

Auszug aus dem

Handkommentar zum Schweizer Privatrecht

**Personen- und Familienrecht inkl.
Kindes- und Erwachsenenschutzrecht**

2. Auflage

Herausgeber:

Peter Breitschmid, Alexandra Rumo-Jungo

Alexandra Zeiter

Art. 159–169, 270–270b ZGB

Schulthess § 2012

Auszug aus dem Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht inkl. Kindes- und Erwachsenenschutzrecht (Art. 1–456 ZGB), Herausgeber: Peter Breitschmid, Alexandra Rumo-Jungo, 2. Auflage, 2012

Herausgeber des Gesamtwerkes: Marc Amstutz, Peter Breitschmid, Andreas Furrer, Daniel Girsberger, Claire Huguenin, Markus Müller-Chen, Vito Roberto, Alexandra Rumo-Jungo, Anton K. Schnyder, Hans Rudolf Trüb

Zürich/Basel/Genf 2012
ISBN 978-3-7255-6372-2

Die englische Übersetzung des ZGB (inklusive abgedruckter ZPO-Bestimmungen) wurde über weite Strecken von der Schweizerischen Bundeskanzlei übernommen. Der englischen Übersetzung des ZGB zugrunde liegt die in der 1. Auflage des Handkommentars zum Schweizer Privatrecht veröffentlichte, von CLS Communication AG, Schweiz, verfasste und von Stephen V. Berti und Craig Hilton schlussredigierte Fassung.

Englische Übersetzung der Änderung des ZGB (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht) vom 19.12.2008, der Änderung des ZGB (Name und Bürgerrecht) vom 30.9.2011 und der Änderung von Art. 89^{ter} ZGB, Fassung vom 1.1.2012 (Strukturreform BVG: Finanzierung von Vorsorgeeinrichtungen öffentlich-rechtlicher Körperschaften) vom 18.3.2011: LAWTANK GmbH, Juristische Dienstleistungen, Bern; www.lawtank.ch

Dies ist keine amtliche Veröffentlichung. Massgebend ist allein die Veröffentlichung durch die Bundeskanzlei.

Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, vorbehalten. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2012

www.schulthess.com

Art. 159

Fünfter Titel: Die Wirkungen der Ehe im Allgemeinen A. Ehehche Gemeinschaft; Rechte und Pflichten der Ehegatten

- ¹ Durch die Trauung werden die Ehegatten zur ehelichen Gemeinschaft verbunden.
- ² Sie verpflichten sich gegenseitig, das Wohl der Gemeinschaft in einträchtigem Zusammenwirken zu wahren und für die Kinder gemeinsam zu sorgen.
- ³ Sie schulden einander Treue und Beistand.
- ¹ La célébration du mariage crée l'union conjugale.
- ² Les époux s'obligent mutuellement à en assurer la prospérité d'un commun accord et à pourvoir ensemble à l'entretien et à l'éducation des enfants.
- ³ Ils se doivent l'un à l'autre fidélité et assistance.
- ¹ La celebrazione del matrimonio crea l'unione coniugale.
- ² I coniugi si obbligano a cooperare alla prosperità dell'unione ed a provvedere in comune ai bisogni della prole.
- ³ Essi si devono reciproca assistenza e fedeltà.
- ¹ The wedding ceremony binds the spouses in matrimonial union.
- ² They mutually undertake to strive to safeguard the interests of the matrimonial union and to care jointly for the children.
- ³ They owe each other loyalty and support.

Literaturverzeichnis ZGB 159–170

BERGER MARKUS, Die Stellung Verheirateter im rechtsgeschäftlichen Verkehr, Freiburg i Ue 1987; DA RUGNA ROMEO, Prozesskostenvorschuss in eherechtlichen Verfahren, Anwaltspraxis 2011, 117 ff; EMMENEGGER SUSAN, In guten wie in schlechten Zeiten: Vertragsrechtliche Wirkungen des ehelichen Kooperationsprinzips, in: FS Gauch, Zürich 2004, 395 ff; FANKHAUSER ROLAND, Nachehelicher Unterhalt in Mankofällen, Bemerkungen zu BGE 133 III 57 ff, AJP 2007, 1173 ff; FRANK RICHARD, Grundprobleme des neuen Ehe- und Erbrechts in der Schweiz, Basel 1987; GENNA GIAN SANDRO, Auflösung und Liquidation der Ehegattengesellschaft, Bern 2008; HASENBÖHLER FRANZ, Verfügungsbeschränkungen zum Schutze eines Ehegatten, BJM 1986, 57 ff; HASENBÖHLER FRANZ, Mitwirkung beider Ehegatten beim Vertragsschluss, Basel 1984 (zit HASENBÖHLER, Mitwirkung); HAUSHEER HEINZ, Schuldrechtliche Rechtsgeschäfte und familienrechtliche Leistungen unter Ehegatten, insbesondere sogenannte «unbenannte Zuwendungen» und ehebezogene Arbeitsleistungen in rechtsvergleichender Sicht, in: Jusletter 9. September 2002; HAUSHEER HEINZ, Anmerkungen zur Ehegattengesellschaft, ZBJV 1995, 617 ff; HOHL IRENE, Gesellschaft unter Ehegatten, Bern 1996; JENT ADRIAN, Die immaterielle Beistandspflicht zwischen Ehegatten unter dem Gesichtspunkt des Persönlichkeitsschutzes, Basel 1984; LÖTSCHER BRUNO/WULLSCHLEGER STEPHAN, Aus der Praxis des Einzelgerichts in Familiensachen Basel-Stadt, BJM 2008, 1 ff; MASANTI-MÜLLER REGULA, Verwaltung und Vertretung in der Gütergemeinschaft, Bern 1995; KOBEL ESTHER, Eherechtliche und schuldrechtliche Leistungen unter Ehegatten,

Bern 2001; KRAPP MARKUS, Die Koordination von Unterhalts- und Sozialversicherungsleistungen für Kinder, Freiburg i Ue 2003; MEIER ISAAK, Die Stellung des Gläubigers im neuen Eherecht, SJZ 1989, 237 ff; REUSSER RUTH, Wirkungen der Ehe im allgemeinen - Vertretung der ehelichen Gemeinschaft (Art. 166 ZGB)/Eheliche Wohnung (Art. 162 und 169 ZGB/Art. 271a OR)/Auskunftspflicht (Art. 170 ZGB), in: Das neue Eherecht, St Gallen 1987, 35 ff; RUMO-JUNGO ALEXANDRA, Kindesunterhalt und neue Familienstrukturen, in: Kind und Scheidung, Zürich/Basel/Genf 2006, 1 ff (zit RUMO-JUNGO, Kind und Scheidung); SCHMID URSULA, Die Wirkungen der Ehe im allgemeinen im Verhältnis zu Dritten, St Gallen 1996 (zit SCHMID, Wirkungen der Ehe); SCHNYDER BERNHARD, Die Wirkungen der Ehe im allgemeinen, BTJP 1988, 11 ff; STARK EMIL W, Kann ein Dritter wegen Ehestörung zu Genugtuungszahlungen verpflichtet werden? in: FS Hegnauer, Bern 1986, 515 ff; ZEITER ALEXANDRA, Die ehepartnerliche Zustimmung zu Rechtsgeschäften mit Dritten, Eine kritische Bestandesaufnahme, FamPra.ch 2005, 669 ff

1 Vorbemerkungen zu ZGB 159–169: (i) Das Eherecht verwirklicht die *Gleichstellung von Mann und Frau* (BV 8 III) und verlangt bei allen wichtigen Entscheidungen die ehepartnerliche Einigkeit; das Gesetz kennt keine Stichtentscheide zugunsten eines Ehegatten. (ii) ZGB 159–169 regeln die persönlichen sowie diejenigen vermögensrechtlichen Wirkungen, die nicht güterrechtlicher Natur (ZGB 181–251) sind. (iii) ZGB 159–169 sind nur auf verheiratete Paare anwendbar; nicht geschützt sind andere Familienformen, zB verschieden- oder gleichgeschlechtliche Lebensgemeinschaften oder Patchworkfamilien; zu eingetragenen Partnerschaften s PartG.

2 Als Grundnorm des Eherechts (sog Eheverfassung; SCHWANDER, BSK ZGB 159 N 1) verpflichtet **ZGB 159** die Ehegatten, ihre Beziehungen, Handlungen und Interessen am Wohl der ehelichen Gemeinschaft auszurichten. ZGB 159 dient einerseits als *Auslegungshilfe* aller familienrechtlichen Vorschriften (TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, § 28 Rz 4; EMMENEGGER, 395, insb 399, erklärt das Kooperationsprinzip in ZGB 159 zur allgemeinen Auslegungs-, Anpassungs- und Kontroll-determinante), andererseits als *Aufgangtatbestand* für Rechte und Pflichten der Ehegatten, die im Gesetz keine nähere Ausgestaltung erfahren (SCHWANDER, BSK ZGB 159 N 2; s auch BGE 5A_572/2008 E 3.1; aM DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, 71, die eine Ableitung von Rechten und Pflichten aus ZGB 159 ablehnen).

3 Das Gesetz kennt keine **Definition der ehelichen Gemeinschaft**. Lehre und Rechtsprechung folgen nach wie vor dem *tradierten Ehebegriff* und definieren die eheliche Gemeinschaft als partnerschaftliche (gleichberechtigte) Lebensgemeinschaft von Frau und Mann (heterosexuell) mit dauernder, ausschliesslicher (monogamer) und umfassender körperlicher, seelisch-geistiger und wirtschaftlicher Lebensverbindung und -führung (BGE 119 II 264 E 3b; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, BK ZGB 159 N 7 ff mwH). Eine Lebensgemeinschaft iS eines gemeinsamen Haushalts oder einer Gemeinschaft auf Lebenszeit ist hingegen nicht vorausgesetzt (TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, § 28 Rz 2). Bei gemeinsamen oder im ehelichen Haushalt lebenden, nichtgemeinsamen, minderjährigen Kindern wird die eheliche Gemeinschaft

zusätzlich zur *Erziehungs- und Sorgegemeinschaft* (HEGNAUER/BREITSCHMID, Grundriss des Eherechts, N 15.03). Die eheliche Gemeinschaft ist zudem eine Rechtsgemeinschaft ohne eigene Rechtspersönlichkeit (HAUSHEER/REUSSER/GEISER, BK ZGB 159 N 13). Sie untersteht auch nicht subsidiär den Regeln der einfachen Gesellschaft.

4 ZGB 159 I knüpft den **Beginn** der ehelichen Gemeinschaft an die formgültige (Zivil-)Trauung (ZGB 101 f). Nicht vorausgesetzt sind tatsächliche Aufnahme der Lebensgemeinschaft, Vollziehung der Geschlechtsgemeinschaft oder Wille zur Führung einer ehelichen Gemeinschaft (s allerdings ZGB 105 Ziff 4, in Kraft seit 1.1.2008, wonach ein [unbefristeter] Ungültigkeitsgrund vorliegt, wenn ein Ehegatte nicht eine Lebensgemeinschaft begründen, sondern die Bestimmungen des AuG umgehen will). Die eheliche Gemeinschaft **endet** mit der Auflösung der Ehe durch Tod, Verschollenerklärung (ZGB 38 III; s AS 1999, 1118), Scheidung oder Ungültigerklärung, *nicht* aber durch Trennungsurteil nach ZGB 117 f, 137 oder 175 (BRÄM, ZK ZGB 159 N 73; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, BK ZGB 159 N 15). Damit kann sich ein Ehegatte auf die Ehwirkungen berufen, solange eine Ehe nicht formell aufgelöst ist, selbst wenn ein Ungültigkeitsgrund gem ZGB 105/107 vorliegen würde (DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, 75; SCHWANDER, BSK ZGB 159 N 5).

5 Die eheliche Gemeinschaft ist Teil der rechtlich geschützten **Persönlichkeit jedes Ehegatten** (BGE 109 II 4 E 2; 108 II 344 E 2a; 84 II 329 E 1). Eine *Störung* der Gemeinschaft *durch Dritte* (zB durch ehewidrige Beziehung) führt deshalb zu einer Persönlichkeitsverletzung des gestörten Ehepartners (ZGB 28). *Gegen die störende Drittperson* steht grundsätzlich eine Unterlassungs-, Schadenersatz- oder Genugtuungsklage offen (BGE 109 II 5 E 2; 108 II 344 E 2a; 84 II 329 E 1). Allerdings scheitert die Unterlassungsklage idR am Persönlichkeitsrecht des Dritten (HAUSHEER/REUSSER/GEISER, BK ZGB 159 N 12), die Schadenersatz- und Genugtuungsklage an der Widerrechtlichkeit der Persönlichkeitsverletzung, soweit sich der Ehepartner freiwillig an der Störung beteiligt bzw beteiligt hat (STARK, 533). *Gegen den Ehegatten* können nur die vom Gesetz abschliessend geregelten Eheschutzmassnahmen angerufen werden (ZGB 171 ff; SCHWANDER, BSK ZGB 159 N 8).

6 ZGB 159 II verpflichtet die Ehegatten, das **Wohl der Gemeinschaft** zu wahren. Dem Konsensprinzip folgend (BRÄM, ZK ZGB 159 N 78) haben sie wichtige Entscheidungen gemeinsam zu treffen und sich partnerschaftlich zu verhalten. Jeder Ehegatte hat seine rechtsgeschäftlichen Handlungen und Beziehungen zu Dritten auf ihre *Eheverträglichkeit zu prüfen*. Welche Interessen bei konkurrierenden Eigen- und Gemeinschaftsinteressen vorgehen, hängt sowohl von der Bedeutung, die ihr der Ehegatte selber zumisst, als auch von ihrem Gewicht für die Gemeinschaft ab (HAUSHEER/REUSSER/GEISER, BK ZGB 159 N 16).

7 Das Wohl der Gemeinschaft nach ZGB 159 II bezieht sich auch auf die *gemeinsame Sorge für die gemeinsamen Kinder* (zB Betreuung, Erziehung, Unterhalt, zum Letzteren ZGB 276 ff), ebenso für *Stiefkinder*, soweit der Stiefelter aufgrund seiner Beistandspflicht iSv ZGB 159 III gegenüber sei-

nem Ehegatten zur Sorge für dessen Kinder verpflichtet ist (N 12) oder diese freiwillig übernommen hat (HAUSHEER/REUSSER/GEISER, BK ZGB 159 N 20 mwH). Auf die Verletzung von ZGB 159 II kann sich nur der Ehegatte, nicht aber das Kind berufen. Letzteres ist auf das Kindesrecht verwiesen (ZGB 272; SCHWANDER, BSK ZGB 159 N 10).

8 Die Ehegatten sind einander zu Treue und Beistand verpflichtet (**ZGB 159 III**). Die eheliche **Treuepflicht** als Konkretisierung von ZGB 2 II bedeutet unbedingte Loyalität (HEGNAUER/BREITSCHMID, Grundriss des Eherechts, N 15.14) und umfasst neben der affektiven und seelisch-geistigen auch die sexuelle und wirtschaftliche Seite der Ehe (SCHWANDER, BSK ZGB 159 N 11). Sie bestimmt das *Verhalten gegenüber Dritten*, zB durch Wahrung ehepartnerlicher Geheimnisse, Unterlassen ehewidriger Beziehungen (nicht nur sexueller Art; BGE 88 II 241, 244), Vermeiden zu enger Beziehungen zu Dritten (zB zu Eltern; BGE 87 II 1 E 2; SCHWANDER, BSK ZGB 159 N 11), Respektierung berechtigter Sozialkontakte des Ehepartners und anderer persönlicher und wirtschaftlicher Interessen. ZGB 159 III wird zudem konkretisiert durch ZGB 170 (gegenseitige Auskunftspflicht) und ZGB 203, 235 und 250 (Rücksichtnahme bei der Geltendmachung von Forderungen).

9 Die **Beistandspflicht** (als aktiver Aspekt der Treuepflicht) betrifft das *eheinterne Verhalten* (HAUSHEER/REUSSER/GEISER, BK ZGB 159 N 26) und umfasst:

10 (i) in *immaterieller Hinsicht* allgemeine Hilfs-, Fürsorge- und Schutzpflichten (BRÄM, ZK ZGB 159 N 150 ff), zB Beistehen mit Trost und Rat, Unterstützung in schwierigen Zeiten (HEGNAUER/BREITSCHMID, Grundriss des Eherechts, N 15.16), Wahrung der ehepartnerlichen Interessen und Persönlichkeitsrechte, insb auch Verschwiegenheit betreffend Privat-, Intim- und Geheimsphäre (SCHWANDER, BSK ZGB 159 N 12), Gefahrenabwehr zugunsten des Ehepartners bei dessen Unvermögen (allerdings keine Verantwortlichkeit für Selbstmord des Ehegatten; s OGer OW, SJZ 1996, 214).

11 (ii) in *materieller Hinsicht* die finanzielle Unterstützung, soweit sie über die Ansprüche aus ZGB 163/164 hinausgeht, zB durch Gewährung eines Darlehens (HAUSHEER/REUSSER/GEISER, BK ZGB 159 N 37), auch die Übernahme eines Mehranteils am Familienunterhalt nach ZGB 163 (zB damit der Ehepartner seinen Unterhalts- und Unterstützungspflichten gegenüber Dritten nachkommen kann; uU ist der zweite Ehegatte des Unterhaltsverpflichteten sogar verpflichtet, eine Erwerbstätigkeit aufzunehmen oder eine bestehende Erwerbstätigkeit auszudehnen, damit die Zahlung der nahehelichen Unterhaltsbeiträge weiterhin möglich ist; BGE 5A_241/2010 E 5.4.1; 5A_572/2008 E 4; 115 III 103 E 3b), Mithilfe im Gewerbe des anderen Ehegatten oder Beiträge an Aus- und Weiterbildungskosten des Ehepartners (allerdings nur subsidiär, dh, sofern die Eltern nicht gemäss ZGB 277 die Kosten übernehmen müssen; BGE 129 III 375; 118 II 97; 111 II 413; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, BK ZGB 159 N 40; gemäss BRÄM besteht allerdings kein Vorrang der Leistungspflicht der Eltern, vielmehr ist auf den Einzelfall abzustellen; BRÄM,

ZK ZGB 159 N 122). Zum Anspruch auf einen Prozesskostenvorschuss s ZGB 163 N 4.

12 Aus ZGB 159 III leitet sich zudem die **Beistandspflicht des Stiefelers** ab, dem leiblichen Elternteil in der *Ausübung seiner elterlichen Pflichten und Rechte* beizustehen, insb bei der Aufnahme nichtgemeinsamer Kinder in den ehelichen Haushalt (BRÄM, ZK ZGB 159 N 140, 146; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, BK ZGB 159 N 41 ff; HEGNAUER/BREITSCHMID, Grundriss des Eherechts, N 15.18 ff; s für voreheliche Kinder ZGB 278 II; BGE 126 III 353), der Ausübung der elterlichen Sorge (ZGB 299) sowie der Unterhaltsleistung (ZGB 163, 278 II). Letztere ist allerdings subsidiär gegenüber der Unterhaltspflicht der leiblichen Eltern (BGE 5C.218/2005 E 3.1; 5C.112/2005 E 3.2.1; 5C.82/2004 E 3.4; 127 III 68 E 3; 120 II 285 E 2b), findet seine Grenze im eigenen Existenzminimum und darf nicht dazu führen, dass Kindern aus erster Ehe ein höherer Unterhaltsbeitrag zufällt als dies ohne den (zweiten) Eheschluss der Fall wäre (s BGE 5A_352/2010 E 6.2.2). Die Beistandspflicht gilt grundsätzlich auch gegenüber «Ehebruchkindern» (BGE 129 III 417 E 2.2; 127 III 68 E 3 mwH; s auch KRAPF, N 12; zurückhaltend ISENRING/KESSLER, BSK ZGB 163 N 20; kritisch RUMO-JUNGO, Kind und Scheidung, 32 f). Der Anspruch auf Beistand steht nur dem Ehegatten, nicht aber Dritten zu (BRÄM, ZK ZGB 159 N 139 f).

13 Ob eine Beistandspflicht vorliegt, ergibt sich aus einer *Interessenabwägung*, die ihre Grenze in der Leistungsfähigkeit des Pflichtigen und in der Zumutbarkeit der Leistung findet (JENT, 64 ff). Als absolute Schranke gilt bei persönlichen Leistungen die physische und psychische Gesundheit des Verpflichteten (BGE 79 II 123 E 3), bei wirtschaftlichen Leistungen grundsätzlich das eigene Existenzminimum (s ZGB 163; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, BK ZGB 159 N 27; nicht aber das Existenzminimum für die ganze neue Familie; BGE 5A_272/2010 E 4.2 f), insb bei der Zunahme der finanziellen Belastung infolge Zweitehe. Schliesslich können auch die Interessen der Kinder oder das Interesse am Fortbestand der Ehe einer Beistandspflicht entgegenstehen (HAUSHEER/REUSSER/GEISER, BK ZGB 159 N 27).

14 Die ehelichen Pflichten nach ZGB 159 II und III sind zwar Rechtspflichten, deren **Vollstreckbarkeit** ist jedoch beschränkt. Die Verletzung dieser Pflichten (sog Ehwidrigkeiten) führt zu Eheschutzmassnahmen (ZGB 172 ff), zur Trennung oder Scheidung (BRÄM, ZK ZGB 159 N 168 ff; TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, § 28 Rz 4). ZGB 159 II und III sind **subsidiär** und deshalb nur anwendbar, soweit sich ein Anspruch nicht auf eine konkrete Bestimmung (zB ZGB 163 II; 165 I und II; 203; 235; 250) stützen lässt.

15 Nach **Auflösung der Ehe** können grundsätzlich keine Rechte aus ZGB 159 mehr abgeleitet werden. Eine Ausnahme besteht allerdings bei der Pflicht zur Leistung nahehelichen Unterhalts (s Konkretisierung in ZGB 125); s auch N 11 und die dort zitierte Rechtsprechung des Bundesgerichts (BGE 5A_241/2010 E 5.4.1; 5A_572/2008 E 4; 115 III 103 E 3b).

Art. 160**B. Familienname*

¹ Jeder Ehegatte behält seinen Namen.

² Die Brautleute können aber gegenüber der Zivilstandsbeamtin oder dem Zivilstandsbeamten erklären, dass sie den Ledignamen der Braut oder des Bräutigams als gemeinsamen Familiennamen tragen wollen.

³ Behalten die Brautleute ihren Namen, so bestimmen sie, welchen ihrer Ledignamen ihre Kinder tragen sollen. In begründeten Fällen kann die Zivilstandsbeamtin oder der Zivilstandsbeamte die Brautleute von dieser Pflicht befreien.

¹ Chacun des époux conserve son nom.

² Les fiancés peuvent toutefois déclarer à l'officier de l'état civil vouloir porter un nom de famille commun; ils peuvent choisir entre le nom de célibataire de l'un ou de l'autre.

³ Les fiancés qui conservent leur nom choisissent lequel de leurs deux noms de célibataire leurs enfants porteront. L'officier de l'état civil peut les libérer de cette obligation dans des cas dûment motivés.

¹ Ciascun coniuge conserva il proprio cognome.

² Gli sposi possono tuttavia dichiarare all'ufficiale dello stato civile di voler assumere un cognome coniugale; possono scegliere tra il cognome da nubile o celibe della sposa o dello sposo.

³ Se mantengono ciascuno il proprio cognome, gli sposi determinano il cognome dei figli, scegliendolo tra i loro cognomi da celibe o nubile. In casi motivati, l'ufficiale dello stato civile può liberarli da quest'obbligo.

¹ Each spouse retains his or her surname.

² The engaged couple may, however declare to the civil registrar that they wish to use the bride's or the groom's surname before marriage as the common family name.

³ Where each of the engaged couple opts to retain his or her respective surnames, they may choose which of their respective surname before marriage their children will bear. Where reasonable grounds exist, the registrar can release the engaged couple from this obligation.

* Wortlaut bis zur am 1.1.2013 in Kraft tretenden Änderung des ZGB vom 30.9.2011 (BB1 2011, 7403 ff):

B. Familienname

¹ Der Name des Ehemannes ist der Familienname der Ehegatten.

² Die Braut kann jedoch gegenüber dem Zivilstandsbeamten erklären, sie wolle ihren bisherigen Namen dem Familiennamen voranstellen.

³ Trägt sie bereits einen solchen Doppelnamen, so kann sie lediglich den ersten Namen voranstellen.

Literaturverzeichnis

FASSBIND PATRICK/SPRING MONIKA, Revisionsbedürftiges Namensrecht, SJZ 2007, 265 ff; GEISER THOMAS, Die neue Namensänderungspraxis des schweizerischen Bundesgerichts, ZZW 1993, 374 ff; HAFLIGER ROLF, Die Namensänderung nach Art. 30 ZGB, Zürich 1996; HAUSHEER HEINZ, Der Fall Burghartz oder Vom bisweilen garstigen Geschäft der richterlichen Rechtsharmonisierung in internationalen Verhältnissen, in: FS Schnyder, Freiburg i Ue 1995, 407 ff; HEGNAUER CYRIL, Familienname und Gesetzgebung, ZZW 2003, 193 ff; HEGNAUER CYRIL, Zum amtlichen Gebrauch des Allianznamens, ZZW 1991, 271 ff; JORNOD MARYSE, La femme et le nom en droits suisse et français, Lausanne 1991; MEIER PHILIPPE, Le nom de famille du conjoint survivant de lege lata et de lege ferenda, ZZW 1995, 226 ff; RUMO-JUNGO ALEXANDRA, Das neue Namensrecht – ein Diskussionsbeitrag, ZVW 2001, 167 ff; SCHÖBI FELIX, Vorrang der EMRK vor Bundesgesetzen?, Bemerkungen zu BGE 136 III 168, recht 2010, 131 ff; STURM FRITZ, Die Namensrechtsreform läuft wieder an, ZZW 2005, 2 ff; VAN HOBOKEN-DE ERNEY MONICA, Familienname und Persönlichkeit, Eine namensrechtliche Untersuchung mit besonderer Berücksichtigung der Namensführung von Frau und Kind, Zürich 1984.

1 Das neue Namensrecht tritt am 1.1.2013 in Kraft. ZGB 160 verwirklicht neu das **Prinzip der grundsätzlichen Unabänderlichkeit des Geburtsnamens** (zur Namensrechtsrevision s AmtlBull StR 2011, 476 ff; AmtlBull NR 2011, 1755 ff und 2283 ff; zu den ersten beiden gescheiterten Namensrechtsrevisionen s AS 1994, 1384, und BBl 1999, 4940 ff [parlamentarische Initiative SANDOZ vom 14.12.1994, N 94.434]; sowie AmtlBull NR 2004, 1738 ff, und AmtlBull NR 2009, 284, 2286 [parlamentarische Initiative LEUTENEGER OBERHOLZER vom 19.6.2003, N 03.428]). Damit verabschiedet sich der Gesetzgeber vom bisherigen Grundsatz der Namenseinheit der Familie, aufgrund dessen bei der Eheschliessung einer der beiden Ehegatten gezwungen wurde, seinen bisher geführten Namen aufzugeben und den Namen des anderen zu übernehmen. Gleichzeitig wird mit dieser Revision auch der Gleichstellung von Mann und Frau gemäss BV 8 III vollumfänglich Rechnung getragen, da nicht mehr – wie bisher – grundsätzlich der Name des Mannes den Familiennamen bildet (zur Verfassungs- und EMRK-Widrigkeit des bisher geltenden Namensrechts s zB BGE 5A.4/2005 E 3.3; ausführlich BGE 136 III 168 E 3.3; s auch Urteil des EMRG vom 16.11.2004, Nr 29865/96 iS Tekeli gegen Türkei).

2 Eine Eheschliessung hat grundsätzlich **keine Auswirkung** auf die Namen der beiden Ehegatten, dh beide Ehegatten behalten auch nach der Eheschliessung ihren eigenen (Ledig-)Namen bei (*ZGB 160 I*). Die Ehegatten haben jedoch das Recht, einen der beiden (Ledig-)Namen (s zu den konkreten Wahlmöglichkeiten und zum Begriff des [Ledig-]Namens N 3) als **gemeinsamen Familiennamen** zu führen. Diesen Entscheid haben sie *vor der Eheschliessung* der zuständigen Zivilstandsbeamtin (mündlich oder schriftlich) mitzuteilen (*ZGB 160 II*). Nach der Eheschliessung kann die Wahl zur Führung eines gemeinsamen Familiennamens nur über eine Namensänderung nach ZGB 30 und für beide Ehegatten gemeinsam erfolgen (s N 8).

3 Als **Familienname** können die Ehegatten zwischen jenen beiden Namen wählen, welche sie *im Zeitpunkt der Eheschliessung* führen, unabhängig davon, ob sie diese durch Abstammung, Adoption, Namensänderung oder frühere Eheschliessung (gestützt auf aZGB 160 I, 30 II oder ZGB 160 II) erworben haben (s zum alten Recht HÄFLIGER, 132; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, BK ZGB 160 N 27; s auch Entscheid des deutschen BVerfG, STREIT 2004, 63, mit welchem die Neufassung von BGB 1355 II initiiert wurde und aBGB 1355 II als verfassungswidrig erklärt worden ist. Dieser sah vor, dass der Name der Ehegattin, den sie durch eine frühere Heirat erworben hat, nicht als Familienname gewählt werden konnte). Führt ein Ehegatte einen *Doppelnamen* gemäss aZGB 160 II/aZStV 12 (s N 7), kann nur der erste, dh der vorangestellte Name als Familienname gewählt werden (s auch BGE 119 II 312 = Pra 1994 387). Der eheliche Doppelname ist von *natürlichen Doppelnamen* (zB Schnyder von Wartensee) zu unterscheiden, die echte Familiennamen sind und als solche (im Gegensatz zum ehelichen Doppelnamen; BGE 119 II 307 E 4) auch weitergegeben und damit als Familiennamen gewählt werden können (BRÄM, ZK ZGB 160 N 40; BÜHLER, BSK ZGB 160 N 8). Nicht zulässig ist die Wahl eines Allianznamens als Familiennamen (s N 6).

4 Entscheiden sich die Ehegatten bei der Eheschliessung zur Führung eines Familiennamens gemäss ZGB 160 II, erhalten auch deren **Kinder** diesen Namen (ZGB 270 III). Behalten die Ehegatten ihren Namen gemäss ZGB 160 I, müssen sie *vor* der Eheschliessung der Zivilstandsbeamtin gegenüber (mündlich oder schriftlich) erklären, welchen der beiden Namen (s dazu N 3) ihre Kinder tragen sollen (ZGB 160 III). Sie können jedoch binnen eines Jahres nach der Geburt des ersten Kindes verlangen, dass das Kind den Namen des anderen Elternteils (s N 3) trägt (ZGB 270 II). In begründeten Fällen (zB bei nachgewiesener Zeugungs- oder Empfängnisunfähigkeit oder bei hohem Alter der Braut) kann die Zivilstandsbeamtin die Eheleute bei der Eheschliessung von der Pflicht zur Wahl eines Familiennamens für die Kinder befreien. Eine solche Befreiung von dieser Pflicht sollte mE jedoch nur in Ausnahmefällen erfolgen. Zum Familiennamen der Kinder s auch ZGB 270 ff.

5 Nicht nur der Geburts- und (Ledig-)Name, sondern auch der Familienname ist **Teil der eigenen Persönlichkeit**. Auch er geniesst den Schutz des Persönlichkeitsrechts (ZGB 29; BGE 126 III 1 E 3a; BRÄM, ZK ZGB 160 N 7 mwH; s ZGB 29 N 3).

6 Führen die Ehegatten einen gemeinsamen Familiennamen, können beide Ehegatten (BGE 110 II 97 E 2) *im nichtamtlichen Verkehr* den bisherigen, *unmittelbar vor der Ehe* geführten Namen des nicht namensgebenden Ehegatten dem gemeinsamen Familiennamen (mit Bindestrich) hintanstellen (**Allianzname**; BGE 120 III 60 E 2a; 110 II 97 E 2; 108 II 161 E 2; HEGNAUER, ZZW 1991, 271 f; gem BÜHLER, BSK ZGB 160 N 19, ist allerdings umstritten, welchen Namen ein geschiedener oder verwitweter Ehepartner hintanstellen kann). Obwohl der Allianzname weder Familienname (BGE 110 II 97 E 2) noch amtlicher Name (BGE 120 III 60 E 2a) und auch im Gesetz nicht geregelt ist, haben die Ehegatten Anspruch darauf, dass die Behörden

auf deren Verlangen den Allianznamen im amtlichen Verkehr verwenden und ihn in Ausweisen eintragen (HAUSHEER/REUSSER/GEISER, BK ZGB 160 N 23; HEGNAUER, ZZW 1991, 273 f; aM BGE 120 III 60 E 2b im Rahmen eines Betreibungsverfahrens). Die Änderung eines Allianznamens erfolgt über ZGB 30 (Namensänderung; s BGE 136 III 161 E 3.1.3; 110 II 97 E 3a).

7 aZGB 160 II räumte der Braut das Recht ein, ihren bisherigen Namen dem Familiennamen (ohne Bindestrich) voranzustellen bzw einen **Doppelnamen** zu führen. Das gleiche (Wahl-)Recht stand dem Bräutigam gestützt auf aZStV 12 I zu, wenn der Name der Ehegattin gemäss aZGB 30 II als Familienname geführt wurde. Die Möglichkeit zur Führung eines Doppelnamens besteht nach geltendem Recht nicht mehr. Die im Zeitpunkt des Inkrafttretens des neuen ZGB 160 bestehenden Doppelnamen bleiben aber weiterhin gültig (zur Möglichkeit einer Änderung s N 8). Für diese gilt Folgendes: Der Doppelname ist ein *amtlicher Name* (BGE 120 III 60 E 2a), weshalb die Behörden sowie der den Doppelnamen tragende Ehegatte zu dessen Führung im amtlichen Verkehr (weiterhin) verpflichtet sind (BGE 116 II 76 E 2b/c; BRÄM, ZK ZGB 160 N 35; s auch BGE 120 III 60 E 2a). Im nichtamtlichen Verkehr kann ein Ehegatte auf die Führung des zweiten, des Familiennamens, verzichten (andeutungsweise BGE 108 II 161 E 2; HEGNAUER, ZZW 2003, 196 mwH).

8 Ein bei Eheschliessung getroffener Entscheid betreffend Namensführung kann nach der Eheschliessung grundsätzlich nur über eine **Namensänderung** nach ZGB 30 und für beide Ehegatten gemeinsam aufgehoben oder geändert werden (s zur verspäteten Mitteilung zur Führung eines Doppelnamens BGE 136 III 161 E 3.1.2; AGVE 1997, 526). Eine *Ausnahme* besteht beim Tod eines Ehegatten (ZGB 30a) oder bei Auflösung der Ehe durch Scheidung (ZGB 119). In diesen Fällen kann der überlebende Ehegatte, der bei der Eheschliessung seinen Namen geändert hat, jederzeit gegenüber einer beliebigen Zivilstandsbeamtin in der Schweiz (mündlich oder schriftlich) erklären, dass er wieder seinen (*unmittelbar vor der Eheschliessung geführten*) Namen tragen will (s auch HAUSHEER/REUSSER/GEISER, BK ZGB 160 N 43; JORNOD, 159 f; nach HEGNAUER/BREITSCHMID, Grundriss des Eherechts, N 13.38, ist nicht nur die Wahl des unmittelbar vor Eheschliessung geführten Namens zulässig; s auch ZGB 30–30a N 7 ff).

9 Nach Inkrafttreten des neuen Namensrechts hat jeder Ehegatte, der seinen Namen bei der Eheschliessung geändert hat, das Recht, gegenüber einer beliebigen Zivilstandsbeamtin in der Schweiz (mündlich oder schriftlich) zu erklären, wieder seinen unmittelbar vor der Eheschliessung geführten Namen zu tragen (**ZGB SchIT 8a**; s auch N 3). Dies gilt auch für jene Ehegatten, die gemäss geltendem Recht einen amtlichen Doppelnamen (N 7) tragen. Die Abgabe dieser Erklärung kann jederzeit erfolgen und ist an keine Frist gebunden.

Art. 161^{*}**C. Kantons- und Gemeindebürgerrecht**

Jeder Ehegatte behält sein Kantons- und Gemeindebürgerrecht.

Chacun des époux conserve son droit de cité cantonal et communal.

Ciascun coniuge conserva la propria cittadinanza cantonale e attinenza comunale.

Each spouse retains his or her cantonal and communal citizenship.

** Wortlaut bis zur am 1.1.2013 in Kraft tretenden Änderung des ZGB vom 30.9.2011 (BBI 2011, 7403 ff):*

C. Kantons- und Gemeindebürgerrecht

Die Ehefrau erhält das Kantons- und Gemeindebürgerrecht des Ehemannes, ohne das Kantons- und Gemeindebürgerrecht zu verlieren, das sie als ledig hatte.

Literaturverzeichnis

HEGNAUER CYRIL, Wiederannahme des Bürgerrechts durch die Frau, die einen Bürger ihrer Heimatgemeinde geheiratet hat, Art. 8b SchlT ZGB?, ZZW 1988, 33 ff; HEGNAUER CYRIL, Das Kantons- und Gemeindebürgerrecht der Ehefrau im neuen Eherecht, ZBI 1987, 249 ff; HEGNAUER CYRIL, Das Bürgerrecht der Ehefrau im neuen Eherecht, ZZW 1981, 245 ff; HEUSSLER WILLY, Schicksal des Kantons- und Gemeindebürgerrechts einer Schweizerin bei der Heirat mit einem Schweizer, ZZW 1993, 117 ff; SIGRIST HANS-ULRICH, Bürgerrechte der geschiedenen, verwitweten oder unverheirateten Frau nach Wiederverheiratung, ZZW 1998, 271 f.

1 Jeder schweizerische Staatsangehörige besitzt **ein Gemeinde-, ein Kantons- und ein Schweizerbürgerrecht**, die zusammen eine untrennbare Einheit bilden (BV 37 I).

2 Gemäss dem per 1.1.2013 in Kraft tretenden ZGB 161 hat eine Eheschliessung **keine Auswirkungen** auf die Bürgerrechte der Ehegatten. Jeder Ehegatte behält bei einer Eheschliessung seine Bürgerrechte und erwirbt auch keine Bürgerrechte des anderen Ehegatten. Damit hat auch eine Auflösung der Ehe keinen Einfluss auf die Bürgerrechte der Ehegatten.

3 ZGB 161 gilt nur bei **Ehen zwischen schweizerischen Staatsangehörigen**; bei binationalen Ehen kommt das Bürgerrechtsgesetz (BüG; SR 141.0) zur Anwendung (BGE 125 III 209 E 3a), bei rein ausländischen Ehen s IPRG 22.

4 Die in N 2 erwähnte Regelung gilt für alle nach Inkrafttreten des neuen Namensrechtes (s N 2) geschlossenen Ehen. Gestützt auf **aZGB 161** erhielt

hingegen die Ehefrau (nicht aber der Ehemann) mit der Eheschliessung das (die) Kantons- und Gemeindebürgerrecht(e) des Ehemannes, das (die) dieser im Zeitpunkt der Trauung besass (sog Zusatzbürgerrecht), ohne ihr(e) eigenes (eigenen) Kantons- und Gemeindebürgerrecht(e) (sog Ledigen- oder Stammbürgerrecht) zu verlieren, das (die) sie durch Abstammung oder Einbürgerung in *unverheiratetem Zustand* (als Witwe, Geschiedene oder Ledige) erworben hatte (BGE 114 II 404 E 6). Kantons- und Gemeindebürgerrechte, die sie durch frühere Heirat erworben hatte, verlor sie bei Wiederverheiratung; solche, die sie während einer Ehe durch Einbürgerung erworben hat, verlor sie ebenfalls, es sei denn, sie besass kein Ledigenbürgerrecht, weil sie vor der Heirat nicht Schweizerin war oder infolge Einbürgerung die anderen Kantons- und Gemeindebürgerrechte verloren hatte (BGE 114 II 404 E 6 f; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, BK ZGB 161 N 19 f; aM HEGNAUER/BREITSCHMID, Grundriss des Eherechts, N 14.09). Damit folgte der Gesetzgeber dem Grundsatz der Einheitlichkeit des Bürgerrechts in der Familie, allerdings auf Kosten der Gleichbehandlung von Mann und Frau gemäss BV 8 III (BGE 125 III 209 E 4 ff). Mit der Revision von ZGB 161 (AmtlBull NR 2009, 2286; AmtlBull SR 2011, 7403), welche gleichzeitig mit der Namensrechtsrevision in Kraft tritt (s ZGB 160 N 1), wird diese Verletzung des Verfassungsgrundsatzes aufgehoben.

5 Eine allfällige **Änderung der Bürgerrechte** kann jeder Ehegatte ohne ehepartnerliche Zustimmung und selbständig vornehmen. Zu differenzieren ist hingegen bei vor Inkrafttreten des neuen Namensrechts (s ZGB 150 N 1) geschlossenen Ehen: Hat die Ehefrau das (die) Kantons- und Gemeindebürgerrecht(e) des Ehemannes erworben, kann letzterer eine **Änderung des Bürgerrechts** nur gemeinsam mit der Ehegattin und mit Wirkung für beide vornehmen; die Ehefrau hingegen kann ihr Bürgerrecht ohne ehepartnerliche Zustimmung und selbständig ändern (HEGNAUER/BREITSCHMID, Grundriss des Eherechts, N 14.14 f).

6 Ist die **Heimat Anknüpfungspunkt** für zivilrechtliche Wirkungen, bestimmt sich bei Personen mit mehreren Kantons- und Gemeindebürgerrechten die Rangfolge nach ZGB 22 III.

7 Das **Kind** erhält das Kantons- und Gemeindebürgerrecht desjenigen Elters, dessen Namen es trägt (ZGB 271 I; s ZGB 255; bei Adoption s ZGB 267a). Damit wird bei der Frage des Erwerbs des Bürgerrechts – anders als bei aZGB 271 – nicht (mehr) unterschieden, ob die Eltern des Kindes verheiratet sind oder nicht. Ein Namenswechsel des Kindes während seiner Minderjährigkeit (gestützt auf ZGB 270a II/270b II und III) führt zum Verlust der bisherigen Kantons- und Gemeindebürgerrechte und zum Erwerb der Bürgerrechte des Elters, dessen Namen es neu führt (s ZGB 270).

Art. 162

D. Ehehche Wohnung

Die Ehegatten bestimmen gemeinsam die eheliche Wohnung.

Les époux choisissent ensemble la demeure commune.

I coniugi scelgono insieme l'abitazione coniugale.

The spouses jointly decide where to establish the marital home.

1 Der **Begriff der ehelichen Wohnung** (ZGB 162) ist nicht deckungsgleich mit jenem der Familienwohnung (ZGB 169). Die eheliche Wohnung umfasst alle Wohnräumlichkeiten, in denen sich die Familie gemeinsam, regelmässig und nicht nur zu Sonderzwecken (zB Studium, Hotelzimmer; s ZGB 26) aufhält (BGE 127 IV 27 E 2a/bb; BRÄM, ZK ZGB 162 N 19 f). Im Gegensatz zur Familienwohnung (s ZGB 169 N 3) gelten auch Zweit- (BGE 114 Ia 164 E 4b) oder Ferienwohnungen als eheliche Wohnung.

2 Die Ehegatten haben die eheliche Wohnung **gemeinsam** zu bestimmen (ZGB 162). Dies gilt nicht nur für die erste Wohnung, sondern auch für spätere Wohnungswechsel oder den Entscheid, keine eheliche Wohnung zu beziehen (BRÄM, ZK ZGB 162 N 14 ff, 25 f).

3 Finden die Ehegatten **keine Einigung**, oder lehnt ein Ehegatte den Bezug einer ehelichen Wohnung ab, kann das Eheschutzgericht angerufen werden (ZGB 171 ff), das eine Vermittlungsfunktion wahrnimmt (ZGB 172 II). Scheitert die Vermittlung, kann das Gericht zwar nicht die eheliche Wohnung bestimmen (TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, § 28 Rz 11; HEGNAUER/BREITSCHMID, Grundriss des Eherechts, N 17.05), aber die Ehegatten zum Getrenntleben berechtigen und die Folgen des Getrenntlebens regeln (ZGB 175 f; BRÄM, ZK ZGB 162 N 32).

4 ZGB 162 betrifft ausschliesslich das **Innenverhältnis** zwischen den Ehegatten. Es bedarf deshalb (anders als nach ZGB 169) bei Rechtsgeschäften betreffend die eheliche Wohnung *keiner Ehepartnerlichen Zustimmung*, es sei denn, die eheliche Wohnung dient gleichzeitig als Familienwohnung.

5 Beiden Ehegatten steht die **Hausgewalt** über die eheliche Wohnung zu (ZGB 331; BRÄM, ZK ZGB 162 N 39), unabhängig der sachen- oder schuldrechtlichen Berechtigung (BGE 127 IV 27 E 2a/bb). Bei getrennten Wohnungen ist jeder Ehegatte alleiniger Inhaber der Hausgewalt der von ihm bewohnten Wohnung (BRÄM, ZK ZGB 162 N 39).

6 Der **Wohnsitz** der Ehegatten bestimmt sich nicht nach der ehelichen Wohnung, sondern nach ZGB 23 f. Eine einzige eheliche Wohnung kann allerdings Indiz für die Wohnsitznahme sein (BGE 115 II 120). Zum Wohnsitz der Kinder s ZGB 25.

Art. 163**E. Unterhalt der Familie****I. Im Allgemeinen**

¹ Die Ehegatten sorgen gemeinsam, ein jeder nach seinen Kräften, für den gebührenden Unterhalt der Familie.

² Sie verständigen sich über den Beitrag, den jeder von ihnen leistet, namentlich durch Geldzahlungen, Besorgen des Haushalts, Betreuen der Kinder oder durch Mithilfe im Beruf oder Gewerbe des andern.

³ Dabei berücksichtigen sie die Bedürfnisse der ehelichen Gemeinschaft und ihre persönlichen Umstände.

¹ Mari et femme contribuent, chacun selon ses facultés, à l'entretien convenable de la famille.

² Ils conviennent de la façon dont chacun apporte sa contribution, notamment par des prestations en argent, son travail au foyer, les soins qu'il voue aux enfants ou l'aide qu'il prête à son conjoint dans sa profession ou son entreprise.

³ Ce faisant, ils tiennent compte des besoins de l'union conjugale et de leur situation personnelle.

¹ I coniugi provvedono in comune, ciascuno nella misura delle sue forze, al debito mantenimento della famiglia.

² Essi s'intendono sul loro contributo rispettivo, segnatamente circa le prestazioni pecuniarie, il governo della casa, la cura della prole o l'assistenza nella professione o nell'impresa dell'altro.

³ In tale ambito, tengono conto dei bisogni dell'unione coniugale e della loro situazione personale.

¹ The spouses jointly provide for the proper maintenance of the family, each according to his or her ability.

² They agree on the contributions each of them will make, notably by providing money, looking after the household, caring for the children or supporting the other's career or business.

³ In so doing they take due account of the needs of the matrimonial union and of their own personal circumstances.

Literaturverzeichnis

CURTI EUGEN, Gilt Art. 164 ZGB auch nach Auflösung des gemeinsamen Haushaltes? SJZ 1988, 302 ff; DENNLER-RUCKLI JOSETTE, Mitarbeit der Ehefrau, Zürich 1984; GEISER THOMAS, Arbeitsvertrag unter Ehegatten oder eherechtliche Entschädigung nach Art. 165 ZGB? BJM 1990, 57 ff; HAUSHEER HEINZ/SPYCHER ANNETTE, Unterhalt nach neuem Scheidungsrecht, Bern 2001 (zit HAUSHEER/SPYCHER, Unterhalt); LEUBA AUDREY, La répartition traditionnelle des tâches entre les conjoints, au regard du principe de l'égalité entre homme et femme, Bern 1997; LANDOLT HARDY, Pflegebedürftigkeit im Spannungsfeld zwischen Grundrechtsschutz und Kosteneffizienz, SZS 2002, 97 ff;

STAMM CORNELIA, Der Betrag zur freien Verfügung gemäss Art. 164 ZGB, Freiburg i Ue 1991; STOESEL GERHARD, Einige Bemerkungen zu den Artikeln 164 und 165 des neuen Eherechts, SJZ 1985, 260 ff.

1 ZGB 163 regelt neben der **Aufgabenteilung** zwischen den Ehegatten die **Unterhaltspflicht** während der Ehe (für eingetragene Partnerschaften s PartG 13). ZGB 163 findet ausschliesslich auf Ehepaare, nicht aber (auch nicht analog) auf Konkubinatspaare Anwendung (BGE 135 III 59 E 4.2; s aber N 5). Letztere beginnt bei Eheschliessung (ZGB 101 f) und dauert bis zur Auflösung der Ehe (BGE 119 II 314 E 4b/aa; zu den Auflösungsgründen s ZGB 159 N 4). ZGB 163 gilt unabhängig des gewählten Güterstands. Von praktischer Bedeutung ist ZGB 163 insb im Eheschutz- (ZGB 176 ff), Scheidungs- (ZGB 111 ff) und Trennungsverfahren (ZGB 117 f), weil ZGB 163 als Grundlage zur Festlegung der Unterhaltsbeiträge dient (s auch ISENING/KESSLER, BSK ZGB 163 N 3; s BGE 128 III 65 bei Abschbarkeit der Scheidung). Zum nachehelichen Unterhalt s ZGB 125 ff; zum Unterhalt während des Scheidungs- oder Eheschutzverfahrens s ZPO 276, ZGB 173 und 176.

2 Gemäss **ZGB 163 I** sorgen die Ehegatten gemeinsam für den gebührenden Unterhalt (s auch ZGB 173 N 2). Der **Begriff des Unterhalts** umfasst:

3 (i) in *persönlicher Hinsicht* den Bedarf der *Familie*, dh der Ehegatten sowie der im selben Haushalt lebenden (gemeinsamen und nichtgemeinsamen) Kinder; der nichtgemeinsamen, nicht im selben Haushalt lebenden Kinder nur im Rahmen der Beistandspflicht des Stiefelers nach ZGB 159 III (BGE 115 III 103 E 4); ebenfalls grundsätzlich der Ehebruchkinder (BGE 129 III 417 E 2.2; 127 III 68 E 3 mwH; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, BK ZGB 163 N 17; KRAPP, N 12; mit Vorbehalten BRÄM, ZK ZGB 163 N 17, 60 f; aM HEGNAUER, N 20.08; s auch ZGB 159 N 12).

4 (ii) in *sachlicher Hinsicht* den *gesamten Lebensbedarf* der Familie, dh zum einen *die häuslichen Kosten* (BGE 114 II 83 E 3a), zB Auslagen für Haushalt, Nahrung, Wohnen (zB Mietzinsen, Wohnnebenkosten, Mobilien), Versicherungsprämien (zB Gebäude-, Hausrat- oder Fahrzeugversicherung), Steuern (nicht Erbschafts-, Schenkungs- und Handänderungssteuern; BGE 114 II 393 E 4b); zum anderen *die persönlichen Kosten der Familienmitglieder* (BGE 114 III 83 E 3a), zB Kleider, Gesundheitskosten, Versicherungsprämien (zB Krankenkassenprämien; Zusatzversicherungen nur, sofern es die wirtschaftlichen Verhältnisse zulassen; s auch BGE 129 V 90 E 3.1), Aus-/Weiterbildungskosten (zur Konkurrenz zwischen der ehelichen und elterlichen Unterstützungspflicht s ZGB 159 N 11), Kosten für kulturelle und gesellschaftliche Bedürfnisse oder sportliche und sonstige Freizeitaktivitäten (HAUSHEER/REUSSER/GEISER, BK ZGB 163 N 9), eine angemessene Vorsorge (erste und zweite sowie je nach wirtschaftlichen Verhältnissen auch dritte Säule), (weitere) Sozialversicherungsbeiträge, ebenfalls das Taschengeld, sofern dieses nicht durch den Beitrag zur freien Verfügung (ZGB 164) konsumiert ist (BGE 114 III 83 E 3a; s ZGB 164 N 2). Der Unterhalt umfasst im Weiteren *Prozesskostenvorschüsse* (zur Kontroverse, ob sich dieser Anspruch aus ZGB 159 oder

163 ableitet, s BGE 5A_170/2011 E 4.3; 5P.346/2005 E 4.3; 5P.31/2004 E 2.2; DA RUGNA, Anwaltspraxis 2011, 117 ff) für Prozesse, die den gemeinsamen Bereich beschlagen, wozu auch das Eheschutzverfahren und der Scheidungsprozess gehören, sofern der Prozess nicht aussichtslos ist oder die Prozessführung mutwillig erscheint (BGE 5P.441/2005 E 1.2; 5P.150/2005 E 2.2; 5P.31/2004 E 2.2; KGer BL, FamPra.ch 2008, 965; KGer FR, FamPra.ch 2004, 579 E 4a mwH; KassGer ZH, ZR 1991, Nr 82) und der Prozesskostenvorschuss innert Frist einbringlich ist (BGE 5A_843/2009 E 4.3; 5A_562/2009 E 5). Nicht zum Unterhalt gehören Rentenverpflichtungen gegenüber einem geschiedenen Ehegatten oder Leistungen aus Verwandtenunterstützung; zu berücksichtigen ist jedoch die eheliche Beistandspflicht nach ZGB 159 (BGE 5A_572/2008 E 4.1; ISENRING/KESSLER, BSK ZGB 163 N 18 f).

5 Die Höhe des gebührenden Unterhalts ist einzelfallbezogen und familienindividuell festzulegen und konkretisiert sich nach dem geführten Lebensstil der Familie, für den sich die Ehegatten einvernehmlich entschieden haben (BGE 5A_572/2008 E 3.1; 5P.6/2004 E 3.1; 119 II 314 E 4b/aa; 118 II 376 E 20b; OGer ZH, ZR 1992/1993, Nr 24), sowie der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Ehegatten, dh der tatsächlichen Einkommens- und Vermögensverhältnisse beider Ehegatten (BGE 5P.252/2005; 119 II 314 E 3a; 114 II 393 E 4b; 114 II 301 E 4a; KassGer ZH, FamPra.ch 2009, 742 E 7.2c/bb), die ihrerseits gleichzeitig die obere Grenze des gebührenden Unterhalts festlegen (BGE 5P.6/2004 E 3.1). In Ausnahmefällen kann allenfalls auch ein vor der Ehe geführtes Konkubinats bei der Bemessung der Höhe des Unterhalts berücksichtigt werden (BGE 135 III 59 E 4.4). Nicht berücksichtigt werden bei den *Einkommensverhältnissen* die Kinderalimente eines nichtehelichen Kindes (BGE 5P.365/2003 E 3.2); ebenso wenig Genugtuungszahlungen, Haushaltenschädigungen (OGer LU, FamPra 2005, 617 ff) oder Integritätsentschädigungen an einen Ehegatten (BGE 134 III 581 E 3.4), es sei denn, die Ehegatten hätten etwas anderes vereinbart (OGer LU, FamPra 2005, 620; s ausserdem N 6). Schliesslich ist vom Grundsatz auszugehen, dass die Ehegatten Anspruch auf den gleichen Lebensstandard haben (BGE 5P.6/2004 E 3.1; 114 II 26 E 6).

6 Primär ist der gebührende Unterhalt (N 5) aus dem Einkommen zu bestreiten. Reicht das Einkommen nicht aus, ist subsidiär auf das Vermögen zurückzugreifen (BGE 134 III 581 E 3.3; 5P.472/2006 E 3.2). Damit belastet der Unterhalt zuerst die Errungenschaft, erst dann das Eigengut (BGE 134 III 581 E 3.3). *Reichen Einkommen und Vermögen zusammen nicht zur Deckung* des gebührenden Unterhalts, ist von einem hypothetischen Einkommen der Ehegatten auszugehen, das sie bei gutem Willen erzielen könnten (BGE 5A_341/2007 E 4.2; 5P.255/2003 E 4.3.1; 128 III 65 E 4; 128 III 4 E 4; 119 II 314 E 4a; 117 II 16 E 1b; s auch ISENRING/KESSLER, BSK ZGB 163 N 24). Eine solche Annahme kann die Ehegatten sogar zur Aufnahme einer bestimmten Tätigkeit oder zum Berufswechsel zwingen (ZGB 167 N 2), ist allerdings nur ex nunc zulässig (BGE 5P.95/2003 E 2.3; 5P.233/2003; KassGer ZH,

FamPra.ch 2009, 743 f E 7.2c/cc). Dem Unterhaltspflichtigen ist in jedem Fall das Existenzminimum zu belassen (BGE 135 III 66; 123 III 1).

7 Eine **Sparquote** ist (nach Deckung des Familienunterhalts sowie nach Berücksichtigung von ZGB 164) nicht hälftig aufzuteilen, sondern verbleibt dem Ehegatten, der die Mittel erwirtschaftet hat (BGE 119 II 314 E 4b/aa; 115 II 424 E 3; KGer BS, FamPra.ch 2004, 668 E 3d).

8 **ZGB 163 II** regelt die **Arbeitsteilung** unter den Ehegatten und unterscheidet vier **Arten der Beitragsleistung**: Geldzahlungen (aus Einkommen, Renten, Vermögenserträgen), Haushaltsbesorgung, Kinderbetreuung und Mithilfe im Beruf oder Gewerbe (zur Entschädigung der Mithilfe s ZGB 165). Dabei sind die Haushaltsbesorgung und Kinderbetreuung mit dem Geldbeitrag als gleichwertig einzustufen (BGE 114 II 26 E 5b). Die Ehegatten bestimmen gemeinsam über die Art ihrer Beitragsleistung und über das **Mass ihrer Beteiligung** (BGE 119 II 314 E 4a; 117 II 359, 363; 117 II 211, 216). Eine gleichberechtigte Entscheidung bedeutet allerdings nicht zwingend auch eine gleich hohe Beitragsleistung. Obere Grenze der Beitragsleistung bilden die individuelle Leistungsfähigkeit eines Ehegatten (BGE 123 III 1 E 3b) sowie seine finanziellen Möglichkeiten (BRÄM, ZK ZGB 163 N 23). Dem Ehegatten ist es freigestellt, auch eine ungleiche Aufteilung zu wählen (s aber zur Schranke der übermässigen Bindung ZGB 27). Unabdingbar ist allerdings, dass der gebührende Unterhalt gedeckt bleibt. Bei **Doppelverdienerpaaren** sind die Barkosten entsprechend den Einkommen zu teilen (HEGNAUER/BREITSCHMID, Grundriss des Eherechts, N 16.11).

9 Bei der Entscheidung über die Art der Beitragsleistung und das Mass der Beteiligung haben die Ehegatten **Rücksicht** auf das Wohl der Gemeinschaft zu nehmen (ZGB 159) sowie sich an ihren persönlichen Interessen zu orientieren (**ZGB 163 III**). Dabei sind insb Kriterien wie Ausbildung, Gesundheit, Neigungen oder Familienstruktur zu berücksichtigen (BRÄM, ZK ZGB 163 N 140; HEGNAUER/BREITSCHMID, Grundriss des Eherechts, N 16.17).

10 Die **Abänderung** des gewählten Ehemodells und des Masses der Beteiligung erfolgt regelmässig in gegenseitigem Einverständnis (BGE 119 II 314 E 4a). **Einseitige Änderungen** sind grundsätzlich unzulässig, wenn dadurch dem anderen Ehegatten ein höherer Beitrag an die Familie zugemutet wird (BGE 119 II 314 E 4a). Ausnahmsweise (auch gegen den Ehepartnerlichen Willen) sind sie zulässig, wenn sich die Verhältnisse wesentlich verändert haben und dem betroffenen Ehepartner keine unzumutbaren Nachteile erwachsen (BGE 119 II 314 E 4a; 114 II 16 E 4). Bei der Prüfung der Zulässigkeit der einseitigen Änderung sind neben den Interessen der beiden Ehegatten auch jene der Kinder zu berücksichtigen (ISENRING/KESSLER, BSK ZGB 163 N 36).

11 Bei **Uneinigkeit zwischen den Ehegatten** über die Art und das Mass der Beitragsleistungen kann das Eheschutzgericht zur Vermittlung angerufen werden (ZGB 171). Dieses kann den Geldbetrag festsetzen (nicht aber die Aufgabenteilung verbindlich festlegen), den der eine dem anderen Ehegatten zu leisten hat (ZGB 173). Dabei orientiert es sich an der von den Ehegatten

gewählten Aufgabenteilung (ZGB 173 N 3 f; BGE 115 II 6 E 5b). Bei getrenntem Haushalt ist eine Orientierung an der gewählten Aufgabenteilung allerdings nur zulässig, sofern mit einer Wiederaufnahme des gemeinsamen Haushalts ernsthaft zu rechnen ist (BGE 128 III 65 E 4a; OGer AG, FamPra. ch 2004, 944 E 5a).

12 Der Unterhaltsanspruch als Stammrecht darf aufgrund seiner höchstpersönlichen Natur (ISENRING/KESSLER, BSK ZGB 163 N 40) weder **gepfändet** oder **abgetreten** werden noch unterliegt er der **Verjährung**. Hingegen unterliegen die *einzelnen Unterhaltsleistungen* einer fünfjährigen Verjährungsfrist (OR 128 Ziff 1) und sind grundsätzlich abtretbar (BGE 115 III 103; 114 III 87 E 5). Eine Pfändung ist nur zulässig, sofern nicht in das Existenzminimum der Familie eingegriffen wird (wobei die pfändbare Einkommensquote des Schuldner-Ehegatten aufgrund seines Anteils am Gesamteinkommen zu bestimmen ist; HEGNAUER/BREITSCHMID, Grundriss des Eherechts, N 16.33) und keine Zweckentfremdung eintritt (SchKG 93; s im Einzelnen BGE 115 III 103 E 3a; 114 III 87 E 5; s auch 130 III 45 E 2; 128 III 337 E 3; zur pfändbaren Quote bei Doppelverdienerehepaaren s BGE 116 III 75 E 2). Im internen Verhältnis kann ein Ehegatte jederzeit ein Betreibungsverfahren einleiten. Dabei unterliegen seine Forderungen zum einen einer privilegierten Anschlusspfändung (SchKG 111), zum anderen genießt der Gläubiger-Ehegatte ein Rangprivileg bei der Verteilung (SchKG 219).

13 Zur Durchsetzung des Unterhaltsanspruchs s ISENRING/KESSLER, BSK ZGB 163 N 46 ff.

Art. 164

II. Betrag zur freien Verfügung

¹ Der Ehegatte, der den Haushalt besorgt, die Kinder betreut oder dem andern im Beruf oder Gewerbe hilft, hat Anspruch darauf, dass der andere ihm regelmässig einen angemessenen Betrag zur freien Verfügung ausrichtet.

² Bei der Festsetzung des Betrages sind eigene Einkünfte des berechtigten Ehegatten und eine verantwortungsbewusste Vorsorge für Familie, Beruf oder Gewerbe zu berücksichtigen.

¹ L'époux qui voue ses soins au ménage ou aux enfants ou qui aide l'autre dans sa profession ou son entreprise a le droit de recevoir régulièrement de son conjoint un montant équitable dont il puisse disposer librement.

² Dans la détermination de ce montant, il faut considérer les revenus propres de l'époux créancier ainsi que le devoir du débiteur d'assurer l'avenir de la famille et de pourvoir aux besoins de sa profession ou de son entreprise.

¹ Il coniuge che provvede al governo della casa o alla cura della prole o assiste l'altro nella sua professione od impresa ha diritto di ricevere regolarmente da costui una congrua somma di cui possa disporre liberamente.

² Tale somma va determinata tenendo conto degli introiti propri del coniuge avente diritto nonché di quanto, nella consapevolezza delle proprie responsabilità, l'altro coniuge impiega per la previdenza in favore della famiglia, della professione od impresa.

¹ A spouse who looks after the household, cares for the children or supports the career or business of the other spouse is entitled to receive from the latter a reasonable allowance for his or her own personal use.

² When determining said allowance, account must be taken of the personal resources of the receiving spouse and the need to provide conscientiously for the family, career and business.

1 Der Anspruch auf einen Betrag zur freien Verfügung stellt eine Folge der Gleichwertigkeit der verschiedenen in ZGB 163 II aufgeführten Beitragsarten in der Ehe dar (ZGB 163 N 8) und bezweckt, dass der auf eigenes Einkommen verzichtende Ehegatte, dh der haushaltführende Ehegatte (der den Haushalt besorgt, die Kinder betreut oder dem anderen in Beruf oder Gewerbe hilft) seine wirtschaftliche Unabhängigkeit wahren kann. Auf den Anspruch kann er nicht zum Voraus verzichten (BGE 114 III 83 E 4; 114 III 78 E 2). Zur Abgrenzung von der Geldzahlung an den Unterhalt nach ZGB 163 s HEGNAUER/BREITSCHMID, Grundriss des Eherechts, N 16.48.

