

# **BGer 5A 458/2023 vom 15. November 2023**

Bundesgericht, 2023-11-15, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_5A\\_458\\_2023](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_458_2023)

FR: TF 5A 458/2023 du 15 novembre 2023

IT: TF 5A 458/2023 del 15 novembre 2023

## **Regeste**

Eheschutz | Familienrecht

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Die Beschwerde richtet sich gegen einen Endentscheid ( Art. 90 BGG ) einer letzten kantonalen Instanz, die auf Rechtsmittel hin ( Art. 75 BGG ) über das Getrenntleben der Ehegatten und dessen Folgen entschieden hat. Dabei steht eine insgesamt nicht vermögensrechtliche Zivilsache im Streit, womit kein Streitwerterfordernis zur Anwendung gelangt ( Art. 72 Abs. 1 BGG ; vgl. BGE 137 III 380 E. 1.1; vgl. auch Urteil 5A\_54/2016 vom 15. Juni 2016 E. 1.1). Die Beschwerde in Zivilsachen ist das zutreffende Rechtsmittel. Der Beschwerdeführer ist nach Art. 76 Abs. 1 BGG zur Beschwerde berechtigt und die Beschwerdefrist ist eingehalten ( Art. 100 Abs. 1 BGG ). Auf die Beschwerde ist grundsätzlich einzutreten.

### **E. 2**

Eheschutzentscheide gelten als Entscheide über vorsorgliche Massnahmen nach Art. 98 BGG ( BGE 133 III 393 E. 5). Mit der Beschwerde gegen solche Entscheide kann nur die Verletzung verfassungsmässiger Rechte gerügt werden (vgl. auch BGE 137 III 193 E. 1.2). Auch eine Berichtigung oder Ergänzung der Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz kommt nur infrage, wenn diese verfassungsmässige Rechte verletzt hat ( BGE 133 III 585 E. 4.1). Es gilt das strenge Rügeprinzip nach Art. 106 Abs. 2 BGG . Das Bundesgericht prüft eine Verletzung solcher Rechte daher nur, wenn eine entsprechende Rüge in der Beschwerde vorgebracht und begründet worden ist. Das bedeutet, dass der Schriftsatz der rechtsuchenden Partei die wesentlichen Tatsachen und eine kurz gefasste Darlegung darüber enthalten muss, welche verfassungsmässigen Rechte inwiefern durch den angefochtenen Entscheid verletzt worden sind. Das Bundesgericht prüft nur klar und detailliert erhobene und soweit möglich belegte Rügen. Auf ungenügend begründete Rügen und rein appellatorische Kritik am angefochtenen Entscheid tritt es nicht ein ( BGE 142 III 364 E. 2.4 ; 141 I 36 E. 1.3).

### **E. 3.1**

Der Beschwerdeführer ist nicht damit einverstanden, dass das Obergericht die internationale Zuständigkeit der Gerichte in der Schweiz zum Erlass von Eheschutzmassnahmen bejaht hat. Nicht beanstandet ist der angefochtene Entscheid dabei insoweit, als das Obergericht das Vorliegen einer entsprechende Zuständigkeit von der Anerkennbarkeit des marokkanischen Scheidungsurteils - dieses ist zwischenzeitlich rechtskräftig (vgl. vorne Bst. B) - in der Schweiz abhängig gemacht hat. Hierauf ist folglich nicht einzugehen (vgl. vorne E. 2). Der Beschwerdeführer wirft der Vorinstanz aber vor, bei der Prüfung, ob das

Scheidungsurteil anerkannt werden kann, verschiedentlich die Verfassung verletzt zu haben.

### **E. 3.2**

Die Frage der Zuständigkeit der Gerichte in der Schweiz richtet sich in dem gegebenen internationalen Verhältnis (vgl. Art. 1 Abs. 1 IPRG [SR 291]) nach dem IPRG, zumal zwischen der Schweiz und Marokko kein vorgehender Staatsvertrag besteht (Art. 1 Abs. 1 Bst. a und Abs. 2 IPRG; zum Verfahren vgl. Art. 29 Abs. 3 IPRG und dazu BGE 126 III 257 E. 4b; Urteil 5A\_413/2022 vom 9. Januar 2023 E. 4.2.1 a.E., in: SJ 2023 S. 540).

