

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LE170075-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichterin Dr. D. Scherrer und Oberrichter lic. iur. M. Spahn sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. N.A. Gerber

Beschluss vom 23. Mai 2018

in Sachen

A. _____,

Gesuchsgegner und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwältin Dr. iur. Y. _____

betreffend **Eheschutz**

Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Zürich vom 11. Dezember 2017 (EE170274-L)

Verfügung des Einzelgerichts am Bezirksgericht Zürich, 8. Abteilung, vom 11. Dezember 2017 (Urk. 5/25 = Urk. 2):

1. Der Antrag der Gesuchstellerin auf Verpflichtung des Gesuchsgegners zur Leistung eines Prozesskostenbeitrages wird abgewiesen.
2. Die Unzuständigkeitseinrede des Gesuchsgegners wird abgewiesen. Auf das Gesuch der Gesuchstellerin um Eheschutz vom 22. August 2017 wird eingetreten.
3. (Mitteilungssatz)
4. (Berufung, 10 Tage)

Berufungsanträge:

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

- "1. Es sei die Berufung gutzuheissen.
2. Es sei mangels örtlicher Zuständigkeit auf das Gesuch der Klägerin nicht einzutreten.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (plus 8% MWST)."

der Gesuchstellerin und Berufungsbeklagten (Urk. 18 S. 2):

- "1. Die Berufung sei vollumfänglich abzuweisen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Berufungsklägers (einschl. derzeit 7.6% MwSt.)."

Erwägungen:

I.

1. Die Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte (fortan Gesuchstellerin) reichte am 21. August 2017 am Bezirksgericht Zürich ein Eheschutzbegehren ein (Urk. 5/1). Die Parteien wurden daraufhin auf den 21. November 2017 zur Hauptverhandlung vorgeladen (Urk. 5/8). Der Antrag des Gesuchsgegners und Berufungsklägers (fortan Gesuchsgegner) auf Sistierung des Eheschutzverfahrens sowie sein Eventualantrag um Verschiebung der Hauptverhandlung gemäss Eingabe vom 9. November 2017 (Urk. 5/10) wurden mit Verfügung vom 13. November 2017 abgewiesen (Urk. 5/14). Anlässlich der Hauptverhandlung vom 21. November 2017 erhob der Gesuchsgegner die Unzuständigkeitseinrede mit der Begründung, die Gesuchstellerin habe weder einen Wohnsitz noch einen gewöhnlichen Aufenthalt in Zürich (Prot. I. S. 5 ff.). Mit Verfügung vom 11. Dezember 2017 fällte das Einzelgericht am Bezirksgericht Zürich, 8. Abteilung, den eingangs wiedergegebenen Entscheid (Urk. 5/25 = Urk. 2). Diese Verfügung wurde dem Gesuchsgegner am 15. Dezember 2017 zugestellt (Urk. 5/26/2). Die im Entscheid vom 11. Dezember 2017 richtig angegebene Berufungsfrist von 10 Tagen gemäss Art. 314 Abs. 1 ZPO endete daher mit Blick auf Art. 142 Abs. 1 ZPO, Art. 143 Abs. 1 ZPO und Art. 145 Abs. 2 lit. b ZPO am 27. Dezember 2017.

2. Der Briefumschlag der Berufungseingabe trägt den Poststempel vom 28. Dezember 2017, indes ist darauf handschriftlich vermerkt "Einwurf Briefkasten Post Paradeplatz am 27.12.2017 um 23.50 Uhr", versehen mit zwei Unterschriften, wovon eine dem Rechtsvertreter des Gesuchsgegners zugeordnet werden kann, während die andere unter dem Hinweis "Zeuge" unleserlich ist (vgl. Urk. 1). Mit Eingabe vom 28. Dezember 2017 liess der Gesuchsgegner mitteilen, es handle sich bei der zweiten Unterschrift auf dem Umschlag um diejenige von C._____ (Urk. 3). Mit Verfügung vom 18. Januar 2018 wurde dem Gesuchsgegner Frist angesetzt, um den vollständigen Namen, die Adresse sowie die aktuelle Telefonnummer der Person zu nennen, die auf dem Briefumschlag als Zeuge unter-

schrieben hat, sowie für das Berufungsverfahren einen Kostenvorschuss von Fr. 3'000.– zu leisten (Urk. 6). Mit Eingabe vom 1. Februar 2018 kam der Gesuchsgegner dieser Aufforderung nach (Urk. 7) und nannte Adresse und Telefonnummer des von ihm bezeichneten Zeugen. Da das Gericht nach Eingang eines Rechtsmittels von Amtes wegen zu prüfen hat, ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind (Art. 60 ZPO) - zu denen unter anderem auch die Wahrung der gesetzlichen Berufungsfrist gehört - wurde dem Gesuchsgegner mit Beschluss vom 6. Februar 2018 der Hauptbeweis dafür auferlegt, dass die Berufungsschrift am 27. Dezember 2017 der Schweizerischen Post übergeben worden ist (Urk. 12). Gleichzeitig wurde die Zeugeneinvernahme von C._____ als Beweismittel beschlossen. Nachdem der geforderte Kostenvorschuss sowohl für das Beweis- als auch für das Berufungsverfahren innert Frist eingegangen war (vgl. Urk. 10 und 12), wurden die Parteien mit Verfügung vom 14. Februar 2018 zur Beweisverhandlung vorgeladen (Urk. 13). Diese fand am 1. März 2018 statt (Prot. II. S. 6 f.). Mit Beschluss vom 15. März 2018 wurde vorgemerkt, dass die Berufung des Gesuchsgegners rechtzeitig erhoben worden war (Urk. 16). Mit Verfügung vom gleichen Tag wurde der Gesuchstellerin Frist zur Berufungsantwort angesetzt (Urk. 17). Die Berufungsantwort datiert vom 29. März 2018; die Gesuchstellerin schliesst darin auf Abweisung der Berufung (Urk. 18). Die Berufungsantwort wurde dem Gesuchsgegner mit Verfügung vom 3. April 2018 zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 19). Der Gesuchsgegner reichte daraufhin eine Stellungnahme zur Berufungsantwort, datierend vom 16. April 2018, ein (Urk. 20). Diese wurde der Gegenpartei mit Verfügung vom 18. April 2018 zur Kenntnisnahme zugestellt. Gleichzeitig wurde den Parteien mitgeteilt, dass kein weiterer Schriftenwechsel und keine Berufungsverhandlung durchgeführt werde und dass das Berufungsverfahren in die Phase der Urteilsberatung übergegangen sei (Urk. 21).

II.

