

BGer 5A 828/2023 vom 18. April 2024

Bundesgericht, 2024-04-18, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_828_2023

FR: TF 5A 828/2023 du 18 avril 2024

IT: TF 5A 828/2023 del 18 aprile 2024

Regeste

Eheschutz | Familienrecht

Erwägungen

E. 1

Angefochten ist ein kantonale letztinstanzliche Eheschutzentscheidung; die Beschwerde in Zivilsachen steht offen (Art. 72 Abs. 1, Art. 75 Abs. 1 und Art. 90 BGG). Bei Eheschutzsachen handelt es sich um vorsorgliche Massnahmen im Sinn von Art. 98 BGG (BGE 133 III 393 E. 5.1; 147 III 81 E. 1.3), so dass nur die Rüge der Verletzung verfassungsmässiger Rechte möglich ist. Es gilt somit das strenge Rügeprinzip im Sinn von Art. 106 Abs. 2 BGG . Das bedeutet, dass das Bundesgericht nur klar und detailliert erhobene und soweit möglich belegte Rügen prüft, während es auf ungenügend begründete Rügen und appellatorische Kritik am angefochtenen Entscheid nicht eintritt (BGE 142 III 364 E. 2.4; 149 III 81 E. 1.3). Weil auf das Einholen von Vernehmlassungen verzichtet werden kann, ist der Antrag auf Durchführung eines zweiten Schriftenwechsels gegenstandslos.

E. 2

Das Hauptbegehren um Feststellung der Nichtigkeit des angefochtenen Entscheides begründet der Beschwerdeführer mit der fehlenden internationalen Zuständigkeit des Obergerichtes im Urteilszeitpunkt, d.h. am 20. September 2023. Das Kind lebe seit April 2023 bei ihm in Rumänien und es habe dort seinen Wohnsitz. Im Frühling 2023 hätten die Parteien gemeinsam entschieden, dass es die Schule in Rumänien absolvieren und deshalb zu ihm ziehen solle. Sie hätten das Kind deshalb aufgrund einer bewilligten Dispensation der Primarschule U. _____ zunächst vom 24. Februar bis 27. März 2023 und danach ab dem 11. April 2023 bis zum Ende des Semesters in den Kindergarten in Rumänien geschickt. Sodann hätten sie es am 28. August 2023 von der Primarschule U. _____ abgemeldet und es gehe seit dem Schulbeginn am 11. September 2023 in Rumänien zur Schule. Damit liege die internationale Entscheidzuständigkeit mangels einer perpetuatio fori in Rumänien (Art. 85 Abs. 1 IPRG i.V.m. Art. 5 Abs. 1 und 2 HKsÜ), wo sich der tatsächliche Mittelpunkt der Lebensführung und damit der gewöhnliche Aufenthalt des Kindes befinde. Als Nichtigkeitsgründe würden vorab die funktionelle und sachliche Unzuständigkeit der entscheidenden Behörde in Betracht fallen und die Nichtigkeit von Entscheiden sei durch jede Behörde, die mit der Sache befasst sei und Kenntnis davon erlange, jederzeit und von Amtes wegen zu beachten. Im Zusammenhang mit der Feststellung von Nichtigkeit gelte schliesslich das Novenverbot nicht, d.h. die Abmeldung von der schweizerischen und die Anmeldung in der rumänischen Schule könnten als Beweismittel vorgelegt werden.

