



Universität
Basel

Universitätsbibliothek

edoc

Institutional Repository of the University of Basel
University Library
Schoenbeinstrasse 18-20
CH-4056 Basel, Switzerland
<http://edoc.unibas.ch/>

UB | Für alle offen

Year: 2012

Scheidung in internationalen Verhältnissen

Widmer Lüchinger, Corinne and Grolimund, Pascal

Posted at edoc, University of Basel

Official URL: <http://edoc.unibas.ch/dok/A6031584>

Originally published as:

Widmer Lüchinger, Corinne and Grolimund, Pascal. (2012) *Scheidung in internationalen Verhältnissen*. In: Sechste Schweizer Familienrechtstage. Bern, S. 201-233.

Mit freundlicher Genehmigung des Stämpfli Verlags.

Andrea Büchler
Ingeborg Schwenger

HERAUSGEBERINNEN

INGEBORG SCHWENZER
ANDREA BÜCHLER
MICHELLE COTTIER

Sechste Schweizer Familienrecht§Tage

26./27. Januar 2012
in Zürich



Stämpfli Verlag

www.schriftenreihe.fampra.ch

Andrea Büchler / Ingeborg Schwenzer

Sechste Schweizer Familienrechtstage
26./27. Januar 2012 in Zürich

BAND 18

SCHRIFTENREIHE ZUM FAMILIENRECHT
COLLECTION DE DROIT DE LA FAMILLE

FAMPRA.ch

© Stämpfli Verlag AG Bern

SCHRIFTENREIHE ZUM FAMILIENRECHT
COLLECTION DE DROIT DE LA FAMILLE

FAMPRA.ch

HERAUSGEBERINNEN

Ingeborg Schwenzer
Andrea Büchler
Michelle Cottier

Andrea Büchler
Professorin an der Universität Zürich

Ingeborg Schwenzer
Professorin an der Universität Basel

Sechste Schweizer Familienrecht§Tage

26./27. Januar 2012 in Zürich



Stämpfli Verlag

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten, insbesondere das Recht der Vervielfältigung, der Verbreitung und der Übersetzung. Das Werk oder Teile davon dürfen ausser in den gesetzlich vorgesehenen Fällen ohne schriftliche Genehmigung des Verlags weder in irgendeiner Form reproduziert (z. B. fotokopiert) noch elektronisch gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

Gesamtherstellung:
Stämpfli Publikationen AG, Bern
Printed in Switzerland

© Stämpfli Verlag AG Bern · 2012

www.staempfliverlag.com

ISBN 978-3-7272-2866-7



Arbeitskreis 10:

Scheidung in internationalen Verhältnissen

Corinne Widmer Lüchinger, Prof. Dr. iur., Advokatin, Professorin an der Universität Basel

Pascal Grolimund, PD Dr. iur., LL.M., Advokat, Partner bei Kellerhals Anwälte, Basel

Stichwörter: *Schuldneranweisung im internationalen Verhältnis, Scheidung nach jüdischem Recht, Neuerungen im Arrest, güterrechtliche Auseinandersetzung bei Liegenschaften im Ausland, grenzüberschreitende Zustellung und Verweigerung der Anerkennung wegen Verletzung des formellen Ordre public, Neuerungen im Internationalen Kindesschutz.*

Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung	202
II.	Schuldneranweisung im internationalen Verhältnis	202
	1. Ausgangslage	202
	2. BGE 138 III 11 ff.	206
	3. Weitere "hybride" Rechtsinstitute des Familienrechts	210
III.	Rechtshängigkeit und Anerkennung in Bezug auf eine Scheidung nach jüdischem Recht	211
	1. Ausgangslage	211
	2. OGer Zürich, Beschluss vom 17. Juni 2010	213
	3. Berücksichtigung der ausländischen Rechtshängigkeit	216
	4. Konsequenzen einer anschliessenden Scheidung nach jüdischem Recht ("Doppelscheidung")	219
	5. Welches Recht hat das schweizerische Gericht auf die Scheidung anzuwenden?	219
IV.	Neuerungen im Arrest	220
V.	Güterrechtliche Auseinandersetzung bei Liegenschaften im Ausland	221
VI.	Grenzüberschreitende Zustellung und Verweigerung der Anerkennung wegen Verletzung des formellen Ordre public	223
VII.	Neuerungen im Internationalen Kindesschutz	225
VIII.	Rechtsprechungsübersicht zum Internationalen Familienrecht (Bundesgerichtsentscheide 2009–2011)	227
		201

I. Einleitung*

Das Internationale Familien- bzw. Scheidungsrecht war zuletzt Gegenstand eines eigenen Arbeitskreises anlässlich der Dritten Schweizer Familienrecht§Tage vom 23./24. Februar 2006 in Basel. Der daraus hervorgegangene Beitrag von IVO SCHWANDER und LUKAS BOPP ist im betreffenden Tagungsband publiziert.¹ Er gibt einen guten Überblick zu Struktur und Inhalt des schweizerischen Internationalen Scheidungsrechtes. Die dortigen Ausführungen haben nichts an Aktualität verloren. Sie bildeten gleichsam Ausgangspunkt des an den Sechsten Schweizer Familienrecht§Tagen unter dem gleichen Titel abgehaltenen Arbeitskreises. Letzterer ging einen Schritt weiter und befasste sich mit der inzwischen zahlreich ergangenen Rechtsprechung zum Internationalen Scheidungsrecht. Diese findet sich in Form einer Übersicht am Ende des vorliegenden Beitrags. Im Detail behandelt wurden folgende Themen:

- Schuldneranweisung im internationalen Verhältnis (zugleich Besprechung von BGE 138 III 11 ff.);
- Rechtshängigkeit und Anerkennung in Bezug auf eine Scheidung nach jüdischem Recht (zugleich Besprechung von OGer Zürich, Beschluss vom 17. Juni 2010);
- Neuerungen im Arrest;
- güterrechtliche Auseinandersetzung bei Liegenschaften im Ausland;
- grenzüberschreitende Zustellung und Verweigerung der Anerkennung wegen Verletzung des formellen Ordre public und
- Neuerungen im Internationalen Kinderschutz.

Den aufgeführten Schwerpunktthemen folgt auch die Gliederung des nachfolgenden Beitrags.

II. Schuldneranweisung im internationalen Verhältnis

1. Ausgangslage

Die Rechtsnatur der Schuldneranweisung hat in der Vergangenheit schon verschiedentlich zu Auslegungsschwierigkeiten geführt. Während in der Lehre teilweise die Ansicht vertreten wird, dass es sich bei der Schuldneranweisung um ein

* Herrn Lionel Schüpbach, MLaw, und Frau lic. iur. Sonja Berchtold danken wir für die wertvolle Unterstützung bei der Ergänzung der Fussnoten und der Zusammenstellung der Rechtsprechungsübersicht.

1 SCHWANDER/BOPP, Internationale Scheidungen, in: SCHWENZER/BÜCHLER (Hrsg.), Dritte Schweizer Familienrecht§Tage: 23./24. Februar 2006 in Basel, Bern 2006, 139 ff.

Institut des materiellen Rechts handle,² qualifizierte sie das Bundesgericht bisher im Wesentlichen als privilegierte Zwangsvollstreckungsmassnahme.³ Weiter hat das Bundesgericht klargestellt, dass es sich bei der Schuldneranweisung grundsätzlich nicht um eine vorsorgliche Massnahme handelt.⁴ Die jeweilige Qualifikation war in der bisherigen Rechtsprechung für den Rechtsmittelweg entscheidend. Es stellte sich die Frage, ob eine Zivilsache i.S. von Art. 44 ff. a.F. OG vorlag, mit der Folge, dass gegebenenfalls das Rechtsmittel der Berufung offen stand.⁵ Unter dem Bundesgerichtsgesetz (BGG) galt es sodann zu klären, ob die eingeschränkten Beschwerdegründe für Beschwerden gegen Entscheide über vorsorgliche Massnahmen nach Art. 98 BGG zum Tragen kommen.⁶

Demgegenüber fehlte es bisher an einer Entscheidung des Bundesgerichts zur international-privatrechtlichen Qualifikation der Schuldneranweisung.⁷ Insoweit ist zunächst darauf hinzuweisen, dass die Schuldneranweisung in unterschiedlichen Konstellationen in Erscheinung treten kann. Für das Eheschutzverfahren ist Art. 177 ZGB die einschlägige Rechtsquelle; soweit es um Schuldneranweisungen mit Bezug auf den Kindesunterhalt geht, ist Art. 291 ZGB zu beachten. Für den nahehelichen Unterhalt richtet sich die Schuldneranweisung nach Art. 132 ZGB. Weiter kann die Schuldneranweisung im gleichen Verfahren beantragt werden, in welchem auch über den Unterhaltsanspruch entschieden wird.⁸ Daneben erscheint auch die separate, eigenständige Schuldneranweisung von praktischer Relevanz, welche im Nachgang zum Unterhaltsentscheid erfolgt. Hier erfüllt der Unterhaltsverpflichtete zunächst seine Schuld, stellt später aber die Unterhaltszahlungen ein. Häufigster Anwendungsfall der Schuldneranweisung ist die Lohnanweisung an den Arbeitgeber.⁹ Praxisgemäss wird der Arbeitgeber nicht in das familienrechtliche Verfahren einbezogen. Die betreffende Verfügung des Gerichts wird ihm lediglich zugestellt, gegebenenfalls verbunden mit einer Strafandrohung nach

2 BaslerKomm/SCHWANDER, Art. 177 ZGB, N 3; BaslerKomm/BREITSCHMID, Art. 292 ZGB, N 5; BernerKomm/HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 177 ZGB, N 19; BernerKomm/HEGNAUER, Art. 291 ZGB, N 13; SUHNER, Anweisungen an die Schuldner (Art. 177 und 291 ZGB), Diss., St. Gallen 1992, 154 ff.; SUTTER/FREIBURGHaus, Kommentar zum neuen Scheidungsrecht, Zürich 1999, Art. 132 ZGB, N 4; SANDOZ, L'avis aux créanciers des art. 171 (177 nCC) et 291 CC est-il une mesure d'exécution forcée?, BJSchK 1988, 81, 86 f.

3 So in BGE 130 III 489, 491 f.; BGE 110 II 9, 13 f.; zu letzterem Entscheid siehe kritisch VOGEL, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1984, ZBJV 1986, 490, 497 f.

4 BGE 137 III 193, 196 f.

5 BGE 110 II 9, 14.

6 BGE 137 III 193, 196 f.

7 Das Bundesgericht äusserte sich in BGE 130 III 489, 491 nur am Rande zu dieser Frage.

8 BernerKomm/HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 177 ZGB, N 9a; WEBER, Anweisung an die Schuldner, Sicherstellung der Unterhaltsförderung und Verfügungsbeschränkung, AJP 2002, 235, 237 f. m.w.H.

9 BaslerKomm/SCHWANDER, Art. 177 ZGB, N 12; SUHNER (Fn. 2), 71 ff.

Art. 292 StGB.¹⁰ Materiell-rechtlich besteht für den Arbeitgeber die Gefahr der Doppelzahlung.¹¹ Widersetzt er sich der richterlichen Anweisung und bezahlt den Lohn gleichwohl an den Unterhaltsschuldner, muss er damit rechnen, dass er später nochmals vom Unterhaltsgläubiger belangt wird.¹²

Ähnlich wie im Binnenverhältnis liesse sich die Schuldneranweisung auch im Internationalen Privatrecht auf dreierlei Weise qualifizieren, nämlich materiell-rechtlich, als vorsorgliche Massnahme oder vollstreckungsrechtlich. Die jeweilige Auslegung hätte namentlich folgende Konsequenzen:

Folgte man einer materiell-rechtlichen Betrachtungsweise, wäre die Zuständigkeit für die Anordnung einer Schuldneranweisung den Art. 46 f. IPRG zu entnehmen. Zuständig wären die schweizerischen Gerichte am Wohnsitz bzw. subsidiär am gewöhnlichen Aufenthaltsort eines der Ehegatten.¹³ Weiter zu beachten wäre die Heimatzuständigkeit nach Art. 47 IPRG, soweit einer der Ehegatten Schweizer Bürger und eine Massnahme im Ausland unmöglich ist oder nur in unzumutbarer Weise erwirkt werden kann.¹⁴ Wohnt etwa ein Ehegatte in der Schweiz und der andere in Deutschland, wären die Schweizer Gerichte folglich immer zuständig, unabhängig davon, wo der betreffende Arbeitgeber seinen Sitz bzw. seine Niederlassung hat (z.B. Deutschland). Soweit es um die Sicherung der Unterhaltsansprüche des Kindes geht, wären Art. 79 f. IPRG zu beachten. Die schweizerische Zuständigkeit wäre danach um den Gerichtsstand am Wohnsitz bzw. gewöhnlichen Aufenthaltsort des Kindes erweitert. Möglicherweise auch zur Anwendung gelangte das Haager Kindesschutzübereinkommen.¹⁵ Alsdann beschränkte sich die Zuständigkeit grundsätzlich auf den gewöhnlichen Aufenthaltsstaat des Kindes (Art. 5 Abs. 1 HKsÜ). Im Anwendungsbereich des Lugano-Übereinkommens¹⁶ schliesslich wären der allgemeine Gerichtsstand im Wohnsitzstaat des Unterhaltsverpflichteten (Art. 2 Ziff. 1 LugÜ) sowie die besondere Zuständigkeit am Wohnsitz oder am gewöhnlichen Aufenthaltsort des Unterhaltsbe-

10 BernerKomm/HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 177 ZGB, N 15.

11 SUHNER (Fn. 2), 110 ff.; BernerKomm/HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 177 ZGB, N 15; im Ergebnis auch BaslerKomm/SCHWANDER, Art. 177 ZGB, N 14; ZürcherKomm/BRÄM, Art. 177 ZGB, N 47.

12 ComRom/CHAIX, Art. 177 ZGB, N 13; ZürcherKomm/BRÄM, Art. 177 ZGB, N 47; WEBER, AJP 2002, 235, 241; SANDOZ, BLSchK 1988, 81, 87.

