



Loïc Stucki

Kommentar zu Art. 20 IPRG

Zitiervorschlag: Loïc Stucki, Kommentar zu Art. 20 IPRG, in: Christoph Hurni (Hrsg.), Onlinekommentar.ch, <https://onlinekommentar.ch/iprg20>, 1. Aufl., N. XXX zu Art. 20 IPRG (besucht am XXX).

- I. Einleitung
 - A. Allgemeines
 - B. Anwendungsbereich und Einordnung in die Kollisionsrechtsdogmatik
 - 1. Relevanz im Internationalen Zivilprozessrecht
 - 2. Relevanz im Kollisionsrecht
- II. Der Wohnsitz (Abs. 1 lit. a)
 - A. Elemente des Wohnsitzes
 - 1. Das objektive Element: Physischer Aufenthalt
 - 2. Das subjektive Element: Absicht dauernden Verbleibens
 - 3. Indizien zur Beurteilung des Wohnsitzes
 - B. Schwierigkeiten bei der Bestimmung
 - 1. Physischer Aufenthalt in mehreren Staaten
 - 2. «Simulierter» Wohnsitz
 - 3. Antizipierter Wohnsitz
 - 4. Der Aufenthalt zu Sonderzwecken
 - 5. Handlungs- bzw. urteilsunfähige Personen
 - C. Verhältnis zu den Wohnsitzbestimmungen des ZGB
- III. Der gewöhnliche Aufenthalt (Abs. 1 lit. b)
 - A. Voraussetzungen
 - 1. «Leben»
 - 2. «Während längerer Zeit»
 - B. Schwierigkeiten bei der Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthaltes
 - C. Das Verhältnis des gewöhnlichen Aufenthaltes zum Wohnsitz
- IV. Die Niederlassung (Abs. 1 lit. c)

I. Einleitung

A. Allgemeines

1 Art. 20 IPRG regelt gleichermassen den Wohnsitz, den gewöhnlichen Aufenthalt und die Niederlassung. Diese Begriffe sind für diverse Bestimmungen des IPRG von grosser Relevanz.¹ Das IPRG erachtet das Wohnsitzprinzip im Grunde sowohl für das Kollisionsrecht als auch für die Zuständigkeitsregelung als zentral.² So dienen insbesondere der Wohnsitz sowie der gewöhnliche Aufenthalt als Anknüpfungsmerkmale diverser Zuständigkeitsregeln und kollisionsrechtlicher Normen.

¹ Vgl. Botschaft IPRG, S. 315; SCHWANDER, N. 1 zu Art. 20 IPRG.

² Botschaft IPRG, S. 315 f.; KELLER/SIEHR, S. 314. Vgl. SCHNYDER/LIATOWITSCH, Rz. 138 f.

2 Den Anknüpfungsmerkmalen des Art. 20 IPRG haften verschiedene Gedanken an.³ So soll durch Wohnsitzanknüpfungen die Nähe zwischen einer Rechtsordnung bzw. dem Gerichtsstand und der zu beurteilenden Rechtsfrage sichergestellt werden.⁴ Sinn und Zweck der Anknüpfung am Wohnsitz ist oftmals ein gewisser Schutz des Betroffenen. Schutzüberlegungen können auch für Anknüpfungen an den gewöhnlichen Aufenthalt bzw. an die Niederlassung einschlägig sein. So wird in bestimmten Rechtsfragen beispielsweise das Vertrauen in das bekannte Recht am gewöhnlichen Aufenthalt des Betroffenen geschützt (z.B. Art. 123 IPRG; sog. Umweltrecht).⁵

B. Anwendungsbereich und Einordnung in die Kollisionsrechtsdogmatik

3 Für das gesamte IPRG gelten die Begriffe des Art. 20 IPRG gleichermaßen für Kollisionsrecht, Zuständigkeitsregelungen sowie Anerkennung und Vollstreckung.⁶ Die Norm ist eine Sachnorm des IPR: Es wird nicht auf eine Rechtsordnung zur Bestimmung des Wohnsitzes verwiesen, sondern diese Frage grundsätzlich sogleich durch Art. 20 IPRG geregelt.⁷ Dies kann dazu führen, dass das ansonsten anwendbare Recht (*lex causae*) einen anderen Ort als den Wohnsitz bestimmt.⁸ Art. 20 IPRG kommt entsprechend dem Wortlaut einzig für natürliche Personen zur Anwendung. Für juristische Personen und Trusts gilt hingegen Art. 21 IPRG. Im Anwendungsbereich von (autonom auszulegenden) Staatsverträgen findet Art. 20 IPRG keine Anwendung – es sei denn, das Übereinkommen verweise explizit auf das innerstaatliche Recht (wie z.B. Art. 59 Abs. 1 LugÜ).⁹

4 Für die Bestimmung des anwendbaren Rechts ist entweder der von der Kollisionsnorm fixierte Zeitpunkt oder (ohne normierte Fixierung) der Zeitpunkt der Urteilsfällung entscheidend.¹⁰ Die Anknüpfungsmerkmale des

³ Zum Ganzen: KNOEPFLER/SCHWEIZER/OTHENIN-GIRARD, Rz. 444 ff.

⁴ Botschaft IPRG, S. 318 u. 344; vgl. DUTOIT, N. 4 zu Art. 20 IPRG; SCHWANDER, Rz. 399 u. 201.

⁵ Vgl. Botschaft IPRG, S. 319 f.

⁶ LEVANTE, S. 47 f.; WALTER/DOMEJ, S. 118 f.

⁷ MARKUS, Rz. 291; SCHNYDER/LIATOWITSCH, Rz. 544. Ausnahmen können sich aus Art. 39 Abs. 1 und Art. 91 Abs. 1 IPRG ergeben, vgl. dazu KREN KOSTKIEWICZ, Rz. 625.

⁸ Zu den international divergierenden Wohnsitzbegriffen: LEVANTE, S. 19 ff. m.w.H.

⁹ Urteil 5A_68/2017 vom 21. Juni 2017 E. 2.3; BSK IPRG-WESTENBERG, N. 13 zu Art. 20 IPRG; CHK-BUHR/GABRIEL/SCHRAMM, N. 3 zu Art. 20 IPRG; KREN KOSTKIEWICZ, Rz. 631 f.

¹⁰ KREN KOSTKIEWICZ, Rz. 644; vgl. KNOEPFLER/SCHWEIZER/OTHENIN-GIRARD, Rz. 214.

Wohnsitzes, des gewöhnlichen Aufenthalts sowie der Niederlassung sind allerdings beweglich resp. wandelbar, da sie im Laufe der Zeit in unterschiedliche Staaten verlegt werden können.¹¹ Somit kann sich die Problematik des Statutenwechsels stellen.¹² Beim anwendbaren Recht ist ein solcher Statutenwechsel prinzipiell beachtlich, das heisst, ein während des Verfahrens bzw. während der relevanten Zeitspanne eintretender Wohnsitzwechsel führt grundsätzlich zur (Mit-)Berücksichtigung des Rechts am neuen Wohnsitz.¹³ Für die Bestimmung der (direkten) internationalen Zuständigkeit genügt es gemäss herrschender Lehre¹⁴ und Rechtsprechung¹⁵ im Grunde auf den Eintritt der Rechtshängigkeit abzustellen – eine spätere Verlegung des Wohnsitzes respektive des gewöhnlichen Aufenthaltes schadet aufgrund der *perpetuatio fori* nicht.¹⁶ Lag die Zuständigkeit nicht bereits bei Eintritt der Rechtshängigkeit vor, so muss sie spätestens im Urteilszeitpunkt vorliegen (vgl. Art. 59 Abs. 2 lit. b ZPO).¹⁷ Für die indirekte Zuständigkeit im Bereich der Anerkennung und Vollstreckung ist grundsätzlich der Zeitpunkt der Klageerhebung entscheidend.¹⁸

1. Relevanz im Internationalen Zivilprozessrecht

5 Die Begriffe des Wohnsitzes, des gewöhnlichen Aufenthaltes und der Niederlassung nach dem IPRG beziehen sich lediglich auf einen bestimmten Staat als übergeordnete Gebietseinheit, nicht jedoch auf einen spezifischen

¹¹ BSK IPRG-WESTENBERG, N. 20 zu Art. 20 IPRG; SCHNYDER/LIATOWITSCH, Rz. 548; SIEHR, S. 541 f.; TRUNIGER, Rz. 73.

¹² Dazu: FURRER/GIRSBERGER/SIEHR, Rz. 471 ff.; KELLER/SIEHR, S. 406 ff.; KNOEPFLER/SCHWEIZER/OTHENIN-GIRARD, Rz. 214 ff.

¹³ Vgl. FURRER/GIRSBERGER/SIEHR, Rz. 497 ff. m.w.H.; KREN KOSTKIEWICZ, Rz. 644.

¹⁴ BSK IPRG-WESTENBERG, N. 22 zu Art. 20 IPRG; GROLIMUND/SCHNYDER, S. 91; KNOEPFLER/SCHWEIZER/OTHENIN-GIRARD, Rz. 652b; LEVANTE, S. 65 f.; ZK-MÜLLER-CHEN, N. 58 vor Art. 2-10 IPRG. Zugunsten des Zeitpunktes der Zuständigkeitsentscheidung a.M.: KREN KOSTKIEWICZ, Rz. 643.

¹⁵ BGE 129 III 404 E. 4.3; BGE 116 II 9 E. 5; Urteil 5A_235/2012 vom 31. August 2012 E. 5.1.

¹⁶ BONOMI/BUCHER, Rz. 85; MARKUS, Rz. 181. Differenzierend: LEVANTE, S. 66 f.

¹⁷ BGE 116 II 9 E. 5; vgl. unter Hinweis insbesondere auf Scheidungsklagen CHK-BUHR/GABRIEL/SCHRAMM, N. 17 zu Art. 20 IPRG. Alleine zugunsten der Klageeinleitung a.M. BSK IPRG-WESTENBERG, N. 22 zu Art. 20 IPRG.

¹⁸ CR LDIP-BUCHER, N. 12 zu Art. 26 IPRG. Der genaue Zeitpunkt ist nach dem dafür einschlägigen ausländischen Recht zu bestimmen: KREN KOSTKIEWICZ, Rz. 645. Differenzierend ZK-MÜLLER-CHEN, N. 20 f. zu Art. 26 IPRG.

