

Ordre public im Zeitgeist

Folie 1

Vortrag gehalten von Prof. Dr. Jolanta Kren Kostkiewicz an der Jahresversammlung der Konferenz der kantonalen Aufsichtsbehörden im Zivilstandsdienst (KAZ) in Solothurn, am Freitag, den 25. April 2014.

Anmerkung: Der Vortragsstil ist weitgehend beibehalten.

Folie 2

INHALTSÜBERSICHT:

I. Einleitung

II. Wesen des *Ordre public*

- A. Schweizerischer *Ordre public***
- B. Internationaler *Ordre public***
- C. *Ordre public* in Staatsverträgen**
- D. Rechtsumgehung?**
- E. Folgen des Eingreifens des *Ordre public***

III. Relativität des *Ordre public*

- A. Zeitliche Relativität**
- B. Örtliche Relativität**
- C. Vorfrage und Hauptfrage**

IV. Beispiele aus der Praxis

A. Namensrecht

B. Eheschliessung

C. Wirkungen der Ehe

D. Ehescheidung

E. Kindesrecht

V. Schlussbemerkung

VI. Literatur- und Materialienverzeichnis

VII. Anhang

I. Einleitung

Folie 4

Im Zeitalter, wo internationale Verflechtung kein Fremdwort mehr ist und die fast unbegrenzte Freiheit eines jeden sein angeborenes Recht, werden der Gesetzgeber, die zuständigen Gerichte und Behörden mit neuen Herausforderungen konfrontiert. Es wandelt sich nicht nur die Gesellschaft, sondern gerade auch deren Ansprüche an den Gesetzgeber und die rechtsanwendenden Behörden. Wobei wir beim Thema meines Vortrags wären: *Ordre public* im Zeitgeist. Als Ausgangspunkt kann ein Zitat von Marie Freifrau von Ebner-Eschenbach, einer österreichischen Novellistin, dienen:

Die Moral, die gut genug war für unsere Väter, ist nicht gut genug für unsere Kinder.

(Marie Freifrau von Ebner-Eschenbach [1830–1916], österreichische Erzählerin, Novellistin und Aphoristikerin)

Selbstverständlich ist der *Ordre public* nicht nur mit der Moral gleichzustellen. Dennoch erscheint mir dieses Zitat als ein guter Einstieg zum heutigen Thema, denn beiden ist die Wahrung unumstösslicher Grundwerte gemeinsam. Bevor ich jedoch zum eigentlichen Thema komme, möchte ich eine kleine Einführung in die Eigenheit des IPR wagen, um Ihnen danach das Wesen des *Ordre public* näher zu erläutern. Hierzu ist es unumgänglich, Sie mit dem Wesen des Internationalen Privatrechts und dessen wesentlichen Begrifflichkeiten bekannt zu machen.

Folie 5

Die Funktion des IPR ist es, den Anwendungsbereich gleichzeitig geltender, aber inhaltlich verschiedener Rechtsordnungen für die Lösung eines internationalen Sachverhalts abzugrenzen.

In einem engeren Sinne versteht man deshalb unter dem Begriff „Internationales Privatrecht“ (IPR) Normen, die einen Bezug zu mehr als nur einer nationalen Rechtsordnung (sog. Auslandsbezug, Auslandsbeziehung, internationaler Sachverhalt) aufweisen und die jenes nationale Recht bestimmen, das auf privatrechtliche Sachverhalte anzuwenden ist. Das so verstandene IPR entscheidet mit anderen Worten darüber, welche Privatrechtsordnung zur Anwendung kommt, falls ein Sachverhalt Beziehungen zu zwei oder mehreren Staaten hat.

Damit will das IPR eine Kollision von mehreren theoretisch in Frage kommenden Rechtsordnungen vermeiden. Deshalb wird das IPR auch „Kollisionsrecht“ genannt (engl.: *conflict of laws*, frz.: *conflits de lois*, it.: *diritto di collisione*).

Die Kollisionsnormen des IPR erteilen der in der Sache entscheidenden Behörde bzw. dem urteilenden Gericht einen Rechtsanwendungsbefehl; das IPR kann folglich auch als „Rechtsanwendungsrecht“ bezeichnet werden.

Das IPR beurteilt einen Sachverhalt nicht direkt, sondern weist dessen Entscheidung einem bestimmten nationalen Recht zu, weshalb es auch „Verweisungsrecht“ genannt wird.

Die Rechtsnormen zeichnen sich im Allgemeinen dadurch aus, dass sie in abstrakter Weise einen rechtlich relevanten Vorgang (Sachverhalt) beschreiben. Diese Beschreibung stellt den gesetzlichen Tatbestand dar. An die Verwirklichung dieses Tatbestandes knüpft die Rechtsnorm eine, ebenfalls abstrakt formulierte, Rechtsfolge.

Folie 6

Die Rechtsnormen werden grundsätzlich in Sachnormen und Kollisionsnormen unterteilt. Dabei soll eine Sachnorm einen Lebenssachverhalt oder Teile davon möglichst abschliessend regeln – also unmittelbar über einen bestimmten Sachverhalt entscheiden. Eine Kollisionsnorm hingegen formuliert ihren Tatbestand als eine abstrakte Rechtsfrage und entscheidet in ihrer Rechtsfolge nicht unmittelbar, sondern weist die Entscheidung einer Rechtsordnung zu.

Folie 7

Charakteristisch für die Sachnormen ist das „*Wenn-dann-Schema*“: Wenn die Tatbestandsmerkmale erfüllt sind, dann tritt die rechtlich vorgesehene Folge ein.

Beispiel:

Art. 641 Abs. 1 ZGB: Eigentümer einer Sache (= abstrakter gesetzlicher Tatbestand) kann in den Schranken der Rechtsordnung über die Sache nach seinem Belieben verfügen (= abstrakte Rechtsfolge).

Das Gericht, das einen Lebenssachverhalt zu beurteilen hat, vergleicht diesen mit dem gesetzlichen Tatbestand und stellt ihn unter die entsprechende Rechtsnorm (sog. *Subsumtion*). Lässt sich der Lebenssachverhalt unter den gesetzlichen Tatbestand subsumieren, so wird die in der Rechtsnorm vorgesehene Rechtsfolge angeordnet.

Der Aufbau einer selbständigen Kollisionsnorm (Rechtsanwendungsnorm) gleicht weitgehend demjenigen einer Sachnorm. Auch die Kollisionsnorm enthält einen abstrakten Tatbestand sowie eine abstrakte Rechtsfolge. Allerdings ist diese Rechtsfolge wegen der speziellen Funktion des IPR wesentlich anders.

Während die Sachnormen auf der Rechtsfolgeseite eine materielle Entscheidung (Sachentscheidung) treffen, bestimmen die Kollisionsnormen bloss die für die Sachentscheidung massgebliche Rechtsordnung. Die Entscheidung in der Sache selbst muss dieser Rechtsordnung erst entnommen werden.

Folie 8

Die Tatbestandsseite einer Kollisionsnorm umfasst regelmässig zwei Elemente: Einen Verweisungsbegriff (Anknüpfungsgegenstand) und den Anknüpfungsbegriff (Anknüpfungspunkt). Die Rechtsfolgeseite enthält die Rechtsanwendungsregel.

Der **Verweisungsbegriff** ist ein von der Kollisionsnorm verwendeter und materiell-rechtlich formulierter Systembegriff – die abstrakt umschriebene Rechtsfrage, für welche die Verweisung auf eine bestimmte Rechtsordnung ausgesprochen wird (z.B. Ehe, Kindesverhältnis, Vertrag). Das setzt stillschweigend voraus, dass in der verwiesenen Rechtsordnung ein entsprechender materieller Rechtssatz besteht. Der Verweisungsgegenstand einer Kollisionsnorm ist aber in der Regel erheblich abstrakter gefasst als der Tatbestand einer Sachnorm, da die Erstere eine grössere Anzahl von Sachverhalten erfassen soll. Es wird deshalb auch vom „*Sammelbegriff*“ gesprochen.

Der Verweisungsbegriff grenzt gleichzeitig den Anwendungsbereich der Kollisionsnormen voneinander ab und kann – muss aber nicht – mit den Systembegriffen der anderen nationalen Rechtsordnung übereinstimmen.

Beim **Anknüpfungsbegriff** handelt es sich um ein Merkmal, das den Verweisungsbegriff mit einer Rechtsordnung verbindet. D.h., nach diesem Kriterium erklärt die Kollisionsregel die eine oder die andere Rechtsordnung für anwendbar. Dies geschieht durch Bezugnahme auf ein abstraktes Element des Sachverhaltes, das sich in einer Person (Staatsangehörigkeit oder Wohnsitz), in einem Gegenstand (Lageort der Sache) oder in einer Handlung (Vornahme einer letztwilligen Verfügung) verwirklicht.

Rechtsfolge einer selbständigen Kollisionsnorm (Verweisung) ist die Anwendung der über den Anknüpfungsbegriff gewonnenen Rechtsordnung. Diese Rechtsfolge unterscheidet grundsätzlich die Kollisionsnormen von den Sachnormen. Eine Sachnorm verpflichtet den Adressaten zu einem bestimmten Verhalten (Tun, Dulden oder Unterlassen). Die Kollisionsnorm bestimmt hingegen nur, in welcher Rechtsordnung nach solcher Anweisung gesucht werden muss. Die mit dem Anknüpfungsbegriff identifizierte Rechtsordnung wird mit anderen Worten für die entscheidende Behörde als massgeblich bezeichnet.

Die Rechtsfolge der Kollisionsnorm besteht somit nicht in einer unmittelbaren materiell-rechtlichen Folge (wie Schadenersatz für die begangene unerlaubte Handlung), sondern in der Massgeblichkeit eines bestimmten Rechts, das über die materielle Rechtsfolge entscheidet. Das für anwendbar erklärte Recht nennt man dann die *lex causae*, oder nach altem Sprachgebrauch abstrakt „Statut“, z.B. „Ehestatut“.

Folie 9

Der Anknüpfungsbegriff ist mit anderen Worten das massgebliche Kriterium zur Bestimmung des anwendbaren Rechts.

Welcher der in Frage kommenden Rechtsordnungen die Kollisionsnorm den Verweisungsbegriff (z.B. Wirkungen der Ehe) unterstellt, hängt notwendigerweise von der Verbindung ab, die der Tatbestand zu einem bestimmten Rechtsgebiet aufweist. Mit anderen Worten,

zu welchem Rechtsgebiet der engste sachliche Zusammenhang besteht. Hier kommen in Betracht vor allem Beziehungen zwischen Personen, Gegenständen oder Handlungen, die im Lebenssachverhalt vorkommen einerseits und einem Rechtsgebiet andererseits. Diese Verbindungen werden durch die Anknüpfungsbegriffe wie der Wohnsitz, die Staatsangehörigkeit, der Wille der Parteien, der Ort des Vertragsschlusses oder der Ort einer deliktischen Handlung usw. hergestellt. Das durch den Anknüpfungsbegriff gewonnene Recht wird als *lex causae* bezeichnet.

Jeder Anknüpfungsbegriff enthält drei Elemente: ein Subjekt, ein Attribut dieses Subjekts und einen Zeitpunkt.

Als Subjekt kann eine Person (z.B. ein Kind), als Objekt eine Sache (z.B. ein Grundstück), ein Ereignis (z.B. eine unerlaubte Handlung) oder ein subjektives Recht (z.B. ein Immaterialgüterrecht) sein.

Beim Attribut geht es um die Eigenschaft des Subjekts bzw. des Objekts, welche die Beziehung zwischen diesen und einer bestimmten Rechtsordnung herstellt. Diese Attribute können entweder beweglich (z.B. Staatsangehörigkeit oder Wohnsitz einer Person, Lageort einer Mobilie) oder unbeweglich (z.B. Lageort einer Immobilie) sein.

Jeder Anknüpfungsbegriff enthält auch einen zeitlichen Faktor, den massgeblichen Zeitpunkt, welcher für die Bestimmung der anwendbaren Rechtsordnung unerlässlich ist. Dieser Zeitpunkt wird in der Kollisionsregel oft nicht ausdrücklich genannt, sondern muss durch Auslegung ermittelt werden.

Beispiel: **Art. 69 IPRG**

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.*

Folie 10

Für das Verständnis der Thematik des *Ordre public* ist ebenfalls die Unterscheidung zwischen einer Verweisungsnorm und einer Anerkennungsnorm von Bedeutung. Im Gegensatz zu einer Verweisungsnorm, welche die anwendbare Rechtsordnung bestimmt, regelt die Anerkennungsnorm, unter welchen Voraussetzungen ein ausländischer Entscheid wie ein entsprechender, inländischer Entscheid zu behandeln ist.

II. Wesen des Ordre public

Mit seinen Kollisionsnormen bezweckt das IPR Entscheidungsharmonie herzustellen, wobei nicht die Anwendung des eigenen Rechts im Vordergrund steht und auch nicht die Anwendung des „besten“ materiellen Rechts. Die Kollisionsnormen gehen von der Gleichwertigkeit der verschiedenen Rechtsordnungen aus und bezwecken die kollisionsrechtliche Gerechtigkeit. Mit anderen Worten kommt es im IPR darauf an, diejenige Rechtsordnung zu finden, die mit dem Lebenssachverhalt am engsten verknüpft ist. In dieser Rechtsordnung soll der zu beurteilende Lebenssachverhalt seinen Schwerpunkt, seinen „Sitz“ haben.

Geprägt wurde das heutige Verweisungsrecht durch FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY, welcher bereits im Jahre 1849 im achten Band seines Werkes *System des heutigen römischen Rechts* festhielt, dass die Aufgabe des IPR dahingeht, „*dass bei jedem Rechtsverhältnis dasjenige Rechtsgebiet aufgesucht werde, welchem dieses Rechtsverhältnis seiner eigenthümlichen Natur nach angehört oder unterworfen ist (worin dasselbe seinen Sitz hat).*“

Das moderne internationale Privatrecht nimmt bewusst in Kauf, dass das Kollisionsrecht auf eine ausländische Rechtsordnung verweist, deren Rechtsfolgen uns unbekannt sind oder befremdlich erscheinen. Bildlich gesprochen: Die Befolgung der Kollisionsnormen ist ein Sprung ins Dunkle.

Trotzdem darf das schweizerische Rechtsempfinden nicht in Vergessenheit geraten. Die schweizerischen Gerichte und Behörden sollen nicht die ausländischen Rechtsnormen, welche das heimische Rechtsempfinden verletzen, in jedem Fall anwenden. Der Gesetzgeber hat hierzu einige Korrekturbehelfe in das IPRG eingeführt.

Folie 12

Vollständigkeitshalber und der Systematik des IPRG folgend ist zunächst die Ausnahmeklausel als Korrekturbehelf anzuführen, mittels welcher in erster Linie der kollisionsrechtlichen Gerechtigkeit Rechnung getragen wird.

Bei Ausnahmeklauseln im Allgemeinen handelt es sich um Anknüpfungsnormen, die zwar alternativ neben die Grundsatzanknüpfung treten, jedoch im Gegensatz zu alternativen Anknüpfungen die Anwendung einer anderen als der grundsätzlich verwiesenen Rechtsordnung in Ausnahmefällen erlauben.

Solche Kollisionsnormen sind rechtspolitisch umstritten. Sie ermöglichen es einerseits dem Gericht, in besonderen Fällen ein kollisionsrechtlich gerechteres oder (aus der Warte des IPR) gerechter erscheinendes Ergebnis zu erzielen. Andererseits werden aber dadurch Autorität und Verlässlichkeit der Kollisionsnormen untergraben, was die Rechtssicherheit erheblich beeinträchtigt.

Auch das schweizerische IPRG kennt eine allgemeine Ausnahmeklausel, welche es dem Richter gestattet, ausnahmsweise ein anderes Recht anzuwenden als dasjenige, welches vom IPRG als anwendbar bezeichnet wird. Der Wortlaut der Bestimmung lautet:

Art. 15 IPRG

¹ *Das Recht, auf das 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.*

Diese Ausnahmeklausel ist das Eingeständnis des Gesetzgebers, dass die nationale IPR-Gesetzgebung keinesfalls allen Kollisionsfällen mit ausländischem Bezug gerecht werden kann, weshalb den rechtsanwendenden Gerichten und Behörden ein gewisser Freiraum offen stehen muss, um „unvernünftigen“ Ergebnissen vorbeugen zu können.

Ein weiterer Korrekturbefehl ist der in Art. 17 IPRG statuierte Vorbehalt des *Ordre public*, welcher in Ausnahmesituationen, die schweizerischen Gerichte und Behörden von der Anwendung des ausländischen Rechts entbindet. Gemäss dieser Norm soll die Anwendung von Bestimmungen eines ausländischen Rechts ausgeschlossen sein, wenn dies zu einem Ergebnis führen würde, das mit dem schweizerischen *Ordre public* unvereinbar ist.

Folie 13

Ein weiterer Korrekturbefehl des IPRG findet sich in Art. 18, wonach bestimmte zwingende Bestimmungen des schweizerischen Rechts, sogenannte *lois d'application immédiates*, unbeschadet des anwendbaren ausländischen Rechts, punktuell zur Anwendung kommen. Die Bestimmung lautet:

Art. 18 IPRG

Vorbehalten bleiben Bestimmungen des schweizerischen Rechts, die wegen ihres besonderen Zweckes, unabhängig von dem durch dieses Gesetz bezeichneten Recht, zwingend anzuwenden sind.

Folie 14

Das eingangs zitierte Wort von LEO RAAPE „*Die Verweisung auf das ausländische Recht ist ein Sprung ins Dunkle*“ veranschaulicht bildhaft die Rechtssituation, die sich aus dem Charakter der IPR-Kollisionsregeln ergibt. „Man springt also ins Dunkle in der stillen Hoffnung auf eine glückliche Rettung. Wenn sich diese Hoffnung nicht erfüllt, muss allenfalls ein allzu enttäuschendes Ergebnis korrigiert werden. Diesen generellen Vorbehalt nennt man allgemein *Ordre public* (*ordine pubblico, public policy*).“¹

Es bestehen mit anderen Worten dort Grenzen, wo die an sich gebotene Anwendung des ausländischen Rechts im konkreten Fall gegen unsere Grundauffassungen oder gegen bestimmten Zweck einer inländischen Norm verstösst und es damit für den nationalen Gesetzgeber bei aller Bejahung einer übernationalen Völkergemeinschaft und Gleichwertigkeit der Rechtsordnungen unzumutbar wird, das durch die Kollisionsnorm gefundene Recht anzuwenden. Der Begriff des *Ordre public* und der Rechtsgedanke, der dahinter steht, ist in der ganzen Welt verbreitet.

Alle IPR-Kollisionsrechte kennen diesen Vorbehalt, sei es im geschriebenen oder ungeschriebenen Recht. In der Schweiz galt der *Ordre public* vor Inkrafttreten des IPRG als ungeschriebenes Gewohnheitsrecht.

Da, wie gesagt, die Verweisung auf das ausländische Recht häufig ein Sprung ins Dunkle ist, ist der *Ordre public* ein Korrekturbefehl, mit dem das Gericht eine materiell-privatrechtliche Korrektur vornehmen und damit ein Werturteil nachholen kann, das die weitgehend nur kollisionsrechtlich wertende Norm nicht berücksichtigt hat.

¹ FURRER/GIRSBERGER/SIEHR, SPR XI/1, Rz 815.

Der *Ordre public* ist eine Generalklausel, ein allgemeiner Vorbehalt, der den Kollisionsregeln des Besonderen Teils eine Schranke setzt. Der Gesetzgeber hat bewusst auf eine inhaltliche Umschreibung bzw. eine Definition verzichtet. So stellte bereits das Bundesgericht in einem Entscheid aus dem Jahre 1938 fest:

Folie 15

«Den Begriff des ordre public in allgemein gültiger Weise zu umschreiben, fällt schwer. Die Doktrin anerkennt selber, dass es sich hier um den noch unerkanntesten und unfertigsten Teil des internationalen Privatrechtes handelt und dass eine in jedem einzelnen Fall durchgreifende Vorbehaltsklausel schlechterdings kaum aufzustellen ist (BGE 64 II 88 E. 5 S. 97).»

Der Begriff des *Ordre public* gehört zum „Handwerkzeug“ der Gerichte und der rechtsanwendenden Behörden, auf deren Werturteil es in jedem Fall ankommt. Seine Konkretisierung wird gerade ihnen überlassen. Wie eine kurze Zusammenstellung einiger höchstrichterlicher Urteile zeigt, üben sich auch diese in Zurückhaltung und konkretisieren den Begriff des *Ordre public* in formelhaften Aussagen.

Folie 16

Eine Verletzung des *Ordre public* liegt demnach beispielsweise vor:

«wenn sonst das einheimische Rechtsgefühl in unerträglicher Weise verletzt würde»

(BGE 64 II 88 E. 5 S. 98; devisenrechtliche Forderungsbeschränkung);

«wenn grundlegende Vorschriften der schweizerischen Rechtsordnung missachtet werden»

(BGE 76 I 121 E. 3 S. 129; Vertragsrecht/Internationale Schiedsgerichtsbarkeit);

«wenn das schweizerische Rechtsdenken zwingend den Vorrang gegenüber dem anwendbaren (oder angewendeten) ausländischen Recht erheischt» (BGE 78 II 243 E. 4c S. 251; Verjährung des Rückforderungsanspruches aus einem Hinterlegungsvertrag).

Ein Blick auf die Rechtsprechung zeigt auch, dass nicht jede Unvereinbarkeit mit dem einheimischen Rechtsempfinden korrigiert wird. Vielmehr handelt es sich um fundamentale Rechtsgrundsätze. Im Anwendungsbereich des schweizerischen *Ordre public* gehören hierzu insbesondere die grundlegenden materiell-privatrechtlichen Wertungen des OR und ZGB. Beispielhaft können an dieser Stelle der Grundsatz der Vertragstreue (*pacta sunt servanda*), der Grundsatz von Treu und Glauben, der Schutz handlungsunfähiger Personen sowie das Verbot des Rechtsmissbrauchs angeführt werden. Ebenfalls vom Begriff des *Ordre public* können die verfassungsmässigen Rechte umfasst sein. Hingegen ist nicht jede zwingende Norm des schweizerischen Rechts zugleich eine mit *Ordre public*-Gehalt.

Folie 17

Allen Umschreibungen und Anwendungsfällen des *Ordre public* ist aber gemein – und dies ist von grösster Wichtigkeit – dass nicht die Anwendung des ausländischen Rechts für sich allein als stossend erscheint, sondern vielmehr im konkreten Fall das Ergebnis mit dem *Ordre public* unvereinbar ist. Dies veranschaulichen auch die nachfolgenden Aussagen des Bundesgerichts:

«Ein Verstoss gegen den Ordre public liegt nach der Rechtsprechung vor, wenn fundamentale Rechtsgrundsätze verletzt sind, der fragliche Akt mit der schweizerischen Rechts- und Wertordnung - nicht nur in der Begründung, sondern auch im Ergebnis schlechthin unvereinbar ist.» (BGE 119 II 264 E. 3b S. 266; Anerkennung einer Ehe nach Geschlechtsumwandlung).

Dieser Entscheid erging zur Anerkennung einer ausländischen, gleichgeschlechtlichen Ehe. Die „Partnerin“ hatte es versäumt, nach der Geschlechtsumwandlung die Änderung ihrer Identität im Zivilstandsregister verurkunden zu lassen, weshalb die Ehe als gleichgeschlechtlich in der Schweiz nicht anerkannt werden konnte. Den Entscheid findet sich im Anhang.

Folie 18

Ein weiterer Entscheid, welcher jedoch im Anwendungsbereich des Art. 18 IPRG erging, äussert sich zum Erfordernis der Ergebnisorientiertheit des *Ordre public* wie folgt:

«Dieser Vorbehalt greift erst ein, wenn das Ergebnis der Beurteilung nach dem verwiesenen ausländischen Recht ermittelt ist und dieses Ergebnis das einheimische Rechtsgefühl in unerträglicher Weise verletzt bzw. auf stossende Weise Sinn und Geist der eigenen Rechtsordnung widerspricht.» (BGE 128 III 201 E. 1b; Entscheid erging jedoch zu Art. 18 IPRG und dem Rechtsmissbrauchsverbot als zwingende Norm des schweizerischen Rechts).

Folie 19

A. Schweizerischer *Ordre public*

Die Voraussetzungen des Eingreifens des *Ordre public* und dessen Bewertungsmaßstab sind nicht immer gleich. So kann zwischen dem inländischen, dem internationalen und dem staatsvertraglichen *Ordre public* unterschieden werden. Im Anwendungsbereich des schweizerischen *Ordre public* kann auch folgende Unterscheidung getroffen werden:

- Art. 17 IPRG: *Ordre public* bei der Rechtsanwendung;
- Art. 27 Abs. 1 IPRG: *Ordre public* bei der Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheide;
- *Ordre public*-Vorbehalte in Einzelbestimmungen des Besonderen Teils des IPRG.

Folie 20

1. *Bei der Rechtsanwendung*

Die massgebende Bestimmung bei der Rechtsanwendung findet sich in Art. 17 IPRG, dessen Marginalie bereits von der „Vorbehaltsklausel“ spricht. Dem Wortlaut nach kommt der Bestimmung eine Kontrollfunktion zu. Dabei wird, wie bereits erläutert, zunächst mittels des Kollisionsrechts das anwendbare Recht ermittelt und angewendet. Erst wenn das Ergebnis im konkreten Fall zu einer Unvereinbarkeit mit dem schweizerischen *Ordre public* führt, wird der entsprechenden Bestimmung die Anwendung versagt.

Für das Eingreifen von Art. 17 IPRG müssen folgende Voraussetzungen erfüllt sein:

- **Anwendung ausländischen Rechts:** Da der Vergleichsmassstab im Anwendungsbereich des Art. 17 IPRG grundsätzlich das schweizerische Recht ist, kann die Vorbehaltsklausel nur zum Zug kommen, wenn auf den Sachverhalt ausländisches Recht anwendbar ist. Findet hingegen das schweizerische Recht Anwendung, weil beispielsweise ein *Renvoi* vorliegt (Art. 14 IPRG) oder der Sachverhalt einen engeren Bezug zum schweizerischen Recht hat (Art. 15 Abs. 1 IPRG), besteht für die Anwendung der Vorbehaltsklausel kein Platz.
- **Krass ungerechtes Ergebnis im konkreten Fall:** Art. 17 IPRG ist zudem nur anwendbar, wenn die Anwendung ausländischen Rechts im konkreten Fall zu einem krass ungerechten Ergebnis führt, welches das einheimische Rechtsgefühl in unerträglicher Weise verletzt bzw. gegen fundamentale Rechtsgrundsätze der schweizerischen Rechtsordnung verstösst. Der Korrekturbefehl des *Ordre public* ist somit ergebnisbestimmt.
- **Zurückhaltende Anwendung:** Bei der Anwendung des *Ordre public*-Vorbehalts muss zudem stets beachtet werden, dass es sich um einen Ausnahmebefehl handelt, weshalb bei seiner Anwendung grosse Zurückhaltung geboten ist. Es ist nämlich nicht das Ziel, dem ausländischen Recht gänzlich die Anwendung zu versagen. Vielmehr besteht in der Regel zur anwendbaren Rechtsordnung die engste Beziehung und deren Anwendung findet gerade im schweizerischen Kollisionsrecht ihre Berechtigung. Es ist deshalb möglich, dass uns unbekannte, ungerecht erscheinende Rechtssätze der ausländischen Rechtsordnung Anwendung finden. Im Ergebnis aber durchaus nicht stossend sind.
- **Werturteil:** An dieser Stelle soll berücksichtigt werden, dass der *Ordre public* eine Generalklausel ist und eben gerade dem Wandel der Zeit unterliegt. Folglich haben die rechtsanwendenden Behörden im Anwendungsbereich des Art. 17 IPRG ein gewisses Ermessen. Auf die Relativität des *Ordre public* wird später eingegangen.

- **Binnenbeziehung (?)**: Ob eine Binnenbeziehung gegeben sein muss oder nicht, ist in der Lehre umstritten. Das Bundesgericht vertritt die Auffassung, dass das Eingreifen des *Ordre public* einen Inlandsbezug voraussetzt und folgert daraus, dass je geringer der Bezug des Sachverhalts zur Schweiz ist, desto gewichtiger muss der Verstoss gegen die schweizerischen Wertvorstellungen sein, damit ein *Ordre public*-Verstoss vorliegt.²

Meines Erachtens ist diese Auffassung – vor allem bei der Rechtsanwendung – falsch. Erstens verzichtet der Wortlaut von Art. 17 IPRG auf eine entsprechende Nennung dieser Voraussetzung und zweitens bedarf es zur Anwendung des IPRG überhaupt erst eines internationalen Sachverhalts. Ein entsprechender Binnenbezug ist somit eine unabdingbare Voraussetzung, dass die schweizerischen Gerichte und Behörden überhaupt tätig werden. Ebenfalls ist es falsch, dass der Gerechtigkeitsgehalt des Ergebnisses im Anwendungsbereich des Art. 17 IPRG je nach dem, ob es einen Inländer oder einen Ausländer trifft, variiert.

Folie 21

2. *Bei der Anerkennung und Vollstreckung*

Neben der Vorbehaltsklausel in Art. 17 IPRG ist gerade bei ausländischen Zivilstandsereignissen der schweizerische *Ordre public* bei der Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheide von Bedeutung. Gemäss Art. 32 Abs. 1 IPRG wird eine ausländische Entscheidung oder Urkunde über den Zivilstand aufgrund einer Verfügung der kantonalen Aufsichtsbehörde in die Zivilstandsregister eingetragen. Die Eintragung wird insbesondere bewilligt, wenn die Voraussetzungen von Art. 25-27 IPRG erfüllt sind.

² BGE 94 II 297; BGE 78 II 243.

Art. 25 und 26 IPRG regeln die Anerkennungsvoraussetzungen eines ausländischen Entscheids. Zunächst muss die indirekte internationale Zuständigkeit des Erlassstaates gegeben sein und die Entscheidung muss gemäss dessen Recht rechtskräftig sein bzw. es darf kein ordentliches Rechtsmittel gegen den Entscheid geltend gemacht werden können. Damit ein Entscheid anerkannt wird, dürfen ferner keine Verweigerungsgründe vorliegen. Diese sind in Art. 27 IPRG abschliessend aufgezählt. Art. 27 IPRG umfasst sowohl den Vorbehalt des materiell-rechtlichen als auch des verfahrensrechtlichen *Ordre public* (Fehlen einer gehörigen Ladung, Missachtung wesentlicher Verfahrensgrundsätze, nicht beachtete schweizerische Litispendenz oder eine *res iudicata*).

Liegt ein Verweigerungsgrund vor, wird dem Entscheid in der Schweiz die Anerkennung versagt. Gemäss Art. 27 Abs. 1 IPRG liegt eine Verletzung des materiell-rechtlichen *Ordre public* dann vor, wenn die Anerkennung der im Ausland ergangenen Entscheidung offensichtlich mit dem schweizerischen *Ordre public* unvereinbar ist.

Folie 22

Vergleicht man die Formulierungen in Art. 17 und Art. 27 Abs. 1 IPRG, so fällt auf, dass in der zweiten Bestimmung das Wort „*offensichtlich*“ eingefügt ist. Damit bezweckt der Gesetzgeber, dass der *Ordre public*, der ohnehin nicht leichtfertig heranzuziehen ist, als Ausnahmebehelf bei der Anerkennungs- und Vollstreckungsverweigerung noch restriktiver gehandhabt werden soll als bei der direkten Anwendung ausländischen Rechts.