### **E. 3.3**

Die Scheidungsklage wurde im gemeinsamen Heimatstaat der Parteien angehoben, sodass eine Anerkennung grundsätzlich möglich ist (Art. 65 Abs. 1 Bst. a IPRG und dazu BGE 126 III 327 E. 2a). Eine ausländische Entscheidung wird nach Art. 25 IPRG in der Schweiz aber nur anerkannt, wenn die Zuständigkeit der Gerichte oder Behörden des Staates, in dem die Entscheidung ergangen ist, begründet war (Bst. a), wenn gegen die Entscheidung kein ordentliches Rechtsmittel mehr geltend gemacht werden kann oder sie endgültig ist (Bst. b) und wenn kein Verweigerungsgrund von Art. 27 vorliegt (Bst. c). Gemäss Art. 27 Abs. 2 Bst. a IPRG, der Ausdruck des sog. formellen ordre public ist ( BGE 143 III 225 E. 5.1), wird eine Entscheidung nicht anerkannt, wenn eine Partei nachweist, dass sie weder nach dem Recht an ihrem Wohnsitz noch nach jenem am gewöhnlichen Aufenthalt gehörig geladen wurde, es sei denn, sie habe sich vorbehaltlos auf das Verfahren eingelassen. Die Voraussetzung, dass eine Partei gehörig geladen worden ist, zielt auf die Zustellung des verfahrenseinleitenden Schriftstücks ab, mit welchem die beklagte Partei über die Verfahrenseröffnung und die Möglichkeit, Verteidigungsmittel geltend zu machen, informiert wird. Die Zustellung muss nach dem Recht des Wohnsitzstaates der betroffenen Partei, subsidiär nach dem Recht ihres gewöhnlichen Aufenthalts gültig und insofern rechtzeitig erfolgt sein, dass diese sich beraten lassen und ihre Verteidigung vor dem ausländischen Gericht vorbereiten kann ( BGE 142 III 180 E. 3.3). Wird die Anerkennung eines Abwesenheitsurteils beantragt, muss die die Anerkennung verlangende Partei ihrem Gesuch gemäss Art. 29 Abs. 1 Bst. c IPRG eine Urkunde beilegen, aus der sich die gehörige und rechtzeitige Ladung der beklagten Partei ergibt. Das Gesetz sieht in diesem Fall eine Verstärkung der Anforderungen an den Beweis und eine Beweislastumkehr vor: Die auf Anerkennung klagende Partei trägt die Beweislast; sie muss nachweisen, dass das verfahrenseinleitende Schriftstück gehörig und fristgerecht der Gegenpartei zugestellt worden ist. Diesen Beweis hat sie durch Urkunden zu erbringen. Zu diesem Zweck muss sie ein Exemplar des verfahrenseinleitenden Schriftstücks sowie die Zustellungsbescheinigung der zuständigen Behörde am Wohnort der beklagten Partei einreichen ( BGE 142 III 180 E. 3.4).

### **E. 4**

Die Anerkennung des Scheidungsurteils setzt nach Ansicht des Obergerichts voraus, dass kein Verweigerungsgrund nach Art. 27 IPRG gegeben ist. Das Vorliegen eines Anerkennungsverweigerungsgrunds sei von der anerkennungsbeklagten Partei nachzuweisen. Von der auf Anerkennung klagenden Partei sei aber zu verlangen, dass sie sämtliche der in Art. 29 Abs. 1 IPRG genannten Urkunden vorlege. Liege ein Abwesenheitsurteil vor, habe diese bei entsprechender Einrede daher mittels Urkunden zu beweisen, dass die Ladung gehörig und rechtzeitig erfolgt sei (Art. 29 Abs. 1 Bst. c IPRG).

Die Beschwerdegegnerin bringe vor, so das Obergericht weiter, sie habe keine Kenntnis von dem Scheidungsverfahren in Marokko gehabt, habe nie eine Vorladung erhalten und sei nicht persönlich am Verfahren beteiligt worden. Unbestritten sei die Beschwerdegegnerin nicht persönlich zur Scheidungsverhandlung erschienen und sei das Scheidungsgericht unzutreffend von einem Wohnsitz in Casablanca ausgegangen. Dies seien zumindest Indizien für eine nicht gehörige Vorladung. Die Beschwerdegegnerin sei gemäss Scheidungsurteil sodann im Scheidungsverfahren zwar durch einen Anwalt repräsentiert worden. Art. 29 Abs. 1 Bst. c IPRG gelange indes auch zur Anwendung, wenn für die beklagte Partei ein von ihr nicht beauftragter Rechtsanwalt aufgetreten sei und (nur) aus diesem Grund kein Säumnisurteil ergehe. Es sei aber durchaus möglich, dass die Beschwerdegegnerin ohne Wissen und Willen vertreten worden sei. Unter diesen Umständen habe es am anwaltlich vertretenen Beschwerdeführer gelegen, mittels Urkunden zu belegen, dass die Beschwerdegegnerin vom Scheidungsverfahren Kenntnis gehabt sowie einen Anwalt mandatiert habe und ordentlich vorgeladen worden sei. Den Akten liesse sich kein entsprechender Nachweis entnehmen. Unter diesen Umständen könne das marokkanische Scheidungsurteil nicht anerkannt werden, weshalb die Erstinstanz zu Recht auf das Eheschutzgesuch eingetreten sei.

