

82.072

**Botschaft
zum Bundesgesetz über das internationale Privatrecht
(IPR-Gesetz)**

vom 10. November 1982

Frau Präsidentin, Herr Präsident,
sehr geehrte Damen und Herren,

Wir unterbreiten Ihnen mit dieser Botschaft einen Entwurf zu einem Bundesgesetz über das internationale Privatrecht.

Gleichzeitig beantragen wir, den parlamentarischen Vorstoss

1972 P 11 094 Bundesgesetz über die zivilrechtlichen Verhältnisse der Nieder-
gelassenen und Aufenthalter (N 27. 9. 72, Egli/von Arx)
abzuschreiben.

Wir versichern Sie, Frau Präsidentin, Herr Präsident, sehr geehrte Damen und Herren, unserer vorzüglichen Hochachtung.

10. November 1982

Im Namen des Schweizerischen Bundesrates
Der Bundespräsident: Honegger
Der Bundeskanzler: Buser



Übersicht

Die schweizerische Gesetzgebung auf dem Gebiet des internationalen Privat- und Zivilprozessrechts vermag in verschiedener Hinsicht den Anforderungen unserer Zeit nicht mehr zu genügen. Sieht man von den Staatsverträgen ab, so beruht das schweizerische internationale Privat- und Zivilprozessrecht (IPR) zu einem grossen Teil immer noch auf dem Bundesgesetz vom 25. Juni 1891 betreffend die zivilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter (NAG). Daneben hat sich als weitere, vor allem für das internationale Obligationenrecht, bedeutsame Rechtsquelle die Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts entwickelt.

Die Unzulänglichkeiten des NAG sind offensichtlich. Es weist grosse Lücken auf; dies nicht zuletzt deswegen, weil es seinerzeit nur am Rande als IPR-Gesetz geschaffen wurde. Im Vordergrund stand damals, als die Rechtsetzung im Privatrecht noch Sache der Kantone war, die Lösung interkantonaler Privatrechtskonflikte. Auf internationale Sachverhalte kann es in verschiedenen Bereichen lediglich durch Analogieschluss angewendet werden. Die rechtlichen Beziehungen der Schweiz zum Ausland haben den Gesetzgeber in den letzten Jahren stark beschäftigt.

Der vorliegende Entwurf kann als weiterer wichtiger Stein im Mosaik der schweizerisch-ausländischen Rechtsbeziehungen betrachtet werden. Die heute vorhandenen dürftigen gesetzlichen Grundlagen lassen sich mit der zunehmenden Bedeutung, die dem IPR zukommt, nicht mehr vereinbaren. Die Schweiz als Kleinstaat ist ganz besonders darauf angewiesen, ihre Grenzen für Menschen, Güter und Leistungen offenzuhalten.

Mit der Erarbeitung der Grundlagen für ein IPR-Gesetz hat der Bundesrat im Frühjahr 1973 eine Expertenkommission beauftragt. Die Kommission schuf in fünfjähriger Arbeit einen detaillierten Gesetzesentwurf. Im Unterschied zu herkömmlichen IPR-Gesetzen beschränkt er sich nicht bloss auf die Fragen der Rechtsanwendung, sondern umfasst auch die internationale Zuständigkeit und die Voraussetzungen der Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen, wobei diese drei Grundfragen nicht in drei gesonderten Abschnitten geregelt werden. Vielmehr ist der Entwurf nach Sachgebieten gegliedert. Neben den für das Zivil- und das Obligationenrecht geltenden Bestimmungen sind auch Regeln über das internationale Konkurs- und Nachlassvertragsrecht sowie über die internationale Schiedsgerichtsbarkeit vorgesehen. Schliesslich wird vorgeschlagen, die Kognition des Bundesgerichts bei der Berufung so auszuweiten, dass auch die richtige Anwendung des ausländischen Rechts zu überprüfen ist.

Botschaft

1 Allgemeiner Teil

11 Ausgangslage

111 Übersicht über den geltenden Rechtszustand

Das internationale Privat- und Zivilprozessrecht (IPR) der Schweiz ist heute nur zu einem kleinen Teil und selbst für diesen bloss lückenhaft kodifiziert. Überdies sind Bestimmungen des IPR in verschiedenen Bereichen der schweizerischen Rechtsordnung verstreut, so dass selbst Eingeweihte diese oft nur mit Mühe finden.

Das schweizerische internationale Privatrecht, auch Kollisionsrecht genannt, ist, von den Staatsverträgen und den vereinzelt Bestimmungen in verschiedenen Bundesgesetzen abgesehen, zur Hauptsache im Bundesgesetz vom 25. Juni 1891 betreffend die zivilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter (NAG; SR 211.435.1) geregelt.

Besonders unbefriedigend ist die Lage im internationalen Zivilprozessrecht. Hier überlagern sich die Gesetzgebung des Bundes und der Kantone derart, dass es im Einzelfall oft schwierig ist, ihre Geltungsbereiche voneinander abzugrenzen. Dies gilt beispielsweise für die internationale Zuständigkeit. Während sie im Personen-, Familien- und Erbrecht auf dem NAG und subsidiär auf dem ZGB beruht, ist sie im OR teils den Spezialgesetzen des Bundes, teils den kantonalen Zivilprozessordnungen zu entnehmen. Ähnlich verhält es sich bei der Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen. Hier hat der Gesetzgeber mit Bundesgesetz vom 11. April 1889 über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG; SR 281.1) das Vollstreckungsverfahren für Geld- und Sicherheitsleistungen festgelegt, während die kantonalen Zivilprozessordnungen die Vollstreckung für übrige Bereiche des Zivilrechts ordnen.

111.1 Das Bundesgesetz vom 25. Juni 1891 betreffend die zivilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter

Das NAG ist seinem Ursprung nach nur am Rande ein Gesetz über das internationale Privat- und Zivilprozessrecht. Es wurde in einer Zeit geschaffen, als die schweizerische Privatrechtsgesetzgebung zum grössten Teil noch in den Händen der Kantone lag. Zwischen den kantonalen Zivilgesetzen kam es zu zahlreichen Konflikten (vgl. BBl 1904 IV 5 ff.; E. Huber, System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechts, Bd. I–IV, Basel 1886, 1888, 1889 und 1893). Diese traten gegen Ende des letzten Jahrhunderts derart stossend in Erscheinung, dass der Berichtersteller am Schweizerischen Juristentag 1884 zu folgender Erklärung veranlasst wurde:

Es herrscht auf diesem Gebiet teilweise eine Rechtsunsicherheit und Zerfahrenheit vor, welche die bedenklichsten Folgen für erhebliche Teile der schweizerischen Bevölkerung hat (vgl. ZSR, 1884, S. 685).

Der ursprünglichen Zielsetzung nach ist das NAG ein Ausführungsgesetz zu den Artikeln 46 Absatz 1 und 47 BV (SR 101). Es bezweckt in erster Linie die Regelung der interkantonalen Privatrechtskonflikte. Von seinen ursprünglich 40 Artikeln regeln 30 die interkantonalen Privatrechtsverhältnisse, vier die zivilrechtlichen Verhältnisse der Schweizer im Ausland und nur einer (Art. 32) die privatrechtlichen Verhältnisse der Ausländer in der Schweiz. Nicht geregelt sind die zivilrechtlichen Verhältnisse der Ausländer im Ausland.

Der Inhalt des NAG ist auf einzelne Tatbestände des Personen-, Familien- und Erbrechts beschränkt. Im Personenrecht begnügt es sich mit der Regelung einzelner Aspekte der Handlungsfähigkeit. Das Familienrecht enthielt anfänglich keine Bestimmungen über das Eherecht. Diese wurden erst anlässlich der Kodifikation des Schweizerischen Privatrechts vom 10. Dezember 1907 bzw. durch die entsprechende Revision des NAG geschaffen (Art. 7 a-7 i NAG). Sie sind seit dem 1. Januar 1912 in Kraft. Überhaupt nicht kodifiziert sind das internationale Sachen- und Obligationenrecht. Auch der allgemeine Teil des internationalen Privatrechts (z. B. Qualifikation, Vorfrage, Renvoi und Ordre public) fehlt, desgleichen sind keine Bestimmungen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen und Rechtsakte zu finden. Dagegen regelt das NAG neben dem anwendbaren Recht jeweils auch die Zuständigkeit.

Als Gesetz über die Regelung interkantonaler Privatrechtskonflikte konnte das NAG auf eine einheitliche Regelung der Anerkennung und Vollstreckung verzichten, weil Artikel 61 BV und das SchKG bereits für eine einheitliche Anerkennungs- und Vollstreckungsordnung zwischen den Kantonen besorgt waren. Im Personenrecht durfte es sich mit ergänzenden Bestimmungen begnügen, weil die bundesrechtliche Einheit durch das Bundesgesetz vom 22. Juni 1881 betreffend die persönliche Handlungsfähigkeit¹⁾ sichergestellt war. Gleiches gilt sowohl für das Eherecht, das im Bundesgesetz vom 24. Dezember 1874²⁾ betreffend die Feststellung und Beurkundung des Zivilstandes und die Ehe, als auch für das Sachen- und Obligationenrecht, welche im Bundesgesetz vom 14. Juni 1881 über das Obligationenrecht einheitlich geregelt waren.

Mit dem Inkrafttreten des ZGB am 1. Januar 1912 hat das NAG seine ursprüngliche Funktion verloren. Seine Bestimmung besteht seither in der Regelung internationaler Privatrechtskollisionen, für die es analog Anwendung findet (vgl. Art. 32 NAG; Art. 59 Abs. 1 und Art. 60 Abs. 1 SchIT ZGB). Dieser Funktionswandel hat die Lückenhaftigkeit des NAG erst richtig deutlich werden lassen. Zwar fehlte es seinerzeit nicht an Stimmen, die auch auf die Notwendigkeit der Regelung des IPR hinwiesen; doch erwies sich der politische Wille zur Kodifikation des IPR als zu wenig stark, wobei zudem die IPR-Spezialisten untereinander nicht einig waren (vgl. ZSR 1927, S. 235). Man beschränkte sich darauf, in Artikel 59 SchIT ZGB einige unumgängliche Anpas-

¹⁾ Art. 10 Abs. 2 und 3 sind noch in Kraft. Dieses Gesetz ist jedoch in der Systematischen Sammlung des Bundesrechts nicht aufgeführt (vgl. BG über das IPR; Schlussbericht der Expertenkommission zum Gesetzesentwurf; Schweiz. Studien zum int. Recht, Bd. 13, Zürich, 1979, S. 88).

²⁾ Nicht mehr in Kraft.

sungen und Ergänzungen vorzunehmen. Dies führte insbesondere zur Streichung der Wohnsitzbestimmungen (Art. 3–5 NAG), zur Aufnahme je einer Bestimmung über die Heimatlosen (Art. 7 a NAG) und den Schutz des Rechtsverkehrs (Art. 7 b NAG) sowie zur Regelung des internationalen Eherechts (Art. 7 c bis 7 i NAG).

Die anlässlich der Kodifikation des Schweizerischen Privatrechts vorgenommenen Änderungen des NAG stellen bis heute dessen umfassendste Revision dar. Seither wurde das NAG nur noch zweimal revidiert, nämlich mit den Bundesgesetzen vom 30. Juni 1972 bzw. 25. Juni 1976 über die Änderung des ZGB¹⁾ (Adoptions- und Kindesrecht). Dabei wurden die kindes- und adoptionsrechtlichen Artikel (8 a–8 e NAG) eingefügt, Artikel 8 aufgehoben und Artikel 28 NAG abgeändert. Angesichts der zahlreichen gesetzlich nicht erfassten Tatbestände des schweizerischen IPR kommt der gerichtlichen Praxis besondere Bedeutung zu. Gleich wie im internen Recht sind auch im internationalen Privatrecht Lücken auf dem Wege der richterlichen Rechtsfindung zu füllen (vgl. Art. 1 Abs. 2 ZGB). Das Bundesgericht hat diese Aufgabe vor allem auf dem Gebiet des internationalen Obligationenrechts hervorragend wahrgenommen. Dies hat dazu geführt, dass sich heute das schweizerische internationale Obligationenrecht gänzlich auf Rechtsprechung und Lehre stützt (vgl. BGE 78 II 74, 91 II 44, 102 II 146).

Aber auch im Gebiet des Familienrechts waren die stark geänderten sozialen und gesellschaftlichen Anschauungen oft nur dank grosszügiger richterlicher Rechtsfindung zu bewältigen. Von besonderem Interesse ist z. B. die Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Vaterschaftsklage auf Vermögensleistung (vgl. BGE 82 II 570 und 102 II 128), zur Ehelichkeitsanfechtung (vgl. Schweiz. Jahrbuch f. int. Recht, Zürich 1972, S. 399 ff.) oder zur Scheidung und Wiederverheiratung schweizerisch-ausländischer Mischehen (vgl. BGE 94 II 65, 97 I 389 und 102 Ib 1).

111.2 IPR-Bestimmungen in anderen schweizerischen Gesetzen

Neben dem NAG hat der Gesetzgeber verschiedentlich in Spezialgesetzen, insbesondere auf dem Gebiet des Obligationenrechts, internationalprivatrechtliche Bestimmungen erlassen. Einige davon betreffen das anwendbare Recht, andere die Zuständigkeit; einzig in Artikel 85 des Bundesgesetzes vom 19. Dezember 1958²⁾ über den Strassenverkehr (SVG) werden sowohl die Zuständigkeit (Abs. 1) als auch das anwendbare Recht (Abs. 2) geregelt. Bloss das anwendbare Recht bestimmen die Artikel 418 b Absatz 2 OR für den Agenturvertrag, Artikel 501 Absatz 4 OR für die Bürgschaft, Artikel 1086–1095 OR für den Wechsel, Artikel 1138–1142 und Artikel 1143 Absatz 1 Ziffer 21 OR für den

¹⁾ BBl 1971 I 1200; AS 1972 2819 2829; BBl 1974 II 1; AS 1977 237 264

²⁾ SR 741.01

Check sowie die Artikel 14 SchITOR und 50 Absatz 2 der Verordnung vom 7. Juni 1937¹⁾ über das Handelsregister (HregVO) für die Sitzverlegung juristischer Personen.

Das ZGB, das OR und verschiedene Spezialgesetze des Bundes sehen Bestimmungen über die internationale Zuständigkeit vor, entweder ausdrücklich (vgl. Art. 226I OR) oder indem nationale Zuständigkeitsbestimmungen analog auf internationale Fälle angewendet werden (vgl. Art. 343 Abs. 1, Art. 642 Abs. 3, Art. 76I, Art. 782 Abs. 3 und Art. 837 Abs. 3 OR). Aus den Spezialgesetzen sind besonders die Zuständigkeiten auf den Gebieten des Geistigen Eigentums (vgl. Art. 20 Abs. 2 URG²⁾, Art. 30 MSchG³⁾, Art. 14 Abs. 3 MMG⁴⁾ und Art. 75 PatG⁵⁾, der Haftung aus unlauterem Wettbewerb (vgl. Art. 5 und Art. 11 UWG⁶⁾) und der unzulässigen Wettbewerbsbehinderung (Art. 7 KG⁷⁾) hervorzuheben. Im gleichen Zusammenhang sind die Artikel 40 des Bundesgesetzes vom 4. Oktober 1963⁸⁾ über Rohrleitungsanlagen zur Beförderung flüssiger oder gasförmiger Brenn- und Treibstoffe, Artikel 4 des Eisenbahngesetzes vom 20. Dezember 1957⁹⁾, die Artikel 67 und 84 Absatz 3 des Bundesgesetzes vom 21. Dezember 1947¹⁰⁾ über die Luftfahrt, Artikel 12 des Lufttransportreglementes vom 3. Oktober 1952¹¹⁾ in Verbindung mit Artikel 28 des Warschauer Abkommens vom 12. Oktober 1929¹²⁾ zur Vereinheitlichung von Regeln über die Beförderung im internationalen Luftverkehr und das Protokoll vom 28. September 1955 über die Änderung des Warschauer Abkommens¹³⁾, Artikel 61 des Bundesgesetzes vom 7. Oktober 1959¹⁴⁾ über das Luftfahrzeugbuch sowie Artikel 14 des BG vom 23. September 1953¹⁵⁾ über die Seeschifffahrt unter der Schweizerflagge zu erwähnen.

Für Klagen im Rahmen von Zwangsvollstreckungsmassnahmen regelt das SchKG die Zuständigkeit des Betreibungs-, Konkurs- und Arrestortes (vgl. Art. 83 Abs. 2; Art. 86 Abs. 2; Art. 148 Abs. 1; Art. 250 Abs. 1; Art. 273 Abs. 2 und Art. 279 Abs. 2 SchKG). Für die Zuständigkeit zur Beurteilung einer Arrestprosequierungsklage nach Artikel 278 Absatz 2 SchKG können jedoch die kantonalen Zivilprozessordnungen eigene Bestimmungen vorsehen (Art. 23 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG). Tun sie das nicht, so gilt der ordentliche Gerichtsstand (vgl. K. Amonn, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, Bern 1980, S. 387).

Die im SchKG vorgesehenen Zuständigkeitsbestimmungen gelten grundsätzlich auch dann, wenn im inländischen Zwangsvollstreckungs- bzw. Sicherungsverfahren eine ausländische Partei beteiligt ist.

Schliesslich sei noch auf verschiedene internationalprivatrechtlich bedeutsame Bestimmungen der Verordnung vom 1. Juni 1953¹⁶⁾ über das Zivilstandswesen (ZVO) hingewiesen, insbesondere auf Artikel 71 Absatz 1, Artikel 73 c Absatz 1,

1) SR 221.411

2) SR 231.1

3) SR 232.11

4) SR 232.12

5) SR 232.14

6) SR 241

7) SR 251

8) SR 746.1

9) SR 742.101

10) SR 748.0

11) SR 748.411

12) SR 0.748.410 (BS 13 653)

13) SR 0.748.410.1 (AS 1963 665)

14) SR 748.217.1

15) SR 747.30

16) SR 211.112.1

Artikel 87 Absatz 1, Artikel 89, Artikel 95 Absatz 1, Artikel 137 und Artikel 168 ZVO, welche die Zuständigkeit der kantonalen Zivilstandsbehörden regeln.

111.3 Staatsverträge

Die staatsvertraglichen Bestimmungen des schweizerischen IPR haben in den letzten Jahren erheblich an Bedeutung gewonnen. Im grenzüberschreitenden Privat- und Verfahrensverkehr der Schweiz sind heute ungefähr 300 zwei- und mehrseitige Staatsverträge zu beachten (vgl. Systematische Sammlung des Bundesrechts, Inhaltsverzeichnis 1981, S. 262–279; Schlussbericht der Expertenkommission zu einem Gesetzesentwurf betreffend das Bundesgesetz über das internationale Privatrecht, Zürich 1979, S. 5ff.). Diese Verträge regeln nicht nur die Zuständigkeit, das anwendbare Recht oder die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen und Rechtsakte, sondern betreffen zunehmend auch das materielle und das Verfahrensrecht sowie den zwischenstaatlichen Behördenverkehr.

Man unterscheidet bilaterale und multilaterale Staatsverträge. In bilateralen Abkommen sind die Zuständigkeit und das anwendbare Recht eher selten geregelt. Im Vordergrund stehen die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen sowie die internationale Rechtshilfe.

Unter den multilateralen Staatsverträgen über das internationale Privat- und Zivilprozessrecht kommt denjenigen, die im Rahmen der Haager Konferenz für internationales Privatrecht geschlossen wurden, vorrangige Bedeutung zu.

Neben den Haager Übereinkommen wurden in den letzten Jahrzehnten auch zahlreiche andere multilaterale Übereinkommen in Kraft gesetzt. Neben den Übereinkommen, die unter der Führung des Völkerbundes und des Internationalen Instituts für die Vereinheitlichung des Privatrechts (Unidroit) ausgearbeitet wurden, sind insbesondere diejenigen des Europarates, der Internationalen Zivilstandskommission (CIEC), der UNO und deren Sonderorganisationen wie der UNO-Wirtschaftskommission für Europa (UN/ECE) oder der UNO-Kommission für internationales Handelsrecht (UNCITRAL), ferner die Übereinkommen im Rahmen verschiedener Spezialorganisationen wie der Weltorganisation zum Schutze des geistigen Eigentums (WIPO/OMPI), des Zentralamtes für den internationalen Eisenbahnverkehr (CTI), des Internationalen Verbandes der Strassentransporture (IRU), des Internationalen Seeschiffahrtskomitees (IMC), der Zwischenstaatlichen beratenden Schifffahrtsorganisation (IMCO), des Internationalen Luftverkehrsverbandes (IATA), der internationalen Organisation für Zivilluftfahrt (ICAO) zu nennen.

Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass die Schweiz zahlreiche Vereinbarungen über die Vereinfachung des zivilprozessualen Rechtshilfeverkehrs getroffen hat, besonders mit ihren Nachbarstaaten (SR 0.274); darunter befinden sich unter anderem Regelungen über die Befreiung von der Beglaubigung und über den unmittelbaren internationalen Geschäftsverkehr zwischen Gerichts- und Verwaltungsbehörden (vgl. P. Volken, Konventionskonflikte im internationalen Privatrecht, Zürich 1977, S. 89ff.).

112 Ungenügen des heutigen Rechtszustandes

Der Anteil an Staatsverträgen ist im grenzüberschreitenden Privat- und Verkehrsverkehr relativ hoch. Dadurch wird jedoch die Anwendung des schweizerischen IPR nur bedingt vereinfacht. Die meisten dieser Staatsverträge regeln sachlich eng umgrenzte Sachfragen. Damit ein solches System von Staatsverträgen auch für den Nichtfachmann überschaubar bleibt, bedarf es eines nationalen Bezugsrahmens. Der vorliegende Gesetzesentwurf stellt einen solchen Rahmen dar. Er wird es ermöglichen, die geltenden sowie die zukünftigen Staatsverträge zu einem sinnvollen Ganzen zusammenzufügen.

112.1 Bedürfnis nach einer Verbesserung des heutigen Rechtszustandes

Der geltende Rechtszustand vermag insbesondere deswegen nicht zu befriedigen, weil er in zunehmendem Widerspruch steht zur ständig wachsenden internationalen Verflechtung der Schweiz. Die nachfolgenden Ausführungen illustrieren diese Situation.

Im Jahre 1980 betrug die Ausfuhr von Gütern und Dienstleistungen aus der Schweiz etwa 62,58 Milliarden Franken, womit fast jeder dritte Schweizerfranken im Aussenhandel verdient wurde. Umgekehrt wurden im selben Zeitraum Güter und Dienstleistungen im Betrag von etwa 68,59 Milliarden Franken aus dem Ausland in die Schweiz eingeführt (vgl. Stat. Jahrbuch der Schweiz, 1981, Bern 1981, S. 346). Besonders die wirtschaftlichen Beziehungen zu den Staaten der Europäischen Gemeinschaften erfahren eine zunehmende Bedeutung für die Schweiz (Ausfuhr von Waren in die EG 1980 rund 25 Mrd. Fr., Einfuhr von Waren aus der EG rund 40,7 Mrd. Fr.; vgl. Stat. Jahrbuch 1981, S. 190/191).

Ein erheblicher Teil der schweizerischen Exporterlöse wird im Bereich des Fremdenverkehrs erwirtschaftet. Im Jahre 1980 wurden in der Schweiz etwa 16,8 Millionen Ankünfte und über 75 Millionen Logiernächte (inkl. Parahotellerie) registriert (Stat. Jahrbuch 1981, S. 230f.). Der Flughafen Zürich verzeichnete, um nur ein Beispiel aus dem Transportwesen zu nennen, 1981 total 120 602 Bewegungen (Linien- und Charterverkehr). Dabei wurden rund 8 Millionen Passagiere international befördert.

Ferner arbeiteten in der Schweiz Ende August 1980 rund 706 000 Ausländer (Stat. Jahrbuch 1981, S. 84) bei einer Gesamtzahl von durchschnittlich 2 352 000 Schweizer Erwerbstätigen im Jahre 1980 (Auskunft des Bundesamtes für Statistik).

Die Zahl der in der Schweiz registrierten Niederlassungen ausländischer Gesellschaften betrug im Februar 1982 645 (Auskunft des Eidg. Amtes für das Handelsregister).

Die Direktinvestitionen von Ausländern in der Schweiz betrug 1980 ungefähr 15 Milliarden Franken, diejenigen von Schweizern im Ausland rund 58 Milliarden Franken (vgl. SBG, Die Schweiz in Zahlen, Ausgabe 1981).

Die Zahl der im Jahre 1980 in der Schweiz registrierten Erfindungspatente von Patentinhabern mit Wohnsitz im Ausland betrug 4486 (vgl. Stat. Jahrbuch 1981, S. 545).

Im Jahre 1981 wurden in der Schweiz etwa 250 Schiedsgerichtsverfahren mit Beteiligung ausländischer Parteien durchgeführt.

Auch im nichtwirtschaftlichen Bereich sind mannigfaltige Beziehungen Schweiz–Ausland festzustellen. So betrug Ende Dezember 1981 die ausländische Wohnbevölkerung in der Schweiz rund 909 000 Personen. Die Zahl der im Ausland niedergelassenen und bei den schweizerischen Vertretungen im Ausland immatrikulierten Schweizer Bürger, belief sich Ende 1980 auf 354 000 Personen (vgl. Stat. Jahrbuch 1981, S. 79).

Die Zahl der in der Schweiz geschlossenen Ehen von Ausländern betrug im Jahre 1980 2022. Zwischen Schweizern und Ausländerinnen wurden in dieser Zeit 3686 und zwischen Schweizerinnen und Ausländern 2393 Ehen geschlossen (vgl. Stat. Jahrbuch 1981, S. 39).

Im Jahre 1980 wurden in der Schweiz 11 993 Ausländer geboren (vgl. Stat. Jahrbuch 1981, S. 53). Die Zahl der in der Schweiz erfolgten Adoptionen ausländischer Adoptierter im Jahre 1978 betrug 1026. Im Jahre 1980 verstarben mit letztem Wohnsitz in der Schweiz 3589 Ausländer.

Alle die Zahlen und Beispiele zeigen die starke internationale Verflechtung des Kleinstaates Schweiz. Der grenzüberschreitende Rechtsverkehr hat für unser Land eine ungleich grössere Bedeutung als für einen Staat mit grossem Binnenmarkt. Auch aus diesem Grund ist es angezeigt, das IPR zu kodifizieren, trägt es doch zur Vereinfachung unserer Beziehungen zum Ausland bei.

12 Vorbereitung und Verlauf der Kodifikation

121 Die bisherigen Versuche zur Kodifikation des schweizerischen IPR

Die Bestrebungen zur Kodifikation des schweizerischen IPR reichen ins neunzehnte Jahrhundert zurück. Der Bundesrat legte in den Jahren 1862, 1876 (vgl. BBl 1876 IV 39) und 1887 (vgl. BBl 1887 III 113) entsprechende Gesetzesentwürfe vor. Dabei stand die Regelung der interkantonalen Kollisionen im Vordergrund. Diese Bestrebungen führten schliesslich zum Bundesgesetz vom 25. Juni 1891 betreffend die zivilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter (NAG).

Ein weiterer Anlauf wurde bei der Schaffung des ZGB unternommen. Nach Ansicht von Eugen Huber hätte man das IPR im ZGB, und zwar im Anschluss an das materielle Recht regeln sollen (vgl. Vorentwurf von 1900). Für die Ausländer in der Schweiz sahen Hubers Vorschläge das Heimatprinzip vor, allerdings mit der Ausnahme, dass die in der Schweiz assimilierten Ausländer dem schweizerischen Wohnsitzrecht unterstellt werden sollten. Als assimiliert betrachtete er jene Ausländer, die seit ihrer Geburt oder seit mindestens zehn Jahren ununterbrochen in der Schweiz Wohnsitz hatten. Diese Vorschläge stiessen in der schweizerischen Fachwelt auf heftige Ablehnung, was zur Folge hatte,

dass sie in den Beratungen der vorberatenden Expertenkommission ausgeklammert wurden.

Die mit der Ausarbeitung der Einführungs- und Übergangsbestimmungen zum ZGB beauftragte Kommission griff den Gedanken einer gesetzlichen Regelung des IPR noch einmal auf. Sie schlug für den Schlusstitel zum ZGB einen 33 Artikel umfassenden Abschnitt über die «Anwendung schweizerischen und fremden Rechts» vor (vgl. BBl 1905 II 58). Doch war auch diesem Vorschlag kein Erfolg beschieden. Das Heimatprinzip bildete die Klippe, an der die Vorlage scheiterte. Man hielt es für richtiger, beim damaligen Stand der Gesetzgebung zu verbleiben und sich auf die unumgänglichen Anpassungen und Ergänzungen des NAG zu beschränken.

Trotz diesen gescheiterten Versuchen wurde die Frage einer Kodifikation des IPR in der schweizerischen Doktrin immer wieder aufgeworfen (vgl. F.Meili, Die Kodifikation des schweizerischen Privat- und Strafrechts, Zürich 1901, S.112 ff.; die Referate am Schweizerischen Juristentag 1925, ZSR 1925 S.220 aff., 271 aff. und 337 aff.; H.Fritzsche, Das Problem der Gesetzgebung über das Internationale Privatrecht der Schweiz, ZSR 1927, S.232; A.F.Schnitzer, Bedarf das schweizerische internationale Privatrecht eines neuen Gesetzes?, SJIR 1955, S. 55 ff.; ders. in Ius et Lex, Festgabe zum 70. Geburtstag von Max Gutzwiller, Basel 1959, S.429 ff.; W.Schönenberger/P.Jäggi, Zürcher Kommentar ZGB, Teilband V 1a, Allg. Einleitung, Nr.94.).

122 Der Anstoss zum vorliegenden Entwurf

Der Anstoss zum vorliegenden Entwurf ging – wie bereits 1884 für das NAG – vom Schweizerischen Juristenverein aus, der an seinem Juristentag 1971 in Engelberg die Kodifikation des schweizerischen IPR zur Diskussion stellte (vgl. ZSR 1971, 2.Halbband). Hauptreferenten waren F.Vischer und G.Broggini. Während Vischer nach der Kodifikationsreife und damit nach dem damals vorliegenden Stand der schweizerischen IPR-Praxis fragte, ging Broggini das Thema aus rechts- und kodifikationshistorischer Sicht an.

Beide Referenten gelangten zu ähnlichen Schlussfolgerungen. Für die im NAG bereits geregelten Materien (Personen-, Familien- und Erbrecht) verlangten sie eine umfassende Revision. Auf dem Gebiet des internationalen Zivilprozessrechts forderten sie wesentliche Vereinfachungen, insbesondere eine Vereinheitlichung des Anerkennungs- und Vollstreckungsrechts (vgl. F.Vischer, ZSR 1971, 2. Halbband, S.68 ff.).

Ferner wollten sie den Nachweis und die Anwendung des ausländischen Rechts ausdrücklich geregelt wissen. Dabei hätten die schweizerischen Gerichte das ausländische Recht von Amtes wegen zu ermitteln und das Bundesgericht hätte die richtige Anwendung zu überprüfen.

Zurückhaltender äusserten sie sich bezüglich des internationalen Obligationenrechts und hinsichtlich des Allgemeinen Teils des IPR. In der Diskussion wurde in Engelberg weniger das Ob als vielmehr das Wie der Kodifikation beleuchtet (vgl. ZSR, 1971, a. a. O., S.391–439). Daraus konnte geschlossen werden, dass in Wissenschaft und Praxis der Wille für die Erneuerung des schweizerischen IPR heute vorhanden ist.

Unmittelbar ausgelöst wurde die Kodifikation durch eine Motion (von Arx) Egli vom 1. Dezember 1971/7. Juli 1972. Darin wurde der Bundesrat ersucht, dem Parlament Bericht und Antrag über eine Revision des NAG vorzulegen. Die Motionäre erachteten den Augenblick für gekommen, um den mit dem NAG geschaffenen lückenhaften Rechtszustand aufzuheben und eine den Bedürfnissen entsprechende Revision vorzunehmen. Von der Revision wurde nicht nur die Klärung und Ergänzung der heute im NAG geregelten personen-, familien- und erbrechtlichen Materien, sondern auch eine Regelung des Rechts der juristischen Person, des Rechts der Ausländer im Ausland, des internationalen Sachen- und Obligationenrechts, sowie des Allgemeinen Teils des IPR erwartet, im Ergebnis also eine relativ umfassende Neugestaltung des bisherigen Zustandes. Der Bundesrat gab in seiner Antwort zu, dass das NAG im heutigen Zustand in mancher Hinsicht nicht befriedigt.

Angesichts der im internationalen Privatrecht herrschenden Vielfalt an Lehrmeinungen und mit Rücksicht auf die am Schweizerischen Juristentag 1971 durchgeführte Diskussion wollte er den gesamten Fragenkomplex einem einlässlichen Studium unterziehen und ihn unter Beizug von Sachverständigen umfassend abklären lassen. In diesem Sinn beantragte er, die Motion in ein Postulat umzuwandeln, worin ihm der Nationalrat mit Beschluss vom 27. September 1972 folgte (vgl. Motionen und Postulate der gesetzgebenden Räte 1972, S. 25; Aml. Bull. 1972 N IV-V 1556 ff.).

123 Auftrag und Organisation der Kodifikation

Im Anschluss an das Postulat (von Arx) Egli, in Würdigung der Verhandlungen des Schweizerischen Juristentages 1971 und gestützt auf eine Aussprache mit der Schweizerischen Vereinigung für internationales Recht (SVIR) vom 3. Juni 1972 in Bern wurde die SVIR vom EJPD eingeladen, zuhanden des Departements einen Vorentwurf zu einem schweizerischen IPR-Gesetz auszuarbeiten.

Die SVIR, der die bedeutendsten schweizerischen IPR-Fachleute aus Wissenschaft, Wirtschaft und Praxis angehören, rekrutierte aus den Reihen ihrer Mitglieder eine leitende Arbeitsgruppe mit sechs Untergruppen. Diese wurden durch bundesrätlichen Beschluss am 18. Juni 1973 als eidgenössische Expertenkommission eingesetzt mit dem Auftrag, zuhanden des EJPD einen Gesetzesentwurf mit Bericht zu erarbeiten (BBl 1973 I 1676).

Für die Mitarbeit konnten gewonnen werden:

Gesamtleitung:

Präsident: Prof. Dr. Frank Vischer, Basel
 Vizepräsident: Dr. Walter Baechler, Bern; seit 1979 Dr. P. Volken
 Sekretariat: Dr. Paul Volken, Bern; seit 1979 Dr. W. Nussbaum

Erste Subkommission (Allg. Teil des IPR):

Prof. Dr. Gerardo Broggin, Sarno
 Prof. Dr. François Knoepfler, Neuchâtel
 Dr. Andreas Bucher, Genf

Zweite Subkommission (Eherecht, Kindesrecht, Sachenrecht):

Prof.Dr. Pierre Lalive, Genf
 Dr. Danielle Angel, Bern
 Dr. Andreas Bucher, Genf
 Prof.Dr. Bernard Dutoit, Lausanne
 RA Dr. Peter Max Gutzwiller, Zürich
 RA Raymonde Pauli, Bern

Dritte Subkommission (Personenrecht, Güterrecht, Erbrecht):

Prof.Dr. Alfred E. von Overbeck, Freiburg
 Dr. Felix Bänziger, St. Gallen
 RA Pierre-Henri Lescaze, Bern
 RA Dr. Martin Schön, Stansstad
 RA Dr. Carsten Schulze, Basel
 RA Jacques Thiémond, Freiburg

Vierte Subkommission (Vertragsrecht, gemeinsame Bestimmungen des Obligationenrechts):

Prof.Dr. Max Keller, Zürich
 RA Dr. Hugo von der Crone, Zürich
 lic. iur. Wolfgang Wendrich, Bern
 RA Dr. Arnold Schlaepfer, Genf
 RA Dr. Robert P. Umbricht, Zürich

Fünfte Subkommission (Deliktsrecht, Gesellschaftsrecht):

Prof.Dr. Anton Heini, Zürich
 Dr. Henri Guisan, Pully
 Dr. Verena Trutmann, Basel
 Dr. Arthur Hunziker, Zürich

Sechste Subkommission (Prozessrecht):

Bundesrichter Dr. Pierre Cavin, Lausanne
 RA Bernard Deschenaux, Bern
 RA PD Dr. Jörg Gentinetta, Zürich
 RA Dr. Rudolf von Graffenried, Bern
 RA Dr. Theophil von Mandach, Bern
 RA Bernhard Nicolier, Zürich

Die Expertenkommission nahm ihre Tätigkeit im Herbst 1973 auf. In einer ersten Phase (Oktober 1973 bis Januar 1975) arbeitete jede Subkommission für die ihr zugeteilten Sachgebiete einen Vorentwurf aus. Gleichzeitig trafen sich die Präsidenten der Subkommissionen regelmässig zu Koordinationssitzungen. Anfangs 1975 konnten die Subkommissionen erste Teil-Entwürfe mit erläuternden Berichten vorlegen.

Die zweite Phase (März 1975 bis März 1976) begann mit einer einwöchigen Klausurtagung der Subkommissionspräsidenten, an welcher die Teil-Entwürfe durchberaten und zu einem ersten, kommissionsinternen Vorentwurf zusammengefügt wurden. Dieser Vorentwurf vom 2. Mai 1975 wurde den Mitgliedern

der Kommission zur Stellungnahme unterbreitet. Bereits diese Stellungnahmen und insbesondere die zweite Klausurtagung der Subkommissionspräsidenten vom Juli 1975 liessen erkennen, dass mehrere Teile des Vorentwurfs einer grundlegenden Neubearbeitung bedurften.

In der dritten Phase (März 1976 bis März 1977) wurden die neuen Vorschläge von den Subkommissionspräsidenten ein weiteres Mal durchberaten. Gestützt auf die zweite Lesung erstellten der Präsident und der Sekretär einen weiteren kommissionsinternen Vorentwurf. Dieser wurde nach einer zweiten Kommissionsinternen Überprüfung am 24. Februar 1978 zum Kommissionsentwurf erhoben und am 30. Juni 1978 samt Bericht dem EJPD eingereicht.

124 Ergebnis des Vernehmlassungsverfahrens

124.1 Im allgemeinen

Der Vorentwurf zu einem neuen IPR-Gesetz wurde im Oktober 1978 in die Vernehmlassung gegeben.

Es gingen über 70, zum Teil sehr umfangreiche Stellungnahmen ein. Ferner bildete der Entwurf Gegenstand verschiedener wissenschaftlicher Publikationen und Veranstaltungen im In- und Ausland.

Zur Frage des Bedürfnisses zeigt die Vernehmlassung ein weites Spektrum an Meinungen und Vorschlägen; sie gehen von uneingeschränkter Zustimmung bis zu grösster Skepsis und Ablehnung.

In den meisten Eingaben wird auf das hohe Alter des NAG und auf die Lücken in der geltenden Regelung des schweizerischen internationalen Privatrechts hingewiesen. Dies mache sich angesichts der zunehmenden internationalen Verflechtung immer unangenehmer bemerkbar.

Eine Kodifikation des schweizerischen IPR wird insbesondere begrüsst, weil dadurch für den Rechtsuchenden mehr Rechtssicherheit und für den Rechtsanwender ein besserer Überblick und damit eine gewisse Vereinfachung erreicht werde. Andererseits wird darauf hingewiesen, dass eine Kodifikation die Gefahr in sich trage, den Richter bei der Anwendung des internationalen Privatrechts einzuengen, wodurch die im Einzelfall erforderliche Flexibilität verloren gehe.

Die Universität Lausanne und der Staatsrat des Kantons Waadt bezweifeln sowohl die Zweckmässigkeit als auch die Notwendigkeit einer Kodifizierung des schweizerischen internationalen Privatrechts. Ihrer Ansicht nach ist es vor allem Aufgabe der Rechtsprechung, aufgrund eines Rahmengesetzes und der entsprechenden Staatsverträge das internationale Privatrecht weiterzuentwickeln. Zudem wird die Frage aufgeworfen, ob ein Bundesgesetz über das internationale Privatrecht nicht an Bedeutung verliere, wenn die Zahl der Staatsverträge in diesem Bereich zunehmen werde.

Während viele Stellungnahmen eine *Gesamtkodifikation* begrüssen, sprechen sich andere für eine blosse Rahmenordnung (ZH) oder gar nur für eine *Teilkodifikation* aus. Zudem wird geltend gemacht, dass einzelne Sachbereiche des Entwurfs sich schlecht in ein IPR-Gesetz einfügen lassen. Dies betrifft etwa das internationale Konkursrecht und die internationale Rechtshilfe. Andere Stim-

men plädieren für eine vorläufige Ausklammerung des Schuld- und Gesellschaftsrechts. Diese Gebiete sollten allenfalls einer zweiten Etappe vorbehalten bleiben.

Wieder andere Stellungnahmen werfen der Expertenkommission vor, dass internationalrechtlich wichtige Gebiete, wie z.B. das Immaterialgüterrecht, im Vorentwurf nicht berücksichtigt worden seien, und verlangen nach einer entsprechenden Ergänzung.

Eine möglichst umfassende Regelung des IPR ist nach Ansicht des Vororts zweckmässig. Zusammen mit der Schweizerischen Bankiervereinigung und dem Luzerner Obergericht begrüsst er, dass der vorgeschlagene Gesetzesentwurf sowohl das internationale Privatrecht, wie auch das internationale Zivilprozessrecht umfasst, da zwischen diesen Gebieten eine starke Verbindung bestehe.

124.2 Im besonderen

124.21 Verfassungsmässigkeit

In verschiedenen Stellungnahmen werden Bedenken zur Frage angemeldet, ob sich der vorliegende Entwurf in allen Teilen auf eine *verfassungsrechtliche Grundlage* abstützen könne. Zweifel bestehen vor allem hinsichtlich der Zuständigkeit, der Anerkennung und Vollstreckung sowie des Schiedsgerichtswesens, worauf im einzelnen noch einzugehen sein wird.

Die Kritiker (insbesondere VD, Universität Lausanne, FDP, Anwaltsverband) machen geltend, dass die vorgeschlagene Regelung in den obgenannten Gebieten die kantonale Gesetzgebungshoheit beeinträchtige. Um den Entwurf verfassungsrechtlich allseits abzustützen, bedürfe es einer entsprechenden Revision der Artikel 59 und 64 BV.

Andere, so z. B. der Staatsrat des Kantons Neuenburg, schliessen nicht aus, dass der Bund die verfassungsmässige Befugnis habe, in den fraglichen Bereichen zu legiferieren.

124.22 Systematik

Die dem Entwurf zugrunde gelegte *Systematik* wird von der Mehrheit der Stellungnahmen grundsätzlich akzeptiert. Die Ausnahme bilden auch in dieser Frage der Staatsrat des Kantons Waadt und die Universität Lausanne.

Insbesondere wird die Aufnahme *Gemeinsamer Bestimmungen* mehrheitlich begrüsst. In einzelnen Stellungnahmen wird jedoch darauf aufmerksam gemacht, dass dieses Unterfangen in einem IPR-Gesetz schwierig zu verwirklichen sei. Die Regionalkonferenz Nordwest-Schweiz beantragt, jedenfalls dann auf solche Bestimmungen zu verzichten, wenn diese nur deklaratorischer Natur sind. Zudem stelle sich die Frage, ob nicht jedem einzelnen Sachgebiet die entsprechenden Grundsätze voranzustellen wären, da hierdurch die Übersicht verbessert und die Anwendung des Gesetzes erleichtert würde. Andere Eingaben hingegen befürworten eine Säuberung der einzelnen Sachgebiete von Grundsätzlichem,

vor allem um Wiederholungen zu vermeiden. Die Gemeinsamen Bestimmungen wären dementsprechend auszubauen (ZH).

Verschiedene Stellungnahmen fordern konkret die Integrierung weiterer Bestimmungen in den Allgemeinen Teil. So bemängelt die Universität Basel, der Entwurf enthalte keine Bestimmung über die Vorfrage. Die Hochschule St. Gallen und das Institut Universitaire de Hautes Etudes Internationales in Genf regen an, die Grundsätze über das anwendbare Recht mit einer Norm über die Qualifikation zu ergänzen. Zudem sollte nach Ansicht des Genfer Instituts eine Bestimmung über die privatrechtliche Stellung der Ausländer in der Schweiz vorgesehen werden. Diese müsste lediglich das Wohnheitsrecht enthalten und auf das entsprechende Staatsvertragsrecht hinweisen. Ferner sollte im Entwurf auf die Menschenrechte Bezug genommen werden.

124.23 Zuständigkeit

Hinsichtlich der *internationalen Zuständigkeit* ist in vielen Stellungnahmen eine grundsätzliche Zustimmung zum Wohnsitzprinzip festzustellen. So entspricht nach Ansicht des Bundes Schweizerischer Frauenorganisationen die Tendenz zum Wohnsitzprinzip der erhöhten Mobilität in unserer Gesellschaft. Der Schweizerische Verband evangelischer Arbeitnehmer attestiert dem Entwurf, dass er mit der Statuierung des Wohnsitzprinzips dem Rechtsschutzbedürfnis der Ausländer in der Schweiz Rechnung trage. Die Konferenz der kantonalen Vormundschaftsdirektoren begrüsst ebenfalls die Hinwendung zum Wohnsitzprinzip, da hierdurch eine Vereinfachung in der Rechtsanwendung verwirklicht werden könne.

Andere Stellungnahmen setzten sich mit dem Wohnsitzprinzip kritisch auseinander. Die Konferenz der kantonalen Aufsichtsbehörden im Zivilstandswesen und die Regierungen der Kantone Uri und Nidwalden machen darauf aufmerksam, dass ein Wechsel vom Heimat- zum Wohnsitzprinzip im Bereich des Namens-, des Ehe- und des Kindesrechts problematisch sei. Besser wäre ihrer Ansicht nach die grundsätzliche Statuierung der Heimatzuständigkeit mit gewissen Vorbehalten zu Gunsten der Wohnsitzbehörden.

Der Obwaldner Regierungsrat wirft der Expertenkommission vor, zu doktrinär am Wohnsitzprinzip festzuhalten und die praktischen Konsequenzen daraus herunterzuspielen. Auch der Regierungsrat des Kantons Graubünden fragt sich, ob das Abrücken vom Heimatprinzip in Richtung Wohnsitzprinzip so weit gehen soll.

Der Schweizerische Verband der Zivilstandsbeamten befürchtet durch die Hinwendung zum Wohnsitzprinzip Schwierigkeiten in der Praxis, da die Schweiz diesbezüglich weit und breit allein dastehe. Es sei insbesondere zu prüfen, ob sich das Wohnsitzprinzip für das ganze Personen- und Familienrecht aufdränge. Es werde sich in der Praxis zeigen, dass die Verwirklichung des Wohnsitzprinzips im Bereich des Personen- und Familienrechts zu dauernden Schwierigkeiten führe. In die gleiche Richtung stösst die Konferenz der kantonalen Aufsichtsbehörden im Zivilstandswesen. Sie zweifelt zumindest daran, ob die konsequente Abwendung vom Heimatprinzip für das Kindesrecht richtig sei.

Einzelne Stellungnahmen äussern sich zum Verhältnis Wohnsitz/gewöhnlicher Aufenthalt:

Nach Ansicht des Regierungsrates des Kantons Appenzell-Ausser Rhoden ist die Unterteilung der Zuständigkeit in Wohnsitz und gewöhnlichen Aufenthalt fragwürdig. Der Zürcher Regierungsrat weist darauf hin, dass das Verhältnis Wohnsitz/gewöhnlicher Aufenthalt unklar sei, da die beiden Begriffe schwer voneinander abzugrenzen seien. In ähnlichem Sinne äussert sich auch der Staatsrat des Kantons Genf. Die Regionalkonferenz Nordwest-Schweiz begrüsst die Regelung der internationalen Zuständigkeit, plädiert aber für die Streichung der Alternative Wohnsitz/gewöhnlicher Aufenthalt.

Verschiedentlich wird für die Zuständigkeitsbestimmung die Verfassungsmässigkeit in Frage gestellt. Das dem Entwurf zugrunde gelegte Wohnsitzprinzip verstösse (so behaupten der Staatsrat des Kantons Waadt und die Universität Lausanne) insofern gegen Artikel 59 BV, als die Bundesverfassung keineswegs eine Bundeszuständigkeit für internationalrechtliche Fälle vorsehe. Eine Regelung der internationalen Zuständigkeit zu Lasten der kantonalen Souveränität sei unannehmbar. Die FDP behauptet, dass durch einzelne Bestimmungen über die Zuständigkeit die Bundesverfassung verletzt werde. Da das internationale Privatrecht zu den «übrigen Gebieten des Zivilrechts» gehöre, in denen der Bund gemäss Artikel 64 Absatz 2 BV legiferieren darf, kann dieser nach Ansicht des schweizerischen Anwaltsverbandes auch Zuständigkeitsnormen schaffen, die zur Durchsetzung des IPR erforderlich sind. Eine Notwendigkeit zur Regelung der Prorogation bestehe hingegen nicht. Die entsprechenden Bestimmungen des Entwurfs seien somit verfassungswidrig.

In weiteren Voten äussern sich die Eingeber zu verschiedenen Problemen der Zuständigkeit:

Der Verband bernischer Notare erachtet die starke Erweiterung der Zuständigkeitsregelung als Vorteil. Nach Ansicht der Schweizerischen Bankiervereinigung geht diese jedoch zu Lasten der Rechtssicherheit.

Der Vorort bezweifelt, ob eine Regelung der Notzuständigkeit im Entwurf angebracht sei. Er fürchtet – angesichts der damit verbundenen Mehrbelastung – um den Ruf der schweizerischen Gerichte im Ausland.

Gemäss dem Luzerner Anwaltsverband kann die Anhäufung von Zuständigkeiten in einzelnen Gebieten (wie im Ehescheidungsrecht) international zu Kompetenzkonflikten führen.

Die Universität Genf weist darauf hin, dass die Zuständigkeit im vorliegenden Entwurf unzureichend geregelt sei, beispielsweise im Hinblick auf die Konnexität verschiedener Ansprüche oder bezüglich der Nebenintervention im internationalen Zivilprozessrecht. Die Universität Basel befürchtet, dass durch das Festhalten am *forum arresti* und infolge der damit verbundenen Abweichung vom EG-Gerichtsstandsübereinkommen von 1968, aber auch angesichts der Garantie des Wohnsitzrichters gemäss Artikel 59 BV in der Praxis Schwierigkeiten auftreten werden.

Da die Schweiz Sitz zahlreicher internationaler Organisationen sei, werde eine Bestimmung über die Immunität dieser Organisationen und deren Angehörigen im Entwurf vermisst, meint das Institut Universitaire de Hautes Etudes Interna-

tionales in Genf. Man solle insbesondere im zweiten Abschnitt des ersten Teils eine entsprechende Bestimmung einführen.

124.24 Renvoi

Nach Ansicht des Staatsrats des Kantons Genf entspricht die grundsätzliche Ablehnung des *Renvoi* keinem echten Bedürfnis. Dies werde übrigens durch den Entwurf selber bestätigt; er lasse nämlich in verschiedenen Gebieten den *Renvoi* zu. Eine Bestimmung über die Tragweite der Kollisionsnormen sollte nicht so absolut formuliert sein.

Auch die Universität Basel macht darauf aufmerksam, dass bei einer Kodifikation des IPR die Rücksichtnahme auf das ausländische IPR nicht zum vornherein ausgeschlossen werden sollte. Die Hochschule St. Gallen weist darauf hin, dass auch andere Staaten (z. B. Italien, Brasilien) die Berücksichtigung ausländischer Kollisionsnormen verbieten. Trotz gewisser Bedenken stimmt sie insbesondere aus Gründen der Rechtssicherheit dem im Entwurf vorgesehenen grundsätzlichen *Renvoi*-Verbot zu.

Das Institut Universitaire de Hautes Etudes Internationales führt aus, dass die Ablehnung des *Renvoi* den entsprechenden Bestimmungen im schweizerischen Recht nicht Rechnung trage. Die Strenge des Verbotes stehe dem Geist des Entwurfs, der die Entscheidungsharmonie anstrebe, diametral gegenüber. Die grundsätzliche Ablehnung des *Renvoi* entspreche eher intellektuellen Konstruktionen als der Realität.

Auch einzelne Wissenschaftler sehen die grundsätzliche Ablehnung des *Renvoi* nicht gerne. Aus Anwaltskreisen wird behauptet, durch die Berücksichtigung des *Renvoi* könnten sowohl die Prozessdauer verkürzt als auch die Prozesskosten gesenkt werden.

124.25 Ausnahmeklausel

Die Ansichten über die sogenannte *Ausweichklausel* gehen weit auseinander. Während die Universitäten Basel und Genf, die Hochschule St. Gallen und das Institut Universitaire de Hautes Etudes Internationales sowie einzelne Kantonsregierungen die Ausweichklausel begrüßen, werden vom Staatsrat des Kantons Neuenburg, von der FDP, von der Schweizerischen Bankiervereinigung und von einzelnen Wissenschaftlern Bedenken geäußert. Der Regierungsrat des Kantons Schaffhausen befürchtet bei der Handhabung der Ausweichklausel Schwierigkeiten für Richter und Verwaltungsbeamte.

Die Universität Lausanne fragt sich, ob die Idee der Ausweichklausel sich mit derjenigen einer Kodifikation vereinbaren lasse. Die SPS befürchtet durch die Ausweichklausel eine Relativierung des Gesetzes. Die Parti Libérale Suisse merkt, die Ausweichklausel bewirke letztlich die Zerstörung der Rechtssicherheit. Dies fällt nach Ansicht der Schweizerischen Bankiervereinigung besonders bei der Rechtswahl ins Gewicht. Der Zentralvorstand schweizerischer Arbeitgeberorganisationen schliesslich sieht in der Ausweichklausel in dem Sinn eine

Gefahr, als dadurch der Anreiz für die Exportwirtschaft zum Abschluss von Auslandsgeschäften noch zusätzlich gebremst werde.

124.26 Feststellung des ausländischen Rechts von Amtes wegen

Hinsichtlich der *Feststellung des ausländischen Rechts von Amtes wegen* sind Pro und Kontra nicht immer deutlich zu erkennen. Von seiten der Kantone äussert sich lediglich der Kanton Wallis ausdrücklich positiv. Man kann sich fragen, ob in verschiedenen Pauschalzustimmungen zum Entwurf nicht auch eine Zustimmung zu dieser Regelung gesehen werden darf. Einzelne Kantonsregierungen äussern sich zurückhaltend oder nur zu technischen Fragen, so z. B. die Regionalkonferenz Nordwest-Schweiz. Der Staatsrat des Kantons Tessin könnte sich mit der *ex officio*-Feststellung des ausländischen Rechts abfinden, wenn eine entsprechende Kontrolle durch das Bundesgericht vorgesehen wäre.

In Kreisen der Wissenschaft wird die vorgeschlagene Regelung eher freundlich aufgenommen. Immerhin weist das Institut Universitaire de Hautes Etudes Internationales auf gewisse Gefahren hin, wenn das Bundesgericht die richtige Anwendung des ausländischen Rechts überprüfen müsste. Auch die Universität Basel meldet bei grundsätzlicher Zustimmung deutliche Vorbehalte bezüglich der vorgeschlagenen *ex officio*-Feststellung ausländischen Rechts an. Der Staatsrat des Kantons Waadt und die Universität Lausanne lehnen diese Regelung gänzlich ab. Negativ äussern sich ferner die FDP, die SVP, die Schweizerische Bankiervereinigung, der Vorort, der Luzerner Anwaltsverband und der CNG.

In diesem Zusammenhang befürchtet das Bundesgericht durch die Erweiterung seiner Kognitionsbefugnis eine bedeutende Mehrbelastung, die den gegenwärtigen Bestrebungen zu seiner Entlastung entgegenläuft. Es weist auf seine verfassungsmässige Aufgabe hin, wonach es in erster Linie für die einheitliche Anwendung des Bundesrechts und nicht die richtige Anwendung des ausländischen Rechts zu sorgen habe. In ähnlichem Sinne äusserte sich die mit dieser Frage befasste Expertenkommission für die Reorganisation der Bundesrechtspflege.

Als Hauptargument gegen die *ex officio*-Feststellung des ausländischen Rechts wird durchwegs die damit verbundene Überforderung der Laienrichter und der nicht juristisch geschulten Verwaltungsbeamten ins Feld geführt. Es wird befürchtet, diese hätten sich mit Materien zu befassen, die ihnen in der Regel fremd sind und die sie schwerlich handhaben könnten. Besonders für erstinstanzliche Gerichts- und Verwaltungsbehörden, die sehr oft mit internationalrechtlichen Verhältnissen zu tun hätten, würde sich die vorgesehene Regelung als schwerfällig erweisen. Es müssten laufend Rechtsauskünfte und Gutachten eingeholt werden, wodurch die Verfahrenskosten ansteigen und die Prozessdauer verlängert würden.

Die Gegner vertreten mehrheitlich die Auffassung, dem Richter solle lediglich die Möglichkeit eingeräumt werden, ausländisches Recht anzuwenden. Er solle es aber nur anwenden, wenn er davon sichere Kenntnis habe oder wenn das ausländische Recht von den Parteien nachgewiesen werde.

124.27 **Ordre public**

Die Reaktionen zur *Ordre-public*-Regelung des Entwurfs sind eher *negativ*. Die Universität Lausanne und der Staatsrat des Kantons Waadt lehnen die vorgeschlagene Lösung ab. Das Institut Universitaire de Hautes Etudes Internationales in Genf und die Hochschule St. Gallen haben hinsichtlich der Berücksichtigung des ausländischen *Ordre public* Bedenken. Das Genfer Institut beurteilt die vorgeschlagene *Ordre-public*-Bestimmung als eine Mischung zwischen dem französischen «*Ordre public international*» und der englischen Konzeption der «*public policy*». In einem schweizerischen IPR-Gesetz sei jedoch nicht der internationale, sondern der schweizerische *Ordre public* zu regeln.

Nach Ansicht der SPS ist die Bestimmung über die Berücksichtigung des ausländischen *Ordre public* nicht justizabel. Die Nationale Aktion verlangt für die *Ordre-public*-Bestimmungen eine Präzisierung. Der Landesring der Unabhängigen fragt sich, ob ein derart grosses Ermessen bei der Berücksichtigung des ausländischen *Ordre public* nicht die einheitliche Rechtsanwendung gefährden könne. Die vorgeschlagene Lösung sei nochmals zu überdenken. Im weiteren befürchtet er durch den ausdrücklichen Nichtausschluss von ausländischem öffentlichem Recht die Möglichkeit der Einflussnahme einer fremden Macht auf schweizerisches Hoheitsgebiet. Der schweizerische Richter sollte nicht ausländisches öffentliches Recht anwenden müssen. Dieser Meinung schliesst sich auch die Parti Libéral Suisse und die Schweizerische Bankiervereinigung an. Nach Auffassung der Parti Libéral Suisse führt die Berücksichtigung des ausländischen *Ordre public* letztlich zu Rechtsunsicherheiten. Dem Zentralverband schweizerischer Arbeitgeberorganisationen ist die Formulierung des *Ordre public* zu schwach.

124.28 **Parteiautonomie**

Die grundsätzliche Verankerung der *Parteiautonomie* im Entwurf gibt nur vereinzelt zu negativen Bemerkungen Anlass. Deren Bedeutung im internationalen Privatrecht wird insbesondere aus Wirtschaftskreisen hervorgehoben.

Einzelne Vorbehalte macht der Bund schweizerischer Frauenorganisationen für den Bereich des ehelichen Güterrechts. Die Möglichkeit der Wahl zwischen vier verschiedenen Rechten gehe reichlich weit. Die bloss schriftliche Rechtswahl und die Möglichkeit des jederzeitigen Wechsels des Güterstandes könne zu unübersichtlichen Verhältnissen führen. Dies sei vor allem deswegen bedauerlich, weil die vom IPR betroffenen Personen grösstenteils nicht rechtskundig seien und somit eher des Schutzes durch eine direkte gesetzliche Regelung als der Freiheit in der Rechtswahl bedürfen.

124.29 **Definition von Wohnsitz und Staatsangehörigkeit**

Verschiedene Kantonsregierungen und politische Parteien sowie einige Verbände befürworten die im Entwurf vorgeschlagene Regelung betreffend den *Wohnsitz- und den Staatsangehörigkeitsbegriff*. Der Regierungsrat des Kantons

Zürich hingegen hat diesbezüglich Bedenken wegen der fehlenden Harmonie zwischen innerstaatlichem und internationalem Recht. Nach Ansicht des Staatsrates des Kantons Tessin stiften unterschiedliche Wohnsitzbegriffe im ZGB und im IPR-Gesetzesentwurf Verwirrung, wodurch die Rechtssicherheit beeinträchtigt werde.

Auch die Universitäten Basel und Lausanne sowie das Institut Universitaire de Hautes Etudes Internationales und der Schweizerische Anwaltsverband bedauern, dass durch die vorgeschlagene Regelung inskünftig zwei verschiedene Wohnsitzbegriffe zu verwenden seien. Dies stelle einen Rückschritt dar und bedeute eine Einbusse an Rechtssicherheit. Der gleichen Ansicht ist die Parti Libéral Suisse.

Die Bestimmung über die Staatsangehörigkeit ist nach Ansicht der Schweizerischen Bankiervereinigung unklar; dem Vorort erscheint sie als zu eng formuliert.

124.30 Auslandschweizer

In einzelnen Eingaben wird vermerkt, dass den *Auslandschweizern* durch die Statuierung der Heimatzuständigkeit eine ungerechtfertigte Bevorzugung zuteil werde. Nach Auffassung des Staatsrates des Kantons Genf ist eine Sonderregelung für Auslandschweizer nicht erforderlich. Der vorgeschlagenen Lösung hafte zudem ein nationalistischer Zug an. Auch nach Ansicht der Parti Libéral Suisse hat die besondere Zuständigkeit für Auslandschweizer keine Berechtigung.

Der Schweizerische Verband der Zivilstandsbeamten schlägt vor, der Auslandschweizer sollte sich zuerst an das an seinem letzten schweizerischen Wohnsitz zuständige Gericht und erst, wenn dieses nicht bestimmbar sei, an dasjenige am Heimatort wenden. Der alternative Gerichtsstand für Auslandschweizer (letzter Wohnsitz oder Heimatort) wird abgelehnt. Der Heimatgerichtsstand wäre nach dieser Auffassung nur als Notzuständigkeit zuzulassen. Auch der Regierungsrat des Kantons Zürich, die Regionalkonferenz Nordwest-Schweiz, der Schweizerische Anwaltsverband sowie die Universitäten Genf und Lausanne beantragen, die im Entwurf vorgesehene Alternative zwischen Wohnsitz- und Heimatgerichtsstand zu streichen. Die Regionalkonferenz stellt zudem die Heimatzuständigkeit ganz allgemein in Frage.

Der Regierungsrat des Kantons Appenzell A. Rh. dagegen befürchtet durch die vorgeschlagenen Bestimmungen eine Schlechterstellung der Auslandschweizer. Er drückt dabei die Hoffnung aus, dass zumindest die entsprechende Praxis dem Sonderstatus der Auslandschweizer besser Rechnung tragen werde. Der Auslandschweizerdienst des EDA und der LdU finden die für die Auslandschweizer vorgeschlagene Regelung angemessen und vertretbar. Die SPS und Pro Familia äussern sich im gleichen Sinne.

124.31 Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen

Nach Ansicht der Universität Lausanne, des Staatsrates des Kantons Waadt, der SVP und der FDP wird durch die vorgeschlagene Regelung über die *Anerkennung und Vollstreckung von ausländischen Entscheidungen* in die Gesetzgebungshoheit der Kantone eingegriffen und dadurch die BV verletzt. Der Staatsrat des Kantons Genf vertritt in dieser Frage einen ähnlichen Standpunkt, relativiert ihn aber insofern, als er vor allem die fehlende Unterscheidung zwischen Anerkennung und Vollstreckung bemängelt und festhält, dass insbesondere im Bereich der Vollstreckung die kantonale Gesetzgebungshoheit nicht beeinträchtigt werden dürfe. Der Schweizerische Anwaltsverband schlägt vor, die Bestimmungen über die Vollstreckung ausländischer Entscheide aus verfassungsrechtlichen Gründen aus dem Entwurf zu entfernen.

Die Schweizerische Bankiervereinigung bemerkt, nach dem vorgeschlagenen Entwurf bleibe die Anerkennung und Vollstreckung eines unserer Auffassung von Gerechtigkeit und Billigkeit entgegenstehenden ausländischen Entscheides deshalb möglich, weil der Richter dies nicht (ausgenommen bei einem Verstoss gegen den *Ordre public*) durch eine ergebnisbestimmte Anknüpfung verhindern könne. Der Staatsrat des Kantons Neuenburg fragt sich, ob der Entwurf in diesem Bereich nicht einesteils zu liberal und andernteils zu streng sei, da der Richter gezwungen werden könne, ausländische Entscheide anzuerkennen und zu vollstrecken, die schweizerischer Anschauung entgegenstehen.

Der Zürcher Regierungsrat und das Obergericht des Kantons Luzern finden die vorgeschlagene Regelung über die Anerkennung und Vollstreckung wenig übersichtlich und nicht präzise genug. Die Regionalkonferenz und der Regierungsrat des Kantons Thurgau befürchten durch die Bestimmungen über die Anerkennung und Vollstreckung längere Verfahren und grössere Aufwendungen wegen der Überprüfung des ausländischen Verfahrens durch die inländische Behörde. Der Regierungsrat des Kantons Obwalden bringt neben grundsätzlicher Zustimmung zur Anerkennung und Vollstreckung gewisse Vorbehalte an. Die Universität Genf findet (so im Familienrecht) die Bestimmungen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheide durchwegs grosszügig und liberal. Dies gelte insbesondere für Urteile, die im Heimatstaat gefällt wurden, zu dem aber die Parteien wenig Beziehung hätten.

Nach Meinung der Universität Basel ist es richtig, bei der Anerkennung und Vollstreckung auf das Erfordernis des Gegenrechts zu verzichten, da diese Voraussetzung zu seltsamen Disparitäten auf kantonaler Ebene führen könnte.

Der Staatsrat des Kantons Tessin begrüsst die im Entwurf vorgeschlagene Regelung, weil dadurch eine Einheitlichkeit in der Anerkennung und Vollstreckung für die ganze Schweiz erreicht werde. Die SPS findet die Bestimmung liberal und flexibel, ohne dass die Rechtssicherheit darunter zu leiden hätte.

Ein grosser Teil der Verbände stimmt der Regelung über die Anerkennung und Vollstreckung im Entwurf ebenfalls zu.

124.32 Diverse Erwägungen

Die Rechtshilfe sollte nach Ansicht des Vororts, der Schweizerischen Bankiervereinigung und des Schweizerischen Anwaltsverbandes nicht im IPR-Gesetz geregelt werden, da dieser Bereich dem öffentlichen Recht zuzuordnen sei.

In einzelnen Stellungnahmen wird vermerkt, der Entwurf sei für den Laien schwer zu verstehen. Jedenfalls dränge sich eine redaktionelle Straffung auf. Die Universität Genf und die Direction de recherches de Genève sind der Ansicht, dass die zahlreichen Verweisungen im Bereich der Anerkennung und Vollstreckung die Handhabe des Gesetzes erschwere.

Der Regierungsrat des Kantons Schwyz weist insofern auf eine *Lücke* hin, als im Falle eines Inkrafttretens des IPR-Gesetzes und der Aufhebung des NAG kein Kollisionsrecht für interkantonale Fälle mehr zur Verfügung stünde. Der Entwurf sollte daher entsprechende Bestimmungen enthalten.

Bemerkenswerte Hinweise kommen aus Kreisen, die stets einen Blick über unsere Landesgrenzen richten. Sie äussern den Wunsch, dass die schweizerische IPR-Kodifikation nicht ohne Rücksichtnahme auf die entsprechenden Vorhaben im Ausland durchgeführt werde. Dies gelte vor allem hinsichtlich der Arbeiten innerhalb der Europäischen Gemeinschaften und des Europarates. Die Universität Genf befürwortet statt einer Legiferierung auf nationaler Ebene einen verstärkten Ausbau von Staatsverträgen.

124.33 Gesamtbeurteilung

Gesamthaft gesehen befürwortet die grosse Mehrheit der Stellungnahmen eine Kodifikation des schweizerischen IPR und bewertet den Vorentwurf als gute Grundlage. Zustimmung ist insbesondere aus jenen Kantonen zu vernehmen, in denen internationalprivatrechtliche Beziehungen häufig sind. Von verschiedenen Seiten ist der Ruf nach Straffung und Vereinfachung des Entwurfs zu hören.

125 Überarbeitung des Entwurfs im Lichte der Vernehmlassung

Das Bundesamt für Justiz hat die eingegangenen Stellungnahmen im Mai 1980 veröffentlicht. Der Bundesrat nahm in seiner Sitzung vom 25. Juni 1980 von den Ergebnissen der Vernehmlassung Kenntnis und beauftragte das EJPD, den Expertenentwurf im Lichte der Vernehmlassung zu überarbeiten und eine entsprechende Botschaft vorzulegen.

Die Expertenkommission hat ihren Entwurf im Sinne des bundesrätlichen Beschlusses in zwei Lesungen überarbeitet. Gestützt auf diese Überarbeitung unterbreitet Ihnen der Bundesrat die vorliegende Botschaft.

13 **Aufbau und Inhalt des Entwurfs**

131 **Übersicht**

Im Unterschied zu den neueren IPR-Gesetzen oder Gesetzesentwürfen anderer europäischer Staaten beschränkt sich der vorliegende Entwurf nicht bloss auf die Kollisionsregeln; er umfasst auch Bestimmungen über die internationale Zuständigkeit sowie die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheide und Rechtsakte. Die Bestimmungen über die Zuständigkeit, das anwendbare Recht sowie die Anerkennung und Vollstreckung sind nicht in drei besonderen Abschnitten behandelt. Der Entwurf ist vielmehr nach Sachgebieten gegliedert und regelt innerhalb jedes Sachgebietes jeweils drei Gesichtspunkte, nämlich die Zuständigkeit, das anwendbare Recht und die Anerkennung und Vollstreckung.

Der Einbezug von Bestimmungen über die Zuständigkeit in den Entwurf drängt sich schon deshalb auf, weil die Anwendung des schweizerischen Kollisionsrechts – von der Rück- und Weiterverweisung durch ein ausländisches Kollisionsrecht abgesehen – immer davon abhängt, dass eine schweizerische Behörde zuständig ist. Mit Behörde ist sowohl die gerichtliche wie auch die administrative Behörde gemeint.

Die Frage des anwendbaren Rechts ist notwendigerweise mit derjenigen der Zuständigkeit verbunden. Ebenso steht die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheide und Rechtsakte in engem Zusammenhang mit der Rechtsanwendung. Dabei ist zu beachten, dass es nicht nur um die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Urteile, sondern auch um die Anerkennung der im Ausland vollzogenen Rechtsakte (z. B. Ehe, Kindesanerkennung und Adoption) geht.

Mit dem Einbezug zivilprozessrechtlicher Bestimmungen beschreitet der Entwurf, zumindest aus schweizerischer Sicht, nicht völlig neue Wege. Bereits das NAG sieht in den von ihm geregelten Sachgebieten neben der Rechtsanwendung auch Bestimmungen über die Zuständigkeit vor (vgl. z. B. Art. 2 Abs. 1, Art. 7g Abs. 1, Art. 8a, Art. 8d, Art. 23 und Art. 28 NAG). Vereinzelt bestehen auch Regeln über die Anerkennung ausländischer Entscheide (vgl. z. B. Art. 7f Abs. 1 und Art. 7g Abs. 3 NAG).

132 **Rahmen- oder Detailgesetz?**

Die klassischen IPR-Gesetze konnten sich mit wenigen Grundsätzen begnügen. Sie waren gekennzeichnet durch Systembegriffe mit weitestem Inhalt, wie der Status einer Person, die Wirkungen der Ehe, die dinglichen Rechte an Sachen. Für diese Sachbereiche war jeweils eine einzige Anknüpfung vorgesehen.

Als klassisches Beispiel einer solchen Regelung gilt der frühere Artikel 8 NAG (vgl. BBl 1974 II 108).

In der Wissenschaft ist insbesondere in der Nachkriegszeit Kritik gegen solch einfach formulierte, der Wirklichkeit wenig Rechnung tragende Regeln erhoben worden. Ihnen ist vor allem vorgeworfen worden, dass sie nur scheinbar Gleiches zusammenfassen und deshalb oft zu unvernünftigen Resultaten führen.

Insbesondere werde der Vielfalt der Fragestellungen und der zu berücksichtigenden Anknüpfungskriterien nicht Rechnung getragen (vgl. F. Vischer, Die Kritik an der herkömmlichen Methode des IPR, Festschrift Germann, Bern 1969, S. 304 ff.). Die Rechtsprechung ist denn auch, oft an der Grenze des durch Auslegung Zulässigen, zu Differenzierungen gezwungen worden, wo sich das Gesetz mit lapidaren Regeln begnügte. Die bundesgerichtliche Praxis zu den Artikeln 7h und 8 NAG ist ein beredtes Beispiel dafür.

Soll durch die Kodifikation eine erhöhte Rechtssicherheit erreicht werden, so drängt sich eine differenzierte, die Wirklichkeit besser berücksichtigende Regelung auf. Die neuen Bestimmungen haben auf besondere, aber doch typische Fragestellungen eine befriedigende Antwort zu geben. Wo die typische Rechtslage zu einer Regelung zwingt, die von einem allgemeinen Grundsatz abweicht, ist eine entsprechende Kollisionsnorm aufzustellen. Dies setzt eine vertiefte Analyse der tatsächlichen Verhältnisse und umfassende Rechtsvergleichung voraus.

Der Bundesrat hat sich für eine detaillierte Regelung entschieden, um den vielfältigen Bedürfnissen der IPR-Praxis Rechnung zu tragen. Dabei hat er darauf geachtet, dass durch die besonderen Kollisionsnormen der zwischen den einzelnen Materien bestehende Sachzusammenhang nicht zerstört wird.

Im Interesse sachgerechter Anknüpfungen wird also ein Mittelweg zwischen «rule-selection» und «jurisdiction-selection» vorgeschlagen.

133 Der Allgemeine Teil des IPR

Der Allgemeine Teil des IPR ist einer Kodifikation nur schwer zugänglich. Zu einem grossen Teil handelt es sich um methodologische Fragen, die der Rechtsfortbildung durch Doktrin und Praxis offenbleiben müssen. Der Bundesrat hat sich deshalb in diesen Fragen grösste Zurückhaltung auferlegt. Selbst dort, wo eine Regelung für die Rechtsanwendung notwendig erscheint, beschränkt sich der Entwurf auf das Grundsätzliche. Zu den grundsätzlichen Fragen des IPR gehören z. B. Bestimmungen über die Verbindlichkeit der Verweisung und deren Grenzen (Ausweichklausel), den Renvoi und den sachlichen Umfang der Verweisung, die Anwendung des ausländischen öffentlichen Rechts, den Ordre public, auch jenen von Drittstaaten, sowie die *ex officio*-Anwendung des ausländischen Rechts und dessen Überprüfung durch das Bundesgericht (vgl. Schlussbericht S. 22 ff.).

134 Aufbau und Inhalt

Der Entwurf umfasst zwölf Kapitel. Während im ersten Kapitel die allen übrigen Kapiteln gemeinsamen Bestimmungen enthalten sind, regelt das zweite Kapitel das Recht der natürlichen Person, das dritte das Eherecht, das vierte das Kindesrecht, das fünfte die Vormundschaft, das sechste das Erbrecht, das siebte das Sachenrecht, das achte das Schuldrecht, das neunte das Gesellschaftsrecht. Neben den traditionellen Materien des Zivil- und Handelsrechts erfasst der Entwurf noch zwei Sondergebiete, nämlich im zehnten Kapitel das internatio-

nale Konkurs- und Nachlassvertragsrecht und im elften die internationale Schiedsgerichtsbarkeit. Das zwölfte Kapitel enthält die Schluss- und Übergangsbestimmungen.

Verschiedene international gelagerte Konkurse der Schweiz der letzten Jahre haben die Notwendigkeit einer Neuregelung des schweizerischen internationalen Konkursrechtes (IKR) aufgezeigt (vgl. BGE 102 III 71; W. Nussbaum, Das internationale Konkursrecht der Schweiz *de lege lata et ferenda*, Zürich, 1980). Eine solche Regelung des schweizerischen internationalen Konkursrechts liegt nicht zuletzt im Interesse der schweizerischen Gläubiger. Es ist die Einsicht eingekehrt, dass der bisher im schweizerischen IKR herrschende Grundsatz der strikten Territorialität in dieser Form nicht aufrechterhalten werden kann (BGE 100 I a 18, 102 III 71). Für eine Neuordnung sind folgende Leitgedanken zu beachten: Einerseits ist eine gewisse Gleichbehandlung der Gläubiger des Gemeinschuldners auch im internationalen Bereich anzustreben, andererseits ist darauf zu achten, dass nicht mit einer zu starken Hinwendung zur Universalität des Konkurses die schützenswerten Interessen der schweizerischen Gläubiger aufs Spiel gesetzt werden. Ziel des internationalen Konkursrechts im vorliegenden Entwurf ist es, für das in der Schweiz befindliche Vermögen eines Gemeinschuldners, über den im Ausland der Konkurs eröffnet wurde, eine dem schweizerischen Recht angemessene Verteilung zu ermöglichen. Dabei sind zwei Grundsätze zu beachten: Zum einen sind die Interessen der nach Artikel 219 SchKG privilegierten Gläubiger zu berücksichtigen; zum anderen ist ein Wettlauf der Gläubiger (Arrest) zu dem in der Schweiz befindlichen Vermögen des Gemeinschuldners dann zu verhindern, wenn über diesen im Ausland ein Verfahren hängig ist, dem grundsätzlich auch in der Schweiz Wirkung zukommen kann. Weder das SchKG noch ein anderes Bundesgesetz haben bis anhin dieses Problem geregelt, noch werden sie es in Zukunft tun.¹⁾

Gleichzeitig mit dem internationalen Konkursrecht soll auch das internationale Nachlassvertragsrecht geregelt werden, da zwischen diesen beiden Materien sehr enge Beziehungen bestehen.

Auch die *internationale Schiedsgerichtsbarkeit* bedarf dringend einer Regelung auf Bundesebene. Frankreich, Grossbritannien, Schweden und Österreich haben ihre Gesetzgebungen in diesem Bereich den heutigen Bedürfnissen im internationalen Schiedsgerichtswesen angepasst (z. B. British Arbitration Act). Dadurch haben sie die Attraktivität ihres Staates für die Durchführung internationaler Schiedsgerichtsverfahren wesentlich erhöht. Da die internationale Schiedsgerichtsbarkeit eine immer grösser werdende Bedeutung hat und weltweit tätige Unternehmen in Streitfällen vermehrt nur ausnahmsweise den ordentlichen Richter anrufen (vgl. P. Schlosser, Entwicklungstendenzen in Recht und Praxis der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit, Karlsruhe und Heidelberg 1976; Th. Rüede/R. Hadenfelt, Schweizerisches Schiedsgerichtsrecht, Zürich 1980; K. H. Böckstiegel, Die internationale Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, Schriftenreihe des Deutschen Instituts für Schiedsgerichtswesen, Bd. 1,

¹⁾ Die Eidg. Expertenkommission für die Revision des SchKG hat in dieser Richtung keine Schritte unternommen, vgl. Vorentwurf und Begleitbericht.

Köln 1979, Vorwort), hat die Schweiz alles Interesse daran, ihren Ruf als Schiedsgerichtsland zu wahren. Die Schweiz wurde bis anhin für die Austragung internationaler Schiedsverfahren gewählt, weil die Parteien offenbar das Bedürfnis hatten, ihren Rechtsstreit in einem neutralen Staat auszutragen, der für seine funktionierende Rechtsordnung und seine hervorragenden Rechtswissenschaftler bekannt ist (vgl. E. Bucher, Allgemeine Einführung in die Schiedsgerichtsbarkeit der Schweiz, Schriftenreihe des Deutschen Instituts für Schiedsgerichtswesen, Bd. 1, Köln 1979, S. 2f.). Den internationalen Schiedsverfahren liegen in der Regel überaus grosse materielle Interessen zugrunde, die teilweise volkswirtschaftliche Bedeutung annehmen können.

Zwar hat das Konkordat vom 27. März 1969 über die Schiedsgerichtsbarkeit (SR 279), dem sich 19 Kantone (Bern, Uri, Schwyz, Obwalden, Nidwalden, Freiburg, Solothurn, Basel-Stadt, Basel-Landschaft, Schaffhausen, Appenzel A. Rh., St. Gallen, Graubünden, Tessin, Waadt, Wallis, Neuenburg, Genf und Jura) angeschlossen haben (Stand 1981), der Entwicklung der Schiedsgerichtsbarkeit bereits bis zu einem gewissen Grad Rechnung getragen und das Verfahren in einzelnen Bereichen erleichtert (vgl. F. E. Klein, Die internationale Schiedsgerichtsbarkeit und die schweizerische Rechtsordnung, in Schriftenreihe des Deutschen Instituts für Schiedsgerichtswesen, Bd. 1, Köln 1979, S. 33 ff.).

Das Konkordat lässt jedoch wichtige Fragen der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, wie diejenige des auf die Gültigkeit der Schiedsvereinbarung anwendbaren Rechts offen. Die Wichtigkeit der Materie hat den Bundesrat bewogen, gewisse Grundsätze in den IPR-Entwurf aufzunehmen.

14 Verfassungsmässigkeit

In der Vernehmlassung wurde die Frage der Verfassungsmässigkeit von verschiedener Seite aufgeworfen, z. T. in allgemeiner Form, z. T. für einzelne Bestimmungen und Sachgebiete. Der Bundesrat hat bei der Auswertung der Vernehmlassung dieser Frage besondere Aufmerksamkeit geschenkt und sie durch das Bundesamt für Justiz durch ein Gutachten umfassend abklären lassen (VPB 45 Nr. 49).

Die Frage kann nicht allgemein beantwortet, sondern muss differenziert behandelt werden. Sieht man vom Kanton Waadt und von der Universität Lausanne ab, die mit ihrem generellen Vorwurf der Verfassungswidrigkeit zweifellos zu weit gehen, so richten sich die Zweifel an der Verfassungsmässigkeit vor allem gegen die Bestimmungen über die Zuständigkeit, den Nachweis des ausländischen Rechts, die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen und die Schiedsgerichtsbarkeit.

141 Im allgemeinen

Der Bundesgesetzgeber kann sich für den Erlass eines IPR-Gesetzes grundsätzlich auf seine Zuständigkeit zur Wahrnehmung der Beziehungen zur Staatenwelt berufen. Nach herrschender Lehre und Praxis ist er gestützt auf Artikel 8 BV

befugt, das internationale Kollisionsrecht schlechthin und das IPR im besonderen auf staatsvertraglichem Weg zu regeln. Da die Schweiz, wie jeder andere Staat, notwendigerweise gehalten ist, internationales Kollisionsrecht zu schaffen und damit zu bestimmen, unter welchen Voraussetzungen schweizerisches Recht zur Anwendung kommt, und die schweizerischen Beziehungen zur Staatenwelt nicht nur auf staatsvertraglichem Weg gewahrt werden können, muss der Bund auch befugt sein, das Kollisionsrecht mittels landesrechtlicher Gesetzgebung festzulegen. Diese Auffassung ist nicht neu. Der Bundesrat hat sich bereits in der Botschaft vom 28. Mai 1887 zum NAG (BBl 1887 III 120) in dieser Richtung geäußert.

Die hier vertretene Auffassung hat sodann auch in der neueren Praxis des Bundesgesetzgebers ihren Niederschlag gefunden. Es sei z. B. auf das Bundesgesetz vom 19. März 1976 über die internationale Entwicklungszusammenarbeit und humanitäre Hilfe (SR 974.0) hingewiesen, das auf die allgemeine Kompetenz des Bundes zur Wahrung der Beziehungen der Schweiz zur Staatenwelt abgestützt worden ist (Art. 8, 85 Ziff. 5 und 6 sowie Art. 102 Ziff. 8 und 9 BV; BBl 1973 I 895 ff.) sowie auf die Entwürfe zu einem Bundesgesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen (BBl 1976 II 488) und zu einem Bundesgesetz über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland (BBl 1981 III 641).

Der Bund darf jedoch nicht jedwede Regelung treffen. Vielmehr ist der verfassungsrechtlichen Kompetenzabgrenzung für den innerstaatlichen Bereich in der Weise Rechnung zu tragen, dass der Bundesgesetzgeber Bestimmungen, die er nicht bereits gestützt auf eine besondere Gesetzgebungszuständigkeit erlassen kann, nur bei Vorliegen triftiger Gründe einführt.

Als besondere Gesetzgebungszuständigkeit für den Erlass eines IPR-Gesetzes kommt nur Artikel 64 Absätze 1 und 2 BV in Betracht. Danach ist der Bund zur Setzung des Privatrechts und des Schuldbetriebs- und Konkursrechts befugt. Die Regelung des Verfahrens und der Gerichtsorganisation ist nach Artikel 64 Absatz 3 BV grundsätzlich den Kantonen vorbehalten. Immerhin darf der Bundesgesetzgeber soweit prozessuale und organisatorische Normen erlassen, als dies für die Verwirklichung des Privatrechts «nötig» ist. Nach dieser Kompetenzverteilung ist der Bundesgesetzgeber ohne weiteres ermächtigt, das Kollisionsrecht zum Privatrecht zu zählen und das internationale Konkursrecht und die internationale Schiedsgerichtsbarkeit zu regeln. Mit Bezug auf die übrigen, im Entwurf enthaltenen Bestimmungen kommt dem Bundesgesetzgeber die Regelungskompetenz nach Artikel 64 Absätze 1 und 2 BV nur so weit zu, als diese für die Verwirklichung des Bundesprivatrechts «nötig» sind.

Die triftigen Gründe, die für die Abstützung des Entwurfs auf die Kompetenz des Bundes zur Wahrnehmung der Beziehungen zur Staatenwelt namhaft gemacht werden müssen, decken sich nicht mit der für die Abstützung auf Artikel 64 Absätze 1 und 2 BV darzulegenden «Notwendigkeit». Triftige Gründe können auch vorliegen, wenn die «Notwendigkeit» nicht feststeht.

Aus methodischer Sicht liegt daher das folgende Vorgehen nahe: Zunächst wird die «Notwendigkeit» der erwähnten Bestimmungen geprüft. Bei positivem Ausgang lässt sich die Bestimmung auf Artikel 64 Absätze 1 und 2 BV stützen, und es stellen sich keine weiteren Fragen. Bei negativem Ausgang der Prüfung hat

der Bundesgesetzgeber triftige Gründe anzugeben. Bestimmungen, für die triftige Gründe sprechen, sind ebenfalls verfassungsmässig. Sie finden ihre Grundlage allein in der Zuständigkeit des Bundes zur Wahrnehmung der Beziehungen zur Staatenwelt (Art. 8 BV), nicht auch in Artikel 64 Absätze 1 und 2 BV. Die allenfalls verbleibenden Vorschriften entbehren demgegenüber der Verfassungsmässigkeit.

Diese Ausführungen lassen erkennen, dass aus verfassungsrechtlicher Sicht eine optimale Konkordanz zwischen der Kompetenz zur Wahrnehmung der Beziehungen zur Staatenwelt und der innerstaatlichen Kompetenzaufteilung zu fordern ist. Das bedeutet, dass der Bund von seiner Kompetenz zur Wahrnehmung der Beziehungen zur Staatenwelt unter möglicher Respektierung der innerstaatlichen Kompetenzaufteilung Gebrauch machen soll. Er darf demnach nicht leichtthin in die Kompetenzen der Kantone eingreifen, sondern muss sich dafür auf triftige Gründe stützen können.

Im folgenden ist zu prüfen, ob und wie weit der Entwurf auf besondere Gesetzgebungskompetenzen des Bundes abgestützt werden kann. Die Frage nach triftigen Gründen stellt sich zum vorneherein nur für diejenigen Bestimmungen des Entwurfs, für die eine solche Zuständigkeit nicht angerufen werden kann.

142 Fristen

Der Vorentwurf regelte die Frage der Fristeinhaltung durch Personen mit Wohnsitz im Ausland in Artikel 187 im Rahmen des Kapitels über Rechtshilfe, Prozesskaution und unentgeltliche Verfahrenshilfe. Die Bestimmung sah eine generelle Verfahrens- und Rechtsmittelfrist von 30 Tagen vor.

Artikel 187 stiess im Vernehmlassungsverfahren auf Kritik; insbesondere weckte er verfassungsrechtliche Bedenken. Diese sind jedoch nicht begründet. Die Fristenbestimmungen sind, ähnlich wie die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheiden, die nicht auf Geldzahlung oder Sicherheitsleistung in Geld gerichtet sind, dem Prozessrecht zuzuschlagen. Der Bund kann demnach gestützt auf Artikel 64 Absätze 1 und 2 BV nur so weit legiferieren, als dies zur Verwirklichung des Bundesprivatrechts nötig ist.

Nach den kantonalen Zivilprozessordnungen gilt die Frist als eingehalten, wenn die Eingaben am letzten Tag der Frist der schweizerischen Post übergeben werden. Insbesondere für Auslandschweizer, aber auch für andere Personen, die vom Ausland her in der Schweiz Prozesshandlungen vornehmen müssen, bedeutet dieser Umstand eine empfindliche Verkürzung der Fristen und damit eine erhebliche Beeinträchtigung ihrer Verteidigungsrechte.

Das Bundesamt für Justiz hält in seinem Gutachten fest, dass in internationalen Verfahrensfragen die richtige Anwendung schweizerischen Rechts namentlich dann relevant werden kann, wenn auf einen Sachverhalt im Ausland schweizerisches Recht anwendbar ist (VPB 45, Nr. 49). Für die Einhaltung von Fristen in einem schweizerischen Verfahren ist immer schweizerisches Recht massgebend. Um die Fristenfrage einigermassen in den Griff zu bekommen und um stossende Ungleichheiten für Personen im Ausland, die in der Schweiz eine Frist einzuhalten haben, zu beseitigen, ist eine Lösung auf Bundesebene notwendig.

Wenn die Notwendigkeit einer bundesrechtlichen Regelung gegeben ist, lässt sie sich auf Artikel 64 BV abstützen und ist somit verfassungsmässig.

Aber selbst wenn die Notwendigkeit für eine bundesrechtliche Regelung der Fristenfrage im internationalen Bereich verneint würde, so wäre dem Bund seine Gesetzgebungskompetenz noch nicht endgültig abzusprechen. Es wäre nämlich noch zu prüfen, ob der Bundesgesetzgeber eine einheitliche Fristenregelung nicht gestützt auf seine allgemeine Kompetenz zur Wahrung der Beziehungen zwischen der Schweiz und der übrigen Staatenwelt aufstellen darf (Art. 8 BV).

Um in eine kantonale Gesetzgebungsdomäne einzugreifen, sind *triftige Gründe* vorausgesetzt. Solche liegen vor, wenn lebenswichtige oder zumindest zwingende Interessen geltend gemacht werden können, die eine bestimmte Regelung durch den Bund allgemein als dringlich erscheinen lassen. Triftige Gründe wären z. B. darin zu erblicken, dass Personen im Ausland eine in der Schweiz einzuhaltende Frist nur durch Eingaben an eine schweizerische Poststelle wahrnehmen können. Durch die daraus folgende Benachteiligung kann die Partei im Ausland sich gezwungen sehen, die Streitentscheidung im Ausland zu suchen. Dieses Vorgehen birgt seinerseits die Gefahr in sich, dass ein ausländisches Urteil in der Schweiz nicht anerkannt und vollstreckt werden könnte, was eine weitere Benachteiligung einer Person im Ausland, insbesondere der Auslandsschweizer, nach sich zieht. Die Gleichbehandlung zwischen Personen im Ausland und Personen in der Schweiz lässt es dringend angezeigt erscheinen, eine entsprechende bundesrechtliche Regel vorzusehen.

143 Gerichtsstände

In der Vernehmlassung wurde geltend gemacht, die Zuständigkeit sei Bestandteil der Gerichtsorganisation und verbleibe damit nach Art. 64 BV «wie bis anhin» den Kantonen.

Das Gutachten des Bundesamtes für Justiz hat sich mit dieser Frage ausführlich auseinandergesetzt. Es kommt zum Schluss, dass der Bund die internationale Zuständigkeit insoweit regeln darf, als er zum Erlass von Gerichtsstandsbestimmungen im innerstaatlichen Bereich befugt ist. Diese Befugnis ist dann zu bejahen, wenn die Errichtung von Gerichtsstandsbestimmungen zur Verwirklichung des Bundesprivatrechts nötig ist. Ein Blick in die Praxis lässt erkennen, dass der Bundesgesetzgeber bereits verschiedentlich Zuständigkeitsbestimmungen im Bereich des Bundesprivatrechts aufgestellt hat (z. B. Art. 279, 295, 329 ZGB, Art. 226 I, 343, 761, 764 OR, Art. 83, 86, 187 SchKG, Art. 75 PatG, Art. 7, 12, 14 KG, Art. 84, 85 SVG, Art. 20 URG, Art. 5 UWG, Art. 30 MschG, Art. 14 MMG).

Diese Bestimmungen, welche grundsätzlich nationale Funktion aufweisen, werden heute mangels ausdrücklicher IPR-Normen auch auf internationalrechtliche Sachverhalte sinngemäss angewendet. Die Notwendigkeit zum Erlass internationaler Zuständigkeitsbestimmungen muss deshalb für diesen Bereich nicht mehr näher begründet werden.

Kritisch äussert sich das Bundesamt für Justiz zu jenen Zuständigkeitsnormen, die alternative Gerichtsstände (z. B. Wohnsitz oder gewöhnlicher Aufenthalt, Wohnsitz des Klägers oder des Beklagten, Wohnsitz oder Lageort) enthalten. Hier zweifelte es an der Notwendigkeit, dass für die gleiche Frage wahlweise Gerichtsstände an verschiedenen Orten der Schweiz gegeben sein müssen (z. B. Art. 2, 44 und 58 des Vorentwurfs). Diesem Einwand wurde bei der Überarbeitung des Entwurfs Rechnung getragen. Nach dem vorgelegten Entwurf stehen z. B. der gewöhnliche Aufenthalt, der Lageort, der Deliktort und der Erfüllungsort nur dann zur Verfügung, wenn kein ordentlicher Gerichtsstand (Wohnsitz des Beklagten) gegeben ist. An die Stelle der alternativen Gerichtsstände sind die subsidiären getreten.

Aus diesen Gründen halten die Zuständigkeitsbestimmungen des Entwurfs vor der BV stand.

144 **Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen**

Bei der *Anerkennung und Vollstreckung* ist die Frage der Verfassungsmässigkeit des Entwurfs sowohl für die im Ausland ergangenen Entscheide als auch für die dort begründeten Rechtsakte zu bejahen. Was letztere betrifft, so ist es ohnehin nur eine Frage der Gesetzgebungstechnik, ob man ihre Anerkennung auf dem Weg über das Kollisionsrecht oder als Sonderfall der Anerkennung regeln will. Aber auch für die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Zivilurteile ist die Gesetzgebungshoheit des Bundes nicht unbekannt. Artikel 64 Absatz 1 BV überträgt dem Bund die Kompetenz zur Regelung von Schuldbetreibung und Konkurs. Mit dem Erlass des SchKG hat der Bundesgesetzgeber diese Kompetenz wahrgenommen. Das Gesetz ist auf die Vollstreckung von Geld- und Sicherheitsleistungen in Geld beschränkt. Da der Bund die Kompetenz hat, Schuldbetreibung und Konkurs zu regeln, steht ihm nicht nur das Recht zur Schaffung von Kollisionsnormen zwecks Abgrenzung seines Anwendungsbereichs zu; er ist auch befugt, darüber zu befinden, wann er sein Recht für die Vollstreckung ausländischer Entscheidungen zur Verfügung stellen will. Er kann somit bestimmen, ob nur inländische oder auch ausländische Entscheide mittels SchKG in der Schweiz vollstreckbar sein sollen. Die Exequaturbedingungen sind zur Zeit den kantonalen Zivilprozessgesetzen zu entnehmen, dies aber nur deshalb, weil der Bund im SchKG zwar über das Exekutionsverfahren legiferiert hat, nicht aber über die Exekutionsbedingungen, zu deren Regelung er verfassungsmässig ebenfalls befugt wäre.

Die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheide, die nicht auf Geld- oder Sicherheitsleistung in Geld gerichtet sind, fällt nicht direkt unter die Verfassungskompetenz von Artikel 64 Absatz 1 BV und untersteht deshalb grundsätzlich den kantonalen Zivilprozessordnungen. Der Bund darf hierüber nur insoweit legiferieren, als es zur Verwirklichung des Bundesprivatrechts nötig ist (vgl. K. Eichenberger, Bundesrechtliche Legiferierung im Bereiche des Zivilprozessrechts nach geltendem Verfassungsrecht, ZSR 1969 II 480 ff.). Um zu beurteilen, ob diese Notwendigkeit vorliegt, muss insbesondere beachtet werden, dass der im Ausland gefällte Entscheid in Anwendung schweizerischen Rechts ergangen sein kann. Namentlich in solchen Fällen wäre für die einheitliche An-

wendung des Bundesprivatrechts nur Gewährgeboten, wenn ein entsprechender Entscheid in der Schweiz auch tatsächlich anerkannt und vollstreckt werden könnte. Das Gutachten des Bundesamtes für Justiz unterstützt diese Ansicht (vgl. VPB 45, Nr. 49).

145 Ermittlung des ausländischen Rechts

Der Entwurf enthält auch eine Bestimmung über die *Ermittlung des ausländischen Rechts durch die schweizerischen Behörden*. Diese Frage wird heute, wenn überhaupt, lediglich in den kantonalen Zivilprozessordnungen geregelt (vgl. F. Vischer, Das Problem der Kodifikation des Schweizerischen IPR, ZSR 1971, 2. Halbband, S. 104ff. mit Hinweisen). Sie steht aber in engem Zusammenhang mit dem Kollisionsrecht.

In der schweizerischen Doktrin ist wiederholt die Auffassung vertreten worden, dass in Fällen, in denen die inländische Kollisionsnorm auf ein ausländisches Recht verweist, die zuständige Behörde auf Grund einer ungeschriebenen Regel des Bundesrechts schon bisher verpflichtet war, das betreffende ausländische Recht von Amtes wegen zu ermitteln und anzuwenden. Dieser Grundsatz wird aus Artikel 2 Absatz 2 NAG hergeleitet; er ist vor der Vereinheitlichung des schweizerischen Privatrechts für das kantonale Recht statuiert worden und hat nach der erwähnten Meinung gestützt auf Artikel 32 NAG auch für die Ermittlung ausländischen Rechts zu gelten (vgl. W. Bosshard, Die Aufgabe des Richters bei der Anwendung ausländischen Rechts, Zürich 1929, S. 55, 58 f.; W. Niederer, Einführung in die allgemeinen Lehren des internationalen Privatrechts, Zürich 1961, S. 344 ff.).

Die Massgeblichkeit des *iura novit curia* auch für das ausländische Recht ergibt sich aus der Überlegung, dass ausländisches Recht nicht etwa bloss eine Tatsache darstellt, sondern als Recht zu betrachten ist. Deshalb stellt dieser Grundsatz nicht nur nicht eine verfahrensrechtliche Maxime dar, sondern weist im Gegenteil einen eminent materiellrechtlichen Gehalt auf (materielle IPR-Bestimmung), weshalb Artikel 64 Absatz 3 BV diese Frage nicht beschlägt.

146 Schiedsgerichtsbarkeit

Schliesslich regelt der Entwurf auch die internationale Schiedsgerichtsbarkeit. Auf Bundesebene bestand bisher keine Regelung über das Schiedsgerichtswesen. Für die Beurteilung der Verfassungsmässigkeit einer Regelung der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit ist wieder von Artikel 64 BV auszugehen. Während diese Bestimmung dem Bund die Kompetenz für die Gesetzgebung dem Gebiet des Privatrechts erteilt, überlässt sie die Gesetzgebung über das Verfahrensrecht grundsätzlich den Kantonen.

Für die Beantwortung der Frage der Verfassungsmässigkeit von entscheidender Bedeutung ist, ob das Schiedsgerichtswesen dem Privat- oder dem Zivilprozessrecht zugeordnet wird. Die Doktrin ist in dieser Frage geteilt. Die eine Gruppe qualifiziert die Schiedsabrede als *prozessrechtlichen Vertrag* (vgl. M. Guldener Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zürich 1979, S. 595 f.; ders. Bundesprivat-

recht und kantonales Zivilprozessrecht, in ZSR 1961 Band II, S. 9 ff.; J. Voyame, Droit privé fédéral et procédure civile cantonale, ZSR 1961, 2. Halbband, S. 146 ff.). Diese Auffassung wird seit 1915 (BGE 41 II 537) auch vom Bundesgericht geteilt, zuletzt in BGE 101 II 168, im wesentlichen mit der Begründung, dass die Wirkungen der Schiedsvereinbarung auf prozessuellem Gebiet liegen. Nach dieser Ansicht berührt die Schiedsabrede die materielle Rechtslage der Parteien in keiner Weise; sie bewirke lediglich den Ausschluss der staatlichen Gerichtsbarkeit zugunsten eines Schiedsgerichts. Die Schiedsgerichte übten daher ersatzweise obrigkeitliche Funktionen aus und bildeten somit einen Teil der staatlichen Gerichtsorganisation. Zudem sei zu beachten, dass die Schiedssprüche nicht der Anfechtung durch die Parteien unterlägen, wie dies für Verträge üblich sei; vielmehr könnten die Schiedssprüche nur mit Rechtsmitteln angefochten werden. Ferner sei darauf hinzuweisen, dass die Schiedsgerichte der Disziplinaufsicht des Staates unterständen.

Nach anderer Auffassung ist die Schiedsabrede ein *privatrechtlicher Vertrag* (vgl. F. E. Klein, Considérations sur l'arbitrage en droit international privé, Basel 1955, S. 71 ff. und 181 ff.; Th. R. Bertheau, Das New Yorker Abkommen vom 10. Juni 1958 über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche, Zürich 1965, S. 3 ff.; W. Wenger, Zum obligationenrechtlichen Schiedsverfahren im schweizerischen Recht, Basel 1968, S. 180 ff.; ders., Die Rechtsmittel gegen schiedsrichterliche Entscheidungen gemäss Konkordatsrecht und gemäss zürcherischem Recht, Schriftenreihe des Deutschen Instituts für Schiedsgerichtswesen, Bd. 1, Köln 1979, S. 53 ff.). Diese Ansicht geht von der Idee aus, der Schiedsvertrag beinhalte insbesondere das Versprechen, die Streitsache nicht durch das ordentliche Gericht in die Öffentlichkeit zu tragen. Falls doch beim ordentlichen Gericht geklagt würde, könnte der Beklagte die privatrechtliche Einrede der Schiedsvereinbarung (*exceptio pacti de non petendo*) erheben. Damit macht er, wie mit jeder anderen Einrede aus dem Vertrag, ein privates Recht geltend. Das Schiedsgericht übt zudem seine Funktion nicht autoritativ aus wie ein ordentliches Gericht, sondern allein aufgrund des übereinstimmenden Parteiwillens. Die Quelle der Rechtswirksamkeit des Schiedsspruchs liegt somit nicht in der staatlichen Souveränität wie beim Urteil, sondern im Willen der Schiedsparteien.

Zwischen diesen entgegengesetzten Auffassungen steht eine *mittlere*, die von beiden Theorien bestimmte Elemente übernimmt. Darnach weist die Schiedsgerichtsbarkeit sowohl privatrechtliche als auch prozessrechtliche Komponenten auf (vgl. G. Sauser-Hall, L'arbitrage en droit international privé, Rapport et projet de Résolutions, Annuaire de l'Institut de droit international, Bd. 44, Basel 1952, S. 522 ff.; E. Bucher, a. a. O., Schriftenreihe des Deutschen Instituts für Schiedsgerichtswesen, Köln 1979, S. 6 ff.; H. P. Walker, Die freie Gestaltung des Verfahrens vor einem internationalen Schiedsgericht durch die Parteien, Zürich 1968, S. 8 ff.).