1. Das Berufungsverfahren stellt keine Fortsetzung des erstinstanzlichen Verfahrens dar, sondern ist nach der gesetzlichen Konzeption als eigenständiges Verfahren ausgestaltet (BGE 142 III 413 E. 2.2.1, m.w.Hinw. auf die Botschaft zur

Schweizerischen ZPO, BBI 2006, S. 7374). Mit der Berufung kann eine unrichtige Rechtsanwendung und eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt über unbeschränkte Kognition bezüglich Tat- und Rechtsfragen, einschliesslich der Frage richtiger Ermessensausübung (Angemessenheitsprüfung; BGer 5A_184/2013 vom 26. April 2013, E. 3.1). In der schriftlichen Berufungsbegründung (Art. 311 ZPO) ist hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten als fehlerhaft zu betrachten ist bzw. an einem der genannten Mängel leidet. Das setzt (im Sinne einer von Amtes wegen zu prüfenden Eintretensvoraussetzung) voraus, dass der Berufungskläger die vorinstanzlichen Erwägungen bezeichnet, die er anführt, sich argumentativ mit diesen auseinandersetzt und mittels genügend präziser Verweisungen auf die Akten aufzeigt, wo die massgebenden Behauptungen, Erklärungen, Bestreitungen und Einreden erhoben wurden bzw. aus welchen Aktenstellen sich der geltend gemachte Berufungsgrund ergeben soll. Die pauschale Verweisung auf frühere Vorbringen oder deren blosser Wiederholung genügen nicht (vgl. BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGer 5A_247/2013 vom 15. Oktober 2013, E. 3.2; 5A_751/2014 vom 28. Mai 2015, E. 2.1). Was nicht oder nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen entsprechenden Weise beanstandet wird, braucht von der Rechtsmittelinstanz nicht überprüft zu werden; diese hat sich – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – grundsätzlich auf die Beurteilung der Beanstandungen zu beschränken, die in der schriftlichen Begründung formgerecht gegen den erstinstanzlichen Entscheid erhoben werden (vgl. BGE 142 III 413 E. 2.2.4, m.w.Hinw.; BGer 5A_111/2016 vom 6. September 2016, E. 5.3; 4A_258/2015 vom 21. Oktober 2015, E. 2.4.3; 4A_290/2014 vom 1. September 2014, E. 3.1 und E. 5). Insofern erfährt der Grundsatz "iura novit curia" (Art. 57 ZPO) im Berufungsverfahren eine Relativierung (BK ZPO I-Hurni, Art. 57 N 21 und N 39 ff.; Glasl, DIKE-Komm-ZPO, Art. 57 N 22).

2. Neue Tatsachen können gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO im Berufungsverfahren nur noch berücksichtigt werden, wenn diese ohne Verzug vorgebracht wurden und wenn sie trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten. Der im Berufungsverfahren geltende Untersuchungsgrundsatz

(vgl. Art. 272 ZPO) ändert daran nichts (BGE 138 III 625 E. 2.2; BGE 138 III 788 E. 4.2).

3. Die örtliche Zuständigkeit stellt eine Prozessvoraussetzung dar (Art. 59 Abs. 2 lit. b ZPO). Als solche ist sie von Amtes wegen zu prüfen (Art. 60 ZPO), wobei bezüglich des relevanten Sachverhalts nach herrschender Auffassung die eingeschränkte Untersuchungsmaxime gilt (BK ZPO I-Zingg, Art. 60 N 4; KUKO ZPO-Domej, Art. 60 N 5; ZK ZPO-Zürcher, Art. 60 N 4 m.w.Hinw.; BGE 139 III 278 E. 4.3). Das ändert jedoch nichts daran, dass nach den allgemeinen Grundsätzen (vgl. Art. 8 ZGB) die klagende Partei die (objektive) Beweislast für die zuständigkeitsbegründenden Tatsachen und die Folgen der Beweislosigkeit trägt (BGE 139 III 278 E. 3.2; BSK ZPO-Gehri, Art. 60 N 10; BK ZPO I-Zingg, Art. 60 N 15 f.; *OGer ZH LA130023 vom 20.11.2013, E. D.3*). Die beklagte Partei kann im Rahmen des ihr zustehenden Gegenbeweises versuchen, Zweifel am Hauptbeweis aufkommen zu lassen.

III.

1. Erwägungen der Vorinstanz

1.1. Die Vorinstanz erwog, das Gericht trete gemäss Art. 59 Abs. 1 ZPO auf ein Gesuch ein, sofern die Prozessvoraussetzungen erfüllt seien. Als Prozessvoraussetzung gelte gemäss Art. 59 Abs. 2 lit. b ZPO auch die sachliche und örtliche Zuständigkeit des Gerichts. Unbestrittenermassen liege ein internationaler Sachverhalt vor. Gemäss Art. 46 IPRG seien für Klagen oder Massnahmen betreffend eheliche Rechte und Pflichten - worunter die von der Gesuchstellerin angebehrten Eheschutzmassnahmen gemäss Art. 175 f. ZGB fielen - die schweizerischen Gerichte am Wohnsitz oder wenn ein solcher fehle, diejenigen am gewöhnlichen Aufenthalt eines der Ehegatten zuständig. Eine natürliche Person habe ihren Wohnsitz in dem Staat, in dem sie sich mit der Absicht dauernden Verbleibens aufhalte und ihren gewöhnlichen Aufenthalt in dem Staat, in dem sie während längerer Zeit lebe, selbst wenn diese Zeit zum vornherein befristet sei (Art. 20 Abs. 1 lit. a und b IPRG).

1.2. Die Definition des Wohnsitzes umfasse zwei Elemente: Einerseits den tatsächlichen Aufenthalt und andererseits die Absicht des dauernden Verbleibens. Unter Aufenthalt sei ein Verweilen an einem bestimmten Ort oder in einem bestimmten Land zu verstehen. Die Absicht dauernden Verbleibens äussere sich darin, dass eine Person durch ihr Verhalten manifestiere, an einem bestimmten Ort oder in einem bestimmten Land den Mittelpunkt ihrer persönlichen und beruflichen Beziehungen zu begründen oder beizubehalten. Ausschlaggebend seien dabei nicht der innere Wille, sondern die objektiv für Dritte erkennbaren Umstände, die auf eine solche Absicht schliessen liessen. Öffentlichrechtliche Gesichtspunkte seien für die Bestimmung des Wohnsitzes im Sinne des IPRG nicht massgebend, ihnen könne jedoch eine gewisse "Indizwirkung" zukommen. Was die Dauer des Verweilens anbelange, so sei kein bestimmter Zeitrahmen erforderlich. Jedoch müsse sich im Verhalten der Person manifestieren, dass sie an diesem Ort eine gewisse Zeit zu verweilen gedenke. So könne bereits am ersten Tag der Niederlassung an einem anderen Ort auf eine Wohnsitznahme geschlossen werden. Entscheidend seien die Lebensumstände, welche den Eindruck erweckten, dass eine Person den bisherigen Lebensmittelpunkt verlasse, um einen neuen zu begründen. Die Parteien hätten in ihren Parteivorträgen weitläufige Ausführungen darüber gemacht, wo sich die Gesuchstellerin in den Jahren 2006 bis 2017 aufgehalten habe bzw. wo sie ihren Wohnsitz gehabt haben könnte. Dabei würden sie verkennen, dass es bei der Beurteilung der Zuständigkeit lediglich auf den Zeitpunkt des Eheschutzbegehrens, d.h. den 22. August 2017, ankomme. Es sei unbestritten, dass sich die Gesuchstellerin in den letzten Jahren immer wieder in Zürich aufgehalten habe. Aus den eingereichten Bankauszügen und Arztzeugnissen sei zudem ersichtlich, dass sie seit Anfang August 2017 in Zürich diverse Zahlungen und Bezüge getätigt habe und seit dem 25. August 2017 in Zürich in ambulanter Behandlung sei. Sie habe somit glaubhaft dargetan, dass sie sich seit Anfang August 2017 hauptsächlich in Zürich aufgehalten habe. Die Tatsache, dass sie nicht zu Hause gewesen sei, als der Gesuchsgegner seine Sachen abgeholt habe, spreche nicht dagegen, könne sie zu diesem Zeitpunkt doch gerade ausser Haus gewesen sein. Auch die Zustellung der Post an den Vater des Gesuchsgegners spreche nicht gegen einen Aufenthalt der Gesuchstellerin in Zürich,

