

AUSWIRKUNGEN DES REVIDIERTEN SCHEIDUNGSRECHTS AUF DAS INTERNATIONALE ZIVILVERFAHRENSRECHT

Von PD Dr. iur. Markus Müller-Chen, Advokat (Wenger Plattner, Basel)*

I. EINLEITUNG

Seit nunmehr einem Jahr ist das revidierte Scheidungsrecht in Kraft. Die Neuordnung der Scheidungsgründe, der Scheidungsfolgen sowie die weitgehende bundesrechtliche Regelung des Scheidungsverfahrens wirkt sich auch auf das internationale Zivilverfahrensrecht aus. Der Gesetzgeber hat jedoch darauf verzichtet, die entsprechenden Bestimmungen im IPRG anzupassen. Mit dem vorliegenden Beitrag soll untersucht werden, ob diese Entscheidung den veränderten Gegebenheiten des Scheidungsrechts gerecht wird und zu angemessenen und praktikablen Lösungen führt.

Im Vordergrund steht dabei die internationale Zuständigkeit bei der Scheidung auf gemeinsames Begehren (bei umfassender Einigung [Art. 111 ZGB], bei Teileinigung [Art. 112 ZGB] und beim Wechsel zur Scheidung auf Klage [Art. 113 ZGB]), bei der Scheidung auf Klage eines Ehegatten nach Art. 114 ff. ZGB sowie bei der Aufteilung der beruflichen Vorsorge (Art. 122 ff. ZGB).

Von Interesse sind schliesslich auch die weiteren verfahrensrechtlichen Bestimmungen, welche das revidierte Scheidungsrecht in mancherlei Hinsicht prägen und für den Praktiker von erheblicher Bedeutung sind. Es fragt sich in diesem Zusammenhang, ob das Gericht diese Normen als Teil des Prozessrechts unabhängig von dem auf die Scheidung anzuwendenden Recht zwingend zu beachten hat oder ob diese Vorschriften aufgrund ihrer engen Verbindung zum Scheidungsgrund oder den Scheidungsfolgen dem Scheidungsstatut folgen.

II. Internationale Zuständigkeit

1. Allgemeines

Für *Klagen* auf Scheidung sind nach Art. 59 lit. a IPRG in erster Linie die schweizerischen Gerichte am Wohnsitz des Beklagten zuständig. Ein Gerichtsstand am Wohnsitz des Klägers ist dann gegeben, wenn dieser sich seit mindestens einem Jahr in der Schweiz

* Ich danke Frau lic. iur. Monique Albrecht ganz herzlich für ihre wertvolle Mitarbeit bei der Erstellung dieses Beitrags.

aufhält oder wenn er Schweizer Bürger ist (Art. 59 lit. b IPRG). Ist kein schweizerischer Wohnsitz gegeben, hat aber wenigstens eine Partei die schweizerische Staatsangehörigkeit inne und ist die Klageerhebung am Wohnsitz unmöglich oder unzumutbar, besteht eine Zuständigkeit am schweizerischen Heimatort (Art. 60 IPRG).¹

Das für die Scheidung zuständige schweizerische Gericht ist auch zuständig für die Regelung der vorsorglichen Massnahmen (Art. 62 Abs. 1 IPRG), der Scheidungsnebenfolgen (Art. 63 Abs. 1 IPRG) und für die Klagen auf Ergänzung und Abänderung eines Scheidungsurteils, falls es die Entscheidung selbst gefällt hat oder nach Art. 59 f. IPRG zuständig ist (Art. 64 Abs. 1 IPRG).

Diese Regelung der internationalen Zuständigkeit blieb bei der Revision des Scheidungsrechts unverändert, da *„die Artikel 59 ff. IPRG mit dem Begriff der Klage auf Scheidung neu auch das gemeinsame Begehren im Sinne von Artikel 111 ff. [ZGB] miteinschliessen.“*²

Es gilt nachstehend zu prüfen, ob diese gesetzgeberische Entscheidung zu sachgerechten und praktikablen Ergebnissen führt. Dabei wird zuerst die Zuständigkeit für die Scheidung auf gemeinsames Begehren (Art. 111-113 ZGB)³, sodann für die Klagen auf Scheidung (Art. 114, 115 ZGB) und schliesslich für die Scheidungsfolgen (insbesondere die Aufteilung der beruflichen Vorsorge) untersucht.

2. Bei der Scheidung auf gemeinsames Begehren

a) Vorliegen einer umfassenden Einigung oder einer Teileinigung

Bei der Scheidung auf gemeinsames Begehren (Art. 111 und 112 ZGB) gibt es weder Kläger noch Beklagte; die Ehegatten sind in prozessualer Hinsicht gemeinsame Gesuchssteller. Dies führt zuständigkeitsrechtlich im IPRG überall dort zu keinen

¹ Vgl. dazu weiterführend SCHNYDER/LIATOWITSCH, Internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht, Zürich 2000, N 762.

² Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Personenstand, Eheschliessung, Scheidung, Kindesrecht, Verwandtenunterstützungspflicht, Heimstätten, Vormundschaft und Ehevermittlung) vom 15. November 1995, BBl 1996 I 1, 179.

³ Bei der Scheidung nach Art. 112 ZGB handelt es sich grundsätzlich ebenfalls um eine Scheidung auf gemeinsames Begehren. Die internationale Zuständigkeit ist daher wie bei Art. 111 ZGB zu beurteilen. Die Tatsache, dass sich die Parteien betreffend die Punkte, über welche sie sich nicht einigen konnten, in einem kontradiktorischen Verfahren gegenüber stehen, ändert daran nichts: Vgl. SUTTER/FREIBURGHHAUS, Kommentar zum neuen Scheidungsrecht, Zürich 1999, Art. 135, N 50 (zit.: SUTTER/FREIBURGHHAUS). Der Einfachheit halber wird im Folgenden daher jeweils nur auf Art. 111 ZGB Bezug genommen. Die entsprechenden Ausführungen gelten aber auch für Art. 112 ZGB.