Die Vertragstheorie stimmt mit der Prozesstheorie in der Beurteilung verschiedener Elemente der Schiedsvereinbarung überein. So sind sich beide Theorien einig, dass für das Zustandekommen der Schiedsvereinbarung privatrechtliche Grundsätze massgebend sind, dass aber dem Inhalt und der Wirkung der Schiedsvereinbarung verfahrensrechtliche Bedeutung zukommt. Die Abwei-

chung zwischen den beiden Theorien besteht im wesentlichen in einer unterschiedlichen Wertung der einzelnen Elemente der Schiedsgerichtsabrede. Den Anhängern der Vertragstheorie genügt der unbestritten privatrechtliche Charakter der Begründung der Schiedsabrede, um diese als privatrechtlichen Vertrag zu erachten. Für die Prozessualisten hingegen ist die verfahrensrechtliche Bedeutung von Inhalt und Wirkung der Schiedsabrede entscheidend und entsprechend ordnen sie die Schiedsabrede dem Prozessrecht zu.

Der Bundesrat ist der Auffassung, dass der Theorienstreit für die Frage der Verfassungsmässigkeit einer Regelung der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit im IPR-Gesetz ohne grosse Bedeutung ist, dies aus folgenden Gründen:

Der Bundesgesetzgeber ist nicht auf eine einhellige Doktrin angewiesen, um diese Materie auf Grund seiner verfassungsmässigen Kompetenz regeln zu können. Er ist frei, zwischen den verschiedenen Auffassungen zu wählen. Wenn er die Schiedsgerichtsbarkeit als privatrechtliche Materie versteht, steht ihm die verfassungsrechtliche Regelungskompetenz ohne weiteres zu (Art. 64 BV). Aber selbst wenn er sich für die Prozessrechtstheorie entscheiden würde, wäre der Bund nicht zum vorneherein unzuständig. Er könnte die internationale Schiedsgerichtsbarkeit zumindest insoweit regeln, als dies zur Verwirklichung des Bundesprivatrechts erforderlich ist (Art. 64 BV), oder soweit sich eine solche Regelung zur Wahrnehmung der auswärtigen Angelegenheiten der Schweiz aufdrängt (Art. 8 BV). Triftige Gründe für ein Tätigwerden des Bundesgesetzgebers sind anerkanntermassen vorhanden. Die zu grosse innerschweizerische Gesetzesvielfalt auf dem Gebiet der Schiedsgerichtsbarkeit führt für die Rechtsuchenden oft zu äusserst unangenehmen, ja stossenden Überraschungen. Dieser Umstand bringt die Handelsschiedsgerichtsbarkeit unseres Landes zunehmend in Misskredit. Hält diese Tendenz an, so wird es den im internationalen Handel tätigen Mitbürgern kaum mehr möglich sein, in ihren Verträgen eine schiedsgerichtliche Streiterledigung auf dem neutralen Boden der Schweiz zu vereinbaren. Nur durch eine gewisse Minimalregelung des Bundes kann verhindert werden, dass die Schweiz ihren traditionellen Ruf im Bereich des Schiedsgerichtswesens gänzlich verliert.

Die heutige bundesgerichtliche Praxis steht der privatrechtlichen Auffassung der Schiedsabrede nicht diametral entgegen. Sie ist vor dem Hintergrund des geltenden Rechts zu sehen. Das Bundesgericht stellte in BGE 41 II 539f. fest, über den Schiedsvertrag sei im OR keine Bestimmung enthalten, obwohl dieser wegen seines besonderen Charakters einer näheren Regelung bedürft hätte. Freilich behalte das OR ihn auch nicht ausdrücklich dem kantonalen Recht vor. Dass es den Schiedsvertrag aber dennoch dem kantonalen Recht zuordne, sei daraus zu schliessen, dass seit jeher zwar nicht die zivilprozessuale Natur des Vertrages, wohl aber dessen enger Zusammenhang mit dem Zivilprozessrecht anerkannt sei. Aus diesem Grund hätten ihn die Kantone in ihre Zivilprozessordnungen aufgenommen. Die entsprechenden kantonalen Bestimmungen wären aber – so das Bundesgericht – bei einer einheitlichen Regelung des Vertrages von bundesrechtswegen dahingefallen und damit wohl vom OR ausdrücklich als aufgehoben erklärt worden. Tatsächlich seien die kantonalen schiedsgerichtlichen Regeln durch das Bundesgericht stets als gültig erachtet worden.

Dem Argument der fehlenden Aufhebungsbestimmung im OR kann für die

Qualifikation der Schiedsgerichtsbarkeit nur zweitrangige Bedeutung zukommen. Erstens gibt es zahlreiche Verträge mit besonderem Charakter (sog. Innominatskontrakte), die nicht im Obligationenrecht Aufnahme gefunden haben, die aber dennoch dem Bundesprivatrecht zugeordnet werden. Zweitens setzt die Verdrängung einer kantonalen Bestimmung durch das Bundesrecht nicht notwendigerweise eine ausdrückliche Aufhebungsbestimmung im betreffenden bundesrechtlichen Erlass voraus. Die Derogation des kantonalen Rechts durch Bundesrecht geht nämlich schon aus Artikel 2 der Übergangsbestimmungen der BV hervor.

Aus diesen Erwägungen ist wohl der Schluss zu ziehen, dass der Bund bisher auf eine Regelung der Schiedsgerichtsbarkeit nicht mangels Gesetzgebungskompetenz, sondern aus rechtspolitischen Überlegungen verzichtet hat. Er sah bei Erlass des OR keine Notwendigkeit, die kantonalen Regelungen durch eine eidgenössische zu ersetzen. Könnte der Bund somit die Schiedsgerichtsbarkeit grundsätzlich regeln, so ist er ohne weiteres befugt, zumindest über die internationale Schiedsgerichtsbarkeit Bestimmungen zu erlassen.

2 Besonderer Teil

21 Gemeinsame Bestimmungen

211 Übersicht

Das erste Kapitel ist in fünf Abschnitte gegliedert. Darin werden zunächst der sachliche Geltungsbereich, sodann die für den gesamten Entwurf geltenden allgemeinen Grundsätze über die internationale Zuständigkeit, die Rechtsanwendung sowie die Anerkennung und Vollstreckung geregelt. Ferner sind darin die wichtigsten im Entwurf verwendeten Anknüpfungsbegriffe, insbesondere diejenigen des Wohnsitzes, des gewöhnlichen Aufenthalts und der Staatsangehörigkeit umschrieben.

212 Geltungsbereich

Artikel 1 ist eine Art Programmartikel. Er hat zur Aufgabe, über die wichtigsten im Entwurf geregelten Materien zu informieren. Insbesondere soll er darauf aufmerksam machen, dass der Entwurf neben dem anwendbaren Recht auch gewisse Fragen des internationalen Zivilprozessrechts regelt. In diesem Sinn werden in Absatz 1 die einzelnen vom Entwurf erfassten Rechtsfragen aufgezählt (Bst. a–e). Dazu gehören die Festlegung der schweizerischen internationalen Zuständigkeit, die Bestimmung des anwendbaren Rechts, die Voraussetzungen für die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen, zu denen auch Rechtsakte zu zählen sind, sowie die Regelung des Konkursrechts und der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit.

Absatz 1 präzisiert, dass der Entwurf die genannten Materien nur im internationalen Verhältnis regelt. Dies ist für das IPR eine Selbstverständlichkeit, da hier *per definitionem* nur grenzüberschreitende Sachverhalte bedeutsam sein können. Hingegen legt Artikel 1 Absatz 1 nicht fest, welche Art und welchen Grad an In-

ternationalität ein konkreter Sachverhalt aufweisen muss. Diese Aufgabe fällt den Bestimmungen in den einzelnen Sachbereichen zu.

Artikel 1 Absatz 2 behält die von der Schweiz abgeschlossenen Staatsverträge vor. Eine wichtige und nicht immer leicht zu lösende Aufgabe des Entwurfs bestand darin, die für das IPR relevanten Staatsverträge angemessen zu berücksichtigen bzw. sie in den Entwurf einzugliedern. Es sind grundsätzlich drei Kategorien von IPR-relevanten Staatsverträgen zu unterscheiden:

- Eine *erste*, in neuerer Zeit stark verbreitete Gruppe von Staatsverträgen verleiht ihren Bestimmungen Wirkungen *erga omnes*. Diese Staatsverträge verzichten auf die traditionelle Voraussetzung der Gegenseitigkeit. Sie sind im Rahmen ihres Sachbereiches grundsätzlich in jedem Fall anwendbar, gleichgültig ob der Sachverhalt einen Vertrags- oder einen Nichtvertragsstaat berührt. Diese Gruppe von Staatsverträgen, zu der beispielsweise das Haager Übereinkommen vom 15. Juni 1955 betreffend das auf internationale Kaufverträge über bewegliche körperliche Sachen anzuwendende Recht (SR 0.221.211.4) oder dasjenige vom 2. Oktober 1973 über das auf Unterhaltspflichten anzuwendende Recht (SR 0.211.213.01) zu zählen sind, duldet keine innerstaatlichen IPR-Bestimmungen neben sich. Für das entsprechende Gebiet ist daher im Gesetz nicht eine schweizerische Kollisionsnorm zu schaffen, sondern auf die Bestimmungen des einschlägigen Staatsvertrages zu verweisen. Die Staatsverträge dieser Art sind im entsprechenden Sachbereich jeweils namentlich aufgeführt.
- Eine *zweite* Gruppe von Staatsverträgen behält den Grundsatz der Gegenseitigkeit bei. Darunter fallen neben den älteren kollisionsrechtlichen Abkommen die Verträge mit zivilprozessualen Inhalt (z. B. das Haager Übereinkommen vom 24. Oktober 1956 über das auf Unterhaltspflichten gegenüber Kindern anzuwendende Recht [SR 0.211.221.431] oder dasjenige vom 15. April 1958 über die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen auf dem Gebiet der Unterhaltspflichten gegenüber Kindern [SR 0.211.221.432]). Staatsverträge dieser Art verdrängen das innerstaatliche IPR nur im Verhältnis zu anderen Vertragsstaaten; gegenüber Nichtvertragsstaaten bleiben dagegen die innerstaatlichen Bestimmungen weiterhin anwendbar. Für diese Staatsverträge ist eine ausdrückliche Erwähnung an der einschlägigen Stelle des Entwurfs nicht möglich. Ihnen kann nur durch einen generellen Vorbehalt im Sinne von Artikel 1 Absatz 2 Rechnung getragen werden.
- Eine *dritte* Gruppe von Staatsverträgen will das Privatrecht auf überstaatlicher Ebene vereinheitlichen, beispielsweise auf dem Gebiet des internationalen Transportwesens oder des internationalen Warenkaufs. Auch für sie ist es nicht möglich, an der einschlägigen Stelle des Entwurfs einen entsprechenden Vorbehalt anzubringen. Einerseits wäre ein genereller Vorbehalt notwendig, da diese Staatsverträge zum Teil auf dem Grundsatz der Gegenseitigkeit beruhen, andererseits bleibt das innerstaatliche IPR soweit anwendbar, als die Regelung des Staatsvertrages Lücken aufweist. Demzufolge gilt der Vorbehalt von Artikel 1 Absatz 2 auch zugunsten dieser Staatsverträge.

Absatz 2 gilt überdies für alle Staatsverträge, die in irgendeiner Art und Weise im grenzüberschreitenden Privatrechtsverkehr von Belang sein können, wie etwa

das New Yorker Übereinkommen vom 28. September 1954 über die Rechtsstellung der Staatenlosen (SR 0.142.40) oder der Vertrag vom 16. Dezember 1960 zwischen der Schweiz und Österreich über die Anerkennung und Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen (SR 0.276.191.632). In Absatz 2 nicht erwähnt, aber selbstverständlich auch vorbehalten ist das Völkergewohnheitsrecht, das z. B. die Frage der Staatenimmunität oder diejenige der diplomatischen und konsularischen Beziehungen, Vorrechte und Immunitäten regelt, soweit dafür keine ausdrücklichen Bestimmungen in Staatsverträgen enthalten sind. Von Artikel 1 Absatz 2 hingegen nicht berührt sind die Staatsverträge, die für das IPR nicht relevant sind.

213 Zuständigkeit

213.1 Im allgemeinen

Im zweiten Abschnitt der Gemeinsamen Bestimmungen sind jene Zuständigkeitsregeln zusammengefasst, die für mehrere oder alle Sachbereiche des Entwurfs von Bedeutung sind. Sie lassen sich in solche allgemeingültigen und solche subsidiären Charakters unterscheiden.

Für die Bestimmung der Zuständigkeit schweizerischer Behörden geht der Entwurf in Artikel 2 vom Grundsatz des Wohnsitzes des Beklagten aus. Der Entwurf folgt damit dem in Artikel 59 BV enthaltenen Prinzip. Bei internationalen Sachverhalten bedarf dieser Grundsatz allerdings gewisser Ausnahmen, etwa für die Auslandschweizer, denen subsidiär ein Gerichtsstand in der Schweiz zur Verfügung gestellt werden muss, und für andere Personen, die in der Schweiz keinen Wohnsitz haben, ferner für Verträge, die in der Schweiz zu erfüllen sind, oder für Delikte, die hier begangen wurden. Im Sachenrecht ist dem Gerichtsstand des Lageortes Rechnung zu tragen.

Bei den Gerichtsständen des Schuldrechts trägt der Entwurf besonders dem EG-Übereinkommen vom 27. September 1968 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (nachstehend EG-Übereinkommen) Rechnung. Damit soll die Möglichkeit eines allfälligen späteren Beitritts der Schweiz offengehalten werden.

Freilich ist nicht zu übersehen, dass die liberale Regelung des EG-Übereinkommens nur möglich war, weil sich dieses auf zum voraus bekannte Staaten bezog, die sich über die Konsequenzen eines solchen Übereinkommens ein genaues Bild machen konnten. Die Regelung im schweizerischen IPR-Gesetz muss jedoch gegenüber allen Staaten anwendbar sein. Der Entwurf sieht deshalb in einzelnen Bereichen eine vom EG-Übereinkommen abweichende Lösung vor, etwa für das *forum arresti* (Art. 4). Die Grundtendenz des Entwurfs steht jedoch mit dem EG-Übereinkommen im Einklang.

213.2 Der Grundsatz des natürlichen Richters

Artikel 2 statuiert den im In- und Ausland anerkannten Grundsatz, dass ein Beklagter vor dem Richter an seinem Wohnsitz zu belangen ist. Diesem Gerichts-

stand wird man in den einzelnen Kapiteln des Entwurfs wieder begegnen, dort allerdings auf das jeweilige Sachgebiet beschränkt. Gegenüber den Wohnsitzgerichtsständen des speziellen Teils hat Artikel 2 bloss subsidiäre Bedeutung. Seine Aufgabe besteht vor allem darin, allfällige Lücken abzudecken und für alle Fälle, welche möglicherweise noch nicht vorausgesehen werden konnten, den natürlichen Gerichtsstand zu sichern.

Der Gerichtsstand des natürlichen Richters hat nicht nur Geltung für die natürlichen sondern auch für die juristischen Personen und Gesellschaften. Absatz 2 setzt deshalb den Sitz dem Wohnsitz gleich.

Wo eine Bestimmung nur den Wohnsitz erwähnt, obwohl der gesetzliche Tatbestand sowohl für natürliche wie für juristische Personen oder Gesellschaften gilt, tritt der Sitz der Gesellschaft an die Stelle des Wohnsitzes.

213.3 Notzuständigkeit

Der Entwurf will die schweizerische internationale Zuständigkeit abschliessend regeln. Dies hat zur Folge, dass eine internationale Zuständigkeit der Schweiz grundsätzlich nicht besteht, wenn sie im Entwurf nicht vorgesehen ist. Die Gründe dafür sind offenkundig. Solche Fälle stehen mit der Schweiz in zu schwacher Beziehung, als dass für deren Schlichtung die gesamte schweizerische Gerichtsorganisation zur Verfügung gestellt werden muss. Dieser Grundsatz erfährt nun durch *Artikel 3* eine Ausnahme. Die schweizerische Behörde soll sich trotz geringer Beziehung des Sachverhalts zur schweizerischen Rechtsordnung zuständig erklären, wenn es unmöglich ist, die Klage oder Beschwerde im Ausland anzubringen. Dieser Nachweis ist vom Kläger bzw. Beschwerdeführer zu erbringen. In solchen Fällen sind die schweizerischen Behörden an dem Ort zuständig, zu dem der Sachverhalt eine hinreichend enge Beziehung aufweist. Bestehen gleich enge Beziehungen zu verschiedenen Orten in der Schweiz, so ist diejenige Behörde zuständig, bei der die Sache zuerst anhängig gemacht worden ist.

Ob eine Unmöglichkeit zur Einleitung und Durchführung des Verfahrens im Ausland vorliegt, lässt sich nur unter umfassender Berücksichtigung der konkreten Umstände und unter Würdigung allfälliger Folgen für die Rechtsuchenden im Einzelfall beurteilen; ohne richterliches Ermessen wird in diesen Fällen nicht auszukommen sein.

213.4 Arrestprosequierung

Die Zuständigkeit für Klagen auf Arrestprosequierung wird im geltenden Bundesrecht nicht geregelt. Artikel 272 SchKG legt lediglich die Zuständigkeit der Arrestbewilligungsbehörde fest; dagegen ist sie heute in den meisten kantonalen Zivilprozessordnungen enthalten und dort mit der Zuständigkeit des Richters am Arrestort verbunden (vgl. M. Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zürich 1979, S. 89f.). Der Entwurf sieht in *Artikel 4* die Zuständigkeit für die Arrestprosequierungsklage vor und ersetzt damit die bisher den Kantonen überlassene Regelung. Das *forum arresti* wird in Zukunft allerdings viel an Bedeu-

tung verlieren. Seine Wirkung ist bereits heute durch Staatsverträge beschränkt. Die im Entwurf vorgesehene Regelung über den internationalen Konkurs wird zudem in Fällen, in denen der ausländische Konkurs in der Schweiz anerkannt wird, die Bedeutung des Ausländerarrestes vermindern. Der im zehnten Kapitel des Entwurfs geregelte Sonderkonkurs über das in der Schweiz gelegene Vermögen eines Gemeinschuldners, über den im Ausland der Konkurs eröffnet worden ist, will gerade verhindern, dass einzelne Gläubiger durch Arrest in der Schweiz einen ungerechtfertigten Vorteil gegenüber anderen Gläubigern erreichen können. Sollte die Schweiz dem EG-Übereinkommen vom 27. September 1968 beitreten, müsste sie gegenüber den EG-Staaten auf das *forum arresti* verzichten, gleich wie auch die Mitgliedsstaaten der EG untereinander auf exorbitante Gerichtsstände verzichtet haben.

Im internationalen Bereich drängt sich eine bundesrechtliche Bestimmung über die Zuständigkeit für die Klage auf Prosequierung des Arrestes schon deswegen auf, weil es einem ausländischen Arrestkläger nicht zumutbar ist, die jeweils anwendbare kantonale Zivilprozessordnung zu konsultieren, um zu erfahren, ob und bejahendenfalls bei welcher Behörde er seine Klage anzubringen habe. Der heutige Rechtszustand wird somit dahingehend geändert, dass im internationalen Verhältnis eine Klage auf Prosequierung des Arrestes von Bundesrechtswegen am Arrestort erhoben werden kann. Bei Artikel 4 handelt es sich jedoch nur um einen subsidiären Gerichtsstand, er steht lediglich zur Verfügung, wenn in der Schweiz kein ordentlicher Gerichtsstand gegeben ist.

213.5 Gerichtsstandsvereinbarung

Artikel 5 umschreibt die formellen und materiellen Voraussetzungen zur Gültigkeit einer Gerichtsstandsvereinbarung.

In formeller Hinsicht ist die Gerichtsstandsvereinbarung ein Vertrag *sui generis* (vgl. M. Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zürich 1979, S. 93 ff.). Sie bedarf der einfachen Schriftlichkeit. Nicht erforderlich ist, dass die Vereinbarung in einem gegenseitig unterzeichneten Vertragsdokument enthalten ist. Sie kann auch auf dem Korrespondenzweg zustandekommen, wobei im Unterschied zu Artikel 13 OR der Austausch von Telexbotschaften genügt. Mit der ausdrücklichen Erwähnung von Telegramm und Telex soll den Kommunikationsansätzen im internationalen Geschäftsverkehr Rechnung getragen werden.

In materieller Hinsicht verlangt Artikel 5, dass die Vereinbarung einen bestehenden oder einen künftigen Rechtsstreit über vermögensrechtliche Ansprüche betrifft. In beiden Fällen muss das dem Streit zugrundeliegende Rechtsverhältnis schon konkret bestimmt sein. Damit soll sichergestellt werden, dass die Parteien zum voraus wissen oder zumindest abschätzen können, für welche Rechtsverhältnisse sie einen Prorogationsvertrag eingehen. Ferner soll vermieden werden, dass eine Partei für eine unvorhergesehene Zahl und Art von Verfahren auf ihren natürlichen Richter verzichten muss.

Die grösste Schwierigkeit bei der Schaffung von Artikel 5 bestand in der genauen Umschreibung der Rechtsverhältnisse, für welche die Prorogation des Gerichtsstandes zulässig sein soll. Nach eingehender Prüfung der verschiedenen

Möglichkeiten (vgl. Schlussbericht, S. 47) erschien die Beschränkung auf die vermögensrechtlichen Ansprüche am sinnvollsten; zumindest können die der Parteidisposition offenstehenden Streitgegenstände bei weitem am anschaulichsten und auch relativ umfassend umschrieben werden. Als vermögensrechtlich im Sinne von Artikel 5 gelten nicht bloss die schuldrechtlichen Ansprüche aus Vertrag, unerlaubter Handlung oder ungerechtfertigter Bereicherung, sondern auch die auf Geldleistung gerichteten Ansprüche des Familien-, Erb- und Sachenrechts.

Durch die Gerichtsstandsvereinbarung muss eine bestimmte richterliche Behörde bezeichnet werden. Es genügt jedoch die Angabe eines Ortes. Nicht erforderlich ist, dass das örtliche Gericht genau benannt wird. Hingegen würde die Klausel «Gerichtsstand Schweiz» nicht genügen. Obwohl die Gerichtsstandsvereinbarung auf ein inländisches oder ausländisches Gericht lauten kann, ergibt sich aus dem räumlichen Geltungsbereich dieses Entwurfs, dass mit Artikel 5 nur jene Gültigkeitserfordernisse gemeint sein können, die nach schweizerischer Auffassung erfüllt sein müssen. Die Voraussetzungen, unter denen eine ausländische Behörde die Prorogation annimmt, richten sich nach der betreffenden ausländischen *lex fori*. Doch ist Artikel 5 hinsichtlich der Vereinbarung einer ausländischen Behörde insoweit von Bedeutung, als das allenfalls (fälschlicherweise) angerufene schweizerische Gericht seine Zuständigkeit gestützt auf diese Bestimmung ablehnen kann.

Die Vereinbarung begründet zwischen den Parteien einen verbindlichen und ausschliesslichen Gerichtsstand. Abmachungen über alternativ zulässige Gerichtsstände sind nach dieser Regelung zwar nicht ausgeschlossen; sie werden in der Praxis jedoch selten anzutreffen sein. Hingegen ist es nicht unüblich, dass neben dem gewählten Gerichtsstand subsidiär die Zuständigkeit des natürlichen Richters des Beklagten vereinbart wird. Solche Abmachungen sind jedoch ausdrücklich festzuhalten:

Gerichtsstandsvereinbarungen werden oft schon vor Ausbruch eines Rechtsstreites abgeschlossen und sind häufig als Klauseln in einem Standardvertrag, in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, in den Statuten einer juristischen Person oder in einem Gesellschaftsvertrag enthalten. Bei solchen Klauseln steht meistens nicht die Formgültigkeit im Sinne von Artikel 5 Absatz 1, sondern die Frage nach dem übereinstimmenden Parteiwillen im Vordergrund.

Von Kaufleuten darf man annehmen, dass sie mit den Handelsgebräuchen vertraut sind und deshalb mit Gerichtsstandsklauseln in Formularverträgen rechnen müssen. Sie bedürfen keines besonderen Schutzes. Anders verhält es sich bei geschäftsunkundigen, sozial und wirtschaftlich schwächeren Parteien, oder auch bei solchen Parteien, – obwohl wirtschaftlich und sozial durchaus ebenbürtig oder gar stärker – denen durch unseriöse Machenschaften ein Gerichtsstand des schweizerischen Rechts in unzulässiger Weise entzogen wird (z. B. wenn die eine Partei die unvorteilhafte Lage der Gegenpartei in Verletzung elementarer Regeln der Fairness ausnützt, um zu einem prozessualen Vorteil zu gelangen, den sie sonst nicht erreicht hätte). Dieser Gedanke kommt in Artikel 5 Absatz 2 zum Ausdruck; er entspricht der bundesgerichtlichen Praxis (vgl. G. Kaufmann-Kohler, *La clause d'élection de for dans les contrats internationaux*, Basel 1980, S. 10ff.).

213.6 Die Verbindlichkeit der Gerichtsstandsvereinbarung für den staatlichen Richter

Artikel 5 Absatz 3 umschreibt die Verbindlichkeit der Gerichtsstandsvereinbarung für das durch die Parteien bestimmte Gericht.

Die *prorogatio fori* für die Parteien verbindlich zu erklären, ist nur sinnvoll, wenn auch das gewählte Gericht an diese Vereinbarung gebunden ist. Solange sich die Parteien auf das ihrem Rechtsstreit am nächsten stehende Gericht einigen, dürften diesbezüglich kaum Schwierigkeiten auftreten. Im internationalen Wirtschaftsverkehr besteht aber oft das Bedürfnis nach einem neutralen Richter. So können Parteien, die mit der Schweiz nicht oder nur lose verbunden sind, für Streitfragen, die keine Beziehung zur schweizerischen Rechtsordnung aufweisen, ein schweizerisches Forum vereinbaren. Freilich sind die schweizerischen Gerichte grundsätzlich für die Schlichtung schweizerischer und nicht fremder Rechtsfälle geschaffen. Diese Zurückhaltung gegenüber der Zuständigkeit für ausländische Rechtsstreitigkeiten ist angesichts der zunehmenden Geschäftslast der schweizerischen Gerichte durchaus am Platz (vgl. BBI 1980 III 763). In diesem Sinn sucht Artikel 5 Absatz 3 einen Interessenausgleich. Er umschreibt die erforderlichen Mindestanforderungen, um das vereinbarte schweizerische Gericht zur Annahme seiner Zuständigkeit zu verpflichten. Dieses darf seine Zuständigkeit nicht ablehnen, wenn wenigstens eine Partei ihren Wohnsitz, ihren gewöhnlichen Aufenthalt oder ihre Niederlassung (vgl. dazu Art. 19) in der Schweiz hat. Das von den Parteien vorgesehene Gericht muss seine Zuständigkeit aber auch dann annehmen, wenn es den Sachverhalt, sei es infolge Rechtswahl, sei es durch objektive Anknüpfung, aufgrund des schweizerischen Rechts beurteilen muss. In diesem Fall ist die Annahme der Zuständigkeit durch ein schweizerisches Gericht bereits deshalb gerechtfertigt, weil dieses am besten in der Lage sein dürfte, schweizerisches Recht richtig anzuwenden.

213.7 Einlassung

Der Grundsatz, wonach die vorbehaltlose Einlassung des Beklagten eine Zuständigkeit begründet, ist allgemein anerkannt (vgl. M. Guldener, IZPR, S. 75). Schwieriger ist es, den Umfang ihrer Zulässigkeit abzugrenzen.

Die Einlassung kann sowohl für die Begründung der Gerichtsbarkeit als auch für die Bestimmung der örtlichen Zuständigkeit bedeutsam sein. Im ersteren Fall bezieht sie sich auf eine Klage, für die an sich keine schweizerische Gerichtsbarkeit gegeben wäre. Im zweiten Fall wäre aufgrund der allgemeinen oder einer besonderen Gerichtsstandsbestimmung zwar die schweizerische Gerichtsbarkeit, nicht aber die örtliche Zuständigkeit des angerufenen Gerichts gegeben. *Artikel 6* erfasst beide Fälle.

Durch die vorbehaltlose Einlassung wird von Gesetzes wegen die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts begründet. Wurde die Klage vor einem an sich unzuständigen Gericht erhoben und wendet die beklagte Partei dagegen bewusst nichts ein, so liegt eine stillschweigende Gerichtsstandsvereinbarung vor. Diese Möglichkeit ist in zweifacher Hinsicht einzuschränken. Einmal muss verhindert

werden, dass über die vorbehaltlose Einlassung in grösserem Ausmass beziehungsarme Gerichtsstände geschaffen werden, als dies mittels Prorogation möglich wäre. Deshalb wird Artikel 5 Absatz 3 vorbehalten. Zum anderen stellt sich – wie bei der Gerichtsstandsvereinbarung – die Frage, ob und inwieweit gewisse Gerichtsstände durch Parteidisposition gar nicht gewählt werden können. Für die Lösung dieser Frage stehen verschiedene Möglichkeiten offen (vgl. Schlussbericht, S. 50f.). Nach dem Entwurf soll die Einlassung in den Fällen unzulässig sein, in denen die Zuständigkeit aus Gründen des Ordre public der Parteidisposition entzogen bleibt (vgl. BGE 80 II 6). Da der Ordre public in Artikel 17 generell vorbehalten ist, muss er hier nicht ausdrücklich erwähnt werden.

213.8 Schiedsvereinbarung

Durch eine Schiedsvereinbarung verpflichten sich die Parteien, ihren Rechtsstreit ausserhalb der staatlichen Gerichtsbarkeit auszutragen. Der Schiedsvereinbarung kommt demnach für die Parteien des Schiedsverfahrens verbindliche Wirkung zu. Dies hat zur Folge, dass auch der staatliche Richter solche Vereinbarungen unter bestimmten Voraussetzungen zu beachten hat. Artikel 7 stellt im wesentlichen drei Anforderungen auf: In erster Linie muss eine gültige, nicht widerrufen Schiedsabrede vorliegen. Ein Widerruf kann ausdrücklich oder durch konkludentes Handeln erfolgen. Letzteres wäre beispielsweise anzunehmen, wenn der Beklagte sich vorbehaltlos auf ein vom Kläger angestregtes staatliches Verfahren eingelassen hat (Bst. a). Ferner muss die Vereinbarung eine schiedsfähige, d. h. eine der Parteidisposition offenstehende Streitsache betreffen. Welche Streitsachen schiedsfähig sind, wird in Artikel 170 umschrieben. Zudem darf die Schiedsabrede nicht hinfällig, unwirksam oder unerfüllbar sein (Bst. b). Diese Voraussetzung lehnt sich an Artikel II Ziffer 3 des New Yorker Übereinkommens vom 10. Juni 1958 über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche (SR 0.277.12) an.

Schliesslich ist zu beachten, dass das Vorliegen einer Schiedsvereinbarung für die staatliche Gerichtsbarkeit nicht verpflichtend sein kann, wenn daraus der klägerischen Partei eine Rechtsverweigerung droht (Bst. c). Zu einer solchen könnte es dann kommen, wenn das Schiedsgericht aus Gründen nicht bestellt werden könnte, für die offensichtlich die beklagte Partei einzustehen hat. Dies ist regelmässig dann gegeben, wenn der Beklagte die Durchführung des Schiedsverfahrens erfolgreich zu verhindern vermag und andererseits dem Kläger der Weg zum staatlichen Gericht verbaut wäre, weil dieses beim Nachweis einer gültigen Schiedsabrede seine Zuständigkeit ablehnen müsste.

213.9 Widerklage

Nach dem vorliegenden Entwurf ist die Zuständigkeit eines Gerichts grundsätzlich für jede Klage selbständig zu bestimmen. Artikel 8 sieht jedoch für die Widerklage, die mit der Hauptklage in einem sachlichen Zusammenhang steht, eine Ausnahme vor. Eine solche Konnexität ist gegeben, wenn der Haupt- und der Gegenanspruch aus dem gleichen Rechtsverhältnis (z. B. Kaufvertrag) her-

geleitet werden, so dass die Entscheidung über den Hauptanspruch gleichzeitig auch über den Gegenanspruch befindet. Dies ist z. B. der Fall, wenn einem Anspruch aus einem Vertrag ein solcher aus dessen Ungültigkeit gegenübergestellt wird (BGE 93 I 549). Ein Sachzusammenhang im Sinne der vorliegenden Bestimmung kann ebenfalls bejaht werden, wenn Klage und Widerklage zwar auf verschiedenen Sachverhalten beruhen, aber in enger rechtlicher Beziehung zueinander stehen (BGE 80 I 200). Ferner liegt Konnexität vor, wenn ein Zusammenhang zwischen der Widerklage und einer Einrede im Hauptverfahren besteht, z. B. wenn einredeweise Verrechnung geltend gemacht wird (vgl. M. Guldener, IZPR, S. 76 N. 240; Sträuli/Messmer, Zürcher ZPO, Zürich, 1976, N. 2 ff. zu § 15). Haupt- und Widerklage müssen nicht notwendigerweise rechtlich gleicher Natur sein. Einem dinglichen kann ein persönlicher, einem schuldrechtlichen ein familienrechtlicher Anspruch gegenübergestellt werden. Eine Leistungsklage kann u. U. einer Feststellungs- oder einer Gestaltungsklage entgegentreten. Der Gerichtsstand der Widerklage kann mit anderen Zuständigkeitsbestimmungen dieses Entwurfs konkurrieren; er bleibt aber auch dann begründet, wenn das betreffende Begehren an sich vor dem Richter am Wohnsitz, am Erfüllungsort oder bei dem durch Vereinbarung bezeichneten Gericht oder Schiedsgericht anzubringen wäre.

213.10 Rechtshängigkeit

Artikel 9 begründet nicht eine eigene Zuständigkeit, sondern bezweckt die Koordination konkurrierender Gerichtsstände. Zahlreiche Bestimmungen dieses Entwurfs sehen für den gleichen Rechtsstreit alternativ oder subsidiär mehrere Zuständigkeiten vor. So kann es durchaus vorkommen, dass die gleiche Klage in zwei verschiedenen Staaten erhoben wird. Für Streitfälle im internationalen Bereich kommt hinzu, dass neben den Gerichtsständen nach schweizerischem Recht auch solche nach ausländischem Recht zur Verfügung stehen. Wenn die gleichen Parteien über die gleiche Streitsache Prozesse in verschiedenen Staaten führen, ist nicht ausgeschlossen, dass über den gleichen Fall widersprüchliche Urteile ergehen. Dieses Ergebnis ist unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit unerträglich.

Für den innerschweizerischen Bereich gilt der Grundsatz, dass während der Rechtshängigkeit einer Klage, diese nicht ein zweites Mal erhoben werden kann (vgl. M. Guldener, ZPR, Zürich 1979, S. 230 ff.). Auf zwischenstaatlicher Ebene ist, von den Staatsverträgen abgesehen, die Rechtshängigkeit weniger einheitlich geregelt. Es gibt Staaten (z. B. Österreich und die BRD), in denen die Einrede der Litispendenz unabhängig davon zu beachten ist, ob die Klage im In- oder im Ausland hängig ist. In anderen Staaten (z. B. Frankreich und Italien) wird auf die Rechtshängigkeit einer Klage im Ausland überhaupt keine Rücksicht genommen (vgl. E. Riezler, Internationales Zivilprozessrecht, Berlin/Tübingen 1949, S. 453 f.). In der Schweiz wird traditionellerweise die ausländische Rechtshängigkeit beachtet, wenn der betreffende Staat Gegenrecht hält und zu erwarten ist, dass das ausländische Urteil hier anerkannt und vollstreckt werden kann (vgl. M. Guldener, IZPR, S. 174 ff.).

Artikel 9 setzt die bisherige schweizerische Praxis fort. Nach Absatz 1 bringt eine ausländische Rechtshängigkeit die schweizerische Zuständigkeit zwar nicht zum Wegfall, führt aber in gewissen Fällen zur Aussetzung des Verfahrens. Massgeblich für die Feststellung des Zeitpunktes des Eintritts der Rechtshängigkeit in der Schweiz ist die erste zur Klageeinleitung notwendige Verfahrenshandlung. Als solche genügt die Einleitung des Sühneverfahrens, d. h. die Zustellung des klägerischen Gesuches um Durchführung des Sühneverfahrens. In den Kantonen, in denen kein Sühneverfahren vorgesehen ist, dürfte die Einreichung der Klageschrift als erste Handlung im Sinne dieser Bestimmung genügen.

Die vorgesehene Regelung ist wichtig, weil in der Schweiz der Eintritt der Rechtshängigkeit in den kantonalen Zivilprozessordnungen unterschiedlich geregelt ist (vgl. M. Guldener, ZPR, S. 230 ff., Ziff. II). Diese Unterschiede haben in der Praxis wiederholt zu Schwierigkeiten geführt (BGE 74 II 68; 90 II 213; 91 II 321 und 97 II 1). Zwar hat das Bundesgericht diese Unzukömmlichkeiten in BGE 74 II 69 nicht als derart gravierend betrachtet, dass sich eine einheitliche schweizerische Regel aufgedrängt hätte, doch kann zumindest im internationalen Bereich dieser Auffassung heute nicht mehr gefolgt werden. Mehrere äusserst stossende, jedoch nicht bis an die höchstrichterliche Instanz gezogene Fälle veranlassen den Bundesrat, im internationalen Zivilprozessrecht den für den Eintritt der Rechtshängigkeit massgebenden Zeitpunkt zu vereinheitlichen. Es liegt dabei im Interesse der Rechtssicherheit, diesen Zeitpunkt möglichst früh anzusetzen.

Nach Absatz 3 ist die in der Schweiz erhobene Klage zurückzuweisen, wenn ein in der Schweiz anerkennungsfähiger Entscheid vorgelegt wird. Anerkennungsfähig ist ein Entscheid dann, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen für die Anerkennung vorliegen, insbesondere wenn keine Gründe des Ordre public dagegen sprechen (vgl. Schlussbericht, S. 53 f.).

213.11 Vorsorgliche Massnahmen

Nach einhelliger Doktrin ist es Sache des Bundes zu bestimmen, inwiefern die Kantone den im Bundesrecht begründeten materiellen Ansprüchen Rechtsschutz, auch provisorischen Rechtsschutz gewähren sollen. Das kantonale Recht hat seinerseits entsprechende Verfahren festzulegen (vgl. M. Guldener, ZPR, S. 574 ff.).

Artikel 10 beschränkt sich auf die Begründung einer schweizerischen Zuständigkeit. Welche schweizerische Behörde die Massnahme zu treffen hat, bestimmt sich nach der Art oder Belegenheit des zu schützenden Rechtsgutes bzw. Anspruches. Die Zuständigkeit zur Anordnung vorsorglicher Massnahmen (z. B. Sicherungsarrest) ist auch dann gegeben, wenn die Hauptsache nicht durch eine schweizerische Behörde zu beurteilen ist.

213.12 Rechtshilfehandlungen

Artikel 11 regelt die seitens der Schweiz zu gewährenden Rechtshilfeleistungen. Im Zentrum der internationalen Rechtshilfe in Zivilsachen steht die Haager Übereinkunft vom 1. März 1954 betreffend Zivilprozessrecht (SR 0.274.12).

Die Übereinkunft regelt die Zustellung gerichtlicher und aussergerichtlicher Urkunden, die Übermittlung und Ausführung von Ersuchungsschreiben, die Sicherheitsleistungen für Prozesskosten und die unentgeltliche Rechtshilfe. Diese Übereinkunft ist in den letzten Jahren revidiert worden und durch drei neue Übereinkommen ersetzt worden, nämlich durch das Übereinkommen vom 15. November 1965 über die Zustellung von gerichtlichen und aussergerichtlichen Akten in Zivil- und Handelssachen im Ausland und durch das Übereinkommen vom 18. März 1970 über die Beweisaufnahme im Ausland in Zivil- und Handelssachen und das Übereinkommen vom 25. Oktober 1980 über den internationalen Zugang zur Rechtspflege; diese Übereinkommen sind von der Schweiz noch nicht ratifiziert worden.

Ausserhalb der Staatsverträge ist die zwischenstaatliche Rechtshilfe in Zivilsachen zur Hauptsache in den kantonalen Zivilprozessordnungen geregelt. Diese machen die Gewährung der internationalen Rechtshilfe in der Regel vom Gegenrecht des ersuchenden Staates und überdies vom Ermessen des ersuchten Richters abhängig (vgl. M. Guldener, ZPR, S. 634 N. 14).

Die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen Rechtshilfe geleistet werden muss, wird durch den vorliegenden Entwurf nicht beantwortet. Ausserhalb von Staatsverträgen bleibt dies Sache des kantonalen Rechts. Hingegen bestimmt der Entwurf das auf Rechtshilfehandlungen anwendbare Recht, sowie einige Formen der Rechtshilfe. Artikel 11 entspricht im wesentlichen der geltenden Praxis. Er stellt eher eine Orientierungshilfe dar und schafft nicht neue Pflichten.

Die um Rechtshilfe ersuchte schweizerische Behörde kann auch Verfahrensformen anwenden, die dem schweizerischen Recht nicht bekannt sind. Voraussetzung ist, dass dies für die Durchsetzung eines Rechtsanspruchs notwendig ist und dass keine wichtigen Gründe einer durch diese Rechtshilfehandlung betroffenen Partei entgegenstehen. Das gleiche gilt sinngemäss für die Ausstellung von Urkunden oder die Abnahme einer eidesstattlichen Erklärung. Der im Ausland nur mit Hilfe dieser Mittel durchzusetzende Rechtsanspruch muss aus der Sicht des schweizerischen Rechts schützenswert sein. Darüber hat die ersuchte Behörde von Fall zu Fall zu entscheiden.

213.13 Fristen

Für den internationalen Rechtsverkehr würde die ideale Lösung darin bestehen, den Anfang, die Dauer und die Modalitäten zur Wahrung der Frist einheitlich zu regeln. In diesem Sinn enthielt der Vorentwurf einen Artikel 187, der zumindest Anfang und Dauer der Frist festlegte. Die Vernehmlassung zeigte jedoch, dass dies als zu starker Eingriff in die kantonalen Zivilprozessrechte empfunden wurde. Der Bundesrat hat deshalb auf eine Bestimmung im Sinne von Artikel

187 des Vorentwurfs verzichtet. Damit jedoch die tatsächlich bestehende Benachteiligung von Parteien im Ausland, die in der Schweiz eine Frist einzuhalten haben, nicht zu gravierend wird, hat sich der Bundesrat entschlossen, den Personen im Ausland wenigstens für die Wahrung der Frist eine zusätzliche Möglichkeit zu eröffnen (vgl. Ziff. 142 vorne).

Für Prozessparteien im Ausland besteht die besondere Schwierigkeit darin, dass die in den Prozessordnungen der Kantone und auch des Bundes vorgesehenen Fristen auf die lokalen Verhältnisse zugeschnitten sind. Sie sind für Zustellungen bemessen, die vielfach in wenigen Stunden vollziehbar sind. Im internationalen Verkehr dagegen nimmt die Zustellung regelmässig Tage und Wochen in Anspruch, vor allem wenn sie auf konsularischem oder diplomatischem Weg erfolgt und mit beglaubigten Übersetzungen versehen sein muss. Für Personen mit Wohnsitz im Ausland werden die Fristen damit ungebührlich stark verkürzt. Schliesslich ist darauf Rücksicht zu nehmen, dass vor allem bei richterlichen Fristen die Partei mit Wohnsitz im Ausland genügend Zeit hat, ihre Rechte wahrzunehmen.

Der Entwurf sieht in Artikel 12 vor, dass die Frist gewahrt ist, wenn die Eingabe spätestens am letzten Tag der Frist bei einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung eintrifft. Damit wird wenigstens eine wichtige Benachteiligung der Partei im Ausland gemildert. Dieser Partei steht es frei, für die Übermittlung zwischen ihrem Wohnsitz und dem Sitz der schweizerischen Vertretung, die ausländische Post zu benützen. Entscheidend ist der Zeitpunkt, an dem die Eingabe bei der schweizerischen Vertretung eintrifft. Der Empfang der Eingabe und deren Weiterleitung in die Schweiz richtet sich selbstverständlich nach den internen Vorschriften des Eidgenössischen Departements für Auswärtige Angelegenheiten. Absatz 2 stellt zudem den Grundsatz auf, dass bei richterlichen Fristen den Parteien im Ausland ausreichend Zeit zur Verfügung zu stellen ist, damit sie ihre Rechte wahren können.

Mit dieser Regelung wird dem Bedürfnis der Personen im Ausland auf Gleichbehandlung mit den Personen im Inland Rechnung getragen. Auch hat sie den Vorteil, dass mit einem sanften Eingriff in die kantonale Gesetzgebungshoheit ein Fortschritt in einer für die Praxis wichtigen Frage erreicht werden kann. Zudem lehnt sie sich eng an die Regelung an, die im Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (Art. 21; SR 172.021) und in einigen Revisionsentwürfen des Bundes (OG, SchKG) vorgesehen ist.

214 Anwendbares Recht

214.1 Im allgemeinen

Der dritte Abschnitt der Gemeinsamen Bestimmungen enthält die Grundsätze für die Bestimmung des anwendbaren Rechts. Ausgangspunkt ist die Festlegung des Umfangs der Kollisionsnorm. Darin wird gesagt, auf welche Bestimmungen eines ausländischen Rechts im vorliegenden Entwurf verwiesen wird.

In der Doktrin ist umstritten, ob und inwieweit ein IPR-Gesetz berechtigt ist, ganzseitige Kollisionsnormen zu schaffen, d. h. einen Sachverhalt mittels Anknüpfungskriterien generell-abstrakt einer bestimmten Rechtsordnung zuzuwei-

sen. Verschiedentlich wird die Auffassung vertreten, der nationale Gesetzgeber solle sich damit begnügen, den Geltungsbereich seiner eigenen Gesetze festzulegen. Dieser Problematik bewusst, beschränkt sich der Entwurf darauf, die Rechtsanwendung durch die schweizerischen Behörden zu regeln. Die Kollisionsnormen sind auf die Fälle begrenzt, in denen die Schweiz ein legitimes Interesse an einer Regelung besitzt. Insofern verwendet er ganzseitige Kollisionsnormen.

In seinen Kollisionsnormen ist der Entwurf bestrebt, auf jene Rechtsordnung zu verweisen, mit der ein Sachverhalt den engsten Zusammenhang aufweist. Dieser Grundsatz wird in den einzelnen Sachbereichen durch zahlreiche, auf präzise Sachverhalte bezogene Kollisionsnormen verwirklicht. In Statusfragen geschieht dies beispielsweise durch eine blosse Rangordnung zwischen Wohnsitz- und Heimatprinzip, ferner durch die Bestimmung der Person und des Zeitpunktes, auf die abgestellt werden soll. Im Vermögensrecht wird dies durch Einräumung der Parteiautonomie ermöglicht, wobei sich letztere nicht nur auf das Vertragsrecht beschränkt, sondern auch im Güter-, Erb-, Sachen- und Deliktsrecht vorgesehen ist. Das Bestreben, für die einzelnen Tatbestände das nächstliegende Recht zu bezeichnen, hat jedoch seine Grenzen. Trotz ernsthaftem Bemühen können nie alle Konstellationen der Wirklichkeit vorausschauend gesetzgeberisch erfasst werden.

Von der ordentlichen Anknüpfung kann ausnahmsweise mittels der Ausweichklausel oder durch Rücksichtnahme auf den *Ordre public* abgewichen werden. Ausweichklausel und *Ordre public* sind ihrer Funktion nach freilich grundsätzlich verschieden. Die Ausweichklausel soll dem Richter ermöglichen, im Einzelfall die sachgerechte Lösung zu finden. Durch den Vorbehalt des *Ordre public* soll vermieden werden, durch eine Verweisung auf ausländisches Recht in der Schweiz Ergebnisse verwirklichen zu müssen, die mit den schweizerischen Rechtsanschauungen offensichtlich nicht übereinstimmen.

214.2 Umfang der Verweisung

Artikel 13 regelt 3 Rechtsfragen:

Absatz 1 hält fest, was unter die bezeichnete Rechtsordnung fällt, Absatz 2 behandelt die Frage der Rück- und Weiterverweisung und Absatz 3 nimmt zu der Frage der Anwendung einer ausländischen Bestimmung öffentlich-rechtlichen Charakters Stellung.

Der Entwurf lässt primär dasjenige Recht zur Anwendung kommen, das mit dem Sachverhalt den engsten Zusammenhang aufweist. Entsprechend geht Absatz 1 vom Grundsatz aus, dass die Kollisionsnormen des Entwurfs nur auf die Sachnormen einer ausländischen Rechtsordnung, nicht auch auf deren Bestimmungen über das internationale Privatrecht verweisen; die Verweisungen sind grundsätzlich Sachnorm- und nicht Gesamtverweisungen. Ausnahmen sind nur dort am Platz, wo der Entwurf die Berücksichtigung einer ausländischen Kollisionsnorm ausdrücklich vorsieht (Art. 35).

Die Frage, inwieweit die Rück- oder Weiterverweisung beachtet werden muss, ist in der Doktrin des IPR nach wie vor ungeklärt (vgl. L. Raape/F. Sturm, In-

ternationales Privatrecht, Bd. I, München 1977, S. 163 ff.). Nach dem österreichischen IPR-Gesetz ist die Rück- und Weiterverweisung grundsätzlich zu beachten (§ 5, Abs. 1 und 2; A. Ducheck, Verhandlungen des 7. österreichischen Juristentages 1979, Bd. II, 4. Teil, Wien 1979, S. 18 f.). Die Argumente für oder gegen die Annahme des Renvoi halten sich die Waage. Der Entwurf nimmt in dieser Frage eine pragmatische Haltung ein. Er prüft die Notwendigkeit des Renvoi für jeden einzelnen Sachbereich und schlägt dort, wo sich seine Berücksichtigung aufdrängt, eine entsprechende Lösung vor. Insgesamt ist festzustellen, dass in den meisten Fällen kein zwingendes Bedürfnis für die Beachtung des Renvoi besteht. Er hat namentlich dort keinen Platz, wo die Parteien durch Rechtswahl das anwendbare Recht selber bestimmen können; ferner auch dort nicht, wo man im Interesse der Sicherheit im Rechtsverkehr auf feste Anknüpfungen angewiesen ist (Vermögens- und Schuldrecht). Anders verhält es sich in Statusfragen, insbesondere, wenn das verwiesene ausländische Recht auf das schweizerische Recht zurückverweist und selber gar nicht angewendet sein will (Abs. 2 Bst. b). Die Rücksichtnahme auf den Renvoi scheint auch dann geboten, wenn es um die Anerkennung von im Ausland geschaffenen Rechtsakten geht und wenn die formelle oder materielle Gültigkeit eines Rechtsgeschäftes nur gesichert ist, sofern auch auf die Kollisionsnormen des im Entwurf bezeichneten Staates Rücksicht genommen wird (Abs. 2 Bst. a). Dieses Vorgehen erscheint im Interesse der Rechtssicherheit zweckmässiger als eine generelle Annahme oder Ablehnung des Renvoi, die dem Ermessen des Richters keinen Spielraum lässt.

Der Verweis auf eine Rechtsordnung umfasst alle Sachnormen, unabhängig davon, ob sie privat- oder öffentlich-rechtlichen Charakters sind. Es ist oft ohnehin nur schwer festzustellen, welche Natur eine Bestimmung aufweist. Die Trennungslinie zwischen öffentlichem und privatem Recht wird in jeder Rechtsordnung anders gezogen. Die Praxis des Bundesgerichts, wonach das öffentliche Recht der verwiesenen Rechtsordnung nur insoweit zu beachten ist, als es unmittelbar oder mittelbar privatrechtlichen Interessen dient (vgl. BGE 80 II 53; 83 II 312; 95 II 109), wird den praktischen Bedürfnissen des Rechtslebens nicht gerecht. Zwar entspricht es grundsätzlich der Aufgabe und dem Wesen des öffentlichen Rechts, in erster Linie dem öffentlichen und nicht dem privaten Interesse zu dienen, doch lässt sich die Grenze zwischen öffentlichen und privaten Interessen kaum je eindeutig ziehen.

Die in Artikel 13 Absatz 3 enthaltene Regel steht mit der neueren Literatur in Einklang (vgl. R. Gubler-Schaub, Der Schutz des schwächeren Vertragspartners, Basel 1981, S. 1–24; R. Heiz, Das fremde öffentliche Recht, Zürcher Studien zum internationalen Recht, Bd. 29. Zürich 1959; P. Lalive, Sur l'application du droit public étranger, *SJIR* 1971, S. 103 ff.; F. Vischer/A. von Planta, Internationales Privatrecht, Basel und Frankfurt am Main, 1982, S. 17). Ferner ist in diesem Zusammenhang auch auf eine neue Resolution des Institut de Droit International hinzuweisen (*Annuaire* 1975, Bd. 56, S. 158–278, 375–410, 550–553). Sie lautet:

Le caractère public attribué à une disposition du droit étranger désigné par la règle de conflit de lois ne fait pas obstacle à l'application de cette disposition, sous la réserve fondamentale de l'ordre public.

214.3 Ausnahmeklausel

Wie bereits erwähnt, ist der Entwurf bestrebt, jeweils auf diejenige Rechtsordnung zu verweisen, mit der ein Sachverhalt den engsten Zusammenhang aufweist.

In der Rechtswirklichkeit gibt es aber Situationen, die vom Gesetzgeber nicht vorauszusehen sind. Sie können bewirken, dass die durch eine bestimmte Anknüpfung zum Ausdruck gebrachte *ratio* im Einzelfall nicht verwirklicht wird. Ein auf Dauer angelegtes IPR-Gesetz bedarf eines schöpferischen Freiraumes für den Richter. Dieser muss in Ausnahmefällen den starren Verweisungsmechanismus durchbrechen können, will er unsachgerechte oder unbillige Lösungen vermeiden. Voraussetzung dafür ist, dass sich aus den gesamten Umständen ergibt, dass ein bestimmter Sachverhalt mit dem an sich anzuwendenden Recht in nur geringem, mit einer anderen Rechtsordnung jedoch in viel engerem Zusammenhang steht (*Art. 14*). Das Bundesgericht hat diese Ausnahme von der Regelanknüpfung vor allem im Vertragsrecht entwickelt (vgl. BGE 94 II 355; 78 II 190 und 76 II 45). In Anlehnung an diese Rechtssprechung hat die schweizerische Praxis eine solche Ausnahme auch ausserhalb des Vertragsrechts zugelassen, etwa im NAG, wenn die grundsätzliche Anknüpfung zu Ergebnissen geführt hätte, die weder dem Sinn und Zweck der betreffenden Bestimmung noch den Interessen der Parteien entsprochen hätte. Ein Beispiel dieser Art ist der Entscheid des Zürcher Obergerichts vom 4. September 1969 (vgl. SJZ 1969, S. 374ff.). Das Bundesgericht hat in seinen unveröffentlichen Entscheiden vom 12. November 1970 in Sachen Colla (vgl. SJIR 1972, S. 399ff.) und vom 15. Dezember 1977 in Sachen Womack (vgl. SJIR 1978, S. 359) für die Ehelichkeitsanfechtung ebenfalls die Regelanknüpfung gemäss Artikel 8 NAG (inzwischen aufgehoben) durchbrochen. Der mit BG vom 25. Juni 1976 betreffend die Änderung des Zivilgesetzbuches (Kindesverhältnis) eingeführte Artikel 8e Absatz 3 NAG hat die Ausnahmeklausel ausdrücklich statuiert.

Gründe für die Anwendung der Ausnahmeklausel können insbesondere die berechtigten Erwartungen der Parteien, der viel engere Zusammenhang mit einem Sachverhalt einer anderen Rechtsordnung oder die Vermeidung eines widersprüchlichen Ergebnisses sein (vgl. Schlussbericht, S. 60).

Die Ausnahmeklausel soll neben der sachgerechten Anknüpfung im Einzelfall auch die Rechtsfortbildung ermöglichen. Im IPR ist ohnehin kontrovers, ob der Vorrang einer allgemeingehaltenen Regelung, welche die Rechtssicherheit gewährleistet, oder der konkreten Einzelfallgerechtigkeit gebührt. Der Entwurf will generell Lösungen insoweit ausschliessen, als sie im konkreten Anwendungsfall nicht zu befriedigen vermögen. Die Kollisionsnormen des Entwurfs sollen nicht nur eine *prima facie*-Bedeutung haben (vgl. Schlussbericht, S. 29), sondern grundsätzlich verbindlich sein; von ihnen soll nur in Extremfällen abgewichen werden. Es darf deshalb erwartet werden, dass die Ausnahmeklausel *modo legislatoris* durch die Praxis konkretisiert wird. Sie soll nicht eine generelle Ermessensdelegation bewirken, sondern im Einzelfall dem Richter ermöglichen, für diejenigen Sachverhalte besondere Regeln zu formulieren, die einer Abweichung von der ordentlichen Anknüpfung bedürfen. Der Richter hat gleich vorzugehen wie bei der Anwendung von Artikel 1 Absatz 2 ZGB.

Liegt eine Rechtswahl vor, so ist die Anwendung der Ausnahmeklausel ausgeschlossen (Abs. 2). Der Grund dafür liegt im wesentlichen darin, dass die Parteien bei der Ausübung ihrer Parteiautonomie nicht dadurch verunsichert werden sollen, dass entgegen ihrer Übereinkunft doch eine andere Rechtsordnung angewendet wird. Ferner kann davon ausgegangen werden, dass die eine Rechtswahl vereinbarenden Parteien in der Regel doch eine dem Sachverhalt hinreichend nahestehende Rechtsordnung wählen.

214.4 Feststellung ausländischen Rechts

Das IPR ist in seiner Funktionsfähigkeit wesentlich davon abhängig, in welchem Ausmass die zuständige Behörde verpflichtet ist, den Inhalt des ausländischen Rechts von Amtes wegen festzustellen. Nach geltendem Recht ist diese Frage von der jeweiligen kantonalen Zivilprozessordnung abhängig. In den meisten Zivilprozessordnungen wird der Nachweis des ausländischen Rechts den Parteien überbunden, so z. B. in den Kantonen Zürich (Art. 57), Schwyz (Art. 159), Schaffhausen (Art. 171), Neuenburg (Art. 70), Tessin (Art. 35) (vgl. M. Guldener, ZPR, Zürich 1979, S. 157f. mit Hinweisen N. 11; BGE 91 II 125; F. Vischer, ZSR 1971, 2. Halbband, S. 104ff.).

Artikel 15 verpflichtet den Richter, den Inhalt des ausländischen Rechts von Amtes wegen zu ermitteln. Damit soll der Grundsatz *iura novit curia* auch bezüglich der Anwendung des ausländischen Rechts verwirklicht werden. Der Entwurf folgt einer Tendenz, wie sie auch in anderen Staaten festzustellen ist und wo bereits praktische Erfahrungen vorliegen (vgl. Die Anwendung ausländischen Rechts im internationalen Privatrecht, Kolloquium zum 40jährigen Bestehen des Hamburger Max-Planck-Instituts, Länderberichte, Materialien zum ausländischen und internationalen Privatrecht, Bd. 10; Berlin/Tübingen 1968). Ebenfalls das österreichische IPR-Gesetz von 1978 sieht in § 3 und 4 die Ermittlung des fremden Rechts von Amtes wegen vor (vgl. A. Ducheck/F. Schwind, IPR, Wien 1979, S. 12ff.).

Dem schweizerischen Richter wird man diese Aufgabe nicht übertragen können, ohne ihm eine gewisse Hilfe anzubieten. In diesem Zusammenhang ist zu erwähnen, dass die Schweiz das Europäische Übereinkommen vom 7. Juni 1968 betreffend Auskünfte über ausländisches Recht ratifiziert hat (SR 0.434.2). Ferner hat im Jahre 1982 das Schweizerische Institut für Rechtsvergleichung seine Tätigkeit aufgenommen. Dieses Institut wird gemäss Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe c des BG vom 6. Oktober 1978 über das Schweizerische Institut für Rechtsvergleichung (SR 425.1) den Gerichten, Verwaltungsbehörden, Anwälten und weiteren Interessierten Auskünfte über ausländisches Recht erteilen und entsprechende Gutachten erstellen. Des weiteren kann der Richter die Parteien nach wie vor zur Mitwirkung heranziehen. Doch darf er es nicht mehr wie bis anhin dem Belieben der Parteien überlassen, ob sie das ausländische Recht nachzuweisen gewillt sind, und im Falle der Nichterbringung des Beweises einfach auf das schweizerische Recht zurückfallen.

Da die Anwendung des ausländischen Rechts aus dem Befehl einer schweizerischen Kollisionsnorm folgt, hat der Richter diesem Befehl, nötigenfalls unter

Beizug der Parteien, selbst Nachachachtung zu verschaffen. Kommt die zur Mithilfe aufgerufene Partei dem richterlichen Ersuchen nicht nach, so kann damit allerdings keine unmittelbare Sanktion zu Lasten der säumigen Partei verbunden werden. Der Richter soll es in diesem Fall aber in der Hand haben, dieser Partei u. U. einen bestimmten Teil der entstehenden Kosten zu überbinden.

Lässt sich der Inhalt des ausländischen Rechts nicht feststellen, so kommt schweizerisches Recht zur Anwendung. Dabei ist im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung davon auszugehen, dass das schweizerische Recht als solches und nicht als vermuteter Inhalt des nicht nachgewiesenen ausländischen Rechts angewendet wird (vgl. BGE 92 II 111).

Mit der Regelung in Artikel 15 soll eine Revision des BG vom 16. Dezember 1943 über die Organisation der Bundesrechtspflege (SR 173.110) verbunden werden. Dadurch soll das Bundesgericht, im Gegensatz zur geltenden Regelung, zur umfassenden Überprüfung der richtigen Anwendung des schweizerischen Kollisionsrechts, aber auch zur Kontrolle der richtigen Anwendung des verwiesenen ausländischen Rechts durch die untere Instanz verpflichtet werden (vgl. Art. 182). Nach geltendem Recht besteht die eigentümliche Regelung, dass der Rechtsstreit berufungsfähig wird, wenn die Parteien das ausländische Recht nicht nachgewiesen haben und deswegen die schweizerische *lex fori* angewendet wurde. Richtigerweise muss dies auch für die Frage der richtigen Anwendung des ausländischen Rechts gelten.

214.5 Ordre public

214.51 Im allgemeinen

Nach anerkannten Grundsätzen der Wissenschaft ist eine Verweisung dann nicht zu befolgen, wenn die Anwendung des ausländischen Rechts im Einzelfall zu einem Ergebnis führt, das mit dem inländischen Ordre public offensichtlich unvereinbar ist. Diesen sogenannten negativen Ordre-public-Vorbehalt hat das Bundesgericht immer anerkannt. Dabei kommt es nicht in erster Linie auf den Inhalt des ausländischen Rechts an, sondern auf dessen Auswirkungen im konkreten Anwendungsfall. Neben dem negativen ist auch die positive Funktion des Ordre public zu beachten. Es gibt Bestimmungen im schweizerischen Recht, die wegen ihres besonderen Zwecks ausschliessliche Geltung beanspruchen und damit die Anwendung des von der Kollisionsnorm bezeichneten ausländischen Rechts verhindern. Es handelt sich durchwegs um solche Bestimmungen, die einen öffentlich-rechtlichen Charakter haben oder die spezielle sozial- oder wirtschaftspolitische Ziele verfolgen. Solche Normen tragen ihren eigenen Geltungsbereich in sich und haben die Natur einer Kollisionsnorm, welche stets und unbedingt befolgt werden muss (F. C. von Savigny System des heutigen römischen Rechts, Bd. VIII, Berlin 1849, S. 32 ff). Das Bundesgericht hat den Vorrang dieser Bestimmungen anerkannt (vgl. BGE 68 I 73, 75 II 1; I. Schwander, Lois d'application immédiate, Sonderanknüpfung, IPR-Sachnormen und andere Ausnahmen von der gewöhnlichen Anknüpfung im internationalen Privatrecht, SSIR, Zürich 1975, S. 45 ff.). Als Beispiele können die öffentlich-rechtlichen Ehehindernisse und der Bundesbeschluss vom 23. März 1961 über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland (SR 211.412.41) erwähnt werden.

214.52 Vorbehaltsklausel

Artikel 16 schliesst die Anwendung von Bestimmungen eines fremden Rechts aus, wenn sie zu einem Ergebnis führen, das mit dem schweizerischen *Ordre public* offensichtlich in Widerspruch stünde.

Dieser negative *Ordre-public*-Vorbehalt ist die Folge aus der Tatsache, dass die Verweisung auf eine fremde Rechtsordnung zunächst ohne Rücksicht auf das materiell-rechtliche Ergebnis getroffen wird. Er stellt in der Hand des Richters das Mittel dar, um ein ausländisches Recht ausnahmsweise von der Anwendung auszuschliessen, wenn das Ergebnis seiner Anwendung in einem unerträglichen Widerspruch zur einheimischen Rechts- und Sittenauffassung stehen würde.

Die *Ordre-public*-Klausel ist sowohl eine General- wie eine Ausnahmeklausel. Als Generalklausel muss sie allgemein und weit gefasst sein. Eine präzise Umschreibung ihres Inhalts ist letztlich unmöglich; allfällige Definitionen könnten nur Näherungswerte darstellen. Als Ausnahmeklausel ist sie eng und zurückhaltend auszulegen, was durch die Worte «offensichtlich unvereinbar» ausgedrückt wird. Wie eine Generalklausel im allgemeinen, ist auch diejenige des *Ordre-public*-Ansatz zu besonderen, nicht abgeschlossenen Regeln. Die Analyse typischer Situationen kann unter Einbezug der Interessenlage zu Konkretisierungen des *Ordre public modo legislatoris* führen. Insofern stellt der *Ordre-public*-Vorbehalt ein Instrument für die Weiterentwicklung des Kollisionsrechts dar.

Artikel 16 legt besonderes Gewicht auf die *Auswirkungen* der Anwendung einer ausländischen Rechtsnorm in einem konkreten Fall (vgl. BGE 103 Ib 69). Damit soll eine abstrakte Überprüfung der ausländischen Norm verhindert und das ausländische Recht nur dann ausgeschlossen werden, wenn dessen konkretes Ergebnis mit der schweizerischen Rechts- und Sittenauffassung unvereinbar ist, weil es Grundwerte der schweizerischen öffentlichen Ordnung verletzt.

Auch sind die örtliche und zeitliche Relativität der *Ordre-public*-Klausel sowie die Voraussetzungen der Binnenbeziehungen zu beachten. Im übrigen gelten die von der Judikatur und der Doktrin entwickelten Grundsätze (vgl. BGE 103 Ib 69; 103 Ia 199; 102 Ia 308, 574; L. Raape/F. Sturm, IPR, München 1977, S. 194ff.; F. Vischer/A. v. Planta, IPR, S. 20 ff.).

Der negative *Ordre-public*-Vorbehalt und die Ausnahmeklausel des Artikels 14 regeln verschiedene Sachverhalte. Durch den *Ordre-public*-Vorbehalt wird eine ausländische Bestimmung wegen ihres materiellen Ergebnisses im konkreten Fall von der Anwendung ausgeschlossen. Ein Abweichen von der ordentlichen Anknüpfung nach Artikel 14 ist hingegen gerechtfertigt, wenn sich aus den gesamten Umständen ergibt, dass der Sachverhalt mit dem ordentlicherweise anzuwendenden Recht geringen, mit einer anderen Rechtsordnung einen offensichtlich engeren Zusammenhang aufweist. Festzuhalten ist, dass die Ausnahmeklausel nach Artikel 14 kollisionsrechtliche, die *Ordre-public*-Klausel nach Artikel 16 hingegen materiell-rechtliche Überlegungen in den Vordergrund stellt.

Kann die an sich anzuwendende Bestimmung eines fremden Rechts nach Artikel 16 nicht zum Tragen kommen, so stellt sich die Frage nach dem Ersatzrecht. Der Entwurf sieht im Unterschied zu § 6 des österreichischen IPR-Gesetzes

hierfür keine ausdrückliche Regelung vor. Sachgerecht dürfte sein, die verwiesene Rechtsordnung danach zu untersuchen, ob nicht eine andere Bestimmung dieses Rechts den Fall lösen kann. Ist dies nicht der Fall, so ist letztlich die schweizerische *lex fori* anzuwenden.

214.53 Zwingend anwendbares schweizerisches Recht

Wie jede Rechtsordnung enthält auch das schweizerische Recht Bestimmungen, die für den Staat und die Rechtsgemeinschaft von fundamentaler Bedeutung sind und deshalb in jedem Fall von vornherein zwingend Anwendung erheischen. Die Frage nach dem anwendbaren Recht erübrigt sich und die Beachtung ausländischer Rechtsnormen ist ausgeschlossen, wenn inländische Bestimmungen aufgrund ihrer besonderen Zwecksetzung eine ausschliessliche Geltung beanspruchen. Selbstverständlich sind im Bereich des Zivilrechts nicht alle zwingenden Bestimmungen oder gar sämtliche Normen von besonderer Bedeutung vorbehalten. Nur solche Bestimmungen können einen Vorrang im Sinne von *Artikel 17* beanspruchen, die wegen ihrer ganz besonderen Zielsetzung zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung gebieterisch Geltung verlangen. Dabei ist grundsätzlich aus der betreffenden Norm selber zu entnehmen, ob sie eine ausschliessliche Anwendung beansprucht. So verlangen beispielsweise die Bestimmungen des BB vom 23. März 1961 über den Erwerb schweizerischer Grundstücke durch Personen im Ausland (SR 211.412.41) ihrer Zielsetzung nach auch dann Anwendung, wenn das Grundstücksgeschäft nicht dem schweizerischen Recht unterstellt ist.

In gleichem Sinne sind die öffentlich-rechtlichen Schutznormen des Arbeitsgesetzes anzuwenden, sobald ein Betrieb im Sinne dieses Gesetzes in der Schweiz liegt; ob das einzelne Arbeitsverhältnis dem schweizerischen oder einem fremden Recht untersteht, spielt dabei keine Rolle. In beiden Beispielen handelt es sich um Normen, «dont l'observation est nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale et économique du pays» (vgl. Ph. Francescakis, *Rev. crit.* 1966, S. 1 ff.). F. C. von Savigny nannte sie Bestimmungen, die auf Gründen des öffentlichen Wohls (*publica utilitas*) beruhen, mögen diese nunmehr einen politischen, einen polizeilichen oder einen volkswirtschaftlichen Charakter in sich tragen (vgl. *System des heutigen römischen Rechts*, Bd. VIII, S. 33 ff.).

214.54 Ordre public eines Drittstaates

Der in Artikel 16 geregelte Ordre-public-Vorbehalt betrifft das Verhältnis zwischen dem inländischen Recht und dem von der Kollisionsnorm berufenen ausländischen Recht. Es gibt aber Fälle, in denen eine Norm eines Drittstaates ausschliessliche Geltung auf ein bestimmtes Rechtsverhältnis beansprucht. Zu denken ist etwa im Vertragsrecht an Ein- oder Ausfuhrverbote, an Währungsvorschriften oder an kartellrechtliche Bestimmungen. Die Frage ist, ob und unter welchen Voraussetzungen Normen eines Drittstaates, die nach den Vorschriften dieses Entwurfs an sich nicht anwendbar sind, Beachtung finden können. Hier-

bei handelt es sich um eines der schwierigsten Probleme des modernen IPR. *Artikel 18* will einer solchen Norm im Inland Wirkung zukommen lassen,

- wenn sie nach ihrer besonderen Zielsetzung im konkreten Fall ausschliessliche Anwendung verlangt und wenn sie mit dem Sachverhalt einen hinreichend engen Zusammenhang aufweist,
- wenn das Interesse für die Anwendung oder Berücksichtigung dieser Bestimmung gegenüber einer Nichtanwendung offensichtlich überwiegt,
- wenn ihr Interesse an der Anwendung oder Berücksichtigung im Inland hinsichtlich ihres Zweckes als schützenswert anzuerkennen ist.

Für die Frage der Anwendung oder Berücksichtigung solcher Normen, sind neben ihrem Zweck auch die Folgen, die sich daraus ergeben könnten, zu berücksichtigen. Damit hat der Richter ein Mittel zur Verfügung, womit er eine nach schweizerischer Ansicht ungerechtfertigte Anwendung einer ausländischen Eingriffsnorm jederzeit abwenden könnte.

Die Anwendung oder Beachtung solcher Eingriffsnormen von Drittstaaten kann letztlich nur aufgrund eines Befehls der *lex fori* erfolgen (vgl. F. Mänhardt, Die Kodifikation des österreichischen internationalen Privatrechts, Schriften zum internationalen Recht, Bd. 10, Berlin 1978, S. 41). Mit der Wendung «Wirkung verliehen» soll dem Richter ermöglicht werden, eine im Einzelfall sachgerechte Entscheidung zu treffen. Der Richter soll insbesondere dann einer ausländischen Eingriffsnorm in der Schweiz Wirkung verleihen, wenn er nach Würdigung aller Umstände zur Ansicht gelangt, eine solche Bestimmung sollte eigentlich auch nach schweizerischem Recht gelten. Die Berücksichtigung zwingend anzuwendender Normen einer ausländischen Rechtsordnung kann oft auch im Interesse der Parteien liegen, da u. U. erst dadurch die Vollstreckung des Urteils in jenem Staat ermöglicht wird (vgl. I. Schwander, Lois d'application immédiate, SSIR, S. 10ff.; a. A. A. Heini, Ausländische Staatsinteressen und internationales Privatrecht, ZSR 1981, 1. Halbband, S. 65).

215 Wohnsitz und Staatsangehörigkeit

215.1 Im allgemeinen

Im vierten Abschnitt der Gemeinsamen Bestimmungen (Art. 19–22) werden wegen ihrer Bedeutung für den ganzen Entwurf die Begriffe des Wohnsitzes, des gewöhnlichen Aufenthaltes und der Niederlassung näher umschrieben, ferner diejenigen der Staatsangehörigkeit, der Staatenlosigkeit und des Flüchtlings.

Vor allem im Bereich des Familienrechts stellt sich als grundsätzliches Problem die Frage, ob der Anknüpfung an die Nationalität oder an das Domizil der Vorrang gebührt. Das NAG folgt tendenziell dem Domizilprinzip (vgl. Art. 2, 12, 22 NAG). Damit steht es im Gegensatz zu den grossen Kodifikationen, die Ende des letzten und Anfang dieses Jahrhunderts geschaffen wurden (vgl. F. Vischer/A. v. Planta, IPR, S. 5). Allerdings wurden zugunsten des Nationalitätsprinzips wesentliche Ausnahmen vorgesehen, so in Artikel 8 (nicht mehr in Kraft) für den Familienstand einer Person sowie in den Artikeln 7c und 7h für die Eheschliessung und die Ehescheidung. Heute verstärkt sich die Tendenz zum Wohnsitzprinzip auch im kontinentaleuropäischen Recht, wo im Gegensatz zum

angelsächsischen Bereich noch eher das Nationalitätsprinzip vorherrscht. Mit aller Deutlichkeit sichtbar wird dies in den neuen Haager Übereinkommen, die in Abkehr von der Haltung, die noch anfangs dieses Jahrhunderts verbreitet war, in den wesentlichen Bereichen dem Wohnsitzprinzip folgen. Das gleiche gilt für die mit der Revision des Adoptions- und des Kindesrechts im NAG vorgenommenen Änderungen, bei denen für den Status einer Person das Nationalitäts- durch das Wohnsitzprinzip ersetzt wurde (Art. 8 a–8 e).

Der vorliegende Entwurf bekennt sich zum Vorrang des Wohnsitzprinzips. Der Wohnsitz, der gewöhnliche Aufenthalt und die Niederlassung sind seine wichtigsten Anknüpfungskriterien. Je nach der inhaltlichen Bedeutung dieser Begriffe, können die kollisionsrechtlichen Regeln des Entwurfs zu ganz verschiedenen Lösungen führen. Nicht alle Fälle sind mit der Wohnsitzanknüpfung zu lösen. Vielmehr ist bei jeder Bestimmung zu prüfen, ob und inwieweit neben dem Domizil- auch dem Nationalitätsprinzip Rechnung zu tragen ist. In den wichtigsten Fällen erfolgt die Anknüpfung an den Wohnsitz bzw. Sitz einer Person, in der Meinung, dass der engste Zusammenhang mit einer Rechtsordnung in erster Linie durch den Ort vermittelt wird, an dem eine Person den Mittelpunkt ihrer Lebensverhältnisse hat.

Ausnahmen vom Domizilprinzip gelten insbesondere für die Anerkennung und für familiäre Beziehungen (Ehe- und Kindesrecht). In diesen Bereichen wird das sogenannte Kaskadensystem befolgt. Dabei wird bei Fehlen eines gemeinsamen Wohnsitzes der Beteiligten zunächst auf die gemeinsame Nationalität als nächstengeres verbindendes Element zurückgegriffen.

Hinsichtlich der Staatsangehörigkeit ist weniger der Begriff als vielmehr die Anknüpfung zu regeln. Zugleich drängt sich eine Regelung für die mehrfache Staatsangehörigkeit, die Staatenlosigkeit und die Flüchtlinge auf.

Die Artikel 19–22 enthalten die für den vorliegenden Entwurf wichtigsten Begriffsbeschreibungen. Weitere Begriffe werden jeweils in den entsprechenden Kapiteln geklärt, etwa in Artikel 117 (Konsumentenvertrag), in Artikel 146 (Gesellschaften) oder in Artikel 170 (Schiedsfähigkeit).

215.2 Wohnsitz

Im Sinne des Entwurfs hat eine Person ihren Wohnsitz in dem Staat, in dem sie sich mit der Absicht dauernden Verbleibens aufhält (Art. 19 Abs. 1 Bst. a). Der Wohnsitz im Sinne von Artikel 19 Absatz 1 Buchstabe a entspricht textlich der heute geltenden Wohnsitzumschreibung des ZGB. Entgegen dem, was man vom Wortlaut her erwarten könnte, geht es im IPR nicht in erster Linie um bloss subjektive Momente oder innere Seelenzustände. Die schweizerische Lehre und Rechtsprechung haben wiederholt betont, die Frage, wo sich der Wohnsitz einer Person befinde, sei nicht nur für diese Person selber, sondern auch für zahlreiche Drittpersonen und Behörden von Bedeutung. Deshalb sei entscheidend, ob der Ort, an dem eine Person verweilt, mit Rücksicht auf die gesamten nach aussen erkennbaren Umstände objektiverweise als Wohnsitz angesehen werden kann (vgl. BGE 97 II 3; E. Bucher, Berner Kommentar, N. 1 ff. zu Art. 23 ZGB; J. M. Grossen, Das Recht der Einzelperson, Schweizerisches Privatrecht, Basel 1967, S. 350f.).

Diese objektive Betrachtungsweise des Wohnsitzes ändert freilich nichts daran, dass die Wohnsitzbegründung *corpore et animo* erfolgen muss, d. h. dass tatsächliches Verweilen und Verweilensabsicht erforderlich sind. Bei der Beurteilung der Frage, ob das Erfordernis des Aufenthalts an einem Ort mit der Absicht dauernden Verbleibens erfüllt sei, ist darauf abzustellen, ob nach den gesamten Umständen anzunehmen ist, dass die betreffende Person den Ort, wo sie verweilt, zum Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen macht (BGE 97 II 1).

Dieser Mittelpunkt ist regelmässig dort zu suchen, wo die familiären Interessen und Bindungen am stärksten lokalisiert sind. Dies schliesst nicht aus, dass auch die beruflichen und die finanziellen Interessen berücksichtigt werden. Hat eine Person keine oder nur sehr lockere Beziehungen zu ihrer Familie und ihrer Verwandtschaft, dürften die beruflichen Interessen sogar überwiegen. Man denke etwa an den ledigen Gastarbeiter, der von familiären Bindungen zu seinem Heimatstaat frei ist und der sich seinen Berufs- und Arbeitsort jeweils auch zum Lebensmittelpunkt macht (vgl. ZR 32 N. 188; 62 N. 93).

Für die Bestimmung des Wohnsitzes ist durch Interessenabwägung im Einzelfall festzustellen, zu welchem Staat die engste Beziehung besteht und in welchem Land eine Person mit Rücksicht auf die Gesamtheit ihrer Lebensbeziehungen am stärksten integriert ist. Dabei gilt zu beachten, dass der Wohnsitz nur in *einem* Staat liegen kann und dass für die Belange des IPR ein doppelter Wohnsitz nicht in Frage kommt (Art. 19 Abs. 2). Entscheidend sind jeweils die konkreten Umstände sowie die Natur der zur Diskussion stehenden Rechtsfrage, d. h. es ist jeweils auf die dem Wohnsitz zugeordnete Funktion zu achten (vgl. E. Bucher, Berner Kommentar, N. 21 ff. vor Art. 23 ZGB). In diesem Sinn kann z. B. aus fremdenpolizeilicher Sicht das Vorhandensein eines schweizerischen Wohnsitzes zu verneinen sein, während es aus internationalprivatrechtlicher Sicht zu bejahen ist. Umgekehrt muss die Annahme eines Steuerdomizils nicht auch die Bejahung eines Wohnsitzes im Sinne des IPR bedeuten. Überhaupt stellt der fremdenrechtliche oder der steuerrechtliche Status einer Person für sich genommen noch keine Aussage über das Vorhanden- oder Nichtvorhandensein eines internationalprivatrechtlichen Wohnsitzes dar, doch kann solchen öffentlich-rechtlichen Gesichtspunkten eine gewisse Indizwirkung zukommen.

Nach dem Vorentwurf befand sich der Wohnsitz einer Person in dem Staat, in dem der Mittelpunkt ihrer Lebensverhältnisse liegt (Art. 19 Abs. 1). Damit unterschied sich diese Wohnsitzumschreibung dem Text nach von Artikel 23 ZGB. In der Vernehmlassung wurde von verschiedenen Kantonen, Parteien und Universitäten kritisiert, dass im ZGB und im IPR-Vorentwurf verschiedene Wohnsitzumschreibungen verwendet werden; dies werde in der Praxis Verwirrung stiften und die Rechtssicherheit beeinträchtigen. Da der im IPR-Vorentwurf vorgesehene Wohnsitzbegriff eine Kodifikation der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Artikel 23 ZGB darstellte, wurde im anschliessenden Bereinigungsverfahren geprüft, ob Artikel 23 ZGB nicht entsprechend redaktionell angepasst werden sollte. Der Bundesrat verzichtete jedoch auf diese Lösung, vor allem aus der Überlegung, dass Artikel 23 ZGB, der im Rechtsempfinden des Volkes stark verwurzelt ist und zu dem eine gesicherte Rechtsprechung besteht, nicht ohne Not geändert werden sollte. Zudem erlaubt die geltende Rechtsprechung eine flexible, den Bedürfnissen des IPR angepasste Wohnsitzumschreibung.

Zwischen ZGB und IPR-Entwurf bleiben trotzdem gewisse Unterschiede bestehen. Einmal werden in Artikel 19 keine abgeleiteten oder fiktiven Legalwohnsitze anerkannt (Art. 19 Abs. 2). Vielmehr ist der Wohnsitz für jede Person gesondert zu bestimmen, auch für Studierende oder für Personen, die sich vorübergehend in einem Heim oder einer Anstalt befinden. Für Ehegatten bedeutet dies, dass die Wohnsitzfrage für Mann und Frau getrennt zu beurteilen ist, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob nach Ehwirkungsstatut die Ehefrau zum Getrenntleben berechtigt ist. Insoweit entspricht der Entwurf den Vorschlägen, die auch im Entwurf zum BG betreffend Revision des ZGB (Wirkungen der Ehe im allgemeinen, Ehegüterrecht und Erbrecht; BBl 1979 II 1191) gemacht worden sind. Konsequenterweise stellt der Entwurf auch nie auf den gemeinsamen Wohnsitz im traditionellen Sinn dieses Begriffes ab. Wo der Entwurf die Zuständigkeit oder die Rechtsanwendung von einem einer Personengruppe gemeinsamen Element abhängig macht, verweist er immer auf das Recht oder die Gerichtsbarkeit des Staates, in dem die betreffenden Personen – und zwar jede von ihnen – Wohnsitz haben. Gleiches gilt für die minderjährigen Kinder, allerdings tritt hier aus Gründen, die noch darzulegen sind, der gewöhnliche Aufenthalt an die Stelle des Wohnsitzes (Art. 19 Abs. 2).

Der Entwurf verwendet den Wohnsitzbegriff überall dort, wo es auf eine vertiefte Bindung zwischen der massgeblichen Rechtsordnung und dem zu beurteilenden Rechtsverhältnis ankommt. Dies ist namentlich im Familien- und Erbrecht der Fall, weil es dort um Rechtsfragen geht, die die beteiligten Personen unmittelbar in ihren höchstpersönlichen Verhältnissen treffen, und weil deshalb Lösungen anzustreben sind, die eine gewisse Kontinuität der Verhältnisse garantieren.

Man kann sich fragen, ob es bei gewissen Statusfragen angezeigt wäre, den Wohnsitz besonders zu qualifizieren. Der Entwurf sieht davon ab. Einmal wäre die Qualifizierung fast nur mit Hilfe von Wohnsitzfristen realisierbar, wobei aber solche Fristen immer etwas Arbiträres an sich haben. Zum anderen kann der Wohnsitz selber nur einen gewissen Grad der Assimilation reflektieren, vermag aber die Assimilation weder zu beschleunigen noch zu intensivieren, auch nicht durch Fristen.

Das Verhältnis zwischen dem Wohnsitzbegriff des Entwurfs und den entsprechenden Bestimmungen in Staatsverträgen ergibt sich aus Artikel 1 Absatz 2 wonach abweichende Regelungen in Staatsverträgen vorbehalten sind. Dies gilt auch für die Fälle, wo der Entwurf ausdrücklich auf ein bestimmtes Übereinkommen verweist, da bei rechtssetzenden Staatsverträgen mit Rücksicht auf den internationalen Entscheidungseinklang eine einheitliche Auslegung anzustreben ist. Es wird allgemein anerkannt, dass die in Staatsverträgen verwendeten Begriffe nicht notwendigerweise nach der *lex fori* zu qualifizieren, sondern autonom, d. h. im Hinblick auf den Zweck und die Absicht des Staatsvertrages zu bestimmen sind. Deshalb muss die Auslegung des in einem Übereinkommen verwendeten Begriffs des Wohnsitzes oder des gewöhnlichen Aufenthalts nicht mit dem Wohnsitz bzw. gewöhnlichen Aufenthalt im Sinne des vorliegenden Entwurfs identisch sein.

215.3 Gewöhnlicher Aufenthalt

Neben dem Wohnsitz verwendet der Entwurf den Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts. Nach *Artikel 19 Absatz 1 Buchstabe b* hat eine Person ihren gewöhnlichen Aufenthalt in dem Staat, in dem sie während längerer Zeit lebt, selbst wenn diese Zeit von vornherein befristet ist. Gleich wie beim Wohnsitz, erfasst auch die Umschreibung des gewöhnlichen Aufenthalts nur einen Kernbereich, der im Einzelfall mittels Auslegung konkretisiert werden muss. Die dabei massgebenden Kriterien werden jeweils mit Rücksicht auf die konkreten Umstände und in Funktion zu der zu beurteilenden Rechtsfrage bestimmt werden müssen. Allgemein kann gesagt werden, dass es beim gewöhnlichen Aufenthalt stärker als beim Wohnsitz auf den äusseren Anschein ankommt, wogegen das Willensmoment in den Hintergrund tritt. Aufenthalt bedingt physische Präsenz an einem Ort. Ist sie von einer gewissen Dauer und entsteht nach aussen der Eindruck, als halte die Person sich an diesem Ort normalerweise oder meistens auf, so wird daraus ein gewöhnlicher Aufenthalt. Der Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts kam über die verschiedenen Haager Übereinkommen (vgl. z. B. MSA; SR 0.211.231.01) in die Schweiz. Zu beachten ist, dass sich der Aufenthalt im Sinne von Artikel 24 ZGB nicht mit demjenigen nach Artikel 19 Absatz 1 Buchstabe b deckt. Die neueren Haager Übereinkommen verwenden den gewöhnlichen Aufenthalt als hauptsächlichen Anknüpfungspunkt. Sie tun dies vor allem in der Absicht, den verschiedenen nationalen Ausprägungen des Wohnsitzbegriffes, insbesondere dem qualifizierten Wohnsitzbegriff nach englischem Recht zu entinnen.

Der gewöhnliche Aufenthalt wird in der Regel zu einem besonderen Zweck begründet. Denkbar ist etwa der gewöhnliche Aufenthalt am Ort der Berufs- oder Geschäftsausübung, der gewöhnliche Aufenthalt am Ort der Erholung, der Erziehung oder Weiterbildung, der gewöhnliche Aufenthalt am ausländischen Arbeitsort oder auch der gewöhnliche Aufenthalt am Ort, an dem eine Person ihren Lebensabend verbringen möchte. Die Dauer eines gewöhnlichen Aufenthalts kann unterbrochen werden oder kann zum voraus begrenzt sein. Denkbar ist auch, dass eine Person an mehreren Orten gewöhnlichen Aufenthalt hat. Sicher kann eine Person neben dem gewöhnlichen Aufenthalt noch einen Wohnsitz haben. Wohnsitz und gewöhnlicher Aufenthalt werden sehr oft zusammenfallen, aber notwendig ist dies nicht. So wird z. B. ein Saisonnier in der Schweiz gewöhnlichen Aufenthalt haben, während der Mittelpunkt seiner Lebensverhältnisse und damit sein Wohnsitz im ausländischen Heimatstaat liegt, von wo er stammt, wo seine Familie lebt, wo er sein Heim hat und wohin er immer wieder zurückkehrt (vgl. ZR 62 N. 93; Riv. dir. int. priv. et proc. 1975, S. 339). Der Jahresaufenthalter wird in der Regel ebenfalls bloss gewöhnlichen Aufenthalt in der Schweiz haben; ab dem Zeitpunkt, in dem er seine Familie nachziehen kann, ist jedoch eher Wohnsitz anzunehmen. Die niedergelassenen Ausländer werden normalerweise Wohnsitz und nicht nur gewöhnlichen Aufenthalt haben.

Der gewöhnliche Aufenthalt hat in den verschiedenen Sachbereichen des Entwurfs unterschiedliche Funktionen zu erfüllen. Im Schuldrecht wird er beispielsweise aus Gründen des Vertrauensschutzes (Verkehrsschutz) verwendet; im Ehe- und Familienrecht dient er eher der Effizienz behördlicher Massnah-

men; im Kindesrecht und im Minderjährigenschutz ersetzt er in wesentlichen Fragen den Wohnsitz; im Prozessrecht schliesslich hilft er, den Zugang zu den schweizerischen Gerichten zu erleichtern.

Wie erwähnt, ersetzt der gewöhnliche Aufenthalt im Kindesrecht und im Minderjährigenschutz – ähnliches gilt für den Schutz Entmündigter – zum Teil den Begriff des Wohnsitzes. Zur Begründung eines Wohnsitzes ist ein darauf gerichteter Wille erforderlich; dies gilt auch bei einem objektiven Wohnsitzverständnis. Um den notwendigen Willen zu bilden, ist zwar nicht Handlungsfähigkeit gemäss Artikel 12 ZGB, wohl aber Urteilsfähigkeit erforderlich (vgl. E. Bucher, a. a. O. S. 124 ff., 243 ff.). Ob ein minderjähriges Kind über die zur selbständigen Wohnsitzbegründung notwendige Urteilsfähigkeit verfügt, ist nicht immer sicher feststellbar. Der Entwurf versucht, diesem Problem dadurch zu begegnen, dass er dort, wo eine Bestimmung auf die Person des Kindes und dessen Lebensmittelpunkt abstellt, den Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts verwendet (Art. 19 Abs. 2).

Eine schwierige Frage wirft in diesem Zusammenhang das Problem der Kindesentführungen auf. Wo befindet sich der gewöhnliche Aufenthalt eines Kindes, das dem schweizerischen sorgeberechtigten Elternteil widerrechtlich entzogen und in einen andern Staat verbracht wird? Das Bundesgericht hat in einem nicht veröffentlichten Entscheid vom 25. April 1975 in Sachen Brunner diese Frage nicht abschliessend beantwortet. Aus den Urteilerwägungen ist jedoch zu entnehmen, dass als Lebensmittelpunkt eines Kindes eher der Ort anzusehen ist, der vom sorgeberechtigten Elternteil bestimmt wird. Der vorliegende Entwurf geht davon aus, dass der gewöhnliche Aufenthalt eines Kindes in seinem Interesse sich dort befindet, wo die engsten, d. h. stabilsten familiären Beziehungen zwischen ihm und seiner Umwelt bestehen.

215.4 Niederlassung

Vor allem im Schuld- und Handelsrecht ist der Begriff der Niederlassung bedeutsam. Dabei kann es sich um die Niederlassung (Geschäftsniederlassung) einer natürlichen Person wie um die Niederlassung (Zweigniederlassung) einer Gesellschaft handeln. Die beiden Begriffe gehen wesentlich auseinander. In *Artikel 19 Absatz 1 Buchstabe c* wird die Niederlassung der natürlichen Person, in *Artikel 19 Absatz 3* diejenige einer Gesellschaft umschrieben.

Die Niederlassung der natürlichen Person befindet sich in dem Staat, in dem sich der Mittelpunkt ihrer geschäftlichen Tätigkeit befindet. Unter geschäftlicher Tätigkeit ist jede Aktivität zu verstehen, die eine Person um des Erwerbs willen entfaltet. Jedenfalls muss es sich nicht notwendigerweise um ein nach kaufmännischen Grundsätzen geführtes Gewerbe handeln.

Örtlicher Mittelpunkt der geschäftlichen Tätigkeit einer Person ist der Ort, von dem aus sie ihre Geschäfte abwickelt. Dieser Ort kann, muss aber nicht mit ihrem Wohnsitz übereinstimmen. Für die geschäftliche Tätigkeit, die ausserhalb des Wohnsitzes erfolgt, rechtfertigt sich eine gesonderte Anknüpfung. Als äussere Einrichtungen einer Geschäftsniederlassung gelten z. B. eine Praxis, eine Werkstatt, eine Fabrik sowie Büro- oder Verkaufsräumlichkeiten. Der Ausdruck

Niederlassung enthält einen Hinweis auf den örtlichen Schwerpunkt der geschäftlichen Tätigkeit einer Person und deutet zugleich an, dass dieser Ort auf eine gewisse Dauer angelegt ist.

Demgegenüber befindet sich die Niederlassung einer Gesellschaft in dem Staat, in dem sie ihren Sitz oder eine Zweigniederlassung hat. Der Begriff der Gesellschaft wird in Artikel 146 definiert.

Als Sitz einer Gesellschaft ist der in den Statuten oder im Gesellschaftsvertrag bezeichnete Ort anzusehen. Fehlt eine solche Bezeichnung, so wird als Sitz der Ort betrachtet, an dem die Gesellschaft tatsächlich verwaltet wird.

Der Begriff der Zweigniederlassung wird nicht ausdrücklich definiert, auch im IPR nicht; er wird vom Gesetzgeber vorausgesetzt (vgl. P. Gauch, Der Zweigbetrieb im schweizerischen Zivilrecht, Zürich 1974, S. 102 ff.). Nach schweizerischer Auffassung besteht die Zweigniederlassung in einer von der Hauptniederlassung räumlich getrennten Handelsniederlassung, die rechtlich Teil des Gesamtunternehmens ist, jedoch über eine eigene Organisation verfügt. Durch selbständige Tätigkeit dient sie dem wirtschaftlichen Zweck der Hauptniederlassung. Sie betreibt nicht blosse Hilfsgeschäfte für die Hauptniederlassung, sondern schliesst wie sie selbständig Geschäfte ab, im Gegensatz zu reinen Vorbereitungs-, Vermittlungs- und Ausführungsgeschäften. Nicht unter den Begriff der Zweigniederlassung fallen z. B. Aushändigungslager oder Zahlstellen und natürlich auch nicht Tochtergesellschaften, die, auch wenn sie sich in starker Abhängigkeit vom Mutterhaus befinden, rechtlich verselbständigte Handelsgesellschaften sind. Vielfach wird die Zweigniederlassung mit einem eigenen Betriebskapital ausgestattet. Ein weiteres Indiz für eine Zweigniederlassung ist die Führung einer gesonderten Buchhaltung (vgl. P. Gauch, a. a. O., S. 101 ff.; F. v. Steiger, Das Recht der Aktiengesellschaft in der Schweiz, Zürich 1970, S. 319 ff.).

215.5 Staatsangehörigkeit

Wie bereits erwähnt, beruht der vorliegende Entwurf auf der grundsätzlichen Massgeblichkeit des Domizilprinzips. Doch kann auf die Anknüpfung an das Heimatrecht nicht ganz verzichtet werden, vor allem im Personen-, Familien- und Erbrecht nicht.

Wo die kollisionsrechtlichen Bestimmungen auf das Heimatrecht der beteiligten Personen verweisen, muss vorgängig deren Staatsangehörigkeit festgestellt werden. Rechtsprechung und Doktrin stimmen mit seltener Einmütigkeit darin überein, dass diese Vorfrage selbständig anzuknüpfen, d. h. jeweils nach dem Recht des Staates zu bestimmen ist, dessen Angehörigkeit in Frage steht (BGE 86 I 165).

Der Entwurf hält diesen Grundsatz in *Artikel 20* ausdrücklich fest. Im Unterschied zu Artikel 19 geht es weniger um eine Begriffsumschreibung als vielmehr um ein Problem der Anknüpfung. Was in tatbeständlicher Hinsicht unter dem Begriff der Staatsangehörigkeit zu verstehen ist, kann allgemein als bekannt vorausgesetzt werden. Es handelt sich um die soziologische, rechtlich sanktionierte Zugehörigkeit einer Person zur Bevölkerung eines Staatsverbandes.

Das Recht des Staates, dessen Angehörigkeit in Frage steht, ist auch dann allein massgebend, wenn der Erwerb oder der Verlust der Staatsangehörigkeit mit einem familienrechtlichen Statusverhältnis zusammenhängt. Das vom potentiellen Heimatrecht verschiedene Wirkungsstatut kann zwar die Begründung, die Änderung oder die Aufhebung eines Statusaktes auch mit Folgen bezüglich der Staatsangehörigkeit der betroffenen Person ausstatten; ob aber diese Folgen tatsächlich eintreten, entscheidet sich einzig nach der Rechtsordnung des Staates, dessen Angehörigkeit jeweils in Frage steht. Wenn beispielsweise die von Ausländern in der Schweiz durchgeführte Adoption nach Voraussetzungen und Wirkungen dem schweizerischen Recht untersteht (Art. 8 b NAG) und dieses der Adoption Bürgerrechtsfolgen beimisst (Art. 276 a ZGB in Verbindung mit Art. 7 BÜG), so entscheidet sich letztlich doch nach dem Recht des Heimatstaates, ob der in der Schweiz erfolgte Statusakt die betreffende Staatsangehörigkeit tatsächlich vermittelt. In gleichem Sinn beurteilt sich nach schweizerischem Recht, ob ein im Ausland vorgenommener Statusakt zum Erwerb bzw. zum Verlust des Schweizer Bürgerrechts führt. Zwar kann jeder Staat autonom die Voraussetzungen bestimmen, unter denen er seine Staatsangehörigkeit verleiht. Doch kann er nicht verpflichtet werden, die Verleihung einer Staatsangehörigkeit durch einen anderen Staat anzuerkennen (J. P. Müller/L. Wildhaber, Praxis des Völkerrechts, Bern, 1982, S. 361 ff.).

Allgemein ist die Anerkennung der Bürgerrechts-Verleihung durch einen anderen Staat zu verweigern, wenn sie im Sinne von Artikel 16 des Entwurfs dem schweizerischen *Ordre public* widerspricht. Dies wäre z. B. dann der Fall, wenn ein Staat einem Ausländer gegen dessen Willen und nur deshalb das Bürgerrecht verleiht, um ihn besser enteignen zu können (vgl. W. Niederer, Einführung in die allgemeinen Lehren, Zürich 1951, S. 155 f.). Schwieriger dürfte es sein, einer Ausbürgerung die Anerkennung zu verweigern, da auf diese Weise eine hinkende Staatsangehörigkeit geschaffen würde. Auch ginge es nicht an, einem anderen Staat mittels *Ordre public* eine von ihm nicht als Angehörige akzeptierte Person als solche aufzuzwingen.

215.6 Mehrfache Staatsangehörigkeit

Zu keiner Zeit sind auf völkerrechtlicher Ebene grössere Anstrengungen zur Vermeidung des Doppelstaatertums unternommen worden als in den letzten Jahren und dennoch wurden auf staatlicher Ebene noch nie so viele Doppelstaater geschaffen wie gerade heute. Gegenwärtig sorgt vor allem das Postulat der Gleichberechtigung zwischen Ehegatten, bzw. zwischen Vater und Mutter für ein starkes Ansteigen der Doppelstaaterziffern (Art. 4 Abs. 2 BV).

Bei mehreren Staatsangehörigkeiten wird im IPR traditionellerweise der Staatsangehörigkeit der *lex fori* der Vorrang gegeben. Danach wäre ein schweizerisch-ausländischer Doppelbürger von den schweizerischen Behörden immer als Nuschweizer zu betrachten. Im Falle eines ausländisch-ausländischen Doppelbürgers pflegt die Praxis entweder der zuletzt erworbenen oder dann der Zugehörigkeit zu jenem Staat den Vorzug zu geben, in dem sich zugleich der Wohnsitz der betreffenden Person befindet (vgl. W. Niederer, Einführung, S. 158; F. Vischer/A. von Planta, IPR, S. 31).

Unter den verschiedenen Möglichkeiten zur rechtlichen Behandlung der mehrfachen Staatsangehörigkeit gewinnt in der Doktrin die Tendenz zur Beachtung der effektiven Staatsangehörigkeit an Bedeutung; d. h. es wird diejenige Staatsangehörigkeit als massgebend erachtet, mit der eine Person am engsten verbunden ist (vgl. L. Raape/F. Sturm, a. a. O., S. 133 ff.). Dieser Gedanke hat auch in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung einen gewissen Niederschlag gefunden (BGE 89 I 303).

Ob und inwieweit der Grundsatz der effektiven oder vorherrschenden Staatsangehörigkeit auch gegenüber Schweizer Bürgern durchzusetzen ist, kann nicht aufgrund starrer Prinzipien, sondern nur von den konkreten Bedürfnissen im Einzelfall her beurteilt werden (vgl. Botschaft vom 2. Juli 1965 zu Art. 45^{bis} BV betr. die Schweizer im Ausland; BBl 1965 II 415). Dabei ist zu beachten, dass die Problematik der mehrfachen Staatsangehörigkeit bei der Frage der Zuständigkeit eine andere ist, als bei der Bestimmung des anwendbaren Rechts und dass im Rahmen der Anerkennung und Vollstreckung eines ausländischen Urteils oder Rechtsaktes wiederum etwas anderes gelten muss.

In Artikel 21 Absatz 1 ist das Problem der mehrfachen Staatsangehörigkeit mit Bezug auf die Begründung einer schweizerischen Heimatzuständigkeit geregelt. Die Zuständigkeitsbestimmungen des Entwurfs nehmen nur dort auf das Heimatrecht Bezug, wo man im Interesse der Auslandschweizer einen besonderen Schutzgerichtsstand vorsehen muss. Wann für Auslandschweizer, die Doppelbürger sind, das schweizerische Heimatrecht das effektive ist, lässt sich nur von Fall zu Fall beurteilen. Würde man auf sie das Prinzip der effektiven Staatsangehörigkeit anwenden, hätte dies zur Folge, dass man ihnen kein schweizerisches Forum gewähren könnte und dass man somit den anderweitig postulierten Auslandschweizerschutz auf dem Umweg über die Regel der mehrfachen Staatsangehörigkeit wieder rückgängig machen würde. Für die Begründung des Heimatforums ist deshalb am Vorrang des Schweizer Bürgerrechts festzuhalten.

Anders verhält es sich bei der Rechtsanwendung, für die das Mehrstaaterproblem in Artikel 21 Absatz 2 geregelt ist. Hier ist im Falle mehrerer Heimatrechte auf die Zugehörigkeit zu demjenigen Staat abzustellen, mit dem eine Person im Hinblick auf die gesamten Umstände am engsten verbunden ist. Dies gilt grundsätzlich auch für Auslandschweizer. Deren Schutz ist durch die Gewährung eines Heimatforums sichergestellt, so dass hinsichtlich des anzuwendenden Rechts keine Veranlassung besteht, vom Grundsatz des engsten Zusammenhangs abzuweichen.

In praxi wird eine sachgerechte Entscheidung nur durch sorgfältige Wertung der tatsächlichen Gegebenheiten und des in Frage stehenden Rechtsproblems zu verwirklichen sein.