Gliedstaat oder gar einen bestimmten Ort.¹⁹ Die örtliche Zuständigkeit wird allerdings dann nach dem IPRG beurteilt, wenn ein Gericht in der Schweiz international zuständig ist (vgl. Art. 1 Abs. 1 lit. a IPRG).²⁰ Erklärt das IPRG Schweizer Gerichte hingegen für unzuständig, so regelt es nicht zugleich auch die (örtliche) Zuständigkeit des ausländischen Gerichts,²¹ vielmehr sind die einschlägigen ausländischen Gesetze zur Bestimmung der Zuständigkeit zu konsultieren. Sofern das IPRG die örtliche Zuständigkeit innerhalb des Wohnsitzstaates regeln will bzw. muss (v.a. bei Wohnsitz in der Schweiz), ist Art. 20 IPRG auch dafür massgeblich (z.B. bei Art. 2 IPRG).²² Auch für die indirekte Zuständigkeit wird Art. 20 IPRG unter Umständen herbeigezogen, wobei die Zuständigkeit im Urteilsstaat gemäss Art. 26 lit. a IPRG ausreicht – eine nähere Verortung hinsichtlich des Zuständigkeitsgebiets des Gerichtes ist nicht erforderlich.²³

2. Relevanz im Kollisionsrecht

6 Der Grundsatz, dass die Begriffe des Art. 20 IPRG sich nur die übergeordnete Gebietseinheit des Staates beziehen, gilt im Kollisionsrecht prinzipiell ebenfalls. Verwirklichen sich der Wohnsitz, gewöhnlicher Aufenthalt oder die Niederlassung als Anknüpfungsmerkmal in der Schweiz, so ist Schweizer Recht anwendbar, weswegen eine nähere Lokalisierung zumeist überflüssig scheint. Auch wenn sich ein solches Anknüpfungsmerkmal im Ausland verwirklicht, wird im Normalfall schlicht dieser Staat relevant sein.²⁴ So wird in aller Regel auf das Recht des Staates verwiesen, in dem sich ein spezifisches Anknüpfungsmerkmal des Art. 20 IPRG verwirklicht hat, nicht jedoch auf einen bestimmten Ort oder Gliedstaat in dem Territorium des Staates.

7 Von diesem Grundsatz ausgenommen sind Verweisungen auf Mehrrechtsstaaten. Dies sind Staaten, welche föderalistisch organisiert sind

¹⁹ BOHNET/OTHENIN-GIRARD, S. 153; CR LDIP-UCHER, N. 15 zu Art. 20 IPRG. Dies ergibt sich bereits aus dem Wortlaut des Art. 20 Abs. 1 IPRG, welcher jeweils von «in dem Staat» spricht.

²⁰ WALTER/DOMEJ, S. 91 f.; ZK-MÜLLER-CHEN, N. 52 vor Art. 2-10 IPRG.

²¹ MARKUS, Rz. 184 u. 191; SCHNYDER/LIATOWITSCH, Rz. 276 f. u. 549; WALTER/DOMEJ, S. 91 f.

²² CHK IPRG-BUHR/GABRIEL/SCHRAMM, N. 4 zu Art. 20 IPRG; LEVANTE, S. 55.

²³ BOHNET/OTHENIN-GIRARD, S. 154.

²⁴ Vgl. LEVANTE, S. 56.

und über kein einheitliches Rechtssystem verfügen. Ein Exempel dafür sind die Vereinigten Staaten von Amerika mit den unvereinheitlichten Rechtssystemen der einzelnen Bundesstaaten. Bei Mehrrechtsstaaten ist alleine der Verweis auf den gesamten Staat nicht zielführend. Vielmehr muss dies näher konkretisiert werden. Nach einer Lehrmeinung hat diese Konkretisierung auf dem Wege der «Verlängerung» der Anknüpfung zu erfolgen. Dieser zumindest für territoriale Anknüpfungsmerkmale zutreffenden Meinung müsste also insbesondere der Wohnsitz bei Mehrrechtsstaaten nicht bloss in einer Nation verortet werden, sondern darüber hinaus näher – beispielsweise in einem spezifischen Bundesstaat – angesiedelt werden.²⁵ Gleich kann im Übrigen auch für die Schweiz gelten,²⁶ wenn es ausnahmsweise auf den Kanton oder einen bestimmten Ort ankommen soll.

- 8 Beispiel: Aus zuständigkeitsrechtlicher Sicht kann eine Person ihren Wohnsitz in den USA haben, da sie sich dort seit Jahren ununterbrochen aufhält. Lebt diese Person aber innerhalb der USA nomadenartig, so hat sie u.U. in keinem Bundesstaat einen Wohnsitz. Dennoch wird die Wohnsitzzuständigkeit in den USA zu verorten sein, da dafür nur der übergeordnete Staat (die USA) relevant ist. Für die Frage des anwendbaren Rechts am Wohnsitz muss hingegen der massgebliche Bundesstaat gefunden werden: bspw. durch Verlängerung der Anknüpfung des Art. 20 IPRG und somit durch Abstellen auf einen allfälligen gewöhnlichen Aufenthalt (vgl. Art. 20 Abs. 2 IPRG). Demzufolge kann zuständigkeitsrechtlich ein Wohnsitz bestehen, der kollisionsrechtlich nicht besteht.

II. Der Wohnsitz (Abs. 1 lit. a)

- 9 Art. 20 Abs. 2 IPRG geht – ebenso wie das ZGB (Art. 23 Abs. 2 ZGB) – vom Grundsatz der Wohnsitzeinheit aus.²⁷ Demnach kann eine Person nicht an mehreren Orten zur gleichen Zeit Wohnsitz haben. Es muss für einen einzigen Ort unter mehreren möglichen die engste Beziehung gesucht werden (dazu auch N 21 f.).²⁸ Zudem ist es denkbar, dass der Wohnsitz nach IPRG von

²⁵ FURRER/GIRSBERGER/SIEHR, Rz. 559; SCHNEIDER, Rz. 270 f. Differenzierend: BUCHER/BONOMI, Rz. 461. Zugunsten des interlokalen Kollisionsrecht oder allenfalls einer anderweitigen Anknüpfung a.M. DUTOIT, N. 7 zu Art. 13 IPRG; KNOEPFLER/SCHWEIZER/OTHENIN-GIRARD, Rz. 188 f.; SCHWANDER, Rz. 405.

²⁶ Vgl. BOHNET/OTHENIN-GIRARD, S. 154.

²⁷ DUTOIT, N. 10 zu Art. 20 IPRG.

²⁸ KREN KOSTKIEWICZ, Rz. 634.

jenem nach anderen Gesetzen (insbesondere vom steuer- oder sozialversicherungsrechtlichen Wohnsitz) abweicht.²⁹

A. Elemente des Wohnsitzes

10 Der Wohnsitz im Sinne des IPR ist nicht ein rein tatsächlicher Begriff, sondern auch von rechtlichen Elementen und Würdigungen geprägt.³⁰ Der Wohnsitz ist damit ein Rechtsbegriff;³¹ lediglich die verwendeten Indizien sind Tatfragen, während die daraus zu folgernde objektivierte Niederlassungsabsicht (und hiermit letztlich der Wohnsitz) eine Rechtsfrage darstellt.³² Zur Wohnsitzbegründung bedarf es demgemäss zweier kumulativer Elemente:³³

- Ein objektives Element: Der physische Aufenthalt an einem bestimmten Ort bzw. in einem bestimmten Staat;
- Ein subjektives Element: Die Absicht des dauernden Verbleibens an diesem Ort, was jedoch gegen aussen erkennbar sein muss (objektivierter Massstab).

11 Es ergibt sich daraus – so einhellig die Lehre³⁴ und Rechtsprechung³⁵ – der Lebensmittelpunkt bzw. der Mittelpunkt der Lebensinteressen. Nach diesem Mittelpunkt ist folglich zur Wohnsitzbestimmung zu suchen. Zudem ist die Natur der Rechtsfrage zu beachten, für welche die Wohnsitzanknüpfung vorgenommen werden soll (sog. funktioneller Wohnsitzbegriff).³⁶ Im Endeffekt bezweckt eine Anknüpfung an den Wohnsitz unter dem IPRG nichts anderes, als den engsten Zusammenhang mit einer Rechtsordnung herzustellen.³⁷ Entsprechend fern liegt es aus internationalprivatrechtlicher

²⁹ DUTOIT, N. 3 zu Art. 20 IPRG.

³⁰ Vgl. LAUBE, S. 20 f.

³¹ Siehe bereits VON STEIGER, S. 12 f. So auch SCHWANDER, N. 2 zu Art. 20 IPRG.

³² BGE 120 III 7 E. 2a; Urteil 5A_419/2020 vom 16. April 2021 E. 2.3; Urteil 5A_270/2012 vom 24. September 2012 E. 4.2.3.

³³ Vgl. KREN KOSTKIEWICZ, Rz. 626; MARKUS, Rz. 296; SPÜHLER/MEYER, S. 25.

³⁴ GUILLAUME, S. 88; LEVANTE, S. 50; MARKUS, Rz. 295; MASMEJAN, S. 70 f.; OFK-KREN KOSTKIEWICZ, N. 7 zu Art. 20 IPRG; vgl. CR LDIP-BUCHER, N. 1 zu Art. 20 IPRG; SIEHR, S. 139; TRUNIGER, Rz. 75.

³⁵ Statt Vieler: BGE 120 III 7; BGE 119 II 64 E. 2bb.

³⁶ HRUBESCH-MILLAUER/BÜRKI, S. 120; KREN KOSTKIEWICZ, Rz. 628; vgl. Botschaft IPRG, S. 317; BK-BUCHER, N. 21 f. vor Art. 23 ZGB.

³⁷ BGE 119 II 64 E. 2aa; Urteil 5A_663/2009 vom 1. März 2010 E. 2.2.1.

Sicht, die Wohnsitzanknüpfung an einem Ort zu bejahen, mit welchem der einer Rechtsfrage zugrundeliegende Sachverhalt keinerlei Zusammenhang hat.

1. Das objektive Element: Physischer Aufenthalt

- 12 Als objektives Kriterium des Wohnsitzes ist die physische Anwesenheit an einem Ort bzw. in einem Staat gefordert.³⁸ Solange es alleine auf einen bestimmten Staat und nicht auf eine nähere Bestimmung (wie insbesondere bei Mehrrechtsstaaten; dazu N 7) ankommt, so ist der Aufenthalt im fraglichen Staat ausreichend. Es ist nicht zwingend erforderlich, dass sich die Person stets am selben Ort in besagtem Staat aufhält oder der Aufenthalt ohne Unterbrüche erfolgt.³⁹
- 13 Die Dauer des physischen Aufenthaltes ist grundsätzlich nicht relevant zur Wohnsitzbestimmung.⁴⁰ Auch bei einem kurzen Aufenthalt kann somit ein Wohnsitz begründet werden. Entscheidend ist vielmehr, dass das subjektive Element in Kombination mit dem physischen Aufenthalt verwirklicht wurde.⁴¹ Die Wohnsitzbegründung ist folglich bereits ab dem ersten Anwesenheitstag möglich,⁴² eine bestimmte bereits erfolgte Aufenthaltsdauer wird nicht vorausgesetzt.

2. Das subjektive Element: Absicht dauernden Verbleibens

- 14 Die Absicht dauernden Verbleibens in einem bestimmten Staat bzw. an einem bestimmten Ort als subjektives Element muss gegen aussen erkennbar gemacht werden.⁴³ Gefordert wird eine deutliche Manifestation des inneren Willens.⁴⁴

³⁸ LEVANTE, S. 49; MARKUS, Rz. 296.

³⁹ Vgl. Urteil 5A_609/2011 vom 14. Mai 2012 E. 4.2.4 (vorübergehende Auslandsaufenthalte heben den Wohnsitz nicht auf); Urteil 5C.247/2004 vom 10. Februar 2005 E. 4.3; DUTOIT, N. 3 zu Art. 20 IPRG.

⁴⁰ MARKUS, Rz. 296.

⁴¹ LEVANTE, S. 53.

⁴² Urteil 5A_398/2007 vom 28. April 2008 E. 3.2; Urteil 5C.163/2005 vom 25. August 2005 E. 4.1; BSK IPRG-WESTENBERG, N. 18 zu Art. 20 IPRG.

⁴³ Botschaft IPRG, S. 316 f.

⁴⁴ BGE 119 II 64 E. 2b/bb; BGE 115 II 120 E. 4a.

