreifen müsste<sup>27</sup>. Eine andere Frage ist, dass diese ausländischen Rechtsordnungen das Mehrpersonen-Rechtsverhältnis nicht geschlechtsneutral zur Verfügung stellen; sie ist aber im Einzelfall im Anerkennungsverfahren gerade nicht zu prüfen, wo abgewogen werden muss, ob einer dieser mehreren Ehefrauen mehr Gerechtigkeit oder mehr Ungerechtigkeit widerfährt, wenn ihr der Status zu- oder aberkannt wird.

---

<sup>27</sup> IVO SCHWANDER, Einführung in das internationale Privatrecht, Bd. II: Besonderer Teil, 2. Aufl., St. Gallen 1998, S. 57, mit weiteren Hinweisen.

Wo der schweizerische Ordre public m.E. hingegen wieder eingreifen müsste, wäre, wenn diesen mehreren Frauen unterschiedliche Rechtspositionen zukäme; hier müsste die Rechtswirkung für alle Frauen auf das höchstmögliche Mass angeglichen werden.

Nichteheliche Gemeinschaften – definiert als solche, denen keine statusähnliche familienrechtliche Wirkung zukommt – haben teilweise in ausländischen Rechtsordnungen, etwa wenn sie sich durch eheähnliches gemeinsames Zusammenleben während einer festgelegten Dauer auszeichnen, bestimmte vermögensrechtliche Wirkungen, etwa einen Anspruch auf einen nachgemeinschaftlichen Unterhalt, auf Wohnungs- und Hausratzuteilung, auf Teilung gemeinsam angeschaffter Vermögenswerte oder während des Zusammenlebens gebildeten Vermögens. Kombiniert oder erweitert können diese Ansprüche auf schuldvertraglicher, bereicherungsrechtlicher oder deliktsrechtlicher Basis sein. Insofern ist es dann auch richtig, diese anders qualifizierten Ansprüche an dieselbe Rechtsordnung anzuknüpfen. Es liegt in der Konsequenz des erwähnten Grundsatzes, dass schweizerische Gerichte für die Dauer, während welcher das nichteheliche Lebensverhältnis in einem solchen anderen Staat gelebt worden war, das entsprechende ausländische Recht anwenden. Nun bedarf diese Grundregel der Ergänzung: Soweit dieses Lebensverhältnis in der Schweiz fortgesetzt wird, sollte m.E. das entsprechende ausländische Recht weiterhin angewendet bleiben, soweit nach künftigen schweizerischen Recht keine weitergehenden Ansprüche bestehen oder die Parteien eine vertragliche Vereinbarung treffen.

Eine solche Regel auch für nichteheliche Gemeinschaften ist kein für das IPR-System grundsätzlich neuer Gedanke; vielmehr handelt es sich um eine explizite Statutenwechsel-Regelung im Gesetz mit der Variante „Weiterführung des Eingangstatuts“<sup>28</sup>.

## **2. Annahme eines Mehrwerts gestützt auf schweizerisches Recht, wenn ein im Ausland begründetes bzw. gelebtes Lebens- oder Rechtsverhältnis in der Schweiz fortgeführt wird**

Rechtliche oder faktische Paarbeziehungen, die in der Schweiz rechtlich höher bewertet werden als im Staat, in dem sie begründet oder bisher gelebt worden sind, sollten (zumindest ab einer gewissen Minimaldauer von einigen Monaten) den Mehrwert erhalten, der ihnen nach schweizerischem Recht zukommt.

Bei in der Schweiz mit einem Formalakt begründeten Rechtsverhältnissen (Ehe, eingetragene Partnerschaft) ist eine „automatische“ Zunahme des Status (z.B. von Gesetzes wegen eintretende Umgestaltung der im Ausland gelebten nichtehelichen Gemeinschaft zu einer Ehe) nicht denkbar. Hingegen kann sich das im Ausland weniger weitgehend ausgestaltete Statut zum entsprechenden schweizerischen Institut anwachsen, wie z.B. die auf 50 Jahre zeitlich beschränkte Ehe nach ausländischem Recht zur grundsätzlich zeitlich unbeschränkten Ehe nach schweizerischem Recht.

