

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LE110050-O/U.doc

Mitwirkend: die Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, und Dr. H.A. Müller,
Ersatzoberrichter Dr. St. Mazan sowie Gerichtsschreiberin lic. iur.
S. Notz

Beschluss vom 6. Juli 2012

in Sachen

A. _____,

Beklagter und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Klägerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

betreffend **Eheschutz (örtliche + sachliche Zuständigkeit)**

**Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im summarischen
Verfahren am Bezirksgericht Bülach vom 28. Juli 2011 (EE110030)**

Rechtsbegehren:

der Klägerin (Urk. 2 S. 2)

1. Es sei vom Getrenntleben der Parteien Vormerk zu nehmen.
2. Es sei der Klägerin rückwirkend ab 1. April 2010 ein Unterhaltsbeitrag von Fr. 1'500.– pro Monat zuzusprechen.
3. Die Kosten- und Entschädigungsfolgen seinen zu Lasten des Beklagten zu regeln.

des Beklagten (Urk. 2 S. 2)

1. Auf den Antrag der Klägerin auf Vormerknahme des Getrenntlebens sei nicht einzutreten.
2. Das Begehren der Klägerin um Zusprechung von Unterhaltsbeiträgen sei abzuweisen.
eventualiter: Der Beklagte sei für berechtigt zu erklären, Fr. 50'680.80 mit den zu bezahlenden Unterhaltsbeiträgen zu verrechnen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Klägerin."

Urteil des Bezirksgerichts Bülach, Einzelgericht:

- "1. Das Eheschutzbegehren erweist sich als nicht offensichtlich unbegründet und nicht offensichtlich unzulässig. Die diesbezüglichen Einreden werden abgewiesen.
2. Das Einzelgericht ist örtlich und sachlich zuständig.
3. (Schriftliche Mitteilung).
4. (Berufung)."

Berufungsanträge:

des Beklagten und Berufungsklägers (Urk. 1 S. 2):

- "1. Es sei das Rubrum wie folgt zu ändern: Anstatt 'betreffend Eheschutz' neu 'betreffend vorsorgliche Massnahmen im ausländischen Scheidungsverfahren'.
2. Die Verfügung des Bezirksgerichts Bülach vom 28. Juli 2011 sei aufzuheben und es sei auf die Klage nicht einzutreten.
Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. 8 % MWST) zulasten der Klägerin."

der Klägerin und Berufungsbeklagten (Urk. 7 S. 1):

- "1. Es sei die Berufung vollumfänglich abzuweisen, und es sei der Entscheid des Eheschutzrichters des Bezirksgerichts Bülach zu bestätigen.
2. Die Kosten- und Entschädigungsfolgen seien zu Lasten des Beklagten und Berufungsklägers zu regeln."

Erwägungen:

I.

Die Klägerin reichte am 1. März 2011 am Bezirksgericht Bülach ein Eheschutzbegehren ein. Mit Eingabe vom 31. März 2011 stellte der Beklagte einen Nichteintretensantrag wegen offensichtlicher Unzulässigkeit der Klage. Anlässlich der am 30. Juni 2011 stattfindenden Hauptverhandlung hielt der Beklagte an seinem Nichteintretensantrag fest und machte zusätzlich die örtliche Unzuständigkeit des angerufenen Gerichts geltend (Urk. 2 S. 1f.). Mit Verfügung vom 28. Juli 2011 fällte das Einzelgericht am Bezirksgericht Bülach den eingangs wiedergegebenen Entscheid. Am 15. August 2011 erhob der Beklagte und Berufungskläger (fortan Beklagter) rechtzeitig Berufung mit obgenannten Anträgen (Urk. 1 S. 2). Am 6. September 2011 ging der vom Beklagten zu leistende Kostenvorschuss bei der Obergerichtskasse ein (Urk. 5). Am 10. Oktober 2011 erstattete die Klägerin und Berufungsbeklagte (fortan Klägerin) die Berufungsantwort und beantragte Abweisung der Berufung (Urk. 7 S. 1). Am 12. Oktober 2011 wurde die Rechtsschrift der Gegenseite zur Kenntnis zugestellt (Urk. 8). Am 27. April 2012 fand ein Referentenwechsel statt. Am 21. Juni 2012 reichte die Rechtsvertreterin des Beklagten das inzwischen rechtskräftige Scheidungsurteil des Bezirksgerichts ..., C.____ [Staat in Osteuropa] ein, zusammen mit einer Anfrage nach dem Stand des Verfahrens (Urk. 9-10). Letztere wurde mit Brief vom 26. Juni 2012 beantwortet (Urk. 11).