13 Siehe Art. 46 IPRG.

14 Zu den Begriffen der Unmöglichkeit und Unzumutbarkeit siehe BaslerKomm/COURVOISIER, Art. 47 IPRG, N 8 f.

15 Übereinkommen vom 19. Oktober 1996 über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung, Vollstreckung und Zusammenarbeit auf dem Gebiet der elterlichen Verantwortung und der Massnahmen zum Schutz von Kindern, SR 0.211.231.011.

16 Übereinkommen vom 30. Oktober 2007 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung in Zivil- und Handelssachen, SR 0.275.12.

rechtigten nach Art. 5 Ziff. 2 lit. a LugÜ einschlägig. Das anwendbare Recht wäre primär den Art. 48 f. IPRG zu entnehmen.¹⁷ Bei einer materiell-rechtlichen Betrachtungsweise spräche einiges für die Anwendung des Haager Unterhaltsübereinkommens.¹⁸ Dieses verweist in Art. 4 auf das Recht am gewöhnlichen Aufenthalt des Unterhaltsberechtigten. Subsidiär wird nach Art. 5 f. Haager Unterhaltsübereinkommen an das Recht der Staatsangehörigkeit bzw. an das Recht des Forumstaates angeknüpft. Steht die Unterhaltsentscheidung (bzw. die Schuldneranweisung) im Zusammenhang mit einer Scheidungsklage, ist nach Art. 8 Haager Unterhaltsübereinkommen demgegenüber das Scheidungsstatut anwendbar. Vergleichbares gilt für den Kindesunterhalt (Art. 82 f. IPRG). Auch hier fände gegebenenfalls das Haager Unterhaltsübereinkommen Anwendung. Daneben stellte sich wiederum die Frage nach der Anwendbarkeit des Haager Kindesschutzübereinkommens, welches grundsätzlich das Recht am gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes für anwendbar erklärt (Art. 15 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 1 HKsÜ).

Entschiede man sich demgegenüber für die Qualifikation als vorsorgliche Massnahme, so wären mit Bezug auf die Zuständigkeit Art. 10 IPRG und Art. 62 IPRG sowie im Anwendungsbereich des Lugano-Übereinkommens Art. 31 LugÜ zu beachten. Als Faustregel gilt danach, dass für den vorsorglichen Rechtsschutz alternativ alle Hauptsachegerichte sowie zusätzlich die Gerichte am Vollstreckungsort zuständig sind.¹⁹ Folgerichtig könnte die Schuldneranweisung an sämtlichen vorstehend aufgeführten Hauptsacheforen geltend gemacht werden. Dazu käme mutmasslich der Gerichtsstand am Ort des Sitzes bzw. der Niederlassung des Arbeitgebers gemäss Art. 46 Abs. 2 SchKG als Vollstreckungsort der Lohnanweisung.²⁰ In einem Sachverhalt, in welchem z.B. beide Ehegatten im französischen Elsass wohnen, der Ehemann indes in der Schweiz arbeitet, wären folglich auch die schweizerischen Gerichte kompetent, eine Lohnanweisung auszusprechen. Gleiches würde gelten, wenn beide Ehegatten in der Schweiz Wohnsitz haben, die unterhaltspflichtige Ehefrau indes in Deutschland arbeitet. Mit Bezug auf das anwendbare Recht gilt nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung bei vorsorglichen Massnahmen der Grundsatz, dass diese dem in der Hauptsache anwendbaren

17 BaslerKomm/COURVOISIER, Art. 48 IPRG, N 18; kritisch BernerKomm/HASHEER/REUSSER/GEISER, Art. 177 ZGB, N 26.

18 Übereinkommen vom 2. Oktober 1973 über das auf Unterhaltspflichten anzuwendende Recht, SR 0.211.213.01; vgl. aber den schon erwähnten BGE 130 III 489, 492 f.

19 Siehe Art. 10 lit. a und lit. b IPRG; vgl. zum LugÜ BaslerKomm/FAVALLI/AUGSBURGER, Art. 31 LugÜ, N 128; EHRENZELLER, Art. 31 LugÜ, N 23, in: DASSER/OBERHAMMER (Hrsg.), Lugano-Übereinkommen (LugÜ), 2. Aufl., Bern 2011; ACOCELLA, Art. 31 LugÜ, N 58, in: SCHNYDER (Hrsg.), Lugano-Übereinkommen zum internationalen Zivilverfahrensrecht, Kommentar, Zürich 2011.

20 BaslerKomm/FAVALLI/AUGSBURGER, Art. 31 LugÜ, N 144.

Recht, d.h. der *lex causae*, folgen.²¹ Nur bei besonderer Dringlichkeit dürfen die schweizerischen Gerichte in analoger Anwendung von Art. 16 Abs. 2 IPRG Schweizer Recht anwenden.²² Entsprechend kann hier auf die vorstehenden Ausführungen zum in der Hauptsache anwendbaren Recht verwiesen werden. Zu beachten gälte es allerdings Art. 62 Abs. 2 IPRG. Soweit die Schuldneranweisung im Zusammenhang mit Regelungsmassnahmen im Scheidungsprozess stünde, wäre grundsätzlich Schweizer Recht massgeblich.

In der dritten Variante ist die Schuldneranweisung als besondere vollstreckungsrechtliche Massnahme zu betrachten. Mit Bezug auf die Zuständigkeit wäre im Rahmen des Lugano-Übereinkommens Art. 22 Ziff. 5 LugÜ einschlägig. Diese quasi *erga omnes* wirkende Regelung weist die Zuständigkeit den Behörden des Vollstreckungsstaates zu. Art. 22 Ziff. 5 LugÜ begründet eine ausschliessliche und zwingende Zuständigkeit. Folgte man dieser Qualifikation, wären *mutmasslich* die Gerichte am Ort des Sitzes bzw. der Niederlassung des Arbeitgebers abschliessend zuständig. Die Zuständigkeit der schweizerischen Gerichte beschränkte sich folglich auf Sachverhalte, in denen sich der Arbeitgeber in der Schweiz befindet. Andernfalls, d.h. bei Sitz bzw. Niederlassung des Arbeitgebers im Ausland, bestünde gegebenenfalls (vgl. nachfolgend 2., *in fine*) keine Schweizer Zuständigkeit, und zwar auch dann nicht, wenn beide Ehegatten ihren Wohnsitz in der Schweiz haben. Als vollstreckungsrechtliche Massnahme fände auf die Lohnanweisung zwingend Schweizer Recht Anwendung. Es gilt der Grundsatz, dass die Schweizer Behörden schweizerisches Verfahrensrecht anzuwenden haben.²³ Eine Ermittlung des anwendbaren Rechts nach kollisionsrechtlichen Grundsätzen scheidet aus.

2. BGE 138 III 11 ff.

In BGE 138 III 11 ff. hat sich das Bundesgericht nun (auch) mit Bezug auf das Internationale Privatrecht für die vollstreckungsrechtliche Qualifikation der Schuldneranweisung ausgesprochen. Dem Urteil lag folgender Sachverhalt zu Grunde: Der Vater wohnte und arbeitete in der Schweiz. Die Mutter wohnte mit den beiden Söhnen in Deutschland. Das Amtsgericht Ravensburg (Deutschland) verurteilte den Vater zur Zahlung von Unterhalt an die beiden Söhne. Nachdem der Vater den Unterhalt gleichwohl nicht bezahlte, leitete die Mutter an dessen Wohnsitz in Luzern die Betreuung ein. Im Rahmen des Rechtsöffnungsverfahrens er-

21 SCHWANDER, Einführung in das internationale Privatrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl., St. Gallen 2000, N 637; ComRom/BUCHER, Art. 10 IPRG, N 9 m.w.H.; vgl. auch BGE 110 II 188, 191.

22 STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht, Zürich 2008, § 22 N 46; BaslerKomm/MÄCHLER-ERNE/WOLF-METTIER, Art. 16 IPRG, N 20.

23 STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND (Fn. 22), § 4 N 2.

klärte der Amtsgerichtspräsident III von Luzern-Land das deutsche Urteil als in der Schweiz vollstreckbar. Die Betreibung führte zu einem Verlustschein. In der Folge beantragte die Mutter ebenfalls beim Amtsgericht Luzern-Land, den jeweiligen Arbeitgeber des Vaters anzuweisen, von dessen Lohn monatlich den Unterhaltsbeitrag abzuziehen und auf ihr Konto zu überweisen. Der Amtsgerichtspräsident II von Luzern-Land trat mangels örtlicher Zuständigkeit auf dieses Gesuch nicht ein. Der bundesgerichtlichen Entscheidung²⁴ kann entnommen werden, dass der Nichteintretensentscheid vor dem Hintergrund des Haager Übereinkommens über die Zuständigkeit der Behörden und das anzuwendende Recht auf dem Gebiet des Schutzes von Minderjährigen vom 5. Oktober 1961 (MSA)²⁵ erging. Aus diesem Übereinkommen folgte eine prinzipielle Zuständigkeit der Behörden im Staat des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes. Bei gewöhnlichem Aufenthalt der Kinder in Deutschland wären folglich die Schweizer Behörden für die Schuldneranweisung nicht zuständig.

Im Unterschied zu den Vorinstanzen hält nun aber das Bundesgericht u.E. zu Recht fest, dass das MSA auf die Schuldneranweisung keine Anwendung findet. Unterhaltsansprüche fallen nach bundesgerichtlicher Praxis nicht unter das Übereinkommen.²⁶ Entsprechend liegt es nahe, die auf Sicherung von Unterhaltsansprüchen gerichtete Schuldneranweisung ebenfalls nicht dem Übereinkommen zu unterstellen bzw. diese nicht als Massnahme zum Schutze des Vermögens i.S. von Art. 1 MSA zu qualifizieren. Mangels Einschlägigkeit der weiteren im Bereich des Unterhaltes gegebenenfalls zu beachtenden Staatsverträge (Haager Übereinkommen über das auf Unterhaltspflichten anzuwendende Recht vom 2. Oktober 1973,²⁷ Haager Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung von Unterhaltsentscheidungen vom 2. Oktober 1973²⁸ sowie Abkommen vom 2. November 1929 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und dem Deutschen Reich über die gegenseitige Anerkennung und Vollstreckung von gerichtlichen Entscheidungen und Schiedssprüchen²⁹) – sie alle enthalten keine Regeln zur direkten Zuständigkeit der Gerichte – war die Zuständigkeit folgerichtig auf Grundlage des Lugano-Übereinkommens zu ermitteln. Dieses findet gemäss Art. 1 auf Unterhaltssachen und damit *a fortiori* auch auf die Schuldneranweisung Anwendung.³⁰

24 BGE 138 III 11, 12 f.

25 SR 0.211.231.01.

26 Vgl. BGE 126 III 298, 302.

27 Siehe oben, Fn. 18.

28 SR 0.211.213.02.

29 SR 0.276.191.361.

30 Vgl. BGE 138 III 11, 19.

Inhaltlich verweist das Bundesgericht³¹ zunächst auf die im Schweizer Schrifttum wohl überwiegend vertretene Meinung, wonach eine Schuldneranweisung für die Zwecke des Lugano-Übereinkommens als zivilrechtliche Massnahme zu qualifizieren sei, d.h. als materiell-rechtlicher Anspruch, der in einem Erkenntnisverfahren durchzusetzen ist.³² Danach beurteilte sich die Zuständigkeit nach Art. 2 Ziff. 1 LugÜ und nach Art. 5 Ziff. 2 LugÜ (Gerichtsstand im Wohnsitzstaat der unterhaltspflichtigen sowie der unterhaltsberechtigten Person). Mit einer möglichen Qualifikation der Schuldneranweisung als vorsorgliche Massnahme i.S. von Art. 31 LugÜ setzt sich das Bundesgericht nicht auseinander. Dies erscheint u.E. im Ergebnis richtig. Eine Schuldneranweisung dient zwar der Sicherung eines Anspruchs; sie erscheint indes nicht vorsorglich, da sie nicht prosequiert werden muss. Es handelt sich mitunter um eine definitive Massnahme bzw. Entscheidung. Entgegen der im Schrifttum wohl vorherrschenden Auffassung folgt das Bundesgericht schliesslich aber einer vollstreckungsrechtlichen Qualifikation i.S. von Art. 22 Ziff. 5 LugÜ. Die Schuldneranweisung beruhe auf einem rechtskräftigen und für vollstreckbar erklärten Unterhaltsentscheid. Alsdann diene die Schuldneranweisung der zwangsweisen Durchsetzung des Unterhaltsentscheides gegen den Willen des Schuldners.³³ Folgerichtig nimmt das Bundesgericht entgegen der Auffassung der Vorinstanzen eine ausschliessliche Zuständigkeit der Schweizer Behörden nach Art. 22 Ziff. 5 LugÜ an. Da sowohl der Unterhaltsschuldner als auch der betroffene Arbeitgeber ihren Wohnsitz bzw. Sitz in der Schweiz hatten, waren die Schweizer Behörden für die Schuldneranweisung zuständig.

So klar die bundesgerichtliche Entscheidung auf den ersten Blick erscheinen mag, wirft sie dennoch Fragen auf, die weiterer Klärung bedürfen. Zum einen führt das Bundesgericht selbst aus,³⁴ dass seine Schlussfolgerungen nicht den ganz anders gelagerten Fall präjudizieren würden, in welchem bereits das ausländische Gericht eine der schweizerischen Schuldneranweisung vergleichbare Anordnung getroffen habe und ein Schweizer Gericht diese ausländische Schuldneranweisung anerkennen und vollstrecken soll. Die Frage, ob ein solches ausländisches Verfahren als Zwangsvollstreckungsverfahren oder als Erkenntnisverfahren zu qualifizieren wäre, sei nicht Gegenstand des Prozesses. Damit greift das Bundesgericht den naheliegenden Gedanken auf, dass bei einer vollstreckungsrechtlichen Qualifikation eine Anerkennung und Vollstreckung problematisch erscheint. Handelt es sich um eine Vollstreckungsmassnahme und nicht um eine Entscheidung in einem Erkenntnisverfahren, so gibt es im Grunde nichts, was nach Art. 32 ff. LugÜ zu voll-

31 BGE 138 III 12, 21 f.

32 ACOCELLA (Fn.19), Art. 5 Nr. 1 bis 3 LugÜ, N 177; BaslerKomm/HOFMANN/KUNZ, Art. 5 LugÜ, N 383; WEBER, AJP 2002, 235, 241.