E. 3

Ist ein Urteil fehlerhaft, kann es innerhalb der Rechtsmittelfrist bei der zuständigen Rechtsmittelbehörde angefochten und von dieser korrigiert werden. Als nichtig betrachten lässt sich ein gerichtlicher Entscheid nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nur ganz ausnahmsweise. Nach der sog. Evidenztheorie ist erforderlich, dass der anhaftende Mangel besonders schwer ist, dass er sich als offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar erweist und dass die Rechtssicherheit durch die Annahme der Nichtigkeit nicht ernsthaft gefährdet wird; dies kann der Fall sein bei sachlicher oder funktioneller Unzuständigkeit sowie krassen Verfahrensfehlern (BGE 145 III 436 E. 4; 147 IV 93 E. 1.4.4; 148 IV 445 E. 1.4.2). Dass Nichtigkeit vorab bei sachlicher oder funktioneller Unzuständigkeit in Betracht fällt, hält der Beschwerdeführer selbst fest. Diese beiden Zuständigkeiten waren aber vorliegend sehr wohl gegeben, denn das Obergericht hat auf Berufung des Beschwerdeführers hin im Rahmen eines Eheschutzverfahrens als Rechtsmittelbehörde entschieden. Der Beschwerdeführer bestreitet vielmehr die internationale und damit die örtliche Zuständigkeit des Obergerichts im Zeitpunkt der Entscheidung. Deren Fehlen führt aber - ausserhalb des Steuerrechts (vgl. BGE 137 I 273 E. 3.3.1) und der internationalen Konkurszuständigkeit (vgl. Urteil 5A_647/2013 vom 27. Februar 2014 E. 4.2; Frage nicht beantwortet in BGE 149 III 186 E. 2 und 3.5) - nicht zur Nichtigkeit eines gerichtlichen Urteils (BGE 99 II 246 E. 3c; Urteile 5F_6/2016 vom 23. Mai 2016 E. 2.2; 8C_369/2022 vom 5. April 2023 E. 5.3.3; sodann INFANGER, in: Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2017, N. 34 zu Art. 9 ZPO). Der Beschwerdeführer zeigt denn auch, obwohl vorliegend das strenge Rügeprinzip gilt, weder Präjudizien noch Literaturstellen auf, welche auf Nichtigkeit eines Zivilurteils bei fehlender bzw. nachträglich weggefallener internationaler Zuständigkeit schliessen lassen könnte. Es trifft zwar zu, dass aufgrund der Zuständigkeitsordnung von Art. 5 Abs. 1 und 2 HKsÜ die internationale Zuständigkeit selbst während eines hängigen (Rechtsmittel-) verfahrens verloren gehen kann, wenn ein Kind auswandert, zumal es in der Regel sofort einen neuen Aufenthalt begründet, wenn es mit einem hauptbetreuenden Elternteil wegzieht, der am neuen Ort seinen Wohnsitz hat (vgl. BGE 129 III 288 E. 4.1; 142 III 1 E. 2.1; 143 III 193 E. 2; 144 III 469 E. 4.2.2; 149 III 81 E. 2.4). Indes liegt nach dem Gesagten keine Nichtigkeit vor, wenn noch das Gericht am alten Ort entschieden hat. Dazu kommt im vorliegenden Fall, und dies ist von entscheidender Bedeutung, dass der bereits im kantonalen Verfahren vom gleichen Anwalt vertretene Beschwerdeführer gröblich den verfahrensrechtlichen Grundsatz von Treu und Glauben gemäss Art. 52 ZPO verletzt, wenn er dem Obergericht im von ihm selbst eingeleiteten Berufungsverfahren die während des hängigen Verfahrens eingetretenen neuen Sachverhaltselemente - welche das Obergericht bis zum Schluss hätte berücksichtigen können und müssen, weil in Kindesbelangen die Novenschranken von Art. 317 ZPO nicht gelten (BGE 144 III 349 E. 4.2.1) und neue Tatsachen bis zum Beginn der oberinstanzlichen Beratungsphase vorgebracht werden können (BGE 142 III 413 E. 2.2.5 und 2.2.6; 143 III 272 E. 2.3.2) - vorenthalten hat und gestützt auf diese im Nachhinein die Nichtigkeit des nicht zu seinen Gunsten ausgefallenen Entscheides behaupten will, in welchem sich das Obergericht auf 45 Seiten einlässlich mit allen Vorbringen der Parteien auseinandergesetzt hat. Vor diesem Hintergrund sind die neuen Behauptungen im Zusammenhang mit dem Aufenthaltswechsel und die hierfür vorgelegten Beweismittel unechte Noven, die vor Bundesgericht unzulässig sind, da nicht erst das angefochtene Urteil Anlass gegeben hat, sie vorzubringen (Art. 99 Abs. 1 BGG).

E. 4

Im Eventualstandpunkt verlangt der Beschwerdeführer, das angefochtene Urteil sei in Bezug auf die Obhutsfrage aufzuheben und an das Obergericht zurückzuweisen. Indes bleibt das Eventualbegehren, indem sich der Beschwerdeführer ausschliesslich zum Hauptstandpunkt der Entscheidungslosigkeit äussert, gänzlich unbegründet, obwohl es begründungspflichtig (Art. 42 Abs. 2 BGG) in dem Sinn wäre, dass mit substantiierten Rügen aufgezeigt werden müsste, welche verfassungsmässigen Rechte und inwiefern diese verletzt sein sollen (vgl. E. 1).

E. 5

Wie die vorstehenden Erwägungen zeigen, konnte der Beschwerde von Anfang an kein Erfolg beschieden sein, weshalb es an den materiellen Voraussetzungen der unentgeltlichen Rechtspflege fehlt (Art. 64 Abs. 1 BGG) und das entsprechende Gesuch abzuweisen ist.

E. 6

Die Gerichtskosten sind dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (Art. 66 Abs. 1 BGG).

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