Der Grundsatz der effektiven oder vorherrschenden Staatsangehörigkeit gilt auch für jene Bestimmungen, die auf das gemeinsame Heimatrecht verschiedener Personen abstellen. In diesem Zusammenhang kann ein Heimatrecht nur dann als gemeinsam gelten, wenn jede Person, z. B. jeder Ehegatte, jeder Elternteil, jedes Kind mit dem gleichen Recht am engsten verbunden ist (vgl. Art. 15 des Haager Ehegüterrechts-Übereinkommens vom 14. März 1978, das von der Schweiz noch nicht ratifiziert wurde). Eine Gemeinsamkeit, die lediglich *iure matrimonii* oder *iure soli* begründet ist, genügt in der Regel nicht.

Vom Grundsatz der effektiven oder vorherrschenden Staatsangehörigkeit sind Ausnahmen nur zulässig, wo der Entwurf im Sinne eines *favor acti vel validitatis* ausdrücklich alternativ oder distributiv auf alle oder einzelne Heimatrechte eines Mehrstaaters Bezug nimmt. Dies ist z. B. in Artikel 50 Absatz 2 des Entwurfs für die Rechtswahl im Ehegüterrecht der Fall. Ähnliche Regelungen gelten in Artikel 88 Absatz 2 zur Bestimmung des auf den Nachlass anwendbaren Rechts und in Artikel 92 zur Beurteilung der erbrechtlichen Verfügungsfähigkeit.

Die distributive oder alternative Anknüpfung an eines der Heimatrechte eines Mehrstaaters ist in Artikel 21 Absatz 3 vorgesehen. In den personen-, familien- und erbrechtlichen Anerkennungsbestimmungen des Entwurfs wird für die anerkannten Gerichtsstände durchwegs darauf abgestellt, ob der Entscheid von einer im Sinne dieses Entwurfs zuständigen ausländischen Behörde ausgesprochen wurde. Dem auf diesem Gebiet allgemein anerkannten Grundsatz des *favor recognitionis* entspricht, dass bei Mehrstaatern jede Staatsangehörigkeit in Frage kommen kann.

Ein Beharren auf dem Prinzip der effektiven oder vorherrschenden Staatsangehörigkeit würde hier nicht nur unnötige Erschwernisse hervorrufen, sie würde auch mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung im Widerspruch stehen (BGE 89 I 303). Da es in diesem Zusammenhang oft um die Anerkennung von im Ausland erworbenen Rechts- oder Statuspositionen geht, würde überdies die Gefahr hinkender Rechts- bzw. Statusverhältnisse vergrössert.

215.7 Staatenlose und Flüchtlinge

Artikel 22 umschreibt den Begriff der Staatenlosigkeit (Abs. 1) und des Flüchtlings (Abs. 2). Für die Staatenlosigkeit geschieht dies durch Verweisung auf Artikel 1 des New Yorker Übereinkommens vom 28. September 1954 über die Rechtsstellung der Staatenlosen (SR 0.142.40). Dieser Begriff wird gleichzeitig erweitert und auf jene Fälle ausgedehnt, in denen die Beziehungen einer Person zu ihrem Heimatstaat in einem Masse gelockert sind, dass dies einer Staatenlosigkeit gleichgestellt werden muss. Erfasst sind somit nicht nur die rechtlich, sondern auch die faktisch Staatenlosen. Da die Schweiz das New Yorker Übereinkommen ratifiziert hat, könnte sich die Frage stellen, ob dieser Verweis angesichts des generellen Vorbehalts der Staatsverträge in Artikel 1 Absatz 2 des Entwurfs überhaupt notwendig sei. Der Grund für den ausdrücklichen Hinweis auf das New Yorker Übereinkommen liegt darin, dass der Entwurf über den im Übereinkommen vereinbarten Begriff des Staatenlosen hinausgeht und deshalb aus gesetzestechnischen Gründen das Übereinkommen erwähnen muss.

Artikel 22 verweist in Absatz 2 für den Begriff des Flüchtlings auf Artikel 3 des auf den 1. Januar 1981 in Kraft getretenen Asylgesetzes vom 5. Oktober 1979 (SR 142.31). Danach sind Flüchtlinge Ausländer, die in ihrem Heimatstaat oder im Staat, in dem sie zuletzt Wohnsitz hatten, wegen ihrer Rasse, Religion, Nationalität, Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder wegen ihrer politischen Anschauung ernsthaften Nachteilen ausgesetzt sind oder begründete Furcht haben, solchen Nachteilen ausgesetzt zu werden. Ehegatten von Flüchtlingen und ihre minderjährigen Kinder werden ebenfalls als Flüchtlinge anerkannt, sofern keine besonderen Umstände dagegen sprechen.

Soweit das von der Schweiz ratifizierte Genfer Abkommen vom 28. Juli 1951 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge (SR 0.142.30) und das entsprechende New Yorker Protokoll vom 31. Januar 1967 (SR 0.142.301) über Artikel 3 des Asylgesetzes hinausgehen (vgl. BBl 1977 III 116f.), kommen diese Übereinkommen gemäss Artikel 1. Absatz 2 des Entwurfs zum Tragen. Umgekehrt könnte der Bundesgesetzgeber im Rahmen seiner Gesetzgebungshoheit den Begriff des Flüchtlings ungeachtet staatsvertraglicher Bestimmungen ohne weiteres ausdehnen.

Artikel 22 Absatz 3 des Entwurfs sieht für Staatenlose und für Flüchtlinge die Substitution der Staatsangehörigkeit durch den Wohnsitz vor. Damit erfolgt für diese Personen dort eine Einschränkung, wo z. B. eine Rechtswahl zwischen verschiedenen Rechtsordnungen vorgesehen ist. Da dieser Nachteil durch den Vorteil der grundsätzlichen Gleichbehandlung mit den übrigen Ausländern mehr als wettgemacht wird, erscheint diese Regelung tragbar.

216 Die rechtliche Stellung der Auslandschweizer

Im Anschluss an die Behandlung des Wohnsitzes und der Staatsangehörigkeit drängt es sich auf, einen Hinweis auf die besondere Stellung der Auslandschweizer zu machen.

216.1 Die geltende Regelung

Dem Bundesrat ist es ein Anliegen, in einem IPR-Entwurf den Mitbürgern im Ausland besondere Beachtung zu schenken. Eine gewisse Vorzugsbehandlung der Auslandschweizer ist zulässig, zumindest soweit nicht in berechnete Zuständigkeits- und Rechtsanwendungsansprüche näher berechtigter Staaten eingegriffen wird. Solche Interessen kann in der Regel etwa der Wohnsitzstaat geltend machen. Das NAG hat in den Artikeln 28–31 eine Sonderregelung für die Auslandschweizer statuiert. Diese Regelung betrifft die personen-, familien- und erbrechtlichen Verhältnisse.

Artikel 28 NAG enthält sowohl eine Bestimmung über die Zuständigkeit als auch eine solche über das anwendbare Recht. Sind die Auslandschweizer der Gesetzgebung des Wohnsitzstaates unterworfen, so gilt gemäss Artikel 28 Ziffer 1 NAG der Wohnsitzgerichtsstand und es kommt das Wohnsitzrecht zur Anwendung. Eine Ausnahme besteht bezüglich der in der Schweiz gelegenen Liegenschaften, für welche der schweizerische Gerichtsstand am Ort der Sache und das schweizerische Recht zu beachten sind. Gemäss Artikel 28 Ziffer 2 NAG unterstehen Schweizer, die nach Massgabe der ausländischen Gesetzgebung dem Wohnsitzrecht nicht unterstellt sind, dem schweizerischen Recht; zuständig sind in diesem Fall die Behörden des Heimatkantons. Für das eheliche Güterrecht enthält Artikel 31 NAG eine ähnliche Norm.

Über die Auslegung von Artikel 28 NAG besteht keine vollständige Einigkeit. Die einen sehen in Artikel 28 NAG eine bedingte Sachnormverweisung (z. B. BGE 74 II 8; 78 II 200; 81 II 17, 319; 86 II 323 und 87 II 132), die andern eine Gesamtverweisung (vgl. Schlussbericht S. 36).

216.2 Die Regelung im Entwurf

Der Entwurf hat von einer Regelung im Sinne des NAG abgesehen. Dagegen wird eine differenzierte, den verschiedenen Aspekten des Auslandschweizer-schutzes Rechnung tragende Lösung vorgeschlagen. Ausgangspunkt ist die Einsicht, dass die Auslandschweizer unter speziellen Bedingungen leben und dass ihnen deshalb im IPR ein besonderer Schutz zuteil werden soll. Die vorgeschlagene Regelung lässt sich wie folgt charakterisieren:

Auf die Anliegen der Auslandschweizer wird in den einzelnen Sachgebieten, und zwar durch eine erweiterte Heimatzuständigkeit Rücksicht genommen. Diese ist in der Regel gegeben, wenn es dem Auslandschweizer nach den gesamten Umständen unmöglich ist, eine Klage oder Beschwerde an seinem Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt zu erheben. Diesem Sachverhalt ist der Fall gleichgestellt, wo dem Auslandschweizer ein Verfahren vor der ausländischen Behörde nicht zugemutet werden kann. Die vorgeschlagene Regelung wird noch durch die Bestimmung über die mehrfache Staatsangehörigkeit verstärkt (Art. 21). Besitzt eine Person neben der schweizerischen noch eine andere Staatsangehörigkeit, so wird für die Bestimmung der Zuständigkeit der Heimathörden nicht die effektive, sondern ausschliesslich die schweizerische Staatsangehörigkeit berücksichtigt. Dies hat zur Folge, dass auch dem ausländisch-schweizerischen Doppelbürger der Zugang zu den schweizerischen Gerichten ermöglicht wird, ohne zu prüfen, zu welcher Rechtsordnung die betreffende Person bzw. der zugrunde liegende Sachverhalt eine engere Beziehung aufweist.

Auch die Anwendung des schweizerischen Rechts wird dem Auslandschweizer soweit ermöglicht, als es zur Durchsetzung eines nach schweizerischer Auffassung berechtigten Rechtsanspruchs notwendig erscheint. Besteht z. B. für den Nachlass eines mit letztem Wohnsitz im Ausland verstorbenen Schweizers nach Artikel 85 eine Heimatzuständigkeit, so untersteht der Nachlass nach Artikel 89 Absatz 2 schweizerischem Recht. Hingegen wird die Anwendung des schweizerischen Rechts nicht zwangsläufig mit der Zuständigkeit der schweizerischen Behörden verbunden. Dafür besteht auch aus der Sicht des Auslandschweizers kein Bedürfnis.

Nach Artikel 28 Ziffer 1 NAG bezieht sich das ausländische Domizilrecht nicht auf Liegenschaften in der Schweiz. Für diese sind die *lex rei sitae* und das *forum rei sitae* vorbehalten. Diese Regelung ist vor allem für das Erbrecht von Bedeutung, wird doch auf diese Weise für den in der Schweiz liegenden Nachlass an unbeweglichen Sachen des mit letztem Wohnsitz im Ausland verstorbenen Schweizers die Anwendung des schweizerischen Pflichtteilsrechts gesichert. Der Gedanke hat in ähnlicher Form auch in den Entwurf Eingang gefunden. Einmal kann der Auslandschweizer nach den Artikeln 85 bzw. 89 Absatz 2 seinen Nachlass oder Teile davon dem schweizerischen Recht unterstellen. Zum anderen darf der schweizerisch-ausländische Doppelbürger mit letztem Domizil in der Schweiz keine *professio iuris* zugunsten des nicht schweizerischen Heimatrechts treffen (Art. 88 Abs. 2). Für diesen Fall bleibt allein das schweizerische Recht massgebend.

Auch in anderen Bestimmungen wird den besonderen Interessen der Auslandschweizer Rechnung getragen. Als Beispiel sei auf Artikel 35 Absatz 2 verwie-

sen, wonach eine Person mit Wohnsitz ausserhalb ihres Heimatstaates verlangen kann, dass ihr Name nach ihrem Heimatrecht eingetragen wird. Ein Auslandsschweizer kann zudem gemäss Artikel 36 Absatz 2 bei der Heimatbehörde eine Namensänderung verlangen.

Der Bundesrat ist der Auffassung, dass die vorliegende Regelung den Bedürfnissen der Auslandsschweizer besser Rechnung trägt, als dies nach den Artikeln 28 ff. NAG der Fall ist.

217 Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen

217.1 Im allgemeinen

Im fünften Abschnitt der Gemeinsamen Bestimmungen werden die allgemeinen Voraussetzungen für die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen festgelegt. Einer ausländischen Entscheidung gleichgestellt wird ein im Ausland ergangener Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Die zur Anerkennung und Vollstreckung unterbreitete ausländische Entscheidung kann von einer gerichtlichen oder einer administrativen, eventuell sogar von einer legislativen Behörde ergangen sein. In der Praxis werden diese Gemeinsamen Bestimmungen in erster Linie für die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Leistungsurteile anwendbar sein. Doch gelten sie grundsätzlich auch für Feststellungs- oder Gestaltungsurteile, die ihrer Natur nach zwar der Anerkennung, nicht aber der Vollstreckung bedürfen.

Für die Anerkennung im Ausland geschaffener Rechtsakte, insbesondere Statusakte, geht der Entwurf vom *favor negotii vel acti* und deshalb vom *favor recognitionis* aus. Der Bundesrat ist der Ansicht, dass durch einen im Ausland nach dem dortigen Recht gültig geschaffenen Rechtsakt ein soziales Faktum geschaffen wurde, das im Inland nicht ohne Not in Frage gestellt werden sollte. Eine Eheschliessung, die im Ausland gültig vollzogen ist, ist nach Möglichkeit anzuerkennen, weil ihre Nichtanerkennung letztlich nur zu Unsicherheiten führt und die durch die Eheschliessung ausgelösten sozialen Wirkungen ohnehin nicht zu zerstören vermag.

Nach Artikel 23 wird eine im Ausland ergangene Entscheidung in der Schweiz anerkannt, wenn der ausländische Urteilsstaat gemäss Artikel 24 international zuständig gewesen ist und wenn kein Verweigerungsgrund im Sinne von Artikel 25 vorliegt.

217.2 Zuständigkeit der ausländischen Behörde

Artikel 24 gibt an, unter welchen Voraussetzungen eine ausländische Gerichts- oder Verwaltungsbehörde von der Schweiz als zuständig erachtet wird, um einen Entscheid von der Art, wie er zur Anerkennung oder Vollstreckung vorliegt, zu erlassen. Die Zuständigkeit im Sinne von Artikel 24 ist nicht mit derjenigen nach den Artikeln 2–12 des Entwurfs zu verwechseln. Zwar geht es in beiden Fällen um die internationale Zuständigkeit. Während aber im zweiten Abschnitt der Gemeinsamen Bestimmungen jene Fälle geregelt sind, in denen eine schwei-

zerische Behörde die Zuständigkeit für die Beurteilung und Entscheidung eines ihr vorgelegten Sachverhalts in Anspruch nimmt (direkte Zuständigkeit), geht es im fünften Abschnitt darum, anzugeben, in welchen Fällen und unter welchen Voraussetzungen die Schweiz die Zuständigkeit einer ausländischen Behörde (indirekte Zuständigkeit) anerkennt.

Zwischen der direkten und der indirekten Zuständigkeit besteht eine gewisse Wechselwirkung. In den meisten Fällen räumt nämlich der Entwurf unter den gleichen Voraussetzungen, unter denen er eine schweizerische Zuständigkeit in Anspruch nimmt, auch einem anderen Staat eine entsprechende örtliche Kompetenz ein. Daneben gibt es aber einen Bereich, in welchem die Schweiz, sei es zum Schutz der Auslandschweizer, sei es im Interesse der in der Schweiz wohnenden Prozessparteien, die Zuständigkeit für die Beurteilung eines Sachverhalts in Anspruch nehmen muss, ohne im gleichen Umfang eine ausländische Zuständigkeit anerkennen zu können. So sieht der Entwurf z. B. den Gerichtsstand des Vertragserfüllungs- oder des Deliktsortes vor (Art. 110 bzw. Art. 126), anerkennt aber die Zuständigkeit eines ausländischen Gerichts in solchen Fällen nur, wenn die beklagte Partei im Zeitpunkt der Klageerhebung nicht in der Schweiz Wohnsitz hatte (vgl. Art. 145, Abs. 2, Bst. a und f). Dadurch wird der verfassungsrechtlichen Garantie des Wohnsitzrichters (Art. 59 Abs. 1 BV) Rechnung getragen.

Das Fehlen einer vollkommenen Spiegelbildlichkeit zwischen direkter und indirekter Zuständigkeit hat die Ausgestaltung der Regeln über die anerkannte Zuständigkeit stark beeinflusst. Während bei absoluter Spiegelbildlichkeit eine generell abstrakte Formel genügt hätte, ist wegen deren Fehlen eine umfangreiche, differenzierte Regelung erforderlich. Der erste Weg hätte den Vorteil der Kürze für sich; die nunmehr gewählte Lösung darf hingegen den Vorzug grösserer Genauigkeit und damit höherer Rechtssicherheit für sich beanspruchen.

Gleich wie die direkte, wird auch die indirekte Zuständigkeit in den einzelnen Kapiteln geregelt (vgl. z. B. Art. 37 (Name), Art. 48 (Ehewirkungen), Art. 63 (Ehescheidung), Art. 68 (Kindesverhältnis) oder Art. 145 (Schuldrecht)). Daneben erfüllt Artikel 24 eine subsidiär ergänzende Funktion. In diesem Sinn stellt er gleichsam das Gegenstück zu den in den Artikeln 2–12 geregelten Gerichtsständen dar. Er anerkennt z. B. die Gerichtsbarkeit des Staates, in dem der Beklagte im Zeitpunkt der Einleitung der Klage seinen Wohnsitz hatte (Bst. a). Ferner erwähnt Artikel 24 mit der Gerichtsstandsvereinbarung, der Einlassung und der Widerklage (Bst. b–d) drei Zuständigkeiten, die für alle Bereiche des speziellen Teils, in denen sie relevant werden können, anerkannt werden.

217.3 Verweigerungsgründe

Artikel 25 nennt abschliessend die Gründe, unter denen die Anerkennung eines ausländischen Entscheids in der Schweiz zu verweigern ist. Als Grund, der von Amtes wegen zu berücksichtigen ist, wird in Absatz 1 die Unvereinbarkeit des ausländischen Entscheides mit dem schweizerischen Ordre public angeführt. Der materielle schweizerische Ordre public ist verletzt, wenn die Anerkennung des Urteils zu einem Ergebnis führen würde, das in unverträglichem Wider-

spruch zur schweizerischen Rechtsauffassung steht. Zu beachten ist, dass nicht der ausländische Entscheid als solcher, sondern das Ergebnis seiner Anerkennung bzw. Vollstreckung in der Schweiz geprüft werden muss. Dieses Ergebnis darf den Grundsätzen der schweizerischen Rechtsordnung nicht diametral entgegenstehen. Ein allfälliger Widerspruch muss offensichtlich sein und angesichts der hiesigen Rechts- und Sittenauffassung unerträglich erscheinen (vgl. BGE 102 Ia 308, 574).

Die Ordre-public-Klausel ist eine Ausnahme Klausel und als solche restriktiv auszulegen. Dies gilt ganz besonders im Rahmen der Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheide. Hier hat man es jeweils mit Rechtsverhältnissen zu tun, über die im Ausland rechtskräftig bzw. endgültig entschieden worden ist. Durch Nichtanerkennung in der Schweiz entstünde vielfach ein hinderndes Rechtsverhältnis; deshalb ist der Ordre-public-Vorbehalt nur anzurufen, wenn der Widerspruch zu den Grundsätzen der schweizerischen Rechts- und Sittenauffassung gravierend ist. Die französischsprachige Doktrin spricht in diesem Zusammenhang treffend vom «ordre public atténué de la reconnaissance».

In Artikel 25 Absatz 2 werden weitere Gründe für die Verweigerung der Anerkennung eines ausländischen Entscheides angeführt. Im Gegensatz zu denjenigen nach Absatz 1 müssen diese Gründe von der an der Nichtanerkennung interessierten Partei nachgewiesen werden. Dabei handelt es sich zur Hauptsache um Verweigerungsgründe aus dem Schutzbereich des verfahrensrechtlichen Ordre public. Darunter fallen die gehörige Ladung, das faire Verfahren, die Gewährung des rechtlichen Gehörs, die Tatsache des bereits hängigen Verfahrens sowie das Vorliegen eines rechtskräftigen Entscheides. Dass für den Nachweis und die Geltendmachung dieser Einwendungen die betroffene Partei beigezogen wird, erscheint gerechtfertigt. Es handelt sich um Gesichtspunkte, denen die Partei am nächsten steht und an deren Abklärung sie ganz besonders interessiert sein muss. Unter den von den Parteien geltend zu machenden Verweigerungsgründen erwähnt der Entwurf auch die Verletzung des verfahrensrechtlichen Ordre public. Insofern liegt eine Abweichung von der herrschenden bundesgerichtlichen Rechtsprechung vor (BGE 105 Ib 47). Die Lösung des Entwurfs rührt daher, dass eine *ex officio*-Prüfung dieser Frage für den Anerkennungsrichter erfahrungsgemäss nur äusserst schwierig zu bewerkstelligen ist.

Macht die an der Nichtanerkennung interessierte Partei geltend, das im Ausland erfolgte Verfahren widerspreche den wesentlichen Grundsätzen der schweizerischen Rechtsordnung, so hat sie dies zumindest glaubhaft zu machen; erforderlichenfalls darf der Richter konkrete Beweise verlangen. Klassische Fälle des Verstosses gegen wesentliche Verfahrensregeln wären z. B. die Verweigerung des rechtlichen Gehörs im Sinne von Artikel 4 BV, die Nichtanerkennung wesentlicher Beweise oder die Nichtgewährung einer für die gehörige Vorbereitung der Verteidigung notwendigen Frist; ferner auch Machenschaften, die einer Prozesspartei den Rechtsmittelweg verbauen. Diese Verfahrensfehler sind vor allem bei sogenannten Versäumnisurteilen anzutreffen (vgl. BGE 102 Ia 308).

Die Anerkennungsbehörde hat sich im übrigen auf die Prüfung der Frage zu beschränken, ob die in den Artikeln 23 und 24 genannten Voraussetzungen erfüllt sind. Insbesondere darf sie gemäss Artikel 25 Absatz 3 den ausländischen Entscheid in der Sache selber, d. h. in materieller Hinsicht, nicht nachprüfen.

Die nicht gehörige Ladung einer Partei im ausländischen Verfahren wird durch vorbehaltlose Einlassung geheilt. In solchen Fällen kann davon ausgegangen werden, dass die Partei trotz Verfahrensfehlern hinreichend Gelegenheit gehabt hat, ihre Verteidigungsmittel einzusetzen. Der Anerkennungskläger kann dieser Einrede auch zum voraus begegnen, in dem er dem Anerkennungsbegehren von sich aus eine urkundliche Bescheinigung über die gültige Ladung des Beklagten beilegt. Im Falle eines Kontumazialurteils ist er zur Vorlage einer solchen Bescheinigung verpflichtet (Art. 27 Abs. 1 Bst. c).

Bezüglich der Einrede der Litispendenz und der *res iudicata* ist auf die enge Wechselbeziehung zwischen Artikel 25 Absatz 2 Buchstabe c und Artikel 9 hinzuweisen. Während Artikel 9 den Einfluss einer ausländischen Litispendenz auf die schweizerische direkte Zuständigkeit regelt, bezieht sich Artikel 25 Absatz 2 Buchstabe c auf die schweizerische Rechtshängigkeit bzw. *res iudicata* und auf deren Folgen für die Anerkenn- und Vollstreckbarkeit eines ausländischen Entscheides.

217.4 Anerkennungs- und Vollstreckungsverfahren

Artikel 26 sieht vor, dass die Vollstreckbarerklärung nur aufgrund eines Begehrens der daran interessierten Partei erfolgt. Als interessiert ist insbesondere die im ausländischen Verfahren obsiegende Partei anzusehen, die ihren Rechtsanspruch in der Schweiz durchsetzen will. Unter Umständen kann aber auch die im ausländischen Verfahren unterlegene Partei an einer Anerkennung in der Schweiz interessiert sein. Im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit wird es in der Regel diejenige Partei sein, die aufgrund des ausländischen Aktes Rechte für sich oder Dritte ableiten kann. Als Richtlinie für die Auslegung des Begriffs der interessierten Partei kann Artikel 6 VwVG (SR 172.021) sinngemäss berücksichtigt werden (vgl. P. Saladin, Das Verwaltungsverfahren des Bundes, Bern 1979, S. 85 ff.).

Artikel 27 bestimmt in Absatz 1, dass ein formelles, d. h. schriftliches Anerkennungs- oder Vollstreckungsbegehren an die zuständige Behörde des Kantons zu richten ist, in welchem der ausländische Entscheid seine Wirkung entfalten soll. Bei einem Registerentscheid wird dies der Kanton sein, in dem das betreffende Register geführt wird, im Falle eines Leistungsurteils der Kanton, in dem die Vollstreckung in das Vermögen erfolgen soll. Wer innerhalb des Kantons örtlich und sachlich zuständig ist, entscheidet sich aufgrund des kantonalen Rechts.

In den Buchstaben a–c werden die für die Anerkennung bzw. Vollstreckung erforderlichen Dokumente genannt. Als vollständiger Entscheid im Sinne von Buchstabe a gilt das Urteilsdispositiv einschliesslich allfälliger Urteilmotive. Kann aufgrund des ausländischen Verfahrensrechts das Urteil nicht motiviert werden, so ist von einer Nachreichung der Erwägungen abzusehen. Steht es jedoch um Anerkennung in der Schweiz nachsuchenden Partei frei, das ausländische Urteil begründen zu lassen, so kann der schweizerische Anerkennungsrichter diese Partei anweisen, einen begründeten Entscheid einzureichen. Die Beglaubigung hat durch die urteilende Behörde zu erfolgen. Dies gilt ebenfalls für die sogenannte Rechtskraftbescheinigung gemäss Buchstabe b und für ein Kontumazialurteil gemäss Buchstabe c.

Absatz 2 gibt derjenigen Partei, die dem schweizerischen Anerkennungs- bzw. Vollstreckungsverfahren opponiert, das Recht, angehört zu werden und die entsprechenden Beweismittel geltend zu machen. Diese Beweismittel dürfen sich aber nur auf Tatsachen erstrecken, die eine Anerkennung und Vollstreckung im Sinne des Entwurfs verhindern können. Bei vorfrageweiser Geltendmachung eines ausländischen Entscheides kann die angerufene Behörde selber darüber entscheiden, ob dieser in der Schweiz anerkennungs- bzw. vollstreckungsfähig ist (Abs. 3).

Artikel 28 stellt bezüglich den Anerkennungsbedingungen den im Ausland geschlossenen gerichtlichen Vergleich den dort ergangenen gerichtlichen Entscheidungen gleich, sofern dies nach dem Recht des Urteilsstaates vorgesehen ist (vgl. M. Guldener, ZPR, S. 397 f., Bst. b). Nicht erfasst werden damit die aussergerichtlich geschlossenen Vergleiche.

Artikel 29 weitet den eigentlichen Anwendungsbereich der Anerkennungs- und Vollstreckungsbestimmungen dieses Abschnittes sinngemäss auch auf Entscheide und Urkunden der freiwilligen Gerichtsbarkeit aus. Vom Entwurf grundsätzlich nicht erfasst sind jedoch die Anerkennung einstweiliger Verfügungen (zur Ausnahme vgl. z. B. Art. 94). Die Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche in der Schweiz richtet sich ausschliesslich nach dem entsprechenden New Yorker Übereinkommen vom 10. Juni 1958 (SR 0.277.12).

Artikel 30 sieht vor, dass ausländische Entscheide oder Urkunden, die den Status einer Person betreffen, aufgrund einer Verfügung der kantonalen Aufsichtsbehörde im Zivilstandswesen in die entsprechenden Register eingetragen werden. Diese Behörde muss die Eintragung bewilligen, wenn die Voraussetzungen nach diesem Entwurf erfüllt sind. Absatz 3 sichert den von einer Eintragung betroffenen Parteien im Sinne von Artikel 6 VwVG (SR 172.021) ein Anhörungsrecht zu, wenn nicht feststeht, ob ihre verfahrensmässigen Rechte im ausländischen Urteilsstaat hinreichend gewahrt worden sind (BGE 107 Ia 198).

22 Natürliche Personen

221 Grundsatz

Das zweite Kapitel enthält neben einem allgemeinen Grundsatz, der für die personenrechtlichen Verhältnisse das Wohnsitzprinzip für massgebend erklärt (Art. 31 Abs. 1), die Bestimmungen über die Rechts- und Handlungsfähigkeit, den Namen und die Namensänderung sowie die Verschollenerklärung; das Recht der juristischen Personen ist im neunten Kapitel geregelt.

Artikel 31 Absatz 1 bestätigt den Grundsatz von Artikel 2 NAG und hält, soweit der Entwurf nicht ausdrücklich etwas anderes vorsieht, für die Frage der Zuständigkeit und des anwendbaren Rechts an der Wohnsitzanknüpfung fest. Dieser Grundsatz blieb im Vernehmlassungsverfahren unbestritten.

Absatz 2 verweist für Ansprüche aus Persönlichkeitsverletzungen auf die Regeln, die für das Deliktsrecht gelten (Art. 129–138). Artikel 135 enthält im übrigen eine ausdrückliche Regelung für die durch Massenmedien begangenen Persönlichkeitsverletzungen. Die im Deliktsrecht allgemein festgehaltenen Anknüp-

fungsgrundsätze sind auch im Blick auf die Persönlichkeitsverletzungen gefasst worden.

222 Rechtsfähigkeit

Artikel 32 Absatz 1 gibt wortwörtlich Artikel 11 Absatz 1 ZGB wieder. Der Grundsatz, dass jedermann rechtsfähig ist, ist für das schweizerische Recht so selbstverständlich, dass man sich fragen könnte, ob er überhaupt ausdrücklich genannt werden muss. Aus folgenden Gründen scheint dies angebracht: Eine Rechtsordnung, die einer natürlichen Person die Rechtsfähigkeit absperrt, würde in der Schweiz als Verstoss gegen den *Ordre public* aufgefasst. Ist aber vor auszusehen, dass ein bestimmter Grundsatz sich immer durchsetzen wird, so kann man ihn auch ausdrücklich nennen. Es wäre unehrlich, die Rechtsfähigkeit beispielsweise an den Wohnsitz anzuknüpfen, aber jedesmal den *Ordre public* anzurufen, wenn das Wohnsitzrecht einer Person die Rechtsfähigkeit verweigern würde. Absatz 1 zeigt zudem eine generelle Geisteshaltung auf, die für den gesamten Entwurf gelten soll.

Vom Grundsatz, wonach jede natürliche Person rechtsfähig sein soll, ist die Frage von Beginn und Ende der Rechtspersönlichkeit zu unterscheiden. Die Voraussetzungen für Beginn und Ende der Rechtspersönlichkeit werden in den nationalen Rechtsordnungen unterschiedlich geregelt (vgl. z. B. die Rechte des *nasciturus*; den Zeitpunkt, an dem rechtlich relevantes Leben beginnt bzw. endet; die Überlebensvermutungen). Die Frage nach dem Vorhanden- oder Nichtvorhandensein der Rechtsfähigkeit erscheint immer als Vorfrage. Artikel 32 Absatz 2 unterstellt sie deshalb dem Wirkungsstatut, d. h. jenem Recht, welches das Rechtsverhältnis beherrscht, das die Existenz oder Nichtexistenz der Rechtsfähigkeit voraussetzt.

223 Handlungsfähigkeit

Das NAG hat die Handlungsfähigkeit dem Heimatrecht unterstellt (vgl. Art. 34 NAG in Verbindung mit Art. 10 des BG vom 22. Juni 1881 betr. die persönliche Handlungsfähigkeit; BGE 106 Ib 196). Die neue Tendenz im IPR will jedoch die Handlungsfähigkeit an das Recht des Ortes anknüpfen, an dem die Person lebt, und nicht mehr an den Heimatstaat, zu dem sie häufig weniger enge, wenn nicht gar zufällige Beziehungen hat. Der Vorentwurf sah die Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt vor. In der Vernehmlassung stiess diese Regelung auf Kritik; unter anderem wurde die Befürchtung geäussert, diese Anknüpfung könnte eine Quelle für Missbräuche sein. Da der gewöhnliche Aufenthalt relativ leicht gewechselt werden kann, wäre es möglich gewesen, dass eine in der Schweiz nicht handlungsfähige Person in einem andern Staat einen gewöhnlichen Aufenthalt begründet hätte und damit handlungsfähig geworden wäre. Nach ihrer Rückkehr in die Schweiz hätte sie sich auf die im Ausland erworbene Handlungsfähigkeit berufen können. Um solche Konsequenzen zu vermeiden, wird in *Artikel 33 Absatz 1* statt an den gewöhnlichen Aufenthalt an den Wohnsitz angeknüpft; dieser weist einen höheren Stabilitätsgrad auf.

Absatz 2 sichert eine gewisse Permanenz der Handlungsfähigkeit. Einer Person, die bereits rechtliche Selbständigkeit erlangt hat, sollte man diese nicht wieder entziehen. Absatz 2 bezieht sich praktisch auf den Fall, dass eine Person ihren Wohnsitz in einem Staat hatte, in dem sie durch Erreichen einer bestimmten Altersgrenze oder durch Heirat mündig geworden ist. Die einmal erworbene Handlungsfähigkeit soll durch einen Wohnsitzwechsel nicht gefährdet werden.

224 Verkehrsschutz

Artikel 34 ist eine Weiterentwicklung von Artikel 7 b NAG. Trotz der Anknüpfung der Handlungsfähigkeit an den Wohnsitz statt an die Nationalität ist eine solche Vorschrift nicht überflüssig; sie schützt nun nicht mehr gegenüber Ausländern, sondern allgemein gegenüber im Ausland wohnhaften Personen, die in einem anderen Staat Geschäfte abschliessen.

Bedenkt man, dass immer noch rund 90 Staaten ein höheres Mündigkeitsalter haben als die Schweiz, dass aber immer mehr Staaten zur Mündigkeit mit 18 Jahren übergehen, so wird deutlich, dass es für den inländischen Rechtsverkehr eine grosse Belastung wäre, wenn bei jeder Person der Wohnsitz und das dort geltende Recht überprüft werden müssten. Im Unterschied zu seinem NAG-Vorbild ist Artikel 34 allerdings nicht mehr bloss einseitig formuliert. Er schützt nicht nur den inländischen, sondern auch den ausländischen Rechtsverkehr. In Artikel 34 ist im übrigen ein allgemeiner Rechtsgrundsatz enthalten; derjenige, der sich in einen fremden Rechtsstaat begibt, soll die dort gültigen Regeln auch gegen sich gelten lassen müssen. Damit werden über Artikel 34 Geschäfte, die ein minderjähriger Schweizer in einem Land mit niedrigerem Mündigkeitsalter mit einem dort Wohnhaften abschliesst, auch in der Schweiz gültig. Dies erscheint durchaus richtig, nimmt doch auch die Schweiz keine Rücksicht auf fremdes höheres Mündigkeitsalter.

Dem Bedenken, heutzutage sei nicht nur der innerstaatliche Rechtsverkehr zu schützen, sondern man müsse die schweizerischen Jugendlichen auch davor bewahren, in den umliegenden Ländern mit mittlerweile niedrigerem Mündigkeitsalter Verpflichtungen einzugehen, wurde nicht Rechnung getragen. Es widerspräche dem Geist des Entwurfs, zu einem gerechten Ausgleich widerstreitender Interessen beizutragen, wenn einseitig der Schutz des Inländers oberstes Prinzip werden sollte. Berücksichtigt man die Minderjährigkeit des Ausländers in der Schweiz nicht, so muss man auch dem ausländischen Rechtsverkehr eine entsprechende Haltung zubilligen.

Artikel 34 gilt nur beim Abschluss von Rechtsgeschäften unter Anwesenden. Lediglich in solchen Fällen bedarf es des Vertrauensschutzes. Wird das Rechtsgeschäft schriftlich geschlossen, so ist der ausländische Wohnsitz des Minderjährigen für den Geschäftspartner deutlich erkennbar. Jede Erklärung ist gesondert auf ihre Wirksamkeit zu überprüfen. Problematisch ist der telefonische Vertragsabschluss über die Grenze. Für den Geschäftspartner ist nicht unbedingt erkennbar, wo der andere seinen Wohnsitz hat, wenn er angerufen wird. Die Klärung dieser Frage wird der Rechtsprechung überlassen.

Artikel 34 setzt als Ausnahmeregelung den guten Glauben der anderen Partei voraus; er will ganz allgemein dem Schutz des Vertrauens im Geschäftsverkehr

dienen. Den Nachweis des fehlenden Glaubens der anderen Partei hat der nach seinem Recht Handlungsunfähige zu erbringen. Diese Lösung ergibt sich schon aus Artikel 3 ZGB.

Wie schon im NAG soll die Ausnahmeregelung keine Anwendung finden, wenn es sich um familien- oder erbrechtliche Rechtsgeschäfte oder um solche handelt, die dingliche Rechte an Grundstücken betreffen (Art. 34 Abs. 2). In diesen Fällen, die in der Regel von erheblicher Bedeutung sind, ist kein Raum für die pauschale Vereinfachung des Rechtsverkehrs wie bei den übrigen Geschäften. Bei den Grundstücksgeschäften werden sowohl die obligatorischen Verpflichtungs- als auch die dinglichen Erfüllungsgeschäfte erfasst.

225 Name

225.1 Im allgemeinen

Der Name gehört zu den schwierigsten und letztlich auch zu den am wenigsten geklärten Fragen des IPR. Allerdings fällt auf, dass es nur wenige Gerichtsentseide gibt, die sich mit dem Problem befassen. In der Schweiz hat sich die Rechtslage seit dem Dahinfallen von Artikel 8 NAG stark geändert. In der Praxis sind in erster Linie die Registerbehörden mit dem Problem befasst. Diese sind anscheinend selbst unter der Herrschaft von alt Artikel 8 NAG für Ausländer in der Schweiz dem Territorialprinzip, für die Auslandschweizer dagegen dem Nationalitätsprinzip gefolgt. In der Zwischenzeit hat sich in der Praxis ein Wandel zu Gunsten des Wohnsitzprinzips vollzogen (VPB 45 IV, Nr. 69/70; BGE 106 II 103).

Kollisionsrechtlich stellt sich die Grundfrage, ob der Name selbstständig oder unselbstständig anzuknüpfen sei. Unselbständige Anknüpfung meint im Falle des Namens, dass das Recht des Staates, welches dasjenige Rechtsverhältnis beherrscht, mit dem eine Namensfolge verbunden ist, auch den Namen selbst regelt. Für den Registerbeamten wäre es auf der Grundlage dieses Entwurfs nicht immer leicht, das auf eine familienrechtliche Beziehung mit Namensfolge anzuwendende Recht festzustellen. In verschiedenen Fällen sieht der Entwurf für die Anknüpfung der familienrechtlichen Beziehung eine Kaskadenanknüpfung vor; in anderen Fällen stellt er die Feststellung des anwendbaren Rechts in gewissem Umfang in das Ermessen des Richters oder folgt er dem Willen der Parteien. Der Entwurf strebt nach einer einfachen und leicht handhabbaren Lösung. Er knüpft den Namen selbstständig an, bestimmt somit das Namensrecht unabhängig vom Kausalverhältnis. Dabei wird eine Möglichkeit gesucht, die in den meisten Fällen eine übereinstimmende Anknüpfung des familienrechtlichen Grundverhältnisses und der Namensfolge mit sich bringen wird. Sie geht grundsätzlich vom Wohnsitzprinzip aus, modifiziert dieses allerdings zugunsten des Heimatrechts.

Der Entwurf sieht eine detaillierte Regelung des Namensrechtes vor; neben dem auf den Namen anwendbaren Recht enthält er auch Bestimmungen über die Namensänderung, auch in Fällen, wo diese im Ausland stattgefunden hat (Anerkennung und Eintragung im Zivilstandsregister).

Im Vernehmlassungsverfahren waren die namensrechtlichen Vorschläge der Expertenkommission Gegenstand einer recht lebhaften Kritik, namentlich seitens der Zivilstandsbehörden. Vor allem wurde geltend gemacht, in Zivilstands-, namentlich in Namensfragen, müsse das Heimatrecht stärker berücksichtigt werden. Gestützt auf diese Kritik ist das ganze Namensrecht einer neuerlichen Prüfung unterzogen worden und sind am Vorentwurf verschiedene Änderungen angebracht worden. Auf die verschiedenen Neuerungen wird bei der Behandlung der einzelnen Artikel einzugehen sein.

225.2 Das auf den Namen anwendbare Recht

Der Vorentwurf sah wie der vorliegende Entwurf die Wohnsitzanknüpfung vor, gewährte aber nur den Auslandschweizern ein Wahlrecht zugunsten des Heimatrechts. Gegen diese Regelung meldeten vor allem die Zivilstandsbehörden Bedenken an. Sie wiesen darauf hin, der aufgehobene Artikel 8 NAG, der auf dem Heimatprinzip beruhte, habe gewohnheitsrechtlich nach wie vor eine gewisse Gültigkeit. Auch sei die Schweiz von Nachbarstaaten umgeben, die dem Heimatprinzip folgten. Der Übergang zum Wohnsitzprinzip würde deshalb zu grossen Schwierigkeiten führen.

Der Entwurf (*Art. 35 Abs. 1*) hält trotz dieser Einwände am Grundsatz der Wohnsitzanknüpfung fest, dies aus drei Gründen:

- Erstens entspricht diese Lösung der geltenden Rechtsprechung des Bundesgerichts. Dieses stellte in seinen neuesten Entscheiden fest, durch die ersatzlose Streichung von Artikel 8 NAG sei eine Lücke entstanden, die in Anlehnung an Artikel 2 NAG (Wohnsitzprinzip) zu schliessen sei (vgl. BGE 106 II 103, 106 II 236).
- Zweitens soll der Grundsatz des Wohnsitzprinzips, der ja den ganzen Entwurf durchzieht, nicht durch die Unterstellung des Namensrechtes unter das Heimatrecht durchbrochen werden. Eine solche Durchbrechung würde die dem Entwurf inhärente Symmetrie zerstören.
- Drittens wird durch die Formulierung, der Name einer Person mit Wohnsitz im Ausland unterstehe dem Recht, auf das das Wohnsitzrecht des Wohnsitzstaates verweist, eine gewisse Harmonisierung zwischen Wohnsitz- und Heimatrecht erreicht.

Die Berücksichtigung des ausländischen Kollisionsrechts hat allerdings zur Folge, dass im Einzelfall jeweils abzuklären sein wird, ob sich der Name von Auslandschweizern nach dem materiellen Recht des Wohnsitzstaates oder nach schweizerischem Recht bestimmt. Soweit für Schweizer mit Wohnsitz im Ausland Domizilrecht massgebend ist, sind allenfalls auch Namen in schweizerische Register einzutragen, die auf Grund von dem schweizerischen Namensrecht fremden Prinzipien erworben werden.

Nach Artikel 35 Absatz 2 kann jede Person verlangen, dass ihr Name dem Heimatrecht unterstellt wird. Damit wird einem weiteren Einwand der Zivilstandsbehörden Rechnung getragen.

225.3 Namensänderung

Die in *Artikel 36* geregelte Namensänderung geht von der Zuständigkeit der schweizerischen Behörden am Wohnsitz des Gesuchstellers aus (Abs. 1). Schweizer Bürger ohne Wohnsitz in der Schweiz können ihre Namensänderung bei der zuständigen Behörde des Heimatkantons beantragen (Abs. 2). Die Möglichkeit der Namensänderung in der Schweiz dürfte für den Auslandschweizer insbesondere dann von Bedeutung sein, wenn sich nach dem ausländischen Domizilrecht der Name nach dem Heimatrecht richtet oder wenn eine frühere Option rückgängig gemacht werden soll.

Die Namensänderung richtet sich in ihren Voraussetzungen und Wirkungen nach schweizerischem Recht (Abs. 3). Nach Artikel 30 ZGB ist eine Namensänderung zulässig, wenn wichtige Gründe vorliegen. Wichtige Gründe können namentlich dann gegeben sein, wenn der Name einer Person durch die Bestimmungen eines Staates geregelt ist, zu welchem sie in keiner engen Beziehung steht; das internationale Element ist somit unter dem Gesichtspunkt des wichtigen Grundes mitzuberücksichtigten. Dies dürfte dann eine besondere Rolle spielen, wenn eine Person ihren Wohnsitz vom Ausland in die Schweiz verlegt und ihren Namen nunmehr dem schweizerischen Namensrecht anpassen möchte.

Eine Namensänderung, die im Ausland erfolgt, ist in der Schweiz anzuerkennen, wenn sie im Wohnsitz- oder im Heimatstaat der betreffenden Person gültig ist (*Art. 37*). Nicht notwendig ist, dass die im Ausland erfolgte Namensänderung in einem Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit oder in einem gerichtlichen Verfahren ausgesprochen wurde. Es genügt, dass die Namensänderung rechtskräftig vollzogen wurde und im Wohnsitz- oder Heimatstaat als gültig anerkannt ist. Nach Artikel 37 ist auch die Namensänderung, die ein Auslandschweizer im Wohnsitzstaat vollzogen hat, von der Schweiz anzuerkennen, es sei denn, es handle sich um eine fraudulös ins Ausland verlegte Namensänderung.

Artikel 37 sieht bewusst davon ab, dass die Namensänderung im Ausland ähnlich wie in der Schweiz nur aufgrund einer richterlichen oder behördlichen Bewilligung erfolgen darf. In gewissen Staaten ist eine Namensänderung ohne behördliche Verfügung durchführbar (z. B. USA, England). Solche Namensänderungen können in der Schweiz anerkannt werden, wenn sie im Ausland zumindest unter Mitwirkung einer staatlichen Behörde (z. B. Erklärung vor einer Behörde) vollzogen worden sind.

Im Zusammenhang mit ausländischen Namen stellt sich das Problem, dass deren Schreibweise und Zusammensetzung oft nach Grundsätzen erfolgt, die uns nicht geläufig sind. Nichtlateinische Schriftzeichen, Adelstitel, Abwandlungen des Namens nach Geschlecht oder Zivilstand können bei der Eintragung in schweizerische Zivilstandsregister nicht berücksichtigt werden (BGE 106 II 103). Im Interesse einer einheitlichen Führung der schweizerischen Register sollen solche Besonderheiten ebenfalls einheitlich behandelt werden. Deshalb legt *Artikel 38* fest, dass der Name nach den schweizerischen Grundsätzen über die Registerführung in die Zivilstandsregister einzutragen ist. Diese Regelung entspricht der heutigen Praxis der Zivilstandsbehörden und der Rechtsprechung des Bundesgerichts (vgl. BGE 106 II 103).

226 Verschollen- und Todeserklärung

Die schweizerischen Behörden sind für die Verschollenerklärung zuständig, wenn die Person ihren letzten bekannten Wohnsitz in der Schweiz hatte. Die Anknüpfung an den letzten Wohnsitz ergibt sich schon daraus, dass der gegenwärtige Aufenthalt oder Wohnsitz der Person nicht bekannt ist. Mit der Zuständigkeit am letzten Wohnsitz der Person wird auch eine Parallelität zum Erbrecht hergestellt.

Auch ohne letzten Wohnsitz der Person in der Schweiz sind die schweizerischen Behörden für eine Verschollenerklärung zuständig, wenn hierfür schweizerischerseits ein schützenswertes Interesse besteht. Der wichtigste Fall dürfte sein, dass eine Person, die in der Schweiz Vermögenswerte besitzt, verschollen ist und dass weder am letzten Wohnsitz noch im Heimatstaat eine anerkennungsfähige Verschollen- oder Todeserklärung erwirkt werden kann. Die Erfahrungen der Vergangenheit haben die Notwendigkeit einer solchen, auf die schweizerischen Vermögenswerte beschränkten Verschollenerklärung aufgezeigt (vgl. BB vom 4. Mai 1962 über die in der Schweiz befindlichen Vermögen rassistisch, religiös oder politisch verfolgter Ausländer oder Staatenloser; BBl 1962 I 933).

Sind die schweizerischen Behörden nach *Artikel 39 Absätze 1 oder 2* zuständig, so richten sich die Voraussetzungen und Wirkungen der Verschollenerklärung nach schweizerischem Recht. Es besteht somit ein Gleichlauf von Zuständigkeit und anwendbarem Recht. Eine im Ausland erfolgte Verschollen- oder Todeserklärung wird in der Schweiz anerkannt, wenn diese im Wohnsitz- oder im Heimatstaat ausgesprochen wurde (*Art. 40*).

23 Eherecht

231 Im allgemeinen

Das Eherecht war schon im NAG ausführlich geregelt (vgl. Art. 7 c-7 i, 19-21 NAG). Die Aufgabe des Entwurfs besteht vor allem in der Ergänzung und Erneuerung der bisherigen Regelung. Dabei können allerdings nicht bloss einige Lücken ausgefüllt oder gewisse Anpassungen an die neuere Praxis vorgenommen werden. Gerade im Eherecht hat die Rechtsprechung in den letzten Jahren eine Richtung eingeschlagen, die an den Grundfesten des bisherigen Systems rührt. Erwähnt seien etwa die Entscheidungen in Sachen *Cardo* (BGE 94 II 65), *Dal Bosco* (BGE 97 I 389) oder *Paiano* (BGE 102 Ib 1). Ferner befindet sich unser materielles Eherecht in Revision (vgl. Entwurf zur Änderung des ZGB – Wirkungen der Ehe, Ehegüterrecht und Erbrecht; BBl 1979 II 1191). Ähnlich verhält es sich in unseren Nachbarstaaten, die in den letzten Jahren wesentliche Teile des materiellen und zum Teil auch des kollisionsrechtlichen Eherechts erneuert haben, so z. B. Frankreich, Italien, die Bundesrepublik Deutschland, Österreich und Spanien.

Auch auf internationaler Ebene sind wichtige Reformarbeiten unternommen worden, insbesondere im Rahmen der CIEC (Übereinkommen vom 10. September 1964 über die Eheschliessung im Ausland und vom 8. September 1967 über die Anerkennung von Entscheidungen betr. das Eheband) und der Haager Kon-

ferenz (Übereinkommen vom 1. Juni 1970 über die Anerkennung von Scheidungen und Trennungen, [SR 0.211.212.3], vom 2. Oktober 1973 über das auf Unterhaltspflichten anzuwendende Recht [SR 0.211.213.01], vom 14. März 1978 über die Eheschliessung und die Anerkennung der Gültigkeit der Ehe sowie vom 14. März 1978 über das auf die güterrechtlichen Verhältnisse anzuwendende Recht). All diesen Neuerungen war im Entwurf Rechnung zu tragen.

Das internationale Eherecht der Schweiz, insbesondere die Eheschliessung und Ehescheidung, war bislang vom Postulat des Einklangs mit dem Heimatrecht der beteiligten Personen beherrscht. So können ausländische Nupturienten hier nur heiraten, wenn jeder von ihnen die Ehevoraussetzungen seines Heimatrechts erfüllt (Art. 7c NAG). Ähnlich kann ein ausländischer Ehegatte nur auf Scheidung klagen, wenn er nachweist, dass in seiner Heimat der geltend gemachte Scheidungsgrund zugelassen und der schweizerische Gerichtsstand anerkannt ist (Art. 7h Abs. 1 NAG).

Konsequent angewendet, hätte dieses Prinzip zur Folge, dass bei Doppelbürgern oder bei Angehörigen verschiedener Staaten (*mariages mixtes*) jeweils das strengere Recht über die Zulässigkeit der Eheschliessung bzw. der Scheidung entscheiden würde (vgl. A. Bucher, Grundfragen der Anknüpfungsgerechtigkeit im internationalen Privatrecht, Basel 1975, S. 139ff.; Pi-Song Tsai, Ehescheidung, Anerkennung ausländischer Ehescheidungen und Wiederverheiratung im internationalen Privatrecht, Zürich 1975, S. 58ff.).

Die Problematik ist vor allem im Scheidungsrecht aktuell geworden, wo der Einklang mit dem Recht des ausländischen Heimatstaates nie vollständig durchgehalten werden konnte. Zunächst war für Schweizer Bürger eine Ausnahme vorzusehen. Wo sie als Kläger auftraten, wurde die Scheidung der schweizerisch-ausländischen «*mariage mixte*» als rein inländische Scheidung betrachtet (sog. Ferrari-Prinzip), selbst bei letztem gemeinsamem Wohnsitz der Ehegatten im Ausland. Auf die Anerkennbarkeit des Urteils durch den Heimatstaat des ausländischen Beklagten musste in solchen Fällen nicht mehr geachtet werden (BGE 27 I 180, 33 II 12, 40 I 418). Aber auch gegenüber den ausländischen Doppelbürgern und den ausländisch-ausländischen Mischehen, auf die das Prinzip der Kumulation lange Zeit angewendet wurde (BGE 59 II 113f.), muss die ursprüngliche Zielsetzung von Artikel 7h NAG seit dem bundesgerichtlichen Entscheid i. S. Cardo (BGE 94 II 65) als aufgegeben betrachtet werden. Dieser Entscheid hat das Prinzip der Rücksichtnahme auf den Heimatstaat in zweifacher Hinsicht eingeschränkt. Einmal muss der ausländische Kläger die in Artikel 7h NAG geforderten Nachweise nur mehr für sein eigenes, nicht mehr auch für das Heimatrecht des Beklagten erbringen. Und zum anderen muss ein Mehrstaater diesen Nachweis nicht für alle, sondern nur für jenes seiner Heimatrechte erbringen, das der schweizerischen Rechtsauffassung am nächsten steht (BGE 94 II 73).

Der Grundsatz der Rücksichtnahme auf das ausländische Heimatrecht musste sich auch im Bereich der Eheschliessung nachhafte Abstriche gefallen lassen, insbesondere bezüglich der Wiederverheiratung von Ausländern, die Angehörige eines scheidungsfeindlichen Staates sind und deren erste Ehe (zumeist eine «*mariage mixte*») in einem scheidungsfreundlichen Staat geschieden wurde. Solchen Personen gegenüber wirkt sich die konsequente Anwendung des Hei-

matprinzips wie folgt aus: Ihre Ehe gilt zwar im Scheidungsstaat als aufgelöst, wird aber vom Heimatstaat als fortbestehend angesehen. Will eine solche Person unter der Herrschaft einer Rechtsordnung, welche die Ehevoraussetzungen ausnahmslos dem Heimatrecht unterstellt – wie dies bei Artikel 7 c Absatz 1 NAG der Fall ist –, eine zweite Ehe eingehen, so steht ihr das *impedimentum ligaminis* des Heimatrechts entgegen. In der Schweiz wurde dieses Prinzip trotz heftigster Kritik seitens der Doktrin während Jahren hartnäckig durchgehalten.

Die bundesgerichtliche Rechtsprechung führte in der Praxis zu derart stossenden Ergebnissen, dass verschiedene kantonale Zivilstandsbehörden anfangen, sich darüber hinwegzusetzen (vgl. E. Götz, ZZW 1969, 180).

Angesichts der massiven Kritik begann das Bundesgericht, die Rücksichtnahme auf den Heimatstaat abzuschwächen. Eine erste Abschwächung erfolgte im Entscheid Dal Bosco (BGE 97 I 389). Darin wurde erklärt, die in einem Drittstaat durchgeführte, nach Heimatrecht unzulässige Wiederverheiratung werde in der Schweiz anerkannt, sofern – was *in casu* zutrif – der Drittstaat nicht Vertragspartei des Haager Eheschliessungsabkommens von 1902 sei. Nachdem die Schweiz das genannte Abkommen auf den 1. Juni 1974 gekündigt hatte, war ein weiterer Schritt in Richtung Abschwächung des Heimatprinzips getan. Die endgültige Abkehr vom eherechtlichen Leitmotiv des NAG erfolgte schliesslich im Entscheid Paiano (BGE 102 Ib 1). Vor die Frage gestellt, ob eher den Rechtswirkungen eines schweizerischen Scheidungsurteils oder der Anknüpfung im Sinne von Artikel 7 c Absatz 1 NAG der Vorzug zu geben sei, erklärte das Bundesgericht: «Il convient de confirmer la prééminence reconnue à l'effet du jugement de divorce (...) sur le renvoi de l'article 7 c LRDC au droit national» (a. a. O., S. 7).

Nachdem der Grundsatz der Rücksichtnahme auf das Heimatrecht in Frage gestellt war, waren für das Eherecht zunächst neue Zielvorstellungen zu formulieren. Der Bundesrat glaubt, sie in den folgenden Gesichtspunkten gefunden zu haben:

- Der Gerichtsbarkeit kommt im internationalen Ehe- und Familienrecht je länger je mehr die Funktion eines «service public» zu. Während noch vor wenigen Jahrzehnten gut situierte Nobilitäten von den Möglichkeiten des IPR Gebrauch gemacht haben, sind heute eher die sozial schwächeren Klassen darauf angewiesen. Ihnen fehlen zumeist die Mittel, um im fernen Ausland zu prozedieren. Wird ihnen der Zugang zu den Gerichten ihres jeweiligen Lebenszentrums verwehrt, so kommt dies vielfach einer faktischen Rechtsverweigerung gleich. Deshalb ist der Entwurf im Ehe- und Familienrecht bestrebt, an die schweizerische Zuständigkeit nicht zu hohe Anforderungen zu stellen. Bei Ausländern bedeutet dies vorwiegend ein Abstellen auf den gewöhnlichen Aufenthalt, während für Auslandschweizer subsidiär ein schweizerisches Heimatforum zur Verfügung stehen soll.
- Beim anwendbaren Recht wird vor allem nach der engsten Beziehung und damit nach der sozialen Einbettung, nach der Assimilation oder Integration eines Rechtsverhältnisses in eine bestimmte Rechtsordnung gefragt. Dabei geht es nur selten um die Assimilation bloss einer Person. Oft sind Gruppenbeziehungen zu berücksichtigen, etwa diejenigen zwischen Ehegatten oder

zwischen Eltern und Kindern. In solchen Fällen muss entweder auf die engste Beziehung jeder der beteiligten Personen oder, wo es möglich ist, auf die Beziehung der Gruppe als Gesamtheit abgestellt werden. Dies erklärt, weshalb im Familienrecht die Tendenz zur Kaskadenanknüpfung recht ausgeprägt ist. Weiter war jeweils auf Gesichtspunkte wie Gleichberechtigung oder auch darauf zu achten, ob der anzuknüpfende Sachverhalt statusrechtlicher oder vermögensrechtlicher Natur sei.

- Im Ehe- und Familienrecht steht die Wohnsitz- und die Heimatanknüpfung und damit die Frage im Vordergrund, welchem dieser beiden Rechte der Vorrang einzuräumen sei. Der Entwurf versucht, zur Lösung dieser Frage objektive Kriterien aufzustellen. Wo dies nicht mehr geht, ist eine gewisse Tendenz zur Parteiautonomie feststellbar, z. B. im Güter- oder Erbrecht (Art. 50, 93, Abs. 2). Der Bundesrat ist sich bewusst, dass dies im Ergebnis zur Wahl des günstigeren Rechts führen kann. Doch besser als eine formale Verlegenheitsanknüpfung ist es, wenn in solchen Fällen die Parteien selber die engste Beziehung aufzeigen können.

232 Eheschliessung

232.1 Vorbemerkungen

Der Entwurf verzichtet auf eine Regelung des Verlöbnisses. Im materiellen Recht verliert das Verlöbniß zusehends an Bedeutung, und auch in der kollisionsrechtlichen Praxis stellen sich hierzu nur sehr selten Fragen. Es hat sich gezeigt, dass für eine sachgerechte Regelung zwischen den Voraussetzungen und den Wirkungen des Verlöbnisses zu unterscheiden wäre und dass innerhalb der Wirkungen weitere Differenzierungen vorgenommen werden müssten. Dies alles würde eine Regelungsfülle bedingen, die mit der praktischen Bedeutung des Verlöbnisses nicht in Einklang stünde.

Für die Eheschliessung selber hat sich gezeigt, dass die bisherige Regelung (Art. 7 a-7 e NAG) nicht mehr zu genügen vermag. Bei der Neuregelung waren folgende Gesichtspunkte massgebend: Wenn zumindest ein Partner Schweizer Bürger ist oder seinen Wohnsitz in der Schweiz hat, soll die Eheschliessung in unserem Land möglichst erleichtert werden. Andererseits war man bestrebt, der in der Schweiz erfolgten Eheschliessung eine möglichst grosse Wirksamkeit im Ausland zu sichern. Zur Erreichung dieser Ziele verzichtet der Entwurf auf eine starre Anknüpfung an das Wohnsitz- oder Heimatrecht eines oder beider Nupturienten. Ausgehend vom schweizerischen Recht räumt er dem ausländischen Recht in dem Mass Platz ein, als dies für die internationale Wirksamkeit der Ehe angezeigt erscheint.

Auf eine Regelung der Ehenichtigkeitsklage wird verzichtet. Die Interessenlage bei der Ehenichtigkeit entspricht weitgehend derjenigen bei der Scheidung, so dass sich eine entsprechende Anwendung der betreffenden Bestimmungen aufdrängt. Diese analoge Beurteilung kann sehr wohl auch auf die Nichtigkeitsklage Dritter erstreckt werden. Bei der Klage auf Nichtigkeit der Ehe steht die Frage zur Diskussion, ob die Ehe gültig geschlossen wurde. Grundsätzlich ist deshalb von der Anwendung des Rechts, das auf die Voraussetzungen der Ehe-

schliessung Anwendung gefunden hat, auszugehen. Abweichungen davon müssen jedoch vorbehalten bleiben, insbesondere im Hinblick auf eine spätere Validierung eines Mangels durch einen Wechsel der Staatsangehörigkeit oder des Wohnsitzes; entscheidend sind hier die Umstände des Einzelfalles.

232.2 Zuständigkeit

Für Verlobte, von denen einer Wohnsitz in der Schweiz hat, oder Schweizer Bürger ist, besteht nach *Artikel 41 Absatz 1* ein Anspruch gegenüber den schweizerischen Zivilstandsbehörden auf Trauung in der Schweiz, sofern die materiellen Voraussetzungen nach Artikel 42 erfüllt sind. In diesem Fall erscheint die Bindung an die Schweiz genügend stark, um eine grundsätzliche Zuständigkeit der schweizerischen Zivilstandsbehörden zu begründen. Dabei genügt es, dass einer der Verlobten auch Schweizer Bürger ist, ohne dass es auf die effektive Staatsangehörigkeit ankommt.

Für die Eheschliessung zwischen Ausländern, von denen keiner Wohnsitz in der Schweiz hat, ist die schweizerische Zuständigkeit in das pflichtgemässe Ermessen der Behörden gestellt (Art. 41 Abs. 2). Eine Eheschliessung kann nur bewilligt werden, wenn nachgewiesen ist, dass die Ehe im Wohnsitz- oder Heimatstaat beider Verlobten anerkannt wird. Die Zivilstandsbehörde wird dabei das Interesse der Verlobten an einer Eheschliessung in der Schweiz gegen eine möglicherweise nicht überall anerkannte schweizerische Ehe abwägen müssen. Namentlich wird sie prüfen müssen, ob die Eheschliessung nur deshalb in der Schweiz erfolgen soll, um ein im Wohnsitz- oder Heimatstaat bestehendes Ehehindernis zu umgehen, und sie wird die Eheschliessung verweigern, sofern dieses Hindernis von der Schweiz als aner kennenswert betrachtet wird. Der Kanuvorschritt liegt das Bestreben zugrunde, der ungehinderten Inanspruchnahme der schweizerischen Zivilstandsbehörden gewisse Grenzen zu setzen. Die Traubewilligung darf jedoch nicht verweigert werden, wenn die schweizerische Ehe im Wohnsitz- oder Heimatstaat eines der Verlobten nur deswegen nicht anerkannt wird, weil eine in der Schweiz ausgesprochene und anerkannte Scheidung im betreffenden Staat nicht anerkannt wird (Art. 41 Abs. 3). Diese Bestimmung folgt der Regelung, die mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung in Sachen Dal Bosco (BGE 97 I 389), Ventura (BGE 99 II 4) und Paiano (BGE 102 Ib 1) eingeleitet wurde. Sie entspricht auch der internationalen Tendenz, die sich in den Artikeln 11 der Haager Übereinkommen vom 1. Juni 1970 über die Anerkennung von Ehescheidungen und Ehetrennungen (SR 0.211.212.3) und vom 14. März 1978 über die Eheschliessung und die Gültigkeit der Ehe abzeichnet.

232.3 Anwendbares Recht

Bei Trauung in der Schweiz richten sich die materiellen Voraussetzungen der Eheschliessung grundsätzlich nach schweizerischem Recht (*Art. 42 Abs. 1*). Eine eingehende Prüfung der möglichen Anknüpfungen hat ergeben, dass weder die bisherige Lösung, die auf das Heimatrecht jedes Verlobten abstellt (Art. 7c NAG), noch eine andere distributive Anknüpfung zu befriedigen vermag. Erwo-

gen wurde auch die Möglichkeit einer Rechtswahl, doch wurde davon abgesehen in der Meinung, eine derartige Entscheidung könne dem überwiegenden Teil der Brautleute kaum zugemutet werden. Die Prüfung der sich stellenden Rechtsfragen muss in diesem Bereich den Behörden übertragen bleiben. Ausnahmsweise kann von der Massgeblichkeit des schweizerischen Rechts abgewichen und eine Bewilligung zur Eheschliessung in der Schweiz auch dann erteilt werden, wenn die materiellen Voraussetzungen zwar nicht nach schweizerischem, wohl aber nach dem ausländischen Heimatrecht erfüllt sind (Art. 42 Abs. 2). Die Ehevoraussetzungen des schweizerischen Rechts können strenger sein als diejenigen des Heimatrechts, namentlich bezüglich der Ehemündigkeit und der Verwandtschaftsgrade. In solchen Fällen scheint es angebracht, an Stelle des schweizerischen auf das ausländische Heimatrecht der Brautleute zurückzugreifen, wobei der *Ordre public* natürlich immer vorbehalten bleibt. Sind die Brautleute verschiedener Nationalität, so genügt es, wenn die Ehevoraussetzungen nach einem der Heimatrechte erfüllt sind. Besitzt eines der Brautleute mehrere Staatsangehörigkeiten, so ist – wie bei allen Fragen des anwendbaren Rechts – die effektive Staatsbürgerschaft ausschlaggebend (Art. 21 Abs. 2).

Durch die subsidiäre Berücksichtigung des Heimatrechts wird eine Idee des heute geltenden Artikels 7 c NAG übernommen. Er trägt dem Leitgedanken des *favor matrimonii* Rechnung, ohne allerdings den Grundgedanken des Entwurfs, die primäre Anknüpfung an das Wohnsitzrecht, in Frage zu stellen.

232.4 Form

Artikel 42 Absatz 3 entspricht der bereits in Artikel 7 c Absatz 2 NAG vorgesehenen Regelung. Der Bundesrat sieht keine Veranlassung, von der in der schweizerischen Rechtstradition verankerten Priorität der Zivilehe abzugehen. Nur eine Ziviltrauung kann zu einer in der Schweiz gültigen Ehe führen. Selbstverständlich bleibt es den Eheleuten unbenommen, anschliessend an die zivile Trauung sich auch kirchlich trauen zu lassen. Diese im ZGB verankerte Regelung kann auch bei Sachverhalten mit Auslandsberührung keinen Einbruch ertragen.

Nach Artikel 5 Buchstabe f des Wiener Übereinkommens vom 24. April 1963 über konsularische Beziehungen (SR 0.191.02) bestehen die konsularischen Aufgaben namentlich darin, notarielle, zivilstandsamtliche und ähnliche Befugnisse auszuüben, sowie bestimmte Verwaltungsaufgaben wahrzunehmen, soweit die Gesetze und sonstige Rechtsvorschriften des Empfangsstaates dem nicht entgegenstehen.

Im schweizerischen Recht wird die Ausübung zivilstandsamtlicher Befugnisse als hoheitlicher Akt betrachtet, der in der territorialen Souveränität begründet ist. Der Bund behält deshalb die Ausübung zivilstandsamtlicher Befugnisse – zum Beispiel die Eheschliessung – nur den Zivilstandsbeamten der schweizerischen Zivilstandsämter vor. Der Bundesrat sieht auch heute keinen Grund dafür, in der Schweiz die diplomatische oder die konsularische Eheschliessung zuzulassen. In einem Staat wie der Schweiz, in dem eine geordnete Durchführung und Beurteilung der Eheschliessung gewährleistet ist, besteht für eine solche

Trauungsform kein Interesse. Offenzulassen ist demgegenüber die Frage, was von einer tatsächlich in der Schweiz vor einem Priester oder Konsul geschlossenen und nach ausländischem Heimat- oder Wohnsitzrecht gültigen Ehe zu halten ist. Hier kann nur im Einzelfall sachgerecht entschieden werden.

Der Umstand, dass die Schweiz nur die zivile Trauung kennt, während verschiedene Staaten nur die nach religiöser Form geschlossene Ehe als gültig betrachten, darf nicht dazu führen, dass die Ziviltrauung von der Bereitschaft zu einer nachträglichen religiösen Trauung abhängig gemacht wird. Der Zivilstandsbeamte kann höchstens auf die Möglichkeit der Nichtanerkennung im Ausland aufmerksam machen. Der Bundesrat behält sich vor, eine entsprechende Bestimmung in die Zivilstandsverordnung aufzunehmen. Die Regelung der Trauhandlung und anderer Formfragen ist nicht Aufgabe des Entwurfs; sie sind in der Zivilstandsverordnung zu regeln.

232.5 Eheschliessung im Ausland

Bei der Anerkennung von im Ausland geschlossenen Ehen drängt sich eine liberale Haltung auf. Die Gültigkeit einer Ehe nachträglich in Frage zu stellen, bedeutet einen schwerwiegenden Eingriff. Insbesondere lässt sich dadurch eine sogenannte hinkende Ehe nicht aus der Welt schaffen. Nach *Artikel 43* genügt es, wenn die ausländische Ehe, die im Staat der Eheschliessung gültig ist, dem Recht des Wohnsitz- oder Heimatstaates wenigstens eines Ehegatten entspricht.

233 Wirkungen der Ehe

233.1 Im allgemeinen

Der Abschnitt über die persönlichen Ehwirkungen erfasst nicht alle aus der Ehe sich ergebenden Rechtswirkungen. Geregelt sind vor allem die persönlichen Beziehungen der Ehegatten untereinander sowie die aus der Ehe sich ergebenden Rechtswirkungen nach aussen. Nicht unter diesen Abschnitt fallen das eheliche Güterrecht (Art. 49 ff.), die Beziehungen der Ehegatten zu den Kindern (Art. 64 ff.) und das gesetzliche Erbrecht unter Ehegatten (Art. 84 ff.). Diese Fragen sind andernorts geregelt, ebenso der Ehenamen (Art. 36), das eheliche Domizil (Art. 19) und das Bürgerrecht (Art. 20).

233.2 Zuständigkeit

Die schweizerische Zuständigkeit zur Beurteilung von Klagen oder Massnahmen auf dem Gebiet der ehelichen Rechte und Pflichten ist in den Artikeln 44 und 45 geregelt. Der Entwurf unterscheidet zwischen der ordentlichen und der subsidiären Zuständigkeit.

Nach *Artikel 44* ist die schweizerische Zuständigkeit ordentlicherweise begründet, sobald ein Ehegatte seinen Wohnsitz oder, wenn ein solcher fehlt, seinen gewöhnlichen Aufenthalt in der Schweiz hat. Gleichgültig ist, ob es sich um denjenigen des Klägers oder des Beklagten handelt.

In der schweizerischen Doktrin und Praxis war bisher umstritten, ob bei Massnahmen zum Schutz der ehelichen Gemeinschaft die für das Scheidungsrecht geltende Regelung analog anzuwenden sei, d. h. ob in Anlehnung an Artikel 7 h NAG in Verbindung mit Artikel 144 ZGB der Richter am Wohnsitz des Klägers ausschliesslich zuständig sei. Diese Frage wurde im BGE 100 II 65 (Garcia) verneint. Der Entwurf folgt dieser Rechtsprechung. Gegen die ausschliessliche Zuständigkeit am Wohnsitz des Klägers sprechen mehrere Gründe. Einmal stellt sie eine schweizerische Eigenart dar, die eine unnötige Disharmonie zu ausländischen Rechtsordnungen schafft und für die im Ausland je länger je weniger Verständnis zu finden ist. Zum anderen bedeutet der Gerichtsstand am Wohnsitz des Beklagten eine wesentliche Erleichterung der Rechtsverfolgung. Auch kommt es bei dieser Art Klagen stark auf die persönlichen Verhältnisse der Beteiligten an; für deren Beurteilung ist der Wohnsitzrichter des Beklagten in der Regel am besten in der Lage. Trotz der Vorteile, die der Gerichtsstand des Beklagten aufweist, kann auf das Forum des Klägers nicht ganz verzichtet werden; gerade im Bereich der persönlichen Ehwirkungen ist man im Interesse des hilfesuchenden oder verlassenen Ehegatten vielfach auf rasche Entscheidungen angewiesen.

In Artikel 10 ist die generelle Befugnis schweizerischer Gerichte und Behörden zur Anordnung vorsorglicher Massnahmen enthalten. Deshalb wird hier auf eine zusätzliche Vorschrift für das Eherecht verzichtet.

Artikel 44 gilt auch für die Unterhaltsklagen zwischen nicht gerichtlich getrennten oder geschiedenen Ehegatten. Während in dieser Frage die Rechtsanwendung und die Vollstreckung durch die Haager Übereinkommen vom 2. Oktober 1973 über das auf Unterhaltspflichten anzuwendende Recht (SR 0.211.213.01) bzw. über die Anerkennung und Vollstreckung von Unterhaltsentscheidungen (SR 0.211.213.02) vereinheitlicht sind, bleibt die internationale Zuständigkeit weiterhin Sache des nationalen Rechts. Dabei empfiehlt sich, sowohl das Forum des Klägers wie dasjenige des Beklagten zuzulassen, ist doch ihre Anerkennung durch das eben genannte Haager Unterhalts-Vollstreckungsübereinkommen von 1973 gesichert.

Der Bundesrat hat geprüft, ob in Fällen, in denen beide Ehegatten Schweizer Bürger sind, die Annahme eines ordentlichen schweizerischen Gerichtsstandes gerechtfertigt wäre. Wenn er schliesslich am Vorrang des Wohnsitz- bzw. Aufenthaltsgeschäftsstandes festgehalten hat, so war hierfür insbesondere der Gesichtspunkt der Sachnähe ausschlaggebend.

Hingegen soll die Heimatzuständigkeit in den Fällen offenstehen, in denen im Ausland der Weg zum ordentlichen Richter nicht gewährleistet ist, sei es, weil die ausländische Rechtsordnung keinen entsprechenden Rechtsschutz kennt, oder weil dem Auslandschweizer die Anrufung eines ausländischen Gerichts nicht zugemutet werden kann.

Nach Artikel 45 steht die Möglichkeit, den schweizerischen Heimattrichter anzurufen, beiden Ehegatten zu gleichen Bedingungen offen, selbst wenn nur der beklagte Teil Schweizer Bürger ist. Diese Regelung drängt sich schon aus Gründen der Gleichberechtigung und der gleichen Prozesschancen auf.

233.3 Anwendbares Recht

Unter den ehelichen Rechten und Pflichten lassen sich im wesentlichen zwei Kernbereiche unterscheiden. Der eine betrifft vor allem die nach aussen gerichteten Wirkungen der Ehe (Vertretung der Gemeinschaft nach aussen, Einfluss der Ehe auf die Handlungs-, Geschäfts-, oder Prozessfähigkeit der Ehegatten, Befugnis zur Ausübung einer beruflichen Tätigkeit), der andere hat eher die innergemeinschaftlichen Beziehungen zum Gegenstand. Während für den ersten Bereich das Recht des Wohnsitzes als das jeweilige Umweltrecht angezeigt erscheint, kann man sich beim zweiten Bereich, der bisweilen stark durch Verhaltensweisen des Herkunftslandes geprägt ist, fragen, ob sich nicht eine gewisse Berücksichtigung des Heimatrechts aufdrängt. Diese Frage ist eingehend geprüft worden, doch wurde letztlich aus folgenden Gründen auf das Heimatrecht verzichtet: Die Rücksichtnahme auf das Heimatrecht wäre höchstens in Fällen gerechtfertigt, wo man es mit einer in sich geschlossenen, noch intakten nationalen Gemeinschaft zu tun hat. Solche «nationalen» Zellen sind bei staatsangehörigkeitsrechtlich gemischten Ehen erfahrungsgemäss kaum je anzutreffen. Und selbst bei gleicher Staatsangehörigkeit wird, weil der Eheschutzrichter eingreifen muss, die Gemeinschaft gerade nicht mehr intakt sein. Für die Anwendung des Domizilrechts spricht auch, dass die ehelichen Schutzmassnahmen in der Regel rasch angeordnet werden müssen, weshalb für komplexe Abklärungen über das anwendbare Recht wenig Raum bleibt. *Artikel 46 Absatz 1* knüpft nicht an den gemeinsamen Wohnsitz, sondern an das Recht des Staates an, in dem die Ehegatten ihren Wohnsitz haben. Diese Formulierung ist in engem Zusammenhang mit dem dem Entwurf zugrunde liegenden Wohnsitzverständnis zu sehen. Danach ist der Wohnsitz für jeden Ehegatten grundsätzlich gesondert zu prüfen; abgeleitete Legalwohnsitze werden nicht anerkannt. Für die Annahme eines «gemeinsamen» Wohnsitzrechts genügt, dass die Ehegatten ihren Wohnsitz im gleichen Staat haben; nicht erfordert ist, dass sie in einem gemeinsamen Haushalt leben.

Für den Fall, dass die Ehegatten nicht im gleichen Staat wohnhaft sind, war eine Lösung zu finden, die einerseits flexibel genug ist, um den involvierten, bisweilen gegensätzlichen Interessen der Beteiligten Rechnung zu tragen, und die andererseits doch auch den Bedürfnissen der Praxis nach einer rasch handhabbaren Regel gerecht wird. Angesichts der starken Umweltverflochtenheit der persönlichen Ehwirkungen und des ausgeprägt territorialen Charakters der ehelichen Schutzmassnahmen war auch hier vom Grundsatz der Wohnsitzanknüpfung auszugehen. Nach *Artikel 46 Absatz 2* ist das Recht desjenigen Wohnsitzstaates anzuwenden, mit dem der Sachverhalt am engsten verbunden ist. Die Bestimmung der engsten Beziehung wird Aufgabe des Richters sein, der mit Rücksicht auf den konkreten Fall, auf die gesamten Umstände und die Funktion der ehelichen Schutzmassnahmen zu entscheiden hat.

Der Entwurf verzichtet darauf, neben dem Grundsatz von *Artikel 46* die eine oder andere Ehwirkung noch besonders zu regeln. Mehrere wichtige Ehwirkungen wie etwa der Ehe name, der eheliche Wohnsitz, das Bürgerrecht, das Güterrecht oder das gesetzliche Erbrecht sind bereits Gegenstand anderweitiger Regelung. Für die Fragen der Interzession und der Zwangsvollstreckung drängt sich eine Sonderregelung nicht auf; ihnen wird die Wohnsitzanknüpfung von

Artikel 46 durchaus gerecht. Für die Handlungs- und die Geschäftsfähigkeit der Ehegatten hätte zwar klargestellt werden können, ob diese Fragen, was zurzeit umstritten ist, eher als Probleme der allgemeinen Handlungsfähigkeit oder als solche der persönlichen Ehwirkungen zu verstehen seien. Doch wäre der praktische Vorteil einer solchen Sonderanknüpfung nur klein gewesen: Einmal untersteht die Handlungsfähigkeit nach diesem Entwurf ebenfalls dem Wohnsitzprinzip, so dass die Diskrepanz zwischen Handlungsfähigkeits- und Ehwirkungsstatut nicht mehr sehr gross ist, und zum andern lässt sich im In- wie im Ausland eine allgemeine Tendenz zum Abbau von eherechtlichen Beschränkungen der Handlungsfähigkeit feststellen.

Eine Sonderanknüpfung war immerhin für die eheliche Unterhaltspflicht angezeigt. Diese Frage wird heute durch das Haager Übereinkommen vom 2. Oktober 1973 über das auf Unterhaltspflichten anzuwendende Recht (SR 0.211.213.01) geregelt. Bei dem Übereinkommen handelt es sich um einen nicht auf dem Gegenseitigkeitsprinzip beruhenden, *erga omnes* geltenden und mit Loi-uniforme-Charakter ausgestatteten Staatsvertrag (vgl. P. Volken, Konventionskonflikte, S. 150). Seine Bestimmungen sind deshalb nicht bloss im Verhältnis zu Vertragsstaaten, sondern auf jeden inskünftig, in der Schweiz zu behandelnden Unterhaltsfall anwendbar, gleichgültig, ob die betroffenen Personen Angehörige eines Vertragsstaates sind oder nicht, und gleichgültig auch, ob das anzuwendende Recht dasjenige eines Vertragsstaates oder eines Nichtvertragsstaates ist. Angesichts dieses umfassenden persönlich-räumlichen Geltungsgebietes lässt das Übereinkommen auf dem Gebiet der Unterhaltsansprüche keinen Raum mehr frei für nationales Kollisionsrecht. Das Übereinkommen wird deshalb in *Artikel 47* ausdrücklich vorbehalten.

233.4 Ausländische Entscheidungen

Nach *Artikel 48* werden ausländische Entscheide oder Massnahmen betreffend die ehelichen Rechte oder Pflichten anerkannt, wenn sie im Wohnsitz- oder im Aufenthaltsstaat eines Ehegatten ergangen sind.

Artikel 48 anerkennt die Zuständigkeit des Staates, in dem einer der Ehegatten seinen Wohnsitz oder seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Insoweit gesteht die Schweiz ausländischen Staaten die Zuständigkeit unter ähnlichen Voraussetzungen zu, unter denen wir sie gemäss Artikel 44 auch für uns beanspruchen. Bei gewöhnlichem Aufenthalt im Ausland und Wohnsitz in der Schweiz wird dem schweizerischen Wohnsitz Vorrang einzuräumen sein. Bei der Anordnung wird vor allem dann auf den Heimatstaat Rücksicht genommen, wenn es um Statutenfragen geht. Da man es bei den Ehwirkungen jedoch zunehmend mit vermögensrechtlichen Fragen zu tun hat, rechtfertigt sich eine Verweisung auf den Heimatstaat nicht. Der Bundesrat ist der Meinung, dass die Anerkennungsvoraussetzungen genügend weit gefasst sind und dass sie die Begründung hinkender Rechtsverhältnisse verhindern, indem Nichtanerkennungen möglichst vermieden werden.

234 Ehegüterrecht

234.1 Vorbemerkungen

Das eheliche Güterrecht umfasst die Gesamtheit der Normen, denen das Vermögen der Ehegatten um der Ehe willen untersteht. Vom Ziel her auf die Deckung der ökonomischen Bedürfnisse der Ehe ausgerichtet, hat es von der Sache her geldwerte dingliche und obligatorische Rechte zum Gegenstand.

Ähnlich wie bei den persönlichen ist auch bei den güterrechtlichen Wirkungen der Ehe ein gewisser Interessenkonflikt zwischen den Aussen- und den Innenbeziehungen feststellbar. Im *internen* Verhältnis besteht ein starkes Bedürfnis nach Stabilität und rechtlicher Einheit. Um ihm gerecht zu werden, müsste man das gesamte Ehevermögen möglichst einheitlich einer einzigen Rechtsordnung, d. h. einem Gesamtstatut unterstellen, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob es sich um Mobilien oder um Immobilien handelt, und unabhängig davon, ob ein bestimmter Vermögenswert zur Zeit der Eheschliessung schon vorhanden war oder ob er erst später erworben wurde. Ferner müsste die einmal für anwendbar erklärte Rechtsordnung während der ganzen Dauer der Ehe anwendbar bleiben (Prinzip der Unwandelbarkeit), selbst wenn die Ehegatten im Verlauf der Zeit ihren Wohnsitz wechseln oder ihre Nationalität ändern sollten (vgl. P. Lalive, *Le régime matrimonial des étrangers en Suisse*, Mémoires No 16, Genève 1963, S. 80 ff.). Freilich dürfte man mit dem Prinzip der Unwandelbarkeit nicht so weit gehen, dass die berechtigten Erwartungen der Ehegatten auf Anwendung eines bestimmten Rechts enttäuscht werden.

Demgegenüber ist im *externen* Verhältnis, d. h. in den Beziehungen der Ehegatten gegenüber Dritten, ein starkes Rechtssicherheits- und Verkehrsschutz-Bedürfnis festzustellen. Danach dürfte die Zugehörigkeit eines bestimmten Vermögenswertes zu einer güterrechtlichen Masse nicht bewirken, dass dieser Wert einem anderen als seinem ordentlichen Vermögens- oder Sachstatut untersteht; auch wäre darauf zu achten, dass die güterrechtlichen Verhältnisse dem jeweils gültigen Umweltrecht unterstellt sind (Prinzip der Wandelbarkeit).

Das NAG hat versucht, den aufgezeigten Interessenkonflikt mit Hilfe der Unterscheidung zwischen internem und externem Güterstand zu lösen. Intern statuiert es Unwandelbarkeit, extern Wandelbarkeit. Im einzelnen unterstellt es das interne Ehegüterrecht der Ausländer mit Wohnsitz in der Schweiz für die ganze Dauer der Ehe dem Recht des ersten ehelichen Wohnsitzes (Art. 19 Abs. 1 NAG); für die Auslandschweizer ist, soweit das ausländische Wohnsitzrecht nicht entgegensteht, das schweizerische Heimatrecht anwendbar (Art. 31 Abs. 1 und 2 NAG). Im externen Verhältnis dagegen gilt sowohl für die Ausländer wie für die Auslandschweizer das Recht des jeweiligen ehelichen Wohnsitzes (Art. 19 Abs. 2; Art. 31 Abs. 3 NAG). Diese Lösung sichert im Innenverhältnis Stabilität und garantiert im Aussenverhältnis einen gewissen Verkehrsschutz. Dennoch haften ihr mehrere Mängel an.

Schwierigkeiten bereitet schon die Abgrenzung zwischen internem und externem Verhältnis, denn es ist nicht so, dass ein bestimmter Vermögenswert nur zum internen und ein anderer nur zum externen Güterstand gehört. Ob eine Frage des internen oder des externen Güterstandes vorliegt, hängt von den jeweils beteiligten Personen ab: Als extern gelten Fragen, an denen Dritte, z. B.

die Gläubiger eines Ehegatten beteiligt sind, während Fragen, die nur die Ehegatten betreffen, internen Charakters sind. Je nach den beteiligten Personen kann ein Vermögenswert in womöglich ein und demselben Rechtsstreit gleichzeitig aus der Sicht des internen wie des externen Verhältnisses zu beurteilen sein. Kollisionsrechtlich hat dies zur Folge, dass auf die gleiche Rechtsfrage teils das interne (Recht des ersten Ehemohnsitzes), teils das externe Güterrechtsstatut (jeweiliges Wohnsitzrecht) anzuwenden ist, eine Aufgabe, die in der Praxis nur schwer und sehr oft überhaupt nicht zu bewältigen ist. Die Unterscheidung zwischen internem und externem Verhältnis hat kollisionsrechtlich zur Folge, dass im Innenverhältnis grundsätzlich ein anderes Recht gilt als im Ausenverhältnis. So richtet sich z. B. die Eigentumsfrage intern nach dem Recht des ersten Ehemohnsitzes, während extern das jeweilige Wohnsitzrecht anzuwenden ist.

Die Regelung des NAG weist Lücken auf. Artikel 19 Absatz 2 regelt z. B. die rechtliche Stellung der Frau im Konkurs des Mannes, sagt aber nicht, ob im Umkehrfall *per analogiam* oder *e contrario* zu argumentieren sei. Nicht geregelt sind sodann die in der Praxis häufig anzutreffenden Fälle, in denen die Ehegatten erst nach mehreren Wohnsitzen im Ausland in die Schweiz kommen. Gilt hier das Recht des ersten ausländischen Wohnsitzes (so A. F. Schnitzer, SJZ 1968, S. 297), oder gilt das Recht, das im Ausland zuletzt gegolten hat und das die Ehegatten tatsächlich mitbringen (so W. Stauffer, ZbJV 1970, S. 105 ff.)?

Im weiteren gibt es Fälle, in denen der Dualismus zwischen internem und externem Güterstand rein faktisch nicht durchzuhalten ist. So muss nach einhelliger Doktrin und Praxis das interne Statut z. B. weichen, wenn kraft Gesetzes oder aufgrund einer gerichtlichen Anordnung die Gütertrennung Platz greift (BGE 34 I 734 ff.). Gleiches gilt für die güterrechtliche Auseinandersetzung infolge Scheidung. Aber auch das externe Statut kann sich nicht vorbehaltlos durchsetzen, sind doch nach Artikel 21 NAG die am früheren Ehemohnsitz erworbenen Rechte Dritter zu schützen. Ferner sieht auch das NAG gewisse Durchbrechungen vor, etwa in Artikel 20, wonach die Ehegatten ihren internen Güterstand durch entsprechende Erklärung dem jeweiligen Wohnsitzrecht unterstellen können.

Im NAG nicht vorgesehen, aber in der Praxis zugelassen ist schliesslich der Ehevertrag. Mit dessen Hilfe können die Ehegatten nicht nur eine Übereinstimmung zwischen internem und externem Güterrechtsstatut herbeiführen, sondern unter gewissen Voraussetzungen auch ein abweichendes Güterstatut vereinbaren (P. Lalive, a. a. O., S. 102; F. Vischer/A. von Planta, IPR, S. 110).

Die Unzulänglichkeiten der geltenden Regelung haben es notwendig gemacht, das Güterrecht von Grund auf zu überdenken. Dabei waren gewisse Rahmenbedingungen vorgegeben, so das Postulat, zwischen den Bedürfnissen der Stabilität im internen und des Verkehrsschutzes im externen Verhältnis einen Ausgleich zu finden, oder das Postulat, eine bessere Koordination zwischen Güter- und Erbstatut anzustreben. Durch Zulassung der Rechtswahl, Ausbau des Ehevertrages und stärkeres Abstellen auf das Umweltsrecht glaubt der Entwurf, eine solche Lösung gefunden zu haben. In der Tat sollte mit Hilfe der Rechtswahl im Güterrecht und der *professio iuris* im Erbrecht eine Abstimmung der beiden Statute möglich sein. Auch bei der objektiven Anknüpfung ist eine ge-

wisse Koordination gewährleistet, wird doch der jeweilige Ehemohnsitz in der Regel zugleich der letzte Wohnsitz des vorversterbenden Ehegatten sein. Natürlich ist die angedeutete Regelung nicht ohne gewisse Kautelen möglich, namentlich in bezug auf Statutenwechsel (Art. 53) und Gläubigerschutz (Art. 55). Doch dürfte sie sich sinnvoll in die neuere Entwicklung auf diesem Gebiet einfügen. Vor allem weist sie eine Verwandtschaft zum Haager Übereinkommen vom 14. März 1978 über das auf die güterrechtlichen Verhältnisse anzuwendende Recht auf.

234.2 Zuständigkeit

Klagen oder Massnahmen betreffend das eheliche Güterrecht treten normalerweise im Zusammenhang mit einer Ehescheidung oder einem Nachlassverfahren auf. Streitigkeiten, die nur das Güterrecht betreffen, sind selten und auch dann noch mit Elementen der persönlichen Ehwirkungen verknüpft. *Artikel 49* trägt diesem Umstand Rechnung.

Nach Artikel 49 Buchstabe a richtet sich die Zuständigkeit für die güterrechtliche Auseinandersetzung infolge Ablebens eines Ehegatten nach den erbrechtlichen Bestimmungen (Art. 84–87), und nach Buchstabe b soll der Scheidungs- oder Trennungsrichter (Art. 57 und 58) auch für die güterrechtlichen Fragen zuständig sein. In beiden Fällen geht es darum, den Gerichtsstand des Sachzusammenhangs zu sichern.

Gestützt auf Artikel 49 Buchstabe a in Verbindung mit Artikel 84 ff. werden für die güterrechtliche Auseinandersetzung im Erbfall die schweizerischen Behörden immer dann und insoweit zuständig sein, als ihre Kompetenz zur Nachlasseröffnung reicht. Dies wird insbesondere der Fall sein, wenn der vorverstorbene Ehegatte seinen letzten Wohnsitz in der Schweiz hatte (Art. 84). Subsidiär und für den Fall, dass sich keine ausländische Behörde mit dem Nachlass und der damit zusammenhängenden güterrechtlichen Auseinandersetzung befasst, sind ferner die schweizerischen Heimatbehörden (Art. 85) bzw. die schweizerischen Behörden am Belegenheitsort von Vermögensteilen (Art. 86) zuständig. Die zuletzt genannten Behörden sind überdies zur Anordnung sichernder Massnahmen befugt (Art. 87).

In gleichem Sinn hat die in Artikel 49 Buchstabe b enthaltene und auf die Artikel 57 und 58 gerichtete Verweisung zur Folge, dass die schweizerischen Gerichte in allen Fällen, in denen sie zur Scheidung oder Trennung der Ehe befugt sind, auch über die güterrechtlichen Konsequenzen entscheiden können. Diese Lösung deckt sich mit Artikel 61, wonach der schweizerische Scheidungs- oder Trennungsrichter immer auch die Nebenfolgen zu regeln hat. Auf Grund von Artikel 49 Buchstabe b in Verbindung mit Artikel 57 ff. sind die schweizerischen Gerichte güterrechtlich kompetent, wenn entweder der klagende oder der beklagte Ehegatte seinen Wohnsitz in der Schweiz hat; im Falle des klagenden Ehegatten gilt dies allerdings nur unter der Voraussetzung, dass dieser entweder Schweizer Bürger ist oder dass er seit mindestens einem Jahr in der Schweiz lebt (Art. 57 Bst. b). Gleich wie bei den persönlichen Ehwirkungen und wie beim Erbrecht umfasst der Verweis auf die scheidungsrechtlichen Gerichts-

stände auch das subsidiäre Heimatforum (Art. 58) sowie die Zuständigkeit zur Anordnung vorsorglicher Massnahmen (Art. 60).

Artikel 49 Buchstabe a und b deckt sich mit Artikel 194 des Entwurfs zur Änderung des ZGB betreffend die Wirkungen der Ehe im allgemeinen (BBl 1979 II 1191). Daneben sieht die Revision des ZGB den Richter am Wohnsitz des Beklagten vor. Dieser Gerichtsstand ist im IPR-Entwurf ebenfalls vorhanden (Art. 2). Darüber hinaus wird in Artikel 49 Buchstabe c für die Streitigkeiten, in denen das güterrechtliche Problem die Hauptfrage bildet, auf die Zuständigkeitsbestimmungen betreffend die persönlichen Ehwirkungen verwiesen (Art. 44 und 45). Damit wird entsprechend der engen Verflechtung der beiden Materien sichergestellt, dass der Güterrechtsrichter notwendigenfalls in den Bereich der persönlichen Ehwirkungen eingreifen kann und umgekehrt.

Mit Bezug auf Immobilien wurde ein Vorbehalt zugunsten einer allenfalls ausschliesslichen Zuständigkeit des Belegenheitsstaates erwogen. Aus folgenden Gründen wurde von einer solchen Lösung abgesehen: Der Vorbehalt wäre in erster Linie für die güterrechtliche Auseinandersetzung beim Ableben eines Ehegatten von Interesse gewesen. Für diesen Fall aber ist der Vorbehalt bereits durch den in Artikel 49 Buchstabe a enthaltenen Hinweis auf die Gerichtsstände des Erbrechts sichergestellt (Art. 84 Abs. 3). Ihn auf das Ehwirkungs- und das Scheidungsrecht auszudehnen, scheint nicht angezeigt, weil dies zur Folge hätte, dass der Scheidungs- bzw. der Eheschutzrichter für die Regelung der vermögensrechtlichen Fragen nur mehr beschränkt zuständig wäre.

234.3 Anwendbares Recht

234.31 Rechtswahl

Im Unterschied zum NAG unterstellt der Entwurf die güterrechtlichen Verhältnisse an erster Stelle dem von den Parteien gewählten Recht (*Art. 50 und 51*). Erst wenn die Ehegatten keine Rechtswahl getroffen haben, greift die objektive Anknüpfung Platz (*Art. 52 und 53*). Dieses System, das den Richter zwingt, vorfrageweise das Vorhandensein einer Rechtswahl abzuklären, noch bevor er auf die objektive Anknüpfung Bezug nimmt, ist im Verlaufe des Vernehmlassungsverfahrens nicht in Frage gestellt worden.

Die Idee der Rechtswahl ist im internationalen Güterrecht nicht neu. In mehreren europäischen und aussereuropäischen Staaten können die Ehegatten das anwendbare Güterrecht schon seit langem wählen (Frankreich, Grossbritannien, Luxemburg, USA). Für die Zulassung der Rechtswahl sprechen einmal jene Argumente, die in vermögensrechtlichen Angelegenheiten für eine möglichst umfassende Dispositionsbefugnis der Parteien geltend gemacht werden können. Hinzu kommen die spezifisch familienrechtlichen Gesichtspunkte, insbesondere derjenige des Ausgleichs zwischen Wohnsitz- und Heimatprinzip. Dank der Rechtswahl können die Parteien selber bestimmen, zu welchem Recht sie die engere Beziehung haben. Freilich ist nicht auszuschliessen, dass bisweilen das den Ehegatten günstigere Recht gewählt wird. Doch vermag das vom Entwurf vorgeschlagene System ein solches Risiko durchaus zu verkraften, denn einmal sind die wählbaren Rechte zum voraus begrenzt und zum anderen ist gegen das

günstigere Recht insoweit nichts einzuwenden, als nur die Ehegatten selber betroffen sind. Die Interessen Dritter müssen selbstverständlich gewahrt bleiben (Art. 55). Zu den Vorteilen der Rechtswahl gehört die Kontinuität der Anknüpfung. Das von den Ehegatten gewählte Recht ändert nicht bei jedem Wohnsitzwechsel, sondern bleibt anwendbar, bis diese eine neue Wahl getroffen haben. Ferner wird durch die Rechtswahl im Güterrecht und die *professio iuris* im Erbrecht eine umfassende Koordination zwischen Güter- und Erbrechtsstatut möglich.

Die Rechtswahl ist nicht völlig in das Belieben der Ehegatten gestellt. Nach Artikel 50 Absatz 2 können sie entweder das Recht des Staates wählen, in dem sie beide ihren Wohnsitz haben bzw. nach der Eheschliessung haben werden oder dessen Staatsangehörigkeit einer von ihnen besitzt. (Im Unterschied zu Art. 21 Abs. 2 kommt es dabei nicht auf die effektive Staatsangehörigkeit an.) Für den Wohnsitz ist erforderlich, dass die Ehegatten im gleichen Staat nicht aber im gleichen Haushalt leben. Im Unterschied zum Haager Güterrechtsübereinkommen vom 14. März 1978 (Art. 3 Ziff. 2) genügt der Wohnsitz bzw. der gewöhnliche Aufenthalt bloss eines Ehegatten nicht. Übereinstimmung herrscht dagegen in bezug auf die Staatsangehörigkeit, kann doch im Falle mehrfacher Staatsangehörigkeit das Recht jedes dieser Staaten gewählt werden. Insofern stellt Artikel 50 Absatz 2 eine Ausnahme von Artikel 21 Absatz 2 (mehrfache Staatsangehörigkeit) dar.

Für die Rechtswahl ist der Wohnsitz bzw. die Staatsangehörigkeit im Zeitpunkt der Rechtswahl massgebend. Das Recht eines früheren oder eines erst später zu begründenden Wohnsitzes kann nicht gewählt werden. Eine Ausnahme machen die Brautleute. Sie haben die Möglichkeit, den Ehevertrag, den sie vor der Heirat abschliessen, dem Recht des zukünftigen Ehedomizils zu unterstellen. Voraussetzung ist freilich, dass dieser Wohnsitz in der Folge auch tatsächlich begründet wird. Gleich verhält es sich mit der bzw. den Staatsangehörigkeiten. Hat die Frau durch Heirat die Staatsangehörigkeit des Mannes erworben, ohne ihre angestammte Nationalität zu verlieren, so können die Ehegatten beispielsweise weiterhin das Heimatrecht der Frau wählen. Diese Regelung erlaubt Schweizerinnen, die in einem fremden Kulturkreis heiraten, sich güterrechtlich abzusichern. Dennoch kann der Vorschrift, die mit der Regelung des Haager Güterrechtsübereinkommens übereinstimmt (Art. 3 Ziff. 1), nicht vorgeworfen werden, sie würde einseitig schweizerische Frauen bevorzugen. Einmal gilt die Vorschrift auch zugunsten von Männern; zum andern ist sie nicht nur auf Schweizer Bürger anwendbar; und überdies wird keiner Partei etwas aufgedrängt, vielmehr bedarf es für eine solche Regelung der Einigung beider Ehegatten. Da für die Bestimmung der Anknüpfungspunkte der Zeitpunkt der Rechtswahl massgebend ist, kann das frühere Heimatrecht einer Ehefrau, die mit der Eheschliessung ihre angestammte Nationalität verliert, nach der Heirat nicht mehr gewählt werden. Hingegen wäre die Wahl dieses Rechts gültig, wenn sie vor Abschluss der Ehe getroffen wird.

In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob zusätzlich zu Absatz 1 und 2 noch eine Wahl zugunsten des Rechts am Belegenheitsort von Grundstücken vorgesehen werden sollte. Der Vorentwurf enthielt einen solchen Vorschlag (Art. 50 Abs. 3; Schlussbericht S. 123). Der Bundesrat hat auf diese Wahlmög-

lichkeit verzichtet. Er hat damit verschiedenen in der Vernehmlassung geäußerten Bedenken Rechnung getragen. Eine Rechtswahl zugunsten der *lex rei sitae* würde dazu führen, dass die Grundstücke einem anderen Recht unterstellt werden als die übrigen Vermögensstücke. Dies würde für die Auflösung des Güterstandes zusätzliche Umtriebe mit sich bringen. In der Tat erfolgen rund 90 Prozent der güterrechtlichen Auseinandersetzungen im Zusammenhang mit Scheidungen oder durch Auflösung der Ehe von Todes wegen. Im übrigen waren für diesen Verzicht die gleichen Gründe wegleitend, die bei Artikel 49 zum Verzicht auf eine entsprechende Zuständigkeit geführt haben.

Die güterrechtliche Rechtswahl ist in sachlicher wie in zeitlicher Hinsicht eine umfassende. Sachlich erfasst sie die Gesamtheit der güterrechtlichen Beziehungen, also sowohl im Zeitpunkt der Wahl vorhandenes wie später erworbenes Vermögen und sowohl Mobilien wie Immobilien. Zeitlich sind der Rechtswahl keine Grenzen gesetzt. Sie kann jederzeit erfolgen, selbst vor der Heirat (Art. 51 Abs. 2). Die Vorteile dieser Lösung sind evident, können doch die Ehegatten die Wahl vornehmen, wenn die Frage erstmals aktuell wird, etwa im Zeitpunkt einer Wohnsitzverlegung, einer Veränderung in den vermögensrechtlichen Verhältnissen oder einer güterrechtlichen Auseinandersetzung infolge Scheidung oder im Hinblick auf eine Verfügung von Todes wegen. Die einmal getroffene Rechtswahl bleibt gültig, bis sie entweder aufgehoben oder durch eine neue ersetzt wird (Art. 51 Abs. 3). Sofern die Ehegatten nichts anderes vereinbaren, wirkt die Rechtswahl auf den Zeitpunkt der Eheschliessung zurück (Art. 51 Abs. 2). Selbstverständlich können in der Vergangenheit abgeschlossene Tatbestände nicht mehr in Frage gestellt werden. Vielmehr wird es vom Zeitpunkt der Wahl und für die Zukunft so gehalten, als ob das gewählte Recht von Anfang an gegolten hätte.