Da das subjektive Element objektiviert betrachtet wird, wird auch vom objektivierten Wohnsitzbegriff gesprochen.⁴⁵

- 15 Der innere Wille zum Verbleib kann alleine noch nicht massgeblich sein,⁴⁶ er muss (nach dem Vertrauensprinzip) gegen aussen erkennbar gemacht werden.⁴⁷ Infolgedessen kann der Wohnsitz auch nicht durch eine blosser Willenserklärung begründet werden.⁴⁸ Vielmehr bedarf es überdies objektiv erkennbarer Elemente, dass dieser Willenserklärung auch tatsächlich gefolgt werden kann. Es ist sogar denkbar, dass ein Wohnsitz wider den Willen der Person entsteht, wenn aufgrund von geschaffenen Tatsachen klar der Schein einer Absicht dauernden Verbleibens entsteht.⁴⁹ Denn der Wille zur Begründung des Wohnsitzes ist nicht zwingend deckungsgleich mit der vom Gesetz geforderten Absicht dauernden Verbleibens.⁵⁰ Aus welchem Motiv eine Person sich in einem Staat aufhält, ist für den Wohnsitzbegriff grundsätzlich irrelevant.⁵¹
- 16 Fraglich ist zudem, auf welche Zeitspanne sich die Absicht des Verbleibens beziehen muss. Wenn das Gesetz vom «dauernden» Verbleib spricht, meint es nichts anderes, als «nicht bloss vorübergehend».⁵² Auch ein kurzer Aufenthalt kann prinzipiell das subjektive Element erfüllen, wenn die äusserlich erkennbaren Elemente die Errichtung eines Lebensmittelpunktes indizieren, sprich die Intensität der Beziehung zu einem bestimmten Ort hinreichend stark ist.⁵³ Sofern also eine Perspektive auf einen langen oder andauernden Aufenthalt besteht, wird in der Regel Wohnsitz zu bejahen sein und zwar unabhängig von der bereits erfolgten Dauer.⁵⁴ Aber auch eine nur befristete Absicht kann genügen, vorausgesetzt, der Lebensmittelpunkt wird für diese

⁴⁵ OFK IPRG-KREN KOSTKIEWICZ, N. 6 zu Art. 20 IPRG.

⁴⁶ Urteil 5A_725/2010 vom 12. Mai 2011 E. 2.3; OFK IPRG-KREN KOSTKIEWICZ, N. 6 zu Art. 20 IPRG.

⁴⁷ HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Rz. 397; BK-UCHER, N. 12 zu Art. 23 ZGB.

⁴⁸ Urteil 5A_267/2012 vom 21. November 2012 E. 6.4; LAUBE, S. 23; vgl. BGE 120 III 7 E. 2b.

⁴⁹ BUCHER, Rz. 338 f.; Vgl. Urteil 5A_725/2010 vom 12. Mai 2011 E. 2.3 (Erblasser bekundete zu Lebzeiten den Willen der Wohnsitznahme in den USA, BGer nahm dennoch Wohnsitz in der Schweiz an); ferner Urteil 9C_98/2017 vom 9. Juni 2017 E. 2.4 (Personen wollten «Weltenbummler» sein, Wohnsitz trotzdem in den USA angenommen); SCHNEIDER, Rz. 283.

⁵⁰ LAUBE, S. 26; SCHNEIDER, Rz. 283 (der Wille ist ein «Tatwille», kein «Erfolgswille»).

⁵¹ HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Rz. 398; BSK ZGB I-STAEHELIN, N. 24 zu Art. 23 ZGB.

⁵² LAUBE, S. 27; vgl. ZK-KREN KOSTKIEWICZ, N. 19 zu Art. 20 IPRG.

⁵³ BUCHER, Rz. 345; LEVANTE, S. 53

⁵⁴ Urteil 5A_30/2015 vom 23. März 2015 E. 4.1.1; MARKUS, Rz. 296.

Zeitspanne effektiv verlagert.⁵⁵ Massgeblich ist im Endeffekt die Intensität der Beziehung zu einem gewissen Ort, wie sie sich gegen aussen erkennbar macht.⁵⁶ Regelmässig lässt sich das subjektive Element dort verorten, wo die familiären Interessen und Bindungen am stärksten lokalisiert sind.⁵⁷ Von dieser Regel können aber durchaus Ausnahmen bestehen, sofern andere Indizien überwiegen (N 17 ff.).

3. Indizien zur Beurteilung des Wohnsitzes

- 17 Die Lehre sowie die Rechtsprechung enthält eine Vielzahl an Indizien, welche bei der Lokalisierung des Wohnsitzes mitentscheidend sein können. Die Ansätze aus der Rechtsprechung sollen lediglich als Leitlinie dienen. Es ist stets eine Einzelfallbeurteilung unter Berücksichtigung aller relevanten, gegen aussen erkennbare Umstände vorzunehmen.⁵⁸ Die Indizien, auf welche zurückgegriffen werden darf, sind mit jenen unter Art. 23 ZGB prinzipiell identisch.⁵⁹ Dabei müssen gleichwohl die Unterschiede zwischen den Wohnsitzdefinitionen des ZGB und des IPRG beachtet werden.
- 18 Bisweilen vorgebrachte Indizien sind unter anderem: Kommunikationsmittel wie der Telefonanschluss oder die Postadresse,⁶⁰ wobei eine für amtliche bzw. gerichtliche Verfahren verwendete Adresse ein sehr aussagekräftiges Indiz sein kann.⁶¹ Hohe Indizwirkung sollte einer Adresse in der Schweiz dann zukommen, wenn an dieser bereits erfolgreich eine Betreuung oder ein Schweizer Verfahren gegen die betroffene Person geführt wurde (zumindest, wenn keine Beschwerde wegen Unzuständigkeit erhoben wurde; vgl. Art. 46 Abs. 1 SchKG). Sofern sich die Sachlage seither nicht verändert hat, würde

⁵⁵ Urteil 5A_419/2020 vom 16. April 2021 E. 3.2.2; Urteil 5A_725/2010 vom 12. Mai 2011 E. 2.3; vgl. ZK-KREN KOSTKIEWICZ, N. 22 zu Art. 20 IPRG; a.M. wohl FURRER/GIRSBERGER/SIEHR, Rz. 307, welche verlangen, dass die Person am Wohnsitz «unbefristet wohnt».

⁵⁶ KUKO ZGB-HOTZ/SCHLATTER, N. 6 zu Art. 23 ZGB; ZK-KREN KOSTKIEWICZ, N. 19 zu Art. 20 IPRG.

⁵⁷ OFK IPRG-KREN KOSTKIEWICZ, N. 7 zu Art. 20 IPRG; vgl. Botschaft IPRG, S. 317.

⁵⁸ Botschaft IPRG, S. 317; vgl. BK-BUCHER, N. 14 zu Art. 23 ZGB.

⁵⁹ LEVANTE, S. 50 f.; vgl. BGE 119 II 64 E. 2aa.

⁶⁰ CHK-BUHR/GABRIEL/SCHRAMM, N. 9 zu Art. 20 IPRG; vgl. BSK ZGB I-STAEHELIN, N. 6 zu Art. 23 ZGB. Vgl. aber Urteil 5A_663/2009 vom 1. März 2010 E. 4.2.3.

⁶¹ Vgl. Urteil 5A_917/2018 vom 20. Juni 2019 E. 4.2.5; Urteil 4A_36/2016 vom 14. April 2016 E. 4 u. 6.2; Urteil 5A_30/2015 vom 23. März 2015 E. 4.2.

eine Berufung auf einen anderen Wohnsitz unter Umständen gar einem *venire contra factum proprium* gleichkommen. Die Wahrung medizinischer Termine deutet ebenfalls auf eine Wohnsitznahme hin (zumindest, wenn kein Aufenthalt zur Pflege vorliegt, vgl. N 26 f.).⁶² Ebenso kann eine Krankenversicherung ein Indiz sein, welches aber für sich alleine keinen Rückschluss zulässt.⁶³ Familiäre Kontakte können zwar ein wichtiges Element sein,⁶⁴ vor allem, wenn eine Person in einem Staat eine Familie begründet hat. Insbesondere für unverheiratete (und kinderlose) Personen können familiäre Beziehungen jedoch auch in den Hintergrund rücken, wenn sie in Konkurrenz zu anderweitigen (insbesondere gewerblichen) Kontakten stehen.⁶⁵ Weiter berücksichtigt werden kann etwa eine Hausratsversicherung,⁶⁶ die Verwendung einer Adresse in Verträgen,⁶⁷ Freizeitaktivitäten,⁶⁸ regelmässiges Gesehenwerden⁶⁹, die Ausübung politischer Rechte,⁷⁰ oder das Vorhandensein von Wohnungseinrichtungen wie Bad oder Küche.⁷¹ Reine Vorbereitungshandlungen zur Wohnsitzverlegung können hingegen nicht genügen, wenn keine Indizien für eine Verschiebung der persönlichen und finanziellen Interessen vorliegen.⁷² Damit der Wohnsitz überhaupt verlegt werden kann, muss der vorherige Wohnsitz aufgegeben werden – dies verlangt entsprechend eine gewisse Änderung der Verhältnisse.⁷³

- 19 Öffentlich-rechtliche Aspekte (Ausweise, Wohnsitzbescheinigungen, Aufenthaltsberechtigungen, usw.) können zwar als Indizien verwendet werden, begründen indes noch keine Wohnsitzvermutung.⁷⁴ Da das IPRG keine (positiven) Wohnsitzvermutungen kennt, kommt öffentlich-rechtlichen

⁶² Vgl. Urteil 5A_903/2013 vom 29. Januar 2014 E. 3.

⁶³ Urteil 5A_663/2009 vom 1. März 2010 E. 3; Urteil 5A_903/2013 vom 29. Januar 2014 E. 3.

⁶⁴ Urteil 5A_419/2020 vom 16. April 2021 E. 3.1; wobei Zeugenaussagen der Familie aber zurückhaltend zu beurteilen sind: Urteil 4A_558/2017 vom 6. April 2018 E. 4.1.

⁶⁵ Vgl. Urteil 2C_270/2012 vom 1. Dezember 2012 E. 2.4 (selbst bei wöchentlichen Besuchen bei Geschwistern oder Eltern können Kontakte zum Arbeitsort überwiegen); ferner Urteil 5A_917/2018 vom 20. Juni 2019 E. 4.1; vgl. auch Botschaft IPRG, S. 317.

⁶⁶ Urteil 5A_1015/2015 vom 18. März 2016 E. 4.2.

⁶⁷ Urteil 5A_30/2015 vom 23. März 2015 E. 4.2; vgl. aber BGE 125 III 100 E. 3.

⁶⁸ Urteil 5C.171/2000 vom 16. Oktober 2000 E. 2 u. 4d.

⁶⁹ BGE 120 III 7 E. 2b.

⁷⁰ LEVANTE, S. 51.

⁷¹ Urteil 4C.65/2005 vom 28. April 2005 E. 4.

⁷² BGE 85 II 318 E. 3; Vgl. Urteil 5A_659/2011 vom 5. April 2012 E. 2.3 (u.a. Abschluss eines Mobiltelefon-Abonnements oder einer Hausratsversicherung)

⁷³ Urteil 5A_235/2012 vom 31. August 2012 E. 5.2 f.