2 Der Freibetrag nach ZGB 164 ist weder Arbeitslohn (Hausfrauenlohn; BGE 114 II 301 E 4a; 114 III 78 E 2) noch Taschengeld (dieses ist in ZGB 163 enthalten; unpräzise deshalb BGE 114 III 83 E 3b; BRÄM, ZK ZGB 164 N 6; STAMM, 53 f; s ZGB 163 N 4), weder Lidlohn (ZGB 334 I) noch antizipierte Vorschlagsbeteiligung (STAMM, 57 mwH) oder Tantieme (OR 677). Er ist vielmehr ein familienrechtlicher Anspruch sui generis (BGE 114 II 301 E 4) als besonderer Teil des Unterhalts (BGE 114 III 82 E 3; BRÄM, ZK ZGB 164 N 4).

3 Ein Freibetrag nach ZGB 164 kann nur unter folgenden kumulativen Voraussetzungen gewährt werden:

4 (i) Vorliegen einer klassischen Rollenverteilung (ZGB 164 I), dh Hausgatten- oder Zuverdienstehe (kein Bedarf des Zusatzverdienstes des Hausgatten zur Deckung der Unterhaltskosten); nicht aber bei einer Mitverdienstehe (Zusatzverdienst des Ehegatten notwendig zur Deckung der Unterhaltskosten), es sei denn, die ausserhäusliche ist gegenüber der innerhäuslichen Tätigkeit des mitverdienenden Ehegatten von untergeordneter Bedeutung (BGE 114 II 301 E 4; BRÄM, ZK ZGB 164 N 9; STAMM, 68).

5 ZGB 164 ist grundsätzlich nicht auf Doppelverdienerhepaare anwendbar (BGE 114 II 301 E 4a; ISENRING/KESSLER, BSK ZGB 164 N 6; STAMM, 68), selbst wenn ein Ehegatte mit seinem Einkommen keinen der gemeinsam bestimmten Lebensführung entsprechenden angemessenen Freibetrag zu erzielen vermag. Die Ungleichheit ist grundsätzlich über die unterschiedliche Tragung der finanziellen ehelichen Lasten abzugelten (STAMM, 68). Ausnahmsweise ist ein Anspruch aus ZGB 164 gegeben, wenn dieser Ehegatte

allein den Haushalt führt (BRÄM, ZK ZGB 164 N 9; ISENRING/KESSLER, BSK ZGB 164 N 5; aM STAMM, 68).

6 (ii) **Keine genügenden eigenen Einkünfte** (zB Arbeitserwerb, Vermögensertrag, Zuwendungen Dritter, Entschädigung nach ZGB 165) des haushaltführenden und kinderbetreuenden Ehegatten (**ZGB 164 II**), die mit dem Freibetrag des erwerbstätigen Ehegatten vergleichbar sind (BGE 5P.313/2004 E 3.3.3; 114 II 301 E 4a; ISENRING/KESSLER, BSK ZGB 164 N 9 f; STAMM, 76). Nicht berücksichtigt werden bei der Prüfung, ob ein Anspruch auf einen Freibetrag nach ZGB 164 besteht, die (bereits) gesparten Freibeträge. Diese werden (erst) bei der güterrechtlichen Auseinandersetzung der Errungenschaft zugerechnet (ISENRING/KESSLER, BSK ZGB 164 N 11 und 23; STAMM, 77).

7 (iii) **Leistungsfähigkeit des erwerbstätigen Ehegatten (ZGB 164 II)**, dh nach Begleichung der laufenden Lasten, des gebührenden Familienunterhalts (ZGB 163; BRÄM, ZK ZGB 164 N 38; STAMM, 88 ff), der Vorsorgekosten und der Kosten für Beruf und Gewerbe (zB Investitionen; BGE 114 II 301 E 4a) verbleibt ein Überschuss. Massgebend sind die *effektiven Einkünfte*, es werden keine hypothetischen Einkommen und Vermögenserträge hinzugerechnet (BRÄM, ZK ZGB 164 N 26; ISENRING/KESSLER, BSK ZGB 164 N 13).

8 Erhält ein Ehegatte eine **Entschädigung nach ZGB 165**, wird der Anspruch nach ZGB 164 reduziert oder aufgehoben (HAUSHEER/REUSSER/GEISER, BK ZGB 164 N 10).

9 Die Ehegatten bestimmen gemeinsam die **Höhe des Freibetrags**. Er entspricht keinem äquivalenten Entgelt für die erbrachten Leistungen (BGE 114 II 301 E 4; BRÄM, ZK ZGB 164 N 7), sondern hat angemessen zu sein (ZGB 4). Zu berücksichtigen sind neben der gemeinsam gewählten Lebensstellung (BRÄM, ZK ZGB 164 N 22; ISENRING/KESSLER, BSK ZGB 164 N 17) und den eigenen Einkünften (ZGB 164 N 6) die Höhe des Betrags, den der erwerbstätige Ehegatte sich selbst zur eigenen Verfügung gewährt (die Ehegatten haben Anspruch auf denselben Lebensstandard). Übermässige Sparsamkeit des erwerbstätigen Ehegatten findet allerdings keine Berücksichtigung. Reicht der Überschuss nur begrenzt für die zusätzlichen Bedürfnisse, steht beiden Ehegatten ein Anspruch auf hälftige Teilung zu (HEGNAUER/BREIT-SCHMID, Grundriss des Eherechts, N 16.44).

10 Die **Entrichtung des Freibetrags** erfolgt periodisch (über Einzelheiten einigen sich die Ehegatten untereinander) und in Form von Geld. Über die Art und Weise der Verwendung des Betrags ist keine Rechenschaft abzulegen (BRÄM, ZK ZGB 164 N 20).

11 Der Anspruch auf den Freibetrag besteht wie bei ZGB 163 während der gesamten Ehedauer, dh auch bei **Aufhebung des gemeinsamen Haushalts**, sofern die Aufgabenteilung nicht geändert wird (BGE 114 II 301, 306). Allerdings sind bei der Bemessung die veränderten Bedingungen zu berücksichtigen, namentlich die durch zwei Haushalte verursachten Mehrkosten. Bei einer gerichtlichen Festsetzung der Unterhaltsbeiträge ist der Freibetrag grundsätz-

lich bereits im Unterhaltsbeitrag enthalten und ist nicht zusätzlich geschuldet (BGE 5P.313/2004 E 3.3.3; OGer ZH, ZR 1990, Nr 2).

12 Der Anspruch auf den Beitrag zur freien Verfügung ist wie der Anspruch nach ZGB 163 als Stammrecht **unpfändbar**. Die einzelnen Beträge sind grundsätzlich pfändbar. Deren Pfändung ist nur ausgeschlossen, wenn mit der Verwertung eine Schuld getilgt werden soll, die keinen Zusammenhang mit den individuellen Bedürfnissen des Schuldner-Ehegatten aufweist. Dieser Zusammenhang fehlt beispielsweise bei vorehelichen Pflichten (BGE 114 III 83 E 4; 114 III 78 E 2; 105 III 103 E 5; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, BK ZGB 164 N 37) oder bei Beiträgen zur Erfüllung von Unterhaltsansprüchen nichtgemeinsamer Kinder (BGE 115 III 103, 107). Zudem ist die Beschränkbarkeit der Pfändbarkeit nach SchKG 93 zu beachten (HAUSHEER/REUSSER/GEISER, BK ZGB 164 N 37). Zum Anschluss- und Konkursprivileg s ZGB 163 N 12.

13 Zur **Verjährung** des Stammrechts s ZGB 163 N 12.

Art. 165

III. Ausserordentliche Beiträge eines Ehegatten

¹ Hat ein Ehegatte im Beruf oder Gewerbe des andern erheblich mehr mitgearbeitet, als sein Beitrag an den Unterhalt der Familie verlangt, so hat er dafür Anspruch auf angemessene Entschädigung.

² Dies gilt auch, wenn ein Ehegatte aus seinem Einkommen oder Vermögen an den Unterhalt der Familie bedeutend mehr beigetragen hat, als er verpflichtet war.

³ Ein Ehegatte kann aber keine Entschädigung fordern, wenn er seinen ausserordentlichen Beitrag aufgrund eines Arbeits-, Darlehens- oder Gesellschaftsvertrages oder eines andern Rechtsverhältnisses geleistet hat.

¹ Lorsqu'un époux a collaboré à la profession ou à l'entreprise de son conjoint dans une mesure notablement supérieure à ce qu'exige sa contribution à l'entretien de la famille, il a droit à une indemnité équitable.

² Il en va de même lorsqu'un époux, par ses revenus ou sa fortune, a contribué à l'entretien de la famille dans une mesure notablement supérieure à ce qu'il devait.

³ Un époux ne peut élever ces prétentions lorsqu'il a fourni sa contribution extraordinaire en vertu d'un contrat de travail, de prêt ou de société ou en vertu d'un autre rapport juridique.

¹ Il coniuge che ha collaborato nella professione o nell'impresa dell'altro in misura notevolmente superiore al contributo che gli incombe per il mantenimento della famiglia ha diritto a un'equa indennità.

² Lo stesso vale per il coniuge che, con il suo reddito o la sua sostanza, ha contribuito al mantenimento della famiglia in misura notevolmente superiore a quanto era tenuto.

¹ Tuttavia, l'indennità non può essere pretesa se i contributi straordinari sono stati prestati in base a un contratto di lavoro, di mutuo o di società o in base a un altro rapporto giuridico.

¹ Where the contribution made by one spouse to the other's career or business is significantly greater than required in the light of the latter's contribution to the maintenance of the family, he or she is entitled to reasonable compensation.

² The same applies if a spouse has contributed significantly more of his or her own income or assets to the maintenance of the family than he or she was obliged to contribute.

³ However, a spouse is not entitled to compensation if such extraordinary contribution was made under a work, loan or partnership agreement or on the basis of some other legal relationship.

1 Ausserordentliche Beiträge der Ehegatten sind grundsätzlich nicht gegenseitig abzugelten; der einzelne Ehegatte ist gestützt auf ZGB 159 zu Sonderleistungen in der Ehe verpflichtet. **Ausnahmsweise** kann die Ehe aber zu Leistungen führen, die billigerweise Ersatzansprüche mit sich bringen. ZGB 165 erfasst **zwei Arten** dieser ausserordentlichen Beiträge, namentlich die ausserordentliche Mitarbeit im Beruf oder Gewerbe (N 2 ff) und die ausserordentlichen Geldleistungen (N 7 ff):

2 Eine **Mitarbeit im Beruf oder Gewerbe** gestützt auf **ZGB 165 I** liegt vor, sofern folgende Voraussetzungen erfüllt sind:

3 (i) Der Ehegatte hat *erheblich mehr* geleistet, als er aufgrund seiner Unterhaltspflicht hätte leisten müssen (BGE 120 II 280, 282). Dadurch unterscheidet sich die Mitarbeit in ZGB 165 I von der Mithilfe in Beruf und Gewerbe nach ZGB 163 II, die als Teil des Familienunterhalts entschädigungslos geleistet wird (HAUSHEER, Jusletter 9.9.2002, N 22). Das Mass hängt weniger vom Umfang der Mitarbeit als vielmehr vom Ertrag ab. Könnte die Mitarbeit durch eine entlohnte Arbeitskraft verrichtet werden, ist eine erhebliche Mehrleistung zu bejahen (HEGNAUER/BREITSCHMID, Grundriss des Eherechts, N 16.55). Nicht massgebend ist, welche Ursache zur Mitarbeit geführt oder ob sie dem Familienunterhalt gedient hat (BGE 120 II 280, 282; BRÄM, ZK ZGB 165 N 11 ff; GEISER, BJM 1990, 66 f; HAUSHEER, Jusletter 9.9.2002, N 30; HUBER, 159).

4 (ii) Die Mitarbeit erfolgte *im Beruf oder Gewerbe* des anderen Ehegatten. Der Begriff des Berufs oder Gewerbes ist extensiv auszulegen (BGE 5C.137/2001 E 3b/bb; BRÄM, ZK ZGB 165 N 18 ff; GEISER, BJM 1990, 70). Ausgeschlossen ist jedoch die Entschädigung von innerhäuslichen Tätigkeiten, namentlich der Haushaltsbesorgung und der Kinderbetreuung (BGE 120 II 280, 282), oder von Unterhalts- und Renovationsarbeiten an im Eigentum des Ehegatten stehenden Immobilien (BGE 5C.137/2001 E 3b/bb).

5 (iii) Die Mitarbeit erfolgte im Beruf oder Gewerbe *des anderen Ehegatten*, der wirtschaftliche Vorteil darf nicht Dritten zufließen (BGE 113 II 414; 95 II 126, 130).

6 (iv) Es lag kein Arbeits- oder Gesellschaftsvertrag vor (ZGB 165 III; N 15).

7 **Ausserordentliche Geldleistungen** gemäss **ZGB 165 II** liegen vor, sofern folgende Voraussetzungen erfüllt sind:

8 (i) Der Ehegatte hat *bedeutend mehr* aus seinem Einkommen oder Vermögen an den Familienunterhalt beigetragen, als er verpflichtet gewesen wäre (ZGB 163 II).

9 (ii) Der ausserordentliche Beitrag muss nicht zwingend als Geldleistung, sondern kann auch als *geldwerte Leistung* in natura erfolgen, zB Überlassen von Wohnraum (BGE 5C.137/2001 E 3b/cc; ISENRING/KESSLER, BSK ZGB 165 N 8). Erfolgt der Beitrag als Geldleistung, muss er aus dem privaten Einkommen oder Vermögen stammen (BGE 9C_738/2009 E 5.4).

10 (iii) Ausserordentliche Beiträge können auch vorliegen, wenn der Ehegatte wegen *fehlender oder reduzierter Leistungsfähigkeit* des andern, verursacht etwa durch Krankheit, Arbeitslosigkeit, Aus- oder Weiterbildung, Arztkosten oder teure Schulen für Kinder, erheblich mehr geleistet hat. Unerheblich ist, ob die Sonderleistung freiwillig oder aus Verpflichtung (ZGB 159) vorgenommen wurde. Kein Anspruch auf Entschädigung besteht hingegen, wenn gemäss ehепartnerlicher Vereinbarung ein Ehegatte mehr an den Unterhalt beiträgt (ZGB 163 N 8).

11 (iv) Der Beitrag muss (im Gegensatz zu ZGB 165 I) den *Unterhalt der Familie* betreffen (BRÄM, ZK ZGB 165 N 30; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, BK ZGB 165 N 32). Die Zuwendung zur Finanzierung individueller Bedürfnisse wird nicht erfasst; ihre Abgeltung erfolgt je nach rechtsgeschäftlicher Grundlage (ISENRING/KESSLER, BSK ZGB 165 N 9; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, BK ZGB 165 N 32; aM BRÄM, ZK ZGB 165 N 31).

12 (v) Es lag kein Darlehens- oder Gesellschaftsvertrag vor (ZGB 165 III; N 15).

13 Ob die aussergewöhnliche Mitarbeit oder Geldleistung ein derartiges Mass annimmt, dass sie entschädigungswürdig ist, bestimmt sich **familienindividuell** (HAUSHEER, Jusletter 9.9.2002, N 23; ISENRING/KESSLER, BSK ZGB 165 N 11 ff). Das Bundesgericht hat einen Anspruch der Ehegattin aus ZGB 165 bejaht, die ihr gesamtes Eigengut unentgeltlich ihrem Ehegatten zum Aufbau seines Unternehmens zur Verfügung stellte und im Rahmen der konkret vereinbarten Rollenverteilung im Zeitpunkt der Zurverfügungstellung des Betrags für die Haushaltführung und die Kindererziehung verantwortlich war (BGE 5A_290/2009 E 3.2).

14 ZGB 165 I und II gewähren keinen Anspruch auf vollen Lohn bzw vollständige Rückerstattung, sondern nur auf **angemessene Entschädigung**. Bei der Bemessung sind folgende Kriterien zu berücksichtigen: Leistungsfähigkeit des entschädigungspflichtigen Ehegatten (die Entschädigung darf nicht zu einer Überschuldung führen); Umfang und Dauer des geleisteten Sonderbeitrags; Ursache, die zur Mehrleistung geführt hat; finanzielle Verhältnisse der Familie; Güterstand (BGE 120 II 280) und bezogene Leistungen gem

ZGB 164 (BRÄM, ZK ZGB 165 N 54 ff; HAUSHEER/GEISER/KOBEL, N 08.41). Hat ein Ehegatte neben einer ausserordentlichen Mehrarbeit im Beruf oder Gewerbe des anderen auch finanzielle Sonderleistungen erbracht, sind ZGB 165 I und II kumulativ anzuwenden (ISENRING/KESSLER, BSK ZGB 165 N 14).

15 Die **Entschädigung entfällt**, wenn die Leistung im Rahmen eines schuldrechtlichen Verhältnisses erbracht wurde (**ZGB 165 III**). Die gesetzliche Aufzählung der möglichen Rechtsverhältnisse ist nicht abschliessend. Auch ein eheliches Rechtsverhältnis (zB besonders vereinbarte Vorschlagszuweisung) kann den Ansprüchen aus ZGB 165 vorgehen. Abgrenzungsprobleme können allenfalls in Bezug auf **OR 320 II** entstehen. Ob die Abgeltung der erbrachten Leistungen arbeits- oder eherechtlich erfolgt, entscheidet sich einzelfallbezogen (GEISER, BJM 1990, 70 ff; HAUSHEER, Jusletter 9.9.2002, N 33).

16 Die Ansprüche nach ZGB 165 können jederzeit geltend gemacht werden (s aber ZGB 203 II, 235, 250); während der Dauer der Ehe beginnt die **Verjährung** nicht (OR 134 I 3). Nach Auflösung der Ehe besteht grundsätzlich eine zehnjährige (OR 127), bei periodischer Abgeltung ausnahmsweise eine fünfjährige Verjährungsfrist (OR 128 Ziff 1).

17 Auf das Stammrecht kann – anders als bei den Einzelsprüchen – weder im Voraus **verzichtet** werden, noch ist es **verpfändbar** oder abtretbar. Im Gegensatz zu ZGB 163/164 besteht bei einer Betreuung kein Konkurs- (SchKG 219), in Übereinstimmung mit ZGB 163/164 jedoch ein Anschlussprivileg (SchKG 111).

18 Im Streitfall ist nicht das Eheschutzgericht, sondern das **ordentliche Gericht** zuständig (s ISENRING/KESSLER, BSK ZGB 165 N 24).

Art. 166

F. Vertretung der ehelichen Gemeinschaft

¹ Jeder Ehegatte vertritt während des Zusammenlebens die eheliche Gemeinschaft für die laufenden Bedürfnisse der Familie.

² Für die übrigen Bedürfnisse der Familie kann ein Ehegatte die eheliche Gemeinschaft nur vertreten:

1. wenn er vom andern oder vom Gericht dazu ermächtigt worden ist;
2. wenn das Interesse der ehelichen Gemeinschaft keinen Aufschub des Geschäfts duldet und der andere Ehegatte wegen Krankheit, Abwesenheit oder ähnlichen Gründen nicht zustimmen kann.

³ Jeder Ehegatte verpflichtet sich durch seine Handlungen persönlich und, soweit diese nicht für Dritte erkennbar über die Vertretungsbefugnis hinausgehen, solidarisch auch den andern Ehegatten.

¹ Chaque époux représente l'union conjugale pour les besoins courants de la famille pendant la vie commune.

² Au-delà des besoins courants de la famille, un époux ne représente l'union conjugale que:

1. lorsqu'il y a été autorisé par son conjoint ou par le juge;
2. lorsque l'affaire ne souffre aucun retard et que le conjoint est empêché par la maladie, l'absence ou d'autres causes semblables de donner son consentement.

³ Chaque époux s'oblige personnellement par ses actes et il oblige solidairement son conjoint en tant qu'il n'excède pas ses pouvoirs d'une manière reconnaissable pour les tiers.

¹ Durante la vita comune, ciascun coniuge rappresenta l'unione coniugale per i bisogni correnti della famiglia.

² Per gli altri bisogni, un coniuge rappresenta l'unione coniugale soltanto se:

1. è stato autorizzato dall'altro o dal giudice;
2. l'affare non consente una dilazione e l'altro coniuge è impossibilitato a dare il proprio consenso per malattia, assenza o analoghi motivi.

³ Con i propri atti, ciascun coniuge obbliga se stesso e, in quanto non ecceda il potere di rappresentanza in modo riconoscibile dai terzi, solidalmente anche l'altro.

¹ While living together under the same roof both spouses represent the matrimonial union with regard to the day-to-day needs of the family.

² A spouse can represent the matrimonial union with regard to the other needs of the family only if:

1. authorised so to do by the other spouse or by court order;
2. the interests of the matrimonial union brook no delay and the other spouse is unable to consent due to illness, absence or other similar reasons.

³ Each spouse is personally liable for his or her own actions and, to the extent these do not exceed his or her powers of representation in a manner apparent to third parties, also renders the other spouse jointly and severally liable for such actions.

1 ZGB 166 enthält eine **Privilegierung bestimmter Gläubiger**. Er knüpft ohne Berücksichtigung des Willens der Ehegatten und unabhängig des gewählten Güterstands, einzig aufgrund der Tatsache des Verheiratetseins eines Vertragspartners, an bestimmte, von einem Ehegatten *alleine* abgeschlossene Rechtsgeschäfte die Solidarhaftung des anderen Ehegatten (für eingetragene Partnerschaften s PartG 15). Dadurch unterscheidet sich diese eherechtliche von der schuldrechtlichen Vertretung nach OR 32 ff (HASENBÖHLER, ZK ZGB 166 N 15).

2 ZGB 166 unterscheidet im Hinblick auf die Solidarhaftung **zwei Vertretungsbereiche**:

3 (i) Nach **ZGB 166 I** besteht eine **ordentliche Vertretungsbefugnis** für die Besorgung *laufender Familienbedürfnisse*. Dazu zählen Nahrung, Kleider, Energie, Haushaltsgeräte, Werkverträge für kleine Reparaturen an Wohnung/Haus, obligatorische Sachversicherungen (BGE 112 II 398; K 4/07 E 4.1), Kranken- und Unfallversicherungen (BGE 129 V 90 E 2; 110 V 308 E 3), üb-

liche Gesundheitskosten (nicht Spitzenmedizin; BGE 112 II 398 E 6), Freizeitaktivitäten/Ferien/Weiterbildung oder Vorsorge im üblichen Mass, Gelegenheitsgeschenke, Rechtsgeschäfte in Bezug auf Ausbildung/Erziehung der Kinder (BGE 112 II 398 E 5) oder Kreditgeschäfte zur Befriedigung laufender familiärer Bedürfnisse (HAUSHEER/REUSSER/GEISER, BK ZGB 166 N 52; differenzierend HASENBÖHLER, ZK ZGB 166 N 42 ff). Die obere Grenze der laufenden Bedürfnisse bildet der Unterhalt nach ZGB 163 (BGE 129 V 90 E 3.1).

4 (ii) Für alle anderen Bedürfnisse, dh die *weiter gehenden familiären Bedürfnisse*, liegt grundsätzlich keine Vertretungsbefugnis vor, zB Miete (BGE 136 III 431 E 4.2), Auto, teure Möbel (das Bundesgericht erachtete die Inneneinrichtung eines Hauses, für die nach Akontozahlung ein Betrag von ca CHF 25 000 unbezahlt war, als übrige Bedürfnisse iSv ZGB 166 II; BGE 4C.131/2006 E 2.1; s Urteilsbesprechung von MEIER/DE LUZE, AJP 2007, 387 ff), teure Kleider, grössere Reparaturen, kostspielige ärztliche Behandlungen (BGE 112 II 398 E 6), freiwillige Versicherungen oder Kleinkredite bei Bank oder Aufnahme von Darlehen. **ZGB 166 II** bejaht für diese weiter gehenden familiären Bedürfnisse ausnahmsweise eine sog **ausserordentliche Vertretungsbefugnis**, wenn eine der folgenden Voraussetzungen erfüllt ist:

5 (i) ausdrückliche oder konkludente *ehepartnerliche* (vorgängige) *Ermächtigung* oder (nachträgliche) *Genehmigung* (**ZGB 166 II 1**), wobei die allgemeinen Regeln nach OR 32 ff massgebend sind (BGE 4C.131/2006 E 2.2; 131 III 511 E 3.1), ausgestaltet als Einzelermächtigung oder als Generalvollmacht (kritisch ISENRING/KESSLER, BSK ZGB 166 N 20; aM SCHMID, Wirkungen der Ehe, 15);

6 (ii) *eheschutzrichterliche Ermächtigung* (**ZGB 166 II 1**) zum alleinigen Handeln, wenn die ehepartnerliche Zustimmung verweigert wird oder aus objektiven Umständen nicht eingeholt werden kann. Die Ermächtigung erfolgt nur beim Nachweis eines berechtigten Interesses (HASENBÖHLER, ZK ZGB 166 N 57; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, BK ZGB 166 N 75); oder

7 (iii) bei *Dringlichkeit* (**ZGB 166 II 2**), dh, wenn die Zustimmung wegen Krankheit oder Abwesenheit des Ehepartners unmöglich ist und der Vertragsschluss keinen Aufschub duldet (BGE 119 V 16 E 4a), zB bei dringenden grösseren Reparaturen oder wichtigen ärztlichen Notbehandlungen.

8 Zur Beurteilung, ob ein Rechtsgeschäft **im Einzelfall** ein laufendes oder ein weiter gehendes familiäres Bedürfnis abdeckt (N 3 und 4), sind die finanziellen Verhältnisse, die vereinbarte Lebenshaltung sowie Verkehrssitte und Ortsgebrauch zu berücksichtigen (BGE 112 II 398 E 5; HASENBÖHLER, ZK ZGB 166 N 46). Mit Blick auf die Rechtsfolge der Solidarhaftung (N 9) ist der Begriff der laufenden Bedürfnisse allerdings restriktiv auszulegen (wohl auch BGE 119 V 16 E 5; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, BK ZGB 166 N 9, 46).

9 Die ordentliche (ZGB 166 I; N 3) und ausserordentliche (ZGB 166 II; N 4 ff) Vertretung führen zur **Solidarhaftung der Ehegatten** (**ZGB 166 III**; OR 143 ff; s auch OR 143 N 2). Die Ehegatten haften kraft Gesetzes dem Dritten gegenüber solidarisch, unabhängig des ehepartnerlichen Willens

(auch gegen dessen Willen; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, BK ZGB 166 N 11) oder der Kenntnis des Dritten vom Verheiratetsein (kein Gutgläubensschutz des Dritten in Bezug auf den Bestand der Ehe oder den gemeinsamen Haushalt; BGE 119 V 16 E 5; HASENBÖHLER, ZK ZGB 166 N 29, 65; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, BK ZGB 166 N 87 mwH).

10 Bei **Überschreitung der Vertretungsbefugnis** haftet grundsätzlich nur der handelnde Ehegatte. Kann sich der Dritte jedoch auf seine *Gutgläubigkeit* (ZGB 3) berufen (ihm obliegt die Beweislast; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, BK ZGB 166 N 92), liegt eine sog **Verfügungsmacht** vor, die dennoch zur Solidarhaftung der Ehegatten führt (**ZGB 166 III**; HASENBÖHLER, ZK ZGB 166 N 68). Die Gutgläubigkeit bezieht sich auf das Vorliegen eines laufenden familiären Bedürfnisses nach ZGB 166 I oder auf das Vorliegen einer Ermächtigung bzw einer Notbefugnis nach ZGB 166 II. Die Beurteilung erfolgt anhand der Lebensführung, wie sie Drittpersonen gegenüber präsentiert wird, dh nach äusserlich erkennbaren Kriterien. An die Sorgfaltspflicht des Dritten werden keine allzu hohe Anforderungen gestellt (HASENBÖHLER, ZK ZGB 166 N 68; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, BK ZGB 166 N 91 mwH). Eine Solidarhaftung des Ehegatten für Rückerstattungsansprüche der kantonalen Ausgleichskasse gegen den anderen Ehegatten aus ATSG 25 ist allerdings gem BGer in jedem Fall ausgeschlossen (BGE 9C_211/2009 E 4.4).

11 Das **Haftungssubstrat** bestimmt sich nach ZGB 202; 233 Ziff 1 und 249. Wer im **Innenverhältnis** die Schuld zu tragen hat, entscheidet sich nach gewählter Aufgabenteilung (ZGB 163).

12 **ZGB 166** findet nur Anwendung, wenn kumulativ folgende (weitere) **Voraussetzungen** erfüllt sind: (i) *Handlungsfähigkeit* des handelnden Ehegatten (ZGB 12; HASENBÖHLER, ZK ZGB 166 N 32 ff; SCHMID, Wirkungen der Ehe, 17 ff); (ii) *Bestand der ehelichen Gemeinschaft*; (iii) *gemeinsamer Haushalt* der Ehegatten (vorübergehende räumliche Trennung aufgrund von Krankheit, Beruf oder ähnlichen Gründen vermag den gemeinsamen Haushalt nicht aufzuheben; ISENRING/KESSLER, BSK ZGB 166 N 4), wobei faktisches Getrenntleben die Anwendung von ZGB 166 ausschliesst (s BGE 133 III 57, wonach Schulden gegenüber den Fürsorgebehörden, die nach Aufnahme des Getrenntlebens eingegangen worden sind, nicht mehr unter ZGB 166 fallen; s auch BRÄM, ZK ZGB 166 N 28; FANKHAUSER, AJP 2007, 1173 ff; s auch ZGB 174 N 4), wobei der Zeitpunkt des Vertragsschlusses massgebend ist (BGE 119 V 16 E 5; differenzierend für Rechtsgeschäfte, die im Hinblick auf die Ehe abgeschlossen werden, nicht aber für den Beitrag von obligatorischen Krankenkassenprämien: BGE 129 V 90); sowie (iv) Deckung *familiärer Bedürfnisse*, womit der Individualbereich der einzelnen Familienmitglieder vom Anwendungsbereich ebenso ausgeklammert bleibt wie Angelegenheiten, die nicht das Zusammenleben tangieren (BGE 4C.20/2002 E 2.2; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, BK ZGB 166 N 38). Bei Fehlen einer dieser Voraussetzungen ist ZGB 166 zwar nicht anwendbar; allerdings bleibt zu prüfen, ob uU eine Stellvertretung gem OR 32 ff vorliegen könnte (ISENRING/KESSLER, BSK ZGB 166 N 3).

13 Zum Entzug der *ordentlichen Vertretungsbefugnis* s ZGB 174 (HEGNAUER/BREITSCHMID, Grundriss des Eherechts, N 18.24; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, BK ZGB 166 N 16). Der Entzug der *ausserordentlichen Vertretungsbefugnis* erfolgt aufgrund der Aufhebung der Ermächtigung durch den Ehegatten oder das Gericht (N 5 f; ZGB 174 N 5).

Art. 167

G. Beruf und Gewerbe der Ehegatten

Bei der Wahl und Ausübung seines Berufes oder Gewerbes nimmt jeder Ehegatte auf den andern und das Wohl der ehelichen Gemeinschaft Rücksicht.

Dans le choix de sa profession ou de son entreprise et dans l'exercice de ces activités, chaque époux a égard à la personne de son conjoint et aux intérêts de l'union conjugale.

Nella scelta e nell'esercizio della propria professione od impresa ciascun coniuge usa riguardo nei confronti dell'altro e tiene conto del bene dell'unione coniugale.

In the choice and pursuit of his or her career or business, each spouse must have due regard to the other and to the welfare of the matrimonial union.

1 ZGB 167 (wie ZGB 28 und 168) statuiert das für die Ehegattin und den Ehegatten gleiche **Recht**, sich frei für die Berufsausübung zu entscheiden (HASENBÖHLER, ZK ZGB 167 N 9; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, BK ZGB 167 N 6). Diese Entscheidungsfreiheit umfasst sowohl die Art als auch den Umfang der Berufstätigkeit.

2 ZGB 167 beinhaltet im Zusammenhang mit ZGB 163 und 159 nicht nur ein Recht zur Berufswahl und Berufsausübung, sondern uU auch eine **Pflicht** zur Berufsausübung. Je nach gewählter Aufgabenteilung (s ZGB 163, wonach die Ausübung des Berufs oder Gewerbes die Erfüllung der Unterhaltsansprüche ermöglichen muss) und bestehender Familienkonstellation (s ZGB 159 N 11) können beide Ehegatten zur Berufstätigkeit verpflichtet werden. So kann der nicht- oder nur teilzeiterwerbstätige Ehegatte uU zur Aufnahme bzw Erweiterung der Tätigkeit, im Einzelfall zur Mitarbeit im Beruf oder Gewerbe des andern gezwungen werden (s ZGB 163 N 6 und 159 N 11; BGE 117 V 287 E 3a; 117 V 194 E 4b; 114 II 13 E 3, 4; s auch BGE 129 I 265 E 3.4; HASENBÖHLER, ZK ZGB 159 N 49 und 167 N 11). Die Pflicht erweitert sich uU bei *Auflösung des Haushalts*, sofern die bisherigen Einkünfte nicht mehr zur Deckung des Unterhalts genügen (BGE 5C.236/2001 E 3.1.2; 114 II 301).

3 Eine weitere Schranke der Berufswahl- und Ausübungsfreiheit bildet das **Wohl der Gemeinschaft und des Ehepartners**. Dieses bestimmt sich zwar familienindividuell (BGE 116 II 15 E 5a; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, BK ZGB 167 N 7); trotzdem ist von folgenden *Grundsätzen* auszugehen:

Während bei kinderlosen Ehen die Entscheidungsfreiheit weitgehend uneingeschränkt gilt (s aber N 2), ist bei Ehen mit Kindern das Kindeswohl zu berücksichtigen; analog zum nachehelichen Unterhalt (ZGB 125) steht das Kindesalter im Vordergrund. So ist eine Vollzeiterwerbstätigkeit des kinderbetreuenden Ehepartners erst zumutbar, wenn das jüngste Kind das 16. Altersjahr vollendet (BGE 5C.227/2003 E 3.1), eine Teilzeitarbeit erst, wenn das jüngste Kind das 10. Altersjahr vollendet hat (ZGB 125; BGE 115 II 6 E 3b; s aber N 2). Neben dem Alter der Kinder können auch weitere Umstände Art und Umfang der Berufsausübung beeinflussen.

4 Eine **Änderung** der Arbeitsteilung können die Ehegatten jederzeit herbeiführen, soweit die Interessen der Familie und das Wohl der Gemeinschaft gewahrt bleiben (s auch ZGB 163).

5 Die **Haftung** des Ehegatten für Schulden, die er in Ausübung seines Berufs oder Gewerbes eingegangen ist, richtet sich nach dem massgebenden Güterstand. Während sowohl bei der Errungenschaftsbeteiligung als auch bei der Gütertrennung jeder Ehegatte mit seinem ganzen Vermögen haftet (ZGB 202; 249), haftet der Schuldner-Ehegatte bei der Gütergemeinschaft bei Vollschulden sowohl mit dem Eigengut als auch mit dem gesamten Gesamtgut (ZGB 233 Ziff 2).

Art. 168

H. Rechtsgeschäfte der Ehegatten

I. Im Allgemeinen

Jeder Ehegatte kann mit dem andern oder mit Dritten Rechtsgeschäfte abschliessen, sofern das Gesetz nichts anderes bestimmt.

Chaque époux peut, sauf disposition légale contraire, faire tous actes juridiques avec son conjoint et avec les tiers.

Salvo diverso disposto della legge, ciascun coniuge può liberamente concludere negozi giuridici con l'altro o con terzi.

Each spouse can enter into transactions with the other or with third parties unless the law provides otherwise.

1 ZGB 168 statuiert den (selbstverständlichen) **Grundsatz**, dass der Ehestatus, dh die Tatsache des Verheiratetseins, die Rechtsgeschäftsfähigkeit einer Person nicht beschränkt. Ehegatten können untereinander und mit Dritten sämtliche (einseitigen und zweiseitigen) Rechtsgeschäfte abschliessen (HASENBÖHLER, ZK ZGB 168 N 28 ff; KOBEL, N 1.32 ff). ZGB 168 beschränkt sich auf Rechtshandlungen mit eheneutralem Zweck, umfasst hingegen nicht die Ausgestaltung der ehelichen Lebensgemeinschaft.

2 Dieser Grundsatz erfährt **Ausnahmen**: Neben den für alle Personen geltenden allgemeinen rechtsgeschäftlichen Schranken (zB OR 19 f; ZGB 27) kennt das Gesetz für eheinterne (N 3 ff) sowie für eheexterne (N 6 ff) Rechtsgeschäfte ehe- und familienspezifische schuldrechtliche Schranken (KOBEL, N 1.39 ff):

3 (i) Für **eheinterne Rechtsgeschäfte** (dh Rechtsgeschäfte unter den Ehegatten) gelten zB folgende Beschränkungen: Typenzwang der Güterstände; beschränkte Änderungsmöglichkeit innerhalb des Güterstands (ZGB 182 II); keine Begründung von Miteigentum bei Vermögenswerten im Gesamtgut bei Gütergemeinschaft; Anspruch auf ungeteilte Zuweisung eines im Mit-/Gesamteigentum stehenden Vermögenswerts bei Scheidung (ZGB 205 II, 245); keine vollständige Ersetzung der ehelichen Ordnung durch Gesellschaftsvertrag; kein Verzicht im Voraus auf die in ZGB 159–170 geregelten Rechte, die den Ehegatten um der öffentlichen Ordnung willen zustehen (ZGB 159 II und III, 163 f, 166, 169 f; allerdings grundsätzliche Möglichkeit, Scheidungskonventionen «auf Vorrat» abzuschliessen; s ISENRING/KESSLER, BSK ZGB 168 N 2 mwH) oder keine Übertragung dieser Rechte auf Dritte (HAUSHEER/REUSSER/GEISER, BK ZGB 168 N 25).

4 Die **Fälligkeit von Schulden** unter Ehegatten, die nicht güterrechtlicher Natur sind (ZGB 206, 235), bestimmt sich zwar nach OR 75 ff (ZGB 203 I, 235 I, 250 I; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, BK ZGB 168 N 9), der Schuldner-Ehegatte hat aber Anspruch auf Stundung (ZGB 203 II, 235 II, 250 II), wenn (i) ihm die Zahlung Mühe bereitet; (ii) sich seine wirtschaftliche Schwierigkeit innerhalb einer bestimmten Frist beheben lässt (KOBEL, N 1.59); und (iii) die Zahlungsfrist bzw Stundung dem Gläubiger-Ehegatten zumutbar ist (BGE 5C.178/2002; HASENBÖHLER, ZK ZGB 168 N 23). Die Zahlungsfrist beeinflusst zwar nicht die *Verjährung* der Forderung (HASENBÖHLER, ZK ZGB 168 N 23), doch ist zu beachten, dass die Verjährung von Forderungen unter Ehegatten während der Ehe stillsteht (OR 134 I Ziff 3).

5 An der durch Dritte eingeleiteten **Zwangsvollstreckung** kann der Ehegatte des Betriebenen ohne vorherige Betreuung innert 40 Tagen für alle Forderungen an der Pfändung teilnehmen (SchKG 111 I 1; sog privilegierte Anschlusspfändung). Bei laufender Stundung (N 4) ist dem Gläubiger-Ehegatten die privilegierte Anschlusspfändung verwehrt, es sei denn, (i) der Schuldner-Ehegatte verzichtet auf die Zahlungsfrist; oder (ii) die Zahlungsfrist ist an die Resolutivbedingung geknüpft, dass sie bei Pfändung durch Dritte aufgehoben wird (HAUSHEER/REUSSER/GEISER, BK ZGB 168 N 32 und 203 N 64). Der Konkurs des Schuldner-Ehegatten führt zur Fälligkeit sämtlicher Forderungen des Ehegatten ohne Berücksichtigung bestehender Zahlungsfristen (SchKG 208).

6 (ii) **Eheexterne Rechtsgeschäfte eines Ehegatten** (dh Rechtsgeschäfte eines Ehegatten mit Dritten): Generell zu beachten ist die *Eheverträglichkeit* des Rechtsgeschäfts (Rücksichtnahmegebot; ZGB 159). Gewisse Rechtsgeschäfte bedürfen von Gesetzes wegen der *ehepartnerlichen Zustimmung*: zB Rechtsgeschäfte über Familienwohnräume (ZGB 169; s auch OR 266m und

266o; BGBB 40; GBV 13a); Bürgschaftsverpflichtungen (OR 494); Verpfändung von Ansprüchen gegenüber einer Vorsorgeeinrichtung und Barbezug solcher Ansprüche (OR 33 I d V und 33 I e V) oder Barauszahlungen von Freizügigkeitsleistungen (FZG 5 II; s dazu BGE B 126/2004; B 98/2004; 130 V 130; s auch BVG 30c V). Die *Modalitäten der Zustimmung* ergeben sich aus den einzelnen Zustimmungsnormen (ZEITER, FamPra.ch 2005, 683 ff). Das Zustimmungserfordernis kann für einzelne Rechtsgeschäfte auch vom *Eheschutzgericht* angeordnet werden (ZGB 178). Fehlende Zustimmung führt idR zur Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts (explizit OR 266o; ZEITER, FamPra.ch 2005, 689 ff).

7 Auch andere als die in N 6 genannten Rechtsgeschäfte verlangen die ehpartnerliche Zustimmung, deren Fehlen allerdings nicht zur Ungültigkeit des Rechtsgeschäfts führt: Bei Schenkungsverträgen (OR 240 I iVm ZGB 208 I, 220, 470 ff) führt die fehlende Zustimmung uU zur wertmässigen Hinzurechnung im Rahmen der güterrechtlichen Auseinandersetzung (ZGB 208); bei Verwaltungs- und Verfügungshandlungen für Vermögenswerte im Mit- bzw Gesamteigentum (ZGB 201 II, 228) führt die fehlende Zustimmung zur Ungültigkeit, wobei eine Heilung möglich ist, sofern der Verfügende nachträglich die alleinige Verfügungsgewalt erlangt oder sofern sich der Dritte auf seine Gutgläubigkeit berufen kann (HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, BSK ZGB 201 N 28 ff). Die Ausübung eines Berufs oder Gewerbes mit Mitteln des Gesamtguts (ZGB 229) verlangt ebenfalls die ehpartnerliche Zustimmung; die fehlende Zustimmung führt jedoch nicht zur Ungültigkeit, sondern hat lediglich Auswirkungen auf das Haftungssubstrat.

8 Kontrahieren die **Ehegatten gemeinsam mit einem Dritten**, entsteht das Rechtsgeschäft nur bei Vorliegen beider ehpartnerlicher Willenserklärungen (keine Gleichzeitigkeit erforderlich; SCHMID, Wirkungen der Ehe, 6; ISEN-RING/KESSLER, BSK ZGB 168 N 10) oder durch Stellvertretung nach OR 32 ff (s auch ZGB 166). Zur Beendigung bedarf es eines *contrarius actus*. Beim Anspruch auf eine teilbare Forderung wird Solidargläubigerschaft (OR 150) vermutet. Keine Vermutung besteht umgekehrt hinsichtlich einer Solidarschuldnerschaft (OR 143; s auch ZGB 166 II; HASENBÖHLER, ZK ZGB 168 N 21); sie kann sich aber aus einer ausdrücklichen Erklärung oder aus den konkreten Umständen ergeben (ISENRING/KESSLER, BSK ZGB 168 N 14). Der Erwerb dinglicher Rechte führt idR zu Miteigentum (ZGB 646), bei Gütergemeinschaft oder beim Erwerb als einfache Gesellschaft (zB Liegenschaftserwerb) hingegen zu Gesamteigentum.

Art. 169*II. Wohnung der Familie*

¹ Ein Ehegatte kann nur mit der ausdrücklichen Zustimmung des andern einen Mietvertrag kündigen, das Haus oder die Wohnung der Familie veräussern oder durch andere Rechtsgeschäfte die Rechte an den Wohnräumen der Familie beschränken.

² Kann der Ehegatte diese Zustimmung nicht einholen oder wird sie ihm ohne triftigen Grund verweigert, so kann er das Gericht anrufen.

¹ Un époux ne peut, sans le consentement exprès de son conjoint, ni résilier le bail, ni aliéner la maison ou l'appartement familial, ni restreindre par d'autres actes juridiques les droits dont dépend le logement de la famille.

² S'il n'est pas possible de recueillir ce consentement ou s'il est refusé sans motif légitime, l'époux intéressé peut en appeler au juge.

¹ Un coniuge non può, senza l'esplicito consenso dell'altro, disdire un contratto di locazione, alienare la casa o l'appartamento familiare o limitare con altri negozi giuridici i diritti inerenti all'abitazione familiare.

² Il coniuge che non può procurarsi questo consenso, o cui il consenso negato senza valido motivo, può ricorrere al giudice.

¹ A spouse can give notice under a tenancy agreement, alienate the family home or limit the rights in respect of the family home by other transactions only with the express consent of the other.

² If the spouse cannot obtain such consent or it is withheld without good cause, he or she can apply to the court.

Literaturverzeichnis

(s auch Literaturverzeichnis bei ZGB 159)

BUCHER EUGEN, Die Wohnung der Familie im neuen Recht (insbesondere zur Problematik des Zustimmungserfordernisses gemäss ZGB 169), BTJP 1987, 37 ff; EITEL PAUL, Die zustimmungsbedürftigen Rechtsgeschäfte des Ehegatten als Alleineigentümer, recht 1993, 215 ff; HASENBÖHLER FRANZ, Fragwürdiges zur Familienwohnung, in: FS Schnyder, Freiburg i Ue 1995, 397 ff; KOCH PETER, Der Schutz der Familienwohnung aus mietrechtlicher Sicht, pläd 1989, 44 ff; LACHAT DAVID/STOLL DANIEL/BRUNNER ANDREAS, Das Mietrecht für die Praxis, 8. A., Zürich 2010; PIOTET PAUL, La nature des règles protégeant le logement familial suisse (art. 169 CC et 271a CO) et le droit applicable, in: FS Giger, Bern 1989, 54 ff; RUOSS RETO, Der Einfluss des neuen Eherechts auf Mietverhältnisse an Wohnräumen, ZSR 1988 I, 75 ff; SCHNYDER BERNHARD, Der Schutz der Familienwohnung im Schweizer Recht, in: Der Schutz der Familienwohnungen in Europäischen Rechtsordnungen, Bielefeld 1995, 103 ff (zit SCHNYDER, Familienwohnung); VOLLENWEIDER MARC-AURELE, Le logement de la famille selon l'article 169 CC, Lausanne 1995; WEBER ROGER, Der zivilrechtliche Schutz der Familienwohnung, AJP 2004, 30 ff.

1 Nach ZGB 169 bedürfen die Rechtsgeschäfte betreffend Familienwohnung (N 6 ff) *zwingend* (ein Verzicht zum Voraus ist ungültig; SCHWANDER, BSK ZGB 169 N 1) der Zustimmung des Ehepartners (ZGB 169 N 10 f und 168 N 6 f; für eingetragene Partnerschaften s PartG 14). Der **Anwendungsbereich** von ZGB 169 ist jedoch in mehrfacher Hinsicht eingeschränkt:

2 (i) In *personeller Hinsicht* knüpft ZGB 169 an den **Bestand der Ehe** und nicht, wie die Marginalie vermuten liesse, an die Familie an. Geschützt werden nur (unabhängig des Güterstands) verheiratete Paare mit oder ohne Kinder. Unter Hinweis auf seine systematische Stellung lehnt die hL und Rechtsprechung (mE zu Unrecht) die (analoge) Anwendung von ZGB 169 auf andere familiäre Formen ab (HAUSHEER/REUSSER/GEISER, BK ZGB 169 N 10a; RUOSS, 78; SCHNYDER, Familienwohnung 118; für gleichgeschlechtliche Partnerschaften s PartG 14 I).

3 (ii) In *sachlicher Hinsicht* gilt nur jene (Miet- oder Eigentums-)Wohnung (ebenso Haus, Einzelzimmer, Wohnmobil etc) als **Familienwohnung**, in der die Ehegatten dauernd ihren Lebensmittelpunkt haben, dh ihren gemeinsamen Haushalt führen bzw bestimmungsgemäss führen sollten. Grundsätzlich verfügt jede Familie (anders als in ZGB 162) nur über eine Familienwohnung. Nicht als Familienwohnung gelten daher Zweit- und Ferienwohnungen (s ZGB 162 N 1) sowie Wohnräume, die ausschliesslich oder vorwiegend der Ausübung des Berufs oder eines Gewerbes dienen. Überwiegt jedoch der Wohnzweck, und kommt dem gewerblichen Zweck lediglich unselbständiger Charakter zu, ist ZGB 169 anwendbar.

4 (iii) In *zeitlicher Hinsicht* ist ZGB 169 solange anwendbar, als die Wohnung Lebensmittelpunkt der Familie bildet. Der Beginn ist abhängig von der Widmung durch die Ehegatten (BERGER, 61 f) und von einem für Dritte erkennbaren tatsächlichen Aufenthalt in der Form einer Vollziehungshandlung (s SCHWANDER, BSK ZGB 169 N 8 mwH; eine bloss eheinterne Abmachung reicht nicht aus; SJZ 1992, 295 f; die Beweislast für das Vorliegen einer Familienwohnung trägt derjenige Ehegatte, der sich darauf beruft). Gemäss BGer dauert der Schutz grundsätzlich während der gesamten Ehe (BGE 114 II 402 E 3), selbst bei Getrenntleben oder während eines Scheidungsverfahrens (BGE 118 II 489 E 2; 114 II 396 E 5a), endet aber, wenn kein Rechtsschutzinteresse mehr besteht, zB bei gemeinsam gewollter Aufgabe der Familienwohnung oder bei definitivem Auszug eines Ehegatten, unabhängig davon, ob der Auszug freiwillig oder auf richterliche Anordnung hin erfolgt (BGE 136 III 257 E 2.1; 114 II 396 E 5b; s auch ZGB 175 N 3). Eine Aufgabe der Familienwohnung darf allerdings nicht leichthin angenommen werden; vielmehr bedarf es dazu konkreter Anhaltspunkte (BGE 136 III 257 E 2.2; die Beweislast für den Wegfall des Charakters der Familienwohnung trägt jener Ehegatte, der sich darauf beruft).

5 **ZGB 169 I** erfasst folgende **Rechtsgeschäfte**:

6 (i) *Veräusserungsgeschäfte*: Verkauf, Tausch, Schenkung, Sacheinlage/übernahme in eine Gesellschaft, rechtsgeschäftliche Übertragung eines Wohnrechts (OGer SO, SOG 2001, 8 E 2);

7 (ii) Kündigung von *Mietverhältnissen* (s OR 266m–o); sowie

8 (iii) *andere Rechtsgeschäfte*: Darunter werden sämtliche Rechtsgeschäfte subsumiert, die wirtschaftlich einer Veräusserung gleichkommen, dh, die Rechte an der Familienwohnung aufheben oder in unzumutbarer Weise einschränken: zB Einräumung eines Kaufrechts (HASENBÖHLER, ZK ZGB 169 N 52); Abtretung eines Mietvertrags oder von Gesellschaftsanteilen; Bewilligung zur Löschung eines vorgemerkten Mietvertrags; Verzicht auf eingetragene Personaldienstbarkeit oder ein Baurecht zugunsten eines Ehegatten (BGE 118 II 489 E 3a); uU Untervermietungen (BERGER, 82); Einräumung einer Nutzniessung und eines Wohnrechts zugunsten Dritter (BGE 118 II 489 E 3a); nicht hingegen Einräumung eines Vorkaufsrechts (HASENBÖHLER, ZK ZGB 169 N 52; aM SCHWANDER, BSK ZGB 169 N 16, sofern die Zustimmung des Ehegatten nicht vorbehalten ist) und idR eines Baurechts (SCHMID, Wirkungen der Ehe, 117). Umstritten ist, ob auch die Aufnahme bzw Erhöhung einer pfandrechtlichen Belastung unter ZGB 169 I fällt: Neben Extremlösungen (zB immer zustimmungsbedürftig; OGer SO, SOG 2001, 8 ff; WEBER, AJP 2004, 38) verlangt die hL, ein Teil der kantonalen Rechtsprechung (zB OGer ZH, ZR 2004, Nr 27) und neu auch das Bundesgericht (zuletzt BGE 5A_169/2010 E 2.3) eine Zustimmung nur dann, wenn eine ernsthafte Gefahr zum Wohnungsverlust vorliegt, dh eine Zwangsverwertung unvermeidbar erscheint. Für die Annahme einer ernsthaften Gefahr zum Wohnungsverlust wird entweder von absoluten Zahlen ausgegangen (zB Zustimmung ab 80% des Verkehrswerts nach SCHNYDER, Familienwohnung, 108 Fn 9; ab 60% des Verkehrswerts nach HAUSHEER/REUSSER/GEISER, BK ZGB 169 N 46a; keine Zustimmung bis Verkehrswert nach EITEL, recht 1993, 219) oder mE richtigerweise auf die individuellen wirtschaftlichen Verhältnisse im Einzelfall abgestellt (BERGER, 83; HEGNAUER/BREITSCHMID, Grundriss des Eherechts, N 17.31).

9 Nicht unter ZGB 169 fallen passives Verhalten (zB Nichtbezahlen des Mietzinses, das die Kündigung durch den Vermieter provoziert; Nichtbezahlen der Hypothekarzinsen, das zur Zwangsversteigerung führt; BERGER, 67; HASENBÖHLER, ZK ZGB 169 N 46), tatsächliches Handeln (zB berechtigter Ehegatte verunmöglicht dem andern Ehegatten Zugang zur Familienwohnung durch Auswechseln des Türschlosses), Verfügungen von Todes wegen (HASENBÖHLER, ZK ZGB 169 N 47; SCHMID, Wirkungen der Ehe, 93 f) oder Zwangsverwertungen (BGE 119 III 100). Dem Ehegatten bleibt uU die Möglichkeit, das Eheschutzgericht anzurufen (ZGB 171 ff).

10 Die *Zustimmung* ist in Bezug auf ein konkretes Rechtsgeschäft gegenüber dem Vertragspartner (aM BERGER, 70; RUOSS, 87 f) zu erteilen und hat vor (aber nur mit Bezug auf ein genügend konkretes und terminiertes Rechtsgeschäft; s SCHWANDER, BSK ZGB 169 N 17), während oder nach Abschluss des Rechtsgeschäfts zu erfolgen (BB1 1979 II, 1265; BERGER, 71; ZEITER,

FamPra.ch 2005, 687; s aber bei Kündigung einer Mietwohnung OR 266m und 266o). Sie hat explizit vorzuliegen, mithin genügt Mündlichkeit, nicht aber Stillschweigen oder konkludentes Verhalten (ZEITER, FamPra.ch 2005, 683 mwH).

11 Die **Rechtsnatur der Zustimmungspflicht** ist in der Lehre umstritten. Während einzelne Autoren ZGB 169 (mE richtigerweise) als Beschränkung der Handlungsfähigkeit (zB TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMOLJUNGO, § 28 Rz 13), andere als Beschränkung der Verfügungsfähigkeit (HAUSHEER/REUSSER/GEISER, BK ZGB 168 N 38 ff) des dinglich oder schuldrechtlich berechtigten Ehegatten qualifizieren, erachten weitere Autoren das ehепartnerliche Zustimmungserfordernis als eherechtlich motiviertes Mitspracherecht, das ausserhalb der Handlungsfähigkeit/Verfügungsfähigkeit anzusiedeln sei (zB HASENBÖHLER, in: FS Schnyder, 399 ff; SCHWANDER, BSK ZGB 169 N 15).

12 ZGB 169 II räumt dem berechtigten Ehegatten das Recht zur **Anrufung des Eheschutzgerichts** ein, wenn die ehепartnerliche Zustimmung (i) nicht eingeholt werden kann (zB Krankheit, Abwesenheit, Urteilsunfähigkeit des Ehegatten) oder (ii) ohne triftigen Grund verweigert wird. Eine Verweigerung ist nur gerechtfertigt, wenn der berechnigte Ehegatte keine angemessene und im Verhältnis zur aktuellen Familienwohnung adäquate Wohnmöglichkeit bieten kann (ZEITER, FamPra.ch 2005, 689 mwH). Die gerechtfertigte fehlende oder verweigerte Zustimmung führt zur Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts (OR 20; bei Kündigung der Familienwohnung s OR 266o); bei ungerechtfertigter fehlender oder verweigerter Zustimmung ermächtigt das Gericht den Ehegatten zum alleinigen Handeln mit Wirkung ex tunc.

Art. 270*

*Achter Titel: Die Wirkungen des Kindesverhältnisses
Erster Abschnitt: Die Gemeinschaft der Eltern und Kinder
A. Name*

I. Kind verheirateter Eltern

¹ Sind die Eltern miteinander verheiratet und tragen sie verschiedene Namen, so erhält das Kind denjenigen ihrer Ledignamen, den sie bei der Eheschliessung zum Namen ihrer gemeinsamen Kinder bestimmt haben.

² Die Eltern können innerhalb eines Jahres seit der Geburt des ersten Kindes gemeinsam verlangen, dass das Kind den Ledignamen des anderen Elternteils trägt.

³ Tragen die Eltern einen gemeinsamen Familiennamen, so erhält das Kind diesen Namen.

¹ L'enfant de conjoints qui portent des noms différents acquiert celui de leurs deux noms de célibataire qu'ils ont choisi de donner à leurs enfants communs lors de la conclusion du mariage.

² Les parents peuvent toutefois demander conjointement, dans l'année suivant la naissance du premier enfant, que l'enfant prenne le nom de célibataire de l'autre conjoint.

³ L'enfant de conjoints qui portent un nom de famille commun acquiert ce nom.

¹ Se i genitori sono uniti in matrimonio e portano cognomi diversi, il figlio ne assume il cognome da celibe o nubile da essi scelto per i figli comuni in occasione del matrimonio.

² Entro un anno dalla nascita del primo figlio, i genitori possono chiedere congiuntamente che il figlio porti il cognome da celibe o nubile dell'altro genitore.

³ Se i genitori portano un cognome coniugale, il figlio assume tale cognome.

¹ Where the parents are married to each other and each use different surnames, the child may take as his or her surname the prior surname that the parents chose for their common children when getting married.

² The parents can jointly request, within a year of the first child's birth, that the child use the surname before marriage of the other spouse.

³ Where the parents bear a common family surname, the child acquires this name.

* Wortlaut bis zur am 1.1.2013 in Kraft tretenden Änderung des ZGB vom 30.9.2011 (BBI 2011, 7403 ff):

*Achter Titel: Die Wirkungen des Kindesverhältnisses
Erster Abschnitt: Die Gemeinschaft der Eltern und Kinder
A. Familienname*

¹ Sind die Eltern miteinander verheiratet, so erhält das Kind ihren Familiennamen.

² Sind sie nicht miteinander verheiratet, so erhält das Kind den Namen der Mutter, oder, wenn diese infolge früherer Eheschliessung einen Doppelnamen führt, den ersten Namen.

Art. 270a[⋄]

II. Kind unverheirateter Eltern

¹ Sind die Eltern nicht miteinander verheiratet, so erhält das Kind den Ledignamen der Mutter.

² Überträgt die Vormundschaftsbehörde beiden Eltern die elterliche Sorge, so können diese innerhalb eines Jahres gegenüber der Zivilstandsbeamtin oder dem Zivilstandsbeamten erklären, dass das Kind den Ledignamen des Vaters tragen soll.

³ Die gleiche Erklärung kann der Vater abgeben, wenn er alleiniger Inhaber der elterlichen Sorge wird.

¹ L'enfant dont la mère n'est pas mariée avec le père acquiert le nom de célibataire de la mère.

² Lorsque l'autorité tutélaire attribue l'autorité parentale conjointement aux deux parents, ces derniers peuvent, dans le délai d'une année, déclarer à l'officier de l'état civil que l'enfant portera le nom de célibataire du père.

³ Le père peut faire la même déclaration s'il est le seul détenteur de l'autorité parentale.

¹ Se i genitori non sono uniti in matrimonio, il figlio assume il cognome da nubile della madre.

² Se l'autorità tutoria attribuisce loro l'autorità parentale in comune, i genitori possono, entro un anno, dichiarare all'ufficiale dello stato civile che il figlio porterà il cognome da celibe del padre.

³ Se è il solo detentore dell'autorità parentale, il padre può fare la stessa dichiarazione.

¹ Where the parents are not married to each other, the child acquires the mother's maiden name.

² Where the child protection authority grants parental care to both parents, they may declare to the civil registrar, within one year that the child should use the father's surname before marriage.

³ The same declaration may be given by the father where he is the sole custodian of parental care.

[⋄] Neu eingefügt durch die am 1.1.2013 in Kraft tretende Änderung des ZGB vom 30.9.2011 (BB1 2011, 7403 ff).

Art. 270b[♦]*III. Zustimmung des Kindes*

Hat das Kind das zwölfte Altersjahr vollendet, so kann sein Namen nur geändert werden, wenn es zustimmt.

Si l'enfant a douze ans révolus, il n'est plus possible de changer son nom sans son consentement.

Il cognome del figlio che ha compiuto il dodicesimo anno di età può essere cambiato soltanto con il suo consenso.

Where the child has reached twelve years of age, his or her surname can only be changed subject to his or her consent.

[♦] Neu eingefügt durch die am 1.1.2013 in Kraft tretende Änderung des ZGB vom 30.9.2011 (BBl 2011, 7403 ff).

Literaturverzeichnis

(s auch Literaturverzeichnis bei ZGB 30 und 160)

BREITSCHMID PETER, Änderung des Familiennamens von Kindern nach Scheidung der Elternehe; Art. 30 Abs. 2 ZGB, Bundesgericht, Bemerkungen zu BGE 5C.163/2002, Urteil vom 1.10.2002, nicht zu amtli Veröffentlichung bestimmt, AJP 2003, 702 ff; BREITSCHMID PETER, Zulässigkeit «Schulischer Namensänderungen»? – Grenzen vorsorglicher Massnahmen bei Namensänderungen, ZZW 1996, 41 ff; FASSBIND PATRICK, Bestimmung des Familiennamens der Kinder verheirateter Eltern de lege ferenda, AJP 2008, 1021 ff; FELBER MARKUS, Keine Änderung des «balkanischen» Namens, in: Jusletter 18. November 2002; GEISER THOMAS, Die neuere Namensänderungspraxis des schweizerischen Bundesgerichts, ZZW 1993, 374 ff; HÄFLIGER ROLF, Die Namensänderung nach Art. 30 Abs. 2 ZGB, Zürich 1996; HEGNAUER CYRIL, Zum Familiennamen des Kindes verheirateter Eltern, ZZW 2000, 4; HEGNAUER CYRIL, Begrenzung der gesetzlichen Namensänderung für Kinder, ZZW 1990, 165 ff; STURM FRITZ, Zur Wahl des Vornamens – Die elterliche Phantasie und ihre Grenzen, ZZW 1987, 201 und 294.

1 Nach diversen (gescheiterten) Anläufen hat der Gesetzgeber im Jahr 2011 ein neues Namensrecht der Ehegatten verabschiedet (s ZGB 160 N 1). Diese **Revision** erforderte gleichzeitig eine Neuregelung des Familiennamens des Kindes, weshalb aZGB 270 durch ZGB 270–270b ersetzt wurde. Die neue Regelung tritt am 1.1.2013 in Kraft.

2 ZGB 270–270b regeln unter der Marginalie «Name» den Familiennamen des Kindes. Der Familienname dient zum einen der **Kennzeichnung** und **Unterscheidung** (BGE 126 III 1 E 3a; 119 II 307 E 3a; 108 II 161 E 1) und er-

füllt eine dem öffentlichen Interesse dienende **Ordnungsfunktion** (BGE 122 III 414 E 3b/aa; 108 II 161 E 1). Zum andern ist der Familienname **Teil der eigenen Persönlichkeit** und geniesst den Schutz des Persönlichkeitsrechts (ZGB 29; BGE 137 III 97 E 3.3.1; 126 III 1 E 3a; BRÄM, ZK ZGB 160 N 7 mwH; s ZGB 29 N 3).

3 Familienname und Vorname bilden gemeinsam den gesetzlichen bzw **amtlichen Namen** (BGE 120 III 60 E 2a). Zum Vornamen s ZGB 302 IV.

