

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LC160001-O/U.doc

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichter Dr. H.A. Müller und Oberrichterin Dr. D. Scherrer sowie Gerichtsschreiber lic. iur. L. Casciaro

## **Beschluss vom 3. Februar 2016**

in Sachen

**A.** \_\_\_\_\_,

Kläger und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. \_\_\_\_\_

gegen

**B.** \_\_\_\_\_,

Beklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. \_\_\_\_\_

betreffend **Ehescheidung**

**Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Horgen vom 19. November 2015 (FE150112-F)**

### Erwägungen:

1. Mit Eingabe vom 19. Juni 2013 machte die heutige Beklagte beim Bezirksgericht Muri AG ein Eheschutzverfahren anhängig (Urk. 12). Mit Entscheid vom 27. Juni 2014 wurde dieses Verfahren abgeschlossen. Im Wesentlichen wurden darin die Kinderbelange sowie die Unterhaltsbeiträge für die Beklagte und den Sohn C.\_\_\_\_\_, welcher unter die Obhut der Beklagten gestellt wurde, geregelt (Urk. 12). Am 1. Juni 2015 reichte der Kläger bei der Vorinstanz eine Scheidungsklage nach Art. 114 ZGB ein (Urk. 1). Was den Gang des vorinstanzlichen Verfahrens anbelangt, kann auf die Darstellung im vorinstanzlichen Entscheid verwiesen werden (Urk. 41 S. 2). Der Vorderrichter trat mit Verfügung vom 19. November 2015 auf die Scheidungsklage mangels örtlicher Zuständigkeit nicht ein. Gleichzeitig wurde das Gesuch des Klägers um unentgeltliche Rechtspflege abgewiesen und das nämliche Gesuch der Beklagten als gegenstandslos geworden abgeschrieben. Die Entscheidgebühr von Fr. 1'500.-- wurde dem Kläger auferlegt; es wurden keine Parteientschädigungen zugesprochen (Urk. 44).

Gegen diesen Entscheid erhob der Kläger rechtzeitig Berufung und beantragte, die vom Vorderrichter erlassene Verfügung aufzuheben, die örtliche Zuständigkeit des Bezirksgerichts Horgen zu bejahen und die Angelegenheit mit der Auflage, auf die Scheidungsklage einzutreten und diese materiell zu behandeln, an die Vorinstanz zurückzuweisen. Eventualiter sei die genannte Verfügung aufzuheben und die Sache zur Durchführung eines Beweisverfahrens zur Frage des Wohnsitzes des Klägers an den Vorderrichter zurückzuweisen. Ausserdem verlangte der Kläger, es sei ihm die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. X.\_\_\_\_\_ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen (Urk. 43 S. 2).

2.a) Der Kläger hatte vor Vorinstanz geltend gemacht, dass er infolge der dauernden Streitigkeiten zwischen der Beklagten und ihm, welche ihn sehr belastet hätten, seinen Lebensmittelpunkt an der angestammten Adresse in D.\_\_\_\_\_ aufgegeben habe und zu seiner Tante, E.\_\_\_\_\_, nach F.\_\_\_\_\_ gezogen sei. Zu dieser unterhalte er seit langer Zeit eine enge Beziehung. In D.\_\_\_\_\_ sei er ledig-

lich noch als Wochenaufenthalter gemeldet. Er kehre von dort regelmässig - mindestens einmal in der Woche - zu seiner Tante zurück und nehme am gesellschaftlichen Leben in F.\_\_\_\_\_ teil (Urk. 39 S. 3). Die Beklagte stellte sich demgegenüber auf den Standpunkt, dass der Kläger in F.\_\_\_\_\_ einen "Scheinwohnsitz" begründet habe, da er mit den bisherigen Entscheiden des Bezirksgerichts Muri nicht einverstanden gewesen sei. Der Kläger gehe nach wie vor in D.\_\_\_\_\_ ein und aus. Er wohne weiterhin mit seiner Partnerin am ...-Weg ... (Urk. 25 S. 2).

