

17.1.2014

Thesen aufgrund des Gutachtens zu Fragen des Internationalen Privat- und des Internationalen Zivilprozessrechts im Zusammenhang mit der Modernisierung des Familienrechts

1. Die familienrechtlichen Bestimmungen des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (IPRG) vom 18. Dezember 1987 (in Kraft seit 1.1.1989) sind in einem zeitlichen Umfeld konzipiert worden, in dem sich die Reformen des Kindesrechts in weiten Teilen Europas (und weit darüber hinaus) zu konsolidieren begannen und sich die Reformen des Eherechts erst anbahnten. Dementsprechend sind das IPR und IZPR des Kindesrechts so ausgestaltet, dass dem Kind weitestgehend der Schutz des ausländischen und/oder des schweizerischen Rechts zukommen soll, und diese Zielrichtung sollte auch in Zukunft verfolgt werden. Die eherechtlichen Bestimmungen des IPRG hingegen sind stark auf die Beurteilung der Streitigkeiten durch Gerichte in der Schweiz nach schweizerischem Recht ausgerichtet. Nachdem sich selbst ausserhalb Europas ähnliche Eherechtsreformen durchgesetzt haben, stellt sich die Frage einer vermehrten Öffnung des schweizerischen IPR/IZPR hin zum ausländischen Recht - speziell im Scheidungsrecht und in Bezug auf die anderen Lebensgemeinschaftsformen.
2. Wie im übrigen IPR und IZPR sollte sich der Gesetzgeber auch im Teilbereich Familienrecht überlegen, ob er – aufgrund der wachsenden Dichte des EU-Rechts und aufgrund der Eurozentrität der Haager Konventionen – zwischen Zuständigkeits- und Rechtsanwendungsrecht einerseits im Verhältnis zu den andern europäischen Ländern (unabhängig davon, ob sie der EU angehören oder nicht) und andererseits im Verhältnis zu aussereuropäischen Staaten differenzieren soll – dies nicht im Sinne einer (politischen oder kulturellen) Diskriminierung der letzteren, sondern allein wegen der geringeren räumlichen Distanzen, der bereits ausserhalb der Schweiz erfolgten Rechtsvereinheitlichung und der punktuell bereits bestehenden staatsvertraglichen Bindungen (Zumutbarkeit, im andern Staat zu klagen; Anerkennung und Vollstreckbarkeit im andern Staat; Vergleichbarkeit der wirtschaftlichen Verhältnisse; ähnliche Rechtsbegriffe und -formen; funktionierende Rechtshilfe).
3. Unabhängig davon müsste (generell, nicht nur im IPR/IZPR des Familienrechts) über ein Instrument nachgedacht werden, wie die Schweiz an Akte der EU oder Staatsvertragswerke „andocken“ bzw. deren Lösungen für die Gerichte bzw. den Privatrechtsverkehr nutzbar machen kann, ohne diese Akte formell übernehmen oder dem Staatsvertragswerk beitreten zu müssen (z.B. durch auf bestimmte Regelungen bezogene Gegenrechtserklärungen; schweizerische gesetzliche Grundlage für die Gerichte, dass sie bestimmte im Ausland geregelte Lösungen alternativ anwenden können, allenfalls auf Antrag der Parteien hin oder bei Vorliegen eines bestimmten Auslandsbezugs des Sachverhalts; weitergehende Rechtshilfe zur gegenseitigen Wirksamkeit eines Rechtsinstituts).
4. Forum shopping. Ist die zeitliche Priorität der Anhängigmachung der Klage im Bereich des Familienrechts ein befriedigendes Kriterium? Sollten nicht sachliche Kriterien, wie z.B. letzter gemeinsamer Wohnsitz oder Zentrum der gelebten familiären Beziehungen stärker gewichtet werden? Art. 9 IPRG sollte mit einem neuen Absatz 4 ergänzt werden: „In

familienrechtlichen Angelegenheiten kann das angerufene schweizerische Gericht mit dem ausländischen Gericht, bei dem die Klage zuerst oder später anhängig gemacht worden ist, eine vom vorstehenden Absatz 1 abweichende Vereinbarung über die Zuständigkeit der Gerichte für alle oder einen Teil der Ansprüche und die Reihenfolge von deren Behandlung treffen“. In einer weiteren, neuen Bestimmung, die allgemein (nicht nur in familienrechtlichen Angelegenheiten) dem IPRG hinzuzufügen wäre, sollten die gesetzlichen Grundlagen dafür geschaffen werden, dass schweizerische Gerichte befugt sind, mit ausländischen Gerichten Koordinations- und Kooperationsgespräche zu führen, mit denen gegenseitige Rechtshilfe abgesprochen, Streit- und Beweisverfahrensgegenstände in zusammenhängenden Verfahren aufgeteilt und Verfahrensschritte festgelegt werden.