4 Das Kind erwirbt seinen Familiennamen **durch Abstammung**, dh durch Geburt (ZGB 270 f). Welchen Familiennamen ein Kind erhält, hängt von verschiedenen Kriterien ab, wobei in einem ersten Schritt unterschieden wird, ob die Eltern miteinander verheiratet sind oder nicht:

5 Bei **verheirateten Eltern** unterscheidet das Gesetz aufgrund der freien Namenswahl der Ehegatten (ZGB 160) folgende zwei Fälle:

6 (i) *Behalten die Ehegatten bei der Eheschliessung ihre eigenen Namen* (ZGB 160 I), erhält das Kind als Familiennamen denjenigen Namen, den die Eltern vor der Eheschliessung für dieses bestimmt haben (**ZGB 270 I** iVm 160 III; zu den konkret zur Auswahl stehenden Namen s N 8; ZGB 160 N 3; zB können keine Allianznamen [s ZGB 160 N 3, 6] oder nach aZGB 160 II zulässige Doppelnamen [ZGB 160 N 3, 7] an das Kind weitergegeben werden). Sofern die Eltern bei der Eheschliessung gestützt auf ZGB 160 III Satz 2 ausnahmsweise von ihrer Pflicht zur Bestimmung eines Namens für die Kinder befreit wurden (s ZGB 160 N 4), haben sie *spätestens* bei der Geburt des ersten Kindes den Familiennamen des Kindes zu bestimmen und diesen der Zivilstandsbeamtin mit der Geburt zu melden (ZStV 37 II). Das Gesetz lässt allerdings offen, wer anstelle der Eltern diesen Entscheid trifft, sofern sich diese *nicht über den Familiennamen ihres Kindes einigen* können (im VE war noch vorgesehen, dass diesfalls das Kind den [Ledig-]Namen der Mutter erhalten soll; s BBl 2009, 423 ff; diese Lösung wurde vom Parlament jedoch abgelehnt; s auch FASSBIND, AJP 2008, 1022 mH). ME sollte der KSB die Entscheidkompetenz zukommen (aM zB RUMO-JUNGO, ZVW 2001, 167, 177 f, die den Zustand, dass ein Kind aufgrund eines allfälligen jahrelangen Rechtsmittelverfahrens keinen [endgültigen] Familiennamen besitzt, für unzumutbar hält und in dieser Lösung zudem einen Verstoss gegen das Gebot in UNKRK 7, wonach ein Kind unverzüglich nach seiner Geburt das Recht auf einen Namen hat, sieht). Der Entscheid soll dem Kindeswohl Rechnung tragen (ZGB 307 ff), wobei das Kriterium, welcher Elter überwiegend mit der Betreuung des Kindes befasst ist, besonders zu berücksichtigen ist (gIM BREITSCHMID, ZVW 2007, 33, mit Hinweis auf BGE 132 III 497).

7 (ii) *Führen die Ehegatten einen gemeinsamen Familiennamen* (ZGB 160 II; s ZGB 160 N 2 f), erhält das Kind diesen Namen (**ZGB 270 III**). Es ist nicht zulässig, dem Kind den (Ledig-)Namen des Elters (s ZGB 160 N 3), dessen Name nicht Familienname geworden ist, als Familiennamen zu geben (zum bisherigen Recht s BGE 122 III 414 E 2b, 3c/aa; EGMR, ZZW 2002, 42).

Eine solche Namensgebung wäre nur über ein Namensänderungsgesuch gem ZGB 30 I herbeizuführen (s ZGB 30; s auch N 22 f).

8 Bei **unverheirateten Eltern** erhält das Kind als Familiennamen (i) *grundsätzlich* den (Ledig-)Namen der Mutter, den diese im *Zeitpunkt der Geburt* des Kindes führt (**ZGB 270a I**). Führt die Mutter einen Allianznamen (ZGB 160 N 6) oder einen Doppelnamen nach aZGB 160 II (ZGB 160 N 7), erhält das Kind lediglich denjenigen Teil ihres Namens, der ihren (Ledig-)Namen ausmacht, dh bei einem Allianznamen den Teil des Namens vor dem Bindestrich, bei einem Doppelnamen den zweiten Teil des Namens (s im Einzelnen ZGB 160 N 3, 6). Trägt die Mutter einen Namen, der je nach Geschlecht modifiziert wird (zB slawischer Name), hat der Sohn (trotz grundsätzlicher Unwandelbarkeit des Namens; ZStV 24 I) Anspruch auf Führung des männlichen Namens und auf entsprechende Eintragung ins Zivilstandsregister als amtlichen Namen (BGE 131 III 201 E 3). Zum (Ledig-)Namen im Einzelnen s ZGB 160 N 3.

9 (ii) *Ausnahmsweise* erhält das Kind bei der Geburt anstelle des (Ledig-)Namens der Mutter den (Ledig-)Namen des Vaters (s ZGB 160 N 3), und zwar dann, wenn die KSB bereits *vor der Geburt* des Kindes (i) den Eltern das gemeinsame Sorgerecht übertragen hat (ZGB 298a) und die Eltern bereits vor der Geburt gem ZGB 270a II erklären, dass das Kind den Namen des Vaters erhalten soll; oder (ii) wenn die KSB der Mutter die elterliche Sorge entzogen und dem Vater übertragen hat (ZGB 298) und Letzterer bereits vor der Geburt gem ZGB 270a III erklärt hat, dass sein Kind seinen Namen erhalten soll. Diese Ausnahmen ergeben sich zwar nicht explizit aus dem Wortlaut, jedoch aus der ratio legis von ZGB 270a II und III.

10 Das ZGB geht grundsätzlich von der **Unabänderbarkeit** des Geburtsnamens einer Person aus (ZGB 30 I). Dieser Grundsatz wird jedoch in verschiedener Hinsicht durchbrochen:

11 *Erstens* können die Eltern bzw der Kindsvater in folgenden Fällen eine **Änderung** des Familiennamens des Kindes **durch blosse Erklärung und ohne Grundangabe** herbeiführen:

12 (i) Behalten die Eltern bei der Eheschliessung ihren (Ledig-)Namen und bestimmen einen der beiden (Ledig-)Namen zum Familiennamen ihrer dereinstigen Kinder (ZGB 160 I iVm III iVm 270 I), können sie *gemeinsam* (s N 14) und *innerhalb eines Jahres seit der Geburt des ersten Kindes* verlangen, dass das Kind den (Ledig-)Namen des andern Elters (s ZGB 160 N 4) erhält (**ZGB 270 II**). (ii) Trägt das Kind den (Ledig-)Namen seiner *unverheirateten Mutter* (ZGB 270a I), und überträgt die KSB den Eltern die gemeinsame Sorge (ZGB 298a), können diese *gemeinsam* (s N 14) und *innerhalb eines Jahres nach Rechtskraft dieses Entscheids* erklären, dass das Kind den (Ledig-)Namen des Vaters (s ZGB 160 N 4) erhält (**ZGB 270a II**). (iii) Wird die elterliche Sorge von der Mutter auf den Vater übertragen (ZGB 298), ist der Vater berechtigt, *allein* und ohne Mitwirkung der Mutter des Kindes, *innert eines Jahres ab Rechtskraft des Entscheides* der Vormundschaftsbehörde

(ZGB 270a II iVm III) zu erklären, dass das Kind seinen (Ledig-)Namen erhält (**ZGB 270a III**; nach bisherigem Recht konnte eine solche Namensänderung nur durch ein Namensänderungsgesuch gem ZGB 30 I erwirkt werden; s dazu BGE 132 III 497 E 4.2 und 4.6, in welchem das BGer das Gesuch eines 9-jährigen Kindes, das seit dem zweiten Lebensjahr unter der elterlichen Sorge des – mit der Mutter nicht verheirateten – Vaters aufwuchs, gutgeheissen hat mit der Begründung, dass von Gesetzes wegen [gestützt auf aZGB 271 III] ein wichtiger Grund vorliege, wenn das aussereheliche Kind unter der elterlichen Sorge des Vaters aufwache). Zu den Modalitäten der Erklärungen der Eltern s N 14, zur allfälligen Zustimmung des Kindes s N 15, zur Rechtsfolge bei verpasster Frist s N 14.

13 Die Möglichkeit, durch blosse Erklärung eine Namensänderung bei Kindern herbeizuführen, bestand im bisherigen Recht nicht. **SchlT ZGB 13d** erweitert deshalb die Tatbestände in ZGB 270 II und 270a II/III (N 11, 12) um folgende Fälle: (i) Verheiratete Eltern, die gem bisherigem Recht (aZGB 160) zwingend einen Familiennamen führten bzw führen mussten und nach Inkrafttreten des neuen Namensrechts ihren gemeinsamen Familiennamen aufgeben, indem derjenige Ehegatte, der bei der Eheschliessung seinen Namen geändert hat, wieder seinen (Ledig-)Namen führt (SchlT ZGB 8a), können *gemeinsam* (s N 14) verlangen, dass das Kind den (Ledig-)Namen des bisher nicht namensgebenden Elters (s ZGB 160 N 3) erhält (SchlT ZGB 13d I). (ii) Unverheiratete Eltern, denen die elterliche Sorge bereits vor Inkrafttreten des neuen Namensrechts übertragen worden ist (denen aber das Gesetz bisher keine Möglichkeit zur Namensänderung durch blosse Erklärung zur Verfügung gestellt hatte), können *gemeinsam* (s N 14) verlangen, dass das Kind den (Ledig-)Namen des Vaters erhält (SchlT ZGB 13d II; zum [Ledig-)Namen des Vaters s ZGB 160 N 3). (iii) Ein Vater, dem die alleinige elterliche Sorge vor Inkrafttreten des neuen Namensrechts übertragen worden ist, kann allein und ohne Mitwirkung der Mutter verlangen, dass das Kind seinen Namen erhält (SchlT ZGB 13d II iVm ZGB 270a III; s auch N 12). Diesen Fällen ist gemeinsam, dass die Namensänderung *innert eines Jahres ab Inkrafttreten des neuen Namensrechts* (s N 1) erklärt werden muss. Zu den Modalitäten der Erklärungen s N 14, zur allfälligen Zustimmung des Kindes s N 15; zur Rechtsfolge bei verpasster Frist s N 14.

14 Die Erklärung betreffend Namensänderung ist in jedem Fall (*schriftlich oder mündlich* und ohne Grundangabe) beim Zivilstandsamt abzugeben. Bedarf es einer gemeinsamen Erklärung, dh der Erklärungen beider Eltern, sind diese mE zwar nicht gleichzeitig abzugeben, haben jedoch spätestens am letzten Tag des Fristenlaufs vorzuliegen (massgebend ist der Eingang beim Zivilstandsamt). Eine *verspätete Abgabe der Erklärung(en)* ist unbeachtlich; eine Namensänderung ist diesfalls nur noch über ein Namensänderungsgesuch gem ZGB 30 I möglich (s N 22).

15 Gem **ZGB 270b** hat das Kind der Namensänderung zuzustimmen, sobald es *bei Ablauf der jeweils vorgesehenen Jahresfrist* das 12. Altersjahr vollendet hat. Die Zustimmung des Kindes hat mE ebenfalls spätestens am letzten Tag

der Jahresfrist (mündlich oder schriftlich) dem Zivilstandsamt vorzuliegen. Fehlt diese Zustimmung bei Ablauf der Jahresfrist, ist mE die Erklärung der Eltern bzw des Vaters unbeachtlich; eine Namensänderung kann diesfalls nur durch ein Namensänderungsgesuch gem ZGB 30 I erwirkt werden (s N 22).

16 *Zweitens* kommt es in folgenden Fällen zu einer **gesetzlichen Änderung** des Familiennamens des Kindes:

17 (i) *Die nachträgliche Eheschliessung der unverheirateten Eltern* hat grundsätzlich (und im Gegensatz zum bisherigen Recht) keine Auswirkungen auf den Namen des Kindes. Zu einer Namensänderung des Kindes kommt es *ausnahmsweise* dann, sofern neben der Voraussetzung, dass die Vaterschaft durch Anerkennung oder durch rechtskräftiges Urteil festgestellt ist (ZGB 259 I), eine der folgenden Voraussetzungen vorliegt: (i) Die Eltern erklären gestützt auf ZGB 270 I (iVm 259) den (Ledig-)Namen des Vaters als Familienname des Kindes, dieses führte aber bisher gestützt auf ZGB 270a als Familiennamen den (Ledig-)Namen der Mutter (s Bericht der Kommission für Rechtsfragen des NR, BBl 2009, 419); (ii) die Eltern erklären gestützt auf ZGB 270 I den (Ledig-)Namen der Mutter als Familiennamen des Kindes, dieses führte aber bisher gestützt auf ZGB 270a II oder III den (Ledig-)Namen des Vaters als Familiennamen; (iii) die Eltern entscheiden sich zur Führung eines gemeinsamen Familiennamens (ZGB 160 II), dieser ist aber nicht mit dem bisher vom Kind geführten Namen identisch. Eine erfolgreiche Anfechtung der Anerkennung der Vaterschaft (ZGB 259 II) führt jedoch zur (erneuten) Namensänderung, sofern das Kind den (Ledig-)Namen des Vaters als Familienname führt (s bereits zum alten Recht: BÜHLER, BSK ZGB 270 N 13; HÄFLIGER, 233 ff; HEGNAUER, BK ZGB 270 N 37).

18 (ii) *Adoption* (ZGB 267 I iVm 270; s Bericht der Kommission für Rechtsfragen des NR, BBl 2009, 419); das Beibehalten des bisherigen Familiennamens kann nur mittels Namensänderungsgesuchs gem ZGB 30 I und unter Vorbringen achtenswerter Gründe erwirkt werden (s zu aZGB 30 I BGE 137 III 97, wonach der Wunsch einer 56-jährigen Person, nach der Adoption den bisherigen Familiennamen weiterzuführen, die enge Verbindung zwischen dem Namen und der Persönlichkeit zum Ausdruck bringe und als wichtiger Grund genüge).

19 Die gesetzliche Namensänderung bedarf *weder einer Mitwirkung der Eltern* oder des Kindes *noch deren Zustimmung* und erfolgt unabhängig des Alters des Kindes. Sie trifft mE -- im Gegensatz zum bisherigen Recht -- grundsätzlich nur den Namensträger, dh das Kind selber, nicht aber -- soweit vorhanden -- seine (voll- und minderjährigen) Nachkommen und seinen Ehegatten, es sei denn, diese tragen dessen Familiennamen (zum alten Recht: HEGNAUER, BK ZGB 270 N 42). Diese Namensänderung (für alle) ist nur durch ein Namensänderungsgesuch nach ZGB 30 I abzuwenden (s BRÄM, ZK ZGB 160 N 53; HÄFLIGER, 234, 239 ff; HEGNAUER, ZZW 1990, 165; HEGNAUER, BK ZGB 270 N 14, 44 ff).

20 *Drittens* kann der Grundsatz der Unabänderlichkeit des Namens durch eine **behördliche Änderung** des Familiennamens des Kindes durchbrochen werden, namentlich in folgenden Fällen:

21 (i) Bewilligtes *Namensänderungsgesuch der verheirateten Eltern* nach ZGB 30 I: Dieses erstreckt sich nur dann auf die *minderjährigen* Kinder (s BRÄM, ZK ZGB 160 N 57, 59; HEGNAUER, BK ZGB 270 N 47, 56), sofern diese den zu ändernden Familiennamen tragen. Diesfalls haben die Eltern das Gesuch nicht nur für sich, sondern auch für ihre *minderjährigen* Kinder zu stellen. Auch das Namensänderungsgesuch eines *geschiedenen Elternteils*, dessen Namen gestützt auf ZGB 160 II Familienname (und damit auch Name des Kindes; s ZGB 270 III) geworden ist und dem in der Scheidung das Sorgerecht über das Kind zugewiesen wurde (ZGB 270a I; zum alten Recht s HEGNAUER, BK ZGB 270 N 48; ZGGVP 1989, 192 E 4b), sowie der *nicht verheirateten Mutter*; sofern das Kind nicht unter fremder Obhut lebt (HEGNAUER, BK ZGB 270 N 52), sind für Eltern und Kind gemeinsam zu stellen. Das Kind muss einer solchen Änderung ab vollendetem 12. Altersjahr jedoch zwingend zustimmen (ZGB 270b; s N 15), wobei für die Bestimmung des Alters mE der Zeitpunkt des Urteils massgebend ist (s auch N 15). Hat das Kind im Urteilszeitpunkt das 12. Altersjahr noch nicht vollendet, ist es aber urteilsfähig, ist es anzuhören (KRK 12). Die zur Namensänderung nach ZGB 30 I vorgebrachten achtenswerten Gründe müssen auch für das Kind zutreffen (s ZGB 30); die urteilende Behörde hat eine Interessenabwägung vorzunehmen (s zB ZGGVP 1989, 192 E 4b).

22 (ii) Bewilligtes *Namensänderungsgesuch des Kindes* nach ZGB 30 I: Dieses erhält seine praktische Relevanz, wenn faktische Familien- oder Obhutsverhältnisse zu einer Namensdiskrepanz zwischen Kind und Familie bzw Obhutsberechtigtem führen, zB weil der obhutsberechtigte Elter nach der Scheidung (ZGB 119), bei Tod des andern Ehegatten (ZGB 30a) oder durch Wiederverheiratung (ZGB 160 II) einen Namenswechsel vorgenommen hat. Eine Namensänderung setzt achtenswerte Gründe voraus (ZGB 30 I). Gemäss Rechtsprechung und mit Zustimmung der Lehre genügt dabei bereits unter altem Recht zur Bejahung des wichtigen Grundes (ZGB 4) – unter Hinweis auf die gesellschaftlichen Veränderungen – nicht mehr der alleinige Grund, eine Einheit in der Namensführung der Familie herbeizuführen. Vielmehr hat das Kind darzulegen, dass ihm durch die Verschiedenheit der Namen konkrete (nicht bloss hypothetische) und ernsthafte soziale Nachteile entstehen (BGE 132 III 497 E 4.1; 126 I 1; 124 III 401; 121 III 145 E 2c; BREITSCHMID, AJP 2003, 705 ff; BÜHLER, BSK ZGB 270 N 17). ME kann nach neuem Recht das Kriterium des einheitlichen Familiennamens bei der Beurteilung eines Namensänderungsgesuchs grundsätzlich überhaupt keine Rolle mehr spielen, da die Ehegatten gem ZGB 160 I als Regel überhaupt keinen einheitlichen Familiennamen mehr führen, was bei Familien mit Kindern zwingend zu einer Namensvielfalt innerhalb der Familie führt. Deshalb kann die (nachfolgend dargestellte) bisherige Rechtsprechung des BGer, die das Vorliegen eines

wichtigen Grundes (aZGB 30 I) bejaht hat, nicht mehr einfach unbesehen übernommen werden:

23 *Kasuistik zum alten Recht:* Das Vorliegen eines *wichtigen Grundes* wurde vom BGer zB abgelehnt bei fehlender Namenseinheit mit denjenigen von Mutter und Stiefvater (BGE 124 III 401; und anderen im selben Haushalt wohnenden Kindern), auch wenn der Name des Kindes auf balkanische Herkunft deutet, der dem Kind sein Fortkommen erschwert (BGE 5A_624/2010 E 3.3; 5C.163/2002; BREITSCHMID, AJP 2003, 705 ff; aM VGer SZ, ZBl 2001, 208 ff, wonach die Änderung bewilligt wurde, weil der abzulegende Name ein jugoslawischer war), oder wegen fehlender Namenseinheit eines Vaterwaisenkindes mit dem Namen des Lebenspartners der Mutter (BGE 126 I 1; 124 III 401; 121 III 145; ZR 2001, Nr 60; anders BGE 110 II 433; 109 II 177); bei einem Kind, das den *Namen seines mit der Mutter nicht verheirateten* (aber mit ihr im Konkubinat lebenden) *Vaters* führen wollte (das BGer lässt auch das Vorliegen eines [selbst stabilen] Konkubinatsverhältnisses der Eltern mit Hinweis auf die veränderten gesellschaftlichen Verhältnisse nicht mehr genügen; BGE 124 III 401; 121 III 148; eine Namensänderung wäre in solcher Konstellation heute über ZGB 270a II mittels einfacher Erklärung herbeizuführen, allerdings lediglich innert eines Jahres nach Übertragung der elterlichen Sorge auf beide Eltern gemeinsam; N 12). Ein *wichtiger Grund* wurde hingegen bejaht bei einem Kind, das beim unverheirateten (nicht sorgeberechtigten) Vater aufwächst, soweit dauerhafte Verhältnisse vorliegen (BGE 110 II 433; 109 II 177; 109 II 290; 105 II 246; VGer ZG, ZGGVP 1997, 292; BÜHLER, BSK ZGB 270 N 27). Bei Kleinkindern wurde bisher ein wichtiger Grund eher bejaht als bei älteren Kindern, mit der Begründung, dass bei älteren Kindern bereits eine stabilisierende Situation eingetreten sei (BGE 117 II 6 E 3a; ZR 2001, Nr 60 E 2.1; s FZR 2001, 122).

24 Das Recht auf Namensänderung steht dem Kind **um seiner Persönlichkeit willen** zu. Das urteilsfähige Kind stellt sein Gesuch selbst, wobei der gesetzliche Vertreter des minderjährigen Kindes anzuhören ist (s BGE 5A_624/2010 E 1.2; 97 I 622 E 3; HEGNAUER, BK ZGB 270 N 60). Das Gesuch eines minderjährigen (urteilsunfähigen und urteilsfähigen) Kindes kann durch seine gesetzliche Vertretung gestellt werden (BGE 117 II 6 E 1). Soll es aber deren Namen oder einer dieser nahe stehenden Person erhalten, ist dem Kind aufgrund einer Interessenkollision ein Beistand (ZGB 306 II) zu bestellen (s zu aZGB 392 Ziff 2 HEGNAUER, BK ZGB 270 N 61). Eltern, deren Namen das Kind hingegen aufgeben will, haben zwar kein Zustimmungsrecht, sind aber anzuhören (BGE 124 III 49 E 2; 97 I 622 E 3).

25 Ein **Findelkind** (ZStV 10) erhält von der nach kantonalem Recht zuständigen Behörde einen Familien- und einen Vornamen (ZStV 38 II). Eine spätere Feststellung seiner Abstammung oder seines Geburtsorts ist – auf Verfügung der Aufsichtsbehörde – zu beurkunden (ZStV 38 III). Bei nachträglicher Feststellung der Mutter oder der Eltern erhält es einen Namen nach ZGB 270 oder ZGB 270a (s auch BÜHLER, BSK ZGB 270 N 10).

Auszug aus dem

Handkommentar zum Schweizer Privatrecht

Wirtschaftsrechtliche Nebenerlasse:
KKG, FusG, UWG und PauRG

2. Auflage

Herausgeber:

Marc Amstutz

Alexandra Zeiter

PauRG

Schulthess § 2012

Auszug aus dem Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Wirtschaftsrechtliche Nebenerlasse:
KKG, FusG, UWG und PauRG, Herausgeber: Marc Amstutz, 2. Auflage, 2012

Herausgeber des Gesamtwerkes: Marc Amstutz, Peter Breitschmid, Andreas Furrer, Daniel
Girsberger, Claire Huguenin, Markus Müller-Chen, Vito Roberto, Alexandra Runo-Jungo, Anton
K. Schnyder, Hans Rudolf Trüb

Zürich/Basel/Genf 2012
ISBN 978-3-7255-6380-7

Englische Übersetzung des FusG: Swiss-American Chamber of Commerce, Zürich; www.amcham.ch
Englische Übersetzung von Art. 100 Abs. 1 Satz 3 Halbsatz 2 FusG aus Peter/Trigo Trindade/
Glaser/Oberson (éditeurs), Commentaire LFUS, 2^{ème} édition

Dies ist keine amtliche Veröffentlichung. Massgebend ist allein die Veröffentlichung durch die
Bundeskanzlei.

Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, vorbehalten. Jede Verwertung ist ohne
Zustimmung des Verlages unzulässig. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen,
Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2012

www.schulthess.com

Vorbemerkungen

Literaturverzeichnis

BRUNNER ALEXANDER, Der Konsumentenvertrag im schweizerischen Recht, AJP 1992, 591 ff; CHAIX FRANÇOIS, La responsabilité de l'organisateur de voyages à la lumière de la jurisprudence genevoise relative aux art. 13 et 14 L VF, SJZ 2005, 416 ff; BGB Kommentar, Hrsg: PRÜTTING HANNS/WEGEN GERHARD/WEINREICH GERD, 6. A. Köln 2011 (zit BEARBEITER, BGB-Komm); FRANK RICHARD, Bundesgesetz über Pauschalreisen vom 18. Juni 1993, Kurzkommendar, Zürich 1994; GIRSBERGER ANDREAS, Der Reisevertrag, ZSR 1986 II, 1 ff; HANGARTNER SANDRO, Das neue Bundesgesetz über Pauschalreisen, Entlebuch 1997; KOLLER JÜRIG, Genugtuung aus Vertragsverletzung, Zürich 2004 (zit KOLLER, Genugtuung); KOLLER-TUMLER MARLIS, Der Konsumentenvertrag im schweizerischen Recht, Zur Entstehungsgeschichte eines neuen Rechtsbegriffes, Bern 1995; MARTINELLI ALESSANDRO, Die Haftung bei Pauschalreisen im schweizerischen, französischen und deutschen Recht, Basel 1997; REICH NORBERT/MICKLITZ HANS-W, Europäisches Verbraucherrecht, 4. A. Baden-Baden 2003; Richtlinie über Pauschalreisen 90/314/EWG, ABl Nr L 158, 59 ff (zit Pauschalreise-RL); ROBERTO VITO, Ausgefallene Flüge bei Pauschalreisen, NZZ vom 18.10.2001, 16 (zit ROBERTO, Ausgefallene Flüge); ROBERTO VITO, Zur Ersatzfähigkeit verdorbener Ferien, recht 1997, 108 ff; ROBERTO VITO, Das neue Pauschalreisegesetz, recht 1994, 4 ff; ROBERTO VITO, Die Haftung des Reiseveranstalters, Zürich 1990 (zit ROBERTO, Haftung); STAUDER BERND, Le contrat de voyage, ZSR 1986 II, 385 ff; STAUDER BERND/FAVRE-BULLE XAVIER, Droit de la consommation, Loi sur les voyages à forfait, Code des obligations, articles 40a–40f CO, Loi sur le crédit à la consommation, Commentaire romand, Basel 2004 (zit STAUDER, CR LVF); TONNER KLAUS, Richtlinie 90/314/EWG des Rates über Pauschalreisen, in: Das Recht der Europäischen Union, Teil II/Band IV: Sekundärrecht, München 1999; WÄGER FABIAN, Das Minderungsrecht infolge Vertragsverletzung, Zürich 2010; WEBER-STECHER URS M, Internationales Konsumvertragsrecht: Grundbegriffe, Zuständigkeit, Anerkennung und Vollstreckung sowie anwendbares Recht, Zürich 1997; WERRO FRANZ, Contrat de voyage et ... voyages gâchées! Y a-t-il un lien entre l'indemnité due et le contrat? in: FS Gauch, Zürich 2004, 695 ff; WIEGAND WOLFGANG, Zwei Urteile des EuGH zu Pauschalreisen und ihre Bedeutung für die Schweiz, in: jusletter 17.6.2002; WIEGAND WOLFGANG, Zur Anwendung von autonom nachvollzogenem EU-Privatrecht, in: FS Zäch, Zürich 1999, 171 ff.

1 Das PauRG trat am 1.7.1994 in Kraft. Als Folge des autonomen Nachvollzugs zeichnet es sich durch eine weitgehend wörtliche **Übernahme** der Pauschalreise-RL 90/314/EWG vom 13.5.1990 aus. Ein Revisionsvorschlag der Kommission für besagte europäische Richtlinie wird im Verlauf des Jahres 2012 erwartet. Es ist anzunehmen, dass insbesondere die sog «dynamic packages» (s PauRG I N 10) explizit in der Richtlinie geregelt werden.

2 Das PauRG hat als **Sondergesetzgebung** Vorrang vor den schuldrechtlichen Bestimmungen (WIEGAND, in: FS Zäch, 175). Lässt sich dem PauRG keine Regel entnehmen, kommen die allg Bestimmungen des OR sowie das Auftrags- oder Werkvertragsrecht zur Anwendung (ROBERTO, BSK OR PRG N 3 Vorb; TERCIER/FAVRE, N 6472). Da es sich um autonom nachvollzogenes

Recht handelt, sind bei der Auslegung des Gesetzes zusätzlich die Entscheidungen des EuGH zu berücksichtigen (WIEGAND, in: FS Zäch, 175).

3 Bis zu einem Streitwert von CHF 30 000 sieht ZPO 243 ein vereinfachtes **Verfahren** vor (vor Inkrafttreten der ZPO galt eine Grenze von CHF 20 000 gemäss Art 1 der aVO vom 7.3.2003 über die Streitwertgrenze in Verfahren des Konsumentenschutzes und des unlauteren Wettbewerbs). Der *Gerichtsstand* bestimmt sich im nationalen Verhältnis nach ZPO 32 I. Im internationalen Verhältnis richtet sich die Zuständigkeit nach IPRG 114 und das *anwendbare Recht* nach IPRG 120. Bei Anwendbarkeit des Lugano-Übereinkommens ergibt sich die Zuständigkeit aus LugÜ 15 ff.

Art. 1

1. Abschnitt: Begriffe Pauschalreise

¹ Als Pauschalreise gilt die im voraus festgelegte Verbindung von mindestens zwei der folgenden Dienstleistungen, wenn diese Verbindung zu einem Gesamtpreis angeboten wird und länger als 24 Stunden dauert oder eine Übernachtung einschliesst:

- a. Beförderung;
- b. Unterbringung;
- c. andere touristische Dienstleistungen, die nicht Nebenleistungen von Beförderung oder Unterbringung sind und einen beträchtlichen Teil der Gesamtleistung ausmachen.

² Dieses Gesetz ist auch anwendbar, wenn im Rahmen derselben Pauschalreise einzelne Leistungen getrennt berechnet werden.

1 Das PauRG findet nicht auf alle Reiseverträge, sondern nur auf jene Verträge Anwendung, die *kumulativ* folgende Voraussetzungen erfüllen:

2 (i) Die Reise muss **mindestens 24 Std** dauern oder eine **Übernachtung** (N 5) umfassen (**PauRG I I**). Die Reisedauer bestimmt sich nach Vertrag; eine nachträgliche Verlängerung führt nicht zur Anwendbarkeit des PauRG (STAUDER, CR LVF I N 11). Eine Höchstdauer ist nicht vorgeschrieben (s auch für Pauschalreise-RL: EuGH C-237/97 Ziff 27).

3 (ii) Zusätzlich müssen mindestens **zwei** der folgenden touristischen **Dienstleistungen** verknüpft sein:

4 *Beförderung (lit a)*: Sie umfasst jede Art von Transportmittel, das den Reisenden an sein Ziel bringt. Vorausgesetzt ist ein gewisses Mass an Eigenständigkeit. Diese fehlt zB beim hoteleigenen Taxi-Transfer zum Flughafen. Eine Rückbeförderung ist nicht notwendig.

5 *Unterbringung (lit b)*: Sie kann in beliebiger Form erfolgen, muss aber ebenfalls eine gewisse Eigenständigkeit aufweisen (zB Hotel, Ferienwohnung, Camping, Privatzimmer, Kreuzfahrt, Frachtschiffsreise). Sie fehlt zB

bei Eisenbahnfahrten im Schlafabteil, bei Fahren mit Schlafmöglichkeit (s auch ROBERTO, BSK OR PRG 1 N 4).

6 *Andere touristische Dienstleistungen (lit c)*: Die in N 2 umschriebene Voraussetzung kann auch mit einer anderen touristischen Dienstleistung verknüpft sein. Diese darf aber nicht bloss Nebenleistung der Beförderung oder Unterbringung sein, sondern muss einen losgelösten *Eigenwert* aufweisen sowie *touristischer Natur* sein (zB Automiete bei Fly&Drive, Animation/Sportangebot/Freizeitprogramm bei Clubferien oder Kreuzfahrten [ZR 1987, Nr 54 E 2], Sport-/Freizeiteinrichtungen bei Ferienhausmiete, Stellung des Skippers bei Segeltörn; s auch ZGGVP 2010, 257 E 2.1, für Teilnahme an Ritualen bei Heilreisen; s für Pauschalreise-RL: EuGH C-237/97 Ziff 30).

7 Zu den unerheblichen, nicht unter lit c zu subsumierenden, touristischen Dienstleistungen (s N 6) zählen zB ein vom Hotel organisiertes Theaterbillet oder eine vom Hotel veranstaltete Stadtrundfahrt (ROBERTO, BSK OR PRG 1 N 5), Mahlzeiten während des Flugs, Auswahl einer Gastfamilie für Schüler bei Gastschulvertrag (s für Pauschalreise-RL: EuGH C-237/97 Ziff 31), Frühstück bei Hotelübernachtung.

8 Bei Halb- oder Vollpension oder hoteleigener Wellness-/Spa-Anlage ist mE entscheidend, ob subjektiv das Hotelangebot den Reisenden zu seiner Wahl bewogen hat sowie objektiv die Qualität der Küche bzw die Grösse der Anlage einen zusätzlichen Eigenwert aufweist.

9 Entgegen dem Begriff der Pauschalreise bildet die **Beförderung** (N 4) **kein konstitutives Element** der Pauschalreise iSd PauRG.

10 Wider den Wortlaut von PauRG 1 I muss die Verbindung **nicht zwingend im Voraus** vom Anbieter **festgelegt** und als Gesamtpaket angeboten werden. Vielmehr fallen auch die im *Baukastensystem* angebotenen Reisen, wonach der Reisende die verschiedenen, vom Veranstalter in seinem Prospekt angepriesenen Leistungen beliebig zusammenstellen kann, unter das PauRG. Selbst Reisen, die der Reisende ohne Katalog des Anbieters nach seiner freien Wahl auswählt (sog *dynamic packaging*), sind Pauschalreisen iSd PauRG (s auch PauRG 6 I c), soweit die Bündelung der einzelnen Teilleistungen bis zum Vertragsschluss erfolgt (s für Pauschalreise-RL: EuGH C-400/00; gIM ROBERTO, BSK OR PRG 1 N 7; aM HANGARTNER, 18; STAUDER, CR LVF 1 N 9; zur schwierigen Abgrenzung zwischen einer Pauschal- und einer Individualreise bei Buchungen übers Internet s ROBERTO, Ausgefallene Flüge, 16). Leistungen, die der Veranstalter zwar in seinem Prospekt anbietet, die der Reisende aber erst vor Ort bucht, fallen ebenfalls unter das PauRG, soweit der Veranstalter im Prospekt nicht ausdrücklich auf einen Fremdveranstalter hingewiesen hat.

11 Schliesslich ist weder vorausgesetzt, dass die einzelne Leistung **entgeltlich** ist (so auch Pauschalreise-RL: EuGH C-400/00; C-237/97 Ziff 26; C-140/97 Ziff 30 ff) noch dass die Pauschalreise zu einem **Pauschalpreis** angeboten wird. Nach **PauRG 1 II** (entgegen PauRG 1 I) können die einzelnen Teilleistungen oder sämtliche Leistungen getrennt berechnet werden (HAN-

GARTNER, 19; STAUDER, CR LVF 1 N 10). Der Pauschalpreis ist damit nicht Voraussetzung, sondern lediglich *Indiz* für das Vorliegen einer Pauschalreise iSd PauRG (BGE 4C.125/2004 E 2.3; ROBERTO, BSK OR PRG 1 N 10; s auch für Pauschalreise-RL: EuGH C-140/97).

Art. 2

Veranstalter, Vermittler und Konsument

- ¹ Als Veranstalter oder Veranstalterin (Veranstalter) gilt jede Person, die Pauschalreisen nicht nur gelegentlich organisiert und diese direkt oder über einen Vermittler anbietet.
- ² Als Vermittler oder Vermittlerin (Vermittler) gilt die Person, welche die vom Veranstalter zusammengestellte Pauschalreise anbietet.
- ³ Als Konsument oder Konsumentin (Konsument) gilt jede Person:
 - a. welche eine Pauschalreise bucht oder zu buchen sich verpflichtet;
 - b. in deren Namen oder zu deren Gunsten eine Pauschalreise gebucht oder eine Buchungsverpflichtung eingegangen wird;
 - c. welcher die Pauschalreise nach Artikel 17 abgetreten wird.

1 Veranstalter (PauRG 2 I) ist jede natürliche oder juristische (Bot PauRG 1992 V, 764) Person, die *gewerbmässig* Reisen organisiert. Gewerbmässigkeit liegt vor, wenn die Organisation eine Regelmässigkeit aufweist und zum Zweck der Gewinnerzielung erfolgt (gIM ROBERTO, BSK OR PRG 2 N 6; WEBER-STECHER, 32; gegen die Gewinnerzielung STAUDER, CR LVF 2 N 3; ebenso für Pauschalreise-RL: EuGH C-237/97). Die Einschränkung auf gewerbmässig tätige Veranstalter rechtfertigt sich mE ua aus Gründen der einheitlichen Rechtsanwendung im Konsumentenrecht (s BV 97; ZPO 32 II; IPRG 120; LugÜ 15 I c; OR 40a I a). Zudem ist nur Veranstalter, wer die Reise *in eigener Verantwortung* organisiert. Entscheidend ist nicht, ob sich der Veranstalter als solchen bezeichnet, sondern wie er aus der Sicht des Konsumenten wahrgenommen wird (BGE 4C.125/2004 E 2.1; ROBERTO, BSK OR PRG 2 N 5 und 9; TERCIER/FAVRE, N 6496; s auch N 3).

2 Der Veranstalter hat die Reise in eigener Verantwortung zu erbringen, muss aber nicht selber leisten. Die *Erfüllung* kann auch durch Dritte erfolgen (sog Leistungsträger; s PauRG 12 I, 14 I/II), die als Erfüllungsgehilfen des Veranstalters handeln (OR 101 I). Bei Nicht- oder Schlechterfüllung hat sich der Konsument am Veranstalter bzw Vermittler (s N 3) schadlos zu halten (PauRG 13 ff). Ausnahmsweise besteht ein direkter Erfüllungsanspruch gegenüber dem Leistungsträger iSv OR 112 II.

3 Der **Vermittler (PauRG 2 II)** erbringt die Leistungen einer Pauschalreise nicht in eigener Verantwortung, sondern bietet (als Stellvertreter, OR 32) eine vom Veranstalter zusammengestellte und organisierte Pauschalreise an (missverständlich PauRG 14 I, 15 II, 17 II, 18 I). Der Vertrag des Reisenden mit

einem Vermittler ist ein *Reisevermittlungsvertrag*, der nicht dem PauRG, sondern dem Auftrags-, Mäkler- oder Agenturvertragsrecht unterliegt (BGE 115 II 474 E 2a; STAUDER, CR LVF 2 N 5; nach ROBERTO, BSK OR PRG 2 N 8, und HONSELL, Obligationenrecht, 461, ist ausschliesslich Auftragsrecht anwendbar). Ob es sich im Einzelfall um einen Reisevermittlungs- oder Pauschalreisevertrag handelt, bestimmt sich nach dem Vertrauensprinzip (BGE 4C.125/2004 E 2.1; 115 II 474 E 2a; 111 II 270 E 5; STAUDER, CR LVF 2 N 4, 6 f; s auch N 1; TERCIER/FAVRE, N 6496).

4 Als **Konsument (PauRG 2 III)** gilt, wer eine Pauschalreise bucht oder zu buchen sich verpflichtet (*lit a*), in dessen Namen (s OR 32) oder zu dessen Gunsten eine Pauschalreise gebucht oder eine Buchungsverpflichtung eingegangen wird (*lit b*) oder der den Vertrag von einem Dritten gestützt auf PauRG 17 übernimmt (*lit c*).

5 Das PauRG lässt offen, ob sich nur *natürliche Personen*, die eine Reise aus privatem Zweck buchen (*Urlaubsreise*), oder ob sich auch gewerblich Reisende (Geschäftsreise) und juristische Personen auf das PauRG berufen können. Obwohl die hL die Anwendbarkeit des PauRG auch auf gewerblich Reisende und auf juristische Personen bejaht (HANGARTNER, 28; KOLLER-TUMLER, 205; STAUDER, CR LVF 2 N 9; TERCIER/FAVRE, N 6502), rechtfertigt sich mE eine Einschränkung auf natürliche Personen, die eine Urlaubsreise buchen, und zwar (i) aus Gründen der einheitlichen Auslegung des Konsumentenbegriffs (s BV 97; PrHG; OR 40a ff; ZPO 32 II; IPRG 114/120; LugÜ 15 I; BGE 121 III 339 E 4d; zu ZPO 32 II s FELLER/BLOCH, ZPO-Komm, ZPO 32 N 15 ff) sowie (ii) aufgrund der Tatsache, dass das PauRG als Sonderprivatrecht restriktiv auszulegen ist (gLM ZGGVP 2010, 257 E 2.3; ROBERTO, BSK OR PRG 2 N 7 mit Bezug auf die Einschränkung auf Urlaubsreisen, nicht aber mit Bezug auf die juristischen Personen).

Art. 3

2. Abschnitt: Prospekte

Veröffentlicht ein Veranstalter oder ein Vermittler einen Prospekt, so sind die darin enthaltenen Angaben für ihn verbindlich; sie können nur geändert werden:

- a. durch spätere Parteivereinbarung;
- b. wenn der Prospekt ausdrücklich auf die Änderungsmöglichkeit hinweist und die Änderung dem Konsumenten vor Vertragsschluss klar mitgeteilt wird.

1 Als **Prospekt** gelten sämtliche Informationsblätter, Kataloge und Inserate, die einem unbestimmten Adressatenkreis in Papierform oder mittels elektronischer Medien zugänglich gemacht werden (HANGARTNER, 35; TERCIER/FAVRE, N 6512).

2 In der **Ausgestaltung des Prospekts** ist der Veranstalter grundsätzlich frei, hat sich aber bei Texten, Fotos etc an das *Wahrheits- und Klarheitsgebot* sowie *Irreführungsverbot* zu halten (UWG 3 lit b). Auf negative Tatsachen hat er hinzuweisen (zB verschmutzter Strand, Lärmimmissionen des hoteleigenen Nachtclubs). Zum **Mindestinhalt von Prospekten** s PBV 13 und 14.

3 Die in PauRG 3 genannte **Verbindlichkeit** bezieht sich nicht auf den Vertragsschluss: Ein Prospekt des Veranstalters gilt nicht als Angebot im Sinn einer zeitlich ersten Willenserklärung (OR 1; auch nicht als Ausnahme von OR 7 II), sondern als **Einladung zur Offertstellung** (HANGARTNER, 35, 39; HONSELL, Obligationenrecht, 463; STAUDER, CR LVF 3 N 5; auch Pauschalreise-RL: REICH/MICKLITZ, N 18.11).

4 Die im Gesetzestext formulierte **Verbindlichkeit** bedeutet, dass (i) der Prospekt *Bestandteil des Vertrags* ist, wenn der Reisende gestützt auf den Prospekt bucht, und (ii) die Prospektangaben als *zugesicherte Eigenschaften* gelten, an die der Veranstalter im PauRG 12 I gebunden ist (HANGARTNER, 39; STAUDER, CR LVF 3 N 6; ROBERTO, BSK OR PRG 3 N 2).

5 **Änderungen** von Prospektangaben können nur erfolgen, wenn (i) die Parteien etwas anderes vereinbaren (**lit a**) oder (ii) der Prospekt einen Änderungsvorbehalt enthält (**lit b**), wobei die Änderung weder den Charakter der Reise verändern noch nach Vertragsschluss erfolgen darf (HANGARTNER, 39 f; TERCIER/FAVRE, N 6515).

Art. 4

3. Abschnitt: Information des Konsumenten Vor Vertragsschluss

¹ Der Veranstalter oder der Vermittler muss dem Konsumenten vor Vertragsschluss alle Vertragsbedingungen schriftlich mitteilen.

² Die Vertragsbedingungen können dem Konsumenten auch in einer anderen geeigneten Form vermittelt werden, vorausgesetzt, dass sie ihm vor Vertragsschluss schriftlich bestätigt werden. Die Pflicht zur schriftlichen Bestätigung fällt dahin, wenn ihre Erfüllung eine Buchung oder einen Vertragsschluss unvermeidlich würde.

³ Soweit dies für die Pauschalreise von Bedeutung ist, muss der Veranstalter oder der Vermittler den Konsumenten vor Vertragsschluss schriftlich oder in einer anderen geeigneten Form allgemein informieren:

- a. über die für Staatsangehörige der Staaten der EG und der EFTA geltenden Pass- und Visumserfordernisse, insbesondere über die Fristen für die Erlangung dieser Dokumente;
- b. über gesundheitspolizeiliche Formalitäten, die für die Reise und den Aufenthalt erforderlich sind.

⁴ Staatsangehörige anderer Staaten haben Anspruch auf die Informationen nach Absatz 3 Buchstabe a, wenn sie diese unverzüglich verlangen.

1 Das PauRG enthält **umfassende Informationspflichten des Veranstalters** (oder des als Stellvertreter des Veranstalters handelnden Vermittlers; s dazu PauRG 2 N 3). Neben den in PauRG 4/5 umschriebenen Informationspflichten ergeben sich weitere Informationspflichten aus PauRG 6.

2 PauRG 4 umschreibt zwei Arten von **vorvertraglichen Informationspflichten**:

3 (i) Der Veranstalter hat dem Reisenden **unabhängig der Art der Pauschalreise alle Vertragsbedingungen** mitzuteilen (**PauRG 4 I**), insb die Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB). Die Informationen haben *schriftlich* zu erfolgen, dh, AGB werden für den Reisenden nur verbindlich, wenn sie vor Vertragsschluss schriftlich in vollständiger Fassung mitgeteilt werden. Weder ein Aushang in den Geschäftsräumlichkeiten, ein blosser Verweis auf die AGB (aM ROBERTO, BSK OR PRG 4 N 2) oder ein Auszug aus den AGB (HANGARTNER, 44; STAUDER, CR LVF 4 N 4) noch der Einbezug der AGB nach Vertragsschluss (zB durch Zustellung mit der Rechnung oder Reisebestätigung bei telefonischer Buchung) genügen (HANGARTNER, 44; ROBERTO, BSK OR PRG 4 N 2; STAUDER, CR LVF 4 N 3/4). Der Abdruck der AGB im Prospekt genügt nur, wenn der Veranstalter beweisen kann, dass der Reisende im Besitz des Prospekts ist.

4 **PauRG 4 II**, wonach die Vertragsbedingungen dem Reisenden auch *in einer anderen geeigneten Form* vermittelt werden können, kann nur dahingehend ausgelegt werden, dass eine schriftliche Mitteilung *ausnahmsweise* entfallen kann, wenn die Buchung dadurch verunmöglicht würde (zB bei Last-minute-Reisen; ROBERTO, recht 1994, 10; STAUDER, CR LVF 4 N 5; nach HANGARTNER, 46, nur bei Last-second-Reisen).

5 (ii) Bei **bestimmten Pauschalreisen** trägt der Veranstalter zusätzliche Informationspflichten (**PauRG 4 III**) über Einreisevorschriften, dh Pass- und Visumserfordernisse und Fristen für die Erlangung dieser Dokumente (*lit a*), sowie über gesundheitspolizeiliche Formalitäten (zB Impfungen; *lit b*). Die Informationen über Einreisevorschriften bestehen gegenüber EU- und EFTA-Staatsangehörigen in jedem Fall, gegenüber anderen Staatsangehörigen nur auf deren Verlangen (**PauRG 4 IV**). Diese Informationen sind vor Vertragsabschluss *schriftlich oder in geeigneter Form* mitzuteilen. Stehen die Informationen bereits in einem Prospekt, erübrigt sich eine spätere Informationspflicht. Der Veranstalter trägt diesfalls jedoch die Beweispflicht, dass der Prospekt dem Reisenden ausgehändigt wurde.

6 Eine **Verletzung** dieser Informationspflichten führt nicht zur Ungültigkeit des Vertrags. Der Konsument kann aber vom Vertrag zurücktreten, ohne Schadenersatz leisten zu müssen. Ausserdem kann die Verletzung der Informationspflichten zu Schadenersatzansprüchen des Konsumenten führen (PauRG 14/15; ROBERTO, BSK OR PRG 4 N 7; STAUDER, CR LVF 4 N 15).

Art. 5

Vor Reisebeginn

Der Veranstalter oder der Vermittler muss dem Konsumenten rechtzeitig vor dem Abreisetermin schriftlich oder in einer anderen geeigneten Form mitteilen:

- a. Uhrzeiten und Orte von Zwischenstationen und Anschlussverbindungen;
- b. den vom Reisenden einzunehmenden Platz;
- c. Name, Adresse und Telefonnummer der örtlichen Vertretung des Veranstalters oder des Vermittlers oder, wenn eine solche Vertretung fehlt, der örtlichen Stellen, welche dem Konsumenten bei Schwierigkeiten Hilfe leisten können; fehlen auch solche Stellen, so sind dem Konsumenten auf jeden Fall eine Notrufnummer oder sonstige Angaben mitzuteilen, mit deren Hilfe er mit dem Veranstalter oder dem Vermittler Verbindung aufnehmen kann;
- d. bei Auslandsreisen und -aufhalten einer minderjährigen Person Angaben darüber, wie eine unmittelbare Verbindung zu dieser Person oder den an ihrem Aufenthaltsort Verantwortlichen hergestellt werden kann;
- e. Angaben über den möglichen Abschluss einer Reiserücktrittsversicherung oder einer Versicherung zur Deckung der Rückführungskosten bei Unfall oder Krankheit.

1 PauRG 5 enthält Informationspflichten des Veranstalters **nach Vertragsschluss**, aber **vor Antritt der Reise** über (i) die *Abwicklung der Pauschalreise* (lit a–d) und (ii) die Möglichkeit zum *Abschluss bestimmter Versicherungen* (lit e). Diese Pflichten bestehen nur, soweit der Reisende nicht bereits benachrichtigt wurde, dem Veranstalter die Angaben bereits bekannt sind (zB Sitzplatznummer) und die Information überhaupt möglich ist (zB Veranstalter verfügt über keine Auslandsvertretung).

2 **Zusätzlich** hat der Veranstalter gestützt auf ZGB 2 I den Reisenden über *alle wichtigen Ereignisse* und Änderungen iZm der Reise sowie über *unbekannte Gefahren* zu orientieren, die seit Vertragsschluss entstanden sind (STAUDER, CR LVF 5 N 5).

3 Diese Informationen haben **rechtzeitig**, dh spätestens vor Reisebeginn (HANGARTNER, 63; STAUDER, CR LVF 5 N 2), und **schriftlich oder in anderer geeigneter Form** zu erfolgen.

4 Eine Verletzung dieser Informationspflichten kann zu Schadenersatzansprüchen des Reisenden führen (TERCIER/FAVRE, N 6512).

Art. 6*4. Abschnitt: Inhalt des Vertrages*

¹ Unabhängig von der Art der vereinbarten Leistungen muss der Vertrag angeben:

- a. den Namen und die Adresse des Veranstalters und des allfälligen Vermittlers;
- b. das Datum, die Uhrzeit und den Ort von Beginn und Ende der Reise;
- c. die Sonderwünsche des Konsumenten, die vom Veranstalter oder vom Vermittler akzeptiert wurden;
- d. ob für das Zustandekommen der Pauschalreise eine Mindestteilnehmerzahl erforderlich ist, und, gegebenenfalls, wann spätestens dem Konsumenten eine Annullierung der Reise mitgeteilt wird;
- e. den Preis der Pauschalreise sowie den Zeitplan und die Modalitäten für dessen Zahlung;
- f. die Frist, innert welcher der Konsument allfällige Beanstandungen wegen Nichterfüllung oder nicht gehöriger Erfüllung des Vertrags erheben muss;
- g. den Namen und die Adresse des allfälligen Versicherers.

² Je nach Art der vereinbarten Leistungen muss der Vertrag auch angeben:

- a. den Bestimmungsort und, wenn mehrere Aufenthalte vorgesehen sind, deren Dauer und Termine;
- b. die Reiseroute;
- c. die Transportmittel, ihre Merkmale und Klasse;
- d. die Anzahl der Mahlzeiten, die im Preis der Pauschalreise inbegriffen sind;
- e. die Lage, die Kategorie oder den Komfort und die Hauptmerkmale der Unterbringung sowie deren Zulassung und touristische Einstufung gemäss den Vorschriften des Gaststaates;
- f. die Besuche, die Ausflüge und die sonstigen Leistungen, die im Preis der Pauschalreise inbegriffen sind;
- g. die Voraussetzungen einer allfälligen Preiserhöhung nach Artikel 7;
- h. allfällige Abgaben für bestimmte Leistungen, wie Landegebühren, Ein- oder Ausschiffsgebühren in Häfen und entsprechende Gebühren auf Flughäfen und Aufenthaltsgebühren, die nicht im Preis der Pauschalreise inbegriffen sind.

1 PauRG 6 spricht zwar vom Inhalt des Vertrags, tatsächlich handelt es sich aber um den **Inhalt der Reisebestätigung**, die den abgeschlossenen Vertrag bestätigt (HANGARTNER, 53; STAUDER, CR LVF 6 N 1).

2 Während die **einzelnen Angaben** in **PauRG 6 I** für jede Pauschalreise zwingend in der Reisebestätigung aufzuführen sind, bilden die in **PauRG 6 II** aufgezählten Angaben nur dann zwingenden Bestandteil der Bestätigung, soweit bestimmte Leistungen vereinbart wurden. Ein Verweis auf Vertragsbestandteile oder den Prospekt genügt nicht (glM STAUDER, CR LVF 6 N 6; aM HANGARTNER, 54; ROBERTO, BSK OR PRG 6 N 1).

3 PauRG 6 äussert sich weder zur **Form** der Reisebestätigung noch zum **Zeitpunkt** der Aushändigung. Zu empfehlen ist eine schriftliche Reisebestätigung, die beim Vertragsschluss oder unmittelbar danach, spätestens aber vor Reisebeginn abzugeben ist (HANGARTNER, 53; STAUDER, CR LVF 6 N 3/5).

4 Die Reisebestätigung ist **deklaratorischer Natur**; widersprechen sich Vertragsbestimmungen und Reisebestätigung, gehen Erstere vor (HANGARTNER, 53 f; STAUDER, CR LVF 6 N 4).

5 Verletzt der Veranstalter die Informationspflichten nach PauRG 6, hat der Reisende keinen unmittelbaren Durchsetzungsanspruch (ROBERTO, BSK OR PRG 6 N 2). Allerdings führt eine **fehlende oder unvollständige Reisebestätigung** zu Nachteilen des Veranstalters. Er kann sich zB nicht auf den Vorbehalt der Mindestteilnehmerzahl berufen (PauRG 6 I d), kann keine Preisänderungen geltend machen (PauRG 6 II g) oder bestimmte Abgaben und Gebühren verlangen (PauRG 6 II h).

6 Informationen zu den **Preisen** (PauRG 6 I e) haben aufgrund von PBV 10 I n iVm 11 I bereits zwingend im Prospekt (s PauRG 3) zu stehen, sofern ein solcher ausgehändigt wird. Eine Verletzung führt zur strafrechtlichen Folgen nach PBV 21 iVm UWG 24.

Art. 7

5. Abschnitt: Preiserhöhungen

Eine Erhöhung des vertraglich festgelegten Preises ist **nur zulässig**, wenn:

- a. der Vertrag diese Möglichkeit ausdrücklich vorsieht und genaue Angaben zur Berechnung des neuen Preises enthält;
- b. sie mindestens drei Wochen vor dem Abreisetermin erfolgt; und
- c. sie mit einem Anstieg der Beförderungskosten, einschliesslich der Treibstoffkosten, einer Zunahme der Abgaben für bestimmte Leistungen, wie Landegebühren, Ein- oder Ausschiffungsgebühren in Häfen und entsprechende Gebühren auf Flughäfen, oder mit einer Änderung der für die Pauschalreise geltenden Wechselkurse begründet ist.

1 Preiserhöhungen sind grundsätzlich unzulässig (PauRG 7 e contrario). Ausnahmsweise darf in den vom **Gesetz abschliessend aufgezählten Fällen** (lit c) eine Preiserhöhung vorgenommen werden, namentlich bei Anstieg der Beförderungskosten (inkl Treibstoffkosten), Zunahme der Abgaben oder Gebühren für bestimmte Leistungen (zB Ein- und Ausschiffungsgebühren, Gebühren auf Flughafen, nicht aber MWST-Erhöhungen im Urlaubsland; ROBERTO, BSK OR PRG 7 N 4) oder Änderung der für die Pauschalreise geltenden Wechselkurse.

2 Eine solche Erhöhung ist jedoch nur bei Vorliegen der folgenden **kumulativen** Voraussetzungen möglich:

- 3 (i) Der Vorbehalt einer Preiserhöhung wurde *vertraglich* vereinbart (**lit a**) und in der Reisebestätigung wiederholt (PauRG 6 II g); ein Vorbehalt in den AGB oder im Prospekt genügt nicht (HANGARTNER, 75; TERCIER/FAVRE, N 6533, die allerdings nur eine Bekanntgabe in einem Prospekt als genügend erachten);
- 4 (ii) Der Vertrag enthält die für den Reisenden bei Vertragsschluss nachvollziehbare *Berechnungsmethode* (**lit a**; umstritten ist die konkrete Ausgestaltung von Preisänderungsklauseln; s fürs deutsche Recht: TONNER, MK BGB 651a N 101);
- 5 (iii) Die Bekanntgabe der Preiserhöhung hat *drei Wochen*, dh 21 Tage vor Abreisedatum, dem Reisenden zuzugehen (sog Schonfrist; **lit b**; HANGARTNER, 77; bei verspäteter Bekanntgabe stehen dem Reisenden die Rechte gem PauRG 10 zu).
- 6 Eine **Preiserhöhung von mehr als 10%** hat der Reisende selbst bei Vorliegen der vorstehend genannten Voraussetzungen nicht mehr gegen sich gelten zu lassen (PauRG 8 II) und kann vom Vertrag zurücktreten (PauRG 10 I).
- 7 **Preissenkungen** müssen nicht an den Reisenden weitergegeben werden (anders Pauschalreise-RL).

Art. 8

6. Abschnitt: Wesentliche Vertragsänderungen

Begriff

- ¹ Als wesentliche Vertragsänderung gilt jede erhebliche Änderung eines wesentlichen Vertragspunktes, welche der Veranstalter vor dem Abreiseterrmin vornimmt.
- ² Eine Preiserhöhung von mehr als zehn Prozent gilt als wesentliche Vertragsänderung.

1 Gem PauRG 8 I gilt als wesentliche Vertragsänderung jede **erhebliche Änderung** eines **wesentlichen Vertragspunkts**. Unerhebliche Änderungen eines beliebigen Vertragspunkts oder erhebliche Änderungen eines unwesentlichen Vertragspunkts sind daher e contrario vom Reisenden hinzunehmen (PauRG 10; HANGARTNER, 81).

2 Ob eine Vertragsänderung erheblich ist, entscheidet sich nach den Umständen im Einzelfall.

3 Nach ROBERTO und STAUDER ist in Analogie zu PauRG 8 II generell von einer erheblichen Änderung auszugehen, wenn die Leistungsänderung den Wert der Reise um mehr als 10% herabsetzt (ROBERTO, recht 1994, 15; STAUDER, CR LVF 8 N 6). Eine **erhebliche Änderung** liegt zB vor bei Änderung des Reisezwecks oder -charakters oder der Reisedestination (HANGARTNER, 81; ROBERTO, BSK OR PRG 8 N 1); Wechsel von Flug auf Bahn bzw Bahn

auf Bus und je umgekehrt; Wechsel von Business zu Economy, von Linien- zu Charterflug oder Wechsel der Fluggesellschaft. Hingegen ist der Wechsel des Hotels durch ein Hotel gleicher oder besserer Kategorie nur erheblich, sofern das ursprüngliche Hotel für den Reisenden subjektiv wesentlich war (HANGARTNER, 81).

4 Die Bestimmung des **wesentlichen Vertragspunkts** erfolgt nach den Vorschriften des Irrtumsrechts; s OR 23 (HANGARTNER, 80; TERCIER/FAVRE, N 6525).

5 Eine **Preiserhöhung über 10%** gilt als wesentliche Vertragsänderung (**PauRG 8 II**). Der Reisende kann vom Vertrag zurücktreten (PauRG 10).

6 Im Gegensatz zu PauRG 7 bedarf es für unwesentliche Vertragsänderungen keines ausdrücklichen vertraglichen Vorbehalts. Allfällige Vorbehalte in Prospekten oder Verträgen sind (aufgrund des zwingenden Charakters des PauRG) nicht verbindlich (ROBERTO, BSK OR PRG 8 N 3; STAUDER, CR LVF 8 N 4).

Art. 9

Mitteilungspflicht

Der Veranstalter teilt dem Konsumenten so bald wie möglich jede wesentliche Vertragsänderung mit und gibt deren Auswirkung auf den Preis an.

1 Der Reisende ist über die Vertragsänderung und deren Auswirkung auf den Preis **unverzüglich** zu unterrichten, will der Veranstalter seine Abänderungsrechte nicht verwirken. Für die Mitteilung gilt mangels Vorschrift und entgegen der Regelung in Bezug auf Preiserhöhungen (PauRG 8) jedoch *keine Schonfrist*, weshalb sie bis Reiseantritt erfolgen kann. Dem Reisenden muss aber genügend Zeit zur Geltendmachung seiner Rechte nach PauRG 10 eingeräumt werden (HANGARTNER, 84; STAUDER, CR LVF 9 N 2).

2 Die Mitteilung kann **mündlich oder schriftlich** erfolgen.

Art. 10

Konsumentenrechte

¹ **Der Konsument kann eine wesentliche Vertragsänderung annehmen oder ohne Entschädigung vom Vertrag zurücktreten.**

² **Er teilt den Rücktritt vom Vertrag dem Veranstalter oder dem Vermittler so bald wie möglich mit.**

- ³ **Tritt der Konsument vom Vertrag zurück, so hat er Anspruch:**
- a. auf Teilnahme an einer anderen gleichwertigen oder höherwertigen Pauschalreise, wenn der Veranstalter oder der Vermittler ihm eine solche anbieten kann;
 - b. auf Teilnahme an einer anderen minderwertigen Pauschalreise sowie auf Rückerstattung des Preisunterschieds; oder
 - c. auf schnellstmögliche Rückerstattung aller von ihm bezahlten Beträge.
- ⁴ Vorbehalt bleibt der Anspruch auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung des Vertrages.

1 Bei wesentlichen Vertragsänderungen hat der Reisende gem PauRG 10 ein **doppeltes Wahlrecht**:

2 (i) Der Reisende kann entweder die **Änderung** – auch konkludent (Bot PauRG 1993 I, 888) – **annehmen** (OR 116; ROBERTO, BSK OR PRG 10 N 1) oder vom **Vertrag zurücktreten (PauRG 10 I)**.

3 (ii) Beim Vertragsrücktritt hat der Reisende folgende Möglichkeiten (**PauRG 10 III**):

4 *lit a*: Teilnahme an einer gleich- oder höherwertigen Pauschalreise, sofern der Veranstalter eine solche Ersatzreise anbieten kann (umstritten, ob der Reisende eine höherwertige Reise verlangen kann, wenn keine gleichwertige zur Auswahl steht; s ROBERTO, recht 1994, 15);

5 *lit b*: Teilnahme an einer minderwertigen Reise und Anspruch auf den Differenzbetrag zwischen den beiden Reisen, der sich nach der relativen Berechnungsmethode bemisst (PauRG 13 N 7; HANGARTNER, 89); oder

6 *lit c*: Verzicht auf die Reise und Anspruch auf Rückzahlung sämtlicher bezahlten Beträge inkl Zins, die innert drei Tagen zu erfolgen hat (HANGARTNER, 90; STAUDER, CR LVF 10 N 7).

7 Zusätzlich zu lit a–c (s N 4–6) hat der Reisende das Recht, auf Kosten des Veranstalters bei einem Dritten und analog OR 366 II ohne richterliche Ermächtigung (glM STAUDER, CR LVF 10 N 10; aM HANGARTNER, 88 f. der analog OR 98 I die richterliche Ermächtigung verlangt) eine **Ersatzreise** zu buchen, soweit der Veranstalter keine adäquate Ersatzreise (PauRG 10 III a) anbietet.

8 Nach **PauRG 10 IV** hat der Reisende neben den Wahlrechten (PauRG 10 I–III) **Schadenersatzanspruch** aus Nichterfüllung (zur Höhe s PauRG 15; s auch PauRG 11). In diesem Zusammenhang ist auch auf die Verordnung (EG) Nr 261/2004 vom 11.2.2004 über eine gemeinsame Regelung für Ausgleichs- und Unterstützungsleistungen für Fluggäste im Fall der Nichtbeförderung und bei Annullierung oder grosser Verspätung von Flügen hinzuweisen, die von der Schweiz am 1.12.2006 übernommen wurde und auch für Pauschalreisen gilt (wobei mE die Ansprüche nicht nur gegen den Veranstalter [s PauRG 2 N 1], sondern auch gegen das Flugunternehmen direkt geltend gemacht werden können). Danach haben Reisende bei Verspätungen, Überbuchungen und Flugannulationen von Flügen mit schweizerischen Linien- und Chartergesell-

schaften sowie bei Starts sämtlicher Fluggesellschaften von einem schweizerischen Flughafen Anspruch auf detailliert geregelte Entschädigungen (s auch NZZ vom 30.11.2006, 15; <<http://www.bazl.admin.ch/dienstleistungen/passagierrechte/index.html>> [22.8.2011]; http://ec.europa.eu/transport/passengers/air/air_en.htm [22.8.2011]).