II.

1. Für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren kommt die am 1. Januar 2011 in Kraft getretene Schweizerische Zivilprozessordnung zur Anwendung (Art. 404 f. ZPO).
2. In der Verfügung vom 28. Juli 2011 verfügte das Einzelgericht am Bezirksgericht Bülach in einem Zwischentscheid, dass erstens das Eheschutzbegehren der Klägerin sich nicht als offensichtlich unzulässig oder unbegründet erweise und zweitens das Einzelgericht örtlich und sachlich zuständig sei (Urk. 2 S. 10).
3. Gegen die Abweisung der Unzuständigkeitsabrede ist die Berufung gemäss Art. 308 Abs. 1 lit. a ZPO gegeben (Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO-Komm., Art. 308 N 28). Auch Ziff. 1 der angefochtenen Verfügung muss i.S. eines Prozesszwischenentscheids als für anfechtbar gelten, da sie das Erfordernis von Art. 237 ZPO erfüllt und Entscheide nach Art. 237 der Berufung unterliegen (Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, a.a.O., Art. 308 N 24.).
4. Der Beklagte und Berufungskläger (fortan Beklagter) beantragt, das Rubrum sei zu ändern wie folgt: anstatt "betreffend Eheschutz" neu "betreffend vorsorgliche Massnahmen im ausländischen Scheidungsverfahren". Anfechtbar ist (grundsätzlich) nur das Dispositiv des erstinstanzlichen Entscheides (Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, a.a.O., Vorb. zu Art. 308-318 N 33). Das Rubrum findet keinen Niederschlag im Dispositiv. Allerdings steht der Antrag des Beklagten in engem sachlichen Zusammenhang mit der Frage der örtlichen und sachlichen Zuständigkeit, welche zu den Prozessvoraussetzungen gehören und von Amtes wegen zu prüfen sind (Art. 59 Abs. 2 lit. b und Art. 60 ZPO), weshalb darauf einzutreten ist.
5. Die Erstinstanz wies die Einrede der Unzuständigkeit des angerufenen Eheschutzgerichts aus folgenden Gründen ab: Beide Parteien seien ... Staatsbürger [des Staates C. _____], es liege ein internationaler Sachverhalt vor und das IPRG sei anwendbar. Bereits bei Einleitung des Eheschutzbegehrens sei unbestritten ein ausländisches Scheidungsverfahren hängig gewesen. Das ... Urteil werde

anerkannt werden, sowohl gestützt auf das Haager Übereinkommen über die Anerkennung von Ehescheidungen und Ehetrennungen vom 1. Juni 1970 (HÜAS) als auch gestützt auf Art. 27 IPRG. Wenn eine Scheidungsklage im Ausland rechtshängig sei und eine positive Anerkennungsprognose vorliege, so könnten in der Schweiz keine Eheschutzmassnahmen mehr erlassen werden. Die Teilrevision des IPRG per 1. Januar 2011 habe zu einer Änderung von Art. 10 IPRG geführt. Im Gegensatz zur alten Fassung, welche sich nicht zur Bezugsnähe schweizerischer Gerichte oder Behörden zum Sachverhalt oder Verfahren geäussert habe, spreche sich der neue Art. 10 lit. b IPRG explizit darüber aus, wann ein Rechtsschutzinteresse gegeben sei. Demgemäss sei eine schweizerische Zuständigkeit für die Gerichte insbesondere am Ort gegeben, "an dem die Massnahme vollstreckt werden soll." Der Charakter von Eheschutzmassnahmen sei vorläufiger Natur. Solche Massnahmen seien mit vorsorglichen Massnahmen gleichzusetzen. Wenn eine Zuständigkeit der schweizerischen Gerichte bejaht werden könne, so sei es nicht von entscheidender Bedeutung, ob es sich inhaltlich noch um Eheschutzmassnahmen handle oder um vorsorgliche Massnahmen betreffend den ausländischen Scheidungsprozess (so nicht publizierter Beschluss des Obergerichts des Kantons Zürich vom 27. März 2008, LP070073). Zudem seien die Bestimmungen über die Massnahmen zum Schutz der ehelichen Gemeinschaft auf vorsorgliche Massnahmen während des Scheidungsverfahrens sinngemäss anwendbar (Urk. 2 S. 7f.).