⁷⁴ Botschaft IPRG, S. 317; vgl. LEVANTE, S. 52. Missverständnis insofern CHK-BUHR/GABRIEL/SCHRAMM, N. 10 zu Art. 20 IPRG.

Dokumenten in dieser Hinsicht folglich maximal eine erhöhte Indizwirkung zu.⁷⁵ Es ist auch möglich, dass der Wohnsitz abweichend vom öffentlichen Recht lokalisiert wird.⁷⁶ Zu beachten ist, dass selbst ein fremdenpolizeiliches Aufenthaltsverbot bzw. eine fehlende Aufenthaltsbewilligung den Wohnsitz i.S.v. Art. 20 IPRG nicht auszuschliessen vermag.⁷⁷ Irrelevant ist zudem, ob nach dem national-autonomen Recht des (angeblichen) Wohnsitzstaates ebenfalls Wohnsitz besteht.⁷⁸ Kein Indiz kann die Staatsangehörigkeit darstellen.⁷⁹ Bei Willensäusserungen der betroffenen Partei sollte nur mit grosser Zurückhaltung eine Indizwirkung angenommen werden, sofern diesen nicht erkennbar Folge geleistet wurde.⁸⁰ Zumindest als negatives Indiz können Willensäusserung jedoch taugen: So hat das Bundesgericht die Willensäusserung in Zukunft Wohnsitz in der Schweiz nehmen zu wollen, als Indiz gegen einen aktuellen Schweizer Wohnsitz verwendet.⁸¹

B. Schwierigkeiten bei der Bestimmung

20 Oftmals ist der Wohnsitz unschwer festzulegen. Problematisch werden kann die Bestimmung, wenn mehrere Domizile bestehen, bei denen keines eindeutig überwiegt. Ist die Bestimmung des Wohnsitzes unmöglich, so kann grundsätzlich nach Art. 20 Abs. 2 Satz 2 IPRG auf den gewöhnlichen Aufenthalt gemäss Art. 20 Abs. 1 lit. b IPRG abgestellt werden. Dieser Schluss sollte jedoch nicht bereits bei blossen Schwierigkeiten der Bestimmung gezogen werden.

1. Physischer Aufenthalt in mehreren Staaten

21 Schwierigkeiten bei der Bestimmung des Wohnsitzes bestehen dann, wenn eine natürliche Person das objektive Element des Wohnsitzes in mehreren Staaten verwirklicht. Die Bestimmung muss dann primär anhand des subjektiven

⁷⁵ Vgl. Urteil 4A_558/2017 vom 6. April 2018 E. 3.2.1.

⁷⁶ KREN KOSTKIEWICZ, Rz. 630.

⁷⁷ MARKUS, Rz. 294; vgl. Urteil 5A_609/2011 vom 14. Mai 2012 E. 4.2.4.

⁷⁸ Urteil 9C_295/2019 vom 18. Juni 2019 E. 2.2.2.

⁷⁹ Urteil 5A_419/2020 vom 16. April 2021 E. 3.2.2.

⁸⁰ Vgl. Urteil 4A_443/2014 vom 2. Februar 2015 E. 4.

⁸¹ Urteil 5A_235/2012 vom 31. August 2012 E. 4.1 (vgl. auch die Vorinstanz: Obergericht des Kantons Zürich, Urteil LQ100065 vom 16. Februar 2012 E. 2b).

Elements vorgenommen werden. Ein Abstellen alleine auf den physischen Aufenthalt, beispielsweise anhand der Tage, welche in einem bestimmten Staat verbracht werden, ist nicht angezeigt. Bei mehreren möglichen Wohnsitzen muss umso mehr auf die Einzelfallumstände Rücksicht genommen werden,⁸² damit die engste Beziehung⁸³ bzw. die stärkste Integration⁸⁴ in einem Staat ermittelt werden kann. Bei mehreren Wohnungen so können gegebenenfalls Stromkosten, Renovationen, Bankverbindungen, Einkäufe am behaupteten Wohnsitz, Anzahl und Intensität von Freundschaften, Immatrikulation eines Fahrzeuges oder der Lageort von persönlichen Effekten als Indizien verwendet und gegebenenfalls zwischen verschiedenen Staaten verglichen werden.⁸⁵

- 22 Ein ansehnliches Beispiel für komplizierte Verhältnisse bieten aussergewöhnlich wohlhabende Personen, welche über mehrere Domizile verfügen.⁸⁶ Solche Personen verfügen dank ihres grossen Vermögens über grössere Freiheiten und Möglichkeiten, ihren physischen Verbleib innerhalb kurzer Zeit auf einen von mehreren möglichen Staaten zu verlegen. Zudem kann es aufgrund weltweiter wirtschaftlicher Aktivitäten sowie den teilweise weit verstreuten familiären und persönlichen Beziehungen Schwierigkeiten bereiten, den Mittelpunkt der Interessen in einem Staat festzumachen. In solchen Fällen kann das subjektive Element stärkeres Gewicht erhalten: Wiederholte, konsequente und gegen aussen gerichtete Äusserungen, zu welchem der möglichen Staaten die engste Beziehung besteht bzw. wo der Wohnsitz liegen soll, sind in solchen Fällen ein starkes Indiz für eine starke Integration. Stets muss jedoch der subjektive Wille objektiv von aussen erkennbar sein. Entsprechend nimmt das Bundesgericht insbesondere bei wohlhabenden Personen eine Abwägung verschiedenster objektiv erkennbarer Indizien vor (vgl. oben N 17 ff.).⁸⁷ Wird den Willensäusserungen also augenscheinlich Folge geleistet, liegt die Annahme des Wohnsitzes im bezeichneten Staat nahe, auch wenn in anderen Staaten zeitweise gelebt wird.

⁸² Vgl. HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Rz. 401 u. 405; LEVANTE, S. 53 f.

⁸³ KREN KOSTKIEWICZ, Rz. 633 f.

⁸⁴ LEVANTE, S. 53 f.; TRUNIGER, Rz. 75; vgl. Botschaft IPRG, S. 317.

⁸⁵ Vgl. Urteil 5A_663/2009 vom 1. März 2010.

⁸⁶ Beispielhaft: Urteil 4A_558/2017 vom 6. April 2018; Urteil 5A_663/2009 vom 1. März 2010. Siehe hinsichtlich der Problematik beim gewöhnlichen Aufenthalt: KELLER/SIEHR, S. 324 f.

⁸⁷ Urteil 5A_663/2009 vom 1. März 2010 E. 2.2.2.

23 Zeitweise entsandte Arbeiter werden – zumindest sofern ihre Familie nicht nachzieht – ihren Wohnsitz regelmässig nicht im neuen Staat begründen.⁸⁸ Gleiches wird oftmals für Diplomaten gelten.⁸⁹ Ähnlich liegt die Situation bei anderen Personen mit bloss vorübergehendem Aufenthalt, ohne dass sie ihre Bindung zum anderen Staat abgebrochen haben (so z.B. Studenten bei regelmässiger Rückkehr zu den Eltern⁹⁰ oder im Auslandsaufenthalt, Saisonniers⁹¹). Ein anderes Problem liegt bei sog. Weltenbummlern vor: Diese verlegen ihren Aufenthalt nach ihrem eigenen Willen regelmässig in verschiedene Nationen, ohne sich an einem Ort definitiv niederlassen zu wollen. Bei Ihnen wird zu beurteilen sein, ob sie ihren Wohnsitz endgültig aufgegeben haben, oder ob sie voraussichtlich in Notfällen (z.B. bei gesundheitlichen oder finanziellen Problemen) zurückkehren würden.⁹² Haben sie ihren Wohnsitz endgültig aufgegeben und keinen neuen begründet, so greift die subsidiäre Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt (vgl. Art. 20 Abs. 2 IPRG).

2. «Simulierter» Wohnsitz

24 Noch vor Erlass des IPRG wurde teilweise das sog. Prinzip der Echtheit des Wohnsitzes postuliert, welches einen simulierten, vorgeschobenen oder fiktiven Wohnsitz verhindern sollte.⁹³ Es stellt sich die Frage, ob ein solches Prinzip auch in der heutigen Fassung von Art. 20 IPRG zu vertreten wäre. Ein Wohnsitz kann in «arglistiger» Absicht begründet werden (z.B. um sich möglicher Vollstreckung zu entziehen, einen günstigen Gerichtsstand zu schaffen oder ein günstiges Recht zur Anwendung zu bringen). Aus Gesichtspunkten des IPRG ist an solchen Motiven nichts auszusetzen: Sofern eine Person die Elemente von Art. 20 Abs. 1 lit. a IPRG erfüllt, liegt ein Wohnsitz vor. Allfälligen Schutzaspekten wird auf zuständigkeitsrechtlicher Ebene bereits mittels zwingender Zuständigkeiten begegnet. Auf

⁸⁸ Vgl. Botschaft IPRG, S. 319, wonach Jahresaufenthalter mit Familie im Ausland keinen Wohnsitz begründen; ferner HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Rz. 402 f.

⁸⁹ Für die Anwendbarkeit des IPRG auf Diplomaten: MASMEJAN, S. 70; vgl. ferner BGE 110 II 156 E. 2b.

⁹⁰ BGE 82 III 12.

⁹¹ MASMEJAN, S. 70.

⁹² Vgl. BGE 138 II 300 E. 3.6.3.

⁹³ Dazu: VON STEIGER, S. 42 ff.; vgl. auch SCHNEIDER, Rz. 284.

kollisionsrechtlicher Ebene kann unter Umständen eine Korrektur über die Ausnahmeklausel (Art. 15 IPRG) oder über den *ordre public* (Art. 17 IPRG) geschehen bzw. können Eingriffsnormen (Art. 18 f. IPRG) zur Anwendung gelangen.⁹⁴ Ein rein vorgeschobener «Wohnsitz», welcher nur zum Schein begründet wurde, stellt hingegen definitionsgemäss gar keinen Wohnsitz dar. In einem solchen Sachverhalt ist zwangsweise mindestens eine Wohnsitzvoraussetzung (mindestens die subjektive) nicht erfüllt,⁹⁵ da andernfalls der Wohnsitz nicht simuliert wäre. Insofern ist dies nicht ein Problem des Wohnsitzbegriffes, sondern der korrekten Würdigung des Sachverhaltes. Ein Prinzip der Echtheit kann demzufolge im oben ausgeführten Sinne unter Art. 20 IPRG keine Geltung finden. Dem Rechtsmissbrauch kann einerseits durch die allgemeinen Voraussetzungen zur Wohnsitzbegründung Vorschub geleistet werden, andererseits wird dies in bestimmten Normen durch zusätzliche Voraussetzungen getan (z.B. Art. 59 IPRG).⁹⁶

3. Antizipierter Wohnsitz

25 Laut einer Stimme in der Literatur kann ein sog. antizipierter Wohnsitz begründet werden, also ein Wohnsitz, welcher erst künftig zustande kommen wird.⁹⁷ Die Bundesgerichtsentscheide, welche im Sinne einer Begründung dieser Meinung zitiert werden, sprechen jedoch lediglich davon, dass die inskünftig zu erwartende Dauer ebenfalls bedeutsam sein kann, wobei stets bereits ein physischer Aufenthalt am fraglichen Wohnsitz gegeben war.⁹⁸ Das Bundesgericht weist damit vielmehr darauf hin, dass bereits (aber auch frühestens) ab dem ersten Tag am neuen Ort ein Wohnsitz bestehen kann. Ein antizipierter Wohnsitz im oben genannten Sinne lässt sich daraus noch nicht herleiten. Von einem faktisch noch gar nicht bestehenden Wohnsitz kann unter

⁹⁴ Vgl. auch VON STEIGER, S. 49 ff. zur alten *fraus legis*-Doktrin.

