

# ZH\_OBERGERICHT LE230005 vom 27. April 2023

ZH Obergericht, 2023-04-27, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_LE230005](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LE230005)

FR: ZH\_OBERGERICHT LE230005 du 27 avril 2023

IT: ZH\_OBERGERICHT LE230005 del 27 aprile 2023

## Erwägungen

### E. 1

Die Parteien sind seit dem tt. Juni 2018 verheiratet (Urk. 3/2). Mit Ge- such vom 20. Januar 2023 leitete die Gesuchstellerin und Berufungsklägerin (fortan Gesuchstellerin) bei der Vorinstanz ein Eheschutzverfahren ein (Urk. 1). Die Vorinstanz trat auf dieses mit Verfügung vom 24. Januar 2023 nicht ein (Urk. 5).

### E. 1.1

Die Vorinstanz erwog, die Gesuchstellerin versuche, die örtliche Zu- ständigkeit mit Art. 46 IPRG zu begründen, da der Gesuchsgegner seinen ge- wöhnlichen Aufenthalt in Zürich habe. Beim Gerichtsstand des gewöhnlichen Auf- enthaltsorts handle es sich jedoch um einen alternativen Gerichtsstand (Ersatz- anknüpfung), sollte der Gesuchsgegner weder in der Schweiz noch im Ausland einen Wohnsitz aufweisen. Mit anderen Worten könne dieser Gerichtsstand nicht angerufen werden, wenn der Gesuchsgegner nach wie vor über einen Wohnsitz in Spanien verfüge (Urk. 9 S. 5).

### E. 1.2

Die Gesuchstellerin rügt, die Vorinstanz habe auf die Fachliteratur zu Art. 20 IPRG verwiesen (Urk. 8 Rz. 11). Art. 20 IPRG sei jedoch nicht anwendbar, da Art. 46 IPRG als *lex specialis* vorgehe (Urk. 8 Rz. 12). Die Lehre halte zu Art. 46 IPRG übereinstimmend fest, dass der Gerichtsstand am Aufenthaltsort nicht subsidiär zum Gerichtsstand am Wohnsitz sei. Habe keiner der Ehegatten seinen Wohnsitz in der Schweiz, könne am gewöhnlichen Aufenthalt eines Ehe- gatten geklagt werden. Nicht vorausgesetzt sei, dass die Ehegatten nirgends ei- nen Wohnsitz hätten. Auch Ehegatten mit Wohnsitz im Ausland könnten sich auf Art. 46 IPRG berufen, sofern sich mindestens einer von ihnen gewöhnlich in der Schweiz aufhalte (Urk. 8 Rz. 13). Folglich könne der Gerichtsstand am gewöhnli- chen Aufenthaltsort des Gesuchsgegners in der Schweiz angerufen werden, auch wenn er seinen Wohnsitz in Spanien habe (Urk. 8 Rz. 14).

### E. 1.3

Der Gesuchsgegner führt aus, die Parteien hätten keinen Wohnsitz in Zürich. Die Gesuchstellerin wohne in D.\_\_\_\_\_ [Stadt in Deutschland] und er habe

- 7 - seinen Wohnsitz in Spanien. Die Gesuchstellerin behaupte aus taktischen Grün- den wider besseren Wissens, dass er sich in Zürich aufhalte. Sie habe nicht im Ansatz glaubhaft gemacht, dass sein gewöhnlicher Aufenthalt im Zeitpunkt der Einleitung des Eheschutzgesuchs tatsächlich in Zürich gewesen sei (Urk. 17 S. 2; Urk. 23 S. 2). In Ermangelung eines gewöhnlichen Aufenthalts in der Schweiz sei die Zuständigkeit in der Schweiz nicht gegeben und Art. 46 IPRG sei nicht verletzt (Urk. 17 S. 3; Urk. 23 S. 3).

### E. 1.4

Wie die Gesuchstellerin zu Recht vorbringt, kann der Gerichtsstand am Aufenthaltsort eines Ehegatten gemäss Art. 46 IPRG nicht nur dann angerufen werden, wenn die Ehegatten überhaupt keinen Wohnsitz – weder in der Schweiz noch im Ausland – verfügen. Der Gesetzgeber hat bewusst für gewisse Streitigkeiten einen zusätzlichen Gerichtsstand am (schweizerischen) Aufenthaltsort bei Fehlen eines Wohnsitzes in der Schweiz vorgesehen (siehe BBl 1983 I 263, S. 382), beispielsweise in Art. 46, Art. 98, Art. 112 und Art. 127 IPRG. In anderen Fällen wurde darauf verzichtet (so Art. 59 und Art. 86 IPRG). Dass der Gerichtsstand am Aufenthaltsort nicht bei Fehlen eines Wohnsitzes überhaupt, sondern nur bei fehlendem Wohnsitz in der Schweiz zur Verfügung stehen soll, ergibt sich ferner bereits aus dem Wortlaut der Bestimmung von Art. 46 IPRG. Diese Ansicht wird auch von der Lehre so vertreten (ZK IPRG-Widmer Lüchinger, Art. 46 N 1 f., N 29; CHK IPRG-Zeiter/Koller, Art. 46 N 19). Es ist daher mit der Gesuchstellerin davon auszugehen, dass Art. 46 IPRG einen Gerichtsstand am gewöhnlichen Aufenthaltsort des Gesuchsgegners begründen kann, selbst wenn dieser über einen Wohnsitz im Ausland – aber nicht in der Schweiz – verfügt. Die Berufung erweist sich diesbezüglich als begründet.