33 BGE 138 III 11, 22 ff.

34 BGE 138 III 11, 21 f.

strecken wäre. Sodann bestünde ein Konflikt mit der ausschliesslichen Zuständigkeit nach Art. 22 Ziff. 5 LugÜ.

Unklar erscheint weiter, was zu gelten hat, wenn gemeinsam mit dem Unterhaltsanspruch zugleich die Schuldneranweisung geltend gemacht wird. Das Bundesgericht hält diesbezüglich einzig fest,³⁵ dass es im zu beurteilenden Fall um die Durchsetzung eines Unterhaltsanspruchs gehe, dessen Bestand und Höhe in einem Erkenntnisverfahren bereits festgestellt wurden; die materiell-rechtliche Anspruchsgrundlage sei nicht Prozessgegenstand. In der Tat lag *in casu* ein rechtskräftiges und vollstreckbares Unterhaltsurteil der deutschen Gerichte vor. Im Übrigen scheint hier das Bundesgericht ein Türchen offen zu lassen. Aus praktischen Erwägungen mag es denn durchaus sinnvoll sein, dass die mit dem Unterhaltsanspruch befassten Gerichte auch über die Schuldneranweisung befinden können. Dies wäre bei einer umfassenden vollstreckungsrechtlichen Qualifikation nicht sichergestellt. Zu denken ist etwa an den Fall, wo beide Ehegatten ihren Wohnsitz in der Schweiz haben, der Arbeitgeber sich indes im Ausland befindet. Hier wären die Schweizer Gerichte für die Beurteilung des Unterhaltsanspruchs zuständig. Nach Art. 22 Ziff. 5 LugÜ bliebe die Schuldneranweisung demgegenüber an sich ausgeschlossen, da die Vollstreckung im Ausland zu erfolgen hätte. Insgesamt mag es wünschenswert erscheinen, dass die Schweizer Behörden für die Schuldneranweisung immer dann zuständig wären, wenn sie entweder über den Unterhaltsanspruch entscheiden oder sich der Arbeitgeber in der Schweiz befindet.

Nicht restlos klar ist, wie der Vollstreckungsstaat nach Art. 22 Ziff. 5 LugÜ zu bestimmen ist. Ist diesbezüglich auf den Wohnsitz des Unterhaltsschuldners oder aber auf den Sitz des Arbeitgebers abzustellen? Was gilt in Fällen, wo der Arbeitnehmer für eine vom Sitz der Arbeitgeberin örtlich getrennte Niederlassung arbeitet (z.B. Sitz des Arbeitgebers in Hamburg, Niederlassung in Zürich)? Welcher Staat soll hier nach Art. 22 Ziff. 5 LugÜ ausschliesslich zuständig sein? Oder bestehen gar alternative ausschliessliche Zuständigkeiten in mehreren Staaten? U.E. spricht einiges dafür, eine Zuständigkeit jedenfalls des Sitzstaates des Arbeitgebers anzunehmen. Inwieweit daneben weitere Foren eröffnet werden, muss hier offen bleiben. Nimmt man den zuvor geäusserten Wunsch nach einer (eher) weiten Zuständigkeit für die Schuldneranweisung, mag hier der (dogmatisch allenfalls zweifelhafte) Schlüssel für eine solche Lösung liegen.

Nicht zu entscheiden war im aufgeführten Bundesgerichtsentscheid die Frage nach dem auf die Schuldneranweisung anzuwendenden Recht. Eine umfassende vollstreckungsrechtliche Qualifikation muss hier zur Anwendung des Schweizer Rechts führen. Schweizer Behörden wenden ihr eigenes Verfahrensrecht an.³⁶ Dies ist mit der Rechtsprechung des Bundesgerichts kongruent, wonach das Haager

35 BGer, 31.10.2011, 5A_221/2011, E. 2.3 (nicht publiziert in BGE 138 III 11 ff.).

36 STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND (Fn. 22), § 4 N 2.

Unterhaltsübereinkommen mit Bezug auf die Schuldneranweisung keine Anwendung findet.³⁷

3. Weitere "hybride" Rechtsinstitute des Familienrechts

Neben der Schuldneranweisung bereiten weitere familienrechtliche Rechtsinstitute etwelche international-privatrechtliche Qualifikationsprobleme. Erwähnt sei zunächst der Anspruch auf Auskunft über Vermögenswerte des anderen Ehegatten nach Art. 170 ZGB. Dieser ist materiell-rechtlicher Natur.³⁸ Für die Anspruchsdurchsetzung unter den Ehegatten bestimmt sich die Zuständigkeit nach Art. 46 f. IPRG. Das anwendbare Recht folgt aus Art. 48 IPRG. Soweit unmittelbar ein Dritter – z.B. eine Bank – zur Auskunft verpflichtet werden soll, ist diese als beklagte Partei in den Prozess einzubeziehen.³⁹ Indes fragt es sich, auf welcher Zuständigkeitsgrundlage dies erfolgen kann. Steht der Auskunftsanspruch im Zusammenhang mit Unterhaltsforderungen, kann die Anwendung des Lugano-Übereinkommens nicht ausgeschlossen werden.⁴⁰ Danach wäre die betroffene Bank primär in ihrem Sitzstaat zu belangen (Art. 2 Ziff. 1 LugÜ). Ob daneben die Foren nach Art. 5 Ziff. 2 LugÜ offenstehen, erscheint mehr als fraglich. Die Bank ist nicht Unterhaltsschuldnerin, weshalb ihr dieser besondere Gerichtsstand wohl nicht entgegengehalten werden kann. Denkbar erschiene aber ein Gerichtsstand gestützt auf die Bestimmung zur passiven Streitgenossenschaft (Art. 6 Ziff. 1 LugÜ). Soweit der Unterhaltspflichtige in seinem Wohnsitzstaat belangt wird, kann dort nach Art. 6 Ziff. 1 LugÜ zugleich gegen die Bank vorgegangen werden. Findet das LugÜ keine Anwendung, steht für Klagen gegenüber der Bank der allgemeine Gerichtsstand gemäss Art. 2 IPRG zur Verfügung. Die besonderen Gerichtsstände der Art. 46 f. IPRG (Ehewirkungen) oder Art. 51 IPRG (Güterrecht) scheiden u.E. aus. Diese gelten nur für die Ansprüche unter den Ehegatten, nicht aber für Ansprüche gegen eine Bank. Die Zuständigkeit der passiven Streitgenossenschaft nach Art. 8a Abs. 1 IPRG kann alsdann nur ausnahmsweise zum Tragen kommen. Diese Bestimmung regelt nicht die internationale, sondern nur die örtliche Zuständigkeit.⁴¹ Entsprechend liesse sich eine Klage einzig auf Art. 8a Abs. 1 IPRG abstützen, wenn gegenüber der Bank bereits aus anderem Grund ein Gerichtsstand in der Schweiz zur Verfügung stünde.

37 BGE 130 III 489, 494 f.

38 Vgl. BaslerKomm/SCHWANDER, Art. 170 ZGB, N 1.

39 Vgl. BaslerKomm/SCHWANDER, Art. 170 ZGB, N 19.

40 BaslerKomm/HOFMANN/KUNZ, Art. 5 LugÜ, N 375.

41 GROLIMUND/SCHNYDER, Internationales Privat- und Zivilprozessrecht in a nutshell, Zürich/St. Gallen 2011, 93 f.; KREN KOSTKIEWICZ, Grundriss des schweizerischen Internationalen Privatrechts, Bern 2012, N 114 ff.

Soweit ein direktes Vorgehen gegenüber der auskunftspflichtigen Bank in der Schweiz nicht möglich oder nicht opportun erscheinen sollte, mag sich in den Vorschriften des Beweisrechtes eine Alternative finden. Im Rahmen der Klage gegen den Ehegatten kann versucht werden, mittels Editionsbegehren⁴² die betreffenden Auskünfte von der Bank erhältlich zu machen. Grundlage bildet Art. 160 Abs. 1 lit. b ZPO über die Mitwirkungspflicht von Dritten bzw. die Editionsspflicht von Urkunden. Grenzüberschreitend ist der Weg der Internationalen Rechtshilfe nach Haager Beweisrechtsübereinkommen⁴³ zu beschreiten. Probleme können sich hier mit Bezug auf die Umschreibung der zu edierenden Urkunden ergeben. Während der materiell-rechtliche Anspruch auf Auskunft eher breit gefächert ist und ein Gesuch mithin auf umfassende Auskunftserstattung lauten kann, gilt im Beweisrecht das Verbot der *fishing expedition*. Insbesondere im Rahmen der Internationalen Rechtshilfe mag es daher schwierig sein, eine Urkundenedition zu bewirken, ohne dass ausländische Konti hinreichend konkret bezeichnet werden. Gerade hierin kann indes die Schwierigkeit liegen, wenn der Ehegatte sich nicht sicher ist, ob eine betreffende Bankverbindung überhaupt besteht.

Weiter zu erwähnen ist das Rechtsinstitut der Beschränkung der Verfügungsbefugnis nach Art. 178 ZGB. Hier mag mitunter wiederum eine vollstreckungsrechtliche Qualifikation angezeigt erscheinen, soweit es um die Sicherung von bereits judizierten Unterhalts- bzw. sonstigen familienrechtlichen Forderungen geht. Daneben sind aber auch Verfahren denkbar, in denen die familienrechtlichen Rechte und Pflichten einzig die Vorfrage bilden und es in der Sache allein um die Vermögenssperre geht. Letztere bildet hier gleichsam selbst das Erkenntnisverfahren. Entsprechend besteht eine gewisse Sympathie dafür, die Regeln über die allgemeinen Ehwirkungen (Art. 46 ff. IPRG) heranzuziehen. Im Zusammenhang mit Unterhaltsverpflichtungen stellt sich abermals die Frage nach der Anwendbarkeit des Lugano-Übereinkommens.

III. Rechtshängigkeit und Anerkennung in Bezug auf eine Scheidung nach jüdischem Recht

1. Ausgangslage

Besondere Schwierigkeiten bereiten im Internationalen Privatrecht Scheidungen, die nicht auf einem konstitutiven staatlichen Hoheitsakt, sondern auf einer privaten Willenserklärung beruhen. Um eine Privatscheidung handelt es sich etwa

42 Vgl. BaslerKomm/SCHWANDER, Art. 170 ZGB, N 19.

43 Übereinkommen vom 18. März 1970 über die Beweisabnahme im Ausland in Zivil- oder Handelssachen, SR 0.274.132.

bei der Verstossung nach islamischem Recht (*Talâq*)⁴⁴ oder der Übergabe des Scheidebriefs (*Get*) nach jüdischem Recht.⁴⁵

Das Bundesgericht hat sich schon verschiedentlich mit der Frage befasst, ob ausländische Privatscheidungen in der Schweiz anerkannt werden können. Noch unter der Herrschaft des NAG⁴⁶ wurde entschieden, nur solche Scheidungen seien in der Schweiz anerkennungsfähig, die von einem Gericht ausgesprochen worden seien. Keinen anerkennbaren Entscheid stellte deshalb die einseitige Verstossung der Ehefrau durch den Ehemann nach ägyptischem Recht dar, obwohl die Ehefrau mit der Ehescheidung einverstanden gewesen war und selber die Eintragung ins schweizerische Zivilstandsregister beantragt hatte.⁴⁷ Diese restriktive Praxis wurde nach Inkrafttreten des IPRG aufgegeben; auch die Privatscheidung gilt nunmehr als grundsätzlich anerkennungsfähiger “Entscheid“ im Sinne von Art. 25 ff. und Art. 65 IPRG.⁴⁸ Der Privatscheidung muss allerdings ein eigentliches, im betreffenden Staat offiziell anerkanntes Verfahren vorangegangen sein, wobei unerheblich ist, ob es sich dabei um ein gerichtliches, administratives oder religiöses Verfahren handelt.⁴⁹ Nicht anerkannt wird die Privatscheidung, wenn ein Verweigerungsgrund vorliegt. Besonderer Bedeutung kommt hier dem Vorbehalt des schweizerischen Ordre public nach Art. 27 Abs. 1 IPRG zu. Gegen den Ordre public verstiesse etwa eine Privatscheidung, die alleine von Vertretern der Ehegatten

44 Siehe BGE 126 III 327, 332 f.; SIEHR, Die Berücksichtigung religiösen Rechts bei gerichtlicher Scheidung jüdischer Ehegatten, FS Schlosser, Tübingen 2005, 877, 882 f.; ComRom/BUCHER, Art. 65 IPRG, N 18 ff.; LÜDERITZ, “Talâq“ vor deutschen Gerichten, FS Baumgärtel, Köln 1990, 333 ff.

45 Siehe HERFARTH, Die Scheidung nach jüdischem Recht im internationalen Zivilverfahrensrecht, Heidelberg 2000, 54 f., 37 f. m.w.H.; SIEHR, FS Schlosser, 877, 885; SIEHR, Internationales Privatrecht der Schweiz, Zürich 2002, 50; EINHORN, Jewish Divorce in the International Arena, Liber Amicorum Kurt Siehr, Den Haag 2000, 135, 137; aus der deutschen Rechtsprechung vgl. BGH, Urteil vom 28. Mai 2008, IPRax 2009, 347 ff. m.w.H.

46 Bundesgesetz vom 25. Juni 1891 betreffend die zivilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter (BS 2 737; AS 1972 2819 II 1; AS 1977 237 II 1; AS 1986 122 II 1; AS 1988, 1776 Anhang Ziff. I Bst. a).

47 BGE 88 I 48 ff.; vgl. dazu die Kritik bei GUTZWILLER, Jurisdiktion und Anerkennung ausländischer Entscheidungen im schweizerischen internationalen Ehescheidungsrecht, Bern 1969, 102 f.

