

# Private Law

national – global – comparative

---

Festschrift für Ingeborg Schwenzer  
zum 60. Geburtstag

Herausgegeben von

Andrea Büchler  
Markus Müller-Chen



Stämpfli Verlag AG Bern



intersentia

© Stämpfli Verlag AG Bern



---

**Private Law**

national – global – comparative

Festschrift für Ingeborg Schwenzer zum 60. Geburtstag



*W. W.*

---

# Private Law

**national – global – comparative**

## **Festschrift für Ingeborg Schwenzer zum 60. Geburtstag**

Band I

Herausgegeben von  
Andrea Büchler  
Markus Müller-Chen



Stämpfli Verlag AG Bern · 2011



intersentia

---

Zitiervorschlag: Festschrift Ingeborg Schwenzer

Foto: Daniel Boschung

**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.

© Stämpfli Verlag AG Bern · 2011

© Intersentia Publishers · 2011

Gesamtherstellung:

Stämpfli Publikationen AG, Bern

Printed in Switzerland

ISBN 978-3-7272-2956-5 (Stämpfli)

ISBN 978-94-000-0224-1 (Intersentia) D/2011/7849/55



**Mix**  
Produktgruppe aus vorbildlich  
bewirtschafteten Wäldern und  
anderen kontrollierten Herkünften

Zert.-Nr. SGS-COC-005773  
[www.fsc.org](http://www.fsc.org)  
© 1996 Forest Stewardship Council

---

# Der conflict mobile im Kinderunterhaltsrecht oder zur (Un-)Beständigkeit von Kinderunterhaltsregelungen\*

Roland Fankhauser

## I.

Früh und stetig hat die Jubilarin auch für den Bereich des Familienrechts bzw. der Familienwissenschaften<sup>1</sup> in verdankenswerter Weise darauf hingewiesen, wie wichtig (neben Transdisziplinarität) die Internationalisierung und der Praxisbezug sind.<sup>2</sup> Ausgangspunkt der nachfolgenden Ausführungen ist ein praktischer Fall, der aufzeigen mag, inwiefern im Kindesunterhaltsrecht die zunehmende internationale Mobilität zu schwierigen und kaum absehbaren und damit planbaren Konflikten führen kann.

Eine Ehe zwischen einem deutschen Ehemann und einer amerikanischen Ehefrau, welche seit einigen Jahren in der Schweiz lebten, wird in der Schweiz geschieden. Die gemeinsamen Kinder werden unter die alleinige elterliche Sorge der Mutter gestellt und in einer Scheidungsvereinbarung einigen sich die Eltern auf dem Einkommen des Ehemannes entsprechende grosszügige Kinderunterhaltsbeiträge (über die Mündigkeit hinaus). Kurz nach der Scheidung kehrt die Mutter – wie beabsichtigt – mit den Kindern in die USA zurück. Nach einigen Jahren privatwirtschaftlicher Karriere erhält der weiterhin in der Schweiz wohnende Ehemann einen Ruf an eine Universität, was zu einer wesentlichen Einkommensreduktion führen wird. Die Ehefrau stemmt sich dagegen und befürchtet, der Ehemann werde in den USA auf Reduktion des Unterhalts klagen, und es käme das weit weniger gläubigerfreundliche Unterhaltsrecht des betreffenden Gliedstaats der USA zur Anwendung.<sup>3</sup> Aus taktischen Gründen klagt sie in der Schweiz auf Erhöhung des Unterhalts, worauf der Ex-Ehemann mit einer Widerklage auf Reduktion reagiert. Das schweizerische Gericht wäre für beide Klagen zuständig gewesen und

---

\* Lehre, Rechtsprechung und Gesetzgebung konnten bis Juni 2010 berücksichtigt werden. Herrn Prof. Dr. Gerald Mäsch, Münster, danke ich für die wertvollen Hinweise.

1 Vgl. nur SCHWENZER/AESCHLIMANN, Zur Notwendigkeit einer Disziplin Familienwissenschaften, FS Giger, Zürich 2006, 501 ff.

2 SCHWENZER/AESCHLIMANN, FS Giger, 501, 503, 510; vgl. auch bereits SCHWENZER, Die Europäisierung des Familienrechts, FS Hasenböhler, Zürich 2004, 25 ff.

3 Insbesondere kennen die amerikanischen Gliedstaaten (im Gegensatz zum schweizerischen Recht) absolute Grenzen für die Dauer des Unterhalts.

hätte amerikanisches Recht (der Gliedstaaten) anwenden müssen.<sup>4</sup> Die Parteien einigen sich schliesslich auf einen Vergleich.<sup>5</sup>

Dieser Fall aus der Praxis soll Anlass sein, aus der schweizerischen Optik die kollisionsrechtlichen Normen der Zuständigkeit und des anwendbaren Rechts im Bereich des Kindesunterhalts Revue passieren zu lassen, die daraus resultierenden Probleme zu diskutieren und zu untersuchen, ob und allenfalls wie die Praxis derartige problembeladenen Konstellationen verhindern könnte.

## II.

Ist in der Schweiz über *Kindesunterhalt ausserhalb von eherechtlichen Verfahren* zu entscheiden, so richtet sich die *Zuständigkeit* entweder primär<sup>6</sup> staatsvertraglich nach dem Luganoübereinkommen<sup>7</sup> (LugÜ<sup>8</sup>) oder subsidiär autonom nach dem Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG<sup>9</sup>). Gemäss Art. 2 und Art. 5 Ziff. 2 LugÜ kann<sup>10</sup> eine Unterhaltsklage deshalb einerseits am Wohnsitz der beklagten (regelmässig unterhaltspflichtigen) Partei in einem Vertragsstaat oder andererseits am Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthaltsort der unterhaltsberechtigten Partei eingereicht werden,<sup>11</sup> sofern der Beklagte in einem Vertragsstaat Wohnsitz hat. Ist das LugÜ nicht anwendbar, so erklärt Art. 79 Abs. 1 IPRG grundsätzlich die schweizerischen Gerichte am gewöhnlichen Aufenthaltsort<sup>12</sup> des Kindes oder – alternativ<sup>13</sup> – am Wohnsitz bzw. gewöhnlichen Aufenthalt des Beklagten für zuständig. Diese grosszügige Zuständigkeitsregel wird durch die Heimatzuständigkeitsregel gemäss Art. 80 IPRG noch erweitert. Unklar ist, ob diese staatsvertraglichen und autonomen Zuständigkeitsregeln auch für *Abänderungskla-*

---

4 Art. 79 Abs. 1 IPRG i.V.m. Art. 8 IPRG sowie Art. 4 Haager Übereinkommen vom 2. Oktober 1973 über das auf Unterhaltspflichten anzuwendende Recht (Haager Unterhaltsstatutübereinkommen 1973), SR 0.211.213.01.

