

# **BGer 5A\_445/2016 vom 9. Dezember 2016**

Bundesgericht, 2016-12-09, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_5A\\_445\\_2016](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_445_2016)

FR: TF 5A\_445/2016 du 9 décembre 2016

IT: TF 5A\_445/2016 del 9 dicembre 2016

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Der selbständig eröffnete Zwischenentscheid über die örtliche Zuständigkeit ist fristgerecht angefochten ( Art. 92 Abs. 1, Art. 100 Abs. 1 BGG ). Bei Zwischenentscheiden folgt der Rechtsweg jenem der Hauptsache ( BGE 137 III 380 E. 1.1 S. 382). Dabei geht es um eine vermögensrechtliche Zivilsache im Sinne von Art. 72 Abs. 1 BGG , deren Streitwert Fr. 30'000.-- übersteigt (Art. 74 Abs. 1 Bst. b i.V.m. Art. 51 Abs. 4 BGG ). Das Obergericht hat kantonal letztinstanzlich entschieden ( Art. 75 BGG ). Gegen den angefochtenen Entscheid steht daher die Beschwerde in Zivilsachen offen.

### **E. 1.2**

Für den angefochtenen Zwischenentscheid gilt der Beschwerdeweg der zugrunde liegenden vorsorglichen Massnahme (oben E. 1.1). Somit kann auch hier nur die Verletzung verfassungsmässiger Rechte gerügt werden ( Art. 98 BGG ; BGE 138 III 555 E. 1). Dies gilt auch für Fälle, in welchen die Verletzung von bundesrechtlichen Vorschriften über die sachliche, die örtliche oder die internationale Zuständigkeit der Behörden geltend gemacht wird (Urteile 5A\_552/2008 vom 27. Januar 2009 E. 2; 5A\_171/2010 vom 19. April 2010 E. 2.1, in: SJ 132/2010 I S. 587). Die Begründung des Rechtsmittels unterliegt erhöhten Anforderungen ( Art. 106 Abs. 2 BGG ); anhand der Erwägungen des angefochtenen Entscheids ist darzulegen, inwiefern verfassungsmässige Rechte verletzt worden sein sollen ( BGE 134 II 244 E. 2.2 S. 246 und 349 E. 3 S. 351/352; 133 III 393 E. 6 S. 397).

### **E. 2**

Die Beschwerdeführerin rügt eine Verletzung der Begründungspflicht durch das Obergericht ( Art. 29 Abs. 2 BV ; Beschwerde S. 11 f.). Es habe in E. 6.1 lediglich in einem Satz die Internationalität des Sachverhalts (US-Staatsangehörigkeit des Beschwerdegegners) begründet. Ohne Angaben, aus welchen Sachverhaltselementen sich die angebliche Internationalität ergeben soll, sei es ihr nicht möglich, die Entscheidung nachzuvollziehen.

Wegen der formellen Natur vorab zu prüfen (vgl. BGE 141 V 495 E. 2.2 S. 500 ; 137 I 195 E. 2.2 S. 197) ist die Gehörsrüge im Sinn der Verletzung der Begründungspflicht als Teilgehalt des rechtlichen Gehörs.

### **E. 2.1**

Die Begründung eines Entscheides muss so abgefasst sein, dass der Betroffene ihn gegebenenfalls sachgerecht anfechten kann. Dies ist nur möglich, wenn sowohl er wie auch die Rechtsmittelinstanz sich über die Tragweite des Entscheids ein Bild machen können. In diesem Sinn müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf welche sich ihr Entscheid stützt. Es ist jedoch nicht nötig,

dass sich die Behörde mit jeder tatsächlichen Behauptung und mit jedem rechtlichen Einwand auseinandersetzt. Vielmehr kann sie sich auf die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte beschränken ( BGE 129 I 232 E. 3.2 S. 236; 133 III 439 E. 3.3 S. 445 ; 134 I 83 E. 4.1 S. 88; 141 V 557 E. 3.2.1 S. 564 f.).

