

Dr. Christophe Herzig

## **Anwendbares Recht bei einer IPR-Scheidung**

---

Der Beitrag befasst sich mit dem anzuwendenden Recht bei Scheidungen mit Auslandsbezug (IPR-Scheidungen). Diese gewinnen aufgrund der fortschreitenden Globalisierung zunehmend an Bedeutung. Deshalb zeigt der Beitrag auf, welches Recht einerseits auf die Scheidung selber und andererseits auf die Scheidungsfolgen zur Anwendung gelangt, wenn eine schweizerische Zuständigkeit vorliegt.

---

Rechtsgebiet(e): Familienrecht. Eherecht; Schiedsgerichtsbarkeit; IPRG; Beiträge

Zitiervorschlag: Christophe Herzig, Anwendbares Recht bei einer IPR-Scheidung, in: Jusletter 3. September 2012

## Inhaltsübersicht

- I. Einführung
- II. Anwendbares Recht
  - A. Auf die Statusfrage
    1. Grundsatz
    2. Ausnahmen
      - a. Gemeinsames Heimatrecht
        - aa. Allgemeines
        - bb. Anwendungsvorbehalt
      - b. Renvoi
      - c. Ausnahmeklausel
        - aa. Allgemeines
        - bb. Anwendungsbereich
    3. Würdigung
  - B. Auf die vorsorglichen Massnahmen
  - C. Auf die Nebenfolgen
    1. Allgemeines
    2. Vorsorgeausgleich im Besonderen
      - a. Allgemeines
      - b. Besondere Vorgehensweise bei ausländischen Anwartschaften
    3. Übrige Nebenfolgen
      - a. Name
        - aa. Allgemeines
        - bb. Wohnsitz in der Schweiz
        - cc. Wohnsitz im Ausland
      - b. Nachehelicher Unterhalt
      - c. Familienwohnung
      - d. Güterrechtliche Auseinandersetzung
        - aa. Rechtswahl
        - bb. Ohne Rechtswahl
      - e. Erbrechtliche Ansprüche
      - f. Kinderbelange
        - aa. Kinderunterhalt
        - bb. Elterliche Sorge/Obhut, persönlicher Verkehr und Kindesschutzmassnahmen
- III. Abschliessende Würdigung

## I. Einführung

[Rz 1] Durch die fortschreitende Globalisierung und als Folge der anhaltenden weltweiten Migrationsströme sehen sich sowohl die schweizerischen Gerichte als auch die Anwaltschaft vermehrt mit Scheidungen mit Auslandsbezug konfrontiert. So hat sich beispielsweise die jährliche Zahl der Einwanderer aus Deutschland seit dem Inkrafttreten des Freizügigkeitsabkommens mit der EU 2002 mehr als verdoppelt und stieg von 14'100 im Jahr 2001 auf 30'700 im Jahr 2010. Zudem zeigen sich die Folgen der zunehmenden Multikulturalität der Bevölkerung auch bei der Entwicklung der Eheschliessungen. Im Jahr 2010 wurden in der Schweiz 15'300 Ehen zwischen einem schweizerischen und einem ausländischen Partner geschlossen; jede dritte Eheschliessung (35,4%) war somit eine schweizerisch-ausländische Verbindung.<sup>1</sup> Damit einhergehend kommt es auch vermehrt zu Scheidungen mit

Auslandsbezug.<sup>2</sup> Die Frage nach dem anwendbaren Recht in sogenannten IPR-Konstellationen gewinnt folglich zunehmend an Bedeutung. Deshalb geht der vorliegende Beitrag der Frage nach, welches Recht bei einer *Scheidung mit Auslandsbezug* zur Anwendung gelangt.

[Rz 2] Liegt in einem konkreten Privatrechtsfall ein internationaler Sachverhalt vor, so denkt der Jurist sogleich an das *Bundesgesetz über das internationale Privatrecht* (IPRG, SR 291). Dieses Gesetz regelt im internationalen Verhältnis gemäss seinem Art. 1 Abs. 1 insbesondere die Zuständigkeit der schweizerischen Gerichte oder Behörden (lit. a) sowie das anzuwendende Recht (lit. b).

[Rz 3] Da jedoch gemäss Art. 1 Abs. 2 IPRG *völkerrechtliche Übereinkommen vorbehalten* sind, gilt es zunächst jeweils zu prüfen, ob im konkreten Fall ein einschlägiger Staatsvertrag, der dem IPRG vorangeht, zur Anwendung gelangt. Bei dieser Prüfung muss zwischen dem anwendbaren Recht im Zusammenhang mit der Statusfrage (Scheidung als Hauptfolge bzw. Voraussetzungen der Scheidung), den vorsorglichen Massnahmen sowie den Nebenfolgen der Scheidung unterschieden werden (vgl. Art. 61–63 IPRG).

[Rz 4] Deshalb wird in der vorliegenden Abhandlung nachstehend zuerst das anwendbare Recht im Zusammenhang mit der *Statusfrage* (II.A), danach dasjenige im Zusammenhang mit den *vorsorglichen Massnahmen* (II.B) und schliesslich jenes, das auf die *Nebenfolgen der Scheidung* anzuwenden ist (II.C), erörtert.