#### **E. 5.1**

Der Beschwerdeführer erachtet den Anspruch auf rechtliches Gehör ( Art. 29 Abs. 2 BV bzw. Art. 6 Ziff. 1 EMRK ) im Teilgehalt der Begründungspflicht als verletzt. Die Vorinstanz habe nicht begründet, weshalb sie hinsichtlich der Vertretung der Beschwerdegegnerin im Scheidungsverfahren eine Umkehr der Beweislast angenommen habe. Anstatt sich mit den Ausführungen des Beschwerdeführers und den von diesem vorgelegten Urkunden, namentlich aber dem Scheidungsurteil, auseinander zu setzen, sei das Obergericht den blossen Behauptungen der Beschwerdegegnerin gefolgt. Ausserdem habe das Gericht sich nicht dazu geäussert, ob die Beschwerdegegnerin sich auf das Verfahren in Marokko eingelassen habe, wie er, der Beschwerdeführer, dies geltend gemacht und nachgewiesen habe. Das Recht, angehört zu werden, sei formeller Natur. Die Verletzung des Gehörsanspruchs führe ungeachtet der Erfolgsaussichten der Beschwerde in der Sache selbst zur Aufhebung des angefochtenen Urteils. Eine Heilung der Gehörsverletzung sei zufolge der beschränkten Kognition des angerufenen Gerichts nicht zulässig bzw. nur möglich, wenn den Rechtsbegehren des Beschwerdeführers in der Hauptsache vollumfänglich entsprochen würden.

#### **E. 5.2**

Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist formeller Natur, sodass seine Verletzung ungeachtet der materiellen Begründetheit des Rechtsmittels in der Regel zur Gutheissung der Beschwerde und zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids führt ( BGE 142 II 218 E. 2.8.1). Dennoch stellt die Wahrung des rechtlichen Gehörs keinen Selbstzweck dar. Insbesondere kann trotz Vorliegens einer Gehörsverletzung von einer Aufhebung des angefochtenen Entscheids abgesehen werden, wenn nicht ersichtlich ist, inwiefern das verfassungskonform durchgeführte Verfahren zu einem anderen Ergebnis geführt hätte ( BGE 143 IV 380 E. 1.4.1). Entsprechend wird für die erfolgreiche Rüge der Gehörsverletzung vorausgesetzt, dass in der Begründung des Rechtsmittels auf die Erheblichkeit der angeblichen Verfassungsverletzung eingegangen wird (ausführlich Urteil 4A\_453/2016 vom 16. Februar 2017 E. 4.2.3 mit zahlreichen Hinweisen; vgl. weiter etwa Urteile 5A\_85/2021 vom 26. März 2021 E. 6.2; 4A\_241/2020 vom 9. September 2020 E.

3.6). Der Beschwerdeführer begnügt sich mit dem Hinweis auf die formelle Natur des Gehörsanspruchs und geht nicht darauf ein, inwieweit die seiner Ansicht nach korrekte Durchführung des Verfahrens sich im Ergebnis niedergeschlagen hätte. Dies ist denn auch nicht offensichtlich. Der Beschwerdeführer legt vor Bundesgericht ausführlich dar, inwieweit das Obergericht mit Blick auf die Vorladung der Beschwerdeführerin zum Scheidungsverfahren seiner Ansicht nach in Willkür verfallen ist (vgl. sogleich E. 6). Unter diesen Umständen bleibt unklar, weshalb eine ausführlichere Begründung des angefochtenen Urteils dem Beschwerdeführer hätte weiterhelfen können (zur Funktion der Begründungspflicht vgl. BGE 145 III 324 E. 6.1; 143 III 65 E. 5.2). Die Rüge der Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör ist damit unzureichend begründet und auf die Beschwerde ist insoweit nicht einzutreten.