b) Der Vorderrichter hielt fest, dass der Kläger in D.\_\_\_\_\_ eine 3 1/2 Zimmer-Maisonettewohnung zu einem Bruttomietzins von Fr. 1'870.-- pro Monat gemietet habe. Er gebe an, in D.\_\_\_\_\_ nur Wochenaufenthalter zu sein und nur übers Wochenende regelmässig an den Wohnsitz zurückzukehren. Der Arbeitsort des Klägers befinde sich in Zürich-Seebach und sei damit gleich weit von D.\_\_\_\_\_ entfernt wie von F.\_\_\_\_\_. Damit wäre eine alltägliche Rückkehr nach F.\_\_\_\_\_ ohne Weiteres zumutbar und auch zu erwarten, wenn sich der Lebensmittelpunkt des Klägers denn auch tatsächlich in F.\_\_\_\_\_ befinden würde. Die Beklagte wohne mit dem Sohn der Parteien nach wie vor in D.\_\_\_\_\_. Gemäss eigenen Angaben übe der Kläger das Besuchsrecht gegenüber dem Sohn jedes zweite Wochenende von Freitagabend bis Montagnachmittag in seiner Wohnung am ...-Weg ... aus. Damit spreche bereits vieles dafür, dass sich der Mittelpunkt der Lebensbeziehungen des Klägers in D.\_\_\_\_\_ befinde. Über die Wohnverhältnisse in F.\_\_\_\_\_ sei nichts bekannt, ausser dass der Kläger seiner Tante keine Miete bezahlen müsse. Dafür müsse der Kläger einen Teil der Lebensmittel besorgen und bei der Instandhaltung der Immobilie samt Garten helfen. Der Kläger verkenne, dass gemäss der von ihm angeführten Rechtsprechung die Kriterien, nach denen zu entscheiden sei, wann anstelle des Wochenaufenthaltsorts der Aufenthaltsort der Familie als Wohnsitz anerkannt werden könne, bei Alleinstehenden besonders streng gehandhabt würden. Dass der Kläger regelmässig - mindestens einmal pro Woche - zu seiner Tante "zurückkehre", genüge daher mitnichten für die Begründung eines Wohnsitzes bei der Tante in F.\_\_\_\_\_. Vielmehr spreche der Umstand, dass sich der Kläger überwiegend in D.\_\_\_\_\_ aufhalte und jedes zweite Wochenende seinen Sohn dahin zu Besuch nehme, dafür,

dass sich dort nach wie vor sein Lebensmittelpunkt befinde. Die Begründung des Klägers, dass ihn die dauernden Streitigkeiten mit der Beklagten dermassen belastet hätten, dass er beschlossen habe, seinen Lebensmittelpunkt zu verlegen, überzeugten nicht. Wäre dem tatsächlich so, würde der Kläger höchstens noch für die Besuchswochenenden nach D.\_\_\_\_\_ zurückkehren (Urk. 44 S. 4 ff.).

3.a) Die Zivilprozessordnung definiert den Begriff des Wohnsitzes in Art. 10 Abs. 2 ZPO selbst nicht, sondern verweist auf die entsprechenden Bestimmungen im Zivilgesetzbuch. Wie der Vorderrichter zutreffend ausführte, bestimmt sich der zivilrechtliche Wohnsitz somit ausschliesslich nach den Art. 23 ff. ZGB. Der Wohnsitz im öffentlichen Recht wird von jenem selbst autonom definiert. Nach Art. 23 ZGB bestimmt sich der Wohnsitz einer Person danach, an welchem Ort sie sich mit der Absicht dauernden Verbleibens aufhält und welcher Ort der Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen bildet. Hält sich eine Person abwechselungsweise und nicht nur vorübergehend an zwei Orten auf, gilt derjenige Ort als Wohnsitz, zu dem die Person die stärkeren Beziehungen hat. Was das genau bedeutet, hängt massgeblich davon ab, wie viel Gewicht die entscheidende Instanz den jeweiligen Indizien zumisst. Die zwei Voraussetzungen, die kumulativ erfüllt sein müssen, sind somit einerseits der tatsächliche Aufenthalt an einem Ort und andererseits die Absicht, sich an diesem Ort dauernd aufzuhalten. Nach der Rechtsprechung kommt es dabei nicht auf den inneren Willen an, sondern auf die Absicht, auf die die äusseren Umstände objektiv schliessen lassen. Das subjektive Element der Absicht dauernden Verweilens am betreffenden Ort ist aus der Sicht eines Dritten zu beurteilen. Der Wohnsitz ist nicht nur für die betroffene Person von Bedeutung, sondern auch und vor allem für Dritte und Behörden. Der Lebensmittelpunkt befindet sich normalerweise dort, wo geschlafen und die Freizeit verbracht wird, die familiären Beziehungen gepflegt und wo die persönlichen Effekten aufbewahrt werden. Die Deponierung der Schriften, die Ausübung des Stimmrechts und die Bezahlung der Steuern können als Indizien herbeigezogen werden, um zu bestimmen, ob eine Person die Absicht zum dauernden Verbleiben hat. Diese Indizien sind für sich allein jedoch nicht entscheidend, es sind immer alle erkennbaren Aspekte zu berücksichtigen (Sutter-Somm/Gut, in: Sutter-

Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 10 N 6-8 mit Verweisen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung und einschlägige Literatur).

b) Im Lichte dieser Interpretation des Wohnsitzbegriffes gemäss Art. 23 ZGB durch Literatur und Rechtsprechung ist der Gewichtung der vorhandenen Indizien durch den Vorderrichter vollumfänglich beizupflichten. Aufgrund der von aussen erkennbaren Umstände kann nicht auf eine Wohnsitznahme des Klägers in F.\_\_\_\_\_ bei seiner Tante geschlossen werden. Die vom Kläger in der Berufungsbegründung vorgebrachten Umstände vermögen die Argumentation des Vorderrichters nicht zu erschüttern. Vorab ist dem Kläger entgegenzuhalten, dass er irrt, wenn er der Meinung ist, dass die Beklagte ihre Behauptungen bezüglich der fehlenden Wohnsitzbegründung des Klägers in F.\_\_\_\_\_ beweisen müsste. Die Beweislast für die Umstände, welche auf einen Wohnsitz an einem bestimmten Ort schliessen lassen, trägt - nach dem allgemeinen Grundsatz von Art. 8 ZGB - diejenige Partei, welche sich darauf beruft (Sutter-Somm/Gut, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 10 N 4a), vorliegend also der Kläger.

Entgegen der Auffassung des Klägers bilden die von ihm genannten Beweismittel, wonach der Kläger in der Gemeinde ..., zu welcher F.\_\_\_\_\_ gehört, angemeldet ist, nämlich die Meldebestätigung der Gemeinde ... (Urk. 5) und die Niederlassungsbewilligung der Gemeinde ... (Urk. 6), lediglich ein Indiz für die Wohnsitznahme. Die übrigen Umstände weisen jedoch in keiner Weise daraufhin, dass der Klägerin seinen Lebensmittelpunkt tatsächlich nach F.\_\_\_\_\_ verlegt hat. Zwar machte der Kläger geltend, dass auch seine Lohnabrechnungen an die Adresse in F.\_\_\_\_\_ geschickt würden (Urk. 43 S. 4f.; Urk. 8/8), doch behauptete er nicht, dass seine gesamte Post nach F.\_\_\_\_\_ gesandt werde. Es ist daher zu vermuten, dass die übrigen Postsendungen nach wie vor in D.\_\_\_\_\_ zugestellt werden, weil der Kläger sich wesentlich öfters dort aufhält und deshalb auf Schreiben gegebenenfalls auch sofort reagieren könnte. Bei Lohnabrechnungen muss in der Regel keine oder keine unmittelbare Reaktion erfolgen. Der Kläger unterliess es jedoch, zu diesem Thema substantiierte Behauptungen aufzustellen. Der Kläger machte weiter geltend, dass D.\_\_\_\_\_ verkehrstechnisch günstiger ge-