Bezüglich Form und Gültigkeit der Rechtswahl (Art. 51 Abs. 1) lehnt sich das Güterrecht eng an die im Vertragsrecht geltenden Grundsätze an (Art. 113). Danach bedarf die Rechtswahl einer übereinstimmenden gegenseitigen Willenserklärung; ihre Gültigkeit beurteilt sich nach dem Recht, dessen Wahl in Frage steht. Ein Unterschied besteht hinsichtlich der Form. Während das Vertragsrecht keine bestimmte Form vorschreibt, wird im Güterrecht verlangt, dass die Rechtswahl entweder in ausdrücklicher Schriftlichkeit vorgenommen wird oder, falls ein Ehevertrag geschlossen wird, dass sie unmissverständlich aus den Bestimmungen des Ehevertrages hervorgeht (Art. 51 Abs. 1). Die Unmissverständlichkeit bezieht sich auf den Willen der Parteien. Dabei dürfte beispielsweise genügen, dass der Ehevertrag ausdrücklich auf materielle Bestimmungen einer wählbaren Rechtsordnung Bezug nimmt (vgl. auch Art. 11 des Haager Güterrechtsübereinkommens von 1978).

234.32 Objektive Anknüpfung

Auch wenn man für die Zukunft hoffen mag, dass recht viele Ehegatten von der Möglichkeit der Rechtswahl Gebrauch machen, wird in zahlreichen Fällen das Problembewusstsein fehlen, und zum anderen wird es weiterhin Fälle geben, in denen die Rechtswahl nicht möglich ist. Gedacht sei z. B. an Ehegatten, die nach ihrem ausländischen Wohnsitzrecht keine Rechtswahl treffen können. Im

Zusammenhang mit der objektiven Anknüpfung sind vor allem die massgeblichen Anknüpfungskriterien (Art. 52) sowie die Regel über den Statutenwechsel (Art. 53) von Interesse. Für beide Fragen ist wesentlich, dass sie nur subsidiär, d. h. nur für den Fall zum Tragen kommen, dass die Ehegatten weder eine Rechtswahl treffen noch einen Ehevertrag schliessen.

Artikel 52 sieht eine dreistufige Kaskade vor, die vom gemeinsamen Wohnsitz über das gemeinsame Heimatrecht zur *lex fori* führt. Nach Artikel 52 Absatz 1 ist in erster Linie das Recht des Staates anwendbar, in dem beide Ehegatten ihren Wohnsitz haben. Gemeint ist immer der jeweilige Wohnsitz und gemeint ist wiederum ein Wohnsitz im gleichen Staat, nicht unbedingt am gleichen Ort oder im gleichen Haushalt (Art. 19). Mit der Anknüpfung an das Wohnsitzprinzip wird zum Ausdruck gebracht, dass die güterrechtlichen Verhältnisse, die nicht bereits durch eine Rechtswahl lokalisiert sind, dem jeweiligen Umweltrecht unterstehen sollen. Anzuwenden ist immer das materielle Wohnsitzrecht. Ein allfälliger Renvoi wird nicht berücksichtigt. Das Recht des Staates, in dem die beiden Ehegatten den Wohnsitz haben, bleibt so lange anwendbar, bis sie in einem anderen Staat gleichzeitig Wohnsitz nehmen. Wechselt nur ein Ehegatte den Wohnsitz, so bleibt das Güterrecht unberührt. Gleiches gilt, wenn später auch der zweite Ehegatte den Staat des früheren gemeinsamen Wohnsitzes verlässt und in einem Drittstaat sein Domizil begründet. Im Festhalten am gemeinsamen bzw. letzten gemeinsamen Wohnsitz manifestiert sich der Wille, die güterrechtlichen Verhältnisse möglichst lange unter der Herrschaft jenes Rechts zu belassen, unter dem die Ehegatten tatsächlich gemeinsam gelebt haben.

Hatten die Ehegatten nie gleichzeitig Wohnsitz im gleichen Staat, so untersteht ihr Güterrecht dem gemeinsamen Heimatrecht (Art. 52 Abs. 2). Allerdings muss es sich um eine Heimat handeln, die ihnen schon vor der Eheschliessung gemeinsam war. War zu jenem Zeitpunkt ein Ehegatte Mehrstaater, wird auf seine effektive Staatszugehörigkeit abzustellen sein (Art. 21 Abs. 2). Eine bloss *iure matrimonii* erworbene gemeinsame Staatsangehörigkeit genügt nicht, und zwar aus folgenden Gründen nicht: Bei Ehegatten, die während ihrer Ehe nicht einmal zu einem gemeinsamen Wohnsitz im gleichen Staat zusammenfinden, kann auch die bloss auf Heirat beruhende Gemeinsamkeit der Staatszugehörigkeit nicht ausreichen, um die vermögensrechtlichen Verhältnisse zu beherrschen. Wo die Eheschliessung Bürgerrechtsfolgen nach sich zieht, wird zumeist die Frau die Staatsbürgerschaft des Mannes erwerben. An eine solche Gemeinsamkeit anzuknüpfen, würde eine einseitige Bevorzugung des Mannesrechts bedeuten, eine Lösung, die mit dem Grundsatz der Gleichberechtigung nicht vereinbar ist.

Fehlt es hinsichtlich des Wohnsitzes wie auch der Staatsangehörigkeit an einer rechtsgenügenden Gemeinsamkeit, so wird auf die schweizerische *lex fori* zurückgegriffen (Art. 52 Abs. 3). Bei derart starker Beziehungsleere dürfte das Forum in der Tat zu den stärksten, noch verbleibenden Bezugspunkten gehören. Diese Lösung empfiehlt sich um so eher, als ja die Ehegatten jederzeit ein anderes, ihrer Ansicht nach beziehungsstärkeres Recht wählen können.

Eine Ehe ohne gemeinsamen Eheohnsitz wird auch in der Zukunft die Ausnahme bleiben. Für die güterrechtlichen Verhältnisse, die nicht einer Rechtswahl unterworfen sind, bedeutet dies, dass sie in aller Regel dem Recht des gemeinsamen Wohnsitzes unterstehen. Nach Artikel 53 Absatz 1 ist damit das

Recht des jeweiligen Wohnsitzes gemeint. Dies hat zur Folge, dass mit jedem Wohnsitzwechsel, den die Ehegatten gemeinsam vollziehen, auch das anwendbare Güterrecht ändert (Prinzip der Wandelbarkeit). Auf diese Weise ist von Gesetzes wegen sichergestellt, dass das Güterrechtsstatut mit dem jeweiligen Umweltrecht und damit auch mit den Bedürfnissen des Verkehrsschutzes übereinstimmt. Da ferner zu erwarten ist, dass der jeweilige Wohnsitz letztlich auch der letzte Wohnsitz des vorversterbenden Ehegatten ist, ist gleichzeitig die Koordination mit dem Erbstatut gewährleistet.

Der gesetzlich angeordneten, automatischen Wandelbarkeit sind gewisse Schranken gesetzt. Insbesondere kann ihr Eintritt durch einen anderslautenden Parteiwillen verhindert werden. Dabei stehen drei Formen offen: Einmal entfällt die Wandelbarkeit, sobald die Ehegatten eine im Sinne der Artikel 50 und 51 gültige Rechtswahl treffen. Der Eintritt der Wandelbarkeit kann aber auch durch eine gegenseitige schriftliche Vereinbarung ausgeschlossen werden (Art. 53 Abs. 2).

Eine weitere Möglichkeit, die Wandelbarkeit zu verhindern, ist durch den Ehevertrag gegeben. Oft schliessen die Ehegatten zu Beginn oder zu einem anderen, vermögensrechtlich bedeutsamen Zeitpunkt ihrer Ehe einen Ehevertrag. Die durch Ehevertrag geschaffene Rechtslage ist in der Regel auf Dauer angelegt. Auch wenn darin keine ausdrückliche Rechtswahl enthalten ist, wird man davon ausgehen müssen, dass die Ehegatten ihre Vermögensverhältnisse implizit dem Recht unterstellen wollten, auf dessen Grundlage sie ihren Vertrag geschlossen haben. In diesem Sinne sieht Artikel 53 Absatz 2 vor, dass bei Vorliegen eines Ehevertrages das im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses massgebende Recht durch einen späteren Wohnsitzwechsel nicht berührt wird. Das bei Vertragsabschluss geltende und dem Vertrag zugrunde liegende Recht wird gleichsam perpetuiert, bis sich die Ehegatten durch eine ausdrückliche Rechtswahl oder einen neuen Ehevertrag auf ein anderes Recht einigen.

Mit dem Prinzip der Wandelbarkeit ist das Problem der Rückwirkung verbunden, denn es fragt sich, ob der Güterstand dem Recht des jeweiligen Wohnsitzes erst ab Wohnsitzwechsel oder rückwirkend bereits ab Eheschliessung unterstehen soll. Die erste Lösung ist im Haager Güterrechtsübereinkommen vom 14. März 1978 vorgesehen (Art. 7 Abs. 2; Art. 8). Sie bewirkt, dass der eheliche Güterstand in so viele zeitliche Tranchen unterteilt wird, wie es Wohnsitzwechsel gegeben hat. Dies führt bei der Auflösung des Güterstandes zu erheblichen Schwierigkeiten. Die zweite Lösung verbindet das Prinzip der Wandelbarkeit mit demjenigen der Rückwirkung. Danach ist es unter dem jeweils gültigen Wohnsitzrecht so zu halten, als ob es von Anfang an gegolten hätte. Selbstverständlich müssen die in der Vergangenheit abgeschlossenen Rechtsverhältnisse unberührt bleiben. Der Entwurf hat sich für die zweite Lösung entschieden. Allerdings will er auch diese Lösung nicht ohne Ausnahme gelten lassen: Die Rückwirkung kann durch eine gegenseitige schriftliche Vereinbarung der Ehegatten, durch eine früher erfolgte Rechtswahl ausgeschlossen werden, ferner dann, wenn zwischen den Ehegatten ein Ehevertrag besteht. Die Vereinbarung über den Ausschluss der Rückwirkung bzw. über die Weitergeltung des bisherigen Rechts hätte spätestens beim Wohnsitzwechsel zu erfolgen.

234.4 Ehevertrag

Im NAG ist der Ehevertrag nicht ausdrücklich geregelt, doch wird er von der herrschenden Praxis zumindest dann zugelassen, wenn die güterrechtlichen Verhältnisse dem schweizerischen Recht unterstehen. Der Entwurf räumt dem Ehevertrag mehr Raum ein, doch beschränkt auch er sich auf die Bestimmung des Rechts, das die Form des Ehevertrages beherrschen soll. In materieller Hinsicht besteht Einigkeit darüber, dass der Ehevertrag dem für das Güterrecht anwendbaren Recht untersteht. Dieser Grundsatz ist so selbstverständlich, dass davon abgesehen wurde, ihn im Entwurf ausdrücklich zu erwähnen. In formeller Hinsicht kann der Ehevertrag entweder dem auf die materiellen Bestimmungen anwendbaren Recht (*lex causae*) oder dem Recht des Abschlussortes (*lex loci actus*) entsprechen. Die alternative Anknüpfung entspricht dem für Formfragen heute allgemein anerkannten Prinzip des *favor validitatis*. Insoweit deckt sich Artikel 54 mit den für schuldrechtliche Verträge im allgemeinen geltenden Formvorschriften (Art. 121). Im Unterschied zu jenen regelt Artikel 54 implizit nur die Form des unter Anwesenden abgeschlossenen Ehevertrages. Ob ein Ehevertrag auch unter Abwesenden geschlossen werden kann, dürfte in der Praxis nicht sehr aktuell sein, wird aber vom Entwurf nicht ausdrücklich ausgeschlossen.

234.5 Rechtsverhältnisse mit Dritten

Der Verkehrsschutz gehört zu den schwierigsten Problemen des Güterrechts. In dem Masse, wie das Güterrechtsstatut vom natürlichen Umweltrecht abweicht, stellt sich nämlich die Frage: Inwieweit sollen bei Rechtsgeschäften mit einem Ehegatten dem Dritten die Schranken aus Güterrecht entgegengehalten werden können? Will man ausnahmslos die güterrechtlichen Schranken durchsetzen, wird die Stellung des Dritten beeinträchtigt. Umgekehrt bringt eine zu starke Förderung der Gültigkeit des Rechtsgeschäftes die Interessen des nicht beteiligten Ehegatten in Gefahr.

Mit Artikel 55 versucht der Entwurf, zwischen diesen Interessengegensätzen auszugleichen. Die Lösung mag etwas von den Erfahrungen mit dem NAG geprägt sein. Bereits dieses hat den Gläubigerschutz mit Hilfe einer Anknüpfung gelöst, die jeweils auf das im Zeitpunkt des Abschlusses eines Rechtsgeschäftes massgebende Recht abstellte (Art. 20, 21 NAG; F. Bänziger, Der Schutz des Dritten im internationalen Personen-, Familien- und Erbrecht der Schweiz, Zürich 1977, S. 133 ff.). In gleichem Sinn knüpft Artikel 55 an das im Zeitpunkt der Entstehung des Rechtsverhältnisses massgebende Wohnsitzrecht des am Geschäft beteiligten Ehegatten an.

Zwischen Artikel 55 des Entwurfs und Artikel 20 NAG bestehen wichtige Unterschiede: Während das NAG das gesamte externe Verhältnis dem Umweltrecht unterstellt, macht Artikel 55 nur insoweit eine Ausnahme, als das Güterrecht Auswirkungen auf das Rechtsgeschäft mit dem Dritten zeitigt. Des weiteren handelt es sich im NAG immer um den ehelichen Wohnsitz des Ehemannes. Demgegenüber geht Artikel 55 davon aus, dass jeder Ehegatte einen selbständigen Wohnsitz haben kann. Das Wohnsitzrecht im Sinne von Artikel 55

kann also von dem in Artikel 50 bzw. 52 vorgesehenen «gemeinschaftlichen» Wohnsitzrecht verschieden sein.

Absatz 2 entspricht Artikel 34 des Entwurfs (Verkehrsschutz). Während Artikel 19 und 20 des NAG nur den Schutz des Dritten bezwecken, nimmt Absatz 2 auch Rücksicht auf den vertragsschliessenden Ehegatten und damit indirekt auch auf dessen Ehegatten. Dies ist dann der Fall, wenn der Dritte im Zeitpunkt der Entstehung des Rechtsverhältnisses das Recht, dem der Güterstand tatsächlich unterstand, kannte oder hätte kennen müssen.

234.6 Ausländische Entscheidungen

Artikel 56 unterscheidet zwischen den Fällen, in denen das Güterrecht zu einer selbständigen Entscheidung Anlass gibt (Abs. 1), und den Fällen, in denen das Güterrecht im Zusammenhang mit einer erb- oder scheidungsrechtlichen Angelegenheit zu beurteilen ist (Abs. 2). Für die letztere Gruppe verweist Artikel 56 Absatz 2 auf die Anerkennungsregelung des Scheidungs- bzw. des Erbrechts. Der Verweis verhindert, dass in solchen Fällen der güterrechtliche Teil eines Urteils anerkannt, der scheidungs- oder erbrechtliche Hauptentscheid dagegen nicht anerkannt wird.

Wo das Güterrecht Gegenstand eines selbständigen Entscheides ist, zählt Artikel 56 Absatz 1 die anerkannten Zuständigkeiten auf. Danach wird ein ausländischer Entscheid anerkannt, wenn er im Wohnsitzstaat des beklagten Ehegatten ergangen ist oder dort anerkannt wird sowie wenn er im Wohnsitzstaat des klagenden Ehegatten ergangen ist oder dort anerkannt wird, vorausgesetzt der beklagte Ehegatte hatte seinen Wohnsitz nicht in der Schweiz (Bst. a und b). Die Anerkennung ist ferner zu bejahen, wenn die Entscheidung im Staat, dessen Recht auf die güterrechtlichen Verhältnisse anwendbar ist, oder, bei Immobilien, wenn sie im Belegenheitsstaat ergangen ist oder dort anerkannt wird (Bst. c und d).

235 Ehescheidung und Ehetrennung

235.1 Vorbemerkungen

Die Artikel 57–63 beziehen sich in erster Linie auf die Ehescheidung, sind aber auch für die Ehetrennung gemeint. Gegenüber dem geltenden Recht sind wesentliche Änderungen vorgesehen. So wird z. B. bei der Wohnsitzzuständigkeit gegenüber dem heute geltenden Artikel 7h NAG eine starke Erweiterung eingeführt. Umgekehrt wird die bisher uneingeschränkt zulässig gewesene Heimatzuständigkeit für Auslandschweizer (Art. 7g NAG) nur noch in beschränktem Ausmass berücksichtigt. Als Richtlinie dient das Haager Übereinkommen vom 1. Juni 1970 über die Anerkennung von Ehescheidungen und Ehetrennungen (SR 0.211.212.3). Es entfaltet seine Wirkungen nur gegenüber Vertragsstaaten und auferlegt als sogenannte «convention simple» den Vertragsstaaten bei der Regelung der Zuständigkeiten keine Beschränkungen. Im Interesse einer internationalen Anerkennbarkeit der in der Schweiz ausgesprochenen Ehescheidun-

gen sollte man sich aber von den indirekten Zuständigkeiten, die in diesem Übereinkommen festgehalten sind, nicht zu stark entfernen.

Beim anwendbaren Recht sieht der Entwurf – wie überall, wo es um die Ordnung einer Gruppenbeziehung geht – eine Kaskadenanknüpfung vor. Diese ist allerdings durch einen Vorbehalt zugunsten des schweizerischen Rechts gemildert (Art. 59 Abs. 3). Auf dem Gebiet der Anerkennung ist die Bedeutung des *favor recognitionis* etwas weniger gross als bei der Eheschliessung. Eine Einschränkung ist immerhin am Platz, wenn die Entscheidung in einem Staat ergangen ist, dem kein oder nur der klagende Ehegatte angehört, ohne dass zu diesem Staat irgendeine weitere Beziehung besteht (Art. 63 Abs. 2).

235.2 Zuständigkeit

Im Scheidungsrecht ist, wie überall im Familienrecht, zwischen der ordentlichen Wohnsitz- (Art. 57) und der subsidiären Heimatzuständigkeit (Art. 58) zu unterscheiden.

Bei der Wohnsitzzuständigkeit rückt der Entwurf von der heute geltenden ausschliesslichen Zuständigkeit am Wohnsitz des Klägers (Art. 7 h NAG; Art. 144 ZGB) ab. Massgebend ist in erster Linie der Gerichtsstand am schweizerischen Wohnsitz des Beklagten (Art. 57 Bst. a). In der Regel ist es am zweckmässigsten, seine Rechte vor dem Gericht am Wohnort des Beklagten zu verfolgen, werden doch so die Abklärung der persönlichen Verhältnisse wie auch die Durchsetzung der Entscheidung erleichtert. Im Interesse der Ehegatten, ihnen im Ehe-recht den Zugang zu den schweizerischen Gerichten zu erleichtern, sieht Artikel 57 Buchstabe b einen Gerichtsstand am Wohnsitz des klagenden Ehegatten vor. Allerdings soll dieser Gerichtsstand nicht uneingeschränkt möglich sein, und zwar aus folgenden Gründen nicht: Im Unterschied zum übrigen Ehe-recht ist nämlich bei der Scheidung das Bedürfnis, auch am Wohnsitz des Klägers in möglichst kurzer Zeit eine Entscheidung zu erlangen, weniger gross. Es rechtfertigt sich, der Gefahr einer fraudulösen Verlegung des Wohnsitzes des Klägers mit einem entsprechenden Vorbehalt zu begegnen. Artikel 57 Buchstabe b lässt deshalb eine Klage am schweizerischen Wohnsitz des Klägers erst zu, wenn der Wohnsitz bereits ein Jahr gedauert hat oder der Kläger Schweizer Bürger ist.

Die Zuständigkeit am Wohnsitz des klagenden Ehegatten ist allerdings auch dann ohne Befristung zuzulassen, wenn sich der beklagte Ehegatte der Zuständigkeit des schweizerischen Richters vorbehaltlos unterwirft. Dieser Fall ist bereits in Artikel 6 geregelt und bedarf deshalb in Artikel 57 nicht mehr besonderer Erwähnung.

Nach geltendem Recht kann der im Ausland lebende Schweizer Bürger jederzeit beim schweizerischen Heimatrichter auf Scheidung klagen (Art. 7 g NAG). Nach Ansicht des Bundesrates drängt sich eine gegenüber dem heutigen Artikel 7 g NAG einschränkende Lösung auf. Die vorbehaltlose Zuständigkeit am Heimatort des Auslandschweizers stellt auch im NAG einen Fremdkörper dar. Artikel 7 g gibt insbesondere deshalb zu Bedenken Anlass, weil er dem Ehegatten, der «auch noch» Schweizer Bürger ist, ohne Rücksicht auf den anderen Ehegatten die schweizerische Zuständigkeit öffnet und ihn damit einseitig be-

vorzugt. Die in Artikel 7 g enthaltene Regelung ist nur insoweit aufrechtzuerhalten als dadurch die berechtigten Interessen des schweizerischen Ehegatten, insbesondere der schweizerischen Ehefrau, die einen Ausländer heiratet, zu schützen sind. Diesem Zweck genügt eine Heimatzuständigkeit, die subsidiär zur Verfügung steht. In diesem Sinn beschränkt Artikel 58 die schweizerische Heimatzuständigkeit auf den Fall, dass die Klage im Ausland nicht angebracht werden kann oder es unzumutbar ist, sie dort anzuheben. Im Unterschied zum NAG wird diese Heimatzuständigkeit nicht nur dem Auslandschweizer, sondern auch dessen ausländischem Ehegatten zur Verfügung stehen. Zu beachten ist, dass bei mehrfacher Staatsangehörigkeit lediglich die schweizerische Staatsangehörigkeit berücksichtigt wird.

Die Bedingung, dass die Erhebung der Scheidungsklage bei der zuständigen ausländischen Behörde am Wohnort eines der Ehegatten als unzumutbar erscheint, bezieht sich auch auf den Inhalt des gegebenenfalls im Ausland angewandten Rechts. Dabei ist sowohl an die Voraussetzungen wie an die Wirkungen der Scheidung zu denken. Der schweizerische Heimatgerichtsstand ist somit gegeben, wenn die vom ausländischen Gericht angewandten Scheidungsbedingungen ausserordentlich streng sind und dem Auslandschweizer die Scheidung völlig verwehrt ist oder er darauf während einer Dauer warten müsste, die ihm nicht zugemutet werden kann. Ebenso fällt es unter den Begriff der Unzumutbarkeit nach Artikel 58, wenn die zu erwartende Regelung der Wirkungen der Ehescheidung der tatsächlichen Interessenlage in keiner Weise gerecht würde. In solchen Fällen den *Ordre public* anzurufen, würde nicht zum Ziel führen, da dieser an sich keine Zuständigkeit in der Schweiz zu begründen vermag. Die in den Artikeln 57 und 58 vorgesehenen Gerichtsstände gelten grundsätzlich auch für Entscheide über die Nebenfolgen (Art. 61) und die Ergänzung oder Abänderung von Scheidungs- oder Trennungsurteilen (Art. 62), ferner auch für die Konversion einer Trennung in eine Scheidung.

235.3 Anwendbares Recht

Nach geltendem Recht zieht die Zuständigkeit des schweizerischen Richters automatisch die Anwendung schweizerischen Rechts nach sich (Art. 7 g Abs. 2; 7 h Abs. 3 NAG). Dieses System ist im Entwurf etwas gemildert. Wo die Beziehungen zur Schweiz nur schwach sind, hat der schweizerische Richter ausländisches Recht anzuwenden.

Ausgehend vom Grundsatz der engsten Beziehung stellt der Entwurf in *Artikel 59* zunächst auf das Umweltrecht, d. h. auf das Recht des Staates ab, in dem die Ehegatten leben, und wo sich in der Regel auch die der Scheidung zugrunde liegenden Vorkommnisse zugetragen haben. In diesem Sinn ist nach Artikel 59 Absatz 1 schweizerisches Recht als das Recht des gemeinsamen Wohnsitzstaates anzuwenden. Zu fordern ist allerdings, dass diese gemeinsame Beziehung zum Wohnsitzstaat eine gewisse Intensität erlangt hat. Sie muss über diejenige eines bloss gewöhnlichen Aufenthalts erkennbar hinausgehen. Das Wohnsitzrecht überwiegt nur, wenn sich der Wohnsitz beider Ehegatten im selben Staat befindet; nicht erforderlich ist, dass die Ehegatten in ehelicher Gemeinschaft zusammenleben. Leben die Ehegatten nicht gemeinsam in der Schweiz, so beherrscht

das gemeinsame Heimatrecht die Ehescheidung oder Ehetrennung (Art. 59 Abs. 2). Denn obschon die Anknüpfung an das Wohnsitzrecht im allgemeinen über diejenige an das Heimatrecht überwiegt, vermag sie, sobald sie im eben umschriebenen Sinn abgeschwächt ist, gegenüber der gemeinsamen Verbindung zum Heimatrecht nicht mehr durchzuschlagen. Bei Fehlen eines gemeinsamen Wohnsitzes rechtfertigt sich die subsidiäre Anknüpfung an das gemeinsame Heimatrecht um so mehr, als ja auch sie Ausdruck einer gewissen ernsthaften Verbundenheit ist, die derjenigen zum Wohnsitzrecht oft nur um weniges nachsteht. Jedenfalls ist diese Anknüpfung einer Lösung vorzuziehen, die generell auf das Wohnsitzrecht des Beklagten oder auf die *lex fori* abstellen würde. Hinzu kommt, dass mit der Anwendung des gemeinsamen Heimatrechts die Anerkennung der Scheidung im Heimatstaat oft erleichtert werden kann. Wohnen die Ehegatten in verschiedenen Staaten, so muss jeder von ihnen eine genügende Beziehung zum gemeinsamen Heimatstaat haben (Art. 21 Abs. 2).

Haben die Ehegatten weder einen Wohnsitz im selben Staat noch eine gemeinsame Staatsangehörigkeit, so ist in zweiter Subsidiarität wieder auf die Anwendung des schweizerischen Rechts zurückzugreifen. Diese Lösung ergibt sich aus dem Zusammenspiel von Artikel 59 Absätze 1 und 2. Aber selbst wenn an sich das gemeinsame ausländische Heimatrecht anzuwenden wäre, soll dieses zugunsten des schweizerischen Rechts weichen, wenn es die Scheidung nicht oder nur unter ausserordentlich strengen Bedingungen zulässt und wenn zumindest ein Ehegatte seit zwei Jahren in der Schweiz lebt oder Schweizer Bürger ist (Art. 59 Abs. 3). Der Zweck dieser Bestimmung ist klar: Eheleuten, die über eine gewisse ernsthafte Beziehung zur Schweiz verfügen, soll ein ausgesprochen scheidungsfeindliches Recht nicht entgegengehalten werden können, da dies mit der allgemeinen Rechtsüberzeugung sowohl der Schweiz wie der weit überwiegenden Zahl anderer Staaten nicht in Einklang stünde. Bei Ausländern erweist sich Artikel 59 Absatz 3 in erster Linie als Vorbehalt gegenüber dem gemeinsamen Heimatrecht.

Seine wohl wichtigste Funktion erfüllt Artikel 59 Absatz 3 aber gegenüber den Auslandschweizern. Es ist bereits im Zusammenhang mit dem Heimatgerichtsstand hervorgehoben worden, dass die Schweiz im Rahmen des Erforderlichen den Schweizer Bürgern im Ausland auch in privatrechtlicher Hinsicht Rechtsschutz zu gewähren hat. Grundsätzlich betrifft dies all diejenigen Fälle, in denen die Einreichung der Klage im Ausland nicht möglich oder nicht zumutbar ist.

Besteht diesfalls eine schweizerische Zuständigkeit, so muss sich daraus allerdings nicht unmittelbar ergeben, dass die allgemeinen Kollisionsnormen des Entwurfs nicht angewendet werden könnten und ausländisches Recht vor dem schweizerischen materiellen Recht generell zurückzutreten hätte. Denn auch bezüglich des anzuwendenden Rechts sind Ausländer und Schweizer grundsätzlich gleich zu behandeln und es sind nur im Rahmen besonderer, von der Sache her gebotener Vorbehalte spezielle Regeln für Auslandschweizer notwendig.

235.4 Vorsorgliche Massnahmen

Im schweizerischen Recht begründet die Rechtshängigkeit der Scheidungsklage die Zuständigkeit des Scheidungsrichters zu vorsorglichen Massnahmen nach Artikel 145 ZGB. Der Entwurf überträgt diese sachlich gebotene Regelung in den Bereich der internationalen Zuständigkeit. Er präzisiert dabei, dass die Zuständigkeit des Scheidungsrichters zum Ergreifen von Massnahmen dann dahinfällt, wenn seine Unzuständigkeit zur Beurteilung der Scheidungsklage offensichtlich ist oder rechtskräftig festgestellt wurde. Dies entspricht im wesentlichen der geltenden Rechtsprechung (vgl. BGE 83 II 495 und dort zitierte Entscheide). Ist der schweizerische Richter nach *Artikel 60 Absatz 1* zu vorläufigen Massnahmen befugt, so wendet er nach Absatz 2 schweizerisches Recht an. Gegenüber Absatz 1 und 2 sind gewisse Vorbehalte anzubringen, namentlich mit Bezug auf die Unterhaltspflicht, das Kindesrecht und den Minderjährigenschutz. Für die Frage der Unterhaltspflicht ist auf das Haager Übereinkommen vom 2. Oktober 1973 über das auf Unterhaltspflichten anzuwendende Recht (SR 0.211.213.01), für die Wirkungen des Kindesrechts auf die Artikel 79–84 des Entwurfs und für den Minderjährigenschutz auf das Haager 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) zu verweisen. Das MSA-Übereinkommen findet an sich auch im Falle der Scheidung Anwendung; insbesondere ermächtigt es die Behörden des Staates, in dem sich das Kind oder Vermögenswerte des Kindes befinden, zu vorläufigen Schutzmassnahmen (Art. 9). Die Schweiz hat anlässlich der Ratifizierung einen Vorbehalt im Sinne von Artikel 15 des Übereinkommens abgegeben. Er wird beim Inkrafttreten dieses Entwurfs zurückzuziehen sein.

235.5 Nebenfolgen

Artikel 61 regelt sowohl die Zuständigkeit der schweizerischen Gerichte als auch das auf die Nebenfolgen der Ehescheidung und Ehetrennung anwendbare Recht.

Der Scheidungsrichter soll sich im allgemeinen auch über die Neuregelung der Beziehungen der geschiedenen Ehegatten zueinander und – in beschränktem Rahmen – zu den Kindern aussprechen können (Art. 61 Abs. 1). Dies betrifft namentlich die Regelung des Unterhalts und der allfälligen Entschädigungsansprüche sowie die güterrechtliche Auseinandersetzung (vgl. im einzelnen Schlussbericht, S. 138). Artikel 61 sieht für die Regelung der Nebenfolgen grundsätzlich die Anwendung des Rechts vor, dem auch die Scheidung untersteht. Damit wird ermöglicht, die mit einer Scheidung direkt zusammenhängenden Nebenfolgen wie Unterhalts- und allfällige Entschädigungsfolgen oder die Zuteilung der Kinder einer einheitlichen Rechtsordnung zu unterwerfen. Für den Unterhalt geht diese Lösung bereits aus Artikel 8 des Haager Übereinkommens vom 2. Oktober 1973 über das auf Unterhaltspflichten anzuwendende Recht (SR 0.211.213.01) hervor. Dagegen unterstehen gewisse Probleme, die ebenfalls anlässlich einer Scheidung anfallen, einem besonderen Statut, z. B. der Name der geschiedenen Ehefrau; der Entwurf hat sich klar für eine selbstän-

dige Anknüpfung des Namens (Art. 35) entschieden und es rechtfertigt sich nicht, hier eine Ausnahme zu machen. Gleichermassen kann der Güterstand, dessen Auflösung infolge Scheidung oder Trennung notwendig wird, nur von den ihm eigenen Kollisionsnormen beherrscht werden, zumal auch im materiellen Recht kein dominierender Zusammenhang zwischen dem Scheidungsrecht und den Regeln über die güterrechtliche Auseinandersetzung besteht.

235.6 Ergänzung oder Abänderung einer Entscheidung

Artikel 62 Absatz 1 hält zunächst fest, dass Ergänzungs- und Abänderungsklagen in der Schweiz angebracht werden können, wenn der schweizerische Richter die Scheidung oder Trennung ausgesprochen hat (*perpetuatio fori*) oder wenn die Voraussetzungen der Artikel 57 oder 58 erfüllt sind. Der letztere Fall gilt bei einer Scheidung, die im Ausland ausgesprochen wurde, bei der aber in der Schweiz Ergänzungen oder Abänderungen verlangt werden. Für eine solche Klage ist der schweizerische Richter unter den gleichen Voraussetzungen zuständig, wie sie für die Scheidung selbst statuiert sind.

Die Ergänzung oder Abänderung des Scheidungsurteils bezieht sich immer auf die Nebenfolgen. Ist der schweizerische Richter hierfür zuständig, so drängt sich eine Anknüpfung gemäss Artikel 61 Absatz 2 auf, d. h. das auf die Scheidung anwendbare Recht regelt grundsätzlich auch die Nebenfolgen. Immerhin bleibt für Namensfragen, das eheliche Güterrecht, die Unterhaltspflicht der Ehegatten und die Wirkungen des Kindesverhältnisses deren Recht vorbehalten (Art. 62 Abs. 2).

235.7 Ausländische Entscheidungen

Die Schweiz hat das Haager Übereinkommen vom 1. Juni 1970 über die Anerkennung von Ehescheidungen und Ehetrennungen (SR 0.211.212.3) ratifiziert. Obwohl es nur Geltung unter den Vertragsstaaten hat, wird in *Artikel 63* des Entwurfs dennoch eine Lösung angestrebt, die mit der Regelung dieses Staatsvertrages in Einklang steht.

Der in Artikel 63 verwendete Begriff der Ehescheidung geht über denjenigen des schweizerischen Rechts hinaus: Die Scheidung braucht im Ausland nicht in einem zivilgerichtlichen Verfahren ausgesprochen worden zu sein; es genügt jedes andere Verfahren, sofern es im betreffenden Staat offiziell anerkannt ist. Zu denken ist etwa an Scheidungen vor Verwaltungsbehörden oder vor religiösen Gerichten. Indessen muss ein Verfahren stattgefunden bzw. ein öffentliches Organ massgeblich mitgewirkt haben; eine bloss einseitige Willenserklärung, wie sie bei gewissen Formen der Verstossung nach mohammedanischem Recht möglich ist, genügt nicht, ausser wenn es sich um einen Fall handelt, der sich im Ausland unter Angehörigen dieses Landes vollzogen hat und bei welchem sich die Frage der Gültigkeit der Scheidung nur als Vorfrage stellt.

Nach Artikel 63 Absatz 1 wird eine ausländische Scheidung in der Schweiz anerkannt, wenn sie entweder im Staat des Wohnsitzes, des gewöhnlichen Aufent-

halts oder im Heimatstaat eines der Ehegatten ergangen ist oder, sofern die Scheidung in einem Drittstaat ergangen ist, in einem dieser Staaten anerkannt wird.

Von diesem Grundsatz macht Absatz 2 eine Ausnahme. Die Entscheidung, welche in einem Staat ergangen ist, dem kein oder nur der klagende Ehegatte angehört, kann in der Schweiz nicht anerkannt werden, wenn im Zeitpunkt der Einleitung der Klage keiner der Ehegatten seinen Wohnsitz oder seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Entscheidungsstaat hatte oder sich der Wohnsitz des Beklagten in der Schweiz befand. Deshalb soll ein im Heimatstaat des Klägers ergangenes Urteil nicht anerkannt werden, wenn der klagende Ehegatte zu diesem Staat keine zusätzliche Beziehung durch Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt hatte. Der Schutzgedanke entfällt allerdings, wenn sich der Beklagte der Zuständigkeit des ausländischen Richters vorbehaltlos unterworfen hat oder wenn er mit der Anerkennung der Entscheidung in der Schweiz einverstanden ist.

24 Kindsrecht

241 Allgemeines

241.1 Die Reform auf dem Gebiet des Kindesrechts

Das materielle und das kollisionsrechtliche Kindesrecht sind national wie international stark im Fluss. Die Schweiz hat 1972 das Adoptionsrecht (AS 1972 2819) und 1976 die Entstehung und die Wirkungen des Kindesverhältnisses (AS 1977 237) revidiert. In einer späteren Etappe soll die Erneuerung des Minderjährigenschutzes und der Vormundschaft folgen. Ähnliche Reformen sind fast überall in Europa festzustellen, insbesondere in den Benelux-Staaten, in der Bundesrepublik Deutschland, in Frankreich, Grossbritannien, Italien, Österreich, Spanien, Skandinavien und auch in den meisten osteuropäischen Staaten (vgl. Schlussbericht S. 141). Bei diesen Reformen ging es nicht bloss um kleine Retouches am bestehenden Recht, sondern um tiefgreifende soziale Veränderungen. Im Vordergrund standen die Besserstellung des ausserhehlichen Kindes, die Integration des Wahlkindes in die Adoptionsfamilie, die Gleichberechtigung der Eltern in Fragen der Erziehung und die Verbesserung des staatlichen Schutzes zugunsten Minderjähriger. Alle diese Zielvorstellungen sind international vollumfänglich anerkannt. Statt vieler sei auf die Resolution 1787 des UNO-Wirtschafts- und Sozialrates vom 18. Mai 1973 betreffend die rechtliche Gleichstellung und die Nichtdiskriminierung der ausserhalb der Ehe geborenen Personen, auf das Europäische Übereinkommen vom 24. April 1967 über die Adoption von Kindern (SR 0.211.221.310) oder auf das Europäische Übereinkommen vom 15. Oktober 1975 über die Rechtsstellung der ausserhalb der Ehe geborenen Kinder (SR 0.211.221.131) hingewiesen.

Die Neuorientierung im materiellen wirkt zwangsläufig auf das Kollisionsrecht zurück. Einzelne Staaten haben ihr materielles Recht geändert, ohne das IPR anzupassen. Ein nicht nachahmenswertes Beispiel ist das deutsche Nichtehehlichenrecht von 1970. Andere Staaten wie Frankreich, Portugal und Spanien haben sich mit provisorischen oder auf den traditionellen Prinzipien beharrenden

Anpassungen begnügt (vgl. Schlussbericht S. 142). Die schweizerischen Kindesrechtsnovellen waren sowohl 1972 (Art. 8 a–8 c NAG) wie 1976 (Art. 8 d und 8 e NAG) von Anpassungen der Kollisionsregeln begleitet, wobei jeweils vom Heimat- zum Domicilprinzip gewechselt wurde. Richtungweisend waren die Vorarbeiten des vorliegenden Entwurfs. Die in den Artikeln 8 a–8 e rev. NAG enthaltene Regelung kann gleichsam als eine Vorwegnahme der vorliegenden Kodifikationsergebnisse betrachtet werden. Allerdings blieben die Anpassungen des NAG auf das Notwendigste beschränkt, während im vorliegenden Entwurf eine umfassende Regelung angestrebt wird.

Im internationalen Kindesrecht sind hauptsächlich drei Problemkreise zu regeln: die Statusfragen, die Wirkungen des Kindesverhältnisses und der Minderjährigenschutz. Während die Statusfragen durchwegs Sache des nationalen IPR geblieben sind, werden die Wirkungen des Kindesverhältnisses und der Minderjährigenschutz weitgehend durch Staatsverträge beherrscht, insbesondere durch die Haager Übereinkommen über die Unterhaltspflichten und den Minderjährigenschutz (vgl. unten Ziff. 245.1 und 252) und das Haager Übereinkommen vom 15. November 1965 über die behördliche Zuständigkeit, das anzuwendende Recht und die Anerkennung von Entscheidungen auf dem Gebiet der Annahme an Kindesstatt. In diesen Bereichen erfüllt das nationale IPR nur noch subsidiär ergänzende Funktionen.

241.2 Systematik

Die Revision des materiellen Kindesrechts hatte eine gewisse Nivellierung der statusbegründenden Akte zur Folge. Während das frühere Recht statusbegründende Institute unterschiedlichen Grades kannte (eheliche oder die nichteheliche Geburt, Ehelicherklärung, Zuspreehung mit Standesfolge, Legitimation, freiwillige Anerkennung), sind unter dem neuen Recht alle diese Akte auf die gleiche Stufe erhoben: Sie alle – selbst die Adoption – begründen in gleicher Weise eine umfassende verwandtschaftliche Beziehung zur mütterlichen wie zur väterlichen Seite.

Für den IPR-Entwurf ergibt sich hieraus die folgende Frage: Kann an einer Regelung festgehalten werden, die zwischen den verschiedenen Formen der Statusbegründung, d. h. zwischen der Begründung des Kindesverhältnisses im allgemeinen (Geburt, richterliches Urteil) und der Begründung durch Anerkennung, Legitimation oder Adoption unterscheidet, oder ist nach einer Lösung zu suchen, die alle Statusfragen erfasst und diese einheitlich regelt? Der Entwurf folgt der ersten Lösung. Damit eröffnet sich die Möglichkeit, die verschiedenen Arten der Entstehung des Kindesverhältnisses in kurzen, übersichtlichen Abschnitten zu regeln und für die einzelnen Statusakte differenzierte Lösungen vorzusehen.

Die Frage ist vor allem für die freiwillige Anerkennung und die Legitimation von Bedeutung. Im revidierten ZGB wird die Anerkennung auf gleicher Stufe behandelt wie die kraft Gesetzes oder die durch richterliches Urteil begründete Abstammung (vgl. Art. 252 ZGB). Umgekehrt kann das revidierte ZGB auf das Institut der Legitimation verzichten. Da nämlich nach der neuen Fassung des

ZGB jedes Kind von vornherein in umfassender verwandtschaftlicher Beziehung sowohl zur Vater- wie zur Mutterseite steht, wird eine spätere Heirat der Eltern den Status des Kindes grundsätzlich nicht mehr beeinflussen.

Der vorliegende Entwurf regelt die Anerkennung in einem gesonderten Abschnitt (Art. 69–72) und hält auch am Begriff der Legitimation fest, obwohl das ZGB dieses Rechtsinstitut nicht mehr kennt. Die kollisionsrechtlichen Bestimmungen dienen als Brückenschlag zwischen dem schweizerischen und dem ausländischen Recht. Eine rechtsvergleichende Übersicht hat gezeigt, dass die ausländischen Kindesrechte in Inhalt und Systematik zum Teil grosse Unterschiede aufweisen: Manche Staaten kennen die Legitimation immer noch. Deshalb ist darauf zu achten, dass die Bestimmungen des IPR nicht zu stark dem Begriffskonzept und der Systematik des eigenen materiellen Rechts verhaftet sind.

241.3 Wirkungen des Kindesverhältnisses und Minderjährigenschutz

Die Abgrenzung zwischen den Wirkungen des Kindesverhältnisses und dem Minderjährigenschutz fällt sachlich nicht immer leicht. Hinzu kommt, dass der Minderjährigenschutz heute fast ausnahmslos vom Haager Übereinkommen vom 5. Oktober 1961 über die Zuständigkeit der Behörden und das anzuwendende Recht auf dem Gebiet des Schutzes von Minderjährigen (MSA; SR 0.211.231.01) beherrscht ist. Dies hat zur Folge, dass neben dem Abgrenzungsproblem zwischen Wirkungs- und Minderjährigenschutzstatut noch ein solches zwischen nationalem und staatsvertraglichem Kollisionsrecht entsteht. Um den daraus erwachsenden Schwierigkeiten zu begegnen, wird bisweilen vorgeschlagen, das Wirkungsstatut in die Regelung über den Minderjährigenschutz zu integrieren bzw. in diesem aufgehen zu lassen. Zur Begründung wird geltend gemacht, das MSA sei auf alle Massnahmen anwendbar, die dem Schutz der Person oder des Vermögens des Minderjährigen dienen; dem Wirkungsstatut bleibe nichts, was nicht entweder einer gesonderten Regelung bedürfe (Name, Bürgerrecht, Unterhalt) oder schon im Minderjährigenschutz erfasst sei.

Aus der Tatsache, dass Minderjährigenschutz- und Wirkungsstatut im Bereich der kindesrechtlichen Personen- und Vermögenssorge sich zum Teil überschneiden, darf nicht gefolgert werden, auf die Regelung des einen oder des anderen könne verzichtet werden. Die Überschneidungsgefahr liegt in der Natur der Sache: Die kindes- und die vormundschaftsrechtliche Personen- und Vermögenssorge betreffen das gleiche Objekt, sie beruhen aber auf verschiedenen Fragestellungen. Während das Wirkungsstatut die kindesrechtliche Personen- und Vermögenssorge in ihrer Eigenschaft als aus der Eltern-Kind-Beziehung sich ergebende und auf der Tatsache der Abstammung beruhende Frage erfasst, interessiert sich der Minderjährigenschutz für diese Fragen nur aus pathologischer Sicht. Damit eine Massnahme des Minderjährigenschutzes Platz greifen darf, muss ein Defekt am bzw. eine Gefahr für das Eltern-Kind-Verhältnis vorliegen. So ist etwa die Frage, ob ein Elternteil Anspruch auf persönlichen Verkehr mit seinen Kindern hat, nach dem auf die Wirkungen des Kindesverhältnisses anwendbaren Recht zu beurteilen. Hingegen bestimmt über die Art und Weise dieses persönlichen Verkehrs notwendigenfalls die mit dem Minderjährigenschutz befassende Behörde. Die Verquickung der beiden Statute hätte zur Folge, dass das

auf die Wirkungen des Kindesverhältnisses anzuwendende Recht nur auf dem Umweg über das MSA bestimmbar wäre. Beim MSA handelt es sich um eine nur unvollkommene Loi uniforme. Seine Anknüpfungen sind, weil an die Zuständigkeit gebunden, ziemlich kompliziert, und auch die Bestimmung seines persönlich-räumlichen sowie seines sachlichen Geltungsbereiches ist nicht einfach (vgl. P. Volken, Konventionskonflikte, S. 105). Diese Überlegungen haben den Bundesrat bewogen, den Minderjährigenschutz im Abschnitt über die Wirkungen des Kindesverhältnisses zwar vorzubehalten, im übrigen aber gesondert zu regeln.

242 Entstehung des Kindesverhältnisses durch Abstammung

Die Entstehung des Kindesverhältnisses ist in drei Abschnitten geregelt. Der erste betrifft die Entstehung durch Abstammung (Art. 64–68), der zweite die Anerkennung und die Legitimation (Art. 69–72) und der dritte die Adoption (Art. 73–76). Unter den ersten Abschnitt fallen namentlich die Entstehung durch Geburt und durch gerichtliche Feststellung, ferner die Anfechtung des Kindesverhältnisses. Für die Anfechtung der Adoption vgl. unten Ziffer 244.3.

242.1 Zuständigkeit

Gleich wie im Eherecht, sieht der Entwurf auch im Kindesrecht neben der grundsätzlichen Wohnsitz- eine subsidiäre Heimatzuständigkeit vor.

Nach *Artikel 64* ist die schweizerische Zuständigkeit zur Beurteilung von Klagen auf Feststellung oder auf Anfechtung des Kindesverhältnisses begründet, sobald entweder das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt oder ein Elternteil seinen Wohnsitz in der Schweiz hat.

Im Unterschied zum Vorentwurf wird für das Kind auf den gewöhnlichen Aufenthalt, nicht mehr auf den Wohnsitz abgestellt. Auch wenn dem Entwurf ein objektives Wohnsitzverständnis zugrunde liegt, setzt die Begründung des Wohnsitzes neben dem tatsächlichen Verweilen jeweils eine entsprechende Absicht und damit einen rechtlich relevanten Willen voraus, zu dessen Bildung der handlungsunfähige Minderjährige noch nicht in der Lage ist.

Indem *Artikel 64* für das Kind auf den gewöhnlichen Aufenthalt abstellt, ermöglicht er diesem und den Behörden, die allenfalls in seinem Namen zu handeln haben, den Zugang zu den Gerichten, ohne in den Wahlmöglichkeiten zu weit zu gehen. Die Klage kann entweder am Forum des Vaters, der Mutter oder des Kindes angebracht werden. Eine ähnliche Regelung ist bereits in *Artikel 8 d Absatz I NAG* vorgesehen. Aus praktischer Sicht ist es gewiss zu begrüssen, wenn der Statusprozess jeweils auch am Gerichtsstand des Kindes – er wird in der Regel mit demjenigen der Mutter übereinstimmen – geführt werden kann. Doch muss es dem Kind freistehen, seine Rechte auch am Wohnsitz des beklagten Vaters geltend zu machen, gleich wie es diesem nicht verwehrt sein darf, die Vermutung der Vaterschaft an seinem Forum anzufechten.

Im Interesse der Auslandschweizer sieht *Artikel 65* zusätzlich einen subsidiären Gerichtsstand am Heimatort vor. Der Schutz der Auslandschweizer drängt sich

gerade im Kindesrecht und insbesondere dort auf, wo den Auslandschweizern der Weg zum ordentlichen Richter versperrt ist, entweder weil das ausländische Recht einen entsprechenden Rechtsschutz nicht kennt oder weil unseren Mitbürgern die Anrufung eines ausländischen Gerichtes nicht zugemutet werden kann. In solchen Fällen kann die Statusklage vor den schweizerischen Heimatrichter gebracht werden. Nach Artikel 65 steht diese Möglichkeit sowohl dem Kind wie den Eltern offen. Jedes von ihnen kann den Heimatrichter unter den gleichen Bedingungen und Voraussetzungen anrufen, selbst wenn nur eines von ihnen Schweizer Bürger ist. Auch insoweit ist also der Grundsatz von der Gleichwertigkeit der am Rechtsverhältnis beteiligten Personen gewahrt.

Im Unterschied zu Artikel 8 d Absatz 3 NAG lässt der Entwurf weder den schweizerischen Wohnsitz- bzw. Aufenthalts- noch den schweizerischen Heimaterichtsstand von der Anerkennbarkeit des schweizerischen Urteils im Ausland abhängen. Der Entscheid darüber, ob ein Interesse an einem schweizerischen Urteil besteht, das möglicherweise im Ausland keine Wirkungen entfalten kann, muss der klagenden Partei überlassen bleiben.

242.2 Anwendbares Recht

Auf dem Gebiet der Statusfragen hat sich ein vom materiellen Recht her beeinflusster Wandel vollzogen. Im früheren Recht stand vor allem der wirkliche oder vermeintliche Vater im Zentrum der Anknüpfung (vgl. alt Art. 8 NAG). Demgegenüber wird heute zunehmend auf das Kind und dessen Recht abgestellt. Um welches Recht es sich dabei handeln soll, ist in der Doktrin allerdings umstritten (Statt einer Übersicht vgl. P. Lalive, *Les conflits de lois en matière de filiation*, Paris 1973, S. 176 ff.; F. Vischer, ZSR 1971 II, S. 86 ff.).

Der Entwurf tritt auf die Kontroverse betreffend das massgebliche Kindesrecht nur am Rande ein. Gleich wie im Eherecht, geht er auch im Kindesrecht von der grundsätzlichen Gleichwertigkeit aller am Rechtsverhältnis beteiligten Personen aus. Er sucht jeweils nach dem Recht, mit dem alle oder zumindest die Mehrzahl der Beteiligten am engsten verbunden sind. Als Ausdruck der engsten Beziehung wird in erster Linie das Wohnsitzprinzip angesehen. Hierin unterscheidet sich der Entwurf wesentlich vom ursprünglichen NAG, unter dessen Herrschaft ausschliesslich das Heimatrecht des Vaters massgebend war (alt Art. 8 NAG). Der Wechsel vom Heimat- zum Wohnsitzprinzip fiel um so leichter, als die Unzulänglichkeiten, die mit der bisherigen Anknüpfung verbunden waren, durch die Rechtsprechung zu alt Artikel 8 NAG sehr eindrücklich aufgezeigt wurden (vgl. F. Knoepfler, *Action en désaveu contra legem?*, SJZ 1973, S. 52). Erste Konsequenzen aus dieser Rechtsprechung sind bereits bei der provisorischen Anpassung des NAG von 1972 und 1976 gezogen worden (Art. 8 a bis 8 e NAG). Der vorliegende Entwurf bestätigt die dort getroffenen Lösungen und führt sie fort.

Artikel 66 bezeichnet das auf die Entstehung des Kindesverhältnisses anwendbare Recht. Dieser Verweisungsbegriff bedarf der Präzisierung.

Das Kindesverhältnis entsteht entweder von Gesetzes wegen (Geburt, Abstammungsvermutung) oder durch Rechtsakte (Anerkennung, richterliches Urteil,

behördliche Verfügung). Die Anerkennung, die Legitimation und die Adoption bilden Gegenstand eigener Abschnitte. Unter Artikel 66 fallen also das auf der Tatsache der Geburt, das auf einer gesetzlichen Abstammungsvermutung oder das auf richterlichem Urteil beruhende Kindesverhältnis. Gleichzeitig bezeichnet Artikel 66 das auf die Anfechtung anzuwendende Recht, wobei sowohl die gegen die gesetzliche Vermutung als auch die gegen eine freiwillige Anerkennung gerichtete Anfechtung erfasst ist.

Nach Artikel 66 Absatz 1 richtet sich die Entstehung des Kindesverhältnisses in erster Linie nach dem Recht am gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes. Hat aber keines der Eltern seinen Wohnsitz im Staat des gewöhnlichen Aufenthaltes des Kindes, besitzen jedoch Eltern und Kind die gleiche Staatsangehörigkeit, so ist das gemeinsame Heimatrecht anzuwenden.

Artikel 66 weicht im Wortlaut sowohl vom Vorentwurf (Art. 68) als auch vom NAG (Art. 8 e) ab. Der Vorentwurf stellte in Artikel 68 Absatz 1 auf den Wohnsitz der Eltern bzw. des Elternteils ab, bei dem das Kind lebt, und behielt für den Fall, dass das Kind nicht bei seinen Eltern lebt, dessen Aufenthaltsrecht vor. Das Heimatrecht sollte gemäss Vorentwurf nur zum Zug kommen, wenn der Sachverhalt mit ihm in offensichtlich engerem Zusammenhang steht (Art. 68 Abs. 2). An diesem Vorschlag wurde in der Vernehmlassung kritisiert, die Wohnsitzanknüpfung sei zu kompliziert und das Heimatrecht werde zu wenig stark berücksichtigt. Den Einwänden aus der Vernehmlassung Rechnung tragend, hat der Bundesrat die Wohnsitzanknüpfung redaktionell vereinfacht und die Rücksichtnahme auf das Heimatrecht verstärkt. Wenn in Artikel 66 Absatz 1 des Entwurfs einzig der gewöhnliche Aufenthalt des Kindes als Anknüpfungspunkt verwendet wird, so ist darin materiell keine Änderung gegenüber dem Vorentwurf zu erblicken (vgl. Schlussbericht, S. 149). Der gewöhnliche Aufenthalt des Kindes wird in der Regel mit dem Wohnsitz der Eltern oder zumindest der Mutter zusammenfallen. Damit bleibt die Anknüpfung an jene Rechts- und Sozialsphäre erhalten, in der das Kind und die Eltern tatsächlich leben. Zugleich wird Artikel 66 Absatz 1 jenen seltenen, aber für die Fürsorgebehörden aufwendigen Fällen gerecht, in denen das Kind nicht einmal mit seiner Mutter in Lebensgemeinschaft steht. Man denke etwa an das Gastarbeiterkind, das in der Schweiz zurückbleibt, oder an das Kind nicht verheirateter Eltern, das zur Adoption freigegeben werden soll. Hier gestattet die Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt zugleich eine Koordination mit den Massnahmen des Minderjährigenschutzes.

In der Vernehmlassung wurde bemängelt, dass für die kindesrechtlichen Statusfragen kurz nach der Einführung von Artikel 8 e NAG wieder eine Änderung eingeführt werden soll. Die Unterschiede zwischen Artikel 8 e NAG und Artikel 66 des Entwurfs sind nicht so gross, wie es diese Kritik wahrhaben möchte. Zwei Unterschiede sind hervorzuheben: Einmal knüpft Artikel 66 auch dann noch an das Wohnsitzrecht von Mutter und Kind an, wenn der angebliche, im Ausland wohnende Vater die gleiche Staatsangehörigkeit besitzt wie diese. Dieser Unterschied ergibt sich daraus, dass der vorliegende Entwurf für das internationale Familienrecht stärker, konsequenter und auch systematischer auf das Recht der sozialen Umwelt abstellen konnte, als dies bei der Teilrevision des NAG möglich war. Zum anderen gestattet der Entwurf bei Fehlen eines ge-

meinsamen Wohnsitzes und einer gemeinsamen Staatsangehörigkeit nicht einfach ein Zurückfallen auf die schweizerische *lex fori* (Art. 8 e Abs. 1 Ziff. 3 NAG), sondern hält an der Anknüpfung an das Recht fest, unter dessen Herrschaft das Kindesverhältnis in erster Linie gelebt werden muss. Die bisherigen Erfahrungen mit Artikel 8 e NAG zeigen, dass diese Korrektur durchaus am Platz ist (BGE 107 II 209).

Von der Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt ist eine Einschränkung zu machen:

Haben weder die Mutter noch der Vater Wohnsitz im Staat des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes, haben die Eltern jedoch die gleiche Staatsangehörigkeit wie das Kind, so ist ihr gemeinsames Heimatrecht anzuwenden.

Die subsidiäre Anwendbarkeit des gemeinsamen Heimatrechts berücksichtigt zwei Gesichtspunkte. Einmal entspricht es der tatsächlichen Interessenlage in mehrfacher Hinsicht, wenn neben der Kindes- auch die Elternseite berücksichtigt wird. Von den Eltern gehen in der Regel die entscheidenden Impulse auf die tatsächlichen und die rechtlichen Beziehungen des Kindes aus. Umgekehrt hat auch das Kind ein bedeutendes Interesse daran, dass seine Rechtsstellung vom elterlichen Recht gewahrt oder zumindest von diesem anerkannt wird.

Auf der anderen Seite will der Entwurf auf das Heimatprinzip nicht ganz verzichten. Dahinter steht die Erkenntnis, dass die Unzulänglichkeiten von alt Artikel 8 NAG nicht nur in den Nachteilen des Heimatprinzips, sondern ebenso sehr in der undifferenzierten Starrheit dieser Anknüpfung zu suchen sind.

Wie erwähnt, erfasst Artikel 66 neben dem *ex lege* begründeten Kindesverhältnis auch die gerichtliche Vaterschaftsfeststellung sowie die Anfechtung der Vaterschaft bzw. der Kindesanerkennung. Zwischen dem Zeitpunkt der Geburt und dem Zeitpunkt der Einleitung einer Feststellungs- oder Anfechtungsklage verstreichen oft mehrere Jahre. In der neueren schweizerischen Rechtsprechung gibt es Fälle, in denen eine Vaterschaft erst nach 20 Jahren angefochten wurde (vgl. SJZ 1969, S. 374 ff.). In der Zwischenzeit kann der Wohnsitz mehrfach gewechselt und unter Umständen auch die Staatsangehörigkeit geändert haben. Für die in Artikel 66 vorgesehenen Anknüpfungen stellt sich deshalb die Frage nach dem für die Anknüpfung massgeblichen Zeitpunkt. Gilt die Anknüpfung *ex tunc*, so wäre selbst nach 20 Jahren auf den Wohnsitz bzw. die Staatsangehörigkeit im Zeitpunkt der Geburt abzustellen. Bei einer Anknüpfung *ex nunc* wären dagegen die im Zeitpunkt der Klageeinleitung bestehenden Verhältnisse massgebend. Nach Artikel 67 Absatz 1 ist für die Bestimmung des auf die Entstehung, Feststellung oder Anfechtung des Kindesverhältnisses anwendbaren Rechts der Zeitpunkt der Geburt ausschlaggebend. Erfolgt jedoch die Feststellung oder Anfechtung des Kindesverhältnisses auf gerichtlichem Wege, so ist auf den Zeitpunkt der Klageerhebung abzustellen, wenn ein überwiegendes Interesse des Kindes es erfordert (Abs. 2).

Der Vorentwurf sah in Artikel 68 Absatz 3 für schweizerische Mütter den Grundsatz *mater semper certa est* vor. Dagegen ist in der Vernehmlassung Kritik laut geworden. Es wurde eingewendet, die Schweiz könne dem Ausland den Grundsatz nicht einseitig aufzwingen. In der Zwischenzeit hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte den Grundsatz zu einem Grundrecht erhoben.

Demnach darf die Entstehung des Kindesverhältnisses zwischen Mutter und Kind nicht von irgendwelchen rechtlichen Voraussetzungen abhängig gemacht werden (Entscheid vom 27. April 1979, Marckx). Für die Neuformulierung standen zwei Möglichkeiten zur Wahl: einerseits die Ausdehnung von Artikel 252 ZGB auf den internationalen Bereich, andererseits die Beschränkung des Grundsatzes auf schweizerische Mütter, die in der Schweiz gebären. Keine dieser Vorschläge vermochte zu befriedigen. Die Beschränkung auf die Schweiz ist nicht erforderlich, weil der Grundsatz bereits von Artikel 66 Absatz 1 erfasst wird. Die ausdehnende Formulierung würde den Grundsatz gleichsam zu einer Regel des schweizerischen positiven Ordre public erheben. Dennoch wäre keine Gewähr dafür geboten, dass er sich gegenüber dem Ausland, insbesondere gegenüber den aussereuropäischen Staaten durchsetzt. Damit bliebe die Gefahr hinkender Rechtsverhältnisse bestehen.

242.3 Ausländische Entscheidungen

In bezug auf die Anerkennung ausländischer Entscheidungen wird der schon im Eherecht mehrfach erwähnte *favor recognitionis* fortgeführt. Nach Artikel 68 werden ausländische Feststellungs- oder Anfechtungsurteile anerkannt, wenn sie im Aufenthaltsstaat des Kindes oder im Wohnsitzstaat der Mutter oder des Vaters oder im Heimatstaat des Kindes oder eines der Eltern ergangen sind. Mit der Anerkennung von Urteilen, die im ausländischen Wohnsitz- oder Aufenthaltsstaat ergangen sind, gesteht der Entwurf ausländischen Staaten die Zuständigkeit unter den gleichen Bedingungen zu, unter denen er sie gemäss Artikel 64 für sich selber beansprucht. Darüber hinaus werden auch Entscheidungen anerkannt, die im Heimatstaat einer der beteiligten Personen ergangen sind. Die Ausdehnung auf den Heimatstaat soll den Entscheidungseinklang fördern helfen. Auch wenn in den Artikeln 64 und 65 nur subsidiär auf das Heimatprinzip abgestellt wird, ist doch nicht zu übersehen, dass unsere Nachbarländer in Statusfragen zum Teil noch stark auf das Recht und die Gerichtsbarkeit des Heimatstaates abstellen. Solchen Entscheidungen die Anerkennung zu versagen, würde nur die Entstehung hinkender Rechtsverhältnisse fördern. Lässt sich ein ausländischer Entscheid nicht recht in die schweizerische Rechtsordnung einfügen, ist den betroffenen Personen und der Sache selber mit einem schweizerischen Abänderungsentscheid wohl besser gedient als mit einer Nichtanerkennung.

243 Anerkennung und Legitimation

Anerkennung und Legitimation sind Rechtsinstitute, die der Begründung des Kindesverhältnisses dienen, und zwar durch einseitige Parteierklärung. Nachdem im schweizerischen ZGB die sogenannte Zahlvaterschaft weggefallen ist und nunmehr das Kind auch zur väterlichen Seite in voller verwandtschaftlicher Beziehung steht (Art. 252 Abs. 2 ZGB), hat die Anerkennung in der Praxis stark an Bedeutung gewonnen. Andererseits hat im internen Recht die Legitimation ihren Stellenwert verloren, denn nach dem Wegfall der Unterscheidung zwischen ehelichem und ausserehelichem Kindesverhältnis übt die Heirat der El-

tern auf den Status des Kindes grundsätzlich keinen Einfluss mehr aus. Trotz des Wegfalls im materiellen Recht kann der IPR-Entwurf auf den Begriff der Legitimation nicht ganz verzichten, zumindest unter dem Gesichtspunkt der Anerkennung nicht. Die meisten ausländischen Rechtsordnungen kennen dieses Rechtsinstitut heute noch. Die schweizerischen Behörden können deshalb jederzeit in die Lage kommen, auf dem Weg der Anerkennung zu einer im Ausland abgegebenen Legitimationserklärung Stellung nehmen zu müssen (Art. 72).

Nach *Artikel 69 Absatz 1* kann die Anerkennungserklärung in der Schweiz abgegeben werden, wenn entweder der Geburtsort oder der gewöhnliche Aufenthalt des Kindes oder der Wohnsitz oder der Heimatort eines Elternteils in der Schweiz liegt. Befindet sich mehr als einer dieser Orte in der Schweiz, so kann der Anerkennende zwischen diesen Orten wählen. Bei einem Akt der freiwilligen Anerkennung von internationaler Zuständigkeit zu sprechen, kann irreführend sein, da es sich in diesen Fällen nicht um eine richterliche Urteilszuständigkeit, sondern um eine behördliche Zuständigkeit zur Entgegennahme einer Parteierklärung handelt.

Unter der Herrschaft des früheren schweizerischen Rechts konnte die Anerkennung, auch wenn sie den biologischen Tatsachen entsprach, mit dem Hinweis angefochten werden, sie sei dem Kind nachteilig (alt Art. 305 ZGB). Das Kindeswohl wurde gleichsam über die Abstammungswahrheit gestellt. Weiter war die Anerkennung mit dem Nachteil belastet, dass deren allfällige Anfechtung im Heimatstaat des Anerkennenden durchgeführt werden musste (alt Art. 8 NAG; P. M. Gutzwiller, Internationale Vaterschaftsanerkennung; Einspruchsrecht von Mutter und Kind, BJM 1971, S. 97). Im neuen schweizerischen Kindschaftsrecht ist die Anerkennung eine der wichtigsten, weil einfachsten Formen der Begründung der Vaterschaft; entscheidend ist die Abstammungsklarheit (Art. 260 b ZGB). Da im IPR gleichzeitig die Gerichtsstände für die Anfechtungsklage liberalisiert worden sind, entfallen die Gründe der früheren Zurückhaltung.

Gleich wie bei der Zuständigkeit zur Entgegennahme von Anerkennungserklärungen, tendiert der Entwurf auch bei der Frage der materiellen Gültigkeit nach einer möglichst umfassenden Begünstigung solcher Erklärungen. In diesem Sinne soll die Anerkennung materiell gültig sein, wenn sie dem Aufenthaltsrecht des Kindes, dem Wohnsitzrecht eines Elternteils oder dem Heimatrecht eines von ihnen entspricht (*Art. 70*). Bei der Bestimmung des massgeblichen Wohnsitz-, Aufenthalts- oder Heimatrechts ist jeweils auf den Zeitpunkt der Anerkennung abzustellen. In diesem Sinn wäre wohl auch eine in einer ausländischen Botschaft abgegebene Anerkennungserklärung als gültig anzusehen, sofern sie einem der in *Artikel 70 Absatz 1* genannten Rechte entspricht. Die Form der Anerkennungserklärung hat, wenn sie in der Schweiz vorgenommen wird, dem schweizerischen Recht zu entsprechen (Art. 260 Abs. 3 ZGB).

Erfolgte die Anerkennung im Ausland, sei es durch eine einseitige Erklärung, sei es durch einen die Anfechtung ablehnenden Entscheid, so wird sie in der Schweiz anerkannt, wenn sie nach dem Wohnsitz- oder Heimatrecht der Mutter oder des Vaters gültig ist. Unter den gleichen Voraussetzungen wird in der Schweiz die ausländische Legitimation (*Art. 72*) und die ausländische Entscheidung über die Anfechtung einer Anerkennung (*Art. 71*) anerkannt.

244 Adoption

244.1 Vorbemerkung

Der Entwurf knüpft eng an die bei der Adoptionsnovelle von 1972 erlassenen Artikel 8 a–8 c NAG an. Die neuen Bestimmungen haben sich bewährt, weshalb keine Veranlassung besteht, das Adoptionsrecht erneut zu revidieren. Dagegen rechtfertigt es sich, die heutige Regelung durch Bestimmungen in Punkten zu ergänzen, die damals offen geblieben sind. Dazu gehören die Anfechtung der Adoption und die Anerkennung ausländischer Adoptionen. Die Schweiz gehört dem Haager Übereinkommen vom 15. November 1965 über die behördliche Zuständigkeit, das anzuwendende Recht und die Anerkennung von Entscheidungen auf dem Gebiet der Annahme an Kindesstatt (SR 0.211.221.315) an. Es gilt im Verhältnis zu Grossbritannien und Österreich und ist nur auf die Adoption unmündiger, noch nicht 18 Jahre alter Personen anwendbar. Auch müssen die Adoptiveltern und das Adoptivkind sowohl Staatsangehörige eines Vertragsstaates sein als auch ihren gewöhnlichen Aufenthalt in einem dieser Staaten haben. Dem schweizerischen Kollisionsrecht wird also trotz des Inkrafttretens des Übereinkommens ein beträchtliches Anwendungsgebiet verbleiben.

244.2 Zuständigkeit

Wie bei allen Fragen des Familien- und Kindesrechts, sieht der Entwurf auch im Falle der Adoption neben einer ordentlichen Wohnsitz- (Art. 73) eine subsidiäre Heimatzuständigkeit (Art. 74) vor.

Bezüglich der Wohnsitzzuständigkeit übernimmt *Artikel 73* die Regelung von Artikel 8 a NAG mit ein paar redaktionellen Anpassungen an die Gerichtsstandsbestimmungen des übrigen Familienrechts. Zuständig sind die schweizerischen Behörden am Wohnsitz des oder der Adoptierenden.

Nicht ausdrücklich erwähnt wird der Fall der Ehegatten, die keinen gemeinsamen Wohnsitz haben. Artikel 73 regelt in erster Linie die internationale Zuständigkeit. Diese ist auch gegeben, wenn die Ehegatten innerhalb der Schweiz an verschiedenen Orten wohnen. Liegen dagegen international verschiedene Wohnsitze vor, dürften die Voraussetzungen zur Durchführung einer gemeinschaftlichen Adoption im Sinne des schweizerischen Rechts kaum erfüllt sein. Schweizer Bürgern stünde subsidiär Artikel 74 offen.

Artikel 74 entspricht im wesentlichen der in Artikel 8 a Absatz 2 NAG vorgesehenen Zuständigkeit, sieht aber gegenüber dieser drei wichtige Präzisierungen vor: Einmal soll es im Falle einer Gemeinschaftsadoption zur Anrufung der schweizerischen Heimatbehörden genügen, wenn auch nur ein Ehegatte Schweizer Bürger ist. Diese Änderung wird den Zugang zur schweizerischen Gerichtsbarkeit erheblich erleichtern. Sie beruht auf den im gesamten Familienrecht verwirklichten Prinzipien der Gleichberechtigung und der Gleichheit der Prozesschancen für alle Beteiligten. Als zweite Präzisierung wird aus Gründen, die bereits dargelegt worden sind, das Kriterium der Unzumutbarkeit durch dasjenige der Unzumutbarkeit ergänzt. Und drittens wird aus Artikel 8 a Absatz 2 NAG der letzte Halbsatz weggelassen; diesem Halbsatz zufolge könnten die schweize-

rischen Heimatbehörden nur angerufen werden, wenn feststünde, dass die in der Schweiz ausgesprochene Adoption vom ausländischen Wohnsitzstaat anerkannt wird. Die Erfahrungen mit dem NAG lassen es angezeigt erscheinen, Bestimmungen, welche die schweizerische Zuständigkeit von der Anerkennbarkeit der schweizerischen Entscheidung im Ausland abhängig machen, zu vermeiden.

244.3 Anwendbares Recht

Nach *Artikel 75 Absatz 1* richten sich die Voraussetzungen einer Adoption, die in der Schweiz ausgesprochen wird, nach schweizerischem Recht. Im Unterschied zu *Artikel 8 b* NAG werden die Adoptionswirkungen nicht mehr ausdrücklich erwähnt. Nach schweizerischer Auffassung begründet die Volladoption ein echtes Kindesverhältnis. Deren Wirkungen unterstehen somit den gleichen Bestimmungen wie die Wirkungen des Kindesverhältnisses. Neben den *Artikeln 77 ff.* gehören dazu die Bestimmungen über den Namen (*Art. 35*) und das Bürgerrecht (*Art. 20*). Ebenfalls nicht ausdrücklich geregelt sind die Wirkungen ausländischer Adoptionen. Für ausländische Volladoptionen dürften die gleichen Überlegungen wegleitend sein wie für schweizerische. Hingegen wird man bei ausländischen einfachen Adoptionen ohne einen Blick auf das Recht, nach dem die betreffende Adoption durchgeführt wurde, und auf die Wirkungen, die diese Rechtsordnung mit ihrem Adoptionstypus verbindet, kaum auskommen. Die Frage ist vor allem im Hinblick auf die Anerkennung und Eintragung ausländischer Adoptionen in das schweizerische Zivilstandsregister von Bedeutung. Wegen des mit einer solchen Eintragung verbundenen Anscheins ist eine gewisse Gleichwertigkeit der ausländischen mit einer schweizerischen Adoption erforderlich.

Artikel 75 Absatz 2 enthält einen Vorbehalt zugunsten des ebenfalls interessierten ausländischen Wohnsitz- oder Heimatrechts. Er entspricht im wesentlichen *Artikel 8 c* NAG, erhält aber durch die zusätzliche Aufnahme des Wohnsitzvorbehaltes einen gewissen Bilateralisierungseffekt.

Die Anfechtungsklage ist immer nach schweizerischem Recht zu beurteilen. Dies versteht sich bei in der Schweiz ausgesprochenen Adoptionen von selbst, da diese ja gemäss schweizerischem Recht erfolgt sind (*Art. 75*); bei ausländischen Adoptionen hat der ersuchte Richter das ausländische und das schweizerische Recht miteinander zu vergleichen (*Art. 75 Abs. 3*), um festzustellen, ob der angerufene ausländische Anfechtungsgrund einem schweizerischen Grund entspricht (*Art. 269–269 b ZGB*).

244.4 Ausländische Adoptionen und analoge Rechtsakte

Dem Grundsatz *favor recognitionis* folgend, anerkennt das schweizerische Recht ausländische Adoptionen und ähnliche Rechtsakte weitgehend.

Nach *Artikel 76* wird eine ausländische Adoption in der Schweiz anerkannt, wenn sie im Wohnsitz- oder im Heimatstaat des oder der Adoptierenden ausgesprochen wird. Immerhin kann es nicht darum gehen, irgendwelche Formen ausländischer Adoptionen anzuerkennen, sondern lediglich diejenigen, die

durch ihre Natur und ihre Wirkungen den Adoptionen im Sinne des schweizerischen Rechts gleichkommen, was an und für sich nur für die Volladoption zutrifft.

Der Entwurf will vermeiden, dass ausländischen Adoptionen und ähnlichen Rechtsakten, insbesondere ausländischen einfachen Adoptionen, wie sie auch die Schweiz vor der Revision des Adoptionsrechts gekannt hat, durch den Umweg über die Anerkennung stärkere Wirkungen zukommen als ihnen das ausländische Recht gewährt. Die Anerkennung hat deshalb keine Aufwertungs- oder Korrekturfunktion, sondern beschränkt sich darauf, eine im Ausland geschaffene Situation fortbestehen zu lassen. Deshalb können die Wirkungen einer ausländischen Adoption in der Schweiz nicht grösser sein als im Ausland; solche Adoptionen und ähnliche Rechtsakte werden in der Schweiz nur mit den Wirkungen anerkannt, die ihnen im Staat der Begründung zukommen (Art. 76 Abs. 2).

245 Wirkungen des Kindesverhältnisses

In den Artikeln 77 ff. ist lediglich ein allgemeiner Kernbereich der kindesrechtlichen Wirkungen erfasst. Zahlreiche wichtige Folgewirkungen des Kindesverhältnisses sind anderweitig geregelt, so z. B. der Name (Art. 35) und das Bürgerrecht (Art. 20), ferner die Unterhaltspflicht und der Minderjährigenschutz, die durch Staatsverträge abgedeckt sind. Auf die einschlägigen Staatsverträge und deren Regelung wird im Zusammenhang mit den betreffenden Bestimmungen hingewiesen.

Auch die Frage der Erbberechtigung ist nicht dem kindesrechtlichen Wirkungs-, sondern dem Erbstatut zu entnehmen. Voraussetzung ist freilich, dass die vom Erb- und die vom Kindesrechtsstatut verwendeten Umschreibungen für die verschiedenen Arten und Formen des Kindesverhältnisses äquivalent sind. Das Problem stellt sich insbesondere in Fällen, in denen z. B. die Adoption, die Anerkennung oder die Legitimation mit umfassenden kindesrechtlichen Wirkungen (also auch mit Erbberechtigung) ausgestattet ist, während das Erbstatut keine Erbenqualität zuerkennt (vgl. F. Vischer, Die rechtsvergleichenden Tatbestände im internationalen Privatrecht, Basel 1953, S. 21 ff.).

Ein weiteres nicht immer leicht lösbares Problem stellt die Abgrenzung zwischen den Wirkungen des Kindesverhältnisses und dem Minderjährigenschutz dar. Das vorliegende Kapitel befasst sich mit den kindesrechtlichen Wirkungen lediglich in ihrer Eigenschaft als aus der Eltern-Kind Beziehung sich ergebende, auf der Tatsache der Abstammung beruhende Rechtsfolgen. Die Frage dagegen, welche Behörde im Falle eines gestörten oder gefährdeten Eltern-Kind-Verhältnisses einzugreifen hat, und nach welchem Recht sich die Schutzmassnahmen richten, ist Gegenstand des fünften Kapitels (Art. 83).

245.1 Zuständigkeit

Im Bereich der Zuständigkeit greift die Regelung des Minderjährigenschutzes stark in die Wirkungen des Kindesrechts ein. Klagen betreffend das Eltern-

Kind-Verhältnis lassen in der Regel auf eine Störung oder Gefährdung schliessen und ziehen deshalb Massnahmen des Minderjährigenschutzes nach sich. Oft wird es heikel sein zu bestimmen, wann ein Problem unter dem Gesichtspunkt der Wirkungen des Kindesverhältnisses und wann unter demjenigen des Minderjährigenschutzes zu lösen ist. Eine Ausnahme bilden die Fragen, bei denen Kind und Eltern gemeinsam gegen Dritte vorgehen, oder Fragen, die wegen ihrer praktischen Bedeutung gesonderter Regelung bedürfen. Diesen Gesichtspunkten Rechnung tragend, lehnt sich die Zuständigkeitsregelung des vorliegenden Abschnitts einerseits stark an die Grundsätze des Minderjährigenschutzes an und konzentriert sich andererseits auf den Unterhalt als wichtigste noch verbleibende Frage.

Über die internationale Zuständigkeit bei Unterhaltsklagen von Kindern gegenüber ihren Eltern bestehen keine die Schweiz bindenden multilateralen Staatsverträge. Die Haager Unterhaltsübereinkommen von 1956, 1958 und 1973 betreffen das anwendbare Recht und die Anerkennung und Vollstreckung. Die gerichtliche Zuständigkeit auf diesem Gebiet ist weiterhin Sache des nationalen Kollisionsrechts. Die Schweiz gehört dem New Yorker UNO-Übereinkommen vom 20. Juni 1956 über die Geltendmachung von Unterhaltsansprüchen im Ausland (SR 0.274.15) an. Es bringt Erleichterungen auf dem Gebiet der zwischenstaatlichen Rechtshilfe, lässt aber die Fragen der gerichtlichen Zuständigkeit, des anwendbaren Rechts und der Vollstreckung unberührt.

Artikel 77 bezeichnet in erster Linie den Gerichtsstand der Unterhaltsklage und sieht daneben eine subsidiäre Regelung für die das Eltern-Kind Verhältnis betreffenden Klagen vor, die nicht schon anderweitig erfasst sind. Solche Klagen können nach Wahl des Klägers entweder am gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes oder am Wohnsitz oder, wenn ein solcher fehlt, am gewöhnlichen Aufenthalt des beklagten Elternteils angebracht werden (Abs. 1). Absatz 2 behält die besonderen Bestimmungen des Namen-, des Minderjährigenschutz- und des Erbrechts vor.

Gleich wie in den übrigen Bereichen des Familienrechts, ist auch für Klagen betreffend die kindesrechtlichen Wirkungen und insbesondere die Unterhaltsansprüche eine Heimatzuständigkeit für Schweizer Bürger vorgesehen (*Art. 78*). Im Unterschied zu den statusrechtlichen Bestimmungen handelt es sich hier nicht bloss um eine subsidiäre, sondern um eine ordentliche Zuständigkeit. Sie ist auf die in den Haager Unterhalts-Vollstreckungsübereinkommen von 1958 (SR 0.211.221.432) und 1973 (SR 0.211.213.02) vorgesehenen anerkannten Zuständigkeiten abgestimmt.

Artikel 79 öffnet die Gerichtsstände der *Artikel 77* und *78* auch für die Ansprüche von Behörden, die für den Unterhalt eines Kindes Vorschuss geleistet haben (Bst. a), sowie für die Ansprüche der Mutter auf Unterhalt und Ersatz der ihr durch die Geburt entstandenen Kosten (Bst. b). Diese Regelung widerspiegelt nicht nur die Lösungen des neuen schweizerischen Kindesrechts (*Art. 289* und *295 ZGB*), sondern entspricht auch den *Artikeln 1* und *18 ff.* des Haager Übereinkommen vom 2. Oktober 1973 über die Anerkennung und Vollstreckung von Unterhaltsentscheidungen.

245.2 Anwendbares Recht

Bezüglich des auf die Wirkungen des Kindesverhältnisses anwendbaren Rechts ist die klare Abgrenzung zu den Fragen des Minderjährigenschutzes notwendig. Das MSA (SR 0.211.231.01), das die Fragen des Minderjährigenschutzes vorwiegend beherrscht, umfasst bei weitem nicht den gesamten Bereich der persönlichen und vermögensrechtlichen Beziehungen zwischen Kind und Eltern. Klarerweise nicht erfasst sind die Fragen der Volljährigkeit, der Handlungsfähigkeit, des Namens, des Unterhalts oder der Erbberechtigung. Sie alle bilden Gegenstand besonderer Bestimmungen. Nicht erfasst sind aber auch ganz allgemein alle Beziehungen zwischen Kind und Eltern, die unabhängig von einer behördlichen Anordnung zur Entstehung gelangen. Dazu gehören die elterliche Gewalt und die damit verbundenen Befugnisse der elterlichen Personen- und Vermögenssorge. Das MSA kommt erst zum Zuge, wenn eine Störung oder Gefährdung vorliegt, die ein Einschreiten der zuständigen Behörden notwendig macht. Die Trennung zwischen Minderjährigenschutz- und Wirkungsstatut empfiehlt sich auch aus Gründen der Rechtssicherheit. Unter der Herrschaft des MSA urteilen die zuständigen Behörden jeweils nach ihrem eigenen Recht. Da aber das Übereinkommen alternativ und subsidiär jeweils verschiedene Behörden für zuständig erklärt, lässt sich zum voraus nie mit Gewissheit sagen, welches Recht schliesslich angewendet wird. Mit Bezug auf behördliche Eingriffe in ein bestehendes Eltern-Kind-Verhältnis mag eine solche Lösung berechtigt sein, nicht aber bezüglich Bestand und Tragweite des Verhältnisses als solches.

Der Entwurf hält sich in *Artikel 80* an die gleiche Anknüpfung wie in Artikel 66. Anwendbar ist in erster Linie das Recht am gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes. Hat aber keines der Eltern seinen Wohnsitz im Staat des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes, ist das gemeinsame Heimatrecht anzuwenden. Artikel 80 erfasst jedes Kindesverhältnis, gleichgültig, ob es von Gesetzes wegen, durch Feststellungsklage, Anerkennung, Legitimation oder Adoption begründet wurde.

Wie bei der Zuständigkeit werden die Wirkungen des Kindesverhältnisses bezüglich Namen, Minderjährigenschutz und Erbrecht dem für diese Bereiche bezeichneten Recht unterstellt (Art. 80 Abs. 3). Die Schweiz gehört dem Haager Übereinkommen vom 2. Oktober 1973 über das auf Unterhaltspflichten anzuwendende Recht (SR 0.211.213.01) an. Das Übereinkommen unterstellt die Unterhaltsansprüche zwischen Eltern und Kind dem Recht am gewöhnlichen Aufenthalt des Unterhaltsberechtigten.

Das Unterhaltsrecht war schon bis anhin zu einem grossen Teil durch Staatsverträge geregelt. Massgebend waren vor allem das Haager Übereinkommen vom 24. Oktober 1956 über das auf Unterhaltsverpflichtungen gegenüber Kindern anzuwendende Recht (SR 0.211.221.431) und das Haager Übereinkommen vom 15. April 1958 über die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen auf dem Gebiet der Unterhaltspflicht gegenüber Kindern (SR 0.211.221.432).

Im Jahre 1973 hat die Haager Konferenz diese beiden Übereinkommen erneuert und verbessert (A. E. von Overbeck, *Les nouvelles conventions de La Haye sur les obligations alimentaires*, SJIR, 1973, S. 135 ff.). Das neue Übereinkommen über das anwendbare Recht ist nicht mehr bloss zwischen Vertragsstaaten an-

wendbar. Nach seinem Artikel 3 sind seine Bestimmungen unabhängig vom Erfordernis der Gegenseitigkeit auch dann anzuwenden, wenn die anwendbare Rechtsordnung das Recht eines Nichtvertragsstaates ist. Durch diesen weitgefassten persönlich-räumlichen Geltungsbereich erhält das Übereinkommen den Charakter einer *erga omnes* anwendbaren Loi uniforme (vgl. P. Volken, Konventionskonflikte im IPR, S. 150). Dies hat zur Folge, dass die schweizerischen Behörden in Zukunft bei jedem internationalen Unterhaltsanspruch die Bestimmungen dieses Übereinkommens anzuwenden haben. Erwähnt sei auch, dass das Übereinkommen, im Unterschied zu demjenigen von 1956, nicht mehr bloss für die Ansprüche von Kindern, sondern auch für die Ansprüche zwischen getrennten oder geschiedenen Eltern sowie für die Rückforderungsansprüche des Gemeinwesens gilt, das die Unterhaltsbeiträge bevorschusst hat.

Wegen seines weitgefassten persönlich-räumlichen Geltungsbereiches lässt dieses Übereinkommen keinen Raum mehr frei für nationales Kollisionsrecht. Deshalb schien es angezeigt, das Übereinkommen in den Entwurf zu integrieren (*Art. 81 Abs. 1*). Da nicht ganz klar ist, ob und inwieweit das Übereinkommen die Ansprüche der ledigen Mutter mitumfasst, erklärt Absatz 2 das Übereinkommen auf ihre Ansprüche als entsprechend anwendbar. Für das Unterhaltsrecht ist ferner auf das neue Haager Übereinkommen vom 2. Oktober 1973 über die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen auf dem Gebiet der Unterhaltspflicht (SR 0.211.213.02) hinzuweisen, dem die Schweiz ebenfalls angehört. Der Natur des Vollstreckungsvertrages entsprechend, beruht dieses Übereinkommen auf dem Gegenseitigkeitsprinzip. Dagegen ist es sachlich erweitert worden. Einmal ist es nicht mehr nur auf endgültige Entscheidungen anwendbar, sondern auch auf bloss vorläufig vollstreckbare Urteile (*Art. 4*) und auf Vergleiche (*Art. 21*). Zum anderen gilt es nicht mehr bloss für die Ansprüche von Kindern, sondern auch für diejenigen erwachsener Personen (getrennte oder geschiedene Ehegatten) sowie für Entscheidungen zugunsten des Gemeinwesens, das die Alimente bevorschusst hat (*Art. 18*).

Wie bereits erwähnt, gehört die Schweiz auch dem New Yorker UNO-Übereinkommen vom 20. Juni 1956 über die Geltendmachung von Unterhaltsansprüchen im Ausland (SR 0.274.15) an. Dieses Übereinkommen beruht auf der Erkenntnis, dass die Eintreibung von Unterhaltsansprüchen im zwischenstaatlichen Verkehr sehr oft an rein faktischen Hindernissen scheitert. Es versucht, diesen Hindernissen durch sogenannte Übermittlungs- und Empfangsstellen zu begegnen, welche dem Unterhaltsberechtigten zur Seite stehen (vgl. Schlussbericht S. 163; P. Volken, Konventionskonflikte, S. 153 ff.).

245.3 Ausländische Entscheidungen

Nach *Artikel 82 Absatz 1* werden die ausländischen Entscheidungen anerkannt, die im Staat des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes oder im Staat ergangen sind, in dem der beklagte Elternteil seinen Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt hat. Seine wesentliche Aufgabe erfüllt Artikel 82 bei der Anerkennung ausländischer Unterhaltsentscheidungen. Allerdings spielen hier die zahlreichen bilateralen und die eben genannten Haager Unterhalts-Vollstreckungsübereinkommen eine wichtige Rolle.

Die ausländischen Entscheidungen betreffend Namen, Minderjährigenschutz und Erbrecht werden gemäss den besonderen für diese Bereiche geltenden Normen anerkannt (Art. 82 Abs. 2).

25 Vormundschaft und andere Schutzmassnahmen

251 Vorbemerkungen

In der schweizerischen Vormundschaftspraxis fällt heute der überwiegende Teil der international gelagerten Fälle unter die Herrschaft des Haager Übereinkommens vom 5. Oktober 1961 über die Zuständigkeit der Behörden und das anzuwendende Recht auf dem Gebiet des Schutzes von Minderjährigen (MSA; SR 0.211.231.01). Wegen seines weitgefassten persönlich-räumlichen Geltungsbereiches bleibt neben dem MSA für innerstaatliche IPR-Normen kaum noch Raum. Der Entwurf verzichtet deshalb auf eine eigene Regelung und erklärt für die wenigen, vom MSA nicht erfassten Fälle dessen Bestimmungen als analog anwendbar (Art. 83). Die Bestimmungen des Übereinkommens sind damit auf Minderjährige und Volljährige anwendbar, gleichgültig, ob diese Personen ihren gewöhnlichen Aufenthalt in einem Vertragsstaat haben oder nicht.

252 Minderjährigenschutz

Nach *Artikel 83 Absatz 1* richten sich beim Minderjährigenschutz die schweizerische Zuständigkeit, das anwendbare Recht und die Anerkennung ausländischer Entscheidungen nach den Bestimmungen des MSA.

Nach Artikel 1 MSA sind zur Vornahme von Massnahmen in erster Linie die Behörden jenes Staates zuständig, in dem der Minderjährige seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat (ordentliche Zuständigkeit). Zu beachten ist, dass es sich beim gewöhnlichen Aufenthalt dieser Bestimmung nicht um einen Aufenthalt im Sinne von Artikel 19 dieses Entwurfs, sondern um einen Aufenthalt im Sinne der Haager Übereinkommen handelt. Mit der Aufenthalts- konkurriert die Heimatzuständigkeit; denn nach Artikel 4 MSA können die Heimatbehörden den Fall übernehmen, wenn das Wohl des Minderjährigen dies erfordert und die Behörden des Aufenthaltstaates entsprechend informiert sind (Evokationszuständigkeit). Im Interesse der Effektivität sind jedoch die Behörden des Aufenthaltsstaates nach Artikel 8 bzw. 9 letztlich ohne Rücksicht auf die Heimatbehörden zu handeln berechtigt, wenn eine ernsthafte Gefährdung des Minderjährigen vorliegt (Gefährdungszuständigkeit) oder wenn Eile geboten ist (Eilzuständigkeit). Artikel 6 schliesslich sieht für den Vermögensschutz eine Situzuständigkeit vor.

Das anwendbare Recht wird vom Übereinkommen jeweils in Funktion zur zuständigen Behörde bestimmt, d. h. jede Behörde, die zu handeln berechtigt ist, wendet ihr eigenes Recht an und trifft die in ihrem innerstaatlichen Recht vorgesehenen Massnahmen. Je nach Zuständigkeitsgrund kann demnach das schweizerische Recht entweder als Aufenthalts- (Art. 2, 8 und 9), als Heimat- (Art. 4) oder als Situsrecht (Art. 6) zur Anwendung kommen.

Das anwendbare Recht beherrscht die zu treffenden Massnahmen in ihrem ganzen Umfang. Es bestimmt die Voraussetzungen für deren Anordnung, es bezeichnet die Gründe für deren Änderung oder Aufhebung und es beherrscht auch die Gesamtheit der internen und externen Wirkungen dieser Massnahmen (Art. 2 Abs. 2, Art. 4 Abs. 2).

In sachlicher Hinsicht erstreckt sich der Geltungsanspruch des MSA auf alle Stufen und Formen des individuellen Personen- und Vermögensschutzes. Entscheidend ist jeweils, dass hoheitlich eine behördliche oder gerichtliche Schutzmassnahme angeordnet werden muss, wobei es gleichgültig ist, ob es sich um klassisch zivilrechtliche Anordnungen (Vormundschaft, Beistandschaft) oder um eher öffentlich-rechtliche Vorkehren der Fürsorge- und Schutzziehung handelt (vgl. J. Kropholler, Das Haager Abkommen über den Schutz Minderjähriger, Bielefeld 1977, S. 31 ff.; G. A. L. Droz, La protection des mineurs en droit international privé français depuis l'entrée en vigueur de la Convention de la Haye du 5 octobre 1961, *Clunet* 1973, S. 614; K. Siehr, Das Haager Minderjährigenschutzabkommen von 1961 in der bisherigen Praxis, *Der Amtsvormund* 1973, S. 262). Die funktionelle Betrachtungsweise der behördlichen Massnahmen stellt eine der wichtigsten Neuerungen des Minderjährigenschutzabkommens dar. Dadurch vermeidet das MSA nicht nur zahlreiche schwierige Abgrenzungs- und Qualifikationsprobleme, sondern ermöglicht vor allem einen praxisbezogenen Personen- und Vermögensschutz.

Nach Artikel 7 MSA sind die Massnahmen, welche von einer im Sinne des Abkommens zuständigen Behörde ausgesprochen wurden, in allen Vertragsstaaten anzuerkennen. Die Anerkennung beschränkt sich auf Massnahmen, die keiner Vollstreckbarkeitshandlungen bedürfen (z. B. die Übertragung der elterlichen Gewalt), und deren Anerkennungsvoraussetzungen sich praktisch in der Einhaltung eines fairen Verfahrens und im Entscheid durch eine zuständige Behörde erschöpfen (vgl. *BBl* 1966 I 357; K. Siehr, a. a. O. 1973, S. 276/77). Für diese bestimmt das MSA die anerkannten Zuständigkeiten. Anzuerkennen sind insbesondere die Entscheidungen, die von den Behörden des Aufenthaltsstaates im Sinne der Artikel 1, 5 und 9, von den Behörden des Heimatstaates im Sinne von Artikel 4 oder, im Falle des Vermögensschutzes, von den Behörden des Belegenheitsstaates im Sinne von Artikel 6 des Übereinkommens getroffen wurden. Zu beachten bleibt, dass die Heimatzuständigkeit nach Artikel 13 Absatz 2 nur gegenüber Vertragsstaaten anzuerkennen ist. Nicht anerkannt werden die auf Grund der Gefährdungszuständigkeit (Art. 8 Abs. 2) oder der Scheidungszuständigkeit (Art. 15) getroffenen Massnahmen (vgl. J. Kropholler, a. a. O., S. 104; K. Siehr, a. a. O. 1973, S. 278).

Bedingen die aufgrund des MSA getroffenen Massnahmen Vollstreckungshandlungen (z. B. Heimschaffung von Kindern oder Aushändigung von Vermögenswerten), so richten sich die Anerkennung und Vollstreckung nicht nach dem Übereinkommen, sondern nach dem innerstaatlichen Recht oder nach allfälligen Vollstreckungsabkommen (Art. 7, zweiter Satz).

Unter der Herrschaft des MSA obliegt der Minderjährigenschutz im Normalfall den Behörden und dem Recht des Staates, in dem der Minderjährige seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat (Art. 1 in Verbindung mit Art. 2). Diese Grundregel erfährt durch die sogenannten *ex lege*-Verhältnisse des Artikels 3 eine wichtige

Einschränkung. Nach Artikel 3 des MSA sind bei jeder behördlichen Schutzmassnahme die Gewaltverhältnisse, die nach dem Heimatrecht des Minderjährigen unmittelbar kraft Gesetzes bestehen, zu respektieren und in allen Vertragsstaaten, also auch im Aufenthaltsstaat des Minderjährigen anzuerkennen. Als Beispiel für ein *ex lege*-Verhältnis kann das neue schweizerische Kindesrecht (Art. 298 Abs. 1 ZGB) erwähnt werden, das der Mutter von Gesetzes wegen die elterliche Gewalt über ihr aussereheliches Kind zuerkennt; dies im Gegensatz zum früheren schweizerischen Recht (alt Art. 324 Abs. 3 ZGB), nach welchem der Mutter die elterliche Gewalt nur zustand, wenn sie ihr von der Vormundschaftsbehörde übertragen wurde.

Artikel 3 hat in der Doktrin und Praxis zu zahlreichen Unsicherheiten Anlass gegeben (vgl. K. Siehr, a. a. O. 1973, S. 253; H. J. Ahrens, Zur Eingriffszuständigkeit im Rahmen des Art. 3 des Haager Minderjährigenschutzabkommens, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht 1976, S. 305). Die dogmatische Einordnung von Artikel 3 MSA fällt sicher nicht leicht; sie dürfte die Doktrin noch lange beschäftigen. Beruhigend ist, dass die Praxis damit bedeutend weniger Schwierigkeiten zu haben scheint als die Doktrin (vgl. W. Baechler, Fragen des internationalen Minderjährigenschutzes aus schweizerischer Sicht, ZVW 1975, S. 9 ff.; H. Henkel, Die Anordnung von Kindesschutzmassnahmen gemäss Art. 207 rev. ZGB, Zürich 1977, S. 276).

In persönlich-räumlicher Hinsicht ist das MSA auf alle Minderjährigen anwendbar, die ihren gewöhnlichen Aufenthalt in einem Vertragsstaat haben (Art. 13 Abs. 1). Da die Schweiz vom Vorbehalt des Artikels 13 Absatz 3 keinen Gebrauch gemacht hat, hat sie das MSA ohne Rücksicht auf die Staatsangehörigkeit der Minderjährigen und auch unabhängig davon anzuwenden, ob deren Heimatstaat Vertragspartei ist oder nicht. Diese extensive Fassung verleiht dem MSA die Wirkung einer nahezu *erga omnes* geltenden Loi uniforme, welche im Rahmen ihres sachlichen Geltungsbereiches das innerstaatliche Kollisionsrecht verdrängt. Allerdings bleiben gewisse Lücken offen. Einmal sind Angehörige selbst eines Vertragsstaates vom Übereinkommen nicht erfasst, falls sie ihren gewöhnlichen Aufenthalt nicht in einem der Vertragsstaaten haben. Ebenfalls nicht erfasst sind Personen, die entweder nur nach ihrem Aufenthalts- oder nur nach ihrem Heimatrecht minderjährig sind. Nach Artikel 12 will nämlich das Übereinkommen nur auf Personen anwendbar sein, die sowohl nach Heimat wie nach Aufenthaltsrecht als Minderjährige anzusehen sind. In zahlreichen europäischen Staaten wird man heute bereits mit 18 Jahren volljährig. Angehörige aus diesen Staaten würden also, obwohl sie ihren gewöhnlichen Aufenthalt in der Schweiz haben, nicht unter die Herrschaft des Übereinkommens fallen.

253 **Erwachsenenschutz**

Im Unterschied zum Minderjährigen- beruht der Erwachsenenenschutz nach wie vor auf dem NAG. Für die Ausländer in der Schweiz gilt das Domizilprinzip (Art. 10 NAG); für die Auslandschweizer ist hingegen umstritten, ob das Wohnsitz- (Art. 28 NAG) oder das Heimatprinzip (Art. 29 und 30 NAG) massgibt. Für eine nuancierte Anwendung des Wohnsitzprinzips haben sich J. Isenschmid (Die Vormundschaft über Ausländer in der Schweiz und über Schweizer im

Ausland, Bern 1934, S. 32 ff.) und A. Heini (Zum kollisionsrechtlichen Problem der Vormundschaft über Auslandschweizer, SJZ 1959, S. 301 ff.) ausgesprochen. Die Massgeblichkeit des Heimatprinzips wurde dagegen vom Bundesgericht (BGE 87 II 132) und vom Bundesamt für Justiz (zuletzt VEB 1966/67, Nr. 54) befürwortet.

Zur Zeit der Schaffung des NAG lag in dieser Materie der Schwerpunkt auf der Wechselbeziehung zwischen dem vormundschaftlichen Vermögensschutz und der Armengenössigkeit (BBl 1862 III 528). Demgegenüber steht heute deutlich die Personensorge im Vordergrund (vgl. Y. Lequette, Protection familiale et protection étatique des incapables, Paris 1976, S. 2). Sie geht zunehmend mit einer materiellen Hilfsbedürftigkeit einher, so dass sich der Schwerpunkt von den klassischen vormundschaftlichen Massnahmen auf das Gebiet des öffentlichen Fürsorge- und Sozialhilferechts verlagert.

Weil einerseits die vormundschaftlichen Massnahmen über Erwachsene seltener werden und weil andererseits dort, wo sie aktuell werden, die Problematik ähnlich liegt wie beim Minderjährigenschutz, hat der Bundesrat es vorgezogen, statt einer eigenen Regelung die Bestimmungen des MSA analog auf den Erwachsenenschutz auszudehnen (Art. 83 Abs. 2). Die Ausdehnung betrifft sowohl die internationale Zuständigkeit wie auch das anwendbare Recht und die Anerkennung. Sie rechtfertigt sich um so mehr, als ja das MSA mit seinem Ausgleich zwischen Domizil- und Heimatprinzip durchaus in der Linie der bisherigen Regelung des NAG liegt.

26 Erbrecht

261 Übersicht

261.1 Im allgemeinen

Von den Regeln des NAG haben sich diejenigen über das Erbrecht am besten bewährt, insbesondere die Grundsätze der Wohnsitzanknüpfung, der Nachlasseneinheit, der Aufteilung des internationalen Erbrechts in die drei Statute der Erbfolge, der Erberöffnung und der Testamentsform sowie die Zulassung der *professio iuris*. Im Unterschied zu anderen Sachbereichen des Entwurfs geht es im Erbrecht nicht um eine neue Konzeption, sondern darum, die bisherige Regelung zu erneuern und auszubauen, gewisse Lücken zu schliessen und Präzisierungen vorzunehmen. Erneuert und ausgebaut wird z. B. die Regelung über Zuständigkeit und anwendbares Recht. Viel Aufmerksamkeit wird auf das Testament und den Erbvertrag verwendet; selbst das korrespondierende Testament ist berücksichtigt (Art. 93). Unter der Herrschaft des NAG hat die Abgrenzung zwischen Erbfolge- und Eröffnungsstatut Schwierigkeiten bereitet. Der Entwurf versucht, hierfür die notwendigen Kriterien aufzustellen (Art. 90). Neu ist die Bestimmung über die Anerkennung ausländischer Entscheidungen oder Massnahmen. In die Anerkennung einbezogen sind überdies ausländische Urkunden, die den Nachlass betreffen, sowie Rechte aus im Ausland eröffneten Nachlässen. Die zum Erbrecht vorgeschlagenen Bestimmungen wurden in der Vernehmlassung im allgemeinen begrüsst.

261.2 Grundsatz der Nachlassseinheit

Am Grundsatz der Nachlassseinheit wird festgehalten. Dabei wird nicht verkannt, dass auch die Nachlassspaltung, die bei Mobilien das Recht und die Zuständigkeit des Wohnsitzes, bei Immobilien dagegen das Recht und die Zuständigkeit des Belegenheitsstaates für massgebend erklärt, gewisse Vorteile hat. Doch bewirkt sie, dass im gleichen Erbfall mehrere Nachlassverfahren durchgeführt und auf die Vermögensnachfolge verschiedene, möglicherweise divergierende Rechtsordnungen angewendet werden müssen. Das Prinzip der Nachlassseinheit hingegen ermöglicht eine einheitliche Abwicklung des gesamten Nachlasses. Dieser Gesichtspunkt ist entscheidend. Er allein gestattet eine globale Erledigung der Nachlassschulden, eine einheitliche Feststellung der Pflichtteile und eine gleichmässige Bestimmung der Erbquoten. Allerdings ist nicht zu übersehen, dass die Nachlassseinheit dort ihre Grenze findet, wo der Belegenheitsstaat nicht mehr mitmacht. In diesem Sinn sind der schweizerischen Zuständigkeit zur Eröffnung von Immobilien gewisse Schranken gesetzt (Art. 84 Abs. 2). Umgekehrt nimmt die Schweiz eine Teilzuständigkeit in Anspruch, wenn die im Inland gelegenen Nachlasswerte nicht in das ordentliche ausländische Eröffnungsverfahren einbezogen sind (Art. 86).