zumal sie glaubhaft angegeben habe, dass sämtliche Post der letzten Jahre dorthin geschickt worden sei, da sie sich nur sporadisch in Zürich aufgehalten habe und die wichtigen Sendungen jeweils an den Gesuchsgegner weitergeleitet worden seien. Damit sei das objektive Element für einen Wohnsitz in der Schweiz, nämlich der tatsächliche Aufenthalt, erfüllt. Bezüglich der Absicht des dauernden Verbleibens sei festzuhalten, dass eine Meldebestätigung ein Indiz für eine Wohnsitznahme sein könne. Vorliegend halte diese jedoch fest, dass die Gesuchstellerin 2006 aus Moldau nach Zürich gezogen sei. Da sie ihren Wohnsitz seither unbestrittenermassen mehrfach verlegt habe, sei die Meldebestätigung nicht aussagekräftig. Auch aus den Arztbesuchen in Zürich lasse sich nichts ableiten, da die Gesuchstellerin seit längerem in der Schweiz versichert und es daher naheliegender sei, dass sie hier zum Arzt gehe. Obwohl sie glaubhaft dargetan habe, dass sie sich seit einigen Monaten in Zürich aufhalte, habe sie hier, abgesehen von einer Cousine und einer guten Freundin, keine Bekannten und Verwandten. Somit habe sie keinen familiären und sozialen Mittelpunkt in Zürich. Auch ein beruflicher Mittelpunkt könne nicht angenommen werden, da sie in Zürich keiner Arbeit nachgehe. Nichts weise darauf hin, dass sie nach aussen manifestiert habe, dass sie ihren Lebensmittelpunkt in Zürich aufbauen möchte. Obwohl sie, wie sie selbst ausgeführt habe, bereits seit Juni 2017 hier sei, habe sie bis jetzt weder Deutsch gelernt, noch sich sonst irgendwie vernetzt. Auch habe sie ihre Post bis anhin nicht an die D. _____-Strasse umleiten lassen, was darauf schliessen lasse, dass sie sich nicht dauerhaft hier niederlassen möchte. Sie habe in der Schweiz somit keinen Wohnsitz begründet. Es sei jedoch auch nicht ersichtlich, dass sie an einem anderen Ort einen Wohnsitz habe. So habe sie angegeben, in Moldau jeweils bei ihrer Tante zu wohnen und nie eine eigene Wohnung gemietet zu haben, weshalb nicht anzunehmen sei, dass sie ihren Wohnsitz in Moldau haben könnte. Somit sei zu prüfen, ob sie allenfalls einen gewöhnlichen Aufenthalt in Zürich habe.

1.3. Der gewöhnliche Aufenthalt einer Person bedürfe eines Verweilens an einem bestimmten Ort während einer längeren Zeit. Wann diesem Erfordernis Genüge getan sei, sei aufgrund der Verhältnisse des Einzelfalls zu bestimmen. Allgemein könne gesagt werden, dass es beim gewöhnlichen Aufenthalt stärker als

beim Wohnsitz auf den äusseren Anschein ankomme, wogegen das Willensmoment in den Hintergrund trete. Aufenthalt bedinge physische Präsenz an einem Ort. Sei sie von einer gewissen Dauer und entstehe nach aussen der Eindruck, als halte die Person sich an diesem Ort normalerweise oder meistens auf, so werde daraus ein gewöhnlicher Aufenthalt. Die Gesuchstellerin halte sich seit Anfang August 2017 hauptsächlich in Zürich auf. Dies sei vom Gesuchsgegner nicht substantiiert bestritten und zwischenzeitlich sogar eingestanden worden. Seit Beginn des Eheschutzverfahrens setze sie sich ausserdem dafür ein, dass ihr die Wohnung an der D. _____-Strasse in Zürich zugewiesen werde. Des Weiteren habe sie eine Jahresmitgliedschaft in einem Fitnesspark in Zürich gelöst und sich für einen Deutschkurs im Januar 2018 angemeldet. Diese Umstände erweckten den Eindruck, als würde sie sich seit August 2017 und auch in näherer Zukunft hier aufhalten. Es bestünden keine Anzeichen, dass sie nur vorgetäuscht habe, hier wohnen zu wollen, um die Zuständigkeit der hiesigen Gerichte zu begründen. Ihr gewöhnlicher Aufenthalt in Zürich sei somit zu bejahen und die Unzuständigkeitseinrede des Gesuchsgegners abzuweisen (Urk. 2 E. II).

2. Wohnsitz der Gesuchstellerin

2.1. Die Gesuchstellerin führt aus, die Vorinstanz habe ihr zu Unrecht die Absicht dauernden Verweilens mangels äusserer erkennbarer Anzeichen abgesprochen. Sie habe ihre Absicht dauernden Verweilens durch ihre Angaben glaubhaft gemacht und seit Juni 2017 in Zürich ihren Lebensmittelpunkt. Selbst der Gesuchsgegner habe bestätigt, dass sie im Juni mindestens in jenen zwei Wochen in Zürich gewesen sei, als er selbst hier gewesen sei. Sie habe ihre Möbel und Sachen in der Wohnung, was ebenfalls unbestritten sei und ihre ärztliche Grundversorgung werde seit Jahren in Zürich geleistet. Zudem stehe sie seit August 2017 in dauernder Behandlung in Zürich. Sie sei nicht erwerbstätig und habe durch das in den vergangenen Ehejahren gelebte Leben auf der ganzen Welt mit wechselnden Stationen auf mehreren Kontinenten (Singapur/Sydney/Zürich) an keinem Ort intensive Sozialbeziehungen. Daher könne es nicht angehen, nach Elementen wie Arbeitsbeziehungen, sozialem Netzwerk und Familienbeziehungen zu suchen, wenn sie nirgendwo anders vorhanden seien. Der Lebensmittelpunkt im Sinne

des Ortes, wo die intensivsten Beziehungen gelebt würden, sei dort, wo man seine persönlichen Effekten habe, wo man gemeldet sei, wo man in ärztlicher Behandlung sei, wo man Deutsch-/Fitnesskurse besuche etc. Dies sei für sie seit Juni 2017 nur in Zürich der Fall. Sie habe auch ihre gültige Meldebestätigung für Zürich eingereicht. Ihre Familie sei in aller Welt verstreut und einer Erwerbstätigkeit gehe sie nicht nach. Es sei somit erstellt, dass nirgendwo anders ein Wohnsitz begründet worden sei. Gemäss den Grundsätzen der Notwendigkeit und Ausschliesslichkeit müsse jede Person einen Wohnsitz haben. Somit sei Zürich als der Ort, mit dem sie ihre engsten Beziehungen habe, als ihr Wohnsitz anzuerkennen (Urk. 18 S. 4 f.).