⁹⁵ Gl.M. VON STEIGER, S. 44 f.

⁹⁶ Vgl. BGE 119 II 64 E. 2a; Urteil 5A_663/2009 vom 1. März 2010 E. 2.2.2.

⁹⁷ KREN KOSTKIEWICZ, Rz. 627; OFK-KREN KOSTKIEWICZ, N. 9 zu Art. 20 IPRG; ähnlich CR LDIP-BUCHER, N. 23 zu Art. 20 IPRG; HRUBESCH-MILLAUER/BÜRKI, S. 121.

⁹⁸ Vgl. Urteil 5A_432/2009 19. April 2010 E. 5.2.1; Urteil 5A.34/2005 vom 25. August 2005 E. 4.1; BGE 116 II 202 betrifft den Sonderfall des Familiennamens, wobei ebenfalls ein physischer Aufenthalt in der Schweiz nach Eheschliessung bestand.

Art. 20 IPRG keine Rede sein, da allemal auch das objektive Element im Sinne eines physischen Aufenthaltes vorliegen muss.⁹⁹

4. Der Aufenthalt zu Sonderzwecken

26 Den Bestimmungen des ZGB zum Wohnsitz wird zwar gemäss Art. 20 Abs. 2 IPRG die (direkte) Anwendung versagt, dennoch stellen sich auch im internationalen Verhältnis dieselben Fragen bei einem Aufenthalt zu Sonderzwecken. Ein solcher Sonderzweck liegt vornehmlich beim Aufenthalt zur Pflege oder in einer Anstalt vor. Das Bundesgericht hat die (negative) Vermutung, dass der Aufenthalt zu Sonderzwecken keinen Wohnsitz begründet, auch unter dem IPRG zur Anwendung gebracht.¹⁰⁰ Wie unter Art. 23 Abs. 1 Satz 2 ZGB ist diese Vermutung auch für Art. 20 IPRG widerlegbar: Es muss einerseits (als Vorbedingung der subjektiven Komponente) die Urteilsfähigkeit nachgewiesen werden, bevor die (objektivierte) Absicht der Wohnsitzverlegung und der tatsächliche Aufenthalt dargetan werden.¹⁰¹

27 Damit am Pflegeort überhaupt ein Wohnsitz entstehen kann, muss definitionsgemäss der vorherige Wohnsitz aufgegeben werden.¹⁰² Ist der Pflegebedarf nur gering und wurde der Ort frei gewählt, so deutet dies auf eine Wohnsitznahme am Pflegeort hin.¹⁰³ Beschränkt sich der Aufenthalt jedoch nur auf den Sonderzweck, so entsteht grundsätzlich kein Wohnsitz.¹⁰⁴ War der Aufenthalt aus gesundheitlichen bzw. psychischen Gründen gewissermassen erzwungen und somit nicht aus freien Stücken gewählt (insbesondere, wenn der Pflegeort von Dritten angeordnet wird), wird am Pflegeort in der Regel kein Wohnsitz begründet.¹⁰⁵ Der «Zwang der Umstände» begründet aber dann einen Wohnsitz, wenn die Anstalt frei gewählt werden konnte.¹⁰⁶ Trotz einem

⁹⁹ GI.M. LEVANTE, S. 49; so dann auch ZK-KREN KOSTKIEWICZ, N. 19 zu Art. 20 IPRG *in fine*; a.M. unter dem ZGB: BK-BUCHER, N. 19 f. zu Art. 23 ZGB.

¹⁰⁰ BGE 108 Ia 252 E. 5; Urteil 5A_278/2017 vom 19. Juni 2017 E. 3.1.1.2. Zustimmend BSK ZGB I-Staehelin, N. 19e zu Art. 23 ZGB. Die Anwendbarkeit verneinend: MASMEJAN, S. 73; ZK-KREN KOSTKIEWICZ, N. 70 zu Art. 20 IPRG.

¹⁰¹ Vgl. Urteil 5A_278/2017 vom 19. Juni 2017 E. 3.1.1.2; MARKUS, Rz. 301; siehe auch KUKO ZGB-HOTZ/SCHLATTER, N. 7 zu Art. 23 ZGB.

¹⁰² BGE 108 Ia 252 E. 5.

¹⁰³ Vgl. BGE 140 V 563 E. 3.1 (umso mehr, wenn der Ort nahe der Familie liegt).

¹⁰⁴ Vgl. BUCHER, Rz. 348. Zum ZGB: BSK ZGB I-STAEHELIN, N. 19a ff. zu Art. 23 ZGB.

¹⁰⁵ Urteil 5A_278/2017 vom 19. Juni 2017 E. 3.1; ferner BGE 120 III 7 E. 2b *in fine*.

¹⁰⁶ HÜRLIMANN-KAUP/SCHMID, Rz. 687; vgl. BGE 134 V 236 E. 5.2.

Willen, nach erfolgter Genesung in ein anderes Land zurückzukehren, kann der Wohnsitz am Pflegeort dennoch bejaht werden.¹⁰⁷ Der Wohnsitz hat also einem Selbstzweck – dem «Leben» – zu dienen und nicht bloss dem Sonderzweck.¹⁰⁸

5. Handlungs- bzw. urteilsunfähige Personen

28 Das IPRG verlangt Urteilsfähigkeit als Voraussetzung zur Wohnsitzbegründung.¹⁰⁹ Dies kann unter anderem daraus geschlossen werden, dass das IPRG in Art. 66 ff. für Kinder (als Vorzeigebispiel für Urteilsunfähigkeit) nur auf den gewöhnlichen Aufenthalt Bezug nimmt.¹¹⁰ Diese Folgerung entspricht auch dem gesetzgeberischen Willen.¹¹¹ Dies ist insofern bedauernswert, als dadurch die Frage aufgeworfen wird, nach welchem Statut die Urteilsfähigkeit beurteilt werden soll. In Wohnsitzfragen ist zumindest grundsätzlich eine tiefe Schranke an die Urteilsfähigkeit zu stellen.¹¹² Es soll auch handlungsunfähigen Personen möglich sein, einen Wohnsitz zu begründen, sofern sie in dieser Hinsicht urteilsfähig sind.¹¹³ Liegt infolge Urteilsunfähigkeit kein Wohnsitz vor, kann gegebenenfalls auf die Ersatzanknüpfung des gewöhnlichen Aufenthalts zurückgegriffen werden (dazu N 29 ff. u. 38).¹¹⁴

C. Verhältnis zu den Wohnsitzbestimmungen des ZGB

29 Der Wortlaut von Art. 20 Abs. 1 lit. a IPRG ist stark an jenen des Art. 23 Abs. 1 ZGB angelehnt.¹¹⁵ Allerdings schliesst Art. 20 Abs. 2 Satz 3 IPRG aus, dass die Bestimmungen des ZGB über den Wohnsitz im internationalen Verhältnis angewendet werden. Das Bundesgericht hat indes bestätigt, dass die Auslegung von Art. 20 Abs. 1 lit. a IPRG sich eng an jener von Art. 23 Abs. 1 ZGB zu

¹⁰⁷ Urteil 5A_725/2010 vom 12. Mai 2011 E. 2.3. u. 4; vgl. Urteil 5A_267/2012 vom 21. November 2012 E. 6.3.2.

¹⁰⁸ KUKO ZGB-HOTZ/SCHLATTER, N. 4 zu Art. 23 ZGB.

¹⁰⁹ BOHNET/OTHENIN-GIRARD, S. 146; CHK-BUHR/GABRIEL/SCHRAMM, N. 13 zu Art. 20 IPRG.

¹¹⁰ MASMEJAN, S. 67 (mit Kritik auf S. 71); ähnlich CHK-BUHR/GABRIEL/SCHRAMM, N. 13 zu Art. 20 IPRG; ZK-KREN KOSTKIEWICZ, N. 30 zu Art. 20 IPRG; vgl. Urteil 5A_278/2017 vom 19. Juni 2017 E. 3.1.1.1. Teilweise a.M. CR LDIP-BUCHER, N. 9 u. 27 zu Art. 20 IPRG.

¹¹¹ Botschaft IPRG, S. 320.

¹¹² BK-BUCHER, N. 28 zu Art. 23 ZGB; HÜRLIMANN-KAUP/SCHMID, Rz. 686.

¹¹³ Vgl. KREN KOSTKIEWICZ, Rz. 636 ff.

¹¹⁴ BSK IPRG-WESTENBERG, N. 35 zu Art. 20 IPRG.

¹¹⁵ Botschaft IPRG, S. 316.

orientieren hat.¹¹⁶ Somit kann im Grunde auch Literatur und Rechtsprechung zum Wohnsitz nach ZGB herbeigezogen werden.¹¹⁷ Bei der Auslegung des Art. 20 IPRG ist aber stets dessen kollisionsrechtlicher Charakter im Hinterkopf zu behalten.¹¹⁸ Klar ausgeschlossen sind im internationalen Verhältnis aufgrund Art. 20 Abs. 2 IPRG der fortgesetzte Wohnsitz nach Art. 24 Abs. 1 ZGB sowie der abgeleitete Wohnsitz i.S.v. Art. 25 ZGB.¹¹⁹ Insgesamt kennt das IPRG keine (positiven) Vermutungen, welche einen Wohnsitz begründen.¹²⁰ Dies lässt sich daraus schliessen, dass fiktive oder abgeleitete Wohnsitze nicht die kollisions- und zuständigkeitsrechtlich geforderte Nähe zu einem Rechtsverhältnis bzw. dem Sachverhalt aufweisen.¹²¹ Anders als im ZGB muss unter Art. 20 IPRG nicht zwingend ein Wohnsitz vorliegen – es ist also möglich, dass eine Person keinen Wohnsitz hat.¹²² Der Wohnsitz nach IPRG kann zwar leichter aufgegeben werden als jener des ZGB, nicht jedoch leichter begründet.¹²³ Sofern ein internationaler Sachverhalt vorliegt, muss der Wohnsitzbegriff des IPRG jenem des ZGB vorgehen.¹²⁴

III. Der gewöhnliche Aufenthalt (Abs. 1 lit. b)

30 Der gewöhnliche Aufenthalt kann in zweierlei Hinsicht relevant werden: Einerseits als Anknüpfungsmerkmal bei verschiedenen Normen des IPRG, andererseits als Ersatzanknüpfung, wenn kein Wohnsitz besteht. Direkte Anknüpfungen an den gewöhnlichen Aufenthalt finden sich grösstenteils in den Normen des Kindesrechts (vgl. Art. 66 ff. IPRG). Der Umstand, dass der gewöhnliche Aufenthalt als Ersatzanknüpfung fungiert (vgl. N 38 ff.), zieht auch nach sich, dass er nicht leichtfertig angenommen werden sollte.¹²⁵ Der

¹¹⁶ BGE 120 III 7 E. 2a; BGE 119 II 167 E. 2b; Urteil 4A_443/2014 vom 2. Februar 2015 E. 3.4; vgl. auch LEVANTE, S. 45; TRUNIGER, Rz. 75.

¹¹⁷ DUTOIT, N. 1 zu Art. 20 IPRG; SCHNYDER/LIATOWITSCH, Rz. 545.