## **E. 2.2**

Die Gehörsrüge im Sinn der Verletzung der Begründungspflicht als Teilgehalt des rechtlichen Gehörs geht fehl. Entgegen der Behauptung der Beschwerdeführerin hat sich das Obergericht umfassend zu den internationalen Aspekten des Verfahrens geäußert (wegen der US-Staatsangehörigkeit des Ehemanns liege ein internationaler Sachverhalt vor; die Staatsangehörigkeit sei sowohl für die Zuständigkeit als auch für das anwendbare Recht massgeblich; das gelte auch, wenn die Ehegatten in demselben Staat Wohnsitz hätten, weshalb Art. 1 Abs. 1 und Art. 62 IPRG massgeblich seien und für die Anwendung der ZPO kein Raum bleibe).

Eine andere Frage ist, ob die Begründung materiell richtig ist bzw. vor dem Willkürverbot standhält (vgl. E. 3 sogleich).

## **E. 3**

Die Beschwerdeführerin sieht eine Verletzung des Willkürverbots ( Art. 9 BV ) darin, dass das Obergericht die Zuständigkeit des Bezirksgerichts W. \_\_\_\_\_ gestützt auf Art. 59 und 62 IPRG begründet hat; allein aus der ausländischen Staatsangehörigkeit des Ehemannes (mit Wohnsitz in der Schweiz) lasse sich die Anwendbarkeit des IPRG nicht ableiten (Beschwerde S. 12 ff.).

### **E. 3.1**

Willkür in der Rechtsanwendung liegt nur vor, wenn der angefochtene Entscheid offensichtlich unhaltbar ist, mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft; dabei ist erforderlich, dass der Entscheid nicht nur in der Begründung, sondern auch im Ergebnis willkürlich ist ( BGE 140 III 16 E. 2.1 S. 18 f. mit Hinweisen).

### **E. 3.2**

Abgesehen davon, dass nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ( BGE 118 II 83 E. 3 S. 85 f.) und nach (wohl) überwiegender Lehre (zusätzlich zu der im angefochtenen Entscheid angegebenen Literatur: SPYCHER, in: Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2012, N. 28 zu Art. 23 ZPO , mit Hinweisen, SUTTER-SOMM/LÖTSCHER, in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], 3. Aufl. 2016, N. 26 zu Art. 23 ZPO , und SCHWANDER, in: Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], Kommentar, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], 2. Aufl. 2016, N. 19 zu Art. 23 ZPO ) die ausländische Staatsangehörigkeit mindestens eines Ehegatten zu einem internationalen Sachverhalt im Sinne des IPRG führt, spielt die Herleitung der örtlichen Zuständigkeit im vorliegenden Fall keine Rolle, zumal sowohl Art. 59 IPRG als auch Art. 23 ZPO den Scheidungsgerichtsstand - von dem die örtliche Zuständigkeit des Massnahmenrichters abhängt - am Wohnsitz des Klägers vorsehen und sich der Wohnsitzbegriff nach Art. 20 IPRG - abgesehen von hier nicht relevanten Aspekten (Abweichungen ergeben sich nur dadurch, dass im internationalen Verhältnis keine den Art. 24 Abs. 1 und Art. 25 ZGB

entsprechenden Normen bestehen) - mit jenem nach Art. 23 ZGB deckt ( BGE 119 II 64 E. 2b/aa S. 65 und 167 E. 2b S. 169). Mangels rechtlicher Erheblichkeit ist auf diese Rüge nicht einzutreten.

#### **E. 4**

Sodann hält die Beschwerdeführerin dem Obergericht Willkür vor, indem dieses anstelle der Glaubhaftmachung der örtlichen Zuständigkeit mit dem Kriterium der "nicht offensichtlichen Unzuständigkeit" ein unzulässiges Beweismass anwende (Beschwerde Ziff. 3.11 S. 18).

In der Tat erwog das Obergericht, im Massnahmeverfahren nach Art. 276 Abs. 1 ZPO sei die örtliche Zuständigkeit, wie im Übrigen alle anderen Prozessvoraussetzungen, bloss glaubhaft zu machen. Es genüge daher eine grössere Wahrscheinlichkeit, dass die die örtliche Zuständigkeit begründenden Tatsachen gegeben sind. Das Gericht könne und müsse es bei einer summarischen Prüfung bewenden lassen und habe auf das Massnahmebegehren einzutreten, wenn es für dessen Behandlung nicht offensichtlich unzuständig sei.