5 Womit auch der Verdacht des honorarfähigen Verfassens von Festschriftbeiträgen entfällt.

6 Art. 1 Abs. 2 IPRG.

7 Was selbst höchstrichterlich zuweilen übersehen wird, vgl. BGer, 10.9.2009, 5A\_288/2009, E. 1.2: Das Kind mit Aufenthaltsort in Genf hat dort gegen den Vater mit Wohnsitz in Frankreich auf Unterhalt geklagt und das Gericht hat sich dabei auf Art. 79 Abs. 1 IPRG berufen.

8 SR 0.275.11.

9 SR 291.

10 Die Tatbestände von Art. 5 LugÜ eröffnen fakultative Fora neben der allgemeinen Wohnsitzzuständigkeit nach Art. 2 Abs. 1 LugÜ, GEIMER/SCHÜTZE, Europäisches Zivilverfahrensrecht – Kommentar, München 2010, Art. 5 EuGVVO Rn. 3a.

11 BaslerKomm/SCHWANDER, Art. 79 IPRG N 3; SIEHR, Das Internationale Privatrecht der Schweiz, Zürich 2002, 111.

12 Der Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts ist dabei nach dem Recht des Forums zu bestimmen, BGer, 26.9.2002, 5C.139/2002, E. 2.2.

13 BaslerKomm/SCHWANDER, Art. 79 IPRG N 9.

gen<sup>14</sup> gelten. Aufgrund des Gesetzeszwecks<sup>15</sup> ist es m.E. zutreffend, Art. 5 Ziff. 2 LugÜ für Herabsetzungsklagen des Unterhaltsverpflichteten nicht zur Verfügung zu stellen,<sup>16</sup> was aber gewichtige Stimmen zulassen wollen.<sup>17</sup> Die Differenz dürfte sich – wie SIEHR richtig sieht<sup>18</sup> – im Ergebnis nicht auswirken, soweit der Anknüpfungspunkt nicht lediglich der Aufenthaltsort des Kindes bildet.<sup>19</sup> Hingegen kann der Unterhaltsberechtigte für eine Klage auf Erhöhung des Unterhalts weiterhin zwischen Gerichtsstand des Wohnsitzes des Schuldners und dem Gerichtsstand seines eigenen Wohnsitzes oder Aufenthaltsortes wählen.<sup>20</sup> Ob Art. 79 Abs. 1 IPRG als autonome Grundlage auch die Abänderungsklagen umfasst, wird – soweit überhaupt thematisiert – eher bejaht.<sup>21</sup> Der Wortlaut<sup>22</sup> und die Systematik<sup>23</sup> sprechen m.E. dafür, auch wenn die Materialien<sup>24</sup> eher das Gegenteil zu indizieren scheinen. Zu beachten ist aber, dass bei einer Herabsetzungsklage im Ergebnis eine schweizerische Zuständigkeit nur gegeben ist, wenn das (beklagte) Kind Wohnsitz oder Aufenthalt in der Schweiz hat. Sowohl nach LugÜ als auch nach IPRG ist das

- 14 Prozessual ist bei Abänderungsklagen beachtenswert, dass sich die Klägerrolle nicht mit der Unterhaltsberechtigung decken muss und umgekehrt auch nicht die Beklagtenposition mit der Rolle des Unterhaltsschuldners.
- 15 Vgl. dazu KROPHOLLER, Europäisches Zivilprozessrecht, Kommentar zu EuGVO, Lugano-Übereinkommen und Europäischem Vollstreckungstitel, Frankfurt a.M. 2005, Art. 5 EuGVO Rn. 54, der den Schutz des Unterhaltsberechtigten, bessere Beurteilungsmöglichkeit der Bedürfnisse des Gerichts am Ort des Berechtigten sowie Gleichlauf zwischen Zuständigkeit und anwendbarem Recht erwähnt; KROPHOLLER, Internationales Privatrecht, Tübingen 2006, 377, führt als zentralen Zweck das soziale Anliegen der Besserstellung des Unterhaltsbedürftigen auf.
- 16 DUTOIT, Droit international privé suisse, Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987, Basel 2005, Art. 79 IPRG N 5; ZürcherKomm/SIEHR, Art. 79 IPRG N 4, mit Hinweis auf den Fall der Widerklage.
- 17 GEIMER/SCHÜTZE (Fn. 10), Art. 5 EuGVVO Rn. 181, 193 m.w.H., 195; OBERHAMMER, in: DASSER/OBERHAMMER (Hrsg.), Kommentar zum Lugano-Übereinkommen, Bern 2008, Art. 5 LugÜ N 109.
- 18 ZürcherKomm/SIEHR, Art. 79 IPRG N 4 a.E.
- 19 Die Herabsetzungsklage ist am Wohnsitz des (beklagten) Unterhaltsberechtigten gemäss Art. 5 Ziff. 2 LugÜ bzw. des (unterhaltsberechtigten) Beklagten gemäss Art. 2 Abs. 1 LugÜ zu erheben. Wenn der unterhaltsberechtigte Beklagte lediglich Aufenthalt im Vertragsstaat hat, kann nur über Art. 5 Ziff. 2 LugÜ eine Zuständigkeit begründet werden.
- 20 KROPHOLLER (Fn. 15), Art. 5 EuGVO Rn. 69.
- 21 Vgl. Entscheid Gerichtspräsident Thun 17.9.2003, FamPra.ch 2004, 431; FamKomm/JAMETTI GREINER, Anh. IPR N 57; DUTOIT (Fn. 16), Art. 79 IPRG N 4; OGer ZH 16.3.1998, E. 4, ZR 1999 Nr. 9, hinsichtlich Abänderung eines Scheidungsurteils (u.a.) im Bereich des Kindesunterhalts.
- 22 Unter «Klagen betreffend den Unterhalt» können eher Abänderungsklagen subsumiert werden, als unter den Begriff «Unterhaltsklage». Der italienische Wortlaut scheint etwas weniger offen.
- 23 Der 4. Abschnitt im Kindesrecht kennt gerade keine explizite Bestimmung zur Abänderung, wie bspw. Art. 64 IPRG, weshalb einzig die Zuständigkeitsregeln nach Art. 79-81 IPRG massgebend sind.
- 24 Botschaft IPRG, BBl 1983 263, 374 («Unterhaltsklagen von Kindern gegenüber ihren Eltern»).