¹¹⁸ BSK IPRG-WESTENBERG, N. 12 zu Art. 20 IPRG.

¹¹⁹ WALTER/DOMEJ, S. 119; MARKUS, Rz. 300; vgl. BGE 133 III 252 E. 4; Botschaft IPRG, S. 318.

¹²⁰ Vgl. MASMEJAN, S. 72 ff.; ferner BGE 119 II 64 E. 2aa; SCHWANDER, Rz. 197.

¹²¹ Dazu: BOHNET/OTHENIN-GIRARD, S. 145.

¹²² CHK-BUHR/GABRIEL/SCHRAMM, N. 15 zu Art. 20 IPRG; MASMEJAN, S. 72.

¹²³ BGE 119 II 167 E. 2b.

¹²⁴ LEVANTE, S. 55 f.; SCHWANDER, Rz. 192.

¹²⁵ DUTOIT, N. 11 zu Art. 20 IPRG; KREN KOSTKIEWICZ, Rz. 652. Differenzierend: LEVANTE, S. 93 f. u. 103.

Begriff entstammt den diversen Haager Übereinkommen¹²⁶ und findet sich auch in anderen Übereinkommen, namentlich in Art. 5 LugÜ wieder.

- 31 Aus der historischen Entwicklung von Art. 20 Abs. 1 lit. b IPRG geht hervor, dass die Auslegung sich am in den verschiedenen Haager Übereinkommen verwendeten Begriff anlehnen darf.¹²⁷ Diese Anlehnung ist weitgehend zu befürworten, kann jedoch aufgrund systematischer Differenzen nicht so weit gehen, als dass sich der Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts nach dem IPRG vollends mit jenem der Haager Übereinkommen decken kann.¹²⁸ Der Begriff der Haager Übereinkommen ist stets staatsvertragsautonom auszulegen und hat den diesbezüglichen Auslegungsprinzipien zu folgen.¹²⁹ Im Anwendungsbereich der Haager Übereinkommen darf wegen des Vorranges von Staatsverträge und der vertragsautonomen Auslegung grundsätzlich nicht auf die für Art. 20 IPRG entwickelten Prinzipien zurückgegriffen werden.¹³⁰ Im Anwendungsbereich des IPRG kommt eine Auslegung im Lichte der Haager Übereinkommen hingegen durchaus in Frage,¹³¹ namentlich aufgrund der historischen Auslegung. Eine solche ist auch begrüßenswert, um den internationalen Entscheidungseinklang zu fördern. Unterschiede können sich dann aber aufgrund einer funktionellen Auslegung ergeben, insbesondere wegen der Möglichkeit der subsidiären Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt (vgl. N 38 ff.), welche den Haager Übereinkommen grundsätzlich fremd ist.¹³² Auch kennt das IPRG – im Gegensatz zu den Haager Übereinkommen (vgl. bspw. Art. 6 HESÜ) – keine subsidiäre Anknüpfung an den schlichten Aufenthalt respektive den blossen Aufenthaltsort. Diese Unterschiede gilt es zu berücksichtigen, wenn eine Auslegung parallel zu den Haager Übereinkommen vorgenommen werden soll. Daraus folgt, dass in

¹²⁶ Botschaft IPRG, S. 319; vgl. BAETGE, S. 58 f.; BSK IPRG-WESTENBERG, N. 6 f. zu Art. 20 IPRG.

¹²⁷ BUCHER/BONOMI, Rz. 170; MARKUS, Rz. 307; vgl. auch BAETGE, S. 61 f.

¹²⁸ Gl.M. wohl ZK-KREN KOSTKIEWICZ, N. 49 zu Art. 20 IPRG; vgl. ferner BGE 141 IV 205 E. 5.3.2; zugunsten einer vollständigen Harmonie a.M. CR LDIP-BUCHER, N. 37 f. zu Art. 20 IPRG; SHK-OBERHAMMER, N. 90 zu Art. 5 LugÜ.

¹²⁹ Urteil 5A_1021/2017 vom 8. März 2018 E. 5.1.2; Urteil 5A_68/2017 vom 21. Juni 2017 E. 2.3; Urteil 5A_164/2013 vom 18. April 2013 E. 3; BSK IPRG-WESTENBERG, N. 39 zu Art. 20 IPRG.

¹³⁰ ZK-KREN KOSTKIEWICZ, N. 49 zu Art. 29 IPRG; ZK-SIEHR/MARKUS, N. 57 zu Art. 5 HKSÜ. In dieser Hinsicht abzulehnen: Urteil 5A_220/2009 vom 30. Juni 2006 E. 4.1.2; Urteil 5A_427/2009 vom 27. Juli 2009 E. 4.2.

¹³¹ MARKUS, Rz. 307; ZK-KREN KOSTKIEWICZ, N. 49 zu Art. 29 IPRG; vgl. auch MASMEJAN, S. 119.

¹³² Vgl. nur ZK-SIEHR/MARKUS, N. 253 ff. zu Art. 5 HESÜ.

Rechtsgebieten, in welchen das IPRG den gewöhnlichen Aufenthalt als Primäranknüpfung vorsieht (namentlich in Kinderbelangen gemäss Art. 66 ff. IPRG), eine Analogie zu den Haager Übereinkommen grosszügiger angenommen werden darf. Bildet der gewöhnliche Aufenthalt dagegen nur die subsidiäre Anknüpfung (vgl. Art. 20 Abs. 2 IPRG), so sollten Analogieschlüsse vorsichtiger gehandhabt werden, Fälle, in welchen der gewöhnliche Aufenthalt nach den Haager Übereinkommen nicht mit jenem nach Art. 20 Abs. 1 lit. b IPRG übereinstimmt, dürften dennoch absolute Ausnahmefälle darstellen.

- 32 Der gewöhnliche Aufenthalt kann an einem anderen Ort zu liegen kommen, als der Wohnsitz.¹³³ Dem ist so, wenn keine gegen aussen erkennbare Absicht des dauernden Verbleibs besteht, aber dennoch ein längerer Aufenthalt an einem Ort faktisch erfolgt. Dies kann zum Beispiel bei einem Auslandstudium, bei Saisoniers oder bei entsandten Arbeitnehmern der Fall sein.¹³⁴ Der gewöhnliche Aufenthalt kann deutlich einfacher gewechselt werden als der Wohnsitz und ist insofern eine weniger stabile Anknüpfung.¹³⁵ Es ist ausnahmsweise auch möglich, dass eine Person an mehreren Orten ihren gewöhnlichen Aufenthalt hat, die Bestimmung des Art. 20 Abs. 2 IPRG sich nur auf das Verbot des mehrfachen Wohnsitzes bezieht. Mit der h.L. ist dem grundsätzlich zuzustimmen, sofern die erforderlichen Voraussetzungen für einen gewöhnlichen Aufenthalt in mehreren Staaten verwirklicht werden.¹³⁶ Bereits infolge der Bezeichnung als «gewöhnlicher» Aufenthalt scheint es praktisch kaum möglich, dass eine Person sich tatsächlich in mehreren Staaten zur selben Zeit gewöhnlich aufhält.¹³⁷ Wegen der subsidiären Anwendbarkeit des Aufenthaltes in Absenz eines Wohnsitzes schaffen mehrere gewöhnliche

¹³³ BSK IPRG-WESTENBERG, N. 38 zu Art. 20 IPRG; vgl. Botschaft IPRG, S. 319.

¹³⁴ Urteil 5A_812/2015 vom 6. September 2016 E. 5.1.2; Urteil 4C.4/2005 vom 16. Juni 2005 E. 4.1 u. 4.3; CHK-BUHR/GABRIEL/SCHRAMM, N. 11 zu Art. 20 IPRG; FURRER/GIRSBERGER/SIEHR, Rz. 310.

¹³⁵ FURRER/GIRSBERGER/SIEHR, Rz. 310; SCHWANDER, Rz. 203.

¹³⁶ FURRER/GIRSBERGER/SIEHR, Rz. 315; LEVANTE, S. 100; vgl. BSK IPRG-WESTENBERG, N. 37 zu Art. 20 IPRG; MASMEJAN, S. 99 f.; SCHWANDER, N. 3 zu Art. 20 IPRG; TRUNIGER, Rz. 77; a.M. CR LDIP-BUCHER, N. 37 zu Art. 20 IPRG; DUTOIT, N. 9 zu Art. 20 IPRG. Unter den Haager Übereinkommen wird ein mehrfacher gewöhnlicher Aufenthalt dagegen mehrheitlich abgelehnt (vgl. CHK-BUHR/GABRIEL/SCHRAMM, N. 30 zu Art. 20 IPRG), womit sich ein Unterschied zwischen dem Begriffen nach IPRG und jenem nach den Haager Übereinkommen aufzeigt.

¹³⁷ Ähnlich MARKUS, Rz. 306.

Aufenthaltsorte auch weitere Probleme und Unsicherheiten.¹³⁸ Auf mehrere gewöhnliche Aufenthaltsorte sollte folglich nur in Ausnahmefällen geschlossen werden, wenn die Voraussetzungen in mehreren Staaten in gleichem Masse erfüllt werden. Ein solcher Fall kann bspw. bei «Jet-Settern» bestehen.¹³⁹ Lässt sich hingegen an einem Ort ein Übergewicht der Indizien verorten, so besteht ausschliesslich an diesem Ort der gewöhnliche Aufenthalt.

A. Voraussetzungen

1. «Leben»

- 33 Bei der Beurteilung des gewöhnlichen Aufenthaltes kommt es nach dem Willen des Gesetzgebers stärker auf den «äusseren Anschein» an als beim Wohnsitz.¹⁴⁰ Der Schwerpunkt liegt auf dem tatsächlichen Vorgang der physischen Anwesenheit einer Person an einem Ort von gewisser Dauer (Tatfrage).¹⁴¹ Entgegen dem Bundesgericht¹⁴² ist jedoch nicht der «Schwerpunkt der Lebensverhältnisse» am Ort gefordert, da andernfalls der gewöhnliche Aufenthalt zu sehr dem Wohnsitz angenähert würde.¹⁴³ Dennoch folgen daraus rechtliche Würdigungen – die Beurteilung ob dieser Aufenthalt einen hinreichenden äusseren Anschein begründet – welche den Begriff im Ergebnis zur Rechtsfrage machen.¹⁴⁴
- 34 Auch der gewöhnliche Aufenthalt kann eine gewisse subjektive Komponente enthalten.¹⁴⁵ Denn der Normwortlaut fordert, dass die Person am gewöhnlichen Aufenthalt «lebt». Handlungen, welche auf ein «Leben» an einem Ort deuten,

¹³⁸ Vgl. DUTOIT, N. 10 zu Art. 20 IPRG; SIEHR, S. 493, weist treffend darauf hin, dass die Anknüpfung bei mehreren Aufenthaltsorten keine Frage des gewöhnlichen Aufenthaltes, sondern eben der Anknüpfung darstellt.

¹³⁹ KELLER/SIEHR, S. 324 f.

¹⁴⁰ Botschaft IPRG, S. 319; HÜRLIMANN-KAUP/SCHMID, Rz. 690.

¹⁴¹ Urteil 5C.272/2000 vom 12. Februar 2001 E. 3b; vgl. BUCHER/BONOMI, Rz. 597; GUILLAUME, S. 89. Vgl. aber den Hinweis zur internationalen Tendenz unter den Haager Übereinkommen, in Extremsituationen in Kinderbelangen auf die physische Anwesenheit zu verzichten bei MARKUS, Rz. 312.