Dies ist auch durchaus richtig. Geht es doch bei Art. 17 IPRG um die Anwendung ausländischen Rechts und dessen Vereinbarkeit mit schweizerischen Wertmassstäben. Hingegen ist im Anwendungsbereich von Art. 27 Abs. 1 IPRG bereits eine ausländische Entscheidung ergangen. Eine inhaltliche Überprüfung des Entscheids ist nicht angebracht. So auch Art. 27 Abs. 3 IPRG, welcher das Verbot

der *révision au fond* statuiert. Schliesslich sollen hinkende Rechtsverhältnisse so weit wie möglich verhindert werden. Kurz gesagt: Die Unterschiede zwischen Art. 17 und 27 IPRG sind:

- Art. 17 IPRG ist anwendbar im Erkenntnisverfahren und erfüllt die Korrekturfunktion bei der Anwendung ausländischen Rechts.
- Art. 27 IPRG betrifft die Anerkennung oder Vollstreckung eines ausländischen Urteils in der Schweiz. Dabei soll geprüft werden, ob das im Ausland gefällte Urteil in der Schweiz ausnahmsweise nicht anerkannt oder vollstreckt werden kann, weil sein Inhalt mit dem schweizerischen Rechtsempfinden „*offensichtlich*“ unvereinbar ist.

Folie 23

Eine schöne Formulierung zum materiellen *Ordre public* findet sich im folgenden Urteil des Bundesgerichts aus dem Jahre 2005 zur Neffenadoption. Der Entscheid findet sich ebenfalls im Anhang.

BGer v. 21.12.2005, 5A.20/2005 E. 3.3:

„Gemäss Art. 27 Abs. 1 IPRG kann eine ausländische Entscheidung in der Schweiz nicht anerkannt werden, wenn die Anerkennung mit der schweizerischen öffentlichen Ordnung offensichtlich unvereinbar wäre. Eine Anerkennung verstösst dann gegen den materiellen Ordre public, wenn das einheimische Rechtsgefühl durch die Anerkennung und Vollstreckung eines ausländischen Entscheides in unerträglicher Weise verletzt würde, weil dadurch grundlegende Vorschriften der schweizerischen Rechtsordnung missachtet werden. Die (ex officio zu prüfende) Anwendung des Ordre public-Vorbehaltes ist im Bereich der Anerkennung ausländischer Entscheide nach dem Wortlaut des Gesetzes restriktiver als im Bereich der Anwendung des fremden Rechts gemäss Art. 17 IPRG.“

3. In Einzelbestimmungen des IPRG

Konkretisierungen des *Ordre public* finden sich ebenfalls in Einzelbestimmungen des Besonderen Teils des IPRG. Durch sie soll den grundlegenden Werten des Zusammenlebens Nachachtung verschafft werden.

Beispielsweise bestimmt Art. 34 Abs. 1 IPRG, dass die Rechtsfähigkeit dem schweizerischen Recht untersteht und so der grosszügigen Regelung in Art. 11 ZGB – rechtsfähig ist jedermann – allgemeine Geltung verschafft wird.

Als weiteres Beispiel kann **Art. 45 Abs. 2 IPRG** angeführt werden:

² Sind Braut oder Bräutigam Schweizer Bürger oder haben beide Wohnsitz in der Schweiz, so wird die im Ausland geschlossene Ehe anerkannt, wenn der Abschluss nicht in der offenbaren Absicht ins Ausland verlegt worden ist, die Vorschriften des schweizerischen Rechts über die Eheungültigkeit zu umgehen.

Die Bestimmung veranschaulicht den *Ordre public* insofern, als die Rechtsumgehung ausdrücklich nicht toleriert wird.

Folie 25

Eine Konkretisierung des *Ordre public* findet sich ebenfalls im Scheidungsstatut:

Art. 61 Abs. 3 IPRG

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.

Diese Bestimmung ist als gesetzliche Regel i.S. einer Alternativanknüpfung in das IPRG aufgenommen worden, um zu verhindern, dass eine Ehe nicht geschieden werden kann, weil das ausländische Heimatrecht die Scheidung nicht kennt.

Folie 26

4. Weitere Einzelbestimmungen des IPRG

Weitere Bestimmungen finden sich im Haftpflichtrecht und Wettbewerbsrecht. Sie statuieren eine Höchstgrenze für gewisse Ansprüche, avisieren somit die sog. *punitive damages* des anglo-amerikanischen Rechtssystems.

Art. 135 Abs. 2 IPRG

² *Unterstehen Ansprüche aus Mängeln oder mangelhafter Beschreibung eines Produktes ausländischem Recht, so können in der Schweiz keine weitergehenden Leistungen zugesprochen werden, als nach schweizerischem Recht für einen solchen Schaden zuzusprechen wären.*

Art. 137 Abs. 2 IPRG

² *Unterstehen Ansprüche aus Wettbewerbsbehinderung ausländischem Recht, so können in der Schweiz keine weitergehenden Leistungen zugesprochen werden als nach schweizerischem Recht für eine unzulässige Wettbewerbsbehinderung zuzusprechen wären.*

Folie 27

B. Internationale Ordre public

Der **nationale** *Ordre public*, welcher auf der inländischen Rechtsanschauung beruht, ist vom **internationalen** *Ordre public* abzugrenzen. Gemeint ist damit ein *Ordre public*, der sich an internationalen Werten orientiert und die Aussicht hat, mit demselben Inhalt in mehreren Staaten angewandt und anerkannt zu werden. Als internationaler *Ordre public* werden zum Teil solche Grundsätze bezeichnet, die der Völkerrechtsordnung angehören, zum Teil wird er auch mit dem *ius cogens* des Völkerrechts gleichgesetzt.

Nach anderer Auffassung gehört zum internationalen *Ordre public* der allen Völkern gemeinsame Kernbestand unverzichtbarer Rechtsgrundsätze bzw. Standards. Diese Auffassung geht weniger vom Völkerrecht als – rechtsvergleichend – von den nationalen Rechten aus.

Der internationale *Ordre public* kommt zum Ausdruck in internationalen Staatsverträgen wie der EMRK oder UN-Kinderrechtskonvention³. Da die Schweiz diese Konventionen ratifiziert hat, handelt es sich um ein unmittelbar anwendbares Konventionsrecht, welches auch den Inhalt des eigenen *Ordre public* bestimmt.

Gerade bei der Beurteilung von internationalen Schiedssprüchen ist gemäss Art. 190 Abs. 2 lit. e IPRG der internationale und nicht der nationale *Ordre public* massgebend, welcher aus den grundlegenden Rechtsgrundsätzen der beteiligten Rechtsordnungen gewonnen wird.

Folie 28

C. Ordre public in Staatsverträgen

Der *Ordre public* kann ebenfalls angerufen werden, wenn es um Kollisionsregeln geht, die in Staatsverträgen enthalten sind. Er ist aber besonders zurückhaltend zu handhaben. Die Vertragsstaaten gehen grundsätzlich von einer möglichst weitgehenden Befolgung der Staatsverträge aus. Mit dem Abschluss von Staatsverträgen, die unter gewissen Voraussetzungen die Anerkennung und die Vollstreckung von im Ausland gefällten Urteilen in der Schweiz vorsehen, hat der Gesetzgeber berücksichtigt und akzeptiert, dass gewisse, von ausländischen Behörden ausgehende Entscheidungen in Bezug auf das materielle Recht allenfalls nicht denjenigen entsprechen, die von einem schweizerischen Richter bei Anwendung des schweizerischen Rechts gefällt würden.⁴ Eine Berufung auf den *Ordre*

³ Übereinkommen vom 20. November 1989 über die Rechte des Kindes (KRK; SR 0.107).

⁴ BGer v. 15.6.2004, 4P.12/2004, E. 2.1.

public kann demnach nicht jedes Mal dann erfolgen, wenn das ausländische Recht, selbst in beachtlicher Weise, vom Bundesrecht abweicht.⁵

Vereinheitlichte *Ordre public*-Klauseln finden sich in verschiedenen Staatsverträgen. Hier wird dementsprechend der *Ordre public* durch das Merkmal der offensichtlichen Unvereinbarkeit mit dem *Ordre public* des Forums eingeschränkt.

Folie 29

Als schönes Beispiel kann hier der *Ordre public*-Vorbehalt im Übereinkommen vom 29. Mai 1993 über den Schutz von Kindern und die Zusammenarbeit auf dem Gebiet der Internationalen Adoption (HAÜ; SR 0.211.221.311) angeführt werden.

Gemäss Art. 24 HAÜ kann die Anerkennung einer Adoption in einem Adoptionsstaat versagt werden, wenn die Adoption seiner öffentlichen Ordnung offensichtlich widerspricht. Einen besonderen Stellenwert nimmt hier das zwingend zu berücksichtigende Kindeswohl ein. Eine Adoptionsentscheidung soll dann nicht anerkannt werden, wenn das im Vordergrund stehende überwiegende Kindesinteresse ernsthaft gefährdet ist.

⁵ BGer v. 15.6.2004, 4P.12/2004, E. 2.1; BGE 126 III 534 E. 2c = Pra 2001, Nr. 120; BGE 125 III 443 E. 3d = Pra 2000, Nr. 67.

D. Rechtsumgehung?

Um die Thematik des *Ordre public* abzurunden, darf die Frage nach der Rechtsumgehung und ob sie ebenfalls vom *Ordre public* umfasst ist, nicht in Vergessenheit geraten. Da bei der Rechtsumgehung nicht in erster Linie dem ausländischen Recht die Durchsetzung versagt werden soll, sondern vielmehr die Umgehungsabsicht der Parteien geahndet wird, handelt es sich hier nicht um einen direkten Anwendungsfall des *Ordre public*. Anders gesagt, den beiden Rechtsbehelfen ist jeweils eine andere Funktion inhärent. Der *Ordre public* richtet sich gegen den Inhalt einer ausländischen Bestimmung. Hingegen ist bei der Rechtsumgehung die Art und Weise, wie die Anwendung bewirkt worden ist, verpönt.

Es ist aber durchaus vorstellbar, dass eine Rechtsumgehung auch vom *Ordre public*-Vorbehalt erfasst wird. Ein Beispiel findet sich im bereits erläuterten Art. 45 Abs. 2 IPRG, welcher gerade die Rechtsumgehung als *Ordre public*-widrig konkretisiert.

E. Folgen des Eingreifens des *Ordre public*

1. *Bei der Rechtsanwendung (Art. 17 IPRG)*

Die erste Folge ist, dass der ausländische Rechtssatz, der zu einem stossenden Ergebnis führen würde, nicht angewendet wird. Danach muss gefragt werden, was soll an die Stelle dieses Rechtssatzes treten?

In relativ vielen Fällen genügt es, den *Ordre public*-widrigen Rechtssatz einfach nicht anzuwenden. Diese Lösungsmöglichkeit besteht insbesondere dann, wenn im ausländischen Rechtssatz eine uns ungerecht erscheinende Ausnahme von einer Hauptregel gemacht wird, die ihrerseits nach unserem Rechtsverständnis gerecht ist. Wenn die Ausnahmeregelung nicht angewendet wird, sondern die Hauptregel, dann gelangt man zu einem befriedigenden Resultat.

Entsteht hingegen durch die Anwendung des *Ordre public* im ausländischen Recht eine Lücke, die gefüllt werden muss, dann gibt es folgende weitere Möglichkeiten:

- modifizierte Anpassung des ausländischen Rechts, d. h. Anpassung des ausländischen Rechtssatzes an unser Rechtsverständnis;
- ersatzweise Anwendung schweizerischen Rechts anstelle des *Ordre public*-widrigen ausländischen Rechts;
- Anwendung ausländischen Rechts, das mit dem an sich anwendbaren Recht verwandt, aber nicht gerade *Ordre public*-widrig ist, oder
- Bildung eines neuen Rechtssatzes im Sinne richterlicher Lückenfüllung.

2. Bei der Anerkennung und Vollstreckung von ausländischen Entscheidungen (Art. 27 Abs. 1 IPRG)

Verletzt ein ausländischer Entscheid offensichtlich den schweizerischen *Ordre public*, darf er in der Schweiz nicht anerkannt werden. Dies führt dazu, dass dieser Entscheid weder vorfrageweise noch im eigentlichen Vollstreckungsverfahren irgendwelche Wirkungen entfalten kann. Im Unterschied zu Art. 17 IPRG, wo den rechtsanwendenden Behörden ein gewisser Handlungsspielraum zusteht, wenn eine Bestimmung des ausländischen Rechts den schweizerischen *Ordre public* verletzt, darf im Anwendungsbereich des Art. 27 Abs. 1 IPRG keinesfalls ein neuer Entscheid ergehen.

Folie 32

III. Relativität des *Ordre public*

Da der *Ordre public* zu einem Werturteil nach heimischen Rechtsprinzipien führt, verändert sich dessen Inhalt gleich wie die ihm zugrundeliegenden Wertvorstellungen, d.h. er wird relativiert. Man unterscheidet dabei zwischen zeitlicher und örtlicher Relativität. Ebenfalls kann das Werturteil betreffend die Verletzung des *Ordre public* anders ausfallen, je nachdem, ob dieses Gegenstand einer Vorfrage oder einer Hauptfrage ist.

A. Zeitliche Relativität

Der Begriff der zeitlichen Relativität des *Ordre public* bezieht sich auf die Änderung der Wertvorstellung im Laufe der Zeit. Massgebend ist stets das Verständnis des *Ordre public* zum Zeitpunkt der Entscheidung. Es ist durchaus möglich, dass der Wandel des *Ordre public* aufgrund der zeitlichen Relativität zu einer liberaleren oder auch gerade einer strengeren Bewertung eines konkreten Sachverhalts führt.

Folie 33

B. Örtliche Relativität

Hingegen bezieht sich die örtliche Relativität auf die Intensität des Sachverhalts zur schweizerischen Rechtsordnung. Weist der Sachverhalt nur einen losen Bezug zur Schweiz auf, ist eine Verletzung des *Ordre public* eher zu verneinen.

Nicht zu verwechseln, ist aber der Begriff der örtlichen Relativität mit dem in der Lehre umstrittenen Erfordernis des Binnenbezugs im Anwendungsbereich des Art. 17 IPRG.

C. Vorfrage und Hauptfrage

Im Rahmen der Relativität des *Ordre public* muss ebenfalls danach unterschieden, ob sich die Frage der Verletzung des *Ordre public* im Rahmen einer Vorfrage oder einer Hauptfrage stellt. Die Vorfrage bezieht sich dabei auf ein selbständiges Rechtsverhältnis, welches präjudiziell geklärt werden muss, damit überhaupt erst das auf die Hauptfrage anwendbare inländische oder ausländische Sach- oder Kollisionsrecht ermittelt werden kann.

Beispiel: Erbsprüche eines überlebenden Ehegatten (Hauptfrage) hängen davon ab, ob die Ehe gültig geschlossen wurde (Vorfrage).

Meines Erachtens soll der *Ordre public* nur auf das Endergebnis einer Haupt- oder Teilfrage anwendbar sein, nicht aber auf eine Vorfrage. Die Verletzung des *Ordre public* bereits bei der Vorfrage kann nur bei einer besonders krassen Verletzung des Rechtsempfindens bejaht werden.

IV. Beispiele aus der Praxis

A. Namensrecht

Ein schönes Beispiel für die zeitliche Relativität des *Ordre public* bzw. wie sich das Rechtsempfinden wandeln kann, findet sich im Namensrecht. Obwohl im nachfolgenden Fall nicht direkt die *Ordre public*-Widrigkeit in Frage stand, kann ein guter Vergleich zu dieser gezogen werden.

1. Wandelbarkeit ausländischer Namen

Der Schweizerbürger René Max Huber und die jugoslawische Staatsangehörige Elena Temelkovski meldeten am 5. Dezember 1979 beim Zivilstandsamt Zürich das Eheversprechen an. Die Verkündbewilligung wurde am 7. Dezember 1979 erteilt und das Eheversprechen am 11. Dezember 1979 öffentlich verkündigt. Die Braut verlangte indessen, dass ihr Familienname im Ehe- und Familienregister als "Temelkova" wiedergegeben werde, mit der Begründung, sie werde in den jugoslawischen Zivilstandsurkunden so genannt; Temelkovski stelle einen andern, zudem ausschliesslich männlichen Familiennamen dar. Das Zivilstandsamt Zürich und auf Beschwerde hin die Direktion des Innern des Kantons Zürich wiesen dieses Gesuch ab.

Folie 36

Das angerufene Bundesgericht verneinte die Anpassung an das Geschlecht und hielt am Grundsatz der Unwandelbarkeit des Familiennamens fest:

BGE 106 II 103 E. 3 S. 105 f. (siehe Anhang):

„Das schweizerische Namensrecht wird durch die Unwandelbarkeit des Familiennamens gekennzeichnet. Durch die Heirat erwirbt die Ehefrau den Familiennamen des Ehemannes; die Kinder erhalten den Familiennamen der Eltern. Abweichungen nach dem Geschlecht sind nicht zugelassen. Diesem Grundsatz würde die verlangte Eintragung widersprechen. Entgegen den Ausführungen in der Beschwerdeschrift kann die Möglichkeit nicht völlig ausgeschlossen werden, dass die Beschwerdeführerin bei einer allfälligen Scheidung den früheren Familiennamen wieder annimmt und auf Nachkommen überträgt. Es wäre aber mit dem schweizerischen Namensrecht nicht vereinbar, wenn z.B. männliche Nachkommen mit dem nach dem Geschlecht abgewandelten Familiennamen ihrer Mutter in die schweizerischen Geburtsregister eingetragen würden.“

Die für die Zivilstandsbeamten und –beamtinnen nicht unbedingt schmeichelhafte zusätzliche Begründung des Bundesgerichts lautete: „Die Mehrheit der Zivilstandsbeamten wäre überfordert, wenn sie darüber zu befinden hätten, ob die weibliche Abwandlung eines ausländischen Familiennamens vorliegt und namentlich wie die männliche Form eines in seiner weiblichen Abwandlung bekannten Familiennamens lautet.“

Folie 37

In einem späteren Entscheid änderte das Bundesgericht jedoch seine Praxis:

BGE 131 III 201 E. 3.2.2 S. 207 f. (siehe Anhang):

„Das schweizerische Namensrecht wird durch die Unwandelbarkeit des Familiennamens gekennzeichnet. Daraus lässt sich indessen keine uneingeschränkte Unveränderlichkeit eines im schweizerischen Zivilstandsregister eingetragenen ausländischen Namens ableiten.“

„Die Lösung des Kreisschreibens bedeutet folglich eine Verneinung der geschlechtlichen Identität der Person und ist mit dem Gleichheitssatz (Art. 8 Abs. 3 BV) nicht vereinbar, was die weitere Prüfung einer Verletzung der persönlichen Freiheit sowie der UNO-Kinderrechtskonvention erübrigt. Wohl kann nicht ausgeschlossen werden, dass eine Person oder ihre Nachkommen kein Interesse haben, einen nach einer besonderen ausländischen Regel veränderlichen Namen zu haben. Dies rechtfertigt indessen nicht, gegen das Gleichberechtigungsprinzip zu verstossen, zumal ein Nachkomme gestützt auf Art. 30 ZGB die Möglichkeit hat, seinen Namen in einen unveränderlichen zu ändern.“

Eine Anpassung des Namens an das Geschlecht (was bei der slawischen Namenbezeichnung der Fall ist) konnte bis zu diesem Entscheid nur im Rahmen einer Rechtswahl gemäss Art. 37 Abs. 2 IPRG geschehen. Neu anerkennt das Bundesgericht unter Anrufung von Art. 8 Abs. 3 BV ein rechtlich schutzwürdiges Interesse an einer solchen Anpassung. Diese findet statt im Verfahren auf Namensänderung gemäss Art. 42 Abs. 1 ZGB.

Folie 38

2. Ordre public-Widrigkeit der Ehe (Vorfrage)

M.A. (20-jährig, türkisch-schweizerischer Doppelbürger mit Wohnsitz in Ankara) und F.B. (14-jährig, Türkin mit Wohnsitz in Ankara) heirateten im August 2011 in der Türkei, woraufhin F.B. rechtsgültig den Familiennamen ihres Mannes annahm. Anschliessend zogen sie im Januar 2012 nach Bern. Im Februar 2012 kam ihr gemeinsamer Sohn S. zur Welt.

Mit welchem Familiennamen wird S. im hiesigen Zivilstandsregister eingetragen?

Folie 39

Gemäss Art. 270 Abs. 3 ZGB erhalten Kinder verheirateter Eltern mit einem gemeinsamen Familiennamen diesen Namen. Um die Frage nach dem Familiennamen des S. beantworten zu können, muss deshalb zunächst vorfrageweise die Gültigkeit der Eheschliessung festgestellt werden.

Hier liegt aber gerade das Problem des vorliegenden Falles. Denn aufgrund des zu tiefen Alters der F., welche zum Zeitpunkt der Heirat erst 14-jährig war, wird die Ehe zwischen M. und F. wegen *Ordre public*-Widrigkeit nicht anerkannt. Folglich gelten M. und F. als unverheiratet.

Gemäss Art. 270a Abs. 1 ZGB erhalten Kinder unverheirateter Eltern den Ledignamen der Mutter. Entscheidend für die Bestimmung des Kindesnamens (Hauptfrage) ist somit der Nachname der Mutter F (Vorfrage). Die Klärung dieses Namens stellt demnach eine zur Beantwortung der Hauptfrage notwendigerweise zu erörternde Vorfrage dar.

Folie 40

Vorliegend stellt sich also das Problem der Anerkennung einer ausländischen Namensgebung aufgrund eines Statusaktes.

Dass die Ehe – wie oben aufgezeigt – in der Schweiz nicht anerkannt wird, hat auf die Namensgebung keinen Einfluss. Das vorfragliche Anerkennungssubstrat ist einzig und allein die Namensgebung. Die Rechtsgründe, worauf die türkischen Zivilstandsbehörden die Namensgebung stützten, dürfen von schweizerischen Gerichten nicht überprüft werden (Verbot der *révision au fond*, vgl. Art. 27 Abs. 3 IPRG). Haben die türkischen Behörden die Namensgebung aufgrund der – aus Schweizer Sicht – *Ordre public*-widrigen Heirat vorgenommen, ist jene dennoch anzuerkennen. Die *Ordre public*-Widrigkeit der Ehe bringt nicht per se die *Ordre public*-Widrigkeit aller damit verbundener Nebenfolgen mit sich, da diese im Ergebnis nicht zwingendermassen auch gegen den hiesigen *Ordre public* verstossen.⁶ Im Gegenteil kann es teilweise zu stossenden Ergebnissen führen, wenn Nebenfolgen einer in der Schweiz nicht anerkannten Ehe ebenfalls nicht anerkannt werden.

Auf den vorliegenden Sachverhalt angewendet bedeutet dies, dass die Namensgebung nur dann nicht anerkannt werden dürfte, wenn diese selbst gegen den schweizerischen *Ordre public* verstösse. Dies ist etwa bei diskriminierenden, verhöhnenden oder sonst persönlichkeitsverletzenden Namen denkbar, was im vorliegenden Fall jedoch nicht zur Diskussion stand.

⁶ Hier gilt es anzumerken, dass bei einer vorfrageweisen Anerkennung der *ordre public* nur äusserst restriktiv angewendet werden soll.

Folie 41

Es stellt sich somit die Frage, aufgrund welcher Bestimmungen die Anerkennungsfrage beantwortet werden kann.

Als Vorbemerkung ist festzuhalten, dass unterschieden werden muss zwischen einer neuen Namensgebung in Folge eines namensrechtlich bedeutsamen Ereignisses (Statusakt) und einer Namensänderung i.S.v. Art. 30 ZGB. Art. 37 Abs. 1 IPRG erfasst den ersteren Fall.

Folie 42

Für Namensänderungen ist demgegenüber Art. 38 IPRG einschlägig.

Folie 43

Auch Art. 39 IPRG über die Anerkennung ausländischer Namensänderungen erfasst von seinem Wortlaut her nur die Namensänderungen, nicht jedoch die neue Namensgebung infolge eines Statusaktes.

Folie 44

Vom Wortlaut her ist für die Anerkennung einer ausländischen Namensgebung aufgrund eines Statusaktes jedoch keiner dieser Artikel anwendbar. Es muss folglich eine Lückenfüllung vorgenommen werden. Aus Gründen der Gleichbehandlung von Namensänderung und neuer Namensgebung infolge Statusaktes sowie um hinkende Rechtsverhältnisse zu vermeiden, sollte Art. 39 IPRG analog angewendet werden. Dieser verlangt für die Anerkennung in der Schweiz die Gültigkeit der Namensänderung (oder hier eben neuen Namensgebung) im Wohnsitz- oder Heimatstaat des Gesuchstellers.

Entscheidende Frage ist also, ob die in der Türkei erfolgte neue Namensgebung entweder im Wohnsitz- oder im Heimatstaat von F. gültig ist. Da F. türkische Staatsangehörige ist und dazu im Zeitpunkt ihrer Namensgebung auch Wohnsitz in der Türkei hatte, ist dies offensichtlich der Fall. Diese Anknüpfung entspricht auch der Regelung von Art. 37 Abs. 1 IPRG, wonach der Name einer Person dem Recht am Wohnsitz untersteht. Die Schweizer Behörden haben daher die neue Namensgebung anzuerkennen und F. mit dem Namen „A.“ zu registrieren.⁷

⁷ Zum gleichen Ergebnis kommt man auch, wenn man –wie GEISER/JAMETTI GREINER, BSK Art. 37 N 22.– Art. 37 IPRG sinngemäss anwendet: Das türkische IPR dürfte, mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit auf die Namensgebung, aufgrund einer Heirat in der Türkei zwischen einer Türkin und einem türkisch-schweizerischen Doppelbürger, türkisches Recht für anwendbar erklären. Ebenso zum selben Schluss muss man gelangen, wenn man Art. 31 f. IPRG als ein umfassendes, anerkennungsfreundliches Instrumentarium zur Anerkennung von Zivilstandsakten versteht.

Folie 45

B. Eheschliessung

1. Anerkennung einer gleichgeschlechtlichen Ehe

Am 15. Dezember 1988 wurde in Kopenhagen (Dänemark) die Ehe zwischen dem in der Schweiz heimatberechtigten A. Y. und B. X. aus Brasilien geschlossen. Wie im Verlaufe des Jahres 1990 bekannt wurde, war die Person, die als Braut aufgetreten war, am 6. Oktober 1955 in Brasilien als Sohn des C. R. und der D. S. unter dem Namen F. R. geboren worden. Am 9. Januar 1988 hatte sie sich einer geschlechtsumwandelnden Operation unterzogen. Eine entsprechende Änderung der Zivilstandsregister fand jedoch nicht statt. Bei der Trauung wies sich die als Braut auftretende Person mit einem auf B. X. lautenden Pass aus, in den sie ihr Foto eingesetzt hatte.

Folie 46

Mit Eingabe vom 2. Dezember 1991 stellte B. Y. beim Departement des Innern des Heimatkantons von A. Y. als Aufsichtsbehörde über das Zivilstandswesen das Gesuch, es sei die am 15. Dezember 1988 in Kopenhagen geschlossene Ehe anzuerkennen und das Zivilstandsamt der Heimatgemeinde anzuweisen, den entsprechenden Registereintrag vorzunehmen. Am 4. Mai 1992 verfügte das Departement, dass die Ehe nicht anerkannt und der verlangte Registereintrag verweigert werde.

Folie 47

In seinem Urteil hielt das Bundesgericht folgendes fest:

BGE 119 II 264 E. 3b S. 266 (siehe Anhang):

Ein Verstoss gegen den Ordre public liegt nach der Rechtsprechung vor, wenn fundamentale Rechtsgrundsätze verletzt sind, der fragliche Akt mit der schweizerischen Rechts- und Wertordnung schlechthin unvereinbar ist (BGE 116 II 636; BGE 111 Ia 14 E. 2a mit Hinweisen). Nach dem schweizerischen Rechtsempfinden ist die Ehe die geschlechtliche Vereinigung von Mann und Frau, mit andern Worten von zwei Menschen biologisch unterschiedlichen Geschlechts (HEGNAUER, Grundriss des Eherechts, 2. A., Rz. 4.33; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, N. 6 zu Art. 159 ZGB). Das so verstandene Institut der Ehe untersteht der Ordre public-Klausel (vgl. BGE 114 II 6 E. 4).

Die Ehe wurde folglich in der Schweiz nicht anerkannt.

Folie 48

Heute ist diese Rechtsprechung überholt. Mit dem Partnerschaftsgesetz⁸ wurde das Rechtsinstitut der eingetragenen Partnerschaft eingeführt, mit welchem es zwei Personen gleichen Geschlechts ermöglicht wird, ihre Beziehung rechtlich abzusichern. Die eingetragene Partnerschaft kann heute beim Zivilstandsamt beurkundet werden und begründet eine Lebensgemeinschaft mit gegenseitigen Rechten

⁸ Bundesgesetz vom 18. Juni 2004 über die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare (SR 211.231; PartG).

und Pflichten. Wie später noch aufgezeigt wird, ist die eingetragene Partnerschaft nur in wenigen Bereichen der Ehe nicht gleichgestellt.

Durch die Einführung eines neuen Gesetzes kann somit ein Wandel des *Ordre public* bewirkt werden.

Im Rahmen der Einführung des Partnerschaftsgesetzes fand auch eine neue Bestimmung in das IPRG Eingang – nämlich Art. 45 Abs. 3 IPRG. Diese besagt, dass eine gültig geschlossene Ehe zwischen Personen des gleichen Geschlechts in der Schweiz als eingetragene Partnerschaft anerkannt wird.

Folie 49

2. Verbot der Minderjährigenehe von Ausländern in der Schweiz

Ein Beispiel, dass eine Gesetzesänderung unter dem Gesichtspunkt des *Ordre public* auch zu einer strengeren Haltung führen kann, zeigt sich im Verbot der Minderjährigenehe von Ausländern in der Schweiz.

Letztes Jahr wurden die Gesetzesbestimmungen des IPRG zum Eherecht einer Revision unterzogen. Gemäss Art. 44 Abs. 2 aIPRG konnte eine Eheschliessung zweier ausländischer Brautleute in der Schweiz auch dann erfolgen, wenn sie nicht dem schweizerischen Recht entsprach. Somit war es möglich, dass auch Minderjährige in der Schweiz die Ehe eingehen konnten, sofern es ihr Heimatrecht erlaubte.

Neu bestimmt Art. 44 IPRG, dass auf die Eheschliessung in der Schweiz zwingend schweizerisches Recht anwendbar ist. Eine Minderjährigehe in der Schweiz ist demnach nicht mehr zulässig.

Folie 50

Entsprechend hält die Botschaft zum Bundesgesetz über Massnahmen gegen Zwangsheiraten fest:

„Das Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) soll um eine ausdrückliche Regelung der Eheungültigerklärung ergänzt werden, um die Anwendung der neuen Eheungültigkeitsgründe im internationalen Verhältnis zu erleichtern. Zudem soll im Rahmen des IPRG Zwangsheiraten mit einer restriktiveren Haltung gegenüber Ehen mit Minderjährigen entgegengewirkt werden. Ausgangspunkt ist ein gewandeltes Verständnis des Ordre public. Gestützt darauf werden Eheschliessungen in der Schweiz mit Minderjährigen auch bei Ausländerinnen und Ausländern nicht mehr als akzeptabel betrachtet. Gleichzeitig sollen auch im Ausland geschlossene Ehen mit nach schweizerischem Recht minderjährigen Personen grundsätzlich nicht mehr toleriert werden.“

Folie 51

Die Revision von Art. 44 IPRG fand im Rahmen des Erlasses des Bundesgesetzes über Massnahmen gegen Zwangsheiraten statt. In diesem Zusammenhang ist auf die Bestimmung in Art. 45a IPRG hinzuweisen, welche neu auch den Aufsichtsbehörden die Klagemöglichkeit einräumt, sofern die Ehegatten eine Ehe nicht aus freiem Willen eingegangen sind (Art. 105 Ziff. 5 ZGB und Art. 106 ZGB).