für die Hauptklage zuständige Gericht grundsätzlich auch für eine *Widerklage* zuständig, selbst wenn dem Widerkläger bei einem Hauptbegehren der betreffende Gerichtsstand nicht offen stünde.<sup>25</sup>

Soweit der *Kindesunterhalt innerhalb eines Statusprozesses*, insbesondere eines Scheidungsprozesses festgelegt wird, richtet sich die Zuständigkeit nach der Hauptzuständigkeit. Das LugÜ sieht für diesen Fall in Art. 5 Ziff. 2 explizit eine Annexzuständigkeit vor, wobei der Statusprozess nicht den Zuständigkeitsregeln des LugÜ folgt. Mit dem revidierten Luganoübereinkommen<sup>26</sup> wird klargestellt, dass diese Kompetenzattraktion auch dann gilt, wenn in einem Verfahren betreffend elterliche Verantwortung auch über den Unterhalt zu entscheiden ist.<sup>27</sup> Die Verbundzuständigkeit ist nur dann ausgeschlossen, wenn sich die (national zu beurteilende) Statuszuständigkeit lediglich auf die Staatsangehörigkeit einer der Parteien stützt. Ausserhalb des Anwendungsbereiches des LugÜ kann Art. 79 Abs. 1 IPRG ebenfalls nicht als Grundlage der Zuständigkeit herangezogen werden, wenn im Rahmen eines Scheidungsprozesses über den Kindesunterhalt zu entscheiden ist.<sup>28</sup> Vielmehr hat gemäss Art. 63 Abs. 1 IPRG das Scheidungsgericht auch über den Unterhalt zu entscheiden.<sup>29</sup> Sofern eine *Abänderung* des in einem Scheidungsprozess festgelegten Kindesunterhalts verlangt wird, sieht das LugÜ keine speziellen Regelungen vor, sondern die Zuständigkeit ist wiederum nach Art. 5 Ziff. 2 LugÜ zu prüfen.<sup>30</sup> Im autonomen Bereich gilt an sich die Zuständigkeitsregelung von Art. 79 IPRG,<sup>31</sup> wobei das Bundesgericht eine Tendenz zeigt, die Zuständigkeit auch über Art. 64 Abs. 1 IPRG zu begründen, insbesondere um einen Gleichlauf der Zuständigkeiten betreffend elterlicher Sorge, persönlichen Verkehrs und Unterhalt zu erreichen.<sup>32</sup>

25 Art. 6 Ziff. 3 LugÜ, vgl. MÜLLER, in: DASSER/OBERHAMMER (Hrsg.), Kommentar zum Lugano-Übereinkommen, Bern 2008, Art. 6 LugÜ N 100 ff.; Art. 8 IPRG.

26 Dieses trat für die Schweiz am 1. Januar 2011 in Kraft.

27 Vgl. OBERHAMMER (Fn. 17), Art. 5 LugÜ N 119 ff.

28 OGer ZH 2.7.2005, E. 3.a), ZR 2006 Nr. 67.

29 BaslerKomm/BOPP, Art. 63 IPRG N 19.

30 OBERHAMMER (Fn. 17), Art. 5 LugÜ N 122 ff.; GEIMER/SCHÜTZE (Fn. 10), Art. 5 EuGVVO Rn. 195; KROPHOLLER (Fn. 15), Art. 5 EuGVO Rn. 66 ff.; FamPra.ch 2005, 183 f. Die Verbundzuständigkeit spielt bei der Abänderungsklage aber nicht. Die allfällige national-autonome Zuständigkeit für einen Abänderungsprozess begründet noch keine Zuständigkeit für die Abänderung der Unterhaltspflicht, vgl. GOTTWALD, in: Münchener Kommentar zur ZPO, München 2007-2010, Art. 5 EuGVO Rn. 51.

31 Vgl. vorn die Hinweise in Fn. 21.

32 BGE 124 III 176, 181; 126 III 298, 303; vgl. dazu auch die kritischen Hinweise bei BUCHER, Aspects internationaux du nouveau droit du divorce, SJ 2000 II, 25, 40 ff.

Gemäss Art. 83 Abs. 1 IPRG ist für die *Frage des anwendbaren Rechts* zur Hauptsache<sup>33</sup> das *erga omnes* wirkende<sup>34</sup> Haager Unterhaltsstatutübereinkommen 1973<sup>35</sup> massgebend. Gemäss Art. 4 des Haager Unterhaltsstatutübereinkommen 1973 ist primär das *Recht am Aufenthaltsort des Unterhaltsberechtigten* anwendbar, wobei ein Statutenwechsel zu einer Änderung des anwendbaren Rechts führt. Die Spezialregel von Art. 8 des Haager Unterhaltsstatutübereinkommens 1973 bei Statusprozessen gilt nicht für den Bereich des Kindesunterhalts. Auch wenn im Rahmen eines Scheidungsprozesses über Kindesunterhalt entschieden wird, folgt das anwendbare Recht deshalb dem Aufenthaltsort des unterhaltsberechtigten Kindes und nicht dem Scheidungsstatut. Auch bei *Abänderungsprozessen* richtet sich das anwendbare Recht nach den Art. 4 ff. des Haager Unterhaltsstatutübereinkommens 1973.<sup>36</sup>