Sofern die Schweiz das Recht der nichtehelichen Gemeinschaft stärker ausbaut, wären aber entsprechende „Zugewinne“ der Rechtsstellung der an dieser Gemeinschaft Beteiligten denkbar. Soweit sich aber die neue schweizerische Regelung darauf beschränken sollte, einzelne Ansprüche wie Unterhalt klagbar zu machen, genügt deren spezielle Anknüpfung, z.B. aufgrund des Unterhaltsstatuts, ohne eine „Mehrwerts“-Regel nach neuem Lebensmittelpunktrecht anzunehmen.

---

<sup>28</sup> Zum Statutenwechsel vgl. SCHWANDER, IPR (FN 4), S. 169 ff.

### **3. Unterhalt**

Nebst der bereits vorgeschlagenen Ratifikation des Haager Protokolls (und der Anwendung desselben auch im Verhältnis zu allen Staaten aufgrund der entsprechenden Verweisung im IPRG, wie dies schon bisher im Bereich Ehe- und Kindesrecht bezüglich des Haager Unterhaltsstatutübereinkommens von 1973 geschieht) wird sich auch folgende zusätzliche Erweiterung des sachlichen Anwendungsbereichs des Unterhaltsprotokolls aufdrängen:

- Anwendung des Protokolls auch auf Unterhaltsansprüche aus anerkannten Rechts- und Lebensgemeinschaften des ausländischen Rechts
- Anwendung des Protokolls auch auf Unterhaltsansprüche aus in der Schweiz geschlossenen Ehen und registrierten Partnerschaften
- Anwendung des Protokolls auch auf nichteheliche Gemeinschaften, die in der Schweiz oder im Ausland gelebt werden

(Bezüglich Kindesunterhalt scheint eine Erweiterung des Anwendungsbereichs über den vom Protokoll selbst vorgesehenen Anwendungsbereich nicht notwendig zu sein.)

Angesichts der oft nicht ausreichend präzisen Regelung der Unterhaltsansprüche während bestehender Rechts- oder Lebensgemeinschaft in den Rechtsordnungen und auch der gewissen Unsicherheiten namentlich bei grenzüberschreitend bestehenden oder über die Grenzen „transportierten“ Beziehungen dieser Arten (eingetragene Partnerschaften, nichteheliche Gemeinschaften) scheint es mir notwendig, die Kollisionsregeln des Unterhaltsprotokolls noch mit einer internationalprivatrechtlichen Sachnorm (materielles IPR) zu ergänzen.

Danach sollten m.E. in eingetragenen Partnerschaften und in nichtehelichen Gemeinschaften, unabhängig weitergehender Ansprüche in der anwendbaren in- oder ausländischen Rechtsordnung, nach einer effektiv gelebten Dauer mindestens eines Jahres mindestens folgende Ansprüche beim zuständigen schweizerischen Gericht auf Antrag zugesprochen werden: (a) qualitativ und quantitativ gleiche Verfügungsgewalt jedes Partners über die kumulierten verfügbaren Einkommen der beiden PartnerInnen während der Dauer des Bestehens der Gemeinschaft; (b) bei Auflösung der Gemeinschaft hälftige Teilung des während des Gemeinschaftslebens erworbenen Vermögens beider PartnerInnen. Der Anspruch (b) kann durch einen Vermögensvertrag zwischen den PartnerInnen mit Wirkung auf längstens drei Jahre wegbedungen werden (wobei diese Wegbedingung später mit neuen Vertragschlüssen wiederholt werden kann). Diese Mindestansprüche hat das Gericht auf Antrag festzulegen. Unter „verfügbarem Einkommen“ ist das Einkommen zu verstehen, das nach Abzug von Kinderunterhalten (gleichgültig, ob die Kinder in dieser Gemeinschaft leben oder nicht), der Wohn-, Versicherungskosten sowie Steuern dem Paar zur Verfügung steht; in einem zweiten Schritt werden übereinstimmende Anträge der Parteien zur Mittelverwendung eingesetzt; der Budgetanteil, über den keine Einigkeit besteht, wird halbiert.