2.2.1. Was die Voraussetzungen für das Vorliegen eines Wohnsitzes i.S.v. Art. 20 Abs. 1 lit. a IPRG anbelangt, kann vorab auf die zutreffenden Ausführungen im vorinstanzlichen Entscheid verwiesen werden (Urk. 2 E. II.3). Die Vorinstanz hat erläutert, weshalb die von der Gesuchstellerin ins Recht gelegte Meldebestätigung nicht aussagekräftig sei und sich auch aus den Arztbesuchen der Gesuchstellerin in Zürich hinsichtlich der Absicht dauernden Verbleibens nichts ableiten lasse. Weiter hat sie dargelegt, weshalb nicht von einem familiären oder sozialen Mittelpunkt der Gesuchstellerin in Zürich auszugehen sei und dass ein beruflicher Mittelpunkt mangels Erwerbstätigkeit der Gesuchstellerin nicht ausgemacht werden könne. Sie wies überdies auf den Umstand hin, dass, obwohl die Gesuchstellerin - nach eigener Darstellung - seit Juni 2017 in Zürich sei, sie bis jetzt weder Deutsch gelernt noch sich sonstwie vernetzt habe. Auch die Tatsache, dass sich die Gesuchstellerin bis anhin ihre Post nicht an die D. _____-Strasse habe umleiten lassen, spreche dafür, dass sie sich nicht dauerhaft in Zürich niederlassen wolle (vgl. die vorstehend in E. III.1.2 vollständig wiedergegebenen Ausführungen der Vorinstanz). Mit diesen zutreffenden Überlegungen der Vorinstanz setzt sich die Gesuchstellerin nicht auseinander, sondern belässt es in ihrer Berufungsantwort dabei, im Wesentlichen das bereits vor Vorinstanz Vorgetragene zu wiederholen (vgl. Prot. I. S. 6, 14 f., 18 und 21; Urk. 19 S. 11). Damit genügt sie den Begründungsanforderungen für die Berufungsantwort, welche denjenigen für die Berufung entsprechen (vgl. Art. 311 Abs. 1 ZPO; vorstehend E. II.1), nicht (ZK ZPO-

Reetz/Theiler, Art. 311 N 36 und Art. 312 N 7; BGer 4A_211/2008 vom 3. Juli 2008, E. 2).

2.2.2. Soweit die Gesuchstellerin vorbringt, sie habe - aufgrund des in den vergangenen Ehejahren gelebten Lebens auf der ganzen Welt - an keinem Ort intensive Sozialbeziehungen, weshalb diese kein zu berücksichtigendes Kriterium seien, ist im Übrigen festzuhalten, dass ihre vorinstanzlichen Äusserungen ein anderes Bild vermitteln. So führte sie vor Vorinstanz aus, anfangs 2017 in Moldau gewesen zu sein und anschliessend in Russland Verwandte besucht zu haben (Prot. I. 20). Weiter berichtete sie, während ihren mehrmaligen mehrmonatigen Aufenthalten in Moldau jeweils bei Verwandten gewohnt zu haben, da ihre dortige Wohnung von ihrem Bruder bewohnt werde (Prot. I. S. 22 f.). Sodann machte sie in Bezug auf die Finanzierung ihrer Lebenshaltungskosten geltend, jeweils Bargeld von nahen Freunden bezogen zu haben, insbesondere von E._____, einem seit der Kindheit vertrauten Freund (Prot. I. S. 23; Urk. 5/19 S. 15). An anderer Stelle führte sie zudem aus, auch mit der Freundin von E._____, welcher derzeit in F._____ wohne, gut befreundet zu sein (Prot. I. S. 26). Die vorinstanzliche Feststellung, dass in Anbetracht dessen, dass die Gesuchstellerin in Zürich nur Beziehungen zu einer Cousine und einer guten Freundin halte, nicht von einem Schwerpunkt ihrer persönlichen und sozialen Kontakte in Zürich auszugehen sei, ist somit nicht zu kritisieren. So hat die Gesuchstellerin doch nach eigenen Angaben vergleichbare persönliche Beziehungen in anderen Staaten. Zutreffend ist des Weiteren zwar, dass das Vorhandensein von persönlichen Effekten ein Indiz für den Schwerpunkt der Lebensverhältnisse an einem Ort darstellen kann (CHK-Buhr/Gabriel/Schramm, Art. 20 IPRG N 9). Vor Vorinstanz gab die Gesuchstellerin allerdings lediglich zu Protokoll, der Gesuchsgegner habe nach dem Auszug des Untermieters aus der Wohnung an der D._____-Strasse in Zürich die Möbel der Parteien aus dem Estrich geholt und die Wohnung wieder eingerichtet (Prot. I. S. 21). Bei Möbeln handelt es sich nicht um persönliche Effekte im engeren Sinne. Die von der Gesuchstellerin in der Berufungsantwort vorgebrachte Behauptung, sie habe ihre persönlichen Sachen in der Wohnung, ist insofern neu und damit unzulässig im Sinne von Art. 317 Abs. 1 ZPO (vgl. E. II.2). Ohnehin ist dieses Vorbringen unsubstantiiert.

2.2.3. Es bleibt somit bei der vorinstanzlichen Feststellung, dass die Gesuchstellerin weder in Zürich noch erkennbar an einem anderen Ort einen Wohnsitz begründet hat. Nicht zu beanstanden ist im Übrigen, dass die Vorinstanz in der Konsequenz geprüft hat, ob von einem gewöhnlichen Aufenthalt der Gesuchstellerin im Sinne von Art. 20 Abs. 1 lit. b IPRG in Zürich auszugehen ist. Hat eine Person nirgends (weder in der Schweiz noch im Ausland) einen Wohnsitz, tritt gemäss Art. 20 Abs. 2 zweiter Satz IPRG im internationalen Verhältnis der gewöhnliche Aufenthalt an die Stelle des Wohnsitzes (Kostkiewicz, IPRG/LugÜ Kommentar, 2015, Art. 20 IPRG N 27; BSK ZGB I-Staehelin, Art. 24 N 2; BGE 133 III 252; 119 II 167 E. 2b; BGer 4C.298/2002 vom 30. April 2003, E. 2).