9 Dem Veranstalter steht **kein Kostenersatz für entstandene Aufwendungen** gegenüber dem Reisenden zu; entsprechende Vorbehalte in Prospekten, AGB oder im Vertrag sind nichtig (STAUDER, CR LVF 10 N 5).

Art. 11

7. Abschnitt: Annullierung der Pauschalreise

¹ Annulliert der Veranstalter die Reise vor dem Abreisetermin aus einem nicht vom Konsumenten zu vertretenden Umstand, so stehen diesem die Ansprüche nach Artikel 10 zu.

² Der Konsument hat jedoch keinen Anspruch auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung des Vertrages:

- a. wenn die Annullierung erfolgt, weil die Anzahl der Personen, welche die Pauschalreise gebucht haben, nicht die geforderte Mindestteilnehmerzahl erreicht und die Annullierung dem Konsumenten innert der im Vertrag angegebenen Frist schriftlich mitgeteilt wurde, oder
- b. wenn die Annullierung auf höhere Gewalt zurückzuführen ist. Überbuchung gilt nicht als höhere Gewalt.

1 Annulliert der Veranstalter die Pauschalreise, stehen dem Reisenden die **Wahlrechte** nach PauRG 10 I/III zu (TERCIER/FAVRE, N 6544 und 6575; s für annullierte Flüge die auch für die Schweiz geltende Verordnung [EG] Nr 261/2004 vom 11.2.2004; s PauRG 10 N 8).

2 Neben den Wahlrechten hat der Reisende **Anspruch auf Schadenersatz** (PauRG 11 I/II iVm 10 IV; s auch Verordnung [EG] Nr 261/2004 vom 11.2.2004; s PauRG 10 N 8), *es sei denn*:

3 (i) die Annullierung ist auf die ungenügende Teilnehmerzahl zurückzuführen (**PauRG 11 II a**), wobei der Annullierungsvorbehalt in Bezug auf die ungenügende Teilnehmerzahl mindestens im Prospekt enthalten sein (der Vorbehalt in der Reisebestätigung ist ungenügend; gem ROBERTO, BSK OR PRG 11 N 3, muss er Vertragsbestandteil sein) und die Annullierung vor Ablauf einer dreiwöchigen Schonfrist (analog PauRG 7 lit b) erfolgen muss (STAUDER, CR LVF 11 N 7);

4 (ii) die Reise wird aufgrund höherer Gewalt unmöglich (**PauRG 11 II b**; s auch Verordnung [EG] Nr 261/2004 vom 11.2.2004; s PauRG 10 N 8). Unter den Begriff der höheren Gewalt fallen zB Unruhen, Epidemien, Naturkatastrophen, Streik, nicht aber Terroranschläge und Überbuchungen (s PauRG 11 II b).

Art. 12

8. Abschnitt: Nichterfüllung und nicht gehörige Erfüllung des Vertrages Beanstandung

¹ Der Konsument muss jeden Mangel bei der Erfüllung des Vertrages, den er an Ort und Stelle feststellt, so bald wie möglich schriftlich oder in einer anderen geeigneten Form gegenüber dem betreffenden Dienstleistungsträger sowie gegenüber dem Veranstalter oder dem Vermittler beanstanden.

² Im Fall einer Beanstandung bemüht sich der Veranstalter, der Vermittler oder seine örtliche Vertretung nach Kräften um geeignete Lösungen.

1 Der **Mangelbegriff** des PauRG stimmt mit demjenigen des Kauf- und Werkvertragsrechts (OR 197 I bzw 368 II) überein und bedeutet eine Abweichung des Ist- vom Sollzustand. Massgebend ist die Gesamtleistung und nicht die einzelne Teilleistung (ROBERTO, BSK OR PRG 12 N 3).

2 Unterschieden wird zwischen **vorausgesetzten und zugesicherten Eigenschaften**:

3 (i) Als **zugesichert** gelten Eigenschaften aufgrund der (auch konkludenten) Zusage des Veranstalters, der Reisebestätigung (PauRG 6) oder des Prospekts (PauRG 3). Eine Abweichung ist stets ein Mangel, unabhängig davon, ob der Mangel den Wert oder die Tauglichkeit der Reise beeinträchtigt (HANGARTNER, 104; ROBERTO, BSK OR PRG 12 N 4). Zu unterscheiden sind die zugesicherten Eigenschaften von den sog Anpreisungen. Letztere sind reine Werturteile (zB Traumstrand, einzigartige Hotelanlage), für die der Veranstalter nicht einzustehen hat (zur Schwierigkeit der Abgrenzung zwischen Anpreisungen und Zusicherungen s ROBERTO, BSK OR PRG 12 N 4).

4 (ii) Als **vorausgesetzt** gelten Eigenschaften, die iZm der Gebrauchstauglichkeit oder dem Wert der Reise stehen, die aber nicht auf einer Zusage beruhen, sondern mit denen ein Durchschnittsreisender rechnen darf (ZGGVP 2010, 258, E 3; HANGARTNER, 102; STAUDER, CR LVF 12 N 4/8). Sie sind nach dem Vertragsinhalt zu konkretisieren, dh nach dem Prospekt, der Reisebestätigung, dem Reisecharakter und Reisezweck (ROBERTO, BSK OR PRG 12 N 5; TERCIER/FAVRE, N 6537). Mangels abweichender Vereinbarungen ist der inländische Standard massgebend: Orts- oder Landesüblichkeitsklauseln in AGB sind unbeachtlich (ROBERTO, BSK OR PRG 12 N 5; STAUDER, CR LVF 12 N 7). Der Veranstalter hat – anders als bei den zugesicherten Eigenschaften – nur für erhebliche Mängel einzustehen. Zur Abgrenzung zwischen erheblichen und unerheblichen Mängeln s die umfangreiche Kasuistik in Deutschland, insb die sog Frankfurter Tabelle (NJW 1985, 113 ff, ergänzt in NJW 1994, 1639 ff; ECKERT, BGB-Komm, Anh zu BGB 651d); s auch die weiteren in der deutschen Praxis häufig angewendeten Tabellen: Mainzer Minderungsspiegel, Kemptener Reisemängeltabelle (<<http://www.reiserecht-fuehrich.de/PDFs/KemptenerTab%202-2010.pdf>> [22.8.2011]) oder die ADAC-Tabelle (<http://www.adac.de/_mm/pdf/2011-ADAC-Tabelle>

Reisepreisminderung_30348.pdf> [22.8.2011]; s zum Ganzen DEPPENKEMPER, BGB-Komm, BGB 651d N 8).

5 Grundsätzlich trifft den Reisenden für jeden Mangel eine **Rügeobliegenheit**, bevor er sich auf seine Rechte berufen kann (**PauRG 12 I**). *Ausnahmsweise* kann er auf die Mängelrüge verzichten (zB bei Unerreichbarkeit des Veranstalters oder der Kontaktperson, unzumutbarem Aufwand oder bei Nutzlosigkeit der Rüge, fehlendem Hinweis auf die Rügeobliegenheit durch den Veranstalter [PauRG 6 I f] oder bei Kenntnis des Veranstalters vom Mangel; HANGARTNER, 117; ROBERTO, BSK OR PRG 12 N 8).

6 Die **Frist** zur Mängelrüge bemisst sich nach den konkreten Umständen, der Schwere des Mangels und Zumutbarkeit der Mängelanzeige sowie dem finanziellen und zeitlichen Aufwand (HANGARTNER, 118 f; STAUDER, CR LVF 12 N 15). Sinnvollerweise hat die Mängelrüge sofort zu erfolgen. Es kann sich aber uU eine Wartefrist aufdrängen (zB Feststellung, ob sich der Mangel wiederholt oder ob er einmalig ist, etwa schlechtes Essen). Eine *unterlassene Anzeige* führt im Gegensatz zum Kauf- und Werkvertragsrecht (OR 201 II bzw 370 II) nicht zu einer Genehmigungsfiktion. Der Reisende kann seine Mängelrüge auch nach Beendigung der Reise anbringen, muss sich aber uU eine Verletzung der Schadensminderungspflicht entgegenhalten lassen (ROBERTO, BSK OR PRG 12 N 7).

7 Die Mängelrüge kann **schriftlich oder mündlich** erfolgen. Aus Beweisgründen empfiehlt sich eine schriftliche Rüge oder eine mündliche Beanstandung zu Protokoll (HANGARTNER, 119; ROBERTO, BSK OR PRG 12 N 12 f; STAUDER, CR LVF 12 N 14).

8 Obwohl das Gesetz eine **doppelte Rügeobliegenheit** vorschreibt (Mängelrüge an Veranstalter und Leistungsträger), kann PauRG 12 I nur als *alternative* Aufzählung verstanden werden: Eine Mängelrüge an die eine oder an die andere Person genügt. Rügt der Reisende beim Vermittler, hat dieser die Rüge gestützt auf seine auftragsrechtlichen Sorgfaltspflichten an den richtigen Adressaten weiterzuleiten (HANGARTNER, 121; ROBERTO, BSK OR PRG 12 N 9).

9 Das PauRG kennt keine besondere **Verjährungsfrist**. Es gilt daher OR 127 (HANGARTNER, 185; aM ROBERTO, BSK OR PRG 12 N 15).

10 Aus **PauRG 12 II** lassen sich keine selbständigen Ansprüche des Reisenden ableiten; s zu seinen Ansprüchen bei mangelhafter Erfüllung PauRG 13.

Art. 13

Ersatzmassnahmen

¹ Wird nach der Abreise ein erheblicher Teil der vereinbarten Leistungen nicht erbracht oder stellt der Veranstalter fest, dass er einen erheblichen Teil der vorgesehenen Leistungen nicht erbringen kann, so hat er:

- a. angemessene Vorkehrungen zu treffen, damit die Pauschalreise weiter durchgeführt werden kann;
- b. den dem Konsumenten daraus entstandenen Schaden zu ersetzen; die Höhe des Schadenersatzes entspricht dem Unterschied zwischen dem Preis der vorgesehenen und jenem der erbrachten Dienstleistungen.

² Können diese Vorkehrungen nicht getroffen werden oder lehnt sie der Konsument aus wichtigen Gründen ab, so hat der Veranstalter für eine gleichwertige Beförderungsmöglichkeit zu sorgen, mit welcher der Konsument zum Ort der Abreise zurückkehren oder an einen anderen mit ihm vereinbarten Ort reisen kann. Ausserdem hat er den dem Konsumenten daraus entstandenen Schaden zu ersetzen.

³ Die Massnahmen dieses Artikels begründen keinen Preisaufschlag.

1 Der Reisende hat bei einer mangelhaften Pauschalreise (PauRG 12) Anspruch auf Ersatzmassnahmen (PauRG 13). Diese sind als **Gewährleistungsrechte** ausgestaltet (gleich dem Kauf-, Miet- und Werkvertragsrecht; OR 197 ff, 258 ff, 367 ff): Der Veranstalter ist für den Erfolg der Reise verantwortlich; nicht vorausgesetzt ist ein Verschulden des Veranstalters (HANGARTNER, 123; STAUDER, CR LVF 13 N 2).

2 Die Formulierung **Nichterbringung eines erheblichen Teils in PauRG 13 I** umfasst zum einen sowohl die Nichterfüllung als auch die Schlechterfüllung (also bei mangelhaft erfüllter Pauschalreise; s ROBERTO, BSK OR PRG 13 N 1; STAUDER, CR LVF 13 N 2). Zum anderen besteht der Anspruch auf Ersatzmassnahmen wider den Wortlaut nicht nur bei erheblichen, sondern iZm dem Recht auf Abhilfe, Minderung und Schadenersatz bei **jedem Mangel** (STAUDER, CR LVF 13 N 3, 18).

3 **PauRG 13 I** kennt folgende Ersatzmassnahmen:

4 Der Reisende hat primär ein **Recht auf Abhilfe** (*lit a*): Abhilfe bedeutet Wiederherstellung des vertragsgemässen Zustands, Leistung gleichwertigen Ersatzes. Die Gleichwertigkeit bestimmt sich nach Preis, Art der Reise und vertraglichen Zusicherungen (ROBERTO, Haftung, 66 f; STAUDER, CR LVF 13 N 8). Eine wertmässig tiefere Ersatzleistung muss der Reisende nicht akzeptieren; nimmt er sie an, verwirkt er allerdings nicht seinen Anspruch auf Ersatz des Minderwerts (*lit b*; STAUDER, CR LVF 13 N 8).

5 Das **Recht auf Abhilfe** steht dem Reisenden zu, wenn (i) der Veranstalter die Möglichkeit zur Beseitigung des Mangels hat, dh ein Abhilfebegehren gestellt wurde, (ii) dem Veranstalter die Behebung des Mangels zumutbar ist (analog OR 368), (iii) keine übermässigen Kosten entstehen und (iv) eine angemessene Frist zur Beseitigung eingeräumt wird (Fristberechnung analog OR 366 II), wobei die Frist abhängig ist von der Art und Intensität des Mangels sowie den Umständen. Analog OR 108 Ziff 1 kann auf eine Fristsetzung verzichtet werden, wenn der Veranstalter die Abhilfe verweigert oder die Abhilfe objektiv unmöglich ist (ROBERTO, Haftung, 65; STAUDER, CR LVF 13 N 8). S zum Recht auf Abhilfe auch ZGGVP 2010, 259 E 5, wonach der Reisende berechtigt war, vom Veranstalter den Ausschluss eines anderen Reise-

teilnehmenden aus der Reisegruppe zu verlangen, wenn dieser die Reise stört (wobei jedoch die vertragliche Verpflichtung des Veranstalters gegenüber dem Ausgeschlossenen nicht ohne Weiteres endet; s auch PauRG 15 N 2).

6 Behebt der Veranstalter den Mangel nicht ordnungsgemäss, hat der Reisende analog OR 366 II – ohne richterliche Ermächtigung – ein **Recht zur Selbstabhilfe** (ZGGVP 2010, 258 E 4). Er hat diesfalls auch Anspruch auf Ersatz seiner (notwendigen) Aufwendungen (PauRG 14/15; ROBERTO, BSK OR PRG 13 N 5).

7 Besteht ein Unterschied zwischen dem Wert der erbrachten und der vereinbarten/vorausgesetzten Leistung, hat der Reisende *kumulativ* zum Abhilfeanspruch ein **Recht auf Schadenersatz** (*lit b*; ZGGVP 2010, 258 E 4), wobei es sich korrekterweise um einen Minderungsanspruch handelt (s zur Unvereinbarkeit dieses Schadensbegriffs mit dem Schadensbegriff der schweizerischen Rechtsordnung WÄGER, N 418 ff; gM CHAIX, SJZ 2005, 416). Berechnungsgrundlage ist der Gesamtpreis, nicht die einzelne Teilleistung. Die Berechnung erfolgt nach der *relativen Methode* (OR 205 N 12): Der Herabsetzungsbetrag verhält sich zum vollen Pauschalbetrag wie der Wert der mangelhaften Reise (Minderwert der Reise) zum Wert der Gesamtreise in mangelfreier Erbringung (Wert der Reise). Beim Resultat sind zusätzlich Reisezweck, Dauer des Mangels, Auswirkungen auf die Reise und Verschulden des Veranstalters zu berücksichtigen (HANGARTNER, 131 ff; zu einzelnen Berechnungsbeispielen aus der Praxis der Genfer Gerichte s CHAIX, SJZ 2005, 416 ff). Soweit der Veranstalter ausser der Beförderung keine weitere Leistung erbracht hat, sind dem Reisenden grundsätzlich die vollständigen Reisekosten zurückzuerstatten (ROBERTO, BSK OR PRG 13 N 6, 7; STAUDER, CR LVF 13 N 14).

8 **PauRG 13 II** räumt dem Reisenden zusätzlich ein **Recht auf vorzeitige Beendigung der Reise** ein, wenn kumulativ:

9 (i) die eingeräumte *Frist zur Abhilfe* erfolglos verstrichen ist (*lit a*; s N 5) oder der Reisende die Abhilfe aus wichtigen Gründen ablehnt (zB Mangel kann durch angebotene Abhilfe nicht behoben werden, Reise wird unzumutbar; HANGARTNER, 137 f); und

10 (ii) ein *erheblicher Mangel* vorliegt (im Gegensatz zum Recht auf Abhilfe und Minderung): Erheblichkeit ist zu bejahen, wenn dem Reisenden die Fortführung der Reise objektiv sowie subjektiv unzumutbar ist. Massgebend sind Reisezweck, Art und Schwere des Mangels; abzulehnen ist hingegen eine Quantifizierung der Erheblichkeit (HANGARTNER, 136 f; STAUDER, CR LVF 13 N 18).

11 Tritt der Reisende vorzeitig zurück, ist der Veranstalter im Sinn einer nachvertraglichen Pflicht für den *Transport des Reisenden* an den Ausgangspunkt oder an einen anderen Ort verantwortlich, soweit die Beförderung Teil des Vertrags war. Verweigert der Veranstalter die Organisation der Beförderung, kann der Reisende im Sinn einer Selbstabhilfe die Organisation selber auf Kosten des Veranstalters vornehmen (analog OR 366 II; s ZGGVP 2010, 259 E 5; s dazu auch N 6).

12 Die Kündigung wirkt *ex nunc* (TERCIER/FAVRE, N 6554). Der Reisende hat keinen Anspruch auf Rückerstattung des vollständigen Pauschalpreises, sondern lediglich auf den Preis für die noch nicht erbrachten Leistungen (zur Berechnung s PauRG 13 II iVm I b). Zusätzlich hat er Anspruch auf Ersatz des ihm aus der Kündigung entstandenen Schadens.

13 Nach **PauRG 13 III** hat der Veranstalter keinen Anspruch auf **einen Preisaufschlag** oder auf Ersatz der ihm durch die Ersatzmassnahmen entstandenen Mehrkosten.

Art. 14

Haftung; Grundsatz

¹ Der Veranstalter oder der Vermittler, der Vertragspartei ist, haftet dem Konsumenten für die gehörige Vertragserfüllung unabhängig davon, ob er selbst oder andere Dienstleistungsträger die vertraglichen Leistungen zu erbringen haben.

² Der Veranstalter und der Vermittler können gegen andere Dienstleistungsträger Rückgriff nehmen.

³ Vorbehalten bleiben die in internationalen Übereinkommen vorgesehenen Beschränkungen der Entschädigung bei Schäden aus Nichterfüllung oder nicht gehöriger Erfüllung des Vertrages.

1 Neben den Gewährleistungsrechten (PauRG 13) räumt PauRG 14 dem Reisenden bei Nicht- oder Schlechterfüllung ein Recht auf **Schadenersatz** ein. Der Schadenersatzanspruch setzt im Gegensatz zu den Gewährleistungsrechten neben dem Reisemangel (s PauRG 12 N 1 ff) und der Mängelanzeige (PauRG 12 N 5 ff) zusätzlich einen Schaden voraus (s N 2). Zu den Haftungsbeschränkungen s PauRG 14 III (N 5) und 16 II (PauRG 16 N 2).

2 Das PauRG kennt keine **Definition des Schadens**. BGer und hL gehen vom *klassischen Schadensbegriff* aus, der sämtliche aus einer unfreiwilligen Vermögensverminderung resultierenden Kosten, die sich als Verminderung der Aktiven, Vermehrung der Passiven oder entgangener Gewinn manifestieren, umfasst. Abgelehnt wird der Ersatz immaterieller Schäden wie entgangener Feriengenuss oder verdorbene Ferien (BGE 132 III 379 E 3.3.2; 129 III 331 E 2.1; HANGARTNER, 159 ff; HONSELL, Obligationenrecht, 464; ROBERTO, BSK OR PRG 14/15 N 11; aM CJ GE, Entscheid ACJC/1198/2003 vom 14.11.2003). Der EuGH bejaht den Anspruch auf Ersatz des immateriellen Schadens (EuGH C-168/00 Ziff 24: entgangene Urlaubsfreude aufgrund einer auf Speisen des gebuchten Hotels zurückzuführenden Salmonellenvergiftung). Eine Befolgung dieser Rechtsprechung ist abzulehnen, würde sie doch zu einer Systemimmanenz im schweizerischen Schadensrecht führen (BGE 126 III 388 E 11a; aM STAUDER, CR LVF 14 N 8; WIEGAND, in: jusletter 17.6.2002, N 9; TERCIER/FAVRE, N 6559).

3 Die Haftung in PauRG 14 ist eine **einfache Kausalhaftung** (BGE 130 III 182 E 4; STAUDER, CR LVF 14 N 5; TERCIER/FAVRE, N 6556; aM ROBERTO, BSK OR PRG 14/15 N 5, der von einer Verschuldenshaftung mit Beweislastumkehr beim Verschuldensnachweis spricht). Der Veranstalter kann sich aber auf das Vorliegen der Entlastungsgründe in PauRG 15 I berufen und sich von der Haftung befreien (BGE 130 III 182 E 4).

4 Der Veranstalter haftet für die gehörige Vertragserfüllung, unabhängig davon, ob er selber oder andere Leistungsträger, sog. Hilfspersonen (OR 101), die Leistung erbringen (**PauRG 14 I**). Der Veranstalter hat aber ein Rückgriffsrecht gegenüber dem fehlbaren Leistungsträger (**PauRG 14 II**).

5 Nach **PauRG 14 III** sind Haftungsbeschränkungen in internationalen Abkommen, welche die Schweiz ratifiziert hat, zu berücksichtigen (zB Warschauer Abk für internationalen Luftverkehr vom 12.10.1929, SR 0.748.410; Berner Übereinkommen für internat Bahnverkehr vom 9.5.1980, SR 0.742.403.1; Athener Übereinkommen für Schifffreisen vom 13.12.1974, SR 0.747.356.1; Verordnung [EG] Nr 261/2004 vom 11.2.2004; s zur gesamten Übersicht TERCIER/FAVRE, N 6563 und 6333 ff; s auch PauRG 10 N 8). Diese gelten ohne vertragliche Vereinbarung, allerdings nur iZm Schadenersatzansprüchen, nicht aber für Gewährleistungs- oder deliktsrechtliche Ansprüche (HANGARTNER, 165; STAUDER, CR LVF 14 N 13).

6 Bei einer mangelhaften Reise steht dem Reisenden neben dem Schadenersatzanspruch selbst ohne gesetzliche Grundlage ein **Genugtuungsanspruch** (OR 47/49 iVm 99) zu, sofern dies die Schwere der Verletzung rechtfertigt (BGE 126 III 388 E 11b; KOLLER, Genugtuung, Rz 471; MARTINELLI, 252; STAUDER, CR LVF 14 N 8; s auch ZGGVP 2010, 263 E 7; aM HANGARTNER, 161; ROBERTO, Haftung, 150 ff). Von Bedeutung ist dieser Anspruch insb für entgangenen Ferienenuss, da er nicht über den Schadenersatz geltend gemacht werden kann. Eine *vertragliche Beschränkung* oder Ausschliessung der Genugtuung ist mE unzulässig (ebenso KOLLER, Genugtuung, Rz 427 ff).

Art. 15

Ausnahmen

¹ Der Veranstalter oder der Vermittler haftet dem Konsumenten nicht, wenn die Nichterfüllung oder die nicht gehörige Erfüllung des Vertrages zurückzuführen ist:

- a. auf Versäumnisse des Konsumenten;
- b. auf unvorhersehbare oder nicht abwendbare Versäumnisse Dritter, die an der Erbringung der vertraglich vereinbarten Leistungen nicht beteiligt sind;
- c. auf höhere Gewalt oder auf ein Ereignis, welches der Veranstalter, der Vermittler oder der Dienstleistungsträger trotz aller gebotenen Sorgfalt nicht vorhersehen oder abwenden konnte.

² In den Fällen nach Absatz 1 Buchstaben b und c muss sich der Veranstalter oder der Vermittler, der Vertragspartei ist, darum bemühen, dem Konsumenten bei Schwierigkeiten Hilfe zu leisten.

1 Schadenersatzansprüche entstehen kausal (s PauRG 14 N 3). Der Veranstalter kann sich jedoch in folgenden Fällen von der **Haftung befreien**:

2 (i) bei *Versäumnissen des Konsumenten (PauRG 15 I a)*: Entgegen dem Wortlaut, wonach dem *Alles-oder-Nichts-Prinzip* folgend der Veranstalter entweder voll oder gar nicht haftet, hat das BGer in analoger Anwendung von OR 44 I eine Minderung bei blosser Mitverschulden des Reisenden bejaht (BGE 130 III 182 E 5.5.1 f). Eine vollumfängliche Haftungsbefreiung ist nicht leichthin anzunehmen. Befindet sich der Reisende etwa in einer ihm gänzlich fremden Umgebung, so endet die vertragliche Sorgfaltspflicht des Veranstalters nicht schon dadurch, dass der Reisende aufgrund seines Benehmens von der Reise ausgeschlossen wurde (ZGGVP 2010, 262 f E 6.4).

3 (ii) bei *unvorhersehbaren und nicht abwendbaren Versäumnissen Dritter (PauRG 15 I b)*: Für Mängel, deren Ursache ausserhalb des Einflussbereichs des Veranstalters liegt, haftet der Veranstalter nicht.

4 (iii) bei *höherer Gewalt und anderen unvorhersehbaren oder unabwendbaren Ereignissen (PauRG 15 I c)*; s auch Verordnung [EG] Nr 261/2004 vom 11.2.2004; s auch PauRG 10 N 8). Zum Begriff der höheren Gewalt s PauRG 11 N 4. Bei den anderen unvorhergesehenen oder unabwendbaren Ereignissen besteht eine Überschneidung mit lit b. Lit c geht insofern weiter, als jedes Ereignis erfasst ist, das unvorhersehbar und trotz gebotener Sorgfalt nicht abwendbar ist (ROBERTO, BSK OR PRG 14/15 N 5; STAUDER, CR LVF 15 N 6; zu eng MARTINELLI, 268).

5 Nach **PauRG 15 II** trägt der Veranstalter in den Fällen von lit b/c eine **Beistandspflicht**, allerdings ohne Kostenfolgen zu seinen Lasten (HANGARTNER, 157; STAUDER, CR LVF 15 N 8).

Art. 16

Beschränkung und Wegbedingung der Haftung

¹ Die Haftung für Personenschäden, die aus der Nichterfüllung oder der nicht gehörigen Erfüllung des Vertrages entstehen, kann vertraglich nicht beschränkt werden.

² Für andere Schäden kann die Haftung vertraglich auf das Zweifache des Preises der Pauschalreise beschränkt werden, ausser bei absichtlich oder grobfahrlässig zugefügten Schäden.

1 Die Wegbedingung oder Beschränkung der Haftung für Personenschäden ist unzulässig (**PauRG 15 I**).

2 Für alle anderen Schäden ist eine Beschränkung auf den *zweifachen Betrag* des Preises der Pauschalreise möglich, wenn sie auf leichtes Verschulden zurückzuführen sind (**PauRG 15 II**). Zu beachten sind jedoch die Haftungsbeschränkungen in internationalen Abkommen (s PauRG 14 N 5), welche dem PauRG vorgehen.

3 Auf Schadenersatzansprüche aus **Deliktsrecht** ist nicht PauRG 15, sondern OR 41 ff anwendbar.

Art. 17

9. Abschnitt: Abtretung der Buchung der Pauschalreise

¹ Ist der Konsument daran gehindert, die Pauschalreise anzutreten, so kann er die Buchung an eine Person abtreten, die alle an die Teilnahme geknüpften Bedingungen erfüllt, wenn er zuvor den Veranstalter oder den Vermittler *innert angemessener Frist vor dem Abreisetermin* darüber informiert.

² Diese Person und der Konsument haften dem Veranstalter oder dem Vermittler, der Vertragspartei ist, **solidarisch** für die Zahlung des Preises sowie für die gegebenenfalls durch diese Abtretung entstehenden Mehrkosten.

1 Die Abtretung in PauRG 17 ist nicht eine Abtretung iSv OR 164. Sie bedeutet vielmehr **Übernahme des gesamten Pauschalreisevertrags** im jeweiligen Stadium der Abwicklung (STAUDER, CR LVF 17 N 2). Der Übernehmende wird Vertragspartner mit allen sich aus dem Vertrag ergebenden Rechten und Pflichten (PauRG 2 III c).

2 Die Vertragsübernahme (**PauRG 17 I**) ist *ohne Zustimmung des Veranstalters* zulässig, wenn folgende **Voraussetzungen** vorliegen:

3 (i) *Erfüllung der Vertragsbedingungen* durch den Übernehmenden, zB Altersvorschriften, Studentenausweis, Taucherlizenz;

4 (ii) *objektiver Verhinderungsgrund des Konsumenten*: Entgegen dem Wortlaut muss mE jeder beliebige Verhinderungsgrund genügen, weil der Veranstalter (gem OR 99 III iVm 44) ohnehin Anspruch auf Schadloshaltung hat (ebenso ROBERTO, BSK OR PRG 17 N 5; STAUDER, CR LVF 17 N 5; weniger weit gehend TERCIER/FAVRE, N 6305); sowie

5 (iii) *Mitteilung innert angemessener Frist*, wobei sich die Angemessenheit nach dem Einzelfall richtet (TERCIER/FAVRE, N 6508).

6 Der vertragsschliessende und der übernehmende Reisende **haften** dem Veranstalter **solidarisch** für den Preis sowie für alle durch die Übernahme und aus der Umbuchung entstandenen Mehrkosten (**PauRG 17 II**). Diese Schadloshaltung des Veranstalters rechtfertigt auch bestimmte Modifikationen der ursprünglich gebuchten Reise durch den Übernehmenden (ROBERTO, BSK OR PRG 17 N 3; STAUDER, CR LVF 17 N 5; aM FRANK, PauRG 17 N 6 ff).

Art. 18

10. Abschnitt: Sicherstellung

¹ Der Veranstalter oder der Vermittler, der Vertragspartei ist, muss für den Fall der Zahlungsunfähigkeit oder des Konkurses die Erstattung bezahlter Beträge und die Rückreise des Konsumenten sicherstellen.

² Auf Verlangen des Konsumenten muss er die Sicherstellung nachweisen. Erbringt er diesen Nachweis nicht, so kann der Konsument vom Vertrag zurücktreten.

³ Der Rücktritt muss dem Veranstalter oder dem Vermittler vor dem Abreiseterrin schriftlich mitgeteilt werden.

1 Die Garantieleistung des Veranstalters (nicht aber des Leistungserbringers) soll den Reisenden vor dem Insolvenzrisiko des Veranstalters schützen. Der Schutz ist allerdings **nicht umfassend**. Die Sicherheitsleistung deckt lediglich:

2 (i) die bereits **bezahlten Beträge**, dh die bezahlten Beträge des Reisenden, der seine Reise noch nicht angetreten hat (zB Anzahlungen; s für die Pauschalreise-RL: EuGH C-178/94 Ziff 56 ff), sowie die bezahlten Beträge des Reisenden, der die Reise angetreten und bereits Leistungen bezogen hat, die Reise jedoch aufgrund der Insolvenz des Veranstalters abbrechen muss (s für die Pauschalreise-RL: EuGH C-364/96 Ziff 19).

3 (ii) die **Rückreisekosten**: Sie sind nur sicherzustellen, sofern die Rückbeförderung Bestandteil der Pauschalreise ist. Mit der Rückreise unmittelbar verbundene Mehrkosten sind zusätzlich sicherzustellen (zB Unterkunfts- und Transferkosten, Verpflegung). Der Reisende trägt allerdings eine Schadenminderungspflicht (OR 44 analog).

4 Die Sicherstellung erfolgt entweder durch den Abschluss einer **Versicherung** oder die Mitgliedschaft in einem **Garantiefonds**. Auf Verlangen des Reisenden hat der Veranstalter die Sicherstellung nachzuweisen. Kann er den Nachweis nicht erbringen, hat der Reisende ein Rücktrittsrecht vom Vertrag (ROBERTO, BSK OR PRG 18 N 4 ff).

Art. 19

11. Abschnitt: Zwingendes Recht

Von den Bestimmungen dieses Gesetzes kann zuungunsten des Konsumenten nur dort abgewichen werden, wo dies ausdrücklich vorgesehen ist.

1 Das PauRG enthält **relativ zwingendes Recht** (Bot PauRG 1992 V, 773); Abweichungen zu Ungunsten des Reisenden sind nur zulässig, wenn sie im Gesetz ausdrücklich vorgesehen sind (zB PauRG 16 II).

2 Dagegen verstossende **Ungünstigkeitsklauseln** sind *nichtig* und können nicht durch andere Klauseln kompensiert werden. Analog OR 20 II werden sie durch die gesetzlichen Regeln ersetzt (HANGARTNER, 183 f; STAUDER, CR LVF 19 N 2, 3). Nichtig sind auch **Verzichtserklärungen während der Reise** (STAUDER, CR LVF 19 N 5; aM HANGARTNER, 183 f; ROBERTO, BSK OR PRG 19 N 2).

3 PauRG 19 enthält zusätzlich ein **Umgehungsverbot**, wonach Klauseln, die den Schutzzweck des PauRG aushöhlen, nichtig sind.

Art. 20

12. Abschnitt: Referendum und Inkrafttreten

¹ Dieses Gesetz untersteht dem fakultativen Referendum.

² Der Bundesrat bestimmt das Inkrafttreten.

Das Gesetz ist am 1.7.1994 in Kraft getreten. Ein Referendum wurde nicht ergriffen.

Auszug aus dem

Handkommentar zum Schweizer Privatrecht

Internationales Privatrecht

2. Auflage

Herausgeber:

Andreas Furrer, Daniel Girsberger,
Markus Müller-Chen

Alexandra Zeiter (mit Jürg Koller)

Art. 33–65d IPRG

Schulthess § 2012

Auszug aus dem Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Internationales Privatrecht. Herausgeber: Andreas Furrer, Daniel Girsberger, Markus Müller-Chen, 2. Auflage, 2012

Herausgeber des Gesamtwerkes: Marc Amstutz, Peter Breitschmid, Andreas Furrer, Daniel Girsberger, Claire Huguenin, Markus Müller-Chen, Vito Roberto, Alexandra Rumo-Jungo, Anton K. Schnyder, Hans Rudolf Trüb

Zürich/Basel/Genf 2012
ISBN 978-3-7255-6381-4

Englische Übersetzung des IPRG: Swiss-American Chamber of Commerce, Zürich (revised edition 2004); www.amcham.ch

Englische Übersetzung der Anpassungen des IPRG seit 2004: Treducta S.A., Lausanne; www.treducta.ch

Englische Übersetzung der Änderung des ZGB (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht) vom 19.12.2008: LAWTANK GmbH, Juristische Dienstleistungen, Bern; www.lawtank.ch

Dies ist keine amtliche Veröffentlichung. Massgebend ist allein die Veröffentlichung durch die Bundeskanzlei.

Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, vorbehalten. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2012

www.schulthess.com

Art. 33

2. Kapitel: Natürliche Personen I. Grundsatz

¹ Sieht dieses Gesetz nichts anderes vor, so sind für personenrechtliche Verhältnisse die schweizerischen Gerichte oder Behörden am Wohnsitz zuständig; sie wenden das Recht am Wohnsitz an.

² Für Ansprüche aus Persönlichkeitsverletzung gelten die Bestimmungen dieses Gesetzes über unerlaubte Handlungen (Art. 129 ff.).

¹ Lorsque la présente loi ne contient pas de dispositions spéciales, les autorités judiciaires ou administratives suisses du domicile sont compétentes en matière de droit des personnes; elles appliquent le droit du domicile.

² Toutefois, les atteintes aux intérêts personnels sont régies par les dispositions de la présente loi relatives aux actes illicites (art. 129 ss).

¹ Salvo diversa disposizione della presente legge, in materia di rapporti di diritto delle persone sono competenti i tribunali o le autorità svizzeri del domicilio; essi applicano il diritto del domicilio.

² In caso di pretese derivanti da lesioni arrecate alla personalità, si applicano le disposizioni della presente legge in materia di atti illeciti (art. 129 segg.).

¹ Unless otherwise provided for by this Act, the Swiss courts or administrative authorities at the domicile shall have jurisdiction over personal status matters; they shall apply the law of the domicile.

² For claims relating to violations of personal rights, the provisions of this Act concerning torts shall apply (Art. 129 et seq.).

Literaturverzeichnis zu IPRG 33–45a

(s auch Literaturverzeichnis bei IPRG 1)

BUCHER ANDREAS, La Convention de La Haye sur la protection internationale des adultes, SZIER 2000, 37 ff; BUCHER ANDREAS, Die Anwendung des IPRG auf den Zivilstand, ZZW 1994, 133 ff, 168 ff; BUCHER ANDREAS, La protection de la personnalité en droit international privé suisse, in: FS Engel, Lausanne 1989, 15 ff; BUCHER ANDREAS, Staatsangehörigkeits- und Wohnsitzprinzip, Eine rechtsvergleichende Übersicht, SJIR 1972, 76 ff; CHENAUX JEAN-LUC, Le droit de la personnalité face aux médias internationaux, Lausanne 1989; DANCKWERTS ROLF, Persönlichkeitsrechtverletzungen im deutschen, schweizerischen und US-amerikanischen internationalen Privatrecht: ein Plädoyer für das Personalstatut, Berlin 1999; DESSEMONTET FRANÇOIS, Internet, les droits de la personnalité et le droit international privé, Medialex 1997, 77 ff; FRICK JOACHIM G, Culpa in Contrahendo – Eine rechtsvergleichende und kollisionsrechtliche Studie, Zürich 1992; KNOEPLER FRANÇOIS/OTHENIN-GIRARD SIMON, Internationales Privatrecht, SJK 1997, 242 ff; LEVANTE MARCO, Wohnsitz und gewöhnlicher Aufenthalt im internationalen Privat- und Zivilprozessrecht der Schweiz, St Gallen 1998; NABHOLZ ANDREAS, L'état civil et le droit international privé, ZZW 1987, 148 ff; REICHART PETER A, Der Renvoi im schweizerischen IPR, Zürich 1995; VISCHER FRANK, Status und Wirkung aus der Sicht des schweizerischen IPR, in: FS Müller-Freienfels, Baden-Baden 1986, 661 ff; VISCHER FRANK/HUBER LUCIUS/OSER DAVID, Internationales Vertragsrecht, 2.A, Bern 2000; WESTENBERG CATHERINE, Staatsangehörigkeit im schweizerischen IPRG, Zürich 1992.

1 Im Bereich des Personenstands sind (aktuell) keine **bilateralen und multilateralen Übereinkommen** zu berücksichtigen. Das Lugano-Übereinkommen findet gemäss LugÜ 1 II a auf den Personenstand keine Anwendung.

2 Das zweite Kapitel (IPRG 33–42) ist ausschliesslich auf **natürliche Personen** anwendbar. Für juristische Personen oder organisierte Personenzusammenschlüsse und Vermögenseinheiten ist auf das 10. Kap (IPRG 150–165) zu verweisen, das eine abschliessende Regelung enthält (BUCHER, DIP II, N 158; JAMETTI GREINER/GEISER, BSK IPRG N I Vorb 33–42; JAMETTI GREINER/GEISER, BSK IPRG 33 N 2).

3 Der Begriff «**Personenrechtliche Verhältnisse**» in IPRG 33 I umfasst die Rechtsfähigkeit (IPRG 34), die Handlungsfähigkeit (IPRG 35/36), den Persönlichkeitsschutz, den Personenstand (s auch ZStV 7), zB die Namensrechte (IPRG 37–40), die Bürgerrechte, die Ehe- und Kindsverhältnisse, die Verschollenerklärung (IPRG 41/42) oder den Status bei einer Geschlechtsumwandlung (s BGE 5A_613/2009 E 2; 119 II 264 E 7).

4 IPRG 33 I regelt sowohl den **Gerichtsstand** als auch das **anwendbare Recht** für persönliche Verhältnisse. Anknüpfungsmerkmal ist der **Wohnsitz** jener Person, um deren personenrechtliches Verhältnis es geht. Der Wohnsitzbegriff bestimmt sich nach IPRG 20 I. Hat die Person weder in der Schweiz noch im Ausland Wohnsitz, kann an den **gewöhnlichen Aufenthalt** angeknüpft werden (IPRG 20 II; LEVANTE, I 14). Vorbehalten bleibt zudem die **Notzuständigkeit** (IPRG 3; BUCHER, DIP II, N 159).

5 **IPRG 33 I** dient lediglich als **Auffangbestimmung** und gilt nur, sofern *das Gesetz nicht etwas anderes vorsieht*:

6 (i) *Sondernormen* gehen IPRG 33 I vor. Zu erwähnen sind IPRG 36, 37 II, 38, 39, 40, 41, 42, ZStV 20/21 (Beurkundung von Geburt, Tod, Trauung, Erklärung eingetragener Partnerschaft, Kindsverhältnisse etc), bei familienrechtlichen Beziehungen s IPRG 59/60, 66/67, 71, 75/76.

7 (ii) Soweit ein personenrechtliches Verhältnis *vorfrageweise* zu beurteilen ist, richtet sich die Zuständigkeit regelmässig nach den für die Hauptfrage anwendbaren Bestimmungen (JAMETTI GREINER/GEISER, BSK IPRG 33 N 7).

8 Eine weitere von IPRG 33 I abweichende Regelung findet sich in **IPRG 33 II** für **Ansprüche aus Persönlichkeitsverletzungen**. IPRG 33 II verweist für diese Ansprüche auf die Deliktsrechtsbestimmungen in IPRG 129 ff.

9 Unter den Begriff der **Persönlichkeitsverletzung** fallen grundsätzlich sämtliche Wiederherstellungs-, Abwehr- und Feststellungsansprüche (aM TERCIER, Le droit de la personnalité, N 28 ff), die im schweizerischen Recht aus ZGB 28 ff abgeleitet werden können. Von der Verweisung sind -- trotz IPRG 37 ff -- auch Ansprüche aus Verletzungen des Namensrechts im Sinne dieses Gesetzes, nicht aber ein Rückgängigmachen einer Namensänderung erfasst (s aber IPRG 37 ff; VISCHER, ZK IPRG 33 N 5; JAMETTI GREINER/GEISER, BSK IPRG 34 N 15 f). Abzulehnen ist eine kollisionsrechtliche Unterscheidung zwischen dem Bestand des Persönlichkeitsrechts selber und den Verletzungsfolgen (VISCHER, ZK IPRG 33 N 6).

10 Uneinig ist sich die Lehre darin, ob unter die Verweisung auch die *vorsorglichen Massnahmen* im Zusammenhang mit Persönlichkeitsverletzungen fallen (s IPRG 159). Unseres Erachtens sind die auf die Hauptsache anzuwendenden Kollisionsnormen massgebend (glA SCHWANDER, IPR BT, N 667; VISCHER, ZK IPRG 33 N 8; aM TERCIER, Le droit de la personnalité, N 286; differenzierend JAMETTI GREINER/GEISER, BSK IPRG 33 N 15).

Art. 34

II. Rechtsfähigkeit

¹ Die Rechtsfähigkeit untersteht schweizerischem Recht.

² Beginn und Ende der Persönlichkeit unterstehen dem Recht des Rechtsverhältnisses, das die Rechtsfähigkeit voraussetzt.

¹ La jouissance des droits civils est régie par le droit suisse.

² Le droit applicable au rapport juridique qui présuppose la jouissance des droits civils régit le commencement et la fin de la personnalité.

¹ La capacità giuridica è regolata dal diritto svizzero.

² Inizio e fine della personalità sono regolati dal diritto cui sottostà il rapporto giuridico che presuppone la capacità giuridica.

¹ The legal capacity shall be governed by Swiss law.

² The beginning and end of the legal personality shall be subject to the law of the legal relationship in respect of which legal capacity is a prerequisite.

1 IPRG 34 gilt ausschliesslich für **natürliche Personen**. Die Rechtsfähigkeit von juristischen Personen, Anstalten, organisierten Personenzusammenschlüssen oder Vermögenseinheiten bestimmt sich nach IPRG 154 f (JAMETTI GREINER/GEISER, BSK IPRG 34 N 3).

2 Als einseitig ausgestaltete Kollisionsnorm verweist **IPRG 34 I** für die Rechtsfähigkeit auf ZGB 11 I: Der Grundsatz, wonach jedermann rechtsfähig ist, gehört unbestritten zum schweizerischen **Ordre public** und ist von den schweizerischen Gerichten und Behörden vorbehaltlos anzuwenden.

3 Der **Grundsatz der Rechtsfähigkeit** iSv IPRG 34 I iVm ZGB 11 I umfasst auch die **Parteifähigkeit**, dh das Recht, in einem Prozess als Partei aufzutreten. Dieser Grundsatz gilt gestützt auf ZGB 11 II nur innerhalb der Schranken der Rechtsordnung. Damit fallen – auch im internationalprivatrechtlichen Anwendungsbereich – einzelne Teilaspekte der Rechtsfähigkeit nicht unter IPRG 34 I, sondern beurteilen sich nach den jeweiligen **Sonderbestimmungen** der einschlägigen Rechtsinstitute: Beispielsweise beurteilt sich die Heiratsfähigkeit nach IPRG 44 I, die Testierfähigkeit nach IPRG 94.

4 Die Rechtsfähigkeit kann auch durch (schweizerisches) **materielles Recht** beschränkt werden (s ZGB 11 II), zB Einschränkung der Rechtsfähigkeit von Personen im Ausland betreffend Erwerb von schweizerischen Grundstücken durch das BewG.

5 Von der Frage, wem die Rechtsfähigkeit zukommt, ist die Frage nach dem **Beginn und Ende der Rechtsfähigkeit** zu unterscheiden. Sie wird in den einzelnen Rechtsordnungen nicht einheitlich geregelt. Um widersprüchliche Ergebnisse zu vermeiden, hat sich der Gesetzgeber in **IPRG 34 II** für **eine unselbständige Anknüpfung** entschieden (BUCHER, DIP II, N 167; REICHART, 135; VISCHER, ZK IPRG 34 N 6), dh, Beginn und Ende der Rechtsfähigkeit werden stets als *Vorfrage* behandelt und richten sich nach dem jeweiligen Statut der Hauptfrage. Zu prüfen ist jeweils, ob das auf das entsprechende Rechtsverhältnis anwendbare Recht die Rechtsfähigkeit im Zusammenhang mit diesem Rechtsverhältnis zulässt. Dadurch ist auch eine Teilrechtsfähigkeit oder eine bedingte Rechtsfähigkeit möglich (JAMETTI GREINER/GEISER, BSK IPRG 34 N 6).

6 *Beispiele*: Die erbrechtliche Stellung des Nasciturus bestimmt sich nach dem für die Erbschaft anwendbaren Recht (IPRG 90 ff), dh nach dem Recht desjenigen Rechtsverhältnisses, das die Rechtsfähigkeit voraussetzt. Ebenso regelt das Erbstatut die einschlägigen Fragen der Erbfolge bei gleichzeitig verstorbenen Personen (VISCHER, ZK IPRG 34 N 6). Im Zusammenhang mit dem Rechtsschutz von Embryonen im und/oder ausserhalb des Mutterleibes wird regelmässig auf das Deliktsrecht abgestellt (JAMETTI GREINER/GEISER, BSK IPRG 34 N 7; VISCHER, ZK IPRG 34 N 4). Nach IPRG 34 II bestimmt

sich auch das anwendbare Recht für die Frage nach dem Zeitpunkt des Eintritts des Todes oder den Beweis über den Todeszeitpunkt (JAMETTI GREINER/GEISER, BSK IPRG 34 N 10). Für die Verschollenerklärung s IPRG 41.

7 Bestehen **Sonderanknüpfungen**, ist je nach Einzelfall nicht auf die gesonderte, sondern auf die allgemeine Anknüpfung abzustellen. Beispielsweise ist die Frage nach dem Beginn der Rechtsfähigkeit bei Unterhaltsklagen eines Kindes auf das Kindesverhältnis selber anzuwendende Recht abzustellen.

8 IPRG 34 enthält **keine Zuständigkeitsregelung**. Deshalb gelangt IPRG 33 zur Anwendung. Zur Zuständigkeit und zum anwendbaren Recht im Fall der gerichtlichen Feststellung über Leben oder Tod eines Menschen sowie der Verschollenerklärung s IPRG 41 und 42.

Art. 35

III. Handlungsfähigkeit

1. Grundsatz

Die Handlungsfähigkeit untersteht dem Recht am Wohnsitz. Ein Wechsel des Wohnsitzes berührt die einmal erworbene Handlungsfähigkeit nicht.

L'exercice des droits civils est régi par le droit du domicile. Un changement de domicile n'affecte pas l'exercice des droits civils une fois que celui-ci a été acquis.

La capacità di agire è regolata dal diritto del domicilio. Il cambiamento di domicilio non tange, acquisita che sia, la capacità di agire.

The capacity to act shall be subject to the law of the domicile. A change of domicile does not affect the capacity to act once it has been acquired.

1 **Handlungsfähigkeit** ist die Fähigkeit einer Person, durch ihr Verhalten Rechte und Pflichten zu begründen (ZGB 12), namentlich Rechtsgeschäfte vorzunehmen (sog Geschäftsfähigkeit), und durch widerrechtliches Handeln verantwortlich gemacht zu werden (sog Deliktsfähigkeit; zur Anknüpfung s allerdings N 2 f). Sie setzt das natürliche Element der *Urteilsfähigkeit* und das formal-juristische Element der *Volljährigkeit* voraus (s ZGB 13 ff). Aufgrund der Tatsache, dass weniger in der Definition der Urteilsfähigkeit als vielmehr in jener der Volljährigkeit kulturelle Unterschiede bestehen, steht bei IPRG 35 die Behandlung der Volljährigkeit im Vordergrund und damit insbesondere die Frage, nach welchem Recht diese zu bestimmen ist.

2 Mit der Marginalie «Grundsatz» wird der Charakter von IPRG 35 als **Auffangnorm** ersichtlich. IPRG 35 kommt deshalb nur zur Anwendung, wenn *das Gesetz* nichts anderes vorsieht. Gesetzliche *Sonderanknüpfungen* bestehen beispielsweise bei folgenden Fragen: Ehefähigkeit (IPRG 44/45), Wirkung der Eheschliessung auf Volljährigkeit (IPRG 45a), erwachsenen- und kindeschutzrechtliche Massnahmen (zum Schutz von Erwachsenen s IPRG 85 II

bzw Haager Erwachsenenschutzübereinkommen vom 13.1.2000 [HEsÜ]; SR 0.211.232.1), Testierfähigkeit (IPRG 94), Wechselfähigkeit (OR 1086; aufgrund des Genfer Abkommens über die Vereinheitlichung des Wechsel- und Checkrechts vom 7.6.1930; SR 0.221.554.4) oder Deliktsfähigkeit (IPRG 142 I). Das BGE stellt auch in Bezug auf das Verhältnis von Handlungsfähigkeit und Haftung aus culpa in contrahendo nicht auf IPRG 35, sondern auf das Deliktsstatut ab (BGE 125 III 103 E 2; 113 II 476 E 2; aM FRICK, 188; VISCHER, ZK IPRG 35 N 8).

3 Sonderanknüpfungen können sich auch *durch Auslegung* ergeben. Beispielsweise bestimmt sich die Verfügungsfähigkeit über die Familienwohnung (s ZGB 169) nach IPRG 48. Gesondert angeknüpft wird das anwendbare Recht der Volljährigkeit ebenso, wenn die Volljährigkeit nicht im Zusammenhang mit der Handlungsfähigkeit (zB Unterhaltspflicht der Eltern oder Adoption) steht (s JAMETTI GREINER/GEISER, BSK IPRG 35 N 11) oder die Handlungsfähigkeit ausdrücklich oder indirekt beschränkt wird.

4 Neben der Frage, nach welchem Recht sich die **Volljährigkeit** bestimmt (sofern keine Sonderanknüpfung besteht; s N 2 f), ist IPRG 35 insbesondere für die Frage nach dem anwendbaren Recht in Bezug auf die **Prozess- und Betreuungsfähigkeit** praxisrelevant (BGE 5A_440/2009 E 5.1; SZIER 1996, 196; RGP 1993, 220; BUCHER, DIP II, 170; JAMETTI GREINER/GEISER, BSK IPRG 35 N 8; VISCHER, ZK IPRG 35 N 1): Nach schweizerischem Recht bestimmt sich die Prozessfähigkeit, dh die prozessuale Seite der Handlungsfähigkeit, nach materiellem Recht (SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, § 4 N 18 ff). Die prozessrechtliche Postulationsfähigkeit bestimmt sich hingegen nach der *lex fori* (JAMETTI GREINER/GEISER, BSK IPRG 35 N 8 f). Die aktive und passive Betreuungsfähigkeit wird im schweizerischen Recht durch das SchKG (insb SchKG 68c--d) geregelt.

5 IPRG 35 knüpft als Grundnorm für kollisionsrechtliche Fragen in Bezug auf die Handlungsfähigkeit selbständig an den **Wohnsitz** (zum Begriff des Wohnsitzes s IPRG 20) an (REICHART, 136). In zeitlicher Hinsicht ist derjenige Wohnsitz massgebend, an dem die Handlung, welche die Handlungsfähigkeit voraussetzt, vorgenommen wird (BUCHER, DIP II, 170; LEVANTE, 116; VISCHER, ZK IPRG 35 N 13). Ein **Wohnsitzwechsel** beeinflusst gemäss IPRG 35 Satz 2 die einmal erworbene Handlungsfähigkeit nicht. Dies gilt auch für einen Wohnsitzwechsel von einem ausländischen Staat in einen anderen (JAMETTI GREINER/GEISER, BSK IPRG 35 N 19 f).

6 Ob eine **Rückverweisung** auf das schweizerische Recht oder eine **Weiterverweisung** auf das Wohnsitzrecht bei IPRG 35 zu beachten ist, wird in der schweizerischen Lehre unterschiedlich beantwortet (ausführlich dazu JAMETTI GREINER/GEISER, BSK IPRG 35 N 14 f; LEVANTE, 117; VISCHER, ZK IPRG 35 N 14). Der Lehrstreit basiert hauptsächlich auf der unterschiedlichen Auslegung, ob die Handlungsfähigkeit zum «Personenstand» (gem IPRG 14 II) zu zählen ist oder nicht. Bejaht man dies (aufgrund einer uE zu grosszügigen Auslegung), besteht mit IPRG 14 II eine gesetzliche Bestimmung, die den Renvoi vorsieht (s IPRG 14 I; IPRG 14 N 6).

7 Das Handlungsfähigkeitsstatut in IPRG 35 bestimmt nicht nur die **Voraussetzungen** der Handlungsfähigkeit eines Rechtsgeschäftes, sondern auch die **Rechtsfolgen** bei nicht vorhandener Handlungsfähigkeit. Nach IPRG 35 richtet sich somit insbesondere, ob ein Rechtsgeschäft wegen fehlender Handlungsfähigkeit nichtig oder anfechtbar ist, oder ob allenfalls eine Heilung nach Eintritt der Handlungsfähigkeit infrage kommt. Das Vertragsstatut (IPRG 128) schreibt hingegen die weiteren Rechtsfolgen vor, wie etwa die Rückabwicklung eines Rechtsgeschäftes, welches mangels Handlungsfähigkeit einer Partei ungültig ist (BUCHER, DIP II, 170; VISCHER, ZK IPRG 35 N 18).

8 IPRG 35 beinhaltet **keine Zuständigkeitsregel**. Somit kommt in Bezug auf die Handlungsfähigkeit grundsätzlich die Zuständigkeitsregelung von IPRG 33 zur Anwendung, es sei denn, die Handlungsfähigkeit werde gesondert angeknüpft. In diesem Fall richtet sich die Zuständigkeit nach den für dieses entsprechende Rechtsverhältnis bestehenden Bestimmungen, zB bei Beschränkung der Handlungsfähigkeit durch erwachsenen- oder kindeschutzrechtliche Massnahmen (s IPRG 85 bzw Haager Kindesschutzübereinkommen vom 19.10.1996 [HKsÜ], SR 0.211.231.011, und Haager Erwachsenenschutzübereinkommen vom 13.1.2000 [HEsÜ], SR 0.211.232.1).

Art. 36

2. Verkehrsschutz

¹ Wer ein Rechtsgeschäft vorgenommen hat, obwohl er nach dem Recht an seinem Wohnsitz handlungsunfähig war, kann sich auf seine Handlungsunfähigkeit nicht berufen, wenn er nach dem Recht des Staates, in dem er das Rechtsgeschäft vorgenommen hat, handlungsfähig gewesen wäre, es sei denn, die andere Partei habe seine Handlungsunfähigkeit gekannt oder hätte sie kennen müssen.

² Diese Bestimmung ist auf familien- und erbrechtliche Rechtsgeschäfte sowie auf Rechtsgeschäfte über dingliche Rechte an Grundstücken nicht anwendbar.

¹ La partie à un acte juridique qui est incapable selon le droit de l'Etat de son domicile ne peut pas invoquer cette incapacité si elle était capable selon le droit de l'Etat où l'acte a été accompli, à moins que l'autre partie n'ait connu ou dû connaître cette incapacité.

² Cette règle ne s'applique pas aux actes juridiques relevant du droit de la famille, du droit successoral ou des droits réels immobiliers.

¹ Chi abbia compiuto un negozio giuridico benché incapace di agire giusta il diritto del proprio domicilio non può appellarsi a questa sua incapacità se, giusta il diritto dello Stato in cui il negozio fu compiuto, fosse stato capace di agire, eccetto che l'altra parte abbia saputo o dovuto sapere di tale incapacità.

² La presente disposizione non si applica ai negozi giuridici del diritto di famiglia e del diritto successorio, né a quelli concernenti diritti reali su fondi.

¹ A person who has undertaken a legal transaction despite his incapacity to act under the law of his domicile may not invoke that incapacity if, according to the law of the state in which the legal transaction was undertaken, such person had capacity to act, unless the other party knew or should have known of that person's incapacity.

² This provision is neither applicable to legal transactions of a family or inheritance law nature nor to legal transactions pertaining to real estate rights.

1 Im internationalen Rechtsverkehr ist es nicht immer möglich, (mit vernünftigem Aufwand) die Handlungsunfähigkeit der Gegenpartei zu erkennen. Deshalb ergänzt IPRG 36 den in IPRG 35 genannten Grundsatz mit den für den Verkehrsschutz notwendigen Einschränkungen.

2 Auf IPRG 36 kann sich nur der **Vertragspartner** berufen, nicht jedoch die nach ihrem Wohnsitzrecht handlungsunfähige Person.

3 **IPRG 36 I** ist nur anwendbar, wenn die folgenden Voraussetzungen erfüllt sind:

4 (i) **Gutgläubigkeit des handlungsfähigen Vertragspartners:** Die vorausgesetzte **Gutgläubigkeit** (s ZGB 3) bezieht sich uE grundsätzlich auf sämtliche Aspekte der Handlungsfähigkeit (aM JAMETTI GREINER/GEISER, BSK IPRG 36 N 5). Die Frage, welche Abklärungen vorzunehmen sind, richtet sich im Einzelfall nach der Art des Geschäftes, der Erfahrung des Verkehrsteilnehmers, den zur Verfügung stehenden Mitteln oder der zeitlichen Abwicklung des Rechtsgeschäftes. Je grösser die Tragweite des Rechtsgeschäftes, desto mehr Vorsicht wird vom Geschäftspartner verlangt (BUCHER, DIP II, 191; VISCHER, ZK IPRG 36 N 6).

5 Der *Nachweis des fehlenden guten Glaubens* hat der Handlungsunfähige zu erbringen. Eine im Ausland publizierte Entmündigung schliesst Gutgläubigkeit nicht a priori aus (BUCHER, DIP II, 190; VISCHER, ZK IPRG 36 N 6). Auch Unkenntnis ausländischen Rechts muss nicht zwingend der Gutgläubigkeit entgegenstehen (aA JAMETTI GREINER/GEISER, BSK IPRG 36 N 5). Dagegen kann IPRG 36 bei einem Irrtum über das Alter des Geschäftspartners in der Regel nicht angerufen werden (s JAMETTI GREINER/GEISER, BSK IPRG 36 N 5).

6 (ii) **Rechtsgeschäft:** IPRG 36 ist nur anwendbar bei Rechtsgeschäften, nicht aber bei einer unerlaubten Handlung (s BGE I 13 II 476 E 4). Eine analoge Verkehrsschutzbestimmung findet sich in IPRG 158 für Beschränkungen der Vertreter von juristischen Personen und Gesellschaften durch die Gesellschaftsstatuten oder Art 11 des Römer EG-Abkommens über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anwendbare Recht (JAMETTI GREINER/GEISER, BSK IPRG 36 N 14).

7 Gemäss **IPRG 36 II** ist IPRG 36 *nicht* anwendbar (i) *bei familien- und erbrechtlichen Rechtsgeschäften:* Zu den familienrechtlichen Rechtsgeschäften zählen güterrechtliche Rechtsgeschäfte, Unterhaltsvereinbarungen, Anerkennung und Bestreitung der Vaterschaft oder eine Adoption; typische erbrechtl-

che Rechtsgeschäfte sind Erbverträge, Erbteilungsverträge oder Verträge über anfallende Erbschaften; sowie (ii) *bei Rechtsgeschäften über dingliche Rechte an Grundstücken*. Bei diesen in IPRG 36 II genannten Rechtsgeschäften kann aufgrund der Nähe der Vertragsparteien sowie der Bedeutung und Tragweite dieses Rechtsgeschäftes erwartet werden, dass die Parteien sich über die Handlungsfähigkeit der anderen Partei absichern (BUCHER, DIP II, 194).

8 Der Gesetzgeber hatte bei IPRG 36 I zwar den Rechtsverkehr unter Anwesenden im Blickfeld (Bot IPRG 1983 I, 333), doch rechtfertigt sich seine Anwendung auch beim **Verkehr unter Abwesenden** (aM SIEHR, IPR, 145). Auch bei Letzterem ist ein Nicht-Kennen bzw Nicht-Kennen-Können der Handlungsunfähigkeit möglich und bei Gutgläubigkeit schützenswert (JAMMETTI GREINER/GEISER, BSK IPRG 36 N 6; VISCHER, ZK IPRG 36 N 5).

9 Schliesslich schützt IPRG 36 als **allseitige Kollisionsnorm** den Ausländer gleichermaßen wie den Inländer, und zwar unabhängig des Abschlussortes des Rechtsgeschäftes (VISCHER, ZK IPRG 36 N 2).

Art. 37

IV. Name

I. Grundsatz

¹ Der Name einer Person mit Wohnsitz in der Schweiz untersteht schweizerischem Recht; der Name einer Person mit Wohnsitz im Ausland untersteht dem Recht, auf welches das Kollisionsrecht des Wohnsitzstaates verweist.

² Eine Person kann jedoch verlangen, dass ihr Name dem Heimatrecht untersteht.

¹ Le nom d'une personne domiciliée en Suisse est régi par le droit suisse, celui d'une personne domiciliée à l'étranger par le droit que désignent les règles de droit international privé de l'Etat dans lequel cette personne est domiciliée.

² Toutefois, une personne peut demander que son nom soit régi par son droit national.

¹ Il nome di una persona domiciliata in Svizzera è regolato dal diritto svizzero; quello di una persona domiciliata all'estero, dal diritto richiamato dalle norme di diritto internazionale privato dello Stato di domicilio.

² Una persona può tuttavia esigere che il suo nome sia regolato dal diritto nazionale.

¹ The name of a person with domicile in Switzerland shall be subject to Swiss law; the name of a person with domicile abroad shall be subject to the law referred to by the conflict of law rules of the state of domicile.

² A person may, however, request that his name be subject to his national law.