Problemen, wo das Gesetz jeweils nur von "Klage auf Scheidung" spricht.⁴ In diesen Fällen kann ohne weiteres unter "Klage auf Scheidung" auch die Scheidung auf gemeinsames Begehren verstanden werden, da die zitierten Bestimmungen die Anknüpfungsbegriffe (z. B. Wohnsitz oder Staatsangehörigkeit) nicht an eine bestimmte Parteirolle im Prozess knüpfen. Problematisch ist hingegen Art. 59 IPRG, da er für die Bestimmung der Zuständigkeit an die Parteirolle im Prozess anknüpft und den Kläger nur unter restriktiven Bedingungen an seinem schweizerischen Wohnsitz auf Scheidung klagen lässt. Es gilt daher, die Anwendungsvoraussetzungen von Art. 59 IPRG im Einzelnen zu prüfen.

aa) Allgemeines zu Art. 59 IPRG

Gemäss Art. 1 Abs. 1 IPRG finden dessen Zuständigkeitsvorschriften dann Anwendung, wenn ein internationales Verhältnis vorliegt. Die relevante Internationalität eines Sachverhaltes kann nicht abstrakt umschrieben, sondern muss in jedem Einzelfall selbständig geprüft werden.⁵ Berücksichtigt werden müssen dabei die jeweilige Rechtsfrage und die einschlägigen Zuständigkeits- und Verweisungsnormen. Die darin verwendeten Anknüpfungspunkte entscheiden darüber, ob ein Sachverhalt als international zu qualifizieren ist. Um sicherzustellen, dass ein Sachverhalt mit potentiell relevantem Auslandsbezug nicht ungerechtfertigterweise direkt dem inländischen Recht unterstellt wird, empfiehlt es sich, im Zweifelsfall die Internationalität eines Rechtsverhältnisses zu bejahen.⁶

Die die Scheidung regelnden Art. 59 ff. IPRG knüpfen einerseits an den Wohnsitz der Ehegatten, andererseits an deren Staatsangehörigkeit an. Aus diesem Grund liegt immer dann ein internationales Verhältnis vor, wenn eine von der Ehescheidung betroffene Person eine ausländische Staatsangehörigkeit hat oder im Ausland wohnhaft ist.⁷

Damit findet das IPRG insbesondere auch dann Anwendung, wenn beide Ehegatten ausländische Staatsangehörige sind und schweizerischen Wohnsitz haben.⁸

⁴ Art. 60, 62 Abs. 1, 63 Abs. 1, 64 Abs. 1 IPRG.

⁵ BaslerKomm/ SCHNYDER, Art. 1, N 2.

⁶ SCHNYDER/LIATOWITSCH (Fn. 1), N 4.

⁷ PraxKomm/JAMETTI GREINER, Anh. IPR, N 2 m. w. Nw.; BaslerKomm/SCHNYDER, Art. 1 IPRG, N 3 f.

⁸ So auch PraxKomm/JAMETTI GREINER, Anh. IPR, N 7; BGE 118 II 83 f.; BGE 116 II 209, 213 f.; a. M. STOFFEL/VOLKEN, Conflicts et harmonisation, in: Mélanges en l'honneur d'Alfred E. von Overbeck à l'occasion de son 65ème anniversaire, Fribourg 1990, 450.

bb) Praktische Relevanz der Fragestellung

Nicht in allen Fällen, in denen ein Ehegatte Wohnsitz im Ausland hat oder ausländischer Staatsangehöriger ist, stellt sich das Problem, bei welchem schweizerischen Gericht die Scheidung auf gemeinsames Begehren einzureichen ist. Wäre eine schweizerische Zuständigkeit für eine Klage auf Scheidung gegeben, kann ohne weiteres davon ausgegangen werden, dass auch eine Scheidung auf gemeinsames Begehren verlangt werden kann. Denn es kann nicht sein, die einvernehmliche Scheidung an strengere Voraussetzungen zu knüpfen als die Scheidung im kontradiktorischen Verfahren.

Hat ein Ehegatte in der Schweiz Wohnsitz und hält er sich seit mindestens einem Jahr in der Schweiz auf oder ist er Schweizer Bürger, so können die Ehegatten ohne weiteres beim schweizerischen Wohnsitzgericht die Scheidung auf gemeinsames Begehren einreichen, da nach Art. 59 IPRG auch die Zuständigkeit für die Klage begründet wäre.

Praktisch relevant sind daher nur die Fälle, in denen mindestens ein Ehegatte Wohnsitz in der Schweiz hat, ohne sich aber seit mindestens einem Jahr in der Schweiz aufzuhalten oder Schweizer Bürger zu sein. Als Illustration des Gesagten möge die Situation eines deutsch-spanischen Ehepaares dienen. Die angesprochene Zuständigkeitsfrage stellt sich in zwei Fällen. Es sei erstens anzunehmen, dass die deutsche Ehefrau seit drei Monaten in Basel wohnt und arbeitet und ihr spanischer Ehemann im Ausland wohnt. Die Ehegatten möchten in Basel gemeinsam die Scheidung einreichen. Die Frage, bei welchem schweizerischen Gericht sie sich einvernehmlich scheiden lassen können, stellt sich jedoch zweitens auch, wenn der Ehemann seit drei Monaten in Chur wohnt.