261.3 Erbfolge- und Erberöffnungsstatut

Bei der Abgrenzung des Eröffnungs- vom Erbfolgestatut ist zunächst ein terminologisches Problem auszuräumen. Während das ZGB den Ausdruck «Erberöffnung» in einem materiellen Sinn verwendet (Art. 537 ZGB), kommt ihm im NAG und auch im vorliegenden Entwurf eine verfahrensrechtliche Bedeutung zu. Danach ist unter Eröffnung die Gesamtheit jener verfahrensrechtlichen Massnahmen zu verstehen, die vom Zeitpunkt des Todes des Erblassers an bis zur endgültigen Übertragung des Nachlasses an die Erben ergriffen werden müssen; sie gehören im wesentlichen dem Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit an.

Untersteht die Erbfolge dem Recht am letzten Wohnsitz des Erblassers und wird das Nachlassverfahren an diesem Ort durchgeführt, so fallen Eröffnungs- und Erbstatut zusammen. Abgrenzungsschwierigkeiten ergeben sich, wenn die Nachlassbehörde fremdes Recht anzuwenden hat (*professio iuris*, Art. 88 Abs. 2; Zuständigkeit der Situs-Behörden, Art. 86 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 89 Abs. 1). Theoretisch lässt sich dieses Problem auf verschiedene Art lösen. Eine Möglichkeit besteht darin, die *professio iuris* nur für wenige, eng umschriebene Sachverhalte zuzulassen. Eine solche Lösung würde allerdings die Bedeutung und den Wert der *professio iuris* in Frage stellen. Eine andere Möglichkeit besteht darin, die dem Eröffnungs- bzw. Erbstatut unterstehenden Rechtsinstitute enumerativ auszuschneiden. Eine solche Aufzählung könnte jedoch nie erschöpfend sein; auch würde sie je nach den konkurrierenden Rechtsordnungen sehr oft entweder zu Überschneidungen führen oder ins Leere stossen.

Die besondere Schwierigkeit der Abgrenzung besteht darin, dass bei ein und demselben Rechtsinstitut gewisse Aspekte dem materiellen, andere dagegen dem Verfahrensrecht zuzurechnen sind. So ist die Frage, ob ein Erblasser zur

Anordnung der Willensvollstreckung befugt sei, aufgrund des Erbstatuts zu beantworten, während die Durchführung der Willensvollstreckung sich nach dem Eröffnungsstatut richtet. Die Interferenz zwischen materiellem Recht und Verfahrensrecht lässt erkennen, dass das Problem nur funktionell zu lösen ist.

262 Zuständigkeit

262.1 Grundsatz

Nach *Artikel 84* sind für das Nachlassverfahren und die erbrechtlichen Streitigkeiten die schweizerischen Behörden am letzten Wohnsitz des Erblassers zuständig (Abs. 1). Hiervon sind für die in einem anderen Staat gelegenen Grundstücke Ausnahmen vorgesehen, sofern der Belegenheitsstaat eine ausschliessliche Zuständigkeit beansprucht (Abs. 2). Weitere Ausnahmen betreffen die subsidiäre Heimatzuständigkeit (Art. 85) und die Situs-Zuständigkeit (Art. 86). Die Wohnsitzzuständigkeit ist bereits in Artikel 23 NAG vorgesehen. Rechtsvergleichend entspricht sie einem Grundsatz, der in den meisten Staaten vorherrscht. Auch sachlich ist dieser Grundsatz gerechtfertigt, stellt doch der Wohnsitz des Erblassers in der Regel das Zentrum seiner vermögensrechtlichen Interessen und den hauptsächlichen Lageort seines Vermögens dar. Die Behörden dieses Ortes können sich über die für ihre Entscheide und Massnahmen wesentlichen Gesichtspunkte leicht und rasch informieren.

Im Unterschied zu den Gerichtsstandsbestimmungen des Familien- und des Schuldrechts verwendet Artikel 84 nur den Begriff des Wohnsitzes, nicht auch denjenigen des gewöhnlichen Aufenthalts. Dieser Unterschied ist gewollt. Die Vermögensnachfolge soll unter der Leitung einer Behörde erfolgen, die zum betreffenden Nachlass eine gewisse räumliche Beziehung hat, und zwar sollte die Intensität der Beziehung den an die Rechtsanwendung gestellten Anforderungen entsprechen. Die durch den gewöhnlichen Aufenthalt vermittelte Beziehung erscheint für die Belange des Erbrechts als zu schwach.

Artikel 84 bezieht sich auf das Nachlassverfahren und auf die erbrechtlichen Streitigkeiten. Welche erbrechtlichen Klagen zur Verfügung stehen, bestimmt sich nach dem Erbstatut. Artikel 84 Absatz 1 bezeichnet lediglich den Ort, an dem diese Verfahren einzuleiten sind. Für das Nachlassverfahren einerseits und die erbrechtlichen Streitigkeiten andererseits können sachlich verschiedene Behörden zuständig sein. Die Eröffnung des Nachlasses kann z. B. durch eine Administrativbehörde erfolgen, während die erbrechtlichen Klagen bei richterlichen Behörden anzubringen sind.

Die Zuständigkeit am letzten Wohnsitz des Erblassers ist nicht eine ausschliessliche. Für Auslandschweizer, die eine *professio iuris* zugunsten des schweizerischen Rechts gemacht haben, kann die schweizerische Heimatbehörde auch als Behörde des Staates zuständig sein, dessen Recht der Erblasser gewählt hat (Art. 85 Abs. 2). Ferner wird die Entscheidung eines Staates, dessen Recht der Erblasser gewählt hat, gemäss Artikel 94 Absatz 1 Buchstabe a in der Schweiz grundsätzlich anerkannt.

Umfasst der Nachlass ausländische Grundstücke, so ist aus Gründen der Effektivität auf den Belegenheitsstaat Rücksicht zu nehmen. In der Literatur wird

verschiedentlich postuliert, auf diesen Gesichtspunkt sei nur bei der Bestimmung des anwendbaren Rechts zu achten (vgl. W. Niederer, Einführung in die allgemeinen Lehren, Zürich 1956, S. 130; Soergel-Kegel, Kommentar zum EGBGB, 10. Aufl., N. 89 vor Art. 24 und N. 11 zu Art. 28). Der Bundesrat zieht es vor, diese Frage auf dem Boden der Zuständigkeit zu regeln. Die Anwendung der *lex rei sitae* durch den Wohnsitzrichter sichert nämlich nicht immer die Anerkennung der Entscheidung durch den Belegenheitsstaat. Ob eine solche Anerkennung zu erwarten ist, kann in vielen Fällen schwer vorausgesagt werden. Leichter zu beantworten ist die Frage, ob der Situsstaat eine ausschliessliche Zuständigkeit beansprucht. In diesem Sinn wird in Artikel 84 Absatz 2 die Zuständigkeit der Wohnsitzbehörden eingeschränkt. Ihre Zuständigkeit erstreckt sich nicht auf Grundstücke, für welche der Belegenheitsstaat ausschliesslich zuständig sein will. Die Einschränkung bezieht sich sowohl auf die freiwillige wie auf die streitige Gerichtsbarkeit.

Einige Rechtsordnungen kennen Institutionen mit dem Zweck, die im Ausland vorgenommene Verteilung ausländischer Nachlassgüter nachträglich im Sinne des eigenen Rechts zu korrigieren («droit de prélevement»). Im vorliegenden Entwurf wurde auf eine solche Lösung verzichtet.

In dem Rahmen, in dem eine Nachlassspaltung in Kauf genommen wird, sind ihre Folgen anzuerkennen. Die Belegenheit eines Grundstücks ist ein vertretbares Anknüpfungselement, auch wenn das Situsrecht eine andere Nachlassverteilung vorsieht als das Wohnsitzrecht.

262.2 Heimatzuständigkeit

Auch für Auslandschweizer ist das Nachlassverfahren grundsätzlich am letzten Wohnsitz abzuwickeln. Doch sollen subsidiär die Heimatbehörden angerufen werden können.

Nach *Artikel 85 Absatz 1* steht das Heimatforum offen, wenn sich im ordentlicherweise zuständigen Ausland keine Behörde ernsthaft mit dem Nachlass oder mit Teilen davon befasst. Die Bestimmung will vermeiden, dass die Rücksichtnahme auf das Ausland für unsere Auslandschweizer faktisch oder rechtlich eine Zuständigkeitsleere zur Folge hat. Gedacht ist z. B. an den Fall, in dem die ausländischen Behörden nur das in ihrem Hoheitsgebiet gelegene Vermögen eröffnen, aber die in der Schweiz oder in einem Drittstaat gelegenen Nachlasswerte unberücksichtigt lassen. Gedacht ist ferner an den in der Praxis immer wieder auftretenden Fall, in dem die ausländischen Behörden zwar zuständig wären, aber faktisch inaktiv bleiben. Für diese Fälle erfüllt Absatz 1 eine gewisse Notzuständigkeits- und Schutzfunktion.

In Artikel 85 Absatz 2 wird die Heimatzuständigkeit mit der *professio iuris* verbunden. Die *professio iuris* eröffnet dem Erblasser die Möglichkeit, seinen Nachlass mittels Rechtswahl dem Heimatrecht zu unterstellen. Auslandschweizern steht die Möglichkeit nur insoweit offen, als das Recht der ausländischen Nachlassbehörde die *professio* zulässt.

In der Praxis ist festzustellen, dass die Auslandschweizer ein grosses Bedürfnis empfinden, ihren Nachlass oder Teile davon dem schweizerischen Recht zu un-

terstellen. Damit eine solche *professio iuris* durchgesetzt werden kann, eröffnet Absatz 2 eine entsprechende Nachlasszuständigkeit. Je nach Inhalt der *professio iuris* umfasst sie entweder den gesamten Nachlass oder nur Teile davon, z. B. nur das in der Schweiz gelegene Vermögen. Auf diese Weise lässt sich für die in der Schweiz gelegenen Grundstücke eine Artikel 28 Ziffer 1 NAG ähnliche Lösung herbeiführen. Selbstverständlich kommt Artikel 85 Absatz 2 nur so weit zum Tragen, als der ausländische Wohnsitz- oder Belegenheitsstaat nicht eine ausschliessliche Zuständigkeit für sich in Anspruch nimmt.

262.3 Zuständigkeit am Lageort

Obwohl die im Entwurf vorgeschlagene erbrechtliche Regelung grundsätzlich auf den Prinzipien der Wohnsitzzuständigkeit und der Nachlassseinheit beruht, kommt sie ohne *forum rei sitae* nicht aus. Soweit die an sich zuständige ausländische Behörde sich mit dem in der Schweiz befindlichen Nachlassteil eines mit letztem Wohnsitz im Ausland verstorbenen Ausländers nicht befasst, erklärt Artikel 86 die schweizerischen Behörden am Lageort von Nachlasswerten als zuständig. Er trägt dem Umstand Rechnung, dass viele Staaten die Nachlassspaltung kennen. Die Zuständigkeit der Behörden am schweizerischen Belegenheitsort soll in Fällen, wo eine ausländische Behörde untätig ist, verhindern, dass in der Schweiz ein Nachlass oder ein Teil davon unerledigt bleibt. Artikel 86 ist auf Vermögen in der Schweiz beschränkt. Zuständig ist die Behörde am Lageort und, wenn an mehreren Orten Vermögen liegt, die zuerst angerufene Behörde (Abs. 2). Gedacht ist in erster Linie an Grundstücke; doch gilt die Regelung auch für Mobilien, wenn ein Staat auch diese dem *forum rei sitae* zuweist. Die Bestimmung bezieht sich nur auf den Nachlass von Ausländern; Schweizer Bürger fallen unter Artikel 85.

Voraussetzung für die Anwendung von Artikel 86 ist, dass die zuständige ausländische Behörde untätig bleibt. Welche Behörde als zuständig erachtet wird, bestimmt sich nach schweizerischem Recht. Allerdings handelt es sich nicht bloss um die Wohnsitz-, sondern um jede Behörde, deren Rechtshandlungen nach Artikel 94 anerkennbar sind.

262.4 Sichernde Massnahmen

Zum Schutz der Erben und der Nachlassgläubiger sind in der Regel behördliche Sicherungsmassnahmen zur Erhaltung der hinterlassenen Werte notwendig. Die Sitzbehörden sind hierzu am besten in der Lage. Artikel 87 begründet eine entsprechende schweizerische Zuständigkeit und verpflichtet die betreffenden Behörden, von Amtes wegen einzuschreiten, sobald sie vom Erbfall Kenntnis haben. Da in solchen Fällen in der Schweiz kein Wohnsitz und in der Regel auch kein Sterbeort im Sinne von Artikel 551 Absatz 3 ZGB gegeben sein wird, lässt sich eine zentrale Sicherungsbehörde nur schwer bestimmen. Eine u. U. eintretende Häufung von gegenständlich beschränkten internen Zuständigkeiten sollte durch Koordination zwischen den verschiedenen schweizerischen Behörden vermieden werden.

Die sichernden Massnahmen umfassen grundsätzlich alle in der Schweiz gelegenen Vermögensgegenstände. Darunter fallen Mobilien wie auch Immobilien und Forderungen. Fraglich kann in diesem Zusammenhang sein, wie Forderungen zu lokalisieren sind. Eine Forderung kann als in der Schweiz befindlich betrachtet werden, wenn hier ein Gerichtsstand für die Erfüllungsklage gegeben ist (Wohnsitz des Schuldners, Erfüllungsort). Eine ähnliche Regelung wird in den Entwürfen für ein IPR-Gesetz der Bundesrepublik Deutschland angeregt (vgl. Reform des deutschen internationalen Privatrechts, Tübingen 1980, S. 119/120/134f./151).

Artikel 87 bezieht sich nur auf Massnahmen, die der Sicherung und Erhaltung von Vermögenswerten dienen. Dagegen fällt die Sicherung des Erbgangs (Art. 551 Abs. 1 ZGB) in die Zuständigkeit der Eröffnungsbehörde. Art und Massnahmen der Sicherung bestimmt die Behörde nach eigenem Ermessen. Sie wird sich jeweils am Zweck ihrer Zuständigkeit und an den Erfordernissen des Einzelfalles orientieren. In Betracht kommt z. B. die amtliche Verwahrung oder die Siegelung von Räumlichkeiten. Die aufgrund von Artikel 87 vorzunehmenden Massnahmen richten sich nach schweizerischem Recht.

263 Anwendbares Recht

263.1 Vorbemerkung

Der Entwurf übernimmt die bereits nach NAG geltenden Grundsätze, insbesondere den Anknüpfungspunkt des letzten Wohnsitzes des Erblassers. Auch die *professio iuris* und das Prinzip der Nachlassseinheit werden beibehalten. Im Unterschied zum NAG strebt jedoch der Entwurf differenziertere Lösungen an. Dabei werden gewisse Einbrüche in den einen oder anderen Grundsatz in Kauf genommen. Die neue Regelung bestimmt das anwendbare Recht jeweils in Funktion zur schweizerischen Eröffnungszuständigkeit. Sie bezeichnet das Erbstatut nicht generell abstrakt, sondern nur insoweit, als schweizerische Eröffnungsbehörden für die Nachlassabwicklung zuständig sind. Der Entwurf unterscheidet zwischen den Fällen, in denen der Erblasser seinen Wohnsitz in der Schweiz hatte (Art. 88) und in denen der letzte Wohnsitz sich im Ausland befand (Art. 89).

263.2 Objektive Anknüpfung

Hatte der Erblasser seinen letzten Wohnsitz in der Schweiz, so wird er nach schweizerischem, d. h. im Ergebnis nach dem Recht seines letzten Wohnsitzes beerbt (*Art. 88 Abs. 1*). Für Schweizer Bürger erscheint diese Lösung selbstverständlich, für Ausländer entspricht sie der bereits im Artikel 22 NAG vorgesehenen Regelung. Das schweizerische Recht gilt für die Gesamtheit des erblasserischen Vermögens, gleichgültig, ob es im In- oder im Ausland liegt und unabhängig davon, ob es sich um Mobilien oder um Immobilien handelt. Eine Ausnahme machen jene Grundstücke, für die der ausländische Belegenheitsstaat die ausschliessliche Zuständigkeit und die Anwendung des eigenen Rechts in Anspruch nimmt. Dieser Fall muss in Artikel 88 Absatz 1 nicht ausdrücklich er-

wähnt werden, weil die Schweiz für solche Fälle ohnehin keine Eröffnungszuständigkeit vorsieht (Art. 84 Abs. 2). Zudem ist nicht sehr wahrscheinlich, dass der ausländische Staat zwar ausschliesslich zuständig sein will, aber doch das Recht des letzten Wohnsitzes anwendet. Selbstverständlich stünde Artikel 88 Absatz 1 einer solchen Rechtsanwendung nicht entgegen.

Hatte der Erblasser seinen letzten Wohnsitz im Ausland, so befasst sich die Schweiz nur ausnahmsweise mit der Abwicklung des Nachlasses (Art. 85 und 86). Entsprechend sind auch die Bestimmungen über das anzuwendende Recht nur auf Ausnahmesituationen ausgerichtet (Art. 89). Gerade in diesen Fällen ist der Zusammenhang zwischen anwendbarem Recht und schweizerischer Eröffnungszuständigkeit besonders eng.

Für den Nachlass von Auslandschweizern können die schweizerischen Behörden einmal zuständig sein, wenn der Erblasser den Nachlass oder bestimmte Nachlasswerte durch letztwillige Verfügung dem schweizerischen Recht oder der schweizerischen Zuständigkeit unterwirft (Art. 85 Abs. 2). Zum anderen kann die schweizerische Eröffnungszuständigkeit darauf beruhen, dass die ausländische Behörde am letzten Wohnsitz des Auslandschweizers die Regelung des Nachlasses aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nicht an die Hand nimmt oder nicht zu Ende führt (Art. 85 Abs. 1). In diesem Fall hat man es mit einer objektiv zu bestimmenden Anknüpfung zu tun. Verschiedene Möglichkeiten stehen offen. Möglich wäre z. B. ein Festhalten am Wohnsitzprinzip. Dies hätte zur Folge, dass oft ein Recht bestimmt ist, das selber nicht anwendbar sein will. Auch die Anwendung des Rechts des Staates, in dem sich das Vermögen tatsächlich befindet, befriedigt nicht. Die von der ausländischen Behörde nicht eröffneten Nachlasswerte können nämlich in verschiedenen Staaten liegen, so dass das Situs-Prinzip eine unnötige Häufung von Nachlassspaltungen nach sich ziehen würde. Der Entwurf sieht die Anwendung des schweizerischen Rechts vor. Diese Lösung wird den unter Artikel 89 Absatz 2 subsumierten Fallgruppen in mehrfacher Hinsicht gerecht. Bei faktischer Inaktivität einer ausländischen Behörde, ist die Anwendung des schweizerischen Rechts angebracht, weil es um die Vermeidung einer Rechtsverweigerung gegenüber Schweizer Bürgern geht. In den anderen Fällen fördert die Anwendung des schweizerischen Rechts den internationalen Entscheidungseinklang, insbesondere gegenüber Wohnsitzstaaten, deren Behörden untätig bleiben, weil sie dem Heimat- oder dem Situs-Prinzip folgen.

Für die Eröffnung des Nachlasses von Ausländern mit letztem Wohnsitz im Ausland sind die schweizerischen Behörden nur insoweit zuständig, als Nachlassvermögen, das in der Schweiz liegt, von der ausländischen Nachlassbehörde nicht eröffnet wird (Art. 86 Abs. 1). Für die Bestimmung des auf solche Nachlasswerte anwendbaren Rechts, kann man zwischen dem schweizerischen Recht, dem materiellen Recht am letzten Wohnsitz des Erblassers oder dem vom Kollisionsrecht am letzten Wohnsitz des Erblassers bestimmten Recht schwanken. Der Bundesrat schlägt in Artikel 89 Absatz 1 die letztere Lösung vor. Damit wird freilich das Prinzip der Nachlasseinheit nicht in allen Fällen gewährleistet; hingegen wird der internationale Entscheidungseinklang gefördert. Die Anknüpfung an das schweizerische Recht würde zwar dem Situs-Prinzip entsprechen, hätte aber eine vermehrte Nachlassspaltung zur Folge. Auch die Anwen-

dung des materiellen Wohnsitzrechts des Erblassers würde die Anknüpfung nicht entscheidend verbessern; in beiden Fällen wäre ein Recht anzuwenden, das oft gar nicht angewendet sein will.

263.3 *Professio iuris*

Wie bereits unter der Herrschaft von Artikel 22 Absatz 2 NAG, soll der Erblasser auch unter dem neuen Entwurf die Möglichkeit haben, das auf seinen Nachlass anwendbare Recht selber zu bezeichnen.

Die Idee der erbrechtlichen *professio iuris* ist nicht neu; sie geht bis ins 14. Jahrhundert zurück. Im NAG hat sie als Kompromissformel zwischen dem Wohnsitz- und dem Heimatprinzip erst während des parlamentarischen Differenzbereinigungsverfahrens von 1891 Aufnahme gefunden (vgl. Schlussbericht, S. 182). Für die Zulassung der *professio iuris* sprechen – gleich wie im Ehegüterrecht – all jene Argumente, die in vermögensrechtlichen Angelegenheiten für eine gewisse Dispositionsbefugnis der Parteien geltend gemacht werden können. Hinzu kommen die spezifisch erbrechtlichen Gesichtspunkte, insbesondere derjenige des Ausgleichs zwischen dem Wohnsitz- und dem Heimatprinzip. Durch Zulassung der *professio iuris* kann der Erblasser bestimmen, welchem Recht er die Nachfolge in sein Vermögen unterstellen will. Freilich ist nicht auszuschliessen, dass der Erblasser nicht immer das ihm am nächsten stehende, sondern dass er das bisweilen seiner Ansicht nach günstigste Recht wählt.

Die *professio iuris* ermöglicht ferner eine gezielte Koordination zwischen dem Güter- und dem Erbstatut. Durch Rechtswahl im Güter- und *professio iuris* im Erbrecht kann im Todesfall sichergestellt werden, dass die güter- und die erbrechtliche Auseinandersetzung nach der gleichen Rechtsordnung vorgenommen wird. Diese Koordinationsmöglichkeit entspricht einem starken Bedürfnis der Rechtspraxis.

Der Entwurf lässt die *professio iuris* in zwei Fällen zu; einmal bei ausländischen Erblassern mit letztem Wohnsitz in der Schweiz (Art. 88 Abs. 2) und zum anderen für Schweizer Erblasser mit letztem Wohnsitz im Ausland (Art. 85 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 89 Abs. 2). Im NAG war nur der erste Fall geregelt (vgl. W. Stauffer, Praxis zum NAG, Zürich 1975, S. 73).

Nach Artikel 88 Absatz 2 kann der ausländische Erblasser seinen Nachlass der Rechtsordnung eines Staates unterstellen, dessen Angehöriger er im Zeitpunkt der Verfügung war. Und nach Artikel 85 Absatz 2 in Verbindung mit Artikel 89 Absatz 1 hat der Auslandschweizer die Möglichkeit, seinen gesamten Nachlass oder zumindest den in der Schweiz gelegenen Teil des Nachlasses schweizerischem Recht zu unterstellen.

Besondere Aufmerksamkeit verdienen die Probleme der mehrfachen Staatsangehörigkeit und des Staatsangehörigkeitswechsels. Im Unterschied zum NAG (Art. 22 Abs. 2) stellt der Entwurf nicht mehr auf den Zeitpunkt der Errichtung der Verfügung ab. Erfordert ist, dass der Erblasser im Zeitpunkt des Todes noch Angehöriger des Staates ist, dessen Recht er gewählt hat. Ob daneben in der Zeit zwischen der Errichtung der Verfügung und dem Tod des Erblassers Änderungen in der Staatsangehörigkeit eingetreten sind, schadet der Gültigkeit der

professio iuris nicht, allerdings mit einer Ausnahme: Schweizer Bürger mit letztem Wohnsitz in der Schweiz werden aus Gründen der Rechtsgleichheit als Nürschweizer behandelt. Im übrigen aber haben Erblasser, die mehrere Staatsangehörigkeiten besitzen, unter diesen die Wahl. Dies kann freilich zur Folge haben, dass ein anderes als das Recht der engsten Beziehung gewählt wird. Doch würde es dem gerade im Erbrecht wichtigen Grundsatz der Rechtssicherheit zuwiderlaufen, wenn im Erbfall zuerst untersucht werden müsste, ob die gewählte Staatsangehörigkeit auch die effektive sei. Entsprechendes gilt für die Auslandschweizer. Durch die *professio iuris* wird immer das materielle Recht des gewählten Staates bezeichnet; der Renvoi ist ausgeschlossen. Bezüglich der Form lehnt sich der Entwurf an die bestehende Regelung in Artikel 22 Absatz 2 NAG an. Die Rechtswahl muss aus einer Verfügung von Todes wegen hervorgehen. Damit ist in formeller Hinsicht eine Einheit mit der *professio iuris* von Auslandschweizern gemäss Artikel 85 Absatz 2 erreicht.

Der Vorentwurf sah in Artikel 91 Absatz 3 vor, dass das gewählte Recht eindeutig aus einer Verfügung von Todes wegen hervorgehen müsse. Die *professio iuris* bedurfte also keiner formellen Klausel, sondern konnte aus den Umständen geschlossen werden. Diese Bestimmung wurde in der Vernehmlassung kritisiert. Der vorliegende Entwurf verzichtet auf eine Artikel 91 Absatz 3 des Vorentwurfs analoge Regelung. Es soll der Rechtsprechung vorbehalten werden, Kriterien für die Form der *professio iuris* zu entwickeln.

Die IPR-Expertenkommission hatte sich seinerzeit noch mit der interkantonalen *professio iuris* zu befassen (vgl. Schlussbericht, S. 186). In der Zwischenzeit hat sich das Problem gelöst, denn der Bundesrat hat im Rahmen der Revision des ZGB (Wirkungen der Ehe im allgemeinen, Ehegüterrecht und Erbrecht; vgl. BBl 1979 II 1191) vorgeschlagen, Artikel 472 ZGB aufzuheben. Diesem Vorschlag hat der Ständerat bereits zugestimmt; im Nationalrat bestehen gegen die Aufhebung keine Einwände.

263.4 Pflichtteilsschutz und Gläubigerschutz

Der Vorentwurf enthielt für beide Fragen entsprechende Vorschläge (Art. 91 Abs. 2, Art. 94; vgl. Schlussbericht, S. 184, 190). Nach Artikel 91 Absatz 2 des Vorentwurfs hätten sich der überlebende Ehegatte und die Nachkommen ohne Rücksicht auf die Unterstellung unter das Heimatrecht stets auf den Pflichtteil nach schweizerischem Recht berufen können, wenn ihre berechtigten Erwartungen verletzt worden wären. In der Vernehmlassung stiess diese Bestimmung auf Kritik. Vor allem die «berechtigten Erwartungen» wurden als zu unklar qualifiziert. Im Entwurf wurde diese Bestimmung nicht mehr aufgenommen, weil keine der in Frage kommenden Varianten zum Schutze der Pflichtteilsberechtigten überzeugen konnte.

Nach Artikel 94 des Vorentwurfs war die Haftung des Nachlassvermögens und der Erben für die Nachlassschulden dem Erbstatut unterstellt. Eine weitergehende Haftung des Nachlassvermögens, die das Recht am letzten Wohnsitz des Erblassers einem Gläubiger gewährt, wurde vorbehalten. Dieser Bestimmung ist in der Vernehmlassung vorgeworfen worden, sie sei zu wenig klar und stelle eine ungerechte Bevorzugung der Gläubiger dar. Diese Kritik wurde als begründet erachtet, weshalb der Artikel im Entwurf nicht aufgenommen wurde.

263.5 Umfang des Erbstatuts und Nachlassabwicklung

Gleich dem NAG unterscheidet auch der vorliegende Entwurf zwischen dem Eröffnungs- und dem Erbstatut. Während das Recht über die Erbfolge der *professio iuris* zugänglich ist, richtet sich die Eröffnung des Nachlasses immer nach dem Recht am Sitz der eröffnenden Behörde. In den folgenden Fällen führt dies zu einem Auseinanderfallen der Statute:

- wenn die schweizerische Behörde am letzten Wohnsitz des Erblassers in der Schweiz einen durch *professio iuris* an eine andere Rechtsordnung verwiesenen Nachlass (vgl. Art. 84 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 88 Abs. 2) zu eröffnen hat;
- wenn die schweizerische Situs-Behörde auf die Erbfolge das materielle Recht des ausländischen Wohnsitzstaates anwenden muss (vgl. Art. 86 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 89 Abs. 1).

Das Auseinanderfallen von Eröffnungs- und Erbstatut hat schon unter dem NAG Schwierigkeiten bereitet (vgl. F. Vischer/A. von Planta, IPR, S. 144). Der Bundesrat erachtet es deshalb als notwendig, die zur Vornahme dieser Abgrenzung wesentlichen Kriterien in *Artikel 90* zu nennen.

Unter Erberöffnung im Sinne des Entwurfs sind alle Massregeln zu verstehen, welche die Sicherung des Nachlasses und des Erbgangs sowie den Vollzug der Erbfolge zum Zweck haben. Dazu gehört die gesamte formelle Nachlassabwicklung inklusive Willensvollstreckung oder kurz alles, was das ZGB unter Erbgang versteht (vgl. P. Anliker, Die erbrechtlichen Verhältnisse der Schweizer im Ausland und der Ausländer in der Schweiz, Aarau 1933, S. 226; F. Vischer/A. von Planta, IPR, S. 144; P. Tuor/B. Schnyder, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, Zürich 1979, S. 430 ff.).

Über die sachliche Abgrenzung des Eröffnungs- vom Erbstatut besteht in der Doktrin Uneinigkeit. Die eine Auffassung will dem Eröffnungsstatut breiten Raum zugestehen und die *professio iuris* nur für einige eng begrenzte Bereiche, wie die Bestimmungen der gesetzlichen Erben und ihrer Quoten, das Ausmass der Verfügungsfreiheit oder den Kreis der Pflichtteilsberechtigten zulassen (vgl. P. Anliker, a. a. O., S. 321; W. Stauffer, Das internationale Privatrecht der Schweiz aufgrund des Bundesgesetzes betreffend die zivilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter, Aarau 1925, S. 109; A. Necker, La mission de l'exécuteur testamentaire dans les successions internationales, Genève 1971, S. 77 ff.).

Die andere Auffassung legt den Schwerpunkt auf das Erbstatut. Dieses soll sämtliche materiellrechtlichen Probleme beherrschen, die mit dem Erbfall zusammenfallen können; dem Eröffnungsstatut sollen nur die Verfahrensfragen unterstehen (vgl. A. Necker, a. a. O., S. 18).

Der Unterschied zwischen diesen beiden Auffassungen zeigt sich insbesondere bei den Fragen betreffend den Nachlassverwalter, den Willensvollstrecker oder die Stellung der Erben vor der Teilung. Während die extensive Auffassung diese Fragen dem materiellen Erbstatut entnehmen will, werden sie von der restriktiven Meinung unter das Eröffnungsstatut subsumiert.

Eine endgültige Abgrenzung zwischen Eröffnungs- und Erbstatut scheint nicht möglich. Nach der extensiven Auffassung sollten insbesondere folgende Rechts-

institute dem *Erbstatut* zugeordnet werden: die Bestimmung der gesetzlichen Erben und deren Quoten, das Erbrecht des Gemeinwesens, das Pflichtteilsrecht, die Enterbung, die Arten der erbrechtlichen Verfügung, die Auflagen und Bedingungen, die Vermächtnisse, die Stellung des Vermächtnisnehmers, die Ersatzverfügung, die Nacherbeneinsetzung, der Erbverzicht, die Voraussetzungen und Wirkungen der Ungültigkeits- und der Herabsetzungsklage, die Erbfähigkeit und die Erbunwürdigkeit, das Erleben des Erbgangs, die Ausschlagung und die Reihenfolge des Antragsrechts, die Erbschaftsklage, der erbrechtliche Unterhaltsanspruch der Erben und der Personen, die mit dem Erblasser zur Zeit des Todes im gemeinsamen Haushalt lebten, die Bildung der Teile, die Ausgleichung, die Verträge unter Erben über Erbteile, die Haftung und Gewährleistungspflicht der Miterben untereinander, das Ausmass der Erbenhaftung gegenüber Dritten.

Entgegen der restriktiven Auffassung ist die extensive Auffassung der Ansicht, dass auch die Möglichkeit und die Frist zur Ausschlagung unter einem öffentlichen Inventar und zur amtlichen Liquidation, ferner die Stellung der Erben vor der Teilung, die Stellung der Erben nach der Teilung sowie die Rechte und Pflichten des Willensvollstreckers gegenüber der Erbschaft dem Erbstatut unterstehen.

Zum *Eröffnungsstatut* hingegen würden die Eröffnung des Erbanges, die Testamentseröffnung, die Ausstellung des Erbscheins, die Formen der Ausschlagung, der Anerkennung eines öffentlichen Inventars und der amtlichen Liquidation, die Nachlassverwaltung, sowie die Stellung des Willensvollstreckers gehören.

Die erbrechtlichen Klagen, die Ausschlagung oder die Teilebildung befinden sich im Grenzgebiet zwischen Eröffnungs- und Erbstatut. Für die Klagen ist nur der Klagegrund, für die Ausschlagung nur deren Möglichkeit, deren Wirkungen sowie Ausschlagungsfrist, und für die Bildung der Teile nur das Prinzip der Quotenaufstellung dem Erbstatut zu entnehmen; das Klage-, das Ausschlagungs- und das Quotenbildungsverfahren hingegen gehören zum Eröffnungsstatut.

Eine Aufzählung derjenigen Institute, die zum Nachlassverfahren gehören, in ein Gesetz aufzunehmen, erscheint nicht als sinnvoll. In Artikel 90 Absatz 1 wird die Frage, ob ein bestimmtes Erbrechtsinstitut gegeben sei, und welche Massnahmen im Rahmen des Nachlassverfahrens zulässig sind, dem Erbstatut zugeordnet. Hingegen ist die Durchführung solcher Massnahmen, also die technische Seite, nach dem Eröffnungsstatut zu beantworten.

264 Verfügungen von Todes wegen

Artikel 91 verweist für die Formgültigkeit von Testamenten auf das Haager Übereinkommen vom 5. Oktober 1961 über das auf die Form letztwilliger Verfügungen anzuwendende Recht (SR 0.211.312.1). Dieses Übereinkommen regelt die Form der letztwilligen Verfügung abschliessend; es handelt sich um einen mit *Loi-uniforme*-Charakter ausgestatteten, *erga omnes* anwendbaren Staatsver-

trag, neben dem kein Raum für innerstaatliches Kollisionsrecht übrigbleibt (vgl. A. E. von Overbeck, *L'unification des règles de conflits de lois en matière de forme de testaments*, Fribourg 1961, S. 71 ff.; P. Volken, *Konventionskonflikte*, S. 240). Nach Artikel 1 des Übereinkommens ist eine letztwillige Verfügung formell gültig, wenn sie entweder der *lex loci actus*, dem Heimat-, dem Wohnsitz- oder dem Recht am gewöhnlichen Aufenthalt des Testierenden im Zeitpunkt der Verfügung oder des Todes entspricht; für Immobilien genügt überdies die Form des Situs-Staates. Zu erinnern ist daran, dass die Schweiz den Vorbehalt von Artikel 10 des Übereinkommens gemacht hat: Ein Schweizer Bürger, der weder beim Testieren noch beim Ableben eine andere Staatsangehörigkeit besitzt und der sich nicht in einer Notsituation befindet, kann daher kein mündliches Testament machen (Art. 506 ZGB).

Nach Artikel 4 ist das Übereinkommen zwar auf gemeinschaftliche Testamente, nicht aber auf Erbverträge anwendbar. Aus schweizerischer Sicht bestehen keine Bedenken, das Übereinkommen auf Erbverträge und ähnliche Verfügungen von Todes wegen auszudehnen (Art. 91 Abs. 2).

Artikel 92 bezeichnet das Recht, nach dem eine Person von Todes wegen über ihren Nachlass verfügen kann. Gemäss Artikel 7 Absatz 4 NAG ist für die Testierfähigkeit das Wohnsitzrecht im Zeitpunkt der Verfügung zu beachten. An diesem Zeitpunkt wird festgehalten, doch wird das Spektrum der anwendbaren Rechte etwas erweitert, denn auch bei der Verfügungsfähigkeit ist ein gewisser, wenn auch im Vergleich zur Testamentsform beschränkter *favor testamenti* angebracht. Gleichzeitig ist die testamentarische Verfügungsfähigkeit den für die Handlungsfähigkeit im allgemeinen geltenden Grundsätzen anzupassen. In diesem Sinn stellt Artikel 92 alternativ auf das Recht des Wohnsitzes oder des gewöhnlichen Aufenthalts des Testierenden ab, ferner genügt es, wenn die Verfügungsfähigkeit nach einem der Heimatrechte des Testierenden gegeben ist. Massgeblich ist jeweils der Zeitpunkt der Verfügung.

264.1 Erbverträge und korrespektive Testamente

Wenn auch die Erbverträge weniger zahlreich sind als die letztwilligen Verfügungen, so erscheint es doch angebracht, sie ausführlicher als in Artikel 25 NAG zu regeln. Im Unterschied zum NAG enthält der Entwurf keine besondere Bestimmung über den Erbvertrag zwischen Verlobten. Mit Hilfe der Rechtswahl im Ehegüterrecht und durch die *professio iuris* im Erbrecht kann erreicht werden, dass Ehe- und Erbvertrag dem gleichen Recht unterstehen.

Artikel 93 Absatz 1 unterstellt den Erbvertrag dem Recht am Wohnsitz des Erblassers im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses. Diese Anknüpfung entspricht dem Erbstatut, das gelten würde, wenn der Erbfall im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses einträte. Aus Gründen der Verkehrssicherheit und im Interesse der Aufrechterhaltung der im Vertrag getroffenen Anordnungen bleibt ein späterer Wohnsitzwechsel ohne Einfluss auf die Rechtsanwendung. Das Erbvertragsstatut beherrscht den Vertrag in seiner Gesamtheit; es bestimmt also über die Zulässigkeit und die bindende Kraft, aber auch über die erbrechtlichen Wirkungen des Vertrages.

Nach Artikel 93 Absatz 2 ist in Anlehnung an die für Testamente geltende Regelung auch beim Erbvertrag die *professio iuris* zugunsten eines Heimatrechts des Erblassers zulässig. Um eine *professio iuris stricto sensu* handelt es sich allerdings nur beim einseitigen Erbvertrag; beim zweiseitigen Erbvertrag müsste richtigerweise von einer Rechtswahlvereinbarung gesprochen werden. Hinsichtlich Ausdrücklichkeit und Form gelten die gleichen Grundsätze wie beim Testament. Selbstverständlich muss die *professio iuris* im Erbvertrag selber enthalten sein oder aus diesem unmissverständlich hervorgehen. Eine testamentarische *professio iuris* könnte sich nicht zugleich auf den Erbvertrag erstrecken.

Artikel 93 Absatz 1 regelt nur den einseitigen Erbvertrag, in dem bloss eine Partei Erblasser ist, wobei gleichgültig ist, ob eine Gegenleistung zu Lebzeiten des Erblassers vorgesehen ist. Enthält der Erbvertrag gegenseitige Verfügungen von Todes wegen, so muss er nach Absatz 3 dem Wohnsitzrecht jedes der Verfügenden oder dem von ihnen gewählten gemeinsamen Heimatrecht entsprechen. Absatz 3 dehnt die in Absatz 1 getroffene Regelung auf Verfügungen aus, die unter der Voraussetzung getroffen wurden, dass die auf den Tod hin getroffene Verfügung einer anderen Person gültig ist. Gemeint ist das korrespondierende Testament, wobei es keine Rolle spielt, ob die Verfügung in einem einzigen oder in besonderen Dokumenten enthalten ist. Das schweizerische Erbrecht kennt das korrespondierende Testament nicht; es ist aber nicht einzusehen, weshalb es in der Schweiz keine Wirkungen entfalten soll, wenn das anzuwendende ausländische Recht es erlaubt. Jedenfalls kann nicht *a priori* gesagt werden, solche Testamente würden dem schweizerischen Ordre public widersprechen (vgl. A. E. von Overbeck, a. a. O., S. 98 ff.; P. Piotet, Schweizerisches Privatrecht, Basel u. Stuttgart 1978, Erbrecht, Bd. IV/I, S. 190 ff.).

265 Ausländische Entscheidungen

Artikel 94 erfasst sowohl die Entscheidungen der streitigen, wie die Anordnungen und Massnahmen der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Zu den ersteren zählen die aufgrund von Erbschafts-, Teilungs-, Ungültigkeits-, Herabsetzungs- oder ähnlichen Klagen ergangenen Urteile. Unter die Kategorie der nichtstreitigen Massnahmen sind z. B. die Anordnung der Inventaraufnahme, der amtlichen Verwaltung oder des vorläufigen Besitzes der Erbschaft einzureihen. Weiter gehören die Testamentseröffnung, die Bestellung eines Nachlassverwalters oder die Anordnung der amtlichen Liquidation dazu. Schliesslich werden Urkunden, die den Nachlass betreffen (z. B. Erbschein oder Ausweis des Willensvollstreckers), sowie Rechte aus einem ausländischen Nachlass (Eigentums-, Besitzes-, Nutzniessungs-, Forderungsrechte) anerkannt. Gerade für die Anerkennung ausländischer Urkunden und Rechtspositionen, die auf einem im Ausland eröffneten Nachlass beruhen, wird Artikel 94 einen bedeutenden Fortschritt gegenüber der heutigen Situation bringen. Die Schweiz gehört bekanntlich zu den Staaten mit unorganisierter Nachlassverwaltung und -abwicklung (vgl. A. Neker, a. a. O., S. 57). Ob und unter welchen Voraussetzungen Massnahmen, Urkunden und Rechtspositionen, die auf einem ausländischen Nachlassverfahren beruhen, in der Schweiz anerkannt werden, ist zurzeit weder im Bundes- noch im kantonalen Recht geregelt. Wie sich ein ausländischer Nachlassverwalter

oder Willensvollstrecker zu legitimieren hat, um über Vermögenswerte des Erblassers in der Schweiz verfügen zu können, ist bis heute ungeklärt. Es wurde in der Wissenschaft angeregt, für solche Fragen ein einheitliches Verfahren in das Bundesrecht aufzunehmen. Trotz verschiedener Lösungsvorschläge sieht der Bundesrat von einer entsprechenden Regelung ab, weil eine solche im Grunde genommen in ein Gesetz über die freiwillige Gerichtsbarkeit gehört. Mit Artikel 93 wird zumindest eine gewisse Vereinheitlichung erzielt werden. Weitere Fortschritte könnten erreicht werden, wenn die Schweiz das Haager Übereinkommen vom 2. Oktober 1973 über die internationale Erbschaftsverwaltung ratifizieren würde (vgl. SJIR 1972, S. 61 ff., 431 ff.).

Nach Artikel 94 Absatz 1 werden ausländische Urteile, Massnahmen, Urkunden und Rechtspositionen, die das Erbrecht betreffen, in der Schweiz anerkannt, wenn sie im Staat des letzten Wohnsitzes des Erblassers, im Staat, dessen Recht er gewählt hat, oder, im Falle von Grundstücken, im Belegenheitsstaat ergangen sind oder in einem dieser Staaten anerkannt werden. Die Anerkennung der Zuständigkeit am letzten Wohnsitz des Erblassers versteht sich von selbst. Diese Zuständigkeit entspricht im Erbrecht dem Prinzip des natürlichen Richters. Ähnliches gilt für den Situsstaat im Bereich der Immobilien, besitzt doch dieser die faktische Herrschaft über die auf seinem Hoheitsgebiet liegenden Grundstücke.

Für die Anerkennung der Zuständigkeit des *professio iuris*-Staates sprechen mehrere Gründe. Da es sich beim *professio iuris*-Staat um einen Heimatstaat des Erblassers handelt, wird durch die Anerkennung seiner Zuständigkeit ein weiterer Ausgleich zwischen dem Domicil- und dem Heimatprinzip geschaffen. Gleichzeitig kann der Grundsatz der Nachlassseinheit gewahrt und damit ein unnötiges Auseinanderfallen von Eröffnungs- und Erbstatut verhindert werden. Die Behörden des Heimatstaates sind am besten in der Lage, das gewählte Heimatrecht anzuwenden.

Wie bereits erwähnt, will der Entwurf seine erbrechtlichen Grundsätze (Domicilprinzip, *professio iuris*, Nachlassseinheit) nur so weit aufrechterhalten, als sie sich in der Praxis auch durchsetzen lassen. Eine klare Grenze ist z. B. insoweit vorhanden, als der Situsstaat über Grundstücke auf seinem Hoheitsgebiet die ausschliessliche Herrschaft beansprucht. Diesem Umstand trägt Artikel 94 Absatz 2 Rechnung. Er anerkennt die faktische Herrschaftsmacht des Situs-Staates und nimmt zugleich zum Fall widersprechender ausländischer Urteile Stellung. Artikel 94 Absatz 3 dehnt den gleichen Grundsatz auf die sichernden Massnahmen aus.

27 Sachenrecht

271 Übersicht

Das geltende schweizerische IPR kennt keine Regelung des internationalen Sachenrechts. Dieses ist auch wissenschaftlich weniger stark behandelt worden als die übrigen Bereiche des IPR (vgl. A. Meier-Hayoz, Berner Kommentar, Bd. IV, 1. Abt., 1. Tlbd., Bern 1981, S. 285; H. Stoll, Internationales Sachenrecht, in Staudingers Kommentar zum BGB, nach Art. 12 I EGBGB, 10./

11. Auflage, Berlin 1976; F. Vischer/A. von Planta, IPR, S. 155 ff.; vgl. Schlussbericht, S. 195).

Die herkömmlichen Prinzipien beruhen weitgehend auf der *lex rei sitae*, doch erweisen sie sich nicht in jeder Beziehung als unerschütterlich. Der Entwurf sieht mehrere Abweichungen vom strikten Territorialitätsprinzip vor, so bei der *res in transitu*, beim Eigentumsvorbehalt und vor allem durch die Einführung einer beschränkten Parteiautonomie. Der Entwurf beschränkt sich auf die Regelung der wesentlichen Fragen; nicht erfasst sind die Wertpapiere im allgemeinen, mit Ausnahme der Verpfändung derselben und der Wertpapiere. Die für den Wechsel (Art. 1086 ff. OR) und den Check (Art. 1138 ff. OR) geltenden Kollisionsnormen beruhen auf internationalen Abkommen und können deshalb nicht einseitig geändert werden. Auch für die sachenrechtliche Beurteilung von Transportmitteln (Flugzeuge, Schiffe), die in der Regel dem Recht des Registerortes bzw. des Heimathafens unterliegen, wird auf die Spezialgesetzgebung verwiesen (Art. 107).

Zu den dinglichen Rechten im Sinne dieses Kapitels gehören auch der Besitz und die sachenrechtlichen Wirkungen der Realobligationen, nicht aber der Gefahrenübergang beim Kauf oder das auf diesen anwendbare Recht. Vom Entwurf erfasst werden schliesslich die *immaterialgüterrechtlichen* Fragen.

Grundsätzlich gilt das Territorialitätsprinzip. Dieses ist auf Grund der einschlägigen Staatsverträge in der Regel mit dem Grundsatz des «*Traitement national*», d. h. der Gleichstellung der Ausländer mit den Inländern verbunden. Überdies gewähren die Staatsverträge dem Ausländer gewisse Mindestrechte, insbesondere im Urheberrecht (vgl. Berner Übereinkunft zum Schutz von Werken der Literatur und der Kunst, revidiert in Stockholm am 14. Juli 1967 [SR 0.231.14], Genfer Welturheberrechtsabkommen vom 6. September 1952 [SR 0.231.0]).

In der Vernehmlassung wurden die sachenrechtlichen Bestimmungen durchwegs positiv gewürdigt.

272 **Zuständigkeit**

Für Klagen betreffend dingliche Rechte an Grundstücken, die in der Schweiz liegen, sind die schweizerischen Gerichte am Lageort ausschliesslich zuständig (Art. 95). Eine *prorogatio fori* ist nicht zulässig. Selbstverständlich bezieht sich die Ausschliesslichkeit nur auf Klagen hinsichtlich dinglicher Rechte, nicht auf solche, die das obligatorische Grundgeschäft betreffen (BGE 102 II 143).

Für bewegliche Sachen sind Klagen am schweizerischen Wohnsitz oder subsidiär am gewöhnlichen Aufenthalt des Beklagten anzubringen (Art. 96 Abs. 1). Hat der Beklagte weder Wohnsitz noch gewöhnlichen Aufenthalt in der Schweiz, so sind die Gerichte am schweizerischen Lageort des Vermögens zuständig (Art. 96 Abs. 2). Bei beweglichen Sachen ist die ausschliessliche Situs-Zuständigkeit nicht gerechtfertigt. Im Unterschied zu Grundstücken liegt bei Mobilien eine enge Verknüpfung mit dem Lageort nicht vor.

Klagen betreffend den Bestand von Immaterialgütern und dinglichen Rechten an solchen sind in erster Linie am Wohnsitz bzw. am Sitz (Art. 2 Abs. 2) des Be-

klagten anzubringen (*Art. 97*). Hat der Beklagte keinen Wohnsitz in der Schweiz, so sind im Sinne des Territorialitätsprinzips die Behörden des Staates zuständig, in dem der Schutz des Immaterialgutes beansprucht wird. Der *lex rei sitae* im übrigen Sachenrecht entspricht im Immaterialgüterrecht das Recht des Schutzstaates (vgl. U. Drobnig, Originärer Erwerb und Übertragung von Immaterialgüterrechten im Kollisionsrecht, *RabelsZ* 1976, S. 195). Dieser Anknüpfung folgt auch die moderne Lehre. Eine Ausnahme bildet Artikel 16 Ziffer 4 des EG-Gerichtsstandsübereinkommens von 1968.

273 Anwendbares Recht

273.1 Grundstücke

Der Entwurf unterstellt dingliche Rechte an Grundstücken dem Recht des Staates, in dem sich die Grundstücke befinden (*Art. 98*). Dieses Recht beherrscht sowohl die Begründung, wie auch die Übertragung und die Wirkungen dinglicher Rechte an Grundstücken. Die Ordnung und Gestaltung des Grundbuchs lässt die Anwendung eines fremden Rechts nicht zu. Gewisse Abgrenzungsprobleme stellen sich hinsichtlich der Ausübung des Grundeigentums. Grunddienstbarkeiten können über die Staatsgrenze hinaus wirken; sie unterstehen jedoch nach allgemeiner Ansicht dem Recht des belasteten Grundstücks. Weitere Fragen ergeben sich im Bereich des internationalen Nachbarrechts. Die praktische Bedeutung und Dringlichkeit des Umweltschutzes nimmt gerade in den Grenzregionen stark zu. Zu diesen wichtigen Fragen wird im Deliktsrecht Stellung genommen. Für die Gesetze, die den Grundstückerwerb in persönlicher Hinsicht beschränken (BB vom 23. März 1961/21. März 1973 über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland; SR 211.412.41), drängt sich keine besondere Kollisionsnorm auf. Diese Gesetze umschreiben ihren Anwendungsbereich selber und sind in Artikel 17 des Entwurfs vorbehalten.

Eine besondere Problematik ergibt sich im Zusammenhang mit der sogenannten Gesamtnachfolge in dingliche Rechte an Grundstücken, (Erb- und Ehegüterrecht, Gesellschaftsrecht). Grundsätzlich geht das Vermögenstatut dem Sachstatut vor. Dieser Grundsatz hat allerdings dort seine Grenze, wo ein ausländisches Sachstatut die ausschliessliche Herrschaft in Anspruch nimmt und die Begründung dinglicher Rechte aufgrund einer anderen Rechtsordnung, welche die Gesamtnachfolge bestimmt, nicht anerkennt. In solchen Fällen hat grundsätzlich das Sachstatut Vorrang vor dem Vermögenstatut. Notwendigenfalls muss versucht werden, den vom Vermögenstatut angeordneten dinglichen Vorgang im Sachstatut dadurch zu verwirklichen, dass er gemäss den Vorschriften der *lex rei sitae* nachvollzogen wird; dies bedingt unter Umständen eine Transposition in äquivalente Kategorien der *lex rei sitae* (vgl. H. Lewald, Das deutsche internationale Privatrecht, Leipzig 1931, S. 178 ff.; F. Vischer, Die rechtsvergleichenden Tatbestände im IPR, Basel 1953, S. 130 ff.).

273.2 Bewegliche Sachen

Der Erwerb und Verlust dinglicher Rechte an beweglichen Sachen untersteht dem Recht des Staates, in dem die Sache im Zeitpunkt des Vorgangs, aus dem

der Erwerb oder Verlust abgeleitet wird, sich befindet (*Art. 99 Abs. 1*). Dieser Grundsatz erleidet gewisse Durchbrechungen, insbesondere in Artikel 100 für Sachen, die sich auf dem Transport befinden, in Artikel 102 für den Eigentumsvorbehalt an Sachen, die zur Ausfuhr bestimmt sind, und in Artikel 103 durch die Möglichkeit einer beschränkten Rechtswahl der Parteien.

Inhalt und Ausübung dinglicher Rechte an beweglichen Sachen richten sich nach dem Recht des Staates, in dem sie sich jeweils befinden (*Art. 99 Abs. 2*). Das IPR geht an sich davon aus, dass gültig erworbene dingliche Rechte bei einem nachfolgenden Statutenwechsel vom neuen Lagestaat anzuerkennen sind. Der Inhalt und die Ausübung solcher Rechte haben sich jedoch nach der Sachenrechtsordnung des neuen Lageortes zu richten. Es ist zwischen Entstehungs- und Dauervoraussetzungen zu unterscheiden. Kennt die neue *lex rei sitae* kein dingliches Recht von der Art, der Ausgestaltung und dem Inhalt, wie es in der früheren Rechtsordnung zur Zeit der Begründung verliehen wurde, so ist allenfalls eine Transposition in diejenige Kategorie der neuen *lex rei sitae* vorzunehmen, die im Hinblick auf den Zweck als äquivalent zu betrachten sind (vgl. F. Vischer, *Die rechtsvergleichenden Tatbestände im IPR*, Basel 1953, S. 71; P. Lalive, *The Transfer of Chattles in the Conflict of Laws*, Oxford 1955, S. 156).

273.3 Sachen im Transit

Der durch Vertrag begründete Erwerb oder Verlust dinglicher Rechte an Sachen, die sich auf der Durchreise befinden, unterstehen dem Recht des Staates, in den die Sache bestimmungsgemäss gelangen soll (*Art. 100*). Voraussetzung ist, dass im Zeitpunkt des Vorgangs, an den die behauptete Rechtsfolge geknüpft wird, die Sache bereits unterwegs ist. Der effektive Lageort ist in diesem Zeitpunkt oft nur schwer feststellbar. Zu denken ist etwa an die Sache auf hoher See oder in der Luft. Dingliche Verfügungen über solche Ware sind nicht selten.

In der Doktrin wird als Anknüpfungspunkt für die *res in transitu* teils der Abgangs-, teils der Bestimmungsstaat vorgeschlagen. Das Haager Übereinkommen vom 15. April 1958 über das auf die Eigentumsübertragung bei internationalen Käufen von beweglichen Sachen anzuwendende Recht stellt in Artikel 6 auf den Versandestaat ab. Demgegenüber gibt Artikel 100 der auch im ausländischen IPR im Vordergrund stehenden Anknüpfung an den Bestimmungsstaat den Vorzug, da die räumlichen Beziehungen der Sache zum Abgangsstaat in der Regel bereits abgebrochen sind (vgl. § 31 des österr. IPR-Gesetzes; A. Ducheck/F. Schwind, *IPR*, S. 76ff.; A. von Sprecher, *Der Internationale Kauf*, Zürich 1956, S. 100).

Artikel 100 erfasst ebenfalls die Begründung von Sicherungsrechten an der Sache. Allerdings können im Durchreisestaat auch Dritte dingliche Rechte an der Sache erwerben. Oft wird der Transport zum Vollzug eines Vollstreckungsaktes abgebrochen. Es bleibt dem Dritten vorbehalten, die nach dem jeweiligen Lageort möglichen gesetzlichen Sicherungsrechte geltend zu machen, auch wenn sich die Sache auf dem Transport befindet. Gerade für Sachen, die sich in dem für den Erwerb oder Verlust eines dinglichen Rechts massgeblichen Zeitpunkt auf

der Reise befinden, dürfte die beschränkte kollisionsrechtliche Parteiautonomie nach Artikel 103 besonders wertvoll sein.

273.4 Sachen, die in die Schweiz gelangen

Artikel 101 nimmt zum Problem des sogenannten «gestreckten» Tatbestandes Stellung. Hat sich nach dem Recht des früheren Belegenheitsstaates der zur Begründung eines dinglichen Rechts erforderliche Tatbestand erst teilweise verwirklicht, so werden nach der neuen *lex rei sitae* die bereits im früheren Sittsstaat eingetretenen Vorgänge als in der Schweiz erfüllt angesehen. Zu denken ist etwa an die Ersitzung, wenn die Ersitzungsdauer im früheren Sittsstaat noch nicht abgelaufen ist. Absatz 1 ist als einseitige Kollisionsnorm formuliert. Dieser Lösung liegt die Auffassung zugrunde, es könne nicht Sache des schweizerischen IPR sein, der ausländischen *lex rei sitae* Vorschriften zu machen, die sich überdies am Lageort nicht durchsetzen lassen. Zudem stellt sich die Frage, ob eine Regelung notwendig wäre, um für den Eigentumsübergang den Konflikt zwischen Traditions- und Konsensualprinzip zu lösen. Mit einer allseitigen Kollisionsnorm lässt sich dies nicht bewerkstelligen. Verlässt z. B. eine Sache die Schweiz nach Frankreich (Konsensualprinzip), so muss das französische Recht bestimmen, ob eine neuerliche gegenseitige Willensäusserung notwendig ist oder ob das Eigentum mit dem Überschreiten der schweizerisch-französischen Grenze *ipso iure* auf den Erwerber übergeht.

In verschiedenen Staaten ist die Begründung eines Sicherungsrechts an einer beweglichen Sache durch blosse Übereinkunft möglich (vgl. § 455 BGB; H. Stumpf, Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung im Ausland, Heidelberg 1980, S. 23 ff.). In der Schweiz dagegen ist für den Eigentumsvorbehalt der Registereintrag am Wohnsitz des Käufers (Art. 715 ZGB) und beim Faustpfand die Übertragung des Besitzes (Art. 884 ZGB) Gültigkeitsvoraussetzung (vgl. S. Ottrubay, Die Eintragung des Eigentumsvorbehalts, Freiburg 1980, S. 41 ff.). In Artikel 101 Absatz 2 wird der Grundsatz, wonach sich der Bestand eines Rechts jeweils nach der neuen *lex rei sitae* richtet, etwas eingeschränkt. Die Einschränkung erfolgt vor allem im Hinblick auf den Eigentumsvorbehalt. Wird im Ausland an einer beweglichen Sache ein Sicherungsrecht begründet, das in der Schweiz als solches nicht anerkannt werden kann (z. B. weil es am Registereintrag mangelt; BGE 106 II 197), so behält es seine Gültigkeit noch während dreier Monate, nachdem die Sache in die Schweiz gelangt ist (vgl. analog Art. 3 Abs. 3 der bundesgerichtlichen VO vom 19. Dezember 1910 über die Eintragung der Eigentumsvorbehalte; SR 211.413.1). Während dieser Zeit können die Parteien die zum Weiterbestand des Sicherungsrechts in der Schweiz notwendigen Massnahmen vornehmen. Artikel 101 Absatz 2 will dem Inhaber des Sicherungsrechts entgegenkommen. Die gleiche Regelung gilt auch für Sachen, die sich nur vorübergehend in der Schweiz befinden.

273.5 Eigentumsvorbehalt

Artikel 102 unterstellt die Gültigkeit eines in der Schweiz begründeten Eigentumsvorbehaltes an einer zur Ausfuhr bestimmten Sache dem Recht des Be-

stimmungsstaates. In der Schweiz muss der Eigentumsvorbehalt nach Artikel 715 ZGB notwendigerweise ins Eigentumsvorbehaltsregister am Wohnsitz des schweizerischen Käufers eingetragen werden. Diese Rechtslage ist für den schweizerischen Exporteur, der gegen Kredit an einen im Ausland wohnhaften Käufer liefert, unbefriedigend. Der Bundesrat ist der Ansicht, dass den berechtigten Bedürfnissen der schweizerischen Exportwirtschaft Rechnung getragen werden muss. Zur Lösung des Problems stehen grundsätzlich zwei Wege offen.

Eine Möglichkeit besteht darin, die Gültigkeit des Vorbehalts dem Recht des Bestimmungsstaates zu unterstellen, solange sich die Ware noch in der Schweiz befindet. Dies hat zur Folge, dass beispielsweise bei Lieferung in die Bundesrepublik Deutschland, wo der formfreie Eigentumsvorbehalt möglich ist (vgl. M. Thamm, Der Eigentumsvorbehalt im deutschen Recht, Heidelberg 1977), ein Eigentumsvorbehalt in der Schweiz gültig begründet werden kann. Verlangt das Recht des Bestimmungsstaates dagegen den Eintrag in ein Register als Gültigkeitserfordernis, so ist dem schweizerischen Exporteur mit dieser Lösung nicht gedient. Er müsste nämlich dafür besorgt sein, dass am Wohnsitz bzw. Sitz des Käufers ein Eintrag in das Register erfolgt. Solange sich die Sache aber noch in der Schweiz befindet, ist der Exporteur nicht gesichert, da einerseits die Tatbestandsvoraussetzungen zur Begründung des Eigentumsvorbehalts in der Schweiz nicht erfüllt sind und andererseits der Eigentumsvorbehalt im Bestimmungsstaat seine Wirkungen erst dann entfalten kann, wenn die Sache in sein Hoheitsgebiet gelangt.

Die andere Lösung besteht darin, dass man – in Abänderung von Artikel 715 ZGB – für die gültige Begründung des Eigentumsvorbehalts einen vorläufigen Registereintrag am schweizerischen Wohnsitz des Verkäufers zulässt. Dieser Registereintrag in der Schweiz wäre nur für die Zeit wirksam, während der sich die Sache noch in der Schweiz befindet. Diese Lösung würde den Exporteur, der die Sache ins Ausland liefert, schützen, ob nun die Sache in einen Staat gelangen soll, der für den Eigentumsvorbehalt den Registereintrag voraussetzt oder in einen solchen, in dem bloss eine entsprechende Vereinbarung genügt.

Der Entwurf hat sich für die erste Lösung entschieden, da die zweite mit verschiedenen Unsicherheiten behaftet ist, die sich in der Praxis als erschwerend auswirken könnten.

Befindet sich der Wohnsitz des Käufers im Zeitpunkt der Ausfuhr der Sache noch in der Schweiz, so ist der Eigentumsvorbehalt im Sinne von Artikel 715 ZGB in das Eigentumsvorbehaltsregister an seinem schweizerischen Wohnsitz einzutragen. Nach dem Recht des Bestimmungsstaates entscheidet sich dann, ob der in der Schweiz so begründete Eigentumsvorbehalt auch in seinem Hoheitsgebiet gültig ist.

273.6 Rechtswahl

Die Anwendung der *lex rei sitae* rechtfertigt sich in erster Linie aus Gründen des Verkehrsschutzes und der Effektivität. Auch findet das sachenrechtliche Publizitätsprinzip dazu seine Entsprechung in der Massgeblichkeit des Rechts im Situs-Staat.

Es kann allerdings nicht verkannt werden, dass im Zusammenhang mit einzelnen sachenrechtlichen Fragen der Grundsatz der *lex rei sitae* in den Hintergrund tritt. Dies gilt z. B. für internationale Distanzgeschäfte, insbesondere wenn die Begründung oder der Verlust eines dinglichen Rechts zu einem Zeitpunkt erfolgt, in dem sich die Sache auf dem Transport durch die Schweiz befindet. Dies gilt ferner für das Publizitätsprinzip. Dieses steht namentlich dort nicht im Vordergrund, wo es einzig um die Rechtsbeziehungen zwischen Veräusserer und Erwerber der Sache geht. Im weiteren erleidet es dort Einschränkungen, wo, wie z. B. in den romanischen Rechtsordnungen, statt des Traditionsprinzips das Konsensualprinzip Mass gibt, oder wenn der Erwerb durch Besitzeskonstitut zulässig ist.

Aufgrund dieser Überlegungen räumt *Artikel 103 Absatz 1* den Parteien eine beschränkte Rechtswahl ein. Sie soll die oft als zu starr empfundene Anknüpfung an die *lex rei sitae* lockern. Die Frage, ob sich die Parteiautonomie mit den Grundgedanken des internationalen Sachenrechts verträgt, ist aus folgenden Gründen zu bejahen:

- Das im Sachenrecht geltende Publizitätsprinzip ist bereits im materiellen Sachenrecht relativiert (vgl. A. Meier-Hayoz, Berner Kommentar, Bd. IV, I. Abt. 1. Teilbd., Bern 1981, S. 50ff., S. 62). Aufgrund von äusserlich erkennbaren Umständen lässt sich nicht immer die wahre dingliche Berechtigung feststellen. Gerade für die Frage des Eigentumsübergangs wird das Publizitätsprinzip nicht in allen Staaten beachtet (Konsensualprinzip).
- Den Lageort bei Mobilien ausfindig zu machen, ist oft schwer, jedenfalls solange eine Sache nicht mit gerichtlichem Beschlag belegt ist. Die im Situsstaat bestehenden und durch die *lex rei sitae* begründeten Verkehrsinteressen haben in der Regel ohnehin vor den im Ausland erworbenen Rechten zurückzutreten, ohne dass der Erwerb dieser Rechte im neuen Situs-Staat erkennbar gemacht werden muss.
- Die sachenrechtliche Parteiautonomie kann überdies die Harmonie zwischen Vertragsstatut und Sachstatut fördern. Dies gilt besonders für Rechtssysteme mit kausaler Übereignung. In diesem Sinn besteht ein Bedürfnis, dem Ineinandergreifen von Vertrags- und Sachenrecht auch im IPR Rechnung zu tragen.

In der Doktrin wird von verschiedenen Autoren eine beschränkte Parteiautonomie vertreten (vgl. z. B. A. Meier-Hayoz, a. a. O., S. 289f.; K. Sovilla, Eigentumsübergang an beweglichen körperlichen Gegenständen bei internationalen Käufen, Freiburg 1954, S. 32-43; vgl. auch Schlussbericht, S. 203). Auch im positiven Recht ist die sachenrechtliche Parteiautonomie nicht unbekannt: Mit Wirkung *inter partes* ist sie beispielsweise im Haager Übereinkommen vom 15. April 1958 über das auf den Eigentumsvorbehalt bei internationalen Käufen beweglicher Sachen anzuwendende Recht (Art. 2 Ziff. 4, Art. 3 Abs. 1 und Art. 4 Abs. 1) und im tschechischen IPR-Gesetz vom 4. Dezember 1963 (Art. 12) enthalten; ebenso in Artikel 10 Ziffer 1 Absatz 3 des Einleitungstitels zum spanischen Código civil. Zum schwedischen Recht vgl. H. Eek (The Swedish Conflict of Laws, Den Haag 1965, S. 270; zu einigen deutschen Entscheidungen J. Meyer-Ladewig, Aussenwirtschaftsdienst des Betriebsberaters, 1963, S. 261-263).

Nach Artikel 103 können die Parteien Erwerb und Verlust dinglicher Rechte an beweglichen Sachen dem Recht des Abgangs- oder des Bestimmungsstaates oder dem Recht unterstellen, dem das zugrunde liegende Rechtsgeschäft untersteht. Die Unterstellung unter das Recht des Abgangs- oder Bestimmungsstaates ist für die *res in transitu* von besonderer Bedeutung. Auch erlaubt die Wahl den Parteien, die Schwierigkeiten, die sich bei der Überführung einer Sache aus einem Traditions- in einen Konsensualprinzipstaat ergeben, zu mildern. Die Unterstellung unter das Vertragsstatut ermöglicht die Harmonisierung der vertrags- und der sachenrechtlichen Probleme. Ein Bedürfnis nach weiteren Anknüpfungspunkten dürfte nicht bestehen. Durch die Parteiautonomie im Vertragsrecht ist ohnehin eine auch für das Sachenrecht wirksame Wahlmöglichkeit geschaffen. Die von der Schweiz zugelassene Parteiautonomie kann allerdings von der ausländischen *lex rei sitae* unter Umständen nicht anerkannt werden. Die Vertragsparteien müssen sich dieses Risikos bewusst sein. Es lässt sich dadurch mildern, dass mit der Rechtswahl eine für das Mobiliarsachenrecht zulässige *prorogatio fori* auf die Schweiz getroffen wird.

Die Rechtswahl kann nach Artikel 103 Absatz 2 Dritten nicht entgegengehalten werden. Sie ist beschränkt auf das Verhältnis zwischen den unmittelbar am sachenrechtlichen Vorgang beteiligten Personen, insbesondere auf die Parteien der Eigentumsübertragung (Veräusserer und Erwerber), auf den Eigentümer und die Person, der dieser ein beschränktes dingliches Recht einräumt. Dritten kann ein anderes Recht als die *lex rei sitae* nicht entgegengehalten werden; insbesondere können sich diese auf eine günstigere Stellung gemäss der *lex rei sitae* immer berufen. Die jeweiligen an der *lex rei sitae* begründeten gesetzlichen Sicherungsrechte gehen einer Parteiwahl ebenfalls vor.

273.7 Immaterialgüterrechte

Artikel 104 unterstellt die Begründung, die Wirkungen und das Erlöschen von Immaterialgüterrechten dem Recht des Staates, für den ihr Schutz beansprucht wird. Für diese Anknüpfung gelten sinngemäss die gleichen Überlegungen wie für die Zuständigkeit (Art. 97). Das Recht des Staates, für dessen Gebiet der Schutz eines Immaterialgutes in Anspruch genommen wird, kann diesen am besten regeln (vgl. E. Ulmer, *RabelsZ* 1976, S. 308; A. Ducheck/F. Schwind, *IPR*, S. 82). Abweichende Bestimmungen in den von der Schweiz ratifizierten internationalen Übereinkommen auf dem Gebiet des Immaterialgüterrechts gehen der vorliegenden Bestimmung freilich vor.

273.8 Verpfändung von Forderungen, Wertpapieren und anderen Rechten

Artikel 105 enthält eine besondere Bestimmung für die Verpfändung von Forderungen, Wertpapieren und anderen Rechten. Da im Sachenrecht geregelt, verzichtet das Kapitel über das Schuldrecht auf eine entsprechende Regelung. Für die Forderungsverpfändung stellt sich insbesondere die Frage, ob die gleiche Regelung gelten soll wie für die Forderungsabtretung (*Zession*), d. h. ob auch

für die Forderungsverpfändung an das Recht, dem die verpfändete Forderung untersteht (vgl. Art. 141), angeknüpft werden soll. Die Frage ist zu verneinen, denn bei der Verpfändung mehrerer Forderungen würde diese Lösung zur Anwendung verschiedener Rechte führen, was den Bedürfnissen der Praxis nicht entsprechen dürfte. Der Entwurf sieht deshalb für die Forderungsverpfändung eine selbständige Anknüpfung vor.

Grundsätzlich steht es den Parteien frei, das anwendbare Recht selber zu bezeichnen. Gleich wie bei Artikel 103 stellt sich wiederum das Problem des Schutzes Dritter, die an der verpfändeten Forderung eigene Rechte geltend machen. Wie schon bei Artikel 103 Absatz 2 kann auch bei der Verpfändung die Rechtswahl einem Dritten nicht entgegengehalten werden. Bei Fehlen einer Rechtswahl spricht sich der Bundesrat für eine Anknüpfung an das Recht am gewöhnlichen Aufenthalt des Pfandgläubigers aus in der Meinung, dass es sich schon aus wirtschaftlicher Sicht rechtfertigt, den Pfandgläubiger in den Mittelpunkt zu stellen, und dass die Verpfändungsparteien zum Recht am gewöhnlichen Aufenthalt des Pfandgläubigers die engere Beziehung haben als zum Recht der Forderung. Diese Lösung erlaubt es, bei der Verpfändung mehrerer Forderungen, welche gegenüber verschiedenen Schuldnern bestehen, das gesamte Verpfändungsgeschäft mit Einschluss des Pfandvertrages ein und demselben Recht zu unterstellen.

Eines besonderen Schutzes bedarf der Schuldner der verpfändeten Forderung. Er muss es sich nicht gefallen lassen, dass ihm eine andere als die Rechtsordnung, der das verpfändete Recht untersteht, entgegengehalten wird. Dies bedeutet, dass der Pfandgläubiger auf das Recht, dem die verpfändete Forderung untersteht, Rücksicht nehmen muss, wenn er die Durchsetzung der Verpfändung absichern will, denn der Schuldner könnte unter Berufung auf das Recht der Forderung dem Pfandgläubiger die Zahlung verweigern. Der Schutz des Schuldners verlangt nicht notwendigerweise, dass die Verpfändung als Ganzes dem Recht untersteht, das auf die verpfändete Forderung anwendbar ist. Das Risiko, welches sich aus dem Vorbehalt zugunsten des Schuldners ergibt, wird bereits in der heutigen Praxis einkalkuliert und kann auch weiterhin dem Pfandgläubiger überlassen werden.

Artikel 105 stellt der Verpfändung von Forderungen diejenige von Wertpapieren gleich. Auch hier wird nicht auf die Rechtsordnung, die den Inhalt des verbrieften Rechts bestimmt, abgestellt, sondern auf die gewählte oder, bei Fehlen einer Wahl, auf die Rechtsordnung am gewöhnlichen Aufenthalt des Pfandgläubigers. Diese Lösung wird gegenüber der Anknüpfung an das Recht des Belegenheitsstaates des Wertpapiers bevorzugt. Zwar werden Wertpapiere im allgemeinen wie bewegliche Sachen behandelt, jedoch rechtfertigt sich im Falle der Verpfändung die Gleichstellung des Wertpapiers mit der nicht in einem Wertpapier verbrieften Forderung, und zwar in erster Linie im Interesse der Parteien. Ihnen soll ermöglicht werden, die Verpfändung mehrerer Wertpapiere, die sich unter Umständen nicht im gleichen Staat befinden, einheitlich nach einem Recht zu regeln. Damit wird in Kauf genommen, dass die Durchsetzung der aus der Verpfändung sich ergebenden Rechte allenfalls am Recht des Lagestaates des Papiers scheitert.

Wie bei der Verpfändung von Forderungen muss ebenfalls bei der Verpfändung von einem in einem Wertpapier verkündeten Recht der Verpflichtete sich die Anwendung einer anderen als derjenigen Rechtsordnung, der der Inhalt des verkündeten Rechts untersteht, nicht entgegenhalten lassen. Wird z. B. ein verbrieftes Gesellschaftsanteil verpfändet, so hat die Gesellschaft die durch die Verpfändung eingetretene Änderung in der Rechtsträgerschaft nur so weit anzuerkennen, als dies die Rechtsordnung, der das verkündete Recht untersteht, verlangt, d. h. sie braucht sich eine andere als die *lex societatis* nicht entgegenhalten zu lassen.

Eine abweichende Lösung drängt sich für die Verpfändung von anderen Rechten auf (Urheberrechte, Patentrechte, Erbanteile, Grundpfandrechte). Hier muss die Rechtsordnung gelten, der das verpfändete Recht untersteht und die auch gegenüber dem aus dem Recht Verpflichteten massgebend ist. Die gleichzeitige Verpfändung mehrerer solcher Rechte ist wohl selten. Hingegen spielt bei diesen Rechten die Frage der Durchsetzbarkeit eine viel wichtigere Rolle als im Falle der Verpfändung von Forderungen. Deshalb wird die Verpfändung solcher Rechte derjenigen Rechtsordnung unterstellt, der das verpfändete Recht untersteht.

273.9 Warenpapiere

Artikel 106 sieht eine besondere Regelung für Warenpapiere vor. Bei den Warenpapieren stellen sich verschiedene kollisionsrechtliche Probleme: Welches Recht entscheidet darüber, ob das Papier die Ware vertritt und ob für die Anknüpfung auf das Papier oder auf die Ware abgestellt werden soll? Welches Recht regelt den Konflikt, wenn von verschiedenen Ansprechern dingliche Rechte unmittelbar an der Ware und mittels eines Warenpapiers geltend gemacht werden?

Über die Frage, ob ein Papier die Ware vertritt, entscheidet in erster Linie die im Papier selbst bezeichnete Rechtsordnung. Eine Rechtswahl ist im Interesse der Rechtssicherheit nur gültig, wenn auf das betreffende Recht im Papier selber verwiesen wird. Fehlt eine solche Rechtsbezeichnung, so untersteht die Frage dem Recht am Ort der Niederlassung des Ausstellers (Art. 106 Abs. 1). Vertritt das Papier die Ware, so unterstehen die dinglichen Rechte sowohl am Papier wie an der Ware dem auf das Warenpapier als bewegliche Sache anwendbaren Recht; auf das Warenpapier als Wertpapier sind also die Bestimmungen der Artikel 99 ff. anzuwenden. Die Rechtsordnung, die das Warenpapier als bewegliche Sache beherrscht, entscheidet auch über das dingliche Schicksal der Ware, und zwar unabhängig von deren Lageort (Art. 106 Abs. 2).

Werden von verschiedenen Ansprechern dingliche Rechte gleichzeitig an der Ware selbst und mittels eines Warenpapiers geltend gemacht, so entscheidet über den Vorrang das auf die Ware selbst anwendbare Recht (Art. 106 Abs. 3). Im Konfliktfall geht somit das Recht am Lageort der Ware dem Recht am Lageort des Papiers vor. Befindet sich die Ware in der Schweiz, so gilt Artikel 925 Absatz 2 ZGB. Diese Lösung drängt sich deshalb auf, weil das Recht im Belegenheitsstaat der Ware die grösseren Möglichkeiten zur Durchsetzung besitzt.

273.10 Die Transportmittel

Für die dinglichen Rechte an Schiffen, Luftfahrzeugen und anderen Transportmitteln bleiben das BG vom 23. September 1953 über die Seeschifffahrt unter Schweizer Flagge (SR 747.30), das BG vom 28. September 1923 über das Schiffsregister (SR 747.11), das BG vom 21. September 1948 über die Luftfahrt (SR 748.0) und das BG vom 7. Oktober 1959 über das Luftfahrzeugbuch (SR 748.217.1) vorbehalten (*Art. 107*).

274 Ausländische Entscheidungen

Ausländische Entscheidungen über dingliche Rechte an Grundstücken werden in der Schweiz anerkannt, wenn sie im Belegenheitsstaat ergangen sind oder dort anerkannt werden (*Art. 108*). Für dingliche Rechte an Immobilien in der Schweiz sind die schweizerischen Gerichte ausschliesslich zuständig (*Art. 95*).

Bezüglich Mobilien werden ausländische Urteile nach Artikel 108 Absatz 2 anerkannt, wenn sie im Wohnsitzstaat des Beklagten ergangen sind oder aus dem Staat stammen, in dem sich der vertraglich vereinbarte Gerichtsstand befindet. Ferner werden Urteile anerkannt, die am Lageort ergangen sind, sofern der Beklagte dort seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte. Eine ausländische Entscheidung, die in der Schweiz gelegene Sachen betrifft, kann allerdings nur so weit anerkannt werden, als kein Widerspruch mit der schweizerischen Sachenrechtsordnung besteht, da die Sachenrechtsordnung mit ihren abschliessenden Kategorien zur öffentlichen Ordnung zu zählen ist (vgl. A. Meier-Hayoz, a. a. O., S. 57 ff.).

Im Ausland ergangene Entscheidungen über Immaterialgüterrechte werden in der Schweiz anerkannt, wenn sie im Schutzstaat ergangen sind. Der Vorbehalt betreffend den Wohnsitz des Beklagten in der Schweiz trägt Artikel 59 BV Rechnung.

28 Schuldrecht

281 Übersicht

Im internationalen Vertrags- und Deliktsrecht ist allgemein eine Neubesinnung festzustellen. Wie die Entwicklung der letzten 30 Jahre gezeigt hat, genügen die traditionellen, breit angelegten Anknüpfungen nicht mehr, um den verschiedenen Interessen und Bedürfnissen des internationalen Rechtslebens gerecht zu werden. Der moderne grenzüberschreitende Rechtsverkehr bedarf auch im IPR ausführlicher, differenzierter Regeln. Diese Tendenz manifestiert sich z. B. im EG-Übereinkommen vom 19. Juni 1980 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht, ferner in den Haager Übereinkommen vom 4. Mai 1971 über das auf Strassenverkehrsunfälle und vom 2. Oktober 1973 über das auf die Produkthaftpflicht anzuwendende Recht. Sie führte u. a. dazu, dass das Haager Übereinkommen vom 15. Juni 1955 über das auf internationale Kaufverträge über bewegliche körperliche Sachen anzuwendende Recht (SR

0.221.211.4) an der nächsten Tagung der Haager Konferenz revidiert werden muss.

Auch das nationale IPR kann sich dieser Entwicklung nicht länger entziehen. Die neueren IPR-Gesetze und IPR-Entwürfe tragen den veränderten Gegebenheiten Rechnung (vgl. §§ 35–49 des österr. IPR-Gesetzes von 1978; A. Ducheck/F. Schwind, IPR, S. 83 ff.; Art. 27–34 des deutschen Entwurfs zu einer Revision des EGBGB). Der vorliegende Entwurf versucht ebenfalls, den Ansprüchen an ein modernes IPR-Gesetz gerecht zu werden, auch im Schuldrecht.

Er beruht auf folgenden Grundgedanken:

Im internationalen Vertragsrecht kann auf die umfangreiche, weit über die Grenzen der Schweiz hinaus anerkannte Rechtsprechung des Bundesgerichts zurückgegriffen werden. Sie erlaubt es, im Wege der Abstraktion Regeln aufzustellen, die sich im Rechtsverkehr zum Teil bereits bewährt haben. Besondere Aufmerksamkeit hat der Schutz der schwächeren Partei gefunden, ein Problem, das auch im internen Recht mehr und mehr im Vordergrund steht (vgl. Botschaft des Bundesrates über ein Konsumkreditgesetz [BB1 1978 II 487]; M. Keller, Die Rechtsprechung des schweizerischen Bundesgerichts im IPR, Bd. II, Zürich 1977, S. 26).

Für die unerlaubten Handlungen ist eine differenzierte Regelung notwendig. Der Entwurf sucht bei den verschiedenen Deliktstatbeständen nach der für die jeweils sich stellende Interessenslage richtigen kollisionsrechtlichen Lösung. Dort, wo ein Delikt mit einem vorbestehenden Rechtsverhältnis in Verbindung steht, soll dieses für die Anknüpfung des Rechtsverhältnisses bestimmend sein.

In der Vernehmlassung gingen neben Stellungnahmen, die die Vorschläge zum internationalen Schuldrecht begrüßten, auch solche ein, welche für das internationale Vertrags- und Deliktsrecht die Notwendigkeit einer Regelung in Frage stellten oder den vorgeschlagenen Bestimmungen perfektionistische Züge nachsagten. Wieder andere wollten das internationale Obligationenrecht in einer späteren Etappe regeln.

Der Bundesrat ist mit der IPR-Expertenkommission der Auffassung, dass der Vorwurf des Perfektionismus nicht zutrifft. Die komplexen Probleme des internationalen Obligationenrechts verlangen nach differenzierten Regeln. Die damit verbundene Ausführlichkeit der einzelnen Bestimmungen muss im Interesse der Rechtssicherheit und der Voraussehbarkeit in Kauf genommen werden. Dem Richter bleibt dabei noch genügend Raum, um im Einzelfall eine sachgerechte Lösung zu finden. Ein Vorzug gerade des vorliegenden Entwurfs ist es, dass er nicht ein in sich abgeschlossenes System von Anknüpfungen aufstellt, sondern dem Richter die Möglichkeit zur weiteren Fortbildung der einzelnen Regeln lässt (Art. 14 und 114). Auch dem Vorschlag, die Gesetzgebung über das internationale Schuldrecht auf einen späteren Zeitpunkt zu verschieben, kann nicht beigeplichtet werden. Damit würde nur der gesetzgeberische Aufwand verdoppelt, und überdies müsste das internationale Obligationenrecht weiterhin für unabsehbare Zeit auf die notwendigen gesetzlichen Grundlagen warten. Dieser Zustand dauert nun schon seit Jahrzehnten an. Auch wenn es dem Bundesgericht in umsichtiger Rechtsprechung gelungen ist, für wichtige Fragen Richtlinien zu setzen, so enthebt dies den Gesetzgeber nicht von seiner Pflicht, in ei-

nem für die schweizerische Wirtschaft wichtigen Bereich die notwendigen gesetzlichen Grundlagen zu schaffen, Grundlagen, die es dem Rechtsunterworfenen gestatten, in gesichertem Rechtsrahmen vorausschauend zu planen.

Für die Gerichtsstände des Schuldrechts lässt sich der Entwurf von folgenden Grundsätzen leiten: Soweit der Schuldner Wohnsitz bzw. Sitz in der Schweiz hat, ist bei vermögensrechtlichen Ansprüchen Artikel 59 BV zu beachten. Danach ist der aufrechtstehende Schuldner, der in der Schweiz festen Wohnsitz hat, für persönliche Ansprachen grundsätzlich bei seinem Wohnsitzrichter zu suchen. Ausnahmen von dieser verfassungsrechtlichen Garantie sind nur soweit zulässig, als die spezifische internationale Interessenlage eine solche rechtfertigt. Der Entwurf nimmt im weiteren auf das EG-Gerichtstands-Übereinkommen von 1968 Rücksicht, um die Frage eines späteren Beitritts der Schweiz zu dieser Konvention nicht zu präjudizieren.

282 Verträge

282.1 Zuständigkeit

282.11 Grundsatz

Nach *Artikel 109 Absatz 1* ist für Klagen aus Vertrag in erster Linie der schweizerische Richter am Wohnsitz des Beklagten zuständig. Fehlt ein Wohnsitz in der Schweiz, so kann die Klage am Ort des gewöhnlichen Aufenthalts in der Schweiz erhoben werden.

Für Ansprüche, die gegenüber einer Niederlassung in der Schweiz geltend gemacht werden, kann die Klage auch am Ort dieser Niederlassung angebracht werden (Abs. 2). Als Niederlassung ist bei Gesellschaften deren Zweigniederlassung gemeint (Art. 109 Abs. 2); ihre Hauptniederlassung ist durch den Sitz lokalisiert und dieser ist durch Artikel 109 Absatz 1 abgedeckt. Die besondere Niederlassungszuständigkeit ist auch dem internen Recht bekannt (Art. 952 OR; Art. 69 ff. HRegV).

Zu erinnern ist in diesem Zusammenhang an die Möglichkeit der *prorogatio fori* (Art. 5).

282.12 Besondere Gerichtsstände

Der allgemeine Gerichtsstand von Artikel 109 setzt voraus, dass der Schuldner Wohnsitz bzw. Sitz, allenfalls gewöhnlichen Aufenthalt oder eine Niederlassung in der Schweiz hat. Fehlen diese Voraussetzungen, so erscheint es angezeigt, für Klagen aus Vertrag einen Gerichtsstand am schweizerischen Erfüllungsort vorzusehen (*Art. 110*). Der Entwurf folgt hierin mehreren kantonalen Prozessordnungen, die für den Fall eines fehlenden Wohnsitzes bzw. Sitzes des Schuldners in der Schweiz den Gerichtsstand am Erfüllungsort vorsehen (vgl. Freiburg Art. 30 ZPO; Solothurn Art. 15 ZPO; Basel-Landschaft Art. 17 ZPO; Appenzell I. Rh. Art. 22 ZPO; St. Gallen Art. 84 ZPO; Aargau Art. 12d ZPO; Thurgau Art. 7 ZPO). Das EG-Gerichtstands-Übereinkommen von 1968 sieht diese Zu-

ständigkeit in Artikel 5 Ziffer 1 ebenfalls vor. Im schweizerischen IPR kann er mit Rücksicht auf Artikel 59 BV nur subsidiären Charakter besitzen.

Artikel 111 sieht einen besonderen Gerichtsstand für die Beurteilung von Klagen aufgrund der sogenannten Konsumentenverträge vor. Was ein Konsumentenvertrag ist, wird in Artikel 117 des Entwurfs definiert. Dem besonderen Schutzbedürfnis des Konsumenten trägt hauptsächlich die Rechtsanwendungsregel des Entwurfs Rechnung (vgl. Art. 117). Ein effektiver Schutz der schwächeren Vertragspartei lässt sich aber nur verwirklichen, wenn er auch bei der Zuständigkeit Beachtung findet (vgl. *RabelsZ* 1976, S. 669 ff.; A. C. Imhoff-Scheier, *Protection du consommateur et contrats internationaux*, SSIR 22, Genève 1981, S. 31f.).

Artikel 111 gibt dem Konsumenten die Wahl zwischen dem schweizerischen Gerichtsstand an seinem Wohnsitz oder seinem gewöhnlichen Aufenthalt oder am Wohnsitz oder, wenn ein solcher fehlt, am gewöhnlichen Aufenthalt des Lieferanten.

Die Regelung hat zur Folge, dass dem Konsumenten als Kläger einerseits ein relativ grosses Spektrum an Zuständigkeiten zur Verfügung steht, während die Klage des Lieferanten gegen den Konsumenten sich auf die allgemeine Zuständigkeit beschränken muss (Art. 109). Zudem kann der Konsument gemäss Artikel 111 Absatz 2 auf seine ihm zustehenden Gerichtsstände nicht zum voraus verzichten. Damit soll insbesondere Gerichtsstandsklauseln in Formularverträgen vorgebeugt werden, die dem in der Schweiz wohnhaften Teilzahlungskäufer oder Kreditnehmer die Möglichkeit entziehen, an seinem Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt zu klagen. Eine gleiche Regelung strebt der Entwurf zu einem Konsumkreditgesetz an (vgl. Art. 226r und 318v (*neu*) OR; *BBl* 1978 II 551 und 587).

Artikel 112 unterscheidet zwischen den Klagen aus einem Arbeitsvertragsverhältnis allgemein (Abs. 1) und den arbeitsvertragsrechtlichen Klagen, die nur dem Arbeitnehmer zustehen (Abs. 2).

Arbeitnehmer und Arbeitgeber können eine Klage aus dem zwischen ihnen bestehenden Arbeitsverhältnis alternativ bei einem Gericht am Wohnsitz oder Sitz des Beklagten oder bei demjenigen am Arbeitsort des Arbeitnehmers erheben. Der Arbeitsort wird in der Regel mit dem Betriebsort des Arbeitgebers zusammenfallen. Eine vorübergehende Beschäftigung des Arbeitnehmers an einem anderen Ort rechtfertigt keine abweichende Anknüpfung. Bei leitenden Angestellten wird sich der Schwerpunkt des Arbeitsvertrages in der Regel am Sitz der Gesellschaft befinden (vgl. F. Vischer/A. von Planta, IPR, S. 180). Der Arbeitnehmer hat ferner die Möglichkeit, die arbeitsvertragsrechtliche Klage an seinem Wohnsitz oder, wiederum alternativ, an seinem gewöhnlichen Aufenthalt zu erheben. Wie beim Konsumentenvertrag, versucht der Entwurf auch beim Arbeitsvertrag eine gewisse Harmonie zwischen der Zuständigkeit und der Rechtsanwendung zu finden (vgl. Art. 118). Diese Zuständigkeitsregelung lehnt sich an die entsprechende innerstaatliche Regelung an (Art. 343 Abs. 1 OR).

282.2 Anwendbares Recht

282.21 Vorbemerkung

Für die Anknüpfung der Verträge im allgemeinen ist zwischen der subjektiven und der objektiven Anknüpfung zu unterscheiden. Die subjektive Anknüpfung besagt, dass die Parteien das auf ihren Vertrag anwendbare Recht unter gewissen Voraussetzungen selber wählen können. Die objektive Anknüpfung befasst sich mit der Lokalisierung der Verträge bei Fehlen einer Rechtswahl.

Bei der subjektiven wie bei der objektiven Anknüpfung geht es zunächst um die zuverlässige Feststellung des anwendbaren Rechts und damit um die Verstärkung der Rechtssicherheit. Bei der objektiven Anknüpfung folgt der Entwurf primär dem durch das Bundesgericht formulierten Prinzip, wonach der Vertrag dem Recht des Staates unterstehen soll, mit dem er den engsten Zusammenhang aufweist (M. Keller, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts im internationalen Privatrecht, Bd. II, Zürich 1977, S. 27 ff.). Für die Konkretisierung dieses Prinzips steht die vom Bundesgericht in wegweisender Praxis begründete Anknüpfung an das Recht des Erbringers der charakteristischen Vertragsleistung im Vordergrund. Daneben ist auch dem Schutz der schwächeren Vertragspartei Rechnung zu tragen. Dieser Schutzgedanke geht von der Überlegung aus, dass bei den Vertragstypen, bei denen sich erfahrungsgemäss eine Partei in der schwächeren Vertragsstellung befindet, diese Partei Anspruch auf die Beachtung ihres Umweltrechts besitzt. Schutz erwartet eine Partei in der Regel von dem Recht des Staates, in dem sie ihren Lebensmittelpunkt hat.

Bei der Bestimmung des Umfangs des Vertragsstatuts ist der Entwurf bemüht, dem durch die subjektive oder die objektive Anknüpfung vermittelten Recht einen möglichst weiten Anwendungsbereich zu sichern. Besondere Anknüpfungen von Teilfragen werden nach Möglichkeit vermieden. Sie werden nur dort vorgesehen, wo sich ein besonderes Bedürfnis ergibt, wie etwa für die Bedeutung des Schweigens auf einen Antrag, für die Form der Verträge, für die Erfüllungs- und Untersuchungsmodalitäten oder für die Stellvertretung.

Im Vertragsrecht spielen Eingriffsnormen von Drittstaaten, deren Rechtsordnung nicht das Vertragsstatut ist, eine besondere Rolle. Erwähnt seien etwa Leistungs- bzw. Erfüllungshindernisse, die oft auf öffentlichrechtlichen Normen eines Staates beruhen und denen eine ökonomische oder eine besondere ideologische Zielsetzung zugrunde liegt. Im einzelnen sei auf Artikel 18 und die dortigen Ausführungen verwiesen. Aufgrund dieser Bestimmung ist die Anwendung oder zumindest die Berücksichtigung solcher Normen innerhalb enger Grenzen möglich.

282.22 Die Rechtswahl

In der in- und ausländischen Doktrin und Rechtsprechung ist anerkannt, dass im Bereich des Vertragsrechts die Parteien das anwendbare Recht selber wählen können. Die Grundlage für die Parteiautonomie im Vertragsrecht ergibt sich aus der Kollisionsnorm der *lex fori* (BGE 79 II 295). Die kollisionsrechtliche Parteiautonomie ermöglicht den Parteien, die Rechtsordnung zu bestimmen, welcher

der Vertrag in seiner Gesamtheit unterstellt werden soll. Sie ist von der materiellen Parteiautonomie insofern verschieden, als sie auch zur Anwendung der zwingenden Normen des gewählten Rechts führt und nicht nur suppletiven Charakter besitzt. *Artikel 113* Absatz 1 sanktioniert dieses international anerkannte Prinzip. Er will den Parteien eines Vertrages bei der Wahl des anwendbaren Rechts grösstmögliche Freiheit einräumen. In Übereinstimmung mit dem Bundesgericht wird auf eine räumliche Beziehung zwischen dem Vertrag und dem gewählten Recht verzichtet (BGE 91 II 44).

Der Entwurf sieht auch von der allgemeinen Schranke des «vernünftigen Interesses» ab (BGE 102 II 143). Er geht davon aus, dass die Parteien ihre Rechtswahl kaum je ohne ein vernünftiges Interesse treffen. Der Vorbehalt des vernünftigen Interesses könnte zudem der Rechtssicherheit, der die kollisionsrechtliche Parteiautonomie in erster Linie dienen soll, abträglich sein. Dies deshalb, weil die Parteien wegen der Unbestimmtheit des Kriteriums befürchten müssten, die von ihnen getroffene Rechtswahl nicht hinreichend motivieren zu können. Es ist davon auszugehen, dass die einmal vereinbarte Rechtswahl Ausdruck eines gemeinsamen Interesses der Parteien ist. Diese vermögen ihre spezifischen Bedürfnisse selber am besten zu beurteilen. Sollte einmal eine Rechtswahl offensichtlich willkürlich und aus blosser Spielerei getroffen worden sein, so wäre mit Artikel 2 ZGB die Möglichkeit gegeben, sie zurückzuweisen.

Eine Beschränkung der Rechtswahl ist dort geboten, wo eine Partei in einer besonders schützenswerten Position steht. Wie bei der objektiven, soll auch bei der subjektiven Anknüpfung der zu schützenden Partei die Anwendung desjenigen Rechts gesichert bleiben, auf das sie gutgläubig vertraut und mit dessen Anwendung sie unter Berücksichtigung aller Umstände rechnen musste und durfte. In diesem Sinne wird z. B. in Artikel 117 Absatz 3 die Rechtswahl ausdrücklich ausgeschlossen. Von einem generellen Vorbehalt zugunsten der schwächeren Vertragspartei, wie er im Vorentwurf der Expertenkommission vorgesehen war (vgl. Schlussbericht, S. 29, 215f.), sieht der Entwurf ab; einmal lässt sich der Missbrauch der Rechtswahl durch die allgemeinen Schutzbestimmungen (Art. 2 ZGB) beheben und zum anderen wird bei Verträgen, bei denen erfahrungsgemäss eine schwächere Vertragspartei beteiligt ist, die Möglichkeit der Rechtswahl entweder ausgeschlossen (Art. 117 Abs. 3) oder zumindest eingeschränkt (Art. 118 Abs. 3). Welchen Anforderungen eine Rechtswahl zu genügen hat, damit sie gültig zustande kommt, muss der Gesetzgeber bestimmen. Artikel 113 Absatz 2 verlangt, dass die Rechtswahl entweder ausdrücklich ist, oder sich eindeutig aus einem Vertrag oder aus den Umständen ergibt. Als Umstände, die einen Rückschluss auf die Rechtswahl zulassen, werden insbesondere das zwischen den Vertragsparteien bestehende Rechtsverhältnis und das nähere Umfeld verstanden. Auch stillschweigende Einigung ist anzuerkennen, wenn sich der Einigungswille klar erkennen lässt; nur darf an Stelle der stillschweigenden Einigung nicht der hypothetische Parteiwille treten. Neben dieser Grundanforderung an die Erklärungsdeutlichkeit, unterstellt Artikel 113 Absatz 3 die Gültigkeit und das Zustandekommen der Rechtswahl dem gewählten Recht. Diese Lösung ist sachlich berechtigt.

Nach Artikel 113 Absatz 3 kann die Rechtswahl vor, bei oder nach Vertragsabschluss erfolgen. Der letztmögliche Zeitpunkt im Prozess wird durch die kanto-

nalen Zivilprozessordnungen bestimmt. Der Entwurf verzichtet darauf, diesen Zeitpunkt zu fixieren. Zwischen den verschiedenen kantonalen Zivilprozessordnungen wie auch zwischen den verschiedenen Verfahrensarten bestehen wesentliche Unterschiede. Eine präzise Erfassung des Zeitpunktes, der für alle Prozessordnungen gelten würde, ist nicht möglich. Der Entwurf bestimmt, dass eine nach Vertragsabschluss getroffene Rechtswahl auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses zurückwirkt. Eine andere Lösung wäre in der Regel auch nicht praktikabel, würde sie doch bedeuten, dass auf den Vertrag im zeitlichen Ablauf verschiedene Rechte zur Anwendung gelangen. Die Rückwirkung gilt selbstverständlich nur soweit, als die Parteien nicht ausdrücklich etwas anderes vereinbaren. Soweit Dritte aus dem Vertrag bereits Rechte oder Anwartschaften erworben haben, kann die Rechtsstellung durch eine nachträgliche Rechtswahl nicht berührt werden. Wenn also ein Dritter unter der vor der Rechtswahl geltenden Rechtsordnung z. B. ein direktes Forderungsrecht erworben hat, so kann die spätere Unterstellung des Vertrages unter ein Recht, das ein solches direktes Forderungsrecht nicht kennt, die Rechtsstellung dieses Dritten nicht beeinträchtigen (vgl. W. Stauffer, Bundesgericht und Parteiautonomie auf dem Gebiet des internationalen Schuldrechts, Festschrift für H. Lewald, Basel 1953, S. 393 ff.; F. Vischer, Internationales Vertragsrecht, Bern 1962, S. 82 ff.).

In der Praxis ist oft umstritten, welche Wirkungen das Schweigen auf einen Antrag zur Rechtswahl nach sich zieht. Dieses Schweigen kann nicht nach dem Recht beurteilt werden, dessen Wahl in Frage steht; denn eine Partei darf nicht schon aufgrund ihres blossen Schweigens einem einseitig vom Partner bestimmten Recht unterworfen werden. Beim Schweigen handelt es sich um ein tatsächliches Verhalten, das nach den Gepflogenheiten der Umwelt zu beurteilen ist. Deshalb ist zur Deutung des Schweigens das Umweltrecht heranzuziehen (vgl. Art. 120; ferner Art. 3 Abs. 4 in Verbindung mit Art. 8 des EG-Schuldrechtsübereinkommens von 1980).

In der Regel werden die Parteien nicht damit rechnen, dass auf die Fragen, die mit der Einigung zusammenhängen, ein anderes als das gewählte Recht anwendbar sei. Dass dieses Recht ebenfalls über die Frage entscheidet, ob die Einigung tatsächlich zustande gekommen ist, entspricht auch den neueren konventionsrechtlichen Regelungen (vgl. Art. 2 Abs. 3 des Haager Kaufrechtsübereinkommens von 1955; SR 0.221.211.4). Gegen diese Anknüpfung wird in der Doktrin bisweilen geltend gemacht, es komme einem Zirkelschluss gleich, wenn man das gewählte Recht gleichzeitig darüber entscheiden lasse, ob die Wahl überhaupt gültig zustande gekommen ist. Diesem Einwand kann mit dem Argument begegnet werden, dass über die Rechtswahl nicht das gewählte Recht selbst, sondern dasjenige Recht bestimmen soll, das die Parteien selbst wählen wollten oder für dessen Wahl sie den Anschein erweckt haben (vgl. F. Vischer, Internationales Vertragsrecht, S. 66 ff.; M. Julliot de la Morandière, Conférence de La Haye, Doc. 7^e session, 1951, Rapport explicatif, S. 25).

282.23 Die objektive Anknüpfung

Haben die Vertragsparteien keine Rechtswahl getroffen, so untersteht der Vertrag dem Recht, mit dem er unter Würdigung aller erkennbaren Umstände am

engsten zusammenhängt (*Art. 114 Abs. 1*). Dieser Grundsatz stellt eine Generalklausel dar, die durch weitere, feinere Kriterien zu konkretisieren ist. Artikel 114 erwähnt diese Kriterien. Auf die Generalklausel ist jedoch zurückzugreifen, wenn keines dieser Kriterien zutrifft. Sie hat also im System der objektiven Anknüpfung die Grundlinie der Anknüpfung zu bestimmen, aber zugleich als Korrektiv zu dienen, falls die konkretisierenden Regeln einen konkreten Fall sachlich nicht richtig erfassen.

Artikel 114 Absatz 1 nennt das für die Konkretisierung der Generalklausel wichtigste Kriterium. Danach wird vermutet, der engste Zusammenhang bestehe mit dem Staat, in dem die Partei, welche die funktionell typische Leistung erbringen soll, ihren gewöhnlichen Aufenthalt, oder wenn sie den Vertrag aufgrund einer beruflichen Tätigkeit geschlossen hat, ihre Niederlassung hat.

Das Prinzip der charakteristischen Leistung ermöglicht es, den ganzen Vertrag einer einzigen Rechtsordnung zu unterstellen. Die Entwicklung dieses Grundsatzes gehört zu den wesentlichen Beiträgen der Schweiz zum IPR. Er hat weit über die Schweiz hinaus Anerkennung gefunden (vgl. Art. 4 Abs. 2 des EG-Schuldrechtsübereinkommens von 1980; § 36 des österr. IPR-Gesetzes, Art. 27 § 1 des poln. IPR-Gesetzes von 1965; §§ 24 ff. des ungar. IPR-Gesetzes von 1979).