Literaturverzeichnis zu IPRG 37–40

(s auch Literaturverzeichnis bei IPRG 33)

ENDE BEATRIX, Die Reform des internationalen Namensrechts, Der Familienname im internationalen Privatrecht der Bundesrepublik Deutschland, Österreichs und der Schweiz, Pfaffenweiler 1988; HEGNAUER CYRIL, Für die gesetzliche Wahl des Mutternamens, NZZ vom 28.11.2000, 16; JÄGER MARTIN, Das IPR-Gesetz – seine Bedeutung für das schweizerische Zivilstandswesen am Beispiel der Einführung des Namens, ZZW 1990, 8 ff; JORNOD MARYSE, La femme et le nom en droit suisse et français, Lausanne 1991; KNOEPFLER FRANÇOIS, Le nom et quelques autres questions de l'état civil en droit international privé, aujourd'hui et demain, ZZW 1978, 411 ff (deutsch ZZW 1979, 161 ff); Kreisschreiben des EIDGENÖSSISCHEN JUSTIZ- UND POLIZEIDEPARTEMENTS über die Bestimmung und Eintragung des Namens in die Zivilstandsregister in Fällen mit Auslandsberührung vom 11.10.1989, ZZW 1989, 283 ff (zit Kreisschreiben EJPD, ZZW 1989); OTHENIN-GIRARD SIMON, Name und internationales Privatrecht, Ein Fall aus der Praxis: Option für das Heimatrecht (Art. 37 Abs. 2 IPRG) und Namensänderung (Art. 38 IPRG, Art. 30 Abs. 1 ZGB), ZZW 2000, 277 ff; SCHNYDER ANTON K., Parteiautonomie im Internationalen Namensrecht, in: FS Siehr, Den Haag 2000, 667 ff; STAHELI THOMAS, Persönlichkeitsverletzungen im IPR, Basel 1990; STURM FRITZ, Neues Schweizer Namensrecht und IPR, in: Gesetzgebungs-Bulletin, Granges-Paccot 2000, 1, S XXI ff (zit STURM; Gesetzgebungs-Bulletin); STURM FRITZ, Das internationale Namensrecht der Schweiz, ZZW 1994, 197 ff; STURM FRITZ/STURM GUDRUN, Der renvoi im Namensrecht, in: FS Jayme, Bd 1, München, 2004, 919 ff; VOLKEN PAUL, Der Name im internationalen Privatrecht der Schweiz, ZZW 1986, 65 ff; VOLKEN PAUL, Der Name von Ausländern in der Schweiz, ZZW 1981, 377 ff; VON OVERBECK ALFRED E., Le droit des personnes, de la famille, de successions et des régimes matrimoniaux dans la nouvelle loi suisse sur le droit international privé, Rev.crit. 1988, 237 ff; WENGLER WILHELM, Zum internationalen Privatrecht des Namens, in: FS Firsching, München 1985, 327 ff.

1 IPRG 37 kommt zur Anwendung, soweit nicht **bilaterale oder multilaterale Abkommen** vorgehen (IPRG 1 II). In Bezug auf das Namensrecht ist derzeit lediglich ein Staatsvertrag zwischen der Schweiz und dem heutigen Iran (SR 0.132.114.362) zu beachten. Er geht IPRG 37 vor.

2 IPRG 37–40 gelten ausschliesslich für **natürliche Personen**. Der Name von juristischen Personen bestimmt sich nach IPRG 157.

3 Der **Name** dient einerseits der individuellen Bezeichnung und Unterscheidung einer Person, andererseits ist er ein Persönlichkeitsrecht von höchstpersönlicher Natur (s ZGB 19 II). Der Name iSv IPRG 37 bedeutet der im zuständigen Zivilstandsregister einzutragende oder eingetragene bzw im Behördenverkehr verwendete Vorname und Nachname einer natürlichen Person. Nicht darunter fallen Rufnamen, Berufsbezeichnungen, Titel, Grade oder Adels- und andere Abstammungsbezeichnungen (s ZStV 25; BGE 102 Ib 245 E 2; s BGE 120 II 276 E 2; kritisch betreffend Adelstitel JAMETTI GREINER/GEISER, BSK IPRG 37 N 7; s auch ZGB 29 N 9 ff).

4 IPRG 37 regelt ausschliesslich das **anwendbare Recht** und enthält eine **selbständige Anknüpfung**. Bei ausländischem Namenserwerb ist deshalb ohne besonderen Grund nicht vorfrageweise die Gültigkeit des ausländi-

schen Statusaktes zu überprüfen (JAMETTI GREINER/GEISER, BSK IPRG 37 N 23). Das BGer hat zB die Namensänderung aufgrund einer dänischen Registrierung eines gleichgeschlechtlichen Paares in der Schweiz anerkannt (s BGE 119 II 264 E 6 f; SCHWANDER, AJP 1993, 1265 ff).

5 IPRG 37 I stellt als Anknüpfungspunkt auf den **Wohnsitz** (für den Wohnsitzbegriff s IPRG 20 I) der betreffenden Person ab. Hat eine Person keinen Wohnsitz, ist auf den gewöhnlichen Aufenthalt abzustellen (IPRG 20 II; s JAMETTI GREINER/GEISER, BSK IPRG 37 N 10; VISCHER, ZK IPRG 37 N 15). Zur Anknüpfung nach dem Recht des Heimatstaates s N 9.

6 Für den **Anknüpfungzeitpunkt** wird in der Regel auf den Statusakt abgestellt, der die Namensgebung auslöst (Kreisschreiben EJP, ZZW 1989, 383 f; BGE 5A.34/2004 E 3.1; VISCHER, ZK IPRG 37 N 13 f). Hat allerdings die betroffene Person ihren Wohnsitz im Zeitpunkt des Statusaktes (zB der Adoption) zwar noch im Ausland, war ein Wohnsitzwechsel in die Schweiz aber schon vorgängig geplant und wurde dieser unmittelbar nach erfolgtem Statusakt auch vollzogen, führt dies im Ergebnis zur Anwendung schweizerischen Rechts (BGE 5A.34/2004 E 3.1, 3.2). Ein *Wohnsitzwechsel* beeinflusst den einmal durch einen Statusakt erworbenen Namen nicht, unabhängig davon, ob dieser gestützt auf Wohnsitz- oder Heimatrecht (IPRG 37 II) erworben wurde (VISCHER, ZK IPRG 37 N 7 ff mwH). Zur Anpassung des Namens ist deshalb ausschliesslich IPRG 38 anwendbar.

7 Namensrechtlich relevante **Zivilrechtsakte** sind etwa Geburt, Anerkennung, Adoption, Eheschliessung (BGE 116 II 202 E 1 ff), Ehescheidung, gleichgeschlechtliche Registrierung oder Geschlechtsumwandlung (BGE 119 II 264 E 6 f): Bei *Geburt* ist vom Wohnsitz auszugehen, den das Neugeborene haben wird, idR ist es der Wohnsitz der Eltern oder der Mutter (JAMETTI GREINER/GEISER, BSK IPRG 37 N 14). Bei der *Eheschliessung* ist hinsichtlich der Wohnsitznahme auf die Absicht der Brautleute abzustellen (BGE 116 II 202 E 2), bei der *Adoption* auf die Absicht des Adoptierenden. Die Absicht muss allerdings belegt sein, und es dürfen keine objektiven Anhaltspunkte dagegen sprechen. Wird entgegen der Absicht kein Wohnsitz im anderen Staat begründet, führt dies jedoch nicht zu einer neuen Anknüpfung des Namens (JAMETTI GREINER/GEISER, BSK IPRG 37 N 19; VISCHER, ZK IPRG 37 N 17). Bei der *Ehescheidung* wird die Namensfrage für jede Person gesondert angeknüpft, wenn die Ehegatten ihren Wohnsitz in verschiedenen Staaten haben.

8 IPRG 37 I Satz 1 verlangt die Berücksichtigung des ausländischen Kollisionsrechts. Ein **Renvoi** auf das schweizerische Recht oder eine entsprechende Weiterverweisung ist deshalb zu beachten (VISCHER, ZK IPRG 37 N 19 ff). Zur Anwendung gelangt auch IPRG 14 II (VISCHER, ZK IPRG 37 N 20; aM BUCHER, DIP II, 224; DUTOIT, IPRG 37 N 7; REICHART, 140), da der Name unter den Personenstand im Sinne dieser Norm zu subsumieren ist.

9 IPRG 37 II ermöglicht (namentlich Ausländern mit schweizerischem Wohnsitz, Schweizern oder Ausländern mit ausländischem Wohnsitz) die **Rechtswahl** zugunsten des **Heimatrechts** (VISCHER, ZK IPRG 37 N 21), um

die Namensgebung mit derjenigen des Heimatlandes aufeinander abstimmen zu können (BUCHER, DIP II, 231; JAMETTI GREINER/GEISER, BSK IPRG 37 N 25). Bei *mehrfacher Staatsangehörigkeit* kann das Optionsrecht nur zu Gunsten des Heimatrechts der effektivsten Staatsangehörigkeit verlangt werden (s IPRG 23 II; BGE 116 II 504 E 2; VISCHER, ZK IPRG 37 N 25). Das BGer hat zudem bei einem schweizerisch-polnischen Doppelbürger mit Wohnsitz in der Schweiz in BGE 131 III 201 E 3 entschieden, dass dieser gestützt auf IPRG 37 II nicht verlangen könne, dass sein Name dem ausländischen Heimatrecht unterstellt werde (s IPRG 23 I; s BGE 126 III 1 E 4), denn der Name unterstehe nach IPRG 37 I schweizerischem Recht (BGE 116 II 504 E 2; bestätigt in BGE 136 III 168 E 3.1).

10 Aufgrund der höchstpersönlichen Natur des Namensrechts genügt Urteilsfähigkeit für die Ausübung des Optionsrechts (BUCHER, DIP II, 240; VISCHER, ZK IPRG 37 N 28).

11 In zeitlicher Hinsicht ist die Rechtswahl regelmässig im Zusammenhang mit der Eintragung des Statusaktes auszuüben (s ZStV 14; BUCHER, DIP II, 230; VISCHER, ZK IPRG 37 N 24). In formeller Hinsicht muss die Rechtswahl mit dem Recht des Statusaktes konform sein.

12 Das IPRG äussert sich nicht zur Frage, vor welcher Behörde die Rechtswahl zu erklären ist. Die **Zuständigkeit** knüpft nicht selbständig an (STIEHR, IPR, 149), sondern bestimmt sich nach dem Verfahren, das die Namensfrage zu klären hat (s ZStV). Da die Wahlerklärung nicht unmittelbar mit dem namensrechtlich relevanten Ereignis einhergehen muss, ist von der örtlichen Zuständigkeit jeder Zivilstandsbehörde auszugehen (VISCHER, ZK IPRG 37 N 22). Auslandschweizer sowie ausländische Staatsangehörige, die zu Schweizern in einem familienrechtlichen Verhältnis stehen, haben die namensrechtlich relevanten Ereignisse der zuständigen schweizerischen Vertretung im Ausland zu melden (ZStV 39).

Art. 38

2. Namensänderung

¹ Für eine Namensänderung sind die schweizerischen Behörden am Wohnsitz des Gesuchstellers zuständig.

² Ein Schweizer Bürger ohne Wohnsitz in der Schweiz kann bei der Behörde seines Heimatkantons eine Namensänderung verlangen.

³ Voraussetzungen und Wirkungen der Namensänderung unterstehen schweizerischem Recht.

¹ Les autorités suisses du domicile du requérant sont compétentes pour connaître d'une demande en changement de nom.

² Les Suisses sans domicile en Suisse peuvent demander un changement de nom à l'autorité de leur canton d'origine.

³ Les conditions et les effets d'un changement de nom sont régis par le droit suisse.

¹ Competenti per il cambiamento del nome sono le autorità svizzere del domicilio dell'istante.

² Lo svizzero non domiciliato in Svizzera può chiedere il cambiamento del nome all'autorità del suo Cantone di origine.

³ Presupposti ed effetti del cambiamento del nome sono regolati dal diritto svizzero.

¹ The Swiss authorities at the domicile of the requesting party shall have jurisdiction over a change of name.

² A Swiss national without domicile in Switzerland may request a change of name from the administrative authorities of his canton of origin.

³ Prerequisites and effects of a change of name shall be governed by Swiss law.

1 Zu den vorgehenden **bilateralen Übereinkommen** s IPRG 37 N 1.

2 Zur ausschliesslichen Anwendbarkeit auf **natürliche Personen** s IPRG 37 N 2.

3 Unter die **Namensänderung** iSv IPRG 38 fällt neben dem Gesuch um individuelle Namensänderung, unabhängig eines zivilrechtlichen Statusaktes, der die automatische Namensgebung zur Folge hat, die Anfechtung oder Rückgängigmachung von Namensänderungen.

4 IPRG 38 regelt (im Gegensatz zu IPRG 37) sowohl die **Zuständigkeit** (IPRG 38 I und II) als auch das **anwendbare Recht** (IPRG 38 III; JAMETTI GREINER/GEISER, BSK IPRG 37 N 1).

5 Die **Zuständigkeit** bestimmt sich gemäss **IPRG 38 I primär** nach dem **Wohnsitz** (zum Wohnsitzbegriff s IPRG 20 I) des Gesuchstellers im Zeitpunkt der Gesuchseinreichung. Ein späterer Wohnsitzwechsel während des Namensänderungsverfahrens ändert die einmal begründete Zuständigkeit nicht (*perpetuatio fori*; JAMETTI GREINER/GEISER, BSK IPRG 37 N 9). Mangels eines in- oder ausländischen Wohnsitzes wird *subsidiär* an den **gewöhnlichen Aufenthalt** (IPRG 20 II) angeknüpft.

6 Betrifft das Gesuch um Namensänderung **mehrere Personen**, zB bei der Änderung des Familiennamens einer Familie, ist die Zuständigkeit für jede betroffene Person *gesondert* zu prüfen (JAMETTI GREINER/GEISER, BSK IPRG 37 N 9). Zur Namensänderung eines **ausländischen, nicht urteilsfähigen Minderjährigen** s ZGGVP 1989/90, 187; ZGGVP 1993/94, 250; SZIER 1996, 210, wonach die schweizerischen Behörden am Aufenthaltsort des Minderjährigen als zuständig erachtet wurden.

7 **Gesuchsteller** iSv IPRG 38 I sind nur ausländische Staatsangehörige mit Wohnsitz in der Schweiz. Namensänderungen von Schweizern mit Wohnsitz in der Schweiz, die keine zweite Staatsangehörigkeit besitzen, fallen wegen dem fehlenden internationalen Bezug (IPRG I) nicht unter diese Norm, sondern werden nach ZGB 30 f beurteilt. Bei Schweizern mit einer Doppelbürgerschaft und schweizerischem Wohnsitz entscheidet die effektive Staatsangehörigkeit, ob die Namensänderung gestützt auf IPRG 38 I oder ZGB 30 f vorzunehmen ist (IPRG 23 II). Das Namensänderungsgesuch für ein minder-

jähriges Kind kann auch durch den Inhaber der elterlichen Sorge gestellt werden, obwohl das Namensrecht ein höchstpersönliches Recht (IPRG 37 N 3; BGE 124 III 401; 110 II 433) ist.

8 Für Namensänderungen von schweizerischen Bürgern mit ausländischem Wohnsitz beruft **IPRG 38 II** die **Heimatzuständigkeit**. Zuständige Behörde mit Delegationsrecht ist die Regierung des Heimatkantons (s ZGB 30). Für die Begründung des Heimatgerichtsstandes ist laut IPRG 23 I ausschliesslich die schweizerische Staatsangehörigkeit massgebend, die nicht die effektive Staatsangehörigkeit sein muss. Ausländer mit Wohnsitz im Ausland können sich nicht auf IPRG 38 II berufen.

9 Voraussetzungen und Wirkungen der Namensänderung bestimmen sich gemäss der Sachnormverweisung in **IPRG 38 III** bei einer Zuständigkeit der schweizerischen Behörden ausschliesslich nach materiellem **schweizerischem Recht** (BGE 136 III 168 E 3.1, E 3.2). Eine vorgängige Erklärung, wonach der eigene Name gestützt auf das Heimatrecht weiterhin beibehalten werden soll (IPRG 37 II), verliert im Rahmen von IPRG 38 seine Wirkung; das schweizerische Recht kommt vollumfänglich zur Anwendung (BGE 5A.4/2005 E 3.2.2).

10 ZGB 30 I setzt für die Namensänderung einen **wichtigen bzw achtenswerten Grund** voraus. In Fällen von IPRG 38 ist bei der Beurteilung des wichtigen Grundes dem internationalen Verhältnis gebührend Rechnung zu tragen (BUCHER, DIP II, 272 ff; SIEHR, IPR, 152; VISCHER, ZK IPRG 38 N 7). Ein wichtiger Grund kann im Einzelfall zB die Vereinheitlichung des Familiennamens im internationalen Verhältnis sein (BGE 115 II 193 E 5). Der Umstand, dass ein Kind mit (in casu schweizerisch-italienischer) Doppelstaatsbürgerschaft den Familiennamen der (unverheirateten) Mutter trägt, bei der es in der Schweiz lebt, in den amtlichen ausländischen Dokumenten aber unter dem Familiennamen des Vaters registriert ist, stellt gemäss BGer für sich allein allerdings noch keinen wichtigen Grund dar und rechtfertigt noch keine Namensänderung in der Schweiz (BGE 126 III 1 ff; zu Recht kritisch: VISCHER, ZK IPRG 38 N 7). Auch die Tatsache, dass eine in der Schweiz wohnhafte Person mit schweizerischer und ausländischer Staatsangehörigkeit im ausländischen Staat unter einem anderen Namen eingetragen ist, begründet für sich allein keinen wichtigen Grund im Sinne von aZGB 30 I (BGE 136 III 168 E 3.4); (s auch BGE 126 III 1 E 4 und 5; 5C.175/2006 E 2.2; s auch zustimmend zu dieser Rechtsprechung SIEHR/GERSTEL, SJZ 2001, 82; als zu streng bezeichnet von BUCHER, SZIER 2001, 208; VISCHER, ZK IPRG 38 N 9). Siehe zum neuen Wortlaut von aZGB 30 I aufgrund der Revision des Familiennamensrechts ZGB 30–30a N 4.

11 aZGB 30 II sah bisher eine erleichterte Namensänderung für die Brautleute vor, die den Namen der Braut als Familiennamen führen wollten. Obwohl das Gesetz achtenswerte Gründe verlangt, reichte in der Praxis die Angabe jedes beliebigen Grundes. Das BGer hatte bisher die Anwendbarkeit von aZGB 30 II - uE zu Unrecht - für Ehegatten abgelehnt, die ihren Wohnsitz erst nach der Trauung in die Schweiz verlegten (BGE 115 II 193 E 3). aZGB 30 II

wurde im Zuge der Revision des Familiennamensrechts aufgehoben (s dazu ZGB 30--30a N 8).

Art. 39

3. Namensänderung im Ausland

Eine im Ausland erfolgte Namensänderung wird in der Schweiz anerkannt, wenn sie im Wohnsitz- oder im Heimatstaat des Gesuchstellers gültig ist.

Un changement de nom intervenu à l'étranger est reconnu en Suisse s'il est valable dans l'Etat du domicile ou dans l'Etat national du requérant.

Il cambiamento del nome avvenuto all'estero è riconosciuto in Svizzera se valido nello Stato di domicilio o di origine dell'istante.

A change of name effected abroad shall be recognized in Switzerland if it is valid in the state of domicile or in the state of origin of the requesting party.

1 IPRG 39 gilt nur, soweit nicht **bilaterale oder multilaterale Abkommen** vorgehen (IPRG 1 II). Zu beachten sind in diesem Zusammenhang **Staatsverträge** mit Spanien (SR 0.276.193.321), Italien (SR 0.276.194.541), Belgien (SR 0.276.191.721), Österreich (SR 0.276.191.632) und Liechtenstein (SR 0.276.195.141). Diese gehen IPRG 39 zwar vor, wobei keiner dieser Staatsverträge grundsätzliche Abweichungen zu IPRG 39 aufweist (s JAMETTI GREINER/GEISER, BSK IPRG 39 N 9).

2 Zur ausschliesslichen Anwendbarkeit auf **natürliche Personen** s IPRG 37 N 2. Zum Begriff der Namensänderung s IPRG 38 N 3.

3 IPRG 39 regelt ergänzend zu IPRG 38 die **Anerkennung** von ausländischen Namensänderungen in der Schweiz. IPRG 39 bezweckt die Gewährleistung des Grundsatzes der Kontinuität der Namensführung. Die Anerkennung der Namensänderung erfolgt unter folgenden **Voraussetzungen**:

4 (i) Die Namensänderung muss im **Wohnsitz- oder Heimatstaat** des Gesuchstellers gültig sein. Sie muss nicht in einem dieser beiden Staaten durchgeführt worden sein, sondern es genügt, dass sie von einem der beiden Staaten anerkannt wird (aM JAMETTI GREINER/GEISER, BSK IPRG 39 N 6). Der **Wohnsitzstaat** des Gesuchstellers bestimmt sich nach IPRG 20 I. Existiert weder ein ausländischer noch ein inländischer Wohnsitz, wird gestützt auf IPRG 20 II auf den gewöhnlichen Aufenthalt abgestellt. Der **Heimatstaat** bestimmt sich nach IPRG 22; es kann einer von mehreren sein, dh nicht die effektive Staatsangehörigkeit ist massgebend (IPRG 23 III; SIEHR, IPR, 153).

5 (ii) Die Namensänderung muss nach dem Recht des betreffenden Wohnsitz- oder Heimatstaats **Gültigkeit** erlangt haben. In der Regel wird die Namensänderung durch einen förmlichen Akt, dh durch den Entscheid einer Behörde oder eines Gerichts, erfolgen (s BGE 106 II 236 E 4 betreffend

Anerkennung einer von den Eltern bewirkten Namensänderung ihres Kindes im Ausland). Doch ist dies (zB teilweise im angelsächsischen Raum) nicht zwingend erforderlich. In diesem Fall genügt eine behördliche Registrierung oder Bescheinigung der Namensänderung, soweit die Namensänderung nach dem Recht des Staates gültig ist (s ZStV 23 I; VISCHER, ZK IPRG 39 N 2; s KNOEPFLER, ZZW 1979, 317; aM BUCHER, DIP II, 282; JAMETTI GREINER/GEISER, BSK IPRG 39 N 4).

6 (iii) Zusätzlich müssen die **allgemeinen Bestimmungen** über die Anerkennung von ausländischen Entscheidungen in der Schweiz (IPRG 25 ff) vorliegen (SIEHR, IPR, 152 f). Insbesondere kann uU aufgrund des *Ordre public* die Anerkennung der ausländischen Namensänderung verweigert werden (IPRG 27 I).

7 Eine in der Schweiz anerkannte ausländische Namensänderung eines Auslandschweizers wird nach dem **Verfahren** gemäss IPRG 32 im Zivilstandsregister (s ZStV 39) eingetragen. Namensänderungen von ausländischen Staatsangehörigen im Ausland werden den schweizerischen Zuständigkeitsbehörden regelmässig als Vorfrage unterbreitet (s IPRG 29 III) und ziehen deshalb keine besonderen Rechtsfolgen nach sich (JAMETTI GREINER/GEISER, BSK IPRG 39 N 7 f).

Art. 40

4. Eintragung in die Zivilstandsregister

Der Name wird nach den schweizerischen Grundsätzen über die Registerführung in die Zivilstandsregister eingetragen.

La transcription du nom dans les registres de l'état civil a lieu conformément aux principes suisses sur la tenue des registres.

Il nome è iscritto nei registri dello stato civile giusta i principi svizzeri sulla tenuta dei registri.

The name shall be entered in the civil status registers in accordance with the Swiss principles of registration.

1 IPRG 40 soll die **einheitliche Führung** des schweizerischen Zivilstandsregisters gewährleisten (JAMETTI GREINER/GEISER, BSK IPRG 40 N 1). Er bestimmt deshalb, dass der Registereintrag für sämtliche Namenseintragungen iSv IPRG 37–39 nach den schweizerischen Grundsätzen (s ZStV) zu erfolgen hat.

2 IPRG 40 ist restriktiv – auf **formale Aspekte** beschränkt – auszulegen, um damit nicht das internationale auf das schweizerische Namensrecht zu reduzieren (SIEHR, IPR, 153; VISCHER, ZK IPRG 40 N 2). Abschlägige Ent-

scheide einer kantonalen Aufsichtsbehörde über die Namenseintragung können mit Beschwerde in Zivilsachen (BGG 72 II b 2) ans BGer weitergezogen werden.

3 Bei der Aufnahme eines Namens in das schweizerische Zivilstandsregister kommt der **Schreibweise** des Namens eine praktische Bedeutung zu, weil der Name nach schweizerischen Grundsätzen über die Registerführung einzutragen ist. Das bedeutet insbesondere, dass der Name in lateinischen Buchstaben ins Register aufzunehmen ist (s ZStV 24 I iVm 80; BGE 106 II 236 E 2).

4 Hingegen verstösst gemäss neuester bundesgerichtlicher Praxis die Eintragung oder Übertragung eines nach Geschlecht veränderlichen Namens im Zivilstandsregister nicht mehr gegen den Grundsatz der **Unwandelbarkeit des Familiennamens** und ist daher eintragungsfähig (BGE 131 III 201 E 2 betreffend Namen eines schweizerisch-polnischen Doppelbürgers; aM noch BGE 106 II 103 E 2; s BUCHER, DIP II, 263; VISCHER, ZK IPRG 40 N 4; s nun auch ZGB 30–30a N 4 ff).

5 Zum Namen zählt auch der **Vorname** (s IPRG 37). Die schweizerische Registerführung verlangt prinzipiell, dass das Geschlecht aus dem Vornamen des Kindes ersichtlich ist (VISCHER, ZK IPRG 40 N 6). Unseres Erachtens ist diese Praxis zu hinterfragen, gibt es doch auch «Schweizer» Namen (zB «Andrea», «Dominique»), welche je nach Landesteil vom einen oder anderen Geschlecht getragen werden (s SIEHR, IPR, 153). Möglich ist unter gewissen Voraussetzungen die Führung eines Familiennamens als zweiter Vorname, wie dies in den USA teilweise gebräuchlich ist (BGE 118 II 243 E 3; 116 II 504 E 2).

6 Nicht zum Namen iSv IPRG 40 gehören **Titel, Grad** oder **Adelstitel** und andere Abstammungsbezeichnungen (s IPRG 37 N 3; BGE 102 Ib 245; s BGE 120 III 276 E 2; s auch ZGB 29 N 11). Sie sind mit dem Ordre public nicht vereinbar (s BV 8) und gestützt auf ZStV 25 nicht eintragungsfähig (zu Recht für eine liberalere Handhabung BUCHER, DIP II, 260; JAMETTI GREINER/GEISER, BSK IPRG 40 N 6; VISCHER, ZK IPRG 40 N 4).

7 Ob die Weitergabe von (insbesondere) **iberischen Doppelnamen** eingetragen werden kann, ist in der Literatur umstritten (JAMETTI GREINER/GEISER, BSK IPRG 40 N 8), sollte aber mit Blick auf die liberale Haltung, die das Bundesgericht mit seiner Praxisänderung (BGE 131 III 201 E 3) in Bezug auf die Eintragung eines nach Geschlecht veränderlichen Namens eingenommen hat, zugelassen werden (s auch BUCHER, DIP II, 260; VISCHER, ZK IPRG 40 N 5).

Art. 41*V. Verschollenerklärung**1. Zuständigkeit und anwendbares Recht*

¹ Für die Verschollenerklärung sind die schweizerischen Gerichte oder Behörden am letzten bekannten Wohnsitz der verschwundenen Person zuständig.

² Die schweizerischen Gerichte oder Behörden sind überdies für eine Verschollenerklärung zuständig, wenn hierfür ein schützenswertes Interesse besteht.

³ Voraussetzungen und Wirkungen der Verschollenerklärung unterstehen schweizerischem Recht.

¹ Les tribunaux suisses du dernier domicile connu d'une personne disparue sont compétents pour prononcer la déclaration d'absence.

² Les tribunaux suisses sont en outre compétents pour prononcer la déclaration d'absence si un intérêt légitime le justifie.

³ Les conditions et les effets de la déclaration d'absence sont régis par le droit suisse.

¹ Competenti per la dichiarazione di scomparsa sono i tribunali o le autorità svizzeri dell'ultimo domicilio noto dello scomparso.

² I tribunali o le autorità svizzeri sono inoltre competenti per dichiarare la scomparsa qualora un interesse degno di protezione lo giustifichi.

³ Presupposti ed effetti della dichiarazione di scomparsa sono regolati dal diritto svizzero.

¹ The Swiss courts or administrative authorities at the last known domicile of the missing person shall have jurisdiction over the declaration of absence.

² The Swiss courts or administrative authorities shall furthermore have jurisdiction over a declaration of absence if a legitimate interest thereto exists.

³ Prerequisites and effects of the declaration of absence shall be subject to Swiss law.

1 IPRG 41 kommt zur Anwendung, soweit nicht **bilaterale oder multilaterale Abkommen** vorgehen (IPRG 1 II). Zu berücksichtigen ist derzeit nur der Staatsvertrag mit dem Iran betreffend Niederlassung (SR 0.132.114.362).

2 **Zweck** des auf das schweizerische Gesetzssystem (ZGB 34 ff; ZPO 21) zugeschnittenen Instituts der Verschollenerklärung ist die gerichtliche oder behördliche Bescheinigung über die Beendigung der Rechtspersönlichkeit einer natürlichen Person bei deren Verschwinden.

3 Der Begriff der **Verschollenerklärung** in IPRG 41 ist weit auszulegen (JAMETTI GREINER/GEISER, BSK IPRG 41 N 5) und umfasst sowohl den Fall, bei dem eine Person unter Umständen verschwunden ist, die einen Tod als sicher erscheinen lassen (s ZGB 34; zB «Tsunami-Flutwelle»), als auch den

Fall, wenn eine Person in hoher Todesgefahr (zB «Bergsteigen») oder seit Langem nachrichtenlos verschwunden ist (s ZGB 35).

4 Aktivlegitimiert zur Antragsstellung ist jedermann, der ein schützenswertes Interesse an der Verschollenerklärung hat.

5 Für die **Zuständigkeit** der schweizerischen Behörden und Gerichte wird an den *letzten bekannten Wohnsitz* des Verschollenen angeknüpft (**IPRG 41 I**). Der letzte Wohnsitz bestimmt sich grundsätzlich nach IPRG 20 I, wobei die Wendung «letzten bekannten» Wohnsitz besonders zu beachten ist. Kann ein letzter in- oder ausländischer Wohnsitz nicht ausfindig gemacht werden, so ist subsidiär auf den *letzten bekannten Aufenthaltsort* des Verschwundenen abzustellen (IPRG 20 II).

6 IPRG 41 II stipuliert eine **alternative Zuständigkeit** der schweizerischen Gerichte und Behörden bei Vorliegen eines schützenswertes Interesses (VISCHER, ZK IPRG 41 N 5). Ein *schützenswertes Interesse* wird insbesondere bejaht, wenn (i) ein rechtsgenügender Bezug zur Schweiz besteht (zB in der Schweiz liegende Vermögenswerte oder in der Schweiz durchgeführte Nachlassabwicklung, Kindsanerkennung oder Eheauflösung; s ZGB 38 III; s BGE 107 II 97 E 2); sowie (ii) weder im Heimatstaat noch im Wohnsitzstaat des Verschollenen eine anererkennungsfähige Verschollenerklärung erhältlich ist (Bot IPRG 1983 I 337; JAMETTI GREINER/GEISER, BSK IPRG 41 N 10).

7 Ferner kann auch die *Bereinigung des heimatlichen Zivilstandsregisters* bei einer im Ausland verschwundenen Person mit schweizerischer Staatsangehörigkeit als schützenswertes Interesse betrachtet werden (JAMETTI GREINER/GEISER, BSK IPRG 41 N 12).

8 Die *örtliche Zuständigkeit* bestimmt sich nach dem Ort, an welchem der engste Interessenzusammenhang besteht (zB Ort der Nachlassabwicklung oder Ort des Vermögens: SIEHR, IPR, 154; VISCHER, ZK IPRG 41 N 4; s BUCHER, DIP II, 286).

9 IPRG 41 III unterstellt die **Voraussetzungen und Wirkungen** der Verschollenerklärung dem schweizerischen Recht. Darunter fallen allerdings nur die mit der Verschollenerklärung unmittelbar zusammenhängenden Voraussetzungen und Wirkungen gemäss ZGB 38 I (VISCHER, ZK IPRG 41 N 4), namentlich der Erlass des Todesnachweises. Darüber hinausgehende Wirkungen auf Rechtsinstitute wie das Erbrecht oder das Eherecht bestimmen sich hingegen nach dem für sie vorgesehenen Recht (BUCHER, DIP II, 291; JAMETTI GREINER/GEISER, BSK IPRG 41 N 17): So ist etwa die Frage, ob mit der Verschollenerklärung die Ehe (wie im schweizerischen Recht: ZGB 38 III) aufgelöst wird oder nicht, nach dem Recht zu entscheiden, dem das Eheverhältnis untersteht (BUCHER, DIP II, 291; VISCHER, ZK IPRG 41 N 4; s IPRG 42 N 6).

Art. 42

2. Verschollen- und Todeserklärung im Ausland

Eine im Ausland ausgesprochene Verschollen- oder Todeserklärung wird in der Schweiz anerkannt, wenn sie im Staat des letzten bekannten Wohnsitzes oder im Heimatstaat der verschwundenen Person ergangen ist.

Une déclaration d'absence ou de décès prononcée à l'étranger est reconnue en Suisse, lorsqu'elle émane de l'Etat du dernier domicile connu ou de l'Etat national de la personne disparue.

La dichiarazione estera di scomparsa o di morte è riconosciuta in Svizzera se pronunciata nello Stato dell'ultimo domicilio noto o nello Stato di origine dello scomparso.

A declaration of absence or death made abroad shall be recognized in Switzerland if it was rendered in the state of the last known domicile or in the state of origin of the missing person.

1 IPRG 42 regelt die **Anerkennung von ausländischen Verschollen- und Todeserklärungen**. Die Norm nennt neben der Verschollenerklärung ausdrücklich die Todeserklärung. Damit sollen auch Institute von ausländischen Rechtsordnungen umfasst werden, die dem schweizerischen Recht unbekannt sind, aber sinngemäss einer Verschollenerklärung iWV entsprechen (JAMETTI GREINER/GEISER, BSK IPRG 42 N 2; VISCHER, ZK IPRG 42 N 2).

2 Die Anerkennung in der Schweiz erfolgt unter folgenden **Voraussetzungen**:

3 (i) Schweizerische Behörden und Gerichte anerkennen im Ausland ausgesprochene Erklärungen, wenn sie am letzten bekannten Wohnsitz oder im Heimatstaat der verschwundenen Person gefällt worden sind (BUCHER, DIP II, 292). Angeknüpft wird – wie in IPRG 41 – an den **letzten bekannten Wohnsitz** des Verschollenen. Der Wohnsitz bestimmt sich nach IPRG 20 I, wobei zu beachten ist, dass zwischen dem tatsächlich letzten und dem letzten bekannten Wohnsitz iSv IPRG 42 ein Unterschied bestehen kann. Bei Fehlen eines letzten bekannten Wohnsitzes des Verschollenen kann gemäss IPRG 20 II an den *letzten gewöhnlichen Aufenthalt* des Verschollenen angeknüpft werden.

4 Alternativ (nicht subsidiär!) erklärt IPRG 42 auch eine Verschollenerklärung eines **Heimatstaates** des Verschollenen (s IPRG 23 III) als anerkennbar (VISCHER, ZK, IPRG 42 N 1). Die Verschollen- oder Todeserklärung eines anderen Staates als des letzten Wohnsitzstaates oder eines Heimatstaates des Verschollenen (zB ein Staat, wo Vermögen des Verschollenen liegt) ist in der Schweiz nicht anerkennungsfähig (JAMETTI GREINER/GEISER, BSK IPRG 42 N 4; VISCHER, ZK IPRG 42 N 2).

5 (ii) *Kumulativ* zu IPRG 42 müssen die **allgemeinen Voraussetzungen** für die Anerkennung von ausländischen Entscheidungen (IPRG 25–32) sinngemäss

mäss erfüllt sein (JAMETTI GREINER/GEISER, BSK IPRG 42 N 3; SIEHR, IPR, 155). Insbesondere kann sich aufgrund des Ordre public (IPRG 27 I) eine Verweigerung der Anerkennung aufdrängen, wenn das ausländische Verfahren für schweizerische Verhältnisse nur unzureichende Abklärungen verlangt, um eine entsprechende Verschollen- oder Todeserklärung zu erlassen (JAMETTI GREINER/GEISER, BSK IPRG 42 N 5).

6 Die in der Schweiz anerkannte ausländische Verschollen- oder Todeserklärung entfaltet in der Schweiz nur jene **Rechtswirkungen**, die das Recht des erlassenen Staates vorsieht (JAMETTI GREINER/GEISER, BSK IPRG 42 N 6; VISCHER, ZK IPRG 42 N 2). Daher löst zB eine in der Schweiz anerkannte ausländische Verschollenerklärung die Ehe nicht zwingend auf, wie dies ZGB 38 III bestimmt (IPRG 41 N 9).

Art. 43

3. Kapitel: Eherecht

1. Abschnitt: Eheschliessung

I. Zuständigkeit

¹ Die schweizerischen Behörden sind für die Eheschliessung zuständig, wenn die Braut oder der Bräutigam in der Schweiz Wohnsitz oder das Schweizer Bürgerrecht hat.

² Ausländischen Brautleuten ohne Wohnsitz in der Schweiz kann durch die zuständige Behörde die Eheschliessung in der Schweiz auch bewilligt werden, wenn die Ehe im Wohnsitz- oder im Heimatstaat beider Brautleute anerkannt wird.

³ Die Bewilligung darf nicht allein deshalb verweigert werden, weil eine in der Schweiz ausgesprochene oder anerkannte Scheidung im Ausland nicht anerkannt wird.

¹ Les autorités suisses sont compétentes pour célébrer le mariage si l'un des fiancés est domicilié en Suisse ou a la nationalité suisse.

² Les fiancés étrangers non domiciliés en Suisse peuvent aussi être autorisés à s'y marier par l'autorité compétente lorsque le mariage est reconnu dans l'Etat de leur domicile ou dans leur Etat national.

³ L'autorisation ne peut pas être refusée pour le seul motif qu'un divorce prononcé ou reconnu en Suisse n'est pas reconnu à l'étranger.

¹ Le autorità svizzere sono competenti a celebrare il matrimonio se uno degli sposi è domiciliato in Svizzera o ne ha la cittadinanza.

² Gli sposi stranieri non domiciliati in Svizzera possono nondimeno essere autorizzati dall'autorità competente a contrarre matrimonio in Svizzera se il medesimo vien riconosciuto nello Stato di domicilio o di origine di ambedue.

³ L'autorizzazione non può essere rifiutata per il solo motivo che un divorzio pronunciato o riconosciuto in Svizzera non sarebbe riconosciuto all'estero.

¹ The Swiss authorities shall have jurisdiction over a marriage if the bride or the bridegroom is domiciled in Switzerland or has Swiss nationality.

² The authority having jurisdiction may also authorize alien fiancés without domicile in Switzerland to marry in Switzerland if the marriage is recognized in the state of domicile or in the state of origin of both fiancés.

³ The authorization may not be denied solely because a divorce adjudged or recognized in Switzerland is not recognized abroad.

Literaturverzeichnis zu IPRG 43–58

(s auch Literaturverzeichnis bei IPRG 33)

ABU-SAHLIEH ALDEEB, Le droit international privé suisse face aux systèmes des pays arabes et musulmans, SZIER 1992, 33 ff; BÄNZIGER FELIX, Der Schutz des Dritten im internationalen Personen-, Familien- und Erbrecht der Schweiz, Zürich 1977; BONOMI ANDREA, Autonomie des parties en droit patrimonial de la famille et intérêt des entrepreneurs: Aspects de droit matériel et de droit international privé, SZIER 2004, 459 ff; BUCHER ANDREAS, Le couple en droit international privé, Basel 2004 (zit BUCHER, Le couple); BUCHER ANDREAS, Das IPRG und das Abkommen mit Italien von 1966, ZZW 1993, 87 f; BUCHER ANDREAS, Les régimes matrimoniaux en droit international privé suisse, SJ 1989, 361 ff; BUCHER ANDREAS, Das neue internationale Ehegüterrecht, ZGBR 1988, 65 ff; BUCHER ANDREAS, Über die räumlichen Grenzen der Kollisionsnormen, in: FS Vischer, Zürich 1983, 93 ff; HASENBÖHLER FRANZ, Das Familien- und Erbrecht des IPRG, BJM 1989, 225 ff; HENRICH DIETER, Ehegüter- und Erbrecht, Lausanner Kolloquium über den deutschen und schweizerischen Gesetzesentwurf zur Neuregelung des internationalen Privatrechts, Veröffentlichungen des schweizerischen Instituts für Rechtsvergleichung, Bd 1, Zürich 1984, 103 ff; HEUSSLER WILLY, Italienische Verkündzeugnisse, ZZW 1993, 155 ff; HEUSSLER WILLY, Eheschliessung mit Auslandsberührung nach Inkrafttreten des IPR-Gesetzes, ZZW 1988, 4 f; JÄGER MARTIN, Prüfung der Ehefähigkeit von Ausländern, ZZW 1992, 43 ff; JAMETTI GREINER MONIQUE/GEISER THOMAS, Die güterrechtlichen Regeln des IPR-Gesetzes, ZBJV 1991, 1 ff; KNOEPLER FRANÇOIS, Reconnaissance selon la LDIP des décisions étrangères – Aspects du droit de fond, ZZW 1990, 348 ff; MARKUS ALEXANDER R, Le droit international privé suisse du partenariat enregistré, in: Aspects de droit international privé des partenariats enregistrés en Europe, Genf/Zürich/Basel 2004, 149 ff (zit MARKUS, Partenariat enregistré); PHILIPPIN EDGAR, Régime matrimonial et protection des créanciers, Bern 2000; SCHWANDER IVO, Registrierte Partnerschaften im Internationalen Privat- und Zivilrecht, AJP 2001, 350 ff; SCHWANDER IVO, Das Internationale Familienrecht der Schweiz, St Gallen 1985 (zit SCHWANDER, Familienrecht); SIEHR KURT, Günstigkeits- und Garantieprinzip, in: FS Walder, Zürich 1994, 409 ff; SIEHR KURT, Nachehelicher Unterhalt im innerdeutschen Kollisionsrecht, IPRax 1994, 360 ff; STURM FRITZ, Die Rezeption des französischen Personenstandsrechts in Deutschland, Österreich und der Schweiz – Ein Markstein auf dem Weg zu Gleichheit, Glaubens- und Gewissensfreiheit, ZZW 1991, 209 ff; VOLKEN PAUL, Das internationale Unterhaltsrecht der Schweiz, in: Alimenteninkasso im Ausland: Die Schaffung und Vollstreckung schweizerischer Unterhaltstitel, St Gallen 1989, 9 ff (zit VOLKEN, Unterhaltsrecht); VOLKEN PAUL, Das internationale Güterrecht im neuen schweizerischen IPRG-Gesetz, BN 1989, 433 ff; VON OVERBECK ALFRED E/ROSSEL JEAN-EMMANUEL, Le conflit mobile et le droit transitoire en matière de régimes matrimoniaux selon la loi fédérale sur le droit international privé, SJ 1990, 265 ff; WIDMER CORINNE, in: FamKomm Eingetragene Partnerschaft, Bern 2006.

- 1 **IPRG 43–45** stehen in einem engen Verhältnis: Während IPRG 43 die Zuständigkeit regelt, bestimmt IPRG 44 das bei einer Eheschliessung im Inland anwendbare Recht, und IPRG 45 behandelt die Anerkennung einer im Ausland geschlossenen Ehe.
- 2 Das IPRG bezweckt mit **IPRG 43**, ehewilligen Personen eine für die Statusfrage der **Eheschliessung** zuständige Behörde an ihrem jeweiligen Lebenszentrum zur Verfügung zu stellen (VOLKEN, ZK IPRG N 10 Vorb 43–65). Eheschliessung gemäss IPRG 43 beinhaltet ausschliesslich eine Eheschliessung im Sinn des schweizerischen Rechts inklusive dessen Vorbereitungsverfahren (ZGB 97 ff; ZStV 62 ff; SIEHR, BSK IPRG 43 N 8 f). Nicht dazu gehört das Verlöbnis, das vom Gesetzgeber absichtlich nicht ins IPRG aufgenommen wurde (Bot IPRG 1983 I, 341; SIEHR, BSK IPRG N 5 ff Vorb 43–65).
- 3 Aufgrund des Verweises von IPRG 65a kommt 43 I sinngemäss auch für **eingetragene Partnerschaften** zur Anwendung. Hingegen wird die Anwendung von IPRG 43 II auf eingetragene Partnerschaften in IPRG 65a ausdrücklich ausgeschlossen. Gleiches muss auch für IPRG 43 III gelten, der sich nur auf IPRG 43 II bezieht.
- 4 Gemäss **IPRG 43 I** besteht die **reguläre Zuständigkeit** der schweizerischen Behörden, wenn wenigstens einer der beiden Brautleute eine rechtsgenügende Beziehung zur Schweiz aufweist, indem er entweder seinen aktuellen **Wohnsitz** (IPRG 20) in der Schweiz hat (s BGE 116 II 497 E 4c) oder alternativ die schweizerische **Staatsangehörigkeit** besitzt (SIEHR, BSK IPRG 43 N 10 ff; VOLKEN, ZK IPRG 43 N 9). Im zweiten Fall genügt es, wenn einer der Antragsteller die schweizerische Staatsangehörigkeit als eine von mehreren besitzt (IPRG 23 I). Besteht nur ein gewöhnlicher Aufenthaltsort in der Schweiz, ist eine Bewilligung gemäss IPRG 43 II einzuholen (s VOLKEN, ZK IPRG 43 N 12; aM BUCHER, Le couple, N 77).
- 5 IPRG 43 I erklärt ausschliesslich die staatlichen **schweizerischen Behörden** für Eheschliessungen in der Schweiz für zuständig. Vertreter von ausländischen Staaten sind weder vor noch nach der Eheschliessung eines schweizerischen Zivilstandsbeamten zur Eheschliessung berechtigt, selbst wenn ihr Entsendungsstaat sie dazu ermächtigt hat. Vertreter von Religions- und Glaubensgemeinschaften jeglicher Art können in der Schweiz nicht gültig eine Ehe schliessen. Sie dürfen erst nach der Eheschliessung durch den staatlichen Zivilstandsbeamten ihre Riten und Gebräuche vornehmen (SIEHR, BSK IPRG 43 N 3 ff; VOLKEN, ZK IPRG 43 N 1 ff).
- 6 Eine **erweiterte Zuständigkeit** der schweizerischen Behörden sieht **IPRG 43 II** vor, wonach die Eheschliessung von **Ausländern ohne Wohnsitz** in der Schweiz für eine sog Touristenheirat bewilligt werden kann, wenn diese Ehe im Wohnsitz- oder Heimatstaat der Brautleute als vollgültige Ehe anerkannt wird. Es handelt sich bei dieser Bestimmung um eine Kann-Vorschrift. Es steht deshalb im Ermessen der Behörden, ob sie die Eheschliessung vornehmen oder nicht. Aus IPRG 43 II kann daher kein Rechtsanspruch der Braut-

leute auf Eheschliessung abgeleitet werden, selbst wenn die Voraussetzungen gemäss dieser Bestimmung erfüllt wären (VOLKEN, ZK IPRG 43 N 19).

7 Eine Eheschliessung iSv IPRG 43 II muss mindestens im Wohnsitz- oder im Heimatstaat (mit dem engsten Bezug) jedes Antragstellers anerkannt werden (BUCHER, *Le couple*, N 82; SIEHR, BSK IPRG 43 N 15). Die **Anerkennung** des jeweiligen Bezugsstaates muss vom Antragsteller nachgewiesen werden (Bot IPRG 1983 I, 341). Die Antragsteller haben mit ihrem Gesuch die Eheanerkennungserklärung des jeweiligen Heimat- bzw. Wohnsitzstaates beizufügen (ZStV 73). Mit den Nachbarstaaten Deutschland, Frankreich, Italien und Österreich bestehen diesbezügliche bilaterale Abkommen (SR 0.211.112.413.6–445.4). Sodann hat die Schweiz das Münchner C.I.E.C Übereinkommen vom 5.9.1980 über die Ausstellung von Ehefähigkeitszeugnissen unterzeichnet (SR 0.211.112.15). Kann der Nachweis über die Anerkennung nicht erbracht werden, oder bestehen Zweifel an der besagten Anerkennung, ist die Eheschliessung in der Schweiz zu versagen.

8 **IPRG 43 III** enthält eine ergänzende Bestimmung zu IPRG 43 II, wonach die Bewilligung iSv IPRG 43 II zur Wiederverheiratung nicht alleine deshalb verweigert werden darf, weil der massgebende Wohnsitz- oder Heimatstaat der Antragsteller die nicht in der Schweiz ausgesprochene Scheidung oder die von der Schweiz anerkannte, im Ausland geschiedene Ehe (IPRG 65) nicht anerkennt (SIEHR, BSK IPRG 43 N 18 f; VOLKEN, ZK IPRG 43 N 23 ff; s BGE 102 Ib 1 E 4; 97 I 389 E 3). Hingegen reicht eine **Anerkennungsverweigerung** des Wohnsitz- oder des Heimatstaates einer der Brautleute wegen eines Grundes, der in der Schweiz gegen den *Ordre public* verstösst (zB Ehehindernis wegen unterschiedlicher Kastenzugehörigkeit oder wegen eines religiösen Grundes) und sonst keinen Inlandbezug aufweist, nicht aus, um eine Bewilligung zu rechtfertigen (SCHWANDER, *Familienrecht*, 652; SIEHR, BSK IPRG N 14 Vorb 43).

9 Eine **Ausnahmebewilligung** kann uU unabhängig der Anerkennung im Wohnsitz- oder Heimatstaat der Brautleute erteilt werden, zB aufgrund der Notzuständigkeit iSv IPRG 3 bei Asylsuchenden in der Schweiz (SIEHR, BSK IPRG 43 N 14/19; kritisch betreffend Asylbewerber VOLKEN, ZK IPRG 43 N 22).

10 IPRG 43 bestimmt nur die internationale Zuständigkeit (BUCHER, *Le couple*, N 78; LEVANTE, 133). **Örtlich zuständig** ist im Fall von IPRG 43 I das Zivilstandsamt des schweizerischen Wohnsitzes der Braut oder des Bräutigams und im Falle von IPRG 43 II das Zivilstandsamt, das die Brautleute zur Durchführung der Trauung gewählt haben (ZStV 62; BUCHER, *Le couple*, N 78). Die Bewilligung gemäss IPRG 43 II erteilt die kantonale Aufsichtsbehörde des Zivilstandsamtes, das die Trauung durchführen soll. Bei Letzterem ist das Gesuch für die Bewilligung einzureichen (ZStV 73).

Art. 44*II. Anwendbares Recht*

¹ Die materiell-rechtlichen Voraussetzungen der Eheschliessung in der Schweiz unterstehen schweizerischem Recht.

² Sind die Voraussetzungen nach schweizerischem Recht nicht erfüllt, so kann die Ehe zwischen Ausländern geschlossen werden, wenn sie den Voraussetzungen des Heimatrechts eines der Brautleute entspricht.

³ Die Form der Eheschliessung in der Schweiz untersteht schweizerischem Recht.

¹ Les conditions de fond auxquelles est subordonnée la célébration du mariage en Suisse sont régies par le droit suisse.

² Si les conditions prévues par le droit suisse ne sont pas réunies, le mariage entre étrangers peut néanmoins être célébré pour autant qu'il satisfasse aux conditions prévues par le droit national de l'un des fiancés.

³ La forme de la célébration du mariage en Suisse est régie par le droit suisse.

¹ I presupposti materiali della celebrazione del matrimonio in Svizzera sono regolati dal diritto svizzero.

² Se i presupposti giusta il diritto svizzero non sono adempiuti, il matrimonio tra stranieri può essere celebrato in Svizzera se conforme ai presupposti del diritto nazionale di uno degli sposi.

³ La forma della celebrazione del matrimonio in Svizzera è regolata dal diritto svizzero.

¹ The substantive law prerequisites of a marriage in Switzerland shall be subject to Swiss law.

² If the prerequisites according to Swiss law are not fulfilled, a marriage between foreigners may nevertheless be concluded if it fulfills the prerequisites of the national law of one of the fiancés.

³ The form of marriage in Switzerland shall be subject to Swiss law.

1 IPRG 44 I verlangt als Grundnorm in der Form einer Sachnormverweisung, dass für eine Eheschliessung in der Schweiz die materiell-rechtlichen Voraussetzungen des schweizerischen Rechts erfüllt sein müssen (ZGB 94 ff). Damit entschied sich der Gesetzgeber für einen Gleichlauf von *jus und forum*, der regelmässig allen Beteiligten die Rechtsanwendung erleichtert (HEUSSLER, ZZW 1988, 4 f; SIEHR, BSK IPRG 44 N 1). Je nach Zuständigkeit, die unter IPRG 43 I in Anspruch genommen wird, bewirkt IPRG 44 I eine Anwendung des Wohnsitzrechts (bei Ausländern) oder des Heimatrechts (bei Auslandschweizern; VOLKEN, ZK IPRG 44 N 7 f). Im Falle einer Zuständigkeit gestützt auf IPRG 43 II, einer sog Touristenheirat, bei der die Brautleute weder einen Wohnsitz in der Schweiz haben noch die schweizerische Staatsangehörigkeit besitzen, führt IPRG 44 I zu einer blossen *lex fori* (BUCHER, DIP II, 331; VOLKEN, ZK IPRG 44 N 9).

2 Unter den **materiell-rechtlichen Voraussetzungen** der Eheschliessung sind jene gesetzlichen Bedingungen zu verstehen, die erfüllt sein müssen, damit die Eheschliessung gültig vorgenommen werden darf. In der Schweiz bestimmen sich die materiell-rechtlichen Voraussetzungen nach ZGB 94 ff. Dazu gehören im Wesentlichen die drei folgenden Voraussetzungen: (i) Die Brautleute müssen *ehefähig* sein (Mindestalter 18 Jahre, Urteilsfähigkeit; ZGB 94; 105 Ziff 2); (ii) es darf *kein Ehehindernis* vorliegen, zB eine zu nahe Verwandtschaft oder eine bestehende Ehe oder eingetragene Partnerschaft (ZGB 95 f, 105 Ziff 1 und 3; PartG 26; SCHWANDER, Familienrecht, 120; VOLKEN, ZK IPRG 44 N 2 ff); und (iii) es muss ein *echter Ehewille* vorhanden sein (ZGB 97a, 105 Ziff 4).

3 Für den Fall, dass die Voraussetzungen für eine Eheschliessung nach schweizerischem Recht nicht gegeben sind, kann die Ehe von Ausländern gemäss **IPRG 44 II** dennoch in der Schweiz geschlossen werden, wenn die gesetzlichen Bedingungen von mindestens einem Heimatstaat der Brautleute für deren Heirat erfüllt sind (s ZStV 74). IPRG 44 II erfordert, dass beide Brautleute eine effektive ausländische Staatsangehörigkeit haben (IPRG 23 II), wobei sie nicht dieselbe Staatsangehörigkeit haben müssen. So kann sich auch ein schweizerischer Doppelbürger auf IPRG 44 II berufen, wenn die ausländische Staatsangehörigkeit die effektive ist (SIEHR, BSK IPRG 44 N 13). Bei Staatenlosen und Flüchtlingen tritt an die Stelle des Staatsangehörigkeitsstatus das Wohnsitzrecht (IPRG 24 III; BUCHER, Le couple, N 93).

4 Berufen sich die Brautleute gestützt auf IPRG 44 II auf das für sie **günstigere Heimatrecht**, müssen sämtliche materiell-rechtlichen Voraussetzungen dieses Rechts für ihre Eheschliessung erfüllt sein. Die Brautleute können sich nicht nur auf punktuell für sie bessere Bestimmungen des Heimatrechts (zB tieferes Mindestalter) berufen. Eine Ausnahme besteht dort, wo das ansonsten günstigere ausländische Heimatrecht einer Eheschliessung nur deswegen entgegensteht, weil es eine in der Schweiz ausgesprochene oder anerkannte Scheidung im Ausland nicht anerkennt (IPRG 43 III). Diesfalls wäre das entsprechende heimatliche Ehehindernis in der Schweiz unbeachtlich (VOLKEN, ZK IPRG 44 N 15). Eine allfällige Rückverweisung des Heimatrechts auf das schweizerische Recht ist nicht zu beachten, weil sonst die von IPRG 44 II bezweckte Begünstigung der Eheschliessung verhindert würde (SIEHR, BSK IPRG 44 N 17; aM REICHART, 143 f; VOLKEN, ZK IPRG 44 N 16).

5 Aus IPRG 44 II geht e contrario hervor, dass strengeres, ausländisches Heimatrecht nicht beachtet wird.

6 IPRG 44 III bezeichnet das für das **Verfahren der Eheschliessung** massgebende Recht. Danach ist auf schweizerischem Hoheitsgebiet für den formellen Ablauf der Eheschliessung das schweizerische Recht massgebend. Das ZGB sieht mit dem Vorbereitungsverfahren der Eheschliessung (ZGB 97--100) und der Trauung (ZGB 101--103) ein zweistufiges Verfahren vor, das in ZStV 62 ff ausführlich geregelt wird. Bei einem Begehren gemäss IPRG 44 II bewilligt die Aufsichtsbehörde die Eheschliessung, wenn diese nach den Voraussetzungen des Heimatrechts der oder des Verlobten stattfin-

den kann und die Ehe mit dem schweizerischen **Ordre public** in Einklang steht (ZStV 74; IPRG 17; BUCHER, *Le couple*, N 100 ff; SIEHR, BSK IPRG 44 N 19). Die Brautleute haben dem Gesuch eine Eheanerkennungserklärung des Heimatstaates beizulegen (ZStV 64). Können die Brautleute die entsprechende Erklärung nicht selbständig beibringen, so ist das anzuwendende Heimatrecht von der Aufsichtsbehörde von Amtes wegen festzustellen (IPRG 16 I; VOLKEN, ZK IPRG 44 N 24).

Art. 45

III. Eheschliessung im Ausland

¹ Eine im Ausland gültig geschlossene Ehe wird in der Schweiz anerkannt.

² Sind Braut oder Bräutigam Schweizer Bürger oder haben beide Wohnsitz in der Schweiz, so wird die im Ausland geschlossene Ehe anerkannt, wenn der Abschluss nicht in der offenbaren Absicht ins Ausland verlegt worden ist, die Vorschriften des schweizerischen Rechts über die Eheungültigkeit zu umgehen.

³ Eine im Ausland gültig geschlossene Ehe zwischen Personen gleichen Geschlechts wird in der Schweiz als eingetragene Partnerschaft anerkannt.

¹ Un mariage valablement célébré à l'étranger est reconnu en Suisse.

² Si la fiancée ou le fiancé sont suisses ou si tous deux ont leur domicile en Suisse, le mariage célébré à l'étranger est reconnu, à moins qu'ils ne l'aient célébré à l'étranger dans l'intention manifeste d'éviter les dispositions sur l'annulation du mariage prévues par le droit suisse.

³ Un mariage valablement célébré à l'étranger entre personnes du même sexe est reconnu en Suisse en tant que partenariat enregistré.

¹ Il matrimonio celebrato validamente all'estero è riconosciuto in Svizzera.

² Se uno degli sposi è cittadino svizzero o se entrambi sono domiciliati in Svizzera, il matrimonio celebrato all'estero è riconosciuto qualora la celebrazione all'estero non sia stata manifestamente voluta per eludere le norme del diritto svizzero sulla nullità del matrimonio.

³ Il matrimonio celebrato validamente all'estero tra persone dello stesso sesso è riconosciuto in Svizzera quale unione domestica registrata.

¹ A marriage validly concluded abroad shall be recognized in Switzerland.

² If the bride or the bridegroom are Swiss nationals, or if both have their domicile in Switzerland, a marriage concluded abroad shall be recognized unless they concluded the marriage abroad with the obvious intention to avoid the provisions on annulment of the marriage provided by Swiss law.

³ A valid marriage concluded abroad between persons of the same sex shall be recognized in Switzerland as a civil partnership.

1 Als einziger Staatsvertrag geht derzeit das schweizerisch-iranische Niederlassungsabkommen (SR 0.132.114.362) IPRG 45 vor.

2 IPRG 45 regelt die Anerkennung von im Ausland geschlossenen Ehen in der Schweiz. Der Gesetzgeber hat in Einklang mit BV 14 und EMRK 12 mit IPRG 45 eine **anerkenntnisfreundliche Regelung** kodifiziert. Grundsätzlich wird gemäss IPRG 45 I eine im Ausland geschlossene Ehe anerkannt, wenn sie dort gültig geschlossen wurde.

3 Im Ausland geschlossene **eheähnliche Lebensgemeinschaften** (zB PACS in Frankreich) werden in der Schweiz lediglich nach den vertragsrechtlichen Grundsätzen anerkannt (SIEHR, BSK IPRG 45 N 5). Betreffend gleichgeschlechtliche Lebensgemeinschaften s N 9.

4 Ist die Anerkennung der Eheschliessung lediglich als **Vorfrage** zu beurteilen, so bestimmt sich diese Anerkennung trotz IPRG 45 nach dem Statut der Hauptfrage (s BGE 119 II 264 E 3), zB in einem Erbrechtsfall nach dem Erbstatut (SIEHR, BSK IPRG 45 N 20; VOLKEN, ZK IPRG 45 N 18).

5 Eine Anerkennung setzt laut IPRG 45 eine **gültige Eheschliessung** voraus. Das bedeutet, dass die Eheschliessung entweder nach dem Recht des Eheschliessungsstaates gültig geschlossen wurde oder aber, dass sie nach dem Recht des Wohnsitzstaates (IPRG 20) oder des Heimatstaates (IPRG 23 II; wobei auf das effektive Heimatrecht abzustellen ist) einer der Brautleute im Zeitpunkt der Eheschliessung gültig ist (VOLKEN, ZK IPRG 45 N 16 ff; s BUCHER, Le couple, N 136; SIEHR, BSK IPRG 45 N 8 f). Dabei ist das gesamte Recht einschliesslich dem jeweiligen IPR zu beachten (SIEHR, BSK IPRG 45 N 9).

6 Auslegungsbedürftig ist sodann, ob die in IPRG 45 genannte gültige Ehe frei von absoluten und relativen **Eheungültigkeitsgründen** sein muss, oder ob auch eine Ehe, bei der zwar relative (heilbare) Gründe vorliegen, die aber nicht von Amtes wegen zur Ungültigerklärung der Ehe führen, als gültig geschlossene Ehe iSv IPRG 45 I zu verstehen ist. Das ist zu bejahen, soweit es an den Eheleuten liegt, auf Nichtigkeit der Ehe zu klagen (SIEHR, BSK IPRG 45 N 7). Hingegen kann eine im Ausland geschlossene, ungültige Ehe in der Schweiz nicht anerkannt werden, selbst wenn sie nach schweizerischem Recht gültig geschlossen wäre (s SIEHR, BSK IPRG 45 N 10).

7 **IPRG 45 II** beinhaltet einen ausdrücklichen Anerkennungsvorbehalt zur Hauptregel in IPRG 45 I, um offenbar beabsichtigte Umgehungen der schweizerischen Vorschriften zur Eheungültigkeit (präventiv) zu verhindern. Der Vorbehalt bezieht sich auf Eheschliessungen von schweizerischen Staatsangehörigen und von Ausländern mit Wohnsitz in der Schweiz, die im Ausland geheiratet haben (BUCHER, Le couple, N 143; VOLKEN, ZK IPRG 45 N 20). Eine solche Ehe wird nach IPRG 45 II nicht anerkannt, wenn sie mutmasslich (dñ nach objektiven Indizien) nur deshalb im Ausland geschlossen wurde, um absolute Nichtigkeitsgründe des schweizerischen Rechts (ZGB 105) zu umgehen, die von Amtes wegen zu beachten wären (SIEHR, BSK IPRG 45 N 15 f). Mit der Aufhebung vieler Eheungültigkeitsgründe im schweizerischen Recht

in den letzten Jahren hat IPRG 45 II seine praktische Relevanz weitgehend verloren und könnte ersatzlos gestrichen werden (SIEHR, IPR, 27).

8 Neben IPRG 45 kann zudem mit Verweis auf den **Ordre public** die Anerkennung einer im Ausland gültig geschlossenen Ehe in der Schweiz verweigert werden (IPRG 27 I), allerdings nur, wenn die Eheschliessung offensichtlich gegen den schweizerischen Ordre public verstösst (IPRG 27 I). Dies ist nicht leichthin anzunehmen, denn eine im Ausland gültig zustande gekommene und gelebte Rechtsgemeinschaft soll nicht ohne wesentlichen Grund durch die Nichtanerkennung in der Schweiz gefährdet werden. So verstösst eine ausländische Ehe, die durch Klage anfechtbar ist, nicht gegen den schweizerischen Ordre public (s ZGB 107; SIEHR, IPR, 24). Auch eine im Ausland gültig geschlossene bi- oder polygamische Ehe kann gestützt auf IPRG 45 I in der Schweiz (trotz zB StGB 215) anerkannt werden, ohne gegen den Ordre public zu verstossen (BUCHER, Le couple, N 150 ff; SCHWANDER, AJP 2001, 354; SIEHR, BSK IPRG 45 N 5, 11).