[Rz 5] Unter die Nebenfolgen wird auch die Regelung der Kinderbelange subsumiert. Deren Bedeutung darf nicht unterschätzt werden, da namentlich im Jahr 2011 bei 7'895 von insgesamt 17'566 Scheidungen mindestens ein unmündiges Kind betroffen war.<sup>3</sup> Den von den Scheidungen betroffenen Kindern, denen in diesen Verfahren bezüglich Kinderbelange Parteistellung zukommt, stehen diverse Rechte zu, so insbesondere der Anspruch auf rechtliches Gehör, das Recht auf Anhörung, das Recht auf Vertretung sowie das Recht auf Eröffnung des Entscheides.<sup>4</sup>

[Rz 6] Im Folgenden wird zur Veranschaulichung das anzuwendende Recht an einem Fallbeispiel aufgezeigt. In diesem

<sup>1</sup> Vgl. Bundesamt für Statistik, Migration und Integration – Analysen: Migration, einsehbar unter: [http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/01/07/blank/dos/la\\_population\\_etrangere.html](http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/01/07/blank/dos/la_population_etrangere.html) (zuletzt besucht am 11. Juli 2012).

<sup>2</sup> Vgl. dazu auch Bundesamt für Statistik, Bevölkerungsbewegung – Indikatoren: Scheidungen, aus dieser Statistik wird ersichtlich, dass im Jahr 2011 von insgesamt 17'566 Scheidungen lediglich bei 8'083 Scheidungen beide Scheidungsparteien die schweizerische Staatsangehörigkeit besaßen. Bei den restlichen 9'483 Scheidungen war mindestens eine Scheidungspartei ausländische Staatsangehörige. Einsehbar unter: <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/01/06/blank/key/06/06.ht-ml> (zuletzt besucht am 13. Juli 2012).

<sup>3</sup> Vgl. Bundesamt für Statistik, Anzahl Scheidungen mit unmündigen Kindern, einsehbar unter: <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/01/06/blank/data/03.html> (zuletzt besucht am 13. Juli 2012).

<sup>4</sup> Vgl. ausführlich dazu HERZIG CHRISTOPHE, Das Kind in den familienrechtlichen Verfahren, Diss. Freiburg 2012, Zürich/Basel/Genf 2012 (AISUF, Bd. 318).

Beispiel geht es um ein Paar mit deutscher Staatsangehörigkeit. Die Ehefrau ist vor über einem Jahr mit den gemeinsamen Kindern in die Schweiz gezogen, der Ehemann hat hingegen seinen Wohnsitz nach wie vor in Deutschland. Die Scheidungsklage wurde von der Ehefrau in der Schweiz anhängig gemacht.<sup>5</sup>

## II. Anwendbares Recht

### A. Auf die Statusfrage

[Rz 7] Bei der Statusfrage geht es um das Ehescheidungsstatut. Darunter wird der Personenstandswechsel kraft Auflösung der Ehe verstanden, dessen Auflösungsgründe erst nach rechtsgültiger Eheschliessung entstanden sind. Folglich richtet sich die Klage auf Ungültigkeit, Nichtigkeitserklärung oder Anfechtung der Ehe nicht nach dem Recht des Scheidungsstatuts, sondern nach dem Eheschliessungsstatut (vgl. Art. 43 ff. IPRG).<sup>6</sup>

[Rz 8] Um die Frage beantworten zu können, welches Recht auf die Statusfrage anzuwenden ist, gilt es vorweg zu prüfen, ob die Schweiz ein entsprechendes multilaterales Übereinkommen ratifiziert hat, welches sich mit der Frage des auf die Scheidung anwendbaren Rechts befasst. Da dies verneint werden kann,<sup>7</sup> gilt es noch zu prüfen, ob ein einschlägiger bilateraler Staatsvertrag abgeschlossen wurde.<sup>8</sup> Auch dies kann regelmässig verneint werden. Mithin ist in den allermeisten Fällen das IPRG massgebend.

#### Fallbeispiel

*Bei dem in der Einführung erwähnten Fallbeispiel eines deutschen Ehepaares kann festgehalten werden, dass mit Deutschland kein bilateraler Staatsvertrag*

*abgeschlossen wurde, der diese Frage regeln würde.<sup>9</sup> Somit kommt das IPRG zum Tragen.*

### 1. Grundsatz

[Rz 9] Nach Art. 61 Abs. 1 IPRG unterstehen Scheidung und Trennung in der Regel *schweizerischem Recht* (lex fori).<sup>10</sup>

### 2. Ausnahmen

#### a. Gemeinsames Heimatrecht

##### aa. Allgemeines

[Rz 10] Besitzen jedoch die Ehegatten eine gemeinsame ausländische Staatsangehörigkeit und hat lediglich einer von ihnen Wohnsitz in der Schweiz, so ist ihr (effektives) *gemeinsames Heimatrecht* anzuwenden (Art. 61 Abs. 2 IPRG).<sup>11</sup>

##### bb. Anwendungsvorbehalt

[Rz 11] Von dieser Ausnahme gibt es aber wiederum eine Gegen Ausnahme (sog. Anwendungsvorbehalt): Und zwar wird in einem solchen Ausnahmefall dennoch schweizerisches Recht angewendet, wenn die Scheidung nach dem gemeinsamen ausländischen Heimatrecht nicht oder nur unter ausserordentlich strengen Bedingungen zulässig ist und wenn einer der Ehegatten auch Schweizer Bürger ist oder sich seit zwei Jahren in der Schweiz aufhält (Art. 61 Abs. 3 IPRG).<sup>12</sup>

#### b. Renvoi

[Rz 12] Nach herrschender Lehre stellt die Verweisung von Art. 61 Abs. 2 IPRG auf das gemeinsame ausländische Heimatrecht eine Gesamtverweisung dar (=Verweis auf ausländisches Kollisionsrecht). Eine allfällige Rückweisung (sog. Renvoi) des deutschen Kollisionsrechts auf schweizerisches Recht wäre gemäss Art. 14 Abs. 2 IPRG somit anzunehmen.<sup>13</sup>

#### c. Ausnahmeklausel

##### aa. Allgemeines

[Rz 13] Nach Art. 15 Abs. 1 IPRG ist das Recht, auf welches das IPRG verweist, ausnahmsweise nicht anwendbar, wenn nach den gesamten Umständen offensichtlich ist, dass der Sachverhalt mit diesem Recht in nur geringem, mit einem anderen Recht jedoch in viel engerem Zusammenhang steht.