Wie bereits aus dem vorher gezeigten Ausschnitt aus der Botschaft hervorgeht, hat sich das Verständnis des *Ordre public* gewandelt. Neu sollen Eheschliessungen mit Minderjährigen in der Schweiz auch zwischen Ausländern und Ausländerinnen nicht mehr toleriert werden. Als Pendant hierzu werden im Ausland geschlossene Ehen mit nach schweizerischem Recht Minderjährigen grundsätzlich nicht anerkannt.

Folie 52

3. Ehe auf Zeit (*mut`a*)

F und M sind im Iran eine sogenannte Ehe auf Zeit (mut`a), begrenzt auf fünf Jahre, nach schiitischem Recht eingegangen und anschliessend in die Schweiz gezogen. Die Eheleute wollten ihre Ehe nach Zuzug in die Schweiz aufgrund einer im Iran ausgestellten Urkunde im Zivilstandsregister eintragen lassen.

Anmerkung: Die Einrichtung solcher Zeitehen existiert nur im schiitischen Islam, dem 90 Prozent der Iraner angehören. Diese Zeitehe, *mut`a* oder *sigheh* im Persischen, war ursprünglich eine von mehreren Formen der Ehe im vorislamischen Arabien. Etymologisch bedeutet *mut`a* Freude oder Vergnügen. Bereits der zweite Kalif, Omar, hatte sie für aussergesetzlich erklärt; der Entscheid wird aber von den Zwölfer-Schiiten (auch Imamiten genannt) als ungültig angesehen, da sie den Kalifen nie als rechtmässigen Nachfolger des Propheten anerkannten. Ein Schiit kann neben den ihm zugestandenem vier permanenten Ehefrauen so viele Zeitehen eingehen, wie er will, wogegen Frauen nur einen Mann auf Dauer oder Zeit ehelichen dürfen.

Im vorliegenden Fallbeispiel stellt sich die Frage, ob eine Ehe auf Zeit derjenigen nach schweizerischem Rechtsverständnis gleichwertig ist.

Nach schweizerischem Recht ist die Ehe eine auf Dauer angelegte, lebenslängliche Gemeinschaft von Mann und Frau, die erst durch Tod oder Scheidung endet. Eine *mut'a*-Ehe, begrenzt auf eine Dauer von fünfzig oder mehr Jahren, wäre mit einer Ehe nach schweizerischem Recht gleichwertig, nicht aber eine solche, die auf fünf Jahre beschränkt ist. Entsprechend wurde gestützt auf Art. 45 Abs. 1 IPRG eine nach iranischem staatlichem Recht geschlossene *sigheh*-Ehe, begrenzt auf die Dauer von fünfzig Jahren, als eine rechtsgültige und ins Zivilstandsregister eintragungsfähige Eheschliessung anerkannt.

Die zeitliche Beschränkung wurde jedoch auch im letzten Fall vom Bundesgericht als stossend und *Ordre public*-widrig erachtet. Die Entscheidung der zuständigen kantonalen Aufsichtsbehörde, die Ehe auf eine zeitlich unbeschränkte Dauer im Zivilstandsregister verurkunden zu lassen, wurde höchstrichterlich bestätigt⁹.

Folie 53

C. Wirkungen der Ehe

1. Polygame Ehen

M ist mit F und drei weiteren Frauen nach algerischem Recht verheiratet. Alle Beteiligten sind algerische Staatsangehörige und muslimischen Glaubens. Ein Jahr, nachdem die gesamte Familie nach Bern gezogen ist, trennt sich F von M. Vor dem Gericht in Bern verlangt F von M die Zahlung von Unterhalt.

⁹ BGer v. 5.11.2009, 5A_404/2009 E. 3.

Art. 8 des algerischen Familiengesetzbuches (1984):

„Es ist innerhalb der Grenzen der Scharia erlaubt, die Ehe mit mehr als einer Frau einzugehen, wenn das Motiv gerechtfertigt ist, die Bedingungen und die Absicht billig sind und nach vorausgegangener Information der vorherigen und der zukünftigen Ehefrau. [...]“

Anmerkung: Die Ehefrauen müssen nicht ihr Einverständnis erteilen.

Folie 54

Nach schweizerischem Recht erhält die Ehefrau nur einen Trennungsunterhalt, wenn sie gültig mit dem Ehemann verheiratet ist. Vor der Beantwortung der Frage nach der Unterhaltszahlung ist folglich die Vorfrage nach der Anerkennung der Eheschliessung zu beantworten. Gemäss Art. 8 des algerischen Familiengesetzes sind polygame Ehen erlaubt. Ein Einverständnis der bisherigen Ehefrauen ist nicht notwendig, weshalb die Ehe rechtsgültig geschlossen wurde und in der Schweiz anzuerkennen ist. Die Anerkennungsfreudigkeit von Art. 45 Abs. 1 IPRG findet seine Grenzen jedoch im *Ordre public*-Vorbehalt.

Folie 55

„In der Literatur ist die Anerkennung einer im Ausland gültig begründeten polygamen Ehe umstritten. Es geht um die Frage, ob das Prinzip der Monogamie zu den fundamentalen Grundsätzen der schweizerischen Rechts- und Werteordnung gehört. Gemäss Art. 215 StGB ist die Polygamie in der Schweiz eine Straftat. Art. 105 Ziff. 1 ZGB besagt für Binnensachverhalte, dass eine Ehe unbefristet

ungültig ist, wenn zur Zeit der Eheschliessung einer der Ehegatten bereits verheiratet und die frühere Ehe nicht durch Scheidung oder Tod des Partners aufgelöst worden ist. Im Inland eine polygame Ehe einzugehen, ist folglich nicht möglich.

Weiter ist Art. 45 Abs. 2 IPRG für den Fall einschlägig, dass ein Schweizer Bürger oder eine Schweizer Bürgerin oder Personen mit Wohnsitz in der Schweiz die Eheschliessung ins Ausland verlegt haben, in der offenbaren Absicht, Eheungültigkeitsgründe des schweizerischen Rechts – in diesem Fall Art. 105 Ziff. 1 ZGB – zu umgehen. Eine solche offenbare Umgehungsabsicht liegt vor bei unzweideutigen Beweggründen, auf welche nach den gesamten Umständen des Einzelfalles hinreichend zuverlässig geschlossen werden kann. Liegt dieser Spezialfall nicht vor, so bleibt zu diskutieren, ob der Anerkennung von im Ausland geschlossenen polygamen Ehen zwischen Ausländern bzw. zwischen ausländischen und schweizerischen Personen Art. 27 Abs. 1 IPRG entgegensteht.

Bislang ist kein höchstrichterlicher Entscheid zur Anerkennung polygamer Ehen ergangen. Das Bundesgericht entschied aber immerhin im Jahre 2007, dass eine bigame Ehe gegen den *Ordre public* verstösst.¹⁰ [Die kantonale Rechtsprechung ist uneinheitlich.]

In der Lehre werden verschiedene Positionen vertreten. Ein Teil der Lehre geht davon aus, dass polygame Ehen grundsätzlich *Ordre public*-widrig sind. Weitere Lehrmeinungen sprechen sich dagegen für eine grundsätzliche Anerkennung polygamer Ehen aus. Sie halten fest, dass die Nichtanerkennung solcher Ehen einen Eingriff in gelebte Beziehungen darstelle und diese dabei vielleicht zerstört würden. Die wohl herrschende Lehre spricht sich dafür aus, polygame Ehen, die im Ausland gültig geschlossen wurden, nur im Einzelfall und ausnahmsweise anzuerkennen beziehungsweise der zweiten Ehe im Inland gewisse Wirkungen zuzubilligen. Dass diese zugestandenen Wirkungen die Ausnahme sein müssen, wird vor allem mit dem Schutz der ersten Ehefrau begründet, zumal diese die Ehe allenfalls im Glauben eingegangen sei, sie basiere auf den Grundsätzen der Monogamie. Ein Rechtsschutzbedürfnis der zweiten Ehefrau wird meist aber auch als gegeben betrachtet. Ihr wird zum Beispiel ein Unterhaltsanspruch, eine Abfindungssumme für den Unterhalt im Falle eines Unfalles des Ehegatten (vgl. Art. 45 Abs. 3 OR zum Versorgerschaden) sowie ein Erbanspruch zuerkannt. Aus-

¹⁰ BGer v. 25.01.08, 2C.465/2007 E. 4.2.

serdem soll für die während der Ehe mit der zweiten Ehefrau geborenen Kinder die Vermutung der Vaterschaft des Ehemanns gelten.
[...]

Betrachtet man die Entwicklungen in Europa, so ist ein gewisser Konsens auszumachen, dass zwar im Inland geschlossene polygame Ehen nichtig sind, im Ausland gültig eingegangene hingegen ein ubiquitäres Dasein geniessen und gewisse Rechtswirkungen entfalten. Dies ist mit Blick auf das Schutzbedürfnis der Ehefrauen in den Bereichen des Unterhaltsrechts, des Erbrechts oder des Sozialversicherungsrechts durchaus richtig und wichtig.“¹¹

Folie 56

Somit ist auch hier der *Ordre public* nur auf das Endergebnis einer Haupt- oder Teilfrage anwendbar, nicht aber auf eine Vorfrage. Das heisst nur auf die Frage, ob es gegen den *Ordre public* verstösst, wenn der Mann mehr als einen Unterhalt zahlen muss; dies ist zu verneinen bzw. der Fall könnte mit der Situation eines mehrere Male hintereinander verheirateten Mannes verglichen werden, der jeder seiner Ex-Frauen den gesetzlich vorgesehenen, nahehelichen Unterhalt schuldet.

Daraus folgt, dass der Ehemann gegenüber jeder Frau aus dem ehelichen Verhältnis verpflichtet ist und nach schweizerischem Recht zur Zahlung von Unterhalt verpflichtet werden kann, wobei das Existenzminimum des Ehemannes in gebührender Masse zu berücksichtigen ist.

¹¹ BÜCHLER/FINK, Eheschliessungen im Ausland, Die Grenzen ihrer Anerkennung in der Schweiz am Beispiel von Ehen islamischer Prägung, FamPra.ch 1/2008, S. 56 ff.

Folie 57

3. Anerkennung einer ausländischen Privatscheidung (Vertretung)

Die schweizerische Staatsangehörige S und der ghanaische Staatsangehörige G heirateten 2005 in Accra/GH nach ghanaischem Wohnheitsrecht. Die Ehe wurde im Eheregister der Accra Metropolitan Authority eingetragen. Am 08.11.2007 teilte S der kantonalen Aufsichtsbehörde über das Zivilstandswesen mit, dass ihre Ehe mit G in Ghana aufgelöst sei und verlangte die Eintragung der Ehescheidung im schweizerischen Zivilstandsregister. Ihrem Gesuch legte S einen Registereintrag der Accra Metropolitan Authority bei, der verurkundet, dass die Ehe am 01.10.2007 aufgelöst wurde; weiter wurde eine eidesstattliche Erklärung beigelegt, worin sich ein gewisser V als Vater und ein gewisser B als Bruder von G ausgaben und bezeugten, dass die Ehe nach dem massgebenden Wohnheitsrecht aufgelöst worden sei.

Folie 58

Am 30.11.2007 wurde die Eintragung der Eheauflösung verfügt. In der Folge erwog das kantonale Migrationsamt, G die Aufenthaltsbewilligung zu entziehen. Mit Eingabe vom 23.12.2007 ersuchte G die kantonale Aufsichtsbehörde über das Zivilstandswesen um Wiedererwägung und Aufhebung der Verfügung vom 30.11.2007, mit der Begründung, er hätte von der Scheidung keine Kenntnis gehabt. Im Verlauf der über längere Zeit andauernden Abklärungen ging S am 14.12.2008 in Zürich eine neue Ehe mit dem nigerianischen Staatsangehörigen N ein.

Folie 59

Anmerkungen:

Ghanaer können einerseits zwischen der monogamen, standesamtlich bzw. kirchlich zu schliessenden Ehe und andererseits der (potentiell) polygamen, nach Gewohnheitsrecht bzw. nach islamischem Recht zu schliessenden Ehe wählen.

Je nach Art der Ehe stehen verschiedene Formen der Eheauflösung zur Verfügung. Standesamtlich bzw. kirchlich geschlossene Ehen können nur gerichtlich geschieden werden, während gewohnheitsrechtliche Ehen wahlweise gerichtlich oder aussergerichtlich bzw. gewohnheitsrechtlich aufgelöst werden können.

Folie 60

Bei der gewohnheitsrechtlichen Eheauflösung („customary divorce“) treffen im Allgemeinen Repräsentanten der Familien zusammen, und es wird unter Einhaltung bestimmter Formalitäten die Ehe einverständlich aufgelöst. Gemäss sec. 6 f. des „Customary Marriage and Divorce (Registration) Law“ von 1985 können die Ehegatten eine gewohnheits-rechtliche Eheauflösung innert drei Monaten dem zuständigen Standesbeamten zwecks Registrierung mitteilen. Diesem Registrierungs-antrag ist eine eidesstattliche Erklärung der Eltern der Ehegatten oder deren Vertreter beizulegen, worin diese bestätigen, dass die Ehe entsprechend den Vorschriften des anzuwendenden Gewohnheitsrechtes aufgelöst wurde.

Folie 61

Die wichtigsten Grundsätze über die Anerkennung und Vollstreckbarerklärung ausländischer Entscheidungen sind in den Art. 25-27 IPRG enthalten. Damit ein ausländischer Entscheid in der Schweiz anerkannt werden kann, muss unter anderem die indirekte internationale Zuständigkeit des Urteilsstaats gegeben sein. Im Scheidungsrecht findet sich die massgebende Bestimmung in Art. 65 IPRG.

Sowohl Art. 25 als auch Art. 65 IPRG setzen aber voraus, dass es sich um eine „Entscheidung“ handeln muss. In unserem Fall geht es um eine „private Scheidung“, weshalb sich die Frage stellt, ob eine im Ausland ausgesprochene Privatscheidung als „Entscheid“ im Sinne der Art. 25 ff. und Art. 65 IPRG gelten kann.

Allgemeine Bemerkungen: Unter der Herrschaft des NAG¹², ein Vorgänger des IPRG, lehnte das Bundesgericht die Anerkennung einer durch einseitige Erklärung des Ehemannes vorgenommenen islamischen Verstossung ab; nach Art. 7g Abs. 3 NAG könne nur eine Scheidung anerkannt werden, die von einem Gericht „ausgesprochen“ worden ist, was voraussetze, dass der zuständigen Behörde "eine entscheidende Mitwirkung" zukam (BGE 88 I 48 E. 2 S. 50). Die Rechtsprechung, die auf das Kriterium der entscheidenden behördlichen Mitwirkung abstellte, ist bereits zur Zeit der Geltung des NAG kritisiert worden.

Nach dem Inkrafttreten des neuen IPR-Gesetzes ist diese restriktive Praxis in Bezug auf die Frage des „anererkennungsfähigen Entscheides“ abzulehnen. Die Botschaft zum IPR-Gesetz nennt zwar noch das Erfordernis der massgeblichen behördlichen Mitwirkung, lässt indessen auch die Anerkennung von Scheidungen zu, die von religiösen Instanzen ausgesprochen wurden.

¹² Bundesgesetz vom 25. Juni 1891 betreffend die zivilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter.

Die neuere Literatur geht noch einen Schritt weiter; danach sollen auch Privatscheidungen, die ohne - wesentliche - behördliche Mitwirkung vorgenommen werden, gerichtlichen bzw. behördlichen Ehescheidungen gleichgestellt sein und insoweit als anerkennungsfähige Entscheide gelten.

Dieser Auffassung ist beizupflichten. Den Privatscheidungen – auch im Falle des Fehlens einer massgebenden behördlichen Mitwirkung – soll nicht die Entscheidqualität kategorisch abgesprochen werden; dies würde der vom IPRG gewollten liberalen Anerkennungspraxis zuwiderlaufen.

Da in vielen Staaten die Privatscheidung staatlich anerkannt und teilweise sogar die einzig mögliche Form der Eheauflösung ist, wäre eine generelle Nichtanerkennung mit der Begründung, es liege kein anerkennungsfähiger Entscheid vor, sachlich nicht gerechtfertigt und wirklichkeitsfremd.

Hingegen kann einer Eheauflösung, die nach schweizerischem Verständnis völlig unhaltbar ist, viel gezielter durch den schweizerischen *Ordre public*-Vorbehalt gemäss Art. 27 IPRG entgegengewirkt werden.

In einem späteren Entscheid versagte denn auch das Bundesgericht – im Unterschied zu dem vorgängig erwähnten, früheren Urteil – der islamischen Verstossung richtigerweise die Anerkennung nur unter dem Gesichtspunkt des *Ordre public* (BGE 103 Ib 69 E. 3a).

Fazit: Eine im Ausland ausgesprochene Privatscheidung gilt als „Entscheid“ im Sinne der Art. 25 ff. und Art. 65 IPRG und ist daher in der Schweiz grundsätzlich anerkennungsfähig.

Angesichts dieses weit ausgelegten Begriffs des anerkennungsfähigen Entscheides ist aber bei der Prüfung, ob die allgemeinen Anerkennungsvoraussetzungen der Art. 25 ff. IPRG – insbesondere der schweizerische *Ordre public* gemäss Art. 27 Abs. 1 IPRG – erfüllt sind, den Umständen, welche die Privatscheidung begleiten, besondere Aufmerksamkeit zu schenken.

Wie bereits zuvor angegeben, können die Ghanaer zwischen der monogamen, standesamtlich bzw. kirchlich zu schliessenden Ehe einerseits und der potentiell polygamen, nach Gewohnheitsrecht bzw. islamischem Recht zu schliessenden Ehe andererseits, wählen. Je nach Art der Ehe kann zwischen verschiedenen Formen der Eheauflösung unterschieden werden. Für Ehescheidungen monogamer Ehen gilt grundsätzlich der „Matrimonial Causes Act“ aus dem Jahr 1971. Dieser Erlass kommt für monogame Ehen zwingend, für gewohnheitsrechtliche fakultativ zur Anwendung.

Gemäss dessen sec. 6 und 7 können die Ehegatten bei einer gewohnheitsrechtlichen Auflösung der Ehe innerhalb von drei Monaten seit der Auflösung dem Standesbeamten zwecks Registrierung mitteilen, dass die Ehe aufgelöst wurde. Bei der Mitteilung an den Standesbeamten haben die Ehegatten eidesstattlich zu versichern, dass die Ehe entsprechend den Vorschriften des anzuwendenden Gewohnheitsrechts aufgelöst wurde. Diese Versicherung ist von den Eltern der Ehegatten oder deren Vertreter zu bestätigen. Die Mitteilung ist jedoch weder obligatorisch noch Wirksamkeitsvoraussetzung der Ehescheidung.

Im vorliegenden Fall handelt es sich somit um eine Privatscheidung, bei der staatliche Organe nur im Zusammenhang mit der fakultativen Registrierung mitwirken.

Diese wäre nach dem Gesagten folglich anerkennungsfähig.

Nun gilt zu prüfen, ob die allgemeinen Anerkennungsvoraussetzungen im Sinne von Art. 25 ff. IPRG - im vorliegenden Fall der schweizerische *Ordre public* gemäss Art. 27 Abs. 1 IPRG - eingehalten seien.

Gemäss Rechtsprechung und einhelliger Lehrmeinung ist die Eheauflösung als höchstpersönliche und insofern vertretungsfeindliche Rechtshandlung zu verstehen.

Eine Eheauflösung, die ohne Wissen und ggf. gegen den Willen eines oder beider Ehegatten alleine von Repräsentanten derer Familien vereinbart wurde, würde der schweizerischen Rechtsauffassung diametral zuwiderlaufen und könnte unter dem Gesichtspunkt des schweizerischen *Ordre public* nicht anerkannt werden.

Dass die Eheauflösung in Ghana offenbar registriert wurde und gültig ist, schliesst nicht aus, dass der Eheauflösung aus Gründen des schweizerischen *Ordre public* die Anerkennung versagt wird.

Ebenso wenig spricht der Umstand gegen eine Nichtanerkennung, dass die S. zwischenzeitlich wieder eine Ehe eingegangen ist; eine zeitlich später geschlossene Ehe kann nicht den Mangel einer *Ordre public*-widrigen Eheauflösung heilen.

Folie 62

Entsprechend entschied auch das Bundesgericht und versagte der Eheauflösung in Ghana unter dem Gesichtspunkt des *Ordre public* die Anerkennung.

BGE 122 III 344 E. 4b S. 349 f. (siehe Anhang):

Sollten nur Repräsentanten der Familien zusammengetroffen sein und die Ehe bloss ihrerseits einverständlich aufgelöst haben, ohne dass beide Ehegatten anwesend oder damit zumindest einverstanden waren, läge ein Verstoss gegen den materiellen Ordre public im Sinn von Art. 27 Abs. 1 IPRG vor. Gemäss Rechtsprechung und einhelliger Lehrmeinung ist die Eheauflösung nämlich als höchstpersönliche und insofern vertretungsfeindliche Rechtshandlung zu verstehen. Eine Eheauflösung, die ohne Wissen und ggf. gegen den Willen eines oder beider Ehegatten alleine von Repräsentanten derer Familien vereinbart wurde, würde der schweizerischen Rechtsauffassung diametral zuwiderlaufen und könnte unter dem Gesichtspunkt des schweizerischen Ordre public nicht anerkannt werden.

Folie 63

D. Kindesrecht

1. Gemeinsame Adoption eines Kindes im Ausland durch Partner in eingetragener Partnerschaft

Nach der in der Schweiz geltenden Rechtslage ist es in eingetragener Partnerschaft lebenden Personen verboten, Kinder zu adoptieren. Das Verbot verbietet die Einzeladoption durch einen eingetragenen Partner sowie die gemeinschaftliche Adoption durch beide Partner. Ebenfalls ist es nicht zulässig, das Kind des anderen Partners zu adoptieren (sog. Stiefkindadoption). Verheirateten Personen stehen demgegenüber alle drei Varianten der Adoption offen.

Der historische Hintergrund der Bestimmung von Art. 28 PartG liegt darin, dass man möglichst das Scheitern der Gesetzesvorlage verhindern und die Chancen zum Ergreifen eines Referendums minimieren wollte.

Folie 64

Es stellt sich nun jedoch die wichtige Frage, wie es um Adoptionen im Ausland durch Partner in eingetragener Partnerschaft bestellt ist. Insbesondere, ob diese in der Schweiz unter dem Gesichtspunkt des *Ordre public* anerkennungsfähig sind und nicht gegen grundlegende schweizerische Wertvorstellungen verstossen.

Diesbezüglich kann Folgendes gesagt werden:

- *De lege lata* ist eine Einzeladoption durch eine gleichgeschlechtlich orientierte Person in der Schweiz zulässig (Art. 264b ZGB). Lebt diese Person jedoch in eingetragener Partnerschaft, ist ihr eine Adoption verwehrt. Diese Ungleichbehandlung ist stossend. Wieso soll jemand nur aufgrund der registerrechtlichen Publizität und der damit resultierenden – durchaus positiven – eheähnlichen Wirkungen, wie beispielsweise gesetzliche Erbenstellung, benachteiligt werden?
- Des Weiteren erhöht sich die Akzeptanz der Öffentlichkeit gegenüber gleichgeschlechtlich gelebten Partnerschaften. Medienberichte über Adoptionen der Stars gehören zum heutigen Alltag. Zudem ziehen bereits heute gleichgeschlechtliche (auch eingetragene) Partner in die Partnerschaft eingebrachte Kinder gemeinsam gross.
- Wie bereits beim vorherigen Beispiel betreffend die Anerkennung gleichgeschlechtlicher Ehen aufgezeigt, kann die Änderung einer Gesetzeslage einen Wandel des Verständnisses des *Ordre public* bewirken. Im Bereich der Adoption durch eingetragene Partner bestehen Gesetzesvorstösse, wonach die Stiefkindadoption ermöglicht werden soll. Ebenfalls empfiehlt das Ministerkomitee des Europarates, die Einzeladoption durch eingetragene Partner zuzulassen.

Gemäss der Lehre und der behördlichen Praxis stellt die Anerkennung einer im Ausland erfolgten gemeinschaftlichen Adoption durch gleichgeschlechtliche Partner trotz gesetzlichen Verbotes in der Schweiz keine Verletzung des schweizerischen *Ordre public* dar.

Folie 65

2. Problematik der Leihmutterschaft

In der heutigen Zeit erscheint fast alles möglich. So rückt auch die Erfüllung des Kinderwunsches für kinderlos gebliebene Paare mit der Leihmutterschaft in greifbare Nähe. Jedoch hat diese Variante einige rechtliche Tücken. Im Folgenden wird kurz auf die Leihmutterschaft und deren rechtliche Lage in der Schweiz eingegangen.

Als eine Leihmutter bezeichnet man eine Frau, welche bereit ist, durch ein Fortpflanzungsverfahren ein Kind zu empfangen, es auszutragen und nach der Geburt Dritten zu übergeben (Art. 2 lit. k FMedG¹³). Dabei kann grundsätzlich zwischen den nachfolgenden reproduktionsmedizinischen Varianten unterschieden werden:

- Variante 1: Einerseits kann der Leihmutter der Embryo, der das genetische Erbgut der Wunscheltern trägt, implantiert werden. Die *Wunscheltern sind somit die genetischen Eltern des Kindes*. Eine Spaltung geschieht jedoch bei der Mutterschaft, da die gebärende Frau nicht die genetische Mutter des Kindes ist.

¹³ Bundesgesetz vom 18. Dezember 1998 über die medizinisch unterstützte Fortpflanzung (FMedG; SR 810.11)

- Variante 2: Ebenfalls ist es möglich, dass im Unterschied zur ersten Variante, die Eizelle oder das Spermium oder beide von Drittpersonen stammen und dann der Leihmutter implantiert werden, welche später das Kind den Wunscheltern übergibt. Anders als bei der ersten Variante sind hier *die Wunscheltern nicht beide die genetischen Eltern des Kindes*.
- Variante 3: Bei dieser Variante wird die eigenen Eizelle der Leihmutter inseminiert. Auch in diesem Fall kann es sich um Erbgut des auftraggebenden Paares handeln oder um dasjenige einer Drittperson. Beiden Varianten ist gemeinsam, *dass die Leihmutter zugleich die genetische Mutter des Kindes* ist.

Die Leihmutterschaft in der Schweiz verboten. Die massgebenden Gesetzesbestimmungen finden sich in:

Art. 119 Abs. 2 lit. d BV als Gesetzgebungsauftrag:

² *Der Bund erlässt Vorschriften über den Umgang mit menschlichem Keim- und Erbgut. Er sorgt dabei für den Schutz der Menschenwürde, der Persönlichkeit und der Familie und beachtet insbesondere folgende Grundsätze:*

d. Die Embryonenspende und alle Arten von Leihmutterschaft sind unzulässig.

sowie in **Art. 4 FMedG**:

Die Ei- und die Embryonenspende sowie die Leihmutterschaft sind unzulässig.

Obwohl hierzulande verboten, ist bekannt, dass es durchaus Paare gibt, welche eine Frau im Ausland mit der Austragung ihres Kindes beauftragen. Zeugung und Geburt finden im Ausland statt. Nach der Geburt erhalten die Wunscheltern üblicherweise die Geburtsurkunde des Kindes, in welcher ihre Namen vermerkt sind. Dieser Vorgang geschieht in der Regel ohne Wissen der schweizerischen Behörden. Erst wenn es um die Einreise des Kindes in die Schweiz geht, werden die schweizerischen Behörden unter Umständen involviert.

Folgende Varianten können diskutiert werden:

- Das Kind ist Schweizer Bürger und bekommt von der ausländischen schweizerischen Vertretung einen Reisepass und gleichzeitig wird die Heimatbehörde der Eltern involviert.
- Was passiert, wenn die ausländische schweizerische Vertretung zum Schluss gelangt, dass es sich um eine Leihmutterschaft handelt? Mögliche Anhaltspunkte dafür wären: Gleichgeschlechtlichkeit des Paares oder Unstimmigkeiten der Daten (z.B. Einreise ins Geburtsland des Kindes kurz vor dessen Geburt). Dann überprüfen die zuständigen Behörden unter Umständen erst überhaupt, ob eine Leihmutterschaft vorliegt.

Die Einreise des Kindes in die Schweiz wird verweigert. Hier gibt es wiederum zwei Varianten:

- Das Kind ist in einem Staat zur Welt gekommen, der ihm automatisch die Staatsangehörigkeit des Geburtsstaates verleiht (*ius soli*); dann können die Wunscheltern dort den Pass beantragen und in die Schweiz einreisen. Was passiert dann in der Schweiz?
- Die Staatsangehörigkeit wird nicht automatisch verliehen und dem Kind die Einreise verweigert; das Kind wird staatenlos. Was passiert mit dem Kind?

Bei all diesen Beispielen ist insbesondere der Maxime des Kindeswohls grösste Beachtung zu schenken. Neben der Staatenlosigkeit kann die Verweigerung der Anerkennung des Kindesverhältnisses ebenfalls zur Elternlosigkeit des Kindes führen, auf welche später näher eingegangen wird.

Dass die soeben geschilderten Situationen durchaus vorkommen können, zeigt ein Blick ins Ausland:

Folie 66

Gerade in den USA gibt es viele Fruchtbarkeitskliniken. Die Gesetzeslage zur Leihmutterschaft variiert jedoch nach den einzelnen Gliedstaaten.

- Unserer Gesetzeslage ähnlich gibt es Gliedstaaten, in welchen die Leihmutterschaft gesetzlich verboten ist. So beispielsweise in Arizona und dem District of Columbia.
- Als Pendant hierzu gibt es Gliedstaaten ohne jegliche spezifische gesetzliche Regelung zur Leihmutterschaft. Dies bedeutet jedoch nicht, dass eine Leihmutterschaft in diesen Staaten nicht möglich ist. Vielmehr entfaltet lediglich der Leihmutterschaftsvertrag in Bezug auf die wesentlichen Bestimmungen keinerlei Wirkung. Exemplarisch können hier die Gliedstaaten New York und Michigan angeführt werden.
- Daneben gibt es aber Staaten, welche die Leihmutterschaft frei gewähren – einschliesslich der kommerziellen Leihmutterschaft, so beispielsweise Kalifornien und Texas.

Folie 67

Auch Argentinien kennt die Leihmutterschaft, wobei hier keine gesetzliche Regelung besteht. Zudem sind kommerzielle Verträge nicht ausdrücklich verboten.

In Indien bestehen rund 600 Einrichtungen (Stand 2011), welche auf fortpflanzungsmedizinische Behandlung spezialisiert sind. Die Einrichtungen werden privat betrieben und sind nicht unumstritten. Deswegen hat das indische Innenministerium erklärt, dass eine Einreise zwecks Leihmutterschaft gestützt auf ein Touristenvisum seit Beginn des Jahres 2013 nicht mehr zulässig und ein sogenanntes *medical visa* erforderlich ist. Ausländischen Alleinstehenden und gleichgeschlechtlichen Paaren ist der Zugang zur Leihmutterschaft in Indien verwehrt.

Ein weiteres Land, welches für die Leihmutterschaft bekannt ist, ist die Ukraine. Günstige Preise und laxer Gesetzgebung locken viele Paare an, welche sich dort ihren Kinderwunsch erfüllen möchten. In seinem Bericht zur Leihmutterschaft aus dem Jahre 2013 kommt der Bundesrat zum Schluss, dass die Leihmutterschaft ausschliesslich aus finanziellen Gründen eingegangen wird. Die Notlage insbesondere junger Frauen wird ausgenutzt und führt teilweise zu groben Missbräuchen und Missständen. Auch in der Ukraine ist es gleichgeschlechtlichen Paaren verboten, Leihmütter mit der Austragung ihres Wunschkindes zu beauftragen.