¹⁴² BGE 117 II 334 E. 4a; vgl. BGE 129 III 288 E. 4.1. Diese Überlegung des Bundesgerichts lässt sich darauf zurückführen, dass dieses Element der Konzeption der Haager Übereinkommen entstammt.

¹⁴³ Gl.M. DUTOIT, N. 5 zu Art. 20 IPRG; LEVANTE, S. 92 f.; a.M. FURRER/GIRSBERGER/SIEHR, Rz. 311.

¹⁴⁴ MASMEJAN, S. 90 ff. m.w.H.; SCHNEIDER, Rz. 214; vgl. insofern auch Urteil 8C_60/2016 vom 9. August 2016 E. 3.2.1; Urteil 5A_427/2009 vom 27. Juli 2009 E. 3.1.

¹⁴⁵ MASMEJAN, S. 98 f.

erfolgen in aller Regel nur mit dem Willen der betroffenen Person (ausgenommen z.B. urteilsunfähige Personen). Allerdings kann auch ohne oder gar gegen den ausdrücklichen Willen der betroffenen Person ein gewöhnlicher Aufenthalt begründet werden.¹⁴⁶ Ein – wenn auch längerer – Ferienaufenthalt oder ein erzwungener Aufenthaltswechsel (bspw. bei Entführung¹⁴⁷) vermögen im Grunde keinen gewöhnlichen Aufenthalt zu begründen.¹⁴⁸ Denn immerhin bedarf es einem äusserlich erkennbaren Mindestmass an persönlicher, beruflicher oder zumindest emotionaler Bindung, damit überhaupt ein «Leben» an einem Ort vorliegen kann.¹⁴⁹ An solch subjektive Kriterien soll dabei keine hohe Schranke gesetzt werden: Sobald eine Bindung nicht klar verneint werden kann, sollte den Anforderungen genüge getan worden sein. So kann auch bei längerfristiger Unterbringung in einem Gefängnis ein gewöhnlicher Aufenthalt bejaht werden, während bei einer Entführung in der Regel keine hinreichende Beziehung aufgebaut wird.¹⁵⁰

2. «Während längerer Zeit»

35 Der Wortlaut von Art. 20 Abs. 1 lit. b IPRG verlangt den Aufenthalt «während längerer Zeit». Durch dieses Element grenzt sich der gewöhnliche Aufenthalt vom blossen Aufenthaltsort ab.¹⁵¹ Teilweise wird vorgebracht, es brauche eine gewisse Mindestdauer.¹⁵² Solch abstrakte Mindestdauern sind abzulehnen:¹⁵³ es wird weder eine geplante noch eine bereits erfolgte Mindestdauer gefordert.¹⁵⁴ Vielmehr ist auf die Umstände des Einzelfalls abzustellen, ob bereits ein

¹⁴⁶ BSK IPRG-WESTENBERG, N. 35 zu Art. 20 IPRG; LEVANTE, S. 99; SCHWANDER, N. 3 zu Art. 20 IPRG; ZK-KREN KOSTKIEWICZ, N. 47 zu Art. 20 IPRG.

¹⁴⁷ Vgl. für Kindesentführungen aber das HKÜ sowie Art. 7 HKsÜ.

¹⁴⁸ FURRER/GIRSBERGER/SIEHR, Rz. 314; bei einer Kindesentführung ist aber die Begründung eines gewöhnlichen Aufenthaltes nicht unmöglich, vgl. BGE 109 II 375 E. 5b.

¹⁴⁹ Ähnlich BUCHER/BONOMI, Rz. 597; LEVANTE, S. 92; vgl. Urteil 5A_68/2017 vom 21. Juni 2017 E. 2.3.

¹⁵⁰ Vgl. MASMEJAN, S. 99 u. 121; ferner ZK-KREN KOSTKIEWICZ, N. 47 zu Art. 20 IPRG; zur Kindesentführung nach HKsÜ: ZK-SIEHR/MARKUS, N. 62 zu Art. 5 HKsÜ.

¹⁵¹ LEVANTE, S. 98; MARKUS, Rz. 309. Insbesondere ist der gewöhnliche Aufenthalt nicht mit dem Aufenthalt nach Art. 24 Abs. 2 ZGB gleichzusetzen; vgl. TRUNIGER, Rz. 78.

¹⁵² BUCHER/BONOMI, Rz. 597 (einige Monate). Faustregel von drei Monaten: SCHWANDER, Rz. 206; SPÜHLER/MEYER, S. 25. Differenzierend: LEVANTE, S. 97; vgl. auch GROLIMUND/SCHNYDER, S. 16.

¹⁵³ Gl.M. MARKUS, Rz. 309.

¹⁵⁴ Vgl. FURRER/GIRSBERGER/SIEHR, Rz. 314; KNOEPFLER/SCHWEIZER/OTHENIN-GIRARD, Rz. 451.

genügend langer Aufenthalt besteht oder dieser zumindest zu erwarten ist.¹⁵⁵ Freilich wird es kaum möglich sein, die erforderliche Beziehung – also ein «Leben» (vgl. oben N 33 f.) – in weniger als einigen Monaten aufzubauen.¹⁵⁶ Gerade im Hinblick auf Kinder kann dennoch nicht abstrakt darauf abgestellt werden, dass bereits eine längere Zeit am Ort gelebt worden sein muss.¹⁵⁷ Zentral ist allemal, ob gegen aussen der Eindruck entsteht, eine Person halte sich normalerweise oder zumindest meistens an diesem Ort auf.¹⁵⁸ Kürzere Unterbrechungen lösen den gewöhnlichen Aufenthalt nicht auf, sofern die Bindung zu diesem Ort bestehen bleibt.¹⁵⁹

B. Schwierigkeiten bei der Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthaltes

36 Die sog. Weltenbummler (vgl. N 23) bieten auch bei der Feststellung des gewöhnlichen Aufenthaltes Probleme. Oftmals kann für Weltenbummler kein Wohnsitz festgestellt werden, da sie regelmässig keine Absicht haben, sich an einem Ort dauernd niederzulassen. Somit wird subsidiär auf ihren gewöhnlichen Aufenthalt zurückgegriffen (Art. 20 Abs. 2 IPRG). Der gewöhnliche Aufenthalt kann für Weltenbummler jedoch ebenso schwierig zu finden sein, da auch dieser erfordert, dass die Person an einem Ort «während längerer Zeit lebt». Kehren sie wiederholt in denselben Staat zurück oder halten sie sich deutlich länger dort auf, wird der gewöhnliche Aufenthalt dort anzunehmen sein. Ansonsten ist auf den Rechtsschein abzustellen, wobei es durchaus möglich ist, dass der gewöhnliche Aufenthalt sich oft und rasch verschiebt.

37 Für (allenfalls widerrechtlich) ins Ausland verbrachte Kinder sollte der gewöhnliche Aufenthalt dort angenommen werden, wo die engsten bzw. stabilsten familiären Beziehungen zu verorten sind.¹⁶⁰ Hierbei bietet sich (sofern die einschlägigen Übereinkommen nicht ohnehin anwendbar sind) eine Analogie zu den Begriffen der Haager Übereinkommen an. In der Regel wird

¹⁵⁵ BGE 117 II 334 E. 4a; SCHNYDER/LIATOWITSCH, Rz. 551.

¹⁵⁶ KREN KOSTKIEWICZ, Rz. 647.

¹⁵⁷ SIEHR, S. 139.

¹⁵⁸ Botschaft IPRG, S. 319; LEVANTE, S. 93.

¹⁵⁹ BSK IPRG-WESTENBERG, N. 34 zu Art. 20 IPRG; vgl. Botschaft IPRG, S. 319.

¹⁶⁰ Botschaft IPRG, S. 320.

die engste Beziehung beim sorgeberechtigten Ehegatten zu lokalisieren sein.¹⁶¹ Für neugeborene Kinder ist der gewöhnliche Aufenthalt vermutungsweise an jenem Ort zu lokalisieren, an welchem die Bindungen des betreuenden Elternteils am stärksten sind.¹⁶² Im Rahmen der funktionellen Anknüpfung ist in Fragen, welche Kinder betreffen, nur zurückhaltend eine Verschiebung des gewöhnlichen Aufenthaltes anzunehmen, wenn sie widerrechtlich in einen Staat gebracht wurden.¹⁶³

C. Das Verhältnis des gewöhnlichen Aufenthalts zum Wohnsitz

38 Laut Art. 20 Abs. 2 IPRG ist in Fällen, in welchen eine Person nirgends Wohnsitz hat, der gewöhnliche Aufenthalt zu berücksichtigen. Diese subsidiäre Anwendung kommt jedoch gemäss dem expliziten Wortlaut von Art. 20 Abs. 2 IPRG nur dann in Frage, wenn weder in der Schweiz noch im Ausland ein Wohnsitz lokalisiert werden kann. In Anbetracht der Subsidiarität erklärt sich auch, dass für jede Person ein gewöhnlicher Aufenthalt verortet werden muss – andernfalls liefern diverse Anknüpfungen in Ermangelung sowohl eines Wohnsitzes als auch eines gewöhnlichen Aufenthaltes ins Leere.¹⁶⁴

39 Der gewöhnliche Aufenthalt gelangt insbesondere dann zur Anwendung, wenn der bisherige Wohnsitz aufgegeben wird und kein neuer Wohnsitz begründet wird.¹⁶⁵ Die subsidiäre Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt soll nicht bereits dann zur Anwendung kommen, wenn die Kriterien zur Bestimmung des Wohnsitzes nicht eindeutig sind. Mit anderen Worten wird nicht bereits dann nach dem gewöhnlichen Aufenthalt gefragt, wenn mehrere mögliche Wohnsitze bestehen, sondern erst, wenn kein Ort als Wohnsitz gelten kann. In

¹⁶¹ Urteil 5A_609/2011 vom 14. Mai 2012 E. 4.2.2; vgl. zum Ganzen CR LDIP-UCHER, N. 33 zu Art. 20 IPRG; KNOEPFLER/SCHWEIZER/OTHENIN-GIRARD, Rz. 451.

¹⁶² BGE 129 III 288 E. 4.1; BSK IPRG-WESTENBERG, N. 36 zu Art. 20 IPRG. Dies ist jedoch keine unwiderlegbare Fiktion: Urteil 5P.128/2003 vom 7. Mai 2003 E. 3.2.

¹⁶³ Wobei für Kinder das MSA gilt, vgl. dazu: CHK-BUHR/GABRIEL/SCHRAMM, N. 27 f. zu Art. 20 IPRG; LEVANTE, S. 89 f.

¹⁶⁴ A.M. KELLER/SIEHR, S. 325; MASMEJAN, S. 72 u. 100; SCHWANDER, Rz. 209. Zugegebenermassen ist die Überlegung, dass ein gewöhnlicher Aufenthalt zwingend ist, dogmatisch nicht ganz korrekt und eher von praktischen Überlegungen geleitet. Im Ergebnis nähert sich der gewöhnliche Aufenthalt in solchen Konstellationen dem schlichten Aufenthalt an, welcher dann wohl auch regelmässig der engsten Verbindung im Hinblick auf das fragliche Rechtsverhältnis gerecht wird.