3. Gewöhnlicher Aufenthalt der Gesuchstellerin

3.1.1. Der Gesuchsgegner moniert mit seiner Berufung, die Vorinstanz habe Art. 46 IPRG nicht korrekt angewendet und zu Unrecht die örtliche Zuständigkeit gestützt auf einen gewöhnlichen Aufenthalt der Gesuchstellerin in Zürich bejaht. Art. 46 IPRG begründe einen Gerichtsstand in Ehesachen bei fehlendem Wohnsitz am gewöhnlichen Aufenthalt einer der beiden Ehegatten. Nach dem präzisierenden Art. 11 Abs. 2 ZPO setze ein solcher voraus, dass die Person während längerer Zeit dort lebe. Die Mindestdauer für die Begründung des gewöhnlichen Aufenthaltes ergebe sich nicht aus dem Gesetz und sei deshalb durch Auslegung nach dem Vertrauensprinzip im Einzelfall zu ermitteln. Das Bundesgericht habe in einem Kindsfall, nämlich BGE 117 II 334, 3 ½ Monate als zu gering erachtet. Nach der Vorinstanz halte sich die Gesuchstellerin seit Anfang August 2017 hauptsächlich in Zürich auf. Die Klageeinreichung sei bereits am 22. August 2017, demnach 2 bis maximal 3 Wochen später erfolgt. Da die Prozessvoraussetzungen mit der Klageeinreichung erfüllt sein müssten, könne nach so kurzer Zeitdauer in keiner Art von einer längeren Zeit des Aufenthalts in Zürich die Rede sein. Die Voraussetzung der zeitlichen Dauer sei offensichtlich nicht erfüllt und daher ein gewöhnlicher Aufenthalt zu verneinen. Die vorinstanzlichen Ausführungen in Bezug auf den gewöhnlichen Aufenthalt der Gesuchstellerin in Zürich gingen sowohl einzeln als auch insgesamt fehl. Die Gesuchstellerin habe an einer Zuweisung der Wohnung an der D. _____-Strasse kein Interesse. In ihren Plädoyernotizen lasse

sie ausführen, dass diese Wohnung mit einer Miete von Fr. 2'228.– nicht ihrer Wohnsituation entspreche und sie zur Wahrung des ehelichen Lebensstandards beim Unterhalt einen Wohnbetrag von Fr. 4'000.– benötige. Aus diesen Ausführungen gehe klar hervor, dass sie an der Zuweisung der besagten Wohnung kein Interesse habe. Eine angeblich gelöste Mitgliedschaft in einem Fitnesspark in Zürich sei vorliegend ohne Bedeutung, ebenso wenig wie die Anmeldung für einen Deutschkurs im Januar 2018. Sie ergäben in keiner Weise ein Element zugunsten der Begründung eines gewöhnlichen Aufenthaltsortes. Letzteres Element, nämlich die Anmeldung für den Deutschkurs im Januar 2018, spreche gegen redliche Absichten der Gesuchstellerin, da sie sich aufgrund ihrer eigenen Darstellungen für einen Verbleib in der Schweiz sicherlich für einen unverzüglich beginnenden Kurs angemeldet hätte. Es sei gerichtsnotorisch, dass Kurse dieser Art dauernd beginnen würden, insbesondere nach den Sommerferien. Gegen einen gewöhnlichen Aufenthalt in Zürich spreche auch, dass der moldawische und in F. _____ lebende Freund der Gesuchstellerin, E. _____, sich bei ihr an der D. _____-Strasse in Zürich befinde, wie sie dies anlässlich ihrer Befragung in der Verhandlung vor Vorinstanz ausgesagt habe. Die enge Bindung zu ihm gehe aus den Ausführungen der Gesuchstellerin hervor (Urk. 1 S. 3 ff.).

3.1.2. Die Gesuchstellerin setzt dem entgegen, es sei unbestritten, dass spätestens seit dem 1. August 2017 ihr tatsächlicher Aufenthalt in Zürich bestanden habe. Sie habe zudem ausgesagt und bewiesen, dass dies bereits seit Juni 2017 der Fall gewesen sei. In den Akten befänden sich Zugtickets einer gemeinsamen Zugfahrt der Parteien im Juni 2017 von Zürich nach G. _____ [Stadt in Italien] und zurück. Die Vollmacht an ihre Rechtsvertreterin sei zudem am 18. Juli 2017 unterschrieben worden, was den dauernden Aufenthalt mittelbar nachweise. Auch habe der Gesuchsgegner ausführen lassen, dass die Wohnung an der D. _____-Strasse im Juni und Juli von beiden Parteien benutzt worden sei. Es sei somit erstellt, dass von einer Aufnahme des Aufenthalts im Juni 2017 ausgegangen werden könne und bis zur Einleitung des Eheschutzverfahrens somit fast vier Monate vergangen seien. In Lebensumständen, in denen der Aufenthaltsort oft gewechselt werde, wie in casu, könne es nicht darum gehen, faustregelartige Mindestdauern anzuwenden. Daher sei anerkannt, dass die Anforderung an die Dauer

des Aufenthalts umso kürzer sei, je häufiger ein Ortswechsel vorgenommen werde. Auch der Gesuchsgegner sei davon ausgegangen, dass sie in Zürich wohne, habe er - wohl im Mai/Juni 2017 - einen Vorschlag für eine Scheidungskonvention ausarbeiten lassen, in welchem bei ihr "Wohnhaft/domiciled ... Zürich" stehe und welchen sie mit der Angabe "Zürich" hätte unterschreiben sollen. Habe sie aber seit Juni 2017 hier gelebt, so sei klar erstellt, dass angesichts der extrem häufigen Ortswechsel beider Parteien der gewöhnliche Aufenthalt auch zeitlich bei Weitem ausreichend begründet gewesen sei. Der Hinweis des Gesuchsgegners auf BGE 117 II 334 gehe fehl. Dort sei die Zuständigkeit bei einem Verbleib von dreieinhalb Monaten deshalb abgelehnt worden, weil es um das Einleben eines kleineren Kindes an einem neuen Ort gegangen und dieses "von grosser Unsicherheit geprägt" gewesen sei, was der Bejahung eines gewöhnlichen Aufenthalts in einer ersten Phase entgegenstehe. Vorliegend lägen die Umstände völlig anders. Die Parteien seien moderne Nomaden, in ihren eigenen Worten Kosmopoliten, die keinerlei Eingewöhnungsschwierigkeiten hätten. Der häufige Ortswechsel reduziere die Notwendigkeit einer Eingewöhnungszeit auf ein Mindestmass von wenigen Tagen. Der gewöhnliche Aufenthalt habe daher bestanden, selbst wenn man - entgegen der Beweislage - davon ausginge, sie sei erst am 1. August 2017 wieder in Zürich eingezogen. Die Behauptung des Gesuchsgegners, sie habe sich die Wohnung an der D.____-Strasse im August 2017 widerrechtlich angeeignet, werde bestritten. Die Parteien hätten immer ein Zimmer in der Wohnung behalten, das habe bewohnt werden können bzw. seit Juni 2017 zeitweise von beiden Parteien und zeitweise von ihr alleine bewohnt worden sei. Dies ergebe sich auch aus dem Untermietvertrag; so seien bloss 2.5 von 3.5 Zimmern untervermietet worden und im August sei der Untermieter unbestrittenermassen gänzlich ausgezogen. Sie habe nie gesagt, dass sie kein Interesse habe, in Zürich zu wohnen, sondern lediglich ausführen lassen, dass sie, sollte der Gesuchsgegner in der Wohnung an der D.____-Strasse wohnen wollen, einen entsprechenden Mietzins im Bedarf aufnehmen müsse, um hier eine andere Wohnung zu mieten. Sie habe im Eheschutzverfahren die Zuweisung der Wohnung beantragt und die Parteien hätten vor Vorinstanz eine Vereinbarung geschlossen, wonach sie während des Verfahrens in der Wohnung bleiben könne. Das Vorbringen des Gesuchs-