<sup>5</sup> Vgl. für die Zuständigkeit der schweizerischen Gerichte Art. 59 und 63 IPRG, diverse einschlägige Staatsverträge sowie im Besonderen für die Zuständigkeit bei Kinderbelangen HERZIG, a.a.O., N 231 ff. Erhebt die Ehefrau in der Schweiz die Scheidungsklage, so richtet sich die Zuständigkeit nach Art. 59 lit. b IPRG, da sie sich bereits seit (mindestens) einem Jahr in der Schweiz aufhält (vgl. dazu BGE 118 II 83 E. 2; Urteil des Bundesgerichts 5C.247/2004 vom 10. Februar 2005 E. 4.3). Mithin ist das Schweizer Gericht für die Scheidungsklage örtlich zuständig.

<sup>6</sup> HandKomm/ZEITER/KOLLER, Art. 61 IPRG, N 2 f.; Vgl. für das anwendbare Recht im Zusammenhang mit einer Ergänzung und Abänderung ausländischer Scheidungsurteile RUMO-JUNGO ALEXANDRA/HERZIG CHRISTOPHE, Neuere Rechtsprechung und Literatur zur beruflichen und freiwilligen Vorsorge in der Scheidung, in: Rumo-Jungo Alexandra/Pichonnaz Pascal (Hrsg.), Berufliche und freiwillige Vorsorge in der Scheidung, 5. Symposium zum Familienrecht 2009, Universität Freiburg, Zürich/Basel/Genf 2010, S. 201 ff., N 86, ferner N 89 f.

<sup>7</sup> HandKomm/ZEITER/KOLLER, Art. 61 IPRG, N 1.

<sup>8</sup> Dabei ist namentlich an das schweizerisch-iranische Niederlassungsabkommen vom 25. April 1934 (SR 0.142.114.362) zu denken (vgl. dazu Urteil des Bundesgerichts 5A\_197/2007 vom 31. August 2007 E.3; BGE 129 III 250; FamKomm/JAMETTI GREINER, Anh. IPR, N 71).

<sup>9</sup> Vgl. BaslerKomm/BOPP, Art. 61 IPRG, N 3 f.; FamKomm/JAMETTI GREINER, Anh. IPR, N 71.

<sup>10</sup> RUMO-JUNGO/HERZIG, a.a.O., N 83.

<sup>11</sup> RUMO-JUNGO/HERZIG, a.a.O., N 83; vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 5A\_49/2008 vom 19. August 2008. Vgl. zur effektiven Staatsangehörigkeit Art. 23 Abs. 2 IPRG.

<sup>12</sup> Vgl. dazu ZürcherKomm/VOLKEN, Art. 61 IPRG, N 20 ff.

<sup>13</sup> BUCHER ANDREAS, Internationales Scheidungsrecht in der Praxis, in: Schwenzer Ingeborg/Büchler Andrea (Hrsg.), Vierte Schweizer Familienrechtstage, Bern 2008, S. 33 ff., S. 36; BaslerKomm/BOPP, Art. 61 IPRG, N 19; FamKomm/JAMETTI GREINER, Anh. IPR, N 21.

## bb. Anwendungsbereich

[Rz 14] Diese Ausnahmeklausel ist namentlich dann von Relevanz, wenn ausländische Staatsangehörige nur einen sehr losen Bezug zu ihrem Heimatrecht haben. In diesem Sinne bejahte das Bundesgericht in BGE 118 II 79 die Anwendbarkeit von Art. 15 IPRG bei einer am schweizerischen Wohnsitz des Ehemannes ausgesprochenen Scheidung amerikanischer Staatsangehöriger. Die Eheleute hatten ihren ersten gemeinsamen ehelichen Wohnsitz in den USA, wo sie sich auch einbürgern liessen. Danach zogen sie elfmal um und wohnten in fünf Ländern auf drei Kontinenten. Schliesslich liessen sie sich in der Schweiz nieder, welche die Ehefrau fünf Jahre später verliess.<sup>14</sup>

[Rz 15] Die Klausel hat Ausnahmecharakter und ist mithin restriktiv auszulegen und darf demnach lediglich in Ausnahmesituationen zum Tragen kommen.<sup>15</sup>

### Fallbeispiel

- *Gemeinsames Heimatrecht:*

*Im Fallbeispiel haben beide Ehegatten die deutsche Staatsangehörigkeit und nur einer von ihnen Wohnsitz in der Schweiz. Da vorliegend die Scheidung nach dem gemeinsamen ausländischen Heimatrecht nicht mit ausserordentlichen Schwierigkeiten verbunden ist, kommt Art. 61 Abs. 2 IPRG zum Tragen und es ist das gemeinsame Heimatrecht der Eheleute – also deutsches Recht – anzuwenden.*

*Deshalb gilt es für das vorliegende Fallbeispiel nachfolgend das deutsche IPR zu konsultieren.*