### **4. Güterrecht**

Die Ratifikation des Haager Übereinkommens betreffend Ehegüterrecht bringt im Vergleich zur jetzigen Regelung im IPRG m.E. keine Vorteile.

Hingegen wäre angezeigt, allenfalls auch bezüglich der Art. 51-58 IPRG eine sachliche Erweiterung des Anwendungsbereichs dieser Regelungen auf weitere Lebens- und Rechtsgemeinschaften vorzunehmen, je nachdem wie weit man in der Anerkennung ausländischer Gemeinschaften gehen wird und wie weit man im schweizerischen ZGB die Lebens- und Rechtsgemeinschaften ausgestaltet.

Angesichts der privilegierten Behandlung der Eheverträge in Art. 52 ff. IPRG und der Häufigkeit güterrechtlicher Auseinandersetzungen als Folge der Scheidung drängt sich m.E. eine IPR-Sachnorm des Inhalts auf, dass unabhängig des Inhalts der nach Kollisionsrecht anwendbaren Rechtsordnung jede Partei den Ehevertrag nach Ablauf von zehn Jahren kündigen kann und dass im Rahmen der güterrechtlichen Auseinandersetzung als Folge der Auflösung der Ehe eine Inhaltskontrolle bezüglich des Inhalts des Ehevertrags zu erfolgen hat.<sup>29</sup> Es geht dabei darum, dass die Eheleute nicht auch bei wesentlich veränderten Verhältnissen über Jahrzehnte an einen Ehevertrag gebunden bleiben bzw. ein nicht dem effektiv gelebten Rollenmodell entsprechender Ehevertrag die güterrechtliche Auseinandersetzung bei Scheidung präjudiziert.

## **5. Berufliche Vorsorge**

Gian Paolo Romano, Professor an der Universität Genf, hat soeben sehr detaillierte und überzeugende Vorschläge bezüglich Zuständigkeit, anwendbares Recht und Anerkennung/Vollstreckbarerklärung ausländischer Entscheidungen bezüglich der beruflichen Vorsorge gemacht<sup>30</sup>.

Es sei darauf verwiesen. Insbesondere zeigt er auf, dass die vorliegenden Vorschläge des Bundesrates zur Koppelung von Scheidungsstatut und Vorsorgestatut einerseits und die ausschliesslichen Zuständigkeiten der Schweiz und die exklusive Anwendung schweizerischen Rechts andererseits konfliktgeladen und nicht sachgerecht sind; er macht überzeugende eigene Vorschläge, die in einem gewissen Umfang sogar die Rechtswahl einschliessen.

## **6. Notwendige Bewertung aller vermögensrechtlichen Folgen bei Auflösung der Ehe und der eingetragenen Partnerschaften sowie qualifizierter nichtehelicher Gemeinschaften in einer Gesamtsicht und damit verbundene Korrekturmöglichkeit**

Bei Auflösung einer Ehe pflegt das Gericht in einer *Gesamtsicht* die Auswirkungen der vermögensrechtlichen Folgen der Scheidung auf Frau und Mann zu überprüfen, ob jene für die pflichtige Partei tragbar und für die berechtigte Partei ausreichend sind. Diese Gesamtsicht umfasst güterrechtliche Auseinandersetzung, Teilung der beruflichen Vorsorge und nahehelichen Unterhalt. Schon von ihrer Anlage her stehen sie in einem logischen Verhältnis zueinander; wieviel der ungedeckte Unterhaltsbedarf ausmacht, weiss man erst, nachdem güterrechtliche Auseinandersetzung und Teilung der beruflichen Vorsorge quantitativ berechnet worden sind. Mit einer materiellrechtlichen IPR-Norm sollte den Gerichten auch in Fällen der Auflösung von eingetragenen Partnerschaften und qualifizierten (z.B. mindestens fünf Jahr dauernden) nichteheliche Gemeinschaften eine ähnliche Gesamtüberprüfung des Resultats z.B. von vertraglichen Ansprüchen, Ansprüchen aus Zuteilung von Vermögenswerten, Unterhaltsanspruch je der verschiedenen anwendbaren Rechtsordnungen vorgeschrieben werden, welche allenfalls eine unbillige Unterdeckung aufzeigt; zudem müssen gerichtlich zusprechbare Billigkeitsansprüche vorgesehen werden.