gegners sei somit haltlos. Das weitere Vorbringen des Gesuchsgegners, ein Fitnessabo und eine Anmeldung zum Deutschkurs würden gegen redliche Absichten sprechen, werde bestritten. Es sei erstellt, dass sie beides bezahlt habe und somit auch beanspruche. Sie habe zudem bereits vorgebracht, dass der Kurs eigentlich im August 2017 hätte stattfinden sollen, aber aufgrund zu geringer Teilnehmerzahl gestrichen worden sei. Sie habe sich dann zum nächsten Kurs im Oktober 2017 angemeldet, sei dann aber krankgeschrieben gewesen und habe nicht teilnehmen können. Sie sei auch nicht mit E._____ liiert. Dieser sei ein Familienfreund und der Pate des Sohnes der Parteien. Er lebe mit seiner Freundin in F._____. E._____ sei bloss zum Zeitpunkt der erstinstanzlichen Verhandlung in Zürich gewesen, wie auch ihre Mutter, um sie zu unterstützen, da sie - vor dem Hintergrund ihrer aktenkundigen Depressionen - unter der Situation sowie dem Gerichtsverfahren sehr leide (Urk. 18 S. 5 ff.).

3.2.1. Hinsichtlich des Begriffs des gewöhnlichen Aufenthaltes kann vorab wiederum auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 2 E. II.10). Hervorzuheben ist, dass der gewöhnliche Aufenthalt eines Verweilens an einem bestimmten Ort während einer längeren Zeit bedarf. Wann diesem Erfordernis Genüge getan ist, ist aufgrund der Verhältnisse des Einzelfalles zu bestimmen (BGE 117 II 334 E. 4a). Der rein zufällige Verbleib an einem Ort reicht nicht aus, vielmehr muss die regelmässige Präsenz einer Person an einem Ort gegeben sein, welche ein eigentliches Leben darstellt mit der Begründung von beruflichen oder persönlichen Beziehungen (BSK IPRG-Westenberg, Art. 20 N 23). In der Literatur wird oft als Faustregel ein Mindestaufenthalt von drei (Schwander, Einführung in das internationale Privatrecht, Erster Band: Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Rz 206; zustimmend: Levante, Wohnsitz und gewöhnlicher Aufenthalt im internationalen Privat- und Zivilprozessrecht der Schweiz, 1998, S. 97) bzw. einigen Monaten (Bucher, Droit international privé suisse, Tome II, 1992, Rz. 128) genannt (vgl. hierzu auch BSK IPRG-Westenberg, Art. 20 N 23; CHK-Buhr/Gabriel/Schramm, Art. 20 IPRG N 24). Im vom Gesuchsgegner zitierten Entscheid BGE 117 II 334 E. 4 hielt das Bundesgericht eine Dauer von rund dreieinhalb Monaten für zu gering, um den gewöhnlichen Aufenthalt eines Kindes bei seiner Mutter zu begründen. Massgeblich zur Bestimmung des gewöhnlichen

Aufenthaltes ist der Zeitpunkt der Klageerhebung bzw. der Gesuchstellung (CHK-Buhr/Gabriel/Schramm, Art. 20 IPRG N 29; BSK IPRG-Westenberg, Art. 20 N 16; ZK IPRG-Keller/Kren Kostkiewicz, Art. 20 N 53; BGE 117 II 334 E. 4b; 109 II 378 E. 5a).

3.2.2. Die Gesuchstellerin verweist in Bezug auf den von ihr behaupteten Aufenthalt in Zürich seit Juni 2017 auf ihre Aussagen anlässlich der Befragung vor Vorinstanz. Diesbezüglich ist festzuhalten, dass die Aussagen der Gesuchstellerin anlässlich der Befragung vor Vorinstanz mit den von ihr selber ins Recht gelegten Urkunden in Widerspruch stehen und somit nicht massgeblich sind. So führte die Gesuchstellerin an der Verhandlung vom 21. November 2017 auf die Frage der Vorderrichterin, seit wann sie ununterbrochen an der D.____-Strasse in Zürich wohne, Folgendes aus: "Seit dem Sommer 2017 bin ich ständig dort. Genauer gesagt habe ich seit Anfang Juni 2017 jede Nacht an der D.____-Strasse verbracht" (Prot. I. S. 19). Aus der von ihr selbst eingereichten Quittung des ... [Hotel] ergibt sich aber, dass sie sich vom 6. bis zum 8. Juni 2017 in G.____ aufgehalten hat (Urk. 5/13/7). Weiter geht aus den von ihr ins Recht gelegten Kontoauszügen hervor, dass vom 1. September 2017 bis zum 20. September 2017 (Urk. 5/20/28) sowie vom 13. Oktober 2017 bis zum 20. Oktober 2017 (Urk. 5/20/29) ausschliesslich Kontobelastungen im Ausland stattfanden. Es steht somit fest, dass sich die Gesuchstellerin während diesen Perioden nicht in Zürich aufgehalten hat, sondern landesabwesend war. Die von der Gesuchstellerin erwähnte Vollmacht an ihre Rechtsvertreterin (Urk. 5/2) trägt zwar das Datum vom 18. Juli 2017 und führt als Ortsbezeichnung Zürich auf. Sie stellt aber bloss eine Momentaufnahme dar und vermag isoliert betrachtet keinen Nachweis für einen über diesen Tag hinausgehenden dauernden Aufenthalt der Gesuchstellerin in Zürich zu liefern. Auch aus dem Vorschlag für eine Scheidungskonvention (Urk. 5/20/11) kann die Gesuchstellerin nichts zu ihren Gunsten ableiten. Nicht nur handelt es sich hierbei lediglich um einen von keiner Partei unterzeichneten Entwurf, dieser trägt überdies auch kein Datum. Soweit die Gesuchstellerin vorbringt, auch der Gesuchsgegner habe ausführen lassen, dass die Wohnung an der D.____-Strasse "im Juni und Juli von beiden Parteien benutzt worden ist", gibt sie seine Ausführungen unpräzise wider. So führte der Gesuchsgegner nämlich