Nach der vom Entwurf übernommenen Praxis des schweizerischen Bundesgerichts ist das für die Bestimmung der charakteristischen Leistung massgebliche Kriterium darin zu erblicken, dass die nicht in Geld bestehende Vertragsleistung gegenüber der in Geld zu erbringenden den Vorrang hat (vgl. A. F. Schnitzer, *Les Contrats Internationaux en Droit International Privé Suisse*, Rec. des Cours 1968 I, S. 571 ff.; F. Vischer, *Internationales Vertragsrecht*, Bern 1962, S. 108 ff.). Dies führt bei Veräusserungsverträgen zur Anknüpfung an das Recht des Veräusserers, bei Gebrauchsüberlassungsverträgen zum Recht desjenigen, der die Sache zum Gebrauch überlässt, bei Arbeitsleistungsverträgen zur Leistung desjenigen, der eine Tätigkeit zu erbringen hat, beim Auftrag z. B. zum Recht des Beauftragten. Das Kriterium versagt dort, wo sich zwei gleichartige Leistungen gegenüberstehen. Hier kommt es in erster Linie darauf an, welcher Partei die grössere Verantwortung und die risikobeladene Stellung zukommt. In diesem Sinn wird bei Verwahrungsverträgen auf die Leistung des Verwahrers, bei Sicherungsverträgen auf die Leistung des Sicherers, beim Darlehen auf die Leistung des Kreditgebers abgestellt (*Art. 114 Abs. 2*).

Der Katalog der aufgezählten Vertragstypen ist nicht abschliessend. Verschiedene Verträge und Vertragstypen sind nicht genannt. Dazu gehören z. B. die gemischten Verträge. Für sie ist zu untersuchen, welche Elemente aus den im Katalog aufgeführten Vertragsgruppen dominieren. Nach der Bundesgerichtspraxis wäre z. B. beim Alleinvertretungsvertrag nicht das Kaufelement, sondern das Auftragsmoment massgebend (*BGE 100 II 450*; ferner M. Keller, a. a. O., S. 155 ff.). Ebenfalls nicht aufgeführt sind die Verträge betreffend Übernahme eines Risikos (Versicherungsvertrag, Leibrentenvertrag, Verpfändungsvertrag, Spiel und Wette). Streng genommen stellt bei den aleatorischen Verträgen, auch beim Versicherungsvertrag, nicht die Übernahme des Risikos die Vertragsleistung dar, sondern die Erbringung der aufschiebend bedingten, vom Eintritt eines befürchteten Ereignisses abhängigen Geldleistung. Dies hindert nicht, dass

in der Regel die Leistung des Versicherers oder des Rentenerbringers die charakteristische Leistung im Sinne von Artikel 114 darstellt (BGE 71 II 287).

Die Beziehung zwischen dem allgemeinen Anknüpfungsgrundsatz des engsten Zusammenhangs und dem gewöhnlichen Aufenthalt bzw. der Niederlassung des Erbringers der vertragstypischen Leistung ist nicht immer durchschlagend. Es kann sein, dass zwischen einem Sachverhalt und einer bestimmten Rechtsordnung eine noch engere Beziehung besteht, als zu der Rechtsordnung, in dessen Staat der Erbringer der charakteristischen Leistung seinen gewöhnlichen Aufenthalt bzw. seine Niederlassung hat. In solchen Fällen kann durch den Nachweis des noch engeren Zusammenhangs die in Artikel 114 Absatz 1 aufgestellte Vermutung widerlegt werden. In den Artikeln 115–119 werden einige dieser Ausnahmen konkret aufgezählt.

282.24 Veräußerungsverträge

Für Verträge über den Kauf einer beweglichen körperlichen Sache verweist *Artikel 115* Absatz 1 auf das Haager Kaufrechtsübereinkommen von 1955 (SR 0.221.211.4). Bei diesem Übereinkommen handelt es sich um einen *erga omnes* geltenden, mit *Loi-uniforme*-Charakter ausgestatteten Staatsvertrag. Im Rahmen seines sachlichen Geltungsbereiches lässt das Übereinkommen keinen Raum übrig für nationales Kollisionsrecht. Die Bestimmungen des Übereinkommens sind auch dann anwendbar, wenn das verwiesene Recht nicht dasjenige eines Vertragsstaates ist.

Absatz 2 behält für die immer wichtiger werdenden Konsumentenverträge eine Sonderanknüpfung vor (vgl. A. C. Imhoff-Scheier, *Protection du consommateur et contrats internationaux*, SSIR Bd. 22, Genf 1981).

Artikel 116 sieht für die internationalen Verträge über Grundstücke ebenfalls eine Sonderanknüpfung vor. Diese Verträge sind aufgrund ihrer besonderen Eigenart, insbesondere wegen ihrer örtlich engen Verknüpfung mit einer Rechtsordnung, in der Regel bereits eindeutig lokalisiert. Die Verknüpfung besteht mit dem Recht des Staates, in dem das Grundstück sich befindet (*lex rei sitae*).

Bei Veräußerungsverträgen gilt dies insbesondere im Hinblick auf die sachenrechtliche Regelung, die der *lex rei sitae* untersteht, und mit Rücksicht auf die Verbindung des Vertrages mit der öffentlichrechtlichen Einrichtung des Grundbuchs. Bei Miet- und Pachtverträgen rechtfertigt sich diese Anknüpfung vor allem mit Rücksicht auf die öffentlichrechtlichen Schutzvorschriften, die in diesem Rechtsbereich gelten (Art. 223 ff. OR in Verbindung mit dem BB vom 30. Juni 1972 über Massnahmen gegen Missbräuche im Mietwesen; SR 221.213.1).

Bezüglich der Frage, inwieweit bei Verträgen über dingliche Rechte an Grundstücken eine Rechtswahl zulässig sein soll, ist der Bundesrat mit dem Bundesgericht (BGE 102 II 143) der Ansicht, dass die schuldrechtliche Verpflichtung auch in diesem Bereich von der Parteiautonomie nicht auszuschliessen sei. Selbstverständlich erfasst diese nur die obligatorischen Beziehungen zwischen den Parteien. Die zur Erfüllung des Vertrages erforderlichen dinglichen Vorgänge unterstehen dagegen den sachenrechtlichen Anknüpfungsgrundsätzen.

Wollte man bei Grundstücksverträgen die Rechtswahl nur deshalb beschränken, weil möglicherweise die im gewählten Recht vorgesehene Form für den dinglichen Vorgang nicht ausreicht, so würde man über das Ziel hinausgehen. Soweit dies zutrifft, lässt sich die für den dinglichen Vorgang vorgesehene Form in der Regel nachholen. Artikel 116 Absatz 1 sieht in diesem Sinn die Zulassung der Rechtswahl ausdrücklich vor.

Bezüglich der Form der Verträge über dingliche Rechte an Grundstücken drängt sich die Anknüpfung an das Recht des Situs-Staates auf. Das Recht des Staates, in dessen Hoheitsgebiet sich das Grundstück befindet, hat für die Formfragen eine grössere Anwendungsberechtigung als das Recht am Abschlussort (BGE 102 II 143). Artikel 116 Absatz 2 schreibt deshalb in Abweichung von Artikel 121 für die Form von Verträgen über dingliche Rechte an Grundstücken die ausschliessliche Beachtung der *lex rei sitae* vor. Eine Ausnahme ist höchstens insoweit zulässig, als die *lex rei sitae* für Formfragen ein anderes Recht zulässt. Keine solche Ausnahme ist für schweizerische Grundstücke zugelassen. Dies bedeutet, dass schweizerischerseits die Formvorschriften für Immobiliäerverträge über schweizerische Grundstücke als zum positiven schweizerischen Ordre public gehörig betrachtet werden.

282.25 Konsumentenverträge

Eine weitere Ausnahme von der Anknüpfung an die vertragstypische Leistung sieht *Artikel 117* für die Konsumentenverträge vor. Ursache für diese Ausnahme ist der Schutz der schwächeren Vertragspartei.

In der Doktrin und Praxis ist heute anerkannt, dass die Frage nach dem Schutz der schwächeren Vertragspartei auch bei der Anknüpfung internationaler Verträge gestellt werden muss (vgl. B. von Hoffmann, Über den Schutz des Schwächeren bei internationalen Schuldverträgen, *RabelsZ* 1974, S. 396 ff.; A. C. Imhoff-Scheier, a. a. O. S. 4 ff.; O. Lando, *Private International Law, Contracts*, in *International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol. III, Ch. 24, Tübingen/Den Haag 1976; F. Vischer, *The Antagonism between legal security and the search for Justice in the field of contracts*, *Rec. des Cours*, Bd. II. 1974; § 41 des österr. IPR-Gesetz, A. Duchek/F. Schwind, IPR, S. 90 f.).

Zwischen Verträgen unter Kaufleuten (Commercial Contracts) einerseits und Verträgen zwischen Kaufleuten und Verbrauchern andererseits besteht ein wesentlicher Unterschied, der sich auch im IPR auswirkt. Bei der ersten Gruppe von Verträgen stehen sich in der Regel ökonomisch gleich starke Vertragsparteien mit gleichwertigen Verhandlungspositionen gegenüber. Das Gleichgewicht der Wirtschaftsstärke bietet eine gewisse Gewähr dafür, dass die gegenseitigen vertraglichen Rechte und Pflichten ausgewogen bleiben und dass sich beim Vertragsabschluss nicht eine Partei zu lasten der anderen unverhältnismässige Vorteile verschaffen kann. Zwischen solchen Vertragsparteien sorgt das freie Spiel der Kräfte für den sachgerechten Interessenausgleich; der Vertragsfreiheit kann grosszügig Raum gewährt werden. Bei der zweiten Gruppe von Verträgen wird die eine Partei, der Konsument, in der Regel schon im Zeitpunkt der Verhandlungsphase von der anderen Partei dominiert. Sehr oft besteht von Anfang an

kein Verhandlungsspielraum. Die schwächere Vertragspartei hat das Angebot des wirtschaftlich stärkeren Kontrahenten in Preis und Konditionen zu akzeptieren oder es kommt überhaupt nicht zum Vertragsabschluss. In zahlreichen innerstaatlichen Gesetzgebungen sind auf verschiedensten Gebieten Bestimmungen zugunsten der schwächeren Vertragspartei mit dem Zweck aufgestellt worden, die Vertragsfreiheit zugunsten eines gewissen Ausgleichs der Parteiinteressen stärker zu beschränken (vgl. A. C. Imhoff-Scheier, a. a. O., S. 4 ff.). Soll solche Schutzgesetzgebung wirksam bleiben, so ist u. a. darauf zu achten, dass im grenzüberschreitenden Verkehr nicht zusätzlich zur stärkeren Vertragsposition noch ein nationales Regelungsgefälle ausgenützt wird.

Die Frage nach dem Schutz der schwächeren Partei stellt sich im Rahmen eines Konsumentenvertrages sowohl bei der subjektiven als auch bei der objektiven Anknüpfung. Für die subjektive Anknüpfung wird in Artikel 117 eine Radikallösung vorgeschlagen; die Rechtswahl ist ausgeschlossen (Abs. 3). Für die objektive Anknüpfung stellt sich die Frage, ob nicht einfach auf das der zu schützenden Partei günstigere materielle Recht abgestellt werden sollte. Eine solche Anknüpfung müsste aber in der Regel schon daran scheitern, dass die für eine Partei günstigere Rechtsordnung oft nur schwer festzustellen ist. Auch würde sie erhebliche Rechtsunsicherheiten mit sich bringen und die andere Vertragspartei in ihrer Stellung stark beeinträchtigen. Ferner ist gerade bei Konsumentenverträgen, deren Angebot ihrem Wesen nach an beliebig viele mögliche Vertragsparteien gerichtet ist, auf eine gewisse Rechtsgleichheit zu achten. Aus diesem Grund unterstellt der Entwurf den Schutz des Schwächeren demjenigen Recht, auf das die zu schützende Partei normalerweise vertraut und in guten Treuen vertrauen darf. In der Regel dürfte der Geltungsbereich der staatlichen Schutznormen, welchen oft sogar Ordre-public-Charakter zukommt, sich mit dem in Artikel 117 erwähnten Umweltrecht decken. Selbstverständlich bleiben für den Fall, dass dies nicht zutrifft, die Grundsätze von Artikel 18 vorbehalten.

Auf der Grundlage des Schutzgedankens zugunsten der schwächeren Partei unterstellt Artikel 117 den Konsumentenvertrag dem Recht des Staates, in dem der Konsument seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, sofern alternativ eine der folgenden Voraussetzungen vorliegt:

- Die Gegenpartei muss die Bestellung im Aufenthaltsstaat des Konsumenten aufgenommen haben. Als Gegenpartei ist der Erbringer der typischen Leistung zu verstehen. In Artikel 111 Absatz 1 des Entwurfs wird vom Lieferanten gesprochen; es ist jedoch die gleiche Partei gemeint.
- Dem Vertragsabschluss im Aufenthaltsstaat muss ein Angebot oder eine Werbung vorausgegangen sein und der Konsument in diesem Staat die zum Vertragsabschluss entscheidenden Rechtshandlungen vorgenommen haben. Unter Angebot ist eine Offerte im Sinne des schweizerischen Rechts zu verstehen. Der Begriff der Werbung umfasst das Anpreisen einer Ware oder einer Dienstleistung, welches geeignet ist, in einem offenen Verbraucherkreis grundsätzlich bei jeder handlungsfähigen Person den Willen zum Abschluss eines entsprechenden Vertrages zu wecken. Das Angebot und die Werbung müssen für die rechtsgeschäftlichen Handlungen des Konsumenten kausal sein.

- Die Gegenpartei muss den Konsumenten veranlasst haben, sich ins Ausland zu begeben und seine Bestellung dort abzugeben. Die Veranlassung des Konsumenten zur Reise ins Ausland muss den Beweggrund für deren Durchführung dargestellt haben.

Der Entwurf umschreibt den Begriff des Konsumenten nicht. Hingegen wird der Konsumentenvertrag als Vertrag über eine Leistung, die für den persönlichen und / oder familiären Gebrauch des Konsumenten bestimmt ist, definiert. Beim Konsumenten handelt es sich um eine natürliche Person; nur sie kann sich einen persönlichen bzw. familiären Gebrauch zu eigen machen.

Von der in Artikel 117 festgelegten Anknüpfung kann unter den Voraussetzungen von Artikel 14 abgewichen werden, wenn der dem Schutzprinzip inhärente Grundgedanke nicht mehr verwirklicht ist. Zu denken ist etwa an den Fall, in dem der Konsument sich selbst in den Staat begibt, wo der Verkäufer eine Niederlassung hat und dort in Kenntnis der in diesem Staat geltenden Bestimmungen mit dem Verkäufer einen Vertrag schliesst. In einem solchen Fall kann u. U. ein Verzicht auf die Berücksichtigung des Umweltrechts des Konsumenten angenommen werden (vgl. § 41 des österr. IPR-Gesetzes; dazu A. Duchek/F. Schwind, IPR, S. 90).

Die Form des Konsumentenvertrages soll in Abweichung von Artikel 121 dem gleichen Recht unterstehen wie der Konsumentenvertrag selber (Art. 117 Abs. 2).

282.26 Arbeitsverträge

Zu den sogenannten Schutzverträgen gehört auch der Arbeitsvertrag. Bei diesem Vertrag ist dafür Sorge zu tragen, dass grundsätzlich alle Arbeitnehmer eines Unternehmens einer einheitlichen Ordnung unterstellt sind. Dies drängt sich schon aufgrund des Gebots der Rechtsgleichheit auf. Im Rahmen einer im Kollektiv zu leistenden Arbeit in abhängiger Stellung müssen die einzelnen Arbeitnehmer rechtlich gleich behandelt werden (vgl. F. Vischer, *The Antagonism between legal security and the search for Justice in the Field of Contracts*, Rec. des Cours 1974 II, S. 61 ff.). Die beim Artikel über Konsumentenverträge enthaltenen Überlegungen betreffend den Schutz der schwächeren Vertragspartei gelten auch hier.

Schutzwürdig ist grundsätzlich der Arbeitnehmer. Ihm kommt bei der Gestaltung des Arbeitsvertrages in der Regel die passive Rolle zu, so dass der Arbeitgeber die Möglichkeit hat, das Arbeitsverhältnis zunächst in seinem Sinne vorzuschlagen.

Um zwischen der verschiedenen Verhandlungsstärke des Arbeitgebers und des Arbeitnehmers einen Ausgleich zu schaffen, sehen zahlreiche nationale Rechtsordnungen zwingende, durch Parteivereinbarung nicht abänderbare Bestimmungen zum Schutz des Arbeitnehmers vor (vgl. Art. 361 und 362 OR). Würde man den zwingenden Bestimmungen keine Beachtung schenken, so entstünde für den Arbeitnehmer die Gefahr, dass sein Arbeitsvertrag von einem für ihn nachteiligen Recht beherrscht wird.

Die zwingenden Bestimmungen verlangen in der Regel Anwendung, sobald sich der Arbeitsort im Geltungsbereich der betreffenden Rechtsordnung befindet. Diesem Umstand Rechnung tragend, unterstellt der Entwurf den Arbeitsvertrag dem Recht des Staates, in dem der Arbeitnehmer gewöhnlich seine Arbeit verrichtet (Art. 118 Abs. 1).

Falls der Arbeitnehmer seine Tätigkeit gewöhnlich in mehreren Staaten ausübt, untersteht der Arbeitsvertrag aus praktischen Gründen dem Recht am Ort der Niederlassung des Arbeitgebers. Besteht keine solche Niederlassung, so ist das Recht am Wohnsitz oder am gewöhnlichen Aufenthalt des Arbeitgebers anzuwenden (Abs. 2).

Da das Arbeitsvertragsrecht stark mit zwingenden Bestimmungen durchsetzt ist, räumt der Entwurf den Parteien nur eine beschränkte Rechtswahl ein (Art. 118 Abs. 3). Die Parteien können den Arbeitsvertrag dem Recht am gewöhnlichen Aufenthalt des Arbeitnehmers oder dem Recht am Ort der Niederlassung, des Wohnsitzes oder des gewöhnlichen Aufenthalts des Arbeitgebers unterstellen. Obwohl der Arbeitsvertrag unter die sogenannten Schutzverträge einzuordnen ist, rechtfertigt es sich nicht, die Parteiautonomie ganz auszuschliessen. Ein solcher Ausschluss würde den Bedürfnissen im internationalen Rechtsverkehr nicht entsprechen. Auch der Arbeitnehmer kann an der Anwendung eines bestimmten, von der objektiven Anknüpfung abweichenden Rechts interessiert sein (Arbeiter auf Montage im Ausland). Die Rechtswahl soll aber nur solange zulässig sein, als nicht ein minimaler Schutz des Arbeitnehmers die objektive Anknüpfung zwingend fordert. Diese Einschränkung der Rechtswahl kann durch Artikel 14 oder Artikel 17 des vorliegenden Entwurfs erfolgen. Soweit der Arbeitsvertrag durch gültige Rechtswahl einem anderen als dem nach objektiver Anknüpfung anzuwendenden Recht unterstellt ist, können zudem allfällige öffentlich-rechtliche Schutzvorschriften, die im Staat des Arbeitsortes gelten, aufgrund von Artikel 18 zu berücksichtigen sein.

282.27 Immaterialgüterrechtliche Verträge

In der Vernehmlassung ist bemängelt worden, dass der Vorentwurf das auf immaterialgüterrechtliche, insbesondere auf Lizenzverträge anzuwendende Recht nicht ausdrücklich erwähnt. Der Bundesrat hält diesen Einwand für berechtigt und schlägt die Aufnahme einer entsprechenden Bestimmung vor. Den immaterialgüterrechtlichen Verträgen, vor allem den Lizenzverträgen, kommt wirtschaftlich weltweite Bedeutung zu. Dies gilt auch gegenüber Ländern der dritten Welt, erfolgt doch der Technologietransfer in der Hauptsache durch Lizenzverträge. Die Schweiz nimmt im Rahmen des internationalen Technologietransfers eine wichtige Stellung ein. Weltweit gesehen ist sie neben den Vereinigten Staaten das einzige Land mit aktiver Transferbilanz.

Über die Anknüpfung des Lizenzvertrages besteht in der Doktrin keine einheitliche Meinung. In BGE 101 II 293 hat das Bundesgericht den Lizenzvertrag über die Benützung einer Marke mangels einer von den Parteien vereinbarten Rechtswahl dem Recht am Sitz des Lizenzgebers unterstellt. Demgegenüber will z. B. das österreichische IPR-Gesetz Verträge über Immaterialgüterrechte nach

dem Recht des Staates beurteilen, für dessen Gebiet das Immaterialgüterrecht übertragen oder in dessen Territorium dem Lizenznehmer die Benutzung eingeräumt wird (§ 43 Abs. 1).

Geht man davon aus, dass die Leistung, die nicht in Geld besteht, die charakteristische ist, so ist für den Fall, in dem die Hauptleistung des Lizenznehmers in der Bezahlung der Lizenzgebühr besteht, dem Bundesgericht zuzustimmen. Wird allerdings die Verpflichtung des Lizenznehmers, insbesondere bei einer ausschliesslichen Lizenz, dadurch verstärkt, dass ihm eine Ausführungspflicht obliegt, so kann die Leistung des Lizenznehmers zur vertragstypischen werden, was alsdann zur Anwendung des Rechts an dessen Sitz führt. Nicht zu übersehen ist, dass im Recht des Lizenznehmers oft zwingende Bestimmungen vorhanden sind, denen er sich zu unterziehen hat. Dies gilt insbesondere dann, wenn der Lizenznehmer in einem Entwicklungsland tätig wird (vgl. E. Ulmer, Die Immaterialgüterrechte im internationalen Privatrecht, Köln 1975; P. H. Neuhaus, Freiheit und Gleichheit im internationalen Immaterialgüterrecht, in RabelsZ 1976, S. 191; J. Schapira, Les contrats internationaux de transfert technologique, Clunet 1978, S. 5).

Artikel 119 unterstellt Verträge über Immaterialgüterrechte dem von den Parteien vereinbarten Recht (Abs. 3), andernfalls dem Recht des Staates, für dessen Gebiet das Immaterialgüterrecht übertragen oder in dessen Hoheitsgebiet die Benutzung an ihm eingeräumt wird (Schutzstaat). Diese Anknüpfung kann versagen, wenn z. B. zwei Urheberrechtsträger einander wechselseitig Rechte an Immaterialgütern einräumen. Solche Verträge kollisionsrechtlich zu spalten und die wechselseitig eingeräumten Rechte verschieden anzuknüpfen, könnte zu Schwierigkeiten führen. Es wird jeweils das Recht des Staates zu berücksichtigen sein, zu dem unter Würdigung aller Umstände die stärksten Beziehungen bestehen. Liegt bei wechselseitiger Einräumung von Verwertungsrechten der Abschlussort des Vertrages in einem der beiden Schutzstaaten, so wird diesem Umstand bei Fehlen anderer Anknüpfungsmomente eine gewisse Bedeutung zukommen.

Verträge, in denen dem Erwerber oder Benützer eines Immaterialgüterrechts Rechte in mehreren Staaten eingeräumt werden, unterstehen nach Absatz 2 dem Recht des Staates, in dem der Erwerber bzw. Benutzer seine Niederlassung hat. Fehlt eine solche, so ist das Recht an seinem Wohnsitz oder an seinem gewöhnlichen Aufenthalt anzuwenden.

Artikel 119 Absatz 4 verweist für Verträge über Rechte an Immaterialgütern, die ein Arbeitnehmer aufgrund oder im Rahmen eines Arbeitsvertrages geschaffen hat, auf das Arbeitsvertragsstatut. Diese Lösung drängt sich wegen des sachlichen Zusammenhangs mit dem Arbeitsvertrag auf und dient der Vermeidung allfälliger Regelungswidersprüche. Sie gilt allerdings nur für das Innenverhältnis zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber (vgl. auch § 43 des österr. IPR-Gesetzes).

282.3 Gemeinsame Bestimmungen; Schweigen auf einen Antrag, Form, Erfüllungs- und Untersuchungsmodalitäten

Dem aufgrund der Artikel 113–119 bestimmten Vertragsstatut soll ein grösstmöglicher Umfang zuerkannt werden. Das auf den Vertrag anwendbare Recht gilt für die Entstehung, die Wirkungen und das Erlöschen des Vertrages. Nur die in den Artikeln 120–123 geregelten Fragen sollen besonders angeknüpft werden. Eine «dépeçage» soll soweit wie möglich vermieden werden; der Vertrag bildet grundsätzlich eine Einheit, die nicht durch die Unterstellung unter verschiedene Rechtsordnungen wieder zerstört werden soll. Die neuere bundesgerichtliche Rechtsprechung auf diesem Gebiet ist gerade dadurch gekennzeichnet, dass sie die früher zugelassene Vertragsspaltung vermeiden will (BGE 78 II 74).

Zur Frage, ob durch Rechtswahl eine Teilverweisung zulässig sein soll, nimmt der Entwurf nicht Stellung, dies im Unterschied zum EG-Schuldrechtsübereinkommen von 1980, das in Artikel 3 Absatz 1 die Teilverweisung ausdrücklich zulässt. In der Regel wird man es den Parteien, die am besten über ihre eigenen Interessen entscheiden können, überlassen, ob sie innerlich zusammenhängende Komplexe eines Vertrages durch Rechtswahlvereinbarung einer besonderen Rechtsordnung zuweisen wollen.

Artikel 120 erfasst den Fall, in dem eine Partei auf einen Antrag der Gegenpartei zum Abschluss eines Vertrages nichts unternimmt, d. h. vollständig inaktiv bleibt. Der Begriff «Schweigen» steht dabei als *pars pro toto* für die Untätigkeit schlechthin. Die rechtlichen Wirkungen dieses Verhaltens sollen sich nach dem Umweltrecht der schweigenden Partei richten. Als Umweltrecht gilt das Recht an ihrem gewöhnlichen Aufenthalt. Diese besondere Regelung rechtfertigt sich schon im Hinblick auf die zahlreichen internationalen, an private Haushalte verschickten Verkaufsangebote für bestimmte Waren und Dienstleistungen. Ohne die Schutzbestimmung von Artikel 120 wären Adressaten aufgrund ihres Verhaltens oft schutzlos einer ihnen unbekanntem fremden Rechtsordnung ausgeliefert.

Artikel 121 regelt das auf die Form des Vertrages anwendbare Recht. Zur Tradition des internationalen Vertragsrechts gehört, dass die Form des Vertrages gesondert angeknüpft wird. Das Prinzip des *favor negotii* hat seit langem dazu geführt, die formelle Gültigkeit der Verträge möglichst zu fördern. Dies geschieht durch eine Alternativanknüpfung an das Recht des Vertragsstatuts oder an das Recht des Abschlussortes. Diese Anknüpfung ist vom Entwurf übernommen worden, zumindest für die Form des unter Anwesenden geschlossenen Vertrages (Abs. 1). Die Alternativanknüpfung an das Recht am Abschlussort rechtfertigt sich aus der Überlegung, dass die Parteien sich rasch und zuverlässig über die Formvorschriften sollen orientieren können. Diese Anknüpfung versagt jedoch, wenn der Vertrag unter Abwesenden, d. h. zwischen Parteien geschlossen wird, die sich im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses in verschiedenen Staaten befinden. Einen gemeinsamen Abschlussort zu fingieren, vermag in solchen Fällen nicht zu befriedigen. Dem Prinzip des *favor negotii* entspricht vielmehr, die

Form nach dem Recht eines der Staaten zu beurteilen, in dem sich eine der Vertragsparteien im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses aufhält.

In bestimmten Fällen ist es geradezu Aufgabe der Form, eine Partei in besonderer Weise zu schützen (vgl. F. Vischer, *Antagonism a.a.O.*, S. 49 ff.). Solchen Schutzbedürfnissen trägt der Entwurf dadurch Rechnung, dass er für die Form gewisser Vertragstypen die alternative Anknüpfung nicht zulässt (Abs. 3).

Nach *Artikel 122* unterstehen die sogenannten Erfüllungsmodalitäten dem Recht des Staates, in dem diese tatsächlich erfolgen, also nicht notwendigerweise dem Recht am vertraglich vereinbarten, sondern demjenigen am wirklichen Erfüllungsort. Der Begriff der Erfüllungsmodalitäten erfasst nicht alles, was der Schuldner tun muss, um der Vertragspflicht zu entsprechen, knüpft somit nicht alles, was *in solutione* ist, gesondert an, sondern will nur diejenigen Fragen, die mit den örtlichen Verhältnissen und Einrichtungen eng verbunden sind, dem an diesem Ort geltenden Recht unterstellen. Es steht nicht der Gegensatz zwischen Inhalt der Obligation und Erfüllung der Obligation zur Diskussion, sondern es geht lediglich um die Details der Erfüllung: Währung, Mass, Gewicht und andere Modalitäten, die wesensgemäss von der Verkehrssitte und den Gebräuchen des Landes abhängen (G. Broggin, *Le modalità d'escuzione dei contratti in diritto internazionale privato*, 1951, S. 131).

Was von den Erfüllungsmodalitäten gesagt wurde, gilt entsprechend für die sogenannten Untersuchungs- oder Beanstandungsmodalitäten. Auch diese sollen dem Recht am effektiven Untersuchungs- oder Beanstandungsort, d. h. dem Recht des Ortes unterstehen, an dem die Massnahmen tatsächlich getroffen werden (vgl. Schlussbericht, S. 228; BGE 101 II 83).

282.4 Stellvertretung

Artikel 123 regelt nur die gewillkürte Stellvertretung. Die gesetzliche Vertretung wird durch die Bestimmungen über das Eltern-, das Vormundschafts- oder das Erbrecht erfasst. Das Handeln der Gesellschaftsorgane wird im Gesellschaftsrecht behandelt.

Artikel 123 unterscheidet zwischen internem und externem Verhältnis: Das interne Verhältnis zwischen Vertretenem und Vertreter untersteht dem Recht ihres Vertrages (Abs. 1). Besteht zwischen Vertretenem und Vertreter z. B. ein Auftragsverhältnis, so beherrscht dieses deren Rechte und Pflichten untereinander.

Schwieriger ist die Frage, welches Recht darüber zu bestimmen hat, ob die Handlungen, die der Vertreter gegenüber Dritten vornimmt, im Verhältnis zwischen diesem Dritten und dem Vertretenen unmittelbare Wirkungen erzeugen und welches diese Wirkungen gegebenenfalls sind. Hierher gehört insbesondere die Frage, ob der Vertretene durch die Vertretungshandlungen unmittelbar berechtigt und verpflichtet wird. In seiner bisherigen Praxis geht das Bundesgericht von einer Zweiteilung aus. Die Frage, ob eine gültige Vollmacht erteilt worden ist, unterstellt es dem Recht am Wohnsitz des Prinzipals; die Frage dagegen, welche Wirkungen der Vollmacht zukommen, beurteilt es nach dem Recht des Wirkungsortes, d. h. dem Recht des Ortes, wo der Vertreter von seiner Vollmacht Gebrauch macht (BGE 88 II 195; 95 II 442). Nach der im Ent-

wurf vertretenen Ansicht lassen sich Bestand, Umfang und Wirkungen der Vollmacht nicht in sinnvoller Weise trennen (F. Vischer, Internationales Vertragsrecht, S. 233; Art. 11 des Haager Stellvertretungsübereinkommens vom 14. März 1978).

Für die externe Seite der Stellvertretung kommt theoretisch die Unterstellung unter das Recht in Frage, welches das zwischen dem Vertreter und dem Dritten abgeschlossene Ausführungsgeschäft beherrscht. Diese Lösung würde aber die Interessen des Vertretenen nicht genügend wahren, da für ihn oft nicht voraussehbar ist, welchem Recht das Ausführungsgeschäft untersteht. Der Entwurf sieht deshalb das Recht des Staates vor, in dem der Vertreter seine Niederlassung hat. Hat er keine oder ist sie für den Dritten nicht erkennbar, so ist subsidiär das Recht des Staates anzuwenden, in dem der Vertreter im konkreten Einzelfall hauptsächlich gehandelt hat. Geht z. B. der berufliche Vertreter in den Staat, in dem der Dritte seine Niederlassung oder seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, so kommt das Recht des Staates zur Anwendung, in dem sich die Niederlassung des beruflich tätigen Vertreters befindet, sofern diese für den Dritten erkennbar ist.

Für den Fall, dass der Vertreter in einem Arbeitsverhältnis steht und keine eigene Geschäftsniederlassung besitzt, drängt sich die Anknüpfung an den Sitz des Vertretenen auf (Art. 123 Abs. 3). Voraussetzung ist allerdings auch hier, dass für den Dritten erkennbar ist, dass sich der berufliche Schwerpunkt des Vertreters am Sitz des Vertretenen befindet.

Rechtsfolgen, die aus dem Handeln eines *falsus procurator* im Verhältnis zum Dritten entstehen, werden gleich angeknüpft wie die Handlungen des ermächtigten Vertreters (Art. 123 Abs. 4). Die Haager Konferenz erarbeitete an ihrer 13. Session das Übereinkommen vom 14. März 1978 über das auf Vermittlerverträge und die Stellvertretung anwendbare Recht. Dieses Abkommen ist wesentlich von den Vorarbeiten zum vorliegenden Entwurf geprägt worden und stimmt deshalb in grossen Teilen mit ihm überein (RabelsZ 1979, S. 80, 176; Rev. crit. 1977, S. 639).

283 Ungerechtfertigte Bereicherung

283.1 Zuständigkeit

Wie bei den Verträgen geht der Entwurf auch hier vom Grundsatz des natürlichen Richters gemäss Artikel 59 BV aus. Für Klagen aus ungerechtfertigter Bereicherung sind demnach die schweizerischen Gerichte am Wohnsitz des Beklagten oder, wenn ein solcher fehlt, diejenigen an seinem gewöhnlichen Aufenthalt oder am Ort seiner Niederlassung zuständig (Art. 124).

283.2 Anwendbares Recht

Die Regelung, die der Entwurf für das auf die ungerechtfertigte Bereicherung anwendbare Recht vorsieht, ist weitgehend von der bundesgerichtlichen Praxis vorgezeichnet (BGE 78 II 385; 93 II 373). Das Bundesgericht hat eine schemati-

sche Anknüpfung an einen *a priori* bestimmten Anknüpfungspunkt abgelehnt und jeweils auf die Auswirkungen der ungerechtfertigten Bereicherung Rücksicht genommen. Der Entwurf folgt dieser Betrachtungsweise. Er unterscheidet zwischen der ungerechtfertigten Bereicherung aufgrund eines bestehenden oder irrtümlich angenommenen Rechtsverhältnisses zwischen dem Entreicherten und dem Bereicherten und der ungerechtfertigten Bereicherung ohne ein solches Rechtsverhältnis.

Der ungerechtfertigten Bereicherung liegt eine ohne Rechtsgrund erfolgte Wertverschiebung vom Entreicherten zum Bereicherten zugrunde, die in der Annahme einer rechtlichen Verpflichtung erfolgte, welche sich aber in der Folge als ungültig erweist. Gemäss K. Zweigert (Bereicherungsansprüche im IPR, Süddeutsche Juristenzeitung 1947, S. 247 ff.) hat das Statut, welches das Schicksal der Leistung auf dem Weg vom Entreicherten zum Bereicherten beherrscht, auch das Ob und das Wie der Rückleistung vom Bereicherten zum Entreicherten zu regeln. In Anlehnung an diese Meinung bestimmt *Artikel 125 Absatz 1*, dass Forderungen aus ungerechtfertigter Bereicherung dem Recht unterstehen, welches das Rechtsverhältnis zwischen Entreichertem und Bereichertem beherrscht, aufgrund dessen die ausgleichende Wertverschiebung stattgefunden hat. Dieses Recht findet auch Anwendung, wenn das erwähnte Rechtsverhältnis nur vermeintlich bestanden hat.

Fehlt es an einem Rechtsverhältnis zwischen dem Entreicherten und dem Bereicherten, sei es dass ein Vertrag zwischen ihnen *ex tunc* nichtig ist oder aus anderen Gründen, so soll die ungerechtfertigte Bereicherung gemäss Absatz 2 nach dem Recht des Staates beurteilt werden, in dem die Bereicherung eingetreten ist. Als eingetreten gilt z. B. eine solche Bereicherung dann, wenn die Überweisung auf ein falsches Bankkonto erfolgt ist und die Gutschrift dem irrtümlich Begünstigten angezeigt wird (vgl. Schlussbericht, S. 232).

284 Unerlaubte Handlungen

284.1 Zuständigkeit

284.11 Grundsatz

Mit Rücksicht auf Artikel 59 BV geht der Entwurf im Deliktsrecht vom Wohnsitzrichter des Beklagten aus; subsidiär stehen die Gerichtsstände am gewöhnlichen Aufenthalt oder am Ort der Niederlassung dieser Partei zur Verfügung (*Art. 126*).

Hat der Beklagte weder Wohnsitz bzw. Sitz noch gewöhnlichen Aufenthalt oder eine Niederlassung in der Schweiz, so kann am schweizerischen Handlungs- oder Erfolgsort geklagt werden (*Art. 126 Abs. 2*). Der Entwurf folgt damit der Lösung, wie sie bereits in Spezialgesetzen für deliktische Ansprüche vorgesehen ist (vgl. z. B. *Art. 85 Abs. 1 SVG*). Die zusätzliche Zuständigkeit am schweizerischen Handlungs- oder Erfolgsort ist deshalb von Bedeutung, weil an diesem Ort am leichtesten die Beweisaufnahme durchgeführt werden kann und weil an diesem Ort unter Umständen auch die strafrechtliche Verfolgung aufgenommen wird (vgl. *Art. 3 ff. StGB*).

284.12 Im besonderen

Nach einigen bundesrechtlichen Spezialgesetzen gelten für ganz bestimmte Schadensereignisse und Haftungsfälle besondere Gerichtsstände. Vielfach sehen diese Spezialgesetze nur einen einzigen kantonalen Gerichtsstand vor. Verschiedene dieser Gerichtsstände wollen auch auf grenzüberschreitende Sachverhalte angewendet sein, bzw. wurden sogar eigens dafür geschaffen. Der allgemeine Gerichtsstand nach Artikel 126 wird diesen Fällen nicht gerecht. Deshalb drängt sich in *Artikel 127* ein ausdrücklicher Vorbehalt auf. Dies gilt für Klagen aus Verletzung der Persönlichkeit (Wohnsitz des Beklagten oder des Klägers), aus Verletzung einer Fabrik- oder Handelsmarke oder einer falschen Herkunftsbezeichnung (Art. 30 MSchG; SR 232.11), aus Verletzung eines Erfindungspatents (Art. 75 PatG; SR 232.14), aus Schädigung durch unzulässige Wettbewerbsbehinderung (Art. 7 KG; SR 251) und aus Schädigung beim Betrieb einer Atomanlage oder beim Transport von radioaktiven Kernbrennstoffen (Art. 26 AtG; SR 732.0).

Artikel 128 statuiert eine besondere Zuständigkeit für das unmittelbare Forderungsrecht des Geschädigten gegen den Haftpflichtversicherer des Schädigers. Diese sogenannte «*action directe*» ist insbesondere im Zusammenhang mit Ansprüchen aus Verkehrsunfällen von Bedeutung. Artikel 128 sieht hierfür eine Zuständigkeit entweder an der Haupt- oder Zweigniederlassung des Versicherers oder am Handlungs- oder Erfolgsort vor und stellt damit die Koordination zwischen Deliktsklage und «*action directe*» sicher (vgl. auch Art. 84 SVG).

284.2 Anwendbares Recht

284.21 Vorbemerkungen

Im internationalen Deliktsrecht hat sich in den letzten Jahren ein beachtlicher Wandel vollzogen. Noch vor wenigen Jahren herrschte die Ansicht vor, der Grundsatz, wonach unerlaubte Handlungen an das Recht des Deliktsortes anzuknüpfen seien, gelte weltweit. Unstimmigkeiten bestünden lediglich im Begrifflichen oder bei der Behandlung von Distanzdelikten. Inzwischen ist diese «*unité de doctrine*» ins Wanken geraten.

Gegen das Prinzip der *lex loci delicti* wird heute von zwei Seiten Kritik vorgebracht. Einerseits wird geltend gemacht, dieses Prinzip sei zu mechanisch. Es unterstelle die verschiedenen Deliktstatbestände gleichförmig dem Recht am Tatort, ohne zu fragen, ob dadurch im Einzelfall ein der Sache angemessenes Ergebnis erzielt werde. Man müsse bei unerlaubten Handlungen stärker auf ergebnisbestimmte, am materiellen Recht orientierte Lösungen abstellen («*result selecting approach*»). Andere Kritiken wenden sich gegen die Allgemeingültigkeit der *locus delicti*-Regel. Sie sehen im Recht des Deliktsortes lediglich eine von mehreren Möglichkeiten der Rechtsanwendung. Als gleichwertige Deliktsrechtsordnungen werden daneben das gewählte Recht, das durch eine vorbestehende Beziehung bezeichnete Recht (Akzessorität) oder die *lex fori* bezeichnet. Des weiteren schlagen sie für gewisse Tatbestandsgruppen konkrete Bestimmungen vor (vgl. V. Trutmann, Das internationale Privatrecht der Deliktsobliga-

tionen Basel 1973, S. 17ff., 56ff.; P. Volken, Konventionskonflikte, S. 180ff.; F. Vischer, Die Kritik an der herkömmlichen Methode des IPR, Festschrift German. Basel 1969, S. 287ff.; Schlussbericht, S. 233).

Der in der Doktrin feststellbare Wandel hat sich auch in der in- und ausländischen Rechtsprechung niedergeschlagen. Für Nordamerika sei etwa an die Entscheide in Sachen *Babcock v. Jackson* (12 N. Y. 2d 472 [1963]) oder *Neumeier v. Kuehner* (31 N. Y. 2d 121 [1972]), für Grossbritannien an den Entscheid in Sachen *Boys v. Chaplin* (1968 1. All. E. R. 183) und für die Schweiz an BGE 99 II 315 erinnert.

Ein Blick auf die neueren ausländischen IPR-Gesetze und die Staatsverträge zeigt, dass die Regel vom Recht des Deliktsortes auch da ihren Ausschliesslichkeitscharakter verloren hat. Zwar dient sie noch oft als Ausgangspunkt, doch vermischt sie sich mit zahlreichen Ausnahmen, wobei die Ausnahmen oft wichtiger sind als die Regel. Zu erwähnen sind etwa Artikel 4 des Haager Strassenverkehrs-Übereinkommens von 1973 (SJIR 1968, S. 342), Artikel 4 des Haager Produktehaftpflicht-Übereinkommens (SJIR 1972, S. 444), § 17 des IPR-Gesetzes der DDR von 1975 (Gesetzbl. 1975, I, S. 748), Artikel 27–31 des italienischen IPR-Entwurfs von 1968 (Prospettive del diritto internazionale privato, Milano 1968, S. 266), Artikel 27–30 des jugoslawischen IPR-Entwurfs von 1974 (Jahrbuch für Ostrecht, 1975, 2. Halbjahresheft, S. 189ff.), § 48 des österreichischen IPR-Gesetzes von 1978 (vgl. A. Duchek/F. Schwind, a.a.O., S. 101ff.), Artikel 31 § 2 des polnischen IPR-Gesetzes von 1965 (Jahrbuch für Ostrecht, 1965, 2. Halbjahresheft, S. 213), Artikel 45 Absatz 2 des portugiesischen IPR-Gesetzes von 1966 (RebelsZ 1968, S. 513) oder Artikel 31 des IPR-Entwurfs von Quebec von 1975 (M. Abrell, Der Quebecer Entwurf einer Kodifikation des IPR, Frankfurt/Main 1978, S. 284).

Die Ursachen für das Umdenken auf dem Gebiet des internationalen Deliktsrechts dürften nur zum Teil auf die Unzulänglichkeiten der *locus delicti*-Regel selber zurückzuführen sein. Ebenso wichtig sind die Veränderungen im materiellen Deliktsrecht. Ihm sind mit fortschreitender Technisierung Aufgaben zugefallen, für die es ursprünglich nicht gedacht war. Aus einem Recht der Sanktion für verwerfliches Verhalten wurde ein Recht der Risikoverteilung für an sich erlaubtes, aber gefährliches Tun. In dem Masse, wie Zielsetzung und Selbstverständnis des materiellen Deliktsrechts geändert haben, drängt sich auch im Kollisionsrecht eine Neuorientierung auf. Eine Analyse der Rechtswirklichkeit hat gezeigt, dass die Anknüpfung an den Deliktsort nur dort sinnvoll ist, wo er mit anderen Faktoren, wie z. B. dem gewöhnlichen Aufenthalt des Schädigers oder des Geschädigten, verknüpft wird, oder dort, wo er aufgrund der Umstände eines Falles voraussehbar ist, oder schliesslich dort, wo er eine qualifizierte Bedeutung beanspruchen darf wie beispielsweise als Marktort in den Fällen des unlauteren Wettbewerbs (BGE 51 II 327).

284.22 Subsidiäre Generalklausel

Artikel 129 sieht für jene Delikte, die ihrer Natur nach nicht einem der in Artikel 130–135 umschriebenen Tatbestände zugeordnet werden können, eine allge-

meine, gegenüber den besonderen Tatbeständen teils subsidiäre, teils ergänzende Anknüpfung vor. Ausgehend vom *locus delicti*-Prinzip präzisiert er dessen Reichweite und umschreibt vor allem dessen Grenzen. Die Begrenzung der *locus delicti*-Anknüpfung kann sich aus personenbezogenen, aus sachbezogenen oder aus Gründen ergeben, die auf Parteiwillen beruhen. Artikel 129 stellt die personenbezogenen Ausnahmen (*lex communis*) an den Anfang; ihnen folgen die sachbezogenen (*Akzessorietät*) und schliesslich die auf Parteiwillen (*Rechtswahl*) beruhenden Ausnahmen.

Die Anordnung der drei Ausnahmen in Artikel 129 ist mit Rücksicht auf ihre praktische Bedeutung und ihre Anwendungshäufigkeit gewählt worden. Sie steht in umgekehrtem Verhältnis zu ihrer sachlogischen Reihenfolge. Sachlogisch wäre in erster Linie auf eine allfällige Rechtswahl der Deliktsparteien, sodann auf die Akzessorietät und schliesslich auf die *lex communis* abzustellen. Liegt keine der drei Ausnahmen vor, so bleibt es bei der traditionellen Anwendung des Deliktsortrechtes.

284.221 Rechtswahl

Artikel 129 Absatz 4 gewährt den an einer unerlaubten Handlung unmittelbar Beteiligten eine minimale Rechtswahlmöglichkeit. Im Unterschied zu gewissen Strömungen in der Doktrin (L. Raape, IPR, 1961, S. 579) steht im vorliegenden Entwurf nicht die Rechtswahlmöglichkeit als solche, sondern die Frage nach dem Umfang und dem Ausmass einer solchen Rechtswahl im Vordergrund.

Für eine umfassende Rechtswahl spricht die Funktion des Deliktsrechts, die im wesentlichen darin besteht, dem Geschädigten zivilrechtlichen Ersatz für erlittenen Schaden zu gewähren. Die Geltendmachung dieses Schadens steht im Belieben des Geschädigten, und zwar selbst dann, wenn das deliktische Verhalten eine Verletzung öffentlich-rechtlicher Normen darstellt. Da der Geschädigte schon über den materiellen Anspruch als solchen verfügen kann, müsste es ihm an sich unbenommen bleiben, darüber gegebenenfalls eine Rechtswahl zu treffen (vgl. J. Kropholler, *RabelsZ* 1969, S. 640). Der Entwurf spricht sich dennoch für eine bloss beschränkte Rechtswahl aus, dies vor allem, um der Gefahr von Missbräuchen zu begegnen. Im internationalen Deliktsrecht hat man es zunehmend mit Parteien zu tun, die über ungleich starke Verhandlungspositionen verfügen. Eine zu freie Zulassung der Rechtswahl würde die schwächere Partei der Gefahr der Übervorteilung aussetzen. Bei der rechtsmissbräuchlichen Rechtswahl handelt es sich nicht um ein spezifisch deliktsrechtliches Problem. Aber der Entwurf umschreibt überall dort, wo er die Rechtswahl zulässt, immer auch deren Grenzen (Art. 50 Abs. 2, Art. 88 Abs. 2, Art. 103 und Art. 117 Abs. 3). Das gleiche System wird beim Deliktsrecht befolgt. Die Einschränkung ist um so unbedenklicher, als ja das Deliktsrecht mit der Akzessorietät und den Bestimmungen über die Spezialtatbestände bereits über ein differenziertes Anknüpfungssystem verfügt.

284.222 Akzessorietät

Artikel 129 Absatz 3 unterstellt Ansprüche aus unerlaubter Handlung, durch welche ein zwischen den Deliktsparteien bereits bestehendes Rechtsverhältnis verletzt wird, dem auf dieses Rechtsverhältnis anwendbaren Recht.

Die Begründung für diese Anknüpfung ergibt sich aus dem inneren Konnex zwischen dem Delikt und der vorbestehenden Rechtsbeziehung.

In diesem Sinn kann das Akzessorietätsprinzip als das sachlich stärkste Anknüpfungskriterium bezeichnet werden. Es wird denn bei den besonderen Tatbeständen, bei denen es relevant werden kann, auch ausdrücklich vorbehalten (Art. 131 Abs. 3, 132 Abs. 3). Der Vorrang der Akzessorietät rechtfertigt sich einmal gegenüber dem *locus delicti*-Prinzip. Dieses wird heute vielfach nur noch als subsidiäres Anknüpfungskriterium verstanden, dessen Anwendung sich aufdrängt, weil sonst keine brauchbare Anknüpfung zur Verfügung steht. Auch die *lex communis* hat gegenüber der Akzessorietät zurückzutreten. Ihre Anwendungsberechtigung ergibt sich zur Hauptsache aus dem Postulat der sozialen Einbettung einer Tat. Demgegenüber lässt sich die akzessorische Anknüpfung als rechtliche Einbettung des Delikts verstehen. Sie fügt das Delikt ein in einen festen, zwischen den Parteien bereits bestehenden rechtlichen Rahmen.

Die akzessorische Anknüpfung entspricht nicht nur der kollisionsrechtlichen Gerechtigkeit; sie genügt auch den Anforderungen an das kollisionsrechtliche Vertrauensprinzip. Wenn eine Schadenszufügung gleichzeitig die Verletzung von Rechten und Pflichten aus einem vor dem Schadensereignis bestehenden Rechtsverhältnis darstellt, so müssen die Parteien mit der Anwendung der dieses Sonderverhältnis beherrschenden Rechtsordnung rechnen. Ihre Anwendung liegt nicht nur im Erwartungsbereich des Geschädigten, sie ist auch dem Schädiger zumutbar. Im weiteren empfiehlt sich die akzessorische Anknüpfung aus Gründen der Rechtssicherheit. Sie eröffnet dem Deliktsrecht eine Fülle bereits vorhandener und in der Praxis z. T. bewährter Anknüpfungen. Zugleich verhindert sie, dass gewisse Teilfragen eines Rechtsverhältnisses aus dem Zusammenhang herausgebrochen und anders angeknüpft werden. Mit der einheitlichen Anknüpfung werden zahlreiche Qualifikationsfragen vermieden; überdies entfällt das Problem der unterschiedlichen Anknüpfung im Falle einer Anspruchskonkurrenz. Den Hauptanwendungsfall der akzessorischen Anknüpfung bilden die im Zusammenhang mit einem Vertragsverhältnis begangenen Delikte.

Vor allem auf den Gebieten des Transport-, des Arbeits-, des Auftrags- und des Kaufrechts trifft man häufig auf konkurrierende Ansprüche aus Vertrag und Delikt. Aber auch im Familien-, im Sachen- oder im Gesellschaftsrecht können sich solche Ansprüche ergeben (vgl. Schlussbericht, S. 240).

Damit von Akzessorietät die Rede sein kann, genügt nicht schon eine irgendwie geartete Beziehung zu einem vorbestehenden Rechtsverhältnis. Erfordert ist ein enger sachlicher Zusammenhang, ein innerer Konnex. Wenn z. B. zwei Geschäftspartner bei Gelegenheit einer geschäftlichen Sitzung einen Ausflug unternehmen, so haben die Ansprüche aus grobfahrlässiger Verletzung während dieses Ausflugs mit dem Statut des zwischen ihnen bestehenden Kooperationsvertrages nichts zu tun. Anders wird es sich mit einem während der Geschäftsitzung vereinbarten Kaufgeschäft oder mit einer durch Duldung von Parallelim-

porten bewirkten Verletzung des Kooperationsvertrages verhalten (vgl. A. Heini, Festschrift Mann, S. 198).

284.223 Lex communis

Nach Artikel 129 Absatz 1 ist für Ansprüche aus unerlaubter Handlung das Recht des Staates anzuwenden, in dem sowohl der Geschädigte als auch der Schädiger ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben. Die Anknüpfung an das Recht des gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalts im Sinne eines gemeinsamen Personalstatuts erscheint aus mehreren Gründen gerechtfertigt. Einmal wird damit auf das Recht der dem Schädiger und dem Geschädigten gemeinsamen sozialen Umwelt abgestellt, zum anderen trägt man dabei den Parteiinteressen Rechnung. Wenn nämlich die Parteien sich nur vorübergehend im Ausland aufhalten, werden sie das dortige Recht in der Regel nicht kennen und ihr Verhalten auch nicht darauf einstellen. Abgesehen von gewissen zwingend geltenden *local datas*, wird ihnen ihr Aufenthaltsrecht näherliegen, dies um so mehr, als ein allfälliger Schadensprozess in der Regel ebenfalls im gemeinschaftlichen Aufenthaltsstaat durchgeführt wird (Art. 85 Abs. 2 SVG).

Gewisse Bedenken gegen das gemeinsame Aufenthaltsrecht können entstehen, wenn die Parteien im Ausland nur zufällig zusammentreffen oder wenn Dritte am Delikt beteiligt sind. Doch bleiben die Vorteile des Aufenthaltsrechtes als Recht der gemeinsamen sozialen Umwelt trotz solcher Zufälligkeit gültig. Der nur vorübergehend im Ausland Weilende wird die Anwendung abweichenden ausländischen Rechts als Härte empfinden. Durch Anwendung der *lex communis* lässt sich diese Härte selbst in Fällen mildern, wo das Zusammentreffen mit einem Landsmann eher zufälligen Charakter hat. Sind von der unerlaubten Handlung auch Dritte betroffen, so können ihre Ansprüche gesondert und nach Deliktsortsrecht beurteilt werden (vgl. J. Kropholler, a. a. O., S. 622).

284.224 Recht des Deliktsortes

Nach der *lex loci delicti* sind jene unerlaubten Handlungen zu beurteilen, die nicht unter eine der Sonderregeln von Artikel 129 fallen (Art. 129 Abs. 2). Wie bereits erwähnt, hat der allgemeine Grundsatz, wonach auf Ansprüche aus unerlaubter Handlung das Recht des Deliktsortes anzuwenden ist, in der Doktrin und auch in der neueren Gesetzes- und Staatsvertragspraxis erheblich an Bedeutung verloren. Artikel 129 Absatz 2 folgt der eingangs erwähnten Tendenz, wonach die *locus delicti*-Regel zwar oft noch als Ausgangspunkt dient, sich aber regelmässig mit zusätzlichen Kriterien vermischt oder durch Ausnahmen eingeschränkt wird. Der Entwurf geht vom Recht des Deliktsortes aus, lässt dieses aber nur gelten, wenn am Deliktsort sowohl die Handlung stattgefunden hat als auch der Erfolg eingetreten ist.

Besondere Schwierigkeiten bei der Anwendung der *locus delicti*-Regel bereiten die sogenannten Distanzdelikte. Das Bundesgericht hat in solchen Fällen dem Geschädigten bisher die Wahl zwischen dem Recht des Handlungs- und dem Recht des Erfolgsortes offengelassen (Ubiquität; BGE 87 II 113; 92 II 257).

Diese Anknüpfung beruht im wesentlichen auf einer an sich falschen Analogie zum Strafrecht (Art. 7 Abs. 1 StGB) und auf der nicht immer richtigen Annahme, die Interessen des Geschädigten seien stets zu schützen. Sie ist in der Literatur zu Recht kritisiert worden (vgl. V. Trutmann, a. a. O., S. 6; F. Vischer/A. von Planta, IPR, S. 201). Artikel 129 Absatz 2 gibt beim Auseinanderfallen von Handlungs- und Erfolgsort dem Recht des letzteren den Vorzug, falls der Schädiger nicht nachweist, dass er mit dem Eintritt des Erfolges an diesem Ort nicht rechnen konnte. Gelingt der Nachweis, so ist – ohne dass Absatz 2 dies ausdrücklich erwähnt – das Recht des Handlungsortes massgebend.

284.3 Besondere Tatbestände

284.31 Strassenverkehrsunfälle

Für diese Gruppe von Delikten verweist *Artikel 130* auf das Haager Übereinkommen vom 4. Mai 1971 über das auf Strassenverkehrsunfälle anzuwendende Recht. Obwohl das Übereinkommen in Einzelfragen Wünsche offen lässt, darf es insgesamt als ausgewogen und aus schweizerischer Sicht annehmbar bezeichnet werden. Der Bundesrat zieht es deshalb vor, auf eine eigene Lösung zu verzichten und statt dessen auf die Bestimmungen des Übereinkommens zu verweisen, in der Meinung, dieses vor dem Inkrafttreten des IPR-Gesetzes zu ratifizieren. In diesem Sinne wird er Ihnen eine entsprechende Botschaft unterbreiten. Eine Ratifikation drängt sich nicht zuletzt deshalb auf, weil die Mehrzahl unserer Nachbarstaaten dem Übereinkommen bereits angehört. Durch den Beitritt der Schweiz würde auf diesem wichtigen Gebiet eine internationale Vereinheitlichung des Kollisionsrechts erzielt.

Nach seinem persönlich-räumlichen Geltungsbereich will das Übereinkommen unabhängig vom Erfordernis der Gegenseitigkeit auf alle Strassenverkehrsunfälle anwendbar sein und zwar selbst dann, wenn das verwiesene Recht nicht dasjenige eines Vertragsstaates ist (Art. 11). Dieser weit gefasste Geltungsbereich verleiht dem Übereinkommen den Charakter einer *erga omnes* geltenden loi uniforme, neben der für autonome nationale Kollisionsnormen kein Raum übrig bleibt (vgl. P. Volken, Konventionskonflikte, S. 187 ff.).

Das Übereinkommen unterscheidet zwischen einer Grundsatz- und einer Sonderanknüpfung. Nach der Grundsatzanknüpfung (Art. 3) untersteht die ausservertragliche Haftung aus einem Strassenverkehrsunfall dem Recht des Staates, in dem der Unfall sich zugetragen hat (*lex loci delicti commissi*). Hiervon ist unter den in Artikel 4–6 umschriebenen Voraussetzungen eine Ausnahme zugunsten des Rechts jenes Staates zulässig, in welchem das Unfallfahrzeug immatrikuliert ist (*lex stabuli*). Die Anwendung der *lex stabuli* hängt einerseits von der Anzahl der in den Unfall verwickelten Fahrzeuge und andererseits davon ab, wie eng die vom Unfall betroffenen Personen mit den Fahrzeugen verbunden sind (vgl. Art. 4 Bst. a–c).

284.32 Produktmängel

Wie bei den Strassenverkehrsunfällen besteht auch auf dem Gebiet der Produkthaftpflicht ein Haager Übereinkommen, das Übereinkommen vom 2. Oktober 1973 über das auf die Produkthaftpflicht anzuwendende Recht (P. Cavin, *SJIR* 1972, S. 45 ff., 444). Seinem persönlich-räumlichen Anwendungsbereich nach besitzt es den Charakter einer *erga omnes* anwendbaren *loi uniforme* (Art. 11). Die Regelung des Übereinkommens ist ziemlich kompliziert. Seine Gruppierung von Bezugspunkten wirkt unübersichtlich und wird durch verschiedene Einschränkungen relativiert. Gesamthaft erhält das Sitzrecht des Schädigers ein nicht gerechtfertigtes Übergewicht (vgl. Schlussbericht, S. 243). Daher empfiehlt sich gegenüber diesem Übereinkommen eine gewisse Zurückhaltung. Eine Ratifizierung käme höchstens dann in Frage, wenn auch die wichtigsten Handelspartner der Schweiz ihm beitreten.

Die Nachteile des Haager Übereinkommens haben den Bundesrat bewogen, für die Produkthaftpflicht einen eigenen Vorschlag zu unterbreiten. Nach *Artikel 131 Absatz 1* soll der Geschädigte unter jenen Rechtsordnungen, die für den Schädiger voraussehbar und damit kalkulierbar sind, wählen können. Er kann seine Ansprüche entweder nach dem Recht im Staat der Niederlassung oder, wenn eine solche fehlt, nach dem Recht am gewöhnlichen Aufenthalt des Haftpflichtigen oder nach dem Recht des Staates geltend machen, in dem das schädigende Produkt erworben wurde.

Soweit Artikel 131 Absatz 1 zur Anwendung ausländischen Rechts führt, könnte der schweizerische Richter verpflichtet sein, in der Schweiz ausländischen Schadenersatzforderungen in mehrfacher Höhe des wirklich erlittenen Schadens (*punitive damages*) zum Durchbruch zu verhelfen. Solche Regelungen sind im schweizerischen Recht nicht bekannt und es ist auch nicht erwünscht, dass schweizerische Beklagte in der Schweiz dieser Art von Schadenersatzforderungen ausgesetzt werden. Absatz 2 enthält einen entsprechenden Vorbehalt. Er beruht im wesentlichen auf den gleichen Gedanken wie Artikel 133 Absatz 2 (vgl. Ziff. 284.34 unten).

Durch dieses Wahlrecht wird ein gewisser Schutz des Konsumenten erreicht, ohne aber das dem kollisionsrechtlichen Vertrauensprinzip inhärente Gleichgewicht übermässig zu stören. Für den in Anspruch genommenen Produzenten soll das Wahlrecht nicht zur Folge haben, dass er mit Ersatzansprüchen aus einem Recht konfrontiert wird, mit dessen Anwendung er nicht rechnen musste. Das Wahlrecht des Geschädigten wird deshalb in dem Sinne eingeschränkt, dass das Recht des Staates, in dem das schädigende Produkt erworben wurde, nur angewendet werden kann, wenn der Produzent nicht nachweist, dass das Produkt in diesen Staaten ohne sein Einverständnis in den Handel gebracht wurde (vgl. A. Heini, *Festschrift Mann*, S. 201 f.).

Im Ingress zu Artikel 131 wird das Subjekt der Haftung bewusst nicht erwähnt. Die Bestimmung will auf jede Art von Haftung für durch mangelhafte Produkte hervorgerufene Schäden anwendbar sein. Als Haftungssubjekte können nicht nur die industriellen oder gewerblichen Warenhersteller, sondern auch die Rohmaterial- und Agrarproduzenten sowie die Verteiler und die Reparateure in Frage. Auf Artikel 131 können sich auch juristische Personen und Gesellschaf-

ten berufen; diesfalls wird unter dem gewöhnlichen Aufenthalt im Sinne von Absatz 1 jeweils der Sitz der betroffenen Niederlassung zu verstehen sein.

In der Vernehmlassung sind gegenüber Artikel 131 Bedenken geäußert worden. Insbesondere ist geltend gemacht worden, Artikel 131 könnte zum Einfallstor für übertriebene ausländische Produkthaftungsansprüche werden. Diese Kritik geht fehl. Einmal ändert Artikel 131 nichts an der Tatsache, dass zahlreiche ausländische Rechtsordnungen für die Produkthaftpflicht besondere Bestimmungen kennen. Ansprüche aus solchen Haftungsbestimmungen können vor schweizerischen Gerichten heute schon geltend gemacht werden, und zwar aufgrund der derzeit geltenden Ubiquitätsregel an sich unbegrenzt. Artikel 131 ist demgegenüber bestrebt, die betreffenden Haftungsansprüche zu kanalisieren, sie vor-ausschlagbar und damit leichter versicherbar zu machen.

284.33 Unlauterer Wettbewerb

Beim Unlauteren Wettbewerb besteht die Unerlaubtheit der Handlung nicht im Versuch, einen bestimmten Erfolg herbeizuführen, sondern in der Art und Weise, wie dieser Erfolg erzielt werden soll. Die Gesetze über den unlauteren Wettbewerb streben einen doppelten Schutz an. Sie schützen einmal den lautereren Wettbewerber gegen seine Mitbewerber und gewähren ihm, falls er Opfer unlauterer Tätigkeiten wird, einen privatrechtlichen Schadenersatzanspruch (horizontaler Schutz). Zugleich versuchen sie, im Interesse des Publikums ein bestimmtes Marktverhalten sicherzustellen (vertikaler Schutz; vgl. M. Kummer, Anwendungsbereich und Schutzzut der privatrechtlichen Rechtssätze gegen unlauteren und gegen freiheitsbeschränkenden Wettbewerb, Bern 1960, S. 113).

Würde man dem Kollisionsrecht die rein privatrechtliche Betrachtungsweise zugrunde legen, so liessen sich verschiedene Abweichungen vom Marktrecht begründen. So würden sich z. B. die Fälle des Auslandswettbewerbs zwischen Inländern inländischem Recht zuweisen lassen (vgl. D. Müller-Gindullis, Das IPR in der Rechtsprechung des BGH, 1971, S. 70). Zu beachten ist aber, dass die Regelung des Marktverhaltens in erster Linie Sache des Marktstaates ist. Die von ihm aufgestellten Verhaltensnormen müssen von allen auf diesem Markt tätigen Wettbewerbern beachtet werden. Die Gesetzgebung des ausländischen Marktstaates ist deshalb selbst im Verhältnis zwischen zwei Inländern zu beachten, andernfalls würde man sich zu einem Hauptziel des Wettbewerbsrechts, der Chancengleichheit, bewusst in Widerspruch setzen. Theoretisch ist es zwar denkbar, die lokalen Verhaltensnormen und die Wettbewerbsverletzungen verschiedenen Rechtsordnungen zu unterstellen. Doch beruhen die Gesetze über den unlauteren Wettbewerb in der Regel auf einem homogenen wirtschaftspolitischen Konzept. Eine getrennte Anknüpfung der *local datas* und der Sanktionen für wettbewerbsstörendes Verhalten würde den Rechtsschutz der Beteiligten künstlich aufspalten und ist daher abzulehnen.

Aus der besonderen Eigenart des Wettbewerbsrechts folgt, dass Wettbewerbsverstöße, die gegen einen ganzen Markt, d. h. gegen eine potentielle Mehrheit von Mitbewerbern gerichtet sind (sog. marktbezogene oder publikumswirksame

Verstösse), dem Recht des Staates unterstehen müssen, in dessen Hoheitsgebiet die unlautere Handlung ihre Wirkung entfaltet (*Art. 132 Abs. 1*).

Diese Regel entspricht den neueren Erkenntnissen der Doktrin und zunehmend auch der Rechtsprechung (vgl. V. Trutmann, a. a. O., S. 180ff.).

Ausnahmsweise kann das Recht des Staates zur Anwendung gelangen, in dem beide Parteien ihren Sitz haben. Dies wäre etwa der Fall, wenn das unlautere Verhalten auf einem anderen Markt begangen wird, sich aber gegen einen Mitbewerber aus dem Sitzstaat richtet und keine Beziehung zum Staat des Marktes und dessen Publikum hat.

Es gibt auch Wettbewerbsverstösse, die sich ausschliesslich gegen einen bestimmten Wettbewerbssteilnehmer, gegen dessen individuelle wirtschaftliche Persönlichkeit oder gegen dessen Betrieb richten, ohne dass andere Marktteilnehmer in Mitleidenschaft gezogen werden (sog. betriebsbezogene oder nicht publikumswirksame Verstösse; z. B. Abwerbung, Bestechung, Werkspionage oder Verleitung zum Vertragsbruch; vgl. NJW 1964, S. 969). Auf solche Fälle ist nach Artikel 132 Absatz 2 das Recht des Staates anzuwenden, in dem die betroffene Niederlassung sich befindet. Öffentlich-rechtliche Ordnungsvorschriften eines Drittstaates (Ladenschluss-, Ausverkaufs- oder Preisanschriftsregelungen) können über Artikel 18 des Entwurfs Wirksamkeit erlangen.

284.34 Wettbewerbsbehinderung

Gleich wie das Recht des unlauteren Wettbewerbs, will auch das Kartellrecht eine bestimmte Wirtschaftsordnung sichern, indem es das Marktverhalten regelt. Identisch ist auch das Bestreben, horizontalen und vertikalen Schutz zu gewährleisten, wobei sich das Schwergewicht meistens stärker in Richtung des vertikalen Schutzes verschiebt.

Eine gesetzliche Regelung, welche für die wichtigsten Deliktstatbestände differenzierte Anknüpfungsregeln vorsieht, ist gezwungen, die kartellrechtlichen Tatbestände entweder ebenfalls zu regeln oder sie ausdrücklich auszuschliessen. Sie nicht zu erwähnen, würde bedeuten, dass sie unter die subsidiäre Generalnorm (Art. 129) und damit unter eine zum Teil personenbezogene Anknüpfung fallen. Eine solche Anknüpfung würde den deliktischen Ansprüchen aus Kartellrecht nicht gerecht. Das Kartellrecht verpönt bestimmte Zustände oder gewisse Verhaltensweisen nicht so sehr um ihrer selbst willen, als vielmehr mit Rücksicht auf ihre Auswirkungen auf einen bestimmten Markt. Die entsprechenden Deliktstatbestände bedürfen deshalb einer gebiets- oder marktbezogenen Anknüpfung (vgl. R. Bär, Kartellrecht und internationales Privatrecht, Bern 1965, S. 359 ff.). In diesem Sinn konkretisiert *Artikel 133 Absatz 1* die allgemeine *locus delicti*-Regel im Sinne des Auswirkungsprinzips: Anwendbar ist das Recht des Staates, auf dessen Gebiet die Wettbewerbsbehinderung den Geschädigten unmittelbar trifft. Besondere Bedeutung ist dem Wort «unmittelbar» zuzumessen. Die Wettbewerbsbehinderung muss ihr wirtschaftliches Schwergewicht auf dem betreffenden Markt haben; die Schädigung darf nicht bloss als eine Nebenfolge eines auf andere Märkte ausgerichteten (und dort vielleicht legalen) Verhaltens erscheinen. Dadurch soll die Rücksichtnahme auf das Recht eines Staates, der nur zufällig betroffen ist, ausgeschlossen werden.

Artikel 133 Absatz 2 inspiriert sich an Bestimmungen wie Artikel 12 des deutschen EGBGB. Mit Artikel 133 Absatz 2 soll erreicht werden, dass Ansprüche aus Wettbewerbsbehinderungen aufgrund ausländischen Rechts in der Schweiz nur zugesprochen werden, sofern und soweit sie nach schweizerischem Recht zuzusprechen wären, falls die Wettbewerbsbehinderung in der Schweiz einen Schaden verursacht hätte. Auf diese Weise soll insbesondere verhindert werden, dass der schweizerische Richter sich mit den in ausländischen Kartellgesetzen bisweilen anzutreffenden Schadenersatzforderungen in mehrfacher Höhe des wirklich erlittenen Schadens (*treble damages* u. dgl.) auseinandersetzen muss.

284.35 Immissionen

Die Immission ist ein Begriff des Nachbarrechts und wird gewöhnlich im Sachenrecht geregelt (Art. 679 und 684 ZGB). Mit der fortschreitenden Technisierung des Wirtschaftslebens beginnen die Immissionen den traditionellen nachbarrechtlichen Raum zu sprengen und grenzüberschreitende Ausmasse anzunehmen. Zu denken ist an rauch- und abgasintensive Fabrikanlagen im grenznahen Gebiet, an lärmintensive Verkehrsanlagen wie Flugplätze und Flugschneisen, an Gewässerverschmutzung, an übermässige Wärmeabgabe an das Wasser und in die Luft oder an radioaktive Strahlung.

Nach Artikel 134 sind schädigende Einwirkungen dieser Art, die von einem Grundstück ausgehen und insbesondere mit einem gewerblichen Betrieb oder einer industriellen Anlage in Zusammenhang stehen, nach Wahl des Geschädigten entweder nach der *lex rei sitae* – sie wird in der Regel mit dem Handlungsort zusammenfallen – oder nach dem Recht des Erfolgsortes zu beurteilen. Das Wahlrecht des Geschädigten wird auf das materielle Umweltschutzrecht eine gewisse rechtsfortbildende Funktion ausüben. Immissionen, die nicht von einem Grundstück ausgehen, fallen unter Artikel 129.

284.36 Persönlichkeitsverletzung

Artikel 135 setzt sich einen umfassenden internationalprivatrechtlichen Schutz des Individuums gegenüber dem breiten Spektrum von Persönlichkeitsverletzungen in der Öffentlichkeit zum Ziel. Solche Verletzungen werden zunehmend durch Massenmedien begangen, die ihren Wirkungsbereich über die Staatsgrenzen erweitern. Die kollisionsrechtliche Problematik liegt ähnlich wie bei der Produkthaftpflicht oder beim unlauteren Wettbewerb (vgl. V. Trutmann, a. a. O., S. 185 ff.). Dem Bestreben nach einem möglichst umfassenden Schutz entspricht, dass als Verweisungsbegriff jede denkbare Persönlichkeitsverletzung in der Öffentlichkeit in Frage kommt. Der gleichen rechtspolitischen Absicht dient das Wahlrecht zugunsten des Geschädigten. Er kann seine Ansprüche entweder nach dem Recht seines gewöhnlichen Aufenthalts, nach dem Recht an der Niederlassung oder am gewöhnlichen Aufenthalt des Schädigers oder nach dem Recht des Staates geltend machen, in dem die schädigende Handlung seine Wirkung entfaltet. Bei Druckerzeugnissen ist dies der Erscheinungs-, bei audiovisuellen Medien der Empfangsort. Dem internationalen Privatrecht soll auch hier eine gewisse rechtsfortbildende Funktion zukommen.

Mit dem Ausdruck «andere Informationsmittel» soll jede Art von Artikulation in der Öffentlichkeit erfasst werden, gleichgültig, ob sie in Wort, Ton oder Bild geschieht. Gedacht ist z. B. an eine öffentliche Rede oder an die missbräuchliche Verwendung eines Namens oder Bildes. Persönlichkeitsverletzungen, die nicht in der Öffentlichkeit begangen wurden, fallen unter Artikel 129 und solche, die die wirtschaftliche Persönlichkeit betreffen, unter Artikel 132.

284.4 Besondere Bestimmungen

Artikel 136 sieht im Falle von mehreren (potentiellen) Haftpflichtigen für jeden Beteiligten eine gesonderte Anknüpfung vor. Artikel 4 Buchstabe a des Haager Strassenverkehrs-Übereinkommens vom 4. Mai 1971 hält ausdrücklich fest, dass bei einer Mehrheit von Geschädigten das anzuwendende Recht für jeden einzelnen getrennt zu bestimmen ist. Der Entwurf verzichtet auf eine solche Regel in der Meinung, dies sei selbstverständlich. Hingegen schlägt er in Artikel 136 vor, den Fall einer Mehrheit von Schädigern zu regeln. Eine solche Regelung drängt sich auf, weil die für die Anknüpfung massgebenden Faktoren in bezug auf jede mitwirkende Person ein anderes Gewicht erhalten und deswegen zur Anwendung eines anderen Rechts führen können. Im Falle eines Delikts, das vom Haupttäter, Anstifter und Gehilfen begangen wurde, kann man auf die Person des Haupttäters abstellen; wird aber das Delikt von mehreren Haupttätern gleicher Stufe verübt, so entfällt eine solche Lösung. Nur um die Regressbeziehung einem einheitlichen Recht unterstellen zu können, darf in solchen Fällen die Rechtsanwendung nicht zentralisiert werden.

Artikel 137 umschreibt die sogenannte «action directe» des Geschädigten gegen den Versicherer des potentiellen Haftpflichtigen.

Eine Haftpflicht ohne entsprechenden Versicherungsschutz ist in der durch die moderne Technik geschaffenen permanenten Risikosphäre kaum mehr denkbar. Damit ist das unmittelbare Forderungsrecht des Geschädigten gegenüber dem Versicherer zu einem notwendigen Korrelat des Haftpflichtanspruchs geworden. Nach Artikel 137 soll sich der Geschädigte auf die «action directe» berufen können, wenn eine solche entweder nach der *lex loci delicti* oder nach dem Versicherungsstatut vorgesehen ist. Die alternative Anknüpfung entspricht dem der «action directe» zugrunde liegenden Schutzgedanken.

Artikel 138 steckt den Geltungsbereich des Deliktsstatuts ab. Die neuere Tendenz im internationalen Deliktsrecht geht dahin, der *lex delicti* einen möglichst umfassenden Geltungsanspruch zuzuerkennen (vgl. Schlussbericht, S. 249). Artikel 138 folgt dieser Tendenz.

Nach Absatz 1 erfasst das Deliktsstatut insbesondere die Voraussetzungen und den Umfang der Haftung, die Deliktsfähigkeit sowie die Person des Haftpflichtigen. Diese Aufzählung ist nicht abschliessend. Im Falle einer Deliktspflicht beherrscht das Deliktsstatut überdies gewisse, unselbständig angeknüpfte Fragen der allgemeinen Bestimmungen des OR (vgl. unten Ziff. 285).

Absatz 2 hält – was an sich selbstverständlich ist – fest, dass bei der Bestimmung der Haftung die örtlichen Sicherheits- und Verhaltensvorschriften («local rules of conduct») zu berücksichtigen sind. Eine entsprechende Bestimmung ist

jeweils auch in den neueren deliktsrechtlichen Staatsverträgen vorgesehen (vgl. P. Cavin, SJIR 28 (1972), S. 56).

285 Gemeinsame Bestimmungen für das Schuldrecht

Die Fragen betreffend die Mehrheit von Schulden, den Regress und die Subrogation, die Zession sowie die Verjährung und das Erlöschen von Forderungen stellen sich unabhängig vom Entstehungsgrund der Obligation und sind deshalb zweckmässigerweise in einem besonderen Abschnitt zusammengefasst. Die Verpfändung von Forderungen ist zusammen mit der Verpfändung anderer Rechte im Sachenrecht (Art. 105) geregelt.

285.1 Mehrheit von Schulden

Die *Artikel 139 und 140* regeln den Fall, in welchem ein Gläubiger die ihm geschuldete Leistung von mehreren Personen verlangen kann, sei es, dass ihm diese aus den gleichen, sei es, dass sie ihm aus verschiedenartigen Rechtsgründen verpflichtet sind. Eine Mehrheit von Schuldner kann selbst dann vorliegen, wenn diese nicht zur gleichen Leistung verpflichtet sind, so etwa, wenn verabredet ist, dass die Schuld des einen durch Erfüllung der Schuld des andern getilgt sein soll.

Artikel 139 regelt das Problem der Mehrheit von Schulden im Aussenverhältnis, d. h. im Verhältnis der Schuldner zum Gläubiger; in Artikel 140 ist das Innenverhältnis, d. h. das Verhältnis der Schuldner untereinander geregelt. Artikel 140 beantwortet somit die Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Schuldner – unmittelbar oder durch Eintritt in die Rechtsstellung des Gläubigers (Subrogation) – auf einen anderen Schuldner Rückgriff nehmen kann. In der bisherigen Rechtsprechung wurde die Trennung zwischen Innen- und Aussenverhältnis vernachlässigt.

Im *Aussenverhältnis* werden die Rechtsfolgen aus der Tatsache, dass dem Gläubiger mehrere Schuldner für die Forderung haften, nach dem Recht beurteilt, welches das Rechtsverhältnis zwischen dem in Anspruch genommenen Schuldner und dem Gläubiger beherrscht (Art. 139). Dieses Recht bestimmt somit darüber, ob z. B. Solidarität, Quotenhaftung oder Subsidiarität der Schuld besteht, und in welcher Reihenfolge die einzelnen Schuldner in Anspruch zu nehmen sind. Freilich können zwischen den verschiedenen Rechten, die die Schuld zum Gläubiger beherrschen, Widersprüche auftreten; sie müssen im Wege der Angleichung beseitigt werden.

285.2 Regress und Subrogation

Über die Frage, welches Recht den Regress beherrschen soll, besteht in Rechtsprechung und in Doktrin keine Einigkeit. Zur Diskussion stehen zwei Lösungen: Einmal kann auf das Recht abgestellt werden, dem das den Regress anordnende Rechtsverhältnis untersteht (Kausalstatut). Diese Anknüpfung wurde ins-

besondere vom Bundesgericht vertreten, stiess aber in der Doktrin auf Kritik (BGE 85 II 267; 88 II 430; 98 II 231; M. Keller, Die Subrogation als Regress im IPR, SJZ 1975, S. 305). Auf der anderen Seite steht die Anwendung des Forderungsstatuts zur Wahl, d. h. des Rechts der Forderung, für welche ein Regress genommen werden soll. Da keine der beiden Lösungen für sich allein befriedigen kann, knüpft der Entwurf die *Zulässigkeit* des Regresses kumulativ an. Ein Schuldner soll auf einen anderen Schuldner nur insoweit Rückgriff nehmen können, als die Rechte beider Schulden einen solchen zulassen (Art. 140 Abs. 1). Die Kumulation der beiden Schuldstatute geht von der Überlegung aus, dass ein Mitschuldner nicht einem Regress ausgesetzt werden soll, mit dem er im Hinblick auf das Recht, dem seine Verpflichtung untersteht, nicht zu rechnen braucht (H. Lewald, Das deutsche Internationale Privatrecht, Leipzig 1931, S. 276; F. Vischer, Internationales Vertragsrecht, S. 242ff.). Damit wird in Kauf genommen, dass das Recht, aufgrund dessen ein Schuldner dem Gläubiger zahlt, den Regress anordnet, dieser aber nicht durchführbar ist, weil das Recht, dem die Verpflichtung des in Anspruch genommenen Schuldners gegenüber dem Gläubiger untersteht, einen solchen Regress ablehnt. Aber nur mittels Kumulation der anwendbaren Rechte lässt sich vermeiden, dass die Rechtsstellung des durch Regress in Anspruch genommenen Schuldners nicht durch Anwendung eines ihm möglicherweise unbekanntes Rechts verschlechtert wird.

Im Unterschied zur Zulässigkeit wird die *Durchführung* des Regresses grundsätzlich dem Recht unterstellt, dem die Schuld des Regressverpflichteten gegenüber dem Gläubiger untersteht (Art. 140 Abs. 2). Es geht hier darum, den im Wege des Regresses in Anspruch genommenen Schuldner zu schützen. Es handelt sich etwa um die Frage, ob selbständiger Regress oder ob Subrogation stattfindet, ferner um die Frage der Modalitäten eines selbständigen Regresses bzw. einer Subrogation, sodann um die Fragen der Abtretbarkeit oder der Verjährung der Forderung.

Eine Einschränkung gegenüber Artikel 140 Absatz 2 drängt sich bezüglich der Subrogation auf, insbesondere für die Frage, die nur die Rechtsbeziehungen oder die Interessen zwischen dem alten Gläubiger und dem zahlenden Schuldner betreffen, (z. B. die Verantwortlichkeit des alten Gläubigers gegenüber dem (infolge Subrogation) neuen Gläubiger für die Beeinträchtigung der Subrogation, oder die Kollision zwischen der Regressforderung und der Restforderung des alten Gläubigers). Artikel 140 Absatz 2 bestimmt deshalb, dass die nur den Rückgriffsberechtigten und den Gläubiger berührenden Fragen dem Recht der Schuld des Rückgriffsberechtigten unterstehen.

Einer Sonderregelung bedarf schliesslich der Regress einer Einrichtung, die öffentliche Aufgaben wahrnimmt. Im Hinblick auf die feste Verknüpfung zwischen dieser Einrichtung und dem besonderen, auf ihre Aufgabe zugeschnittenen Regress, ist die Frage, ob einer solchen Einrichtung ein Regressrecht zusteht, dem Recht zu unterstellen, das diese Einrichtung beherrscht (Art. 140 Abs. 3; vgl. Schlussbericht, S. 253), und nicht dem Recht der Schuld. Die Zulässigkeit und die Durchführung des Regresses an sich richten sich freilich auch in diesen Fällen nach den Absätzen 1 und 2 (Praxis 1982, Nr. 138).

285.3 Zession

Artikel 141 regelt den vertraglichen, *Artikel 142* den gesetzlichen Forderungsübergang. Die beiden Formen der Zession verlangen, ihrem unterschiedlichen Wesen der beiden Rechtsinstitute entsprechend, verschiedene kollisionsrechtliche Regeln.

Die *vertragliche Zession* untersteht in erster Linie dem von den Vertragsparteien gewählten Recht (Art. 141 Abs. 1). Allerdings kann eine ohne Zustimmung des Schuldners getroffene Rechtswahl diesem nicht entgegengehalten werden; sie entfaltet nur Wirkungen zwischen Zedent und Zessionar. Der Schuldner kann sich weiterhin auf alle Einreden berufen, die ihm das Recht der abgetretenen Forderung zur Verfügung stellt (Abs. 1, zweiter Satz).

Aber auch zwischen den Parteien des Abtretungsvertrages selber sind der Parteiautonomie gewisse Schranken zu setzen, namentlich zum Schutz einer schwächeren Vertragspartei. So ist die Rechtswahl für die Abtretung von Forderungen aus einem Arbeitsverhältnis nur soweit zugelassen, als sie für den Arbeitsvertrag selber zulässig ist. Ganz ausgeschlossen ist sie für Forderungen des Arbeitnehmers auf Sozialleistungen, z. B. für Ansprüche gegenüber einer Personalvorsorgeeinrichtung (Art. 140 Abs. 2).

Haben die Parteien das anwendbare Recht nicht selber bezeichnet, so richtet sich die Zession in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Bundesgerichts nach dem Recht, dem die abgetretene Forderung untersteht (BGE 74 II 87 und 87 II 392). Diese Lösung rechtfertigt sich insbesondere mit Rücksicht auf den Schutz des Schuldners.

Die Form des vertraglichen Forderungsübergangs wird ausschliesslich dem Recht unterstellt, das die abgetretene Forderung und somit auch die Zession beherrscht (Abs. 3). Für diese Lösung ist wiederum der Gedanke des Schuldnerschutzes massgebend. Bei der Zession haben die Formvorschriften in erster Linie die Aufgabe, den *debitor cessus* zu schützen und ihm Gewissheit über die Person des Gläubigers zu verschaffen.

Fragen, die nur die Beziehungen zwischen dem alten und dem neuen Gläubiger, also die Parteien des Abtretungsvertrages betreffen, unterliegen dem Recht des der Abtretung zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses (Abs. 4); zu denken ist etwa an die Fragen der Haftung für Bestand und Güte der Forderung oder für Bestand und Gültigkeit des zugrundeliegenden Rechtsverhältnisses. Die Frage jedoch, ob die Zession abstrakter oder kausaler Natur ist, untersteht dem Zessionsstatut, d. h. dem Recht der abgetretenen Forderung.

Für die *Abtretung kraft Gesetzes* (Art. 142) vermag die Anknüpfung an das Recht der abgetretenen Forderung dann nicht zu befriedigen, wenn der Forderungsübergang auf einem zwischen altem und neuem Gläubiger bestehenden Rechtsverhältnis beruht. In solchen Fällen ersetzt die Legalzession die Erfüllung eines vertraglichen Abtretungsanspruchs; sie hat den Zweck, jene Interessen des Zessionars zu wahren, die durch einen bloss obligatorischen Anspruch gegen den Zedenten nur ungenügend gesichert wären. Der gesetzliche Forderungsübergang beruht hier völlig auf dem Innenverhältnis zwischen altem und neuem Gläubiger und muss deshalb nach dem Recht beurteilt werden, dem das

Grundverhältnis (z. B. Auftrag) zwischen altem und neuem Gläubiger untersteht. Als typisches Beispiel einer solchen Interessenlage darf Artikel 401 Absatz 1 OR bezeichnet werden (vgl. Schlussbericht, S. 255). Liegt der Legalzession kein Rechtsverhältnis zwischen altem und neuem Gläubiger zugrunde (vgl. Art. 110 OR), so gilt das Recht, dem die übergegangene Forderung untersteht (Art. 142 Abs. 1).

Selbst wenn zwischen altem und neuem Gläubiger ein Rechtsverhältnis (z. B. Auftrag) besteht und die Legalzession dessen Recht unterstellt wird (Art. 142 Abs. 1), dürfen die Interessen des Schuldners nicht ganz ausser acht gelassen werden. Der Schuldner kennt in der Regel weder das zwischen den Gläubigern bestehende Rechtsverhältnis noch das Recht, das dieses beherrscht. Er kennt das Recht, dem die Forderung untersteht; Bestimmungen dieses Rechts, die seinem Schutz dienen, müssen deshalb vorbehalten bleiben (Art. 142 Abs. 2). Dazu gehören z. B. die Vorschriften über den Schutz des guten Glaubens darüber, dass kein Gläubigerwechsel eingetreten ist, die Bestimmungen über die Legitimation des neuen Gläubigers, über die Hinterlegungsmöglichkeit im Falle des Prätendentenstreites oder über die Erhaltung von Einreden und von Verrechnungsmöglichkeiten des Schuldners.

285.4 Währung

Bei der Währung handelt es sich um einen Gegenstand, der kollisionsrechtlich von höchster Bedeutung ist, zugleich aber grosse Schwierigkeiten bietet. *Artikel 143* beschränkt sich auf einige allgemein anerkannte Grundregeln, lässt aber Raum für differenzierte, am Einzelfall orientierte Lösungen. Es werden drei Problemkreise behandelt, nämlich die Frage, was unter einer Währung zu verstehen ist (Abs. 1), die Frage der sogenannten Schuldwährung (Abs. 2) und die Frage der sogenannten Zahlungswährung (Abs. 3).

Was unter einer bestimmten Währung zu verstehen ist, kann nur das Recht des Staates bestimmen, dessen Währung in Frage steht. Der Inhalt der Währung wird durch das öffentliche Recht des Währungsstaates festgelegt (Art. 143 Abs. 1).

Die Wirkungen der Währung auf den Umfang einer Schuld unterstehen dagegen dem Recht, das auf die Schuld anwendbar ist (Abs. 2). Das Schuldstatut hat zunächst die Auslegungsfrage zu bestimmen, welche Währung die Parteien gemeint haben, sofern also nur Franken genannt sind, ob es sich um Schweizerfranken, französische Franken oder belgische Franken handelt. Nach dem Schuldstatut beurteilt sich auch die Zulässigkeit von Wertsicherungsklauseln (Goldklauseln, Indexierungsklauseln). Ebenso sind die Bedeutung und die Wirkung der Effektivklausel dem Schuldstatut zu unterstellen. Hier handelt es sich weniger darum, dem Gläubiger die tatsächliche Verfügung über einen Betrag in einer bestimmten Währung zu sichern, als darum, ihm den Wert einer bestimmten, als besonders stabil beurteilten Währung zu gewährleisten. Der Schuldner soll sich nicht durch Leistung in einer abwertungsbedrohten Währung befreien dürfen. Endlich bestimmt das Schuldstatut auch über die Konsequenzen eines Währungszerfalls auf die Geldleistung, insbesondere über die Frage, ob im

Wege der *clausula rebus sic stantibus* eine Wiederherstellung des ursprünglichen Gleichgewichts von Leistung und Gegenleistung herbeigeführt werden kann.

Der Währungsstaat vermag durch sein öffentliches Recht auf die Schuld einzuwirken; er kann z. B. Währungsschutzvorschriften erlassen, die die Rechtsstellung des Gläubigers oder des Schuldners beeinträchtigen. Auch das Recht am Zahlungsort kann auf die Schuld einwirken, indem es z. B. Effektivklauseln untersagt. Aus der Sicht des Schuldners handelt es sich in diesen Fällen um Eingriffe von Bestimmungen eines Drittstaates. Deren Anwendung oder Berücksichtigung richtet sich nach den Grundsätzen von Artikel 18.

Die Frage, in welcher Währung eine Schuld zu bezahlen ist, untersteht dem Recht am Zahlungsort (Abs. 3). Bei der Regelung der sogenannten Zahlungswährung handelt es sich nicht um einen Anwendungsfall der in Artikel 122 geregelten Erfüllungsmodalitäten, sondern um ein währungsspezifisches Problem. Im Unterschied zu Artikel 122 ist nicht das Recht am Ort der tatsächlichen Zahlung, sondern das Recht des durch Vertrag oder Gesetz bestimmten Zahlungsortes massgebend. Der Schuldner soll nicht durch die Leistung an einem anderen als dem vertraglich oder gesetzlich festgelegten Zahlungsort einen währungsrechtlichen Vorteil erzwingen können. Das Recht am Zahlungsort hat insbesondere zu bestimmen, wie der Schuldner seine Fremdwährungsschuld zu erfüllen hat. Es regelt alle Fragen, die das «Wie», nicht aber das «Wieviel» der Erfüllung der Währungsschuld betreffen (vgl. M. Gutzwiller, Der Geltungsbereich der Währungsvorschriften, 1940; F. Vischer, Internationales Vertragsrecht, S. 214 ff.; F. A. Mann, Das Recht des Geldes, Frankfurt a/Main/Berlin 1960).

285.5 Verjährung und Erlöschen von Forderungen

Nach *Artikel 144* Absatz 1 unterstehen Verjährung und Erlöschen von Forderungen dem Recht, das die in Frage stehende Forderung beherrscht (BGE 81 II 175; 77 II 189; 63 II 383). Im Unterschied zu angelsächsischen Regeln wird die Verjährung als eine materielle Vorschrift qualifiziert und deshalb dem Recht der Forderung unterstellt, deren Verjährung in Frage steht. Dies hindert den schweizerischen Richter allerdings nicht, bei Verweisung auf englisches Recht dessen Verjährungsvorschriften zu beachten, obwohl sie im englischen Recht als Institut des Prozessrechts klassifiziert werden (vgl. F. Vischer, Internationales Vertragsrecht, S. 255 ff.).

Für Verrechnung ist nach herrschender Ansicht auf das Recht derjenigen Forderung abzustellen, deren Tilgung mit der Verrechnung bezweckt wird (Art. 144 Abs. 2). Eine Kumulation der Statute beider Forderungen, wie sie gelegentlich vorgeschlagen wird, ist abzulehnen. Es entspricht der Funktion der Verrechnung, sie dem Statut derjenigen Forderung zu unterstellen, deren Schuldner zunächst die reale Leistung verweigert und die Verrechnung erklärt. Das so bestimmte Verrechnungsstatut hat zu erklären, welche Beschaffenheit die Gegenforderung aufweisen muss, damit die Verrechenbarkeit gegeben ist. Ob diese Eigenschaft bei der zu verrechnenden Gegenforderung vorhanden ist, bestimmt sich nach deren Statut (vgl. F. Vischer, Internationales Vertragsrecht, S. 252 ff.).

Neuerung, Erlass und Verrechnungsvertrag unterstehen dem auf Verträge im allgemeinen anwendbaren Recht. Es handelt sich um selbständige vertragliche

Vorgänge. Die Vereinigung (das Zusammentreffen von Gläubiger und Schuldner in einer Person) untersteht dem Recht des ihr zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses; dieses kann das Ehegüterrechts-, das Erb-, das Gesellschafts- oder das Vertragsstatut sein (Art. 144 Abs. 3).

286 Ausländische Entscheidungen

Mit Rücksicht auf Artikel 59 BV kann eine ausländische Entscheidung über schuldrechtliche Ansprüche in der Schweiz dann nicht anerkannt und vollstreckt werden, wenn der Beklagte seinen natürlichen, d. h. seinen Wohnsitzgerichtsstand im Zeitpunkt der Klageeinleitung in der Schweiz hatte. Von diesem Grundsatz sind Ausnahmen möglich, wenn der Beklagte ausdrücklich (Prorogation, Art. 5) oder durch konkludentes Handeln (Einlassung, Art. 6) auf seinen natürlichen Richter verzichtet oder wenn ein enger Sachzusammenhang Abweichungen nötig macht.

Artikel 145 hält zunächst am Grundsatz des Wohnsitzrichters fest. In diesem Sinn werden ausländische Entscheidungen über schuldrechtliche Ansprüche in der Schweiz anerkannt, wenn sie im Wohnsitzstaat des Beklagten ergangen sind (Art. 145 Abs. 1 Bst. a). Das gleiche gilt für Entscheidungen aus dem Staat des gewöhnlichen Aufenthalts des Beklagten, wenn der Anspruch mit einer Tätigkeit an diesem Ort zusammenhängt (Art. 145 Abs. 1 Bst. b). Betrifft das ausländische Urteil Ansprüche aus dem Betrieb einer Niederlassung, so wird es anerkannt, wenn es von einem Gericht am Sitz der Niederlassung gefällt worden ist (Art. 145, Abs. 2 Bst. d).

Für die Beurteilung von Ansprüchen aus Vertrag, Delikt oder ungerechtfertigter Bereicherung werden – in Anlehnung an die eigenen Gerichtsstände – neben dem natürlichen Richter auch andere ausländische Zuständigkeiten anerkannt, etwa jene des Erfüllungsortes, jene des Betriebs- oder Arbeitsortes oder jene des Handlungs- oder Erfolgsortes. Die Anerkennung dieser Zuständigkeiten steht jedoch immer unter dem Vorbehalt von Artikel 59 BV, d. h. sie werden nur anerkannt, wenn der Beklagte im Zeitpunkt der Klageeinleitung seinen Wohnsitz nicht in der Schweiz hatte (Art. 145, Abs. 2 Bst. a, c, e, f).

Ausnahmen vom Vorbehalt des Artikels 59 BV sind einzig bei Klagen aus Arbeitsvertrag zugunsten des Arbeitnehmers (Abs. 2 Bst. c) und bei Klagen aus Konsumentenvertrag zugunsten des Konsumenten (Abs. 2 Bst. b) vorgesehen. Dies bedeutet, dass Urteile, die z. B. am ausländischen *forum actoris* des klagenden Arbeitnehmers oder des klagenden Konsumenten ergangen sind, in der Schweiz anzuerkennen sind. Damit wird dem besonderen Schutzbedürfnis dieser beiden Klägergruppen Rechnung getragen.

29 Gesellschaftsrecht

291 Übersicht

Das IPR der juristischen Personen und Gesellschaften ist schwierig und umstritten. Schon über die Hauptfrage der Anknüpfung, nämlich die Frage des Gesell-

schaftsstatuts besteht in der Gesetzgebung der einzelnen Länder und in der Doktrin keine Einigkeit. Das Bundesgericht hat bis heute eine klare Stellungnahme vermieden, wenn auch gewisse Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass es der sogenannten Inkorporationstheorie den Vorzug gibt (vgl. M. Keller, Rechtsprechung IPR, Bd. II, S. 450). Aber auch für die Fragen der Vertretungsmacht der Organe, der Haftung u. a. gehen die Meinungen auseinander. Zudem gibt es weltweit einige äusserst liberale Gesellschaftsrechte (Panama, Bermudas, Niederländische Antillen, Liechtenstein, Delaware), was zu Problemen besonderer Art führt. Gerade in Fällen, in denen eine Gesellschaft zwar dem ausländischen Recht unterstellt wird, die wirklichen Eigentümer oder die für die Gesellschaft handelnden Personen aber in der Schweiz oder von der Schweiz aus tätig sind, muss der inländische Gläubiger Schutz beanspruchen können. Schliesslich sind die Entwicklungstendenzen im materiellen Gesellschaftsrecht zu erwähnen. Das Gesellschaftsrecht zahlreicher europäischer Staaten befindet sich in einem starken Wandel. Es steht im Begriff, sich vom klassischen Gesellschafts- zum Unternehmensrecht zu wandeln. Dabei wird versucht, die Gesamtheit der an einer Gesellschaft beteiligten pluralistischen Interessen rechtlich zusammenzufassen.

292 Begriffe

Die Bestimmungen des neunten Kapitels finden Anwendung auf Gesellschaften, juristische Personen, andere Personenzusammenschlüsse und organisierte Vermögenseinheiten. Unter diesen Verweisungsbegriff fallen sowohl die klassischen Gesellschaftsformen mit juristischer Persönlichkeit (AG, Genossenschaft, GmbH), wie auch Gesellschaften, denen nur in beschränktem Mass eine den juristischen Personen ähnliche Stellung zukommt (Kollektiv- und Kommanditgesellschaft). Unter den Verweisungsbegriff fallen ferner die Vereine und die Stiftungen, aber auch Organisationen des ausländischen Rechts wie die privatrechtlichen «Anstalten» oder gewisse Formen des Trust.

Um Qualifikationsprobleme zu vermeiden, wird der Verweisungsbegriff zu Beginn des Kapitels klargestellt. Er ist weit umschrieben; damit soll dem Umstand Rechnung getragen werden, dass es im Ausland rechtliche Gebilde gibt, die dem schweizerischen Recht zwar unbekannt sind, die aber dennoch unter die Artikel 146 ff. fallen. Der Entwurf will die Anknüpfung nicht *a priori* von der Rechtsnatur abhängig machen, denn es ist gerade Sache des anwendbaren Rechts, diese zu bestimmen. Gemeinsam ist allen in diesem Kapitel erfassten Gesellschaftsgebilden, dass sie über eine feste Organisation verfügen oder zumindest eine organisatorische Einheit darstellen müssen. Der Einfachheit halber wird für alle diese Rechtsformen der Ausdruck «Gesellschaft» verwendet.

Ob auch die einfache Gesellschaft unter Artikel 146 Absatz 1 fällt, lässt sich nur von Fall zu Fall sagen. Die Antwort hängt davon ab, ob die Vertragsparteien der einfachen Gesellschaft eine rechtsgenügeliche Organisation gegeben haben. Der Verwendungszweck der einfachen Gesellschaft ist vielfältig. Er reicht von einer relativ losen Verbindung zur Erreichung eines kurzfristigen Ziels bis zum gut durchorganisierten langfristigen Zusammenschluss (vgl. A. Siegwart, Zürcher Kommentar, Vorbemerkungen zu Art. 530–551 OR, N. 2). Bei der einfachen Gesellschaft drängt sich deshalb eine Differenzierung auf. Soweit sie über

eine feste Organisation verfügt, ist sie den in Artikel 146 Absatz 1 genannten Gesellschaften rechtlich gleichzustellen, soweit jedoch eine innere Organisation fehlt, überwiegt das vertragliche Element, d. h. es gelten Bestimmungen über das auf Verträge anzuwendende Recht.

Für die Bestimmung des anwendbaren Rechts ist der Gesellschaftssitz nicht von grosser Bedeutung, folgt doch der Entwurf dem Grundsatz der Inkorporation. Hingegen drängt sich für den Gerichtsstand eine Klarstellung auf. Aus Gründen der Sach- und Beweishnähe stellt der Entwurf die gesellschaftsrechtlichen Streitigkeiten grundsätzlich unter die Kompetenz des Richters am Gesellschaftssitz. Unter dem Sitz der Gesellschaft ist in erster Linie der in den Statuten oder im Gesellschaftsvertrag bezeichnete Ort zu verstehen. Verfügt die Gesellschaft nicht über Statuten, liegt kein schriftlicher Gesellschaftsvertrag vor oder werden darin über den Sitz der Gesellschaft keine Angaben gemacht, so gilt jener Ort als Gesellschaftssitz, an dem die Gesellschaft tatsächlich verwaltet wird (Art. 146 Abs. 3). Wegen ihrer relativen Kompliziertheit und vor allem mit Rücksicht auf die Entlastung der Gerichtsstands- und Anerkennungsbestimmungen schien es angezeigt, die Umschreibung des Gesellschaftssitzes vorwegzunehmen.

293 **Zuständigkeit**

Zur Entscheidung über gesellschaftsrechtliche Ansprüche ist nach *Artikel 147* Absatz 1 in erster Linie der schweizerische Richter am Sitz der Gesellschaft zuständig. Diese Zuständigkeit bezieht sich auf alle Fragen, welche die Existenz der Gesellschaft, insbesondere die Entstehung und den Untergang, die Organisation und die internen Beziehungen der Gesellschaft betreffen. Sie rechtfertigt sich auch im Hinblick auf die Regeln über das anwendbare Recht (Art. 149 ff.), welche diese Fragen dem Recht des Inkorporationsstaates unterstellen (Koordination zwischen *ius* und *forum*).