Folie 68

Nach dem Gesagten stellt sich nun die wesentliche Frage: Kann ein Kind, welches im Ausland durch eine Leihmutter ausgetragen wurde, in der Schweiz als Kind der Wunscheltern anerkannt werden? Gemäss der aktuellen Praxis (Bericht des Bundesrates vom 29. November 2013) kann das Kindesverhältnis bislang aus nachfolgenden Gründen in der Schweiz nicht anerkannt werden:

- Mit der Beauftragung einer ausländischen Leihmutter ein Kind auszutragen, wird das schweizerische Recht umgangen.
- Durch eine ausländische Leihmutterschaft können die Rechte des Kindes verletzt werden. Erstens kann unter Umständen der Anspruch des Kindes auf die Wahrung seiner eigenen Herkunft verletzt (Art. 7 Abs. 1 KRK). Dies ist beispielsweise dann der Fall, wenn die Eizelle oder das Spermium von einer Drittperson stammen und der Staat, in welchem die Leihmutterschaft erfolgt, nur die anonyme Spende kennt. Ebenfalls erfolgt im Gegensatz zur Adoption bei einer Leihmutterschaft nicht eine Überprüfung der Eignung der Wunscheltern, was das Kindeswohl verletzt.
- Schliesslich verstösst die Kommerzialisierung des Kindes und der Frau gegen unser Rechtsempfinden. Wie bereits am Beispiel der Ukraine gesehen, gehen Frauen aus finanziellen Gründen eine Leihmutterschaft ein und machen so ihren Körper zu einem Warengut.

Die Folgen der Nichtanerkennung des Kindesverhältnisses zu den Wunscheltern können aber gravierend sein:

- Die Wunscheltern in der Schweiz gelten nicht als rechtliche Eltern des Kindes. Hat die Leihmutter (und allenfalls auch ihr Ehemann) vor Geburt des Kindes auf ihre Rechte verzichtet, gilt das Kind im Ausland und in der Schweiz als elternlos.
- Immerhin besteht die Möglichkeit des Wunschvaters, sofern er der genetische Vater ist, das Kind anzuerkennen. Jedoch erst nachdem eine Vaterschaft des Ehemannes der Leihmutter beseitigt wurde.
- Lebt der Wunschvater, welcher zugleich genetischer Vater des Kindes ist, in eingetragener Partnerschaft oder handelt es sich um Konkubinatspartner, darf das Kind in der Schweiz nicht vom anderen Partner adoptiert werden.
- Besteht weder zum Wunschvater noch zur Wunschmutter eine genetische Verbindung, muss der Weg über die Adoption beschritten werden, wobei auch hier die gesetzlichen Einschränkungen für Konkubinatspaare und Partner in eingetragener Partnerschaft gelten.

Bei der Betrachtung dieser Argumente zur Anerkennungspraxis unter dem Gesichtspunkt des *Ordre public* drängt sich deshalb eine Differenzierung auf. Es ist unumgänglich stets den konkreten Einzelfall zu betrachten. Denn man muss sich fragen:

- Besteht eine genetische Verbindung zu einem Elternteil?
- In welchem Staat wurde die Leihmutterschaft in Anspruch genommen? Bestehen Rahmenbedingungen, welche das Wohl der Leihmutter gewährleisten und eine Ausbeutung verhindern?

- Kann das Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung gewahrt werden? Bestehen im beanspruchten Land Datenbanken über die Spender?
- Aus welchen Beweggründen sind die Wunscheltern eine Leihmutter eingegangen?
- Handelt es sich bei den Wunscheltern um ein gleichgeschlechtliches Paar?
- Besteht ein Interesse der Leihmutter das Kind zu behalten oder ist die Übergabe des Kindes mit der Einwilligung der Leihmutter geschehen?

Ebenfalls ist an dieser Stelle in Erinnerung zu rufen, dass bei der Anerkennung eines Entscheides beziehungsweise einer Urkunde ein strengerer Bewertungsmaßstab angelegt wird.

Des Weiteren ist anzuführen, dass die Tatsache, dass ein Verbot der Leihmutter in der Bundesverfassung verankert ist, nicht zwingend mit dem *Ordre public* gleichzusetzen ist. Insbesondere da es sich bei Art. 119 Abs. 2 BV nicht um eine direkt anwendbare Bestimmung handelt.

Nach dem Gesagten drängt sich für den konkreten Fall eine Interessensabwägung auf. Es muss abgewogen werden, ob das Kindeswohl (insbesondere im Hinblick auf die Staatenlosigkeit und Elternlosigkeit des Kindes) gegenüber dem Schutz der Menschenwürde der Leihmutter und dem Interesse der rechtsanwendenden Behörden, Rechtsumgehungen zu verhindern, nicht höher zu werten ist.

3. Anerkennung der genetischen Mutter als Mutter eines Kindes

Wie gerade dargestellt, ist gemäss der heutigen Praxis die Anerkennung des Kindesverhältnisses zu den Wunscheltern aus Gründen der Rechtsumgehung, dem Schutz der Menschenwürde und des Kindeswohls in der Schweiz nicht möglich.

Nun stellt sich aber die Frage, ob die Anerkennung eines Kindesverhältnisses auch aufgrund des Grundsatzes „*mater semper certa est*“, welcher in Art. 252 Abs. 1 ZGB verankert ist, verweigert werden kann. Dieser Grundsatz besagt, dass das Kindesverhältnis zwischen Kind und Mutter mit der Geburt begründet wird.

So entschied auch das Oberlandsgericht Stuttgart in seinem Urteil vom 7. Februar 2012 (8 W 46/12), dass der Rechtsgrundsatz „*mater semper certa est*“ absolut ist und eine Leihmutterschaft nicht zulässt. Dies würde insbesondere auch in der Fallkonstellation, wo die Wunschmutter ihre Eizelle in die Leihmutter implantieren lässt, dazu führen, dass die eigentliche genetische Mutter nicht als Mutter des Kindes anerkannt werden kann.

Anders Entschied in einem ähnlichen Fall der Österreichische Verfassungsgerichtshof (Urteil vom 14.12.2011; B13/11). Solange die Leihmutter nicht zur Austragung des Kindes gezwungen wurde, ist das Kindeswohl höher zu werten als der Rechtsgrundsatz.

Wie sich dieser Grundsatz auf die Anerkennung der Leihmutterschaft in der Schweiz auswirkt, bleibt abzuwarten. *De lege lata* ist es zumindest heute nicht möglich, die Mutterschaft einer gebärenden Frau anzufechten. Es steht der Wunschmutter jedoch die Möglichkeit der Adoption des Kindes offen.

Abschliessend kann zur Problematik der Leihmutterschaft gesagt werden, dass es mit dem Kindeswohl absolut nicht vereinbar ist, wenn das Kind mangels Anerkennung des Kindesverhältnisses staatenlos und elternlos wird. Es darf keinesfalls für das Vorgehen seiner Wunscheltern bestraft werden. Trotzdem ist eine gesetzliche Regelung, welche die Rahmenbedingungen für die Leihmutterschaft statuiert, unumgänglich. Die Leihmutter soll nicht zu einem Warengut degradiert werden.

Damit ein effektiver Schutz erreicht wird und insbesondere um Missbräuchen besser zu begegnen, teile ich die Meinung des Bundesrats, dass auf diesem Gebiet die Zusammenarbeit aller Staaten erforderlich ist. Zurzeit engagiert sich die Schweiz für eine multilaterale Lösung im Rahmen der Haager Konferenz für Internationales Privatrecht.

Folie 70

4. Neffenadoption

X. und Y. (beide albanischer Abstammung) lebten vor ihrer Übersiedlung in die Schweiz 2006 in Serbien-Montenegro, wo sie auch im gleichen Jahr heirateten. Die Ehe blieb kinderlos. B. ist der Bruder von X. und lebt mit seiner Ehefrau C. in D., Republik Serbien. Dieses Ehepaar hat vier Kinder (geboren 2002, 2004, 2006 und 2007). Als die Ehefrau das fünfte Kind erwartete, kamen die beiden Ehepaare überein, dieses Kind, F. (geboren 2008), dem kinderlosen Ehepaar zu überlassen. In der Folge ersuchten X. und Y. im Hinblick auf eine Adoption um eine Pflegeplatzbewilligung für F.

Folie 71

Mit Verfügung vom 31. Mai 2009 erteilte das Amt für Jugend und Berufsberatung des Kantons Zürich, Zentralbehörde Adoption, die definitive Bewilligung, das Kind F. aus Serbien-Montenegro zwecks späterer Adoption aufzunehmen. Zwei Monate später reiste das Kind in die Schweiz ein und lebt seither bei seinen Pflegeeltern.

2011 beantragten X. und Y. dem Bezirksrat Hinwil als Aufsichtsbehörde, der Adoption zuzustimmen und diese auszusprechen.

Folie 72

Für die vorliegende Adoption war das schweizerische Recht massgebend, insbesondere Art. 264 und 264a ZGB:

Art. 264 ZGB

Ein Kind darf adoptiert werden, wenn ihm die künftigen Adoptiveltern während wenigstens eines Jahres Pflege und Erziehung erwiesen haben und nach den gesamten Umständen zu erwarten ist, die Begründung eines Kindesverhältnisses diene seinem Wohl, ohne andere Kinder der Adoptiveltern in unbilliger Weise zurückzusetzen.

Art. 264a ZGB

¹ *Ehegatten können nur gemeinschaftlich adoptieren; anderen Personen ist die gemeinschaftliche Adoption nicht gestattet.*

² *Die Ehegatten müssen 5 Jahre verheiratet sein oder das 35. Altersjahr zurückgelegt haben.*

³ *Eine Person darf das Kind ihres Ehegatten adoptieren, wenn die Ehegatten seit mindestens fünf Jahren verheiratet sind.*

Gemäss Art. 264 ZGB darf ein Kind adoptiert werden, wenn nach den gesamten Umständen zu erwarten ist, die Adoption diene seinem Wohl.¹⁴ Dies trifft zu, wenn die Voraussetzungen für eine gute Entwicklung seiner Persönlichkeit verbessert werden. Zu berücksichtigen sind dabei die Begründung eines Kindesverhältnisses mit den Adoptiveltern und die Aufhebung des bisherigen Kindesverhältnisses zu den leiblichen Eltern. Art. 264 ZGB bestimmt weiter, dass das Kind nur adoptiert werden darf, wenn die Adoptiveltern ihm während wenigstens eines Jahres Pflege und Erziehung erwiesen haben. Die Adoption darf erst nach umfassender Untersuchung aller wesentlichen Umstände, nötigenfalls unter Beizug von Sachverständigen, ausgesprochen werden (Art. 268a Abs. 1 ZGB).

Die Adoption eines Neffen, welcher dem kinderlosen Ehepaar überlassen wird, entspricht in der Regel nicht dem Wohl des Kindes.

In casu hat die Vorinstanz erwogen, dass das zu adoptierende Kind eine intakte Familie mit Geschwistern in Serbien habe. Seine leiblichen Eltern wollten ihr rechtliches Eltern-Kind-Verhältnis allein deshalb aufgeben, um dem Bruder bzw. der Schwägerin (den Beschwerdeführern) mit diesem Neffen das Erlebnis der Elternschaft zu ermöglichen. Es liege keine soziale Elternlosigkeit des Kindes vor. Zudem bestehe ein erhebliches Risiko, dass das Kind in eine Identitätskrise bzw. einen Zwiespalt zwischen seinen Adoptiveltern und den leiblichen Eltern bzw. Geschwistern gerate, zumal die Familien in Kontakt stünden.

Das Bundesgericht gab der Vorinstanz Recht, dass der Aspekt, einem kinderlosen Ehepaar durch die Überlassung des Neffen den Wunsch nach einem Kind zu erfüllen, nicht entscheidend ist. Das schweizerische Institut der Adoption ist ausschliesslich auf die Bedürfnisse des Kindes ausgerichtet, welches sich ungeachtet der Herkunft des Kindes nach den hiesigen Vorstellungen richtet.¹⁵ Weiter ist die Vorinstanz zu Recht davon ausgegangen, dass das Kindeswohl auch für die Würdigung ausserordentlicher Umstände, wie sie *in*

¹⁴ BGE 135 III 80 E. 3.2 m.V. auf BGE 107 II 18 E. 4 S. 20.

¹⁵ BGer v. 4.02.2005, 5A.35/2004, E. 4, in: FamPra.ch 2005 S. 948 f.

casu vorlagen, wenn ein verwandtes Kind – der Neffe – adoptiert werden soll, massgebend ist.¹⁶ Eine derartige Adoption ist mit besonderen Risiken behaftet. Das Bundesgericht hat denn auch in einem Urteil aus dem Jahre 2005 die Bewilligung zum Adoptionspflegeverhältnis in einem Fall verweigert, in welchem es um einen Neffen ging, dessen Eltern das Kind dem nahe wohnenden kinderlosen Ehepaar zum Adoptionspflegeverhältnis überlassen wollten, weil derartige Verhältnisse einer vollständigen Integration des Kindes in die Adoptionsfamilie hinderlich und damit mit dem Grundgedanken der Adoption unvereinbar sind.¹⁷

In casu ging es aber nicht um die Bewilligung zum Adoptionspflegeverhältnis, sondern um die Bewilligung der Adoption nach erfolgreich verlaufendem Pflegeverhältnis.

Denn erst der Verlauf des Pflegeverhältnisses erlaubt zu beurteilen, ob die Adoption dem Wohl des Kindes dient; das erfolgreiche Pflegeverhältnis bildet deshalb eine selbständige Rechtfertigung der Adoption.¹⁸

Während eines Pflegeverhältnisses entwickeln sich denn auch so starke Bindungen des Kindes an seine Pflegefamilie, dass eine Umplatzierung oder Rückkehr zu den leiblichen Eltern nur noch in ganz seltenen Fällen in seinem Interesse liegt, weshalb eine Verweigerung der Adoption höchstens in krassen Fällen in Frage kommt.

¹⁶ BGE 119 II 1 E. 3 S. 2, betreffend Enkelkind.

¹⁷ BGer v. 4.02.2005, 5A.35/2004 E. 4.2, in: FamPra.ch 2005 S. 949.

¹⁸ BGE 135 III 80 E. 3.3.1 m.V. auf BGE 125 III 161 E. 3a S. 162; BGE 126 III 412 E. 2a S. 413.

Folie 73

5. Aufhebung einer Adoption

Am 14. März 1985 gebar Y. in Muri b. Bern die Tochter X. Ein Kindesverhältnis zum leiblichen Vater wurde nicht hergestellt; die Mutter gab dessen Identität nicht bekannt. Y. heiratete 1987 Z. (italienischer Staatsangehöriger). Mit Adoptionsentscheid der Justizdirektion des Kantons Bern vom 7. November 1990 wurde X. zur Adoptivtochter von Z. erklärt.

Im Jahre 1998 wurde die Ehe zwischen Y. und Z. geschieden. X. wurde unter die elterliche Sorge der Mutter gestellt. Mit der Scheidung brach der Kontakt des Kindes mit dem Adoptivvater ab. Im November 2009 gelang es X., Kontakt zu ihrem leiblichen Vater, V., libyscher Staatsangehöriger mit Wohnsitz in Tripolis, herzustellen. Seither stehen die beiden in regelmässigem Kontakt und der leibliche Vater besucht die Tochter alle zwei bis drei Monate.

Folie 74

Mit Anfechtungsklage gemäss Art. 269a ZGB gelangte X. im Jahre 2011 an das Obergericht und beantragte, der Adoptionsentscheid vom 7. November 1990 und das Kindesverhältnis zwischen ihr und Z. seien rückwirkend aufzuheben.

Mit Urteil vom 8. Juli 2012 wies das Obergericht die Klage ab. Vor Bundesgericht führt X. die Beschwerde in Zivilsachen und beantragt das Urteil der Vorinstanz sowie den Adoptionsentscheid vom 7. November 1990 und das Kindesverhältnis zwischen ihr und Z. rückwirkend aufzuheben.

Der Entscheid findet sich im Anhang.

Folie 75

Im vorliegenden Fallbeispiel ging es um die Aufhebung einer Adoption, damit das Kindesverhältnis zum leiblichen Vater begründet werden könnte.

Die Beschwerdeführerin begründete ihre Beschwerde ans Bundesgericht wie folgt:

- (1) Erstens sei ihr Interesse an der Herbeiführung eines Kindesverhältnisses zum leiblichen Vater zu beachten und
- (2) zweitens verletze die Abweisung der Klage Art. 13 Abs. 1 BV und Art. 8 EMRK.

Die Beschwerde wurde vom Bundesgericht mit der Begründung abgewiesen, dass diese Adoption - wie jede Adoption – grundsätzlich unauflöslich ist. Sie kann nicht von den Adoptiveltern oder dem Adoptierten widerrufen, sondern nur durch Anfechtung oder neue (bzw. Anerkennung einer ausländischen) Adoption aufgehoben werden.

Folie 76

Als Vormerkung zur Abweisung der ersten Begründung der Beschwerdeführerin, nämlich dass ihr Interesse an der Herbeiführung des Kindesverhältnisses zum leiblichen Vater zu beachten sei, lässt sich Folgendes sagen:

Auf den vorliegenden Fall fand auch das Europäische Übereinkommen vom 24. April 1967 über die Adoption von Kindern (SR 0.211.221.310) Anwendung.

In seinem **Art. 13** hält es fest:

„Solange das Adoptivkind noch nicht volljährig ist, kann die Adoption nur durch Entscheidung eines Gerichtes oder einer Verwaltungsbehörde aus schwerwiegenden Gründen aufgehoben werden, und zwar nur, wenn die Rechtsordnung die Aufhebung aus solchen Gründen zulässt.“

Folie 77

Da auf die Adoption das schweizerische Recht Anwendung fand, musste geklärt werden, ob nach diesem Recht derer Aufhebung möglich ist.

Das schweizerische Recht kennt folgende Anfechtungsgründe:

- Das Fehlen der Zustimmung von leiblichen Eltern (Art. 269 Abs. 1 ZGB)
- oder andere schwerwiegende Mängel (Art. 269a Abs. 1 ZGB).

Beispielhaft für schwerwiegende Mängel können aufgeführt werden die wesentliche Unterschreitung des Mindestaltersunterschiedes oder das Fehlen eines echten Pflegeverhältnisses. Ebenfalls sind Adoptionen, mit welchen ein adoptionsfremder Zweck verfolgt wird, wie die erbrechtliche Zurücksetzung anderer Personen oder der Erwerb des Bürgerrechts, anfechtbar.

Andere, auch erst nach der Adoption eingetretene Gründe sind ausgeschlossen und können nicht zur Aufhebung der Adoption führen.

Folie 78

Auf den vorliegenden Fall angewendet bedeutet dies im Hinblick auf die erste Begründung der Beschwerde Folgendes:

Zweck der Volladoption ist die vorbehaltlose, endgültige Bejahung des Kindes sowie die Gleichstellung zum natürlichen Kindesverhältnis. Die Beschwerdeführerin behauptete nicht, dass die Adoption gesetzeswidrig zustande gekommen war. Andere Gründe, auch erst nach der Adoption eingetretene, sind jedoch ausgeschlossen. Damit legte die Beschwerdeführerin mit ihrem Anliegen nicht dar, dass die Adoption an einem schwerwiegenden Mangel im Sinne des Gesetzes litt. Eine Möglichkeit, die Adoption durch nachträgliche Veränderung der Lebensumstände aufzuheben, gibt es im schweizerischen Recht nicht.

Die Anfechtungsklage nach Art. 269a ZGB war aus diesem Grund abzuweisen.

Des Weiteren machte die Beschwerdeführerin eine Verletzung der Art. 13 Abs. 1 BV sowie Art. 8 Abs. 1 EMRK geltend.

Art. 13 Abs. 1 BV

¹ *Jede Person hat Anspruch auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens.*

Art. 8 Abs. 1 EMRK

Jede Person hat das Recht auf Achtung ihres Privat— und Familienlebens [...].

Dieser Anspruch umfasst gemäss Praxis, u.a.

- Schutz der Identität,
- Anspruch auf Erforschung eigener Herkunft (Abstammung).
- nicht zwingend jedoch das Recht, die biologische Verbindung in ein Rechtsverhältnis umzuwandeln.

Auch gemäss Praxis des EGMR geniesst die Beziehung zwischen erwachsenen Kindern und ihren Eltern grundsätzlich nicht den Schutz von Art. 8 Abs. 1 EMRK.

Selbst wenn die Beziehung der Beschwerdeführerin zu ihrem leiblichen Vater als "Familie" im Sinne von Art. 8 Abs. 1 EMRK erfasst wäre, könnte die Verweigerung der rückwirkenden Aufhebung der Adoption nicht als unzulässige Einschränkung betrachtet werden. In den meisten Rechtsordnungen der westeuropäischen Staaten ist die Unauflöslichkeit der Volladoption vorgesehen.

Auch verpflichtet das Europäische Übereinkommen vom 24. April 1967 über die Adoption von Kindern die Mitgliedstaaten in keiner Weise, die Aufhebung der Adoption zu ermöglichen.

Somit lag im Ergebnis kein Grund vor, die Adoption aufzuheben.

Folie 80

Am Schluss dieses Referats, möchte ich den eingangs zitierten Spruch von Marie Freifrau von Ebner-Eschenbach wiederholen:

Die Moral, die gut genug war für unsere Väter, ist nicht gut genug für unsere Kinder.

Zusammen mit den bisherigen Ausführungen erscheint die Parallele zum Ordre public noch einleuchtender. Der Ordre public als Korrekturbehelf der rechtsanwendenden Behörden ist nichts anderes als eine Momentaufnahme. Er ist nicht beständig und die heute vermittelte Anschauung möglicherweise bereits morgen nicht mehr einschlägig.

VI. Literatur- und Materialienverzeichnis

Die nachfolgende Literatur wurde zur Fertigstellung dieses Vortrags verwendet:

BÜCHLER ANDREA/BERTSCHI NORA, Gewünschtes Kind, geliehene Mutter, zurückgewiesene Eltern?, Leihmutterchaft in den USA und die Anerkennung des Kindesverhältnisses in der Schweiz, in: FamPra.ch 2013, 33-56.

BÜCHLER ANDREA/FINK STEFAN, Eheschliessungen im Ausland, Die Anerkennung in der Schweiz am Beispiel von Ehen islamischer Prägung, in: FamPra.ch 2008, 48-68.

FURRER ANDREAS/GIRSBERGER DANIEL/SIEHR KURT, Allgemeine Lehren, in: von Büren Roland (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht, Bd. XI, Internationales Privatrecht, Teilband I, Basel 2008.

GIRSBERGER DANIEL [ET AL.], Zürcher Kommentar zum IPRG, 2. Aufl., Zürich 2004.

HONSELL HEINRICH/ VOGT NEDIM PETER/GEISSER THOMAS/REUSSER RUTH (HRSG.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB, 4. Aufl., Basel 2012.

HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/SCHNYDER ANTON K./ BERTI STEPHEN V. (HRSG.), Basler Kommentar, Internationales Privatrecht, 3. Aufl., Basel 2013.

KREN KOSTKIEWICZ JOLANTA, Grundriss des schweizerischen Internationalen Privatrechts, Bern 2012.

DIES., «Binnenbeziehung» und Staatenimmunität: Ein Phänomen der schweizerischen Rechtsprechung, in: Dörig/Fellmann u.a. (Hrsg.), Versicherungsbranche im Wandel, FS für Moritz W. Kuhn, Bern 2009.

RAAPE LEO/STURM FRITZ, Internationales Privatrecht, Bd. I, 6. Aufl., München 1977.

RÜETSCHI DAVID, Zur aktuellen Revision des Adoptionsrechts, in: Fünfte internationale Tagung zur internationalen Adoption 2013, 89-98.

VON SAVIGNY FRIEDRICH CARL, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 8, Berlin.

Die nachfolgenden Materialien wurden zur Fertigstellung dieses Vortrags verwendet:

Bericht zur Leihmutterschaft, Bericht des Bundesrates v. 29.11.2013 in Beantwortung des Postulates 12.3917 v. 28.09.2012 (<http://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/pressemitteilung/2013/2013-11-29/ber-br-d.pdf>.; besucht am 6.05.2014).

Botschaft zum Bundesgesetz über das internationale Privatrecht (IPR-Gesetz) v. 10.11.1982, BBl 1983 I 263 (Botschaft IPRG).

Botschaft und Entwurf vom 26.06.1996 über die Initiative für menschenwürdige Fortpflanzung und zum Fortpflanzungsmedizingesetz, BBl 1996 III 205.

Botschaft zum Bundesgesetz über die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare v. 29.11.2002 (Botschaft PartG).

Botschaft zum Bundesgesetz über Massnahmen betreffend Zwangsheiraten v. 23.2.2011, BBl 2011 2185 (Botschaft Zwangsheiraten).

Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement EJPD, Gutachten v. 15.05.2013, Anerkennung ausländischer Entscheide, durch die gestützt auf eine Leihmutterchaft ein Kindesverhältnis erstellt wird, Verfassungsmässigkeit und Vereinbarkeit mit dem Übereinkommen über die Rechte des Kindes, 1-23.

VI. ANHANG

Beispiel: Wandelbarkeit ausländischer Namen

BGE 106 II 103 (Temelkova)

A.- Der Schweizerbürger René Max Huber und die jugoslawische Staatsangehörige Elena Temelkovski meldeten am 5. Dezember 1979 beim Zivilstandsamt Zürich das Eheversprechen an. Die Verkündbewilligung wurde am 7. Dezember 1979 erteilt und das Eheversprechen am 11. Dezember 1979 öffentlich verkündigt. Die Braut verlangte indessen, dass ihr Familienname im Ehe- und Familienregister als "Temelkova" wiedergegeben werde, mit der Begründung, sie werde in den jugoslawischen Zivilstandsurkunden so genannt; Temelkovski stelle einen andern, zudem ausschliesslich männlichen Familiennamen dar. Das Zivilstandsamt Zürich und auf Beschwerde hin die Direktion des Innern des Kantons Zürich wiesen dieses Gesuch ab.

B.- Elena Temelkova führt Verwaltungsgerichtsbeschwerde ans Bundesgericht mit dem Antrag, die Verfügung der Direktion des Innern des Kantons Zürich sei aufzuheben und das Zivilstandsamt Zürich sei anzuweisen, den Namen Temelkova, eventuell die korrekte männliche Form dieses Namens, nämlich Temelkov, in die Zivilstandsregister einzutragen.

Die Direktion des Innern des Kantons Zürich sowie das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement beantragen in ihren Vernehmlassungen die Abweisung der Beschwerde.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Nach den zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz und entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin findet auf die Frage, mit welchem Familiennamen die Beschwerdeführerin in die schweizerischen Zivilstandsregister einzutragen sei, ausschliesslich schweizerisches Recht Anwendung. Durch die Eheschliessung wird die Beschwerdeführerin das Schweizer Bürgerrecht erwerben. Auch wenn sie die jugoslawische Staatsangehörigkeit beibehält, wird sie als Doppelbürgerin in der Schweiz als Schweizerin behandelt. Es stellen sich daher keine Probleme des internationalen Privatrechts. Im übrigen käme, da nach der ersatzlosen Streichung von **Art. 8 NAG** die Tendenz dahin geht, bezüglich des Namens an den Wohnsitz des Namensträgers anzuknüpfen (BUCHER, *Conséquences de la suppression de l'article 8 LRDC*, ZZW 1977 S. 332; KNOEPFLER, *Le nom et quelques autres questions de l'état civil en droit international privé suisse, aujourd'hui et demain*, ZZW 1978 S. 307 ff.), ohnehin schweizerisches Recht als Recht des Wohnsitzes zur Anwendung (die Beschwerdeführerin besitzt eine schweizerische Aufenthaltsbewilligung, hält sich tatsächlich in Zürich auf und wird nach der Heirat den schweizerischen Wohnsitz ihres Ehemannes teilen).

2. Nach **Art. 43 Abs. 1 ZStV** werden Familien- und Vornamen so in die Register eingetragen, wie sie in den Zivilstandsakten oder, wenn solche fehlen, in andern massgebenden Ausweisen geschrieben sind. Der Grundsatz der unveränderten Übertragung kann jedoch nicht unbeschränkt gelten, wenn es sich um in ausländischen Zivilstandsurkunden aufgeführte Namen handelt. Die Schreibweise ausländischer Familiennamen hat sich den Regeln der schweizerischen Registerführung anzupassen und darf den Grundsätzen des schweizerischen Namensrechts nicht widersprechen. So müssen z.B. in ausländischen Ausweisen vorkommende nichtlateinische Schriftzeichen in lateinische Buchstaben übertragen wer-

den. Adelstitel dürfen nicht eingetragen werden, auch wenn sie im Ausland als Bestandteil des Namens gelten (**BGE 102 Ib 245** ff.). In gleicher Weise können auch die den Regeln einer fremden Sprache folgenden Abwandlungen des Familiennamens nach Geschlecht oder Zivilstand des Namensträgers bei der Eintragung des Namens in die schweizerischen Zivilstandsregister nicht berücksichtigt werden. Nur so ist eine geordnete und zuverlässige Registerführung gewährleistet. Die Mehrheit der Zivilstandsbeamten wäre überfordert, wenn sie darüber zu befinden hätte, ob die weibliche Abwandlung eines ausländischen Familiennamens vorliegt und namentlich wie die männliche Form eines in seiner weiblichen Abwandlung bekannten Familiennamens lautet (BUCHER, a.a.O. S. 336; GÖTZ, Die Beurkundung des Personenstandes, in Schweiz. Privatrecht, Bd. II, S. 401).

3. Die Beschwerdeführerin gibt ausdrücklich zu, dass der Familienname "Temelkova" die weibliche Form eines entsprechenden männlichen Familiennamens ist, wobei sie die Behauptung aufstellt, dieser Familienname laute nicht "Temelkovski", sondern "Temelkov".

Das schweizerische Namensrecht wird durch die Unwandelbarkeit des Familiennamens gekennzeichnet. Durch die Heirat erwirbt die Ehefrau den Familiennamen des Ehemannes; die Kinder erhalten den Familiennamen der Eltern. Abweichungen nach dem Geschlecht sind nicht zugelassen (**BGE 102 Ib 248**). Diesem Grundsatz würde die verlangte Eintragung widersprechen. Entgegen den Ausführungen in der Beschwerdeschrift kann die Möglichkeit nicht völlig ausgeschlossen werden, dass die Beschwerdeführerin bei einer allfälligen Scheidung den früheren Familiennamen wieder annimmt und auf Nachkommen überträgt. Es wäre aber mit dem schweizerischen Namensrecht nicht vereinbar, wenn z.B. männliche Nachkommen mit dem nach dem Geschlecht abgewandelten Familiennamen ihrer Mutter in die schweizerischen Geburtsregister eingetragen würden.

4. Der Eventualantrag auf Eintragung des Familiennamens "Temelkov" als der richtigen männlichen Form der weiblichen Abwandlung "Temelkova" lag der kantonalen Behörde nicht vor. Diese widersetzt sich diesem Antrag nicht grundsätzlich; die Beschwerdeführerin kann ihn an die kantonale Behörde stellen und ihre Behauptung über die richtige Schreibweise der männlichen Form ihres Namens belegen.

BGE 131 III 201 (Dzieglewski)

Am 26. September 2003 gebar Aleksandra Dzieglewska, schweizerisch-polnische Doppelbürgerin, in Aarau den Sohn Florian Stefan, der im Geburtsregister des Zivilstandskreises Aarau mit dem Namen "Dzieglewska", dem Namen seiner unverheirateten Mutter, eingetragen wurde. Am 27. November 2003 gelangte Florian Stefan Dzieglewska durch seine gesetzliche Vertreterin an das Gerichtspräsidium Aarau und verlangte gestützt auf **Art. 42 Abs. 1 ZGB**, der Eintrag "Dzieglewska" im Register sei zu berichtigen und es sei der Name "Dzieglewski" einzutragen.