- *Enthält deutsches IPR einen Renvoi?*

*Gemäss Art. 17 Abs. 1 EGBGB<sup>16</sup> unterliegt die Scheidung dem Recht, das bei Eintritt der Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags für die allgemeinen Ehwirkungen (=Rechtsbeziehungen der Eheleute mit Ausnahme güterrechtlicher Beziehungen, der Unterhaltspflichten und der Scheidungsfolgen) massgeblich war.*

*Das diesbezüglich massgebliche Recht wird durch Art. 14 EGBGB geregelt. Gemäss dieser Bestimmung unterliegen die allgemeinen Wirkungen dem Recht des Staates, dem beide Ehegatten angehörten oder während der Ehe zuletzt angehörten, wenn einer von ihnen diesem Staat noch angehört (Art. 14 Abs. 1 Ziff. 1 EGBGB).*

*Hätte das deutsche Ehepaar in der Schweiz gewohnt*

*und wäre der Ehemann wieder nach Deutschland gezogen, so würde ein Renvoi auf das Schweizer Recht vorliegen. Da jedoch im Fallbeispiel die Ehegatten ihren gemeinsamen Wohnsitz in Deutschland hatten und die Ehefrau mit den Kindern in die Schweiz gezogen ist, gibt es keine Rückweisung auf das Schweizer Recht.*

- *Anwendbarkeit der Ausnahmeklausel?*

*Da die Ausnahmeklausel von Art. 15 IPRG als Ausnahmeregelung restriktiv auszulegen ist und im Fallbeispiel nicht von einem lediglich losen Bezug zum Heimatrecht der Ehegatten gesprochen werden kann, ist die Regelung mit Ausnahmecharakter in casu nicht anwendbar.*

- *Ergebnis:*

*Mithin ist deutsches Recht massgebend und es erfolgt weder eine Rückweisung (Renvoi) auf Schweizer Recht, noch ist die Ausnahmeklausel von Art. 15 IPRG anwendbar.*

## 3. Würdigung

[Rz 16] In der Regel ist auf die Statusfrage (Scheidungsstatut) Art. 61 Abs. 1 IPRG anwendbar, womit die Scheidung schweizerischem Recht untersteht (lex fori).

[Rz 17] Im Fallbeispiel kommt jedoch Art. 61 Abs. 2 IPRG zum Tragen und die Scheidung richtet sich dementsprechend nach dem gemeinsamen Heimatrecht der Ehegatten. Folgerichtig ist deutsches Recht anzuwenden.

## B. Auf die vorsorglichen Massnahmen

[Rz 18] Art. 62 IPRG ist anwendbar, soweit keine multilateralen oder bilateralen Übereinkommen vorgehen. Gemäss Art. 62 Abs. 2 IPRG unterstehen die vorsorglichen Massnahmen schweizerischem Recht. In Art. 62 Abs. 3 IPRG wird hingegen festgehalten, dass die Bestimmungen über die Unterhaltspflicht, die Wirkungen des Kindesverhältnisses sowie die Kindesschutzmassnahmen vorbehalten sind.

[Rz 19] Im Kontext der vorsorglichen Massnahmen sind jedoch **einschlägige völkerrechtliche Verträge** zu beachten:<sup>17</sup>

- für die Unterhaltspflicht das Haager Unterhaltsstatutübereinkommen von 1973 (HaÜ; SR 0.211.213.01; erga omnes-Wirkung [Art. 3])
- für die Wirkungen des Kindesverhältnisses und die Kindesschutzmassnahmen das Haager Kindeschutzübereinkommens (HKsÜ; SR 0.211.231.011)

<sup>14</sup> Vgl. dazu BaslerKomm/Bopp, Art. 61 IPRG, N 26.

<sup>15</sup> BGE 131 III 289 (292) E. 2.5; 121 III 246; vgl. auch BaslerKomm/Bopp, Art. 61 IPRG, N 26 f.

<sup>16</sup> Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch, einsehbar unter: <<http://www.gesetze-im-internet.de/bgbeg/>> (zuletzt besucht am 13. Juli 2012).

<sup>17</sup> Vgl. dazu ausführlich FamKomm/JAMETTI GREINER, Anh. IPR, N 48, 86 ff., 109 ff. Bei ausschliesslich iranischen Staatsangehörigen kommt das schweizerisch-iranische Niederlassungsabkommen (SR 0.142.114.362) zur Anwendung (vgl. HandKomm/ZEITER/KOLLER, Art. 62 IPRG, N 3).

## C. Auf die Nebenfolgen

### 1. Allgemeines

[Rz 20] Der Begriff Nebenfolgen nach Art. 63 IPRG umfasst den Namen der Ehegatten, den nachehelichen Unterhalt, das eheliche Güterrecht, den Kindesunterhalt, die elterliche Verantwortung (elterliche Sorge/Obhut, persönlicher Verkehr und Kinderschutzmassnahmen), die Zuteilung der elterlichen Wohnung sowie den Vorsorgeausgleich.<sup>18</sup>

[Rz 21] Im Zusammenhang mit den scheidungsrechtlichen Nebenfolgen sind diverse bilaterale und multilaterale Abkommen zu berücksichtigen, die den Bestimmungen des IPRG vorgehen.<sup>19</sup>