Für Klagen aus persönlicher Haftung eines Gesellschafters für Gesellschaftsschulden und für Verantwortlichkeitsklagen gegen die mit der Gründung, der Verwaltung, der Geschäftsführung, der Kontrolle oder der Liquidation betrauten Personen ist entweder der in Artikel 147 Absatz 1 genannte oder der schweizerische Richter am Wohnsitz oder, wenn ein solcher fehlt, derjenige am gewöhnlichen Aufenthalt des Beklagten zuständig (Art. 147 Abs. 2). Im Ausland wohnende Beklagte können somit vor dem schweizerischen Richter belangt werden, wenn sich der Gesellschaftssitz in der Schweiz befindet. Die subsidiäre Zuständigkeit gemäss Absatz 2 entspricht dem ordentlichen Gerichtsstand für schuldrechtliche Ansprüche (vgl. Art. 109 Abs. 1). Die Vorfrage, ob eine solche persönliche Haftung besteht, bestimmt sich nach dem gemäss Artikel 149 anwendbaren Recht.

Hat eine ausländische Gesellschaft in der Schweiz Beteiligungspapiere und Anleihen öffentlich ausgegeben, so steht neben dem Gerichtsstand am Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt der für die Ausgabe verantwortlichen Person oder Gesellschaft eine weitere alternative Zuständigkeit am Ausgabeort zur Verfügung (Art. 147 Abs. 3). Eine ausschliessliche Zuständigkeit am Sitz der Gesellschaft würde den Interessen des Geschädigten auf raschen Rechtsschutz nicht

entsprechen. Die Regelung findet bei der Frage des anwendbaren Rechts eine gewisse Entsprechung (Art. 151). Bei öffentlicher Ausgabe von Anleihen ist die Zuständigkeit auch im Hinblick auf die schweizerischen Vorschriften zum Schutz der Anleihegläubiger notwendig (vgl. Verordnung vom 9. Dez. 1949 über die Gläubigergemeinschaft bei Anleiheobligationen; SR 221.522.1). Deshalb wird die *prorogatio fori* ausgeschlossen.

Der Entwurf sieht in Artikel 154 eine Haftungsregel für den Fall vor, dass eine Gesellschaft dem ausländischen Recht lediglich auf Grund der Erfüllung der Registrierungs- und Publizitätsvorschriften untersteht, während andererseits die Tätigkeit dieser Gesellschaft in der Schweiz oder von der Schweiz aus geführt wird. In diesen Fällen sollen die Personen, welche die Gesellschaft beherrschen, für sie handeln oder direkt oder indirekt ihre Tätigkeit bestimmen, für die Schulden der Gesellschaft nach schweizerischem Recht haftbar sein. Diese Bestimmung kann ihren Zweck nur erfüllen, wenn für Klagen gegen eine solche ausländische Gesellschaft eine entsprechende Zuständigkeit in der Schweiz geschaffen wird. Diesem Zweck dient *Artikel 148*. Danach ist für solche Verantwortlichkeitsklagen entweder der schweizerische Richter am Wohnsitz oder, wenn ein solcher fehlt, am gewöhnlichen Aufenthalt des Beklagten oder der schweizerische Richter am Ort, an dem die Geschäftsführung tatsächlich besorgt wird, zuständig.

294 Das anwendbare Recht

294.1 Vorbemerkung

Die Rechtsprechung und die Doktrin verschiedener Staaten unterscheiden zwischen der sogenannten Anerkennung ausländischer juristischer Personen und dem auf die gesellschaftsrechtlichen Verhältnisse anwendbaren Recht. Auch in älteren Handelsverträgen findet sich diese Unterscheidung. Sie ist in erster Linie historisch zu erklären. Es wurde die zivilrechtliche Existenz von der gewerblichen Zulassung im Inland nicht unterschieden. Die letztere Frage gehört jedoch in das Gebiet des Fremdenrechts und berührt die zivilrechtliche Anerkennung nicht. Zivilrechtlich wird eine ausländische Gesellschaft anerkannt, wenn sie nach dem zuständigen Recht existiert (J.-F. Perrin, *La reconnaissance des sociétés étrangères et ses effets*, Genève 1969).

Von der Anknüpfung im Sinne dieses Entwurfs unberührt bleiben die vorwiegend öffentlich-rechtlichen Gesetzes- und Staatsvertragsbestimmungen, die im Hinblick auf einen spezifischen Zweck den Begriff der Gesellschaft besonders umschreiben oder den schweizerischen oder ausländischen Charakter (Nationalität) einer Gesellschaft bestimmen. Zu denken ist etwa an Artikel 3 Buchstabe c des Bundesbeschlusses vom 21. März 1972 über den Grundstückerwerb durch Personen im Ausland (SR 211.412.41), nach welchem eine schweizerische juristische Person des Zivilrechts als ausländisch gilt, wenn sie finanziell von Ausländern beherrscht wird (vgl. BGE 104 Ib 12). Umgekehrt werden z. B. in Artikel 6 des Abkommens vom 2. Mai 1968 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Republik Ecuador betreffend Schutz und Förderung der Investitionen (SR 0.975.232.7) auch Personenzusammenschlüsse als schweize-

risch bezeichnet «in denen schweizerische Staatsangehörige direkt oder indirekt ein vorherrschendes Interesse haben».

Die gesellschaftsrechtliche Anknüpfung hat folgende Fragen zu beantworten: Nach welchen Kriterien bestimmt sich das Gesellschaftsstatut? Welches ist der Geltungsbereich des Gesellschaftsstatuts? Welche Fragen sind gesondert anzuknüpfen? Beim Gesellschaftsstatut legt der Entwurf grossen Wert auf Voraussehbarkeit und Rechtssicherheit. Aus diesem Grund folgt er der Inkorporationstheorie. Bei der Frage nach dem Geltungsbereich versucht der Entwurf dem Gedanken der Einheit der Gesellschaft auch kollisionsrechtlich Rechnung zu tragen. Deshalb sichert er dem Gesellschaftsstatut einen möglichst weiten Anwendungsbereich zu (vgl. F. Vischer/A. von Planta, IPR, S. 65 ff.). Auf Differenzierungen zwischen dem Recht, das auf das Innenverhältnis, und dem Recht, das auf das Aussenverhältnis anwendbar ist, wird bewusst verzichtet (vgl. Schlussbericht, S. 267). Ausnahmen vom Geltungsbereich des Gesellschaftsstatuts werden nur so weit anerkannt, als es die Interessen der mit der Gesellschaft in Beziehung tretenden Personen oder der Einfluss gesellschaftspolitischer Zielsetzungen eines Staates dringend verlangen. Neben der Konzeption eines IPR der juristischen Person ist der Entwurf bestrebt, die im OR und in der HregV verstreuten Bestimmungen über die Sitzverlegung und die Zweigniederlassung ausländischer Formen systematisch zusammenzufassen (Art. 155–157).

294.2 Gesellschaftsstatut

Nach der heutigen Rechtslage können für die Bestimmungen des Gesellschaftsstatuts zwei Lösungen, die Inkorporations- und die Sitztheorie unterschieden werden. Nach der Inkorporationstheorie wird eine Gesellschaft grundsätzlich demjenigen Recht unterstellt, nach dem sie sich gebildet und notwendigenfalls in ein Register eingetragen hat. Nach der Sitztheorie dagegen soll eine Gesellschaft jeweils dem Recht des Staates unterstehen, in dem sie ihre wesentliche Aktivität entfaltet; dabei wird dem Ort, wo hauptsächlich die Verwaltung geführt wird, der Vorzug gegeben.

Das Bundesgericht hat bis heute zu diesem Themenkreis noch nie klar Stellung nehmen müssen, weil es noch nie einen Fall zu beurteilen hatte, bei dem der effektive Sitz und der Ort der Inkorporation eindeutig auseinanderfielen. Neuere Entscheide lassen sich eher im Sinne der Inkorporationstheorie interpretieren (BGE 94 I 80; 95 II 448), doch finden sich daneben immer wieder Entscheide, in denen sich das Bundesgericht bewusst weder für die eine noch die andere Anknüpfungstheorie ausspricht (BGE 99 II 160). In BGE 102 Ia 410 und 105 III 110 ist ausdrücklich vom «siège social» die Rede, doch ist damit offensichtlich der statutarische Sitz gemeint. Auch die internationale Entwicklung, insbesondere auf dem Gebiet der Staatsverträge, gibt dem Inkorporationsprinzip den Vorzug (vgl. Schlussbericht, S. 268), desgleichen die herrschende schweizerische Lehre (vgl. W. Niederer, Beiträge zum Haager Internationalprivatrecht, 1951, S. 107 ff.; W. von Steiger, GmbH-Kommentar, Einleitung N. 96 ff.; F. Vischer/A. von Planta, IPR, S. 60).

Die Inkorporations- oder Gründungstheorie ist am besten geeignet, den Grundsatz der Rechtssicherheit zu garantieren, weil sie den Bestand der Rechtspersonen

lichkeit einer Gesellschaft gewährleistet. Sie dient dadurch den Interessen der Gläubiger, die sich darauf verlassen können, dass die einmal gegründete Gesellschaft auch ausserhalb des Staates der Inkorporation rechtsbeständig bleibt. Sie ist die liberalste Lösung, denn sie begnügt sich mit der Erfüllung der zwingenden Vorschriften des Gründungsstatuts. Die Sitztheorie dagegen vermehrt die Fälle nichtiger oder rechtlich nicht existierender Gesellschaften, da sie in der Regel verlangt, dass die Gesellschaft sich im Sitzstaat allen zwingenden Vorschriften zu unterziehen hat. Zu den zwingenden Vorschriften gehört auch die Erfüllung der Gründungsvorschriften. Insofern ist die Sitztheorie nur eine Variante der Inkorporationstheorie. Die Sitztheorie will verhindern, dass eine Gesellschaft im Gebiet eines Staates ihr Aktivitätszentrum einrichtet, ohne sich den Gründungsvorschriften dieses Staates zu unterziehen. Sie verlangt also letztlich eine Kumulation der Anknüpfungspunkte, was die Gefahr einer nichtigen Gesellschaft vergrössert. Vom Standpunkt der Gläubiger aus ist es jedoch in der Regel günstiger, dass eine gültige juristische Person besteht, welche passiv legitimiert ist. Dies entspricht auch dem internationalen, namentlich in der EG zum Ausdruck gelangenden Bestreben, die Fälle der Nichtigkeit im Gesellschaftsrecht zu vermeiden (vgl. Erste Richtlinie zur Harmonisierung des Gesellschaftsrechts, vom 9. März 1968, Amtsblatt der EWG, Nr. L 65 vom 14. März 1968, S. 8; Handbuch für Europäische Wirtschaft, Baden-Baden, I A 46/3, S. 1).

Für den vorliegenden Entwurf wurden sowohl die Sitz- wie auch die Inkorporationstheorie in Betracht gezogen. Da die Vorteile der Inkorporationstheorie letztlich überwiegen, geht der Entwurf primär vom Recht des Staates aus, nach dem die Gesellschaft organisiert ist, wenn sie dessen Publizitäts- oder Registrierungs Vorschriften erfüllt (Art. 149 Abs. 1). Bestehen keine solchen Vorschriften, so genügt es, dass sie sich nach dem Recht dieses Staates organisiert hat. Sind beide Voraussetzungen nicht erfüllt, so untersteht die Gesellschaft dem Recht des Staates, in dem ihre Geschäftsführung tatsächlich besorgt wird (Art. 149 Abs. 2). Dies ist in der Regel dort der Fall, wo sich der Mittelpunkt ihrer geschäftlichen Beziehungen befindet.

Auf das Recht des Staates, in dem die Geschäftsführung effektiv besorgt wird, wird also erst zurückgegriffen, wenn die Befolgung der Gründungsvorschriften nicht erkennbar ist.

Bemerkt sei, dass öffentlich-rechtliche Körperschaften dem Recht des Staates unterstehen, der sie geschaffen hat. Wirkliche internationale juristische Personen (z. B. die Bank für internationalen Zahlungsausgleich) haben als Gründungsstatut einen Staatsvertrag.

294.3 Umfang des Gesellschaftsstatuts

Der Entwurf will dem Gesellschaftsstatut einen möglichst weiten Anwendungsbereich zuerkennen und Ausnahmen nur zulassen, wo überwiegende Interessen Dritter dafür sprechen (Art. 150). In diesem Sinn beschreibt Artikel 150 den Umfang des Gesellschaftsstatuts. Unter den Geltungsbereich des Gesellschaftsstatuts fallen die rechtliche Natur, die Entstehung und der Untergang der Gesellschaft, deren Rechts- und Handlungsfähigkeit, der Name oder die Firma der Gesellschaft. Die Frage dagegen, nach welchen Rechtsvorschriften sich in der

Schweiz der Namens- und Firmenschutz einer ausländischen Gesellschaft richten, ist in Artikel 152 besonders geregelt. Hingegen muss die Organisation der Gesellschaft dem Gesellschaftsstatut folgen. Einschränkungen können sich allerdings aus unternehmensrechtlichen Vorschriften eines Drittstaates ergeben, z. B. aus Vorschriften über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer. Das Gesellschaftsstatut beherrscht sodann die gesellschaftsinternen Beziehungen, namentlich diejenigen zwischen der Gesellschaft und ihren Mitgliedern (vgl. BGE 80 II 53). Es bestimmt weiter die Haftung aus Verletzung von gesellschaftsrechtlichen Vorschriften. Dazu gehört z. B. die Verantwortlichkeit der mit der Gründung, der Verwaltung, der Geschäftsführung oder der Liquidation betrauten Personen gegenüber Dritten. Ebenso beherrscht das Gesellschaftsstatut die Frage, wer für die Schulden der Gesellschaft haftet, ob eine persönliche Haftung der Gesellschafter gegenüber den Gläubigern besteht oder ob nur das Gesellschaftsvermögen Haftungssubstrat ist. Schliesslich regelt das Gesellschaftsstatut auch die Vertretungsmacht der für die Gesellschaft auf Grund ihrer internen Organisation handelnden Personen. Vorbehalten bleibt allerdings Artikel 153 betreffend die Beschränkung der Vertretungsmacht.

294.4 Sonderanknüpfungen

294.41 Ausgabe von Beteiligungspapieren und Anleihen

Die Haftung aus der öffentlichen Ausgabe von Beteiligungspapieren und Anleihen mittels Prospekten, Zirkularen und ähnlichen Kundgebungen richtet sich primär nach dem Gesellschaftsstatut. Im Interesse der Personen, die auf Grund solcher öffentlicher Kundgebungen Beteiligungspapiere erwerben oder Anleihen zeichnen, soll allerdings alternativ auch das Recht des Staates angerufen werden können, in dem die Ausgabe erfolgt ist (*Art. 151*). Diese alternative Anknüpfung rechtfertigt sich schon aus der Natur der Schutz- und Publizitätsvorschriften des Ausgabestaates, welchen oft Ordre-public-Charakter zukommt.

294.42 Namens- und Firmenschutz

Für den Namens- und Firmenschutz drängt sich eine Sonderanknüpfung auf, während die Bildung des Namens oder der Firma dem Gesellschaftsstatut folgt. Eine Spezialregelung ist für die schweizerische Zweigniederlassung einer ausländischen Gesellschaft in der Schweiz vorgesehen (*Art. 155*).

Nach ständiger Praxis des Bundesgerichtes ist die Frage der im Inland begangenen Verletzungen des Namens oder der Firma der ausländischen Gesellschaft dem schweizerischen Recht zu unterstellen. Diese Anknüpfung lässt sich sowohl mit der Zuständigkeit des Deliktsstatuts wie mit dem Grundsatz der Territorialität im Immaterialgüterrecht begründen. Bezüglich des Firmen- und Namensschutzes greift zudem das internationale Staatsvertragsrecht, insbesondere die Pariser Verbandsübereinkunft vom 12. März 1883 zum Schutze des gewerblichen Eigentums (SR 0.232.01) ein. Diese verpflichtet in Artikel 2 Absatz 1 und in Artikel 8 zum internationalen Schutz des Handelsnamens. Doch bedeutet dies nach herrschender Rechtsprechung nicht, dass die einem Verbandsstaat an-

gehörende Gesellschaft in der Schweiz den gleichen firmenrechtlichen Schutz genießt wie eine im schweizerischen Handelsregister eingetragene Firma (BGE 79 II 305). Der besondere schweizerische Firmenschutz (Art. 956 OR) ist nur gegeben, wenn die Gesellschaft im schweizerischen Handelsregister eingetragen ist. Diesen Grundsatz bestätigt *Artikel 152* Absatz 1.

Fehlt ein Eintrag im schweizerischen Handelsregister, so richtet sich der Namens- oder Firmenschutz nach den Bestimmungen über den unlauteren Wettbewerb (Art. 132) und den Persönlichkeitsschutz (Art. 135). In der Mehrzahl der Fälle werden diese Bestimmungen zur Anwendung des schweizerischen Rechts, d. h. des Bundesgesetzes vom 30. September 1943 über den unlauteren Wettbewerb (SR 241) und des allgemeinen Namensrechtes (Art. 29 ZGB) führen. Voraussetzung für unlauteren Wettbewerb im Bereich des Firmenschutzes ist das Vorliegen einer Verwechslungsgefahr. Dies bedingt, dass die ausländische Firma in der Schweiz bekannt ist, sei es wegen ihrer Geschäftstätigkeit oder wegen ihrer Notorietät (BGE 80 II 171; 83 II 312; 90 II 315). Der Schutz gemäss allgemeinem Namensrecht des ZGB ist nur bei Namensanmassung gegeben und setzt voraus, dass die Gesellschaft durch nennenswerte Betätigung in der Schweiz ein Gebrauchsrecht am Namen erworben hat. Artikel 152 Absatz 2 hält demgemäss fest, dass sich bei Fehlen eines Eintrages im schweizerischen Handelsregister der Schutz des Namens oder der Firma nach dem Recht richtet, das auf den unlauteren Wettbewerb oder auf die Persönlichkeitsverletzung anwendbar ist.

294.43 Vertretungsmacht

Die Vertretungsmacht eines Organs oder Vertreters bestimmt sich grundsätzlich nach dem Gesellschaftsstatut (*Art. 153*; BGE 95 II 442). Dieser Grundsatz bedarf analog zur Regelung der Handlungsfähigkeit natürlicher Personen einer Einschränkung zugunsten des Rechtsverkehrs. Bei Rechtsgeschäften mit einem Dritten soll sich die Gesellschaft nicht auf die nach ihrem Recht bestehenden Beschränkungen der Vertretungsmacht berufen können, wenn bei entsprechenden Gesellschaften am gewöhnlichen Aufenthalt oder an der Geschäftsniederlassung des Dritten solche unbekannt sind. Bei dieser Regelung kommt es nicht darauf an, ob der formelle Vertragsabschluss letztlich im Inland oder im Ausland zustande gekommen ist. Entscheidend ist, dass nach dem Umweltrecht der Dritte mit den in Frage stehenden Beschränkungen der Vertretungsmacht deshalb nicht rechnen musste, weil solche bei analogen Gesellschaften des Inlandes unbekannt sind. Zu denken ist etwa an die angelsächsische *ultra vires*-Lehre (vgl. Schlussbericht, S. 274).

Artikel 153 ist, wie Artikel 33 bei der Handlungsfähigkeit der natürlichen Personen, ganzseitig ausgestaltet; nicht nur der inländische Rechtsverkehr bedarf dieses Schutzes. Diese Sonderanknüpfung wird vor allem in der Doktrin befürwortet (vgl. G. Meier, Grundstatut und Sonderanknüpfung im IPR des liechtensteinischen Gesellschaftsrechts, Basel 1977, S. 27 ff.; F. Vischer/A. von Planta, IPR, S. 65). Das Bundesgericht hat für diese Frage bislang noch keine Einschränkung von der Massgeblichkeit des Gesellschaftsstatuts gemacht.

294.44 Haftung für Schulden ausländischer Gesellschaften

Das Inkorporationsprinzip kann zu extremen Konsequenzen führen. Artikel 149 verlangt nicht, dass zwischen dem Staat der Inkorporation und der Gesellschaft ausser der Erfüllung der Publizitäts- und Registrierungsvorschriften noch eine besondere Verbindung besteht. Damit wird in Kauf genommen, dass Gesellschaftsstatut und Aktivitätszentrum auseinanderfallen können und dass im Geschäftsleben der Anschein entsteht, die Gesellschaft unterstehe schweizerischem Recht. Diese Tatsache kann Dritten gegenüber zu unbefriedigenden Ergebnissen führen, insbesondere wenn die die Gesellschaft wirklich beherrschenden Personen unter dem Namen der Gesellschaft in der Schweiz Aktivitäten entfalten, während das Haftungssubstrat nach dem ausländischen Gesellschaftsstatut in Wirklichkeit gering oder gar nicht vorhanden ist. Verschiedene Erfahrungen der letzten Jahre haben den Bundesrat bewogen, für derartige ausländische Gesellschaften eine besondere haftungsrechtliche Kollisionsnorm einzuführen (*Art. 154*).

Mit der Vernichtung der Rechtsfähigkeit einer solchen ausländischen Gesellschaft wäre vor allem dem schweizerischen Gläubiger nicht gedient. Als Konsequenz aus der Erweckung eines falschen Anscheins ist vielmehr die Haftung dem schweizerischen Recht zu unterstellen.

Diese auf den ersten Blick ungewöhnlich anmutende Norm soll in erster Linie verhindern, dass mit Hilfe des Inkorporationsprinzips durch Gründung einer ausländischen Pro-forma-Gesellschaft den schweizerischen Gläubigern ein Haftungssubstrat vorenthalten oder entzogen wird. Es erscheint als billig, dass z. B. derjenige, der eine liechtensteinische Gesellschaft beherrscht, für Schulden belangt werden kann, die seine Gesellschaft begründet hat, wenn die Verbindung mit dem liechtensteinischen Recht lediglich in der Erfüllung der dortigen Registrierungs- und Publizitätsvorschriften besteht, während die Geschäfte in der Schweiz oder von der Schweiz aus geführt werden und der Anschein erweckt wird, es handle sich um eine schweizerische Gesellschaft.

295 Zweigniederlassung

Das schweizerische Recht kennt verschiedene Bestimmungen über die Zweigniederlassung einer ausländischen Gesellschaft (*Art. 935 Abs. 2, Art. 952 Abs. 2 OR; Art. 75 Abs. 1 und 3 HregV*). Im Zusammenhang mit der Kodifikation des internationalen Gesellschaftsrechts bietet sich Gelegenheit, diese Bestimmungen systematisch zusammenzufassen und gewisse Lösungen zu verdeutlichen, insbesondere die Firma und das Vertretungsrecht.

Artikel 155 will für die Zweigniederlassung ausländischer Gesellschaften eine einheitliche Regelung herbeiführen. Absatz 1 hält zunächst fest, dass eine Gesellschaft mit Sitz im Ausland in der Schweiz eine Zweigniederlassung haben kann. Mit der Unterstellung der Zweigniederlassung unter das schweizerische Recht wird implizit vorgeschrieben, dass eine Pflicht zur Eintragung der Zweigniederlassung in das schweizerische Handelsregister besteht.

Absatz 2 regelt die Vertretungsbefugnis für solche Zweigniederlassungen. Im Interesse des lokalen Verkehrs richtet sich diese ausschliesslich nach schweizeri-

schem Recht; die Vertretungsordnung des Gesellschaftsstatuts wird damit ausgeschaltet. Ferner wird verlangt, dass mindestens eine zur Vertretung befugte Person in der Schweiz Wohnsitz haben und im Handelsregister eingetragen werden muss. Nach Artikel 935 Absatz 2 OR ist es zumindest zweifelhaft, ob der in der Schweiz ansässige Handlungsbevollmächtigte als solcher im Handelsregister eingetragen werden muss und kann. Das schweizerische Publikum sollte indessen wissen, an wen es sich bei der Zweigniederlassung einer ausländischen Gesellschaft halten kann. Soweit ein einziger Vertreter eingetragen ist, bedarf er der Einzelprokura.

Absatz 3 erteilt dem Bundesrat die Befugnis, die Einzelheiten der Eintragung ins Handelsregister auf dem Verordnungsweg näher zu umschreiben.

296 Sitzverlegung

Die Artikel 156 und 157 behandeln den Wechsel des Gesellschaftsstatuts infolge Sitzverlegung, Artikel 156 die Verlegung vom Ausland in die Schweiz, Artikel 157 diejenige von der Schweiz ins Ausland.

Nach der Inkorporationstheorie ist für den Wechsel des Gesellschaftsstatuts eine Um-Inkorporation notwendig. Im internationalen Bereich ist umstritten, inwieweit eine Gesellschaft ihr Statut ohne Liquidation und Neugründung wechseln kann. Eine Änderung des Gesellschaftsstatuts unter Aufrechterhaltung der Gesellschaft dürfte jedenfalls nur möglich sein, wenn sowohl das alte wie das neue Statut einer solchen zustimmen (BGE 91 II 126; P. Lalive, SJIR 1966, S. 196 ff.). Das geltende Recht regelt lediglich die Emigration schweizerischer Gesellschaften ins Ausland (Art. 50 und 51 HregV) und den Zuzug ausländischer Gesellschaften in die Schweiz (Art. 14 SchlT OR). Auch der Entwurf beschränkt sich auf den Wechsel vom Ausland in die Schweiz und von der Schweiz ins Ausland; der Wechsel von einem ausländischen in einen anderen ausländischen Staat kann zweckmässig nur durch ein internationales Übereinkommen geregelt werden. Nach Artikel 156 wird für den Wechsel des Gesellschaftsstatuts vom Ausland in die Schweiz vorausgesetzt, dass das bisherige Gesellschaftsstatut die Verlegung in die Schweiz gestattet und dass die Anpassung an eine schweizerische Rechtsform möglich ist. Mit dem Eintritt des Statutenwechsels untersteht die ausländische Gesellschaft dem schweizerischen Recht und muss sich in den Numerus clausus der schweizerischen Gesellschaftstypen einfügen.

Nach Absatz 2 kann der Bundesrat vom Erfordernis der Erfüllung der ausländischen Anforderungen ausnahmsweise absehen, wenn es um erhebliche schweizerische Interessen geht. Zu denken ist etwa an die Sitzverlegung, die vorgenommen wird, um einer drohenden Nationalisierung im Ausland zu entgehen. Die Unterstellung unter das schweizerische Recht erfolgt im übrigen in dem Zeitpunkt, in dem die in Artikel 156 genannten Voraussetzungen erfüllt sind.

Gesellschaften, die in der Schweiz ins Handelsregister einzutragen sind, werden dem schweizerischen Recht erst unterstellt, wenn sie nachweisen, dass der Mittelpunkt der Geschäftstätigkeit in die Schweiz verlegt worden ist und sie sich dem schweizerischen Recht angepasst haben. Damit soll verhindert werden,

dass die Schweiz bloss als Inkorporationsstaat gewählt wird, ohne dass andere nähere Beziehungen vorliegen. Artikel 156 weicht insofern von Artikel 14 SchlT OR ab, als nicht mehr eine provisorische Eintragung vorgesehen wird, die für den Fall, dass die Anpassung an das schweizerische Recht nicht fristgemäss erfolgt ist, eine nachträgliche Auflösung der Gesellschaft nötig macht. Vielmehr soll die Eintragung erst nach erfolgreicher Anpassung stattfinden.

Bei Gesellschaften, die in der Schweiz nicht ins Handelsregister einzutragen sind, muss der Wille, dem schweizerischen Recht zu unterstehen, deutlich zum Ausdruck kommen, eine genügende Beziehung zur Schweiz bestehen und die Anpassung an das schweizerische Recht erfolgt sein (Abs. 4).

Artikel 156 Absatz 5 stellt für Kapitalgesellschaften eine zusätzliche Anforderung auf: Vor der Eintragung hat eine solche Gesellschaft durch einen Revisionsbericht einer durch den Bundesrat ermächtigten Revisionsstelle nachzuweisen, dass ihr Grundkapital nach schweizerischem Recht gedeckt ist. Die Deckung kann z. B. aus offenen Reserven bestehen oder durch Einzahlung bei einer kantonalen Depositenstelle sichergestellt werden. Mit dieser Bestimmung wird der Tatsache Rechnung getragen, dass es im Ausland auch Kapitalgesellschaften ohne festes Grundkapital gibt.

Für die Sitzverlegung ins Ausland stellt Artikel 157 folgende Anforderungen auf: Die Gesellschaft muss nachweisen, dass die Voraussetzungen des schweizerischen Rechts – insbesondere die schweizerischen Bestimmungen zum Schutze wohlverworbener Rechte der Gesellschaft – erfüllt sind, dass die Gesellschaft nach ausländischem Recht fortbesteht und dass sie unter Hinweis auf die bevorstehende Änderung ihres Gesellschaftsstatuts einen Schuldenruf in der vom OR vorgeschriebenen Weise durchgeführt hat. Diese drei Voraussetzungen gelten für alle Gesellschaftstypen, auch für solche, die nicht im Handelsregister eingetragen sind.

Ein besonderes Problem stellt die wirksame Kontrolle der Schuldentilgung vor dem Wegzug ins Ausland dar. Vor allem für Gesellschaften, die nicht im Handelsregister eingetragen sind, ist eine genaue Überprüfung kaum möglich und wird deshalb auch nicht verlangt. Dagegen sieht Artikel 157 Absatz 2 vor, dass die Gesellschaft an ihrem Sitz in der Schweiz betrieben werden kann, solange Forderungen von Gläubigern nicht befriedigt oder sichergestellt sind. Anders verhält es sich bei den im Handelsregister eingetragenen Gesellschaften. Bei ihnen ist eine Schuldenkontrolle möglich. In Anlehnung an die heutige Lösung (Art. 51 Abs. 2 HregV) wird die Löschung nur gestattet, wenn die anmeldenden Personen die Erklärung abgeben, dass die Forderungen der Gläubiger befriedigt oder sichergestellt sind oder dass die Gläubiger sich mit der Löschung einverstanden erklärt haben (Abs. 3).

Absatz 4 behält die Bestimmungen über vorsorgliche Schutzmassnahmen im Sinne von Artikel 16 des Bundesgesetzes vom 30. September 1955 über die wirtschaftliche Kriegsvorsorge (SR 531.01) vor. Mit diesem Hinweis wird einem Anliegen der Vernehmlassung Rechnung getragen.

297 Ausländische Entscheidungen

Artikel 158 anerkennt ausländische Entscheidungen über gesellschaftsrechtliche Ansprüche, wenn sie von einem Gericht des Staates ausgesprochen wurden, in dem die Gesellschaft ihren Sitz hat. Ist die Entscheidung in einem dritten Staat ergangen, muss sie vom Sitzstaat anerkannt werden (Abs. 1 Bst. a).

Betrifft die Entscheidung Ansprüche aus Schadenersatz infolge öffentlicher Ausgabe von Beteiligungspapieren oder Anleihen, sind sie in der Schweiz anzuerkennen, wenn sie im Staat ergangen sind, in dem sich der Ausgabeort befindet (Abs. 1 Bst. b).

Ausländische Entscheidungen, die gegen einen Gesellschafter oder gegen eine aus gesellschaftsrechtlicher Verantwortlichkeit haftende Person gerichtet sind, werden anerkannt, wenn sie von einem Gericht des Staates ausgesprochen wurden, in dem der Beklagte im Zeitpunkt der Einleitung seinen Wohnsitz in der Schweiz hatte (Abs. 1 Bst. c).

In jedem Fall werden ausländische Entscheide dann nicht anerkannt, wenn der Haftende seinen Wohnsitz hatte (Abs. 2).

210 Konkurs- und Nachlassvertrag

210.1 Übersicht

Das internationale Konkursrecht der Schweiz und auch zahlreicher anderer Staaten ist noch immer vom Grundsatz der Territorialität des Konkurses beherrscht (vgl. L. Dallèves, *Faillites internationales et droit suisse: le dogme de la territorialité remis en question*, Sem. jud. 1978, S. 337; H. Hanisch, *Aktuelle Probleme des internationalen Insolvenzrechts*, SJIR 1980, S. 109 ff.; A. Hirsch, *Aspects internationaux du droit suisse de la faillite*, in *Mémoires N° 27*, Genève 1969, S. 70 ff.; K. H. Nadelmann, *Codification of conflicts rules for bankruptcy*, SJIR 1974, S. 57 ff.; W. Nussbaum, *Das internationale Konkursrecht der Schweiz de lege lata et ferenda*, Zürich 1980, S. 24 ff.).

Das Prinzip der Territorialität hat zur Folge, dass ein im Ausland ausgesprochenes Konkurserkennnis in der Schweiz grundsätzlich keine Rechtswirkungen entfalten kann; eine Ausnahme bilden allenfalls die internationalen Übereinkommen. Die Schweiz hat auf diesem Gebiet nur wenige Staatsverträge abgeschlossen; sie sind heute überdies überaltert. Zu nennen sind der Vertrag vom 15. Juni 1869 zwischen der Schweiz und Frankreich über den Gerichtsstand und die Vollziehung von Urteilen in Zivilsachen¹⁾ (Art. 6–9), die Übereinkunft vom 12. Dezember 1825/13. Mai 1826 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft im Namen mehrerer Kantone und der Krone Württemberg betreffend die Konkursverhältnisse und gleiche Behandlung der beiderseitigen Staatsangehörigkeiten in Konkursfällen²⁾ sowie die Übereinkunft vom 11. Mai/27. Juni 1834 zwischen mehreren schweizerischen Kantonen und dem Königreich Bayern

¹⁾ SR 0.276.193.491

²⁾ OS, Bd. II 1838, S. 136

über gleiche Behandlung der beiderseitigen Staatsangehörigkeiten in Konkursfällen¹⁾ (vgl. Meinungsäusserung der Eidg. Justizabteilung vom 14. Juni 1972, BLSchKG 1974, S. 4ff.; BGE 104 III 68; L. David, SJZ 1973, S. 84). Einzelne von der Schweiz ratifizierte mehrseitige Staatsverträge enthalten besondere Bestimmungen über die Arrestnahme, so z. B. Artikel 56 § 2, 3 des internationalen Übereinkommens vom 7. Februar 1970 über den Eisenbahnfrachtverkehr (CIM²⁾), Artikel 52 § 2, 3 des internationalen Übereinkommens vom 7. Februar 1970 über den Eisenbahn-, Personen- und Gepäckverkehr (CIV³⁾) sowie das Abkommen vom 29. Mai 1933 zur Vereinheitlichung von Regeln über die Sicherungsbeschlagnahme von Luftfahrzeugen⁴⁾.

Hat ein Schuldner mit Wohnsitz im Ausland eine Niederlassung in der Schweiz, so sieht Artikel 50 Absatz 1 SchKG⁵⁾ am Ort dieser Niederlassung einen Betreuungsort vor. An diesem Ort kann über die Niederlassung für Verbindlichkeiten, die auf ihre Rechnung eingegangen sind, auch der Konkurs eröffnet werden (BGE 40 III 123, 57 III 113; BLSchKG 1977, S. 123). Besitzt der im Ausland domizilierte Konkursit keine Niederlassung, wohl aber Vermögen in der Schweiz, so bleiben diese Vermögenswerte dem Zugriff der ausländischen Konkursmasse grundsätzlich entzogen (BGE 37 II 587, 40 III 365; A. Hirsch, Mémoires N° 27, S. 75f.). Diese Sachlage ist um so unbefriedigender, als jene Gläubiger, die von der Existenz der in der Schweiz gelegenen Aktiven Kenntnis haben, auf solche Vermögenswerte oft Arrest nehmen und sich so einen Vorteil gegenüber den anderen Gläubigern verschaffen, was regelmässig zu Schwierigkeiten mit der ausländischen Konkursverwaltung führt und zudem den Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung empfindlich verletzt (BGE 102 III 71; W. Nussbaum, a. a. O., S. 104ff.).

Die Territorialität des Konkurses wird in Rechtsprechung und Doktrin je länger je mehr in Frage gestellt (BGE 95 III 83, 100 Ia 18 und 102 III 71; L. Dallèves, BLSchKG 1973, S. 161; H. Hanisch, SJIR 1980, S. 109ff.; A. Hirsch, a. a. O., S. 70ff.; K. H. Nadelmann, SJIR 1974, S. 57ff.). Über die Notwendigkeit, vom Prinzip der Territorialität des Konkurses wegzukommen, ist man sich einig. Über die Frage, ob und wieweit Regeln notwendig sind, gehen die Meinungen allerdings stark auseinander. Angesichts dieser Rechts- und Sachlage erscheint es angezeigt, einen Schritt zur Beseitigung des Territorialitätsprinzips zu tun. Dieser Schritt drängt sich um so mehr auf, als die strikte Territorialität des Konkurses mit der wachsenden Internationalisierung der Wirtschaftsbeziehungen je länger je weniger zu vereinbaren ist.

210.2 Grundzüge des Entwurfs

Die in den Artikeln 159–168 vorgeschlagene Regelung beruht zur Hauptsache auf den Prinzipien der Anerkennung des ausländischen Konkursdekrets, der

OS, Bd. II, 1838, S. 328
 SR 0.742.403.12
 SR 0.742.403.1
 SR 0.748.671
 SR 281.1

Realisierung der in der Schweiz gelegenen Aktiven und deren Auslieferung an die ausländische Konkursverwaltung. Selbstverständlich kann diese Auslieferung nicht ohne gewisse Kautelen erfolgen. Hierfür muss einerseits die Befriedigung der pfandversicherten und gewisser privilegierter Gläubigergruppen sichergestellt sein und muss andererseits Gewähr dafür bestehen, dass der im Ausland erstellte Kollokationsplan ungefähr den schweizerischen Vorstellungen der Gläubigerbehandlung im Konkurs Rechnung trägt. Von besonderer Bedeutung ist im internationalen Verhältnis die Regelung mittels Nachlassvertrag, denn man hat es hier oft mit grösseren Gesellschaften und entsprechend mit international stark gestreuten Vermögensmassen zu tun.

Der Entwurf hält am Prinzip der Territorialität des Konkurses fest, schlägt aber in wichtigen Punkten eine Auflockerung vor. Die Durchführung des Konkurses und die Abwicklung des Liquidationsverfahrens bleiben grundsätzlich Sache des schweizerischen Rechts, doch werden mit der Anerkennung des ausländischen Konkursdekrets die Voraussetzungen für eine zwischenstaatliche Kooperation geschaffen. Diese Lösung deckt sich mit den Anregungen und Vorschlägen in der neueren schweizerischen Rechtsprechung und Doktrin. Für die vollständige Hinwendung zur Universalität des Konkurses erscheint die Zeit noch nicht reif. Sie würde eine gewisse Äquivalenz zwischen den nationalen Konkursprivilegien und Sicherungsrechten voraussetzen. Beides ist bei weitem noch nicht der Fall (vgl. H. Hanisch, *Auslandsvermögen des Schuldners im Inlandsinsolvenzverfahren und vice versa, Einhundert Jahre Konkursordnung 1877–1977, Köln 1977, S. 149 ff.*; ders. *Parallel-Insolvenzen und Kooperation im internationalen Insolvenzfall, Festschrift für F. W. Bosch, 1976, S. 381 ff.*).

Bei der vorgeschlagenen Regelung geht es nicht um eine revolutionäre Änderung, sondern darum, mit der neueren Entwicklung auf dem Gebiet des internationalen Konkursrechts Schritt zu halten. Viele Wirtschaftspartner der Schweiz sind zum Teil schon lange vom Prinzip der strikten Territorialität des Konkurses abgekomen. Neben Österreich (§ 67 KO) und Liechtenstein (Art. 5 KO) sind insbesondere Belgien, Luxemburg und die angelsächsischen Staaten zu nennen (vgl. K. H. Nadelmann, *SJIR 1974, S. 57 ff.*). Die Schweiz muss sich vorsehen, dass sie mit ihrer strikten Territorialität nicht plötzlich ausländischen Retorsionsmassnahmen gegenübersteht. Die Regelung des Entwurfs dürfte schliesslich dazu beitragen, gewisse finanz- und wirtschaftspolitische Anfeindungen gegenüber der Schweiz abzuschwächen.

Weiter wird sie zur Folge haben, dass der international ohnehin umstrittene Gerichtsstand des Arrestortes etwas von seinem Odium verliert (B. Kleiner, *Schweizerisches Arrestrecht und internationaler Handel, SJZ 1979, S. 217 ff.*).

210.3 Anerkennung ausländischer Konkursdekrete

Nach *Artikel 159* Absatz 1 wird ein ausländisches Konkursdekret in der Schweiz unter ähnlichen Voraussetzungen anerkannt und für vollstreckbar erklärt wie ein ausländisches Urteil. Das ausländische Konkursdekret muss von der zuständigen Behörde am Wohnsitz des Gemeinschuldners ausgesprochen sein, muss rechtskräftig oder endgültig sein und es darf ihm kein Verweigerungsgrund ent-

gegenstehen; ferner muss das Gegenrecht verbürgt sein (Art. 159 Abs. 1 Bst. a-c). Ob ein Schuldner der Konkursbetreibung unterliegt, beurteilt sich nach dem Recht des Staates, in dem der Konkurs eröffnet wird.

Im Unterschied zu den Anerkennungsbestimmungen in den anderen Kapiteln des Entwurfs erwähnt Artikel 159 nicht bloss die anerkannten Zuständigkeiten, sondern nennt sämtliche Anerkennungs Voraussetzungen. Damit wird jenen Stimmen aus der Vernehmlassung Rechnung getragen, die wegen der Neuheit und der Besonderheit der Materie im Konkursrecht eine abschliessende Anerkennungsregelung, nicht bloss einen Verweis auf die Artikel 23 ff. wünschten. Artikel 159 geht somit der allgemeinen Anerkennungsregelung der Artikel 23 ff. vor; diesen kommt im internationalen Konkursrecht höchstens subsidiäre Bedeutung zu. Die Zuständigkeit für die Konkursöffnung wird den Behörden am Wohnsitz oder am Sitz des Konkursiten zuerkannt. Fragen kann man sich, ob auch ein Konkurs anzuerkennen sei, der in einem Drittstaat über eine auf dessen Gebiet sich befindliche Niederlassung eröffnet wurde. Der Vorentwurf neigte dazu, diese Frage in sinngemässer Anlehnung an Artikel 50 Absatz 1 SchKG zu bejahen. Der Entwurf hält an dieser Lösung nicht fest.

Der Niederlassungskonkurs des Artikels 50 SchKG sieht für einen ganz bestimmten Sonderfall eine Sonderlösung zugunsten der schweizerischen Gläubiger vor. Dieses Rechtsinstitut lässt sich nicht internationalisieren. Einmal kann die Anerkennung eines ausländischen Niederlassungskonkurses dann nicht in Frage kommen, wenn der Gemeinschuldner seinen Wohnsitz bzw. Sitz in der Schweiz hat. Aber auch in den Fällen, in denen der Gemeinschuldner im ausländischen Staat A domiziliert ist, aber über ihn im ausländischen Staat B ein Niederlassungskonkurs eröffnet wird, wird sich die Schweiz an die im Wohnsitz- bzw. Sitzstaat des Gemeinschuldners geltende Auffassung halten müssen. Etwas anderes würde zu unhaltbaren, hinkenden Rechtsverhältnissen führen. So müsste man z. B. eine ausländische Gesellschaft unter bestimmten Gesichtspunkten als liquidiert, unter anderen aber als fortbestehend betrachten.

Neben der Zuständigkeit ist verlangt, dass das ausländische Konkursdekret im Urteilsstaat selber vollstreckbar ist (Bst. a). Die vorläufige Anerkennung noch nicht vollstreckbarer Konkursdekrete kommt nicht in Frage. Hingegen könnten allenfalls sichernde Massnahmen gemäss Artikel 161 angeordnet werden. Die Anerkennung ist dann ausgeschlossen, wenn ein Verweigerungsgrund im Sinne von Artikel 25 vorliegt (Bst. b). Das ausländische Konkursdekret darf somit weder dem schweizerischen Ordre public widersprechen, noch darf ein verfahrensrechtlicher Verweigerungsgrund (Ladung, rechtliches Gehör, gegenteiliger inländischer Entscheid) gegeben sein.

In Artikel 159 wird schliesslich verlangt, dass der Konkurseröffnungsstaat gegenüber der Schweiz Gegenrecht hält (Bst. c). In verschiedenen Eingaben der Vernehmlassung ist das Gegenrecht als unabdingbare Voraussetzung für die Anerkennung ausländischer Konkursdekrete bezeichnet worden. Auf dem Gebiet des internationalen Konkursrechts führen einseitige Vorleistungen letztlich nur zu noch grösseren Ungleichheiten. Ohne eine gewisse zwischenstaatliche Kooperation ist nicht auszukommen. Das Erfordernis der Gegenseitigkeit kann dazu beitragen, die Kooperationsbereitschaft zu verbessern. In diesem Sinn hat sich der Bundesrat zur Aufnahme des Vorbehalts entschlossen. Der um Aner-

kennung ersuchte schweizerische Richter hat von Amtes wegen zu prüfen, ob das Gegenrecht verbürgt ist. Er kann weiter die Mithilfe der ersuchenden Partei anfordern (Art. 15). Das Gegenrecht des Konkurseröffnungsstaates kann sich sowohl ausdrücklich durch Gesetz als auch aufgrund einer bestimmten Rechtspraxis nachweisen lassen.

Zum Gesuch um Anerkennung des ausländischen Konkursdekrets ist entweder der im Eröffnungsstaat mit dem Konkurs betraute Konkursverwalter oder ein nach dem Recht des Konkurseröffnungsstaates berechtigter Gläubiger legitimiert. Die Zulassung von Gläubigern rechtfertigt sich, weil es nicht selten vorkommt, dass die Konkursverwaltung über das im Ausland gelegene Vermögen des Gemeinschuldners keine sichere Kenntnis hat oder dass sie sich darum nicht kümmern kann oder nicht kümmern will.

Die in Artikel 159 Absatz 1 vorgesehene Regelung wird in Absatz 2 durch den Vorbehalt zugunsten von Artikel 50 Absatz 1 SchKG eingeschränkt. Nach Artikel 50 Absatz 1 SchKG kann der im Ausland domizilierte Schuldner, der in der Schweiz eine Zweigniederlassung besitzt, für die auf Rechnung dieser Zweigniederlassung eingegangenen Verbindlichkeiten in der Schweiz betrieben werden. In diesem Verfahren können nur die auf Rechnung der Zweigniederlassung eingegangenen Verbindlichkeiten geltend gemacht werden (BGE 40 III 123, 57 III 113). Der nach Artikel 50 Absatz 1 SchKG durchzuführende Sonderkonkurs folgt grundsätzlich dem Territorialitätsprinzip. Eine Internationalisierung scheint aus den bereits erwähnten Gründen nicht möglich. Der Vorbehalt von Artikel 50 Absatz 1 SchKG ist auch zeitlich zu limitieren, denn ein solches Verfahren kann nur sinnvoll sein, bis der Kollokationsplan in Rechtskraft erwächst. Nach Eintritt der Rechtskraft wird alles Vermögen des Gemeinschuldners und, falls kein Sonderkonkurs beantragt wird, auch dasjenige der Zweigniederlassung der ausländischen Konkursverwaltung bzw. dem ausländischen Konkursgläubiger zur Verfügung gestellt.

210.4 Verfahren

Das Gesuch um Anerkennung des ausländischen Konkursdekrets ist an das schweizerische Gericht am Lageort des Vermögens zu richten (*Art. 160*). Wer sachlich zuständig ist, entscheidet sich nach kantonalem Recht. Forderungen des Gemeinschuldners gelten in Übereinstimmung mit der herrschende Lehre als dort gelegen, wo der Schuldner des Gemeinschuldners seinen Wohnsitz bzw. seinen Sitz hat. Verteilt sich das Vermögen des Gemeinschuldners über mehrere Zuständigkeitsgebiete, so ist das zuerst angerufene Gericht zuständig. Dieses ist befugt, die Anerkennungsfrage für das ganze Gebiet der Schweiz zu beantworten. Es hat alles in der Schweiz befindliche Vermögen zusammenzuziehen, wofür ihr die Behörden anderer Kantone Rechtshilfe zu leisten haben. Schwierig gestaltet sich die Bestimmung der Zuständigkeit in Fällen, in denen der Geschwister zwar weiss, dass in der Schweiz Vermögen des Gemeinschuldners vorhanden ist, aber dessen Lageort nicht kennt. In solchen Fällen ist denkbar, dass das zunächst angerufene Gericht das Verfahren an die Behörden des Ortes abtritt, in deren Zuständigkeitsbereich tatsächlich Vermögen liegt.

Artikel 161 bestimmt die Voraussetzungen für die Anordnung sichernder Massnahmen. Es handelt sich im wesentlichen um die Massnahmen nach den Artikeln 162–165 SchKG. Solche Massnahmen können auf Verlangen des Gesuchstellers angeordnet werden, sobald das Begehren auf Anerkennung des ausländischen Konkurserkennnisses gestellt ist. Zum Gesuch sind die gleichen Parteien berechtigt, die auch den Antrag auf Anerkennung des ausländischen Konkursdekrets stellen können. Kann dem Anerkennungsgesuch nicht stattgegeben werden, so sind die sichernden Massnahmen wieder aufzuheben, d. h. es ist der Zustand wieder herzustellen, der vor der Ausführung der angeordneten Massnahmen bestanden hat.

Nach *Artikel 162* ist der Entscheid über die Anerkennung des ausländischen Konkursdekrets zu veröffentlichen. Hierfür hat der für die Anerkennung zuständige Konkursrichter zu sorgen. Er hat den Entscheid dem Betreibungsamt, dem Konkursamt, dem Grundbuchamt und dem Handelsregister am Ort des Vermögens, sowie gegebenenfalls dem Bundesamt für geistiges Eigentum mitzuteilen. Eine entsprechende Orientierung erfolgt auch beim Widerruf, beim Abschluss oder bei der Einstellung des Verfahrens.

210.5 Rechtsfolgen

Die Anerkennung eines ausländischen Konkursdekrets zieht für das in der Schweiz gelegene Vermögen des Gemeinschuldners die konkursrechtlichen Folgen des schweizerischen Rechts nach sich (*Art. 163* Abs. 1). Nach erfolgter Anerkennung erstellt das zuständige Konkursamt ein Inventar über die schweizerischen Aktiven, führt einen Schuldenruf durch und erstellt den Kollokationsplan (*Art. 221–234* und *247* SchKG). Ein besonderes Problem im internationalen Verfahrensrecht stellen die Fristen dar. Von Interesse ist namentlich die Frage, ab welchem Zeitpunkt eine bestimmte Frist zu laufen beginnt, deren auslösendes Ereignis an sich im Ausland und bereits vor der Anerkennung des ausländischen Konkursdekrets eingetreten ist. Im Sinne einer sowohl für die Gläubiger als auch für den Gemeinschuldner sachlich vertretbaren Lösung sieht der Entwurf vor, dass die schweizerischen Fristen mit der Veröffentlichung der Anerkennung in der Schweiz zu laufen beginnen. Dies gilt z. B. für die Frist zur Einleitung einer paulianischen Anfechtungsklage (*Abs. 2*).

Das Verfahren nach Artikel 159 ff. ist im Grunde eine Art Rechtshilfverfahren zu Handen eines ausländischen Hauptverfahrens. Deshalb soll es möglichst einfach und rationell gestaltet sein. Auf eine Gläubigerversammlung und einen Gläubigerausschuss wird verzichtet (*Art. 160* Abs. 3). Die nach schweizerischem Recht dem Gläubigerausschuss bzw. der Gläubigerversammlung zustehenden Rechte und Pflichten obliegen den entsprechenden Instituten im ausländischen Hauptverfahren.

Artikel 164 weist darauf hin, dass eine allfällige paulianische Anfechtungsklage im schweizerischen Mini-Konkurs sich nach den Artikeln 285–292 SchKG richtet. Diese Konsequenz ergibt sich eigentlich bereits aus Artikel 163 Absatz 1. Artikel 164 erweitert jedoch den Kreis der Aktivlegitimierten. Nicht nur die im schweizerischen Verfahren beteiligten Gläubiger, sondern auch die ausländische

Konkursverwaltung und die nach dem Recht des Konkurseröffnungsstaates dazu berechtigten Konkursgläubiger sollen zur Anfechtung legitimiert sein.

Artikel 165 regelt die Voraussetzungen und den Umfang, unter denen ein Gläubiger im schweizerischen Mini-Konkurs teilnehmen kann. Nach Absatz 1 werden nur die pfandversicherten Forderungen gemäss Artikel 219 SchKG und die privilegierten Forderungen nach Artikel 219 Absatz 4 SchKG in das schweizerische Verfahren einbezogen. Teilnahmeberechtigt sind die Gläubiger, die ihren Wohnsitz bzw. Sitz in der Schweiz haben.

Diese Zulassungsbeschränkung bewirkt einen Einbruch in den Grundsatz, wonach für die Teilnahme an einem Konkursverfahren weder die Nationalität noch der Wohnsitz des Gläubigers entscheidend ist. Die Beschränkung mag aus der Sicht der nichtpfandversicherten und nichtprivilegierten Gläubiger hart anmuten; sie ist jedoch Voraussetzung dafür, dass überhaupt ein Minimum an Internationalität des Konkurses verwirklicht werden kann. Würden nämlich alle Gläubigerklassen zugelassen, so entstünde ein reiner Parallelkonkurs, der kaum in der Lage wäre, die internationale Kooperation zu fördern. Da zur Kollokation nur Gläubiger mit Wohnsitz bzw. Sitz in der Schweiz zugelassen sind, ist die Legitimation zur Kollokationsklage folgerichtig auch auf diese Gläubiger zu beschränken (Abs. 2).

Ein wichtiges Problem stellt die Frage dar, ob und inwieweit einem Gläubiger der in einem ausländischen Verfahren bereits erzielte Erlös anzurechnen ist. Praxis und Theorie haben hierzu verschiedene Lösungen vorgeschlagen. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung muss sich der am inländischen Verfahren teilnehmende Gläubiger den im ausländischen Zwangsvollstreckungsverfahren erzielten Erlös wenigstens auf seine Forderung anrechnen lassen (BGE 30 I 438, 42 III 472). Der Entwurf geht einen Schritt weiter und sieht in Artikel 165 Absatz 3 vor, dass der im Ausland erzielte Erlös auf die Dividende anzurechnen ist. Mit dieser Lösung befindet sich der Entwurf in Einklang mit der führenden Doktrin (H. Hanisch, SJIR 1980, S. 124).

Artikel 166 regelt die Verteilung eines im schweizerischen Mini-Konkurs erzielten Überschusses. Die erste Voraussetzung für die Verteilung besteht in der vollständigen Befriedigung der nach Artikel 166 Absatz 1 pfandversicherten bzw. privilegierten Gläubiger. Ist dies geschehen, so wird der Überschuss der ausländischen Konkursverwaltung bzw. dem nach dem Recht des Konkurseröffnungsstaates berechtigten Gläubiger zur Verfügung gestellt.

Nach Artikel 166 Absatz 2 darf der Überschuss jedoch erst dann zur Verfügung gestellt werden, wenn der ausländische Kollokationsplan in der Schweiz anerkannt worden ist. Zuständig für diese Anerkennung ist die gleiche Behörde, die bereits den ausländischen Konkursentscheid anerkannt hat. Sie überprüft insbesondere, ob die Gläubiger mit Wohnsitz in der Schweiz, welche am Hauptkonkurs teilgenommen haben bzw. teilnehmen wollten, nach schweizerischen Vorstellungen gerecht behandelt wurden, d. h. ob die Berücksichtigung bzw. Ablehnung ihrer Forderung ungefähr der Behandlung nach schweizerischem Recht entspricht. Diese am ausländischen Konkursverfahren beteiligten Gläubiger sind im Rahmen des schweizerischen Kollokationsanerkennungsverfahrens anzuhören.

Kann der ausländische Kollokationsplan nicht anerkannt werden, so ist der Überschuss aus dem schweizerischen Mini-Konkurs an die nichtprivilegierten Gläubiger gemäss Artikel 219 Absatz 4 SchKG zu verteilen (*Art. 167*). Der ausländische Kollokationsplan kann z. B. aus Gründen des schweizerischen Ordre public zurückzuweisen sein. Ein Entscheid über die Nichtanerkennung erwächst nicht in Rechtskraft, ihm wird keine *res iudicata*-Wirkung zuerkannt. Wird der ausländische Kollokationsplan auf Beschwerde oder Klage hin, oder auch unabhängig davon durch die Behörde selber im Sinne des schweizerischen Rechts «verbessert», so kann der schweizerische Anerkennungsrichter auf seinen ablehnenden Entscheid zurückkommen und den neu vorgelegten, verbesserten Kollokationsplan genehmigen.

210.6 Ausländische Nachlassverträge

Artikel 168 stellt den im Ausland behördlich genehmigten Nachlassvertrag hinsichtlich seiner Anerkennung in der Schweiz grundsätzlich einem im Ausland ergangenen Konkursdekret gleich.

Dabei werden alle Formen des Nachlassvertrages erfasst, gleich wie ihre Bezeichnungen lauten. Entscheidend ist, dass der Nachlassvertrag einen Zweck im Sinne des schweizerischen Rechts verfolgt, und dass er von einer zuständigen Behörde genehmigt wurde. Die Artikel 159–163 sind auf den Nachlassvertrag sinngemäss anzuwenden.

Gerade im Bereich des Nachlassvertrages ist die zwischenstaatliche Anerkennbarkeit von eminenter Bedeutung. Würde einem ausländischen Nachlassvertrag die Anerkennung im Inland versagt, so könnte ein Gläubiger den nicht gedeckten Teil seiner Forderung hier einklagen, obschon er zuvor im Ausland dem Nachlassvertrag zugestimmt hat. Im Extremfall könnte sogar der Fall eintreten, dass ein Gläubiger sich seine Forderung sowohl im ausländischen als auch im inländischen Nachlassverfahren befriedigen lässt (vgl. W. Nussbaum. a.a.O., S. 97). Neben der Anerkennung des Nachlassvertrages muss der schweizerische Exequaturrichter je nach dem Stand der Dinge auch anderen ausländischen Massnahmen Wirkung im Inland verschaffen können. Dies kann entweder dadurch geschehen, dass dem ausländischen Sachwalter die entsprechenden Befugnisse in der Schweiz eingeräumt werden oder dass ein schweizerischer Nebensachwalter eingesetzt wird. Diese Frage wird je nach den Umständen des Einzelfalles zu lösen sein. Eine gesetzliche Bestimmung drängt sich nicht auf und wäre auch nur schwer realisierbar. Ein Gläubiger, der im ausländischen Nachlassverfahren nicht Gelegenheit gehabt hat, seine Ansprüche geltend zu machen, wird durch die allgemeinen Anerkennungsvoraussetzungen dieses Kapitels, insbesondere durch das ihm eingeräumte Anhörungsrecht geschützt (*Art. 168 Abs. 3*).

2101 Internationale Schiedsgerichtsbarkeit

2101.1 Vorbemerkungen

2101.11 Die Bedeutung der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit

Die private internationale Schiedsgerichtsbarkeit hat in den letzten Jahrzehnten eine zuvor nie gekannte Verbreitung erfahren. Eines der charakteristischen Merkmale unserer Zeit besteht gerade darin, dass für Streitigkeiten auf dem Gebiet der internationalen Handelsbeziehungen je länger je mehr schiedsgerichtliche Entscheidungen angestrebt werden.

Die Tendenz zur Schiedsgerichtsbarkeit ist nicht nur in der westlichen Hemisphäre, sondern in allen Teilen der Welt und unter den verschiedensten Wirtschaftssystemen feststellbar. Sie zeigt sich z. B. in der starken Zunahme von Schiedsklauseln in internationalen Verträgen. Sie manifestiert sich ferner in den Bestrebungen zum Abschluss neuer internationaler Übereinkommen, wodurch die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche erleichtert werden sollen. Neben den bekannten Staatsverträgen, zu denen insbesondere das Genfer Protokoll vom 24. September 1923 über die Schiedsklauseln (SR 0.277.11) und das Genfer Abkommen vom 26. September 1927 zur Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche (SR 0.277.111) gehören, sind insbesondere das New Yorker Übereinkommen vom 10. Juni 1958 über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche (SR 0.277.12), das Europäische (Genfer) Übereinkommen vom 21. April 1961 über die internationale Handelschiedsgerichtsbarkeit, das Pariser Arrangement zum Europäischen Übereinkommen vom 17. Dezember 1962, das Washingtoner Übereinkommen vom 18. März 1965 zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten zwischen Staaten und Angehörigen anderer Staaten (AS 1968 982; SR 0.975.1) sowie das Europarats-Protokoll vom 10. August 1969 über die Anerkennung und Vollstreckung von Schiedssprüchen zu erwähnen.

Des weiteren haben zahlreiche internationale, private und parastaatliche Organisationen einheitliche Schiedsordnungen aufgestellt. Zu denken ist etwa an diejenigen der International Law Association, der Internationalen Handelskammer, der American Arbitration Association, des COMECON, der UNO-Wirtschaftskommission für Europa, des Europarats und der UNCITRAL (vgl. J. Gentinetta, Die lex fori internationaler Handelsschiedsgerichte, Bern 1973, S. 35 ff.; Th. Rüede/R. Hadenfeldt, Schweizerisches Schiedsgerichtsrecht, Zürich 1980, S. 497 ff.).

Die Schweiz hat alles Interesse an einer positiven Entwicklung der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit und der sie betreffenden kodifikatorischen Bestrebungen. Dieses Interesse rührt nicht allein daher, dass die schweizerische Wirtschaft stark im Aussenhandel engagiert ist. Es entspricht ebenso sehr einer altüberkommenen schweizerischen Tradition und es deckt sich mit dem Ruf der Schweiz als einem Staat, der seine guten Dienste selbst Schiedsverfahren zur Verfügung stellt, die mit ihm oder seinen Bewohnern in keiner oder nur geringer Beziehung stehen. Diesem guten Ruf gilt es, Sorge zu tragen. Er bedingt, dass die für Schiedsverfahren erforderliche Infrastruktur geschaffen wird. Dazu gehören nicht bloss innere Stabilität und materielle Fazilitäten; erforderlich ist

auch ein gewisser rechtlicher Rahmen, der den heutigen Bedürfnissen des internationalen Schiedsgerichtswesens Rechnung trägt.

2101.12 Notwendigkeit der Regelung

Gegen die Bestimmungen über die internationale Schiedsgerichtsbarkeit sind in der Vernehmlassung verfassungsrechtliche Bedenken vorgebracht worden. Wie bereits eingehend dargestellt (vorne, Ziff. 146), treffen diese Einwände nicht zu. Vielmehr bewegt sich der Bundesgesetzgeber durchaus im Rahmen seiner Kompetenz (VPB 1981, Heft 45/III, S. 298 f).

Abgesehen von den geltenden Staatsverträgen muss sich das schweizerische Recht der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit heute auf die kantonalen Prozessgesetze und insbesondere auf das interkantonale Konkordat vom 27. März 1969 über die Schiedsgerichtsbarkeit (SR 279) abstützen.

Die kantonalen Texte wie auch das Konkordat betreffen vorwiegend die interne Schiedsgerichtsbarkeit. Den Bedürfnissen einer modernen internationalen Schiedsgerichtsbarkeit zeigen sie sich vielfach nicht gewachsen. Grundlegende Fragen wie diejenige, nach welchem Recht sich die Gültigkeit einer Schiedsabrede beurteilt, werden nicht beantwortet. Überdies weisen sie zahlreiche Unterschiede auf. Dieses Regelungsgefälle ist für den Benutzer der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit sehr oft mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden, was dem traditionellen Ruf, den die Schweiz auf dem Gebiet des internationalen Schiedsgerichtswesens zu wahren hat, schadet. Zwar haben das Konkordat und die neue Zivilprozessordnung des Kantons Zürich (Art. 238 ff.) gewisse Fortschritte gebracht; aber im internationalen Schiedsbereich vermögen auch sie nicht voll zu befriedigen. Einmal lassen sie sich nur ungenügend mit den Schiedsordnungen der wichtigsten Schiedsinstitutionen koordinieren. Zum anderen verschaffen sie den Parteien durch ihre Rekursmöglichkeiten Gelegenheit zur Obstruktion. Dies geht zum Teil so weit, dass die Schiedsgerichtsbarkeit als solche in Frage gestellt wird.

Gegen die nationale Kodifizierung des internationalen Schiedsgerichtswesens wird gerne eingewendet, auf diesem Gebiet bestünden zahlreiche internationale Übereinkommen. Angesichts der vielen staatsvertraglichen Bestimmungen kann man sich tatsächlich fragen, ob eine eidgenössische Regelung nicht als überflüssig, weil Gefahren der Doppelspurigkeit in sich bergend, bzw. als inopportun, weil den Abschluss künftiger internationaler Vereinbarungen hindernd, erscheint. Einer näheren Prüfung vermag dieser Einwand nicht standzuhalten. Die in Kraft stehenden Staatsverträge regeln durchwegs die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche. Aber selbst auf diesem Gebiet lassen sie zahlreiche Auslegungsfragen offen. Tatsache ist, dass viele schwierige Fragen der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit bisher weder in Staatsverträgen noch in Lehre und Rechtsprechung eine einheitliche Antwort gefunden haben. Ein Minimum an gesetzlicher Orientierungshilfe erscheint daher unerlässlich. Zurückhaltung seitens des staatlichen Gesetzgebers rechtfertigt sich um so weniger, als auf dem Gebiet des Schiedsgerichtswesens in absehbarer Zeit kaum neue staatsvertragliche Erfolge zu erwarten sind.

Gegen die Kodifizierung dieser Materie wird ferner eingewendet, im Bereich der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit gelte weltweit der Grundsatz der Privatautonomie. Das internationale Schiedsgerichtswesen gehe im wesentlichen auf Initiativen der international tätigen Kaufleute zurück und habe sich zum grössten Teil aufgrund von Gebräuchen des internationalen Handelsverkehrs entwickelt. Die auf diese Weise entstandenen Grundsätze seien heute beinahe weltweit anerkannt und hätten auch in den neueren Staatsverträgen ihren Niederschlag gefunden. Deshalb sei es besser, diese Materie der weiteren Entwicklung durch die internationale Handelspraxis zu überlassen.

Zwei Überlegungen sprechen gegen eine solche Argumentation: Einmal kann und darf der staatliche Gesetzgeber die Ausgestaltung rechtlicher Lösungen nicht unbesehen der Praxis überlassen. Sonst läuft er Gefahr, seiner Aufgabe zum Schutz des Gemeinwohls nicht nachzukommen. Zum anderen ist gerade die internationale Weltwirtschaft auf Rechtssicherheit angewiesen. Dies bedingt einen genau umschriebenen Aktionsraum, dessen rechtliche Abgrenzung nicht allein der Rechtsprechung überlassen werden kann. Auch andere für die internationale Schiedsgerichtsbarkeit wichtige Staaten (Frankreich, Grossbritannien, Schweden, Oesterreich) haben in den letzten Jahren ihre Gesetzgebung auf dem Gebiet der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit den heutigen Bedürfnissen angepasst und dadurch ihre Attraktivität für die Durchführung internationaler Schiedsverfahren wesentlich erhöht. Die Schweiz muss auch hier darauf achten, dass sie den Anschluss an die internationale Entwicklung nicht verliert.

2101.13 Grundzüge der Regelung

Mit der Aufnahme von Bestimmungen über die internationale Schiedsgerichtsbarkeit in den vorliegenden Entwurf geht es zunächst darum, die durch die neuere Gerichts- und Staatsvertragspraxis entwickelten Grundsätze zu sichern und zu festigen. Zentrales Anliegen ist dabei die Abgrenzung der auf die Eigenart der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit zugeschnittenen Parteiautonomie gegenüber wenigen, unabdingbaren gesetzlichen Mindestanforderungen. Gleichzeitig wird versucht, die zwischen Schiedsgericht und staatlicher Gerichtsbarkeit erforderliche Kooperation in allen Phasen des Verfahrens, angefangen bei der Konstituierung des Schiedsgerichts bis hin zur Hinterlegung des Schiedsspruchs, sicherzustellen. Dabei bleibt die Einflussnahme der staatlichen Gerichtsbarkeit auf das unbedingte Notwendige beschränkt.

Im Rahmen dieser Zielsetzung ist der Entwurf bestrebt, dem Bedürfnis nach klaren und einfachen Lösungen wie auch der Tatsache Rechnung zu tragen, dass die Beziehungen zwischen einer internationalen Arbitrage und der Schweiz als deren Sitzstaat von unterschiedlichster Art und Stärke sein können. Vor allem hat er zwischen zwei sich widerstreitenden, aber in gleicher Weise anerkenntenswerten Prinzipien des internationalen Schiedsgerichtswesens, nämlich dem Grundsatz der möglichst umfassenden Parteiautonomie auf der einen und dem Schutz der Rechtssicherheit auf der anderen Seite, einen tragfähigen Ausgleich zu finden. Gerade deswegen drängt sich im internationalen Schiedsgerichtswesen eine gesetzgeberische Intervention auf. Nur so lässt sich in die zahlreichen Kontroversen, die diese Materie beherrschen, etwas Klarheit bringen. Mit den

wenigen, aber entscheidenden Normen des Entwurfs soll der Zugang zur internationalen Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz erleichtert werden.

2101.2 Die Bestimmungen im einzelnen

2101.21 Geltungsbereich

Die Bestimmungen über die internationale Schiedsgerichtsbarkeit sind nur auf Schiedsgerichte mit einem internationalen Bezug anzuwenden. Rein nationale, d. h. inner- oder interkantonale Schiedsverfahren fallen nicht darunter. Bei der Umschreibung dessen, was den internationalen Charakter eines Schiedsgerichts ausmacht, verwendet der Entwurf ein präzises, dafür um so leichter anwendbares Kriterium. Ausschlaggebend ist jeweils der Wohnsitz bzw. Sitz der am Schiedsverfahren beteiligten Parteien.

Ein Schiedsgericht gilt nach *Artikel 169* Absatz 1 als international, wenn beim Abschluss der Schiedsvereinbarung mindestens eine Partei ihren Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt im Ausland hatte. Sind beide Parteien in der Schweiz ansässig, fällt ihr Schiedsverfahren selbst dann nicht unter die Artikel 169 ff., wenn es sich beim Streitgegenstand um einen international gelagerten Sachverhalt handelt, z. B. um einen Vertrag, der im Ausland zu erfüllen ist, oder um ein Rechtsgeschäft, auf das ausländisches Recht anzuwenden ist. Diese Beschränkung mag eng erscheinen, doch fördert sie die Rechtsklarheit und die Rechtssicherheit. Ebenfalls der Klarheit dient die Präzisierung des zur Bestimmung des Wohnsitzes oder des gewöhnlichen Aufenthaltes massgeblichen Zeitpunktes.

Dass die Artikel 169 ff. nur auf Schiedsgerichte anzuwenden sind, die ihren Sitz in der Schweiz haben, versteht sich von selbst. Das schweizerische IPR-Gesetz kann naturgemäss nur solche Schiedsverfahren erfassen, die in der Schweiz stattfinden und die hier ihren Sitz haben. Über die Frage der Sitzbestimmung gibt Artikel 169 Absatz 2 Auskunft.

2101.22 Schiedsfähigkeit

Artikel 170 hat die Schiedsfähigkeit *ratione materiae* zum Gegenstand. Die Schiedsfähigkeit *ratione personae*, d. h. die Fähigkeit der Parteien, eine Schiedsvereinbarung abzuschliessen, wird nicht ausdrücklich erwähnt. Sie richtet sich nach dem auf die Handlungsfähigkeit im allgemeinen anwendbaren Recht, d. h. bei natürlichen Personen nach Artikel 33, bei juristischen Personen nach den Artikeln 149 und 150 Buchstabe c.

Die Frage nach der Arbitrabilität einer Streitsache bzw. nach dem hierauf anwendbaren Recht gehört zu den schwierigsten Problemen des internationalen Schiedsgerichtswesens. Sie kann unter zwei Gesichtspunkten in Erscheinung treten: als Voraussetzung zur Begründung der sachlichen Zuständigkeit eines Schiedsgerichts (z. B. Art. 170 des Entwurfs, Art. 5 des Konkordats [SR 279] oder Art. VI Abs. 2 des Europäischen (Genfer) Übereinkommens von 1961 über die Handelsschiedsgerichtsbarkeit), zum anderen als Voraussetzung für die An-

erkenntnis und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche (z. B. Art. 1 Bst. b des Genfer Abkommens von 1927, oder Art. V Abs. 2 des New Yorker Übereinkommens von 1958).

Sachlich lässt sich das Problem der Arbitrabilität auf verschiedene Weise regeln. Im Vordergrund stehen die Lösung mit Hilfe einer Kollisionsnorm und die Lösung mittels einer «*règle de droit international privé matériel*». Die kollisionsrechtliche Lösung wurde in den drei oben genannten Staatsverträgen, die materielle im Konkordat verwendet. Im einen wie im anderen Fall geht es darum, die Rekursmöglichkeiten wegen allfälliger Nicht-Arbitrabilität der Streitsache einzudämmen und die Einredemöglichkeiten gegen die spätere Vollstreckbarkeit des Schiedsspruches in Grenzen zu halten. Dem ersten Postulat dient eine liberale, dem zweiten eine strenge Arbitrabilitätskontrolle. Diese Antinomie widerspiegelt sich auch in den geltenden Staatsverträgen. Das Genfer Abkommen von 1927, das die Frage unter dem Gesichtspunkt der Vollstreckung zu regeln hat, neigt zu einer strengen Arbitrabilitätskontrolle. Es lässt die Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche nur zu, wenn der Streitgegenstand nach dem Recht des Staates, in dem der Schiedsspruch geltend gemacht wird, arbitrabel ist (Art. 1 Abs. 2 Bst. b). Eine ähnliche Bestimmung findet sich in Artikel V Absatz 2 des New Yorker Übereinkommens von 1958. Demgegenüber sieht das Europäische Übereinkommen von 1961, das die Frage im Rahmen des Urteilsverfahrens regelt, eine freie Lösung vor, hat doch der Richter zwar die Möglichkeit, nicht aber die Pflicht, einer Schiedsabrede die Anerkennung zu verweigern, wenn die Streitsache nach seinem Recht nicht arbitrabel ist (Art. VI Abs. 2).

Mit einer kollisionsrechtlichen Regelung (gewähltes Recht, Sitzrecht einer oder beider Parteien, *lex fori*) ist eine überzeugende Lösung kaum möglich. Insbesondere würde der Verweis auf das von den Parteien gewählte Recht nicht genügen, kann doch bei Fehlen einer Rechtswahl auf die objektive Anknüpfung nicht verzichtet werden. Von den objektiv anwendbaren Rechten ist an sich jedes geeignet, für das Urteilsverfahren Klarheit zu schaffen. Um aber auch für die Vollstreckung eine gewisse Voraussehbarkeit zu erzielen, wäre die kumulative Rücksichtnahme auf das gewählte sowie das Sitzrecht der Parteien und des Schiedsgerichtes als den normalerweise am stärksten interessierten Rechtsordnungen unvermeidlich. Da aber der Ort der Vollstreckbarkeit zum voraus nie mit Sicherheit feststeht, lässt sich selbst bei strengster Kumulation nicht vermeiden, dass einem Schiedsspruch letztlich dennoch fehlende Arbitrabilität entgegengehalten wird. Jedenfalls scheint die Voraussehbarkeit, die sich für das Vollstreckungsverfahren gewinnen lässt, zu gering, um die übermässige Einschränkung, die dem Urteilsverfahren aus der Kumulation erwächst, in Kauf zu nehmen. Der Entwurf sieht deshalb eine materielle Regelung vor. Diese Lösung schliesst freilich nicht aus, dass in der Schweiz möglicherweise Schiedssprüche ergehen, die nicht in allen interessierten Staaten vollstreckbar sind. Gleich wie bei staatlichen Entscheidungen ist es auch im Schiedsgerichtswesen Sache der Parteien, ein solches Risiko abzuwägen.

Bei der materiellen Regelung besteht die besondere Schwierigkeit in der präzisen Umschreibung der Rechtsfragen, für welche die Schiedsgerichtsbarkeit zulässig sein soll. Artikel 5 des Konkordats erklärt jeden der freien Verfügbarkeit der Parteien unterliegenden Anspruch für arbitrabel, «sofern nicht ein staatli-

ches Gericht nach einer zwingenden Gesetzesbestimmung in der Sache ausschliesslich zuständig ist». Mit den «frei verfügbaren» Ansprüchen, den «zwingenden» Gesetzesbestimmungen und der «ausschliesslichen» Zuständigkeit enthält diese Bestimmung drei unbestimmte Rechtsbegriffe und erreicht damit einen Unbestimmtheitsgrad, der die Grenze des im internationalen Schiedsgerichtswesen Zulässigen übersteigt. Auch ist zu beachten, dass Bestimmungen, die im innerstaatlichen Verhältnis zwingend scheinen, es im internationalen Verhältnis nicht auch sein müssen. Aufschlussreich ist in diesem Sinn z. B. Artikel 15 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1962 über Kartelle und ähnliche Organisationen (SR 251), der die innerstaatliche Schiedsgerichtsbarkeit nur in gewissen Schranken, die internationale dagegen ohne entsprechende Begrenzung zulässt.

Nach Artikel 170 Absatz 1 kann «jeder vermögensrechtliche Anspruch» Gegenstand einer Schiedsabrede sein. Mit dieser Formulierung wird eine Anlehnung an die Regelung über die Gerichtsstandsvereinbarung erreicht (Art. 5). Aus Gründen, die dort dargelegt wurden, ist der Begriff des vermögensrechtlichen Anspruchs Umschreibungen, die auf die ausschliessliche oder die zwingende staatliche Gerichtsbarkeit abstellen oder mit denen familienrechtliche Statusfragen und dingliche Rechte an Grundstücken vorbehalten werden, vorzuziehen. Die Parallelität zur Gerichtsstandsvereinbarung scheint auch sachlich gerechtfertigt, ist doch nicht einzusehen, weshalb die Parteien für die Beurteilung eines Rechtsstreits zwar ein bestimmtes staatliches, möglicherweise ausländisches Gericht, nicht aber ein Schiedsgericht wählen dürfen.

2101.23 Schiedsgerichte mit staatlicher Beteiligung

Der internationale Handelsverkehr verzeichnet eine starke Zunahme vertraglicher Beziehungen zwischen staatlichen Instanzen und Personen des Privatrechts, die Angehörige eines anderen Staates sind. Solche Verträge enthalten regelmässig eine Schiedsklausel, und Schiedsverfahren zwischen einer Person des Privatrechts und einem ausländischen Staat sind nicht selten. Ihre besondere Schwierigkeit besteht darin, dass eine Partei mit souveräner Legislativgewalt daran beteiligt ist. Im Interesse der Rechtssicherheit und der Voraussehbarkeit hält *Artikel 170 Absatz 2* für diese Kategorie von Schiedsverfahren ausdrücklich fest, dass der beteiligte Staat nicht unter Berufung auf seine eigene Rechtsordnung die Schiedsfähigkeit einer Streitsache in Frage stellen darf, die Gegenstand der Schiedsvereinbarung ist. Diesen Grundsatz hat die Schweiz schon im berühmten Losinger-Fall vor dem StIGH vertreten (CPJI, Série A/B, 66–70, 1936/37, S. 15ff.). Er wurde seither von mehreren internationalen Schiedsgerichten bestätigt und wurde u. a. auch in das Washingtoner Übereinkommen vom 18. März 1965 über die Beilegung von Investitionsstreitigkeiten (AS 1968 982; SR 0.975.1) aufgenommen. Mit dem Staat gleichgestellt werden auch staatlich beherrschte Unternehmen und staatlich kontrollierte Organisationen.

2101.24 Schiedsvereinbarung

Artikel 171 unterscheidet zwischen der formellen und der materiellen Gültigkeit der Schiedsvereinbarung.

Für die *Form* der Schiedsvereinbarung sieht der Entwurf eine materiellrechtliche Regelung vor. Die Vereinbarung bedarf der einfachen Schriftlichkeit; nicht erforderlich ist, dass sie in einem formellen, gegenseitig unterzeichneten Vertragsdokument enthalten ist. Sie kann auch durch Korrespondenzwechsel zustande kommen, wobei auch der Austausch von Telegramm- oder Telexbotschaften genügt. Mit der ausdrücklichen Erwähnung von Telegramm und Telex soll den heutigen Gepflogenheiten im internationalen Geschäftsverkehr Rechnung getragen werden. Über die Form der Schiedsvereinbarung enthalten auch die internationalen Übereinkommen ausführliche Bestimmungen. Artikel 171 Absatz 1 lehnt sich an die Formulierung des New Yorker Übereinkommens von 1958 an, ergänzt aber dieses durch den Hinweis auf den Telexwechsel.

Während für die formelle Gültigkeit der Schiedsvereinbarung eine materielle Regelung angebracht ist, scheint für die *materielle Gültigkeit* eine kollisionsrechtliche Bestimmung angemessener. Der Entwurf sieht hierfür eine Lösung vor, die nicht nur den Anforderungen an die Voraussetzbarkeit Rechnung trägt, sondern auch die Einrede- und Rekursmöglichkeiten auf ein Minimum beschränkt. In Anlehnung an Artikel V Absatz 1 des New Yorker Übereinkommens von 1958 und Artikel VI Absatz 2 des Europäischen Übereinkommens von 1961 sieht er in Artikel 171 Absatz 2 eine alternative Anknüpfung vor. Danach ist eine Schiedsvereinbarung materiell gültig, wenn sie entweder den von den Parteien gewählten, dem auf das zugrunde liegende Rechtsverhältnis anwendbaren oder dem schweizerischen Recht entspricht. Mit letzterem sind die einschlägigen Bestimmungen des OR über Abschluss und Gültigkeit von Verträgen gemeint. Wie aus dieser, dem Prinzip des *favor validitatis* folgenden Regelung zu ersehen ist, lässt der Entwurf zu, dass für die Schiedsklausel eine eigene Vereinbarung getroffen oder zumindest ein vom übrigen Rechtsverhältnis verschiedenes Recht gewählt wird. Weiter ist es möglich, eine Schiedsvereinbarung, die nach dem auf den Hauptvertrag anwendbaren Recht ungültig wäre, dennoch als gültig anzusehen, sofern die Voraussetzungen des besonders gewählten oder des schweizerischen Rechts erfüllt sind. Diese Lösung kann freilich zur Folge haben, dass ein in der Schweiz ergangener Schiedsspruch im Ausland nicht immer anerkannt wird (vgl. Art. V Abs. 1 des New Yorker Übereinkommens von 1958); doch scheinen solche Konsequenzen nicht unüberwindbar. Andererseits verbindet sich mit dieser Regelung der Vorteil, dass die vielfach zu rein dilatorischen Zwecken ergriffene Beschwerde an die staatlichen Gerichte eingeschränkt wird, was insbesondere bei Schiedsverfahren, die nur geringe Beziehungen zur Schweiz aufweisen, nicht unerwünscht scheint. Artikel 171 Absatz 3 schliesst die Einrede aus, wonach die Schiedsvereinbarung ungültig sein soll, weil der Hauptvertrag ungültig ist oder weil sich die Schiedsvereinbarung auf einen noch nicht entstandenen Streit bezieht.

Im Entwurf nicht ausdrücklich erwähnt sind die in Verbands- oder Gesellschaftstatuten enthaltenen Schiedsklauseln. Auf sie sowie auf die allenfalls in allgemeinen Geschäftsbedingungen enthaltenen Klauseln ist Artikel 171 ent-

sprechend anwendbar. Allerdings unterstehen sie dem allgemeinen Vorbehalt, wonach die Schiedsvereinbarung nicht zur Folge haben darf, dass einer Partei der ordentliche Gerichtsstand missbräuchlich entzogen wird.

2101.25 Das vom Schiedsgericht anwendbare Recht

In Artikel 171 Absatz 2 wird u. a. das auf die Streitsache anwendbare Recht erwähnt. Dies wirft die Frage nach den von internationalen Schiedsgerichten anzuwendenden IPR-Normen auf. Haben internationale Schiedsgerichte mit Sitz in der Schweiz das schweizerische IPR anzuwenden? Gilt das schweizerische IPR nicht eher für den staatlichen Richter und weniger für den internationalen Schiedsrichter? Sind internationale Schiedsgerichte frei, jenes IPR-System anzuwenden, das mit Rücksicht auf die konkreten Umstände des Falles angemessen erscheint? Eine Lösung in letzterem Sinn sehen z. B. Artikel VII des Europäischen Übereinkommens von 1961, Artikel 38 der von der UNO-Wirtschaftskommission für Europa sowie Artikel 27 der von UNCITRAL erarbeiteten Schiedsordnung vor. Auch die neuere Schiedsgerichtspraxis tendiert dahin, die am Sitz des Schiedsgerichts geltenden IPR-Bestimmungen für dieses als nicht unbedingt verbindlich anzusehen und den internationalen Schiedsrichtern in dieser Frage freie Hand zu lassen; vorbehalten bleibt freilich der *Ordre public* des Sitzstaates (vgl. P. Lalive, *Les règles de conflit de lois appliquées au fond du litige par l'arbitre international siégeant en Suisse*, Mémoires No 53, Genève 1977, S. 59 ff.). Der Bundesrat ist der Ansicht, diese Frage sei in der Praxis noch zu wenig geklärt und sollte deshalb offenbleiben.

Hingegen wird die Entscheidung nach Billigkeit ausdrücklich erwähnt. *Artikel 175* sieht diese Möglichkeit vor, wenn die Parteien das Schiedsgericht dazu ermächtigen. Mit dieser Bestimmung wird ein Doppeltes erreicht. Einmal wird festgehalten, dass das Prinzip der Billigkeitsentscheidung für internationale, in der Schweiz ansässige Schiedsverfahren zulässig ist, und zum anderen wird präzisiert, dass es hierfür einer ausdrücklichen Ermächtigung der Parteien bedarf. Damit befindet sich der Entwurf in Einklang mit den neueren staatsvertraglichen Entwicklungen. Eine ähnliche Bestimmung findet sich im Europäischen Übereinkommen von 1961 (Art. VII Abs. 2), in der Vergleichs- und Schiedsordnung der Internationalen Handelskammer (Art. 19 Abs. 3) und im Entwurf zu einer UNCITRAL-Schiedsordnung (Art. 33 Abs. 2).

2101.26 Verfahrensrechtliche Fragen

Artikel 172 präzisiert den Zeitpunkt, in dem das Schiedsgerichtsverfahren hängig wird. Zwei Fälle sind zu unterscheiden. Sind die Schiedsrichter schon bekannt, so tritt die Rechtshängigkeit ein, sobald eine Partei unter Nennung des Rechtsbegehrens das Schiedsgericht anruft. Sind die Schiedsrichter noch nicht bezeichnet, so wird die Rechtshängigkeit angenommen, sobald eine Partei unter Nennung des Rechtsbegehrens das Verfahren zur Bildung des Schiedsgerichts einleitet. Die wichtigsten Funktionen der schiedsgerichtlichen Rechtshängigkeit sind in der Unterbrechung von Verjährungs- (Art. 135 Ziff. 2 OR) und vor allem in der Wahrung von Klagefristen zu erblicken. Nach bundesgerichtlicher

Rechtsprechung ist z. B. die Frist zur Anhebung einer Prosequierungsklage gewährt, wenn der Gläubiger innerhalb dieser Frist das Verfahren auf Bildung des Schiedsgerichtes einleitet (BGE 101 III 62).

Artikel 173 bestimmt die schiedsgerichtliche Verfahrensordnung. Hierfür statuiert der Entwurf das Prinzip der Parteiautonomie, ein Prinzip, das heute allgemein anerkannt ist (Art. IV des Europäischen Übereinkommens von 1961). Erwähnt sei immerhin, dass die Dispositionsfreiheit der Parteien nicht eine absolute ist, werden doch in Absatz 1 die Bestimmungen über die Rechtsmittel im Interesse der Rechtssicherheit ausdrücklich vorbehalten. Nach Absatz 2 gilt subsidiär das Verfahrensrecht des Kantons, auf dessen Gebiet das Schiedsgericht seinen Sitz hat.

Das Schiedsgericht als ein von den Parteien geschaffenes Privatgericht verfügt nicht über die den staatlichen Richter auszeichnende Zwangsgewalt. Es kann so lange wirksam arbeiten, als die Beteiligten sich freiwillig seinen Anordnungen unterziehen. Sobald aber ohne die Ausübung von Zwang nicht mehr weiterzukommen ist, ist es auf die Unterstützung durch den staatlichen Richter angewiesen. Das Bedürfnis nach Mitwirkung der staatlichen Instanzen kann in jeder Phase des Schiedsverfahrens auftreten, angefangen bei dessen Konstituierung über die Beweisaufnahme und die Beweissicherung (vorsorgliche Massnahmen, Beschlagnahme, Aktenedition, Zeugeneinvernahme u. dgl.) bis hin zur Rechtskraftbescheinigung und zur Durchsetzung des Schiedsspruchs. *Artikel 174* erwähnt in Absatz 1 ausdrücklich die Ernennung eines Schiedsrichters und regelt in Absatz 2 die übrigen Fälle der staatlichen Rechtshilfe.

Artikel 176 regelt die Anfechtung der schiedsgerichtlichen Zuständigkeit. Diese Bestimmung hält sich einerseits im Rahmen dessen, was in den kantonalen Zivilprozessordnungen bereits vorgesehen ist (vgl. Th. Rüede/Th. Hadenfeldt, a. a. O., S. 226 ff.), und bestätigt andererseits das, was im internationalen Schiedsgerichtswesen heute schon herrschende Praxis ist (vgl. P. Schlosser, Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit, Tübingen 1975, S. 483 ff.).

Eine Einrede der Unzuständigkeit ist vor der Einlassung auf die Hauptsache zu erheben. Das Schiedsgericht hat hierauf durch Vorentscheid über die Berechtigung dieser Einrede zu entscheiden. Ist die Einrede jedoch derart eng mit der Streitsache verbunden, dass ein besonderer Entscheid über die Zuständigkeitsfrage nicht möglich erscheint, so wird über die Zuständigkeit zusammen mit der Hauptsache entschieden.

2101.27 Rechtsmittel

In den Artikeln 177 und 178 sind die Rechtsmittel gegen schiedsgerichtliche Entscheide geregelt. *Artikel 177* unterscheidet zwischen der Anfechtung des Zuständigkeitsentscheides (Abs. 1) und der Anfechtung des Sachentscheides (Abs. 2). Während gegen den Zuständigkeitsentscheid ein ordentliches Rechtsmittel zur Verfügung steht, ist gegen das Sachurteil nur die Nichtigkeitsbeschwerde zugelassen. Als Beschwerdegründe kommen lediglich offensichtliche Rechtsverweigerung und Willkür in Frage. Der Begriff der Willkür ist der bundesgerichtlichen Rechtsprechung entnommen. Er entspricht dem in einzelnen

ausländischen Rechtsordnungen geläufigen Begriff der Ermessens- oder Befugnisüberschreitung. Die schweizerische Rechtsprechung wird ihn in einer den Bedürfnissen der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit angemessenen Weise zu interpretieren haben.

In der Vergangenheit ist mit den kantonalrechtlichen Rekursmöglichkeiten oft Missbrauch getrieben worden, was das schweizerische Schiedsgerichtswesen zum Teil in Misskredit gebracht hat. Der Entwurf versucht, dem Beschwerdemissbrauch zu begegnen, indem er in Artikel 177 Absatz 3 die Kantone verpflichtet, für die Anfechtung sowohl des Sachentscheides, als auch des Zuständigkeitsentscheides nur eine einzige Instanz vorzusehen; gegen deren Entscheide ist jedes kantonale Rechtsmittel ausgeschlossen, auch der Weiterzug an ein kantonales Kassationsgericht.

Nach *Artikel 178* haben Schiedsgerichtsparteien, die nicht in der Schweiz ansässig sind, die Möglichkeit, auf die schweizerischen Rechtsmittel zu verzichten. Dieser Verzicht ist gegenüber dem Schiedsgericht zu erklären und kann also erst erfolgen, wenn das Schiedsgericht bestellt ist. Sinn dieser Bestimmung ist es, der Verpflichtung zur schiedsgerichtlichen Erledigung von Streitigkeiten einen möglichst hohen Grad der Effizienz zu sichern. Gleichzeitig sollen die schweizerischen Gerichte vor dilatorischen Beschwerden über Rechtsstreite, die zu unserem Staat in keiner realen Beziehung stehen, bewahrt werden. Die Bestimmung besitzt damit einen nützlichen Präventiveffekt. Aus schweizerischer Sicht scheint sie unbedenklich, zumal in solchen Fällen kaum je eine echte Binnenbeziehung vorhanden ist.

Mit dem Verzicht auf die schweizerischen Rechtsmittel ist nicht gesagt, dass bereits auf jedes Rechtsmittel verzichtet wird. Spätestens im Zeitpunkt der Vollstreckung wird im Vollstreckungsstaat in aller Regel die Einrede der Rechtsverweigerung und der Willkür möglich sein (vgl. Art. V des New Yorker Übereinkommens von 1958). Die Gefahr, ohne Rechtsmittel zu bleiben, wäre höchstens in den seltenen Fällen real, in denen der Schiedsspruch wieder Erwarten doch noch in der Schweiz zur Vollstreckung vorgelegt wird. Dieser Situation begegnet Artikel 178 Absatz 2. Indem die Vollstreckung solcher Entscheide unter die Bestimmungen des New Yorker Übereinkommens gestellt wird, sind im Vollstreckungsverfahren die in Artikel V des Übereinkommens vorgesehenen Einreden gewahrt.

2101.28 Hinterlegung

Über die Hinterlegung oder Registrierung von Schiedssprüchen sehen die kantonalen Prozessgesetze zum Teil sehr unterschiedliche Regelungen vor. Auch die dafür erhobenen Gebühren weichen stark voneinander ab. Daraus ergeben sich Unsicherheiten mit negativer Auswirkung auf die Durchführung von internationalen Schiedsverfahren in der Schweiz. *Artikel 179* versucht, diese Situation zu verbessern. Einmal erklärt er die Hinterlegung für fakultativ und zum anderen sieht er vor, dass auch das Schiedsgericht eine der gerichtlichen Hinterlegung gleichwertige Bescheinigung ausstellen kann. Zudem kann auf Antrag einer Partei das Gericht am Sitz des Schiedsgerichts die Rechtskraft urkundlich bescheinigen.

2101.29 Ausländische Schiedssprüche

Artikel 180 verweist für die Anerkennung und Vollstreckung eines im Ausland ergangenen Schiedsspruchs in der Schweiz auf das New Yorker Übereinkommen vom 10. Juni 1958 (SR 0.277.12). Bei der Ratifizierung hat die Schweiz von dem in Artikel I Absatz 3 des Übereinkommens vorgesehenen Vorbehalt, wonach dessen Bestimmungen nur auf solche Schiedssprüche anzuwenden sind, die im Hoheitsgebiet eines anderen Vertragsstaates ergangen sind, Gebrauch gemacht. Mit Artikel 180 wird die Regelung des New Yorker Übereinkommens in der Schweiz zur allgemeingültigen Vollstreckungsordnung für ausländische Schiedssprüche. Der Bundesrat wird deshalb in einer separaten Botschaft vorschlagen, den schweizerischen Vorbehalt, der damit gegenstandslos wird, zurückzuziehen.

2102 Schlussbestimmungen

Das zwölfte Kapitel enthält in drei Abschnitten die Änderungs- und Aufhebungsbestimmungen sowie das Übergangsrecht und die Regeln betreffend das Referendum und das Inkrafttreten des Gesetzes.

2102.1 Aufhebung und Änderung bisherigen Rechts

Von Aufhebungen sind neben dem NAG gewisse Bestimmungen des OR und des SVG betroffen. Änderungen sind im Bundesgesetz vom 16. Dezember 1943 über die Organisation der Bundesrechtspflege (OG; SR 173.110) vorzunehmen.

2102.11 Aufhebung bisherigen Rechts

Artikel 181 nennt diejenigen Bestimmungen, die mit dem Inkrafttreten dieses Entwurfs aufgehoben werden können. Neben dem NAG handelt es sich vor allem um die Artikel 418 *b* Absatz 2, 935 Absatz 2 und 952 Absatz 2 OR, um Artikel 14 SchlT OR sowie um Artikel 85 SVG.

Artikel 418 *b* Absatz 2 OR regelt das anwendbare Recht zwischen dem Auftraggeber und dem Agenten, wenn das Tätigkeitsgebiet des Agenten in der Schweiz liegt. Die Artikel 113 und 114 des Entwurfs, die das auf Verträge anzuwendende Recht regeln, decken auch den Agenturvertrag ab. Damit wird Artikel 418 *b* Absatz 2 OR hinfällig.

Artikel 935 Absatz 2 OR über die Bedingung und Eintragung und Artikel 952 Absatz 2 OR über die Bildung der Firma einer schweizerischen Zweigniederlassung von Firmen mit Hauptsitz im Ausland betreffen ebenfalls IPR-Themen und gehören sachlich in den IPR-Entwurf. Artikel 155 des Entwurfs regelt die Zweigniederlassung ausländischer Gesellschaften in der Schweiz und macht damit die Artikel 935 Absatz 2 und 952 Absatz 2 OR überflüssig.

Artikel 14 SchlT OR hat die Sitzverlegung ausländischer Gesellschaften in der Schweiz zum Gegenstand. Diese Materie ist jetzt in Artikel 156 enthalten.

Artikel 85 SVG schliesslich umfasst Bestimmungen über Zuständigkeit und anwendbares Recht bei Unfällen im Ausland. Nachdem nun Artikel 130 für alle Ansprüche aus Strassenverkehrsunfällen auf das Haager Übereinkommen von 1971 verweist, kann Artikel 85 SVG aufgehoben werden.

2102.12 Änderung des OG

Der Entwurf regelt in Artikel 15 die Ermittlung des ausländischen Rechts durch die schweizerischen Gerichte und Behörden, eine Materie, die bisher – wenn überhaupt – in den kantonalen Zivilprozessordnungen geregelt war. Artikel 15 verpflichtet nun die schweizerischen Behörden, einerseits zu prüfen, ob ein internationalprivatrechtlicher Sachverhalt vorliegt, und andererseits den Inhalt des anzuwendenden ausländischen Rechts von Amtes wegen festzustellen. Der Grundsatz *iura novit curia* soll also auch für die Anwendung ausländischen Rechts verwirklicht werden (vgl. A. K. Schnyder, Die Anwendung des zuständigen fremden Sachrechts im internationalen Privatrecht, SSIR Bd. 23, Zürich 1981).

Die Frage der Anwendung ausländischen Rechts steht in engem Zusammenhang mit dem Kollisionsrecht. Verweist eine schweizerische Kollisionsnorm auf fremdes Recht, so hat auch dieses Recht als Recht und nicht bloss als Tatsache zu gelten (vgl. A. K. Schnyder, a. a. O., S. 23 ff.) Artikel 2 Absatz 2 NAG hat diesen Grundsatz vor der Vereinheitlichung des schweizerischen Privatrechts bereits für das kantonale Recht statuiert. In der Doktrin ist die Meinung vertreten worden, dieser Grundsatz habe gestützt auf Artikel 32 NAG auch für die Ermittlung des ausländischen Rechts zu gelten (vgl. G. Broggin, ZSR 1971, 2. Halbband, S. 312; F. Vischer, ZSR 1971, 2. Halbband, S. 104).

Die Verpflichtung, das ausländische Recht von Amtes wegen zu ermitteln und anzuwenden, bedingt, dass das Bundesgericht diese Rechtsanwendung der unteren Instanzen überprüft. Dazu gehört nicht bloss, dass die Anwendung der schweizerischen Kollisionsnorm überwacht wird, sondern auch, dass überprüft wird, ob unter mehreren ausländischen Rechtsordnungen die richtige für anwendbar erklärt worden ist und ob die entsprechenden Bestimmungen des anwendbaren Rechts richtig angewendet worden sind. Die letzteren zwei Fragen werden z. Zt. vom Bundesgericht nicht überprüft (BGE 92 II 111). Artikel 182 Ziff. 1 sieht deshalb eine entsprechende Änderung und Ergänzung des OG vor. Bei der vorgeschlagenen Lösung handelt es sich um eine Forderung, die in der schweizerischen Doktrin seit Jahrzehnten immer wieder erhoben worden ist (vgl. G. Broggin, Die Maxime *iura novit curia* und das ausländische Recht, AcP 1956, S. 469 ff.; ders. ZSR 1971 II, S. 256 f. und S. 312; J. Gentinetta, Das schweizerische Bundesgericht und die Überprüfung der Anwendung ausländischen Rechts, Freiburg 1964; B. Vouilloz, Le rôle du juge civil à l'égard du droit étranger, Fribourg 1964; F. Vischer, ZSR 1971 2. Halbband, S. 102 ff.).

Ursprünglich konnte das Bundesgericht für seine Zurückhaltung in Sachen Überprüfung der richtigen Anwendung ausländischen Rechts auf eine ähnliche Haltung der obersten Gerichte anderer Staaten hinweisen. Inzwischen ist aber in mehreren Nachbarstaaten eine Änderung der Praxis eingetreten, womit die-

ses Argument erheblich an Kraft verloren hat. In den letzten Jahren sind insbesondere die obersten Gerichte Belgiens, Italiens und Österreichs zur umfassenden Überprüfung der Anwendung ausländischen Rechts übergegangen (vgl. Schlussbericht, S. 307). In Griechenland (Art. 577 der ZPO von 1968), in Jugoslawien (Art. 342 in Verbindung mit Art. 345 des Gesetzes über das Streitverfahren – GSV) und in der Sowjetunion (Art. 306 und 307 ZPG) ist die Frage sogar gesetzlich geregelt. Am stärksten ist der Grundsatz der Nichtüberprüfung fremden Rechts noch im angelsächsischen Rechtskreis verankert. Hingegen überwiegen in den romanischen Ländern, in Lateinamerika und in Skandinavien die Ansätze zugunsten der *ex officio*-Anwendung fremden Rechts und damit auch der Überprüfung dieser Rechtsanwendung durch die obersten Gerichte (vgl. A. K. Schnyder, a.a.O., S. 40ff.; Die Anwendung ausländischen Rechts im internationalen Privatrecht, Materialien zum ausl. und int. Privatrecht, Bd. 10, Berlin/Tübingen 1968; L. Raape/F. Sturm, IPR, Bd. I, München 1977, S. 312f.).

Gegen die Revisibilität wird bisweilen eingewendet, das Bundesgericht habe in erster Linie über die einheitliche Handhabung des schweizerischen Rechts zu wachen; die mit der Anwendung fremden Rechts verbundenen Aufgaben seien seiner Funktion wesensfremd. Dieser Einwand vermag nicht zu überzeugen. Einmal ist zu sagen, dass die Kontrolle über die Anwendung des ausländischen Rechts sich aus der bundesgerichtlichen Kognition über die schweizerischen IPR-Normen ergibt. Und zum anderen ist nicht zu sehen, weshalb die Anwendungskontrolle in bezug auf das ausländische Recht in der Schweiz grössere Schwierigkeiten bereiten sollte als im Ausland, zumal ja die schweizerischen Strukturen betreffend Dokumentation und Forschung auf dem Gebiet des ausländischen Rechts im Ausbau begriffen sind. So hat die Schweiz z. B. das Europäische Übereinkommen vom 7. Juni 1968 betreffend Auskünfte über ausländisches Recht (SR 0.434.2) ratifiziert. Ferner besteht seit 1982 ein Schweizerisches Institut für Rechtsvergleichung (SR 425.1).

Zurzeit läuft ein Verfahren zur Revision des OG. Die Bestrebungen dieser Revision gehen dahin, das Bundesgericht von seiner Kognitionspflicht zu entlasten. Eine Vorstellung besteht z. B. darin, das Bundesgericht nicht mehr als dritte ordentliche Rechtsmittelinstanz wirken zu lassen, sondern aus ihm gleichsam einen reinen Kassationshof zu machen (ähnlich der Stellung des «supreme court» in den USA). Die Kognition würde dadurch stark eingeschränkt. Sollte diese grundsätzliche Änderung Tatsache werden, ist nicht auszuschliessen, dass zu diesem Zeitpunkt auch Artikel 43a OG entfallen würde. Ohne eine solche Änderung lassen sich hingegen nur schwer wirkliche sachliche Argumente gegen den vorgeschlagenen Artikel 43a OG vorbringen. Sicher fällt die daraus erwachsende Mehrbelastung gegenüber anderen Aufgaben, die dem Bundesgericht in den letzten Jahren zugefallen sind, insbesondere jene im öffentlichen Recht, kaum ins Gewicht.