Die Bestimmung des nach nationalem Recht zuständigen Gerichts für den Erlass vorsorglicher Massnahmen, so die Vorinstanz weiter, richte sich somit nach Art. 10 IPRG. Beide Parteien seien in der Schweiz und im Bezirk wohnhaft. Die angebehrten Eheschutz- resp. vorsorglichen Massnahmen würden im Sinne von Art. 10 IPRG in der Schweiz vollstreckt werden, weshalb die örtliche Zuständigkeit des angerufenen Bezirksgerichts Bülach gegeben sei. Der Einzelrichter sei somit zuständig, die vorliegende (Eheschutz-)Klage nach den Vorschriften des summarischen Verfahrens sachlich zu beurteilen (Urk. 2 S. 9).

6. Der Beklagte moniert in der Berufung, obwohl auch die Erstinstanz davon ausgegangen sei, dass im zu beurteilenden Fall nur noch vorsorgliche Massnah-

men gestützt auf Art. 10 IPRG erlassen werden könnten, habe sie das vorliegende Verfahren als solches "betreffend Eheschutz" geführt. Entgegen der erstinstanzlichen Ansicht sei es sehr wohl massgebend, ob die vorliegende Klage inhaltlich als Eheschutzverfahren oder als vorsorgliches Massnahmeverfahren während eines ausländischen Scheidungsprozesses behandelt werde. So bestehe für die vorsorglichen Massnahmen - anders als beim Eheschutz - kein numerus clausus. Zudem gelte für Massnahmen gemäss Art. 172 ff. ZGB neu die so genannte abgeschwächte Untersuchungsmaxime (Art. 272 ZPO), während scheidungsrechtliche Unterhaltsfragen unter Ehegatten wie bisher dem Verhandlungsgrundsatz unterstehen würden (Art. 277 Abs. 1 ZPO). Daher sei das Rubrum abzuändern (Urk. 1 S. 2f.).

7. Die Klägerin macht geltend, die Gegenpartei lasse es an schlüssigen Argumenten vermissen, welches Rechtsschutzinteresse sie an einer Änderung des Rubrums habe. Wohl würden rechtsdogmatische Unterscheidungen bestehen, praktisch gesehen sei jedoch von der Gegenpartei nichts vorgebracht worden, das für den Entscheid über die gestellten Anträge relevant wäre. Es entspreche deshalb ein Stück weit einer Übung *l'art pour l'art*, wenn über das korrekte Rubrum gestritten werde, solange sich in Bezug auf die Beurteilung der Angelegenheit nichts ändere (Urk. 7 S. 2).

8. Es liegt ein internationales Verhältnis im Sinne von Art. 1 Abs. 1 IPRG vor: Beide Parteien sind Staatsangehörige von C._____ und es ist unbestritten, dass der Beklagte bereits im Juli 2010 eine Scheidungsklage in C._____ eingereicht hatte, während die Klägerin das Eheschutzbegehren im März 2011 am Bezirksgericht Bülach anhängig machte. Auch wird von der Klägerin die Auffassung des Beklagten und der Erstinstanz nicht länger in Frage gestellt, wonach das Scheidungsurteil in C._____ dereinst in der Schweiz wird anerkannt werden können, vermerkt doch die Klägerin explizit, dass sie nicht mehr daran festhalte, die positive Anerkennungsprognose zu bestreiten (Urk. 7 S. 3). Der Erstinstanz und dem Beklagten ist weiter darin beizupflichten, dass im vorliegenden Fall die schweizerischen Gerichte zur Anordnung von Eheschutzmassnahmen grundsätzlich nicht mehr zuständig sind. Zu widersprechen ist jedoch der Erwägung im angefochte-