48 BGE 122 III 344, 346 ff. (Anerkennung einer Privatscheidung nach ghanaischem Gewohnheitsrecht); BGE 126 III 327, 330. Vgl. aus der Lehre SIEHR (Fn. 45), 55 ff.; BUCHER, Le couple en droit international privé, Genf 2004, N 416 ff.; ZürcherKomm/VOLKEN, Art. 65 IPRG, N 16 f.; CANDRIAN, Scheidung und Trennung im internationalen Privatrecht der Schweiz, Diss., St. Gallen 1994, 312 f.; LEVIN, Konflikte zwischen einer weltlichen und einer religiösen Rechtsordnung, Diss., Zürich 1991, 171 ff.

49 BGE 126 III 327, 329 f. (zur Verstossung nach libanesischem Recht).

beschlossen würde, ohne Wissen oder gegen den Willen eines oder beider Ehegatten.⁵⁰ Privatscheidungen sind jedoch nicht per se Ordre public-widrig.⁵¹

2. OGer Zürich, Beschluss vom 17. Juni 2010

Mit einer Privatscheidung nach jüdischem Recht hatte sich das Obergericht Zürich in einem nicht veröffentlichten Beschluss vom 17. Juni 2010 zu befassen.⁵² Dem Beschluss lag folgender Sachverhalt zu Grunde: Ein Ehepaar hatte in Zürich nach jüdischem Recht geheiratet. Im Juni 2005 klagte der Ehemann vor dem Bezirksgericht Zürich auf Scheidung. Das Gericht sistierte das Verfahren gestützt auf Art. 9 Abs. 1 IPRG, da ein Scheidungsverfahren bereits vor dem Rabbinischen Bezirksgericht Jerusalem hängig war. Knapp zwei Jahre später reichte die Ehefrau beim Bezirksgericht Zürich eine Kopie des im gleichen Jahr ergangenen Urteils des Rabbinischen Bezirksgerichts Jerusalem ein. Darin wurde gemäss amtlich beglaubigter Übersetzung folgendes festgehalten: „Das Gericht fällt hiermit das Urteil, dass der Ehemann zur Scheidung zu zwingen ist mit allen gesetzlichen Mitteln, wie es vom Gesetz aus verpflichtet wird ...“. Gestützt auf dieses Urteil und in Anwendung von Art. 9 Abs. 3 IPRG entschied das Bezirksgericht Zürich, auf die Scheidungsklage des Mannes nicht einzutreten.⁵³ Gegen diesen Nichteintretensentscheid erhob der Ehemann erfolgreich Rekurs.

Die Privatscheidung nach jüdischem Recht zeichnet sich durch die Besonderheit aus, dass die Ehefrau zwar – wie in diesem Fall geschehen – durchaus auf Scheidung klagen kann. Die Ehe wird jedoch nur aufgelöst, wenn der Ehemann der Ehefrau den Scheidebrief (*Get*) überreicht und sie diesen annimmt.⁵⁴ Der Scheidebrief ist in einem streng formalisierten Verfahren unter Aufsicht des Rabbinatsge-

50 Vgl. BGE 122 III 344, 349 f. Zur Frage der Ordre public-Widrigkeit von Privatscheidungen siehe insb. OTHENIN-GIRARD, *La réserve de l'ordre public en droit international privé suisse*, Neuchâtel 1999, 500 (N 809 lit. b), 502 (N 811 lit. d); vgl. auch ComRom/BUCHER, Art. 65 IPRG, N 20 f.

51 BaslerKomm/BOPP, Art. 65 IPRG, N 18; BUCHER (Fn. 48), N 436.

52 OGer Zürich, Beschluss vom 17. Juni 2010, Geschäfts-Nr. LQ090053. Herrn Oberrichter Dr. Rainer Klopfer, Vorsitzender der I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich, sei herzlich für die freundliche Zurverfügungstellung einer anonymisierten Kopie des Beschlusses gedankt.

53 Gemäss Art. 9 Abs. 3 IPRG weist das schweizerische Gericht die Klage zurück, sobald ihm eine in der Schweiz anerkenbare ausländische Entscheidung vorgelegt wird.

54 Vgl. HERFARTH (Fn. 45), 26 ff.; SCHEFTELOWITZ, Israel, in: BERGMANN/FERID/HENRICH, *Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht (Honduras-Israel)*, Frankfurt a.M. 1988, 109; SIEHR, *Ehescheidung deutscher Juden* (zu BGH, 28.05.2008 - XII ZR 61/06), IPRax 2009, 332.

richts zu übergeben.⁵⁵ Die Ehe wird jedoch nicht durch Gerichtsurteil aufgelöst. Eheauflösende Wirkung kommt einzig der Übergabe des Scheidebriefs durch den Ehemann an die Ehefrau zu. Weigert sich der Ehemann, den Scheidebrief zu übergeben, kann das Gericht Zwangsmassnahmen anordnen, namentlich Beugehaft, die Erhöhung der Unterhaltspflicht, die Anordnung eines Ausreiseverbots oder den Entzug des Führerscheins.⁵⁶ Dagegen kann das Gericht den privaten Willensakt des Mannes nicht durch ein Gestaltungsurteil ersetzen.⁵⁷

Verweigert der Mann die Übergabe des *Get*, hat dies für die Frau weitreichende Folgen. Sie bleibt nach jüdischem Recht eine *Agunah*, eine “an ihren Mann gekettete Frau“,⁵⁸ und zwar auch dann, wenn das Paar im Ausland gültig geschieden wurde. Gehören beide Eheleute der jüdischen Religionsgemeinschaft an, wird eine Auslandsscheidung durch weltliche Gerichte von den Rabbinatsgerichten nicht anerkannt. Die *Agunah* kann nach jüdischem Recht keine neue Ehe eingehen. Kinder, die aus einer neuen Verbindung hervorgehen, haben als sogenannte *Mamserim* einen minderen Status, der sich darin äussert, dass sie nur Juden heiraten dürfen, die ebenfalls *Mamserim* sind, oder aber zum Judentum übergetretene Nichtjuden;⁵⁹ diese Einschränkung gilt für sämtliche Nachkommen bis in die zehnte Generation.⁶⁰ Dagegen kann der Mann, der die Übergabe des *Get* verweigert hat, unter Umständen wirksam eine andere Ehe eingehen.⁶¹ Der Mann kann deshalb die Übergabe des *Get* erpresserisch verweigern, um die Frau zu Zugeständnissen (Verzicht auf Unterhalt etc.) zu zwingen.⁶² Um dieser Missbrauchsgefahr zu begegnen, haben die Gerichte verschiedener Staaten die Weigerung des Mannes, den *Get* zu übergeben, sanktioniert,⁶³ sei es durch Zusprechung von Zwangsgeld⁶⁴ oder Schadenersatz,⁶⁵ durch Erhöhung des zu leistenden Unter-

55 Zum Verfahren siehe ausführlich HERFARTH (Fn. 45), 26 ff. m.w.H.; für einen Überblick siehe HENRICH, Zur Berücksichtigung der ausländischen Rechtshängigkeit von Privatscheidungen (zu BGH, 02.02.1994 - XII ZR 148/92), IPRax 1995, 86 f.

56 Vgl. EINHORN (Fn. 45), 135, 151 f., die auf den Fall eines Mannes hinweist, der bereits 5 Jahre in Haft verbracht hatte, sich aber weiterhin weigerte, seiner Frau den *Get* zu überreichen; zur Erhöhung der Unterhaltspflicht siehe HERFARTH (Fn. 45), 32 f. m.w.H.

57 SIEHR, FS Schlosser, 877, 885 f.; HENRICH, IPRax 1995, 86, 87; BGH, Urteil vom 28. Mai 2008, IPRax 2009, 347, 350.

58 HERFARTH (Fn. 45), 31.

59 HERFARTH (Fn. 45), 31.

60 EINHORN (Fn. 45), 135, 138.

61 EINHORN (Fn. 45), 135, 138; HERFARTH (Fn. 45), 29 ff.

62 SIEHR, FS Schlosser, 877, 888 f.

63 Siehe ausführlich SIEHR, FS Schlosser, 877, 886 ff.

64 So der niederländische Hoge Raad in einem Entscheid aus dem Jahre 1982 (Verurteilung des Ehemannes zur Mitwirkung an der jüdischen Scheidung unter Androhung von Zwangsgeld aufgrund unerlaubter Handlung); dazu SIEHR, FS Schlosser, 877, 887 f. m.w.H.

halts,⁶⁶ durch Zulassung einer Klage auf Vertragserfüllung in jenen Fällen, in denen der Mann in der staatlichen Scheidungskonvention oder in einem Ehevertrag (*Ketubah*) versprochen hat, sich an das jüdische Recht zu halten,⁶⁷ oder durch Gewährung einer bloss bedingten staatlichen Scheidung (Statuswirkung des staatlichen Urteils einzig unter der Bedingung der Übergabe des *Get* vor Rabbinatsgericht).⁶⁸ Verschiedene *common law*-Staaten haben ausserdem sogenannte *Get Statutes* erlassen, um der Ehefrau zu helfen.⁶⁹

Im vorliegenden Fall war der Ehemann vom Rabbinischen Bezirksgericht Jerusalem dazu verurteilt worden, seiner Frau den Scheidebrief zu übergeben. Da der Ehemann sich weigerte, diesem eigentlichen Leistungsurteil⁷⁰ nachzukommen und der Frau den Scheidebrief zu übergeben, war die Ehe nach jüdischem Recht nicht aufgelöst worden. Mangels eines Statusentscheids folgte das Obergericht Zürich zu Recht, es liege keine ausländische "Entscheidung über die Scheidung" im Sinne von Art. 65 Abs. 1 IPRG vor.

Als Nächstes untersuchte das Obergericht, ob das Urteil des Rabbinatsgerichts nicht zumindest eine anerkenn- und vollstreckbare Entscheidung im Sinne des Art. 25 IPRG darstellte. Konkret hätte die Anerkennung und Vollstreckung in der Schweiz bedeutet, dass der Ehemann mit gerichtlich anzuordnenden Massnahmen zur Übergabe des Scheidebriefs in der Schweiz zu zwingen gewesen wäre. Als solche Massnahmen kamen die Vollstreckungsmittel gemäss § 306 ZPO ZH (Ordnungsbusse oder Ungehorsamsstrafe gemäss Art. 292 StGB; entsprechend Art. 343 eidg. ZPO) und § 308 ZPO ZH (Abgabe einer Willenserklärung; entsprechend Art. 344 eidg. ZPO) in Frage. Das jüdische Recht lässt solche Zwangsmassnahmen

65 So der Supreme Court of Canada in *Bruker v. Marcovitz* [2007] 3 S.C.R. 607 (Schadenersatz wegen Vertragsverletzung; der Mann hatte sich nicht an die in der staatlichen Scheidungskonvention gemachte Zusage, der Ehefrau vor Rabbinatsgericht den *Get* zu übergeben, gehalten). Französische Gerichte haben verschiedentlich die Ersatzpflicht des Mannes aus unerlaubter Handlung abgeleitet; siehe Cass. Civ. 2^e, 15.06.1988, JCP 1989, Jur., n° 21223 mit Anm. MORANÇAIS-DEMEESTER; RTDCiv 1989, 287, mit Anm. RUBELLIN-DEVICHI; siehe auch Cour d'appel Lyon, 9 mars 2006, H. c/ M; beide Entscheide abrufbar unter <http://www.droitdesreligions.net/rddr/gueth.htm> (04.04.2012).

66 So der englische Court of Appeal in *Brett v. Brett* [1969] 1 All ER 1007 sowie der Family Court of Australia in *In the Marriage of Steinmetz* (1980), 6 Federal Law Reports 554.

67 So der New York Court of Appeals in *Avitzur v. Avitzur*, 446 N.E. 2d 136 (NY 1983); dazu eingehend KAHAN, *Jewish Divorce and Secular Courts: The Promise of Avitzur*, 73 Geo. L.J. 193 (1984-1985).

68 So der Family Court of Australia in *In the Marriage of Shulsinger (H. and H.)* (1977), 28 Federal Law Reports 202; dazu SIEHR, FS Schlosser, 877 f. m.w.H.

69 Dazu ausführlich SIEHR, FS Schlosser, 877, 888 ff.

70 Vgl. auch BGH, Urteil vom 28. Mai 2008, IPRax 2009, 347, 349. Das Obergericht Zürich qualifizierte das ausländische Urteil dagegen ohne Erläuterung als "rechtsbegründendes Gestaltungsurteil", obwohl das Urteil des Rabbinatsgerichts die Ehe gerade nicht aufzulösen vermag: OGer ZH (Fn. 52), E. II.5.

eines nichtjüdischen Gerichts durchaus zu, sofern vorgängig ein Rabbinatsgericht den Ehemann zur Übergabe des Scheidebriefs verurteilt hat.⁷¹ Das Obergericht kam jedoch zum Schluss, dass ein auf die Übergabe des Scheidebriefs zielender Zwang „*nicht nur ein Zwang zu einem (privaten) Rechtsakt, sondern auch ein Zwang zu einer Scheidung nach jüdischem Recht und damit zu einem religiösen Vorgang*“ wäre. Dies sei mit der Glaubens- und Gewissensfreiheit gemäss Art. 15 BV und Art. 9 EMRK nicht vereinbar. Der Kläger hatte denn auch eingewendet, dass er die Scheidung nach jüdischem Recht aus religiösen Gründen ablehne.⁷²

Die Übergabe des Scheidebriefs konnte nach Auffassung des Obergerichts auch nicht durch richterlichen Entscheid ersetzt werden, da dies nach jüdischem Recht gerade ausgeschlossen sei und die Ehe nicht aufzulösen vermöge.⁷³ Das Urteil des Rabbinischen Bezirksgerichts Jerusalem könne deshalb in der Schweiz nicht vollstreckt werden. Mangels Vollstreckbarkeit des Urteils erübrige sich auch die Anerkennung. Da die Voraussetzungen des Art. 9 Abs. 3 IPRG nicht erfüllt seien, sei die Vorinstanz zu Unrecht nicht auf die Scheidungsklage eingetreten. Der Rekurs des Klägers wurde deshalb gutgeheissen.⁷⁴

Der Beschluss des Obergerichts wirft einige Fragen auf, auf die nachfolgend einzugehen ist.