9 Das Institut der Ehe ist in der Schweiz weiterhin heterosexuellen Paaren vorbehalten. Soweit ein anderer Rechtsstaat (zB die Niederlande, Spanien, Schweden, Norwegen, Südafrika, Kanada, Portugal, Argentinien) das Institut der **Ehe für gleichgeschlechtliche Paare** (sog «Homo-Ehe») kennt, wird eine solche Ehe in der Schweiz nicht als Ehe im Sinne des schweizerischen Rechts legalisiert. Ein gleichgeschlechtliches Ehepaar kann auch nicht gestützt auf die EMRK von der Schweiz verlangen, dass seine gleichgeschlechtliche Ehe als Ehe anerkannt wird (s EuGH C-249/96 Ziff 34; JACOB, 363 ff). Mit **IPRG 45 III** wird jedoch eine im Ausland geschlossene, gleichgeschlechtliche Ehe in der Schweiz als *eingetragene Partnerschaft* und mit den damit verbundenen Rechtswirkungen anerkannt (Bot PartG 2003, 1362; BUCHER, Le couple, N 157 f; MARKUS, Partenariat enregistré, 152). Gleiches muss uE auch für eine Ehe, die zwischen Mann und Frau geschlossen wurde, gelten, die sich in der Zwischenzeit aber wegen einer Geschlechtsumwandlung eines Ehegatten zu einer gleichgeschlechtlichen Ehe entwickelt hat. Eine Anerkennung gemäss IPRG 45 III bedeutet aber nicht, dass die Wirkungen einer gleichgeschlechtlichen, ausländischen Ehe mit denjenigen der inländischen eingetragenen Partnerschaft (SIEHR, IPR, 70) identisch sind.

10 Aufgrund von IPRG 65a gilt IPRG 45 **sinngemäss** auch für **eingetragene Partnerschaften**. Eine im Ausland gültig geschlossene, gleichgeschlechtliche Partnerschaft wird deshalb grundsätzlich in der Schweiz anerkannt. Die unterschiedlichen Lösungsvarianten von eingetragenen Partnerschaften in den jeweiligen Ländern können jedoch auch zu Auslegungsschwierigkeiten bei der Anerkennung von ausländischen Registrierungen führen. So ist zB bei der Anerkennung ausländischer Eintragungen auf allenfalls unterschiedliche Wirkungen zur schweizerischen Lösung zu achten. Bei wesentlichen Abweichungen sollten in der Schweiz nur die Rechtsfolgen der ausländischen Registrierung Wirkungen entfalten, die im Eintragsstaat vorgesehen sind (s SCHWANDER, AJP 2001, 354; WIDMER, N 72). Beispielsweise soll mit der Anerkennung eines französischen Pacte Civil de Solidarité (PACS), der keine

erbrechtliche Rechtsfolgen kennt, darauf geachtet und sichergestellt werden, dass damit der PACS nicht einer schweizerischen eingetragenen Partnerschaft gleichgestellt wird, die ein gesetzliches Erbrecht vorsieht (SIEHR, IPR, 70).

Art. 45a^{*}

IV. Volljährigkeit

Minderjährige mit Wohnsitz in der Schweiz werden mit der Eheschliessung in der Schweiz oder mit der Anerkennung der im Ausland geschlossenen Ehe volljährig.

Les mineurs domiciliés en Suisse accèdent à la majorité par la célébration d'un mariage en Suisse ou par la reconnaissance d'un mariage célébré à l'étranger.

I minorenni domiciliati in Svizzera raggiungono la maggiore età con la celebrazione di un matrimonio in Svizzera o con il riconoscimento di un matrimonio celebrato all'estero.

Minors domiciled in Switzerland shall attain full age upon conclusion of a marriage in Switzerland or upon recognition of a marriage concluded abroad.

^{*} Wortlaut bis zur am 1.1.2013 in Kraft tretenden Änderung des ZGB vom 19.12.2008 (AS 2011, 725 ff):

IV. Mündigkeit

Unmündige mit Wohnsitz in der Schweiz werden mit der Eheschliessung in der Schweiz oder mit der Anerkennung der im Ausland geschlossenen Ehe mündig.

1 Die Volljährigkeit (ZGB 14) (bisher Mündigkeitsalter) und das **Ehefähigkeitsalter** (ZGB 94) sind im schweizerischen Recht per 1.1.1996 einheitlich auf das 18. Lebensjahr festgelegt worden. Die alte Regel «Heirat macht mündig» des aZGB 14 II ist daher für rein innerstaatliche Verhältnisse obsolet geworden. Bei internationalen Sachverhalten ist dies aber nicht der Fall, weshalb IPRG 45a eingefügt wurde.

2 Ausländische Eheleute mit Wohnsitz in der Schweiz, die in der Schweiz heiraten wollen, können sich gestützt auf IPRG 44 II auf das ihnen günstigere Heimatrecht berufen, wenn sie die Voraussetzungen für die Eheschliessung (zB das Ehefähigkeitsalter) nach schweizerischem Recht nicht erfüllen. Deshalb ist es möglich, dass in der Schweiz weiterhin, wenn auch selten, die Ehe zwischen Brautleuten geschlossen wird, bei der einer oder beide die (schweizerische) Volljährigkeit von 18 Jahren (ZGB 14) noch nicht erreicht haben.

3 Heiratet ein noch nicht 18-jähriger **schweizerischer Staatsangehöriger** in einem ausländischen Rechtsstaat, der eine Ehe vor dem 18. Lebensjahr zulässt, so wird diese Ehe in der Schweiz nach Massgabe von IPRG 45 I grundsätzlich anerkannt. Die Anerkennung kann gestützt auf IPRG 45 II verweigert werden, wenn die Ehe offenbar im Ausland geschlossen wurde, um die schweizerischen Ehegültigkeitsvoraussetzungen zu umgehen. Auch wenn das Ehefähigkeitsalter (ZGB 94) systematisch nicht zu den Ehegültigkeitsvoraussetzungen (ZGB 105–107) zählt, kann es sich rechtfertigen, dass die schweizerische Behörde die Legalisierung dieser sog «Jugendehe» versagt (VOLKEN, ZK IPRG 45a N 5).

4 Ist in der Schweiz eine Jugendehe geschlossen oder eine im Ausland erfolgte Jugendehe in der Schweiz anerkannt worden, so bestimmt IPRG 45a als **Rechtsfolge**, dass diese Eheleute mit der Heirat volljährig werden. Es handelt sich bei IPRG 45a um eine eigenständige IPR-Sachnorm, die eine unmittelbare, selbständige Rechtswirkung entfaltet (SIEHR, BSK IPRG 45a N 1; VOLKEN, ZK IPRG 45a N 9).

5 Mit der Einführung des neuen Erwachsenenschutzrechtes auf den 1.1.2013 erfährt aIPRG 45a lediglich eine terminologische Anpassung. Der Begriff «Mündigkeit» in der Marginalie wird durch den Begriff «Volljährigkeit», der Begriff «unmündig» des aIPRG 45a wird durch den Begriff «minderjährig» ersetzt.

Art. 46

2. Abschnitt: Wirkungen der Ehe im allgemeinen

I. Zuständigkeit

1. Grundsatz

Für Klagen oder Massnahmen betreffend die ehelichen Rechte und Pflichten sind die schweizerischen Gerichte oder Behörden am Wohnsitz oder, wenn ein solcher fehlt, diejenigen am gewöhnlichen Aufenthalt eines der Ehegatten zuständig.

Les autorités judiciaires ou administratives suisses du domicile ou, à défaut de domicile, celles de la résidence habituelle de l'un des époux sont compétentes pour connaître des actions ou ordonner les mesures relatives aux effets du mariage.

Per le azioni o i provvedimenti concernenti i diritti e i doveri coniugali sono competenti i tribunali o le autorità svizzeri del domicilio o, in mancanza di domicilio, della dimora abituale di uno dei coniugi.

For claims or measures concerning marital rights and duties, the Swiss courts or administrative authorities at the domicile or, in the absence of a domicile, the courts or authorities at the ordinary residence of one of the spouses shall have jurisdiction.

1 Vorbemerkungen: Unter den *Begriff der Wirkungen der Ehe im Allgemeinen* in IPRG 46-50 fallen nicht alle sich aus der Ehe ergebenden Rechtswirkungen. Es sind nur diejenigen Ehwirkungen darunter zu subsumieren, für die das IPRG keine gesonderte Anknüpfung kennt. *Sonderanknüpfungen* bestehen zB für das Bürgerrecht (IPRG 22), den Wohnsitz der Ehegatten (IPRG 20), das Namensrecht (IPRG 37 ff), das Ehegüterrecht (IPRG 51 ff), die Beziehung der Eltern zu ihren Kindern (IPRG 66 ff), das gesetzliche Erbrecht unter Ehegatten (IPRG 86 ff) oder die Auswirkungen der Eheschliessung auf die Staatsangehörigkeit.

2 Die *Begriffe der Klagen und Massnahmen* sind in einem weiten Sinn zu verstehen. Erfasst sind nicht nur in streitigem Verfahren ergangene Urteile, sondern sämtliche Verfügungen und Entscheidungen von Gerichten oder Verwaltungsbehörden, die in autoritativer Weise Anordnungen in Bezug auf die Ehwirkungen treffen. Zu Recht wird allerdings in der Literatur darauf hingewiesen, dass Verwaltungsbehörden in der Schweiz keine Entscheidungskompetenz in eherechtlichen Angelegenheiten haben, weshalb die Aufführung der Behörden im Gesetzestext überflüssig ist (DUTOIT, IPRG 46 N 3; VOLKEN, ZK IPRG 46 N 16 f).

3 Die *direkte Zuständigkeit* bestimmt sich nach IPRG 46/47, sofern nicht das LugÜ angewendet wird (s N 4 ff). Andere Staatsverträge sind derzeit nicht zu berücksichtigen.

4 Das *LugÜ* findet nicht auf alle Ehwirkungen Anwendung, sondern ausschliesslich auf *Unterhaltssachen*, die als Zivilsachen iSv LugÜ 1 I gelten. Der *Begriff* der Unterhaltssache umfasst sämtliche Unterhaltsforderungen zwischen den Ehegatten; eingeschlossen sind Klagen in Bezug auf Geldbeträge an den Unterhalt (ZGB 163), auf den Betrag zur freien Verfügung (ZGB 164) und auf finanzielle Leistungen gestützt auf die Beistandspflicht nach ZGB 159 (s HAUSHEER/REUSSER/GEISER, BK ZGB 159 N 52 und 164 N 45), nicht aber Klagen auf Entschädigung für Mitarbeit iSv ZGB 165 (s N 10). Die Klage auf Auskunft (ZGB 170) ist dann als Klage in Unterhaltssachen zu qualifizieren, wenn sie als Vorstufe der Unterhaltsklage gestellt wird (SIEHR, BSK IPRG 46 N 5; s HAUSHEER/REUSSER/GEISER, BK ZGB 180 N 28).

5 Der Gerichtsstand des LugÜ gilt unabhängig davon, ob die Unterhaltsforderungen in einem *Eheschutz-* oder in einem *Scheidungsverfahren* geltend gemacht werden und ist auch für *Ergänzungs- und Abänderungsklagen* des Unterhaltsberechtigten massgebend (VOLKEN, ZK IPRG 45 N 6; SIEHR, BSK IPRG 46 N 3).

6 Spricht das Gericht einem Ehegatten eine *Pauschalsumme* zu, ohne zu differenzieren, ob es sich um unterhaltsrechtlichen oder güterrechtlichen Anspruch handelt, ist ebenfalls das LugÜ anwendbar (EuGH C-220/95, Bem VOLKEN, SZIER 1998, 93).

7 Unterhaltsklagen sind entweder am allgemeinen *Gerichtsstand*, dh am Wohnsitz der beklagten Partei (LugÜ 2 I), oder am Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt der klägerischen Partei anzuheben, sofern auch die beklag-

te Partei ihren Wohnsitz in einem Vertragsstaat hat (LugÜ 5 Ziff 2). Hat die beklagte Partei keinen Wohnsitz in einem Vertragsstaat, sind IPRG 46/47 anwendbar. Die Begriffe des Wohnsitzes und des gewöhnlichen Aufenthalts werden autonom (dh nach dem LugÜ) ausgelegt.

8 Der Gerichtsstand nach LugÜ 5 Ziff 2 ist **nicht zwingend**. Die *Prorogation* eines anderen Gerichtsstands (LugÜ 22) oder die *Einlassung* vor einem örtlich nicht zuständigen Gericht ist möglich (SIEHR, BSK IPRG 46 N 2; s auch BUCHER, Le couple, N 179).

9 IPRG 46/47 regeln die direkte Zuständigkeit für **sämtliche aus den Ehewirkungen fließenden Rechte und Pflichten** der Ehegatten (s N 1), für die (i) keine Sonderanknüpfung besteht (s Aufzählung in N 1) und die (ii) keine Unterhaltssache iSv LugÜ 1 I darstellen (s N 4). Dazu gehören insbesondere:

10 (i) Vermögensrechtliche Ansprüche, die nicht durch das LugÜ geregelt werden. Darunter fallen solche allgemein vermögensrechtlicher Natur (s EuGH C-143/78 Ziff 7; BGE 119 II 167 E 2b; SZIER 1995, 145) und Entschädigungsforderungen nach ZGB 165 (die Zuständigkeit zur Beurteilung eines besonderen Rechtsverhältnisses richtet sich jedoch nach IPRG 122 ff; s auch HAUSHEER/REUSSER/GEISER, BK ZGB 165 N 58; SIEHR, BSK IPRG 46 N 3). Nicht unter IPRG 46/57, sondern unter das LugÜ fallen hingegen die Ansprüche aus ZGB 163 und 164 (s N 4). IPRG 46/47 sind ebenfalls nicht anwendbar für finanzielle Forderungen unter Ehegatten, die keinen Bezug zur Ehe aufweisen; die Zuständigkeit bestimmt sich nach IPRG 116 ff.

11 (ii) Allgemeine eherechtliche Wirkungen, zB Gestaltung des gemeinsamen Zusammenlebens, eheliche Treue- und Beistandspflicht (ZGB 159), Vertretung während der Ehe (ZGB 166), Berufsausübung (ZGB 167), Kündigung oder Veräusserung der Familienwohnung (ZGB 169), Auskunfterteilung (ZGB 170), sofern die Forderung nach Auskunft nicht als Vorfrage einer Unterhaltsklage gestellt wird (s N 4; BGE 117 II 218 f E 6a; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, BK ZGB N 28b Vorb 159 ff).

12 (iii) Eheschutzmassnahmen nach ZGB 171 ff (BGE 5A_552/2008 E 4; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, BK ZGB N 28b Vorb 159 ff; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, BK ZGB 180 N 28 ff; s auch BUCHER, Le couple, N 181). Die Anordnung der Gütertrennung im Rahmen von Eheschutzmassnahmen unterliegt gemäss Verweis in IPRG 51 lit c ebenfalls IPRG 46/47. Im Übrigen verweist IPRG 51 lit c für alle güterrechtlichen Fragen auf IPRG 46/47, die nicht im Zusammenhang mit dem Tod eines Ehegatten oder der Scheidung bzw Trennung stehen (s IPRG 51).

13 An der Zuständigkeit des schweizerischen Eheschutzgerichts nach IPRG 46 fehlt es allerdings, sobald ein Ehegatte eine Scheidungsklage im Ausland anhängig gemacht hat, es sei denn, es sei von vornherein offensichtlich, dh bereits bei Einleitung des Eheschutzverfahrens, dass das im Ausland ergehende Scheidungsurteil in der Schweiz nicht anerkannt werden kann (BGE 134 III 328 E 3.2 f). Möglich bleibt allerdings eine Zuständigkeitsbegründung für vorsorgliche Massnahmen gestützt auf IPRG 10 (s ausführlich BGE 134 III 330 E 3.4).

14 Die Zuständigkeit für die **Schuldneranweisung nach ZGB 177**, die als privilegierte Zwangsvollstreckungsmassnahme sui generis bezeichnet wird (s Auseinandersetzung in Bezug auf die Rechtsnatur des Instituts BGE 130 III 489 E 1.3), bestimmt sich (bei bestehender Ehe) grundsätzlich ebenfalls nach IPRG 46/47 bzw nach der Verfahrensart, in welcher der Anspruch geltend gemacht wird (IPRG 51). Zu Recht weisen HAUSHEER/REUSSER/GEISER, BK ZGB 180 N 30, darauf hin, dass die Anrufung eines schweizerischen Forums allerdings nur dann sinnvoll ist, wenn die Schweiz auch für die Vollstreckung zuständig ist (aM SCHWANDER, IPR BT, 183). Auch bei der **Beschränkung der Verfügungsbefugnis nach ZGB 178** als materiell-rechtlich sichernde Massnahme macht ein schweizerisches Forum nur Sinn, sofern sie auch in der Schweiz vollstreckbar ist.

15 Die Zuständigkeit für **Kinderbelange** in einem Eheschutzverfahren, zB Kinderzuteilung, Regelung des persönlichen Verkehrs oder allfällige Kinderschutzmassnahmen, richtet sich nach HKsÜ; s IPRG 85 I.

15 Innerhalb des IPRG ist in Bezug auf die Zuständigkeit zwischen den Bestimmungen zu den **Ehewirkungen und der Ehescheidung** zu unterscheiden. Während Eheschutzmassnahmen unter IPRG 46/47 fallen, sind vorsorgliche Massnahmen im Zusammenhang mit einer Ehescheidung vom Ehescheidungsgericht anzuordnen (IPRG 62). Allerdings können Eheschutzmassnahmen in der Schweiz auch nach Einleitung der Scheidungsklage im Ausland verlangt werden (BGE 101 II 1; 104 II 246 E 3; ZR 2002, Nr 3 E 3). Würden in der Schweiz bereits Eheschutzmassnahmen erlassen, werden diese durch die vom nachträglich angerufenen ausländischen Scheidungsgericht angeordneten vorsorglichen Massnahmen nur dann aufgehoben, sofern Letztere in der Schweiz anerkannt und vollstreckt werden können (BGE 104 II 246 E 3; BUCHER, Le couple, N 184; SCHWANDER, IPR BT, 198). Sofern die Anerkennung und Vollstreckung der im Ausland angeordneten vorsorglichen Massnahmen nicht möglich ist, können vorsorgliche Massnahmen vor dem schweizerischen Gericht beantragt werden. In diesem Fall bestimmt sich die Zuständigkeit nach IPRG 46/47 (BUCHER/BONOMI, 644; DUTOIT, IPRG 46 N 4). Ist eine Scheidung ausgesprochen, entfällt die Zuständigkeit zum Erlass von Eheschutzmassnahmen iSv IPRG 46/47, auch wenn es sich um ein ausländisches Urteil handelt, das in der Schweiz anzuerkennen ist. Kann eine ausländische Scheidung in der Schweiz nicht anerkannt werden, oder wird einer im Ausland rechtshängigen Scheidungsklage eine negative Anerkennungsprognose gestellt, können beim schweizerischen Gericht Eheschutzmassnahmen beantragt werden (ZR 2002, Nr 3 E 3; BUCHER, Le couple, N 184; DUTOIT, IPRG 46 N 4).

17 IPRG 46/47 stellen im Sinne einer Kaskadenordnung folgende **Gerichtsstände** zur Verfügung:

18 (i) Primär sind die Gerichte am **Wohnsitz** (zum Begriff s IPRG 20 I a; s zum Wohnsitzbegriff in IPRG 46 auch BGE 119 II 167 E 2b) *eines Ehegatten* zuständig (IPRG 46). Damit stehen alternativ der Wohnsitzgerichtsstand des Klägers und des Beklagten zur Verfügung (Bot IPRG 1983 I, 343).

19 (ii) Fehlt ein Wohnsitz in der Schweiz, stellt das IPRG 46 subsidiär den Gerichtsstand am **gewöhnlichen Aufenthalt** (zum Begriff s IPRG 20 I b) *eines Ehegatten* zur Verfügung. Auch bei diesem Gerichtsstand kann es sich entweder um den gewöhnlichen Aufenthalt des Klägers oder des Beklagten handeln (Bot IPRG 1983 I, 343).

20 (iii) Sofern kein Gerichtsstand nach IPRG 46 besteht, beruft IPRG 47 einen weiteren ordentlichen (dh keine Notzuständigkeit nach IPRG 3), subsidiären Gerichtsstand, den **Heimatgerichtsstand** (s IPRG 47 N 3).

21 Schliesslich besteht bei fehlendem Heimatgerichtsstand nach IPRG 47 für jeden Ehegatten die Möglichkeit, in die Schweiz zurückzukehren bzw in der Schweiz Wohnsitz zu begründen oder sich aufzuhalten und dadurch einen **Gerichtsstand gemäss IPRG 46 zu begründen** (ZR 1991, Nr 56).

22 Neben IPRG 46/47 sind für die Ehwirkungen auch die **allgemeinen Gerichtsstände** anwendbar, insb die Gerichtsstandsvereinbarung (IPRG 5), die Begründung durch Einlassung (IPRG 6; offen gelassen in BGE 119 II 167 E 3) und der Gerichtsstand der Widerklage (IPRG 8; s auch BUCHER, *Le couple*, N 178; DUTOIT, IPRG 46 N 8; SCHWANDER, IPR BT, 195). Das schweizerische Gericht kann allerdings seine Zuständigkeit unter Berufung auf IPRG 5 III verneinen (BGE 119 II 167 E 3a/aa; BUCHER, *Le couple*, N 178).

22 Schliesslich gilt zu beachten, dass das LugÜ nur die internationale Zuständigkeit vorgibt (**LugÜ 2 II**); IPRG 46/47 bestimmen auch, wo sich der Gerichtsstand innerhalb der Schweiz befindet.

Art. 47

2. Heimatzuständigkeit

Haben die Ehegatten weder Wohnsitz noch gewöhnlichen Aufenthalt in der Schweiz und ist einer von ihnen Schweizer Bürger, so sind für Klagen oder Massnahmen betreffend die ehelichen Rechte und Pflichten die Gerichte oder Behörden am Heimatort zuständig, wenn es unmöglich oder unzumutbar ist, die Klage oder das Begehren am Wohnsitz oder am gewöhnlichen Aufenthalt eines der Ehegatten zu erheben.

Lorsque les époux n'ont ni domicile ni résidence habituelle en Suisse et que l'un d'eux est suisse, les autorités judiciaires ou administratives du lieu d'origine sont compétentes pour connaître des actions ou ordonner les mesures relatives aux effets du mariage, si l'action ne peut être intentée ou la requête déposée devant l'autorité du domicile ou de la résidence habituelle de l'un des époux, ou si l'on ne peut raisonnablement exiger qu'elle le soit.

Se i coniugi non hanno né domicilio né dimora abituale in Svizzera ed uno di loro è cittadino svizzero, per le azioni o i provvedimenti concernenti i diritti e i doveri coniugali sono competenti i tribunali o le autorità del luogo di origine, sempreché sia impossibile proporre l'azione o l'istanza nel luogo di domicilio o di dimora abituale di uno dei coniugi o non lo si possa ragionevolmente pretendere.

If the spouses have neither their domicile nor their ordinary residence in Switzerland, and if one of them is a Swiss national, the courts or administrative authorities at the place of origin shall have jurisdiction for claims or measures concerning marital rights and duties, if it is impossible or cannot reasonably be expected to file the action or request at the domicile or at the ordinary residence of one of the spouses.

1 Zu vorgehenden Staatsverträgen s IPRG 46 N 3 ff.

2 Der Anwendungsbereich von IPRG 47 entspricht demjenigen von IPRG 46 (s IPRG 46 N 9 ff).

3 Sofern keiner der beiden Ehegatten Wohnsitz oder Aufenthalt in der Schweiz begründet, beruft IPRG 47 die **Heimatgerichtszuständigkeit**. Es handelt sich dabei nicht um eine Notzuständigkeit, sondern um eine subsidiäre ordentliche Zuständigkeit (IPRG 46 N 20; SIEHR, BSK IPRG 47 N 1).

4 Das Heimatgericht kann nur unter folgenden **kumulativen Voraussetzungen** angerufen werden:

5 (i) Mindestens ein Ehegatte muss die **schweizerische Staatsangehörigkeit** gemäss Bürgerrechtsgesetz (SR 141.0) besitzen. Bei mehrfacher Staatsangehörigkeit ist nicht die effektive, sondern die schweizerische Staatsangehörigkeit massgebend (s IPRG 23 I).

6 (ii) Keiner der Ehegatten darf **Wohnsitz oder Aufenthalt** (s IPRG 20) in der Schweiz haben.

7 (iii) Die ausländische Rechtsordnung bietet keinen genügenden Rechtsschutz, dh, der ausländische Gerichtsstand muss unmöglich oder unzumutbar sein (s auch IPRG 60 N 4 und 67 N 3 ff). Die **Unmöglichkeit** kann rechtlicher oder faktischer Natur sein. Sie ist etwa zu bejahen, wenn die Gerichte im Ausland wegen Krieg oder Naturkatastrophen untätig sind, ihre Zuständigkeit ablehnen oder wenn die ausländische Rechtsordnung bestimmte in der Schweiz zur Verfügung stehende Rechtsbehelfe nicht kennt (statt vieler DUTOIT, IPRG 47 N 2; VOLKEN, ZK IPRG 47 N 2). Die **Unzumutbarkeit** eines ausländischen Gerichtsstand ist anzunehmen, wenn zB durch das lange ausländische Verfahren der Rechtsschutz verwehrt wird, die Richter parteiisch sind oder der Rechtsschutz nicht für beide Parteien gleichwertig ist (zB Ausländerkaution; s SIEHR, BSK IPRG 47 N 5; VOLKEN, ZK IPRG 47 N 16 ff). Umgekehrt ist es zumutbar, wenn das Ausland zwar keinen Klägergerichtsstand zur Verfügung stellt, aber ein Gerichtsstand am Wohnsitz oder am gewöhnlichen Aufenthalt des Beklagten besteht (SIEHR, BSK IPRG 47 N 5). Nach BGE 119 II 167 E 3a/bb ist eine Klage im Ausland ebenfalls nicht deswegen unzumutbar, weil durch die im Rahmen eines Eheschutzverfahrens notwendige Offenlegung der Einkommensverhältnisse Fiskaldelikte des Beklagten, vorliegend Steuerhinterziehung, bekannt werden, die zu einer strafrechtlichen Verfolgung des Beklagten führen könnten.

8 **Nicht vorausgesetzt** ist für die Anrufung von IPRG 47, dass die Ehegatten einen Wohnsitz oder einen Aufenthalt im Ausland haben.

9 Sofern die Voraussetzungen der Heimatzuständigkeit gegeben sind, kann sich nicht nur der schweizerische Ehegatte auf IPRG 47 berufen. Im Sinne der Gleichbehandlung können sich **beide Ehegatten** auf die Zuständigkeit nach IPRG 47 stützen (Bot IPRG 1983 I, 344; BUCHER, *Le couple*, N 186; BUCHER/BONOMI, 641; DUTOIT, IPRG 47 N 2).

Art. 48

II. Anwendbares Recht

1. Grundsatz

¹ Die ehelichen Rechte und Pflichten unterstehen dem Recht des Staates, in dem die Ehegatten ihren Wohnsitz haben.

² Haben die Ehegatten ihren Wohnsitz nicht im gleichen Staat, so unterstehen die ehelichen Rechte und Pflichten dem Recht des Wohnsitzstaates, mit dem der Sachverhalt in engerem Zusammenhang steht.

³ Sind nach Artikel 47 die schweizerischen Gerichte oder Behörden am Heimatort zuständig, so wenden sie schweizerisches Recht an.

¹ Les effets du mariage sont régis par le droit de l'Etat dans lequel les époux sont domiciliés.

² Lorsque les époux ne sont pas domiciliés dans le même Etat, les effets du mariage sont régis par le droit de l'Etat du domicile avec lequel la cause présente le lien le plus étroit.

³ Lorsque les autorités judiciaires ou administratives suisses du lieu d'origine sont compétentes en vertu de l'art. 47, elles appliquent le droit suisse.

¹ I diritti e i doveri coniugali sono regolati dal diritto dello Stato di domicilio dei coniugi.

² Se i coniugi non sono domiciliati nello stesso Stato, i diritti e i doveri coniugali sono regolati dal diritto dello Stato di domicilio più strettamente connesso con la fattispecie.

³ Se competenti giusta l'articolo 47, i tribunali o le autorità svizzeri del luogo di origine applicano il diritto svizzero.

¹ Marital rights and duties shall be governed by the law of the state in which the spouses are domiciled.

² If the spouses are not domiciled in the same state, the marital rights and duties shall be governed by the law of that state of domicile with which the case is more closely connected.

³ If, according to Article 47, the Swiss courts or administrative authorities at the place of origin have jurisdiction, they shall apply Swiss law.

1 Vorgehende Staatsverträge: Bei Ehegatten ausschliesslich iranischer Staatsangehörigkeit richten sich die Ehwirkungen nicht nach IPRG 48, sondern gemäss dem bilateralen *schweizerisch-iranischen Niederlassungsabkom-*

men (SR 0.142.114.362) nach iranischem Heimatrecht. Abweichungen sind nur aufgrund des *Ordre public* möglich (BGE 129 III 250 E 3.1).

2 IPRG 48 bestimmt das anwendbare Recht für alle **Ehewirkungsstatbestände**, für die das *Gesetz keine Sonderanknüpfung* vorsieht. Eine Sonderanknüpfung besteht für den Unterhalt zwischen Ehegatten (IPRG 49), die Handlungsfähigkeit (IPRG 35/45a), das Namensrecht (IPRG 37), das Bürgerrecht (IPRG 22), den Wohnsitz (IPRG 20), das Güterrecht (IPRG 52 ff), das Scheidungsrecht (IPRG 61 ff) und das Erbrecht (IPRG 90 ff).

3 In den **Anwendungsbereich** von IPRG 48 fallen zB die Gestaltung des gemeinsamen Zusammenlebens, die Wahl der Wohnung (ZGB 161), die eheliche Treue- und Beistandspflicht (ZGB 159), die Vertretung während der Ehe (ZGB 166), die Berufsausübung (ZGB 167), die Kündigung oder Veräusserung der Familienwohnung (ZGB 169), die Auskunftserteilung (ZGB 170; ZR 1995, Nr 99), soweit sie nicht als Vorstufe zur Unterhaltsklage gilt (BGE 117 II 218 E 6a; s auch IPRG 46 N 4), das Recht zum Getrenntleben sowie die Eheschutzmassnahmen, sofern sie nicht den Unterhalt und das Güterrecht betreffen (sonst IPRG 49 bzw 52 ff). IPRG 48 ist ebenfalls massgebend für den Anspruch nach ZGB 165. Die Frage, ob ein besonderes Rechtsverhältnis nach ZGB 165 vorliegt, bestimmt sich hingegen nach dem auf das entsprechende Rechtsverhältnis anzuwendende Recht, s IPRG 116 ff (HAUSHEER/REUSSER/GEISER, BK ZGB 165 N 56). Nicht nach IPRG 48, sondern nach IPRG 49 bestimmen sich die Unterhaltsansprüche gestützt auf ZGB 163 und 164 (s auch IPRG 46 N 4; STEHR, BSK IPRG 48 N 4; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, BK ZGB 163 N 70; 164 N 45; 165 N 60).

4 IPRG 48 sieht für das **anwendbare Recht** folgende **Kaskadenordnung** vor (kritisch in Bezug auf die Pflichten und Rechte im reinen eheinternen Verhältnis: VOLKEN, ZK IPRG 48 N 9; s dazu Bot IPRG 1983 I, 345):

5 (i) Das Ehewirkungsstatut bestimmt sich primär nach dem **Recht des gemeinsamen Wohnsitzstaates** (s zum Wohnsitzbegriff IPRG 20) der Ehegatten (**IPRG 48 I**). Anknüpfungspunkt bildet im Unterschied zu IPRG 46 der Wohnsitz *beider* Ehegatten. Dabei ist der Wohnsitz für jeden Ehegatten gesondert zu prüfen; abgeleitete Legalwohnsitze werden nicht anerkannt (Bot IPRG 1983 I, 345; BGE 119 II 64 E 2b/aa; 119 II 169 E 2b; DUTOIT, IPRG 48 N 1). Nicht erforderlich ist ein gemeinsamer Wohnsitz oder ein gemeinsamer Haushalt; es genügt, dass die Ehegatten ihren Wohnsitz in demselben Staat haben (BUCHER, *Le couple*, N 188; BUCHER/BONOMI, 645; DUTOIT, IPRG 48 N 1; SCHNYDER/LIATOWITSCH, 444; VOLKEN, ZK IPRG 48 N 10). Bei Staaten ohne einheitliches Eherecht (zB USA) gilt das Recht jenes Gliedstaates, in dem beide Wohnsitz haben. Mangels gemeinsamen Wohnsitzes in demselben Gliedstaat kommt die Regelung von IPRG 48 II zur Anwendung (STEHR, BSK IPRG 48 N 13; s N 6 f).

6 (ii) Haben die Ehegatten ihren Wohnsitz in verschiedenen Staaten, ist subsidiär das **Recht jenes Staates** anwendbar, mit dem der **Sachverhalt in engem Zusammenhang** steht (**IPRG 48 II**). Je nach Rechts- und Interessenlage

ist entweder das Recht des Wohnsitzes des einen oder des anderen Ehegatten bzw das Recht am Aufenthaltsort des Ehegatten, der keinen Wohnsitz hat, anwendbar. Im Unterschied zu IPRG 15 steht kein weiteres Recht zur Auswahl (Bot IPRG 1983 I, 345; SIEHR, BSK IPRG 48 N 14; so auch BUCHER, *Le couple*, N 189; BUCHER/BONOMI, 646).

7 Stehen *verschiedene Rechtsordnungen* zur Auswahl, ist vermutungsweise das Recht des Staates anzuwenden, in dem der bezweckte Schutz durchgesetzt werden muss (BUCHER, *Le couple*, N 191). Bei Fragen in Bezug auf das Verhältnis zwischen den Ehegatten ist in der Regel das Recht am Wohnsitz desjenigen Ehegatten massgebend, der die gerichtliche Schutzmassnahme beantragt (KGer VS, RVJ 1992, 230). Dieses Statut bestimmt zB über die Frage der Zustimmung bei Rechtsgeschäften für die Ehegemeinschaft, die der ehedpartnerlichen Zustimmung bedürfen (s ZGB 168; 169; OR 266m/n; 494 II), über die eheliche Wohnung (ZGB 163; OR 266m/n), über die Verfügungsbeschränkung des Ehegatten (ZGB 178) oder über die Anordnung einer Schuldneranweisung (ZGB 177). Bei anderen Fällen ist die Bestimmung des anwendbaren Rechts für jeden Fall gesondert abzuklären, zB bei Fragen über die Gültigkeit von Schenkungen oder entgeltlichen Rechtsgeschäften zwischen den Ehegatten, über die Auskunftspflicht betreffend die Vermögensverhältnisse oder die Berufsausübung (BUCHER, *Le couple*, N 192; DUTOIT, IPRG 48 N 5).

8 Die Bestimmung der engsten Beziehung fällt letztlich in den *Aufgabenkreis des Gerichts*, das gestützt auf den einzelnen Fall, die gegebenen Umstände sowie die konkret anzuordnenden Eheschutzmassnahmen entscheidet (Bot IPRG 1983 I, 345).

9 Eine differenzierte Lösung drängt sich in Bezug auf **Rechtsgeschäfte mit Wirkungen gegenüber Dritten** auf (s im schweizerischen Recht ZGB 166). Analog IPRG 57 I, der das Rechtsverhältnis mit Dritten im güterrechtlichen Kontext behandelt, ist das Rechtsverhältnis dem Recht des Staates zu unterstellen, in dem das Rechtsverhältnis begründet bzw das Rechtsgeschäft abgeschlossen wurde (BUCHER, *Le couple*, N 195; DUTOIT, IPRG 48 N 6).

10 (iii) Wurde ein schweizerischer Gerichtsstand gestützt auf IPRG 47 eröffnet, ist gemäss **IPRG 48 III** schweizerisches Recht anzuwenden (*lex fori*). Zu prüfen bleibt allerdings, ob gestützt auf die Ausnahmeklausel von IPRG 15 I nicht das Recht mit einem engeren Zusammenhang anzuwenden ist. Ein allfälliger Verstoß gegen den *Ordre public* durch die anzuwendende Rechtsordnung ist mittels IPRG 17 zu korrigieren (SIEHR, BSK IPRG 48 N 15 f; s auch DUTOIT, IPRG 48 N 9).

11 Das Ehwirkungsstatut in IPRG 48 wird durch den Verweis auf das Wohnsitzprinzip **beweglich angeknüpft**. Ein Wohnsitzwechsel führt regelmässig zur Änderung des anwendbaren Rechts (s dazu IPRG 55). Für die unter altem Recht begründeten Ansprüche und Rechte entscheidet das neue anwendbare Recht über deren Weiterbestehen (SCHWANDER, IPR BT, 174; SIEHR, BSK IPRG 48 N 12).

12 Die Anknüpfungen von IPRG 48 sind **Sachnormverweisungen**; ein allfälliger Renvoi ist unbeachtlich (SIEHR, BSK IPRG 48 N 10; BUCHER, Le couple, N 188).

13 Eine **Rechtswahl** für den Bereich der ehelichen Wirkungen ist **nicht zulässig** (BGE 119 II 167 E 3a/cc).

Art. 49

2. Unterhaltspflicht

Für die Unterhaltspflicht zwischen Ehegatten gilt das Haager Übereinkommen vom 2. Oktober 1973 über das auf die Unterhaltspflichten anzuwendende Recht.

L'obligation alimentaire entre époux est régie par la convention de La Haye du 2 octobre 1973 sur la loi applicable aux obligations alimentaires.

L'obbligo di mantenimento tra i coniugi è regolato dalla convenzione dell'Aia del 2 ottobre 1973 sulla legge applicabile alle obbligazioni alimentari.

The duty to support between spouses is governed by the Hague Convention of October 2, 1973, on the Law Applicable to Maintenance Obligations.

1 Für den Unterhalt zwischen Ehegatten verweist IPRG 49 auf das **Haager Übereinkommen vom 2.10.1973 über das auf Unterhaltspflichten anzuwendende Recht** (SR 0.211.213.01; HUÜ). Das für die Schweiz am 1.10.1977 in Kraft getretene HUÜ gilt *erga omnes*, dh unabhängig vom Erfordernis der Gegenseitigkeit (HUÜ 3; Bot IPRG 1983 I, 346; BGE 112 II 289 E 5). Zu beachten ist allerdings, dass das HUÜ bilateralen Abkommen nachgeht (HUÜ 19). Deshalb gilt zwischen Ehegatten mit ausschliesslich iranischer Staatsangehörigkeit für ihre gegenseitigen Unterhaltsansprüche das bilaterale *schweizerisch-iranische Niederlassungsabkommen* (SR 0.142.114.362), das für Unterhaltsansprüche zwischen den Ehegatten das iranische Heimatrecht für anwendbar erklärt.

2 Das HUÜ umfasst neben den Ansprüchen zwischen den Ehegatten generell **alle Unterhaltspflichten**, die sich «aus Beziehungen der Familie, Verwandtschaft, Ehe oder Schwägerschaft» (HUÜ 1) ergeben. Der autonom angeknüpfte Familienbegriff schliesst auch neue Familienformen ein, zB nichteheliche Partnerschaften oder eingetragene Partnerschaften (s IPRG 65a; BUCHER, Le couple, N 197). Da die Unterhaltsverpflichtungen gegenüber Kindern zum wichtigsten Anwendungsbereich gehören, s im Einzelnen auch IPRG 83.

3 Das HUÜ regelt das anwendbare Recht für **alle Unterhaltsansprüche zwischen Ehegatten**, und zwar während ihrer Ehe im Rahmen von Eheschutzmassnahmen und während eines Prozesses um Auflösung der Ehe oder

Trennung als vorsorgliche Massnahmen (HAUSHEER/REUSSER/GEISER, BK ZGB 163 N 195; SIEHR, BSK IPRG 49 N 4). Für den Unterhalt *nach rechtskräftiger Trennung und nach Auflösung der Ehe* bestimmt sich das anwendbare Recht nicht nach dem HUÜ, sondern nach dem auf die Trennungsentcheidung bzw Ehescheidung anwendbaren Recht (HUÜ 8 I/II; s für die Schweiz IPRG 61–63).

4 Zu den **Unterhaltsansprüchen gemäss HUÜ** gehören auch die Ansprüche nach ZGB 163 und 164 sowie finanzielle Ansprüche, die ein Ehegatte gestützt auf ZGB 159 III leistet.

5 *Nicht in den Anwendungsbereich* des HUÜ fallen Entschädigungsansprüche gemäss ZGB 165 I (BUCHER, Le couple, N 201; SIEHR, BSK IPRG 48 N 4 und 49 N 3; aM HAUSHEER/REUSSER/GEISER, BK ZGB 165 N 60). Die Abgrenzung zu den Ansprüchen aus ZGB 165 I, die nicht dem HUÜ unterstehen, kann allerdings im Einzelfall schwierig sein. Ebenfalls nicht nach dem HUÜ, sondern nach dem allgemeinen Ehwirkungsstatut gemäss IPRG 48 bestimmt sich das anwendbare Recht für die Schuldneranweisung nach ZGB 177 (BGE 130 III 489 E 2.4; BUCHER, Le couple, N 201) und für besondere ehe- und familienrechtliche Sanktionen bzw Rechtsfolgen, die bei Nichterfüllung der Unterhaltspflicht vorgesehen sind (BGE 130 III 489 E 2.4 mWH).

6 Das Unterhaltsstatut entscheidet über **Existenz, Höhe und Modalitäten** der Unterhaltsforderung (s HUÜ 10; KGer VS, RVJ 1992, 234). Gemäss BGE enthält HUÜ 11 eine Garantie zum Schutz des Existenzminimums des Beklagten (BGE 5C.290/2001 E 5; 123 II 5 E 3d; s auch HAUSHEER/REUSSER/GEISER, BK ZGB 163 N 70c; aM BUCHER, Le couple, N 203). Ebenfalls entscheidet es über alle **Fragen im Zusammenhang mit der Erfüllung** der Forderung und den allgemeinen Rechtsfolgen wie Verzug, Ansprüche für Verzugszinsen und Schadenersatz (BGE 130 III 489 E 2.3).

7 Primär unterstehen Unterhaltsansprüche dem Recht am jeweiligen **gewöhnlichen Aufenthalt des Unterhaltsberechtigten** (HUÜ 4 I). Bei Änderung des gewöhnlichen Aufenthalts bestimmt das Recht des neuen Aufenthaltsorts ex nunc über die Ansprüche (HUÜ 4 II). Die Auslegung des Begriffs des gewöhnlichen Aufenthalts erfolgt autonom.

8 Gewährt das Recht des Aufenthaltsorts keinen Unterhaltsanspruch, kann der Unterhaltsberechtigte subsidiär das für ihn günstigere **gemeinsame Heimatrecht** wählen (HUÜ 5). Verweigert auch dieses einen Unterhaltsanspruch, beruft HUÜ 6 die **lex fori**. Dabei bilden allerdings die Verhältnisse des Unterhaltsverpflichteten die obere Grenze: Er kann nicht verpflichtet werden, über seine Verhältnisse zu leisten (HUÜ 11 II; SCHWANDER, IPR BT, 187; VOLKEN, ZK IPRG 49).

9 Gestützt auf HUÜ 15 hat sich die Schweiz die Anwendung schweizerischen Rechts **vorbehalten**, wenn die Beteiligten schweizerische Staatsangehörige sind und der Verpflichtete seinen gewöhnlichen Aufenthalt in der Schweiz hat. Keine Anwendung findet der Vorbehalt auf Unterhaltsfragen im Anschluss an anerkannte ausländische Ehetrennungen. Denn wurde ein Un-

terhaltsstatut gemäss HUÜ 8 II einmal festgelegt, bindet das dadurch fixierte Unterhaltsstatut auch das anwendbare Recht für spätere Entscheidungen (SIEHR, BSK IPRG 49 N 8).

10 Eine **Vereinbarung über das anwendbare Recht** sieht das HUÜ nicht vor; sie ist **unzulässig** (BGE 5C.147/2000 E 4; 119 II 167 E 3a/cc).

Art. 50

III. Ausländische Entscheidungen oder Massnahmen

Ausländische Entscheidungen oder Massnahmen über die ehelichen Rechte und Pflichten werden in der Schweiz anerkannt, wenn sie im Staat des Wohnsitzes oder des gewöhnlichen Aufenthaltes eines der Ehegatten ergangen sind.

Les décisions ou mesures étrangères relatives aux effets du mariage sont reconnues en Suisse lorsqu'elles ont été rendues dans l'Etat du domicile ou de la résidence habituelle de l'un des époux.

Le decisioni o i provvedimenti stranieri concernenti i diritti e i doveri coniugali sono riconosciuti in Svizzera se pronunciati nello Stato di domicilio o di dimora abituale di uno dei coniugi.

Foreign decisions or measures concerning marital rights and duties shall be recognized in Switzerland if rendered in the state of domicile or ordinary residence of one of the spouses.

1 IPRG 50 ist anwendbar, soweit nicht **völkerrechtliche Verträge** vorgehen (IPRG I II), welche die Anerkennung gegenüber der IPRG-Regelung begünstigen (SIEHR, BSK IPRG 50 N 2). In diesem Zusammenhang sind zwei Staatsverträge zu berücksichtigen, das LugÜ und das Haager Übereinkommen vom 2.10.1973 über die Anerkennung und Vollstreckung von Unterhaltsentscheidungen:

2 (i) Nach dem **Lugano-Übereinkommen** (LugÜ 33–37) bestimmt sich die **Anerkennungszuständigkeit von Unterhaltsentscheidungen** (s IPRG 46 N 4 ff), sofern die Entscheidung in einem Vertragsstaat des Staatsvertrags ergangen ist. Im Unterschied zu IPRG 25 ff iVm 50 bedarf es für die Anerkennung nach LugÜ weder einer indirekten Zuständigkeit der ausländischen Instanzen (LugÜ 35 II) noch einer Endgültigkeit der Entscheidung (LugÜ 37).

3 (ii) Neben dem LugÜ gilt **zusätzlich** (s **LugÜ 68 I**) das **Haager Übereinkommen** über die Anerkennung und Vollstreckung von Unterhaltsentscheidungen vom 2.10.1973 (UVÜ; SR 0.211.213.02). Es regelt die Anerkennungszuständigkeit im Verhältnis zwischen allen Vertragsstaaten. Der praktische Anwendungsbereich bildet die Anerkennung von Unterhaltsentscheidungen für Kinder, s deshalb IPRG 83.

4 Für alle anderen ausländischen Entscheidungen und Massnahmen im Bereich der Ehwirkungen bestimmt sich die indirekte Zuständigkeit nach IPRG 50.

5 Der **Begriff der Entscheidungen und der Massnahmen** ist in einem weiten Sinn zu verstehen. Erfasst sind nicht nur in streitigem Verfahren ergangene Urteile, sondern sämtliche Verfügungen und Entscheidungen von Gerichten oder Verwaltungsbehörden, die in autoritativer Weise Anordnungen in Bezug auf die Ehwirkungen erlassen (s auch IPRG 46 N 2).

6 Anerkennungsbegehren gestützt auf IPRG 50 müssen auch zulässig sein, nachdem im Ausland ein Trennungs- oder Scheidungsbegehren gestellt wurde (VOLKEN, ZK IPRG 50 N 3; aM BUCHER, DIP II, 430). Denn ein Scheidungsgericht kann, muss aber nicht, im Rahmen des Scheidungsverfahrens vorsorgliche Massnahmen anordnen (s auch VOLKEN, ZK IPRG 50 N 3).

7 Nach IPRG 50 werden alle Entscheidungen anerkannt, die Anordnungen zu **Ehwirkungen im Allgemeinen** (s IPRG 46 N 1) inklusive **Unterhalt** beinhalten. Ausländische Entscheidungen, die neben Anordnungen zu Ehwirkungen andere Streitgegenstände zum Inhalt haben, können gestützt auf IPRG 50 grundsätzlich lediglich teilweise, dh betreffend Ehwirkungen, anerkannt werden. Eine vollständige Anerkennung ist ausnahmsweise möglich, wenn die anderen Streitgegenstände gemäss anderen Anerkennungsvorschriften ebenfalls anerkannt werden können (SIEHR, BSK IPRG 50 N 12). Durch den Verweis von IPRG 58 II ist IPRG 50 zudem anzuwenden, wenn im Rahmen von ehewirkungsrechtlichen Anordnungen auch über ehegüterrechtliche Fragen entschieden wird.

8 Für die Anerkennung eines ausländischen Entscheides müssen kumulativ die folgenden in IPRG 50 und in 25 festgelegten **Voraussetzungen** erfüllt sein:

9 (i) *Begründetheit* der Zuständigkeit des entscheidenden Gerichts oder der entscheidenden Behörde (IPRG 25 lit a iVm 26 lit a iVm 50). Der Entscheid muss entweder im ausländischen Wohnsitz- oder im ausländischen Aufenthaltsstaat (Begriff s IPRG 20) eines Ehegatten, also auch des Klägers (forum actoris), ergangen sein. Unbegründet ist die Zuständigkeit (im Gegensatz zur direkten Zuständigkeit in IPRG 47), wenn ein Entscheid im Heimatstaat der Ehegatten gefällt wurde (kritisch SIEHR, BSK IPRG 50 N 13; VOLKEN, ZK IPRG 50 N 11);

10 (ii) *kein Verweigerungsgrund* nach IPRG 27. Die Ladung muss gehörig erfolgt sein, es darf weder ein wesentlicher Verfahrensgrundsatz des schweizerischen Rechts (IPRG 27 II a/b) noch ein materiellrechtlicher Ordre public verletzt worden sein (s IPRG 27 I); und

11 (iii) *keine Unvereinbarkeit* mit einem anderen Urteil (IPRG 27 II c).

Art. 51

3. Abschnitt: Ehegüterrecht

1. Zuständigkeit

Für Klagen oder Massnahmen betreffend die güterrechtlichen Verhältnisse sind zuständig:

- a. für die güterrechtliche Auseinandersetzung im Falle des Todes eines Ehegatten die schweizerischen Gerichte oder Behörden, die für die erbrechtliche Auseinandersetzung zuständig sind (Art. 86–89);
- b. für die güterrechtliche Auseinandersetzung im Falle einer gerichtlichen Auflösung oder Trennung der Ehe die schweizerischen Gerichte, die hierfür zuständig sind (Art. 59, 60, 63, 64);
- c. in den übrigen Fällen die schweizerischen Gerichte oder Behörden, die für Klagen oder Massnahmen betreffend die Wirkungen der Ehe zuständig sind (Art. 46, 47).

Sont compétentes pour connaître des actions ou ordonner les mesures relatives aux régimes matrimoniaux:

- a. lors de la dissolution du régime matrimonial consécutive au décès d'un des époux, les autorités judiciaires ou administratives suisses compétentes pour liquider la succession (art. 86 à 89);
- b. lors de la dissolution du régime matrimonial consécutive à la dissolution judiciaire du lien conjugal ou à la séparation de corps, les autorités judiciaires suisses compétentes à cet effet (art. 59, 60, 63, 64);
- c. dans les autres cas, les autorités judiciaires ou administratives suisses compétentes pour statuer sur les effets du mariage (art. 46, 47).

Per le azioni o i provvedimenti concernenti i rapporti patrimoniali tra i coniugi sono competenti:

- a. per la liquidazione del regime dei beni in caso di morte di un coniuge, i tribunali o le autorità svizzeri competenti a liquidare la successione (art. 86 a 89);
- b. per la liquidazione del regime dei beni in caso di scioglimento giudiziale del matrimonio o di separazione, i tribunali svizzeri competenti in merito (art. 59, 60, 63 e 64);
- c. negli altri casi, i tribunali o le autorità svizzeri competenti per le azioni o per i provvedimenti concernenti gli effetti del matrimonio (art. 46 e 47).

As to actions or measures regarding matrimonial property the following shall have jurisdiction:

- a. for the separation of matrimonial property upon the death of one of the spouses, the Swiss courts or administrative authorities which have jurisdiction over the liquidation of the decedent's estate (Arts. 86–89);
- b. for the separation of matrimonial property upon a judicial dissolution or separation of the marriage, the Swiss courts which have jurisdiction over this subject matter (Arts. 59, 60, 63, 64);
- c. in all other cases, the Swiss courts or administrative authorities which have jurisdiction over actions or measures concerning the effects of marriage (Arts. 46, 47).

1 Das **Lugano-Übereinkommen** schliesst in LugÜ 1 II a Streitigkeiten im Ehegüterstand explizit von seinem Anwendungsbereich aus (s auch EuGH C-143/78). Damit kommt für die güterrechtlichen Streitigkeiten das IPRG zur Anwendung.

2 IPRG 51 enthält zur Sicherstellung eines einheitlichen Kollisionsrechts eine sog unselbständige Zuständigkeitsregel (VOLKEN, BN 1989, 437). **IPRG 51** knüpft die Zuständigkeit für die güterrechtliche Auseinandersetzung jeweils an den **Gerichtsstand des Sachzusammenhangs** (Bot IPRG 1983 I, 347) an:

3 **IPRG 51 lit a** verweist für die Zuständigkeit der güterrechtlichen Auseinandersetzung bei Tod auf die *Nachlasszuständigkeit* und damit primär auf den letzten Wohnsitz des Erblassers (IPRG 86 I), subsidiär auf dessen Heimatgericht (IPRG 87). In zwei Sonderfällen anerkennt das IPRG die Anrufung des Gerichts am Lageort von Immobilien: Hat ein Auslandschweizer seine schweizerische Liegenschaft dem schweizerischen Recht oder der schweizerischen Zuständigkeit unterstellt (IPRG 87 II), ist das schweizerische Gericht für eine allfällige güterrechtliche Auseinandersetzung in Bezug auf diese Liegenschaft zuständig; hat er seinen gesamten Nachlass der schweizerischen Zuständigkeit bzw dem schweizerischen Recht unterstellt, ist das schweizerische Gericht für die gesamte güterrechtliche Auseinandersetzung, auch für die im Ausland gelegenen Vermögenswerte, zuständig. Die Anerkennung und Vollstreckung eines solchen Urteils ist allerdings nicht in jedem Staat gewährleistet (HEINI, ZK IPRG 51 N 2). In den Fällen von IPRG 87 I bzw 88 I beschränkt sich die schweizerische Zuständigkeit betreffend die güterrechtliche Auseinandersetzung auf die von der ausländischen Zuständigkeit nicht erfassten Vermögenswerte. Der Verweis umfasst überdies die Zuständigkeit zur Anordnung sichernder Massnahmen (IPRG 89).

4 **IPRG 51 lit b** knüpft die Zuständigkeit für die güterrechtliche Auseinandersetzung bei Auflösung der Ehe oder Trennung der Ehegatten an die *Ehescheidungs- bzw Trennungszuständigkeit* (s IPRG 59 f). Diese Anknüpfung deckt sich mit IPRG 63, wonach das schweizerische Scheidungs- oder Trennungsgeschicht auch die Nebenfolgen zu regeln hat. Ferner ist das schweizerische Gericht für die Anordnung sichernder Massnahmen zuständig (IPRG 60).

5 Schliesslich verweist **IPRG 51 lit c** für sämtliche nicht unter IPRG 51 lit a und b subsumierbaren Massnahmen und Klagen im Zusammenhang mit güterrechtlichen Fragen (insb Eheschutzmassnahmen) auf die *Zuständigkeit der Ehewirkungen* (IPRG 46 f). Darunter fallen insbesondere jene Streitigkeiten, bei denen güterrechtliche Fragen das Hauptthema bilden, dh ein selbständiger Güterrechtsstreit geführt wird (VOLKEN, BN 1989, 437). Ebenfalls ist die Anordnung der Gütertrennung unter IPRG 51 lit c zu subsumieren.

6 Eine **Prorogation** eines *ausländischen Gerichtsstands* ist zulässig (VOLKEN, BN 1989, 438). Eine Prorogation eines *schweizerischen Gerichtsstands* ist nur zulässig, sofern auch das Recht des derogierten Staates eine Prorogation anerkennt (HEINI, ZK IPRG 51 N 10 ff; VOLKEN, ZK IPRG 51 N 10;

s IPRG 5, 25 ff). Ebenfalls ist eine Güterrechtszuständigkeit gestützt auf eine Einlassung (SIEHR, BSK IPRG 51 N 11) oder auf eine Widerklage (VOLKEN, BN 1989, 438) möglich.

Art. 52

II. Anwendbares Recht

1. Rechtswahl

a. Grundsatz

¹ Die güterrechtlichen Verhältnisse unterstehen dem von den Ehegatten gewählten Recht.

² Die Ehegatten können wählen zwischen dem Recht des Staates, in dem beide ihren Wohnsitz haben oder nach der Eheschliessung haben werden, und dem Recht eines ihrer Heimatstaaten. Artikel 23 Absatz 2 ist nicht anwendbar.

¹ Le régime matrimonial est régi par le droit choisi par les époux.

² Les époux peuvent choisir le droit de l'Etat dans lequel ils sont tous deux domiciliés ou seront domiciliés après la célébration du mariage, ou le droit d'un Etat dont l'un d'eux a la nationalité. L'art. 23, al. 2, n'est pas applicable.

¹ I rapporti patrimoniali sono regolati dal diritto scelto dai coniugi.

² I coniugi possono scegliere il diritto dello Stato in cui sono ambedue domiciliati, o lo saranno dopo la celebrazione del matrimonio, o il diritto di uno dei loro Stati di origine. L'articolo 23 capoverso 2 è inapplicabile.

¹ The matrimonial property shall be governed by the law chosen by the spouses.

² The spouses may choose between the law of the state in which both have or will have their domicile after the marriage, and the law of one of their states of origin. Article 23, paragraph 2, shall not apply.

1 Bilaterale und multilaterale Übereinkommen gehen dem IPRG vor (IPRG I II). Das *schweizerisch-iranische Niederlassungsabkommen* (SR 0.142.114.362) unterstellt das eheliche Güterrecht der Ehegatten gleicher Staatsangehörigkeit ihrem Heimatrecht, dh dem schweizerischen oder iranischen Recht. Eine Rechtswahl ist unzulässig. Zu beachten ist zudem, dass zwar verschiedene europäische Staaten, nicht aber die Schweiz, das *Haager Übereinkommen* vom 14.3.1978 über das auf Güterstände anwendbare Recht ratifiziert (HUÜ 78) haben.

2 Das IPRG bejaht (wie auch HUÜ 78 Art 3–6) die primäre **Rechtswahl im Güterrecht**. Die Ehegatten unterstehen dem gewählten Recht (**IPRG 52 I**). Nur bei fehlender Vereinbarung bestimmt sich das anwendbare Recht nach IPRG 54 ff. Damit hat das Gericht vorfrageweise über das Vorliegen einer rechtsgültig vereinbarten Rechtswahl zu befinden. Bei getroffener Rechtswahl sind in Bezug auf Rechtsverhältnisse mit Dritten Sonderregeln zu beachten (IPRG 57).

3 Die **Teilrechtswahl** (zB Unterstellung eines Grundstückes unter ein anderes Statut als das bewegliche Vermögen) wird im IPRG nicht erwähnt. Sie ist uE abzulehnen (gLM Bot IPRG 1983 I, 352; BUCHER, SJ 1989, 366; DUTOIT, IPRG 52 N 2; aM SIEHR, BSK IPRG 52 N 9/11; VOLKEN, BN 1989, 449).

4 **IPRG 52 II** lässt nicht eine beliebige Rechtswahl zu. Zur Sicherstellung eines gewissen Sachzusammenhangs zwischen Ehegatten und dem gewählten Recht sind die **Wahlmöglichkeiten** der Ehegatten auf folgende Rechtsordnungen **beschränkt**:

5 (i) das **Recht des Staates des (gegenwärtigen) gemeinsamen Wohnsitzes** (s zum Wohnsitzbegriff IPRG 20). Ein gemeinsamer Haushalt ist nicht erforderlich (s auch IPRG 54 I a; statt vieler Bot IPRG 1983 I, 351; SIEHR, BSK IPRG 52 N 7). Massgebend ist der Wohnsitz im Zeitpunkt der Rechtswahl; das Recht eines früheren oder späteren Wohnsitzes ist nicht wählbar. Eine Ausnahme besteht für noch nicht verheiratete Brautleute (s N 6);

6 (ii) das **Recht des Staates des ersten (zukünftigen) gemeinsamen Wohnsitzes** (s zum Wohnsitzbegriff IPRG 20) nach Eheschliessung. Diese Wahlmöglichkeit steht ausschliesslich Brautleuten offen, die vor der Eheschliessung ihren Ehevertrag dem Recht des zukünftigen Wohnsitzes unterstellen (aM BUCHER, SJ 1989, 366, und DUTOIT, IPRG 52 N 3, wonach auch Verheiratete das Recht des zukünftigen gemeinsamen Wohnsitzes wählen können, sofern sie bis zu jenem Zeitpunkt noch keinen gemeinsamen Wohnsitz begründet haben). Die Wahl beschränkt sich auf das Recht des Staates des ersten gemeinsamen Wohnsitzes (BUCHER, SJ 1989, 365; BUCHER/BONOMI, 654; aM SIEHR, IPR, 40, der die Wahl des zukünftigen Wohnsitzes allen Ehegatten ohne Einschränkungen zugesteht). Die Wahl steht schliesslich unter der Resolutivbedingung, dass dort auch Wohnsitz genommen wird. Wird diese Voraussetzung nicht erfüllt, fällt die Rechtswahl ex tunc dahin (so zB BUCHER, SJ 1989, 365; BUCHER/BONOMI, 654; DUTOIT, IPRG 52 N 3; VOLKEN, BN 1989, 445), es sei denn, der gemeinsame Wohnsitz hat aufgrund objektiver Umstände, zB eines unvorgesehenen Todesfalles, nicht mehr begründet werden können (HEINI, ZK IPRG 52 N 8);

7 (iii) das **Recht des Heimatstaates eines Ehegatten**: Dabei kommt es einerseits bei mehrfacher Staatsangehörigkeit nicht auf die effektive Staatsangehörigkeit (s IPRG 52 II Satz 2; 23 I) an (Bot IPRG 1983 I, 351; IPRG 23 II ist explizit ausgeschlossen). Andererseits ist selbst das Heimatrecht eines Ehegatten wählbar, das dieser infolge der Eheschliessung verliert, allerdings nur, sofern die Rechtswahl vor dem Eheabschluss erfolgt (Bot IPRG 1983 I, 351).

8 Diese Rechtswahlmöglichkeit gemäss IPRG 52 **erweitert** sich, sofern das Recht am ausländischen Wohnsitz der Ehegatten eine grössere Wahl zulässt. Das bedeutet, dass die Ehegatten die gesamte ausländische Rechtsordnung einschliesslich des IPR nutzbar machen und damit neben IPRG 52 eine Wahl gemäss ausländischem Recht vornehmen können (HEINI, ZK IPRG 52 N 7; s SIEHR, BSK IPRG 52 N 12 ff; grundsätzlich auch SCHWANDER, IPR BT, 217).

9 Die Voraussetzungen der Anknüpfungsfaktoren müssen grundsätzlich im Zeitpunkt der Rechtswahl vorliegen; ein späteres Wegfallen führt allerdings nicht zur Ungültigkeit der Rechtswahl. Eine Ausnahme gilt für die Rechtswahl des späteren gemeinsamen Wohnsitzes durch die Brautleute (s N 6).

Art. 53

b. Modalitäten

¹ Die Rechtswahl muss schriftlich vereinbart sein oder sich eindeutig aus dem Ehevertrag ergeben. Im übrigen untersteht sie dem gewählten Recht.

² Die Rechtswahl kann jederzeit getroffen oder geändert werden. Wird sie nach Abschluss der Ehe getroffen, so wirkt sie, wenn die Parteien nichts anderes vereinbaren, auf den Zeitpunkt der Eheschliessung zurück.

³ Das gewählte Recht bleibt anwendbar, bis die Ehegatten ein anderes Recht wählen oder die Rechtswahl aufheben.

¹ L'élection de droit doit faire l'objet d'une convention écrite ou ressortir d'une façon certaine des dispositions du contrat de mariage; en outre, elle est régie par le droit choisi.

² L'élection de droit peut être faite ou modifiée en tout temps. Si elle est postérieure à la célébration du mariage, elle rétroagit au jour du mariage, sauf convention contraire.

³ Le droit choisi reste applicable tant que les époux n'ont pas modifié ou révoqué ce choix.

¹ La scelta del diritto applicabile dev'essere pattuita per scritto o risultare univocamente dalla convenzione matrimoniale. Per altro, è regolata dal diritto scelto.

² La scelta può essere fatta o modificata in ogni momento. Se posteriore alla celebrazione del matrimonio, è retroattivamente efficace, salvo diversa pattuizione delle parti, dal momento della celebrazione del matrimonio.

³ Il diritto scelto rimane applicabile fintanto che i coniugi non ne scelgano un altro o non revochino la scelta medesima.

¹ The choice of law must be agreed to in writing or clearly ensue from the matrimonial property agreement. Furthermore, it shall be governed by the chosen law.