Das Gerichtspräsidium Aarau wies das Begehren mit Urteil vom 29. Januar 2004 ab. Zur Begründung wurde im Wesentlichen festgehalten, durch die Eintragung eines ausländischen Namens in das schweizerische Zivilstandsregister werde dieser zu einem schweizerischen Namen, so dass allfällige Namensregeln des Ursprungslandes nicht mehr berücksichtigt werden könnten. Florian Stefan Dzieglewska gelangte mit Beschwerde an das Obergericht des Kantons Aargau, welches mit Urteil vom 1. Juni 2004 das erstinstanzliche Urteil bestätigte.

Florian Stefan Dzieglewska führt mit Eingabe vom 14. Juli 2004 Verwaltungsgerichtsbeschwerde und beantragt dem Bundesgericht, das angefochtene Urteil sei aufzuheben und es sei anzuordnen, dass er im Geburtsregister mit dem berichtigten Namen " Dzieglewski" eingetragen werde. Das Bundesgericht heisst die Beschwerde gut.

Aus den Erwägungen:

1.1 Der Beschwerdeführer hat beim Gericht die Berichtigung einer Registereintragung nach **Art. 42 Abs. 1 ZGB** verlangt. Nach dieser Bestimmung kann derjenige, welcher ein schützenswertes persönliches Interesse glaubhaft macht, beim Gericht auf Eintragung von streitigen Angaben über den Personenstand, auf Berichtigung oder auf Löschung einer Eintragung klagen (**Art. 42 Abs. 1 ZGB** in der seit 1. Januar 2000 in Kraft stehenden Fassung; AS 1999 S. 1118, 1144).

1.2 Nach der Rechtsprechung gehört die richterliche Berichtigung des Zivilstandsregisters hinsichtlich Namen zur freiwilligen Gerichtsbarkeit, die als nichtstreitige Zivilsache nicht berufungsfähig ist (**BGE 100 II 290** E. 1 S. 292; **BGE 92 II 128** E. 1 S. 130 f.; MESSMER/ IMBODEN, Die eidgenössischen Rechtsmittel in Zivilsachen, S. 74 Ziff. 55, S. 178 Ziff. 129 Anm. 3). Mit der Revision des Personenstandsrechts wurde die bisherige Bestimmung (aArt. 45 Abs. 1 ZGB) über die Berichtigung der Register auf Anordnung des Gerichts zu einer umfassenden Gestaltungsklage auf Eintragung von streitigen Angaben, auf Berichtigung oder auf Löschung einer Eintragung über den Personenstand ausgebaut, für die kein eigenes Verfahren (z.B. Statusklagen des Kindesrechts) zur Verfügung steht (BBI 1 **BGE 996 I 52**; HEUSSLER, in: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, 2. Aufl., N. 5 zu **Art. 42 ZGB**). Nach der Botschaft des Bundesrates soll je nach dem, ob die Anwendung über die Beurkundung des Personenstandes oder eigentliche Statusfragen streitig sind, letztinstanzlich die Verwaltungsgerichtsbeschwerde oder die Berufung offen stehen (BBI 1 **BGE 996 I 52**).

Bei der hier strittigen richterlichen Berichtigung geht es um die Frage, ob im schweizerischen Zivilstandsregister die den Regeln einer fremden Sprache folgende Abwandlung des Familiennamens nach dem Geschlecht des Namensträgers zu berücksichtigen ist. Eine Statusfrage, in der es nur in der Nebensache um deren Beurkundung geht, steht nicht in Rede, ebenso wenig ein Namensstreit unter Privaten (**Art. 29 ZGB**); die Berufung fällt daher ausser Betracht. Das vorliegende Berichtigungsverfahren ist zwar auch darauf gerichtet, Wirkungen auf dem Gebiet des Privatrechts zu entfalten, und erscheint insofern als Zivilsache. Indessen überwiegt das öffentlich-rechtliche Element: Die hier strittige Frage betrifft die Form der Eintragung von Namen (**Art. 43 Abs. 1 aZStV** bzw. **Art. 24 Abs. 1 ZStV** [SR 211.112.2] in der seit 1. Juli 2004 geltenden Fassung; AS 2004 S. 2915) und damit die Registerführung, die als öffentlich-rechtliche Angelegenheit zu betrachten ist (vgl. GULDENER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl., S. 44). Der Gegenstand des beim Bundesgericht erhobenen Rechtsmittels gehört somit zum öffentlichen Recht des Bun-

des, so dass die Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen den Entscheid des Obergerichts grundsätzlich zulässig ist (**Art. 97 Abs. 1 und Art. 98 lit. g OG**).

1.3 Der Beschwerdeführer rügt, dass das Zivilstandsamt beim Eintrag der Geburt im schweizerischen Zivilstandsregister die den Regeln der polnischen Sprache folgende Abwandlung seines polnischen Familiennamens nach seinem Geschlecht nicht berücksichtigt habe. Die Berichtigung setzt allgemein den Nachweis voraus, dass der Registerführer einen Fehler begangen hat oder irreführt wurde (FORNI, Berichtigung von Zivilstandseintragungen, ZZW 1973 S. 187). Zu den Fehlern, die eine Berichtigung durch den Richter rechtfertigen, gehört auch ein Eintrag, der auf irrtümlicher Gesetzesauslegung beruht (**BGE 89 I 316** E. 3 S. 322; FORNI, a.a.O., S. 189; EGGER, Zürcher Kommentar, N. 2 zu **Art. 45 ZGB**). Ein schützenswertes persönliches Interesse an der Berichtigung des Registers - und damit die Legitimation zur Berichtigungsklage - ist ohne weiteres gegeben. Die Berichtigungsklage ist grundsätzlich zulässig.

2.1 Das Obergericht hat im Wesentlichen festgehalten, der Name des Beschwerdeführers sei nach schweizerischem Recht einzutragen, da dieser selber angebe, zur Schweiz ein engeres Verhältnis als zu Polen zu haben; im Übrigen behaupte der Beschwerdeführer selber nicht, die polnische Staatsangehörigkeit zu haben, so dass eine Rechtswahl nach **Art. 37 Abs. 2 IPRG** von vornherein ausser Betracht falle. Das schweizerische Namensrecht sei durch die Unwandelbarkeit des Familiennamens gekennzeichnet, weshalb nach der Rechtsprechung und der Zivilstandsverordnung die Abweichungen nach dem Geschlecht nicht zugelassen seien. Daher sei der Beschwerdeführer mit dem unveränderten Namen seiner unverheirateten Mutter im Geburtsregister einzutragen. Weder liege ein Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot der Bundesverfassung noch gegen das UNO-Übereinkommen vom 20. November 1989 über die Rechte des Kindes (SR 0.107) vor. Das Obergericht hat daher die Berichtigung des Eintrages verweigert und den Beschwerdeführer auf den Weg der Namensänderung nach **Art. 30 ZGB** verwiesen.

2.2 Der Beschwerdeführer hält demgegenüber im Wesentlichen fest, es sei mit seinen Persönlichkeitsrechten, dem Gleichberechtigungsprinzip gemäss Verfassung und den Garantien der UNO-Kinderrechtskonvention nicht vereinbar, wenn er - als männlicher Nachkomme - mit der weiblichen Form des polnischen Namens seiner Mutter im Zivilstandsregister eingetragen werde.

3.1 Die Mutter des Beschwerdeführers und ihre Eltern wurden Jahre nach ihrem Zuzug in Brugg/AG eingebürgert und sind seither polnisch-schweizerische Doppelbürger. Ihre Namen wurden folglich mit der Einbürgerung in das Familienregister ihres Heimatortes eingetragen (vgl. **Art. 40 IPRG**). Ob der Beschwerdeführer nicht nur Schweizer Bürger ist, sondern nach dem Recht Polens durch Abstammung ebenfalls die polnische Staatsangehörigkeit erworben hat, wird im angefochtenen Urteil nicht weiter erörtert. Die Frage ist hier für das auf den Namen anwendbare Recht nicht entscheidend. Der Beschwerdeführer hat seinen Wohnsitz in der Schweiz. Damit fällt ausser Betracht, dass er als schweizerisch-polnischer Doppelbürger nach **Art. 37 Abs. 2 IPRG** verlangen könnte, seinen Namen dem ausländischen Heimatrecht zu unterstellen (**Art. 23 Abs. 2 IPRG**; **BGE 126 III 1** E. 4 S. 4); sein Name untersteht nach **Art. 37 Abs. 1 IPRG** schweizerischem Recht (**BGE 116 II 504** E. 2 S. 506). Es ist daher zu Recht unbestritten, dass der Beschwerdeführer nach **Art. 270 Abs. 2 ZGB** den Familiennamen seiner unverheirateten Mutter erhält. Strittig ist hingegen, ob der im schweizerischen Zivilstandsregister eingetragene polnische Name der Mutter in unveränderter Form - "Dzieglewska" mit der weiblichen Komponente des Namens - als Name des Beschwerdeführers einzutragen ist.

3.2 Nach **Art. 24 Abs. 1 ZStV (Art. 43 Abs. 1 aZStV)** werden Namen, soweit es der Standardzeichensatz erlaubt, so erfasst, wie sie in den Zivilstandsurkunden oder, wenn solche fehlen, in anderen massgebenden Ausweisen geschrieben sind. Ist ein Name einmal in schweizerischen Zivilstandsregistern eingetragen, so ist er nach Auffassung des Kreisschreibens des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements vom 11. Oktober 1989 in der Regel unveränderlich (ZZW 1989 S. 285, Ziff. 24; Grundsatz der Unveränderlichkeit). Gemäss Kreisschreiben überträgt sich dieser Name auch in der Schreibweise in der eingetragenen Form auf Personen, die nach schweizerischen Namensregeln ihren Familiennamen von jenem des Namensträgers ableiten. Sobald schweizerisches Recht auf einen bereits in schweizerischen Registern eingetragenen Familiennamen anwendbar sei, könnten - laut Kreisschreiben - allfällige Regeln des Ursprungslandes, die eine Veränderung des Namens nach Geschlecht, Zivil-

stand oder in anderer Weise bei seiner Übertragung auf eine andere Person vorsehen, nicht mehr angewendet werden. Soll dieser Grundsatz der Unveränderbarkeit ausländischer Namen auch für slawische Namen gelten, die je nach Geschlecht modifiziert werden, bedeutet dies, dass die eingebürgerte Mutter ihren Namen "Dzieglewska" auf den Sohn überträgt und dessen Name gleichfalls "Dzieglewska" lautet. In Anbetracht der Endung "a" wird der Beschwerdeführer durch einen Namensbestandteil bezeichnet, der dem weiblichen Geschlecht vorbehalten ist, zumal aus dem Auszug aus dem Geburtsregister hervorgeht, dass der Name des Grossvaters "Dzieglewski" lautet. Bleibt zu prüfen, ob diese Lösung richtig ist, weil sie mit den nach Bundesrecht massgebenden Eintragungsgrundsätzen übereinstimmt, oder zu berichtigen ist.

3.2.1 Nach **BGE 106 II 103** E. 2 S. 105 gilt der Grundsatz der unveränderten Übertragung nicht unbeschränkt, wenn es um die Eintragung von in ausländischen Zivilstandsurkunden aufgeführten Namen geht, und können die den Regeln einer fremden Sprache folgenden Abwandlungen des Familiennamens nach Geschlecht des Namensträgers bei der Eintragung des Namens in die schweizerischen Zivilstandsregister nicht beachtet werden. Im beurteilten Fall wurde die Eintragung des Namens "Temelkova" als weibliche Form eines entsprechenden männlichen Familiennamens verweigert. Dieses Urteil ist - was die Verweigerung der Eintragung anbelangt - in der Lehre auf Kritik gestossen, im Wesentlichen mit der Begründung, dass keine formalen Gründe gegen die Eintragung von nach Geschlecht abgewandelten Familiennamen sprechen würden und dass diese Rechtsprechung mit dem Gleichberechtigungsprinzip nicht in Übereinstimmung stehe (VISCHER, Zürcher Kommentar zum IPRG, 2. Aufl. 2004, N. 4 zu **Art. 40 IPRG**; JAMETTI GREINER/GEISER, Basler Kommentar, Internationales Privatrecht, N. 7 zu **Art. 40 IPRG**; DUTOIT, Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987, 3. Aufl. 2001, N. 3 zu **Art. 40 IPRG**; BUCHER, Droit international privé suisse, Bd. II, Basel 1992, S. 108 Rz. 263; JORNOD, La femme et le nom en droits suisse et français, Diss. Lausanne 1991, S. 244; JÄGER, Das IPR-Gesetz, ZZW 1990 S. 13; SCHÜPBACH, Der Personenstand, in: Schweizerisches Privatrecht, Bd. II/3, S. 117 Anm. 278). Was die Unveränderlichkeit von einmal im schweizerischen Register eingetragenen Namen betrifft, die einen nach Geschlecht veränderlichen Bestandteil enthalten und auf die schweizerisches Recht anwendbar ist, sind die Schlussfolgerungen geteilt. Nach der einen Auffassung ist nicht nur die slawische Schreibweise des Frauennamens zu gestatten, sondern bei männlichen Nachkommen auch die männliche Form einzutragen (VISCHER, a.a.O.; BUCHER, Droit, a.a.O.). Anderer Meinung sind JAMETTI GREINER/GEISER (a.a.O., ohne weitere Begründung mit Hinweis auf **BGE 106 II 103**), wonach die betroffene Person eine Anpassung des Namens über eine förmliche Namensänderung (**Art. 30 ZGB**) anzustreben habe. Zum gleichen Ergebnis kommt auch OTHENIN-GIRARD (La réserve d'ordre public en droit international privé suisse, Diss. Neuenburg 1999, S. 318): Es sei nicht gerechtfertigt, allgemein die Veränderlichkeit eines Namens nach Geschlecht anzunehmen, wenn der betroffene Namensträger überhaupt kein Interesse bekunde, einen nach einer besonderen ausländischen Regel veränderlichen Namen zu haben. Es könne sein, dass - Generationen später - die Nachkommen ihre Beziehung zum Herkunftsland ihrer Vorfahren verloren hätten. Wenn eine Rechtswahl nach **Art. 37 Abs. 2 IPRG** nicht möglich sei, müsse der Betroffene die Namensänderung verlangen.

3.2.2 Das schweizerische Namensrecht wird durch die Unwandelbarkeit des Familiennamens gekennzeichnet (**BGE 106 II 103** E. 3 S. 105; GROSSEN, Das Recht der Einzelpersonen, in: Schweizerisches Privatrecht, Bd. II, S. 342). Daraus lässt sich indessen keine uneingeschränkte Unveränderlichkeit eines im schweizerischen Zivilstandsregister eingetragenen ausländischen Namens ableiten. Zum einen wird **BGE 106 II 103** in der Lehre zu Recht als überholt betrachtet, soweit mit diesem Urteil die Eintragung des nach Geschlecht veränderlichen Namens verweigert wurde. In der Tat ist dieses Urteil aus dem Jahre 1980 mit dem Gleichberechtigungsprinzip nach **Art. 8 Abs. 3 BV** nicht mehr vereinbar. In der Praxis scheint das Urteil nicht mehr befolgt zu werden (BUCHER, Die Anwendung des IPRG auf den Zivilstand, ZZW 1994 S. 137), zumal auch im erwähnten Kreisschreiben die Eintragung eines nach Geschlecht veränderlichen Namens nicht als unvereinbar mit dem schweizerischen Namensrecht erachtet wird (ZZW 1989 S. 289, Beispiel 24). Zum anderen ist es mit dem Gleichberechtigungsprinzip ebenso wenig vereinbar, wenn ein nach Geschlecht veränderlicher Name in seiner weiblichen Form in das schweizerische Zivilstandsregister zwar eingetragen wird, dieser Name aber ohne Anpassung auf ein Kind männlichen Geschlechts übertragen wird (BUCHER, L'enfant en droit international privé, Genf 2003, S. 245 Anm. 807). Sodann hat das Bundesgericht bereits in jenem Urteil ausdrücklich angemerkt, was für den Fall der Eintragung von nach Geschlecht veränderlichen Namen gelten müsse: Mit dem schweizerischen Namensrecht sei nicht vereinbar, wenn z.B. männliche Nachkommen mit dem nach dem Geschlecht abgewandelten Familiennamen ihrer Mutter in die schweizerischen Geburtsregister eingetragen würden (**BGE 106 II 103** E.

3 a.E. S. 106). Die Lösung des Kreisschreibens (vgl. E. 3.2 oben) bedeutet folglich eine Verneinung der geschlechtlichen Identität der Person und ist mit dem Gleichheitssatz (**Art. 8 Abs. 3 BV**) nicht vereinbar, was die weitere Prüfung einer Verletzung der persönlichen Freiheit sowie der UNO-Kinderrechtskonvention erübrigt. Wohl kann nicht ausgeschlossen werden, dass eine Person oder ihre Nachkommen kein Interesse haben, einen nach einer besonderen ausländischen Regel veränderlichen Namen zu haben. Dies rechtfertigt indessen nicht, gegen das Gleichberechtigungsprinzip zu verstossen, zumal ein Nachkomme gestützt auf **Art. 30 ZGB** die Möglichkeit hat, seinen Namen in einen unveränderlichen zu ändern. Entgegen der Auffassung des Obergerichts wird bei der Übertragung eines nach Geschlecht veränderlichen Namens nicht die Rechtswahlmöglichkeit gemäss **Art. 37 Abs. 2 IPRG** umgangen. Diese Bestimmung schliesst nicht aus, dass das schweizerische Recht einer Person den Anspruch gibt, dass ihr Name, wenn er sowohl in einer weiblichen als auch männlichen Form existiert, in der ihrem Geschlecht entsprechenden Form übertragen wird. Durch die nach Geschlecht veränderliche Familiennamensform wird schliesslich die Sicherheit des Registereintrags - als Grundsatz der Registerführung (GÖTZ, Die Beurkundung des Personenstandes, in: Schweizerisches Privatrecht, Bd. II, S. 395 f.) - nicht entscheidend beeinträchtigt; ebenso wenig ist anzunehmen, dass die entsprechende Eintragung die Zivilstandsbehörden überfordern würde (a.M. wohl GÖTZ, a.a.O., S. 401, allerdings ohne ausdrückliche Stellungnahme zu nach Geschlecht veränderlichen slawischen Namen).

3.2.3 Vor diesem Hintergrund ist mit dem Gebot einer verfassungskonformen Auslegung von **Art. 24 Abs. 1 ZStV (Art. 43 Abs. 1 aZStV)** nicht vereinbar, wenn das Obergericht zur Auffassung gelangt ist, die Veränderung des Namens "Dzieglewska" nach Geschlecht bei seiner Übertragung auf eine männliche Person könne nicht mehr beachtet werden, weil auf den eingetragenen Namen schweizerisches Recht anwendbar ist. Der Name "Dzieglewska" ist unbestrittenermassen nach Geschlecht veränderbar und lautet in der männlichen Form "Dzieglewski", was sich - wie erwähnt - bereits aus dem Auszug des Geburtsregisters ergibt. Die Beschwerde erweist sich als begründet und ist gutzuheissen, was zur Aufhebung des angefochtenen Entscheides führt. In der Sache ist das Zivilstandsamt Aarau anzuweisen, den Eintrag im Geburtsregister antragsgemäss dahingehend zu berichtigen, dass der Beschwerdeführer mit dem Namen "Dzieglewski" einzutragen ist.

3.3 Der Beschwerdeführer verlangt schliesslich die Anweisung, dass die Berichtigung allen registerführenden Behörden anzuzeigen sei. Dieser Antrag ist überflüssig (abgesehen davon, dass es an einem persönlichen Rechtsschutzinteresse fehlen dürfte), da die kantonale Aufsichtsbehörde auf Grund der Mitteilung dieses Urteils dafür zu sorgen hat, dass die erforderlichen zusätzlichen Mitteilungen erlassen werden (**Art. 22 Abs. 3 ZStV; Art. 133a aZStV**).

Beispiel: Anerkennung einer gleichgeschlechtlichen Ehe

BGE 119 II 264

Am 15. Dezember 1988 wurde in Kopenhagen (Dänemark) die Ehe zwischen dem in der Schweiz heimatberechtigten A. Y. und B. X. aus Brasilien geschlossen. Wie im Verlaufe des Jahres 1990 bekannt wurde, war die Person, die als Braut aufgetreten war, am 6. Oktober 1955 in Brasilien als Sohn des C. R. und der D. S. unter dem Namen F. R. geboren worden. Am 9. Januar 1988 hatte sie sich einer geschlechtsumwandelnden Operation unterzogen. Eine entsprechende Änderung der Zivilstandsregister fand jedoch nicht statt. Bei der Trauung wies sich die als Braut auftretende Person mit einem auf B. X. lautenden Pass aus, in den sie ihr Foto eingesetzt hatte.

Mit Eingabe vom 2. Dezember 1991 stellte B. Y. - X. beim Departement des Innern des Heimatkantons von A. Y. als Aufsichtsbehörde über das Zivilstandswesen das Gesuch, es sei die am 15. Dezember 1988 in Kopenhagen geschlossene Ehe anzuerkennen und das Zivilstandsamt der Heimatgemeinde anzuweisen, den entsprechenden Registereintrag vorzunehmen.

Am 4. Mai 1992 verfügte das Departement, dass die Ehe nicht anerkannt und der verlangte Registereintrag verweigert werde.

B. X. (eigentlich F. R.; im folgenden der Beschwerdeführer) hat Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht erhoben mit dem Antrag, die Verfügung vom 4. Mai 1992 sei aufzuheben und dem beim kantonalen Departement eingereichten Gesuch sei zu entsprechen. Das kantonale Departement des Innern beantragt Abweisung der Beschwerde. Das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement (Bundesamt für Justiz) hat erklärt, es schliesse sich im wesentlichen der Rechtsauffassung der kantonalen Instanz an.

Aus den Erwägungen:

2. Die Anerkennung und Registrierung der zwischen dem Beschwerdeführer und A. Y. in Dänemark geschlossenen Ehe hat das Departement des Innern des Kantons ... mit der Begründung verweigert, es handle sich registermässig um eine Ehe unter gleichgeschlechtlichen Personen. Eine solche könne in der Schweiz nicht anerkannt werden.

3. Der Beschwerdeführer rügt vorab eine Verletzung von **Art. 45 IPRG** (SR 291).

a) Gemäss **Art. 45 Abs. 1 IPRG** wird eine im Ausland gültig geschlossene Ehe in der Schweiz anerkannt. Sind Braut oder Bräutigam Schweizer Bürger oder haben beide Wohnsitz in der Schweiz, so wird die im Ausland geschlossene Ehe anerkannt, wenn der Abschluss nicht in der offenbaren Absicht ins Ausland verlegt worden ist, Nichtigkeitsgründe des schweizerischen Rechts zu umgehen (**Art. 45 Abs. 2 IPRG**). Bezüglich der Eintragung in die Zivilstandsregister, wie sie hier vom Beschwerdeführer verlangt worden ist, bestimmt **Art. 32 Abs. 1 IPRG**, dass eine ausländische Entscheidung oder Urkunde über den Zivilstand aufgrund einer Verfügung der kantonalen Aufsichtsbehörde in die Zivilstandsregister eingetragen wird. Die Eintragung wird bewilligt, wenn die Voraussetzungen der Art. 25 bis 27 erfüllt sind (**Art. 32 Abs. 2 IPRG**). Die Anerkennung ist unter anderem ausgeschlossen, wenn sie mit dem schweizerischen Ordre public offensichtlich unvereinbar wäre (**Art. 27 Abs. 1 IPRG**).

b) Ein Verstoss gegen den Ordre public liegt nach der Rechtsprechung vor, wenn fundamentale Rechtsgrundsätze verletzt sind, der fragliche Akt mit der schweizerischen Rechts- und Wertordnung schlechthin unvereinbar ist (**BGE 116 II 636**; **BGE 111 Ia 14** E. 2a mit Hinweisen). Nach dem schweizerischen Rechtsempfinden ist die Ehe die geschlechtliche Vereinigung von Mann und Frau, mit andern Worten von zwei Menschen biologisch unterschiedlichen Geschlechts (HEGNAUER, Grundriss des Eherechts, 2. A., Rz. 4.33; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, N. 6 zu **Art. 159 ZGB**). Das so verstandene Institut der Ehe untersteht der Ordre public-Klausel (vgl. **BGE 114 II 6** E. 4).

c) Bei seiner Entscheidung ging das kantonale Departement des Innern vom Personenstand des Beschwerdeführers aus, wie er aus dessen richtigen Personaldokumenten hervorgeht. Danach ist der Beschwerdeführer männlichen Geschlechts. Die mit A. Y. in Dänemark geschlossene Ehe

hat die kantonale Instanz folgerichtig als Verbindung unter gleichgeschlechtlichen Personen qualifiziert, deren Anerkennung gegen den schweizerischen Ordre public verstossen würde. Aus dieser Sicht ist der angefochtene Entscheid nicht zu beanstanden.

4. In der Nichtanerkennung der Ehe mit A. Y. erblickt der Beschwerdeführer sodann einen Verstoss gegen die **Art. 54 BV** und 12 EMRK.

a) Berufet sich ein Beschwerdeführer für den nämlichen Anspruch gleichzeitig auf ein verfassungsmässiges Recht und auf eine Bestimmung der EMRK, so prüft das Bundesgericht in der Regel zunächst, ob der angefochtene Entscheid gegen die Bundesverfassung verstosse.

Gegebenenfalls berücksichtigt es dabei allerdings die Konkretisierung bestimmter Rechtsgrundsätze durch die Konventionsorgane (**BGE 112 Ia 99** E. 3 mit Hinweis).

b) Nach **Art. 54 Abs. 1 BV** steht das Recht zur Ehe unter dem Schutz des Bundes. Geschützt ist das Institut der Ehe als solches, so wie die kulturelle Entwicklung es gestaltet hat und wie es den sittlichen Anschauungen der Bürgerinnen und Bürger entspricht. Aus dieser Sicht versteht sich die Ehe als das auf Dauer angelegte Zusammenleben von Mann und Frau in einer umfassenden Lebensgemeinschaft. Gleichgeschlechtliche Lebensgemeinschaften fallen dagegen nicht unter den Schutz von **Art. 54 BV**, und zwar auch dann nicht, wenn eine formelle Eheschliessung erschlichen worden ist (DICKE, Kommentar zur BV, N. 1 und 30 zu Art. 54).

c) Die angeführten Grundsätze decken sich mit dem Gehalt von **Art. 12 EMRK**. So hat der Europäische Gerichtshof klargestellt, dass diese Konventionsbestimmung einzig die Heirat zwischen Personen unterschiedlichen biologischen Geschlechts im Auge habe. **Art. 12 EMRK** schützt somit lediglich die herkömmliche Ehe (vgl. die Urteile des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte vom 17. Oktober 1986 in Sachen Rees (Serie A Nr. 106 § 49) und vom 27. September 1990 in Sachen Cossey (Serie A Nr. 184 § 43). Im zweiten Fall hat der Gerichtshof dafürgehalten, es sei ohne Belang, dass die als Mann geborene transsexuelle Beschwerdeführerin sozial als Frau anerkannt sei und einen ehewilligen (männlichen) Partner habe (vgl. §§ 32 und 33); dass sie keine Frau heiraten könne, beruhe nicht auf einem rechtlichen Hindernis, und soweit sie andererseits keinen Mann heiraten könne, würden die Grundsätze des (für jenen Fall massgebenden) englischen Rechts sich mit dem **Art. 12 EMRK** zugrundeliegenden Begriff der Ehe decken (§ 45); wenn das nationale Recht bei der Bestimmung des Geschlechts einer Person im Hinblick auf die Ehe auf rein biologische Kriterien abstelle, sei dies im übrigen mit der Konvention durchaus vereinbar (§ 46).

d) Aus dem Gesagten erhellt, dass die Verweigerung des vom Beschwerdeführer angestrebten Registereintrags durch die kantonale Instanz unter den gegebenen Umständen weder gegen **Art. 54 BV** noch gegen **Art. 12 EMRK** verstösst. Insbesondere ist auch aus der Sicht dieser Bestimmungen unbehelflich, dass der Beschwerdeführer nach seinem Empfinden und nach seiner sozialen Stellung eine Frau sei.

5. a) Der Beschwerdeführer rügt des weitern eine Verletzung von **Art. 8 EMRK**. Danach hat jedermann Anspruch auf Achtung seines Privat- und Familienlebens, seiner Wohnung und seines Briefverkehrs (Abs. 1) und ist der Eingriff einer öffentlichen Behörde in die Ausübung dieses Rechts nur statthaft, soweit er gesetzlich vorgesehen ist und eine Massnahme darstellt, die in einer demokratischen Gesellschaft für die nationale Sicherheit, die öffentliche Ruhe und Ordnung, das wirtschaftliche Wohl des Landes, die Verteidigung der Ordnung und zur Verhinderung von strafbaren Handlungen, zum Schutz der Gesundheit und der Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer notwendig ist (Abs. 2).

b) Das Recht auf geschlechtliche Identität (Transsexualismus) fällt als Teil des Rechts auf Achtung des Privatlebens, insbesondere des Verfügungsrechts über den eigenen Körper, in der Tat in den Schutzbereich von **Art. 8 EMRK** (dazu WILDHABER, IntKommEMRK, Rz. 208 ff. zu Art. 8). Die Konventionsorgane haben sich verschiedentlich damit befasst, ob Transsexuelle gegenüber dem Staat einen Anspruch darauf hätten, dass die Geschlechtsumwandlung durch eine entsprechende Änderung der Registereinträge rechtlich nachvollzogen werde.

Bei der Prüfung der Frage, inwiefern der Staat in diesem Bereich eine positive Handlungspflicht habe, hat der Gerichtshof stets darauf hingewiesen, dass das jeweilige nationale Recht für ein gerechtes Gleichgewicht zwischen den Interessen der Allgemeinheit und denjenigen des Individuums (d.h. des Transsexuellen) sorgen müsse. Nach seiner Ansicht ist ein Staat nicht verpflichtet, sein bestehendes Registersystem allenfalls grundlegend zu revidieren (Urteil Rees, § 42 lit. a; Urteil Cossey, § 38 lit. a). Der Gerichtshof hat denn etwa dafürgehalten, dass die blosser Weigerung, das Geburtsregister zu ändern oder Geburtsscheine mit einem vom Register abweichenden Inhalt auszustellen, keinen "Eingriff" im Sinne von **Art. 8 Abs. 2 EMRK** darstelle (Urteil Rees, § 35). Die angeführten grundsätzlichen Überlegungen hat er auch im Urteil vom 25. März 1992 in Sachen B. gegen Frankreich (Serie A Nr. 232-C) bestätigt, zumal in wichtigen mit dem Transsexualismus zusammenhängenden Fragen (z. B.

Zustimmung zur geschlechtsumwandelnden Operation; Bedingungen, unter denen eine Geschlechtsänderung bewilligt werden kann; rechtliche Auswirkungen mit Bezug auf eine bestehende oder eine in der Zukunft zu schliessende Ehe) unter den Konventionsstaaten noch kein genügend breiter Konsens vorhanden sei, um von der bisherigen Betrachtungsweise abzuweichen (§ 48). Hingegen ist WILDHABER (Rz. 223 zu Art. 8) der Ansicht, dass zu den positiven Handlungs- und Schutzpflichten der Staaten gegenüber Transsexuellen eine Verpflichtung zur Berichtigung der Geburtsregister und Identitätspapiere oder wenigstens zur Ausstellung von Dokumenten, welche nur die neue Identität bescheinigen, gezählt werden sollte.