2. Verletzung von Art. 53 Abs. 1, Art. 253 und Art. 273 Abs. 1 ZPO

## **E. 2**

Dagegen erhob die Gesuchstellerin innert Frist (Art. 321 Abs. 2 ZPO und Urk. 6) Berufung mit den vorgenannten Anträgen (Urk. 8). Mit Verfügung vom 10. Februar 2023 wurde ihr Frist angesetzt, um für das Berufungsverfahren einen Kostenvorschuss in Höhe von Fr. 3'000.– zu leisten, welcher fristgerecht einging (Urk. 13). Daraufhin wurde dem Gesuchsgegner und Berufungsbeklagten (fortan Gesuchsgegner) mit Verfügung vom 23. Februar 2023 Frist angesetzt, um die Berufung zu beantworten (Urk. 16). Die Berufungsantwort ging rechtzeitig ein und wurde der Gesuchstellerin mit Verfügung vom 21. März 2023 zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 17-18). Die Gesuchstellerin reichte am 11. April 2023 eine weitere Stellungnahme ein, die dem Gesuchsgegner zur Kenntnisnahme zugestellt wurde (Urk. 19-22). Der Gesuchsgegner reichte seinerseits eine weitere Eingabe ein (Urk. 23), welche der Gesuchstellerin mit dem vorliegenden Beschluss zugestellt wird.

### **E. 2.1**

Die Vorinstanz erwog, es seien keine Anhaltspunkte ersichtlich, die einen gewöhnlichen Aufenthalt des Gesuchsgegners in Zürich belegen würden. Daran ändere auch die für die Hauptverhandlung in Aussicht gestellte detaillierte Begründung nichts. Gerade bei einer Prozessvoraussetzung – mithin einer Eintretensvoraussetzung – und überdies noch bei einem Begehren um Erlass einer superprovisorischen Massnahme ohne Gewährung des rechtlichen Gehörs könne

- 8 - dieses Versäumnis nicht nachgeholt werden. Um nämlich überhaupt einen Entscheid betreffend superprovisorische Massnahmen fällen zu können, müsse das Gericht zuerst von Amtes wegen seine Zuständigkeit klären und es obliege daher der – notabene anwaltlich vertretenen – Gesuchstellerin, die Eintretensvoraussetzungen vollumfänglich darzulegen (Urk. 9 S. 6 f.).

### **E. 2.2**

Die Gesuchstellerin rügt, sie habe gestützt auf die gefestigte Praxis des Obergerichts des Kantons Zürich ein unbegründetes Eheschutzgesuch eingereicht (Urk. 8 Rz. 16). Indem die Vorinstanz ihren Nichteintretensentscheid allein auf die nicht abschliessende Kurzbegründung abgestellt habe, welche alleine dazu dienen sollen, den

Streitgegenstand zu umreissen, habe sie ihren Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt. Die Vorinstanz hätte entweder zu einem mündlichen Parteivortrag vorladen oder ihr Frist zur schriftlichen Begründung des Eheschutzgesuchs ansetzen müssen (Urk. 8 Rz. 18). Korrekt sei, dass für die Beurteilung des superprovisorischen Antrags auf die Begründung im Eheschutzgesuch abzustellen sei. Die Vorinstanz hätte einzig auf dieses Gesuch nicht eingetreten dürfen. Die restlichen Rechtsbegehren betreffend hätte sie sie zur Begründung auffordern müssen (Urk. 8 Rz. 19).

### **E. 2.3**

Der Gesuchsgegner führt aus, die formellen und materiellen Voraussetzungen seien zu unterscheiden. Materiell könne die Gesuchstellerin das Eheschutzgesuch später begründen, formell sei aber die örtliche Zuständigkeit des Gerichts Eintretensvoraussetzung (Urk. 17 S. 3). Dies sei der Gesuchstellerin auch klar gewesen. Sie habe gewusst, dass das Gericht die Eintretensvoraussetzungen prüfen werde. Dies hebe sie in Urk. 1 S. 5 Rz. 3 selber hervor und mache in der Folge auch detaillierte Ausführungen dazu (Urk. 17 S. 4).