3. Berücksichtigung der ausländischen Rechtshängigkeit

Zunächst stellt sich die Frage, ob die Vorinstanz das Scheidungsverfahren in der Schweiz gestützt auf Art. 9 Abs. 1 IPRG überhaupt hätte sistieren dürfen.⁷⁵ Die ausländische Rechtshängigkeit darf nämlich nur berücksichtigt werden, wenn

71 OGer ZH (Fn. 52), E. II.4.a; HERFARTH (Fn. 45), 406 m.w.H.

72 Dass das Ehepaar nach jüdischem Recht geheiratet hatte, stand diesem Einwand nicht entgegen. Die Glaubens- und Gewissensfreiheit beinhaltet auch das Recht, die religiöse Überzeugung zu wechseln; vgl. etwa CAVELTI/KLEY, St. Galler Kommentar, Art. 15 BV, N 10.

73 OGer ZH (Fn. 52), E. II.4.b.

74 Gegen den Beschluss des Obergerichts reichte die Ehefrau beim Kassationsgericht Nichtigkeitsbeschwerde ein, auf welche jedoch nicht eingetreten wurde, da die ordentliche Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht offenstand (Grundsatz der Subsidiarität der kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde): KassGer ZH, Beschluss vom 16. November 2011, Kass.-Nr. AA100092, 8 f., abrufbar unter [http://www.gerichte-zh.ch/entscheide/entscheide-drucken.html?tx_frpentscheidsammlung_pi3\[entscheidDrucken\]=2333](http://www.gerichte-zh.ch/entscheide/entscheide-drucken.html?tx_frpentscheidsammlung_pi3[entscheidDrucken]=2333) (04.04.2012). Der Entscheid des Obergerichts wurde jedoch nicht an das Bundesgericht weitergezogen.

75 Gemäss Art. 9 Abs. 1 IPRG hat das schweizerische Gericht das Verfahren auszusetzen, wenn eine Klage über denselben Gegenstand zwischen denselben Parteien zuerst im Ausland hängig gemacht worden und zu erwarten ist, dass das ausländische Gericht in angemessener Frist eine Entscheidung fällt, die in der Schweiz anerkannt ist.

die Streitgegenstände beider Verfahren identisch sind.⁷⁶ Da das von der Ehefrau angestrebte Scheidungsverfahren vor Rabbinatsgericht von vornherein nur auf Anordnung der Scheidung, also auf ein Leistungsurteil gerichtet sein kann,⁷⁷ das schweizerische Verfahren dagegen auf eine Statusentscheidung, liesse sich argumentieren, mangels gleicher Rechtsbegehren sei der Streitgegenstand gerade nicht identisch. Eine solche Sichtweise wäre u.E. jedoch zu eng, denn sie würde missachten, dass es in beiden Verfahren funktionell um dasselbe geht, nämlich um die Auflösung der Ehe.⁷⁸ Das Obergericht hat die Identität des Streitgegenstandes in seinem Beschluss nicht thematisiert, aber zu Recht implizit unterstellt.

Die Anwendung von Art. 9 Abs. 1 IPRG wirft aber auch deshalb Fragen auf, weil der Entscheid, der in einem Scheidungsverfahren von einem Rabbinatsgericht gefällt wird, nach Lesart des Obergerichts sowieso nie zu einem in der Schweiz anerkennt- und vollstreckbaren Entscheid führen kann. Mangels Gestaltungswirkung fehlt es an einer "Entscheidung über die Ehescheidung" i.S. von Art. 65 IPRG; als *Leistungsurteil* könnte der Entscheid zwar an sich nach Art. 25 IPRG anerkannt werden, würde jedoch mangels Vollstreckbarkeit einem schweizerischen Scheidungsverfahren nicht entgegenstehen. Stimmt man dieser Sichtweise zu, folgte daraus, dass ein Scheidungsverfahren vor einem jüdischen Rabbinatsgericht im Ausland gar nie einem Scheidungsverfahren in der Schweiz entgegenstehen könnte – und dies, obwohl es für Angehörige der jüdischen Glaubensgemeinschaft in Israel die einzige Möglichkeit ist, sich scheiden zu lassen. Das schweizerische Gericht hätte demnach auch nie das Scheidungsverfahren gestützt auf Art. 9 Abs. 1 IPRG zu sistieren. Diese Konsequenz erscheint uns höchst problematisch.

Als Ausweg bieten sich zwei Möglichkeiten an. Zunächst müsste näher untersucht werden, ob die Glaubens- und Gewissensfreiheit tatsächlich der Vollstreckung des ausländischen Leistungsurteils entgegensteht. Im jüdischen Scheidungsverfahren wird kein Glaubensbekenntnis abgelegt.⁷⁹ Zu bedenken ist auch, dass das jüdische Scheidungsrecht in Israel für alle Juden gilt, seien diese gläubig und praktizierend oder nicht.⁸⁰ Die Rabbinatsgerichte nehmen insoweit ein staatliches Mandat wahr und fungieren als wirkliche Gerichte.⁸¹ Das jüdische Scheidungs-

76 BaslerKomm/BERTI, Art. 9 IPRG, N 12 ff.; ZürcherKomm/VOLKEN, Art. 9 IPRG, N 47 ff.; BGer, 17.11.2004, 4C.314/2004, E. 1.3; BGE 125 III 241, 242; BGE 123 III 16, 18; BGE 119 II 89, 90.

77 Ruft dagegen der Ehemann das Rabbinatsgericht an, hat das Gericht einzig zu entscheiden, ob die Voraussetzungen zur Scheidung nach jüdischem Recht erfüllt sind; vgl. HENRICH, IPRax 1995, 86, 87; dies entspricht in der Sache einem Feststellungsurteil.

78 So auch im deutschen Recht HENRICH, IPRax 1995, 86, 87; offengelassen in BGH, Urteil vom 28. Mai 2008, IPrax 2009, 347, 350 m.w.H.

79 Siehe EINHORN (Fn. 45), 135, 137.

80 SIEHR, IPRax 2009, 332, 336.

81 HENRICH, IPRax 1995, 86, 87.

recht *in toto* unter Hinweis auf die Glaubens- und Gewissensfreiheit auszuhebeln, geht u.E. nicht an. Genau so gut liesse sich einwenden, die Nichtanerkennung des Urteils des Rabbinatsgerichts in der Schweiz einerseits und die Fortsetzung des schweizerischen Scheidungsverfahrens andererseits stellten einen Eingriff in die Glaubens- und Gewissensfreiheit der *Frau* dar; damit wird ihr nämlich bis auf Weiteres verunmöglicht, eine Ehe nach jüdischem Recht einzugehen. Eingriffe in die Glaubens- und Gewissensfreiheit des Mannes können ausserdem auch gerechtfertigt sein, insbesondere durch das öffentliche Interesse an der Gleichbehandlung und der Ehefreiheit (*in casu* der Frau).⁸²

Bejaht man die grundsätzliche Vollstreckbarkeit des Leistungsurteils in der Schweiz, folgt daraus, dass das vom Ehemann angerufene schweizerische Gericht die Scheidungsklage gestützt auf Art. 9 Abs. 3 IPRG endgültig zurückweisen müsste. Damit ist allerdings noch nichts darüber gesagt, wie das ausländische Urteil in der Schweiz zu vollstrecken wäre. Nicht in Frage käme die Abgabe einer Willenserklärung durch das Gericht, da dies nach jüdischem Recht gerade ausgeschlossen ist;⁸³ die Ehe bliebe nach jüdischem Recht bestehen, sodass der Ehefrau damit nicht geholfen wäre. Sehr wohl denkbar ist jedoch u.E. die Strafdrohung nach Art. 292 StGB oder die Verhängung einer Ordnungsbusse nach Art. 343 ZPO.

Verneint man dagegen die Vollstreckbarkeit, wäre zu überlegen, ob man die "Rechtshängigkeit" i.S. des Art. 9 Abs. 1 IPRG extensiv interpretieren muss, und zwar dahingehend, dass das Scheidungsverfahren in Israel so lange als hängig zu betrachten ist, bis der Ehemann der Frau den Scheidebrief übergeben hat. Dies liesse sich damit begründen, dass das Ziel des in Israel anhängig gemachten Scheidungsverfahrens – die Ehescheidung – nicht schon mit dem Urteil des Rabbinatsgerichts erreicht ist, sondern erst dann, wenn die Scheidung durch privaten Willensakt (Übergabe des *Get*) vollzogen worden ist. Bis zur Übergabe des Scheidebriefs bliebe das ausländische Verfahren deshalb hängig, mit der Folge, dass das angerufene schweizerische Gericht das Verfahren gestützt auf Art. 9 Abs. 1 IPRG weiterhin sistieren müsste. Diese Auslegung von Art. 9 Abs. 1 IPRG mag zunächst überraschen. Sie wird u.E. jedoch der Tatsache gerecht, dass das jüdische Scheidungsverfahren mit seiner Kombination aus eigentlichem Gerichtsverfahren und privater Rechtsgestaltung von vornherein nicht recht in unser Schema der "Rechtshängigkeit" passt.⁸⁴ Die in Art. 9 Abs. 1 IPRG gemachte Einschränkung, wonach

82 Vgl. Supreme Court of Canada, *Bruker v. Marcovitz* [2007] 3 S.C.R. 607: „Any impairment to the husband’s religious freedom is significantly outweighed by the harm both to the wife personally and to the public’s interest in protecting fundamental values such as equality rights and autonomous choice in marriage and divorce.“

83 Zutreffend insoweit OGer ZH (Fn. 52), E. II.4.a.

84 Vgl. auch zum deutschen Recht HENRICH, IPRax 1995, 86, 87.

das schweizerische Verfahren nur auszusetzen ist, wenn eine anerkennbare Entscheidung “in angemessener Frist“ zu erwarten ist, steht dem nicht entgegen. Ob eine anerkennbare Entscheidung innert “angemessener Frist“ zu erwarten ist, liegt nämlich einzig in der Hand des Ehemannes.

4. *Konsequenzen einer anschliessenden Scheidung nach jüdischem Recht (“Doppelscheidung“)*

Nach Auffassung des Obergerichts musste das Bezirksgericht die Scheidungsklage des Ehemannes an die Hand nehmen und das Scheidungsverfahren in der Schweiz durchführen. Folgt man dieser Auffassung, stellt sich die Frage nach den Konsequenzen, wenn der Ehemann nach Abschluss des schweizerischen Verfahrens den Scheidebrief doch noch an die Ehefrau übergibt. Eine anschliessende jüdische Privatscheidung würde in der Schweiz nicht anerkannt, da das schweizerische Gestaltungsurteil zuerst ergangen ist.⁸⁵ Dies ist insbesondere bezüglich der Regelung der Nebenfolgen bedeutsam. Zu einem eigentlichen “Nebenfolgen-Shopping“ kann es – zumindest in der Schweiz – nicht kommen. Eines Rückgriffes auf das Rechtsmissbrauchsverbot bedarf es insoweit nicht.⁸⁶

5. *Welches Recht hat das schweizerische Gericht auf die Scheidung anzuwenden?*

Zu guter Letzt sei auf das Problem des anwendbaren Rechts hingewiesen, das sich dem schweizerischen Gericht bei der Scheidung eines jüdischen Ehepaars präsentieren kann. Zwar untersteht die Scheidung in der Schweiz grundsätzlich der *lex fori*, also dem schweizerischen Recht.⁸⁷ Haben die Ehegatten jedoch die israelische Staatsangehörigkeit und wohnt nur einer der Ehegatten in der Schweiz, so wäre in Anwendung von Art. 61 Abs. 2 IPRG das jüdische Scheidungsrecht anwendbar. Das Problem besteht nun darin, dass das schweizerische Gericht seinem Wesen nach nicht in der Lage ist, die dem Rabbinatsgericht zugeordnete Rolle bei der Übergabe des Scheidebriefs zu übernehmen und das Ehepaar nach jüdischem Recht wirksam zu scheiden. Die daraus zu ziehenden Konsequenzen werden insbesondere in Deutschland kontrovers diskutiert und bedürfen noch der weiteren Un-

85 Art. 27 Abs. 2 lit. c IPRG.

86 So aber das OGer ZH (Fn. 52), E. III.2; der Ehemann wurde ausdrücklich darauf aufmerksam gemacht, dass er sich rechtsmissbräuchlich verhielte, wenn er nach Abschluss des schweizerischen Scheidungsverfahrens den Scheidebrief übergäbe, um sich hinsichtlich der Nebenfolgen auf die Scheidung nach jüdischem Recht zu berufen.

87 Art. 61 Abs. 1 IPRG. Schweizerisches Scheidungsrecht war offenbar auch im besprochenen Fall vor dem OGer ZH anwendbar; vgl. OGer ZH (Fn. 52), E. III.1.

tersuchung.⁸⁸ Ein schweizerisches Gericht hätte u.E. grundsätzlich die jüdischen Scheidungsgründe zu beachten; das Verfahren würde sich hingegen nach der schweizerischen *lex fori* richten.⁸⁹

IV. Neuerungen im Arrest

Im Zusammenhang mit der Vollstreckung von Unterhaltsentscheidungen ist auf die Revision des Arrestrechts hinzuweisen. Mit Inkrafttreten der neuen Schweizerischen ZPO am 1. Januar 2011 ist für die Schweiz zugleich auch das revidierte Lugano-Übereinkommen verbindlich geworden. Letzteres sieht in Art. 41 ein einseitiges Vollstreckbarerklärungsverfahren für ausländische Urteile vor, an dem lediglich der Urteilsgläubiger, nicht aber der Urteilsschuldner teilnimmt. Nach Art. 47 Ziff. 2 und 3 LugÜ hat der Urteilsgläubiger zugleich Anspruch auf Erlass sichernder Massnahmen. Bereits unter dem alten LugÜ war umstritten, wie dieses einseitige Verfahren inklusive Sicherung in der Schweiz durchzuführen war.⁹⁰ Je nach Kanton bzw. Lehrmeinung wurde das (analoge) Heranziehen der Vorschriften über den Arrest, die vorsorgliche Pfändung oder das Güterverzeichnis vertreten. Für den Gesetzgeber war diese uneinheitliche und unsichere Praxis Anlass, per 1. Januar 2011 das SchKG anzupassen.⁹¹ Nach Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG bildet neu der definitive Rechtsöffnungstitel einen Arrestgrund.⁹² Als definitiver Rechtsöffnungstitel gilt ein vollstreckbares Urteil (Art. 80 Abs. 1 SchKG). Alsdann hält Art. 271 Abs. 3 SchKG fest, dass der nach Art. 41 LugÜ für die Vollstreckbarerklärung zuständige Richter zugleich den Arrest anordnen kann. Mit Bezug auf Unterhaltsentscheide aus anderen LugÜ-Staaten ist es neu folglich in allen Kantonen möglich, diese im Rahmen des einseitigen Vollstreckbarerklärungsverfahrens mittels Arrestes zu sichern.⁹³ Unklar erscheint weiterhin, was mit

88 Überblick über die teils sehr unterschiedlichen Konsequenzen, die von der deutschen Lehre und Praxis gezogen werden, bei HENRICH, IPRax 1995, 86, 87 ff.; SIEHR, FS Schlosser, 877, 895 ff., je m.w.H.