² A choice of law may be made or changed at any time. If it is made after the conclusion of the marriage, it shall have retroactive effect to the time of the conclusion of the marriage, unless otherwise agreed upon by the parties.

³ The chosen law remains applicable until the spouses designate another law, or revoke the choice of law.

1 Zu den vorgehenden **bilateralen Übereinkommen** s IPRG 52 N 1.

2 IPRG 53 umschreibt die einzelnen für die Rechtswahl (IPRG 52) zu beachtenden **Modalitäten** in Bezug auf Form, Zeitpunkt und Wirkungen der

Rechtswahl, die sich grundsätzlich eng an die Vorschriften des Vertragsrechts anlehnen.

3 Der als Sachnorm ausgestaltete **IPRG 53 I** (s SIEHR, IPR, 40) lässt zwei verschiedene **Formvorschriften** für die Rechtswahl zu:

4 (i) *Schriftlichkeit* (s zu den Gültigkeitsvoraussetzungen OR 13 f): Haben die Ehegatten eine Rechtswahl nach ausländischem IPR getroffen, richten sich die Formvorschriften nach diesem gewählten Recht. Bei strengeren ausländischen Formvorschriften genügt die Schriftlichkeit nach IPRG 53 I (SIEHR, BSK IPRG 53 N 5).

5 (ii) Schliessen die Ehegatten gleichzeitig mit der Rechtswahl einen *Ehevertrag* und wählen einen Güterstand, bestimmt sich die Form nach dem für den Ehevertrag geltenden Recht (zB ZGB 184) oder dem Recht am Abschlussort (s IPRG 56).

6 In **materieller Hinsicht** ist Folgendes zu beachten:

7 (i) Das gewählte anwendbare Recht muss nicht ausdrücklich als solches bezeichnet werden, es muss jedoch *unmissverständlich* und eindeutig aus der getroffenen Vereinbarung hervorgehen (IPRG 53 I), zB durch die Bezugnahme auf die materiellen Bestimmungen einer bestimmten Rechtsordnung (Bot IPRG 1983 I, 352; BUCHER/BONOMI, N 635; SCHWANDER, IPR BT, 218; SIEHR, BSK IPRG 53 N 7; VOLKEN, BN 1989, 447).

8 (ii) Die Rechtswahl kann entweder *isoliert*, dh als blosser Verweis auf die anwendbare Rechtsordnung, oder *gemeinsam* mit der Vereinbarung eines bestimmten Güterstandes erfolgen (SIEHR, BSK IPRG 52 N 4 und 53 N 11). Erfolgt sie gemeinsam mit der Bestimmung eines bestimmten Güterstandes einer bestimmten Rechtsordnung, liegt ein Ehevertrag iSv IPRG 56 vor (s IPRG 56 N 1).

9 (iii) Die Rechtswahl bezieht sich stets auf das *materielle Recht* ohne Einschluss der Kollisionsnormen (DUTOIT, IPRG 52 N 1^{bn}; HEINI, ZK IPRG 52 N 6).

10 (iv) Im Übrigen beurteilt sich die *Gültigkeit* der Rechtswahl (zB Konsens, Willensmängel; s IPRG 53 I Satz 2) nach dem gewählten Recht. Diese Kollisionsnorm lehnt sich an den im Vertragsrecht geltenden Grundsatz an (IPRG 116 II Satz 2).

11 Gemäss **IPRG 53 II** kann der Abschluss einer Rechtswahl in **zeitlicher Hinsicht beliebig** erfolgen, dh vor (s IPRG 52 I; s dazu IPRG 52 N 6), bei oder nach der Eheschliessung bis zur Auflösung der Ehe durch Tod oder rechtskräftige Scheidung. Ebenso können die Ehegatten den *Zeitpunkt der Wirkung* der Rechtswahl *beliebig* festlegen, wobei frühestmöglicher Wirkungszeitpunkt der Zeitpunkt der Eheschliessung ist (in Bezug auf gutgläubige Dritte s IPRG 57). Sofern die Ehegatten nichts anderes vereinbaren, wirkt eine Rechtswahl auf den Zeitpunkt der Eheschliessung zurück (zu den Schwierigkeiten, wenn die Ehegatten bis anhin unter dem Güterstand der Gütergemeinschaft gelebt haben, s SIEHR, BSK IPRG 53 N 13). In der Vergangenheit abgeschlos-

sene Rechtsakte werden dadurch allerdings nicht mehr infrage gestellt (Bot IPRG 1983 I, 352; SCHNYDER/LIATOWITSCH, 432).

12 In **sachlicher Hinsicht** ist die Rechtswahl umfassend. Sie erfasst die Gesamtheit der güterrechtlichen Beziehungen, dh sowohl das im Zeitpunkt der Wahl vorhandene als auch das später erworbene Vermögen (Immobilien und Mobilien; Bot IPRG 1983 I, 352).

13 IPRG 53 III statuiert den Grundsatz der **Unwandelbarkeit** des gewählten Güterrechtsstatuts. Ein Wohnsitzwechsel (oder allenfalls ein Wechsel der Staatsangehörigkeit) führt damit nicht zur Änderung des Güterrechtsstatuts. Das einmal gewählte Recht bleibt bis zu einer neuen Rechtswahl oder bis zu einer Aufhebung der Rechtswahl anwendbar. Bei einer Aufhebung bestimmt sich das Statut nach IPRG 54/55.

14 Eine Rechtswahl hat für die Ehegatten mehrere **Vorteile**. Sie führt insbesondere zur *Stabilisierung* des anwendbaren Rechts und zur Unveränderbarkeit des gewählten Güterrechtsstatuts bei Wohnsitzwechsel oder Änderung der Staatsangehörigkeit. Zudem kann mit der Rechtswahl im Güterrecht und der *professio iuris* im Erbrecht eine umfassende *Koordination zwischen Güter- und Erbrecht* erreicht werden (s IPRG 87).

Art. 54

2. Fehlen einer Rechtswahl

a. Grundsatz

¹ Haben die Ehegatten keine Rechtswahl getroffen, so unterstehen die güterrechtlichen Verhältnisse:

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

² Hatten die Ehegatten nie gleichzeitig Wohnsitz im gleichen Staat, so ist ihr gemeinsames Heimatrecht anwendbar.

³ Hatten die Ehegatten nie gleichzeitig Wohnsitz im gleichen Staat und haben sie auch keine gemeinsame Staatsangehörigkeit, so gilt die Gütertrennung des schweizerischen Rechts.

¹ A défaut d'élection de droit, le régime matrimonial est régi:

- a. par le droit de l'Etat dans lequel les deux époux sont domiciliés en même temps ou, si tel n'est pas le cas;
- b. par le droit de l'Etat dans lequel, en dernier lieu, les deux époux ont été domiciliés en même temps.

² Si les époux n'ont jamais été domiciliés en même temps dans le même Etat, leur droit national commun est applicable.

³ Les époux qui n'ont jamais été domiciliés dans le même Etat et n'ont pas de nationalité commune sont soumis au régime suisse de la séparation de biens.

¹ I rapporti patrimoniali dei coniugi che non abbiano scelto il diritto applicabile sono regolati:

- a. dal diritto dello Stato in cui ambedue sono simultaneamente domiciliati o, se ciò non è il caso;
- b. dal diritto dello Stato in cui ambedue erano da ultimo simultaneamente domiciliati.

² Se i coniugi non sono mai stati simultaneamente domiciliati nello stesso Stato, si applica il loro diritto nazionale comune.

³ Se i coniugi non sono mai stati simultaneamente domiciliati nello stesso Stato né hanno cittadinanza comune, si applica il regime della separazione dei beni giusta il diritto svizzero.

¹ If the spouses have not made a choice of law, matrimonial property shall be governed by:

- a. the law of the state in which both spouses have their domiciles contemporaneously, or, if this is not the case,
- b. the law of the state in which both spouses last had their domiciles contemporaneously.

² If the spouses never had a domicile in the same state contemporaneously, their common national law shall govern.

³ If the spouses never had a domicile in the same state contemporaneously, and if they do not have a common nationality, the rules on the separation of property of Swiss law shall govern.

1 Zu den vorgehenden **bilateralen Übereinkommen** s IPRG 52 N 1.

2 Fehlt eine Rechtswahl nach IPRG 52 f, dh, besteht weder eine (eigenständige, isolierte) Rechtswahl noch ein Ehevertrag (s IPRG 52 N 8), sieht IPRG 54 eine **objektive Anknüpfung** vor.

3 Die objektive Anknüpfung in IPRG 54 basiert auf einer **Kaskadenordnung**, welche das anwendbare Recht in folgender *subsidiärer* Stufenfolge bestimmt:

4 (i) Primär kommt das Recht des Staates zur Anwendung, in dem die Ehegatten *gemeinsamen und gleichzeitig Wohnsitz* (zum Wohnsitzbegriff s IPRG 20) haben (**IPRG 54 I a**). Nicht erforderlich ist ein gemeinsamer Haushalt (s auch IPRG 52 N 5). Dieses Recht bleibt solange anwendbar, bis die Ehegatten einen anderen gemeinsamen Wohnsitz in einem anderen Staat begründen.

5 (ii) Fehlt ein gemeinsamer Wohnsitz, bestimmt sich das anwendbare Recht nach dem *letzten gemeinsamen Wohnsitz* der Ehegatten (**IPRG 54 I b**). Damit bleibt das Güterrecht bei Wegzug nur eines Ehegatten in einen anderen Staat unberührt (s auch IPRG 55). Dieses anwendbare Recht des Staates des letzten gemeinsamen Wohnsitzes gilt selbst dann, wenn keiner der Ehegatten in diesem Staat mehr Wohnsitz hat (Bot IPRG 1983 I, 353; DUTOT, IPRG 54 N 2; SIEHR, BSK IPRG 54 N 6). Verlegen beide Ehegatten unabhängig voneinander ihren Wohnsitz und befindet sich dieser wiederum in demselben Staat, kommt grundsätzlich wiederum IPRG 54 lit a zur Anwendung (s auch IPRG 55 N 3).

6 (iii) Für den seltenen Fall, dass die Ehegatten überhaupt nie Wohnsitz in demselben Staat hatten, wird das Recht der *gemeinsamen Staatsangehörigkeit* berufen (IPRG 54 II). Dabei wird zum einen bei Doppel- oder Mehrfachbürgern die effektive Staatsangehörigkeit (s IPRG 23 II) berücksichtigt (im Gegensatz zu IPRG 52 II; s IPRG 52 N 7). Zum andern kommt aufgrund der gleichberechtigungskonformen Anknüpfung nur jene Staatsangehörigkeit als Anknüpfungsmerkmal infrage, die nicht kraft Gesetzes durch Eheschliessung (sog *iure matrimonii* erworbene Staatsangehörigkeit) erworben wurde, mithin nur die vor Eheschliessung bestehende sowie die freiwillig erworbene Staatsangehörigkeit (DUTOIT, IPRG 54 N 3; SIEHR, BSK IPRG 54 N 7; zur Begründung s Bot IPRG 1983 I, 353).

7 (iv) Sofern keine der vorher genannten Anknüpfungen zur Anwendung kommt, bezeichnet IPRG 54 III die *lex fori* für anwendbar und bestimmt aufgrund einer derart «starken Beziehungsleere» (Bot IPRG 1983 I, 353) die *Gütertrennung gemäss ZGB 221 ff* zum anwendbaren Güterstand (s Kritik bei SIEHR, BSK IPRG 54 N 8).

8 IPRG 54 verweist auf Sachnormen, dh auf das materielle Wohnsitzrecht, weshalb ein *Renvoi* nach IPRG 14 I grundsätzlich **ausgeschlossen** ist (Bot IPRG 1983 I, 353; BUCHER, SJ 1989, 373; HEINI, ZK IPRG 54 N 4; SIEHR, BSK IPRG 54 N 15). Befindet sich der gegenwärtige oder letzte gemeinsame Wohnsitz (IPRG 54 I a/b) im Ausland, und konnten die Ehegatten mit der Anwendung desjenigen materiellen Rechts rechnen, auf welches das Kollisionsrecht dieses Wohnsitzstaates verweist, können die berechtigten Parteierwartungen durch die Ausnahmeklausel (IPRG 15) geschützt werden, und es ist dieses Recht anstelle des materiellen Rechts des ausländischen Wohnsitzstaates anzuwenden (s SCHWANDER, IPR BT, 225; SIEHR, BSK IPRG 54 N 16 ff).

9 Ausländische güterrechtliche Bestimmungen können auch gegen den **Ordre public** verstossen, zB wenn sie eine Ungleichbehandlung zwischen Mann und Frau vorsehen, wohl auch wenn sie den ausserordentlichen Güterstand der Gütertrennung nicht kennen (SCHWANDER, IPR BT, 266; uE überholt BGE 55 II 230).

Art. 55

b. Wandelbarkeit und Rückwirkung bei Wohnsitzwechsel

¹ Verlegen die Ehegatten ihren Wohnsitz von einem Staat in einen anderen, so ist das Recht des neuen Wohnsitzstaates rückwirkend auf den Zeitpunkt der Eheschliessung anzuwenden. Die Ehegatten können durch schriftliche Vereinbarung die Rückwirkung ausschliessen.

² Der Wohnsitzwechsel hat keine Wirkung auf das anzuwendende Recht, wenn die Parteien die Weitergeltung des früheren Rechts schriftlich vereinbart haben oder wenn zwischen ihnen ein Ehevertrag besteht.

¹ En cas de transfert du domicile des époux d'un Etat dans un autre, le droit du nouveau domicile est applicable et rétroagit au jour du mariage. Les époux peuvent convenir par écrit d'exclure la rétroactivité.

² Le changement de domicile n'a pas d'effet sur le droit applicable lorsque les époux sont convenus par écrit de maintenir le droit antérieur ou lorsqu'ils sont liés par un contrat de mariage.

¹ Se i coniugi trasferiscono il loro domicilio in un altro Stato, il diritto del nuovo Stato di domicilio si applica retroattivamente dal momento della celebrazione del matrimonio. I coniugi possono escludere la retroattività mediante pattuizione scritta.

² Il cambiamento di domicilio non influisce sul diritto applicabile qualora le parti abbiano pattuito per scritto l'ulteriore vigenza del diritto precedente o siano legate da una convenzione matrimoniale.

¹ If the spouses transfer their domicile from one state to another, the law of the new state of domicile shall govern retroactively to the time of the conclusion of the marriage. The spouses may exclude retroactive effect by a written agreement.

² The change of domicile shall have no effect on the governing law if the spouses have agreed in writing to continue the application of the former law, or if there exists a matrimonial property agreement between them.

1 Zu den vorgehenden **bilateralen Übereinkommen** s IPRG 52 N 1.

2 Begründen die Ehegatten gemeinsam einen neuen Wohnsitz, kommt es gemäss IPRG 55 I zur Anwendung eines neuen Güterrechtsstatuts (N 3 f). Dieses gilt rückwirkend für die ganze Zeit seit der Eheschliessung (N 5).

3 Das IPRG geht damit in **IPRG 55 I Satz 1 vom Grundsatz der Wandelbarkeit des Güterrechtsstatuts** aus. Das bedeutet, dass sich bei einem Wohnsitzwechsel das anwendbare Güterrecht ändert (sog Statutenwechsel). Der Statutenwechsel setzt einen *gemeinsamen Wohnsitzwechsel* der Ehegatten voraus. Der Wohnsitzwechsel eines einzelnen Ehegatten lässt das Güterrechtsstatut e contrario unberührt (s auch IPRG 54 I a; s IPRG 54 N 5). Nehmen beide Ehegatten separat einen Wohnsitzwechsel vor, der wiederum zu einem gemeinsamen Wohnsitz in demselben Staat (nicht notwendigerweise gemeinsamen Haushalt) führt, ist IPRG 55 I wiederum anwendbar, denn der Statutenwechsel tritt unabhängig des ehedpartnerlichen Willens ein (SIEHR, BSK IPRG 55 N 3; s auch IPRG 54 N 5).

4 In seltensten Fällen kann auch der *Wechsel der Staatsangehörigkeit* zu einem Statutenwechsel führen, nämlich dann, wenn ein Ehegatte seine Staatsangehörigkeit ändert und die neue mit derjenigen des Ehegatten übereinstimmt (s IPRG 54 II; s auch SIEHR, BSK IPRG 55 N 5). IPRG 55 findet in diesem Fall entsprechend Anwendung. Wird das anwendbare Güterrecht hingegen nach IPRG 54 III bestimmt (Gütertrennung nach ZGB 221 ff), ist IPRG 55 nicht anwendbar (SIEHR, BSK IPRG 55 N 6).

5 Das Prinzip der Wandelbarkeit führt zur Frage der Wirkungen des Statutenwechsels. **IPRG 55 I Satz 1** folgt dem **Grundsatz der Rückwirkung**

(anders HUÜ 7/8 [s IPRG 52 N 1]). Der Statutenwechsel erfolgt rückwirkend auf den *Zeitpunkt der Eheschliessung*. Das jeweils gültige Güterrechtsstatut wird so gehandhabt, als ob es bereits zu Beginn der Ehe gegolten hätte (Bot IPRG 1983 I, 354). Dadurch wird das Güterrecht der Ehegatten einem einzigen Recht unterstellt.

6 Wie die Rückwirkung konkret zu *verwirklichen* ist, bestimmt das neue Güterrecht. Lebten Ehegatten in Deutschland unter dem gesetzlichen Güterstand der Zugewinnsgesellschaft, unterstehen sie bei einem Umzug in die Schweiz gestützt auf IPRG 55 I Satz 1 (sog. *Eingangsstatutenwechsel*) dem gesetzlichen Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung, und zwar rückwirkend auf den Zeitpunkt der Eheschliessung. Die güterrechtliche Auseinandersetzung bei Scheidung oder Tod eines Ehegatten ist so durchzuführen, als hätten die Ehegatten stets unter dem Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung gelebt. Ziehen umgekehrt die Ehegatten, die unter dem Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung leben, von der Schweiz nach Deutschland, entscheidet das deutsche Recht über die Frage der Wandelbarkeit, der Rückwirkung und der Verwirklichung (sog. *Ausgangsstatutenwechsel*; s Beispiele bei SIEHR, BSK IPRG 55 N 9 ff).

7 Umstritten ist, ob die Rückwirkung die in der Vergangenheit *abgeschlossenen Rechtsgeschäfte* unter Ehegatten, zB Schenkungen, Kauf, tangiert. Unseres Erachtens sind solche Rechtsgeschäfte bei einer güterrechtlichen Auseinandersetzung nicht mehr zu berücksichtigen (glM Bot IPRG 1983 I, 354; HEINI, ZK IPRG 55 N 3 f, mit Beispiel; JAMETTI GREINER/GEISER, ZBJV 1991, 20; aM SIEHR, BSK IPRG 55 N 15).

8 Die Ehegatten können gemäss **IPRG 55 I Satz 2** mit einer schriftlichen Vereinbarung (zur Schriftlichkeit s OR 13 f) die **Rückwirkung ausschliessen**. Beim Statutenwechsel zum schweizerischen Recht genügt die Schriftlichkeit. Bei einem Wohnsitzwechsel ins Ausland bestimmt sich die *Formgültigkeit* eines Ausschlusses der Rückwirkung nach dem neu anzuwendenden Recht (SIEHR, BSK IPRG 55 N 16). Der Ausschluss der Rückwirkung durch schriftliche Vereinbarung kann zu beliebiger Zeit erfolgen (BUCHER, DIP II, 471; HEINI, ZK IPRG 55 N 9; aM Bot IPRG 1983 I, 354). Bei erneutem oder wiederholtem Wohnsitzwechsel ist der (erneute) Ausschluss einer vereinbarten Rückwirkung auf das neue Recht nicht zu vermuten. Mangels neuer Vereinbarung gilt das Güterrechtsstatut des neuen Wohnsitzes mit Rückwirkung (IPRG 55 I Satz 1; s auch HEINI, ZK IPRG 55 N 11; SIEHR, BSK IPRG 55 N 16).

9 Der Ausschluss der Rückwirkung *bewirkt*, dass der frühere Güterstand bis zur Zeit des Wohnsitzwechsels (allenfalls Staatsangehörigkeitswechsels) gilt, im Anschluss daran der neue Güterstand zur Anwendung gelangt. Mit dem Wohnsitzwechsel enden damit grundsätzlich die Wirkungen des früheren Wohnsitzrechts und die bisherigen güterrechtlichen Beziehungen (HEINI, ZK IPRG 55 N 6). Wie die Auseinandersetzung erfolgt, bestimmt sich nach den Regeln des neuen Rechts (SIEHR, BSK IPRG 55 N 18). In praktischer Hinsicht ist jedoch eine tatsächliche Liquidation abzulehnen. Vielmehr empfiehlt sich,

die Rechtspositionen aus dem bestehenden Güterstand in den entsprechenden Güterstand des neu anwendbaren Rechts zu überführen (sog. *Transposition*; s. JAMETTI GREINER/GEISER, ZBJV 1992, 22 f.; HEINI, ZK IPRG 55 N 6). Beim Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung (ZGB 196 ff) fällt beispielsweise das aus dem alten Güterrecht überführte Vermögen ins Eigengut (ZGB 198 Ziff 2: «Vermögenswerte, die einem Ehegatten zu Beginn des Güterstands gehören»).

10 Die Ehegatten können nicht nur vereinbaren, dass keine Rückwirkung stattfindet. Vielmehr können sie gestützt auf **IPRG 55 II** die Wandelbarkeit des Güterrechtsstatuts gemäss IPRG 55 I ausschliessen. Die Fixierung des auf sie anwendbaren Güterrechtsstatuts ist auf drei verschiedene Arten möglich:

11 (i) Durch **schriftliche Vereinbarung der Weitergeltung des bisherigen Rechts** (IPRG 55 II; zur Schriftlichkeit s. OR 13): Damit bleibt das Recht anwendbar, das auch ohne einen Statutenwechsel nach IPRG 54 gelten würde (SIEHR, BSK IPRG 55 N 26). Eine solche Vereinbarung umfasst auch das Kollisionsrecht (HEINI, ZK IPRG 55 N 16; VON OVERBECK/ROSSEL, SJ 1990, 81). Umstritten ist die Bedeutung des «früheren» Rechts: Während für einen Teil der Lehre ein beliebiges Recht eines früheren Wohnsitzes fixiert (BUCHER, DIP II, 472) und für andere Autoren nur das dem schweizerischen Wohnsitz vorangehende Recht unter den Begriff des früheren Rechts subsumiert werden kann (SIEHR, BSK IPRG 55 N 26), unterscheidet eine dritte Lehrmeinung danach, ob die Ehegatten tatsächlich unter dem Güterstand eines Staates gelebt haben, zu dem sie Bezug hatten, oder nicht (HEINI, ZK IPRG 55 N 16; VON OVERBECK/ROSSEL, SJ 1990, 281). Während im ersten Fall der Güterstand fortgelten soll, obwohl er nicht dem unmittelbar vorangegangenen Recht entstammt, müsste in den letzten beiden Fällen die Weitergeltung verneint werden (so wohl auch DUTOIT, IPRG 55 N 8, der von einem *Renvoi caché* spricht). Aufgrund der heutigen internationalen Mobilität (und mit damit verbundenen häufigen Wohnsitzwechseln) ist uE der ersten Lehrmeinung der Vorzug zu geben, die eine beliebige Rechtswahl irgendeines früheren Wohnsitzes bejaht.

12 Vorausgesetzt ist in jedem Fall, dass die Ehegatten mit der Fixierung des «bisherigen Rechts» von demselben Recht ausgehen. Nicht vorausgesetzt ist hingegen, dass sie das Recht explizit bezeichnen, es muss sich aber eindeutig aus der Vereinbarung ergeben (s. IPRG 53 N 7). Die Vereinbarung über die Weitergeltung des bisherigen Rechts hat spätestens beim Wohnsitzwechsel zu erfolgen (Bot IPRG 1983 I, 354).

13 (ii) Durch **schriftliche Rechtswahl**. Diese Möglichkeit ergibt sich aus IPRG 55 II iVm 53. Das einmal gewählte Recht bleibt anwendbar, solange die Ehegatten die Rechtswahl nicht aufheben oder ein anderes Recht für anwendbar erklären (IPRG 53 III).

14 (iii) Durch **Ehevertrag** (IPRG 55 II, zur Formgültigkeit s. IPRG 56). Es wird vermutet, dass die Rechtslage, die mit einem Ehevertrag geschaffen wird, auf Dauer angelegt wird (Bot IPRG 1983 I, 354; SCHNYDER/LIA-

TOWITSCH, 436). Auch wenn in einem Ehevertrag keine explizite Rechtswahl getroffen wurde, ist davon auszugehen, dass die Ehegatten ihre Vermögensverhältnisse implizit dem Recht unterstellen wollten, auf dessen Grundlage sie ihren Vertrag geschlossen haben (Bot IPRG 1983 I, 354). Deshalb bleibt das beim Abschluss des Ehevertrags massgebende Recht durch spätere Wohnsitzwechsel unberührt und bleibt solange anwendbar, als die Ehegatten nicht den Ehevertrag aufheben oder ihr Güterrecht einem neuen Recht unterstellen (Bot IPRG 1983 I, 354).

Art. 56

3. Form des Ehevertrages

Der Ehevertrag ist formgültig, wenn er dem auf den Ehevertrag anwendbaren Recht oder dem Recht am Abschlussort entspricht.

Le contrat de mariage est valable quant à la forme s'il satisfait aux conditions du droit applicable au fond ou du droit du lieu où l'acte a été passé.

La convenzione matrimoniale è formalmente valida se conforme al diritto applicabile per materia o al diritto del luogo di stipulazione.

A matrimonial property agreement shall be valid as to its form if it complies with the law governing the matrimonial property agreement, or with the law of the place of conclusion.

1 Unter den **Begriff** des Ehevertrags iSv IPRG 56 fallen lediglich diejenigen Eheverträge, in denen die Ehegatten *einen bestimmten Güterstand einer bestimmten Rechtsordnung* vereinbaren (SIEHR, BSK IPRG 56 N 3). Keine Eheverträge iSv IPRG 56 sind Vereinbarungen, die ausschliesslich kollisionsrechtliche Regelungen beinhalten. Damit fallen Vereinbarungen zwischen Ehegatten, die ausschliesslich eine kollisionsrechtliche Rechtswahl (IPRG 53 I) beinhalten, ohne einen bestimmten Güterstand für anwendbar zu erklären, nicht unter IPRG 56. Ebenso wenig sind Vereinbarungen, welche die Aufhebung einer Rechtswahl (IPRG 53 I Satz 2), den Ausschluss der Rückwirkung (IPRG 55 I Satz 2) oder die Weitergeltung des früheren Rechts (IPRG 55 II) regeln, Eheverträge iSv IPRG 56. Ihre Formgültigkeit bestimmt sich daher nicht nach IPRG 56, sondern nach den vorstehend genannten Vorschriften. Bei diesen Vorschriften genügt die Schriftform (OR 13). Stehen diese kollisionsrechtlichen Vereinbarungen in einem Ehevertrag, dh in einem Vertrag mit einer Wahl des Güterstands, bleiben sie selbst bei Ungültigkeit des Ehevertrags wirksam, wenn der Ehevertrag schriftlich abgefasst wurde (SIEHR, BSK IPRG 56 N 3).

2 Das IPRG beschränkt sich bei den Eheverträgen auf die Regelung in Bezug auf die Form. Die **inhaltliche Gültigkeit** sowie die **Wirkungen** des Ehevertrags bestimmen sich hingegen nach dem Güterrechtsstatut (IPRG 52 ff),

unabhängig davon, ob das auf das Güterrecht anwendbare Recht durch eine Rechtswahl der Ehegatten fixiert wurde oder ob es sich aufgrund der objektiven Anknüpfung bestimmt (BUCHER, *Le couple*, N 255).

3 Im Sinn des *favor validitatis* unterstellt IPRG 56 die **Formgültigkeit alternativ** dem auf den Ehevertrag anwendbaren Recht (*lex causae*; s IPRG 52 ff) oder dem Recht am Abschlussort (*lex loci actus*):

4 (i) Die *lex causae* ist das Güterrechtsstatut gemäss IPRG 52 ff. Massgebend ist das Recht im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses. Ein späterer Wohnsitzwechsel hat keinen Statutenwechsel zur Folge. Das Güterrechtsstatut ist solange fixiert, bis die Ehegatten eine Vertragsänderung vornehmen (SIEHR, BSK IPRG 56 N 3).

5 (ii) Die *lex loci actus* ist das Recht des Ortes, an dem der Ehevertrag abgeschlossen wird. Bei einem Vertragsabschluss unter Anwesenden ist der Ort der Unterzeichnung massgebend. Bei einem Abschluss unter Abwesenden gelten analog den vertragsrechtlichen Bestimmungen jene Orte als Abschlussorte, an denen die einzelnen Ehegatten ihre Erklärung abgegeben haben (s IPRG 124 II; s auch SIEHR, ZK IPRG 56 N 6). Dabei genügt es, wenn die Ehegatten die im Recht einer dieser Orte vorgeschriebene Form eingehalten haben (SIEHR, BSK IPRG 56 N 6).

6 Gewisse ehevertragliche Klauseln können auch **erbrechtlicher Natur** sein. Deshalb sind auch die Beschränkungen, die das Erbstatut in Bezug auf die Verfügungsfreiheit auferlegt, zu berücksichtigen (BUCHER, *Le couple*, N 257; DUTOIT, IPRG 56 N 3).

7 Ein Ehevertrag iSv IPRG 56 schliesst bei **Wohnsitzwechsel** der Ehegatten die Wandelbarkeit des anwendbaren Rechts sowie die damit verbundene Rückwirkung aus (s IPRG 55 N 3–5).

Art. 57

4. Rechtsverhältnisse mit Dritten

¹ Die Wirkungen des Güterstandes auf das Rechtsverhältnis zwischen einem Ehegatten und einem Dritten unterstehen dem Recht des Staates, in dem dieser Ehegatte im Zeitpunkt der Entstehung des Rechtsverhältnisses seinen Wohnsitz hat.

² Hat der Dritte im Zeitpunkt der Entstehung des Rechtsverhältnisses das Recht, dem die güterrechtlichen Verhältnisse unterstanden, gekannt oder hätte er es kennen müssen, so ist dieses anzuwenden.

¹ Les effets du régime matrimonial sur un rapport juridique entre un époux et un tiers sont régis par le droit de l'Etat dans lequel cet époux était domicilié au moment où ce rapport a pris naissance.

² Toutefois, ces effets sont régis par le droit applicable au régime matrimonial si le tiers connaissait ou devait connaître ce droit au moment où le rapport juridique a pris naissance.

¹ Gli effetti del regime dei beni sul rapporto giuridico tra un coniuge e un terzo sono regolati dal diritto dello Stato in cui questo coniuge era domiciliato al momento della nascita del rapporto giuridico.

² Se, in tale momento, il terzo era o doveva essere a conoscenza del diritto regolatore dei rapporti patrimoniali tra i coniugi, si applica quest'ultimo diritto.

¹ The effects of the matrimonial property regime on a legal relationship between one of the spouses and a third party shall be governed by the law of the state in which that spouse had his domicile when the legal relationship was created.

² If, at the time when the legal relationship was created, the third party knew or should have known the law governing the matrimonial property relationships, then that law shall govern.

1 Zu den vorgehenden **bilateralen Übereinkommen** s IPRG 52 N 1. Das *iranisch-schweizerische Übereinkommen* (SR 0.142.114.362) ist gestützt auf Art 8 nicht anzuwenden, soweit die *lex fori* Ausnahmen von der regulären Anknüpfung vorsieht, die für alle Fälle gelten. Darunter fällt auch IPRG 57. Ein Dritter kann sich demnach auf die Sonderanknüpfung von IPRG 57 berufen (s auch STEHR, BSK IPRG 57 N 2).

2 IPRG 57 bezweckt die Schaffung eines Ausgleiches zwischen den Interessen eines Dritten, der mit einer verheirateten Person Rechtsgeschäfte abschliesst, und den güterrechtlichen Verhältnissen der Ehegatten untereinander. Der Gesetzgeber hat zu diesem Zweck in IPRG 57 für die Wirkungen des Güterstandes auf ein bestehendes Rechtsverhältnis zu Dritten eine *Sonderanknüpfung* geschaffen. Der **sachliche Anwendungsbereich** bedarf einer Präzisierung in dreifacher Hinsicht:

3 (i) Der **Begriff des Rechtsverhältnisses** umfasst nicht nur Rechtsverhältnisse, die ein Ehegatte mit einem Dritten eingeht, sondern auch Rechtsverhältnisse, die *beide Ehegatten* gemeinsam mit einem Dritten begründen (SIEHR, BSK IPRG 57 N 5). Umstritten ist, ob die Sonderanknüpfung auch für Ansprüche aus unerlaubter Handlung gilt. Da IPRG 57 dem Schutz des Rechtsverkehrs dient, sind uE unter IPRG 57 nur Rechtsgeschäfte zu subsumieren, nicht aber auch deliktische Ansprüche (glM DUTOIT, IPRG 57 N 2; JAMETTI GREINER/GEISER, ZBJV 2001, 32; SIEHR BSK IPRG N 57 N 6; aM HEINI, ZK IPRG 57 N 4).

4 (ii) Die Sonderanknüpfung von IPRG 57 umfasst nicht das gesamte externe Rechtsverhältnis, sondern beschränkt sich auf die **Wirkungen des Güterstandes**. Die Wirkungen finden sich in den einzelnen Rechtsordnungen allerdings an unterschiedlicher Stelle. Einmal stehen sie unter den Wirkungen des Güterrechts, einmal unter den allgemeinen Ehewirkungen. Die Frage, ob eine konkrete Wirkung eine Wirkung des Güterrechts darstellt und damit unter IPRG 57 zu subsumieren ist, muss daher mittels einer sog *Doppelqualifikation* beantwortet werden, dh, jedes der beiden Statute ist zu befragen, ob die abstrakte Frage innerhalb seiner Rechtsordnung Teil der allgemeinen Wirkungen oder des Güterrechts ist (HEINI, BSK IPRG 57 N 4; DUTOIT,

IPRG 57 N 4). In der Regel zählen zu den Wirkungen des Güterrechts die Fragen betreffend Verfügungsmacht (ZGB 168, 169) und Haftungsumfang des Ehegatten (ZGB 202, 249) oder betreffend Auskunftsanspruch eines Ehegatten gegenüber einem Dritten (ZR 1995, Nr 99). Die Frage der Vertretungsbefugnis (ZGB 166) ist hingegen den allgemeinen Ehwirkungen zuzuordnen (IPRG 48). Das Rechtsgeschäft als solches beurteilt sich nach IPRG 116 ff.

5 (iii) IPRG 57 kommt lediglich bei **Gutgläubigkeit des Dritten** zur Anwendung. Die Sonderanknüpfung entfällt damit, wenn der Dritte das auf die güterrechtlichen Verhältnisse anwendbare Recht gekannt hat oder hätte kennen müssen (**IPRG 57 II**). Die Anforderungen an die Sorgfaltspflicht des Dritten in Bezug auf das «Kennen-müssen» bestimmen sich nach der *lex fori*. Die Gutgläubigkeit ist zu verneinen, wenn der Dritte wusste, dass die Ehegatten in unterschiedlichen Staaten Wohnsitz hatten oder wenn er vom tatsächlichen Güterstand der Ehegatten Kenntnis hatte (DUTOIT, IPRG 57 N 4^{bn}; SIEHR, BSK IPRG 57 N 4).

6 **IPRG 57 I** bezeichnet bei Vorliegen vorgenannter Voraussetzungen das **Recht des Staates** als anwendbares Statut, in dem die verheiratete Partei im Zeitpunkt des Abschlusses des Rechtsgeschäftes bzw der Entstehung des Rechtsverhältnisses ihren *Wohnsitz* hat. Damit ist aber die Frage des in Bezug auf dieses Rechtsverhältnis massgebenden Güterstandes nicht gelöst, wenn im Moment der Entstehung des Rechtsverhältnisses der Güterstand nicht dem Recht des Wohnsitzes des verheirateten Vertragspartners entspricht. Während ein Teil der Lehre auf den ordentlichen Güterstand des Rechts am Wohnsitz der verheirateten Vertragspartei abstellt (so zB DUTOIT, IPRG 57 N 1^{bn}), vertreten andere die Ansicht, dass der wirklich geltende Güterstand im Zeitpunkt der Entstehung des Rechtsverhältnisses ins anwendbare Recht zu transformieren sei. Das bedeutet beispielsweise, dass bei bestehendem vertraglichem Güterstand der Gütertrennung derjenige Güterstand des anwendbaren Rechts massgebend ist, welcher der Gütertrennung entspricht. Oder leben die Ehegatten unter dem gesetzlichen Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung, ist eine Transformation in den gesetzlichen Güterstand des anwendbaren Rechts vorzunehmen (s SIEHR, BSK IPRG 57 N 9). UE ist der zweiten Meinung zu folgen, weil (auch) im materiellen Recht kein Gutgläubensschutz in den ordentlichen Güterstand einer verheirateten Partei besteht (s ZGB 166) und deshalb gestützt auf IPRG 57 nicht auf den ordentlichen Güterstand des jeweils anwendbaren Rechts abgestellt werden darf.

7 Umstritten ist die Anwendbarkeit von IPRG 57, wenn sie zu einer **Benachteiligung des Gläubigers** führt. Mit Blick auf den Schutzzweck der Norm, nämlich den Schutz des Dritten im Rechtsverkehr mit verheirateten Personen, muss die uneingeschränkte Anwendung abgelehnt werden. Vielmehr hat der Gläubiger Anspruch darauf, dass das für ihn günstigere Güterrechtsstatut angewendet wird (so auch SIEHR, BSK IPRG 57 N 11; DUTOIT, IPRG 57 N 5). Ein Renvoi (IPRG 14) ist deshalb unbeachtlich.

8 **Vorfragen** sind grundsätzlich selbständig anzuknüpfen. Übernimmt aber ein ausländisches Recht den Schutz des Gläubigers, sind die Vorfragen unselbständig nach diesem Recht anzuknüpfen (SIEHR, BSK IPRG 57 N 15).

Art. 58

III. Ausländische Entscheidungen

¹ Ausländische Entscheidungen über güterrechtliche Verhältnisse werden in der Schweiz anerkannt:

- a. wenn sie im Wohnsitzstaat des beklagten Ehegatten ergangen sind oder wenn sie dort anerkannt werden;
- b. wenn sie im Wohnsitzstaat des klagenden Ehegatten ergangen sind oder dort anerkannt werden, vorausgesetzt, der beklagte Ehegatte hatte seinen Wohnsitz nicht in der Schweiz;
- c. wenn sie im Staat, dessen Recht nach diesem Gesetz anwendbar ist, ergangen sind oder wenn sie dort anerkannt werden, oder
- d. wenn sie Grundstücke betreffen und am Ort der gelegenen Sache ergangen sind oder dort anerkannt werden.

² Für Entscheidungen über güterrechtliche Verhältnisse, die im Zusammenhang mit Massnahmen zum Schutz der ehelichen Gemeinschaft oder infolge Tod, Nichtigkeitsklärung, Scheidung oder Trennung ergangen sind, richtet sich die Anerkennung nach den Bestimmungen dieses Gesetzes über das Ehe-, Ehescheidungs- oder Erbrecht (Art. 50, 65 und 96).

¹ Les décisions étrangères relatives au régime matrimonial sont reconnues en Suisse:

- a. lorsqu'elles ont été rendues ou qu'elles sont reconnues dans l'Etat du domicile de l'époux défendeur;
- b. lorsqu'elles ont été rendues ou qu'elles sont reconnues dans l'Etat du domicile de l'époux demandeur et que l'époux défendeur n'était pas domicilié en Suisse;
- c. lorsqu'elles ont été rendues ou qu'elles sont reconnues dans l'Etat dont, en vertu de la présente loi, le droit s'applique au régime matrimonial, ou
- d. dans la mesure où elles concernent des immeubles, lorsqu'elles ont été rendues ou qu'elles sont reconnues dans l'Etat dans lequel ces immeubles sont situés.

² La reconnaissance de décisions relatives au régime matrimonial prises dans le cadre de mesures protectrices de l'union conjugale ou à la suite d'un décès, d'une déclaration de nullité du mariage, d'un divorce ou d'une séparation de corps est régie par les dispositions de la présente loi relatives aux effets généraux du mariage, au divorce ou aux successions (art. 50, 65 et 96).

¹ Le decisioni straniere concernanti i rapporti patrimoniali tra i coniugi sono riconosciute in Svizzera se:

- a. sono state pronunciate o vengano riconosciute nello Stato di domicilio del coniuge convenuto;

- b. sono state pronunciate o vengano riconosciute nello Stato di domicilio del coniuge attore, presupposto che il coniuge convenuto non fosse domiciliato in Svizzera;
- c. sono state pronunciate o vengano riconosciute nello Stato il cui diritto è applicabile secondo la presente legge o
- d. concernono fondi e sono state pronunciate o vengano riconosciute nello Stato di situazione dei medesimi.

² Per le decisioni in materia di rapporti patrimoniali pronunciate in connessione con provvedimenti a tutela dell'unione coniugale od in seguito a morte, dichiarazione di nullità del matrimonio, divorzio o separazione, il riconoscimento è retto dalle disposizioni della presente legge concernenti gli effetti del matrimonio in generale, il divorzio o le successioni (art. 50, 65 e 96).

¹ Foreign decisions concerning matrimonial property relationships shall be recognized in Switzerland if:

- a. they were rendered in the state of domicile of the defendant spouse or if they are recognized there;
- b. they were rendered in the state of domicile of the plaintiff spouse or if they are recognized there provided the defendant spouse did not have domicile in Switzerland;
- c. they were rendered in the state the law of which is applicable according to this Act or if they are recognized there, or
- d. they relate to real estate and were rendered at the situs or are recognized there.

² Recognition of decisions regarding matrimonial property relationships which were rendered in connection with measures for protection of the matrimonial community or which were rendered upon death, annulment, divorce or separation, shall be governed by the provisions of this Act concerning marriage, divorce or inheritance law (Arts. 50, 65 and 96).

1 Das **Lugano-Übereinkommen** ist auf die ehelichen Güterstände nicht anwendbar (LugÜ 1 II a). Es bestehen diverse **bilaterale Abkommen**, namentlich mit Belgien, Deutschland, Italien, Liechtenstein, Österreich, Schweden und Spanien. Sie alle schliessen die Anwendung eines günstigeren autonomen Anerkennungsrechts nach dem IPRG nicht aus. Teilweise lassen die Abkommen eine indirekte Staatsangehörigkeit genügen und sind damit günstiger.

2 IPRG 58 trifft für die Anerkennung ausländischer Güterrechtsentscheidungen eine **Unterscheidung** zwischen Entscheidungen, die ausschliesslich das Güterrecht betreffen (IPRG 58 I; s N 3 ff), und solchen, die im Zusammenhang mit Entscheidungen zu allgemeinen Ehwirkungen oder im Nachlassverfahren ergehen (IPRG 58 II; s N 9 ff).

3 Bei ausländischen reinen, sog **selbständigen Güterrechtsentscheidungen** stellt IPRG 58 I diverse *alternative* Anerkennungszuständigkeiten zur Verfügung:

4 (i) Gerichtsstand im *Wohnsitzstaat des Beklagten* oder Gerichtsstand in einem Drittstaat, aber Anerkennung der Entscheidung im Wohnsitzstaat des Beklagten (**IPRG 58 I a**).

5 (ii) Gerichtsstand im *Wohnsitzstaat des Klägers*, sofern der Beklagte im Zeitpunkt der Verfahrenseinleitung nicht Wohnsitz in der Schweiz hat, oder Gerichtsstand in einem Drittstaat, aber Anerkennung der Entscheidung im Wohnsitzstaat des Klägers, sofern der Beklagte im Zeitpunkt der Verfahrenseinleitung nicht Wohnsitz in der Schweiz hat (**IPRG 58 I b**).

6 (iii) Gerichtsstand im Staat der nach IPRG 52–55 anwendbaren *Rechtsordnung* oder Gerichtsstand in einem Drittstaat, aber Anerkennung der Entscheidung im Staat der nach IPRG 52–55 anwendbaren Rechtsordnung (**IPRG 58 I c**). Das Gericht muss dabei seine *lex fori* angewandt haben (SIEHR, BSK IPRG 58 N 7). Diese Zuständigkeit ist zudem zeitlich beschränkt. Sie gilt nur für den Zeitraum, für den nach schweizerischem IPR die ausländische Rechtsordnung anwendbar war (s zur Wandelbarkeit des Güterrechtsstatuts IPRG 56). Bei Statutenwechsel mit Rückwirkung ist ein Urteil des richtigen Gerichts gem IPRG 58 I c anzuerkennen (SIEHR, BSK IPRG 58 N 8).

7 (iv) Gerichtsstand der *lex rei sitae* oder Gerichtsstaat in einem Drittstaat, aber Anerkennung der Entscheidung über die entsprechenden Grundstücke im Staat der gelegenen Sache (**IPRG 58 I d**), allerdings nur in Bezug auf die Grundstücke, für die das Gericht güterrechtliche Fragen entschieden hat.

8 *Zusätzlich* müssen die **allgemeinen Anerkennungsvoraussetzungen** erfüllt sein: Der ordentliche Rechtsweg muss erschöpft sein (IPRG 25 lit c), und die Entscheidung darf weder gegen den materiellechtlichen (IPRG 27 I) noch den verfahrensrechtlichen *Ordre public* (IPRG 27 II) verstossen.

9 Bei **ausländischen güterrechtlichen Entscheiden**, die im Zusammenhang mit anderen Fragen ergangen sind, verweist IPRG 58 II auf die jeweiligen Anerkennungszuständigkeiten des Sachzusammenhangs:

10 (i) Bei güterrechtlichen Entscheiden in einem *Eheschutzverfahren* beurteilt sich die Anerkennung für den gesamten Entscheid nach IPRG 50.

11 (ii) Bei güterrechtlichen Entscheiden in einem *Scheidungs- oder Trennungsverfahren* oder in einem Verfahren über die Nichtigkeitserklärung der Ehe richtet sich die Anerkennung nach IPRG 65.

12 (iii) Sofern beim *Tod eines Ehegatten* auch die güterrechtliche Auseinandersetzung vorgenommen wird, richtet sich die Anerkennung der güterrechtlichen Entscheide nach IPRG 96.

Art. 59

4. Abschnitt: Scheidung und Trennung

1. Zuständigkeit

1. Grundsatz

Für Klagen auf Scheidung oder Trennung sind zuständig:

- a. die schweizerischen Gerichte am Wohnsitz des Beklagten;
- b. die schweizerischen Gerichte am Wohnsitz des Klägers, wenn dieser sich seit einem Jahr in der Schweiz aufhält oder wenn er Schweizer Bürger ist.

Sont compétents pour connaître d'une action en divorce ou en séparation de corps:

- a. les tribunaux suisses du domicile de l'époux défendeur;
- b. les tribunaux suisses du domicile de l'époux demandeur, si celui-ci réside en Suisse depuis une année ou est suisse.

Per le azioni di divorzio o separazione sono competenti:

- a. i tribunali svizzeri del domicilio del convenuto;
- b. i tribunali svizzeri del domicilio dell'attore se questi dimora in Svizzera da almeno un anno od è cittadino svizzero.

Jurisdiction over actions for divorce or separation shall be vested in:

- a. the Swiss courts at the domicile of the defendant;
- b. the Swiss courts at the domicile of the plaintiff, provided the plaintiff has resided in Switzerland for one year, or is a Swiss national.

Literaturverzeichnis zu IPRG 59–65

(s auch Literaturverzeichnis bei IPRG 1)

BUNDESAMT FÜR JUSTIZ, Stellungnahme vom 28.3.2001: Die Teilung von Vorsorgegut haben in der Schweiz im Zusammenhang mit ausländischen Scheidungsurteilen, ZBJV 2001, 494 f; BOPP LUKAS/GROLIMUND PASCAL, Schweizerischer Vorsorgeausgleich bei ausländischen Scheidungsurteilen, FamPra.ch 2003, 497 ff; BUCHER ANDREAS, Aspects internationaux du nouveau droit de divorce, SJ 2001, 33; CANDRIAN DANIEL, Scheidung und Trennung im internationalen Privatrecht der Schweiz unter Berücksichtigung des deutschen, österreichischen, französischen, italienischen, spanischen und liechtensteinischen Rechts, St Gallen 1994; DUTOIT BERNARD, Le droit international privé suisse de la famille et des successions à l'épreuve du temps: Dix ans de LDIP, SZIER 2000, 279 ff; GEISER THOMAS, Berufliche Vorsorge im neuen Scheidungsrecht, in: Vom alten zum neuen Scheidungsrecht, Bern 1999, 55 ff; JAMETTI GREINER MONIQUE, Thailändische Privatscheidungen grundsätzlich anerkennbar, ZZW 1995, 169 ff; LEUMANN LIEBSTER PASCAL, Teilunzuständigkeit des schweizerischen Scheidungsgerichts bei Aufenthaltswechsel des Kindes ins Ausland, FamPra.ch 2002, 511 ff; LEVIN DANIEL, Konflikte zwischen einer weltlichen und einer religiösen Rechtsordnung: eine kritische Würdigung des israelischen Familienrechts mit besonderer Berücksichtigung des jüdischen Scheidungsrechts aus der Sicht des schweizerischen und internationalen Privatrechts, Zürich 1991; MÜLLER-CHEN MARKUS, Auswirkungen des revidierten Scheidungsrechts auf das internationale Zivilrechtsverfahren, FamPra.ch 2001, 187 ff; SCHWANDER IVO, Die Anwendung des neuen Scheidungsrechts in internationalen und intertemporalen Hinsicht, AJP 1999, 1647 ff; SUTTER-SOMM THOMAS, Ausgewählte Verfahrensfragen im neuen Scheidungsrecht bei internationalen Verhältnissen, insbesondere bei der beruflichen Vorsorge, in: Aktuelle Probleme des nationalen und internationalen Zivilprozessrechts, Zürich 2000, 81 ff.

1 IPRG 59 kommt zur Anwendung, soweit nicht **bilaterale oder multilaterale Abkommen** vorgehen (IPRG 1 II). Für die Scheidungszuständigkeit bestehen keine vorgehenden Staatsverträge.

2 IPRG 59 legt die grundsätzliche (direkte) Zuständigkeit der schweizerischen Gerichte für Klagen auf Scheidung oder Trennung bei internationa-

len Verhältnissen fest. Auch ohne ausdrückliche Stipulierung in IPRG 59 ff besteht ein hoheitliches **Scheidungs- und Trennungsmonopol** des schweizerischen Staates auf seinem Staatsgebiet (VOLKEN, ZK IPRG 59 N 17 f). Daraus folgt die ausschliessliche Zuständigkeit der staatlichen Gerichte für Ehescheidungen und Trennungen (s IPRG 18). Andere Instanzen oder Stellen (zB Schiedsgerichte, religiöse Instanzen, ausländische diplomatische Vertretungen, Privatscheidungen etc) können im Inland keine Ehe scheiden, trennen oder für ungültig erklären (s BGE 110 II 5 E 2 betreffend eine Scheidung durch eine ausländische Botschaft in der Schweiz; s BGE 106 II 180 E 2 betreffend eine privatrechtliche, kirchliche Scheidung). Wird dennoch eine derartige Ehescheidung im Inland von einer gemäss IPRG 59 unzuständigen Stelle vorgenommen, entfaltet diese in der Schweiz keine Wirkung. Sie wird von der Schweiz selbst dann nicht anerkannt (IPRG 65), wenn diese Ehescheidung vom Ausland anerkannt wurde (SIEHR, BSK IPRG 59 N 1; s aber BGE 122 III 344 E 3 betreffend inländische Anerkennung einer Privatscheidung im Ausland).

3 **Prorogation** (IPRG 5) und **Einlassung** (IPRG 6) bei Scheidungs- und Trennungsklagen sind unzulässig.

4 Eine **Klage auf Scheidung** bezweckt die Auflösung der Ehe aus Gründen, welche nach der rechtskräftigen Eheschliessung entstanden sind. Während die Scheidungsklage auf Änderung des Personenstandes zielt, beabsichtigt die **Klage auf Trennung** das rechtliche Getrennleben der Ehegatten unter Aufrechterhaltung des Ehestatus.

5 IPRG 59 und 60 enthalten als einzige IPRG-Normen Zuständigkeitsregeln in Bezug auf den Ehestatus. Die nach IPRG 59 f berufenen Gerichte sind deshalb auch zuständig für andere Eheauflösungsklagen, namentlich **Klagen auf Ungültigkeit, Nichtigkeit oder Anfechtung der Ehe** (s Bot IPRG 1983 I, 340; SIEHR, BSK IPRG 59 N 7; s BGE 107 II 100 E 3 betreffend Eheauflösung infolge Verschollenerklärung) oder **statusrechtliche Feststellungsklagen** über den Bestand der Ehe, sofern nicht IPRG 43 greift (SIEHR, BSK IPRG 59 N 8; VOLKEN, ZK IPRG 59 N 16; Bot IPRG, BBI 1983 I, 340 f). IPRG 59 erfasst ebenfalls Umwandlungsklagen von Trennungs- in Scheidungsbegehren und umgekehrt (BGE SJ 1998, 90; SZIER 1998, 256 ff) sowie iVm IPRG 64 Abänderungs- und Trennungsklagen (BGE 128 III 339 E 2; 126 III 298 E 2; 124 III 176 E 4; VOLKEN, ZK IPRG 59 N 11 f).

6 Betreffend Zuständigkeit für die Anordnung von **vorsorglichen Massnahmen** s IPRG 62. Für die Zuständigkeit zur Regelung der **Nebenfolgen** einer Scheidung oder Trennung s IPRG 63.

7 IPRG 59 folgt für die gerichtliche Zuständigkeit – *grundnormtypisch* – dem **Wohnsitzprinzip** (zum Wohnsitzbegriff s IPRG 20 I a). In *zeitlicher Hinsicht* muss uE bei Verfahrenseinleitung der Wohnsitz im Inland iSv IPRG 20 lit a sowohl im Fall von IPRG 59 I a als auch von IPRG 59 I b bestehen (aM SIEHR, BSK IPRG 59 N 10, der auch den Zeitpunkt der Sachentscheidung als ausreichend erachtet).

8 Primär erklärt **IPRG 59 I a** die Gerichte am schweizerischen **Wohnsitz des Beklagten** für zuständig. Die Bevorzugung des Beklagtengerichtsstandes findet ihren Grund darin, dass im internationalen Verkehr der Klägergerichtsstand für Ehescheidungen vielfach nicht anerkannt wird (BGE 124 III 176 E 4; VOLKEN, ZK IPRG 59 N 24; s Art 2 des Haager Übereinkommens [SR 0.211.212.3] über die Anerkennung von Ehescheidungen und Ehetrennungen vom 1.6.1970).

9 IPRG 59 I b stellt sekundär in zwei Fällen einen Gerichtsstand am **Wohnsitz des Klägers** (forum actoris) zur Verfügung:

10 (i) Besitzt der Kläger die **schweizerische Staatsangehörigkeit** (IPRG 23 I), kann er *jederzeit* (also ohne einjährige Wartefrist; s N 11) die Klage an seinem schweizerischen Wohnsitz erheben. Die Bestimmung bezweckt den Auslandschweizerschutz: Einem Auslandschweizer soll es möglich sein, jederzeit durch die Wohnsitznahme in der Schweiz einen Gerichtsstand in der Schweiz zu begründen (VOLKEN, ZK IPRG 59 N 31 ff).

11 (ii) Ist der Kläger **ausländischer Staatsangehöriger**, kann er an seinem schweizerischen Wohnsitz klagen, sofern er *seit einem Jahr* seinen gewöhnlichen Aufenthalt in der Schweiz hat (BGE 118 II 83 E 2; SIEHR, BSK IPRG 59 N 11; aM CANDRIAN, 54; SZIER 1998, 255; nach VOLKEN, ZK IPRG 59 N 29, und DUTOIT, IPRG 59 N 7, reicht eine reine physische Präsenz in der Schweiz). Das Erfordernis des Aufenthalts für die Dauer eines Jahres in der Schweiz setzt nicht voraus, dass es sich um einen ununterbrochenen Aufenthalt handelt. Es reicht, wenn ein gewisser Bezug zur Schweiz auch während des Unterbruchs erkennbar bleibt (BGE 5C.247/2004 E 4.3). Eine subsidiäre direkte Zuständigkeit am Ort des gewöhnlichen Aufenthalts wird allerdings nur in Ausnahmefällen begründet (BGE 5A_663/2009 E 5.2; WESTENBERG, BSK IPRG 20 N 20). Ein Staatenloser oder Flüchtling iSv IPRG 24 II kann im Gegensatz zu ausländischen Staatsangehörigen ohne einjährige Wartefrist an seinem Wohnsitz klagen, weil die im IPRG vorgesehene Staatsangehörigkeit durch den Wohnsitz des Staatenlosen oder Flüchtlings ersetzt wird (SIEHR, BSK IPRG 59 N 13).

12 Zum **Heimatgerichtsstand** s IPRG 60.

13 ZGB 111 ermöglicht die **Scheidung auf gemeinsames Begehren**. Für die Begründung eines schweizerischen Gerichtsstands bei einer Scheidung nach ZGB 111 mit internationalem Bezug reicht es nach hL aus, dass die Voraussetzungen von IPRG 59 oder 60 mindestens für einen scheidungswilligen Ehegatten erfüllt sind (BUCHER, SJ 2001, 26; DUTOIT, IPRG 59 N 8^{bis}; JAMETTI GREINER, FamKomm Anh IPR N 10 f; SUTTER-SOMM, 89 f; VOLKEN, ZK IPRG 59 N 31 ff). Allerdings ist bei einer Scheidung auf gemeinsames Begehren die einjährige Wartefrist in IPRG 59 I b nicht erforderlich (MÜLLER-CHEN, FamPra.ch 2001, 193), da der Schutzgedanke von IPRG 59 I b (Schutz des Beklagten vor unerwartetem Gerichtsstand) bei gemeinsamem Begehren dahinfällt. Scheitert die Scheidung auf gemeinsames Begehren während des Verfahrens, lebt die alte Regelung wieder auf (MÜLLER-CHEN, FamPra.ch 2001, 197; VOLKEN, ZK IPRG 59 N 36; s BGE 119 II 172 E 3).

14 Die bei Rechtshängigkeit der Klage gegebene Zuständigkeit wird iS der **perpetuatio fori** durch spätere Voraussetzungsverschiebungen (zB Wohnsitzwechsel) nicht mehr angetastet (s BGE 118 II 85 E 3; SIEHR, IPR, 51; mit Bezug auf Kinderangelegenheiten im Rahmen eines Scheidungsverfahrens s allerdings IPRG 66).

15 Zur Frage der **Widerklage** s IPRG 8.

Art. 60

2. Heimatzuständigkeit

Haben die Ehegatten keinen Wohnsitz in der Schweiz und ist einer von ihnen Schweizer Bürger, so sind die Gerichte am Heimatort für Klagen auf Scheidung oder Trennung der Ehe zuständig, wenn es unmöglich oder unzumutbar ist, die Klage am Wohnsitz eines der Ehegatten zu erheben.

Lorsque les époux ne sont pas domiciliés en Suisse et que l'un d'eux est suisse, les tribunaux du lieu d'origine sont compétents pour connaître d'une action en divorce ou en séparation de corps, si l'action ne peut être intentée au domicile de l'un des époux ou si l'on ne peut raisonnablement exiger qu'elle le soit.

Se i coniugi non sono domiciliati in Svizzera ed uno di loro è cittadino svizzero, per le azioni di divorzio o separazione sono competenti i tribunali del luogo di origine sempreché sia impossibile proporre l'azione nel domicilio di uno dei coniugi o non lo si possa ragionevolmente pretendere.

If the spouses have no domicile in Switzerland and if one of them is a Swiss national, the courts at the place of origin shall have jurisdiction over actions for divorce or separation of the marriage provided it is impossible or cannot reasonably be expected to bring the action at the domicile of one of the spouses.

1 Vorgehende **Staatsverträge** bestehen derzeit nicht (s IPRG 59 N 1).

2 IPRG 60 stellt **subsidiär zu IPRG 59** für Klagen auf Scheidung oder Trennung einen schweizerischen Heimatgerichtsstand zur Verfügung. Für die Anrufung eines schweizerischen Heimatgerichtsstandes verlangt IPRG 60 eine persönliche und eine sachliche Voraussetzung:

3 (i) Die **persönliche Voraussetzung** der Ehegatten beinhaltet ein Zweifaches: (i) Keiner der beiden Ehepartner hat inländischen Wohnsitz (IPRG 20 I); anderenfalls bestimmt sich die Zuständigkeit nach IPRG 59; und (ii) einer der beiden Ehepartner besitzt die schweizerische Staatsangehörigkeit. Bei schweizerisch-ausländischen Doppelbürgern ist diesfalls nur die schweizerische Staatsangehörigkeit massgebend (IPRG 23 I). Staatenlose können sich nicht mit Hinweis auf IPRG 24 III auf IPRG 60 berufen (SIEHR, BSK IPRG 60 N 4).

4 (ii) Als **sachliche Voraussetzung** verlangt IPRG 60 einen fehlenden Rechtsschutz am ausländischen Wohnsitz der Ehepartner. IPRG 60 spricht

(wie zB IPRG 47) von Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit der Klageerhebung am Wohnsitz eines Ehegatten (s auch IPRG 47 N 7 und 67 N 3 ff). Ob dies der Fall ist, entscheidet sich vorab nach dem ausländischen IPR: *Unmöglich* ist eine Klage auf Scheidung oder Trennung insbesondere dann, wenn das ausländische Recht eine Scheidung oder Trennung verbietet. *Unzumutbar* ist die Einreichung der Scheidungsklage regelmässig dann, wenn im Ausland ausschliesslich religiöse Instanzen für eine Scheidung – auch für den andersgläubigen Ehegatten – zuständig sind (zB islamische Rechtsordnungen), wenn mehr als dreijährige Wartefristen bestehen, wenn nur bestimmte schwerwiegende Scheidungsgründe akzeptiert werden, wenn eine ausländische Scheidung im Inland nicht anerkannt wird, wenn eine Partei aufgrund ihres Geschlechts, ihrer Religion etc im Scheidungsverfahren diskriminiert wird, wenn die Scheidungswirkungen unzumutbar sind (s BGE 128 III 339 E 2; 126 III 326 E 1) oder wenn das ausländische Scheidungsverfahren allgemein gegen unseren Ordre public verstösst (JAMETTI GREINER, FamKomm, Anh IPR N 13; VOLKEN, ZK IPRG 60 N 13; s OGer LU, SJZ 1997, 285; SZIER 1998, 254; OGer BL, SJZ 1998, 280; SZIER 1999, 316). Unzumutbarkeit kann schliesslich aus faktischen Gründen vorliegen, zB bei unverhältnismässig hohen Prozesskautionen (VOLKEN, ZK IPRG 60 N 13). Ob rechtliche oder faktische Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit der Klageeinreichung vorliegt, ist letztlich eine vom Gericht aufgrund der gesamten, jeweiligen Umstände zu entscheidende Rechtsfrage (SIEHR, BSK IPRG 60 N 11). Im Zweifelsfall ist Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit anzunehmen.

5 Örtlich zuständig sind die Gerichte am Heimatort des schweizerischen Staatsangehörigen. Ist einer der Ehepartner Bürger mehrerer Heimatgemeinden und/oder sind beide Ehepartner schweizerische Staatsangehörige, stehen dem Kläger sämtliche dieser Heimatgerichtsstände offen.

Art. 61

II. Anwendbares Recht

¹ Scheidung und Trennung unterstehen schweizerischem Recht.

² Haben die Ehegatten eine gemeinsame ausländische Staatsangehörigkeit und hat nur einer von ihnen Wohnsitz in der Schweiz, so ist ihr gemeinsames Heimatrecht anzuwenden.

³ Ist die Scheidung nach dem gemeinsamen ausländischen Heimatrecht nicht oder nur unter ausserordentlich strengen Bedingungen zulässig, so ist schweizerisches Recht anzuwenden, wenn einer der Ehegatten auch Schweizer Bürger ist oder sich seit zwei Jahren in der Schweiz aufhält.

⁴ Sind nach Artikel 60 die schweizerischen Gerichte am Heimatort zuständig, so wenden sie schweizerisches Recht an.