aus, dass das Zimmer im Juni und Juli 2017 *jeweils* von beiden Parteien benutzt worden sei, werde nicht bestritten (Prot. I. S. 17). Der Gesuchsgegner hat vor Vorinstanz konsequent den Standpunkt vertreten, die Wohnung an der D._____ - Strasse in Zürich sei untervermietet gewesen. Die Gesuchstellerin habe nicht dort gewohnt, sondern habe seit dem Jahr 2016 lediglich wenige Tage in der Wohnung verbracht. Namentlich habe sie sich Anfangs Juni 2017 zwei Wochen dort aufgehalten (Urk. 5/18 S. 5 und 8; Prot. I. S. 5, 9 f. und 29). Die besagte Zitatstelle wird von der Gesuchstellerin insofern auch komplett aus dem Kontext gerissen. Sie ist aber nicht isoliert zu betrachten, bestritt der Gesuchsgegner doch in den dem Zitat vorangehenden Sätzen erneut die dauernde Präsenz der Gesuchstellerin in Zürich (vgl. Prot. I. S. 17). Was die Gesuchstellerin aus den Zugtickets nach G._____ (Urk. 5/13/8) ableiten möchte, erhellt nicht, hat der Gesuchsgegner doch anerkannt, dass die Gesuchstellerin anfangs Juni 2017 nach Zürich gekommen ist und die Parteien zusammen drei Tage in G._____ verbracht haben (Urk. 5/18 S. 5). Aus dem Umstand, dass die Gesuchstellerin unbestrittenermassen anfangs Juni 2017 zwei Wochen in Zürich gewesen ist, kann im Übrigen nicht auf die von ihr geltend gemachte dauernde Anwesenheit in Zürich ab Juni 2017 geschlossen werden. Weitere Urkunden, welche den Aufenthalt der Gesuchstellerin seit Juni 2017 belegen würden, wurden vor Vorinstanz nicht eingereicht. So begann insbesondere die Jahresmitgliedschaft der Gesuchstellerin im Fitnesspark ... gemäss der von der Gesuchstellerin eingereichten Bestätigung vom 20. Oktober 2017 (Urk. 5/13/17) erst am 24. August 2017, d.h. nach der Rechtshängigkeit des vorliegenden Verfahrens. Das ärztliche Attest vom 30. Oktober 2017 bescheinigt eine Behandlung bei Dr. H._____ ebenfalls erst nach der Rechtshängigkeit, nämlich ab 25. August 2017 (Urk. 5/20/13). Ob die Gesuchstellerin - wie von ihr geltend gemacht (vgl. Prot. I. S. 6 und 12) und vom Gesuchsgegner bestritten (vgl. Prot. I. S. 9, 17) - bis im August 2017 alles bar bezahlt hat und deshalb keine früheren Kontoauszüge beibringen konnte, ist vorliegend nicht entscheidend. Sie hätte sie für den von ihr behaupteten Aufenthalt in Zürich ab Juni 2017 abgesehen von Kontoauszügen auch andere Belege wie Quittungen bzw. Bestätigungen beispielsweise für wahrgenommene Arzt- oder Kosmetiktermine oder Restaurantbesuche beibringen können. Als für die Behauptung, dass sich ihr Aufenthaltsort seit Juni

2017 in Zürich befunden hat, beweislbelastete Partei, hat sie im Übrigen ohnehin die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen (Art. 8 ZGB, vgl. E. II.3). Zusammenfassend ist festzuhalten, dass ein Aufenthalt der Gesuchstellerin in Zürich seit Juni 2017 nicht erstellt ist.

3.2.3. Auszugehen ist somit davon, dass sich die Gesuchstellerin (abgesehen von ihrer zweiwöchigen Anwesenheit Anfang Juni 2017) erst seit Anfang August 2017 in der Wohnung an der D. _____-Strasse in Zürich aufhielt, wie dies vom Gesuchsgegner bestätigt wurde (vgl. Prot. I. S. 29). Der Aufenthalt der Gesuchstellerin in Zürich hat somit bis zur Einreichung des Eheschutzgesuches vom 21. August 2017 (Urk. 5/1; Datum Poststempel) lediglich circa 21 Tage gedauert. Im Lichte des vorstehend Gesagten (vgl. E. III.3.2.1) erscheint diese Zeitdauer von bloss wenigen Wochen als deutlich zu kurz, um einen gewöhnlichen Aufenthalt der Gesuchstellerin in Zürich begründen zu können. Daran ändert auch nichts, dass die Anforderungen an die Dauer des Aufenthalts grundsätzlich kürzer sind, je häufiger ein Ortswechsel vorgenommen wird (ZK ZPO-Feller/Bloch, Art. 11 N 8). Das Vorbringen der Gesuchstellerin, der Hinweis des Gesuchsgegners auf BGE 117 II 334 gehe fehl, da es um das Einleben eines kleineren Kindes an einem neuen Ort gegangen und dieses von grosser Unsicherheit geprägt sei, was der Bejahung eines gewöhnlichen Aufenthalts in einer ersten Phase entgegenstehe, während es sich bei den Parteien um moderne Kosmopoliten handle, welche keinerlei Eingewöhnungsschwierigkeiten hätten, was die Eingewöhnungszeit auf wenige Tage reduziere, ist nicht stichhaltig. In besagtem Entscheid erachtete das Bundesgericht den rund dreieinhalb monatigen Aufenthalt eines Kindes bei seiner Mutter als zuwenig lang und stabil um den gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes bei seiner Mutter zu begründen. Es zog diesbezüglich in Erwägung, dass beim widerrechtlichen Vorenthalten eines Kindes gegenüber dem Inhaber der elterlichen Gewalt die Voraussetzung des gewöhnlichen Aufenthalts gewiss nicht leichthin als gegeben zu betrachten sei. Mit der unberechtigten Entfernung des Kindes von seinem bisherigen Aufenthaltsort werde sein Lebensmittelpunkt schon deshalb nicht ohne weiteres an den neuen Aufenthaltsort verlegt, weil damit zu rechnen sei, dass sich der Inhaber der elterlichen Gewalt mit der Wegnahme des Kindes nicht abfinden, sondern sich dagegen zur Wehr setzen werde. Der Auf-

enthalt des Kindes am neuen Ort sei somit von einer grossen Unsicherheit geprägt, die der Bejahung eines gewöhnlichen Aufenthalts - in jedem Fall in einer ersten Phase - entgegenstehe (BGE 117 II 334 E. 4.b). Dass die Eingewöhnungszeit einer Person an einem neuen Ort für die Beurteilung des Bestehens eines gewöhnlichen Aufenthalts ausschlaggebend wäre bzw. die erforderliche Mindestdauer des Aufenthaltes verkürzen würde, ergibt sich aus besagtem Entscheid entgegen der Auffassung der Gesuchstellerin nicht.

3.2.4. Selbst bei Berücksichtigung des Zeitraumes nach der Einleitung des vorliegenden (Eheschutz-)Verfahrens (vgl. dazu BGE 117 II 334 E. 4c; 109 II 375 E. 5b) kann ein gewöhnlicher Aufenthalt der Gesuchstellerin im Sinne von Art. 20 Abs. 1 lit. b IPRG in Zürich nicht angenommen werden. Zwar hat die Gesuchstellerin im vorliegenden Verfahren die Zuweisung der Wohnung an der D._____-Strasse in Zürich beantragt und die Parteien haben vor Vorinstanz eine Vereinbarung geschlossen, dass ihr diese während der Dauer des Verfahrens zur alleinigen Benützung zugeteilt wird (vgl. Urk. 5/1 S. 2; 5/24). Die tatsächliche physische Präsenz der Gesuchstellerin in Zürich ergibt sich aus diesen Umständen jedoch nicht. Zu Recht führt der Gesuchsgegner aus, dass es die Gesuchstellerin - auch im Berufungsverfahren - unterlassen hat, substantiierte Angaben zu ihrem Leben, ihren Tagesabläufen und Beschäftigungen in Zürich zu machen. Auch wurden - abgesehen von der Bestätigung betreffend Jahresmitgliedschaft in einem Fitnesspark in Zürich (Urk. 513/17) - diesbezüglich keine aussagekräftigen Belege eingereicht. Wie bereits erwähnt (E. III.3.2.2), gehen aus den im Recht liegenden Kontoauszügen der Gesuchstellerin der Monate Oktober und November 2017 Auslandsaufenthalte der Gesuchstellerin - auch von längerer Dauer - hervor (vgl. Urk. 5/20/28-29). Kontoauszüge ab Dezember 2017, die einen fortwährenden Aufenthalt der Gesuchstellerin in Zürich belegen würden, fehlen sodann. Dass die Gesuchstellerin den von ihr vor Vorinstanz erwähnten Deutschkurs in Zürich inzwischen tatsächlich aufgenommen hätte, wurde von ihr weder behauptet noch belegt. Auch vermochte die Gesuchstellerin keine Erklärung dafür zu liefern, weshalb ihre Post noch im Oktober und November 2017 an die Adresse des Vaters des Gesuchsgegners und nicht an die D._____-Strasse in Zürich gesandt wurde (vgl. Urk. 5/22/1, 3-4, 6-7). Es kann somit nicht gesagt werden, dass nach aussen

der Eindruck entsteht, dass sich die Gesuchstellerin normalerweise oder meistens in Zürich aufhält.