89 Ähnlich für das deutsche Recht HENRICH, IPRax 1995, 86, 88.

90 Vgl. BGE 126 III 438, 440 ff.; BGE 131 III 660, 662; BaslerKomm/HOFMANN/KUNZ, Art. 47 LugÜ, N 139 m.w.H.; STAEHELIN, Art. 47 LugÜ, N 47 ff., in: DASSER/OBERHAMMER (Hrsg.), Lugano-Übereinkommen (LugÜ), 2. Aufl., Bern 2011; ATTESLANDER-DÜRRENMATT, Sicherungsmittel "à discrétion"? Zur Umsetzung von Art. 39 LugÜ in der Schweiz, AJP 2001, 180, 188.

91 Botschaft des Bundesrates vom 18. Februar 2009 zum Bundesbeschluss über die Genehmigung und die Umsetzung des revidierten Übereinkommens von Lugano über die gerichtliche Zuständigkeit, die Anerkennung und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, BBl 2009, 1777, 1816.

92 Dazu BOLLER, Der neue Arrestgrund von Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 revSchKG, AJP 2010, 187 ff.

93 Zum Ganzen SØRENSEN, Exequatur und Arrest im Zusammenhang mit dem revidierten Lugano-Übereinkommen, SJZ 2011, 453 ff.

Bezug auf Unterhaltsentscheide aus LugÜ-Drittstaaten zu gelten hat. Hier richtet sich die Anerkennung und Vollstreckung gegebenenfalls nach dem Haager Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung von Unterhaltsentscheidungen oder nach Art. 25 ff. IPRG. In beiden Fällen ist kein einseitiges Vollstreckbarerklärungsverfahren vorgesehen. Um eine vollstreckbare Entscheidung zu erlangen, muss demnach der Unterhaltsschuldner angehört werden. Folgerichtig erscheint die Zulässigkeit des Arrests auf Basis eines definitiven Rechtsöffnungstitels (Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG) – Vorliegen einer vollstreckbaren Entscheidung – solange fraglich, als nicht zuvor in einem kontradiktorischen Verfahren über die Vollstreckbarerklärung entschieden wurde. Weiterhin möglich ist der Ausländerarrest gestützt auf Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG, wobei dieser nur gegenüber Unterhaltsschuldnern mit Wohnsitz im Ausland zum Tragen kommen kann.⁹⁴

V. Güterrechtliche Auseinandersetzung bei Liegenschaften im Ausland

In einem Entscheid aus dem Jahr 2010⁹⁵ hatte sich das Bundesgericht mit der praktisch bedeutsamen Frage zu beschäftigen, ob das schweizerische Scheidungsgericht auch insoweit für die güterrechtliche Auseinandersetzung zuständig ist, als im Ausland belegene Grundstücke betroffen sind, für die der Belegenheitsstaat die ausschliessliche Zuständigkeit beansprucht. Ausgehend vom Wortlaut des IPRG ist die Antwort klar: Gemäss Art. 51 lit. a IPRG sind die schweizerischen Gerichte, die für die Ehescheidung zuständig sind, auch für die güterrechtliche Auseinandersetzung zuständig. Es gilt der Grundsatz der Einheit des Güterrechts.⁹⁶ Anders als im Erbrecht (Art. 86 Abs. 2 IPRG) wird die Zuständigkeit des Staates, der für Grundstücke auf seinem Gebiet die ausschliessliche Zuständigkeit vorsieht, für das Güterrecht nicht vorbehalten.⁹⁷ Dies kann jedoch zu Schwierigkeiten führen, wenn der eheliche Güterstand sich auf das Eigentum am Grundstück auswirkt. Da es für die Begründung und Übertragung sachenrechtlicher Ansprüche an einem Grundstück vielfach der Eintragung in ein Register am Belegenheitsort bedarf, hat es der Belegenheitsstaat in der Hand, Anordnungen ausländischer Behörden zu ignorie-

94 Siehe dazu BaslerKomm/STOFFEL, Art. 271 SchKG, N 76 ff.

95 BGer, 11.06.2010, 5A_248/2010.

96 BaslerKomm/COURVOISIER, Art. 51 IPRG, N 15; BGer, SemJud 1996, 459, 461 (zum NAG); KGer St. Gallen, Entscheid vom 6. Oktober 2009, abrufbar unter http://www.gerichte.sg.ch/home/dienstleistungen/rechtsprechung/kantonsgericht/entscheide_2009/rf_2009_100.html (zum IPRG) (04.04.2012).

97 Vgl. etwa BUCHER (Fn. 48), N 217; ZürcherKomm/HEINI, Vor Art. 51–58 IPRG, N 12; BaslerKomm/COURVOISIER, Art. 51 IPRG, N 15. Zur Sonderregelung des Art 86 Abs. 2 IPRG und den damit verbundenen praktischen Schwierigkeiten siehe insb. SCHNYDER/GROLIMUND, Erbschaft in der Schweiz – Grundstück im Ausland, FS Kropholler, Tübingen 2008, 423, 424 ff.

ren.⁹⁸ Nach einem Teil der Schweizer Lehre soll deshalb im Scheidungsverfahren die Regelung des Art. 86 Abs. 2 IPRG analog gelten, wenn einer der Ehegatten im Rahmen der güterrechtlichen Auseinandersetzung die Übertragung des Eigentums an einem solchen Grundstück beantragt.⁹⁹ Sei der Anspruch dagegen – wie es häufig der Fall sein wird – rein obligatorischer Natur, bestehe kein Grund, von der Zuständigkeitsordnung des Art. 51 lit. a IPRG abzuweichen. Hier könne der Wert des Grundstückes ohne Weiteres rechnerisch in die güterrechtliche Auseinandersetzung einbezogen werden, da der ausländische Staat den schweizerischen Entscheid insoweit nicht “blockieren“ könne.¹⁰⁰

Dem erwähnten Bundesgerichtsentscheid lag folgender Sachverhalt zugrunde: Die Ehegatten, beide schweizerisch-ungarische Doppelbürger, hatten im Laufe ihrer Ehe verschiedene Grundstücke in Ungarn erworben. Die Ehefrau klagte in der Schweiz auf Scheidung. Vor der ersten Instanz erhob der Ehemann die Unzuständigkeitseinrede mit der Begründung, Gegenstand der güterrechtlichen Auseinandersetzung seien in Ungarn gelegene Grundstücke, für die Ungarn die ausschliessliche Zuständigkeit beanspruche. Ein schweizerischer Entscheid würde deshalb in Ungarn nicht anerkannt. Das Bezirksgericht Zürich wies die Unzuständigkeitseinrede ab. Gegen diesen Zwischenentscheid erhob der Mann erfolglos Rekurs an das Obergericht Zürich. Daraufhin gelangte der Ehemann mit Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht.

Das Bundesgericht rief zunächst in Erinnerung, dass die Anerkennungsfähigkeit eines schweizerischen Entscheides im Ausland keinen Einfluss hat auf die Frage, ob das schweizerische Gericht nach IPRG international zuständig ist. Auch wenn von vornherein feststeht, dass der schweizerische Entscheid im Ausland nicht anerkannt wird, bleibt die Zuständigkeitsordnung des IPRG massgeblich.¹⁰¹ Weiter wies das Gericht darauf hin, dass das IPRG beim Ehescheidungsrecht keinen Vorbehalt zugunsten einer allenfalls ausschliesslichen Zuständigkeit des Belegenheitsstaates vorsehe, dies im Unterschied zum Erbrecht. Aus diesem Grunde komme der „schweizerische Scheidungsrichter nicht umhin ..., in umfassender Weise auch über das Güterrecht zu entscheiden“.¹⁰² Aus Art. 16 Ziff. 1 lit. a a.F.

98 Siehe SCHNYDER/GROLIMUND, FS Kropholler, 423, 426.

99 SCHWANDER, Zuständigkeitsfragen im internationalen Erbrecht, FS Druey, Zürich 2002, 243, 247; SCHWANDER, AJP 2008, 1055, 1068; BaslerKomm/SIEHR, Art. 51 IPRG, N 6 f. (1. Aufl.).

100 SCHWANDER, FS Druey, 243, 247; SCHWANDER, AJP 2008, 1055, 1068 f.; BaslerKomm/SIEHR, Art. 51 IPRG, N 6 f. (1. Aufl.); vgl. auch SCHNYDER/GROLIMUND, FS Kropholler, 423, 431, zur güterrechtlichen Auseinandersetzung im Rahmen eines Nachlassverfahrens; kritisch BUCHER (Fn. 48), N 217.

101 BGer, 11.06.2010, 5A_248/2010, E. 4.1.

102 BGer, 11.06.2010, 5A_248/2010, E. 4.2.

LugÜ (Art. 22 Ziff. 1 rev.F. LugÜ)¹⁰³ konnte der Beschwerdeführer nichts zu seinen Gunsten ableiten, da die ehelichen Güterstände nicht in den Anwendungsbereich des Übereinkommens fallen.¹⁰⁴ Die Beschwerde wurde deshalb abgewiesen.

Die erwähnte Differenzierung danach, ob der güterrechtliche Anspruch rein obligatorischer oder vielmehr sachenrechtlicher Natur sei, wird im Entscheid nicht thematisiert. Allerdings ist dem Entscheid auch nicht zu entnehmen, um was für Ansprüche es sich *in casu* handelte. Es ist deshalb nicht auszuschliessen, dass das Bundesgericht, stünden sachenrechtliche Ansprüche an im Ausland belegenen Grundstücken zur Diskussion, anders entscheiden würde. Angesichts der doch recht apodiktischen Erklärung des Bundesgerichts erscheint dies jedoch eher unwahrscheinlich.

VI. Grenzüberschreitende Zustellung und Verweigerung der Anerkennung wegen Verletzung des formellen Ordre public

In OGer Zürich, Beschluss vom 10. September 2010,¹⁰⁵ galt es zu entscheiden, ob ein in Mazedonien in einem Kontumazverfahren ergangenes Scheidungsurteil in der Schweiz anzuerkennen war. Mangels einschlägigen Staatsvertragsrechts war diese Frage nach den Regeln von Art. 25 ff. IPRG zu beurteilen. Strittig war die gehörige Ladung nach Art. 27 Abs. 2 lit. a IPRG.¹⁰⁶ Die Ehefrau war mittels öffentlicher Publikation in Mazedonien zur Scheidungsverhandlung geladen worden. Eine schriftliche Zustellung an die sich in der Schweiz aufhaltende Frau war nicht erfolgt. Letztere berief sich daher auf die Verletzung des formellen Ordre public nach Art. 27 IPRG. Der Mann wendete dagegen ein, dass eine Zustellung nicht erfolgen konnte, weil die Ehefrau ihre Adresse verheimlicht hatte. Das Gericht stellte zutreffend fest, dass die Ausnahme von Art. 1 Abs. 2 des Haager Zustellungsübereinkommens,¹⁰⁷ wonach dieses nicht gilt, wenn die Adresse des Empfängers des Schriftstückes unbekannt ist, *in casu* nicht zur Anwendung gelangen konnte, weil zumindest bekannt war, dass sich die Ehefrau in der Schweiz aufhielt und die Polizei über deren Adresse verfügt habe. Jedenfalls habe der Ehe-

103 Gemäss Art. 16 Ziff. 1 lit. a F. LugÜ / Art. 22 Ziff. 1 rev.F. LugÜ ist der Belegenheitsstaat ausschliesslich zuständig für Klagen, die dingliche Rechte an unbeweglichen Sachen zum Gegenstand haben.

104 Art. 1 a.F. LugÜ / rev.F. LugÜ.

105 ZR 2010, 297.

106 Gemäss Art. 27 Abs. 2 lit. a IPRG wird eine im Ausland ergangene Entscheidung ebenfalls nicht anerkannt, wenn eine Partei nachweist, dass sie weder nach dem Recht am Wohnsitz noch nach dem am gewöhnlichen Aufenthalt gehörig geladen wurde, es sei denn, sie habe sich vorbehaltlos auf das Verfahren eingelassen.