nen Entscheid, dass Eheschutzmassnahmen mit vorsorglichen Massnahmen gleichzusetzen seien (Urk. 2 S. 8). Der Beklagte beanstandet dies zurecht (Urk. 1 S. 3). Die Erstinstanz bezieht sich zwar auf einen Beschluss der erkennenden Kammer vom 27. März 2008, allerdings ist zu vermuten, dass das Zitat wohl aus dem Zusammenhang gerissen ist. Die Kompetenzen des Eheschutz- und des Massnahmegerichts sind gemäss Gesetz unterschiedlich, obwohl Art. 276 Abs. 1 ZPO die Bestimmungen über den Schutz der ehelichen Gemeinschaft für sinngemäss anwendbar erklärt. Das Eheschutzgericht ist an die im Gesetz umschriebenen Massnahmen gebunden (Art. 172 Abs. 3 ZGB), wogegen das Massnahmegericht im Scheidungsprozess in seiner Befugnis nicht eingeschränkt ist (KUKO-ZPO-van de Graaf, Art. 276 N 3 m.H.). Weiter stellt das Eheschutzverfahren seit jeher ein in sich abgeschlossenes, rechtlich selbständiges, von anderen Prozessen unabhängiges Verfahren dar, welches - einmal formell rechtskräftig - grundsätzlich auch während eines allfälligen Scheidungsverfahrens seine Gültigkeit hat. So bleiben die Anordnungen in Kraft, bis sie durch einen Entscheid des Massnahmegerichts aufgehoben oder abgeändert werden (Art 276 Abs. 2 ZPO; KUKO-ZPO-van de Graaf, Art. 276 N 4 mit Verweis auf BGE 129 III 60). Bei Abweisung oder Rückzug einer Scheidungsklage gelten (unbefristete) Eheschutzmassnahmen weiterhin. Dagegen fallen mit rechtskräftigem Abschluss des Ehescheidungsverfahrens durch Sach- oder Prozessurteil grundsätzlich alle vorsorglichen Massnahmen dahin (von wenigen Ausnahmen abgesehen: vgl. BGE 119 II 193). Dass sowohl das Eheschutzverfahren als auch die vorsorglichen Massnahmen der gleichen summarischen Verfahrensart unterstehen und die inhaltlichen Anordnungen in der Praxis kaum zu unterscheiden sind, ändert nichts daran, dass - rechtsdogmatisch - das Gericht den als Eheschutzverfahren angelegten Prozess nur weiterführen kann bei bejahender Zuständigkeit. Die Erstinstanz hat aber selber erkannt, dass aufgrund der Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens im Ausland und der vorliegend positiven Anerkennungsprognose keine Zuständigkeit des Eheschutzgerichts in der Schweiz bestehen kann. Folglich ist die sachliche Zuständigkeit der Erstinstanz zu verneinen und es ist auf das Eheschutzbegehren der Klägerin nicht einzutreten.

9. Zu prüfen ist weiter, ob das Begehren in ein Begehren um Anordnung von vorsorglichen Massnahmen im ausländischen Scheidungsprozess konvertiert werden kann. Nicht streitig ist, dass sich die Zuständigkeit der schweizerischen Gerichte zum Erlass von Massnahmen nicht auf Art. 62 Abs. 1 IPRG stützen lässt, da in der Schweiz kein Scheidungsverfahren hängig ist. Die (zumindest örtliche) Zuständigkeit lässt sich indes aus Art. 10 lit. b IPRG herleiten. Der Beklagte machte allerdings vor Erstinstanz geltend, dass die Eingabe der anwaltlich vertretenen Klägerin den Anforderungen der schweizerischen ZPO für ein Gesuch im summarischen Verfahren nicht genüge, weshalb auch aus diesem Grund darauf nicht einzutreten sei (Urk. 3/4 S. 1f). Die Vorinstanz hat diesen Einwand verworfen: Die Eingabe mit den Anträgen auf Vormerknahme der Parteien und auf Zusage von monatlichen Unterhaltsbeiträgen sei unzweifelhaft ein Eheschutzbegehren. Praxisgemäss würden Eheschutzbegehren als nicht aussichtslos gelten. Der Beklagte könne sich - aufgrund seiner eigenen persönlichen Kenntnisse um die finanzielle Lage der Parteien - ein einigermaßen genaues Bild darüber machen, worauf die Klägerin ihren finanziellen Anspruch stütze. Eine weitere Substantiierung dieser konkreten Anträge unter Einreichung von Urkunden erscheine damit als nicht erforderlich (Urk. 2 S. 4f.). In der Berufung hält der Beklagte an seinem Standpunkt fest (Urk. 1 S. 3).

10. Das summarische Verfahren wird durch das Gesuch beim Einzelgericht eingeleitet (Art. 252 Abs. 1 ZPO), in einfachen und dringlichen Fällen mündlich, sonst schriftlich (Art. 252 Abs. 2 ZPO). Mit Einreichung des substantiierten Gesuches tritt Rechtshängigkeit ein (Art. 62 Abs. 1 ZPO). Der Inhalt des Gesuchs richtet sich nach Art. 221 ZPO, der aufgrund von Art. 219 ZPO auch für das summarische Verfahren gilt. Das Gesuch muss umfassen: Parteien und allfällige Vertretungen, Rechtsbegehren, Streitwert, Tatsachenbehauptungen, Bezeichnung der zulässigen Beweismittel, Datum und Unterschrift (KUKO ZPO-Jent-Sorensen, Art. 252 N 2) und es sind die Beilagen gemäss Art. 252 Abs. 2 ZPO beizulegen.