Diese Kollisionsregeln zeitigen im Ergebnis zwei hauptsächliche Wirkungen. Zum einen kann es zu einer Differenz zwischen Zuständigkeit und anwendbarem Recht kommen, weil ein im Ausland wohnender Unterhaltsberechtigter gemäss Art. 2 LugÜ oder Art. 79 Abs. 1 IPRG auch am Wohnsitz des Unterhaltsschuldners in der Schweiz klagen kann. Die schweizerischen Gerichte haben dann stets ausländisches Recht anzuwenden. Zum anderen führt ein *Wechsel des Wohnsitzes* (oder des Aufenthaltsortes) *des Unterhaltsberechtigten* zu einem Wechsel des anwendbaren Rechts,<sup>37</sup> einem sog. *conflict mobile*.<sup>38</sup> Dies ist *insbesondere für Abänderungsprozesse* von ganz erheblicher Bedeutung, weil das neu anwendbare Recht nicht nur die Voraussetzungen der Abänderung, sondern auch die Festlegung des neuen Unterhalts normiert.<sup>39</sup> Der Unterhaltsberechtigte hat es damit in der Hand, durch eine Verlegung des Aufenthaltsortes bzw. des Wohnsitzes ein für ihn günstigeres anwendbares Recht zu erwirken. Ebenso kann der Unterhaltsverpflichtete den Aufenthaltswechsel des Berechtigten nutzen, um sich auf ein für ihn günstigeres Unterhaltsrecht zu berufen. Umstritten ist die Frage, ob auch ohne eigentlichen Statutenwechsel, d.h. ohne dass die tatbeständlichen kollisionsrechtlichen Anknüp-

---

33 Im Verhältnis zu Belgien, Österreich und Liechtenstein gilt noch das Haager Übereinkommen vom 24. Oktober 1956 über das auf Unterhaltsverpflichtungen gegenüber Kindern anzuwendende Recht (SR 0.211.221.431).

34 FamKomm Scheidung/JAMETTI GREINER, Anh. IPR N 73; BaslerKomm/SCHWANDER, Art. 83 IPRG N 1.

35 Haager Übereinkommen über das auf Unterhaltspflichten anzuwendende Recht vom 2. Oktober 1973, SR 0.211.213.01.

36 FamKomm Scheidung/JAMETTI GREINER, Anh. IPR N 81.

37 FamKomm Scheidung/JAMETTI GREINER, Anh. IPR N 81.

38 Zum Begriff vgl. SIEHR (Fn. 11), 542 f.; BUCHER/BONOMI, *Droit international privé*, Basel 2004, N 546 ff.

39 SIEHR, in: SÄCKER/RIXECKER (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum BGB*, Anh. I zu Art. 18 EGBGB Rn. 328; FamKomm Scheidung/JAMETTI GREINER, Anh. IPR N 81.

fungsmerkmale geändert haben, über das neu anzuwendende Recht der ursprüngliche Unterhaltsentscheid in Frage gestellt werden kann.<sup>40</sup> Ebenfalls wäre denkbar, dass ein *Wohnsitzwechsel des Unterhaltsschuldners* zu einem Statutenwechsel führt, wenn dieser nämlich in ein Land mit direkter Zuständigkeit gestützt auf den schuldnerischen Wohnsitz und Verweis auf die *lex fori*<sup>41</sup> bzw. auf das Schuldnerwohnsitzrecht zieht und dort eine (Abänderungsklage-)Klage erhoben wird. Dabei kann die Interessenlage sehr unterschiedlich gelagert sein. Zieht der Unterhaltsschuldner in ein für das anwendbare Recht an dessen Aufenthaltsort anknüpfende Land, welches höhere Unterhaltsbeträge zulässt, so kann es im Interesse des klagenden Unterhaltsgläubigers sein, in diesem Land eine Unterhalterhöhung zu erwirken. Auf europäischer Ebene sind erhebliche legislatorische Entwicklungen zu erkennen, welche dies verhindern sollen. Neben der EG-Unterhaltsverordnung<sup>42</sup> und dem ergänzenden<sup>43</sup> Haager Protokoll vom 23. November 2007 über das auf Unterhaltspflichten anwendbare Recht<sup>44</sup> ist auf das Haager Übereinkommen vom 23. November 2007 über die internationale Geltendmachung der Unterhaltsansprüche von Kindern und anderen Familienangehörigen hinzuweisen. Dieses Übereinkommen sieht in Art. 18 ausdrücklich vor, dass grundsätzlich eine im Aufenthaltsstaat des Unterhaltsberechtigten ergangene Unterhaltsentscheidung solange in einem anderen Vertragsstaat nicht abgeändert werden kann, als der Unterhaltsberechtigte seinen Aufenthaltsort nicht in einen anderen Staat verlegt hat.<sup>45</sup> Die

---

40 M.E. zu Recht ablehnend SIEHR (Fn. 39), Anh. I zu Art. 18 EGBGB Rn. 323 ff. m.w.H. zur Problematik.

41 Dies gilt bspw. i.d.R. in den *Common Law*-Ländern oder skandinavischen Staaten, vgl. die Hinweise bei ANDRAE, Zum Verhältnis der Haager Unterhaltskonvention 2007 und des Haager Protokolls zur geplanten EU-Unterhaltsverordnung, FPR 2008, 196, 198; BONOMI, The Hague Protocol of 23 November 2007 on the Law Applicable to Maintenance Obligations, in: BONOMI/VOLKEN (Hrsg.), Yearbook of Private International Law, Vol. X, München 2008, 333, 335.

42 Verordnung (EG) Nr. 4/2009 des Rates vom 18. Dezember 2008 über die Zuständigkeit und das anwendbare Recht in Unterhaltssachen, die Anerkennung und Vollstreckung von Unterhaltsentscheidungen und die Zusammenarbeit im Bereich der Unterhaltspflichten, welche wohl Mitte 2011 in Kraft treten dürfte, vgl. WAGNER, Die Vereinheitlichung des Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrechts zehn Jahre nach Inkrafttreten des Amsterdamer Vertrags, NJW 2009, 1911, 1912; ebenso EuZ 2010, 53.