Im ersten Beispielfall scheint nach dem Wortlaut von Art. 59 lit. b IPRG nur der spanische Ehemann am schweizerischen Wohnsitz seiner Frau klagen zu können. Da sie sich nicht seit mindestens einem Jahr in der Schweiz aufhält und nicht Schweizer Bürgerin ist, ist ihr die Klage an ihrem Wohnsitz verwehrt. Im zweiten Fall könnte argumentiert werden, dass den Ehegatten mangels einjähriger Aufenthaltsdauer nur das Gericht am Wohnsitz des Beklagten offensteht, nicht aber am eigenen Wohnsitz. Letzterer Fall ist besonders eigenartig, denn bei strenger Auslegung stünde den Ehegatten gar kein Gerichtsstand in der Schweiz zur Verfügung, obwohl im Falle eines Binnensachverhalts die Ehegatten nach Art. 135 Abs. 1 ZGB an ihrem eigenen Wohnsitz die Scheidung verlangen könnten, unabhängig davon, ob es sich um eine Scheidung auf gemeinsames Begehren oder auf Klage eines Ehegatten handelt.

Der Entscheid, ob auch in diesen Fällen am schweizerischen Wohnsitz eines Ehegatten die Scheidung auf gemeinsames Begehren eingereicht werden kann, hängt damit massgeblich davon ab, ob die in Art. 59 IPRG vorgenommene Privilegierung des Gerichtsstands am

Wohnsitz des Beklagten sich auch für die Situation der einvernehmlichen Scheidung rechtfertigen lässt.

cc) *Zuständigkeitsordnung von Art. 59 IPRG im Einzelnen*

Art. 59 IPRG knüpft die Zuständigkeit für Klagen auf Scheidung grundsätzlich an den Wohnsitz an und verlangt für den Klägergerichtsstand zusätzlich einen einjährigen Aufenthalt in der Schweiz oder die schweizerische Staatsbürgerschaft. Es hat sich aus den vorne dargestellten Gründen gezeigt, dass besonders die Voraussetzung der Aufenthaltsdauer problematisch und daher näher zu untersuchen ist.

Zunächst ist festzuhalten, dass Art. 59 IPRG auf den Fall der *Klage* auf Scheidung zugeschnitten ist. Auf diesem Hintergrund bezweckt die Einjahresfrist in Art. 59 lit. b IPRG zweierlei. Einerseits schützt sie die beklagte Partei davor, sich vor einem fremden Gericht verteidigen zu müssen, mit dessen Zuständigkeit sie nicht gerechnet hat. Andererseits dient die Frist der Unterbindung des Scheidungstourismus.⁹ Es soll nachfolgend gezeigt werden, dass keiner dieser beiden Gründe der Situation der einvernehmlichen Scheidung gerecht wird, weshalb die Sperrwirkung der einjährigen Aufenthaltsfrist im Falle der Scheidung auf gemeinsames Begehren unbeachtlich ist¹⁰.

Zum einen muss gegen das Argument der Schutzbedürftigkeit der beklagten Partei eingewandt werden, dass bei der Scheidung auf gemeinsames Begehren, anders als bei der Scheidung auf Klage, kein Bedürfnis besteht, eine Partei zuständigkeitsrechtlich vor einem ihr fremden Gerichtsstand zu schützen; die Ehegatten sind sich (zumindest) über den Scheidungspunkt und allenfalls auch die Nebenfolgen einig und durch das Einreichen der unterschriebenen Vereinbarung bekunden beide unmissverständlich ihren Willen, sich vom betreffenden Gericht scheiden lassen zu wollen.¹¹

Übrig bleibt demnach nur die Furcht vor unliebsamen "Scheidungstouristen". In der Literatur wird angeführt, dass bei der Scheidung auf gemeinsames Begehren die Möglichkeit des Scheidungstourismus im gleichen Umfang wie im kontradiktorischen Verfahren bestehe, weshalb die Schutzfunktion der Einjahresfrist zu beachten sei.¹² Dies

⁹ IPRG-Kommentar/VOLKEN, Art. 59 IPRG, N 15; SUTTER / FREIBURGHANUS, Art. 135, N 37.

¹⁰ Im Ergebnis gleich: WALTER/JAMETTI GREINER/SCHWANDER, Internationales Privat- und Verfahrensrecht, Texte und Erläuterungen, Bern 1993 (Stand 1. Februar 2000), 56.

¹¹ So auch PraxKomm/JAMETTI GREINER, Anh. IPR, N 8; SCHWANDER, Die Anwendung des neuen Scheidungsrechts in internationaler und in intertemporaler Hinsicht, AJP 1999, 1647, 1648.

¹² PraxKomm/LEUENBERGER, Art. 135, N 14.

wird auch damit begründet, dass die Ehegatten durch das Einreichen ihres gemeinsamen Scheidungsbegehrens wie eine klagende Partei ein Gerichtsverfahren einleiten und deshalb kein Unterschied zwischen dem einvernehmlichen und dem kontradiktorischen Verfahren zu machen sei.¹³ Diese Gefahr der missbräuchlichen Inanspruchnahme schweizerischer Gerichte ist m.E. jedoch aus mehreren Gründen als gering zu bewerten.