[Rz 22] Die Nebenfolgen unterstehen grundsätzlich dem Scheidungsstatut, d.h. dem auf die Scheidung anwendbaren Recht (Art. 63 Abs. 1 IPRG). Kommt wie im Fallbeispiel das gemeinsame ausländische Heimatrecht zum Tragen, ist dieses demzufolge grundsätzlich auch auf die Nebenfolgen anwendbar. Dabei bleiben jedoch die Bestimmungen über den Namen, die Unterhaltspflicht der Ehegatten, das eheliche Güterrecht, die Wirkungen des Kindesverhältnisses und den Minderjährigenschutz vorbehalten (Art. 63 Abs. 2 IPRG). Mithin richten sich nur diejenigen Nebenfolgen nach dem Scheidungsstatut, die nicht unter diese Bereiche fallen, so im Prinzip namentlich der Vorsorgeausgleich.<sup>20</sup>

### 2. Vorsorgeausgleich im Besonderen

#### a. Allgemeines

[Rz 23] Da sich der Vorsorgeausgleich – nach einer rein dem Wortlaut folgenden Auslegung – nach dem Scheidungsstatut richtet, würde sich dieser demnach im Fallbeispiel nach deutschem Recht bestimmen.<sup>21</sup> Dabei geht es um die Frage, ob und in welchem Umfang die Eheleute ihre Vorsorgeguthaben teilen müssen, aber nicht um die Frage, in welcher Form die Teilung zu vollziehen ist. Mit anderen Worten sind in der konkreten Ausgestaltung des Teilungsvorgangs für schweizerische Vorsorgeguthaben – auch wenn die Teilung ausländischem Recht unterliegt – die schweizerischen Bestimmungen über die Berechnung und die Auszahlung als qualifiziert zwingendes Recht zu beachten.<sup>22</sup>

[Rz 24] Das Bundesgericht hat erstmals in BGE 131 III 289 (293) E. 2.7 sowie in dem unpublizierten Urteil des Bundesgerichts 5C.123/2006 vom 29. März 2007 die von einem Teil der Lehre vertretene Auffassung gestützt, wonach das zuständige Gericht gestützt auf Art. 15 IPRG den Vorsorgeausgleich ausnahmsweise nach dem auf die Vorsorgeeinrichtung anwendbaren Recht (Vorsorgestatut) beurteilen kann, sofern es um ein Guthaben geht, das für die Vorsorge der Ehegatten prägend war. Damit wurde der Anwendungsbereich des Scheidungsstatuts eingeeengt. Unterliegt die Scheidung ausländischem Recht, so dürften Vorsorgeguthaben in der Schweiz regelmässig auch nach schweizerischem Recht beurteilt werden.<sup>23</sup>

[Rz 25] Gemäss einem grossen Teil der Lehre sollte der Vorsorgeausgleich jeweils dem Recht des Staates folgen, in dem die fragliche Vorsorgeeinrichtung ihren Sitz hat (=Vorsorgestatut).<sup>24</sup>

#### b. Besondere Vorgehensweise bei ausländischen Anwartschaften

[Rz 26] SCHWANDER bemerkt zum Vorsorgestatut, dass das schweizerische Gericht im Verhältnis zur ausländischen Vorsorgeeinrichtung über keine Weisungsbefugnis verfügt, soweit das Verhältnis zwischen dem einen Ehegatten und seiner Vorsorgeeinrichtung dem öffentlichen oder dem zwingenden ausländischen Recht untersteht und diese wiederum dem öffentlichen Recht untersteht oder gar selber eine staatliche Stelle ist. Deshalb sollte seiner Meinung nach das Gericht darüber keinen Entscheid fällen, und sowohl die schweizerische Zuständigkeit im Sinne des IZPR als auch die Gerichtsbarkeit im Sinne des Völkerrechts solle von Amtes wegen verneint werden. Mithin sei bezüglich dieser einen Nebenfolge Art. 63 Abs. 1 IPRG nicht anwendbar. In einem konkreten Fall könne das schweizerische Gericht das Scheidungsverfahren sistieren, bis das entsprechende Guthaben gegenüber der ausländischen Vorsorgeeinrichtung verbindlich festgestellt werden könne (weil die Privaten eine entsprechende Verfügung oder einvernehmliche Lösung mit der Einrichtung erlangen konnten, allenfalls mit Beanspruchung der Rechtshilfe durch das schweizerische Gericht), oder diese selbständige Nebenfolge der Eheleute sei ad separatum zu verweisen. Im letzteren Fall solle das Urteilsdispositiv auf

<sup>18</sup> Vgl. FamKomm/JAMETTI GREINER, Anh. IPR, N 50.

<sup>19</sup> HandKomm/ZEITER/KOLLER, Art. 63 IPRG, N 1.

<sup>20</sup> Vgl. BGE 131 III 289; BUCHER, a.a.O., S. 57 und nachstehend III.C.2.

<sup>21</sup> Vgl. RUMO-JUNGO/HERZIG, a.a.O., N 83; SCHWANDER IVO, Die Anwendung des neuen Scheidungsrechts in internationaler und in intertemporaler Hinsicht, AJP 1999, S. 1647 ff., S. 1650 f.; BUCHER, a.a.O., S. 57; Die Anwendbarkeit des Scheidungsstatus auf den Vorsorgeausgleich hat auch das Bundesgericht bestätigt: BGE 134 III 661 (663) E. 3.1; 131 III 289 (291) E. 2.4.

<sup>22</sup> FamKomm/JAMETTI GREINER, Anh. IPR, N 55; GEISER THOMAS, Grenzüberschreitende Sachverhalte im Vorsorgeausgleich, in: Rumo-Jungo Alexandra/Pichonnaz Pascal (Hrsg.), Berufliche und freiwillige Vorsorge in der

Scheidung, 5. Symposium zum Familienrecht 2009, Universität Freiburg, Zürich/Basel/Genf 2010, S. 111 ff., S. 117 f.