legen sei, um seinen Arbeitsort in Zürich-Seebach mit dem Auto zu erreichen. Würde er von F. \_\_\_\_\_ aus zu seinem Arbeitsplatz fahren, müsste er sowohl am Vormittag als auch am Abend die Stadt Zürich durchqueren, was erheblichen Stress und erhöhten Zeitbedarf bedeuten würde (Urk. 43 S. 6). Damit steht fest, dass der Kläger während der Woche, wenn er arbeitstätig ist, am Abend stets nach D. \_\_\_\_\_ zurückkehrt. Der Kläger führte überdies an, dass D. \_\_\_\_\_ auch für seine Freundin, G. \_\_\_\_\_, unter der Woche erheblich rascher erreichbar sei als F. \_\_\_\_\_ (Urk. 43 S. 6). Der Kläger bestritt, dass er mit seiner Freundin in einem Konkubinat lebe. Zum Beweis reichte er eine Wohnsitzbescheinigung der Einwohnerkontrolle H. \_\_\_\_\_ für G. \_\_\_\_\_ ein (Urk. 39 S. 4; Urk.). Wie es sich mit deren Wohnsitz verhält, ist im vorliegenden Zusammenhang ohne Belang. Der Kläger machte jedenfalls nicht geltend, dass sich seine Freundin jeweils zusammen mit ihm in F. \_\_\_\_\_ aufhalte bzw. ihn dort besuche. Seinen Ausführungen ist lediglich zu entnehmen, dass sie ihn in D. \_\_\_\_\_ besucht. Der Kläger hat weiter gegenüber seinem Sohn ein gerichtlich geregeltes Besuchsrecht an jedem zweiten Wochenende pro Monat von Freitagabend bis Montagnachmittag, welches er gemäss eigenen Angaben in seiner Wohnung in D. \_\_\_\_\_ ausübt (Urk. 21 S. 3). Bereits aufgrund dieser, vom Kläger selbst bestätigten, Umstände ist offensichtlich, dass sich der Kläger zum weit überwiegenden Teil in D. \_\_\_\_\_ aufhält. Aufgrund dieser Tatsache ist auch davon auszugehen, dass er seine Effekten überwiegend in D. \_\_\_\_\_ hat. Anderes machte der Kläger jedenfalls nicht geltend. Dass der Kläger dort von seiner Freundin besucht wird und auch das Besuchsrecht gegenüber seinem Sohn wahrnimmt, weist eindeutig daraufhin, dass sich sein Lebensmittelpunkt nach wie vor überwiegend in D. \_\_\_\_\_ befindet. Der Kläger machte auch nicht geltend, dass er beabsichtige, in absehbarer Zeit etwas an dieser Situation zu ändern. Es ist deshalb davon auszugehen, dass er sich auch in Zukunft überwiegend in D. \_\_\_\_\_ aufhalten wird. Der Kläger unterliess es auch, weitere Angaben zu seinem (weiteren) Freundes- und Bekanntenkreis zu machen. Zwar behauptete er, am gesellschaftlichen Leben in F. \_\_\_\_\_ teilzunehmen, unterliess es jedoch gänzlich darzulegen, was darunter zu verstehen ist. Es fällt auch auf, dass er jegliche weitere Angaben bezüglich seines Aufenthalts in F. \_\_\_\_\_ vermied. Weder ist bekannt, wieviel Raum er im Hause seiner Tante benutzen kann,

noch wie sich seine Aufenthalte genau gestalten. Er machte auch nicht geltend, dass er dort von seiner Freundin übers Wochenende besucht werde oder seinen Sohn dorthin mitnehme. Der Kläger behauptete auch nicht, jeweils die nicht besuchsberechtigten Wochenenden stets in F.\_\_\_\_\_ zu verbringen. Er unterliess jegliche diesbezügliche Substantiierung.

Bezüglich seines behaupteten Wohnsitzes in F.\_\_\_\_\_ brachte der Kläger einzig vor, dass er regelmässig - mindestens einmal pro Woche - dorthin zurückkehre und eine enge Beziehung zu seiner Tante pflege. Zum Beweis für diese konkrete Behauptung offerierte er schon vor Vorinstanz die Einvernahme seiner Tante E.\_\_\_\_\_ und seiner Freundin G.\_\_\_\_\_ als Zeuginnen (Urk. 39 S. 3). Die Vorinstanz unterliess es, diese beiden Personen als Zeuginnen zu befragen, weil sie diese Behauptung nicht in Frage stellte, sondern sie als gegeben annahm. Sie stellte nicht in Frage, dass der Kläger zu seiner Tante eine enge Beziehung habe und regelmässig - mindestens einmal pro Woche - zu ihr fahre. Unter diesen Umständen erübrigte sich ein Beweisverfahren. Die Vorinstanz erachtete nämlich angesichts der weiteren Umstände eine solche regelmässige Rückkehr nach F.\_\_\_\_\_ nicht als ausreichend zur Begründung eines Wohnsitzes bei der Tante (Urk. 44 S. 6). Da sich der Kläger jedenfalls weit überwiegend immer noch in D.\_\_\_\_\_ aufhält und dort auch das Besuchsrecht gegenüber seinem Sohn ausübt, ging sie davon aus, dass sich der Mittelpunkt seiner Lebensinteressen nach wie vor dort befinde (Urk. 44 S. 6). Da der Kläger die Aussage der beiden Zeuginnen explizit nur zur Bestätigung dieses Sachverhaltes anrief (Urk. 39 S. 3 f.), kann im Verzicht auf die Einvernahme dieser beiden Personen keine Verletzung des rechtlichen Gehörs des Klägers erblickt werden. Die Vorinstanz hätte auch bei einer entsprechenden Zeugenaussage nichts anderes machen können, als von diesem Sachverhalt auszugehen, um ihn im Kontext der sich stellenden Frage, nämlich wo sich der Wohnsitz des Klägers aufgrund der konkreten Umstände befinde, zu würdigen. Letzteres ist eine Rechtsfrage und daher nicht beweistauglich. Auch über Vorbringen, welche nicht genügend substantiiert sind, kann nicht Beweis abgenommen werden. Die Folgen der ungenügenden Behauptungen hat der Kläger zu tragen.