Art. 59 IPRG knüpft grundsätzlich am Wohnsitz einer Partei an. Dieser bestimmt sich im Anwendungsbereich des IPRG nach Art. 20 lit. a IPRG und verlangt - neben dem Aufenthalt - die Absicht des dauernden Verbleibens. Diese wird dahingehend definiert, *"dass die Person mit ihrem Verhalten zeigt, dass sie an einem bestimmten Ort oder in einem bestimmten Land den Mittelpunkt ihrer persönlichen und beruflichen Beziehungen begründet oder beibehält"*.¹⁴ Damit ist nicht (allein) der innere Wille massgebend, sondern die objektiv erkennbaren Umstände, welche auf einen solchen Willen schliessen lassen. Dabei sind auf die gesamten Umstände des Einzelfalles abzustellen. Es geht darum, den Mittelpunkt der Lebensinteressen zu bestimmen, der sich regelmässig nach den stärksten familiären Interessen und Bindungen bestimmt.¹⁵ Der Besuch in der Schweiz mit dem einzigen Zweck, das gemeinsame Scheidungsbegehren beim Gericht zu deponieren, begründet daher weder Wohnsitz noch Zuständigkeit. Im übrigen darf der Wohnsitz nicht missbräuchlich zur Begründung eines Gerichtsstandes verlegt worden sein.¹⁶

Ergibt diese Prüfung, dass eine Person ihren Wohnsitz nicht in der Schweiz hat, muss untersucht werden, ob ein ausländischer Wohnsitz besteht. Ist Letzteres der Fall, fällt eine schweizerische Zuständigkeit mangels Wohnsitzes von vornherein ausser Betracht. Hat die Person jedoch auch keinen ausländischen Wohnsitz, so tritt der gewöhnliche Aufenthalt an die Seite des Wohnsitzes (Art. 20 Abs. 2 IPRG).¹⁷ Eine natürliche Person hat ihren

¹³ PraxKomm/LEUENBERGER, Art. 135, N 14.

¹⁴ IPRG-Kommentar/KELLER/KREN KOSTKIEWICZ, Art. 20, N 19; Vgl. auch die Botschaft zum Bundesgesetz über das internationale Privatrecht vom 10. November 1982, BBl 1983 I 263, 316 ff.

¹⁵ IPRG-Kommentar/KELLER/KREN KOSTKIEWICZ, Art. 20, N 20; BaslerKomm/CHRISTEN-WESTENBERG, Art. 20 IPRG, N 12, 14; PATOCCHI/GEISINGER, Internationales Privatrecht, Zürich 2000, Art. 59 IPRG, N 3, 4; BGE 120 III 7, 8: Der innere Wille des Betroffenen betreffend des dauernden Verbleibens ist nur soweit massgebend, wie er durch äussere, für Dritte erkennbare Tatsachen bestätigt wird. Die Niederlassungsabsicht kann sich zudem unabhängig vom fremdenpolizeilichen, steuerlichen oder sozialversicherungsrechtlichen Domizil konkretisieren; BGE 119 II 64, 65: Verlässt ein Gatte den ehelichen Wohnsitz, darf die Begründung eines neuen, eigenen Wohnsitzes nicht leichthin angenommen werden. Ein entsprechender Wille muss sich vielmehr deutlich manifestiert haben. Besonders im internationalen Verhältnis ist die missbräuchliche Verlegung des Wohnsitzes – beispielsweise in den Heimatstaat – zur Begründung eines günstigen Gerichtsstandes zu verhindern (dazu SCHWANDER, AJP 1993, 740).

¹⁶ BGE 119 II 64, 65; SUTTER/FREIBURGHANUS, Art. 135, N 34.

¹⁷ IPRG-Kommentar/KELLER/KREN KOSTKIEWICZ, Art. 20, N 47; WALTER/JAMETTI GREINER/SCHWANDER (Fn. 10), 55.

gewöhnlichen Aufenthalt in dem Staat, in dem sie während einer längeren Zeit verweilt (Art. 20 Abs. 1 lit. b IPRG). Es wird die regelmässige Präsenz einer Person an einem Ort zusammen mit der Begründung von beruflichen oder persönlichen Beziehungen gefordert.¹⁸ Damit kommt es auch beim gewöhnlichen Aufenthalt auf den Schwerpunkt der Lebensverhältnisse an, auch wenn der äussere Anschein eine grössere Rolle als beim Wohnsitz spielt.¹⁹

Aus diesen Ausführungen wird deutlich, dass weder Wohnsitz noch Aufenthalt leicht begründet werden können und auf jeden Fall eine Verlagerung des Lebensschwerpunktes in die Schweiz verlangt wird, der sich gegen Aussen manifestieren muss und - im Falle des gewöhnlichen Aufenthalts - von einer gewissen Dauer sein muss.²⁰ Schon dadurch ist die Gefahr von Scheidungstourismus m. E. wenig realistisch. Hinzu kommt, dass solche „Touristen“ auf Grund der Distanz allenfalls aus den Nachbarstaaten zu befürchten sind. Mit diesen ist aber aus zwei Gründen kaum zu rechnen. So kennen unsere Nachbarstaaten – mit unterschiedlicher Ausgestaltung – die Scheidung auf gemeinsames Begehren ebenfalls und das schweizerische Scheidungsrecht bietet im Vergleich keine gewichtigen Vorteile.²¹ Es ist auch nicht ersichtlich, dass die bundesrechtliche oder kantonale Ausgestaltung des Prozessrechts den Parteien entscheidende Erleichterungen gewährt. Zweitens ist realistischerweise kaum damit zu rechnen, dass jemand auf die Idee kommt, seinen Wohnsitz zum Zwecke der Scheidung ins Ausland zu verlegen. Wer jedoch in der Schweiz seinen Wohnsitz oder u.U. gewöhnlichen Aufenthalt hat, soll auch die schweizerischen Gerichte zur Einreichung einer Scheidung auf gemeinsames Begehren in Anspruch nehmen können.

dd) Ergebnis

Aus den oben ausgeführten Gründen entfällt das Bedürfnis, den Beklagten vor einem unerwarteten Klägergerichtsstand zu schützen. Des weiteren wird die Gefahr des Scheidungstourismus, soweit sie überhaupt bestehen sollte, überbewertet. Auf alle Fälle

¹⁸ BaslerKomm/CHRISTEN-WESTENBERG, Art. 20 IPRG, N 23 f.