¹⁶⁵ BGE 119 II 167 E. 2b; Urteil 4C.298/2002 vom 30. April 2003 E. 2; BSK IPRG-WESTENBERG, N. 19 zu Art. 20 IPRG.

aller Regel nicht zur Anwendung kommen wird die subsidiäre Anknüpfung bei Personen, welche trotz Aufenthalt in verschiedenen Staaten eine deutliche und erkennbar engere Beziehung zu einem Staat pflegen: diese haben nach wie vor einen Wohnsitz. Dies ist der Fall, wenn Personen bloss zeitweise in verschiedenen Staaten oder ausserhalb eines staatlichen Gebiets leben. So z.B. für Gastarbeiter mit kurzer Aufenthaltsdauer in verschiedenen Staaten (Tourismus, Missionäre, usw.), Hochseearbeiter oder Reisende.

- 40 Die Ersatzanknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt bezieht sich im Grunde sowohl auf Kollisions- wie auch auf Zuständigkeitsregeln. Vereinzelt kann ausschliesslich an den Wohnsitz angeknüpft werden, weswegen eine Berufung auf den gewöhnlichen Aufenthalt nicht zulässig ist. Dies wird im Erbrecht (Art. 86 ff. IPRG) der Fall sein, wo auf den «letzten Wohnsitz» abgestellt wird. Hat eine Person vor ihrem Tod den Wohnsitz aufgegeben und ist an ihrem gewöhnlichen Aufenthalt gestorben, ist nichtsdestotrotz auf den letzten Wohnsitz abzustellen.¹⁶⁶ Eine Ausnahme kann nur dann vorliegen, wenn der Erblasser zu keinem Zeitpunkt einen Wohnsitz hatte.¹⁶⁷ Bestimmte Normen sehen zudem die Möglichkeit vor an den gewöhnlichen Aufenthalt in der Schweiz anzuknüpfen, wenn kein Wohnsitz in der Schweiz besteht (z.B. Art. 46 IPRG). In solchen Fällen ist der gewöhnliche Aufenthalt nicht erst dann subsidiär, wenn nirgendwo ein Wohnsitz vorliegt, sondern bereits wenn kein Schweizer Wohnsitz vorliegt.¹⁶⁸

IV. Die Niederlassung (Abs. 1 lit. c)

- 41 Die Niederlassung befindet sich am Schwerpunkt der geschäftlichen Tätigkeit einer natürlichen Person. Es ist auf den Mittelpunkt der Aktivitäten abzustellen, welche auf die Erzielung eines Erwerbs gerichtet sind.¹⁶⁹ Auch für die Niederlassung ist die Anlegung auf eine bestimmte Dauer hin gefordert,¹⁷⁰ weswegen bloss vorübergehende Markt- oder Messestände nicht genügen.¹⁷¹

¹⁶⁶ a.M. GUILLAUME, S. 90.

¹⁶⁷ So wohl auch DUTOIT, N. 4 zu Art. 86 IPRG; ZK-KÜNZLE, N. 3 zu Art. 86 IPRG.

¹⁶⁸ Dazu: BOHNET/OTHENIN-GIRARD, S. 152 f. m.w.H.

¹⁶⁹ BGE 129 III 738 E. 3.4.1.; SCHNYDER/LIATOWITSCH, Rz. 553; SPÜHLER/MEYER, S. 26; vgl. BGE 134 III 224 E. 3.2.2.

¹⁷⁰ Botschaft IPRG, S. 320 f.; KREN KOSTKIEWICZ, Rz. 657.

¹⁷¹ GROLIMUND/SCHNYDER, S. 17.

Nicht erforderlich ist, dass die Erwerbstätigkeit hauptberuflich ausgeübt wird.¹⁷² Wesentlich ist der Rechtsschein, welcher nach dem Vertrauensprinzip für Dritte geschaffen wird.¹⁷³

- 42 Als Niederlassung einer natürlichen Person gelten eine Werkstatt, ein Verkaufslokal, ein Atelier oder ein Büro.¹⁷⁴ Beispiele dafür können auch die Praxis eines selbständigen Anwaltes oder das Büro eines Architekten sein.¹⁷⁵ Der massgebliche Lokalisierungszeitpunkt ist jener, in welchem das betroffene vertragliche (oder deliktische) Verhältnis bestand¹⁷⁶ – ein nach Beendigung dieses Verhältnisses erfolgte Verlegung der Niederlassung sollte unbeachtlich bleiben. Für juristische Personen bzw. Trusts ist nicht Art. 20, sondern Art. 21 IPRG anwendbar. Der Niederlassungsbegriff nach Art. 20 Abs. 1 lit. c IPRG erfasst somit hauptsächlich noch Einzelkaufleute.¹⁷⁷

Literaturverzeichnis

Botschaft zum Bundesgesetz über das internationale Privatrecht (IPR-Gesetz) vom 10. November 1982, BBl 1983 I, S. 263 ff., abrufbar unter: https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1983/1_263_255_239/de

Baetge Dietmar, Der gewöhnliche Aufenthalt im Internationalen Privatrecht, Tübingen 1994.

Bohnet François / Othenin-Girard Simon, Le for du domicile et de la residence habituelle: Comparaison des régimes de la LDIP et de la LFORS, SJ 2001/II, S. 139 ff.

Bucher Andreas, in: Bucher Andreas (Hrsg.), Loi fédérale sur le droit international privé (LDIP) / Convention de Lugano (CL), Commentaire Romand, Basel 2011.

Bucher Andreas / Bonomi Andrea, Droit international privé, 3. Aufl., Basel 2013.

¹⁷² SCHNYDER/LIATOWITSCH, Rz. 553; vgl. MASMEJAN, S. 133.

¹⁷³ ZK-KREN KOSTKIEWICZ, N. 60 zu Art. 20 IPRG; vgl. CHK-BUHR/GABRIEL/SCHRAMM, N. 33 zu Art. 20 IPRG.

¹⁷⁴ Botschaft IPRG, S. 320; vgl. MASMEJAN, S. 134; SCHWANDER, Rz. 213.

¹⁷⁵ Vgl. SCHWANDER, N. 4 zu Art. 20 IPRG.

¹⁷⁶ MASMEJAN, S. 134; vgl. auch TRUNIGER, Rz. 84.

¹⁷⁷ MARKUS, Rz. 333.

Bucher Andreas, Natürliche Personen und Persönlichkeitsschutz, 4. Aufl., Basel 2009.

Bucher Eugen, Die natürlichen Personen, Kommentar zu den Art. 11-26 ZGB, Berner Kommentar Band/Nr. I/2/1, 3. Aufl., Bern 1976.

Buhr Axel / Gabriel Simon / Schramm Dorothee, in: Furrer Andreas, Girsberger Daniel, Müller-Chen Markus (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Internationales Privatrecht (Art. 1–200 IPRG), 3. Aufl., Zürich 2016.

Dutoit Bernard, Droit international privé suisse, Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987, 5. Aufl., Basel 2016.

Furrer Andreas / Girsberger Daniel / Siehr Kurt, Internationales Privatrecht: Allgemeine Lehren, Schweizerisches Privatrecht Band XI/1, Basel 2008.

Grolimund Pascal / Schnyder Anton K., Internationales Privat- und Zivilprozessrecht, Zürich/St. Gallen 2011.

Guillaume Florence, Droit international privé, 4. Aufl., Basel 2018.

Hausheer Heinz / Aebi-Müller Regina E., Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 5. Aufl., Bern 2020.

Hotz Sandra / Schlatter Christina, in: Böhler Andrea / Jakob Dominique (Hrsg.), Kurzkommentar ZGB, 2. Aufl., Basel 2018.

Hrubesch-Millauer Stephanie / Bürki Melanie, Forum shopping – eine erbrechtliche Betrachtung (IPRG & EuErbVO), in: Markus Alexander R. / Hrubesch-Millauer Stephanie / Rodriguez Rodrigo (Hrsg.), Zivilprozess und Vollstreckung national und international - Schnittstellen und Vergleiche, Festschrift für Jolanta Kren Kostkiewicz, Bern 2018, S. 105 ff.

Hürlimann-Kaup Bettina / Schmid Jörg, Einleitungsartikel des ZGB und Personenrecht, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016.

Keller Max / Siehr Kurt, Allgemeine Lehren des internationalen Privatrechts, Zürich 1986.

Knoepfler François / Schweizer Philippe / Othenin-Girard Simon, Droit international privé suisse, 3. Aufl., Bern 2005.

Laube Jacques, Wohnsitz und Staatsangehörigkeit als Anknüpfungsbegriffe im Internationalen Privatrecht. Wandel in ihrem gegenseitigen Verhältnis, Diss. Zürich 1961.

Levante Marco, Wohnsitz und gewöhnlicher Aufenthalt im internationalen Privat- und Zivilprozessrecht der Schweiz, Diss. St. Gallen 1998.

Markus Alexander R., Internationales Zivilprozessrecht, 2. Aufl., Bern 2020.

Kren Kostkiewicz Jolanta, IPRG/LugÜ Kommentar, Orell Füssli Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2019.

Kren Kostkiewicz Jolanta, Schweizerisches Internationales Privatrecht, 2. Aufl., Bern 2018.

Kren Kostkiewicz Jolanta, in: Müller-Chen Markus / Widmer Lüchinger Corinne (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum IPRG, 3. Aufl., Zürich 2018.

Markus Alexander R., Internationales Zivilprozessrecht, 2. Aufl., Bern 2020

Siehr Kurt / Markus Alexander R., in: Müller-Chen Markus / Widmer Lüchinger Corinne (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum IPRG, 3. Aufl., Zürich 2018.

Masmejan Denis, La localisation des personnes physiques en droit international privé, Diss. Lausanne 1994.

Müller-Chen Markus, in: Müller-Chen Markus / Widmer Lüchinger Corinne (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum IPRG, 3. Aufl., Zürich 2018.

Oberhammer Paul, in: Dasser Felix / Oberhammer Paul (Hrsg.), Lugano-Übereinkommen (LugÜ), SHK Stämpflis Handkommentar, 2. Aufl., Bern 2011.

Schneider Bernard, Le Domicile International, Diss. Neuenburg 1973.

Schnyder Anton K. / Liatowitsch Manuel, Internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2017, N 138 f.

Schwander Ivo, Einführung in das internationale Privatrecht, Erster Band: Allgemeiner Teil, 3. Aufl., St. Gallen/Lachen 2000.

Schwander Ivo, in: Walter Gerhard / Jametti Greiner Monique (Hrsg.), Texte zum internationalen Privat- und Verfahrensrecht, Loseblattsammlung, 7. Ergänzungslieferung, Bern 2000.

Siehr Kurt, Das Internationale Privatrecht der Schweiz, Zürich 2002.

Spühler Karl / Meyer Claudia, Einführung ins internationale Zivilprozessrecht, Zürich 2001.

Stahelin Daniel, in: Geiser Thomas / Fountoulakis Christiana (Hrsg.), Zivilgesetzbuch I, Basler Kommentar, 6. Aufl., Basel 2018.

Truniger Philipp, Internationales Privatrecht, Basel 2011.

von Steiger Werner, Der Wohnsitz als Anknüpfungsbegriff im internationalen Privatrecht, Diss. Bern 1934

Walter Gerhard / Domej Tanja, Internationales Zivilprozessrecht der Schweiz, 5. Aufl., Bern 2012

Westenberg Catherine, in: Grolimund Pascal / Loacker Leander D. / Schnyder Anton K. (Hrsg.), Internationales Privatrecht, Basler Kommentar, 4. Aufl., Basel 2021.