5. Die schweizerischen Entscheidungszuständigkeiten, soweit es um den Bestand, die Wirkungen und die Auflösung einer rechtlichen oder faktischen Lebensgemeinschaft und deren Nebenfolgen zwischen den PartnerInnen geht, sollten restriktiver gefasst werden: Die primäre schweizerische Entscheidungszuständigkeit sollte davon abhängig gemacht werden, dass das Rechts- oder Lebensverhältnis (Ehe, eingetragene Partnerschaft, nichteheliche Gemeinschaft usw.) im Zeitpunkt der Einleitung der Klage oder in kurzer Frist zuvor (z.B. bis zwei Jahre zuvor) in der Schweiz gelebt worden ist. (Subsidiäre schweizerische Zuständigkeit, wenn im Ausland eine Klage nicht möglich oder zumutbar ist, vorbehalten.).
6. Insoweit es um den Bestand oder die Auflösung der rechtlichen – oder bei rechtlich nicht anerkannten Lebensgemeinschaften bzw. Beziehungen: der real gelebten - Relation von mehreren Personen geht, sollte das IPR die Rechtsordnung des Staates zur Anwendung bringen, in dessen Territorium die Rechts- oder tatsächliche Lebensgemeinschaft effektiv gelebt wird bzw. gelebt wurde. Dasselbe gilt für die Beurteilung von familienrechtlichen Vorfragen (z.B. in Erbteilungsprozessen). Dies bedeutet mehr Permissivität, was die Arten der Rechts- und Lebensbeziehungen betrifft, soweit sie im Ausland mit einer bestimmten Rechtswirkung gelebt worden sind. (In Zukunft kommen u.a. auf uns zu: Ehen auf Zeit, polyamouröse Gemeinschaften.) Eine solche Kollisionsregel macht die Diskussion über die Anerkennung ausländischer Lebensformen von der internen schweizerischen rechtspolitischen Diskussion unabhängig – was für die betroffenen Menschen, die in die Schweiz migrieren, wichtig ist; umgekehrt werden aus der Schweiz emigrierende Personen, die in einer nach schweizerischem, nicht aber ausländischem Recht anerkannten Lebensgemeinschaft leben, über die subsidiäre schweizerische Entscheidungszuständigkeit und diese Kollisionsregel geschützt. Auch sollte eine spezifische Statutenwechsel-Regelung im IPR des Familienrechts gewährleisten, dass der Status der Paarbeziehungen gemäss bisherigem ausländischem Wohnsitzrecht erhalten bleibt bzw. ein Statuszuwachs gemäss neuem Wohnsitzrecht möglich wird.
7. Als nachteilig erweist sich Art. 114 ZGB (zweijährige Trennungsdauer als Voraussetzung einer einseitigen Klage, sofern keine Unzumutbarkeit nach Art. 115 ZGB gegeben ist). Der in der Schweiz verbliebene Ehegatte kann in der Schweiz nicht klagen und muss zusehen, wie der andere Ehegatte im Ausland einen Scheidungsgerichtsstand begründet. Entweder müsste Art. 114 ZGB oder Art. 61 Abs. 1 IPRG revidiert werden.
8. Die unter Ziffer 5 und 6 vorgeschlagenen Regelungen laufen bezüglich der Rechts- oder Lebensgemeinschaften zumeist auf den (letzten) gemeinsamen Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt hinaus. Damit könnte – von der subsidiären Zuständigkeitsregel für Auslandschweizer im Falle der Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit eines ausländischen Forums abgesehen – von der Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit gänzlich Abschied

genommen werden. Zugleich begegnen sie einem Nachteil des herkömmlichen Wohnsitzprinzips, nämlich dass die eine Partei zu Prozessvorteilen den Wohnsitz in einen anderen Staat verlegen kann.