### **E. 2.4**

Die Schweizerische Zivilprozessordnung kennt keine Kurzbegründung. Jedoch wird eine solche in gewissen Konstellationen akzeptiert, ohne dass die klagende bzw. gesuchstellende Partei damit eines Parteivortrags verlustig geht. So kann die Scheidungsklage begründet oder – gemäss Art. 290 ZPO – unbegründet eingereicht werden. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung darf die klagende Partei jedoch auch einen Mittelweg wählen und die Klage lediglich summarisch oder teilweise begründen. Sie erhält danach dennoch Gelegenheit,

- 9 - um eine begründete Scheidungsklage einzureichen (BGE 138 III 366 E. 3.2.). Auch Eheschutzgesuche werden regelmässig ohne oder nur mit einer summarischen Begründung akzeptiert (OGer ZH LY200037 vom 23.11.2020, E. 3.1.2.). In diesem Sinne enthält auch das auf der Webseite der Gerichte erhältliche Formular für ein Eheschutzgesuch ein Feld mit der Überschrift "Kurze Begründung" ([https://www.gerichte-zh.ch/fileadmin/user\\_upload/Dokumente/Themen/Ehe\\_und\\_Familie/Formulare\\_und\\_Merkblaetter/F\\_Eheschutz.pdf](https://www.gerichte-zh.ch/fileadmin/user_upload/Dokumente/Themen/Ehe_und_Familie/Formulare_und_Merkblaetter/F_Eheschutz.pdf); besucht am 25.04.2023 um 10:10 Uhr). Dies fordert geradezu zu summarischen Begründungen auf, ohne dass zwischen formellen und materiellen Voraussetzungen unterschieden wird. In diesen Fällen darf sich die klagende bzw. gesuchstellende Partei nach Treu und Glauben darauf verlassen, dass ihr trotz summarischer Begründung der Klage oder des Gesuchs Gelegenheit zu einem weiteren (ersten) Vortrag – sowohl zu den prozessualen als auch den materiellen Voraussetzungen – gegeben wird. Dass Gesuche um superprovisorische Massnahmen begründet einzureichen sind, ändert nichts am Bestehen dieser konstanten Praxis, auf welche die Gesuchstellerin vertrauen durfte.

### **E. 2.5**

Nach dem Gesagten hätte die Vorinstanz der Gesuchstellerin Gelegenheit geben müssen, ihre Vorbringen u.a. hinsichtlich der zuständigkeitsbegründenden Tatsachen im Hinblick auf das Eheschutzbegehren zu vervollständigen. Die Berufung erweist sich diesbezüglich als begründet, weshalb die Verfügung vom 24. Januar 2023 – soweit nicht bereits in Rechtskraft erwachsen (siehe E. II) – aufzuheben und die Sache an die Vorinstanz zur Vervollständigung des Verfahrens zurückzuweisen ist. Der Entscheid darüber, in welcher Form die Gesuchstellerin die zuständigkeitsbegründenden Tatsachen vorzutragen hat,

bleibt der Vorinstanz überlassen. Damit erübrigt es sich zum jetzigen Zeitpunkt, über die Rügen der Gesuchstellerin betreffend die von ihr geltend gemachte unrichtige Sachverhaltsfeststellung zu befinden (Urk. 8 Rz. 20 ff.). Die Vorinstanz wird nach Vervollständigung des Verfahrens erneut über ihre Zuständigkeit zu entscheiden haben.

- 10 - IV. Bei diesem Ausgang des Berufungsverfahrens rechtfertigt es sich, lediglich eine Entscheidegebühr für das Rechtsmittelverfahren festzusetzen und die Verteilung der zweitinstanzlichen Gerichtskosten sowie den Entscheid über eine allfällige Parteientschädigung dem neuen Entscheid der Vorinstanz zu überlassen, d.h. (grundsätzlich) vom definitiven Entscheid über die Zuständigkeit bzw. Endentscheid abhängig zu machen (Art. 104 Abs. 4 ZPO). Die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren ist in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 5 Abs. 1 und § 6 Abs. 2 lit. b GebV OG auf Fr. 3'000.– festzusetzen. Es wird beschlossen: 1. Es wird vorgemerkt, dass die Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 5. Abteilung, vom 24. Januar 2023 betreffend Nichteintreten auf das Rechtsbegehren Ziffer 2 sowie auf das Gesuch um Anordnung superprovisorischer Massnahmen gemäss Eheschutzgesuch vom 20. Januar 2023 in Rechtskraft erwachsen ist. 2. Im Übrigen wird die Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 5. Abteilung, vom 24. Januar 2023 aufgehoben und die Sache zur Ergänzung des Verfahrens und zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.

### **E. 3**

Die zweitinstanzliche Entscheidegebühr wird auf Fr. 3'000.– festgesetzt.

### **E. 4**

Der Entscheid über eine allfällige Parteientschädigung im Berufungsverfahren und die Verteilung der Prozesskosten des Berufungsverfahrens wird dem neuen Entscheid der Vorinstanz vorbehalten.

### **E. 5**

Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz, an die Gesuchstellerin unter Beilage des Doppels von Urk. 23, je gegen Empfangsschein. Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

- 11 -

### **E. 6**

Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG. Es handelt sich um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG. Zürich, 27. April 2023 Obergericht des Kantons Zürich I. Zivilkammer Die Gerichtsschreiberin: MLaw L. Hengartner versandt am: Im

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