11. Im zu beurteilenden Fall ist der Antrag in der Sache klar, nämlich die Vormerknahme des Getrenntlebens und die Verpflichtung der Gegenpartei zu einer Leistungsklage. Indes vermag die Rechtsschrift mit Bezug auf die Tatsachenbe-

hauptungen nicht zu genügen. Gemäss Art. 221 Abs. 1 lit. d ZPO hat die gesuchstellende Partei sämtliche Tatsachen, auf die sie sich stützt, vorzubringen (Kaufmann, DIKE-Komm-ZPO, Art. 252 N 23). Tatsachenbehauptungen wurden keine aufgestellt, ebenso wurden keine Beweismittel zu den behaupteten Tatsachen bezeichnet (Art. 221 Abs. 1 lit. e ZPO), geschweige denn, wie es Art. 221 lit. c Abs. 2 ZPO verlangt, wurden die verfügbaren Urkunden beigelegt (KUKO ZPO-Jent-Sorensen, Art. 252 N 3; Kaufmann, DIKE-Komm-ZPO, Art. 252 N 24). Das schriftliche Gesuch der anwaltlich vertretenen Klägerin vermag die gesetzlichen Anforderungen in inhaltlicher Hinsicht nicht zu erfüllen. Gemäss Art. 253 ZPO gibt das Gericht der Gegenpartei Gelegenheit, mündlich oder schriftlich Stellung zu nehmen, wenn das Gesuch nicht offensichtlich unzulässig oder unbegründet ist. Offensichtlich unzulässig ist ein Gesuch bei klarem Fehlen einer Prozessvoraussetzung, offensichtlich unbegründet, wenn das Gesuch materiell nicht begründet ist (Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, a.a.O., Art. 253 N 7 und 8). Im vorliegenden Fall fehlt es an formellen Voraussetzungen. Ist das Gesuch offensichtlich unzulässig oder unbegründet, so kann unmittelbar auf das Gesuch nicht eingetreten bzw. dieses kann abgewiesen werden (KUKO ZPO-Jent-Sorensen, Art. 253 N 1).

12. Folglich liegt ein offensichtlich unzulässiges Gesuch vor, weshalb auf das Gesuch nicht einzutreten wäre. Eine mangelhafte Eingabe i.S.v. Art. 132 ZPO liegt nicht vor. Dies aber steht einer Konversion des Eheschutzbegehrens in ein Begehren um "vorsorgliche Massnahmen im ausländischen Scheidungsprozess" entgegen. Damit kann auch die Frage nach dem Rechtsschutzinteresse offen gelassen werden, nämlich, ob trotz der neuen Bestimmung von Art. 10 Abs. 1 lit. b IPRG weiterhin die von der bundesgerichtlichen Praxis geschaffenen Voraussetzungen (vgl. etwa BGE 134 III 326) bestehen müssen, zumal die Klägerin vor Erstinstanz auch keine entsprechenden Behauptungen aufgestellt hat.

13. Selbst wenn man mit der Klägerin davon ausginge, dass der Mangel der Eingabe mit der Durchführung des erstinstanzlichen Verfahrens geheilt worden wäre (Urk. 7 S. 2), ist zu bemerken, dass sich im vorinstanzlichen Protokoll keinerlei Hinweis auf ein Verfahren betreffend "vorsorgliche Massnahmen im ausländischen Scheidungsprozess" findet.

dischen Scheidungsprozess" findet (Prot. I. S. 2 ff.), weshalb die unter dem Betreff "Eheschutz" durchgeführte Verhandlung auch aus diesem Grund nicht unter neuem Titel weitergeführt werden könnte.

14. Nach dem Gesagten ist die angefochtene Verfügung aufzuheben und es ist auf das Eheschutzbegehren nicht einzutreten. Zur Festsetzung und Verteilung der bisherigen Kosten und Entschädigungen ist das Verfahren an die Erstinstanz zurückzuweisen.

III.

Da der Beklagte in der Hauptsache obsiegt, ist die Klägerin für das Berufungsverfahren für kosten- und entschädigungspflichtig zu erklären.

Es wird beschlossen:

1. Auf das Eheschutzbegehren wird nicht eingetreten.
2. Zur Festsetzung und Verteilung der erstinstanzlichen Kosten und Entschädigungen wird die Angelegenheit an die Erstinstanz zurückgewiesen.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'800.– festgesetzt.
4. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Klägerin auferlegt und mit dem geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Die Klägerin wird verpflichtet, dem Beklagten den geleisteten Vorschuss von Fr. 2'000.– zu ersetzen.
5. Die Klägerin wird verpflichtet, dem Beklagten für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 1'944.– zu bezahlen.

6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, sowie an das Einzelgericht am Bezirksgericht Bülach und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

7. 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 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, 6. Juli 2012

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer
Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. S. Notz

versandt am:
se