<sup>23</sup> FamKomm/JAMETTI GREINER, Anh. IPR, N 56; vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 5A\_49/2008 vom 19. August 2008 E. 6.2; kritisch zur Lösung des Bundesgerichts, die sich auf Art. 15 IPRG abstützt, äussert sich BUCHER, a.a.O., S. 61 f., der insbesondere der Auffassung ist, dass Art. 15 IPRG für eine solche Lösung «arg strapaziert» wurde. Vgl. in diesem Zusammenhang auch GEISER, a.a.O., S. 117.

<sup>24</sup> ZürcherKomm/VOLKEN, Art. 63 IPRG, N 32 m.w.H.; BUCHER, a.a.O., S. 62 m.w.H.; DUTOIT, SZIER 2000, S. 287; a.M. BaslerKomm/BOPP, Art. 63 IPRG, N 26 ff.; vgl. kritisch zur Meinung von Bopp BUCHER, a.a.O., S. 57 ff., insbesondere S. 59 f.

diese Lücke im Urteil explizit hinweisen, sodass diese später problemlos im Sinne eines Ergänzungsurteils gefüllt werden könne. Eine solche Ergänzung sei, wenn es um Anwartschaften gegenüber deutschen Institutionen gehe, gestützt auf Art. 17 Abs. 3 EGBGB ohne weiteres möglich.<sup>25</sup>

### 3. Übrige Nebenfolgen

#### a. Name

##### aa. Allgemeines

[Rz 27] Art. 63 Abs. 2 IPRG verweist für die Namensregelung der Parteien auf Art. 37–40 IPRG. Haben diese keine Rechtswahl zugunsten des Heimatrechts gemäss Art. 37 Abs. 2 IPRG getroffen, so richtet sich das Namensstatut nach Art. 37 Abs. 1 IPRG. Danach untersteht der Name einer Person mit Wohnsitz in der Schweiz schweizerischem Recht und derjenige einer Person mit Wohnsitz im Ausland dem Recht, auf welches das Kollisionsrecht des Wohnsitzstaates verweist.

##### bb. Wohnsitz in der Schweiz

[Rz 28] Jede Partei mit Wohnsitz in der Schweiz hat demnach die Möglichkeit, den nachehelichen Namen nach ihrem eigenen Wohnsitz- oder Heimatrecht zu gestalten.<sup>26</sup> Jeder Ehegatte hat aufgrund von Art. 63 Abs. 2 IPRG regelmässig die Möglichkeit zu wählen, ob er den mit der Heirat angenommenen Namen fortführen oder seinen angestammten bzw. vorehelichen Namen führen möchte.<sup>27</sup>

##### Fallbeispiel

*Die Ehefrau kann im Fallbeispiel wählen, ob schweizerisches oder deutsches Recht zur Anwendung gelangen soll. Dasselbe gilt für die Kinder, da auch sie ihren Wohnsitz in der Schweiz haben (vgl. Art. 20 IPRG). Falls sie den Namen ihres Ehemannes übernommen hat, kann sie wieder ihren angestammten Namen führen.*

##### cc. Wohnsitz im Ausland

[Rz 29] Hat eine Partei – wie im Fallbeispiel der Ehemann – Wohnsitz im Ausland, so ist das ausländische Kollisionsrecht massgebend.

##### Fallbeispiel

*Da im Fallbeispiel der Ehemann seinen Wohnsitz in Deutschland hat, ist das deutsche Kollisionsrecht anwendbar.*

*Gemäss Art. 10 Abs. 1 EGBGB richten sich Erwerb, Führung sowie Verlust des Namens in der Regel nach der Staatsangehörigkeit. Hingegen haben gemäss*

*Abs. 2 dieser Bestimmung Ehegatten für den Ehenamen ein Wahlrecht. Sie können ihren künftig zu führenden Namen gemäss dem Recht eines Staates wählen, dem einer von ihnen angehört oder nach deutschem Recht, wenn einer von ihnen seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Inland hat.<sup>28</sup> Der Name des Ehemannes richtet sich folglich nach deutschem Recht.*

*Würden die Kinder bei ihrem Vater wohnen, würde sich ihr Namensrecht ebenfalls nach der Staatsangehörigkeit richten (Art. 10 Abs. 1 EGBGB). Den Sorgeberechtigten steht jedoch gemäss Art. 10 Abs. 3 EGBGB zusätzlich ein Wahlrecht zu. Gemäss diesem Wahlrecht können sie bestimmen, dass das Kind den Familiennamen nach dem Recht des Staates erhalten soll, dem ein Elternteil angehört, oder nach deutschem Recht, wenn ein Elternteil seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Inland hat, oder nach dem Recht des Staates, dem ein den Namen Gebender angehört. Darüber hinaus muss auch die Wahl des Aufenthalts- oder Geburtsortsrechts des Kindes möglich sein.<sup>29</sup>*

#### b. Nachehelicher Unterhalt

[Rz 30] Im Zusammenhang mit dem nachehelichen Unterhalt ist das Haager Unterhaltsstatutübereinkommen von 1973 (SR 0.211.213.01) zu beachten (vgl. Art. 63 Abs. 2 i.V.m. Art. 49 IPRG).<sup>30</sup> Die Anwendung dieses völkerrechtlichen Vertragswerkes führt grundsätzlich zum Recht am gewöhnlichen Aufenthalt der Unterhaltsberechtigten (Art. 4), subsidiär zum gemeinsamen Heimatrecht der Ehegatten (Art. 5) und in letzter Subsidiarität zur lex fori (Art. 6). Diese Regeln gelten für die Dauer der Ehe und während eines allfälligen Verfahrens um Auflösung der Ehe. Für den Ehegattenunterhalt ist jedoch eine Sonderregelung vorbehalten. Gemäss Art. 8 HaÜ ist für den Ehegattenunterhalt das *Scheidungsstatut massgebend*.<sup>31</sup>