6. a) In der Schweiz werden Geschlechtsumwandlungs-Operationen seit rund zwanzig Jahren durchgeführt. Sie sind heute als Behandlung einer psychischen Störung von der Ärzteschaft auf breiter Basis anerkannt (dazu **BGE 114 V 167** E. 4). Nach der neueren Rechtsprechung des Eidgenössischen Versicherungsgerichts gehört der chirurgische Eingriff, falls er als die einzig wirksame Behandlungsmethode erscheint, zu den Pflichtleistungen der anerkannten Krankenkassen (**BGE 114 V 161** E. c, 168 E. 5).

b) Eine Regelung des rechtlichen Nachvollzugs einer medizinisch durchgeführten Geschlechtsumwandlung enthält die schweizerische Rechtsordnung nicht. Dennoch ist in verschiedenen Gerichtsurteilen die geänderte geschlechtliche Identität einer transsexuellen Person anerkannt worden (vgl. Urteil des Zivilgerichts Basel-Stadt vom 27. Juni 1961, wiedergegeben in ZBI 62/1961, S. 418 ff.; Urteil des Gerichtspräsidenten von Laupen vom 17. Februar 1971, wiedergegeben in ZZW 1971, S. 129 f.; Urteil des Gerichtspräsidenten von Vevey vom 9. Mai 1974, wiedergegeben in ZZW 1975, S. 181 ff.; Urteil des Zivilgerichts Basel-Stadt vom 8. Mai 1979, wiedergegeben in ZZW 1979, S. 281 ff.; Urteil des Kantonsgerichts Neuenburg vom 15. Dezember 1980, wiedergegeben in Recueil de jurisprudence neuchâteloise 1980-81, S. 38 ff.; Urteil des Zivilgerichts Basel-Stadt vom 17. Juli 1981, wiedergegeben in ZZW 1985, S. 374 ff.).

Bei der Behandlung der Begehren betreffend Feststellung des neuen Geschlechts und entsprechende Änderung der Registereinträge zogen die Gerichte anfänglich zum Teil **Art. 45 ZGB** (analog) heran, wonach - unter dem Vorbehalt der Berichtigung auf offensichtlichem Versehen oder Irrtum beruhender Fehler durch die Aufsichtsbehörde (Abs. 2) - eine Eintragung nur auf Anordnung des Richters berichtigt werden darf (Abs. 1). Zutreffend wird die in Frage stehende Klage heute allgemein als Statusklage besonderer Art qualifiziert, geht es doch bei der Geschlechtsumwandlung eines transsexuellen Menschen um eine nachträgliche Änderung des Personenstandes, nicht um die Berichtigung eines von Anfang an falschen Eintrags (vgl. URS PETER CAVELTI, Berichtigung und Statusklage, deren Abgrenzung und Anwendung, in ZZW 1980, S. 69; PIERRE AUBERT/HÉLÈNE REICH, Der Eintrag der Geschlechtsänderung in die Zivilstandsregister, in ZZW 1987, S. 4 f.; dazu auch **BGE 92 II 132** E. 3). Die Klage lässt sich etwa mit der Feststellungsklage vergleichen, die **BGE 41 II 425** ff. zugrundelegen und ein Kind betroffen hatte, das einzig in den einschlägigen französischen Registern - als Kind einer falschen Mutter - eingetragen worden war.

c) Die schweizerische Praxis geht nach dem Gesagten davon aus, dass die Anerkennung der Geschlechtsänderung die Durchführung eines richterlichen Verfahrens voraussetzt. Dieser Betrachtungsweise ist angesichts der Ordnung des Zivilstandswesens beizupflichten: Den Registereinträgen kommt auch in diesem Bereich die erhöhte Beweiskraft gemäss **Art. 9 ZGB** (Vermutung der Richtigkeit der durch sie bezeugten Tatsachen) zu (**Art. 28 ZStV**). Eine Änderung des Personenstandes infolge Geschlechtsumwandlung kann deshalb nicht dem persönlichen Empfinden des betroffenen Transsexuellen überlassen werden, könnten doch sonst gerade die Grundvoraussetzungen der herkömmlichen Ehe, auf denen beispielsweise auch **Art. 12 EMRK** beruht, allzu leicht unterlaufen werden. Die Rechtssicherheit gebietet klare, eindeutige Verhältnisse, was nur bei einem irreversiblen Geschlechtswechsel gewährleistet ist. Ähnlich wie bei der Berichtigung eines Registereintrags im Sinne von **Art. 45 ZGB** (dazu EGGGER, N. 11 zu **Art. 45 ZGB**) ist deshalb - auch im Interesse betroffener Drittpersonen (Ehegatte, Kinder) - zu verlangen, dass die Voraussetzungen für die Anerkennung einer Geschlechtsänderung in einem formellen richterlichen Verfahren abgeklärt werden. Wie aus dem oben Dargelegten (E. 5b) erhellt, steht eine solche Ordnung durchaus in Einklang mit den einschlägigen Bestimmungen der Europäischen Menschenrechtskonvention.

7. Das Geschlecht einer Person ist wie der Name ein Element der Persönlichkeit. Im Falle internationaler Verflechtung sind - abweichende gesetzliche Regelung vorbehalten - für die Beurteilung von personenrechtlichen Verhältnissen die schweizerischen Gerichte am Wohnsitz zuständig; sie wenden das Recht am Wohnsitz an (**Art. 33 Abs. 1 IPRG**). Damit ist dem Vorbringen des Beschwerdeführers, registermässig sei für ihn - auf

dem Weg der Berichtigung nach **Art. 45 ZGB** - eine Änderung des Personenstandes, die sein Heimatstaat Brasilien gestützt auf eine Geschlechtsumwandlung nicht zulasse, nur möglich, wenn die in Dänemark geschlossene Ehe hier anerkannt und in das Familienregister eingetragen werde, der Boden entzogen. Der Beschwerdeführer hat die Möglichkeit, an seinem schweizerischen Wohnsitz eine Klage auf Feststellung seines neuen Personenstandes (Geschlechts) einzureichen.

Beispiel: Ehe auf Zeit (*mut`a*)

BGer v. 5.11.2009, 5A_404/2009

Y. _____, ressortissante suisse et iranienne, et X. _____, de nationalité suisse, se sont rencontrés dans le courant de l'année 1994, alors qu'ils étaient tous deux mariés, et ont fait ménage commun dès 1995. Y. _____ a divorcé le 9 novembre 1995, X. _____ le 11 avril 2002.

A l'occasion d'un voyage en Iran, les intéressés ont contracté à Téhéran, le 6 mars 2005, un «mariage provisoire légitime sigheh» (ci-après: mariage «sigheh») d'une durée de cinquante ans. L'acte émis à cette occasion (ci-après: l'acte de mariage n° 1), rédigé en langue persane et comportant la photographie et la signature des comparants, a été enregistré le même jour dans un office notarial.

De retour à Genève, Y. _____ et X. _____ se sont séparés le 24 mai 2005. Au début du mois de juin 2005, Y. _____ a sollicité de la Direction de l'état civil du canton de Genève (ci-après: la Direction de l'état civil) l'enregistrement du mariage célébré le 6 mars 2005. Elle a produit un avis de

l'Institut suisse de droit comparé du 23 mai 2005 selon lequel un tel mariage pouvait être reconnu en Suisse, à l'exception de sa limite temporelle. Le 28 juin 2005, l'Office fédéral de l'état civil s'est rallié à l'avis exprimé par l'Institut suisse de droit comparé. Il a invité l'Ambassade de Suisse en Iran à légaliser l'acte de mariage et la Direction de l'état civil à reconnaître le mariage «sigheh», sans limite dans le temps.

Le 9 mars 2006, Y. _____ a transmis à la Direction de l'état civil un nouvel acte de mariage (ci-après: l'acte de mariage n° 2), établi sur la base de l'acte de mariage n° 1 mais dépourvu de signatures, dûment légalisé par la représentation diplomatique suisse à Téhéran. Se fondant sur les deux actes de mariage produits, la Direction de l'état civil a ordonné la transcription dans les registres suisses de l'état civil du mariage contracté le 6 mars 2005. En avril et mai 2006, X. _____ est intervenu à plusieurs reprises auprès de la Direction de l'état civil aux fins de faire radier cet enregistrement du mariage.

Par décision du 9 mai 2006, le Département des Institutions du canton de Genève, en sa qualité d'autorité de surveillance de l'état civil, a rejeté la requête de radiation de la transcription du mariage de X. _____. Il a confirmé que le mariage contracté le 6 mars 2005 à Téhéran était valable en droit suisse, qu'il n'était pas contraire à l'ordre public suisse à condition d'être transcrit sans limitation temporelle et qu'il ne pouvait être annulé que par un jugement.

Saisi d'un recours de X. _____ contre la décision précitée, le Tribunal administratif du canton de Genève l'a rejeté par arrêt du 28 avril 2009, communiqué aux parties le 11 mai suivant. Il a retenu en substance que le mariage «sigheh» était suffisant en Iran pour créer un statut marital, que cette forme de mariage était reconnue en droit musulman chiite, qu'elle était expressément prévue par le code civil iranien, que seule la clause limitant dans le temps les effets de cette institution était contraire à l'ordre public suisse et que, sous cette réserve, la transcription d'un tel mariage dans les registres suisses de l'état civil était possible. Pour le surplus, les conditions fixées pour la transcription avaient été respectées. Aucune des parties n'avait invoqué l'existence d'une cause absolue d'annulation du mariage. L'allégation de X. _____ selon laquelle il n'avait pas eu l'intention d'épouser Y. _____ le 6 mars 2005 ne constituait qu'une cause relative d'annulation du mariage, qui relevait de la compétence du juge civil. En outre, la plainte déposée par X. _____ pour escroquerie et faux dans les titres avait été classée, décision qui avait été confirmée

par la Chambre d'accusation du canton de Genève. Enfin, X._____ n'avait pas intenté d'action en Iran aux fins de faire constater que, comme il le prétendait, l'acte litigieux du 6 mars 2005 n'était pas valable selon le droit iranien.

Par acte du 11 juin 2009 intitulé «recours en matière de droit public», X._____ s'est adressé au Tribunal fédéral, le requérant préalablement de définir les termes « mariage valablement célébré à l'étranger » au sens de l'art. 45 al. 1 de la loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987 (LDIP; RS 291) et, principalement, d'annuler l'arrêt du Tribunal administratif cantonal, de renvoyer la cause à cette autorité pour nouvelle décision, d'ordonner l'ouverture d'une enquête sur la validité du mariage du 6 mars 2005 du point de vue iranien et de réserver la décision des autorités

judiciaires iraniennes à cet égard. Le recourant se plaint d'une application erronée de l'art. 45 al. 1 LDIP, d'une constatation arbitraire des faits et de la violation de son droit d'être entendu. Le Tribunal administratif cantonal a renoncé à déposer une réponse.

Y._____ conclut au rejet du recours et sollicite l'assistance judiciaire pour la procédure fédérale.

Considérant en droit:

1.

1.1 L'intitulé erroné ("recours en matière de droit public") du mémoire n'entraîne aucun préjudice pour le recourant, pour autant que les conditions de recevabilité du recours qui serait ouvert soient réunies (ATF 134 III 379 consid. 1.2 p. 382 et les arrêts cités).

1.2 Le recours vise une décision concernant la radiation d'une inscription au registre de l'état civil au sens de l'art. 42 al. 1 CC. Portant sur la tenue du registre de l'état civil, une telle décision est sujette au recours en matière civile en vertu de l'art. 72 al. 2 let. b ch. 2 LTF (ATF 135 III 389 consid. 1.1; arrêt 5P.338/2004 du 31 mai 2005 consid. 1.1).

Interjeté en temps utile (art. 100 al. 1 LTF) et dans les formes requises (art. 42 LTF) contre un arrêt final (art. 90 LTF) rendu par une autorité cantonale de dernière instance (art. 75 LTF), le recours est recevable en principe comme recours en matière civile. Le recourant a par ailleurs qualité pour recourir (art. 76 al. 1 LTF).

1.3 Le recours en matière civile peut être formé pour violation du droit fédéral (art. 95 let. a LTF), lequel englobe les droits constitutionnels (ATF 133 II 446 consid. 3.1 p. 447, 462 consid. 2.3 p. 466). Le Tribunal fédéral applique le droit d'office (art. 106 al. 1 LTF), sans être lié ni par les motifs de l'autorité précédente, ni par les moyens des parties; il peut ainsi admettre le recours pour d'autres motifs que ceux invoqués par le recourant, comme il peut le rejeter en opérant une substitution de motifs (ATF 133 III 545 consid. 2.2 p. 550). Compte tenu des exigences de motivation posées à l'art. 42 al. 2 LTF, le Tribunal fédéral n'examine en principe que les griefs soulevés; il n'est pas tenu de traiter, à l'instar d'une juridiction de première instance, toutes les questions juridiques pouvant se poser lorsqu'elles ne sont plus discutées devant lui (ATF 133 IV 150 consid. 1.2 p. 152).

2.

2.1 Le Tribunal fédéral statue sur la base des faits établis par l'autorité précédente (art. 105 al. 1 LTF). Il ne peut s'en écarter que si ces faits ont été constatés de façon manifestement inexacte ou en violation du droit au sens de l'art. 95 LTF (art. 105 al. 2 LTF), et si la correction du vice est susceptible d'influencer le sort de la cause (art. 97 al. 1 in fine LTF). Le recourant qui soutient que les faits ont été établis d'une manière manifestement inexacte (art. 97 al. 1 LTF), à savoir arbitraire au sens de l'art. 9 Cst. (ATF 133 II 249 consid. 1.2.2 p. 252), doit démontrer, par une argumentation précise, en quoi consiste la violation; le Tribunal fédéral n'examine, en effet, la violation de l'interdiction de l'arbitraire que si un tel grief a

été invoqué et motivé par le recourant (art. 106 al. 2 LTF), c'est-à-dire s'il a été expressément soulevé et exposé de façon claire et détaillée (ATF 134 II 244 consid. 2.2 p. 246; 133 II 396 consid. 3.1 p. 399), les exigences de motivation de l'acte de recours correspondant à celles de l'ancien art. 90 al. 1 let. b OJ (ATF 134 I 83 consid. 3.2 p. 88; 133 II 249 consid. 1.4.2 p. 254); les critiques de nature appellatoire sont irrecevables (ATF 133 III 585 consid. 4.1 p. 589; 589 consid. 2 p. 591/592 et les arrêts cités). Le recourant ne saurait en outre se contenter de renvoyer aux actes cantonaux ou de reproduire la motivation déjà présentée dans la procédure cantonale: l'art. 42 al. 2 LTF exige qu'il discute au moins de manière succincte les considérants de la décision attaquée (ATF 134 II 244 consid. 2.1-2.3 p. 245/247; 133 II 396 consid. 3.1 p. 399/400 et la jurisprudence citée).

Quant à l'appréciation des preuves et à la constatation des faits, le Tribunal fédéral se montre réservé, vu le large pouvoir qu'il reconnaît en la matière aux autorités cantonales (ATF 120 la 31 consid. 4b p. 40; 104 la 381 consid. 9 p. 399 et les arrêts cités). Il n'intervient, du chef de l'art. 9 Cst., en relation avec les art. 97 al. 1 et 105 al. 2 LTF, que si le juge n'a manifestement pas compris le sens et la portée d'un moyen de preuve, a omis sans raisons objectives de tenir compte de preuves pertinentes ou a opéré, sur la base des éléments recueillis, des déductions insoutenables (ATF 129 I 8 consid. 2.1 p. 9; 134 V 53 consid. 4.3 p. 62).

2.2 Le recourant a annexé à son mémoire de recours un jugement par défaut du 6 juin 2009 de la 5ème Chambre du Tribunal général de Téhéran ordonnant l'annulation de la mention du mariage dans une pièce d'identité de l'intimée. Cette pièce nouvelle est postérieure à la date de l'arrêt attaqué et ne peut par conséquent pas être prise en considération (art. 99 al. 1 LTF). Il s'ensuit que les conclusions du recourant tendant à ordonner l'ouverture d'une enquête portant sur la validité du mariage du 6 mars 2005 du point de vue du droit iranien et à réserver la décision des autorités judiciaires iraniennes à cet égard sont irrecevables dans la mesure où elles se fondent sur ladite pièce nouvelle.

3.

Se référant à l'art. 45 al. 1 LDIP, selon lequel un mariage valablement célébré à l'étranger est reconnu en Suisse, le recourant fait valoir que le Tribunal administratif a arbitrairement privilégié l'examen de la question de savoir si, abstraitement, un mariage « sigheh » pouvait être reconnu en Suisse, après correction à l'aune de l'ordre public suisse, plutôt que de déterminer en priorité si, concrètement, l'acte de mariage du 6 mars 2005 faisait réellement des intéressés des époux du point de vue du droit iranien. En rejetant sa thèse selon laquelle cet acte était sans valeur du point de vue du droit étranger, le Tribunal administratif aurait constaté arbitrairement les faits au sens de l'art. 9 Cst., méconnu son obligation d'établir d'office la teneur du droit étranger selon l'art. 16 al. 1 LDIP et violé le droit d'être entendu du recourant concernant des éléments de fait déterminants à teneur de l'art. 29 al. 2 Cst.

3.1 Le recourant reproche à cet égard au Tribunal administratif d'avoir arbitrairement tenu pour établi que le mariage célébré le 6 mars 2005 avait fait l'objet d'une inscription dans le registre des mariages du bureau notarial n° 78, alors qu'il avait établi par pièce que le numéro d'inscription 3413 figurant dans l'acte de mariage n° 2 indiquait, sous cette référence, le mariage d'un autre couple.

Cette critique ne saurait être retenue. Il ressort en effet d'une attestation du notaire en charge de l'office public n° 78 que le document produit par le recourant fait état d'un mariage du type « aghd » (mariage sans limitation dans le temps), au demeurant célébré le 29 janvier 2006, alors que le numéro d'inscription 3413 attribué aux parties correspond à un numéro des registres des mariages « sigheh ». C'est donc sans arbitraire que le Tribunal administratif a retenu que le mariage célébré le 6 mars 2005 avait été dûment inscrit dans le registre des mariages « sigheh ». Cette inscription est

d'ailleurs confirmée dans un document d'état civil produit au dossier, soit un « shenasnameh », correspondant à la fois à une carte d'identité et à l'équivalent d'un certificat de naissance.

3.2 Au dire du recourant, le Tribunal administratif aurait également fait preuve de partialité dans l'établissement des faits en omettant de mentionner le contenu d'un passage recouvert au correcteur liquide d'un document produit par l'intimée le 28 mars 2007, soit l'attestation de l'existence du mariage

célébré le 6 mars 2005, établie à la suite de la perte de l'original de l'acte de mariage n°1. Selon lui, le passage en question mentionnait que le document n'avait pas été enregistré au registre des mariages et l'utilisation du correcteur ne pouvait qu'être le fait de l'intimée. Il peut paraître surprenant qu'à l'occasion de la brève consultation de l'original du document en cause, le 19 juillet 2007, dans les locaux du Tribunal administratif, le traducteur-juré mandaté par le recourant soit parvenu à déchiffrer le contenu du passage occulté, tant le correcteur utilisé masque efficacement le texte. A supposer que celui-ci fasse vraiment état d'une absence d'enregistrement, le Tribunal administratif pouvait s'abstenir de faire procéder à des investigations complémentaires pour tenter d'en préciser la teneur et de déterminer l'auteur de l'utilisation du correcteur liquide: en effet, il est vraisemblable, d'une part, que ce n'est pas le document incriminé qui a été enregistré mais bien l'original de l'acte de mariage n° 1; d'autre part, il est établi par pièce que le mariage célébré le 6 mars 2005 a bien été inscrit dans le registre des mariages « sigheh ».

Les faits, tels que retenus sur ce point dans l'arrêt attaqué, ne révèlent ni arbitraire ni partialité de la part du Tribunal administratif.

4.

Le recourant invoque également l'établissement arbitraire des faits de la cause résultant de la violation formelle de son droit d'être entendu. Il se plaint à cet égard du refus que lui a opposé le Tribunal administratif de verser au dossier l'écriture spontanée qu'il a produite le 26 juin 2008 et d'ordonner un second échange d'écritures au sens de l'art. 74 de la loi genevoise du 12 septembre 1985 sur la procédure administrative (LPA/GE).

4.1 Le droit d'être entendu, tel qu'il est garanti par l'art. 29 al. 2 Cst., comprend notamment pour le justiciable le droit de s'exprimer sur les éléments pertinents avant qu'une décision ne soit prise touchant sa situation juridique, d'obtenir l'administration des preuves pertinentes et valablement offertes, de participer à l'administration des preuves essentielles et de se déterminer sur son résultat lorsque cela est de nature à influencer sur la décision à rendre (ATF 133 I 270 consid. 3.1; 126 I 15 consid. 2a/aa; 124 I 49 consid. 3a). Le juge peut cependant renoncer à l'administration de certaines preuves, notamment lorsque les faits dont les parties veulent rapporter l'authenticité ne sont pas importants pour la solution du litige. Ce refus d'instruire ne viole leur droit d'être entendues que si l'appréciation anticipée de la pertinence du moyen de preuve offert, à laquelle le juge a ainsi procédé, est entachée d'arbitraire (ATF 131 I 153 consid. 3 et les arrêts cités). L'arbitraire prohibé par l'art. 9 Cst. ne résulte pas du seul fait qu'une autre solution pourrait entrer en considération ou même qu'elle serait préférable; le Tribunal fédéral ne s'écarte de la solution retenue en dernière instance cantonale que si elle est manifestement insoutenable, méconnaît gravement une norme ou un principe juridique clair et indiscuté ou si elle heurte de manière choquante le sentiment de la justice ou de l'équité. Il ne suffit pas que la motivation de la décision soit insoutenable; encore faut-il qu'elle soit arbitraire dans son résultat (ATF 132 I 13 consid. 5.1; 131 I 217 consid. 2.1, 57 consid. 2; 129 I 173 consid. 3.1).

Le droit d'être entendu comprend en principe aussi le droit de répliquer (ATF 133 I 98, 100; 132 I 42). Lorsque le droit de procédure applicable ne prévoit pas de communication de la prise de position, l'autorité doit informer la partie du dépôt de celle-ci et de la possibilité de se déterminer à son sujet.

S'il ne prévoit en principe qu'un seul échange d'écritures, l'autorité peut se limiter dans un premier temps à communiquer la prise de position à titre d'information, sans avis formel de la possibilité de répliquer; la partie est ainsi mise en situation de faire ou non usage de cette possibilité; si elle

s'en abstient, elle est censée y avoir renoncé (ATF 132 I 42 consid. 3.3.3). Selon l'art. 74 LPA/GE, « la juridiction peut autoriser une réplique et une duplique si ces écritures sont estimées nécessaires ». En droit cantonal, l'opportunité d'un second échange d'écritures est ainsi laissée à l'appréciation de l'autorité de jugement, qui peut décider que les éléments de fait et de droit résultant d'un premier échange d'écritures sont suffisants pour lui permettre de se prononcer. Selon la jurisprudence, lorsque l'autorité n'a pas - ou pas suffisamment - motivé sa décision et n'a indiqué en détail les motifs de cette décision que dans sa réponse, l'autorité de recours viole le droit d'être entendu en refusant de transmettre au recourant cette réponse pour qu'il puisse répliquer (ATF 111 Ia 2 consid. 3). Plus généralement, l'autorité a l'obligation de communiquer au recourant les écritures de l'intimé quand celles-ci contiennent des éléments nouveaux et importants au sujet desquels le recourant n'a pas pu prendre position (ATF 114 Ia 84 consid. 3 p. 87, 307 consid. 4b p. 314; 101 Ia 298 consid. 4a p. 304).

4.2

4.2.1 Par courrier du 26 juin 2008, le recourant a informé le Tribunal administratif de ce qu'il avait saisi les autorités judiciaires iraniennes d'une requête devant lui permettre d'accéder au registre d'état civil de Téhéran et que les documents qu'il avait ainsi obtenus démontraient que l'intimée n'était pas mariée. Le Tribunal administratif lui a retourné ce courrier et ses annexes, en précisant que les écritures spontanées n'étaient pas admises.

Le Tribunal administratif était fondé à agir de la sorte dès lors qu'il avait averti les parties, le 13 février 2008, qu'aucune correspondance ou production de pièces ne serait admise jusqu'à droit jugé après la production de l'écriture du recourant agendée au 28 février 2008. Pour le surplus, les pièces produites par le recourant le 26 juin 2008 étaient constituées d'un acte de naissance de l'intimée, sans indication concernant son état civil, et de l'attestation de l'absence d'enregistrement du mariage dans le registre des mariages du type « aghd » (cf. consid. 3.1 ci-dessus), soit d'un fait dont le tribunal avait déjà connaissance. Ces pièces n'étaient donc pas de nature à prouver l'allégation du recourant selon laquelle l'intimée était considérée comme célibataire au sens du droit iranien.

Le refus du Tribunal administratif de verser ces documents au dossier ne constituait donc pas une violation du droit d'être entendu du recourant.

4.2.2 Le recourant se plaint également du refus opposé par le Tribunal administratif à ses différentes requêtes tendant au dépôt d'une réplique. Le 26 juillet 2006, il a requis de pouvoir répliquer aux observations du département cantonal; le 15 août 2006, il a sollicité la faculté de se déterminer sur certaines pièces versées au dossier par l'intimée; enfin, le 31 octobre 2006, il a réitéré sa requête, l'assortissant d'une demande d'expertise relative au décollement des timbres officiels et à la contre-façon de sa signature sur un document produit par l'intimée. Plutôt que d'ordonner un second échange d'écritures, la juge déléguée du Tribunal administratif a appointé la tenue d'une audience de comparution personnelle des parties, qu'elle a fixée au 1^{er} décembre 2006. Simultanément, elle a ordonné la production, par le département cantonal et par l'intimée, d'un certain nombre de pièces originales destinées à vérifier la validité de la transcription du mariage litigieux en Iran et dans les registres de l'état civil cantonal.

Le 10 novembre 2008, le Tribunal administratif a adressé une copie des pièces produites par le département cantonal au recourant. Ce dernier a bénéficié de la possibilité de se déterminer sur ces documents et, d'une manière plus générale, sur les écritures des autres parties lors de l'audience du 1^{er} décembre 2006. Au cours de celle-ci, il a eu l'occasion de verser au dossier de nouvelles traductions de certaines pièces produites par l'intimée. La pièce originale de l'acte de mariage n° 1, dont la production par l'intimée a été ordonnée à l'issue de l'audience de comparution personnelle des parties, a été versée au dossier, en copie, le 28 mars 2007 et, dans sa version originale, le 16 juillet 2007. Le recourant a pu se

déterminer, respectivement les 2 mai et 19 juillet 2007, sur chacune de ces productions. Enfin, suite à la production par l'intimée du « shenasnameh » sous forme de photocopie le 10 décembre 2007, de traduction certifiée conforme le 7 février 2008 et d'original le 28 mars 2008, le recourant a pu présenter ses observations, ce qu'il a fait à teneur d'un courrier du 28 février 2008, accompagné de pièces. Ce courrier a été enregistré par le Tribunal administratif comme une écriture, même si elle n'a pas été formellement désignée par le terme de réplique.

Le Tribunal administratif a donc donné suite à toutes les réquisitions présentées par le recourant les 26 juillet, 15 août et 31 octobre 2006, à l'exception de la requête tendant à la mise en oeuvre d'une expertise concernant l'authenticité de l'acte de mariage n° 2 produit par l'intimée. Bien que le recourant ne s'en plaigne pas devant le Tribunal fédéral, il faut constater que ce refus était justifié au regard de l'issue réservée à la plainte pénale déposée par le recourant le 7 juin 2006 à l'encontre de l'intimée pour escroquerie et faux dans les titres. Cette plainte, qui reprenait l'ensemble des faits contenus dans le recours déposé auprès du Tribunal administratif, a fait l'objet d'une ordonnance de classement de la part du Procureur général du canton de Genève le 24 juillet 2006, confirmée sur recours par la Chambre d'accusation le 17 octobre 2006. Selon l'autorité pénale, la prévention de faux dans les titres, qui concernait notamment l'acte de mariage n° 2, n'était pas établie. Le Tribunal administratif était dès lors fondé à renoncer à la mesure d'instruction sous forme d'expertise requise par le recourant.

Le Tribunal administratif n'a par conséquent pas abusé de son pouvoir d'appréciation en refusant d'ordonner un second échange d'écritures formel au sens de l'art. 74 LPA/GE. En effet, les éléments de fait et de droit résultant du premier échange d'écritures, de l'audience de comparution personnelle des parties, des pièces versées au dossier postérieurement à cette audience et de l'écriture du recourant du 28 février 2008 étaient suffisants pour qu'il puisse se prononcer sur tous les aspects de la cause.

4.2.3 C'est en vain que le recourant critique l'appréciation du Tribunal administratif selon laquelle il n'avait pas contesté l'existence de deux types de registres matrimoniaux, l'un pour les mariages ordinaires, l'autre pour les mariages « sigheh », au motif qu'il a été privé de la possibilité de répliquer. Il pouvait parfaitement le faire dans son écriture du 28 février 2008, qu'il a essentiellement consacrée à la critique de l'authenticité et de la traduction du « shenasnameh » produit par l'intimée.

C'est en vain également qu'il reproche au Tribunal administratif d'avoir retenu qu'il n'avait pas intenté action en Iran pour obtenir des autorités compétentes la constatation de l'invalidité de l'acte de mariage litigieux selon le droit iranien. En effet, le courrier du 26 juin 2008, dont il se plaint qu'il lui a été retourné au titre d'écriture non requise, faisait uniquement état d'une requête d'accession au registre d'état civil de Téhéran (cf. consid. 4.2.1 ci-dessus); en outre, les documents qu'il s'était ainsi procurés démontraient uniquement l'inexistence d'un mariage de type « aghd » et non d'un mariage « sigheh » (ibidem).

4.2.4 Le recourant fait encore grief au Tribunal administratif d'avoir mentionné dans l'arrêt attaqué qu'il n'avait pas formulé d'observations après la production du « shenasnameh » original, en particulier qu'il n'avait pas soutenu qu'il pût s'agir d'un faux. S'il est exact que le recourant ne s'est pas manifesté après la consultation du document original - alors qu'il s'est empressé de réagir lors de toute autre production de pièces de la part de l'intimée -, il avait cependant formulé un certain nombre de remarques critiques dans son écriture du 28 février 2008 au sujet de la photocopie et du duplicata de la traduction de cette pièce, qui avaient été versés au dossier antérieurement. Il avait notamment invoqué certaines divergences formelles entre la traduction produite et celle effectuée par le traducteur-juré qu'il avait consulté. Il n'est en outre pas certain que le dépôt d'observations non sollicitées aurait été agréé par le Tribunal administratif, comme l'a démontré le renvoi à son expéditeur du courrier du recourant du 26 juin 2008. Si la mention de l'absence de réaction du recourant peut paraître discutable, il faut constater qu'elle n'est pas déterminante pour l'issue du litige. En

effet, le « shenasnameh » original faisait clairement état du mariage de l'intimée et du recourant le 6 mars 2005 devant l'office notarial n° 78 de Téhéran.

4.2.5 Le recourant soutient enfin que le Tribunal administratif a fait preuve de légèreté en écartant la prévention d'usage de faux dans les titres à l'encontre de l'intimée au motif qu'il n'avait fourni aucun élément inconnu du juge pénal et qu'il n'avait pas contesté l'appréciation de celui-ci.