#### **E. 6.1**

In Willkür ( Art. 9 BV ) verfallen ist das Obergericht nach Ansicht des Beschwerdeführers, indem es ihm die Beweislast für die gehörige Ladung der Beschwerdegegnerin zum Scheidungsverfahren auferlegte. Es sei an der anerkennungsbeklagten Partei, die Einrede der nicht gehörigen Ladung zu erheben und die entsprechenden Tatsachen nachzuweisen. Eine Umkehr der Beweislast finde nur statt, wenn die Anerkennung eines Abwesenheitsurteils verlangt werde, wobei von der anerkennungsbeklagten Partei nachzuweisen sei, dass ein solches vorliege. Die Beschwerdegegnerin habe zwar behauptet, aber nicht nachgewiesen, dass ein solches Urteil in Frage stehe. Insbesondere sei die Behauptung unglaubhaft und unsubstanziert, die Beschwerdegegnerin habe den im Scheidungsverfahren in ihrem Namen aufgetretenen Rechtsanwalt nicht mandatiert. In einem Rechtsstaat wie Marokko sei ausgeschlossen, dass der Beschwerdeführer zwei Anwälte beauftragt und bezahlt, die Gerichtskosten vorgeschossen und die ordentliche Zustellung des verfahrenseinleitenden Schriftstücks sowie die Anwaltsvollmacht gefälscht habe, wie die Vorinstanz dies impliziere. Da unbestritten sei, dass die Beschwerdegegnerin die nicht ordnungsgemässe Vorladung nicht nachgewiesen habe, verweigere das Obergericht die Anerkennung des Scheidungsurteils in der Schweiz zu Unrecht.

#### **E. 6.2**

Das Obergericht nahm an, die Beschwerdegegnerin habe den Rechtsanwalt, der im Scheidungsverfahren für sie aufgetreten ist, nicht mandatiert. Damit liege im Ergebnis ein Abwesenheitsurteil nach Art. 29 Abs. 1 Bst. c IPRG vor, womit der Beschwerdeführer die gehörige Vorladung der Beschwerdegegnerin zum Scheidungsverfahren nachzuweisen habe (vgl. vorne E. 4). Dabei ging die Vorinstanz von einem Entscheid des Gerichtshofs der Europäischen Union (EuGH) zum Übereinkommen vom 27. September 1968 über die gerichtliche Zuständigkeit und Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (Abl. 1972, L 299, S. 32) aus, das im Anwendungsbereich dieses Übereinkommens den Begriff der Versäumnisentscheidung entsprechend auslegte (Urteil des EuGH vom 10. Oktober 1996 C-78/95 Hendrikmann und Feyen gegen Magenta Druck & Verlag GmbH, Rn. 13 ff.). Mit dieser Auslegung von Art. 29 Abs. 1 Bst. c IPRG setzt der Beschwerdeführer sich nicht auseinander, weshalb für das Bundesgericht kein Anlass besteht, hierauf einzugehen (vgl. vorne E. 2 [auch zum Folgenden]). Auch die anschliessende (Beweis-) Würdigung, es sei mit Blick auf die Umstände möglich, dass die Beschwerdeführerin ihren Vertreter gar nie beauftragt habe, lässt der Beschwerdeführer weitgehend unbeachtet. Er hält dem Obergericht einzig entgegen, die Beschwerdegegnerin habe diesbezüglich eine blosser Behauptung aufgestellt und es sei nicht glaubwürdig, dass er

die Beauftragung des sie vertretenden Rechtsanwalts nur inszeniert habe. Indessen reicht es gerade nicht aus, die Sachlage aus der eigenen Sicht darzulegen und den davon abweichenden angefochtenen Entscheid als willkürlich zu bezeichnen, um eine Verletzung des Willkürverbots darzutun (vgl. BGE 136 I 49 E. 1.4.1; 134 II 244 E. 2.2). Mit diesen Bemerkungen geht der Beschwerdeführer zuletzt auch nicht ausreichend auf die weitere Überlegung des Obergerichts ein, zur Auslösung der Rechtsfolgen von Art. 29 Abs. 1 Bst. c IPRG reiche die (blosse) Möglichkeit aus, dass die Beschwerdegegnerin ihren Vertreter nicht mandatiert habe. Damit ist auf die Beschwerde insoweit nicht einzutreten.