c) Zusammenfassend ist festzuhalten, dass aufgrund der äusseren Umstände zu schliessen ist, dass der Kläger nach wie vor die weit stärkeren Beziehungen zu D.\_\_\_\_\_ aufweist, als zu F.\_\_\_\_\_. Es ist nicht bekannt, dass er in F.\_\_\_\_\_ andere soziale Beziehungen als diejenigen zu seiner Tante besitzt, zu der er nach eigenen Angaben auch schon vor der Deponierung seiner Schriften in F.\_\_\_\_\_ ein enges Verhältnis pflegte (Urk. 39 S. 3). Die Beziehungen zu seinem langjährigen Wohnort, wo er heute noch eine Wohnung besitzt, wohin er fast jeden Tag zurückkehrt, wo auch sein Sohn wohnt, den er zweimal pro Monat für ein ausge dehntes Besuchsrecht zu sich nimmt und wo er auch von seiner Freundin besucht wird, erscheinen demgegenüber weit gewichtiger. Es ist deshalb in Übereinstimmung mit dem Vorderrichter davon auszugehen, dass sich sein Lebensmittelpunkt nach wie vor in D.\_\_\_\_\_ befindet und sich dies in absehbarer Zeit auch nicht ändern wird. Der Umstand, dass der Kläger seine Schriften in F.\_\_\_\_\_ deponiert hat, spielt deshalb keine entscheidende Rolle. Es ist auch unerheblich, aus welchen Motiven dies erfolgte. Es ist davon auszugehen, dass der Kläger im Bezirk Horgen keinen Wohnsitz begründet hat und demgemäss auch kein Gerichtsstand besteht (Art. 23 Abs. 1 ZPO).

Die Berufung des Klägers ist deshalb abzuweisen. Auf die Klage ist nicht einzutreten. Da sich die Berufung sofort als offensichtlich unbegründet erweist, ist keine Stellungnahme der Gegenpartei einzuholen (Art. 312 Abs. 1 ZPO).

4. Der Kläger ersuchte auch für das Berufungsverfahren um unentgeltliche Rechtspflege (Urk. 43 S. 7 ff.). Bezüglich der Voraussetzungen derselben kann auf die Ausführungen des Vorderrichters mit Bezug auf Art. 117 lit. a und b und Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO verwiesen werden (Urk. 44 S. 7). Das Armenrechtsgesuch des Klägers ist zufolge Aussichtslosigkeit seiner Berufung abzuweisen.

5. Die Entscheidgebühr ist auf Fr. 1'500.-- zu bemessen (§§ 5 Abs. 1, 6 Abs. 1, 10 Abs.1 und 12 Abs. 1 GebVO). Ausgangsgemäss sind die Kosten des Berufungsverfahrens dem Kläger aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Mangels wesentlicher Umtriebe und Aufwendungen ist der Gegenpartei keine Entschädigung zuzusprechen.

**Es wird beschlossen:**

1. Die Berufung des Klägers wird abgewiesen und die Verfügung des Einzelgerichts des Bezirksgerichtes Horgen vom 19. November 2015 bestätigt.
2. Das Gesuch des Klägers um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Berufungsverfahren wird abgewiesen.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird festgesetzt auf Fr. 1'500.--.
4. Die Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens werden dem Kläger auferlegt.
5. Für das Berufungsverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagte unter Beilage von Urk. 43 sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

7. Eine bundesrechtliche Beschwerde gegen diesen Entscheid ist innerhalb von 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 und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Zwischenentscheid im Sinne von Art. 92 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, 3. Februar 2016

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. L. Casciaro

versandt am:  
se