S'il est vrai que l'ordonnance de la Chambre d'accusation ne pouvait pas faire l'objet d'un recours au Tribunal fédéral, le Tribunal administratif pouvait se fonder sur l'appréciation du juge pénal quant à la réalité du délit de faux dans les titres dénoncé par le recourant, dès lors que les faits invoqués à l'appui de la plainte pénale étaient identiques à ceux allégués devant le Tribunal administratif. Quant aux explications fournies lors de l'audience du 1er décembre 2006 par l'intimée au sujet des circonstances de l'établissement de l'acte de mariage n° 2, que le recourant assimile au consentement à l'élaboration d'un faux dans les titres, elles démontrent que l'intéressée s'est contentée de fournir certaines indications à l'auteur du document, précisément pour éviter l'accusation de faux dans les titres.

Les critiques du recourant sur ce point sont donc infondées.

5.

Vu ce qui précède, le recours doit être rejeté dans la mesure de sa recevabilité.

Beispiel: Anerkennung einer ausländischen Privatscheidung (Vertretung)

BGE 122 III 344

A.- Am 4. September 1990 heirateten die schweizerische Staatsangehörige Esther K., geboren am 18. April 1934, und der ghanaische Staatsangehörige Benjamin T., geboren am 19. März 1964, in Accra (Ghana). Diese nach Gewohnheitsrecht geschlossene Ehe wurde in der Folge im Eheregister der "Accra Metropolitan Authority" eingetragen. Dem Registrierungsantrag wurde eine eidesstattliche Erklärung von Joe T. - dem Vater des Bräutigams - und von Jakob K. - dem Vater der Braut - beigelegt, worin diese bescheinigten, dass die Ehe nach Gewohnheitsrecht abgeschlossen wurde.

B.- Am 21. September 1992 erhob Esther K. beim Bezirksgericht Winterthur gegen Benjamin T. eine Scheidungsklage, die sie jedoch nach Durchführung der Hauptverhandlung wieder zurückzog. Mit Schreiben vom 24. November 1993 teilte Esther K. der Direktion des Innern des Kantons Zürich als kantonale Aufsichtsbehörde über das Zivilstandswesen mit, dass ihre Ehe mit Benjamin T. in Ghana aufgelöst worden sei und verlangte die Eintragung der Ehescheidung im schweizerischen Zivilstandsregister. Ihrem Gesuch legte Esther K. einen Registereintrag der "Accra Metropolitan Authority" bei, der verkündet, dass die Ehe am 1. Oktober 1993 aufgelöst wurde; weiter wurde eine eidesstattliche Erklärung beigelegt, worin sich ein gewisser Emmanuel T. als Vater und ein gewisser George O. als Neffe von Benjamin T. ausgaben und bezeugten, dass die Ehe am 1. Oktober 1993 nach massgebendem Gewohnheitsrecht aufgelöst worden sei. Am 30. November 1993 verfügte die Direktion des Innern des Kantons Zürich die Eintragung der Eheauflösung. In der Folge erwog die kantonale Fremdenpolizei, Benjamin T. die Aufenthaltsbewilligung zu entziehen, worauf Benjamin T. mit Eingabe vom 23. Dezember 1993 die Direktion des Innern um Wiedererwägung und Aufhebung der Verfügung vom 30. November 1993 ersuchte. Im Verlauf der längere Zeit dauernden Abklärungen ging Esther K. am 14. Dezember 1994 in Zürich eine neue Ehe mit dem nigerianischen Staatsangehörigen Adbolyd A. ein. Mit Verfügung vom 6. Februar 1996 wies die Direktion des Innern das Wiedererwägungsgesuch von Benjamin T. ab.

C.- Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 22. März 1996 beantragt Benjamin T. dem Bundesgericht im wesentlichen, die Verfügung der Direktion des Innern des Kantons Zürich vom 6. Februar 1996 aufzuheben.

Aus den Erwägungen:

2. Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist die Anerkennung einer in Ghana ausgesprochenen Eheauflösung und deren Eintragung in den schweizerischen Registern. Ghanaer können wählen zwischen der monogamen, standesamtlich bzw. kirchlich zu schliessenden Ehe einerseits und der potentiell polygamen, nach Gewohnheitsrecht bzw. islamischem Recht zu schliessenden Ehe andererseits (BRANDHUBER/ZEYRNGER, Standesamt und Ausländer, Neufassung 16. Lieferung, Frankfurt a.M./Berlin 1995, Ghana, S. 5). Je nach Art der Ehe stehen verschiedene Formen der Eheauflösung zur Verfügung. Die Ehescheidung ist grundsätzlich im "Matrimonial Causes Act" aus dem Jahr 1971 geregelt. Der Erlass kommt für monogame Ehen zwingend, für gewohnheitsrechtliche fakultativ zur Anwendung. Danach können standesamtlich und kirchlich geschlossene Ehen nur gerichtlich geschieden werden, während für gewohnheitsrechtliche Ehen wahlweise eine gerichtliche oder aussergerichtliche bzw. gewohnheitsrechtliche Auflösung möglich ist (BERGMANN/FERID, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, Frankfurt a.M. 1992, Ghana, S. 21). Bei der gewohnheitsrechtlichen Eheauflösung ("customary divorce") treffen im allgemeinen Repräsentanten der Familien zusammen, und es wird unter Einhaltung bestimmter Formalitäten die Ehe einverständlich aufgelöst (BERGMANN/FERID, a.a.O., S. 32). Nach dem "Customary Marriage and Divorce (Registration) Law" aus dem Jahr 1985 haben die Ehegatten bei einer gewohnheitsrechtlichen Auflösung der Ehe innerhalb von drei

Monaten dem Standesbeamten zwecks Registrierung mitzuteilen, dass die Ehe aufgelöst wurde; diesem Registrierungsantrag ist eine eidesstattliche Erklärung der Eltern der Ehegatten oder deren Vertreter beizulegen, worin diese bestätigen, dass die Ehe entsprechend den Vorschriften des anzuwendenden Gewohnheitsrechtes aufgelöst wurde (BERGMANN/FERID, a.a.O., S. 55 f.; BRANDHUBER/ZEYRINGER, a.a.O., S. 8).

3. Bei der Eheauflösung, die im vorliegenden Fall den schweizerischen Behörden zur Anerkennung vorgelegt wurde, handelt es sich um eine Privatscheidung, bei der staatliche Organe nur im Zusammenhang mit der Registrierung mitwirken. Damit stellt sich zunächst die Frage, ob es sich beim "customary divorce" nach ghanaischem Gewohnheitsrecht um einen anerkennungsfähigen Entscheid nach **Art. 25 ff. und Art. 65 IPRG** handle.

a) Das Bundesgericht hatte bislang noch keine Gelegenheit, sich dazu zu äussern, was als anerkennungsfähiger "Entscheid" im Sinn von **Art. 25 ff. und Art. 65 IPRG** zu gelten hat. Unter der Herrschaft des NAG lehnte das Bundesgericht die Anerkennung einer durch einseitige Erklärung des Ehemannes vorgenommenen islamischen Verstossung ab; nach **Art. 7g Abs. 3 NAG** könne nur eine Scheidung anerkannt werden, die von einem Gericht "ausgesprochen" worden ist, was voraussetze, dass der zuständigen Behörde "eine entscheidende Mitwirkung" zukomme (**BGE 88 I 48 E.** 2 S. 50). Die Rechtsprechung, die auf das Kriterium der entscheidenden behördlichen Mitwirkung abstellte, ist bereits zur Zeit der Geltung des NAG kritisiert worden (PETER MAX GUTZWILLER, Jurisdiktion und Anerkennung ausländischer Entscheidungen im schweizerischen internationalen Ehescheidungsrecht, Bern 1969, S. 102 f.).

b) Nach dem Inkrafttreten des neuen IPR-Gesetzes kann an dieser restriktiven Praxis in bezug auf die Frage des "anerkennungsfähigen Entscheides" nicht mehr festgehalten werden. Die Botschaft zum IPR-Gesetz nennt zwar noch das Erfordernis der massgeblichen behördlichen Mitwirkung, lässt indessen auch die Anerkennung von Scheidungen zu, die von religiösen Instanzen ausgesprochen wurden (BBl. 1983 I, S. 361, Ziff. 235.7). Die neuere Literatur geht noch einen Schritt weiter; danach sollen auch Privatscheidungen, die ohne - wesentliche - behördliche Mitwirkung vorgenommen werden, gerichtlichen bzw. behördlichen Ehescheidungen gleichgestellt sein und insoweit als anerkennungsfähige Entscheide gelten (KURT SIEHR, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Basel/Frankfurt a.M. 1996, N. 3 zu **Art. 65 IPRG**; ANDREAS BUCHER, Droit international privé suisse, Tome II, Basel/Frankfurt a.M. 1992, Rz. 570; DANIEL CANDRIAN, Scheidung und Trennung im internationalen Privatrecht der Schweiz, Diss. St. Gallen 1994, S. 312 f.; DANIEL LEVIN, Konflikte zwischen einer weltlichen und einer religiösen Rechtsordnung, Diss. Zürich 1991, S. 171 ff.; MONIQUE JAMETTI GREINER, Thailändische Privatscheidungen grundsätzlich anerkennbar, ZZW 63/1995, S. 169 ff.).

Der Auffassung, dass nicht nur behördliche Scheidungen, sondern auch Privatscheidungen anzuerkennen sind, ist beizupflichten. Ein Gesetzesverständnis, das Privatscheidungen mangels massgebender behördlicher Mitwirkung die Entscheidqualität kategorisch abspricht und insofern eine Anerkennung generell ausschliesst, liefe der vom Gesetzgeber gewollten liberalen Anerkennungspraxis (vgl. BBl. 1983 I, S. 327, Ziff. 217.1) zuwider. Da in vielen Staaten die Privatscheidung staatlich anerkannt und teilweise sogar die einzig mögliche Form der Eheauflösung ist (SIEHR, a.a.O., N. 3 zu **Art. 65 IPRG**), wäre eine generelle Nichtanerkennung mit der Begründung, es liege kein anerkennungsfähiger Entscheid vor, sachlich nicht gerechtfertigt und wirklichkeitsfremd. Hingegen kann einer Eheauflösung, die nach schweizerischem Verständnis völlig unhaltbar ist, viel gezielter durch den schweizerischen Ordre public-Vorbehalt gemäss **Art. 27 IPRG** entgegengewirkt werden (Siehr, a.a.O., N. 3 zu **Art. 65 IPRG**; ähnlich auch JAMETTI GREINER, a.a.O., S. 171); in einem neueren Entscheid hat das Bundesgericht im Unterschied zu **BGE 88 I 48** die islamische Verstossung richtigerweise denn auch unter dem Gesichtspunkt des Ordre public als in der Schweiz nicht anerkennbar bezeichnet (**BGE 103 Ib 69 E.** 3a S. 72 f.).

c) Aus diesen Gründen ist die Privatscheidung - vorliegend jene nach ghanaischem Gewohnheitsrecht - einem Entscheid im Sinn von **Art. 25 ff. und 65 IPRG** gleichzustellen; insoweit ist sie in der Schweiz grundsätzlich anerkennungsfähig.

4. Damit stellt sich im weiteren die Frage, ob im konkreten Fall die Voraussetzungen für eine Anerkennung in der Schweiz gegeben sind. Von Interesse ist im vorliegenden Fall einzig, ob ein Verweigerungsgrund im Sinn von **Art. 27 IPRG** vorliegt und insoweit der schweizerische Ordre public eine Anerkennung verbiete. Als Korrelat zum weit ausgelegten Begriff des anerkennungsfähigen Entscheides ist genau zu prüfen, ob die allgemeinen Anerkennungsbedingungen im Sinn von **Art. 25 ff. IPRG** - im vorliegenden Fall der schweizerische Ordre public gemäss **Art. 27 IPRG** - eingehalten seien.

a) Gemäss **Art. 27 Abs. 1 IPRG** kann eine ausländische Entscheidung in der Schweiz nicht anerkannt werden, wenn die Anerkennung mit der schweizerischen öffentlichen Ordnung offensichtlich unvereinbar wäre. Eine Anerkennung würde dann gegen den materiellen Ordre public verstossen, wenn das einheimische Rechtsgefühl durch die Anerkennung und Vollstreckung eines ausländischen Entscheides in unerträglicher Weise verletzt würde, weil dadurch grundlegende Vorschriften der schweizerischen Rechtsordnung missachtet werden (**BGE 102 Ia 308** E. 5 S. 313 f. mit weiteren Hinweisen). Die Anwendung des Ordre public-Vorbehaltes ist im Bereich der Anerkennung ausländischer Entscheide nach dem Wortlaut des Gesetzes restriktiver als im Bereich der Anwendung des fremden Rechtes gemäss **Art. 17 IPRG (BGE 120 II 87** E. 3 S. 88 mit weiteren Hinweisen). Nebst dem materiellen Ordre public sieht **Art. 27 Abs. 2 IPRG** eine Reihe von Anforderungen an einen

ausländischen Entscheid vor, die unter dem Gesichtspunkt des verfahrensrechtlichen Ordre public für eine Anerkennung in der Schweiz erfüllt sein müssen; als Verweigerungsgründe nennt das Gesetz namentlich das Fehlen einer gehörigen Vorladung (**Art. 27 Abs. 2 lit. a IPRG**), die Verletzung wesentlicher Verfahrensgrundsätze - namentlich des Anspruchs auf rechtliches Gehör - (**Art. 27 Abs. 2 lit. b IPRG**) sowie die Nichtbeachtung in- oder ausländischer Rechtshängigkeit bzw. Entscheidungen (**Art. 27 Abs. 2 lit. c IPRG**).

b) Ob im vorliegenden Fall die in Ghana erfolgte Eheauflösung von der Direktion des Innern vor dem Hintergrund von **Art. 27 IPRG** zu Recht anerkannt wurde, lässt sich aufgrund der Akten nicht abschliessend beurteilen. Die Umstände, unter denen die Eheauflösung in Ghana erfolgte, sind nämlich weitgehend im Dunkeln geblieben. In erster Linie ist unklar, ob der Beschwerdeführer überhaupt Kenntnis von der Eheauflösung hatte und daran persönlich beteiligt war. Der Beschwerdeführer behauptete sowohl im kantonalen als auch im bundesgerichtlichen Verfahren, dass er von einer Scheidung keine Kenntnis hatte; diese Behauptung kann keineswegs als völlig unbegründet abgetan werden, da die von der Beschwerdegegnerin vorgelegten Dokumente keine Auskunft darüber geben, ob der Beschwerdeführer an der Eheauflösung beteiligt war. Die Einwände des Beschwerdeführers erhalten zusätzliches Gewicht durch den Umstand, dass sich die Beschwerdegegnerin trotz entsprechender Aufforderungen im kantonalen und bundesgerichtlichen Verfahren nie zu diesen Fragen vernehmen liess. Ob der Beschwerdeführer von der Eheauflösung wusste und damit einverstanden war, ist indessen von entscheidender Bedeutung für die Frage, ob die Scheidung in der Schweiz anerkannt werden kann. Sollten nur Repräsentanten der Familien zusammengetroffen sein und die Ehe bloss ihrerseits einverständlich aufgelöst haben, ohne dass beide Ehegatten anwesend oder damit zumindest einverstanden waren, läge ein Verstoss gegen den materiellen Ordre public im Sinn von **Art. 27 Abs. 1 IPRG** vor. Gemäss Rechtsprechung und einhelliger Lehrmeinung ist die Eheauflösung nämlich als höchstpersönliche und insofern vertretungsfeindliche Rechtshandlung zu verstehen (**BGE 116 II 385** E. 4 S. 387 mit zahlreichen Hinweisen; HINDERLING/STECK, Das schweizerische Ehescheidungsrecht, 4. Auflage, Zürich 1995, S. 548; BÜHLER/SPÜHLER, Berner Kommentar, N. 43 zu **Art. 143 ZGB**; HEGNAUER/BREITSCHMID, Grundriss des Eherechts, 3. Auflage, Zürich 1993, N. 12.14). Eine Eheauflösung, die ohne Wissen und ggf. gegen den Willen eines oder beider Ehegatten alleine von

Repräsentanten derer Familien vereinbart wurde, würde der schweizerischen Rechtsauffassung diametral zuwiderlaufen und könnte unter dem Gesichtspunkt des schweizerischen Ordre public nicht anerkannt werden.

c) Solange die Umstände, unter denen die Scheidung im vorliegenden Fall vorgenommen wurde, nicht zuverlässig geklärt sind, darf eine Anerkennung aus Gründen des schweizerischen Ordre public somit nicht ausgesprochen werden. Die Argumentation der Direktion des Innern, die ohne entsprechende Abklärung dieser Fragen die Anerkennung und Registrierung in der Schweiz bestätigt hat, erweist sich aus verschiedenen Gründen als nicht stichhaltig. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz kann aus der Tatsache, dass die von der Beschwerdegegnerin vorgelegten Scheidungsdokumente nach Auskunft der Schweizer Vertretung in Accra echt sind, nicht abgeleitet werden, dass die Scheidung anzuerkennen sei. Einerseits geben diese Dokumente wie erläutert keine Auskunft darüber, ob die Scheidung den Mindestanforderungen des schweizerischen Ordre public genügt. Andererseits erwecken diese Urkunden in bezug auf ihren materiellen Wahrheitsgehalt grosse Bedenken; während bei der Eheschliessung ein gewisser Joe T. als Zeuge mitwirkte, wird die Eheauflösung von einem gewissen Emmanuel T. bezeugt, die beide die biologische Vaterschaft zum Beschwerdeführer in Anspruch nehmen, obwohl sie nicht nur unterschiedliche Vornamen, sondern auch verschiedene Adressen und Unterschriften aufweisen. Angesichts der Bedeutung der Identität der Zeugen hätte die Vorinstanz über diese offensichtlichen Unstimmigkeiten nicht einfach mit dem Hinweis hinweggehen dürfen, Ungenauigkeiten seien in afrikanischen Urkunden recht häufig anzutreffen; vielmehr hätte sie entsprechend der Anregung der Schweizer Vertretung in Accra gegen geringe Kostengutsprache weitere Abklärungen vornehmen lassen sollen. Unbehelflich ist auch die Argumentation der Direktion des Innern, dass das ghanaische Gewohnheitsrecht von Gruppe zu Gruppe variere und

daher nicht eindeutig verifizierbar sei, weshalb das Risiko grundsätzlich gegeben sei, dass die Erfordernisse von **Art. 27 IPRG** nicht immer erfüllt seien. Die Vorinstanz verkennt, dass jede Anerkennung eines ausländischen Entscheides die Mindestanforderungen des schweizerischen Ordre public gemäss **Art. 27 IPRG** stets erfüllen muss; eine anerkennungsfreundliche Praxis bedeutet lediglich, dass nur mit Zurückhaltung auf eine Verletzung des schweizerischen Ordre public geschlossen werden kann; der in diesem Sinn restriktiv interpretierte Vorbehalt des Ordre public muss indessen immer eingehalten werden. Im übrigen hat die Vorinstanz im Rahmen der Ordre public-Prüfung nicht das ausländische Recht zu "verifizieren" und zu untersuchen, ob die Scheidung in Ghana zu Recht anerkannt und registriert wurde, denn dies würde auf eine nach **Art. 27 Abs. 3 IPRG** unzulässigen "revision au fond" hinauslaufen; vielmehr haben die Schweizer Behörden nur zu prüfen, ob die zur Anerkennung vorgelegte Scheidung den von **Art. 27 IPRG** geforderten schweizerischen Minimalanforderungen genügt.

Der Vorinstanz kann schliesslich auch insoweit nicht gefolgt werden, als sie ausführt, der Beschwerdeführer erhebe nur unsubstantiierte und wenig glaubhafte Behauptungen, wenn er geltend mache, dass er von der Ehescheidung nichts gewusst habe. Die vom Beschwerdeführer erhobenen Einwände, die wie erläutert den materiellrechtlichen Ordre public betreffen, sind von Amtes wegen zu berücksichtigen (STEPHEN V. BERTI/ANTON K. SCHNYDER, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Basel/Frankfurt a.M. 1996, N. 29 zu **Art. 27 IPRG**). Die Prüfung von Verweigerungsgründen von Amtes wegen bedeutet, dass bei Privatscheidungen an die Anerkennung erhöhte Anforderungen zu stellen sind. Im Unterschied zu einer Scheidung mit behördlicher Mitwirkung tritt bei Privatscheidungen anstelle eines behördlichen Entscheides eine zwischen den Parteien einvernehmlich getroffene Eheauflösung. Grundlage der Anerkennung ist daher nicht ein behördlicher Akt, sondern eine private Einigung, die eher mit Mängeln behaftet sein kann. Liegt eine Einigung der Ehegatten vor, die im Herkunftsstaat anerkannt und registriert wurde, wird in der Regel kein Anlass zur Verweigerung der Anerkennung in der Schweiz bestehen, selbst wenn Einwände gegen die Einigung vorgebracht werden. Liegt indessen gar keine Einigung in bezug auf die Auflösung der Ehe vor - was im vorliegenden Fall zumindest nicht ausgeschlossen werden kann -, ist die Anerkennung in der Schweiz ungeachtet einer allfälligen Registrierung im Herkunftsstaat gestützt auf **Art. 27 IPRG** auf jeden Fall zu verweigern.

d) Insgesamt ergibt sich somit, dass nicht ausgeschlossen werden kann, dass der Beschwerdeführer von der Auflösung der Ehe in Ghana keine Kenntnis hatte und demnach auch nicht daran mitwirken konnte. Da in diesem Fall offensichtlich ein Verstoss gegen den schweizerischen Ordre public vorliegen würde, wäre die Vorinstanz verpflichtet gewesen, die Umstände der Eheauflösung von Amtes wegen zu ermitteln. Dass die Eheauflösung in Ghana offenbar registriert wurde und gültig ist, schliesst nicht aus, dass der Eheauflösung aus Gründen des schweizerischen Ordre public die Anerkennung versagt wird. Ebensowenig spricht der Umstand gegen eine Nichtanerkennung, dass die Beschwerdegegnerin zwischenzeitlich wieder eine Ehe eingegangen ist; eine zeitlich später abgeschlossene Ehe kann nicht den Mangel einer Ordre public-widrigen Eheauflösung heilen. Die Verfügung der Direktion des Innern vom 6. Februar 1996 ist daher aufzuheben und die Sache zur Neuentscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Beispiel: Neffenadoption

BGer v. 21.12.2005, 5A.20/2005

A. Mit Bescheid vom 21. Januar 2002 des Sozialamtes Milici in Bosnien-Herzegowina, Republik Serbien, wurde zwischen X._____ und Y._____c, geboren 1986, eine "unvollständige Adoption" (Übersetzung aus dem Serbischen) durchgeführt. Der adoptierte Y._____ lebt in Bosnien-Herzegowina und ist der Neffe des adoptierenden X._____, welcher zur Zeit der Adoption Staatsangehöriger von Bosnien-Herzegowina war, in der Schweiz wohnhaft und seit dem 24. März 2004 Schweizer Bürger ist.

B. Am 9. Juni 2004 ersuchten X._____ und seine Ehefrau Z._____ beim Amt für Handelsregister und Zivilstandswesen des Kantons Thurgau gestützt auf den ausländischen Adoptionsbescheid um Eintragung der Adoption ihres Sohnes Y._____ in die Zivilstandsregister. Mit Verfügung vom 28. September 2004 wies das Amt dieses Gesuch ab mit der Begründung, der betreffenden ausländischen Adoption kämen nur die Wirkungen einer einfachen Adoption zu. Hiergegen gelangten X._____ und Y._____ an das Departement für Justiz und Sicherheit des Kantons Thurgau, welches den Rekurs mit Entscheid vom 24. Januar 2005 abwies. Das Verwaltungsgericht des Kantons Thurgau wies die von X._____ und Y._____ erhobene Beschwerde mit Entscheid vom 27. April 2005 ab

C. X._____ und Y._____ führen mit Eingabe vom 22. Juni 2005 Verwaltungsgerichtsbeschwerde und beantragen, es seien der Entscheid des Verwaltungsgerichts und die erstinstanzliche Verfügung aufzuheben; es sei weiter die am 21. Januar 2002 in Milici erfolgte Adoption anzuerkennen und dementsprechend in die hiesigen Zivilstandsregister einzutragen.

Das Verwaltungsgericht beantragt ohne weitere Ausführungen die Abweisung der Beschwerde. Das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement (EJPD) schliesst in seiner Stellungnahme sinngemäss auf Abweisung der Beschwerde und hält fest, dass im Falle, dass die Anerkennung nicht verweigert werde, die Adoption als einfache Adoption anzuerkennen und in das informatisierte Personenstandsregister einzutragen sei.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. 1.1 Beim Entscheid des Verwaltungsgerichts handelt es sich um ein letztinstanzliches kantonales Urteil, welches die Verfügung der kantonalen Aufsichtsbehörde über die Beurkundung eines ausländischen Adoptionsentscheides zum Gegenstand hat (Art. 23 ZStV; Art. 32 IPRG) und mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde angefochten werden kann (Art. 97 und Art. 98g OG; Art. 90 Abs. 2 ZStV). Die Beschwerdeführer rügen im Wesentlichen eine Verletzung der bundesrechtlichen Regeln über die Eintragung einer ausländischen Adoption gemäss Art. 32 und Art. 78 IPRG (Art. 104 lit. a OG). Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist grundsätzlich zulässig.

1.2 Zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist berechtigt, wer durch die angefochtene Verfügung berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Art. 103 lit. a OG). Die Beschwerdeführer verlangen in der Sache, "die am 21. Januar 2002 in Milici erfolgte Adoption anzuerkennen und dementsprechend in die hiesigen Zivilstandsregister einzutragen". Das Verwaltungsgericht ist zum Schluss gelangt, dass die betreffende Adoption als einfache Adoption anerkannt und in die Zivilstandsregister eingetragen werden könnte. Es hat die Beschwerde abgewiesen, weil die Beschwerdeführer einzig beantragt hätten, die in Frage stehende ausländische Adoption als Volladoption anzuerkennen und in die Zivilstandsregister einzutragen, was unzulässig sei. Die Anerkennung und Eintragung als einfache Adoption sei indessen nicht beantragt worden, und weder die kantonale Aufsichtsbehörde noch die Vorinstanz hätten sich darüber aussprechen müssen.

Soweit die Beschwerdeführer im vorliegenden Verfahren sinngemäss die Anerkennung und Eintragung der streitigen Adoption als einfache Adoption verlangen, kann auf die Beschwerde nicht eingetreten werden. Eine solche Eintragung wurde weder beantragt noch verweigert. Hingegen sind die Beschwerdeführer mit ihrem Antrag auf Anerkennung und Eintragung der im Ausland erfolgten Adoption als Volladoption nicht durchgedrun-

gen. Insoweit haben sie ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung des angefochtenen Urteils und kann auf die Verwaltungsgerichtsbeschwerde eingetreten werden.

1.3 In den Fällen, in denen - wie hier - die Vorinstanz eine richterliche Behörde ist und daher gemäss Art. 105 Abs. 2 OG die Sachverhaltsüberprüfung durch das Bundesgericht eingeschränkt ist, sind nur noch solche neuen Beweismittel zugelassen, welche die Vorinstanz von Amtes hätte erheben müssen und deren Nichterhebung eine Verletzung wesentlicher Verfahrensvorschriften darstellt (BGE 121 II 97 E. 1 S. 99). Soweit die Beschwerdeführer (wie bereits im kantonalen Verfahren) die Befragung der Parteien einschliesslich der Ehefrau des Adoptierenden und der leiblichen Mutter des Adoptierten zur Feststellung der Tatsache anbieten, dass die Beteiligten den Willen hatten, mit der in Bosnien-Herzegowina durchgeführten "unvollständigen Adoption" eine Volladoption im Sinne des schweizerischen Rechts durchzuführen, gehen sie fehl: Für die Frage, mit welcher Wirkung die in Bosnien-Herzegowina erfolgte Adoption in der Schweiz anerkannt und in die Zivilstandsregister eingetragen werden kann, ist der Wille der Beteiligten nicht erheblich (dazu E. 3). Im Weiteren nehmen die Beschwerdeführer mit dem Antrag, es sei eine Befragung "zu allen Punkten des Sachverhaltes" vorzunehmen, nicht hinreichend Bezug auf den angefochtenen Entscheid. Es ist insoweit nicht ersichtlich, inwiefern die vorinstanzliche Feststellung des Sachverhalts offensichtlich unrichtig, unvollständig oder unter Verletzung wesentlicher Verfahrensbestimmungen ermittelt worden sei. Demnach sind die Vorbringen der Beschwerdeführer in tatsächlicher Hinsicht unbehelflich.

2. 2.1 Das Verwaltungsgericht hat im Wesentlichen (unter Hinweis auf die Erwägungen des kantonalen Departements) festgehalten, dass das bosnisch-herzegowinische Recht sowohl die volle als auch nichtvolle bzw. unvollständige Adoption kenne, welche durch das Weiterbestehen der rechtlichen Beziehungen des Adoptivkindes zu den natürlichen Eltern das ursprüngliche Kindesverhältnis nicht zum Erlöschen bringe. Die zwischen den Beschwerdeführern mit Bescheid vom 21. Januar 2002 durchgeführte Adoption sei eine nichtvolle bzw. einfache Adoption, welche sich daher von der Adoption nach schweizerischem Recht wesentlich unterscheide, so dass sie gemäss Art. 78 Abs. 2 IPRG in der Schweiz lediglich mit den Wirkungen anerkannt werden könne, welche ihr in Bosnien-Herzegowina zukomme. Daran ändere nichts, dass das Kind und dessen leibliche Mutter das Einverständnis zur Anerkennung und Eintragung der Adoption als Volladoption in der Schweiz erklärt hätten. Die mit Bescheid vom 21. Januar 2002 durchgeführte unvollständige Adoption könne demnach nicht als Volladoption anerkannt und als solche in die schweizerischen Familienregister eingetragen werden; hingegen könne sie als einfache Adoption anerkannt und eingetragen werden. Schliesslich sei zu fragen, ob der mit der Adoption angestrebte Familiennachzug nicht rechtsmissbräuchlich sei; der Sachverhalt sei allenfalls mit demjenigen einer Scheinehe zu vergleichen.

2.2 Die Beschwerdeführer halten demgegenüber im Wesentlichen fest, dass die in Bosnien-Herzegowina durchgeführte unvollständige Adoption nur unwesentlich von der Adoption nach schweizerischem Recht abweiche, so dass deren Anerkennung (als Volladoption) in der Schweiz nicht zu verweigern sei, auch wenn im betreffenden Staat keine Volladoption mehr möglich gewesen sei. Nur weil nach bosnisch-herzegowinischem Recht (nach Überschreiten des Alters von 4 Jahren) keine Volladoption mehr möglich gewesen sei, könne den Beschwerdeführern, welche zusammen mit der Mutter des Kindes ausdrücklich die Anerkennung als Volladoption in der Schweiz wünschten, die Eintragung nicht verweigert werden. Die fragliche Adoption wirke durch die Eintragung in der Schweiz nicht stärker als in Bosnien-Herzegowina. Es sei von Belang, dass die Eintragung rechtlich nicht auf eine einfache Adoption hinauslaufe. Die Beschwerdeführer bestreiten schliesslich das Vorliegen von Rechtsmissbrauch und einer Scheinadoption.

3. Eine ausländische Entscheidung oder Urkunde über den Zivilstand wird aufgrund einer Verfügung der kantonalen Aufsichtsbehörde in die Zivilstandsregister eingetragen (Art. 32 IPRG). Strittig ist im Wesentlichen, ob und gegebenenfalls mit welchen Wirkungen die mit Bescheid vom 21. Januar 2002 des Sozialamtes Milici in Bosnien-Herzegowina durchgeführte unvollständige Adoption anerkannt werden kann.