¹⁹ So hielt das Bundesgericht in einer Entscheidung aus dem Jahre 1991 fest, dass bei der Beurteilung des gewöhnlichen Aufenthaltes stärker als beim Wohnsitz auf den äusseren Anschein als auf den inneren Willen abzustellen sei. Massgebend sei aber wie beim Wohnsitz, wo sich der Schwerpunkt der Lebensverhältnisse befinde, BGE 117 II 334, 337.

²⁰ BGE 117 II 334, 338: Kein gewöhnlicher Aufenthalt nach dreieinhalb Monaten.

²¹ Österreich und Deutschland verlangen vor Einreichung des Scheidungsbegehrens eine Trennungszeit von 6 beziehungsweise 12 Monaten (§ 55a des Ehegesetzes von Österreich, § 1566 BGB). Frankreich schreibt eine Bedenkzeit von drei Monaten zwischen der ersten und zweiten gerichtlichen Anhörung vor (Art. 230, 231 CC). Für Italien vgl. Art. 4 Abs. 1 und Art. 13 des Gesetzes über die Auflösung der Ehe.

überwiegt das Interesse der Ehepartner, das gemeinsame Scheidungsbegehren am schweizerischen Wohnsitz des einen Ehegatten einreichen zu können. Die einjährige Karenzfrist ist daher bei der Scheidung auf gemeinsames Begehren nicht zu beachten. Es besteht daher für ein Scheidungsbegehren nach Art. 111 f. ZGB immer dann eine internationale schweizerische Zuständigkeit, wenn mindestens ein Ehegatte Wohnsitz in der Schweiz hat, unabhängig davon, wie lange dieser Wohnsitz besteht. Im Ergebnis entspricht diese Lösung der Zuständigkeitsordnung von Art. 135 Abs. 1 ZGB.

b) Der Wechsel zur Klage gemäss Art. 113 ZGB

aa) Allgemeines

Zu einem Wechsel zur Klage gemäss Art. 113 ZGB kommt es dann, wenn ein gemeinsames Scheidungsbegehren rechtshängig ist, aber kein Scheidungsurteil gefällt werden kann, weil ein Ehegatte sein Scheidungsbegehren widerruft oder weil das Gericht zum Entscheid gelangt, dass die Voraussetzungen für eine Scheidung auf gemeinsames Begehren nicht erfüllt sind.²² Sinn und Zweck von Art. 113 ZGB ist es, dass durch den Wechsel zur Klage die durch die Einreichung des gemeinsamen Scheidungsbegehren begründete örtliche Zuständigkeit, die Rechtshängigkeit und auch allfällig angeordnete vorsorgliche Massnahmen bestehen bleiben.²³

Beim Verfahren nach Art. 113 ZGB handelt es sich um ein „normales“ kontradiktorisches Verfahren mit Kläger und Beklagtem, für welches die Zuständigkeit nach Art. 59 IPRG zu beurteilen ist. Es stellt sich somit die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen die ursprüngliche, durch die Einreichung des gemeinsamen Scheidungsbegehren begründete Zuständigkeit bestehen bleibt.

bb) Zuständigkeitsrechtliche Fragestellung

Die sich aus Art. 113 ZGB ergebende zuständigkeitsrechtliche Problematik lässt sich mit dem Beispiel des deutsch-spanischen Ehepaars verdeutlichen. Tritt das Gericht am schweizerischen Wohnsitz der deutschen Ehefrau auf das gemeinsame Scheidungsbegehren ein und widerruft ein Ehegatte seinen Scheidungswillen, kann der spanische Ehemann seine Klage nach Art. 113 ZGB beim selben Gericht einreichen (Art. 59 lit. a IPRG). Demgegenüber kann die Ehefrau nicht an ihrem schweizerischen Wohnsitz gemäss Art. 113 ZGB klagen, da der beklagte Ehemann keinen Wohnsitz in der

²² Art. 111 Abs. 2 und Art. 113 ZGB.

²³ PraxKomm/FANKHAUSER, Art. 113, N 1.

Schweiz hat und sie sich noch nicht ein Jahr in der Schweiz aufhält (Art. 59 lit. b IPRG). Es stellt sich somit die Frage, wie diese Diskrepanz sachgerecht gelöst werden kann.

Für das Eintreten des Gerichts auf die Klage der Ehefrau trotz fehlender Zuständigkeit gemäss Art. 59 lit. b IPRG sprechen prozessökonomische Gründe. Im Zeitpunkt des Wechsels zur Klage werden in der Regel bis zum Ablauf der einjährigen Frist nach Art 59 lit. b IPRG nur wenige Wochen bis allenfalls einige Monate ausstehen. Es erscheint daher sinnvoll, auf die Klage trotz der zur Zeit fehlenden Zuständigkeit einzutreten, sofern die Zuständigkeit desselben Gerichts kurze Zeit später begründet wäre.²⁴

Für das Nichteintreten spricht demgegenüber, dass sich die Zuständigkeit bei einem Wechsel zur Scheidung auf Klage nach Art. 59 IPRG, einschliesslich der strengeren Vorschrift von Art. 59 lit. b IPRG bestimmt.²⁵ Der Zweck von Art. 113 ZGB kann die fehlende Zuständigkeit für Klagen bei internationalen Verhältnissen nicht ersetzen. Es wird ausserdem argumentiert, dass das ursprüngliche Scheidungsbegehren nicht in eine (antizipierte) vorbehaltlose Einlassung zu Gunsten eines unzuständigen Gerichts interpretiert werden dürfe.²⁶ Dies schliesse schon Art. 6 IPRG aus, welcher die Einlassung nur für vermögensrechtliche Streitigkeiten vorsieht.²⁷

cc) Lösungsansatz

Bei der Entscheidung, ob die Ratio von Art. 113 ZGB dazu führen kann, das Eintreten des Gerichts trotz fehlender Zuständigkeit zu befürworten, ist zu bedenken, dass bei internationalen Sachverhalten die Grundsätze und Ideen des nationalen Rechts nicht vorbehaltlos übernommen werden dürfen. Besondere Aufmerksamkeit muss hingegen immer der Anerkennungsfähigkeit eines in der Schweiz gefällten Urteils im Ausland gewidmet werden.²⁸