9. Die Schwerpunktzuständigkeit (vorstehende Ziffer 5) sollte soweit möglich (Vorbehalt z.B. gegenteiliger Regelungen bezüglich Kinder) auch für alle Wirkungen der Rechts- und Lebensgemeinschaft und die Nebenfolgen einer Auflösung der Gemeinschaft bestehen. Für das anwendbare Recht wird es wie bisher zu Abweichungen kommen, sei es aufgrund von Staatsverträgen, sei es, weil die Wirkungen bzw. Nebenfolgen, über die das Gericht zu befinden hat, in die Zukunft wirken und gegebenenfalls in einem anderen Staat durchgesetzt werden müssen.
10. Bezüglich Unterhaltsfragen sollte die Schweiz das Haager Protokoll vom 23. 11. 2007 über das auf Unterhaltspflichten anzuwendende Recht ratifizieren und erga omnes anwenden; ebenso ist an eine Erweiterung des sachlichen Anwendungsbereichs (Anwendung auf anerkannte Rechts- und Lebensgemeinschaften des ausländischen Rechts und auf Unterhaltsansprüche aus in der Schweiz geschlossenen Ehen und registrierten Partnerschaften sowie nichteheliche Gemeinschaften) zu denken.
11. In das IPRG und parallel ins ZGB sollte eine Bestimmung aufgenommen werden, wonach in eingetragenen Partnerschaften und nichtehelichen Gemeinschaften, unabhängig weitergehender Ansprüche in der anwendbaren Rechtsordnung, nach einer effektiv gelebten Dauer eines Jahres zumindest folgende Ansprüche vom zuständigen schweizerischen Gericht auf Antrag zugesprochen werden: (a) qualitativ und quantitativ gleiche Verfügungsgewalt jedes Partners über die kumulierten Einkommen während des Bestehens der Gemeinschaft; (b) hälftige Teilung des während der Dauer der Gemeinschaft erworbenen Vermögens beider PartnerInnen bei Auflösung der Gemeinschaft; der letztere Anspruch sollte durch einen Vertrag mit Wirkung auf längstens drei Jahre wegbedungen werden können.
12. Die ehegüterrechtlichen Bestimmungen Art. 51-58 IPRG sollten als Vermögensrecht auch analog auf weitere Rechts- und Lebensgemeinschaften angewandt werden.
13. Art. 52 ff. IPRG und das ZGB sind mit einer Bestimmung zu ergänzen, dass unabhängig des Inhalts der anwendbaren Rechtsordnung Eheverträge nach Ablauf von zehn Jahren kündbar sind und in einem Scheidungsverfahren einer Inhaltskontrolle unterstehen.
14. Mit einer spezifischen IPR-Sachnorm sind die Gerichte zu verpflichten, bei Auflösung von Ehen, anderen Rechtsgemeinschaften sowie von mindestens fünf Jahre gelebten nichtehelichen Gemeinschaften in einer Gesamtsicht – unabhängig der je auf sie anwendbaren Rechtsordnungen - zu prüfen, ob die Ansprüche aus Unterhalts-, Güter- bzw. Vermögensrecht, beruflicher Vorsorge und Vertrag insgesamt den Unterhalt des nicht- oder weniger erwerbstätigen Partners ausreichend decken; bei Unterdeckung bietet diese Bestimmung die gesetzliche Grundlage für die Zusprechung zusätzlicher Leistungen.
15. Die Gesetzgebungen zum Familienrecht und Sozialversicherungs- sowie Sozialhilferecht beziehen sich vermehrt gegenseitig aufeinander, was sozialpolitisch zu begrüßen ist. Ob damit ausschliessliche schweizerische Zuständigkeiten und Anwendung der lex fori die richtige Umsetzung im IZPR und IPR sein soll, ist fraglich; vorzuziehen wäre konkretere Zusammenarbeit auf der Ebene der Sozialversicherungen und auf Verwaltungsebene.
16. Bezüglich Art. 46-74 IPRG drängen sich keine grösseren Änderungen im IPRG auf, jedenfalls solange nicht absehbar ist, ob die materiellrechtliche Regelung kindesrechtlicher Statusverhältnisse im ZGB grundlegend revidiert wird. Die Anregungen unter Ziffer 6 führen dazu, dass zum Schutz des Kindeswohls im Ausland begründete Statusverhältnisse in der

Schweiz selbst dann anzuerkennen sind, wenn ein entsprechender Sachverhalt nach schweizerischem Recht nicht zu einem Statusverhältnis hätte führen können.

17. Angesichts der Brüchigkeit vieler (insbesondere auch grenzüberschreitender) Adoptionsverhältnisse und des eigentlichen Zwecks der Adoption (Herstellung des Kindesverhältnisses zum Wohl minderjähriger Kinder) sollte man im ZGB an die Schaffung eines zeitlich begrenzten oder begrenzbaren Adoptionsverhältnisses denken, z.B. dass bei Erreichen des 30. oder 35. Lebensjahres der adoptierten Person das Adoptionsverhältnis durch einseitige Erklärung der Adoptierenden oder der adoptierten Person aufgelöst werden kann oder sogar von Gesetzes wegen endet.
18. Staatsverträge des IPR und des IZPR sollten regelmässig auf ihre Effizienz und ihre allfälligen negativen Auswirkungen überprüft werden. Das Haager Adoptionsübereinkommen von 1965 (SR 0.211.221.315) und das Adoptionsübereinkommen von 1967 (SR 0.211.221.310) sind ineffizient und behindern eine allfällige Reform des schweizerischen Adoptionsrechts. Weiter sind die bilateralen Staatsverträge der Schweiz zum IPR und zum IZPR mit Deutschland, Österreich, Belgien, Spanien, Portugal, Italien, Griechenland, Schweden, Tschechischer und Slowakischer Republik, USA aus dem 19. und der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts von der Rechtsentwicklung überholt und dienen höchstens der Komplikation und Erschwerung des Rechtsverkehrs zwischen diesen Staaten.

Ivo Schwander