Wohl wendet die Beschwerdeführerin ein, die Kriterien "nicht offensichtlich unzuständig" und "Glaubhaftmachen" seien nicht gleichzusetzen. Sie hält indes selber fest, dass das Obergericht in der Folge - ihrer Ansicht nach zu Unrecht (dazu E. 5 unten) - zum Schluss kam, der Beschwerdegegner habe für den 29. Oktober 2015 seinen Wohnsitz in V.\_\_\_\_\_ glaubhaft machen können. Wenn aber das Obergericht gar nicht den von der Beschwerdeführerin monierten Massstab angewendet hat, läuft ihre Kritik ins Leere; darauf ist nicht einzutreten.

#### **E. 5**

Die Beschwerdeführerin erkennt auch Willkür im Umstand, dass das Obergericht für den massgeblichen Zeitpunkt auf einen Wohnsitz des Beschwerdegegners in V.\_\_\_\_\_ (Bezirk W.\_\_\_\_\_) geschlossen hat.

##### **E. 5.1**

Der Wohnsitz setzt ein objektives Element, nämlich die physische Anwesenheit, und ein subjektives Element, die Absicht dauernden Verbleibens, voraus. Für das subjektive Element kommt es nicht allein auf den inneren Willen des Betroffenen an, sondern die Absicht muss durch objektive Umstände äusserlich erkennbar sein ( BGE 119 II 167 E. 2b S. 169). Die Begründung eines neuen Wohnsitzes setzt kein vorgängiges Verweilen am neuen Ort voraus; nicht die Dauer der Anwesenheit am neuen Ort ist massgebend, sondern die Anwesenheit als solche, die aber auf Dauer angelegt sein soll (Urteil 5A\_659/2011 vom 5. April 2012 E. 2.3).

Die physische Anwesenheit, die (subjektive) Absicht des Betroffenen und die (objektiven) äusseren Umstände beschlagen Tatfragen. Demgegenüber ist Rechtsfrage, ob aus den festgestellten äusseren Umständen auf die Absicht des dauernden Verbleibens geschlossen werden kann ( BGE 120 III 7 E. 2a S. 8; 136 II 405 E. 4.3 S. 410).

##### **E. 5.2**

Zunächst rügt die Beschwerdeführerin Willkür in der Feststellung des objektiven Elements des Wohnsitzbegriffs (Beschwerde Ziff. 3.12 ff. S. 19 ff.).

##### **E. 5.2.1**

Das Obergericht erwog, der Beschwerdegegner sei mit Wegweisungsverfügung vom 15. Oktober 2015 aus der ehelichen Liegenschaft in U.\_\_\_\_\_ gewiesen worden. Spätestens ab dem 25. Oktober 2015 habe er in der Wohnung der mit den Parteien befreundeten Eheleute C. \_\_\_\_\_ an der D. \_\_\_\_\_ strasse in V. \_\_\_\_\_ ein Zimmer bewohnen können und am 29. Oktober 2015 einen Mietvertrag für eine Wohnung an der E. \_\_\_\_\_ strasse xxx in V. \_\_\_\_\_ abgeschlossen mit Mietbeginn an demselben Tag. Im Zeitpunkt der Rechtshängigkeit der Klage am 29. Oktober 2015 habe er in V. \_\_\_\_\_ über zwei Wohngelegenheiten verfügt: einerseits die Wohnung der (befreundeten) Eheleute C. \_\_\_\_\_ zu Mitbewohnzwecken und andererseits die am 29. Oktober 2015 gemietete eigene Wohnung an der E. \_\_\_\_\_ strasse xxx, und zwar unabhängig davon, dass die Wohnung noch nicht ordentlich abgenommen und übergeben werden konnte, denn er habe in dieser Wohnung wohnen können, selbst wenn er sich dort mangels Abnahme und Totalreinigung noch nicht fest habe einrichten können. Dies genüge für die Annahme eines tatsächlichen Aufenthaltes zu Wohnzwecken in V. \_\_\_\_\_.