43 In Bezug auf das anwendbare Recht verweist Art. 15 der EG-Unterhaltsverordnung auf das Haager Protokoll.

44 Der vollständige Text des Protokolls ist auf der Website der Haager Konferenz zu finden unter [http://www.hcch.net/index\\_en.php?act=conventions.text&cid=133](http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=133) (6.7.2010). Vgl. zum Protokoll auch ausführlich BONOMI (Fn. 41), 333 ff. Das Protokoll bezweckt die Ablösung der beiden Haager Unterhaltsstatutübereinkommen von 1956 und 1973, BONOMI (Fn. 41), 334.

45 Vgl. ANDRAE, FPR 2008, 196, 197 f. Dies ist insbesondere auch für die *lex fori* orientierten Staaten des *Common Law* von Bedeutung. Die Vereinigten Staaten von Amerika haben das Übereinkommen unterzeichnet, aber noch nicht ratifiziert. Das Vereinigte Königreich und Irland haben sich durch «Opt in» der EG-Unterhaltsverordnung und damit auch dem Protokoll unterstellt, WAGNER, NJW 2009, 1911, 1912. In der EG-Unterhaltsverordnung existiert zwar

Schweiz, welche an den Verhandlungen zu den Haager Vertragswerken aus dem Jahre 2007 teilgenommen hat, ist ebenfalls an diesen Abkommen interessiert.<sup>46</sup> Derzeit sind verwaltungsinterne Vorarbeiten zur Prüfung des Beitritts im Gang, der zeitliche Horizont ist aber noch unbekannt.<sup>47</sup>

Die Möglichkeit, relativ einfach über einen Aufenthaltswechsel die Änderung des anwendbaren Rechts und damit auch eine Abänderung des Unterhaltsbeitrages zu erwirken, ist auch deshalb ernst zu nehmen, weil die (schweizerische) *Anerkennung entsprechender* (bspw. ausländischer) *Abänderungsentscheide* meist leicht möglich ist. So ist innerhalb von LugÜ-Staaten eine Prüfung der indirekten Zuständigkeit gar nicht vorgesehen<sup>48</sup> und das (wegen des Günstigkeitsprinzips zwischen Vertragsstaaten des LugÜ subsidiäre) Haager Unterhaltsvollstreckungsübereinkommen 1973<sup>49</sup> sieht sehr grosszügige Anerkennungsvoraussetzungen vor, so dass ein Urteil aus dem Aufenthaltsstaat des Unterhaltsberechtigten oder -verpflichteten anzuerkennen ist.<sup>50</sup>

Die obige Auslegeordnung zeigt, dass ein Kindesunterhaltsentscheid – insbesondere bei Änderung des Aufenthaltsorts der Beteiligten – durch den damit allenfalls verbundenen Wechsel des anwendbaren Rechts jederzeit einer Modifikation unterliegen kann. Erschwerend kommt hinzu, dass das neu anwendbare Recht sich nicht an die Grundsatzparameter des Ursprungsentscheids zu halten hat (bspw. Unterhalt als Prozentsatz des Einkommens des Pflichtigen), sondern autonom und neu den Unterhalt bestimmen kann. Die Beteiligten können deshalb nicht darauf vertrauen, dass ein Unterhaltsentscheid während der gesamten Laufdauer der Verpflichtung Bestand hat, was die Rechtssicherheit erheblich tangiert. Dies ist insbesondere dann schwer hinzunehmen, wenn die Unterhaltsverpflichtung (wie in den meisten Fällen) einvernehmlich zwischen den Parteien durch (behördlich oder gerichtlich genehmigten) Vertrag geregelt wird, sei es in einer Kindesunterhaltsvereinbarung, sei es in einer Scheidungsvereinbarung. Das Resultat eines austarieren, gegenseitigen Nehmens und Gebens wird diesfalls nachträglich in Frage gestellt. Damit ist zu diskutieren, wie dieser Ausgangslage begegnet werden kann, damit die Betroffenen in die Beständigkeit der Vereinbarung vertrauen können.

---

keine Art. 18 Haager Unterhaltsübereinkommen 2007 aquivalente Regel, doch sei diese Regelung auch in der Unterhaltsverordnung zu beachten, ANDRAE, FPR 2008, 196, 197 f.

- 46 BONOMI (Fn. 41), 335. Gemäss Auskunft des Bundesamtes für Justiz sind Bestrebungen im Gang, den Beitritt der Schweiz zum Haager Übereinkommen 2007 sowie zum Haager Protokoll 2007 zu prüfen.
- 47 So die Auskunft des Bundesamtes für Justiz im Juli 2010.
- 48 Art. 28 LugÜ; FamKomm Scheidung/JAMETTI GREINER, Anh. IPR N 86.
- 49 Haager Übereinkommen vom 2. Oktober 1973 über die Anerkennung und Vollstreckung von Unterhaltsentscheidungen, SR 0.211.213.02.
- 50 Art. 7 Ziff. 1 Haager Unterhaltsvollstreckungsübereinkommen 1973, FamKomm Scheidung/JAMETTI GREINER, Anh. IPR N 86.

### III.

Den beschriebenen Komplikationsmöglichkeiten durch einen Zuständigkeitswechsel kann auf verschiedenen Ebenen begegnet werden. Zum einen bietet sich der legislatorische Weg an, mit der internationalen Harmonisierung des Kollisionsrechts und des materiellen Rechts (oder auch dessen Vereinheitlichung) derartige konfliktträchtige Konstellationen auszuschliessen.<sup>51</sup> Die diesbezügliche Entwicklung im Bereich der Haager Konventionen wurde bereits angesprochen und darauf ist am Ende kurz zurück zu kommen. Zum anderen hat sich die Praxis<sup>52</sup> Gedanken zu machen, wie auf der Ebene der Unterhaltsvertragsgestaltung die Beständigkeit garantiert werden könnte.