---

<sup>29</sup> Vgl. IVO SCHWANDER, Eheverträge zwischen "ewigen" Verträgen und Inhaltskontrolle, in: AJP/PJA 2003, S. 572 f.

<sup>30</sup> ROMANO (FN 4), durchgehend.

## 7. Kindesrechtliche Statusverhältnisse

Was die Entstehung des Kindesverhältnisses durch Abstammung, Geburten durch medizinische Hilfe und Anerkennung anbelangt (Art. 46-74 IPRG), drängen sich m.E. nicht unmittelbar Änderungen im IPR-Gesetz auf, jedenfalls solange noch nicht klarer absehbar ist, wie eine künftige materielle rechtliche Neuregelung im ZGB aussehen wird. Die Thematik von entsprechenden Vorkehrungen im Ausland bzw. durch ausländisches Recht und die daraus entstehende Notwendigkeit, zum Schutz des Kindeswohls im Ausland begründete Statusverhältnisse in der Schweiz auch dann zu anerkennen, wenn ein solcher Sachverhalt nach schweizerischem Recht nicht zu einem Statusverhältnis hätte führen können, wurde vorne bereits erörtert (Teil F/II/1 und 2).

Auch bezüglich möglicher Revisionen des Adoptionsrechts ist die Spannweite möglicher Reformen noch zu weit, als dass hier zum IPR/IZPR konkrete Anregungen zur Änderung der Art. 75-78 IPRG gemacht werden könnten. Immerhin wurde vorne die Kündigung zweier Konventionen zur Diskussion gestellt, damit die Revisionsbemühungen nicht eingeeengt werden (Teil D/I/4 und 5).

Persönlich scheint mir aber folgende Überlegung spezifisch auch (aber nicht nur) für Adoptionen über die staatlichen Grenzen hinweg bedenkenswert: Angesichts der Brüchigkeit vieler Adoptionen und des eigentlichen, vom ZGB geförderten Zwecks (nämlich Herstellung des Kindesverhältnisses zum Wohl minderjähriger Kinder) könnte man an die *Schaffung eines zeitlich begrenzten oder begrenzbaren Adoptionsverhältnisses* denken, z.B. dass bei Erreichen des 30. oder 35. Lebensjahres (also nach Erreichung einer zur Selbständigkeit führenden Alters bzw. der entsprechenden Ausbildung und Integration) der adoptierten Person das Adoptionsverhältnis von den Adoptierenden oder vom Adoptierten durch einseitige Erklärung aufgelöst werden kann oder sogar von Gesetzes wegen endet. Dies dient namentlich der Autonomie der adoptierten Person, aber auch veränderten Verhältnissen aufseiten der Adoptierenden.

Die Wirkungen *des Kindesverhältnisses* sind seit jeher im IPRG vom Kinderstatusverhältnis separat geregelt worden (Art. 79-84 IPRG; vorbehaltene Kindesschutzmassnahmen Art. 85 IPRG); auch daran sollte m.E. nichts geändert werden, zumal die wesentlichen kinderrechtlichen Wirkungen hauptsächlich und sachgerecht im Haager Unterhaltsstatutübereinkommen von 1973 (bzw. in Zukunft allenfalls über das Haager Unterhaltsprotokoll von 2007) bzw. im Haager Kindesschutzübereinkommen von 1996 geordnet sind.

Ich hoffe, mit dieser Übersicht und mit punktuellen konkreten Vorschlägen Anregungen zur Umsetzung von Modernisierungsbestrebungen im Familienrecht in das IPR/IZPR der Schweiz gegeben zu haben.

Ivo Schwander