3.1 Zwischen der Schweiz und Bosnien-Herzegowina gilt kein Staatsvertrag betreffend die Anerkennung einer Entscheidung oder einer Urkunde der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Das Übereinkommen vom 29. Mai 1993 über den Schutz von Kindern und die Zusammenarbeit auf dem Gebiet der internationalen Adoption (SR 0.211.221.311) ist nicht anwendbar, da Bosnien-Herzegowina dem Übereinkommen nicht beigetreten ist. Die Beschwerdeführer berufen sich - wie bereits die Vorinstanz zu Recht erkannt hat - daher vergeblich auf das Übereinkommen. Fehlt ein internationales Abkommen, so gelten gemäss Art. 32 Abs. 2 IPRG für die Eintragung die Anerkennungsvoraussetzungen des IPRG (BGE 120 II 87 E. 2a S. 88).

3.2 Die Vorinstanz hat zu Recht die internationale Zuständigkeit (Art. 25 lit. a IPRG) der bosnisch-herzegowinischen Adoptionsbehörde angenommen. Ausländische Adoptionen werden in der Schweiz anerkannt, wenn sie im Staat des Wohnsitzes oder im Heimatstaat der adoptierenden Per-

son oder der adoptierenden Ehegatten ausgesprochen worden sind (Art. 78 Abs. 1 IPRG). Der adoptierende Beschwerdeführer war im Zeitpunkt, in welchem die Adoption ausgesprochen wurde, Staatsangehöriger von Bosnien-Herzegowina. Die internationale Zuständigkeit der ausländischen Adoptionsbehörde ist daher begründet. Anhaltspunkte, dass die Endgültigkeit (Art. 25 lit. b IPRG) des Bescheides vom 21. Januar 2002 nicht gegeben sei, bestehen nicht. Bleibt nach Art. 25 lit. c IPRG zu prüfen, ob - wie das EJPD in seiner Stellungnahme vorbringt - ein Verweigerungsgrund im Sinne von Art. 27 IPRG vorliege. Das EJPD weist auf das Erfordernis der Zustimmung des (im Zeitpunkt der Adoption) 16-jährigen Adoptivkindes hin und führt im Wesentlichen (unter Hinweis auf das Alter des Adoptivkindes, das fehlende Betreuungsverhältnis und die Adoption nur durch einen Ehegatten) aus, das primäre Motiv der Beschwerdeführer sei, mit der Adoption das Aufenthaltsrecht des Adoptivkindes in der Schweiz zu erlangen.

3.3 Gemäss Art. 27 Abs. 1 IPRG kann eine ausländische Entscheidung in der Schweiz nicht anerkannt werden, wenn die Anerkennung mit der schweizerischen öffentlichen Ordnung offensichtlich unvereinbar wäre. Eine Anerkennung verstösst dann gegen den materiellen *Ordre public*, wenn das einheimische Rechtsgefühl durch die Anerkennung und Vollstreckung eines ausländischen Entscheides in unerträglicher Weise verletzt würde, weil dadurch grundlegende Vorschriften der schweizerischen Rechtsordnung missachtet werden. Die (ex officio zu prüfende) Anwendung des *Ordre public*-Vorbehaltes ist im Bereich der Anerkennung ausländischer Entscheide nach dem Wortlaut des Gesetzes restriktiver als im Bereich der Anwendung des fremden Rechts gemäss Art. 17 IPRG (BGE 131 III 182 E. 4.1 S. 185; 120 II 87 E. 3 S. 88). Eine Minderjährigenadoption kann dann gegen den *Ordre public* verstossen, wenn nicht das Wohl des Kindes im Vordergrund stand, sondern adoptionsfremde Motive wie ausschliesslich das Erlangen sozialrechtlicher, aufenthaltsrechtlicher oder sonstiger Vorteile (Kurt Siehr, Zürcher Kommentar zum IPRG, 2. Aufl. 2004, N. 11 zu Art. 78).

3.3.1 Die Beschwerdeführer haben bereits im Verfahren vor dem Verwaltungsgericht im Wesentlichen ausgeführt, dass der adoptierende Beschwerdeführer selber keine Kinder habe und sich seit dem Tod seines Bruders seit längerer Zeit von der Schweiz aus um die unerlässliche Betreuung seines bei Drittpersonen in Bosnien-Herzegowina lebenden Neffen gekümmert habe, weil dieser seit längerer Zeit keine Beziehung zu seiner leiblichen Mutter habe. Das Verwaltungsgericht hat keinen Anlass gesehen, die Anerkennung der Adoption zu verweigern, weil sie ausschliesslich adoptionsfremden Zwecken gedient habe; es hat nach ausführlicher Erläuterung den Schluss gezogen, dass eine Anerkennbarkeit (als einfache Adoption) vorliege. Dass sich das Verwaltungsgericht am Ende seiner Erwägungen die blosse Frage gestellt hat, ob mit der Adoption nicht primär der Familiennachzug erwirkt werden solle, ändert nichts daran. Wohl kann im konkreten Fall nicht ausgeschlossen werden, dass neben adoptionsgerechten Motiven auch die Erlangung eines aufenthaltsrechtlichen Vorteils zur Adoption geführt haben. Die Sachverhaltsfeststellungen im angefochtenen Entscheid lassen indessen keinen Schluss zu, dass im konkreten Fall die Auslandadoption klar als Scheinadoption - d.h. als Adoption aus ausschliesslich adoptionsfremden Motiven - erkennbar sei (vgl. Siehr, a.a.O.). Insofern ist nicht zu beanstanden, wenn das Verwaltungsgericht in Bezug auf den Adoptionszweck in der streitigen Adoption keinen Verstoss gegen den *Ordre public* und keinen Anlass zum Einschreiten von Amtes wegen erblickt hat.

3.3.2 Aus dem Adoptionsbescheid geht sodann ausdrücklich hervor, dass sowohl das adoptierte Kind als auch dessen Mutter die Zustimmung gegeben haben, so dass auch in dieser Hinsicht die Anwendung der Ausnahmeklausel ausser Betracht fällt (BGE 120 II 87 E. 3a S. 89); im Übrigen haben beide gemäss Sachverhaltsfeststellungen im angefochtenen Entscheid im Hinblick auf die Anerkennung in der Schweiz zusätzliche Zustimmungserklärungen abgegeben. Dass die Ehegattin des adoptierenden Beschwerdeführers nicht adoptiert hat, ist mit dem schweizerischen *Ordre public* nicht offensichtlich unvereinbar, zumal dem schweizerischen Recht die Adoption durch einen Ehegatten nicht völlig unbekannt ist (Art. 264b Abs. 2 ZGB; Cyril Hegnauer, ZZW 1989 S. 381; Andreas Bucher, *L'enfant en droit international privé*, Genf 2003, S. 107 Rz. 301).

3.3.3 Die Beschwerdeführer haben - nach eigenen Angaben - nie zusammengelebt. Dass der ausländischen Adoption kein Pflegeverhältnis im Sinne von Art. 264 ZGB vorausgegangen ist, stellt für sich allein noch keinen Grund dar, um die Anerkennung als *Ordre public*-widrig zu verweigern, denn das Zusammenleben mit dem Kind nach der Adoption ist mitzuberücksichtigen (BGE 120 II 87 E. 3a S. 88; Bucher, a.a.O., S. 107 Rz. 300). Wenn auch nach der Adoption kein Zusammenleben mit dem Kind erfolgt ist und ausserdem Erwägungen der ausländischen Adoptionsbehörde betreffend das Kindeswohl völlig fehlen, ist nicht ausgeschlossen, dass der schweizerische *Ordre public* der Anerkennung des Entscheides entgegensteht (vgl. Urteil 5A.10/ 1992 des Bundesgerichts vom 20. Januar 1993, E. 5b, ZVW 1993 S. 156; Bucher, a.a.O., S. 107 Rz. 300). Da die

Beschwerdeführer nie zusammengelebt haben, ist zu prüfen, ob Erwägungen der ausländischen Adoptionsbehörde betreffend das Kindeswohl nicht völlig fehlen.

3.3.4 Der Adoptionsbescheid vom 21. Januar 2002 der Adoptionsbehörde in Bosnien-Herzegowina beschränkt sich auf die Feststellung, dass die Voraussetzungen zur unvollständigen Adoption gemäss Art. 147 des Familiengesetzes unter Hinweis auf die betreffenden Bestimmungen erfüllt seien. Aus dem in den Akten liegenden Schreiben der gleichen Behörde vom 13. April 2004 gehen die für das Interesse des Adoptierten wesentlichen Umstände (gegenseitige Beziehung, Beweggründe, Familienverhältnisse) hervor, die zum Adoptionsbescheid geführt haben. Vor diesem Hintergrund besteht kein Anlass, den Ordre public-Vorbehalt anzuwenden: So wie mit dem schweizerischen Ordre public vereinbar ist, wenn eine Adoptionszustimmung erst im Hinblick auf die Anerkennung des Adoptionsentscheides in der Schweiz abgegeben wird (BGE 120 II 87 E. 3a S. 89), steht einer Anerkennung des ausländischen Adoptionsentscheides nicht entgegen, wenn die Erwägungen der ausländischen Adoptionsbehörde betreffend Kindeswohl erst aus dem im Hinblick auf die Anerkennung in der Schweiz erstellten Protokollauszug hervorgehen. Demnach ist nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz keinen Grund zur Anwendung der Vorbehaltsklausel gemäss Art. 27 Abs. 1 IPRG gesehen und die Anerkennung des Adoptionsentscheides grundsätzlich bejaht hat. In der Sache selbst darf der Adoptionsentscheid schliesslich nicht nachgeprüft werden (Art. 27 Abs. 3 IPRG).

3.4 Weiter ist zu prüfen, mit welchen Wirkungen die streitige Adoption anerkannt werden kann. Gemäss Art. 78 Abs. 2 IPRG werden ausländische Adoptionen oder ähnliche Akte, die von einem Kindesverhältnis im Sinne des schweizerischen Rechts wesentlich abweichende Wirkungen haben, in der Schweiz nur mit den Wirkungen anerkannt, die ihnen im Staat der Begründung zukommen (Art. 78 Abs. 2 IPRG). Die Beschwerdeführer machen im Wesentlichen geltend, dass die vorliegende in Bosnien-Herzegowina durchgeführte unvollständige Adoption nur unwesentlich von der Adoption nach schweizerischem Recht abweiche, so dass deren Anerkennung (als Volladoption) in der Schweiz nicht zu verweigern sei.

3.4.1 Das Vorbringen der Beschwerdeführer geht fehl. Im Adoptionsbescheid vom 21. Januar 2002 des Sozialamtes Milici in Bosnien-Herzegowina, Republik Serbien, wird die Adoption ausdrücklich als unvollständige (Kindes-) Annahme bezeichnet. Diese Art der Adoption begründet nach Art. 147 des bosnisch-herzegowinischen Gesetzes über die Familie (in: Bergmann/Ferid, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, Bosnien und Herzegowina, Stand: 1998, S. 29 ff.) zwar grundsätzlich zwischen dem Angenommenen und dem Annehmenden die gleichen Verwandtschaftsbeziehungen, wie sie zwischen Eltern und Kindern bestehen; sie berührt jedoch die Rechte und Pflichten des Angenommenen gegenüber seinen Eltern und anderen Verwandten nicht. Das bosnisch-herzegowinische Recht kennt auch die volle Annahme an Kindes Statt (Art. 153 ff. des Gesetzes), mit welcher das bisherige Kindesverhältnis erlischt und welche nicht aufgelöst werden kann (Art. 157, Art. 171 des Gesetzes). Im Unterschied zu dieser kann die nichtvolle Adoption durch Beschluss der Vormundschaftsbehörde wieder aufgelöst werden, insbesondere aufgrund des einvernehmlichen Vorschlags des Annehmenden und des Angenommenen (Art. 168 ff. des Gesetzes). Ist aber das ursprüngliche Kindesverhältnis mit der - wie hier vorliegenden - Adoption nicht erloschen, sondern bestehen gewisse Bande zur biologischen Familie weiter, so dass das Adoptivkind nicht eine Stellung erwirbt, welche derjenigen eines ehelichen Kindes der Adoptiveltern entspricht (BGE 117 II 340 E. 2c S. 342), hat diese Adoption von einem Kindesverhältnis im Sinne des schweizerischen Rechts (Art. 267 Abs. 1 und 2 ZGB) wesentlich abweichende Wirkungen. Zu dieser Auffassung ist das Bundesgericht im Übrigen bereits im Urteil 2A.36/1995 vom 9. Januar 1996 gelangt: In jenem Entscheid wurde bei der Prüfung des Anspruchs eines Adoptivvaters auf Familiennachzug (Art. 17 Abs. 2 ANAG) seines Adoptivsohns erwogen, dass die nichtvolle Adoption nach bosnisch-herzegowinischem Recht das bisherige Kindesverhältnis nicht aufhebe und keine Volladoption sei (und daher keinen Anspruch auf Familiennachzug gebe).

3.4.2 Nach dem Dargelegten ist nicht zu beanstanden, wenn das Verwaltungsgericht zur Auffassung gelangt ist, der Adoptionsbescheid vom 21. Januar 2002, mit welchem eine nichtvolle Adoption ausgesprochen worden sei, könne in der Schweiz nicht als Adoption anerkannt werden, welche ein Kindesverhältnis im Sinne des schweizerischen Rechts bewirke. Der Vorwurf der Beschwerdeführer, dass der Entscheid des Verwaltungsgerichts, mit welchem die Weigerung der kantonalen Aufsichtsbehörde zur Eintragung als Volladoption geschützt wurde, gegen Bundesrecht verstosse, ist unbegründet. Es steht den Beschwerdeführern - wie das Verwaltungsgericht zu Recht gefolgert hat grundsätzlich frei, die streitige Adoption im Familienregister bzw. Personenstandsregister (Art. 7 ff. ZStV) als einfache Adoption eintragen zu lassen (BGE 117 II 340 E. 4 S. 345).

4. Aus diesen Gründen ist die Verwaltungsgerichtsbeschwerde abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Bei diesem Verfahrensausgang werden die Beschwerdeführer unter solidarischer Haftbarkeit kostenpflichtig (Art. 156 Abs. 1 OG). Eine Entschädigungspflicht entfällt (Art. 159 Abs. 2 OG).

Beispiel: Aufhebung einer Adoption

BGE 137 I 154

A.a Am 14. März 1983 gebar Y. in Muri b. Bern die Tochter X. Ein Kindesverhältnis zum leiblichen Vater wurde nicht hergestellt; die Mutter gab dessen Identität nicht bekannt. Y. heiratete 1985 Z. Mit Adoptionsentscheid der Justizdirektion des Kantons Bern vom 7. November 1988 wurde X. zur Adoptivtochter von Z. erklärt und ihr Vorname in "... " geändert.

A.b Im Jahre 1996 wurde die Ehe zwischen Y. und Z. geschieden. X. wurde unter die elterliche Sorge der Mutter gestellt. Mit der Scheidung brach der Kontakt des Kindes mit dem Adoptivvater ab. Im November 2007 gelang es X., Kontakt zu ihrem leiblichen Vater, V., libyscher Staatsangehöriger mit Wohnsitz in Libyen, herzustellen. Seither stehen die beiden in regelmässigem Kontakt und besucht der leibliche Vater die Tochter alle zwei bis drei Monate.

A.c Am 14. August 2008 leitete X. beim Gerichtskreis VIII Bern-Laupen eine Klage gegen ihre Mutter und Z. auf Anfechtung ihrer
BGE 137 I 154 S. 155

Adoption ein und verlangte die Aufhebung des Adoptionsentscheides. Am 19. Januar 2009 genehmigte die Gerichtspräsidentin einen Vergleich, wonach "im Einverständnis aller Parteien das Kindesverhältnis zwischen X. und Z. rückwirkend aufgehoben wird", und schrieb das Verfahren als erledigt ab. Diesen Genehmigungs- und Abschreibungsbeschluss hob das Obergericht des Kantons Bern, Appellationshof, 1. Zivilkammer, von Amtes wegen auf. Das Verfahren wurde zur weiteren Behandlung an das Gerichtspräsidium zurückgewiesen. Die Parteien verzichteten in der Folge auf eine erneute Aussöhnung, worauf das Verfahren abgeschlossen wurde.

A.d Mit Anfechtungsklage gemäss **Art. 269a ZGB** vom 10. November 2009 gelangte X. an das Obergericht und beantragte, der Adoptionsentscheid vom 7. November 1988 und das Kindesverhältnis zwischen ihr und Z. seien rückwirkend aufzuheben.

B. Mit Urteil vom 8. Juli 2010 wies das Obergericht die Klage ab mit der Begründung, dass die Mutter nicht passivlegitimiert sei und im Weiteren keine Anfechtungsgründe vorlägen.

C. Mit Eingabe vom 13. September 2010 führt X. Beschwerde in Zivilsachen. Die Beschwerdeführerin beantragt dem Bundesgericht, das Urteil des Obergerichts vom 8. Juli 2010 sowie den Adoptionsentscheid vom 7. November 1988 und das Kindesverhältnis zwischen ihr und Z. seien rückwirkend aufzuheben. (...)

Das Bundesgericht weist die Beschwerde in Zivilsachen ab.

Aus den Erwägungen:

3. Anlass zur vorliegenden Beschwerde gibt die Anfechtung einer Stiefkindadoption. Die Beschwerdeführerin beruft sich auf ihr Interesse an der Herbeiführung eines Kindesverhältnisses zu ihrem leiblichen Vater und wirft dem Obergericht im Wesentlichen vor, es habe Bundesrecht bzw. die EMRK verletzt, wenn es die Anfechtungsklage abgewiesen und die rückwirkende Aufhebung der Adoption verweigert habe.

3.1 Die Beschwerdeführerin wurde mit Entscheid der Justizdirektion des Kantons Bern vom 7. November 1988 vom Beschwerdegegner nach **Art. 264 ff. ZGB** adoptiert. Diese Adoption ist - wie jede Adoption - unauflöslich. Sie kann nicht von den Adoptiveltern oder dem Adoptierten widerrufen, sondern nur durch Anfechtung oder neue (bzw. Anerkennung einer ausländischen) Adoption aufgehoben werden (HEGNAUER, Grundriss des Kindesrechts [nachfolgend: Grundriss], 5. Aufl. 1999, Rz. 12.05; MEIER/STETTLER, Droit de la filiation, 4. Aufl. 2009, Rz. 259, 339 und Fn. 680; SCHOENENBERGER, in: Commentaire romand, Code civil, Bd. I, 2010, N. 2 zu **Art. 269 ZGB**; BREITSCHMID, in: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch, Bd. I, 4. Aufl. 2010, N. 1 und 2 zu **Art. 269 ZGB**). Umstritten ist vorliegend die Anfechtung der Adoption.

3.2 Die Anfechtung einer in der Schweiz ausgesprochenen Adoption untersteht schweizerischem Recht (**Art. 77 Abs. 3 IPRG**). Die Vorinstanz hat dem Auslandbezug (ausländische Staatsangehörigkeit des Adoptivvaters im Zeitpunkt der Adoption) zu Recht keine Bedeutung zugemessen und die Anfechtung der Adoption nach **Art. 269 ff. ZGB** beurteilt. Die Beschwerdeführerin stellt nicht in Frage, dass die Vorinstanz (mit Hinw. auf BREITSCHMID, a.a.O., N. 5 zu **Art. 269 ZGB**) in Analogie zu **Art. 260a Abs. 3 ZGB** geschlossen hat, die Klage des Kindes auf Anfechtung der vorliegenden Stiefkindadoption richte sich einzig gegen den Adoptivvater, und der Mutter komme keine Passivlegimation zu. Unstrittig ist die Auffassung des Obergerichts, dass die Klage trotz Ablauf der Frist nach **Art. 269b ZGB** zugelassen werden kann, wenn die Verspätung mit wichtigen Gründen entschuldigt wird (vgl. **BGE 112 II 296** E. 4 S. 298 f.), und dass hier die Voraussetzungen für die Wiederherstellung erfüllt sind. Weiter hält die Beschwerdeführerin zu Recht fest, dass die Erklärung des leiblichen Vaters vom 9. Juni 2009, mit welcher er gegenüber dem Zivilstandsamt Kreis Bern die Beschwerdeführerin als Kind "anerkannt" hat, keine Wirksamkeit entfalten kann, da ein Kindesverhältnis zum Beschwerdegegner besteht (HEGNAUER, Grundriss, a.a.O., Rz. 7.02, 12.05).

3.3 Die rechtskräftige Adoption kann angefochten werden, wenn sie gesetzwidrig zustande gekommen ist, wobei für die Anfechtung einzig die Gründe nach **Art. 269 und Art. 269a ZGB** in Frage kommen. Eine Gutheissung der Klage hebt die Adoption rückwirkend (ex tunc) auf (HEGNAUER, Grundriss, a.a.O., Rz. 13.13, 13.17; MEIER/STETTLER, a.a.O., Rz. 339, 351).

3.3.1 Nach **Art. 269 Abs. 1 ZGB** bildet (unter Vorbehalt des Kindeswohls) das Fehlen der gesetzlich erforderlichen Zustimmung zur Adoption einen Anfechtungsgrund. Das Zustimmungsrecht muss im Zeitpunkt der Adoption bestanden haben. Kein Zustimmungsrecht hat ein leiblicher Vater, wenn - wie hier - das Kindesverhältnis zu ihm damals nicht bestanden hat (HEGNAUER, Berner Kommentar,

1984, N. 23 zu **Art. 269 ZGB**). Er ist allerdings über die Adoption zu informieren, damit er durch Anerkennung sein Zustimmungsrecht erwerben kann (**BGE 113 Ia 271** E. 6 f. S. 275 ff.; MEIER/STETTLER, a.a.O., Rz. 288 und Fn. 536). Ob der leibliche Vater der Beschwerdeführerin diese Möglichkeit hatte, lässt sich dem angefochtenen Urteil nicht entnehmen. Die Anfechtung nach **Art. 269 ZGB** ist nicht weiter zu erörtern, weil der Zustimmungsberechtigte aktivlegitimiert ist, währenddem hier die Klage des Adoptivkindes zur Beurteilung steht. Dass ein Zustimmungsrecht (sei es des leiblichen Vaters oder der Beschwerdeführerin; vgl. **Art. 265a Abs. 1, Art. 265 Abs. 2 ZGB**) übergegangen worden sei, wird im Übrigen nicht behauptet.

3.3.2 Abgesehen vom Fehlen der Zustimmung (**Art. 269 ZGB**) kann die Adoption nur angefochten werden, wenn sie an einem schwerwiegenden Mangel leidet (**Art. 269a Abs. 1 ZGB**). Die Beschwerdeführerin (als Adoptivkind) verfügt ohne weiteres über das Interesse, welches zur Erhebung der Anfechtungsklage nach **Art. 269a ZGB** notwendig ist. "Schwerwiegende Mängel" sind beispielsweise wesentliche Unterschreitung des Mindestaltersunterschiedes, Fehlen eines echten Pflegeverhältnisses, erbrechtliche Zurücksetzung anderer Personen oder Bürgerrechtserwerb als Hauptzweck, überdies Grundlagenirrtum (HEGNAUER, Grundriss, a.a.O., Rz. 13.15; MEIER/STETTLER, a.a.O., Rz. 345). Die Beschwerdeführerin ficht die Adoption mit der Begründung an, dass sie volljährig sei und der leibliche Vater sie als Tochter anerkennen wolle, so dass kein Grund bestehe, um die Aufhebung der Adoption zu verweigern, zumal auch der Adoptivvater damit einverstanden sei. Mit diesen Vorbringen behauptet die Beschwerdeführerin nicht, dass die Adoption gesetzwidrig zustande gekommen ist. Andere Gründe, auch erst nach der Adoption eingetretene, sind jedoch ausgeschlossen (HEGNAUER, Grundriss, a.a.O., Rz. 13.13). Wie das Obergericht richtig festgehalten hat, legt die Beschwerdeführe-

rin mit ihrem Anliegen nicht dar, dass die Adoption an einem schwerwiegenden Mangel im Sinne des Gesetzes leidet. Die Abweisung der Anfechtungsklage nach **Art. 269a ZGB** ist nicht zu beanstanden.

3.3.3 An diesem Ergebnis vermag der Hinweis der Beschwerdeführerin auf die Entstehungsgeschichte des Gesetzes nichts zu ändern. Es trifft zu, dass eine Minderheit in der parlamentarischen Kommission nach der Mündigkeit des Kindes die gerichtliche Aufhebung der Adoption gestatten wollte, wenn die Weiterführung der Adoption den Parteien nicht mehr zugemutet werden könne (Botschaft des Bundesrates vom 12. Mai 1971 an die Bundesversammlung über die Änderung des Zivilgesetzbuches [Adoption und **Art. 321 ZGB**], BBl 1971 I 1200, 1241 Ziff. 3.5.4). Mit der Ausgestaltung der Adoption als Volladoption wurde der Eingang dieser Möglichkeit in das Gesetz jedoch als unvereinbar betrachtet. Die Unaufhebbarkeit der Adoption entspricht dem Sinn und Zweck der Volladoption: Sie bringt im Verhältnis zu den Adoptiveltern die vorbehaltslose, endgültige Bejahung des Kindes sowie die Gleichstellung zum natürlichen Kindesverhältnis zum Ausdruck (HEGNAUER, Berner Kommentar, a.a.O., N. 3 zu **Art. 269 ZGB**; MEIER/STETTLER, a.a.O., Rz. 259, 339). Das Obergericht hat im Bundesrecht zu Recht keine Möglichkeit erblickt, um die Aufhebung der Adoption durch die nachträgliche Veränderung der Lebensumstände zu gestatten.

3.4 Die Beschwerdeführerin macht schliesslich geltend, die Verweigerung der Aufhebung der Stiefkindadoption stelle eine Verletzung ihrer persönlichen Freiheit gemäss **Art. 13 BV** bzw. **Art. 8 EMRK** dar. Aus ihrem Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung fliesse der Anspruch, zu ihrem leiblichen Vater in eine rechtliche Beziehung zu treten.

3.4.1 Das Recht auf Achtung des Privatlebens gemäss **Art. 8 EMRK** umfasst wichtige Aspekte der persönlichen Identität; zu diesen gehört - unabhängig des Alters - die Kenntnis der eigenen Abstammung. Es ist anerkannt, dass der Anspruch auf Erforschung der eigenen Herkunft zum von **Art. 28 ZGB** gewährleisteten Schutz der Identität gehört (**BGE 134 III 241** E. 5.2.1 S. 243, E. 5.3.1 S. 245 mit Hinweisen). Dass ein volljähriges eheliches Kind Anspruch auf Kenntnis der eigenen Abstammung hat und mit einer Klage eigener Art durchsetzen kann (**BGE 134 III 241** E. 5.3.2 S. 245), ändert jedoch nichts daran, dass die Vaterschaftsanfechtungsklage an Fristen gebunden ist (**Art. 256c Abs. 3 ZGB**). Diese Begrenzung der Statusklage ist grundsätzlich EMRK-konform (Urteil 5A_506/2007 vom 28. Februar 2008 E. 4.4 mit Hinweisen, nicht publ. in: **BGE 134 III 241**). Auch ein volljähriges Adoptivkind hat das Recht, Auskunft über die Personalien der leiblichen Eltern zu verlangen (**Art. 268c ZGB**), ohne die Herstellung einer Statusbeziehung beanspruchen zu können. Das Gleiche gilt für das durch eine Samenspende gezeugte Kind (**Art. 23 Abs. 1, Art. 27 des Bundesgesetzes vom 18. Dezember 1998 über die medizinisch unterstützte Fortpflanzung [FMedG; SR 810.11]**). Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin enthält das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung nicht zwingend das Recht, die biologische Verbindung in ein Rechtsverhältnis umzuwandeln (LEUBA/MEIER/SANDOZ, *Quelle famille pour le XXI^{ème} siècle-*, in: *Rapports suisses présentés au XVI^{ème} Congrès international de droit comparé*, Bd. I, 2002, S. 168; vgl. LEUKERT, *Die praktischen Konsequenzen des Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung [...]*, AJP 2009 S. 592).

3.4.2 Weiter macht die Beschwerdeführerin sinngemäss geltend, die Verweigerung der Aufhebung der - unbestrittenermassen gesetzmässig, im Kindeswohl erfolgten - Adoption nach Erreichen der Volljährigkeit sei mit ihrem Anspruch auf Achtung des Familienlebens nach **Art. 8 EMRK** nicht vereinbar. Die Beschwerdeführerin übergeht, dass die Adoption eines Kindes grundsätzlich zu einem Ende des Familienlebens mit den leiblichen Eltern führt (GRABENWARTER, *Europäische Menschenrechtskonvention*, 4. Aufl. 2009, § 22 Rz. 17 mit Hinweisen). Sodann geniessen die Beziehungen zwischen erwachsenen Kindern und ihren Eltern nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte (EGMR) nicht den Schutz von **Art. 8 EMRK**, sofern nicht ein besonderes Abhängigkeitsverhältnis besteht, welches über die normalen affektiven Bindungen hinausgeht (EGMR-Urteil 39051/03 *Emonet gegen Schweiz* vom 13. Dezember 2007 § 35). Vorliegend bestehen keine Anhaltspunkte, dass die Beziehungen zwischen der erwachsenen Beschwerdeführerin und ihrem leiblichen Vater vom Begriff der "Familie" im Sinne von **Art. 8 EMRK** erfasst werden.

3.4.3 Selbst wenn die Beziehung der Beschwerdeführerin zu ihrem leiblichen Vater als "Familie" von **Art. 8 EMRK** erfasst wäre, könnte die Verweigerung der rückwirkenden Aufhebung der Adoption nicht als unzulässige Einschränkung betrachtet werden. In den meisten Rechtsordnungen der westeuropäischen Staaten ist die Unauflöslichkeit der Volladoption vorgesehen; sie wird im Grundsatz mit den gleichen Überlegungen (vgl. E. 3.3.3) wie in der Schweiz gerechtfertigt (LAMMERANT, *L'adoption et les droits de l'homme en droit comparé*, Brüssel 2001, Rz. 709, 727 ff.). Auch das Europarat-Übereinkommen vom 24. April 1967 über die Adoption von Kindern (SR 0.211.221.310) verpflichtet die Mitgliedstaaten in keiner Weise, die Aufhebung der Adoption zu ermöglichen (Rapport explicatif, *Convention européenne en matière d'adoption*, STE Nr. 58 <http://www.conventions.coe.int>, Ziff. 50), ebenso wenig das revidierte Übereinkommen vom 27. November 2008 (Rapport explicatif, *Convention européenne en matière d'adoption [révisée]*, STCE Nr. 202 <http://www.conventions.coe.int>, Ziff. 73). In der Lehre wird unter EMRK-Aspekten jedoch mit guten Gründen gefordert, dass die Unauflöslichkeit der Volladoption die Möglichkeit einer neuen Adoption nicht ausschliessen darf (LAMMERANT, a.a.O., Rz. 742 und 743). Dies trifft für das ZGB zu, welches die Aufhebung der Adoption durch eine neue Adoption erlaubt (E. 3.1). Dieses Recht auf Adoption ist nach der Rechtsprechung des EGMR diskriminierungsfrei bzw. ohne unsachliche Unterscheidungen zu gewähren (EGMR-Urteil 43546/02 *E.B. gegen Frankreich* vom 22. Januar 2008 §§ 41 ff., 49). Ein Adoptionsverfahren ist jedoch nicht Gegenstand der Beurteilung, so dass sich Erörterungen über das Recht der Beschwerdeführerin, durch Adoption mit ihrem leiblichen Vater ein Kindesverhältnis herzustellen, erübrigen.

3.5 Nach dem Dargelegten ist nicht zu beanstanden, wenn das Obergericht zum Ergebnis gelangt ist, dass der Adoptionsentscheid vom 7. November 1988 an keinem Grund zur Anfechtung nach Art. 269 f. ZGB leidet. Die Vorinstanz hat zutreffend festgehalten, dass die Beschwerdeführerin kein Recht zur Aufhebung der Adoption hat. Die Rügen der Beschwerdeführerin sind unbegründet.