*Kautelarrechtlich* ist dabei in erster Linie an Gerichtsstands- und/oder Rechtswahlklauseln zu denken. *Rechtswahlklauseln* sind im Bereich des Kindesunterhaltsrechts unzulässig. Das gemäss Art. 83 Abs. 1 IPRG massgebende Haager Unterhaltsstatutübereinkommen 1973 schliesst nach h.L. eine parteiautonome Rechtswahl aus.<sup>53</sup> M.E. ist dies aus Sicht der Praxis zu bedauern und es wäre zumindest zu erwägen, ob nicht im Rahmen der von den einzelnen Staaten angebrachten Vorbehalte hinsichtlich des anwendbaren Rechts eine Rechtswahlklausel möglich wäre. Für die Schweiz<sup>54</sup> würde dies bedeuten, dass zumindest zwischen Parteien mit schweizerischer Staatsangehörigkeit schweizerisches Recht gewählt werden kann, soweit der Unterhaltsschuldner in der Schweiz Wohnsitz hat.<sup>55</sup> Die Rechtsentwicklung auf europäischer Ebene zeigt zwar die Tendenz, die Parteiautonomie bei der Wahl des anwendbaren Rechts zu stärken,<sup>56</sup> womit auch die Beständigkeit von

---

51 Vgl. zu diesbezüglichen Überlegungen DUNCAN, Jurisdiction to make and modify maintenance decisions – the quest for uniformity, in: EINHORN/SIEHR (Hrsg.), *Intercontinental cooperation through private international law: essays in memory of Peter E. Nygh*, Cambridge 2004, 89 ff. (FS Nygh).

52 Und damit sind nicht nur die Anwältinnen und Anwälte gemeint, sondern auch die Gerichte und Verwaltungsbehörden, bei denen die entsprechende Sensibilität geschaffen werden muss (namentlich bei Fällen mit potentiell internationalen dynamischen Sachverhalten). Diese entwerfen teilweise ebenfalls Unterhaltsverträge, bieten Formularverträge an und genehmigen schliesslich die Einigungen.

53 Vgl. MANKOWSKI, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Berlin 2003, Anh. I zu Art. 18 EGBGB Rn. 15 ff. mit zahlreichen Hinweisen zur h.L. und zu den diskutierten Argumenten.

54 Vgl. zum schweizerischen Vorbehalt die Hinweise bei BaslerKomm/SCHWANDER, Art. 83 IPRG N 14.

55 Solange der Unterhaltsberechtigte Wohnsitz in der Schweiz hat, ist die Rechtswahlklausel bedeutungslos, weil Art. 4 des Haager Unterhaltsstatutübereinkommens 1973 ebenfalls auf schweizerisches Recht verweist.

56 BONOMI (Fn. 41), 351; vgl. auch BONOMI, Explanatory Report on the Hague Protocol of 23 November 2007 on the Law Applicable to Maintenance Obligations, Oktober 2009, N 109.

Unterhaltsvereinbarungen gefördert werden soll.<sup>57</sup> In diese Richtung weist das bereits erwähnte<sup>58</sup> Haager Protokoll vom 23. November 2007 über das auf Unterhaltspflichten anwendbare Recht, wenn es in Art. 8 Abs. 1 sehr grosszügige Voraussetzungen einer Rechtswahl statuiert. Hingegen ist gemäss Art. 8 Abs. 3 des Haager Protokolls 2007 eine solche Rechtswahl hinsichtlich des Kindesunterhalts gerade nicht möglich.<sup>59</sup> Über Art. 15 der EU-Unterhaltsverordnung gilt dieser Ausschluss für alle Mitgliedstaaten der Europäischen Union. Zudem dürfte die Schweiz in absehbarer Zeit ebenfalls dem Haager Protokoll 2007 beitreten,<sup>60</sup> womit die Unzulässigkeit von Rechtswahlklauseln im Bereich des Kindesunterhalts positivrechtlich ausdrücklich vorgegeben wäre.

Die Vereinbarung einer *Gerichtsstandsklausel* könnte die Voraussehbarkeit hinsichtlich des anwendbaren Rechts hingegen auch erhöhen, weil damit auch bekannt ist, nach welchen Regeln das anwendbare Recht bei einer Abänderungsklage zu bestimmen sein wird.<sup>61</sup> Schweizerische Gerichte werden stets das Recht des Aufenthaltsorts des Unterhaltsberechtigten anwenden müssen.<sup>62</sup> Insbesondere läge es nahe, für eine allfällige Abänderung des Unterhalts auf jenes (schweizerische) Gericht zu prorogieren, welches mit der Erstentscheidung befasst war, weil dieses auch am ehesten beurteilen kann, ob sich die Verhältnisse verändert haben.<sup>63</sup> Die Rechtsquellen und damit die Zulässigkeit sowie die Formvorschriften von Gerichtsstandsklauseln definiert grundsätzlich das Recht des angerufenen Gerichts (*lex fori*).<sup>64</sup> In erster Linie sind dabei die Vorschriften des IPRG und des

---

57 BONOMI (Fn. 41), 340, ebenso 351, wonach damit die Probleme des *conflict mobile* verhindert werden sollen; BONOMI (Fn. 56), N 126.

58 Vgl. vorn Fn. 44.

59 Bei den Beratungen bestand die Auffassung, die möglichen Vorteile einer Rechtswahl würden die Nachteile nicht aufwiegen. Ausserdem wurde darauf hingewiesen, dass es zwischen den (meist auch unterhaltsberechtigten) gesetzlichen Vertretern und den Kindern zu Interessenkonflikten führen könnte, BONOMI (Fn. 41), 354; BONOMI (Fn. 56), N 128.

60 Vgl. vorn Fn. 46 f.

61 Vgl. auch DUNCAN, FS Nygh, 89, 91, wonach «*The most serious practical problems are associated with absence of agreement in respect of jurisdiction to modify existing maintenance decisions.*»

62 Gemäss dem *erga omnes* wirkenden Haager Unterhaltsstatutübereinkommen 1973, vgl. vorn Ausführungen unter Ziff. II.

63 Vgl. auch DUNCAN, FS Nygh, 89, 102 f.

64 Vgl. dazu ausführlich BaslerKomm/GROLIMUND, Art. 5 IPRG N 5 ff.; teilweise wird postuliert, die Frage des Zustandekommens (insb. Frage des Konsens) richte sich nach dem auf die Sache anwendbaren Recht (*lex causae*), WALTER, Internationales Zivilprozessrecht der Schweiz, Bern 2002, 120; ausführlich dazu BaslerKomm/GROLIMUND, Art. 5 IPRG N 34 ff. m.w.H. Theoretisch weiterhin möglich bleibt, dass in einem anderen Staat geklagt wird, der die auf ein schweizerisches Gericht verweisende Gerichtsstandsklausel für ungültig erachtet.