107 Übereinkommen vom 15. November 1965 über die Zustellung gerichtlicher und aussergerichtlicher Schriftstücke im Ausland in Zivil- und Handelssachen (mit Anhang), SR 0.274.131.

mann im gesamten Verfahren nicht behauptet, er hätte nicht gewusst, dass sich die Frau in der Schweiz aufhalte. In einem solchen Fall – d.h. bei Kenntnis vom Aufenthalt der beklagten Ehefrau in der Schweiz bzw. bei Unkenntnis ihrer Zustellungsadresse in der Schweiz – sei gestützt auf das Haager Zustellungsübereinkommen ein sogenanntes Beweiserhebungsbegehren an die Schweiz zu richten. Das mazedonische Gericht hätte dieses dem Konsulat, der Botschaft oder jeder anderen Vertretung Mazedoniens in der Schweiz zusenden müssen. Die mazedonische Vertretung hätte in der Folge das Ersuchen an das Bundesamt für Justiz weiterleiten sollen, welches es der zuständigen kantonalen Behörde hätte übermitteln müssen.¹⁰⁸ Da dieser konsularische Weg nicht von vornherein als aussichtslos erschienen habe, könne nicht von einer gehörigen Ladung i.S. von Art. 27 Abs. 2 lit. a IPRG gesprochen werden. Die blosser Publikation in Mazedonien wurde daher als unzureichende Ladung erachtet.¹⁰⁹

Im Übrigen verweist das Gericht darauf, es sei nicht nachgewiesen worden, dass die beklagte Ehefrau gewusst habe, dass und wann ein Scheidungsverfahren in Mazedonien gegen sie eingeleitet worden war. Dieser Hinweis erscheint wichtig. Weiterhin ist die bundesgerichtliche Rechtsprechung unstetig, was das Verhältnis einer nicht gehörigen Vorladung zu einer nicht rechtzeitigen Vorladung anbelangt.¹¹⁰ So stellt sich namentlich die Frage, wie sich diejenige Partei verhalten soll, die zwar weiss, dass im Ausland ein Verfahren gegen sie läuft, jedoch nie gehörig vorgeladen wurde. Kümmert sie sich nicht um das ausländische Verfahren und beruft sie sich später im Rahmen der Anerkennung auf den formellen *Ordre public* (nicht gehörige Vorladung), sieht sie sich gegebenenfalls mit dem Vorwurf des Rechtsmissbrauchs konfrontiert. Namentlich mag man ihr vorwerfen, dass es ihr aus Sicht des rechtlichen Gehörs ohne Weiteres möglich gewesen wäre, sich um das ausländische Verfahren zu kümmern, so dass sie nun nicht nachträglich eine Verletzung des formellen *Ordre public* (wesentliche Verfahrensgarantien) geltend machen kann. Es besteht also ein gewisses Risiko, wenn man sich allein auf das Argument der nicht gehörigen Vorladung verlassen möchte. Eine abschliessende Klärung durch das Bundesgericht wäre hier wünschenswert.

108 Das BGer verweist diesbezüglich auf S. 24 der Wegleitung zur internationalen Rechtshilfe in Zivilsachen, abrufbar unter <http://www.rhf.admin.ch/etc/medialib/data/rhf.Par.0049.File.tmp/wegl-ziv-d.pdf> (04.04.2012).

109 Vgl. allgemein zu den Voraussetzungen einer gehörigen Ladung nach Art. 27 Abs. 2 lit. a IPRG: BaslerKomm/BERTI/DÄPPEN, Art. 27 IPRG, N 9 ff.; ZürcherKomm/VOLKEN, Art. 27 IPRG, N 79 ff.

110 Vgl. BGE 117 Ib 347 ff. = Pra 1992, 218 ff.; BGE 116 II 625 ff.; BaslerKomm/BERTI/DÄPPEN, Art. 27 IPRG, N 14.

VII. Neuerungen im Internationalen Kindesschutz

Im Zusammenhang mit Kinderbelangen ist auf das Haager Kindesschutzübereinkommen (HKsÜ)¹¹¹ hinzuweisen, das für die Schweiz am 1. Juli 2009 in Kraft getreten ist. Dieses Übereinkommen, zu dem bereits verschiedene Bundesgerichtsentscheide ergangen sind,¹¹² weist gegenüber dem Haager Minderjährigenschutzabkommen (MSA)¹¹³ verschiedene Neuerungen auf, die nachfolgend überblicksweise dargestellt werden.¹¹⁴

Bezüglich des Anwendungsbereichs ist zunächst zu beachten, dass das HKsÜ im Verhältnis der Vertragsstaaten¹¹⁵ zueinander das MSA ersetzt.¹¹⁶ Der sachliche Anwendungsbereich umfasst grundsätzlich alle Massnahmen zum Schutz eines Kindes oder seines Vermögens, insbesondere die Zuteilung oder der Entzug der elterlichen Sorge. Verschiedene Bereiche werden jedoch ausdrücklich ausgeschlossen (Art. 4 HKsÜ), so etwa das Unterhaltsrecht und die Feststellung des Kindesverhältnisses. Umfasst sind alle Kinder ab Geburt bis zur Vollendung des 18. Lebensjahres (Art. 2 HKsÜ).

Im Unterschied zum MSA regelt das HKsÜ nicht nur die Zuständigkeit und das anwendbare Recht, sondern darüber hinaus auch umfassend die *Anerkennung und Vollstreckung* der Schutzmassnahmen anderer Vertragsstaaten. Die Verweigerungsgründe, die einer Anerkennung und Vollstreckung entgegenstehen, werden im Übereinkommen abschliessend geregelt (Art. 23 ff. HKsÜ). Vorgesehen ist ein einfaches und schnelles Vollstreckungsverfahren. In der Sache selbst darf die Massnahme nicht überprüft werden (Verbot der *révision au fond*, Art. 27 HKsÜ). Demgegenüber hält das MSA zwar fest, dass Massnahmen der Vertragsstaaten gegenseitig anerkannt werden. Sind jedoch Vollstreckungshandlungen erforderlich, richten sich Anerkennung und Vollstreckung nach dem Recht des Vollstreckungsstaates inkl. allfälliger staatsvertraglicher Regelungen (Art. 7 MSA). Die Schweiz hat sich gestützt auf Art. 55 Abs. 1 lit. b HKsÜ das Recht vorbehalten, die elterliche Verantwortung oder eine Massnahme nicht anzuerkennen, soweit sie mit einer Massnahme ihrer Behörden in Bezug auf das sich in der Schweiz befindliche Vermögen eines Kindes unvereinbar ist.

111 Übereinkommen vom 19. Oktober 1996 über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung, Vollstreckung und Zusammenarbeit auf dem Gebiet der elterlichen Verantwortung und der Massnahmen zum Schutz von Kindern, SR 0.211.231.011.

112 Siehe die Praxisübersicht unten, VIII.

113 Übereinkommen vom 5. Oktober 1961 über die Zuständigkeit der Behörden und das anzuwendende Recht auf dem Gebiet des Schutzes von Minderjährigen, SR 0.211.231.01.

114 Für eine ausführliche Darstellung siehe insb. SCHWANDER, Das Haager Kindesschutzübereinkommen von 1996, ZVW 2009, 1 ff.

115 Die aktuelle Statustabelle ist abrufbar unter http://www.hcch.net/index_de.php?act=conventions.statusprint&cid=70 (04.04.2012).

116 Art. 51 HKsÜ.

Gegenüber dem MSA ist die Zuständigkeitsordnung des HKsÜ viel stärker auf den *gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes* ausgerichtet. Gemäss Art. 5 Abs. 1 HKsÜ sind die Behörden des Vertragsstaats, in dem das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, zuständig, Massnahmen zum Schutz der Person oder des Vermögens des Kindes zu treffen. Ab dem Wechsel des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes sind grundsätzlich die Behörden des neuen Aufenthaltsstaates zuständig (Art. 5 Abs. 2 HKsÜ). Im Verhältnis der Vertragsstaaten untereinander greift demnach keine *perpetuatio fori*.¹¹⁷ Dies gilt es insbesondere auch im Instanzenzug zu beachten.¹¹⁸

Ausnahmsweise kommt es unter dem HKsÜ doch zu einer *perpetuatio fori*, nämlich dann, wenn der gewöhnliche Aufenthalt des Kindes in einen Nicht-Vertragsstaat verlegt wird (Art. 5 Abs. 2 *e contrario*); dies gilt jedoch nicht, wenn der neue Aufenthaltsstaat Vertragsstaat des MSA ist.¹¹⁹ Zu einer *perpetuatio fori* kommt es unter Umständen auch bei widerrechtlichem Verbringen bzw. Zurückhalten des Kindes. Die Voraussetzungen, unter denen die Zuständigkeit bei widerrechtlichem Verbringen oder Zurückhalten des Kindes ausnahmsweise doch auf den neuen Aufenthaltsstaat übergeht, werden in Art. 7 HKsÜ umschrieben.

Der *Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts* wird im HKsÜ nicht definiert; das Bundesgericht orientiert sich hier an Art. 20 Abs. 1 lit. b IPRG.¹²⁰ Bei Flüchtlingen sowie bei Kindern, bei denen der gewöhnliche Aufenthalt nicht festgestellt werden kann, reicht der blosser Aufenthalt des Kindes im Territorium des Vertragsstaates zur Begründung der Zuständigkeit aus (Art. 6 HKsÜ).

Ausnahmsweise können nach HKsÜ auch andere Staaten als jener des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes zum Erlass von Kindesschutzmassnahmen zuständig sein. Hier gilt es allerdings, ein besonderes Verfahren zu beachten; ausserdem kann die Zuständigkeit nur auf bestimmte Vertragsstaaten übertragen werden, so etwa auf den Heimatstaat des Kindes (Art. 8, 9 HKsÜ). Dagegen stellt das Übereinkommen die Zuständigkeit des Heimatstaates nicht in dessen alleiniges Ermessen, wie dies unter dem MSA noch der Fall ist.¹²¹

Vorbehalten bleiben sodann *dringende Fälle* (Art. 11 HKsÜ: Zuständigkeit des Staates, in dem sich das Kind oder das Kindesvermögen befindet) sowie *vorsorgliche Massnahmen* (Art. 12 HKsÜ: Zuständigkeit des Staates, in dem sich das

117 BGer, 27.06.2010, 5A_622/2010, E. 3; so schon die Rechtslage unter dem MSA, siehe BGE 132 III 586, 591.

118 Siehe BGer, 27.06.2010, 5A_622/2010, zum Wegfall der schweizerischen Zuständigkeit während hängigem Appellationsverfahren.

119 Im Verhältnis der MSA-Vertragsstaaten untereinander gilt der Grundsatz der *perpetuatio fori* nämlich ebenfalls nicht; siehe oben, Fn. 117.

120 BGer, 25.10.2011, 5A_440/2011, E. 2.2.

121 Gemäss Art. 4 Abs. 1 MSA sind die Behörden des Heimatstaates des Kindes zuständig, wenn sie der Auffassung sind, dass das Wohl des Kindes dies erfordert.

Kind oder das Kindesvermögen befindet, für Massnahmen zum Schutz des Kindes oder seines Vermögens, die auf das Hoheitsgebiet des betreffenden Staates beschränkt sind; Art. 7 HKsÜ bleibt vorbehalten).

Bei internationalen Scheidungen ist die *Annexzuständigkeit des Scheidungsgerichts* gemäss Art. 10 HKsÜ von Bedeutung. Danach sind die Gerichte des Staates, der für die Scheidung international zuständig ist, unter Umständen auch dann zum Erlass von Massnahmen zum Schutz des Kindes oder seines Vermögens zuständig, wenn das Kind sich gewöhnlich in einem anderen Staat aufhält. Erforderlich ist zunächst, dass der betreffende Staat eine solche Zuständigkeit in seinem eigenen Recht vorsieht. Vorausgesetzt ist sodann kumulativ, dass (1) einer der Eltern bei Beginn des Verfahrens den gewöhnlichen Aufenthalt im Gerichtsstaat hat; (2) wenigstens ein Elternteil die elterliche Verantwortung für das Kind hat; (3) die Eltern und jede andere Person, die die elterliche Verantwortung für das Kind hat, die Zuständigkeit des Gerichts für Kindesschutzmassnahmen anerkannt haben; und schliesslich (4), dass die Zuständigkeit dem Kindeswohl entspricht (Art. 10 Abs. 1 HKsÜ). Die Sonderzuständigkeit des Art. 10 HKsÜ greift nicht im Eheschutzverfahren.¹²²

Bei der Ausübung der Zuständigkeit nach HKsÜ wenden die Behörden ihr eigenes Recht an (*lex fori in foro proprio*). Dies ist unter dem MSA nicht anders (Art. 2, Art. 4 Abs. 2 MSA). Hat der Sachverhalt jedoch eine enge Verbindung zum Recht eines anderen (auch eines Nichtsvertrags-)Staates, kann dieses ausnahmsweise angewendet oder berücksichtigt werden, soweit der Schutz des Kindes dies erfordert (Art. 15 HKsÜ).

Zu guter Letzt stärkt und fördert das HKsÜ ganz wesentlich die *internationale Zusammenarbeit* (Art. 29–39 HKsÜ). Insbesondere der Informationsaustausch zwischen den Vertragsstaaten wird erleichtert. Die Vertragsstaaten haben zu diesem Zweck eine oder gegebenenfalls mehrere Zentrale Behörden einzurichten; in der Schweiz ist dies einerseits das Bundesamt für Justiz, andererseits die Zentralen Behörden der Kantone (Art. 1, 2 BG-KKE¹²³).

VIII. Rechtsprechungsübersicht zum Internationalen Familienrecht (Bundesgerichtsentscheide 2009–2011)

Abschliessend wird die in den Jahren 2009–2011 ergangene Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Internationalen Familienrecht (inkl. Eheschutz und Kindesrecht) in Form einer tabellarischen Übersicht dargestellt. Von den 44 erfassten Entscheiden betrifft fast die Hälfte, nämlich 19 Entscheide, Kindesrückführungen.

122 BGer, 27.06.2010, 5A_622/2010, E. 3.

123 Bundesgesetz vom 21. Dezember 2007 über internationale Kindesentführung und die Haager Übereinkommen zum Schutz von Kindern und Erwachsenen, SR 211.222.32.

Weiter befasste sich das Bundesgericht mit Fragen betreffend Kindesschutzmassnahmen (6), die Anerkennung ausländischer Scheidungen (4), die Zuständigkeit schweizerischer Gerichte für die Ehescheidung und/oder den damit verbundenen Nebenfolgen (3) und für vorsorgliche Massnahmen bei im Ausland hängigen Scheidungsverfahren (3), die Rechtshängigkeit bei ausländischen Scheidungsverfahren (3), die Anerkennung ausländischer Adoptionen (2), die Anerkennung einer im Ausland geschlossenen Ehe (1), die internationale Zuständigkeit für Schuldneranweisungen¹²⁴ (1), die Ergänzung eines ausländischen Scheidungsurteils (1) sowie die Namensänderung eines Ehegatten (1).