##### Fallbeispiel

*Da sich das Scheidungsstatut nach deutschem Recht richtet (vgl. II. A.), ist für die Regelung des nachehelichen Unterhalts deutsches Recht heranzuziehen.*

#### c. Familienwohnung

[Rz 31] Die Zuteilung der Familienwohnung, wie es z.B. das schweizerische Recht gemäss Art. 121 ZGB vorsieht, bestimmt sich mangels expliziter Erwähnung in Art. 63 Abs. 2

<sup>25</sup> SCHWANDER, a.a.O., S. 1651 f.

<sup>26</sup> Vgl. ZürcherKomm/VOLKEN, Art. 63 IPRG, N 22.

<sup>27</sup> BaslerKomm/SIEHR, Art. 63 IPRG, N 5 ff.; ZürcherKomm/VOLKEN, Art. 63 IPRG, N 21 ff.; HandKomm/ZEITER/KOLLER, Art. 63 IPRG, N 6.

<sup>28</sup> Vgl. BERGMANN/FERID, Deutschland, S. 25.

<sup>29</sup> Vgl. BERGMANN/FERID, Deutschland, S. 25.

<sup>30</sup> Vgl. dazu FamKomm/JAMETTI GREINER, Anh. IPR, N 58 sowie ausführlich N 88 f.

<sup>31</sup> ZürcherKomm/VOLKEN, Art. 63 IPRG, N 26 f.; FamKomm/JAMETTI GREINER, Anh. IPR, N 88.

IPRG grundsätzlich nach dem Scheidungsstatut, sofern nicht aufgrund der Ausnahmeklausel von Art. 15 Abs. 1 IPRG ein anderes Recht anzuwenden ist.<sup>32</sup>

#### Fallbeispiel

*Da auf das Scheidungsstatut deutsches Recht anwendbar ist, richtet sich grundsätzlich auch die Zuteilung der Familienwohnung nach deutschem Recht.*

#### d. Güterrechtliche Auseinandersetzung

[Rz 32] Art. 52–47 IPRG sind die für die güterrechtliche Auseinandersetzung einschlägigen Bestimmungen (Güterrechtsstatut).

##### aa. Rechtswahl

[Rz 33] Art. 52 IPRG ermöglicht eine Rechtswahl, wonach die Ehegatten zwischen dem Recht des Staates, in dem beide ihren Wohnsitz haben oder nach der Eheschliessung haben werden, und dem Recht eines ihrer Heimatstaaten, wählen können. Diese Rechtswahl ist auch noch während des Scheidungsverfahrens möglich.<sup>33</sup>

##### bb. Ohne Rechtswahl

[Rz 34] Unterbleibt eine Rechtswahl, so unterstehen die güterrechtlichen Verhältnisse (Art. 54 Abs. 1 IPRG):

- dem Recht des Staates, in dem beide Ehegatten gleichzeitig ihren Wohnsitz haben, oder, wenn dies nicht der Fall ist,
- dem Recht des Staates, in dem beide Ehegatten zuletzt gleichzeitig ihren Wohnsitz hatten.

#### Fallbeispiel

- *Entsprechend würde sich im Fallbeispiel bei Unterbleiben einer Rechtswahl die güterrechtliche Auseinandersetzung nach schweizerischem Recht richten, vorausgesetzt das Ehepaar hätte vor der Trennung seinen Wohnsitz in der Schweiz gehabt. Die Ehegatten hätten aber auch in einer solchen Konstellation die Möglichkeit, für die güterrechtliche Auseinandersetzung deutsches Recht zu wählen.*

*Im Fallbeispiel ist für die güterrechtliche Auseinandersetzung bei Unterbleiben einer Rechtswahl jedoch deutsches Recht einschlägig, da die Ehegatten zuletzt gleichzeitig in Deutschland ihren Wohnsitz hatten. Sie können jedoch mittels Rechtswahl schweizerisches Recht für anwendbar erklären.*

#### e. Erbrechtliche Ansprüche

[Rz 35] Es ist allgemein anerkannt, dass mit der Auflösung der Ehe zwischen den Geschiedenen keine gegenseitigen erbrechtlichen Ansprüche mehr bestehen.<sup>34</sup>

#### f. Kinderbelange

[Rz 36] Im Kontext der Kinderbelange sind diverse einschlägige staatsvertragliche Abkommen zu beachten.

##### aa. Kinderunterhalt

[Rz 37] Für den Kinderunterhalt ist das Haager Unterhaltsstatutübereinkommen von 1973 (SR 0.211.213.01) zu beachten (Art. 63 Abs. 2 i.V.m. Art. 83 IPRG: erga omnes-Wirkung).<sup>35</sup> Danach ist das Recht am gewöhnlichen Aufenthalt des Unterhaltsberechtigten massgebend (Art. 4).