- ¹ Le divorce et la séparation de corps sont régis par le droit suisse.
- ² Toutefois, lorsque les époux ont une nationalité étrangère commune et qu'un seul est domicilié en Suisse, leur droit national commun est applicable.
- ³ Lorsque le droit national étranger commun ne permet pas la dissolution du mariage ou la soumet à des conditions extraordinairement sévères, le droit suisse est applicable si l'un des époux est également suisse ou si l'un d'eux réside depuis deux ans en Suisse.
- ⁴ Lorsque les tribunaux suisses du lieu d'origine sont compétents en vertu de l'art. 60, ils appliquent le droit suisse.
- ¹ Divorzio e separazione sono regolati dal diritto svizzero.
- ² Se i coniugi hanno una cittadinanza straniera comune e solo uno di loro è domiciliato in Svizzera, si applica il loro diritto nazionale comune.
- ³ Ove il diritto nazionale straniero comune non ammetta il divorzio o lo ammetta soltanto a condizioni straordinariamente severe, si applica il diritto svizzero se uno dei coniugi è anche svizzero o dimora in Svizzera da almeno due anni.
- ⁴ Se competenti giusta l'articolo 60, i tribunali svizzeri del luogo di origine applicano il diritto svizzero.
- ¹ Divorce and separation shall be governed by Swiss law.
- ² If the spouses have a common foreign nationality and if only one of them is domiciled in Switzerland, their common national law shall govern.
- ³ If a divorce, according to the common foreign national law, is not permissible or only permissible under extraordinarily severe conditions, Swiss law shall be applicable if one of the spouses is also a Swiss national or has resided in Switzerland for the past two years.
- ⁴ If, according to Article 60, the Swiss courts at the place of origin have jurisdiction, they shall apply Swiss law.

1 Auf dem Gebiet des Scheidungsrechts gelten in der Schweiz keine IPRG 61 vorgehenden multilateralen Staatsverträge. Einzig das schweizerisch-iranische Niederlassungsabkommen (SR 0.142.114.362) geht als völkerrechtlicher Vertrag iSv IPRG I II dieser Regelung vor (s BGE 5A_197/2007 E 3).

2 IPRG 61 regelt das **Ehescheidungs- und Trennungsstatut**. Darunter ist der Personenstandswechsel kraft Auflösung der Ehe zu verstehen, dessen Auflösungsgründe erst *nach rechtsgültiger Eheschliessung* entstanden sind. Die Klage auf Ungültigkeit, Nichtigkeitserklärung oder Anfechtung der Ehe wird daher nicht nach dem Recht des Scheidungsstatuts (im Gegensatz zur Zuständigkeitsregelung), sondern nach dem Eheschliessungsstatut (IPRG 43 ff) beurteilt (Bot IPRG 1983 I, 340; SIEHR, BSK IPRG 61 N 5). Hingegen findet IPRG 61 gestützt auf den Verweis in IPRG 63 II Satz 1 Anwendung auf die **scheidungsrechtlichen Nebenfolgen** (BGE 117 II 218 E 6 betreffend Auskunftsspflicht), soweit für bestimmte Nebenfolgen nicht eine Sonderanknüpfung besteht (IPRG 63 II Satz 2; s IPRG 63 N 5 ff).

3 **IPRG 61 I** erklärt als Sachnormverweisung das **schweizerische Recht** bei Scheidungs- und Trennungsklagen vor schweizerischen Gerichten (IPRG 59

und 60) für anwendbar. Handelt es sich um eine Klage mit Zuständigkeit gemäss IPRG 59, kommt das *Wohnsitzrecht* bestenfalls beider Ehegatten, anderenfalls des Beklagten (IPRG 59 I a) oder des Klägers (IPRG 59 I b) zur Anwendung. Bei einer Zuständigkeit gestützt auf IPRG 60 ist das schweizerische Recht als *Heimatrecht* anzuwenden. Im letzteren Fall kann allerdings uU IPRG 15 I Anwendung finden (SIEHR, IPR, 52).

4 Eine **Ausnahme** zum in IPRG 61 I genannten Grundsatz der Anwendbarkeit des schweizerischen Rechts besteht gemäss **IPRG 61 II** für ausländische Staatsangehörige mit gemeinsamem ausländischem Heimatrecht (IPRG 23 II; BUCHER, DIP II, 185; VOLKEN, ZK IPRG 61 N 19), bei welchen nur ein Ehegatte seinen Wohnsitz (IPRG 20 I) in der Schweiz hat. In diesem Fall soll nicht das schweizerische Recht, sondern das **gemeinsame effektive ausländische Heimatrecht** zur Anwendung gelangen. Als *Ausnahme* dieser Ausnahme wird dennoch *das schweizerische Recht* angewendet, und zwar in folgenden Fällen:

5 (i) Das effektive ausländische Heimatrecht verweist zurück auf das schweizerische Recht. Ein solcher *Renvoi* ist zu beachten, weil es sich bei der Ehescheidung um eine Frage des Personen- und Familienstandes handelt (IPRG 14 II; s SIEHR, BSK IPRG 61 N 9/16 f; s auch BGE I 18 II 79 E 3; 121 III 246 E 3).

6 (ii) Haben beide Ehepartner Wohnsitz in der Schweiz, geht das *gemeinsame Wohnsitzrecht* (IPRG 61 I) dem gemeinsamen Heimatrecht (IPRG 61 II) vor (OGer LU, SJZ 1997, 285; SZIER 1998, 255; VOLKEN, ZK IPRG 61 N 8, 17).

7 (iii) Im Fall von **IPRG 61 III**: Ist aufgrund von IPRG 61 II das effektive gemeinsame ausländische Heimatrecht auf ein Scheidungsbegehren anzuwenden, sieht dieses aber keine Scheidung oder Trennung der Ehe vor oder nur unter ausserordentlich strengen Bedingungen, bleibt gemäss IPRG 61 III die Anwendung des schweizerischen Rechts vorbehalten, wenn (i) ein Ehegatte die schweizerische Staatsangehörigkeit besitzt oder (ii) ein Ehegatte mindestens seit zwei Jahren seinen Wohnsitz (IPRG 20 I) in der Schweiz hat. Während die Abklärung, ob ein Staat eine Ehescheidung oder Trennung *überhaupt zulässt*, einfach festzustellen ist (zB nicht zugelassen im Vatikanstaat, Philippinen), ist die Beantwortung der Frage, wann bzw ob eine Rechtsordnung die Ehescheidung oder Trennung nur unter *ausserordentlich strengen Bedingungen* zulässt und deshalb eine Klage unzumutbar ist, mit Schwierigkeiten verbunden. Geht man davon aus, dass die Schweiz strenge Scheidungsvoraussetzungen kennt, sind ausserordentlich strenge Voraussetzungen bereits dann anzunehmen, wenn diese eine Scheidung gegenüber dem schweizerischen Recht erheblich erschweren. Das ist nicht erst der Fall, wenn diesbezügliche Voraussetzungen unserem *Ordre public* widersprechen, sondern bereits dann, wenn das Heimatrecht lange Wartefristen verlangt, eine Scheidung nur bei gravierenden Scheidungsgründen zulässt oder eine Partei im Scheidungsverfahren wegen ihres Geschlechts, Rasse etc diskriminiert (s SIEHR, BSK IPRG 61 N 13).

8 Umstritten ist sowohl bei IPRG 61 II als auch bei 62 III die Frage des **Anknüpfungszeitpunktes**:

9 (i) Das BGer ging in BGE 118 II 79 E 2 in Bezug auf *IPRG 62 II* davon aus, dass das schweizerische Recht weitergelten soll, wenn ein Ehegatte nach Rechtshängigkeit des Scheidungsbegehrens den gemeinsamen Wohnsitz in der Schweiz aufgibt und damit die Konstellation von IPRG 62 II (dh die Anwendung des Heimatrechts) herbeiführt (aM SIEHR, BSK IPRG 61 N 11). Mit SIEHR ist eine einheitlichere, generelle Regelung des Anknüpfungszeitpunkts zu verlangen. Jedoch sollte zeitlich an die Rechtshängigkeit der Klage und nicht (wie SIEHR, BSK IPRG 61 N 11) an den Zeitpunkt der Urteilsfällung angeknüpft werden. Es ist der Rechtssicherheit abträglich, wenn das Gericht und die Parteien bis zur gerichtlichen Entscheidung stets damit rechnen müssen, dass ein Ehegatte durch kurzfristige Verlegung seines Wohnsitzes das anzuwendende Recht zu seinen Gunsten verändert.

10 (ii) Im Zusammenhang mit *IPRG 61 III* ist uE das schweizerische Recht nur dann anzuwenden, wenn die Voraussetzungen dieser Bestimmung im Zeitpunkt der Rechtshängigkeit der Klage bestanden haben (aM SIEHR, BSK IPRG 61 N 14). Ist dies nicht der Fall, ist schweizerisches Recht uU mit Berufung auf IPRG 17 (Ordre public) oder auf die allgemeine Ausnahmeklausel (IPRG 15 I) anwendbar (SIEHR, BSK IPRG 61 N 18).

11 **IPRG 61 IV** hält ausdrücklich fest, dass bei **Heimatzuständigkeit** gemäss IPRG 60 die schweizerischen Gerichte schweizerisches Recht (**lex fori**) anzuwenden haben. Damit soll verhindert werden, dass das Heimatgericht allenfalls dasjenige Recht anwenden muss, dem der Kläger mit der Berufung auf die Heimatzuständigkeit gemäss IPRG 60 ausweichen wollte (VOLKEN, ZK IPRG 61 N 26). Bei gegebenen Voraussetzungen ist auch eine Anwendung von IPRG 15 I und somit die Anwendung eines anderen Rechts (zB Recht des gemeinsamen Aufenthaltes) möglich (BGE 118 II 79 E 3; SIEHR, BSK IPRG 61 N 15; VOLKEN, ZK IPRG 61 N 29).

Art. 62

III. Vorsorgliche Massnahmen

¹ Das schweizerische Gericht, bei dem eine Scheidungs- oder Trennungsklage hängig ist, kann vorsorgliche Massnahmen treffen, sofern seine Unzuständigkeit zur Beurteilung der Klage nicht offensichtlich ist oder nicht rechtskräftig festgestellt wurde.

² Die vorsorglichen Massnahmen unterstehen schweizerischem Recht.

³ Die Bestimmungen dieses Gesetzes über die Unterhaltspflicht der Ehegatten (Art. 49), die Wirkungen des Kindesverhältnisses (Art. 82 und 83) und den Minderjährigenschutz (Art. 85) sind vorbehalten.

¹ Le tribunal suisse saisi d'une action en divorce ou en séparation de corps est compétent pour ordonner des mesures provisoires, sauf si son incompétence pour statuer au fond est manifeste ou a été constatée par une décision ayant force de chose jugée.

² Les mesures provisoires sont régies par le droit suisse.

³ Sont réservées les dispositions de la présente loi sur l'obligation alimentaire entre époux (art. 49), les effets de la filiation (art. 82 et 83) et la protection des mineurs (art. 85).

¹ Il tribunale svizzero presso cui è pendente un'azione di divorzio o di separazione può prendere provvedimenti cautelari sempreché la sua incompetenza a giudicare l'azione non sia manifesta o non sia stata accertata con decisione cresciuta in giudicato.

² I provvedimenti cautelari sono regolati dal diritto svizzero.

³ Sono fatte salve le disposizioni della presente legge concernenti l'obbligo di mantenimento dei coniugi (art. 49), gli effetti della filiazione (art. 82 e 83) e la protezione dei minori (art. 85).

¹ The Swiss court before which an action for divorce or separation is pending, may order preliminary measures, unless its lack of jurisdiction over the action is manifest or has been established in a final manner.

² The preliminary measures shall be governed by Swiss law.

³ The provisions of this Act concerning the duty to support between spouses (Art. 49), the effects of the parent-child relationship (Art. 82 and 83) and the protection of minors (Art. 85) remain reserved.

1 IPRG 62 ist anwendbar, soweit keine **bilateralen oder multilateralen Abkommen** vorgehen:

2 (i) Für die **Zuständigkeit** von vorsorglichen Massnahmen iZm Unterhaltsansprüchen ist LugÜ 5 Ziff 2 und 31 und iZm der elterlichen Sorge das HKsÜ (s IPRG 85 I) zu beachten.

3 (ii) Das **anwendbare Recht** iZm der elterlichen Sorge bestimmt sich nach dem Haager Übereinkommen zum Unterhaltsrecht (s IPRG 49 und 83) und HKsÜ (s N 2 und IPRG 85 I). Bei ausschliesslich iranischen Staatsangehörigen kommt das schweizerisch-iranische Niederlassungsabkommen (SR 0.142.114.362) zur Anwendung.

4 Im Rahmen eines Scheidungs- oder Trennungsverfahrens hat das Gericht häufig vorsorgliche Massnahmen zu treffen. IPRG 62 regelt die diesbezügliche Zuständigkeit und das anzuwendende Recht. Als **lex specialis** geht IPRG 62 bei (anhängig gemachten) Scheidungsverfahren in der Schweiz IPRG 10 als allgemeine IPRG-Norm betreffend vorsorgliche Massnahmen vor. Solange die Scheidungsklage allerdings noch nicht anhängig gemacht wurde, sind vorsorgliche Massnahmen gestützt auf IPRG 10 oder allenfalls IPRG 46, 48 zu verlangen (VOLKEN, ZK IPRG 62 N 4, 9 ff).

5 Der Begriff der **vorsorglichen Massnahmen** ist weit zu fassen. Er beinhaltet sowohl die vorsorglichen Massnahmen iS des materiellen Rechts (zB ZGB 137) als auch iSv zivilprozessrechtlichen Massnahmen (zB ZPO 13).

6 **IPRG 62 I** erklärt für die vorsorglichen Massnahmen *grundsätzlich* das schweizerische Gericht für zuständig, bei dem gestützt auf IPRG 59–60 die Scheidungs- bzw Trennungsklage eingereicht wurde. Das schweizerische Gericht ist *ausnahmsweise* nicht zuständig, wenn das angerufene Gericht entweder offensichtlich nicht zuständig ist oder ein rechtskräftiger Entscheid vorliegt, der dessen Unzuständigkeit festgestellt hat. In Zweifelsfällen (zB ob tatsächlich ein inländischer Wohnsitz besteht) ist von der **Zuständigkeit** des schweizerischen Gerichts auszugehen (BGE 126 III 257 E 4; 122 III 213 E 3–4; 116 II 97 E 4b).

7 **IPRG 61 II** regelt das **anwendbare Recht**: Das gemäss IPRG 62 I zuständige schweizerische Gericht hat die vorsorglichen Massnahmen *regelmässig* nach schweizerischem Recht (*lex fori*) zu erlassen. Die Rechtshängigkeit der Klage bestimmt sich ebenfalls nach dem anwendbaren schweizerischen Recht gemäss IPRG 62 I.

8 **Vorfragen** sind selbständig anzuknüpfen.

9 **IPRG 62 III** enthält einen **Vorbehalt** zu Gunsten der Regelungen sowohl (Bot IPRG 1983 I, 360; s VOLKEN, ZK IPRG 62 N 30) betreffend Zuständigkeit (IPRG 62 I) als auch anwendbares Recht (IPRG 62 II) für das Unterhaltsrecht der Ehegatten (IPRG 49), die Wirkungen des Kindesrechts (IPRG 82–83) und den Minderjährigenschutz (IPRG 85). Siehe dazu N 1 ff sowie die Ausführungen bei den einschlägigen Artikeln.

Art. 63

IV. Nebenfolgen

¹ Die für Klagen auf Scheidung oder Trennung zuständigen schweizerischen Gerichte sind auch für die Regelung der Nebenfolgen zuständig.

² Die Nebenfolgen der Scheidung oder Trennung unterstehen dem auf die Scheidung anzuwendenden Recht. Die Bestimmungen dieses Gesetzes über den Namen (Art. 37–40), die Unterhaltspflicht der Ehegatten (Art. 49), das eheliche Güterrecht (Art. 52–57), die Wirkungen des Kindesverhältnisses (Art. 82 und 83) und den Minderjährigenschutz (Art. 85) sind vorbehalten.

¹ Les tribunaux suisses compétents pour connaître d'une action en divorce ou en séparation de corps le sont également pour se prononcer sur les effets accessoires.

² Le droit applicable au divorce ou à la séparation de corps régit les effets accessoires du divorce ou de la séparation de corps. Sont réservées les dispositions de la présente loi relatives au nom (art. 37 à 40), à l'obligation alimentaire entre époux (art. 49), au régime matrimonial (art. 52 à 57), aux effets de la filiation (art. 82 et 83) et à la protection des mineurs (art. 85).

¹ I tribunali svizzeri competenti per le azioni di divorzio o separazione sono competenti anche a regolare gli effetti accessori.

² Gli effetti accessori del divorzio o della separazione sono regolati dal diritto applicabile al divorzio o alla separazione. Sono fatte salve le disposizioni della presente legge concernenti il nome (art. 37 a 40), l'obbligo di mantenimento dei coniugi (art. 49), il regime dei beni (art. 52 a 57), gli effetti della filiazione (art. 82 e 83) e la protezione dei minori (art. 85).

¹ The Swiss courts having jurisdiction over actions for divorce or separation shall also have jurisdiction to decide on ancillary effects.

² The ancillary effects of a divorce or separation shall be subject to the law governing the divorce. The provisions of this Act concerning the name (Arts. 37–40), the duty to support between spouses (Art. 49), the matrimonial property law (Arts. 52–57), the effects of the parent-child relationship (Arts. 82 and 83) and the protection of minors (Art. 85) remain reserved.

1 Im Zusammenhang mit den scheidungsrechtlichen Nebenfolgen sind verschiedene **bilaterale und multilaterale Abkommen** zu berücksichtigen (s im Einzelnen unter den jeweiligen Nebenfolgen).

2 IPRG 63 strebt eine **Einheitlichkeit des Scheidungsverfahrens** betreffend Zuständigkeit und Rechtsanwendung an (VOLKEN, ZK IPRG 63 N 12):

3 (i) Sind gestützt auf IPRG 59/60 die schweizerischen Gerichte für eine Klage auf Scheidung oder Trennung *zuständig*, sind diese gemäss **IPRG 63 I** grundsätzlich ebenfalls für die Regelung der Nebenfolgen der Scheidung bzw Trennung zuständig. Vorbehalten bleiben Staatsverträge. In casu besteht für die Scheidung im Allgemeinen nur der Staatsvertrag mit dem heutigen Iran (SR 0.142.114.362; s dazu zB BGE 130 III 410 E 3.2; 5P.324/2001 E 3a; 5C.98/2000 E 2).

4 (ii) **IPRG 63 II Satz 1** enthält in Ergänzung zu IPRG 63 I die *Grundregel*, wonach auf die scheidungsrechtlichen Nebenfolgen dasselbe *Recht anzuwenden* ist wie auf die Scheidung oder Trennung. Zum anwendbaren Recht (Scheidungsstatut) bei Teilung einer Austrittleistung s BGE 134 III 663 E 3.1; 131 III 291 E 2.4.

5 Die Einheitlichkeit des Scheidungsverfahrens wird in Bezug auf das anwendbare Recht in verschiedener Hinsicht durchbrochen. **IPRG 63 II Satz 2** enthält für alle wichtigen scheidungsrechtlichen Nebenfolgen (nicht auch für die Zuständigkeit; s VOLKEN, ZK IPRG 44 N 15 ff) **Sonderanknüpfungen** in Bezug auf das anwendbare Recht, die anstelle von IPRG 61 auf das Sachstatut der jeweiligen Nebenfolge verweisen. Im Einzelnen sind das folgende Nebenfolgen:

6 (i) **Namen:** Mit der ausdrücklichen Verweisung von IPRG 63 II auf IPRG 37–40 für die Namensregelung der Geschiedenen ermöglicht das schweizerische IPRG jeder Scheidungspartei, ihre nacheheliche Namensführung individuell gemäss ihrem jeweiligen Wohnsitz- oder Heimatrecht festzulegen (IPRG 37). Regelmässig steht deshalb aufgrund von IPRG 63 II jedem Ehegatten die Option offen, ob er den mit der Heirat angenommenen Namen

fortführen oder auf seinen angestammten bzw. vorehelichen Namen zurückgreifen will (SIEHR, BSK IPRG 63 N 5 ff; VOLKEN, ZK IPRG 63 N 21 ff).

7 (ii) **Unterhaltspflicht der Ehegatten:** Gemäss Verweisung in IPRG 63 II ist für den nachehelichen Unterhalt IPRG 49 massgebend. IPRG 49 erklärt für die Unterhaltsregelung während der Ehe das Haager Übereinkommen vom 2.10.1973 über das auf Unterhaltspflichten anzuwendende Recht (HUÜ) als verbindlich. HUÜ 8 bestimmt wiederum das Recht für die Ehescheidung für Unterhaltspflichten zwischen den geschiedenen Ehegatten als massgebend, was zu einem faktischen Zirkelschluss führt (s VOLKEN, ZK IPRG 63 N 27). Für die gerichtliche Zuständigkeit im Zusammenhang mit nacheheliche Unterhaltszahlungen sind ferner LugÜ 2 und 5 Ziff 2 zu beachten (SIEHR, BSK IPRG 63 N 10 f).

8 (iii) **Eheliches Güterrecht:** Für die vorzunehmende güterrechtliche Auseinandersetzung verweist IPRG 63 II auf die Regeln des Güterrechtsstatuts (IPRG 52 - 55).

9 (iv) **Wirkungen des Kindesverhältnisses:** IPRG 63 II verweist für das auf die Wirkungen des Kindesverhältnisses anwendbare Recht auf IPRG 82 - 83. Mit dieser Sonderanknüpfung an IPRG 82 I kommt *grundsätzlich* für die Wirkungen des Kindesverhältnisses das Recht am gewöhnlichen Aufenthaltsort des Kindes zur Anwendung. Subsidiär ist das gemeinsame Heimatrecht von Eltern und Kind anwendbar, wenn sich der Wohnsitz der Eltern (IPRG 20) nicht im Staat des gewöhnlichen Aufenthaltes des Kindes befindet, jedoch die Eltern und das Kind die gleiche Staatsangehörigkeit haben (IPRG 83 II). Somit ergibt sich folgende Kaskadenordnung für das anzuwendende Recht (zB für das *Sorge- und Besuchsrecht*): (i) Recht am gewöhnlichen Aufenthaltsort des Kindes, wenn wenigstens ein Elternteil im gleichen Staat seinen Wohnsitz hat; (ii) sonst das gemeinsame Heimatrecht von Eltern und Kind; falls dies auch nicht gegeben ist, (iii) der gewöhnliche Aufenthaltsort des Kindes; und wenn auch dieser nicht eruiert ist, (iv) das Scheidungsstatut (IPRG 63 II Satz 1; VOLKEN, ZK IPRG 63 N 55; aM LEUMANN LIEBSTER, FamPra.ch 2002, 521; SIEHR, BSK IPRG 63 N 18). Im Zusammenhang mit dem Sorgerecht ist zudem das Europäische Übereinkommen vom 20.5.1980 über die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen über das Sorgerecht für Kinder und die Wiederherstellung des Sorgerechts (SR 0.211.230.01) zu beachten.

10 Für den *Kindesunterhalt* verweist IPRG 63 II iVm 83 auf HUÜ 4 - 6. Der Vorbehalt in HUÜ 8 zugunsten des Scheidungsstatuts findet auf die Kinderalimente keine Anwendung (s IPRG 83; VOLKEN, ZK IPRG 63 N 45). Zu beachten ist ferner die Zuständigkeitsregel in LugÜ 5 Ziff 2 und das schweizerisch-iranische Niederlassungsabkommen (SR 0.142.114.362; s BGE 129 III 250 E 3; VOLKEN, ZK IPRG 63 N 49).

11 (v) **Minderjährigenschutz:** Gesondert anzuknüpfen ist gemäss Verweis von IPRG 63 II auf 85 der Schutz der Minderjährigen. IPRG 85 erklärt das HKsÜ für anwendbar. Zu beachten sind diesbezüglich weitere Staatsverträge, zB Haager Übereinkommen vom 25.10.1980 über die zivilrechtlichen Aspek-

te internationaler Kindsentführungen (SR 0.211.230.02) oder das schweizerisch-iranische Niederlassungsabkommen (SR 0.142.114.362; s BGE 129 III 250 E 3, 4 betreffend Ordre-public-Vorbehalt; kritisch zu diesem Entscheid VOLKEN, ZK IPRG 63 N 62 ff).

12 Andere scheidungsrechtliche Nebenfolgen, welche gemäss IPRG 63 II nicht einer besonderen Anknüpfung folgen, werden nach dem Scheidungsstatut beurteilt (IPRG 63 II Satz 1). Allerdings ist zu vier solcher Nebenfolgen Nachstehendes anzumerken:

13 (i) Vorsorgeausgleich: Für den Teilungsausgleich von Ansprüchen aus beruflicher Vorsorge, wie er zB im schweizerischen Scheidungsrecht vorgesehen ist (ZGB 122-124), kennt IPRG 63 II keine Sonderanknüpfung. Der Vorsorgeausgleich folgt daher grundsätzlich (gestützt auf IPRG 63 II Satz 1) dem Scheidungsstatut. Diese Anknüpfung ist sachgerecht, soweit das Wohnsitzrecht der Scheidungsparteien das Scheidungsstatut ist (IPRG 61 I/II; VOLKEN, ZK IPRG 63 N 30). In den anderen Fällen ist diese Anknüpfung zu Recht von der Lehre infrage gestellt worden. Für das lokale Gericht wird es, wenn Scheidungsstatut und Vorsorgestatut auseinanderfallen, selten möglich sein, verschiedene internationale Vorsorgeansprüche sachgerecht und rechtskonform auszugleichen. Die Teilung der Austrittsleistung der beruflichen Vorsorge lässt sich aber weder unter die unterhaltsrechtliche noch unter die güterrechtliche Sonderanknüpfung einreihen (BGE 131 III 289 E 2.4; s IPRG 64 N 5). In der Lehre wird deshalb plädiert, den Vorsorgeausgleich und dessen Aufteilung nach demjenigen Landesrecht vorzunehmen, in welchem die einschlägige Vorsorgeeinrichtung ihren Sitz hat (DUTOIT, SZIER 2000, 287; VOLKEN, ZK IPRG 63 N 32; s BGE 130 III 336 E 2). Das BGer hat diese Lehrmeinung in BGE 131 III 289 E 2.5 abgelehnt. Es ordnet den Vorsorgeausgleich grundsätzlich dem Scheidungsstatut zu (IPRG 63 II Satz 1), prüft aber anschliessend gestützt auf die Ausnahmeklausel von IPRG 15, mit welchem Recht ein Vorsorge-Sachverhalt in einem geringen bzw einem engeren Zusammenhang steht (BGE 131 III 289 E 2.5 mwH; s auch BGE 5A_49/2008 E 6.2).

14 (ii) Familienwohnung: Die Zuteilung der Familienwohnung durch das Gericht, wie es zB im schweizerischen Recht vorgesehen ist (ZGB 121), bestimmt sich mangels Erwähnung in IPRG 63 II regelmässig nach dem Scheidungsstatut, sofern nicht aufgrund der Ausnahmeklausel von IPRG 15 I ein anderes Recht Anwendung findet.

15 (iii) Erbrechtliche Ansprüche: Obwohl in IPRG 63 II Satz 2 nicht ausdrücklich erwähnt, ist allgemein anerkannt, dass mit der Auflösung der Ehe zwischen den Geschiedenen auch keine gegenseitigen *erbrechtlichen Ansprüche* mehr bestehen (VOLKEN, ZK IPRG 63 N 25).

16 (iv) Wiederverheiratung: Das Recht zur erneuten Eheschliessung richtet sich, obwohl diese an sich eine Nebenfolge der Scheidung darstellt, nicht nach dem Scheidungsstatut, sondern nach dem Ehestatut, unter welchem die neue Ehe geschlossen werden soll (s IPRG 44 N 6; VOLKEN, ZK IPRG 43 N 23-25).

Art. 64

V. Ergänzung oder Abänderung einer Entscheidung

¹ Die schweizerischen Gerichte sind für Klagen auf Ergänzung oder Abänderung von Entscheidungen über die Scheidung oder die Trennung zuständig, wenn sie diese selbst ausgesprochen haben oder wenn sie nach Artikel 59 oder 60 zuständig sind. Die Bestimmungen dieses Gesetzes über den Minderjährigenschutz (Art. 85) sind vorbehalten.

² Die Ergänzung oder Abänderung eines Trennungs- oder Scheidungsurteils untersteht dem auf die Scheidung anwendbaren Recht. Die Bestimmungen dieses Gesetzes über den Namen (Art. 37–40), die Unterhaltspflicht der Ehegatten (Art. 49), das eheliche Güterrecht (Art. 52–57), die Wirkungen des Kindesverhältnisses (Art. 82 und 83) und den Minderjährigenschutz (Art. 85) sind vorbehalten.

¹ Les tribunaux suisses sont compétents pour connaître d'une action en complément ou en modification d'un jugement de divorce ou de séparation de corps s'ils ont prononcé ce jugement ou s'ils sont compétents en vertu des art. 59 ou 60. Sont réservées les dispositions de la présente loi sur la protection des mineurs (art. 85).

² L'action en complément ou en modification du divorce ou de la séparation de corps est régie par le droit applicable au divorce ou à la séparation de corps. Sont réservées les dispositions de la présente loi relatives au nom (art. 37 à 40), à l'obligation alimentaire entre époux (art. 49), au régime matrimonial (art. 52 à 57), aux effets de la filiation (art. 82 et 83) et à la protection des mineurs (art. 85).

¹ I tribunali svizzeri sono competenti per le azioni di completamento o modificazione di decisioni in materia di divorzio o separazione se hanno pronunciato essi stessi tali decisioni o se la loro competenza discende dagli articoli 59 o 60. Sono fatte salve le disposizioni della presente legge concernenti la protezione dei minori (art. 85).

² Il completamento o la modificazione di una sentenza di divorzio o separazione è regolato dal diritto applicabile al divorzio o alla separazione. Sono fatte salve le disposizioni della presente legge concernenti il nome (art. 37 a 40), l'obbligo di mantenimento dei coniugi (art. 49), il regime dei beni (art. 52 a 57), gli effetti della filiazione (art. 82 e 83) e la protezione dei minori (art. 85).

¹ The Swiss courts shall have jurisdiction over actions for amendment or modification of decisions concerning divorce or separation, provided they made the decision or have jurisdiction according to Articles 59 or 60. The provisions of this Act concerning the protection of minors (Art. 85) remain reserved.

² The amendment or modification of a judgment of separation or divorce shall be subject to the law governing the divorce. The provisions of this Act concerning the name (Arts. 37–40), the duty to support between spouses (Art. 49), the matrimonial property law (Arts. 52–57), the effects of the parent-child relationship (Arts. 82 and 83) and the protection of minors (Art. 85) remain reserved.

1 IPRG 64 kommt zur Anwendung, wenn nicht **bilaterale oder multilaterale Abkommen** vorgehen (IPRG 1 II). Zu beachten sind das LugÜ iZm Unterhaltsansprüchen und das HKsÜ (s BGE 126 III 301 E 2).

2 IPRG 64 deckt zwei Konstellationen ab: Zum einen regelt IPRG 64 die **Ergänzung** eines ausländischen Scheidungsurteils, bei dem nicht über alle Nebenfolgen entschieden wurde; zum andern die **Abänderung** eines bestehenden ausländischen oder inländischen Scheidungs- und Trennungsurteils an veränderte Verhältnisse (s SIEHR, BSK IPRG 64 N 8). IPRG 64 bestimmt für diese Fälle sowohl die Zuständigkeit als auch das anwendbare Recht.

3 **IPRG 64 I** erklärt die schweizerischen Gerichte für zuständig, wenn (i) sie das Scheidungs- oder Trennungsurteil selbst ausgesprochen haben (*perpetuatio fori*) oder (ii) sich ihre **Zuständigkeit** aus IPRG 59/60 ergibt. Auch ein ausländisches Scheidungsurteil kann von den schweizerischen Gerichten ergänzt oder abgeändert werden, wenn die Zuständigkeit der schweizerischen Gerichte gestützt auf IPRG 59/60 zwischenzeitlich begründet wurde (BGE 128 III 343 E 2; 5C.212/2004 E 2.2; s auch BGE 131 III 289 E 2.4).

4 IPRG 64 II Satz 1 bestimmt in Bezug auf das anwendbare Recht (im Sinne einer formalen Grund- und Auffangregel), dass für Ergänzungen oder Abänderungen eines Trennungs- oder Scheidungsurteils das Scheidungsstatut (IPRG 61) massgebend ist. Allerdings sieht IPRG 64 II Satz 2 analog 63 II Satz 2 für die wichtigsten Scheidungsnebenfolgen (zB Unterhalt des Ehepartners und/oder der Kinder, Sorge- und Besuchsrecht) eine Sonderanknüpfung an das jeweilige Sachstatut vor (zB geht IPRG 79 f bei Änderung des Scheidungsurteils betreffend Kinderunterhalt IPRG 64 iVm 59 f vor; Ger-Kreis Thun, FamPra.ch 2003, 43 f ff), weshalb IPRG 64 II der Charakter eines Auffangtatbestandes zukommt, der alle Nebenfolgen erfasst, die nicht eigens geregelt sind (s dazu im Einzelnen IPRG 63 N 5 ff). Zur Voraussetzung der möglichen Ergänzung s BGE 134 III 664 E 3.3.

5 Ein wichtiger Anwendungsfall von IPRG 64 II ist die Teilung der Austrittsleistung der beruflichen Vorsorge. Diese lässt sich weder unter die unterhaltsrechtliche noch unter die güterrechtliche Sonderanknüpfung einreihen (BGE 131 III 289 E 2.4; BOPP/GROLIMUND, FamPra.ch 2003, 513 f; CANDRIAN, 148 f; GEISER, 67), weshalb sie sich nach dem Scheidungsstatut bestimmt (s dazu IPRG 63 N 13; BGE 136 V 61 E 5.2; 131 III 289 E 2.4 f; aM CANDRIAN, 149; VOLKEN, ZK IPRG 64 N 35, welche vertreten, dass das Vorsorgestatut massgebend sein müsse; s dazu aber auch BGE 135 V 425, 427).

Art. 65*VI. Ausländische Entscheidungen*

¹ Ausländische Entscheidungen über die Scheidung oder Trennung werden in der Schweiz anerkannt, wenn sie im Staat des Wohnsitzes, des gewöhnlichen Aufenthalts oder im Heimatstaat eines Ehegatten ergangen sind oder wenn sie in einem dieser Staaten anerkannt werden.

² Ist jedoch die Entscheidung in einem Staat ergangen, dem kein oder nur der klagende Ehegatte angehört, so wird sie in der Schweiz nur anerkannt:

- a. wenn im Zeitpunkt der Klageeinleitung wenigstens ein Ehegatte in diesem Staat Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt hatte und der beklagte Ehegatte seinen Wohnsitz nicht in der Schweiz hatte;
- b. wenn der beklagte Ehegatte sich der Zuständigkeit des ausländischen Gerichts vorbehaltlos unterworfen hat, oder
- c. wenn der beklagte Ehegatte mit der Anerkennung der Entscheidung in der Schweiz einverstanden ist.

¹ Les décisions étrangères de divorce ou de séparation de corps sont reconnues en Suisse lorsqu'elles ont été rendues dans l'Etat du domicile ou de la résidence habituelle, ou dans l'Etat national de l'un des époux, ou si elles sont reconnues dans un de ces Etats.

² Toutefois, la décision rendue dans un Etat dont aucun des époux ou seul l'époux demandeur a la nationalité n'est reconnue en Suisse que:

- a. lorsque, au moment de l'introduction de la demande, au moins l'un des époux était domicilié ou avait sa résidence habituelle dans cet Etat et que l'époux défendeur n'était pas domicilié en Suisse;
- b. lorsque l'époux défendeur s'est soumis sans faire de réserve à la compétence du tribunal étranger; ou
- c. lorsque l'époux défendeur a expressément consenti à la reconnaissance de la décision en Suisse.

¹ Le decisioni straniere in materia di divorzio o separazione sono riconosciute in Svizzera se sono state pronunciate o vengano riconosciute nello Stato di domicilio, di dimora abituale o di origine di uno dei coniugi.

² Tuttavia, la decisione pronunciata in uno Stato di cui nessuno dei coniugi o soltanto il coniuge attore sia cittadino, è riconosciuta in Svizzera soltanto se:

- a. all'atto dell'introduzione dell'azione, almeno un coniuge era domiciliato o dimorava abitualmente in detto Stato e il coniuge convenuto non era domiciliato in Svizzera;
- b. il coniuge convenuto ha accettato incondizionatamente la competenza del tribunale straniero o
- c. il coniuge convenuto è d'accordo con il riconoscimento della decisione in Svizzera.

¹ Foreign decisions concerning divorce or separation shall be recognized in Switzerland if they were rendered in the state of domicile, in the state of ordinary residence or in the state of origin of one of the spouses, or if they are recognized in one of these states.

² If, however, the decision was rendered in a state of which neither spouse or only the plaintiff spouse is a national, it shall be recognized in Switzerland only:

- a. if, at the time when the action was filed, at least one of the spouses had his domicile or his ordinary residence in that state and if the defendant spouse did not have his domicile in Switzerland;
- b. if the defendant spouse submitted to the jurisdiction of the foreign court without reservation, or
- c. if the defendant spouse agrees to the recognition of the judgment in Switzerland.

1 Bilaterale und multilaterale Staatsverträge gehen IPRG 65 vor (IPRG 1 II). Obwohl es mehrere einschlägige Staatsverträge gibt, ist deren praktische Bedeutung heute gering (VOLKEN, ZK IPRG 65 N 9). Zu nennen ist vorab das Haager Übereinkommen vom 1.6.1970 über die Anerkennung von Ehescheidungen und Ehetrennungen (SR 0.211.212.3; s BGE 116 II 9 E 3). Sodann bestehen bilaterale Abkommen mit Belgien (SR 0.276.191.721), Deutschland (0.276.191.361), Italien (SR 0.276.194.541), Liechtenstein (SR 0.276.191.141), Österreich (SR 0.276.191.652), Schweden (SR 0.276.197.141), Spanien (SR 0.276.193.321; BGE 116 II 9 E 3/4) sowie Tschechien und der Slowakei (SR 0.276.197.411). Diese völkerrechtlichen Verträge schliessen jeweils ein günstigeres autonomes Anerkennungsrecht nicht aus. Selbst bei deren Anwendung wird IPRG 65 somit nicht automatisch verdrängt (SIEHR, BSK IPRG 65 N 2).

2 IPRG 65 regelt (iVm IPRG 25 ff; s N 10) die Anerkennung von ausländischen Entscheidungen über die Scheidung bzw Trennung in der Schweiz.

3 Der Begriff der ausländischen **Entscheidung** ist weit zu fassen. Darunter sind nicht nur Scheidungs- und Trennungsurteile im Sinne des schweizerischen Rechts (ZGB 111 ff) zu subsumieren, sondern auch andere Formen von Eheauflösungen (SIEHR, BSK IPRG 65 N 3; VOLKEN, ZK IPRG 65 N 17). Zu nennen ist etwa die Privatscheidung (BGE 122 III 344 E 2/3), die schwedische Scheidung durch Registrierung, die Verstossung nach islamischem Recht (BGE 126 III 327 E 2 ff; 88 I 52 E 2) oder die Übergabe des Scheidebriefes im jüdischen Recht (LEVIN, 170 ff; SIEHR, BSK IPRG 65 N 3; VOLKEN, ZK IPRG 65 N 17). IPRG 65 gilt auch sinngemäss für die Anerkennung von **Ungültigkeitsurteilen**.

4 Inwieweit **Nebenfolgen** einer Scheidung als Entscheidungen iSv IPRG 65 zu verstehen sind, ist in der Lehre umstritten (DUTOIT, IPRG 65 N 4; SIEHR, BSK IPRG 65 N 5; VOLKEN, ZK IPRG 65 N 19 f). Unseres Erachtens erfasst IPRG 65 im Sinn einer Auffangregel auch Entscheidungen über Nebenfolgen, soweit die Anerkennung der infrage stehenden Nebenfolge nicht durch eine Sonderanknüpfung geregelt ist (s VOLKEN, ZK IPRG 65 N 19 f), zB ist aufgrund der Verweisung von IPRG 58 II die Anerkennung von güterrechtlichen Nebenfolgen nach IPRG 65 zu entscheiden. Demgegenüber bestehen Sonderanknüpfungen namentlich für den Namen (IPRG 39), die Unterhaltspflicht der Geschiedenen (IPRG 50), den Kindesunterhalt (IPRG 83), die Wirkungen

des Kindesverhältnisses (IPRG 84) oder die Massnahmen im dem Minderjährigenschutz (IPRG 85).

5 IPRG 65 I ist von einer anerkennungsfreundlichen Haltung geprägt (STEHR, BSK IPRG 65 N 6; VOLKEN, ZK IPRG 65 N 22), dh, in der Schweiz wird eine ausländische Entscheidung anerkannt, wenn sie im **Wohnsitzstaat** (s IPRG 20), im Staat des **gewöhnlichen Aufenthalts** oder in einem **Heimatstaat** eines Ehegatten ergangen ist. Darüber hinaus werden auch Entscheidungen über Scheidungen und Trennungen anderer Staaten in der Schweiz grundsätzlich anerkannt, wenn diese Entscheidung vorab in einem der genannten Staaten anerkannt wird.

6 Eine **Einschränkung** dieser anerkennungsfreundlichen Haltung statuiert **IPRG 65 II**: Erfolgt die Entscheidung im Heimatstaat des klagenden Ehegatten oder in einem Drittstaat, dem keiner der Ehegatten angehört, wird diese Entscheidung nur anerkannt, wenn eine der drei nachfolgenden *Bedingungen* zusätzlich erfüllt ist:

7 (i) Wenigstens ein Ehegatte hatte im Zeitpunkt der Klageeinleitung in diesem Staat Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt, und der beklagte Ehegatte hatte seinen Wohnsitz nicht in der Schweiz (IPRG 65 II a),

8 (ii) der beklagte Ehegatte war mit der Zuständigkeit des ausländischen Gerichts vorbehaltlos einverstanden (IPRG 65 II b), oder

9 (iii) der beklagte Ehegatte erklärt sich mit der Anerkennung der Entscheidung in der Schweiz einverstanden (IPRG 65 II c; s BGE 88 I 48 E 2).

10 IPRG 65 ist in das **Anerkennungssystem von IPRG 25–27** eingebunden (VOLKEN, ZK IPRG 65 N 3). Diese allgemeinen Regeln über die Anerkennung kommen bei der Anerkennung von ausländischen Scheidungs- und Trennungsurteilen entsprechend zur Anwendung. Deshalb setzt die Anerkennung eines ausländischen Scheidungsurteils in der Schweiz voraus, dass dieses Urteil in Rechtskraft erwachsen oder endgültig ist (IPRG 25 lit b iVm 29 I b; STEHR, BSK IPRG 65 N 11). Sodann darf kein Verweigerungsgrund vorliegen (IPRG 25 lit c iVm 27). Verweigerungsgründe bestehen hauptsächlich aufgrund des **Ordre public** (zB hat das BGer die Eheauflösung durch einseitige Verstossung der Ehefrau durch den Ehemann nach libanesischem [BGE 126 III 327 E 2 ff] bzw ägyptischem [BGE 88 I 48 E 2] Recht nicht anerkannt; umgekehrt hat das BGer in BGE 131 III 182 E 4.2 die Anerkennung einer Ehescheidung aufgrund einer mit einer Anwaltsvollmacht erteilten Zustimmung zur einvernehmlichen Scheidung bejaht).

11 Das **Anerkennungsverfahren** richtet sich nach IPRG 29 und 32.

Art. 65a

Kapitel 3a: Eingetragene Partnerschaft

1. Anwendung des dritten Kapitels

Die Bestimmungen des dritten Kapitels gelten für die eingetragene Partnerschaft sinngemäss, mit Ausnahme der Artikel 43 Absatz 2 und 44 Absatz 2.

Les dispositions du chap. 3 s'appliquent par analogie au partenariat enregistré, à l'exception des art. 43, al. 2, et 44, al. 2.

Le disposizioni del capitolo 3, eccettuati gli articoli 43 capoverso 2 e 44 capoverso 2, si applicano per analogia all'unione domestica registrata.

The provisions of the third chapter shall apply for a civil partnership by analogy with the exception of Article 43 paragraph 2 and Article 44 paragraph 2.

Literaturverzeichnis zu IPRG 65a–d

(s auch Literaturverzeichnis bei IPRG 1)

BUCHER ANDREAS, Le regard du législateur suisse sur les conflits de lois en matière de partenariat enregistré, in: Aspects de droit international privé des partenariats enregistrés en Europe, Genf/Zürich/Basel 2004, 137 ff (zit BUCHER, Partenariat enregistré); BUCHER ANDREAS, Le couple en droit international privé, Basel 2004 (zit BUCHER, Le couple); GIRSBERGER DANIEL/DROESE LORENZ, Registrierte Partnerschaften im schweizerischen IPR de lege ferenda, SZIER 2001, 73 ff; JACOB DOMINIQUE, Die eingetragene Lebenspartnerschaft im internationalen Privatrecht, Köln 2002; KREN KOSTKIEWICZ JOLANTA, Registrierte Partnerschaften gleichgeschlechtlicher Personen aus Sicht des IPR (de lege lata), SZIER 2001, 101 ff; MARKUS ALEXANDER R, Le droit international privé suisse du partenariat enregistré, in: Aspects de droit international privé des partenariats enregistrés en Europe, Genf/Zürich/Basel 2004, 149 ff (zit MARKUS, Partenariat enregistré); SCHWANDER IVO, Registrierte Partnerschaft im internationalen Zivil- und Zivilprozessrecht, AJP 2001, 350 ff; STURM FRITZ, Das Schwulen- und Lesben-IPR im schweizerischen Entwurf eines Partnerschaftsgesetzes, in: Gesetzgebungs-Bulletin, Granges-Paccot 2004, 2, XVII ff; WIDMER CORINNE, Teil 4: Internationales Privatrecht, in: FamKomm Eingetragene Partnerschaft, Hrsg: Bächler Andrea, Bern 2007.

1 Kapitel 3a mit dem Titel «Eingetragene Partnerschaft» wurde mit dem PartG ins IPRG eingefügt. Eine eingetragene Partnerschaft ist keine Ehe (auch keine mindere), sondern ein **eigenständiges Rechtsinstitut**, obschon viele Typusmerkmale des Institutes der Ehe auch solche der eingetragenen Partnerschaft sein können (JAKOB, 150 ff; SCHWANDER, AJP 2001, 353; WIDMER, N 4).

2 Beim Institut der eingetragenen Partnerschaft stellt sich bei internationalen Sachverhalten die besondere Problematik, dass die **einzelnen Staaten unterschiedliche Regelungen** vorsehen: Während einige Staaten das Institut der Ehe auch gleichgeschlechtlichen Paaren zugänglich gemacht haben (zB Belgien, Kanada, Massachusetts [USA], Niederlande, Spanien, Südafrika),

kennen viele Staaten ein dem schweizerischen Modell der eingetragenen Partnerschaft ähnliches Institut mit mehr oder weniger Rechten und Pflichten (zB Dänemark, Deutschland, Finnland, Frankreich, Neuseeland, Tschechien, Belgien und Niederlande bieten ein zusätzliches Institut neben der gleichgeschlechtlichen Ehe an). Etlichen Staaten ist ein solches Institut bis anhin jedoch gänzlich unbekannt.

3 Die Ähnlichkeit der Institute der Ehe und der eingetragenen Partnerschaft hat den Gesetzgeber dazu bewogen, in IPRG 65a als Grundnorm für die eingetragenen Partnerschaften sinngemäss auf die Bestimmungen des dritten Kapitels des schweizerischen IPRG über die Eheschliessung (IPRG 43–65) zu verweisen. Eine solche **sinngemässe Anwendung** der Bestimmungen des dritten Kapitels drängt sich insbesondere aus *drei Gründen* auf: (i) Viele Länder kennen noch keine eingetragene Partnerschaft oder ein ähnliches Institut; (ii) in den Ländern, die ein solches Institut kodifiziert haben, sind die Partnerschaftswirkungen teilweise unterschiedlich ausgestaltet worden (s N 2); und (iii) die meisten Partnerschaftsgesetze weisen kleinere oder grössere Unterschiede zum jeweiligen Eherecht auf, zB lässt die schweizerische Lösung keine Adoption durch die eingetragenen Partnerinnen bzw Partner zu (PartG 28; s aber dazu die parlamentarischen Beratungen betr Änderung von PartG 28: Motion der RK-SR 11.4046; s auch AmtlBull SR 2012, 225 ff) oder bestimmt als ordentlichen Güterstand der eingetragenen Partnerschaft die Gütertrennung (s PartG 18 ff) anstelle der eherechtlichen Errungenschaftsbeteiligung (ZGB 181). Eine sinngemässe Anwendung erfolgt allerdings nur insoweit, als das anzuwendende Recht rechtsrelevante Unterschiede zwischen der Regelung der Ehe und der eingetragenen Partnerschaft vornimmt und daher eine angepasste Anwendung erforderlich macht. Je kleiner daher die Unterschiede der Regelung des Instituts der Ehe und der eingetragenen Partnerschaft sind, desto weniger bedarf es einer angepassten, also sinngemässen Anwendung der Bestimmungen des dritten Kapitels.

4 Ausdrücklich **ausgeschlossen** wird in IPRG 65a die analoge Anwendung von IPRG 43 II und 44 II auf eingetragene Partnerschaften. Gleiches muss auch für IPRG 43 III gelten, der sich auf die in IPRG 43 II genannte Bewilligung bezieht. IPRG 43 II/III sowie 44 II bezwecken die Begünstigung der Eheschliessungsfreiheit (*favor matrimonii*). Mit ihrem expliziten Ausschluss für eingetragene Partnerschaften wollte der Gesetzgeber (wohl) manifestieren, dass es weder ein Grundrecht auf Eintragung gleichgeschlechtlicher Lebensgemeinschaften gibt, noch dass er das Institut der eingetragenen Partnerschaft im gleichen Masse begünstigen wollte wie die Eheschliessung. Der Verzicht auf eine *favor communitatis* ist allerdings nicht sachgerecht (s MARKUS, *Partenariat enregistré*, 152), weshalb dieser Teilsatz ersatzlos gestrichen werden kann (s SIEHR, IPR, 67 f).

Art. 65b

II. Zuständigkeit am Eintragungsort bei Auflösung

Haben die Partnerinnen oder Partner keinen Wohnsitz in der Schweiz und ist keine oder keiner von ihnen Schweizer Bürger, so sind für Klagen oder Begehren betreffend Auflösung der eingetragenen Partnerschaft die schweizerischen Gerichte am Eintragungsort zuständig, wenn es unmöglich oder unzumutbar ist, die Klage oder das Begehren am Wohnsitz einer der Personen zu erheben.

Lorsque les partenaires ne sont pas domiciliés en Suisse et qu'aucun d'eux n'est Suisse, les tribunaux suisses du lieu d'enregistrement sont compétents pour connaître des actions ou des requêtes relatives à la dissolution du partenariat enregistré, si l'action ne peut être intentée ou la requête déposée devant le tribunal du domicile de l'un des partenaires, ou si l'on ne peut raisonnablement exiger qu'elles le soient.

Se i partner non sono domiciliati in Svizzera e nessuno di loro è cittadino svizzero, per le azioni o le istanze concernenti lo scioglimento dell'unione domestica registrata sono competenti i tribunali svizzeri del luogo di registrazione, sempreché sia impossibile proporre l'azione o l'istanza nel domicilio di uno dei partner o non lo si possa ragionevolmente pretendere.

Should the partners not have their domicile in Switzerland and if none of them is a Swiss citizen, the Swiss courts at the place of registration shall have jurisdiction over actions and requests concerning the dissolution of the civil partnership, provided it is impossible or unreasonable to bring the action or raise the request at the domicile of one of the persons.

1 Die Auflösung der eingetragenen Partnerschaft richtet sich gemäss IPRG 65a sinngemäss nach den Bestimmungen über die Scheidung und Trennung (IPRG 59 ff). **IPRG 59** erklärt als Grundsatz die schweizerischen Gerichte am Wohnsitz des Beklagten (IPRG 59 I a) bzw uU die schweizerischen Gerichte am Wohnsitz des Klägers für Klagen auf Scheidung oder Trennung als zuständig (IPRG 59 I b). Haben die Parteien keinen Wohnsitz in der Schweiz, und ist eine Partei schweizerische Staatsangehörige, bestimmt **IPRG 60** unter gewissen Voraussetzungen die Gerichte am Heimatort für zuständig.

2 Haben die zwei Partnerinnen oder Partner in der Schweiz ihre Partnerschaft eintragen lassen, ohne dass sie das schweizerische Bürgerrecht besitzen, und haben sie nach der Eintragung ihren Wohnsitz ins Ausland verlegt, können sie weder gestützt auf IPRG 59 noch auf IPRG 60 ihre in der Schweiz eingetragene Partnerschaft von einem schweizerischen Gericht auflösen lassen. Überdies besteht die Gefahr, dass die Auflösung der eingetragenen Partnerschaft ohne erneuten Wohnsitzwechsel überhaupt nicht mehr möglich ist, da das Institut der eingetragenen Partnerschaft in vielen Staaten noch nicht

oder nicht im gleichen Umfang anerkannt ist. Das IPRG trägt diesem Umstand in IPRG 65b Rechnung (Bot PartG 2003, 1361).

3 IPRG 65b schafft als **Ergänzung zu IPRG 59/60** am Ort, wo die Partnerschaft in der Schweiz eingetragen wurde, einen zusätzlichen schweizerischen Gerichtsstand. Dieser subsidiäre Gerichtsstand (MARKUS, Partenariat enregistré, 152; WIDMER, N 155) am **Eintragungsort** soll den eingetragenen Paaren ohne Wohnsitz in der Schweiz und ohne schweizerische Staatsangehörigkeit die Auflösung der in der Schweiz eingetragenen Partnerschaft ermöglichen, wenn diese am ausländischen Wohnsitz der beiden Parteien unmöglich oder unzumutbar ist. Ist die Klage oder das (gemeinsame) Begehren um Auflösung der eingetragenen Partnerschaft am Wohnsitzort der Parteien iSv IPRG 65b unmöglich oder unzumutbar, ist aber die Klage oder das Begehren an einem **Heimatort** der Parteien möglich, sieht IPRG 65b einen *alternativen* Gerichtsstand vor.

4 Der Nachweis der **Unmöglichkeit** oder **Unzumutbarkeit** ist von den Parteien zu erbringen. Die Anforderungen an diesen Nachweis sollten nicht all zu hoch angesetzt werden, denn Ziel der Bestimmung ist die Ermöglichung der Auflösung der eingetragenen Partnerschaft. Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit liegt meistens dann vor, wenn das anzuwendende Recht oder das zuständige Gericht eine eingetragene Partnerschaft nicht kennt. Hingegen ist bei Rechtsordnungen, welche die eingetragene Partnerschaft legiferiert haben, regelmässig von einer zumutbaren Auflösung auszugehen. Ausnahmsweise kann aber auch eine Auflösung unzumutbar sein, zB wenn aufgrund der Verweisung auf das Eherecht lange, mehrjährige Wartezeiten bestehen.

Art. 65c

III. Anwendbares Recht

¹ Kennt das nach den Bestimmungen des dritten Kapitels anwendbare Recht keine Regeln über die eingetragene Partnerschaft, so ist schweizerisches Recht anwendbar; vorbehalten bleibt Artikel 49.

² Zusätzlich zu den in Artikel 52 Absatz 2 bezeichneten Rechten können die Partnerinnen oder Partner das Recht des Staates wählen, indem die Partnerschaft eingetragen worden ist.

¹ Lorsque le droit applicable en vertu du chap. 3 ne connaît pas de dispositions applicables au partenariat enregistré, le droit suisse est applicable, sous réserve de l'art. 49.

² En sus des droits désignés par l'art. 52, al. 2, les partenaires peuvent choisir le droit de l'Etat dans lequel le partenariat a été enregistré.

¹ Se il diritto applicabile in virtù delle disposizioni del capitolo 3 non prevede norme concernenti l'unione domestica registrata, si applica il diritto svizzero; è fatto salvo l'articolo 49.

² Oltre ai diritti richiamati nell'articolo 52 capoverso 2, i partner possono scegliere il diritto dello Stato in cui è stata registrata l'unione domestica.

¹ Should the law applicable pursuant to the provisions of chapter 3 not recognize any rules on the civil partnership, Swiss law shall apply; Article 49 remains reserved.

² In addition to the rights stated in Article 52 paragraph 2, the partners may choose the law of the state in which the partnership was registered.

1 Das **dritte Kapitel** beinhaltet verschiedene Bestimmungen über das jeweils anzuwendende Recht, die aufgrund von IPRG 65a sinngemäss zur Anwendung gelangen: IPRG 44 stipuliert das für die Eintragung der Partnerschaft anwendbare Recht, wobei IPRG 44 II laut 65a ausdrücklich für die eingetragene Partnerschaft ausgeschlossen ist. IPRG 48/49 legen das massgebende Recht betreffend Wirkung der Partnerschaft fest, und IPRG 52 ff regeln das anwendbare Recht für die güterrechtlichen Verhältnisse der Partnerschaft. Endlich kommt IPRG 61 sinngemäss für die Auflösung der eingetragenen Partnerschaft zur Anwendung.

2 Wie das IPRG im Allgemeinen, so knüpfen auch die Bestimmungen des dritten Kapitels im Besonderen für das anwendbare Recht in erster Linie an den Wohnsitz an. Diese **grundsätzliche** Anknüpfung an den **Wohnsitz** für die eingetragene Partnerschaft kann aber dann zu Auslegungsschwierigkeiten führen, wenn das anzuwendende Wohnsitzrecht das Institut der eingetragenen Partnerschaft nicht oder nur in rudimentärem Umfang kennt (s IPRG 65a N 2). Die sinngemässe Anwendung anderer Vorschriften des Wohnsitzstaates (etwa aus dem Gesellschafts-, Vertrags- oder Eherecht) führt für das Institut der eingetragenen Partnerschaft vielfach zu nicht befriedigenden Ergebnissen (Bot PartG 2003, 1361).

3 **IPRG 65c I** erklärt deshalb **subsidiär das schweizerische Recht** für anwendbar, wenn das aufgrund der Bestimmungen des dritten Kapitels iVm IPRG 65a anzuwendende Recht keine Regelung über eingetragene Partnerschaften aufweist (BUCHER, Le regard, 140; MARKUS, Partenariats enregistré, 149 ff; WIDMER, N 194 ff). Keiner Regelung ist eine Ordnung gleichzusetzen, die das Institut verbietet oder die eine eingetragene Partnerschaft nur mit geringen Rechtswirkungen ausstattet. Ob das anzuwendende Recht eine entsprechende Regelung im Zeitpunkt der Rechtshängigkeit der Klage oder des gemeinsamen Begehrens kennt, hat das angerufene Gericht durch Rechtsvergleichung festzustellen (Bot PartG 2003, 1361). IPRG 65c I ist extensiv auszulegen (BUCHER, Le regard, 141).

4 Ausdrücklich vorbehalten bleibt laut **IPRG 65c I** die Bestimmung von IPRG 49. Die **Regelung der Unterhaltspflicht** der beiden Partnerinnen oder Partner erfolgt aufgrund der Verweisung von IPRG 49 iVm 65a sinngemäss nach HUÜ (BUCHER, Le couple, N 568 ff; WIDMER, N 194; s auch IPRG 49).

5 Für die **vermögensrechtlichen Verhältnisse** lässt IPRG 65c die **Rechtswahl** zu. Die eingetragenen Partnerinnen oder Partner können sinngemäss

nach IPRG 52 II wählen zwischen dem Recht des Staates, in dem beide ihren Wohnsitz haben bzw nach der Eintragung haben werden oder dem Recht eines ihrer Heimatstaaten. **IPRG 65c II** ergänzt die Rechtswahl von IPRG 52 II für eingetragene Partnerschaften um das Recht am *Ort der Eintragung*. Diese zusätzliche Rechtswahl für die vermögensrechtlichen Verhältnisse erfolgt vor dem Hintergrund, dass zum einen viele Staaten das Institut der eingetragenen Partnerschaften noch nicht legifert haben und zum anderen die vermögensrechtlichen Verhältnisse der Partnerschaft bei Staaten, welche die eingetragene Partnerschaft kodifiziert haben, unterschiedlich geregelt sind.

6 Bei den «güterrechtlichen Verhältnissen» von eingetragenen Partnerschaften ist ferner anzumerken, dass **LugÜ I II a** zwar ausdrücklich nur die ehelichen Güterstände von dessen Anwendung ausschliesst (SIEHR, IPR, 71), sich jedoch uE sinnigerweise der Ausschluss auch auf die vermögensrechtlichen Verhältnisse von eingetragenen Partnerschaften bezieht (s GIRSBERGER/DROESE, SZIER 2001, 94).

Art. 65d

III. Entscheidungen oder Massnahmen des Eintragungsstaats

Ausländische Entscheidungen oder Massnahmen werden in der Schweiz anerkannt, wenn:

- a. sie im Staat ergangen sind, in dem die Partnerschaft eingetragen worden ist; und
- b. es unmöglich oder unzumutbar war, die Klage oder das Begehren in einem Staat zu erheben, dessen Zuständigkeit in der Schweiz gemäss den Bestimmungen des dritten Kapitels anerkannt ist.

Les décisions ou mesures étrangères sont reconnues en Suisse:

- a. lorsqu'elles ont été rendues dans l'Etat dans lequel le partenariat a été enregistré, et
- b. si l'action ne pouvait être intentée ou la requête déposée dans un Etat étranger dont la compétence est reconnue en Suisse selon les dispositions du chap. 3, ou si l'on ne pouvait raisonnablement exiger qu'elles le soient.

Le decisioni straniere o i provvedimenti stranieri sono riconosciuti in Svizzera se:

- a. pronunciati nello Stato in cui è stata registrata l'unione domestica; e
- b. la proposizione dell'azione o dell'istanza in uno Stato la cui competenza è riconosciuta in Svizzera secondo le disposizioni del capitolo 3 non era possibile o ragionevolmente esigibile.

Foreign decisions or acts shall be recognized in Switzerland, if:

- a. they were rendered in the state in which the partnership was registered; and
- b. it was impossible or unreasonable to bring the action or raise the request in a state the jurisdiction of which is recognized in Switzerland according to the provisions of the third chapter.

1 Das Institut der eingetragenen Partnerschaft ist ausserhalb von Westeuropa bisher in wenigen Rechtsordnungen (zB Neuseeland, Südafrika, Australien, Brasilien, Kanada, Argentinien, einigen Gliedstaaten der USA) kodifiziert worden. Es ist deshalb möglich, dass an den üblichen Anknüpfungsorten wie dem Wohnsitz oder der Staatsangehörigkeit einer der Parteien für Klagen und Begehren im Zusammenhang mit der eingetragenen Partnerschaft keine gerichtliche oder behördliche Zuständigkeit vorgesehen ist. Den Partnerinnen bzw Partnern stehen deshalb für Klagen und Beschwerden meistens nur die Gerichte und Behörden in dem Staat offen, in dem die Partnerschaft eingetragen worden ist (Bot PartG 2003, 1361). IPRG 65d regelt die Anerkennung in der Schweiz von solchen Entscheiden und Massnahmen des Eintragsstaates (MARKUS, Partenariat enregistré, 152).

2 Gemäss **IPRG 65d** anerkennt die Schweiz ausländische Entscheidungen und Massnahmen betreffend Wirkungen der Partnerschaft unter *zwei kumulativen Bedingungen*:

3 (i) Erstens muss gemäss IPRG 65d **lit a** die Entscheidung oder Massnahme von den zuständigen Behörden oder Gerichten des Staates ergangen sein, in welchem die Partnerschaft eingetragen worden ist;

4 (ii) zweitens setzt die Anerkennung solcher ausländischer Entscheidungen und Massnahmen nach IPRG 65d **lit b** voraus, dass es den Partnerinnen bzw Partnern unmöglich oder unzumutbar ist, ihre Klage oder ihr Begehren in einem Staat einzureichen, welcher gemäss dem dritten Kapitel des schweizerischen IPRG dafür als zuständig erklärt wird. Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit ist dann anzunehmen, wenn das anzuwendende Recht eine eingetragene Partnerschaft nicht kennt. Hingegen ist bei Rechtsordnungen, welche die eingetragene Partnerschaft legifert haben, regelmässig von einer zumutbaren Auflösung auszugehen. Ausnahmsweise kann aber auch eine Auflösung unzumutbar sein, zB weil aufgrund der Verweisung auf das Eherecht lange, mehrjährige Wartefristen bestehen.

5 Die Begriffe **Entscheidungen** und **Massnahmen** sind weit auszulegen. Sie umfassen inhaltlich alle Entscheidungen und Massnahmen über Bestand, Auflösung oder Wirkungen einer Partnerschaft, wenn sie von den zuständigen Behörden und Gerichten des Eintragsstaates ergangen sind. Allenfalls reicht auch nur eine Bestätigung der zuständigen Stelle aus, wenn zB der Eintragsstaat die rechtmässige Auflösung durch eine gemeinsame Parteierklärung oder faktische Trennung ermöglicht.