24 PraxKomm/JAMETTI GREINER, Anh. IPR, N 9.

25 SCHWANDER, AJP 1999, 1647, 1648.

26 SUTTER/FREIBURGHHAUS, Art. 135, N 49.

27 SUTTER/FREIBURGHHAUS, Art. 135, N 49; IPRG-Kommentar/VOLKEN, Art. 6, N 6 und Art. 59, N 19; ebenso SCHWANDER, Einführung in das internationale Privatrecht, Zweiter Band: Besonderer Teil, St. Gallen / Lachen SZ 1997, N 147, Fn. 33; anders die Botschaft zum Bundesgesetz über das internationale Privatrecht (Fn. 14), welche festhält, dass sich die Frist nach Art. 59 lit. b IPRG erübrigt, sofern sich der beklagte Ehegatte vorbehaltlos einlässt, 357.

28 Insbesondere bei Scheidungen von ausländischen Staatsangehörigen ist damit zu rechnen, dass die betroffenen Personen auf die Anerkennung des Urteils im Ausland – sei es im Rahmen einer Wiederverheiratung, aus erbrechtlichen oder anderen Gründen – angewiesen sind.

Tritt das Gericht auf die Klage nach Art. 113 ZGB trotz fehlender internationaler Zuständigkeit ein und ist die Zuständigkeit auch im Zeitpunkt der Sachentscheidung nicht gegeben, wird die Scheidung von einem Gericht ausgesprochen, welches formell nicht zuständig ist.²⁹ Damit ist das Scheidungsurteil aller Wahrscheinlichkeit im Ausland weder anerkennbar noch vollstreckbar.³⁰ Ein Eintreten auf die Klage trotz fehlender Zuständigkeit ist daher im Interesse der Parteien abzulehnen. Andererseits bewirkt das Nichteintreten, dass z. B. allfällig verfügte vorsorgliche Massnahmen wegfallen, was ebensowenig im Interesse der Parteien sein kann. Somit ist auch das Nichteintreten auf die Klage unbefriedigend.

Eine den Interessen der Parteien gerecht werdende Lösung ist in Art. 113 ZGB selbst vorgezeichnet. Danach hat das Gericht den Ehegatten eine Frist zu setzen, um das Scheidungsbegehren durch eine Klage zu ersetzen. Die Dauer dieser Frist wird im Gesetz nicht geregelt, deren Festsetzung wird vielmehr dem Ermessen des Gerichts überlassen.³¹ Das Gericht kann die Frist daher so bemessen, dass während derselben die einjährige Frist nach Art. 59 lit. b IPRG verstreicht. Dieser Lösungsvorschlag soll anhand eines Beispiels verdeutlicht werden.

Das deutsch-spanische Ehepaar hatte ihr gemeinsames Scheidungsbegehren am schweizerischen Wohnsitz der deutschen Ehefrau eingereicht. Einen Monat später fand die erste Anhörung statt. Knapp vor Ablauf der zweimonatigen Bedenkfrist widerruft der spanische Ehemann seinen Scheidungswillen. Im Zeitpunkt des Widerrufs befindet sich die Ehefrau seit knapp sechs Monaten in der Schweiz. Sofern das Gericht eine Frist von sechs bis sieben Monaten ansetzt, ist es auch der Ehefrau möglich, durch Einreichung der Klage die Rechtshängigkeit und schweizerische Zuständigkeit aufrechtzuerhalten.³² Diese vordergründig vielleicht etwas lang erscheinende Frist rechtfertigt sich durch die Internationalität des Sachverhalts, durch die Zuständigkeitsregelung in Art. 59 lit. b IPRG und durch die gesteigerte Anerkennungsfähigkeit des Urteils im Ausland. Falls das Gericht eine kürzere Frist ansetzt, kann im übrigen das gleiche Ergebnis durch Fristerstreckungsgesuche der Klägerin erzielt werden.³³

²⁹ Vgl. BaslerKomm/SIEHR, Art. 59 IPRG, N 10.

³⁰ Vgl. Art. 2 des Haager Übereinkommen über die Anerkennung von Ehescheidungen und Ehetrennungen vom 1. Juni 1970 (SR 0.211.212.3): Die Anerkennung des Gerichtsstandes am Aufenthaltsort des Antragstellers verlangt neben dessen Aufenthalt im Urteilsstaat noch weitere Voraussetzungen.

³¹ SUTTER/FREIBURGHAUS, Art. 113, N 10.

³² Die Ehefrau kann gemäss Art. 59 lit. a IPRG schon vorher am (schweizerischen) Wohnsitz ihres Ehemannes Klage einreichen.

³³ Die Frist in Art. 113 ZGB ist erstreckbar, da sie eine richterliche Frist ist, vgl. STAEHELIN/SUTTER, Zivilprozessrecht nach den Gesetzen der Kantone Basel-Stadt und Basel-Landschaft und Einbezug des Bundesrechts, Zürich 1992, 127.