#### **E. 7.1**

Der Beschwerdeführer erachtet weiter die Schlussfolgerung des Obergerichts als unhaltbar und willkürlich ( Art. 9 BV ), er habe nicht nachgewiesen, dass die Beschwerdegegnerin im Scheidungsverfahren persönlich begrüsst worden sei und sie sich auf dieses eingelassen habe. Er habe ein zwischenzeitlich rechtskräftiges Urteil des zuständigen Gerichts vorgelegt, aus dem sich ergebe, dass die Beschwerdegegnerin im Scheidungsverfahren von einem Rechtsanwalt vertreten worden sei und weder eine Unzuständigkeitseinrede erhoben noch die Verschiebung der Scheidungsverhandlung beantragt habe. Sie habe sich lediglich darüber beklagt, erst einige Tage vor der Scheidungsverhandlung von dieser Kenntnis erhalten zu haben. Sodann habe der Beschwerdeführer das Schreiben ins Recht gelegt, mit dem die Beschwerdegegnerin an die Verhandlung im Scheidungsverfahren vorgeladen worden sei. Damit habe die Vorinstanz willkürlich angenommen, dass der Beschwerdeführer keine vorbehaltlose Einlassung der Beschwerdegegnerin zu belegen vermocht habe und dass das Scheidungsurteil deshalb nicht anerkannt werden könne.

#### **E. 7.2**

Vorab beruft der Beschwerdeführer sich umsonst auf die im Scheidungsurteil erwähnten Parteihandlungen: Die Feststellung des Obergerichts, die Beschwerdegegnerin sei im Scheidungsverfahren, an dem sie nicht persönlich teilgenommen hat, nicht gültig vertreten gewesen, ist wie dargelegt nicht zu beanstanden (vgl. vorne E. 6.2). Die Handlungen ihres angeblichen Vertreters an der Scheidungsverhandlung können ihr damit von vornherein nicht angerechnet werden. Dem Obergericht ist folglich keine Verfassungsverletzung vorzuwerfen, indem es nicht auf eine Einlassung auf das Scheidungsverfahren (vgl. Art. 27 Abs. 2 Bst. a IPRG) geschlossen und das Verhalten des angeblichen Vertreters der Ehefrau oder die Tatsache von dessen Auftreten an sich nicht weiter beachtet hat. Ohnehin ist zum Nachweis der gehörigen Ladung die Zustellungsbescheinigung der zuständigen Behörde am Wohnort der Beschwerdegegnerin einzureichen (vgl. vorne E. 3.3). Hierzu bringt der Beschwerdeführer zwar vor, die Vorladung ins Recht gelegt zu haben. Mit den Überlegungen der Vorinstanz, weshalb dieses Schriftstück eine gehörige Ladung der Beschwerdegegnerin nicht nachzuweisen vermöge, insbesondere weil sich aus der bei den Akten liegenden Übersetzung der Adressat nicht ergebe, setzt er sich jedoch nicht auseinander. Hierauf ist daher nicht weiter einzugehen (vgl. vorne E. 2). Damit vermag der Beschwerdeführer nicht aufzuzeigen, dass der Vorinstanz im Zusammenhang mit dem Nachweis der gehörigen Ladung der Beschwerdegegnerin eine Verfassungsverletzung vorzuwerfen wäre.

#### **E. 8.1**

Unter diesen Umständen ist es unter Verfassungsgesichtspunkten nicht zu beanstanden, dass das Obergericht die internationale Zuständigkeit der hiesigen Gerichte zum Erlass der

streitbetroffenen Massnahmen bejaht hat. Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

### **E. 8.2**

Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Gerichtskosten (inkl. den Kosten für das Verfahren betreffend aufschiebende Wirkung) dem Beschwerdeführer aufzuerlegen ( Art. 66 Abs. 1 BGG ). Entschädigung ist keine zu sprechen: Der Beschwerdegegnerin ist eine solche in der gegebenen Konstellation für das Verfahren betreffend aufschiebende Wirkung praxisgemäss nicht geschuldet und in der Hauptsache sind ihr mangels Einholens einer Vernehmlassung keine entschädigungspflichtigen Kosten entstanden ( Art. 68 Abs. 1 und 2 BGG ). Beide Parteien ersuchen für das bundesgerichtliche Verfahren um unentgeltliche Rechtspflege (vgl. vorne Bst. C). Das Gesuch der Beschwerdegegnerin wird gegenstandslos, soweit dieser zufolge Obsiegens keine Gerichtskosten auferlegt worden sind ( BGE 109 Ia 5 E. 5). Weitergehend sind beide Gesuche abzuweisen. Sowohl die Beschwerde als auch der Standpunkt der Beschwerdegegnerin im Verfahren betreffend aufschiebende Wirkung müssen als von vornherein aussichtslos angesehen werden ( Art. 64 Abs. 1 BGG ).

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