LugÜ zu beachten.<sup>65</sup> Nach Art. 5 IPRG ist eine Gerichtsstandsvereinbarung über vermögensrechtliche Ansprüche möglich, auch wenn es um familienrechtliche Vermögensansprüche wie Kindesunterhalt geht.<sup>66</sup> Ebenso sieht Art. 17 LugÜ im Rahmen des sachlichen Anwendungsbereichs des LugÜ, welches Kindesunterhalt einschliesst,<sup>67</sup> die Möglichkeit einer Gerichtsstandsvereinbarung vor. Sowohl nach Art. 5 Abs. 1 IPRG als auch nach Art. 17 LugÜ (bzw. Art. 23 Abs. 1 revLugÜ<sup>68</sup>) führt eine solche Gerichtsstandsklausel grundsätzlich zur ausschliesslichen Zuständigkeit des prorogierten Gerichts. Zu beachten ist allerdings, dass unterschiedliche familienrechtliche Sachgebiete<sup>69</sup> verschiedenen Regeln hinsichtlich der Zulässigkeit der Gerichtsstandsklausel unterstehen können, weshalb es sinnvoll ist, deutlich zu machen, dass sich die Gerichtsstandsklausel nur auf den Kindesunterhalt bezieht.<sup>70</sup> Wenn auch die Vereinbarung einer Gerichtsstandsklausel für den Fall der späteren Abänderung des Unterhaltstitels durchaus möglich scheint, sind dennoch gewisse Bedenken hinsichtlich der Vereinbarung solcher Klauseln angebracht.<sup>71</sup> Zum einen betrifft dies die Anerkennung eines solchen durch ein prorogiertes Gericht gefällten Abänderungsentscheid. Soweit das LugÜ anwendbar ist, wird die indirekte Zuständigkeit ohnehin nicht geprüft, weshalb eine Anerkennung zu erfolgen hat. Zweifel ergeben sich hingegen bei der Anwendung des Haager Unterhaltsvollstreckungsübereinkommens 1973,<sup>72</sup> wenn weder Unterhaltsberechtigter

---

65 Das Haager Übereinkommen vom 30. Juni 2005 über Gerichtsstandsvereinbarungen, dessen Ratifikation die Schweiz plant (BaslerKomm/GROLIMUND, Art. 5 IPRG N 10), ist gemäss Art. 2 Abs. 2 lit. b nicht auf Unterhaltspflichten anwendbar.

66 BaslerKomm/GROLIMUND, Art. 5 IPRG N 15 m.w.H.; ZürcherKomm/STIEHR, Art. 79 IPRG N 23.

67 DASSER, in: DASSER/OBERHAMMER (Hrsg.), Kommentar zum Lugano-Übereinkommen, Bern 2008, Art. 1 LugÜ N 69 ff.

68 Mit der Revision wird verdeutlicht, dass die Ausschliesslichkeit eine widerlegbare Vermutung darstellt, vgl. KILLIAS, in: DASSER/OBERHAMMER (Hrsg.), Kommentar zum Lugano-Übereinkommen, Bern 2008, Art. 17 LugÜ N 139. Da es aber durchaus Staaten gibt, welche eine ausdrückliche Erklärung der Ausschliesslichkeit verlangen, macht es Sinn, dies auch so in der Gerichtsstandsklausel zu formulieren.

69 Beispielsweise andere Scheidungsnebenfolgen.

70 BaslerKomm/GROLIMUND, Art. 5 IPRG N 15 lit. b, der aus diesen Gründen zur Empfehlung neigt, auf eine Gerichtsstandsklausel zu verzichten.

71 So fordert BaslerKomm/SCHWANDER, Art. 79 IPRG N 12, ob nicht wegen des Kindeswohls gefordert werden müsse, dass durch eine solche Gerichtsstandsklausel die Klagemöglichkeiten des Kindes nicht eingeschränkt werden dürfen (einseitige Ausschliesslichkeit). M.E. ist dieser Einwand zu pauschal. Das anwendbare Recht schützt weit mehr die Interessen des unterhaltsberechtigten Kindes als die Zuständigkeitsregeln, die ohnehin meist recht grosszügig ausgestaltet sind. Ausserdem kann die mit einer Gerichtsstandsklausel erzielte relative Rechtssicherheit durchaus auch im Interesse des Kindes sein.

72 Dieses ist namentlich anwendbar, wenn der andere Staat nicht auch dem LugÜ beigetreten ist (z.B. Australien, Türkei, Ukraine), ansonsten wegen des Günstigkeitsprinzips meist das LugÜ anzuwenden wäre.

noch -verpflichteter Aufenthalt im Staat des prorogierten Gerichts hatten und nicht beide Staatsangehörige des betreffenden Landes waren, denn dies sind gemäss Art. 7 Ziff. 1 und 2 Erfordernisse der indirekten Zuständigkeit. Teilweise wird Art. 7 Ziff. 3 des Haager Unterhaltsvollstreckungsübereinkommens 1973 so verstanden, dass die indirekte Zuständigkeit auch aufgrund einer Gerichtsstandsklausel gegeben sein kann,<sup>73</sup> was jedoch m.E. nicht zutreffen dürfte.<sup>74</sup> Folge davon sind «hinkende Rechtsakte», die vermieden werden sollten. Wenn bspw. in einer vor einem schweizerischen Gericht abgeschlossenen Unterhaltsvereinbarung zwischen einem (durch die Mutter vertretenen) türkischen Kind und einem türkischen Vater das schweizerische Gericht für eine Abänderung als ausschliesslich zuständig erklärt wird, der Vater in die Türkei zieht und die Mutter mit dem Kind im grenznahen Elsass (F) Wohnsitz nimmt und das prorogierte schweizerische Gericht (gestützt auf französisches Recht und auf eine Klage des Kindes) eine Erhöhung des Unterhalts anordnet, dann kann dieses Urteil in der Türkei gestützt auf das Haager Unterhaltsvollstreckungsübereinkommen 1973 nicht anerkannt und vollstreckt werden. Dies zeigt, dass derartige Gerichtsstandsklauseln zwar zulässig sind, hingegen mit dem Entscheid des prorogierten Gerichts wenig gewonnen ist, wenn diesem Anerkennungshindernisse entgegenstehen. Weiteres Ungemach für Gerichtsstandsklauseln im Unterhaltsbereich droht zum anderen durch die europäische Rechtsentwicklung, die in eine andere, eher prorogationsfeindliche Richtung zielt. Zwar regelt das neue Haager Unterhaltsübereinkommen 2007 die direkte Zuständigkeit (und damit die Zulässigkeit von Gerichtsstandsklauseln) nicht.<sup>75</sup> Eine Ausnahme wird jedoch einerseits über Art. 18 Abs. 2 lit. a geschaffen, wonach Abänderungsentscheide grundsätzlich nicht ausserhalb des Ursprungsstaates ergehen können, wenn die berechtigte Person weiterhin dort ihren Aufenthaltsort hat. Andererseits wird in Art. 20 Abs. 1 lit. e klargestellt, dass im Rahmen der Anerkennung von Kindesunterhaltsentscheiden die indirekte Zuständigkeit nicht (allein) durch Gerichtsstandsvereinbarungen geschaffen werden kann.<sup>76</sup> Des Weiteren ist auf die EU-Unterhaltsverordnung zu verweisen, welche in Art. 4 Abs. 3 Gerichtsstands-