Ein besonderes, hier nicht weiter zu vertiefendes, Problem stellt sich schliesslich, wenn in unserem Beispielfall die Ehefrau vor Ablauf der einjährigen Aufenthaltsdauer ihren Wohnsitz ins Ausland verlegt, bevor sie die Klage einreicht. In diesem Fall könnte zwar der Ehemann aufgrund der durch die Einreichung des gemeinsamen Scheidungsbegehrens begründeten Rechtshängigkeit und der damit verbundenen Fixierung der örtlichen Zuständigkeit des Gerichts seine Klage bei jenem einreichen (Art. 59 lit. a IPRG). Der Ehefrau wäre die Klageeinreichung jedoch aufgrund der mangelnden Aufenthaltsdauer in der Schweiz verwehrt (Art. 59 lit. b IPRG). Zur Vermeidung dieser unbefriedigenden Konsequenz ist dem Ehegatten mit unterjährigem Wohnsitz in der Schweiz deshalb von einer Wohnsitzverlegung ins Ausland abzuraten, solange die vom Gericht gesetzte Frist zur Einreichung der Klage noch nicht abgelaufen ist.

dd) Ergebnis

Es ist somit im Ergebnis festzuhalten, dass weder das (unmittelbare) Eintreten noch Nichteintreten den Parteiinteressen oder dem Zweck von Art. 113 ZGB gerecht wird. Die Lösung kann darin gefunden werden, dass das Gericht die Frist zur Klage gemäss Art. 113 ZGB so ansetzt, dass während derselben die in Art. 59 lit. b IPRG vorausgesetzte einjährige Wartefrist verstreichen kann. Setzt das Gericht eine kürzere Frist an, soll es dieselbe auf entsprechendes Gesuch hin erstrecken. Auf diesem Weg kann sowohl der Ehegatte mit Wohnsitz im Ausland als auch derjenige mit Wohnsitz in der Schweiz beim Gericht nach Art. 113 ZGB klagen, bei dem die Ehegatten ihr gemeinsames Begehren auf Scheidung eingereicht hatten. Darüberhinaus wird auch die Rechtshängigkeit erhalten und die vorsorglichen Massnahmen bleiben aufrecht.

3. Bei der Klage auf Scheidung

a) Klage aufgrund Getrenntlebens

Verlangt ein Ehegatte nach Art. 114 ZGB die Scheidung, weil die Ehegatten bei Eintritt der Rechtshängigkeit oder bei Wechsel zur Klage mindestens vier Jahre getrennt gelebt haben, ergeben sich zuständigkeitsrechtlich keine besonderen Probleme. Die internationale Zuständigkeit der Schweiz richtet sich nach Art. 59 IPRG, einschliesslich der strengeren Voraussetzungen des Art. 59 lit. b IPRG.

Ist schweizerisches Recht auf die Scheidung anwendbar (Art. 61 Abs. 1 IPRG), richtet sich die Auslegung des Begriffs des "Getrenntlebens" nach schweizerischem Recht. Insbesondere kommt es nicht darauf an, ob die Parteien im In- oder Ausland getrennt gelebt haben. Für die Berechnung der Vierjahresfrist ist nur die in der Schweiz anhängig

gemachte Klage massgebend.³⁴ Diese Fragen richten sich demgegenüber bei der Anwendung ausländischen Rechts (Art. 61 Abs. 2 IPRG) nach den jeweiligen ausländischen Bestimmungen.

b) Klage aufgrund Unzumutbarkeit

Die internationale Zuständigkeit bei der Klage eines Ehegatten auf Scheidung wegen Unzumutbarkeit gemäss Art. 115 ZGB bestimmt sich nach Art. 59 IPRG, wobei sich diesbezüglich keine speziellen Probleme ergeben.

Die Unzumutbarkeit bzw. die schwerwiegenden Gründe gemäss Art. 115 ZGB beurteilen sich dabei nach schweizerischem Recht, auch wenn die Ehegatten im Ausland Wohnsitz hatten.³⁵

4. Bei den Scheidungsfolgen

Nach Art. 63 Abs. 1 IPRG sind die für die Klagen auf Scheidung zuständigen schweizerischen Gerichte auch für die Regelung der Scheidungsnebenfolgen zuständig. Durch die Neuregelung des revidierten Scheidungsrechts im Bereich der Nebenfolgen ergeben sich, was die Zuständigkeit angeht, mit Ausnahme des Vorsorgeausgleichs keine neuen Schwierigkeiten.³⁶

Um die gesetzesmässige und angemessene Aufteilung der beruflichen Vorsorge der Ehegatten prüfen bzw. vornehmen zu können, muss das Zivilgericht die konkrete Ausgestaltung des Vorsorgeverhältnisses zwischen den Ehegatten und deren Vorsorgeeinrichtung kennen. Im Urteil weist es dann die Vorsorgeeinrichtung an, den gerichtlich festgesetzten Betrag zu überweisen. Dies wirft insbesondere dann Probleme auf, wenn in einem schweizerischen Scheidungsverfahren das Verhältnis zwischen einer Vorsorgeeinrichtung des ausländischen Rechts und einem Ehegatten abgeklärt werden muss bzw. einer ausländischen Vorsorgeeinrichtung gerichtliche Anweisungen erteilt werden sollten. Dazu ist das schweizerische Zivilgericht aber nach den allgemeinen Regeln der Gerichtsbarkeit nicht zuständig. Es hat daher entweder das Scheidungsverfahren bis zur

³⁴ So auch SCHWANDER, AJP 1999, 1647, 1649, der ausserdem zu Recht darauf hinweist, dass die verhältnismässig lange Dauer des Getrenntlebens es schwierig macht, aus langen Fristen ausländischer Scheidungsrechte eine Unzumutbarkeit der Klage im Ausland gemäss Art. 60 IPRG abzuleiten.

³⁵ So auch SCHWANDER, AJP 1999, 1647, 1649.

³⁶ Dies gilt insbesondere für persönliche Nebenfolgen (Art. 119 ZGB), das Güterrecht (Art. 120 ZGB) und die Kindesbelange (Art. 133 f. ZGB), SCHWANDER, AJP 1999, 1647, 1650.