BGE 138 III 11 vom 31. Oktober 2011 ¹²⁵	Internationale Zuständigkeit für Schuldneranweisungen (Unterhaltsbeiträge nach Art. 291 ZGB); Art. 16 Ziff. 5 a.F. LugÜ (Art. 22 Ziff. 5 rev.F. LugÜ)
BGer 5A_440/2011 vom 25. Oktober 2011	Internationale Zuständigkeit für die Festsetzung von Besuchsrechten nach MSA ¹²⁶ ; Verhältnis MSA - HKsÜ ¹²⁷ ; Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts
BGer 5A_622/2010 vom 27. Juni 2011 ¹²⁸	Internationale Zuständigkeit für Kindesschutzmassnahmen; Frage der <i>perpetuatio fori</i> im Rechtsmittelverfahren bei Anwendbarkeit des HKsÜ; Art. 5 Abs. 1 und 10 Abs. 1 HKsÜ ¹²⁹
BGer 5A_15/2011 vom 20. Juni 2011	Anerkennung von Scheidungsnebenfolgen aus einem mazedonischen Scheidungsurteil, Art. 10 lit. a ESÜ ¹³⁰ ; Art. 27 IPRG, ordre public
BGer 5A_305/2011 vom 14. Juni 2011	Anerkennung einer Entscheidung aus Brasilien, Qualifikation des brasilianischen Verfahrens als Eheschutz- oder Scheidungsverfahren (Einrede der <i>res iudicata</i>), Art. 27 Abs. 2 lit. c IPRG
BGE 137 III 332 ff. vom 26. Mai 2011	Abänderung eines Rückführungsentscheides; Begriff der "wesentlichen Umstände" gemäss Art. 13 Abs. 1 BG-KKE ¹³¹

124 Siehe zu diesem Entscheid oben, II.2.

125 Siehe zu diesem Entscheid oben, II.2.

126 Siehe oben, Fn. 113.

127 Siehe oben, Fn. 111.

128 Siehe zu diesem Entscheid oben im Text bei Fn. 117 und Fn. 122.

129 Siehe oben, Fn. 111

130 Europäisches Übereinkommen vom 20. Mai 1980 über die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen über das Sorgerecht für Kinder und die Wiederherstellung des Sorgerechtes, SR 0.211.230.01.

131 Siehe oben, Fn. 123.

BGer 5A_184/2011 vom 31. März 2011	Anerkennung eines serbischen Scheidungsurteils, Art. 27 Abs. 2 IPRG
BGer 5A_131/2011 vom 31. März 2011	Kinderückführung: Anerkennung eines französischen Rückführungsentscheids, Art. 10 ESÜ ¹³²
BGer 5A_528/2010 vom 17. März 2011	Internationale Zuständigkeit für den Erlass vorsorglicher Massnahmen bei im Ausland hängigem Scheidungsverfahren, Art. 10 a.F. IPRG
BGer 5A_913/2010 vom 4. Februar 2011	Kinderückführung: Rückführungsentscheid, Verweigerungsgründe nach Art. 13 HKÜ ¹³³ , insb. Unzumutbarkeit nach Art. 13 Abs. 1 lit. b HKÜ
BGer 5A_553/2010 vom 10. Januar 2011	Internationale Zuständigkeit für Erlass vorsorglicher Massnahmen bei im Ausland hängigem Scheidungsverfahren, Art. 10 a.F. IPRG
BGer 5D_129/2010 vom 3. Dezember 2010	Kinderückführung: Parteikosten nach HKÜ ¹³⁴
BGer 5A_665/2010 vom 2. Dezember 2010	Internationale Zuständigkeit zur Anordnung von Kinderschutzmassnahmen; Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts nach HKSÜ ¹³⁵
BGer 5A_520/2010 vom 31. August 2010	Substantiierungs- und Beweislast für Tatsachen, welche einer Rückführung nach HKÜ ¹³⁶ entgegenstehen
BGer 5A_461/2010 vom 30. August 2010	Internationale Zuständigkeit für Eheschutzmassnahmen bei hängigem Ehescheidungsverfahren in Deutschland; Erlass vorsorglicher Massnahmen nach Art. 10 a.F. IPRG
BGer 5A_535/2010 vom 10. August 2010	Vermittlungs- und Mediationsverfahren gemäss Art. 8 Abs. 1 BG-KKE ¹³⁷ im Zusammenhang mit Kinderückführung
BGer 5A_436/2010 vom 8. Juli 2010	Kinderückführung: Versagensgründe nach Art. 13 HKÜ ¹³⁸
BGer 5A_441/2010 vom 7. Juli 2010	Kinderückführung: Begriff des widerrechtlichen Verbringens nach Art. 3 lit. a HKÜ ¹³⁹

132 Siehe oben, Fn. 130.

133 Übereinkommen vom 25. Oktober 1980 über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung, SR 0.211.230.02.

134 Siehe oben, Fn. 133.

135 Siehe oben, Fn. 111.

136 Siehe oben, Fn. 133.

137 Siehe oben, Fn. 123.

138 Siehe oben, Fn. 133.

139 Siehe oben, Fn. 133.

BGer 5A_293/2010 vom 22. Juni 2010	Internationale Zuständigkeit gemäss Art. 12 BG-KKE ¹⁴⁰ für die Vollstreckung eines Rückführungsentscheids; Voraussetzungen der Rückführung nach HKÜ ¹⁴¹ /BG-KKE ¹⁴²
BGer 5A_248/2010 vom 11. Juni 2010 ¹⁴³	Internationale Zuständigkeit des Scheidungsgerichts nach Art. 51 lit. b IPRG für die güterrechtliche Auseinandersetzung bezüglich im Ausland gelegener Grundstücke
BGE 136 III 353 ff. vom 1. Juni 2010	Wegzug ins Ausland, Vereinbarkeit mit HKÜ; Entscheidungskompetenzen des alleinigen Obhutsinhabers, Begriff des Sorgerechts im Sinne des HKÜ ¹⁴⁴
BGer 5A_154/2010 vom 29. April 2010	Vollstreckung eines Rückführungsentscheides, insb. Verhältnis von Art. 12 Abs. 1 BG-KKE ¹⁴⁵ zum HKÜ ¹⁴⁶
BGer 5A_80/2010 vom 22. März 2010	Abänderung eines Rückführungsentscheides; Begriff der “wesentlichen Umstände“ gemäss Art. 13 Abs. 1 BG-KKE ¹⁴⁷
BGer 5A_599/2009 vom 3. März 2010	Internationale Zuständigkeit nach Art. 51 lit. a IPRG für Klage betreffend die güterrechtlichen Verhältnisse bei im Ausland hängigem Scheidungsverfahren; Grundsatz der Einheit des Scheidungsurteils: Tragweite
BGer 5A_663/2009 vom 1. März 2010	Internationale Zuständigkeit für eine Scheidungsklage nach Art. 59 lit. b IPRG; Bestimmung des Wohnsitzes
BGer 5A_323/2009 vom 15. Februar 2010	Ergänzung eines ausländischen Scheidungsurteils bezüglich Nebenfolgen, (implizite) Anwendung von Art. 64 IPRG
BGer 5A_25/2010 vom 2. Februar 2010	Kinderückführung; Begriff des widerrechtlichen Verbringens nach Art. 3 HKÜ ¹⁴⁸ ; Kostenbefreiung nach Art. 26 Abs. 2, 3 HKÜ
BGE 136 III 168 ff. vom 25. Januar 2010	Namensänderung eines Ehegatten, wichtiger Grund im internationalen Kontext; Art. 30 und Art. 160 ZGB; Art. 23 Abs. 2 und Art. 37 IPRG

140 Siehe oben, Fn. 123.

141 Siehe oben, Fn. 133.

142 Siehe oben, Fn. 123.

143 Siehe zu dieser Entscheidung oben, V.

144 Siehe oben, Fn. 133.

145 Siehe oben, Fn. 123.

146 Siehe oben, Fn. 133.

147 Siehe oben, Fn. 123.

148 Siehe oben, Fn. 133.

BGer 5A_778/2009 vom 11. Januar 2010	Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts i.S. von Art. 3 Abs. 1 lit. a HKÜ und des Sorgerechts i.S. von Art. 5 HKÜ ¹⁴⁹
BGer 5A_432/2009 vom 23. Dezember 2009	Internationale Zuständigkeit für Klage auf Scheidung und Nebenfolgen, Art. 59 und Art. 63 Abs. 1 IPRG; internationale Zuständigkeit betr. Kindesunterhalt, Art. 5 Ziff. 2 a.F. LugÜ; internationale Zuständigkeit für Massnahmen zum Schutz Minderjähriger, Art. 13 Abs. 1 MSA ¹⁵⁰
BGer 5A_721/2009 vom 7. Dezember 2009	Kindesrückführung: Vollstreckung eines Rückführungsentscheids; Eintritt der Rückführungsbedingungen; Unzumutbarkeit nach Art. 13 Abs. 1 lit. b HKÜ ¹⁵¹
BGer 5A_601/2009 vom 30. November 2009	Sistierung des Scheidungsverfahrens nach Art. 9 Abs. 1 IPRG; Anwendbarkeit des Haager Übereinkommens vom 1. Juni 1970 über die Anerkennung von Ehescheidungen und Ehetrennungen ¹⁵² im Verhältnis zu Polen; Erlass vorsorglicher Massnahmen (Art. 10 a.F. IPRG)
BGE 136 V 57 ff. vom 24. November 2009	Anerkennung eines Scheidungsurteils, welches die Weiterführung des Gesamteigentums an der ehelichen Wohnung über die Scheidung hinaus anordnet; Ordre public, Art. 27 Abs. 1 IPRG
BGer 5A_604/2009 vom 9. November 2009	Anerkennung eines ausländischen Adoptionsentscheids, Bedeutung des Kindeswohls; Ordre public, Art. 27 Abs. 1 IPRG
BGer 5A_404/2009 vom 5. November 2009	Anerkennung einer im Iran geschlossenen Ehe, Art. 25 ff. und Art. 45 Abs. 1 IPRG
BGer 5A_452/2009 vom 18. September 2009	Rechtshängigkeit eines ausländischen Scheidungsverfahrens; Identität des Streitgegenstandes nach Art. 9 Abs. 1 IPRG
BGer 5A_285/2009 vom 21. August 2009	Anerkennung einer Adoption; indirekte Zuständigkeit, Art. 78 Abs. 1 IPRG
BGer 5A_427/2009 vom 27. Juli 2009	Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts nach HKÜ ¹⁵³ , widerrechtliches Verbringen nach Art. 3 HKÜ

149 Siehe oben, Fn. 133.

150 Siehe oben, Fn. 113.

151 Siehe oben, Fn. 133.

152 SR 0.211.212.3.

153 Siehe oben, Fn. 133.

BGer 5A_220/2009 vom 30. Juni 2009	Internationale Zuständigkeit für die Regelung des Besuchsrechts im Scheidungsverfahren, Verhältnis von Art. 63 Abs. 1 IPRG zum MSA ¹⁵⁴ ; Grundsatz der <i>perpetuatio fori</i> im Verhältnis zu Nichtvertragsstaaten
BGE 135 III 574 ff. vom 25. Juni 2009	Kindesrückführung nach HKÜ ¹⁵⁵ ; Zulässigkeit von Massnahmen zur Sicherstellung der Rückführung, Art. 2 und Art. 7 Abs. 2 HKÜ
BGer 5A_105/2009 vom 16. April 2009	Kindesrückführung nach HKÜ ¹⁵⁶ ; Unzumutbarkeit nach Art. 13 Abs. 1 lit. b HKÜ und Dahinfallen der Rückführungsverpflichtung
BGer 5A_599/2009 vom 3. März 2009	Internationale Zuständigkeit für die Feststellung der Nichtigkeit resp. Anfechtung einer Vereinbarung über Gütertrennung aufgrund von Art. 51 lit. c IPRG; Einfluss eines im Ausland hängigen Scheidungsverfahrens
BGer 5A_607/2008 vom 2. März 2009	Kindesschutzmassnahmen; Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts gemäss Art. 1 MSA ¹⁵⁷
BGer 5A_861/2008 vom 26. Januar 2009	Kostenbefreiung nach HKÜ ¹⁵⁸ ; Anwendung des Reziprozitätsgrundsatzes gegenüber Frankreich

Zusammenfassung: *Im Arbeitskreis “Scheidung in internationalen Verhältnissen“ hat sich einmal mehr bestätigt, wie international die im Familienrecht tätigen Juristinnen und Juristen sind und sein müssen. Die im vorliegenden Beitrag behandelte Rechtsprechung zum Internationalen Scheidungs- und Familienrecht ist ebenfalls Zeugnis davon. Zwei Feststellungen mögen die vorstehenden Ausführungen abschliessen. Zum einen verdeutlicht BGE 138 III 11 ff. die im Internationalen Privatrecht oft anzutreffende Qualifikationsproblematik. Innerstaatliche und ausländische Rechtsinstitute wollen nicht immer ins “Bild“ unseres IPR passen. Die Qualifikation ist alsdann ganz massgebliche Weichenstellung: Wird z.B. die Lohnanweisung vollstreckungs- und nicht materiellrechtlich qualifiziert, ergeben sich ganz unterschiedliche Rechtsfolgen. Zum anderen zeigt OGer Zürich, Beschluss vom 17. Juni 2010, die vielfältigen Probleme, welche die unterschiedliche Ausgestaltung des (Familien-)Rechts in den einzelstaatlichen Rechtsordnungen aufgibt. So hat der Schweizer Richter z.B. eine*

154 Siehe oben, Fn. 113.

155 Siehe oben, Fn. 133.

156 Siehe oben, Fn. 133.

157 Siehe oben, Fn. 113.

158 Siehe oben, Fn. 133.

Scheidung nach jüdischem Recht ins Schweizer Recht "einzupassen". Dieser Vorgang ist mit erheblichem Aufwand verbunden, müssen doch sämtliche involvierten Interessen eruiert und evaluiert werden, soll eine überzeugende Lösung gefunden werden. Dabei zeigt sich, dass es vielfach nicht nur ein richtiges Ergebnis gibt, sondern dass mehrere vertretbare Entscheidungen denkbar sind, mit entsprechendem Ermessen für die Gerichte. Die damit verbundene Rechtsunsicherheit für die Betroffenen lässt sich aus Gründen der Kulturvielfalt nicht gänzlich vermeiden.