### **E. 5.2.2**

Die Bestreitungen der Beschwerdeführerin beschlagen ausschliesslich die am 29. Oktober 2015 gemietete Wohnung an der E. \_\_\_\_\_ strasse xxx. Zur Erwägung des Obergerichts, wonach der Beschwerdegegner im Zeitpunkt der Rechtshängigkeit der Klage über zwei Wohngelegenheiten in V. \_\_\_\_\_ verfügt habe, was für die Annahme eines tatsächlichen Aufenthaltes zu Wohnzwecken in V. \_\_\_\_\_ genüge, nimmt sie nicht Stellung. Damit stossen die Einwendungen der Beschwerdeführerin wiederum ins Leere; darauf ist nicht einzutreten.

### **E. 5.3**

Ferner hält die Beschwerdeführerin die Feststellung, wonach auch das subjektive Element (Absicht des dauernden Verbleibens) erfüllt sei, für offensichtlich unhaltbar (Beschwerde Ziff. 3.16 S. 25 f.).

#### **E. 5.3.1**

In Anbetracht des Abschlusses des Mietvertrages am 29. Oktober 2015, der Anmeldung bei der Einwohnerkontrolle am selben Tag sowie seiner Freundschaft zu den in V. \_\_\_\_\_ wohnhaften C. \_\_\_\_\_s, so das Obergericht, erscheine es glaubhaft, dass der Beschwerdegegner beabsichtigte, dauerhaft in V. \_\_\_\_\_ wohnhaft zu bleiben. Er wohne denn auch immer noch dort, habe sich gut eingelebt und pflege offenbar - ohne dass dies von ausschlaggebender Bedeutung sei - eine neue Freundschaft mit seiner Wohnungsnachbarin; eine Rückkehr nach U. \_\_\_\_\_ sei nie zur Diskussion gestanden. Zwischenzeitlich sei die eheliche Liegenschaft in U. \_\_\_\_\_ für die Dauer des Getrenntlebens der Beschwerdeführerin zur alleinigen Benutzung zugewiesen worden.

#### **E. 5.3.2**

Die Beschwerdeführerin wendet ein, im Eheschutzverfahren vor dem Bezirksgericht U. \_\_\_\_\_ habe der Beschwerdegegner die eheliche Liegenschaft für sich beansprucht. Die polizeilichen Massnahmen seien lediglich bis zum 11. November 2015 verlängert worden. Am 29. Oktober 2015 habe aus seiner Sicht immer noch die Möglichkeit bestanden, in die eheliche Wohnung zurück zu kehren. Aus diesem Grunde erscheine es nicht glaubhaft, dass der Beschwerdegegner am 29. Oktober 2015 die Absicht hatte, dauerhaft in V. \_\_\_\_\_ zu bleiben. Mit diesen und ihren weiteren Ausführungen, mit welchen die Beschwerdeführerin teils gestützt auf im angefochtenen Entscheid nicht

festgestellte Tatsachen im Wesentlichen ihre eigene Sicht der Dinge darlegt, lässt sich Willkür weder in der Sachverhaltsfeststellung noch in der Rechtsanwendung dartun.

#### **E. 5.4**

Die Beschwerdeführerin rügt schliesslich (Beschwerde Ziff. 3.17 S. 26 f.), indem die Vorinstanz den Sachverhalt offensichtlich unrichtig festgestellt habe, habe sie auch das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerin verletzt ( Art. 29 Abs. 2 BV ) und die Parteien ungleich behandelt ( Art. 8 BV ). In dieser Form vorgetragen haben die Vorhalte keine eigenständige Bedeutung, so dass nicht näher darauf einzugehen ist (vgl. Urteil 5A\_745/2015 vom 15. Juni 2016 E. 3.3.3).

#### **E. 6**

Insgesamt ist die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Die Beschwerdeführerin wird kostenpflichtig ( Art. 66 Abs. 1 BGG ). Dem Beschwerdegegner ist in der Sache kein entschädigungspflichtiger Vertretungsaufwand entstanden, und mit seinem Antrag, das Gesuch um aufschiebende Wirkung abzuweisen, ist er unterlegen ( Art. 68 Abs. 2 BGG ).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.