Ein besonderes Problem stellt sich im Gebiet der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit. Der Entwurf erhebt diese Materie zur Bundessache. Um zu verhindern, dass dadurch dem internationalen Schiedsgerichtswesen alle ordentlichen Rechtsmittelwege des Bundesrechts eröffnet werden, sind in Artikel 49 Absatz 2 OG gewisse Kautelen einzubauen.

2102.2 Übergangsbestimmungen

Artikel 183 statuiert das Prinzip der Nichtrückwirkung dieses Entwurfs für alle Sachverhalte oder Rechtsvorgänge, die vor seinem Inkrafttreten abgeschlossen waren. Für die sogenannten Dauerrechtsverhältnisse werden zwei Phasen unterschieden: Bis zum Inkrafttreten des Entwurfs gilt für sie das alte Recht; nach dem Inkrafttreten dieses Entwurfs richten sich ihre Wirkungen nach dem vorliegenden Entwurf.

Die *Artikel 184–186* enthalten die übergangsrechtlichen Regeln für die internationale Zuständigkeit, das anwendbare Recht sowie für die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen. Damit wird versucht, einerseits eine Kontinuität und damit eine gewisse Rechtssicherheit zu gewährleisten (Zuständigkeit) und andererseits Fälle, die im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Gesetzes noch nicht entschieden sind, dem neuen Recht zu unterstellen (anwendbares Recht sowie Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen).

Artikel 187 schliesslich enthält die übliche Formel betreffend Referendum und Inkrafttreten.

3 Finanzielle und personelle Auswirkungen

Der Entwurf hat für den Bund und die Kantone keine unmittelbaren finanziellen oder personellen Auswirkungen. Immerhin wird in Artikel 15 vorgeschrieben, dass die Gerichte und die rechtsanwendenden Behörden den Inhalt des ausländischen Rechts von Amtes wegen festzustellen haben. Und in Artikel 182 (Art. 43 a [neu] OG) wird vorgesehen, dass das Bundesgericht auch die richtige Anwendung des durch das schweizerische IPR zur Anwendung berufenen ausländischen Rechts überprüfen soll. Daraus könnte sich für die Gerichte eine gewisse Mehrbelastung ergeben, deren Bedeutung aber nicht übertrieben werden darf. Einmal befassen sich die schweizerischen Gerichte zu einem grossen Teil heute schon von Amtes wegen mit dem ausländischen Recht, vor allem in Familien- und Registersachen. Zum anderen ist die schweizerische Infrastruktur zum Nachweis ausländischen Rechts in jüngster Zeit stark ausgebaut worden. Zu nennen sind der schweizerische Beitritt zum Europäischen Übereinkommen vom 7. Juni 1968 betreffend Auskünfte über ausländisches Recht (SR 0.434.2), ferner die Schaffung des Schweizerischen Instituts für Rechtsvergleichung in Lausanne-Dorigny (SR 425.1). Schliesslich wird der Entwurf die Arbeit der Gerichte auch erheblich erleichtern. Wo sie heute in mühsamer Rechtsfindung selber allgemeine Grundsätze erarbeiten müssen, wird ihnen in Zukunft der IPR-Entwurf rasch die Lösung angeben.

4 Richtlinien der Regierungspolitik

Die Vorlage ist im Zwischenbericht vom 5. Oktober 1981 über die Richtlinien der Regierungspolitik 1979–1983 enthalten (2. Hauptteil, Ziff. 212.2; BBl 1981 III 665).

5 Verfassungsmässigkeit

In der Vernehmlassung ist zu verschiedenen Teilen des IPR-Entwurfs die Frage der Verfassungsmässigkeit aufgeworfen worden. Der Bundesrat hat bei der Auswertung der Vernehmlassung dieser Frage besondere Aufmerksamkeit geschenkt und sie umfassend abklären lassen (vgl. vorn, Ziff. 141–146; Verwaltungspraxis der Bundesbehörden, Bd. 45, Nr. 49). Der Entwurf kann verfassungsrechtlich sowohl auf die Kompetenz des Bundes zur Führung der auswärtigen Beziehungen (Art. 8, 85 Ziff. 5 und 6, 102 Ziff. 8 und 9 BV) als auch auf die Kompetenz zur Gesetzgebung auf dem Gebiet des Privatrechts (Art. 64 BV) gestützt werden.

51 Die Kompetenz zur Führung der auswärtigen Beziehungen

Gegenstand des internationalen Privatrechts sind bekanntlich die grenzüberschreitenden Rechtsbeziehungen zwischen Privatpersonen. Das IPR beschlägt demnach einen Teil der schweizerischen auswärtigen Beziehungen, nicht in erster Linie auf der Ebene des Völkerrechts, wohl aber auf jener des Individualverkehrs. Die Kompetenz zur Führung der auswärtigen Beziehungen steht anerkanntermassen dem Bund zu (Art. 8–11, 85 Ziff. 5 und 6, 102 Ziff. 8 und 9 BV).

Gestützt auf Artikel 8 BV wäre der Bund beispielsweise befugt, das gesamte IPR durch Staatsverträge zu regeln. Gleich wie auf anderen Gebieten der auswärtigen Beziehungen ist es aber auch im IPR nicht möglich, die schweizerischen Beziehungen zur Staatenwelt nur auf staatsvertraglichem Weg wahrzunehmen. Demnach ist die Schweiz wie jeder andere Staat gehalten, IPR zu schaffen und damit anzugeben, wann auf grenzüberschreitende Privatrechtsbeziehungen schweizerisches und wann ausländisches Recht anzuwenden ist. Aus diesem Grund muss der Bund befugt sein, das gesamte IPR auch rein landesrechtlich zu normieren.

Die hier vertretene Auffassung ist nicht neu. Der Bundesrat hat sie schon in seiner Botschaft vom 28. Mai 1887 zum NAG geäussert (BB1 1887 III 120). Sie hat auch in der neueren Praxis des Bundesgesetzgebers wiederholt ihren Niederschlag gefunden, etwa in den Botschaften zum Bundesgesetz vom 19. März 1973 über die internationale Entwicklungszusammenarbeit und humanitäre Hilfe (BB1 1973 I 895 ff.) oder zum Bundesgesetz vom 20. März 1981 über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen (BB1 1976 II 488).

52 Die Kompetenz zur Gesetzgebung auf dem Gebiet des Privatrechts

Neben der allgemeinen, auf die Befugnis zur Führung der auswärtigen Beziehungen gestützten Kompetenz ergibt sich die Zuständigkeit des Bundes zur Gesetzgebung auf dem Gebiet des internationalen Privatrechts auch aus Artikel 64 der Bundesverfassung. Dabei ist nicht nur an die allgemeine Ermächtigung des Bundes zum Erlass zivilrechtlicher Bestimmungen nach Artikel 64 Absatz 2 BV zu denken, sondern auch an die in Artikel 64 Absatz 1 BV genannten besonde-

ren Kompetenzen zur Gesetzgebung über die persönliche Handlungsfähigkeit, den Handel und den Mobiliarverkehr, das Urheberrecht und den Schutz des gewerblichen Eigentums sowie über die Betreibung und den Konkurs. Auf allen diesen Gebieten ist der Bund zur materiellen Rechtsetzung befugt. Mit in diese Kompetenz gehört anerkanntermassen auch, dass der Bund den persönlich-räumlichen Geltungsbereich der Gesetze umschreibt und angibt, wann eigenes und wann fremdes Recht zur Anwendung kommt.

Der Entwurf enthält neben den eigentlichen Kollisionsnormen auch gewisse materielle Bestimmungen, etwa im Bereich der Definitionen, der Anwendung ausländischen Rechts, der Schiedsgerichtsbarkeit und des Konkursrechts; ferner regelt er neben dem anwendbaren Recht jeweils auch die internationale Zuständigkeit und die Voraussetzungen für die Anerkennung und die Vollstreckung ausländischer Entscheide. Mit der Verfassungsmässigkeit dieser Bestimmungen setzt sich die vorliegende Botschaft bereits andernorts ausführlich auseinander (vorn, Ziff. 141–146). Auf jene Ausführungen darf hier verwiesen und festgestellt werden, dass der Entwurf nach geltender Praxis auch für diese Bereiche durch Artikel 64 BV abgedeckt ist.

Bundesgesetz über das internationale Privatrecht (IPR-Gesetz)

Die Bundesversammlung der Schweizerischen Eidgenossenschaft,
gestützt auf die Zuständigkeit des Bundes in auswärtigen Angelegenheiten
und auf Artikel 64 der Bundesverfassung,
nach Einsicht in eine Botschaft des Bundesrates vom 10. November 1982¹⁾,
beschliesst:

1. Kapitel: Gemeinsame Bestimmungen

1. Abschnitt: Geltungsbereich

Art. 1

- ¹ Dieses Gesetz regelt im internationalen Verhältnis:
- Die Zuständigkeit der schweizerischen Gerichte oder Behörden;
 - das anzuwendende Recht;
 - die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen;
 - den Konkurs und den Nachlassvertrag;
 - die Schiedsgerichtsbarkeit.

² Staatsverträge sind vorbehalten.

2. Abschnitt: Zuständigkeit

Art. 2

I. Im allgemeinen

¹ Sieht dieses Gesetz keine besondere Zuständigkeit vor, so sind die schweizerischen Gerichte oder Behörden am Wohnsitz des Beklagten zuständig.

² Bei Gesellschaften gilt der Sitz als Wohnsitz.

Art. 3

II. Notzuständigkeit

Sieht dieses Gesetz keine Zuständigkeit vor und ist ein Verfahren im Ausland nicht möglich, so sind die schweizerischen Gerichte

¹⁾ BBl 1983 I 263

oder Behörden am Ort zuständig, mit dem der Sachverhalt einen genügenden Zusammenhang aufweist.

Art. 4

III. Arrest-
prosequierung

Sieht dieses Gesetz keine andere Zuständigkeit vor, so kann die Klage auf Prosequierung des Arrestes am schweizerischen Arrestort erhoben werden.

Art. 5

IV. Gerichts-
standsverein-
barung

¹ Für einen bestehenden oder zukünftigen Rechtsstreit über vermögensrechtliche Ansprüche aus einem bestimmten Rechtsverhältnis können die Parteien schriftlich, durch Telegramm oder Telex einen Gerichtsstand vereinbaren. Geht aus der Vereinbarung nichts anderes hervor, so ist das gewählte Gericht ausschliesslich zuständig.

² Die Gerichtsstandsvereinbarung ist unwirksam, wenn einer Partei ein Gerichtsstand des schweizerischen Rechts missbräuchlich entzogen wird.

³ Das vereinbarte Gericht darf seine Zuständigkeit nicht ablehnen, wenn eine Partei ihren Wohnsitz, ihren gewöhnlichen Aufenthalt oder eine Niederlassung in der Schweiz hat oder wenn nach diesem Gesetz auf den Streitgegenstand schweizerisches Recht anzuwenden ist.

Art. 6

V. Einlassung

In vermögensrechtlichen Streitigkeiten begründet die vorbehaltlose Einlassung die Zuständigkeit des angerufenen schweizerischen Gerichtes, sofern dies nach Artikel 5 Absatz 3 seine Zuständigkeit nicht ablehnen kann.

Art. 7

VI. Schieds-
vereinbarung

Haben die Parteien über eine schiedsfähige Streitsache eine Schiedsvereinbarung getroffen, so lehnt das angerufene schweizerische Gericht seine Zuständigkeit ab, es sei denn,

- a. der Beklagte habe sich vorbehaltlos auf das Verfahren eingelassen;
- b. das Gericht stelle fest, die Schiedsvereinbarung sei hinfällig, unwirksam oder nicht erfüllbar, oder
- c. das Schiedsgericht könne nicht bestellt werden aus Gründen, für die offensichtlich der im Schiedsverfahren Beklagte einzustehen hat.

Art. 8

VII. Widerklage Das Gericht, bei dem die Hauptklage hängig ist, beurteilt auch die Widerklage, sofern zwischen Haupt- und Widerklage ein sachlicher Zusammenhang besteht.

Art. 9

VIII. Rechts-
hängigkeit

¹ Ist eine Klage über denselben Gegenstand zwischen denselben Parteien zuerst im Ausland hängig, so setzt das schweizerische Gericht das Verfahren aus, wenn zu erwarten ist, dass das ausländische Gericht in angemessener Frist eine Entscheidung fällt, die in der Schweiz anerkennbar ist.

² Zur Feststellung, wann eine Klage in der Schweiz hängig gemacht worden ist, ist der Zeitpunkt der ersten, für die Klageeinleitung notwendigen Verfahrenshandlung massgebend. Als solche genügt die Einleitung des Sühneverfahrens.

³ Das schweizerische Gericht weist die Klage zurück, sobald ihm eine ausländische Entscheidung vorgelegt wird, die in der Schweiz anerkannt werden kann.

Art. 10

IX. Vorsorgliche
Massnahmen

Die schweizerischen Gerichte oder Behörden können vorsorgliche Massnahmen treffen, auch wenn sie für die Entscheidung in der Sache selbst nicht zuständig sind.

Art. 11

X. Rechtshilfe-
handlungen

¹ Rechtshilfehandlungen werden in der Schweiz nach dem Recht des Kantons durchgeführt, in dem sie vorgenommen werden.

² Auf Begehren der ersuchenden Behörde können auch ausländische Verfahrensformen angewendet oder berücksichtigt werden, wenn es für die Durchsetzung eines Rechtsanspruchs im Ausland notwendig ist und nicht wichtige Gründe auf Seiten des Betroffenen entgegenstehen.

³ Die schweizerischen Gerichte oder Behörden können Urkunden nach einer Form des ausländischen Rechts ausstellen oder einem Gesuchsteller die eidesstattliche Erklärung abnehmen, wenn eine Form nach schweizerischem Recht im Ausland nicht anerkannt wird und deshalb ein schützenswerter Rechtsanspruch dort nicht durchgesetzt werden könnte.

Art. 12

XI. Fristen

¹ Im Rechtsverkehr mit dem Ausland genügt es für die Wahrung von Fristen, wenn die Eingabe am letzten Tag der Frist bei einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung eintrifft.

² Richterliche Fristen sind so anzusetzen, dass den Personen mit Wohnsitz im Ausland ausreichend Zeit zur Verfügung steht, ihre Rechte wahrzunehmen.

3. Abschnitt: Anwendbares Recht**Art. 13**

I. Umfang der Verweisung

¹ Die Verweisung dieses Gesetzes auf ein ausländisches Recht umfasst alle Bestimmungen, welche nach diesem Recht auf den Sachverhalt anwendbar sind.

² Die Rück- oder Weiterverweisung ist zu beachten,

a. wenn dieses Gesetz sie vorsieht, oder

b. wenn in Fragen, die den Personen- oder Familienstand betreffen, das ausländische Recht auf schweizerisches Recht zurückverweist.

³ Die Anwendbarkeit einer Bestimmung des ausländischen Rechts ist dadurch, dass ihr ein öffentlichrechtlicher Charakter zugeschrieben wird, nicht ausgeschlossen.

Art. 14

II. Ausnahmeklausel

¹ Das Recht, auf welches dieses Gesetz verweist, ist ausnahmsweise nicht anwendbar, wenn nach den gesamten Umständen offensichtlich ist, dass der Sachverhalt mit diesem Recht in nur geringem, mit einem anderen Recht jedoch in viel engerem Zusammenhang steht.

² Diese Bestimmung ist nicht anwendbar, wenn eine Rechtswahl vorliegt.

Art. 15

III. Feststellung ausländischen Rechts

¹ Der Inhalt des anzuwendenden ausländischen Rechts ist von Amtes wegen festzustellen. Zu dessen Feststellung kann die Mitwirkung der Parteien verlangt werden.

² Ist der Inhalt des ausländischen Rechts von Amtes wegen nicht feststellbar, so ist schweizerisches Recht anzuwenden.

Art. 16IV. Vorbehalts-
klausel

Die Anwendung von Bestimmungen eines ausländischen Rechts ist ausgeschlossen, wenn sie zu einem Ergebnis führen würde, das mit dem schweizerischen Ordre public offensichtlich unvereinbar ist.

Art. 17V. Zwingende
Anwendung des
schweizerischen
Recht

Bestimmungen des schweizerischen Rechts, die im Hinblick auf ihren besonderen Zweck, unabhängig von dem durch dieses Gesetz bezeichneten Recht zwingend anzuwenden sind, sind vorbehalten.

Art. 18VI. Zwingende
Bestimmungen
eines ausländi-
schen Rechts

¹ Der Bestimmung eines andern als des durch dieses Gesetz bezeichneten Rechts, die zwingend angewandt sein will, kann Wirkung verliehen werden, wenn schützenswerte und offensichtlich überwiegende Interessen es gebieten und der Sachverhalt mit jenem Recht einen engen Zusammenhang aufweist.

² Für die Entscheidung, ob einer solchen Bestimmung Wirkung zu verleihen ist, sind ihr Zweck und die daraus sich ergebenden Folgen zu berücksichtigen.

4. Abschnitt: Wohnsitz und Staatsangehörigkeit**Art. 19**I. Wohnsitz,
gewöhnlicher
Aufenthalt und
Niederlassung

¹ Im Sinne dieses Gesetzes hat eine natürliche Person:

- a. ihren Wohnsitz in dem Staat, wo sie sich mit der Absicht dauernden Verbleibens aufhält;
- b. ihren gewöhnlichen Aufenthalt in dem Staat, in dem sie während längerer Zeit lebt, selbst wenn diese Zeit zum vornherein befristet ist;
- c. ihre Niederlassung in dem Staat, in dem sich der Mittelpunkt ihrer geschäftlichen Tätigkeit befindet.

² Wo dieses Gesetz von Wohnsitz spricht, gilt für Personen, die nicht handlungsfähig sind, der gewöhnliche Aufenthalt als Wohnsitz. Niemand kann an mehreren Orten zugleich Wohnsitz haben. Die Bestimmungen des Zivilgesetzbuches über Wohnsitz und Aufenthalt sind nicht anwendbar.

³ Die Niederlassung einer Gesellschaft befindet sich in dem Staat, in dem sie ihren Sitz oder eine Zweigniederlassung hat.

Art. 20II. Staats-
angehörigkeit

Die Staatsangehörigkeit einer Person bestimmt sich nach dem Recht des Staates, zu dem die Staatsangehörigkeit in Frage steht.

Art. 21III. Mehrfache
Staatsangehörig-
keit

¹ Besitzt eine Person neben der schweizerischen eine andere Staatsangehörigkeit, so ist für die Begründung eines Heimatgerichtsstandes ausschliesslich die schweizerische Staatsangehörigkeit massgebend.

² Besitzt eine Person mehrere Staatsangehörigkeiten, so ist, soweit dieses Gesetz nichts anderes vorsieht, für die Bestimmung des anwendbaren Rechts die Angehörigkeit zu dem Staat massgebend, mit dem die Person am engsten verbunden ist.

³ Ist die Staatsangehörigkeit einer Person Voraussetzung für die Anerkennung einer ausländischen Entscheidung in der Schweiz, so genügt die Beachtung einer ihrer Staatsangehörigkeiten.

Art. 22IV. Staatenlose
und Flüchtlinge

¹ Eine Person gilt als staatenlos, wenn ihr diese Eigenschaft im Sinne des New Yorker Übereinkommen vom 28. September 1954¹⁾ über die Rechtsstellung der Staatenlosen zukommt oder wenn ihre Beziehung zum Heimatstaat dermassen gelockert ist, dass dies einer Staatenlosigkeit gleichkommt.

² Eine Person gilt als Flüchtling, wenn ihr diese Eigenschaft im Sinne von Artikel 3 des Asylgesetzes vom 5. Oktober 1979²⁾ zukommt.

³ Ist dieses Gesetz auf Staatenlose oder Flüchtlinge anzuwenden, so gilt der Wohnsitz an Stelle der Staatsangehörigkeit.

5. Abschnitt:**Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen****Art. 23**I. Anerkennung
1. Grundsatz

Eine ausländische Entscheidung wird in der Schweiz anerkannt:

- a. wenn die Zuständigkeit des Staates, in dem die Entscheidung ergangen ist, begründet war;
- b. wenn gegen die Entscheidung kein ordentliches Rechtsmittel mehr geltend gemacht werden kann oder wenn sie endgültig ist, und

¹⁾ SR 0.142.40

²⁾ SR 142.31

- c. wenn kein Verweigerungsgrund im Sinne von Artikel 25 vorliegt.

Art. 24

2. Zuständigkeit der ausländischen Behörde

Die Zuständigkeit der ausländischen Behörde ist begründet:

- a. wenn eine Bestimmung dieses Gesetzes sie vorsieht oder, falls eine solche fehlt, wenn der Beklagte seinen Wohnsitz im Urteilsstaat hatte;
- b. wenn in vermögensrechtlichen Streitigkeiten die Parteien sich durch eine Vereinbarung der Zuständigkeit der Behörde unterworfen haben, die die Entscheidung getroffen hat, und diese Vereinbarung nicht nach diesem Gesetz unwirksam ist;
- c. wenn sich der Beklagte in einer vermögensrechtlichen Streitigkeit vorbehaltlos auf den Rechtsstreit eingelassen hat, oder
- d. wenn im Falle einer Widerklage die Behörde, die die Entscheidung getroffen hat, für die Hauptklage zuständig war und zwischen Haupt- und Widerklage ein sachlicher Zusammenhang besteht.

Art. 25

3. Verweigerungsgründe

¹ Eine im Ausland ergangene Entscheidung wird in der Schweiz nicht anerkannt, wenn die Anerkennung mit dem schweizerischen Ordre public offensichtlich unvereinbar wäre.

² Eine Partei kann sich der Anerkennung widersetzen, wenn sie nachweist:

- a. dass sie weder nach dem Recht an ihrem Wohnsitz noch nach dem am gewöhnlichen Aufenthalt gehörig geladen wurde, es sei denn, sie habe sich vorbehaltlos auf das Verfahren eingelassen;
- b. dass die Entscheidung unter Verletzung wesentlicher Grundsätze des Verfahrensrechts zustande gekommen ist, insbesondere dass ihr das rechtliche Gehör verweigert worden ist;
- c. dass ein Rechtsstreit zwischen denselben Parteien und über denselben Gegenstand zuerst in der Schweiz eingeleitet oder in der Schweiz entschieden worden ist oder dass er in einem Drittstaat früher entschieden worden ist, sofern für diesen Entscheid die Voraussetzungen der Anerkennung erfüllt sind.

³ Die ausländische Entscheidung darf in der Sache selbst nicht nachgeprüft werden.

Art. 26

II. Vollstreckbarerklärung

Eine nach den Artikeln 23–25 anerkannte Entscheidung wird auf Begehren der interessierten Partei für vollstreckbar erklärt.

Art. 27

III. Verfahren

¹ Das Begehren auf Anerkennung oder Vollstreckung ist an die zuständige Behörde des Kantons zu richten, in dem die ausländische Entscheidung geltend gemacht wird. Dem Begehren sind beizulegen:

- a. eine vollständige und beglaubigte Ausfertigung der Entscheidung;
- b. eine Bestätigung, dass gegen die Entscheidung kein ordentliches Rechtsmittel mehr geltend gemacht werden kann oder dass sie endgültig ist, und
- c. im Falle eines Abwesenheitsurteils eine Urkunde, aus der hervorgeht, dass die unterlegene Partei gehörig und so rechtzeitig geladen worden ist, dass sie die Möglichkeit gehabt hatte, sich zu verteidigen.

² Im Anerkennungs- und Vollstreckungsverfahren ist die Partei, die sich dem Begehren widersetzt, anzuhören; sie kann ihre Beweismittel geltend machen.

³ Wird eine Entscheidung vorfrageweise geltend gemacht, so kann die angerufene Behörde selber über die Anerkennung entscheiden.

Art. 28

IV. Gerichtlicher Vergleich

Die Artikel 23–27 gelten auch für den gerichtlichen Vergleich, sofern er in dem Staat, in dem er abgeschlossen worden ist, einer gerichtlichen Entscheidung gleichgestellt wird.

Art. 29

V. Freiwillige Gerichtsbarkeit

Die Artikel 23–27 gelten sinngemäss für die Anerkennung und Vollstreckung einer Entscheidung oder einer Urkunde der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

Art. 30

VI. Eintragung in die Zivilstandsregister

¹ Eine ausländische Entscheidung oder Urkunde betreffend den Zivilstand wird aufgrund einer Verfügung der kantonalen Aufsichtsbehörde in die Zivilstandsregister eingetragen.

² Die Eintragung wird bewilligt, wenn die Voraussetzungen der Artikel 23–25 erfüllt sind.

³ Steht nicht fest, ob im ausländischen Urteilsstaat die verfahrensmässigen Rechte der Parteien hinreichend gewahrt wurden, so sind vor der Eintragung die betroffenen Personen anzuhören.

2. Kapitel: Natürliche Personen

Art. 31

I. Grundsatz

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

² Für Ansprüche aus Persönlichkeitsverletzung gelten die Bestimmungen dieses Gesetzes über die unerlaubte Handlung.

Art. 32

II. Rechtsfähigkeit

¹ Rechtsfähig ist jedermann.

² Beginn und Ende der Rechtsfähigkeit bestimmen sich nach dem Recht, dem das Rechtsverhältnis untersteht, das die Rechtsfähigkeit voraussetzt.

Art. 33

III. Handlungsfähigkeit

I. Grundsatz

¹ Die Handlungsfähigkeit untersteht dem Recht am Wohnsitz.

² Ein Wechsel des Wohnsitzes berührt die einmal erworbene Handlungsfähigkeit nicht.

Art. 34

2. Verkehrsschutz

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

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

Art. 35

IV. Name

1. Anwendbares Recht

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

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

Art. 362. Namens-
änderung

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

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

³ Voraussetzungen und Wirkungen der Namensänderung unterstehen schweizerischem Recht.

Art. 373. Namens-
änderung im
Ausland

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

Art. 384. Eintragung in
die Zivilstands-
register

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

Art. 39V. Verschollen-
erklärung
1. Zuständigkeit
und anwend-
bares Recht

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

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

³ Voraussetzungen und Wirkungen der Verschollenerklärung unterstehen schweizerischem Recht.

Art. 402. Verschollen-
und Todeserklä-
rung im Ausland

Eine im Ausland ausgesprochene Verschollen- oder Todeserklärung wird in der Schweiz anerkannt, wenn sie im Wohnsitz- oder im Heimatstaat der verschwundenen Person ergangen ist.

3. Kapitel: Eherecht**1. Abschnitt: Eheschliessung****Art. 41**

I. Zuständigkeit

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

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

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

Art. 42

II. Anwendbares
Recht

¹ Die materiellen Voraussetzungen der Eheschliessung in der Schweiz unterstehen schweizerischem Recht.

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

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

Art. 43

III. Eheschliessung
im Ausland

Eine im Ausland geschlossene Ehe wird in der Schweiz anerkannt, wenn sie im Staat der Eheschliessung und im Wohnsitz- oder im Heimatstaat eines der Ehegatten gültig ist.

2. Abschnitt: Wirkungen der Ehe im allgemeinen

Art. 44

I. Zuständigkeit
1. Grundsatz

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

Art. 45

2. Heimat-
zuständigkeit

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

Art. 46

II. Anwendbares
Recht
I. Grundsatz

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

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

Art. 47

2. Unterhalt

Für die Unterhaltspflicht zwischen Ehegatten gilt das Haager Übereinkommen vom 2. Oktober 1973¹⁾ über das auf die Unterhaltspflichten anzuwendende Recht.

Art. 48

III. Ausländische
Entscheidungen
oder
Massnahmen

Ausländische Entscheidungen oder Massnahmen über die ehelichen Rechte und Pflichten werden in der Schweiz anerkannt, wenn sie im Staat des Wohnsitzes oder des gewöhnlichen Aufenthaltes eines der Ehegatten ergangen sind.

3. Abschnitt: Ehegüterrecht**Art. 49**

I. Zuständigkeit

Für Klagen oder Massnahmen betreffend die güterrechtlichen Verhältnisse sind zuständig:

- a. für die güterrechtliche Auseinandersetzung im Falle des Todes eines Ehegatten die schweizerischen Gerichte oder Behörden, die für die erbrechtliche Auseinandersetzung zuständig sind;
- b. für die güterrechtliche Auseinandersetzung im Falle einer gerichtlichen Auflösung oder Trennung der Ehe die schweizerischen Gerichte, die hierfür zuständig sind;
- c. in den übrigen Fällen die schweizerischen Gerichte oder Behörden, die für Klagen oder Massnahmen betreffend die Wirkungen der Ehe zuständig sind.

Art. 50

II. Rechtswahl
I. Im allgemeinen

¹ Die güterrechtlichen Verhältnisse unterstehen dem von den Ehegatten gewählten Recht.

¹⁾ SR 0.211.213.01

² Die Ehegatten können wählen zwischen dem Recht des Staates, in dem beide ihren Wohnsitz haben oder nach der Eheschliessung haben werden, und dem Recht eines ihrer Heimatstaaten.

Art. 51

2. Modalitäten ¹ Die Rechtswahl muss schriftlich vereinbart sein oder sich eindeutig aus dem Ehevertrag ergeben. Im übrigen untersteht sie dem gewählten Recht.

² Die Rechtswahl kann jederzeit getroffen oder geändert werden. Wird sie nach Abschluss des Ehevertrages getroffen, so wirkt sie, wenn die Parteien nichts anderes vereinbaren, auf den Zeitpunkt der Eheschliessung zurück.

³ Das gewählte Recht bleibt anwendbar, bis die Ehegatten ein anderes Recht wählen oder die Rechtswahl aufheben.

Art. 52

III. Fehlen einer Rechtswahl
1. Grundsatz ¹ Haben die Ehegatten keine Rechtswahl getroffen, so unterstehen die güterrechtlichen Verhältnisse dem Recht des Staates, in dem beide ihren Wohnsitz haben oder zuletzt gleichzeitig hatten.

² Hatten die Ehegatten nie gleichzeitig Wohnsitz im gleichen Staat, so ist ihr gemeinsames Heimatrecht anwendbar.

³ Hatten die Ehegatten nie gleichzeitig Wohnsitz im gleichen Staat und haben sie auch keine gemeinsame Staatsangehörigkeit, so gilt die Gütertrennung des schweizerischen Rechts.

Art. 53

2. Wandelbarkeit und Rückwirkung bei Wohnsitzwechsel ¹ Verlegen die Ehegatten ihren Wohnsitz von einem Staat in einen anderen, so ist das Recht des neuen Wohnsitzstaates auf den Zeitpunkt der Eheschliessung anzuwenden. Die Ehegatten können durch schriftliche Vereinbarung die Rückwirkung ausschliessen.

² Der Wohnsitzwechsel hat keine Wirkung auf das anzuwendende Recht, wenn die Parteien die Weitergeltung des früheren Rechts schriftlich vereinbart haben oder wenn zwischen ihnen ein Ehevertrag besteht.

Art. 54

IV. Form des Ehevertrages ¹ Der Ehevertrag ist formgültig, wenn er dem auf den Ehevertrag anwendbaren Recht oder dem Recht am Abschlussort entspricht.

Art. 55

V. Rechts-
verhältnisse
mit Dritten

¹ Die Wirkungen des Güterstandes auf das Rechtsverhältnis zwischen einem Ehegatten und einem Dritten unterstehen dem Recht des Staates, in dem dieser Ehegatte im Zeitpunkt der Entstehung des Rechtsverhältnisses seinen Wohnsitz hat.

² Kannte der Dritte im Zeitpunkt der Entstehung des Rechtsverhältnisses das Recht, dem die güterrechtlichen Verhältnisse unterstanden, oder hätte er es kennen müssen, so ist dieses anzuwenden.

Art. 56

VI. Ausländi-
sche Entschei-
dungen

¹ Ausländische Entscheidungen über güterrechtliche Verhältnisse werden in der Schweiz anerkannt:

- a. wenn sie im Wohnsitzstaat des beklagten Ehegatten ergangen sind oder wenn sie dort anerkannt werden;
- b. wenn sie im Wohnsitzstaat des klagenden Ehegatten ergangen sind oder dort anerkannt werden, vorausgesetzt, der beklagte Ehegatte hatte seinen Wohnsitz nicht in der Schweiz;
- c. wenn sie im Staat, dessen Recht nach diesem Gesetz anwendbar ist, ergangen sind oder wenn sie dort anerkannt werden, oder
- d. wenn sie Grundstücke betreffen und an deren Lageort ergangen sind oder dort anerkannt werden.

² Für Entscheidungen über güterrechtliche Verhältnisse, die im Zusammenhang mit Massnahmen zum Schutz der ehelichen Gemeinschaft oder infolge Tod, Nichtigerklärung, Scheidung oder Trennung ergangen sind, richtet sich die Anerkennung nach den Bestimmungen dieses Gesetzes über das Ehe-, Ehescheidungs- oder Erbrecht.

4. Abschnitt: Ehescheidung und Trennung**Art. 57**

I. Zuständigkeit
1. Grundsatz

Für Klagen auf Scheidung oder Trennung sind zuständig:

- a. die schweizerischen Gerichte am Wohnsitz des beklagten Ehegatten;
- b. die schweizerischen Gerichte am Wohnsitz des klagenden Ehegatten, wenn dieser sich seit einem Jahr in der Schweiz aufhält oder wenn er Schweizer Bürger ist.

Art. 58

2. Heimat-
zuständigkeit

Haben die Ehegatten keinen Wohnsitz in der Schweiz und ist einer von ihnen Schweizer Bürger, so sind die Gerichte am Heimatort

für Klagen auf Scheidung oder Trennung der Ehe zuständig, wenn es unmöglich oder unzumutbar ist, die Klage am Wohnsitz eines der Ehegatten zu erheben.

Art. 59

II. Anwendbares
Recht

¹ Ehescheidung und Ehetrennung unterstehen schweizerischem Recht.

² Haben die Ehegatten eine gemeinsame ausländische Staatsangehörigkeit und hat nur einer von ihnen Wohnsitz in der Schweiz, so ist ihr gemeinsames Heimatrecht anzuwenden.

³ Ist die Scheidung nach dem gemeinsamen ausländischen Heimatrecht nicht oder nur unter ausserordentlich strengen Bedingungen zulässig, so ist schweizerisches Recht anzuwenden, wenn einer der Ehegatten auch Schweizer Bürger ist oder sich seit zwei Jahren in der Schweiz aufhält.

Art. 60

III. Vorsorgliche
Massnahmen

¹ Das schweizerische Gericht, bei dem eine Scheidungs- oder Trennungsklage hängig ist, kann vorsorgliche Massnahmen treffen, sofern seine Unzuständigkeit zur Beurteilung der Klage nicht offensichtlich ist oder nicht rechtskräftig festgestellt wurde.

² Die vorsorglichen Massnahmen unterstehen schweizerischem Recht.

³ Die Bestimmungen dieses Gesetzes über die Unterhaltspflicht der Ehegatten, die Wirkungen des Kindesverhältnisses und den Minderjährigenschutz sind vorbehalten.

Art. 61

IV. Nebenfolgen

¹ Die für Klagen auf Scheidung oder Trennung zuständigen schweizerischen Gerichte sind auch für die Regelung der Nebenfolgen zuständig.

² Die Nebenfolgen der Scheidung oder Trennung unterstehen dem auf die Scheidung anzuwendenden Recht. Die Bestimmungen dieses Gesetzes über den Namen und die güterrechtliche Auseinandersetzung sind vorbehalten.

Art. 62

V. Ergänzung
oder Abänderung
einer Ent-
scheidung

¹ Die schweizerischen Gerichte sind für Klagen auf Ergänzung oder Abänderung von Entscheidungen über die Scheidung oder die Trennung zuständig, wenn sie diese selbst ausgesprochen ha-

ben oder wenn sie nach Artikel 57 oder 58 zuständig sind. Im Bereich des Minderjährigenschutzes ist ferner Artikel 83 vorbehalten.

² Bei Ergänzung oder Abänderung eines Trennungs- oder Scheidungsurteils finden die Bestimmungen dieses Gesetzes über den Namen, das eheliche Güterrecht, die Unterhaltspflicht der Ehegatten und die Wirkungen des Kindesverhältnisses Anwendung.

Art. 63

VI. Ausländische Entscheidungen

¹ Ausländische Entscheidungen über die Scheidung oder Trennung werden in der Schweiz anerkannt, wenn sie im Staat des Wohnsitzes, des gewöhnlichen Aufenthalts oder im Heimatstaat eines Ehegatten ergangen sind oder wenn sie in einem dieser Staaten anerkannt werden.

² Ist die Entscheidung in einem Staat ergangen, dem kein oder nur der klagende Ehegatte angehört, so wird sie in der Schweiz anerkannt:

- a. wenn im Zeitpunkt der Klageeinleitung wenigstens ein Ehegatte in diesem Staat Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt hatte;
- b. wenn der beklagte Ehegatte seinen Wohnsitz nicht in der Schweiz hatte;
- c. wenn der beklagte Ehegatte sich der Zuständigkeit des ausländischen Gerichts vorbehaltlos unterworfen hat, oder
- d. wenn der beklagte Ehegatte mit der Anerkennung der Entscheidung in der Schweiz einverstanden ist.

4. Kapitel: Kindesrecht

1. Abschnitt:

Entstehung des Kindesverhältnisses durch Abstammung

Art. 64

I. Zuständigkeit
1. Grundsatz

Für Klagen auf Feststellung oder Anfechtung des Kindesverhältnisses sind die schweizerischen Gerichte am gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes oder am Wohnsitz der Mutter oder des Vaters zuständig.

Art. 65

2. Heimat-zuständigkeit

Haben die Eltern keinen Wohnsitz und das Kind keinen gewöhnlichen Aufenthalt in der Schweiz, so sind die Gerichte am schweizerischen Heimatort der Mutter oder des Vaters für Klagen auf Feststellung oder Anfechtung des Kindesverhältnisses zuständig, wenn

es unmöglich oder unzumutbar ist, die Klage am Wohnsitz der Mutter oder des Vaters oder am gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes zu erheben.

Art. 66

II. Anwendbares
Recht
1. Grundsatz

¹ Die Entstehung des Kindesverhältnisses sowie dessen Feststellung oder Anfechtung unterstehen dem Recht am gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes.

² Haben weder die Mutter noch der Vater Wohnsitz im Staat des gewöhnlichen Aufenthaltes des Kindes, haben aber die Eltern und das Kind die gleiche Staatsangehörigkeit, so ist ihr gemeinsames Heimatrecht anzuwenden.

Art. 67

2. Massgeblicher
Zeitpunkt

¹ Für die Bestimmung des auf die Entstehung, Feststellung oder Anfechtung des Kindesverhältnisses anwendbaren Rechts ist der Zeitpunkt der Geburt massgebend.

² Bei gerichtlicher Feststellung oder Anfechtung des Kindesverhältnisses ist jedoch der Zeitpunkt der Klageerhebung massgebend, wenn ein überwiegendes Interesse des Kindes es erfordert.

Art. 68

III. Ausländische
Entscheidungen

Ausländische Entscheidungen betreffend die Feststellung oder Anfechtung des Kindesverhältnisses werden in der Schweiz anerkannt, wenn sie im Staat des gewöhnlichen Aufenthaltes des Kindes, im Wohnsitzstaat der Mutter oder des Vaters oder im Heimatstaat eines von ihnen ergangen sind.

2. Abschnitt: Anerkennung und Legitimation

Art. 69

I. Anerkennung
1. Zuständigkeit

¹ Für die Entgegennahme der Anerkennung sind die schweizerischen Behörden am Geburtsort oder am gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes, ferner diejenigen am Wohnsitz oder am Heimatort der Mutter oder des Vaters zuständig.

² Für die Anfechtung der Anerkennung sind die Gerichte nach den Artikeln 64 und 65 zuständig.

Art. 70

2. Anwendbares
Recht

¹ Die Anerkennung in der Schweiz kann nach dem Recht am gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes, nach dem Recht am Wohnsitz

der Mutter oder des Vaters oder nach dem Heimatrecht eines von ihnen erfolgen. Massgebend ist der Zeitpunkt der Anerkennung.

² Die Form der Anerkennung in der Schweiz untersteht schweizerischem Recht.

³ Die Anfechtung der Anerkennung untersteht schweizerischem Recht.

Art. 71

3. Ausländische
Anerkennung

¹ Die im Ausland erfolgte Anerkennung eines Kindes wird in der Schweiz anerkannt, wenn sie nach dem Recht am gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes, nach dem Recht am Wohnsitz der Mutter oder des Vaters oder nach dem Heimatrecht eines von ihnen gültig ist.

² Ausländische Entscheidungen über die Anfechtung einer Anerkennung werden in der Schweiz anerkannt, wenn sie in einem der in Absatz 1 genannten Staaten ergangen sind.

Art. 72

II. Legitimation

Für die Anerkennung einer im Ausland erfolgten Legitimation gilt Artikel 71 sinngemäss.

3. Abschnitt: Adoption

Art. 73

I. Zuständigkeit
1. Grundsatz

¹ Die schweizerischen Gerichte oder Behörden am Wohnsitz der adoptierenden Person oder der adoptierenden Ehegatten sind zuständig, die Adoption auszusprechen.

² Für die Anfechtung der Adoption sind die Gerichte nach den Artikeln 64 und 65 zuständig.

Art. 74

2. Heimat-
zuständigkeit

Haben die adoptierende Person oder die adoptierenden Ehegatten keinen Wohnsitz in der Schweiz und ist einer von ihnen Schweizer Bürger, so sind die Gerichte oder Behörden am Heimatort für die Adoption zuständig, wenn es unmöglich oder unzumutbar ist, die Adoption an ihrem Wohnsitz durchzuführen.

Art. 75

II. Anwendbares
Recht

¹ Die Voraussetzungen der Adoption in der Schweiz unterstehen schweizerischem Recht.

² Zeigt sich, dass eine Adoption im Wohnsitz- oder im Heimatstaat der adoptierenden Person oder der adoptierenden Ehegatten nicht anerkannt und dem Kind daraus ein schwerwiegender Nachteil erwachsen würde, so berücksichtigt die Behörde auch die Voraussetzungen des Rechts des betreffenden Staates. Erscheint die Anerkennung auch dann nicht als gesichert, so darf die Adoption nicht ausgesprochen werden.

³ Die Anfechtung einer in der Schweiz ausgesprochenen Adoption untersteht schweizerischem Recht. Eine im Ausland ausgesprochene Adoption kann in der Schweiz nur angefochten werden, wenn auch ein Anfechtungsgrund nach schweizerischem Recht vorliegt.

Art. 76

III. Ausländische Adoptionen und ähnliche Akte

¹ Ausländische Adoptionen werden in der Schweiz anerkannt, wenn sie im Staat des Wohnsitzes oder im Heimatstaat der adoptierenden Person oder der adoptierenden Ehegatten ausgesprochen worden sind.

² Ausländische Adoptionen oder ähnliche Akte, die von einem Kindesverhältnis im Sinne des schweizerischen Rechts wesentlich abweichende Wirkungen haben, werden in der Schweiz nur mit den Wirkungen anerkannt, die ihnen im Staat der Begründung zukommen.

4. Abschnitt: Wirkungen des Kindesverhältnisses

Art. 77

I. Zuständigkeit
1. Grundsatz

¹ Für Klagen betreffend die Beziehungen zwischen Eltern und Kind, insbesondere betreffend den Unterhalt des Kindes, sind die schweizerischen Gerichte am gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes oder am Wohnsitz oder, wenn ein solcher fehlt, am gewöhnlichen Aufenthalt des beklagten Elternteils zuständig.

² Die Bestimmungen dieses Gesetzes über den Namen, den Schutz Minderjähriger und das Erbrecht sind vorbehalten.

Art. 78

2. Heimat-zuständigkeit

Hat weder das Kind noch der beklagte Elternteil Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt in der Schweiz und ist einer von ihnen Schweizer Bürger, so sind die Gerichte am Heimatort zuständig.

Art. 793. Ansprüche
Dritter

Das zuständige schweizerische Gericht entscheidet ebenfalls:

- a. über Ansprüche von Behörden, die für den Unterhalt des Kindes Vorschuss geleistet haben;
- b. über Ansprüche der Mutter auf Unterhalt und Ersatz der durch die Geburt entstandenen Kosten.

Art. 80II. Anwendbares
Recht
I. Grundsatz¹ Die Beziehungen zwischen Eltern und Kind unterstehen dem Recht am gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes.² Haben weder die Mutter noch der Vater Wohnsitz im Staat des gewöhnlichen Aufenthaltes des Kindes, haben aber die Eltern und das Kind die gleiche Staatsangehörigkeit, so ist ihr gemeinsames Heimatrecht anzuwenden.³ Die Bestimmungen dieses Gesetzes über den Namen, den Schutz Minderjähriger und das Erbrecht sind vorbehalten.**Art. 81**2. Unterhalts-
pflicht¹ Für die Unterhaltspflicht zwischen Eltern und Kind gilt das Haager Übereinkommen vom 2. Oktober 1973¹⁾ über das auf Unterhaltspflichten anzuwendende Recht.² Soweit das Übereinkommen die Ansprüche der Mutter auf Unterhalt und Ersatz der durch die Geburt entstandenen Kosten nicht regelt, gilt es sinngemäss.**Art. 82**III. Ausländi-
sche Entschei-
dungen¹ Ausländische Entscheidungen betreffend die Beziehungen zwischen Eltern und Kind werden in der Schweiz anerkannt, wenn sie im Staat ergangen sind, in dem das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt oder der beklagte Elternteil seinen Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt hat.² Die Bestimmungen dieses Gesetzes über den Namen, den Schutz Minderjähriger und das Erbrecht sind vorbehalten.¹⁾ SR 0.211.213.01

5. Kapitel: Vormundschaft und andere Schutzmassnahmen

Art. 83

¹ Für den Schutz von Minderjährigen bestimmen sich die Zuständigkeit der schweizerischen Gerichte oder Behörden, das anwendbare Recht und die Anerkennung ausländischer Entscheidungen oder Massnahmen nach dem Haager Übereinkommen vom 5. Oktober 1961¹⁾ über die Zuständigkeit der Behörden und das anzuwendende Recht auf dem Gebiet des Schutzes von Minderjährigen.

² Das Übereinkommen gilt sinngemäss für Volljährige oder für Personen, die nur nach schweizerischem Recht minderjährig sind, sowie für Personen, die ihren gewöhnlichen Aufenthalt nicht in einem der Vertragsstaaten haben.

³ Die schweizerischen Gerichte oder Behörden sind zuständig, wenn es für den Schutz einer Person oder deren Vermögen unerlässlich ist.

6. Kapitel: Erbrecht

Art. 84

I. Zuständigkeit
1. Grundsatz

¹ Für das Nachlassverfahren und die erbrechtlichen Streitigkeiten sind die schweizerischen Gerichte oder Behörden am letzten Wohnsitz des Erblassers zuständig.

² Vorbehalten ist die Zuständigkeit des Staates, der für Grundstücke auf seinem Gebiet, die ausschliessliche Zuständigkeit vorsieht.

Art. 85

2. Heimat-
zuständigkeit

¹ War der Erblasser Schweizer Bürger mit letztem Wohnsitz im Ausland, so sind die schweizerischen Gerichte oder Behörden am Heimatort zuständig, soweit sich die ausländische Behörde mit seinem Nachlass nicht befasst.

² Diese Behörden sind stets zuständig, wenn ein Schweizer Bürger mit letztem Wohnsitz im Ausland sein in der Schweiz gelegenes Vermögen oder seinen gesamten Nachlass durch Testament oder Erbvertrag der schweizerischen Zuständigkeit oder dem schweizerischen Recht unterstellt hat.

¹⁾ SR 0.211.231.01

Art. 86

3. Zuständigkeit
am Lageort

¹ War der Erblasser Ausländer mit letztem Wohnsitz im Ausland, so sind die schweizerischen Gerichte oder Behörden am Lageort zuständig, soweit sich die ausländischen Behörden mit dem in der Schweiz gelegenen Vermögen nicht befassen.

² Die zuerst angerufene schweizerische Behörde ist zuständig.

Art. 87

4. Sichernde
Massnahmen

Hinterlässt der Erblasser mit letztem Wohnsitz im Ausland Vermögen in der Schweiz, so treffen die schweizerischen Behörden am Lageort die zur Sicherung notwendigen Massnahmen.

Art. 88

II. Anwendbares
Recht
1. Letzter Wohn-
sitz in der
Schweiz

¹ Der Nachlass einer Person mit letztem Wohnsitz in der Schweiz untersteht schweizerischem Recht.

² Ein Ausländer kann jedoch durch Testament oder Erbvertrag den Nachlass einem seiner Heimatrechte unterstellen. Die Unterstellung fällt dahin, wenn er im Zeitpunkt des Todes diesem Staat nicht mehr angehört hat oder wenn er Schweizer Bürger geworden ist.

Art. 89

2. Letzter Wohn-
sitz im Ausland

¹ Der Nachlass einer Person mit letztem Wohnsitz im Ausland untersteht dem Recht, auf das die Kollisionsnormen des Wohnsitzstaates verweisen.

² Soweit nach Artikel 85 die schweizerischen Gerichte oder Behörden am Heimatort zuständig sind, untersteht der Nachlass eines Schweizer Bürgers mit letztem Wohnsitz im Ausland schweizerischem Recht.

Art. 90

3. Umfang des
Erbstatuts und
Nachlass-
abwicklung

¹ Das auf den Nachlass anwendbare Recht bestimmt, welche Massnahmen im Nachlassverfahren zulässig sind und unter welchen Voraussetzungen sie getroffen werden können.

² Die Durchführung solcher Massnahmen richtet sich nach dem Recht am Ort der zuständigen Behörde. Diesem Recht unterstehen auch die sichernden Massnahmen und die Nachlassabwicklung mit Einschluss der Willensvollstreckung.

Art. 91

4. Form

¹ Für die Form der Testamente gilt das Haager Übereinkommen vom 5. Oktober 1961¹⁾ über das auf die Form letztwilliger Verfügungen anwendbare Recht.

² Dieses Übereinkommen gilt sinngemäss auch für die Form anderer Verfügungen von Todes wegen.

Art. 92

5. Verfügungsfähigkeit

Eine Person kann von Todes wegen verfügen, wenn sie im Zeitpunkt der Verfügung nach dem Recht am Wohnsitz oder am gewöhnlichen Aufenthalt oder nach einem ihrer Heimatrechte Verfügungsfähig ist.

Art. 93

6. Erbverträge und gegenseitige Verfügungen von Todes wegen

¹ Der Erbvertrag untersteht dem Recht am Wohnsitz des Erblassers zur Zeit des Vertragsabschlusses.

² Unterstellt ein Erblasser im Vertrag den ganzen Nachlass seinem Heimatrecht, so tritt dieses an die Stelle des Wohnsitzrechts.

³ Gegenseitige Verfügungen von Todes wegen müssen dem Wohnsitzrecht jedes Verfügenden oder dem von ihnen gewählten gemeinsamen Heimatrecht entsprechen.

Art. 94

III. Ausländische Entscheidungen, Massnahmen, Urkunden und Rechte

¹ Ausländische Entscheidungen, Massnahmen und Urkunden, die den Nachlass betreffen, sowie Rechte aus einem im Ausland eröffneten Nachlass werden in der Schweiz anerkannt:

- a. wenn sie im Staat des letzten Wohnsitzes des Erblassers oder im Staat, dessen Recht er gewählt hat, ergangen, ausgestellt oder festgestellt worden sind oder wenn sie in einem dieser Staaten anerkannt werden, oder
- b. wenn sie Grundstücke betreffen und in dem Staat, in dem sie liegen, ergangen, ausgestellt oder festgestellt worden sind oder wenn sie dort anerkannt werden.

² Beansprucht ein Staat für die in seinem Gebiet liegenden Grundstücke des Erblassers die ausschliessliche Zuständigkeit, so werden nur dessen Entscheidungen, Massnahmen und Urkunden anerkannt.

³ Sichernde Massnahmen des Staates, in dem Vermögen des Erblassers liegt, werden in der Schweiz anerkannt.

¹⁾ SR 0.211.312.1

7. Kapitel: Sachenrecht**Art. 95**

I. Zuständigkeit
1. Grundstücke Für Klagen betreffend dingliche Rechte an Grundstücken in der Schweiz sind die Gerichte am Lageort ausschliesslich zuständig.

Art. 96

2. Bewegliche Sachen
1 Für Klagen betreffend dingliche Rechte an beweglichen Sachen sind die schweizerischen Gerichte am Wohnsitz oder, wenn ein solcher fehlt, diejenigen am gewöhnlichen Aufenthalt des Beklagten zuständig.

2 Hat der Beklagte in der Schweiz weder Wohnsitz noch gewöhnlichen Aufenthalt, so sind die schweizerischen Gerichte am Lageort der Sache zuständig.

Art. 97

3. Immaterialgüterrecht Für Klagen betreffend den Bestand von Immaterialgüterrechten und dinglichen Rechten an solchen sind die schweizerischen Gerichte am Wohnsitz des Beklagten oder, wenn ein solcher fehlt, diejenigen am Ort zuständig, wo der Schutz beansprucht wird.

Art. 98

II. Anwendbares Recht
1. Grundstücke Dingliche Rechte an Grundstücken unterstehen dem Recht am Lageort.

Art. 99

2. Bewegliche Sachen
a. Grundsatz 1 Erwerb und Verlust dinglicher Rechte an beweglichen Sachen unterstehen dem Recht des Staates, in dem die Sache im Zeitpunkt des Vorgangs, aus dem der Erwerb oder der Verlust hergeleitet wird, liegt.

2 Inhalt und Ausübung dinglicher Rechte an beweglichen Sachen unterstehen dem Recht am Lageort.

Art. 100

b. Sachen im Transit Rechtsgeschäftlicher Erwerb und Verlust dinglicher Rechte an Sachen im Transit unterstehen dem Recht des Bestimmungsstaates.

Art. 101

c. Sachen, die in die Schweiz gelangen 1 Gelangt eine bewegliche Sache in die Schweiz und ist der Erwerb oder der Verlust eines dinglichen Rechts an ihr nicht bereits im

Ausland erfolgt, so gelten die im Ausland eingetretenen Vorgänge als in der Schweiz erfolgt.

² Gelangt eine bewegliche Sache in die Schweiz und ist an ihr im Ausland ein Sicherungsrecht begründet worden, das den Anforderungen des schweizerischen Rechts nicht genügt, so bleibt dieses in der Schweiz noch während drei Monaten gültig.

Art. 102

d. Eigentums-
vorbehalt an
Sachen, die aus-
geführt werden

Der Eigentumsvorbehalt an einer zur Ausfuhr bestimmten beweglichen Sache untersteht dem Recht des Bestimmungsstaates.

Art. 103

e. Rechtswahl

¹ Die Parteien können den Erwerb und den Verlust dinglicher Rechte an beweglichen Sachen dem Recht des Abgangs- oder des Bestimmungsstaates oder dem Recht unterstellen, dem das zugrundeliegende Rechtsgeschäft untersteht.

² Die Rechtswahl kann Dritten nicht entgegengehalten werden.

Art. 104

3. Immaterial-
güterrechte

Immaterialgüterrechte unterstehen dem Recht des Staates, für den der Schutz der Immaterialgüter beansprucht wird.

Art. 105

4. Besondere
Regeln
a. Verpfändung
von Forderungen,
Wertpapieren
und anderen
Rechten

¹ Die Verpfändung von Forderungen, Wertpapieren und anderen Rechten untersteht dem von den Parteien gewählten Recht. Die Rechtswahl kann Dritten nicht entgegengehalten werden.

² Fehlt eine Rechtswahl, so untersteht die Verpfändung von Forderungen und Wertpapieren dem Recht am gewöhnlichen Aufenthalt des Pfandgläubigers. Die Verpfändung anderer Rechte untersteht dem auf diese anwendbaren Recht.

³ Dem Schuldner kann kein anderes als das Recht entgegengehalten werden, dem das verpfändete Recht untersteht.

Art. 106

b. Warenpapiere

¹ Das in einem Warenpapier bezeichnete Recht bestimmt, ob das Papier die Ware vertritt. Ist im Papier kein Recht bezeichnet, so gilt das Recht des Staates, in dem der Aussteller seine Niederlassung hat.

² Vertritt ein Papier die Ware, so unterstehen die dinglichen Rechte am Papier und an der Ware dem Recht, das auf das Warenpapier als bewegliche Sache anwendbar ist.

³ Werden von verschiedenen Parteien dingliche Rechte an der Ware sowohl unmittelbar als auch aufgrund eines Warenpapiers geltend gemacht, so entscheidet über den Vorrang das auf die Ware selbst anwendbare Recht.

Art. 107

c. Transportmittel

Die Bestimmungen anderer Gesetze über dingliche Rechte an Schiffen, Luftfahrzeugen und anderen Transportmitteln sind vorbehalten.

Art. 108

III. Ausländische Entscheidungen

¹ Ausländische Entscheidungen über dingliche Rechte an Grundstücken werden in der Schweiz anerkannt, wenn sie im Staat, in dem sie liegen, ergangen sind oder wenn sie dort anerkannt werden.

² Ausländische Entscheidungen über dingliche Rechte an beweglichen Sachen werden in der Schweiz anerkannt, wenn sie im Staat ergangen sind, in dem der Beklagte seinen Wohnsitz oder, wenn sie im Staat des Lageortes ergangen sind, seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat oder in dem sich der vereinbarte Gerichtsstand befindet.

³ Ausländische Entscheidungen über Immaterialgüterrechte werden in der Schweiz anerkannt, wenn sie im Staat ergangen sind, in dem der Schutz der Immaterialgüter beansprucht wird, vorausgesetzt, der Wohnsitz des Beklagten befindet sich nicht in der Schweiz.

8. Kapitel: Schuldrecht

1. Abschnitt: Verträge

Art. 109

I. Zuständigkeit
1. Grundsatz

¹ Für Klagen aus Vertrag sind die schweizerischen Gerichte am Wohnsitz des Beklagten oder, wenn ein solcher fehlt, diejenigen an seinem gewöhnlichen Aufenthalt zuständig.

² Für Klagen aufgrund der Tätigkeit einer Niederlassung in der Schweiz sind überdies die Gerichte am Ort der Niederlassung zuständig.

Art. 110

2. Erfüllungsort Hat der Beklagte weder Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt, noch eine Niederlassung in der Schweiz, ist aber die Leistung in der Schweiz zu erbringen, so kann die Klage beim schweizerischen Gericht am Erfüllungsort angebracht werden.

Art. 111

3. Konsumentenverträge¹ Für Klagen eines Konsumenten sind, nach seiner Wahl die schweizerischen Gerichte an seinem Wohnsitz oder an seinem gewöhnlichen Aufenthalt, oder diejenigen am Wohnsitz oder, wenn ein solcher fehlt, diejenigen am gewöhnlichen Aufenthalt des Lieferanten zuständig.
- ² Der Konsument kann nicht zum voraus auf den Gerichtsstand an seinem Wohnsitz oder an seinem gewöhnlichen Aufenthalt verzichten.

Art. 112

4. Arbeitsverträge¹ Für Klagen aus Arbeitsvertrag sind die schweizerischen Gerichte am Wohnsitz des Beklagten oder am Arbeitsort zuständig.
- ² Für Klagen des Arbeitnehmers sind überdies die schweizerischen Gerichte an seinem Wohnsitz oder an seinem gewöhnlichen Aufenthalt zuständig.

Art. 113

- II. Anwendbares Recht¹ Der Vertrag untersteht dem von den Parteien gewählten Recht.
1. Im allgemeinen² Die Rechtswahl muss ausdrücklich sein oder sich eindeutig aus dem Vertrag oder aus den Umständen ergeben. Im übrigen untersteht sie dem gewählten Recht.
- a. Rechtswahl³ Die Rechtswahl kann jederzeit getroffen oder geändert werden. Wird sie nach Vertragsabschluss getroffen oder geändert, so wirkt sie auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses zurück. Die Rechte Dritter sind vorbehalten.

Art. 114

- b. Fehlen einer Rechtswahl¹ Bei Fehlen einer Rechtswahl untersteht der Vertrag dem Recht des Staates, mit dem er am engsten zusammenhängt. Es wird vermutet, der engste Zusammenhang bestehe mit dem Staat, in dem die Partei, welche die charakteristische Leistung erbringen soll, ihren gewöhnlichen Aufenthalt hat oder, wenn sie den Vertrag aufgrund einer beruflichen Tätigkeit geschlossen hat, in dem sich ihre Niederlassung befindet.

² Als charakteristische Leistung gilt namentlich:

- a. bei Veräusserungsverträgen die Leistung des Veräusserers;
- b. bei Gebrauchsüberlassungsverträgen die Leistung der Partei, die eine Sache oder ein Recht zum Gebrauch überlässt;
- c. bei Auftrag, Werkvertrag und ähnlichen Dienstleistungsverträgen die Dienstleistung;
- d. bei Verwahrungsverträgen die Leistung des Verwahrers;
- e. bei Garantie- und Bürgschaftsverträgen die Leistung des Sicherers.

Art. 115

2. Im besonderen
a. Kauf beweglicher körperlicher Sachen

¹ Für den Kauf beweglicher körperlicher Sachen gilt das Haager Übereinkommen vom 15. Juni 1955¹⁾ betreffend das auf internationale Kaufverträge über bewegliche körperliche Sachen anzuwendende Recht.

² Artikel 117 ist vorbehalten.

Art. 116

b. Grundstücke

¹ Verträge über Grundstücke oder deren Gebrauch unterstehen dem Recht des Staates, in dem sich die Grundstücke befinden. Eine Rechtswahl ist zulässig.

² Die Form untersteht ausschliesslich dem Recht des Staates, in dem sich das Grundstück befindet, es sei denn, dieses lasse die Anwendung eines anderen Rechts zu. Für ein Grundstück in der Schweiz richtet sich die Form nach schweizerischem Recht.

Art. 117

c. Konsumentenverträge

¹ Verträge über eine Leistung, die für den persönlichen oder familiären Gebrauch des Konsumenten bestimmt ist, unterstehen dem Recht des Staates, in dem der Konsument seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat:

- a. wenn die Gegenpartei die Bestellung in diesem Staat entgegengenommen hat;
- b. wenn in diesem Staat dem Vertragsabschluss ein Angebot oder eine Werbung vorausgegangen ist und der Konsument in diesem Staat die zum Vertragsabschluss erforderlichen Rechtshandlungen vorgenommen hat, oder
- c. wenn die Gegenpartei den Konsumenten veranlasst hat, sich ins Ausland zu begeben und seine Bestellung dort abzugeben.

¹⁾ SR 0.221.211.4

² Die Form untersteht ausschliesslich dem Recht, das nach dieser Bestimmung auf den Konsumentenvertrag anwendbar ist.

³ Eine Rechtswahl ist ausgeschlossen.

Art. 118

d. Arbeits-
verträge

¹ Der Arbeitsvertrag untersteht dem Recht des Staates, in dem der Arbeitnehmer gewöhnlich seine Arbeit verrichtet.

² Verrichtet der Arbeitnehmer seine Arbeit gewöhnlich in mehreren Staaten, so untersteht der Arbeitsvertrag dem Recht des Staates, in dem sich die Niederlassung oder, wenn eine solche fehlt, der Wohnsitz oder der gewöhnliche Aufenthalt des Arbeitgebers befindet.

³ Die Parteien können den Arbeitsvertrag dem Recht des Staates unterstellen, in dem der Arbeitnehmer seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat oder in dem der Arbeitgeber seine Niederlassung, seinen Wohnsitz oder seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat.

Art. 119

e. Immaterial-
güterrechte

¹ Verträge über Immaterialgüterrechte unterstehen dem Recht des Staates, für den das Immaterialgüterrecht übertragen oder in dem die Benutzung an ihm eingeräumt wird.

² Räumt ein Vertrag dem Erwerber oder Benutzer in mehreren Staaten Rechte am Immaterialgut ein, so ist das Recht des Staates anwendbar, in dem dieser seine Niederlassung oder, wenn eine solche fehlt, seinen Wohnsitz oder seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat.

³ Eine Rechtswahl ist zulässig.

⁴ Verträge über Rechte an Immaterialgütern, die ein Arbeitnehmer geschaffen hat, unterstehen dem auf den Arbeitsvertrag anwendbaren Recht.

Art. 120

3. Gemeinsame
Bestimmungen
a. Schweigen
auf einen
Antrag

Für die Behauptung, sie habe dem Vertrag nicht zugestimmt, kann sich eine Partei auf das Recht des Staates berufen, in dem sie ihren gewöhnlichen Aufenthalt hat.

Art. 121

b. Form

¹ Der Vertrag ist formgültig, wenn er dem auf den Vertrag anwendbaren Recht oder dem Recht am Abschlussort entspricht.

² Befinden sich die Parteien im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses in verschiedenen Staaten, so genügt es, wenn die Form dem Recht eines dieser Staaten entspricht.

³ Schreibt das auf den Vertrag anwendbare Recht die Beachtung einer Form zum Schutz einer Partei zwingend vor, so richtet sich die Formgültigkeit ausschliesslich nach diesem Recht.

Art. 122

c. Erfüllungs-
und
Untersuchungs-
modalitäten

Erfüllungs- und Untersuchungsmodalitäten unterstehen dem Recht des Staates, in dem sie tatsächlich erfolgen.

Art. 123

d. Stellvertre-
tung

¹ Bei rechtsgeschäftlicher Vertretung untersteht das Verhältnis zwischen dem Vertretenen und dem Vertreter dem auf ihren Vertrag anwendbaren Recht.

² Die Voraussetzungen, unter denen eine Handlung des Vertreters den Vertretenen gegenüber dem Dritten verpflichtet, unterstehen dem Recht des Staates, in dem der Vertreter seine Niederlassung hat oder, wenn eine solche fehlt oder für den Dritten nicht erkennbar ist, dem Recht des Staates, in dem der Vertreter im Einzelfall hauptsächlich handelt.

³ Steht der Vertreter in einem Arbeitsverhältnis zum Vertretenen und besitzt er keine eigene Geschäftsniederlassung, so befindet sich der Ort seiner Niederlassung am Sitz des Vertretenen.

⁴ Das nach Absatz 2 anwendbare Recht gilt auch für das Verhältnis zwischen dem nicht ermächtigten Vertreter und dem Dritten.

2. Abschnitt: Ungerechtfertigte Bereicherung

Art. 124

I. Zuständigkeit

Für Klagen aus ungerechtfertigter Bereicherung sind die schweizerischen Gerichte am Wohnsitz des Beklagten oder, wenn ein solcher fehlt, diejenigen an seinem gewöhnlichen Aufenthalt oder am Ort seiner Niederlassung zuständig.

Art. 125

II. Anwendbares
Recht

¹ Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung unterstehen dem Recht, dem das bestehende oder vermeintliche Rechtsverhältnis unterstellt ist, aufgrund dessen die Bereicherung stattgefunden hat.

² Besteht kein Rechtsverhältnis, so unterstehen die Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung dem Recht des Staates, in dem die Bereicherung eingetreten ist.

3. Abschnitt: Unerlaubte Handlungen

Art. 126

I. Zuständigkeit
1. Grundsatz

¹ Für Klagen aus unerlaubter Handlung sind die schweizerischen Gerichte am Wohnsitz des Beklagten oder, wenn ein solcher fehlt, diejenigen an seinem gewöhnlichen Aufenthalt oder am Ort seiner Niederlassung zuständig.

² Hat der Beklagte weder Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt, noch eine Niederlassung in der Schweiz, so kann die Klage beim schweizerischen Gericht am Handlungs- oder am Erfolgsort angebracht werden.

Art. 127

2. Im besonderen

Für die nachstehend aufgeführten Klagen sind zuständig:

- a. aus Verletzung der Persönlichkeit die schweizerischen Gerichte am Wohnsitz des Beklagten oder des Klägers;
- b. aus Verletzung einer Fabrik- oder Handelsmarke oder einer falschen Herkunftsbezeichnung die schweizerischen Gerichte am Wohnsitz des Beklagten oder, wenn ein solcher fehlt, diejenigen am von ihm gewählten Domizil, andernfalls diejenigen am Sitz des Bundesamtes für geistiges Eigentum (Art. 30 MSchG¹⁾);
- c. aus Verletzung eines Erfindungspatentes die in Artikel 75 des Bundesgesetzes vom 25. Juni 1954²⁾ betreffend die Erfindungspatente bezeichneten schweizerischen Gerichte;
- d. aus Schädigung durch unzulässige Wettbewerbsbehinderung die in Artikel 7 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1962³⁾ über Kartelle und ähnliche Organisationen bezeichneten schweizerischen Gerichte;
- e. aus Schädigung beim Betrieb einer Atomanlage oder aus Schädigung beim Transport von radioaktiven Kernbrennstoffen und radioaktiven Rückständen die in Artikel 26 des Bundesgesetzes vom 23. Dezember 1959⁴⁾ über die friedliche Verwendung der Atomenergie und den Strahlenschutz bezeichneten Gerichte.

¹⁾ SR 232.11

²⁾ SR 232.14

³⁾ SR 251

⁴⁾ SR 732.0

Art. 128

3. Unmittelbares
Forderungsrecht

Für Klagen aufgrund eines unmittelbaren Forderungsrechts gegen den Haftpflichtversicherer sind die schweizerischen Gerichte am Ort der Niederlassung des Versicherers oder diejenigen am Handlungs- oder am Erfolgsort zuständig.

Art. 129

II. Anwendbares
Recht
1. Im allge-
meinen

¹ Haben Schädiger und Geschädigter ihren gewöhnlichen Aufenthalt im gleichen Staat, so unterstehen Ansprüche aus unerlaubter Handlung dem Recht dieses Staates.

² Haben Schädiger und Geschädigter ihren gewöhnlichen Aufenthalt nicht im gleichen Staat, so ist das Recht des Staates anzuwenden, in dem die unerlaubte Handlung begangen worden ist. Tritt der Erfolg nicht in dem Staat ein, in dem die unerlaubte Handlung begangen worden ist, so ist das Recht des Staates anzuwenden, in dem der Erfolg eintritt, wenn der Schädiger mit dem Eintritt des Erfolges in diesem Staat rechnen musste.

³ Wird durch eine unerlaubte Handlung ein zwischen Schädiger und Geschädigtem bestehendes Rechtsverhältnis verletzt, so unterstehen Ansprüche aus unerlaubter Handlung, ungeachtet der Absätze 1 und 2, dem Recht, dem das vorbestehende Rechtsverhältnis unterstellt ist.

⁴ Die Parteien können nach Eintritt des schädigenden Ereignisses stets vereinbaren, dass das Recht am Gerichtsort anzuwenden ist.

Art. 130

2. Im besonde-
ren
a. Strassenver-
kehrsunfälle

Für Ansprüche aus Strassenverkehrsunfällen gilt das Haager Übereinkommen vom 4. Mai 1971¹⁾ über das auf Strassenverkehrsunfälle anwendbare Recht.

Art. 131

b. Produkte-
mängel

¹ Ansprüche aus Mängeln oder mangelhafter Beschreibung eines Produktes unterstehen nach Wahl des Geschädigten:

- a. dem Recht des Staates, in dem der Schädiger seine Niederlassung oder, wenn eine solche fehlt, seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, oder
- b. dem Recht des Staates, in dem das Produkt erworben worden ist, sofern der Schädiger nicht nachweist, dass es in diesem Staat ohne sein Einverständnis in den Handel gelangt ist.

¹⁾ Für die Schweiz noch nicht in Kraft.

² Unterstehen Ansprüche aus Mängeln oder mangelhafter Beschreibung eines Produktes ausländischem Recht, so können in der Schweiz keine weitergehenden Ansprüche zugesprochen werden, als nach schweizerischem Recht für einen solchen Schaden zuzusprechen wären.

³ Artikel 129 Absatz 3 ist vorbehalten.

Art. 132

c. Unlauterer Wettbewerb

¹ Ansprüche aus unlauterem Wettbewerb unterstehen dem Recht des Staates, auf dessen Markt die unlautere Handlung ihre Wirkung entfaltet.

² Richtet sich die Rechtsverletzung ausschliesslich gegen betriebliche Interessen des Geschädigten, so ist das Recht des Staates anzuwenden, in dem sich die betroffene Niederlassung befindet.

³ Artikel 129 Absatz 3 ist vorbehalten.

Art. 133

d. Wettbewerbsbehinderung

¹ Ansprüche aus Wettbewerbsbehinderung unterstehen dem Recht des Staates, auf dessen Markt der Geschädigte von der Behinderung unmittelbar betroffen ist.

² Unterstehen Ansprüche aus Wettbewerbsbehinderung ausländischem Recht, so können in der Schweiz keine weitergehenden Ansprüche zugesprochen werden als nach schweizerischem Recht für eine unzulässige Wettbewerbsbehinderung zuzusprechen wären.

Art. 134

e. Immissionen

Ansprüche aus schädigender und ungerechtfertigter Einwirkung, die von einem Grundstück ausgeht, unterstehen nach Wahl des Geschädigten dem Recht des Staates, in dem das Grundstück liegt, oder dem Recht des Staates, in dem der Erfolg der schädigenden Einwirkung eintritt.

Art. 135

f. Persönlichkeitsverletzung

Ansprüche aus Verletzung der Persönlichkeit durch Druckerzeugnisse, Rundfunk- und Fernsehsendungen oder andere Informationsmittel in der Öffentlichkeit unterstehen nach Wahl des Geschädigten:

- a. dem Recht des Staates, in dem der Geschädigte seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat;
- b. dem Recht des Staates, in dem der Urheber der Verletzung seine Niederlassung oder seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, oder

c. dem Recht des Staates, in dem die verletzende Handlung ihre Wirkung entfaltet.

Art. 136

3. Besondere Bestimmungen
a. Mehrfache Haftpflichtige

Sind mehrere Personen an einer unerlaubten Handlung beteiligt, so ist für jede von ihnen das anwendbare Recht gesondert zu bestimmen, unabhängig von der Art ihrer Beteiligung.

Art. 137

b. Unmittelbares Forderungsrecht

Der Geschädigte kann seinen Anspruch direkt gegen den Versicherer des Haftpflichtigen geltend machen, wenn das auf die unerlaubte Handlung oder auf den Versicherungsvertrag anwendbare Recht es vorsieht.

Art. 138

4. Geltungsbereich

¹ Das auf die unerlaubte Handlung anwendbare Recht bestimmt insbesondere die Deliktsfähigkeit, die Voraussetzungen und den Umfang der Haftung sowie die Person des Haftpflichtigen.

² Sicherheits- und Verhaltensvorschriften am Ort der Handlung sind zu berücksichtigen.

4. Abschnitt: Gemeinsame Bestimmungen für das Schuldrecht

Art. 139

1. Mehrheit von Schulden
1. Ansprüche gegen mehrere Schuldner

Hat der Gläubiger Ansprüche gegen mehrere Schuldner, so unterstehen die Rechtsfolgen daraus dem Recht, dem das Rechtsverhältnis zwischen dem Gläubiger und dem in Anspruch genommenen Schuldner unterstellt ist.

Art. 140

2. Rückgriff zwischen Schuldner

¹ Ein Schuldner kann auf einen anderen Schuldner unmittelbar oder durch Eintritt in die Rechtsstellung des Gläubigers insoweit Rückgriff nehmen, als es die Rechte zulassen, denen diese beiden Schulden unterstehen.

² Die Durchführung des Rückgriffs untersteht dem gleichen Recht wie die Schuld des Rückgriffsverpflichteten. Fragen, die nur das Verhältnis zwischen Gläubiger und Rückgriffsberechtigtem betreffen, unterstehen dem Recht, das auf die Schuld des Rückgriffsberechtigten anwendbar ist.

³ Der Rückgriff einer Einrichtung, die öffentliche Aufgaben wahrnimmt, untersteht dem auf diese Einrichtung anwendbaren Recht.

Art. 141

II. Übergang
einer Forderung
1. Abtretung
durch Vertrag

¹ Die Abtretung einer Forderung durch Vertrag untersteht dem von den Parteien gewählten Recht oder, wenn ein solches fehlt, dem auf die Forderung anzuwendenden Recht. Die Rechtswahl ist gegenüber dem Schuldner ohne dessen Zustimmung unwirksam.

² Für die Abtretung einer Forderung des Arbeitnehmers ist die Rechtswahl nur insoweit wirksam, als Artikel 118 Absatz 3 sie für den Arbeitsvertrag zulässt. Für die Abtretung einer Forderung auf Sozialleistung ist die Rechtswahl ausgeschlossen.

³ Die Form der Abtretung untersteht ausschliesslich dem auf den Abtretungsvertrag anwendbaren Recht.

⁴ Fragen, die nur das Verhältnis zwischen den Parteien des Abtretungsvertrages betreffen, unterstehen dem Recht, welches auf das der Abtretung zugrunde liegende Rechtsverhältnis anwendbar ist.

Art. 142

2. Übergang
kraft Gesetzes

¹ Der Übergang einer Forderung kraft Gesetzes untersteht dem Recht des zugrundeliegenden Rechtsverhältnisses zwischen altem und neuem Gläubiger oder wenn ein solches fehlt, dem Recht der Forderung.

² Vorbehalten sind die Bestimmungen des Rechts der Forderung, die den Schuldner schützen.

Art. 143

III. Währung

¹ Was unter einer Währung zu verstehen ist, bestimmt das Recht des Staates, dessen Währung in Frage steht.

² Die Wirkungen, die eine Währung auf die Höhe einer Schuld hat, richten sich nach dem auf die Schuld anwendbaren Recht.

³ In welcher Währung zu zahlen ist, richtet sich nach dem Recht des Staates, in dem die Zahlung zu erfolgen hat.

Art. 144

IV. Verjährung
und Erlöschen
einer Forderung

¹ Verjährung und Erlöschen einer Forderung unterstehen dem auf die Forderung anwendbaren Recht.

² Bei der Verrechnung untersteht das Erlöschen dem Recht der Forderung, deren Tilgung mit der Verrechnung bezweckt ist.

³ Die Neuerung, der Erlass- und der Verrechnungsvertrag richten sich nach den Bestimmungen dieses Gesetzes über das auf Verträge anwendbare Recht.

5. Abschnitt: Ausländische Entscheidungen

Art. 145

¹ Ausländische Entscheidungen über schuldrechtliche Ansprüche werden in der Schweiz anerkannt:

- a. wenn sie im Staat ergangen sind, in dem der Beklagte seinen Wohnsitz hatte, oder
- b. wenn sie im Staat ergangen sind, in dem der Beklagte seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte, sofern die Ansprüche mit einer Tätigkeit an diesem Ort zusammenhängen.

² Eine ausländische Entscheidung wird ferner anerkannt:

- a. wenn sie eine vertragliche Leistung betrifft, im Staat der Erfüllung dieser Leistung ergangen ist und wenn der Beklagte seinen Wohnsitz nicht in der Schweiz hatte;
- b. wenn sie Ansprüche aus einem Konsumentenvertrag betrifft und am Wohnsitz oder am gewöhnlichen Aufenthalt des Konsumenten ergangen ist;
- c. wenn sie Ansprüche aus einem Arbeitsvertrag betrifft, am Arbeits- oder Betriebsort ergangen ist und wenn der Arbeitnehmer seinen Wohnsitz nicht in der Schweiz hatte;
- d. wenn sie Ansprüche aus dem Betrieb einer Niederlassung betrifft und am Sitz dieser Niederlassung ergangen ist;
- e. wenn sie Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung betrifft, am Handlungs- oder am Erfolgsort ergangen ist und wenn der Beklagte seinen Wohnsitz nicht in der Schweiz hatte, oder
- f. wenn sie Ansprüche aus unerlaubter Handlung betrifft, am Handlungs- oder am Erfolgsort ergangen ist und wenn der Beklagte seinen Wohnsitz nicht in der Schweiz hatte.

9. Kapitel: Gesellschaftsrecht

Art. 146

I. Begriffe

¹ Als Gesellschaften im Sinne dieses Gesetzes gelten organisierte Personenzusammenschlüsse und organisierte Vermögenseinheiten.

² Einfache Gesellschaften, die sich keine Organisation gegeben haben, richten sich nach den Bestimmungen dieses Gesetzes über das auf Verträge anwendbare Recht.

³ Als Sitz einer Gesellschaft gilt der in den Statuten oder im Gesellschaftsvertrag bezeichnete Ort. Fehlt eine solche Bezeichnung, so gilt als Sitz der Ort, an dem die Gesellschaft tatsächlich verwaltet wird.

Art. 147

II. Zuständigkeit
1. Grundsatz

¹ In gesellschaftsrechtlichen Streitigkeiten sind die schweizerischen Gerichte am Sitz der Gesellschaft zuständig für Klagen gegen die Gesellschaft, die Gesellschafter oder die aus gesellschaftsrechtlicher Verantwortlichkeit haftenden Personen.

² Für Klagen gegen einen Gesellschafter oder gegen eine aus gesellschaftsrechtlicher Verantwortlichkeit haftende Person sind auch die schweizerischen Gerichte am Wohnsitz oder, wenn ein solcher fehlt, diejenigen am gewöhnlichen Aufenthalt des Beklagten zuständig.

³ Für Klagen aus Verantwortlichkeit infolge öffentlicher Ausgabe von Beteiligungspapieren und Anleihen sind ausserdem die schweizerischen Gerichte am Ausgabeort zuständig. Diese Zuständigkeit kann durch eine Gerichtsstandsvereinbarung nicht ausgeschlossen werden.

Art. 148

2. Haftung für
ausländische
Gesellschaften

Für Klagen gegen die nach Artikel 154 haftenden Personen sowie gegen die ausländische Gesellschaft, für die sie handeln, sind zuständig:

- a. die schweizerischen Gerichte am Wohnsitz oder, wenn ein solcher fehlt, diejenigen am gewöhnlichen Aufenthalt des Beklagten, oder
- b. die schweizerischen Gerichte am Ort, an dem die Geschäftsführung der Gesellschaft tatsächlich besorgt wird.

Art. 149

III. Anwendbares Recht
1. Grundsatz

¹ Gesellschaften unterstehen dem Recht des Staates, nach dem sie organisiert sind, wenn sie die darin vorgeschriebenen Publizitäts- oder Registrierungsvorschriften erfüllen oder, falls solche Vorschriften nicht bestehen, wenn sie sich nach dem Recht dieses Staates organisiert haben.

² Erfüllt eine Gesellschaft diese Voraussetzungen nicht, so untersteht sie dem Recht des Staates, in dem ihre Geschäftsführung tatsächlich besorgt wird.

Art. 150

2. Umfang Unter Vorbehalt der Artikel 151–156 bestimmt das auf die Gesellschaft anwendbare Recht insbesondere:
- a. die Rechtsnatur;
 - b. die Entstehung und den Untergang;
 - c. die Rechts- und Handlungsfähigkeit;
 - d. den Namen oder die Firma;
 - e. die Organisation;
 - f. die internen Beziehungen, namentlich diejenigen zwischen der Gesellschaft und ihren Mitgliedern;
 - g. die Haftung aus Verletzung gesellschaftsrechtlicher Vorschriften;
 - h. die Haftung für ihre Schulden, und
 - i. die Vertretung der aufgrund ihrer Organisation handelnden Personen.

Art. 151

- IV. Sonderanknüpfungen
1. Ansprüche aus öffentlicher Ausgabe von Beteiligungspapieren und Anleihen
- Ansprüche aus öffentlicher Ausgabe von Beteiligungspapieren und Anleihen aufgrund von Prospekten, Zirkularen und ähnlichen Bekanntmachungen können nach dem auf die Gesellschaft anwendbaren Recht oder nach dem Recht des Staates geltend gemacht werden, in dem die Ausgabe erfolgt ist.

Art. 152

2. Namens- und Firmenschutz
- ¹ Wird in der Schweiz der Name oder die Firma einer im schweizerischen Handelsregister eingetragenen Gesellschaft verletzt, so richtet sich deren Schutz nach schweizerischem Recht.
- ² Ist eine Gesellschaft nicht im schweizerischen Handelsregister eingetragen, so richtet sich der Schutz ihres Namens oder ihrer Firma nach dem auf den unlauteren Wettbewerb oder nach dem auf die Persönlichkeitsverletzung anwendbaren Recht.

Art. 153

3. Beschränkung der Vertretungsmacht
- Eine Gesellschaft kann sich nicht auf die Beschränkung der Vertretungsmacht eines Organs oder eines Vertreters berufen, die dem Recht des Staates unbekannt ist, in dem die andere Partei ihre Niederlassung oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt hat, es sei denn die andere Partei habe diese Beschränkung gekannt oder habe sie kennen müssen.

Art. 154

4. Haftung für
Schulden aus-
ländischer Ge-
sellschaften

Werden die Geschäfte einer Gesellschaft, die nach ausländischem Recht gegründet worden ist, in der Schweiz oder von der Schweiz aus geführt, so untersteht die Haftung der für sie handelnden Personen schweizerischem Recht.

Art. 155

V. Zweignieder-
lassung auslän-
discher Gesell-
schaften in der
Schweiz

¹ Eine Gesellschaft mit Sitz im Ausland kann in der Schweiz eine Zweigniederlassung haben. Diese Zweigniederlassung untersteht schweizerischem Recht.

² Die Vertretungsmacht einer solchen Zweigniederlassung richtet sich nach schweizerischem Recht. Mindestens eine zur Vertretung befugte Person muss in der Schweiz Wohnsitz haben und im Handelsregister eingetragen sein.

³ Der Bundesrat erlässt die näheren Vorschriften über die Pflicht zur Eintragung in das Handelsregister.

Art. 156

VI. Sitz-
verlegung
1. vom Ausland
in die Schweiz

¹ Eine ausländische Gesellschaft kann sich ohne Liquidation und Neugründung dem schweizerischen Recht unterstellen, wenn das ausländische Recht es gestattet, die Gesellschaft die Voraussetzungen des ausländischen Rechts erfüllt und die Anpassung an eine schweizerische Rechtsform möglich ist.

² Der Bundesrat kann die Unterstellung unter das schweizerische Recht auch ohne Berücksichtigung des ausländischen Rechts zulassen, insbesondere wenn erhebliche schweizerische Interessen es erfordern.

³ Eine Gesellschaft, die nach schweizerischem Recht eintragungspflichtig ist, wird dem schweizerischen Recht unterstellt, wenn sie nachweist, dass der Mittelpunkt der Geschäftstätigkeit in die Schweiz verlegt wird und wenn sie sich dem schweizerischen Recht angepasst hat.

⁴ Eine Gesellschaft, die nach schweizerischem Recht nicht eintragungspflichtig ist, wird dem schweizerischen Recht unterstellt, wenn der Wille, dem schweizerischen Recht zu unterstehen, deutlich erkennbar ist, eine genügende Beziehung zur Schweiz besteht und die Anpassung an das schweizerische Recht erfolgt ist.

⁵ Eine Kapitalgesellschaft hat vor der Eintragung durch einen Revisionsbericht einer vom Bundesrat hierzu ermächtigten Revisionsstelle nachzuweisen, dass ihr Grundkapital nach schweizerischem Recht gedeckt ist.

Art. 157

2. von der
Schweiz ins
Ausland

¹ Eine schweizerische Gesellschaft kann sich ohne Liquidation und Neugründung ausländischem Recht unterstellen, wenn sie nachweist:

- a. dass die Voraussetzungen nach schweizerischem Recht erfüllt sind;
- b. dass sie nach ausländischem Recht fortbesteht, und
- c. dass sie unter Hinweis auf die bevorstehende Änderung des Gesellschaftsstatuts ihre Gläubiger öffentlich zur Anmeldung bestehender Ansprüche aufgefordert hat.

² Bis die Gläubiger befriedigt oder ihre Forderungen sichergestellt sind, kann die Gesellschaft dafür in der Schweiz betrieben werden.

³ Eine im schweizerischen Handelsregister eingetragene Gesellschaft kann nur gelöscht werden, wenn glaubhaft gemacht wird, dass die Gläubiger befriedigt oder ihre Forderungen sichergestellt sind, oder wenn die Gläubiger mit der Löschung einverstanden sind.

⁴ Die Bestimmungen über vorsorgliche Schutzmassnahmen im Falle internationaler Konflikte im Sinne von Artikel 16 des Bundesgesetzes vom 30. September 1955¹⁾ über die wirtschaftliche Kriegsvorsorge sind vorbehalten.

Art. 158

VII. Ausländische
Entscheidungen

¹ Ausländische Entscheidungen über gesellschaftsrechtliche Ansprüche werden in der Schweiz anerkannt, wenn sie im Staat ergangen sind,

- a. in dem die Gesellschaft ihren Sitz hat oder wenn sie dort anerkannt werden;
- b. in dem der Ausgabeort der Beteiligungspapiere oder Anleihen liegt, oder
- c. in dem der Beklagte seinen Wohnsitz oder seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat.

² Ausländische Entscheidungen werden nicht anerkannt, wenn der Haftende seinen Wohnsitz in der Schweiz hatte.

10. Kapitel: Konkurs und Nachlassvertrag**Art. 159**

I. Anerkennung

¹ Ein ausländisches Konkursdekret, das am Wohnsitz des Schuldners ergangen ist, wird auf Antrag der ausländischen Konkursverwaltung oder eines Konkursgläubigers anerkannt:

¹⁾ SR 531.01

- a. wenn das Dekret im Staat, in dem es ergangen ist, vollstreckbar ist;
- b. wenn kein Verweigerungsgrund nach Artikel 25 dieses Gesetzes vorliegt, und
- c. wenn der Staat, in dem das Dekret ergangen ist, Gegenrecht hält.

² Hat der Schuldner eine Zweigniederlassung in der Schweiz, so ist ein Verfahren nach Artikel 50 Absatz 1 des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs¹⁾ bis zur Rechtskraft des Kollokationsplanes nach Artikel 165 dieses Gesetzes zulässig.

Art. 160

II. Verfahren 1. Zuständigkeit

¹ Ein Antrag auf Anerkennung des ausländischen Konkursdekrets ist an das zuständige Gericht am Ort des Vermögens in der Schweiz zu richten.

² Befindet sich Vermögen an mehreren Orten, so ist das zuerst angerufene Gericht zuständig.

³ Forderungen des Gemeinschuldners gelten als dort gelegen, wo der Schuldner des Gemeinschuldners Wohnsitz hat.

Art. 161

2. Sichernde Massnahmen

Sobald die Anerkennung des ausländischen Konkursdekrets beantragt ist, kann das Gericht auf Begehren des Antragstellers die sichernden Massnahmen nach den Artikeln 162–165 des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs¹⁾ anordnen.

Art. 162

3. Veröffentlichung

¹ Die Entscheidung über die Anerkennung des ausländischen Konkursdekrets wird veröffentlicht.

² Die Anerkennung wird dem Betreibungsamt, dem Konkursamt, dem Grundbuchamt und dem Handelsregister am Ort des Vermögens, sowie gegebenenfalls dem Bundesamt für geistiges Eigentum mitgeteilt. Das Gleiche gilt für den Abschluss, die Einstellung und den Widerruf des Verfahrens.

Art. 163

III. Rechtsfolgen 1. Im allgemeinen

¹ Die Anerkennung des ausländischen Konkursdekrets zieht, soweit dieses Gesetz nichts anderes vorsieht, für das in der Schweiz

¹⁾ SR 281.1

gelegene Vermögen des Schuldners die konkursrechtlichen Folgen des schweizerischen Rechts nach sich.

² Die Fristen nach schweizerischem Recht beginnen mit der Veröffentlichung der Entscheidung über die Anerkennung.

³ Es wird weder eine Gläubigerversammlung noch ein Gläubigerausschuss gebildet.

Art. 164

2. Anfechtungsklage

Die Anfechtungsklage untersteht den Artikeln 285–292 des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs¹⁾. Sie kann auch durch die ausländische Konkursverwaltung oder durch einen dazu berechtigten Konkursgläubiger erhoben werden.

Art. 165

3. Kollokationsplan

¹ In den Kollokationsplan werden nur aufgenommen:

- a. die pfandversicherten Forderungen nach Artikel 219 des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs¹⁾, und
- b. die nichtpfandversicherten Forderungen gemäss Artikel 219 Absatz 4 (1.–4. Klasse) des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs¹⁾ von Gläubigern mit Wohnsitz in der Schweiz.

² Zur Kollokationsklage nach Artikel 250 des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs¹⁾ sind nur Gläubiger mit Wohnsitz in der Schweiz berechtigt.

³ Ist ein Gläubiger in einem ausländischen Verfahren teilweise befriedigt worden, so ist dieser Teil im schweizerischen Verfahren auf die Konkursdividende anzurechnen.

Art. 166

4. Verteilung
a. Anerkennung des ausländischen Kollokationsplanes

¹ Ein Überschuss nach Befriedigung der Gläubiger gemäss Artikel 165 Absatz 1 dieses Gesetzes wird der ausländischen Konkursverwaltung oder den berechtigten Konkursgläubigern zur Verfügung gestellt.

² Dieser Überschuss darf erst zur Verfügung gestellt werden, wenn der ausländische Kollokationsplan anerkannt worden ist.

³ Für die Anerkennung des ausländischen Kollokationsplanes ist das schweizerische Gericht zuständig, welches das ausländische Konkursdekret anerkannt hat. Es überprüft insbesondere, ob die

¹⁾ SR 281.1

Forderungen von Gläubigern mit Wohnsitz in der Schweiz im ausländischen Kollokationsplan angemessen berücksichtigt werden. Diese Gläubiger werden angehört.

Art. 167

b. Nichtanerkennung des ausländischen Kollokationsplanes
 Wird der ausländische Kollokationsplan nicht anerkannt, so ist ein Überschuss an die Gläubiger der fünften Klasse gemäss Artikel 219 Absatz 4 des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs¹⁾ zu verteilen.

Art. 168

IV. Anerkennung ausländischer Nachlassverträge und ähnlicher Verfahren
 Ein von der zuständigen ausländischen Behörde ergangenes Dekret aufgrund eines Nachlassvertrages oder eines ähnlichen Verfahrens wird in der Schweiz anerkannt. Die Artikel 159–163 gelten sinngemäss. Die Gläubiger mit Wohnsitz in der Schweiz werden angehört.

11. Kapitel: Internationale Schiedsgerichtsbarkeit

Art. 169

I. Geltungsbereich
¹ Die Bestimmungen dieses Kapitels gelten für Schiedsgerichte mit Sitz in der Schweiz, sofern beim Abschluss der Schiedsvereinbarung wenigstens eine Partei ihren Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt nicht in der Schweiz hatte.

² Der Sitz des Schiedsgerichts wird von den Parteien oder der von ihnen benannten Schiedsgerichtsinstitution, andernfalls von den Schiedsrichtern bezeichnet.

Art. 170

II. Schiedsfähigkeit
¹ Gegenstand eines Schiedsverfahrens kann jeder vermögensrechtliche Anspruch sein.

² Ist eine Partei ein Staat, ein staatlich beherrschtes Unternehmen oder eine staatlich kontrollierte Organisation, so kann sie nicht unter Berufung auf ihr eigenes Recht die Schiedsfähigkeit in Frage stellen, die Gegenstand der Schiedsvereinbarung ist.

Art. 171

III. Schiedsvereinbarung
¹ Die Schiedsvereinbarung hat schriftlich, durch Telegramm oder Telex zu erfolgen.

¹⁾ SR 281.1

² Die Schiedsvereinbarung ist gültig, wenn sie dem von den Parteien gewählten, dem auf die Streitsache, insbesondere dem auf den Hauptvertrag anwendbaren oder dem schweizerischen Recht entspricht.

³ Gegen eine Schiedsvereinbarung kann nicht eingewendet werden, der Hauptvertrag sei ungültig oder die Schiedsvereinbarung beziehe sich auf einen noch nicht entstandenen Streit.

Art. 172

IV. Rechts-
hängigkeit

Das Schiedsverfahren ist hängig, sobald eine Partei mit einem Rechtsbegehren den oder die in der Schiedsvereinbarung bezeichneten Schiedsrichter anruft, oder wenn die Vereinbarung keinen Schiedsrichter bezeichnet, sobald eine Partei das Verfahren zur Bildung des Schiedsgerichts einleitet.

Art. 173

V. Verfahren

¹ Das Verfahren vor dem Schiedsgericht wird durch die Parteien bestimmt, unmittelbar oder durch Verweisung auf eine institutionelle Schiedsgerichtsordnung oder auf ein bestimmtes Verfahrensrecht. Die Artikel 175–177 sind vorbehalten.

² Haben die Parteien das Verfahren nicht selber geregelt, so wird es durch das Schiedsgericht festgelegt. Subsidiär ist das Recht des Kantons sinngemäss anzuwenden, in dem das Schiedsgericht seinen Sitz hat.

Art. 174

VI. Mitwirkung
des staatlichen
Richters

¹ Ist ein schweizerischer Richter mit der Ernennung eines Schiedsrichters betraut, so wird er diesem Begehren stattgeben, wenn eine summarische Prüfung nicht ergibt, dass zwischen den Parteien keine Schiedsvereinbarung besteht.

² Ist die Mitwirkung des staatlichen Richters erforderlich, so trifft der Richter des Kantons, in dem das Schiedsgericht seinen Sitz hat, die geeigneten Massnahmen.

Art. 175

VII. Entschei-
dung nach
Billigkeit

Die Parteien können das Schiedsgericht ermächtigen, nach Billigkeit zu entscheiden.

Art. 176

VIII. Bestreitung der Zuständigkeit
 1 Will eine Partei die Zuständigkeit des Schiedsgerichts bestreiten, so ist diese Einrede vor der Einlassung auf die Hauptsache zu erheben.

2 Wird die Zuständigkeit bestritten, so befindet das Schiedsgericht über seine Zuständigkeit durch Vorentscheid. Erscheint die Einrede der Unzuständigkeit so sehr mit der Streitsache selbst verknüpft, dass darüber nicht getrennt entschieden werden kann, so wird über die Einrede im Endurteil entschieden.

Art. 177

IX. Rechtsmittel
 1. Grundsatz
 1 Der Entscheid des Schiedsgerichts über seine Zuständigkeit kann beim schweizerischen Gericht am Sitz des Schiedsgerichts angefochten werden.

2 Der Sachentscheid des Schiedsgerichts kann, soweit er nicht die Zuständigkeit betrifft, wegen offensichtlicher Rechtsverweigerung oder wegen Willkür beim schweizerischen Gericht am Sitz des Schiedsgerichts angefochten werden.

3 Die Kantone bezeichnen hierfür eine einzige Instanz; gegen deren Entscheide ist jedes kantonale Rechtsmittel ausgeschlossen.

Art. 178

2. Verzicht auf Rechtsmittel
 1 Hat keine der Parteien Wohnsitz, gewöhnlichen Aufenthalt oder eine Niederlassung in der Schweiz, so können sie, sobald das Schiedsgericht bestellt ist, diesem gegenüber erklären, dass die Entscheide des Schiedsgerichts nicht an schweizerische Gerichte weitergezogen werden dürfen.

2 Soll ein Entscheid in der Schweiz vollstreckt werden, so gilt das New Yorker Übereinkommen vom 10. Juni 1958¹⁾ über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche sinngemäss.

Art. 179

X. Hinterlegung und Rechtskraftbescheinigung
 1 Die Parteien können auf ihre Kosten beim schweizerischen Gericht am Sitz des Schiedsgerichts eine Ausfertigung des Entscheids hinterlegen.

2 Auf Antrag der Parteien stellt das Gericht eine Rechtskraftbescheinigung aus.

¹⁾ SR 0.277.12

³ Verzichten die Parteien auf die Hinterlegung des Entscheides, so bescheinigt das Schiedsgericht auf Antrag einer Partei, dass der Schiedsspruch nach den Bestimmungen dieses Gesetzes ergangen ist; eine solche Bescheinigung ist der gerichtlichen Hinterlegung gleichwertig.

Art. 180

XI. Ausländische Schiedssprüche

Die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche richtet sich nach dem New Yorker Übereinkommen vom 10. Juni 1958¹⁾ über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche.

12. Kapitel: Schlussbestimmungen

1. Abschnitt: Aufhebung und Änderung bisherigen Rechts

Art. 181

I. Aufhebung bisherigen Rechts

Mit dem Inkrafttreten dieses Gesetzes werden aufgehoben:

- a. das Bundesgesetz vom 25. Juni 1891²⁾ betreffend die zivilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter;
- b. die Artikel 418 *b* Absatz 2, 935 Absatz 2 und 952 Absatz 2 des Obligationenrechts³⁾;
- c. Artikel 14 der Schluss- und Übergangsbestimmungen zum Obligationenrecht³⁾;
- d. Artikel 85 des Bundesgesetzes über den Strassenverkehr⁴⁾.

Art. 182

II. Änderung bisherigen Rechts

Das Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege⁵⁾ wird wie folgt geändert:

Art. 43 Randtitel und Abs. 1

Berufungsgründe
a. Bundesrecht und Staatsverträge

¹ Mit Berufung kann geltend gemacht werden, der angefochtene Entscheid beruhe auf Verletzung des Bundesrechts mit Einschluss der durch den Bund abgeschlossenen Staatsverträge. Wegen Verletzung verfassungsmässiger Rechte der Bürger ist die staatsrechtliche Beschwerde vorbehalten.

¹⁾ SR 0.277.12

²⁾ BS 2 737; AS 1972 2819, 1977 237

³⁾ SR 220

⁴⁾ SR 741.01

⁵⁾ SR 173.110

*Art. 43 a (neu)*b. ausländisches
Recht

¹ Die Berufung ist auch zulässig wegen Verletzung von ausländischem Recht, wenn dessen Anwendung durch das Bundesgesetz vom ...¹⁾ über das internationale Privatrecht vorgeschrieben ist.

² Mit Berufung kann geltend gemacht werden, der angefochtene Entscheid wende das ausländische Recht nicht oder nicht richtig an oder er stelle die Unmöglichkeit der Ermittlung des ausländischen Rechts zu Unrecht fest.

*Art. 49*b. Vor- und Zwischenentscheide
über Zuständigkeit

¹ Gegen selbständige Vor- und Zwischenentscheide der in Artikel 48 Absätze 1 und 2 bezeichneten Instanzen über die Zuständigkeit ist wegen Verletzung bundesrechtlicher Vorschriften über die sachliche, die örtliche oder die internationale Zuständigkeit die Berufung zulässig.

² Ausgenommen ist ein nach Artikel 177 Absatz 1 des Bundesgesetzes vom ...¹⁾ über das internationale Privatrecht ergangener Entscheid einer kantonalen Instanz über die Zuständigkeit eines internationalen Schiedsgerichts.

³ Die staatsrechtliche Beschwerde wegen Verletzung von Artikel 59 der Bundesverfassung ist vorbehalten.

2. Abschnitt: Übergangsbestimmungen**Art. 183**

I. Nichtrückwirkung

¹ Entstehung und Wirkung eines vor Inkrafttreten dieses Gesetzes abgeschlossenen Sachverhaltes oder Rechtsvorgangs richten sich nach bisherigem Recht.

² Entstehung und Wirkung eines vor Inkrafttreten dieses Gesetzes begründeten und auf Dauer angelegten Sachverhaltes oder Rechtsvorgangs richten sich bis zum Inkrafttreten dieses Gesetzes nach bisherigem Recht. Mit dem Inkrafttreten dieses Gesetzes richtet sich die Wirkung nach neuem Recht.

Art. 184II. Übergangsrecht
1. Zuständigkeit

¹ Für Klagen oder Begehren, die im Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Gesetzes hängig sind, bleiben die angerufenen schweizerischen Gerichte oder Behörden zuständig, auch wenn nach diesem Gesetz ihre Zuständigkeit nicht mehr begründet wäre.

² Klagen oder Begehren, die vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes von schweizerischen Gerichten oder Behörden mangels Zuständig-

¹⁾ AS ...

keit zurückgewiesen wurden, können nach Inkrafttreten dieses Gesetzes erneut erhoben werden, wenn nach diesem Gesetz eine Zuständigkeit begründet ist und der Rechtsanspruch noch geltend gemacht werden kann.

Art. 185

2. Anwendbares
Recht

Für Klagen oder Begehren, die im Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Gesetzes in erster Instanz hängig sind, bestimmt sich das anwendbare Recht nach diesem Gesetz.

Art. 186

3. Anerkennung
und
Vollstreckung
ausländischer
Entscheidungen

Für Begehren auf Anerkennung oder Vollstreckung ausländischer Entscheide, die im Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Gesetzes hängig sind, richten sich die Voraussetzungen der Anerkennung oder Vollstreckung nach diesem Gesetz.

3. Abschnitt: Referendum und Inkrafttreten**Art. 187**

¹ Dieses Gesetz untersteht dem fakultativen Referendum.

² Der Bundesrat bestimmt das Inkrafttreten.