73 So FamKomm Scheidung/JAMETTI GREINER, Anh. IPRG N 86; auch eher bejahend, aber die Unklarheit einräumend KROPHOLLER, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Berlin 2003, Anh. III zu Art. 18 EGBGB Rn. 181.

74 Der Wortlaut spricht eher dagegen, ebenso die *ratio legis*, vgl. VERWILGHEN, Explanatory Report on the 1973 Hague Maintenance Conventions ([http://www.hcch.net/index\\_de.php?act=conventions.publications&dtid=3&cid=85](http://www.hcch.net/index_de.php?act=conventions.publications&dtid=3&cid=85), 8.7.2010), N 52, betreffend Hintergrund der Regelung von Art. 7 Ziff. 3; gl.M. DUTOIT (Fn. 16), Art. 84 IPRG N 8. Diese Frage nicht weiter problematisierend BaslerKomm/SCHWANDER, Art. 84 IPRG N 6 sowie ZürcherKomm/SIEHR, Art. 84 IPRG N 30.

75 Vgl. JANZEN, Die neuen Haager Übereinkünfte zum Unterhaltsrecht und die Arbeiten an einer EG-Unterhaltsverordnung, FPR 2008, 218, 220, mit dem Hinweis, wonach dies v.a. am Widerstand der USA gegen einen Gerichtsstand am Aufenthaltsort des Unterhaltsgläubigers lag.

76 BONOMI (Fn. 41), 351.

vereinbarungen für Unterhaltsstreitigkeiten gegenüber einem Kind, das noch nicht das 18. Lebensjahr vollendet hat, ausschliesst. Dies ist auch für die Schweiz von Relevanz, weil nach Abs. 4 der nämlichen Bestimmung dieser Ausschluss (aus der Sicht von Gemeinschaftsstaaten) auch gegenüber dem LugÜ angehörenden Drittstaaten gelten soll. Diese Inkongruenzen sollen im Rahmen eines Zusatzprotokolls zum revLugÜ bereinigt werden.<sup>77</sup>

Die obigen Überlegungen zeigen, wie es für die Praxis schwierig ist, die Beständigkeit von Kindesunterhaltsvereinbarungen durch Rechtswahl- oder Gerichtsstandsklauseln zu sichern.<sup>78</sup> Dieser Befund wird sich in Anbetracht der internationalen Bestrebungen in absehbarer Zeit noch verdeutlichen. Der eingeschlagene Weg baut auf multinationale Abkommen, welche den Aufenthaltsort des Unterhaltsberechtigten als zentrales Anknüpfungsmerkmal noch weiter verstärken, womit zumindest ein Wohnsitzwechsel des Unterhaltsschuldners den *conflit mobile* nicht mehr verursachen und die Beständigkeit der Unterhaltsentscheidung nicht mehr gefährden kann. Meines Erachtens ist die Einschränkung der Parteiautonomie zu bedauern. Wie im materiellen Kindesunterhaltsrecht<sup>79</sup> hätte der Schutzbedürftigkeit nicht nur durch einen vollständigen Ausschluss der Privatautonomie, sondern bereits durch Genehmigungsvorbehalte genügend Nachachtung verschafft werden können. Mit einer solchen Lösung wäre den Parteien möglich gewesen, auch auf der formellen Ebene der individuellen Interessenlage der Beteiligten besser Rechnung zu tragen. Der visionärste Weg wäre sicherlich, nicht nur hinsichtlich der Zuständigkeit, kollisionsrechtlich und bezüglich der Anerkennung eine internationale Koordination herbeizuführen, sondern das materielle Recht international zu vereinheitlichen. Wenig erstaunlich ist, dass die Jubilarin auch in diesem Bereich mit ihrem *Model Family Code*<sup>80</sup> einen Markstein gesetzt hat. Diese visionäre Kraft ist ihr und den Familienwissenschaften weiterhin von ganzem Herzen zu wünschen.

---

77 Vgl. Botschaft 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 vom 18. Februar 2009, BBl 2009 1777, 1797 f.

78 Es bliebe die Möglichkeit, Unterhaltsformen zu wählen (z.B. Kapitalabfindung), die eine Abänderung (wohl unter den meisten Rechtsordnungen) ausschliessen, bzw. die Abänderbarkeit explizit auszuschliessen. Grundsätzlich sollte das für die Abänderung angerufene Gericht für die Frage der Zulässigkeit der Vereinbarung der Unabänderlichkeit das vom Ursprungsurteil angewendete Recht beachten, KROPHOLLER (Fn. 73), Anh. III zu Art. 18 EGBGB Rn. 9.

79 Vgl. die Genehmigungspflicht von Unterhaltsvereinbarungen gemäss Art. 287 f. ZGB bzw. Art. 279 ZPO (vormals Art. 140 ZGB).

80 SCHWENZER/DIMSEY, *Model Family Code*, Antwerpen/Oxford 2006.