Klärung der Höhe der jeweiligen Guthaben zu sistieren oder den Vorsorgeausgleich in ein separates Verfahren zu verweisen.³⁷

III. Weitere verfahrensrechtliche Bestimmungen im Scheidungsrecht

Der Gesetzgeber hat in den Art. 135 ff. ZGB eine ganze Reihe von Verfahrensbestimmungen in das materielle Scheidungsrecht aufgenommen. Zudem ist die Scheidung auf gemeinsames Begehren erheblich vom Verfahren geprägt.³⁸ Dies stellt insofern ein Problem dar, als im internationalen Privatrecht zwischen dem in der Sache anwendbaren Recht (*lex causae*) und dem unabhängig davon zu bestimmenden Verfahrensrecht differenziert werden muss (*lex fori*). Ist z.B. aufgrund Art. 61 Abs. 2 IPRG auf die Scheidung ausländisches Recht anwendbar, stellt sich die Frage, ob und gegebenenfalls welche Verfahrensbestimmungen des revidierten schweizerischen Scheidungsrechts das Gericht anzuwenden hat. Dabei ist aufgrund der unterschiedlichen Natur dieser Bestimmungen zu differenzieren.

Einerseits existieren Verfahrensbestimmungen, welche im Scheidungsgrund der Scheidung auf gemeinsames Begehren enthalten sind oder die Scheidungsfolgen regeln. Das einzuhaltende Verfahren ist dabei untrennbarer Bestandteil des Scheidungsgrunds oder der Scheidungsfolgen und ist daher Teil des Sachrechts (z. B. die zweimonatige Bedenkfrist nach Art. 111 Abs. 2 ZGB).³⁹ Dies bedeutet, dass die prozessuale Vorschriften, welche die Verwirklichung des materiellen Scheidungsrechts bewirken wollen, der *lex causae* zu entnehmen sind.⁴⁰

Anders zu beurteilen sind die Verfahrensbestimmungen im engeren Sinn, welche den Gang des Scheidungsprozesses betreffen und nicht schon durch das IPRG selbst geregelt werden (wie z.B. die Zuständigkeit oder die Rechtshängigkeit). Dazu gehören die Zulassung neuer Anträge und Rechtsbegehren (Art. 138 ZGB), die Erforschung des Sachverhalts im streitigen Verfahren (Art. 139 ZGB), die Genehmigung der Scheidungskonvention (Art. 140 ZGB) und die Rechtsmittel (Art. 148 f. ZGB). Daneben haben die Kantone in ihren Prozessordnungen ergänzende Vorschriften erlassen, welche das Scheidungsverfahren

³⁷ Ausführlich SCHWANDER, AJP 1999, 1647, 1651 f.

³⁸ PraxKomm/LEUENBERGER, Vorbem. zu Art. 135-139 ZGB, N 1.

³⁹ PraxKomm/LEUENBERGER, Vorbem. zu Art. 135-139 ZGB, N 5 m. w. Nw; SUTTER-SOMM, Neuerungen im Scheidungsverfahren, in: HAUSHEER (Hrsg.), Vom alten zum neuen Scheidungsrecht, Bern 1999, 217, 218.

⁴⁰ SCHWANDER, AJP 1999, 1647, 1650, welcher festhält, dass auf die Anwendung entweder des inländischen oder eines bestimmten ausländischen Rechts als Ganzes zu tendieren sei, soweit materielles Recht notwendigerweise mit bestimmten prozessrechtlichen Instituten und Regeln verknüpft ist.

betreffen. Das Gericht hat diese (schweizerischen) Regeln im Grundsatz zu beachten, auch wenn nach Art. 61 Abs. 2 IPRG ausländisches Heimatrecht auf die Scheidung anzuwenden ist. Es hat allerdings darauf zu achten, dass dadurch (z.B. durch die Regelung des Novenrechts) die Anerkennungsfähigkeit des Urteils im Heimatstaat nicht gefährdet wird.

IV. Zusammenfassung

Die internationale Zuständigkeit bei der Scheidung auf gemeinsames Begehren ist im IPRG nicht ausdrücklich geregelt. Da die bestehende Zuständigkeitsregelung auf die Klage auf Scheidung zugeschnitten ist, müssen die entsprechenden Bestimmungen im Blick auf die Interessenlage bei der einvernehmlichen Scheidung angepasst werden. Hat ein Ehegatte Wohnsitz in der Schweiz, besteht daher eine schweizerische Zuständigkeit unabhängig von der Aufenthaltsdauer. Beim Wechsel auf Klage nach Art. 113 ZGB hat das Gericht wegen Art. 59 lit. b IPRG darauf zu achten, dass der Ehegatte mit schweizerischem Wohnsitz im Zeitpunkt der Einreichung der Klage sich mindestens seit einem Jahr in der Schweiz aufhält. Bei der Aufteilung der beruflichen Vorsorge ist das Schweizer Gericht u.U. international gar nicht zuständig und hat das Verfahren bis zur Klärung der Höhe der individuellen Guthaben im Ausland zu sistieren. Schliesslich folgen Verfahrensbestimmungen, die untrennbar mit dem materiellen Scheidungsrecht verknüpft sind, dem Scheidungsstatut.

Relevante Gesetzesbestimmungen

Art. 111 ZGB Art. 20 IPRG

Art. 112 ZGB Art. 59 IPRG

Art. 113 ZGB Art. 60 IPRG

Art. 114 ZGB Art. 61 IPRG

Art. 115 ZGB Art. 62 IPRG

Art. 122 ZGB Art. 63 IPRG

Art. 135 ZGB Art. 64 IPRG

Art. 138 ZGB

Art. 139 ZGB

Art. 140 ZGB

Art. 148 ZGB

Stichworte

Internationale Zuständigkeit

Scheidung auf gemeinsames Begehren

Wechsel zur Scheidung auf Klage

Klage auf Scheidung

Scheidungsnebenfolgen

Scheidungsrechtliche Verfahrensbestimmungen

Wohnsitz

Gerichtsstand