#### Fallbeispiel

*Da die Kinder bei der Mutter in der Schweiz wohnen, ist für den Kinderunterhalt schweizerisches Recht einschlägig.*

#### bb. Elterliche Sorge/Obhut, persönlicher Verkehr und Kindesschutzmassnahmen

[Rz 38] Für diese Kinderbelange ist das Kindesschutzübereinkommen (HKsÜ; SR 0.211.231.011) einschlägig, das im Verhältnis unter Vertragsstaaten dem Minderjährigenschutzübereinkommen (MSA; SR 0.211.231.01)<sup>36</sup> vorgeht. Gemäss HKsÜ wendet jedes Gericht grundsätzlich sein eigenes Recht an (=Gleichlauf von ius und forum).<sup>37</sup>

[Rz 39] Ist das HKsÜ (bzw. MSA) auf einen konkreten Fall nicht anwendbar, so verweist Art. 63 Abs. 2 IPRG auf Art. 82–83 IPRG. Aufgrund dieser Sonderanknüpfung gelangt grundsätzlich für die Wirkungen des Kindesverhältnisses das Recht am gewöhnlichen Aufenthaltsort des Kindes zur Anwendung. Subsidiär ist das gemeinsame Heimatrecht von Eltern und Kind anzuwenden, wenn sich der Wohnsitz der Eltern (Art. 20 IPRG) nicht im Staat des gewöhnlichen Aufenthaltes des Kindes befindet, jedoch die Eltern und das Kind die gleiche Staatsangehörigkeit besitzen (Art. 83 Abs. 2 IPRG). Demnach ist folgende Kaskadenordnung im Zusammenhang mit dem anwendbaren Recht zu beachten:<sup>38</sup>

- Recht am gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes, wenn

<sup>32</sup> HandKomm/ZEITER/KOLLER, Art. 63 IPRG, N 14.

<sup>33</sup> FamKomm/JAMETTI GREINER, Anh. IPR, N 59; vgl. zu den Modalitäten der Rechtswahl Art. 53 IPRG. Vgl. für den Fall, dass ein Staat die ausschliessliche Zuständigkeit am Ort der gelegenen Grundstücke beansprucht JAMETTI GREINER/GEISER, ZBJV 1991, S. 1 ff., S. 15; BUCHER ANDREAS, Le couple en droit international privé, Basel/Genf/München, 2004, N 228; HandKomm/ZEITER/KOLLER, Art. 63 IPRG, N 59.

<sup>34</sup> ZürcherKomm/VOLKEN, Art. 63 IPRG, N 25; HandKomm/ZEITER/KOLLER, Art. 63 IPRG, N 15.

<sup>35</sup> FamKomm/JAMETTI GREINER, Anh. IPR, N 60.

<sup>36</sup> Übereinkommen vom 5. Oktober 1961 über die Zuständigkeit der Behörden und das anzuwendende Recht auf dem Gebiet des Schutzes von Minderjährigen (Minderjährigenschutzübereinkommen, SR 0.211.231.01). Vgl. zum Verhältnis zwischen diesen Abkommen HERZIG, a.a.O., N 361.

<sup>37</sup> Vgl. Art. 15 ff. HKsÜ sowie FamKomm/JAMETTI GREINER, Anh. IPR, N 60, 110 sowie N 114.

<sup>38</sup> ZürcherKomm/VOLKEN, Art. 63 IPRG, N 55; HandKomm/ZEITER/KOLLER, Art. 63 IPRG, N 9.

zumindest ein Elternteil im gleichen Staat seinen Wohnsitz hat;

- sonst das gemeinsame Heimatrecht von Eltern und Kind; falls dies auch nicht vorliegt,
- der gewöhnliche Aufenthaltsort des Kindes; und falls dieser auch nicht eruiert werden kann,
- das Scheidungsstatut.

#### **Fallbeispiel**

*Mithin wendet das schweizerische Gericht aufgrund der Anwendbarkeit des HKsÜ schweizerisches Recht an.*

---

Dr. iur. Christophe Herzig, von 2008–2011 wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Zivilrecht I an der Universität Freiburg i.Üe.; 2011 Gerichtsschreiber i.V. beim Regionalgericht Bern-Mittelland und seit 2012 Substitut bei Anliker Flüchtkiger Lehmann, Bern; 2012 Promotion (Dr. iur.).

---

\* \* \*

### **III. Abschliessende Würdigung**

[Rz 40] Die obigen Ausführungen haben aufgezeigt, dass sich sowohl für die Gerichte als auch für die Anwaltschaft komplexe Fragen im Zusammenhang mit dem anzuwendenden Recht stellen können. Das schweizerische Gericht muss je nach Regelungsgegenstand und allfälliger Rechtswahl unterschiedliches Recht anwenden.

#### **Fallbeispiel**

*Im Fallbeispiel hat das Schweizer Gericht folgendes Recht anzuwenden:*

- auf die Statusfrage (Scheidungsstatut) deutsches Recht;
- auf den Vorsorgeausgleich gemäss Bundesgericht grundsätzlich deutsches Recht (Scheidungsstatut);
- auf die Namensfrage im Zusammenhang mit der Ehefrau und den Kindern schweizerisches oder deutsches Recht (letzteres durch Rechtswahl möglich); für den Ehemann deutsches Recht;
- auf den nachehelichen Unterhalt deutsches Recht;
- auf die Zuteilung der Familienwohnung grundsätzlich deutsches Recht;
- auf die güterrechtliche Auseinandersetzung deutsches oder schweizerisches Recht (letzteres durch Rechtswahl möglich);
- auf den Kindesunterhalt schweizerisches Recht;
- auf die Zuteilung der elterlichen Sorge/Obhut und Kindesschutzmassnahmen schweizerisches Recht.