4. Wohnsitz / Gewöhnlicher Aufenthalt des Gesuchsgegners

4.1.1. Die Gesuchstellerin führt aus, das Bezirksgericht Zürich sei zum Zeitpunkt der Gesuchseinreichung auch deshalb zuständig gewesen, da auch der Gesuchsgegner seinen Wohnsitz oder zumindest seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Jahr 2017 in Zürich gehabt habe. Sie habe mit Unterlagen nachweisen können, dass der Gesuchsgegner sich im Jahr 2017 hauptsächlich in Zürich aufgehalten habe, da er von hier aus eine Firma unter dem Namen des Vaters betreibe, für die er seit Anfang des Jahres monatlich Rechnungen gestellt habe. Es sei erstellt, dass der Vater nur als Stroh-Namensgeber der Firma zur Verschleierung von unterhaltsrechtlich relevantem Einkommen diene, während der Gesuchsgegner die Arbeit leiste, wie der Arbeitsvertrag zeige. Es sei vom Rechtsvertreter des Gesuchsgegners denn auch bestätigt worden, dass sich die Firma des Gesuchsgegners seit Beginn des Jahres 2017 und somit weit vor dem Zeitpunkt der Gesuchseinreichung im Kanton Zürich befunden habe. Ein weiteres Indiz dafür sei, dass der Gesuchsgegner bereits im Mai und Juni 2017 häufiger mit seinem Anwalt Besprechungen gehabt habe, wie sich aus Seite 10 des Protokolls ergebe, und in dieser Zeit eine Scheidungskonvention habe ausstellen lassen (Urk. 18 S. 8 f.).

4.1.2. Der Gesuchsgegner stellt sich wie bereits vor Vorinstanz auf den Standpunkt, er habe weder Wohnsitz noch gewöhnlichen Aufenthalt in Zürich (Urk. 20 S. 4).

4.2.1. Die Gesuchstellerin geht fehl in der Annahme, sie habe mit Unterlagen nachweisen können, dass der Gesuchsgegner sich im Jahr 2017 hauptsächlich in Zürich aufgehalten habe, da er von hier aus eine Firma unter dem Namen des Vaters betreibe, für die er seit Anfang des Jahres monatlich Rechnungen gestellt habe und dass der Vater nur als Stroh-Namensgeber der Firma diene. Hierbei handelt es sich vielmehr um blosser Behauptungen der Gesuchstellerin, welche durch die im Recht liegenden Akten nicht gestützt werden. Die besagten Rechnungen (Urk. 5/20/16-19) wurden allesamt von der I. _____ AG bzw. von deren

Rechtsvorgängerin J._____ ausgestellt, als deren Verwaltungsratspräsident gemäss dem Handelsregistrauszug K._____, der Vater des Gesuchsgegners, fungiert (vgl. Registrauszug des Handelsregisteramts des Kantons Zürich, www.zefix.ch, besucht am: 16.05.2018). Eine Verbindung zum Gesuchsgegner lässt sich aufgrund dieser Rechnungen nicht herstellen und eine solche ist auch sonst nicht erkennbar, insbesondere ist der Gesuchsgegner im Zusammenhang mit der I._____ AG auch nicht im Handelsregister aufgeführt (vgl. Registrauszug des Handelsregisteramts des Kantons Zürich, www.zefix.ch, besucht am: 16.05.2018). Aus den eingereichten Rechnungen (Urk. 5/20/16-19) ergibt sich gerade nicht, wer bzw. dass der Gesuchsgegner die darin aufgeführten Leistungen erbracht hätte. Darüber hinaus werden in den Rechnungen unter Location neben CH für Schweiz regelmässig diverse weitere Abkürzungen aufgeführt (DE, ES, GB, PL). Auch die von der Gesuchstellerin hergestellte Verknüpfung der Rechnungen mit dem Anhang VII Leistungen im Rahmen des Projekts "L._____" vom 9. bzw. 13. März 2017 (Urk. 5/20/20) lässt nicht als einzigen Schluss zu, dass die in den Rechnungen aufgeführten Leistungen durch den Gesuchsgegner erbracht worden wären. Der Anhang VII datiert vom 9. bzw. 13. März 2017 und beginnt gemäss Ziffer 2 rückwirkend per 1. Januar 2017 seine Wirkungen zu entfalten (Urk. 5/20/20, Ziffer 2). Somit ist er für die Rechnung vom 30. November 2016 (Urk. 5/20/16), welche einzig Leistungen der Monate Oktober und November 2016 betrifft, ohnehin nicht von Bedeutung. Aber auch hinsichtlich der weiteren Rechnungen (Urk. 5/20/17-19) vermag er nicht zu belegen, dass die aufgeführten Leistungen durch den Gesuchsgegner erbracht worden sind. Der Anhang VII bezieht sich auf Leistungen im Rahmen des Projekts "L._____" (Urk. 5/20/20). Keine der weiteren im Recht liegenden Rechnungen (Urk. 5/20/16-19) nimmt jedoch Bezug auf ein solches Projekt. Vielmehr wird in diesen Rechnungen unter dem Betreff Folgendes aufgeführt: Projekt M._____. Im Übrigen geht aus dem Vertragsanhang VII zwar hervor, dass die Leistungserfüllung durch den Gesuchsgegner zu erfolgen habe (vgl. Urk. 5/20/20, Ziffer 3). Darüber, ob der Gesuchsgegner seine Leistungen in Zürich erbracht und sich somit im Jahre 2017 hauptsächlich in Zürich aufgehalten hat, wie die Gesuchstellerin geltend macht, gibt der Vertragsanhang jedoch ohnehin keinen Aufschluss. Vielmehr führt dieser als Erfüllungsort für

die vertraglichen Leistungen neben den Räumlichkeiten der N._____ AG in Zürich den Projektstandort O._____ auf (Urk. 5/20/20 Ziffer 4). Im Rahmen der Spesenregelung wird überdies der Projektstandort P._____ genannt (Urk. 5/20/20 Ziffer 5 Absatz 3). Demnach stützt der Vertragsanhang VII (zumindest) gleichermassen die Darstellung des Gesuchsgegners, dass er derzeit an zwei Mandaten in Deutschland und Polen tätig sei und jeweils in O._____ bzw. P._____ in Service-Appartements wohne (Prot. I. S. 17 und 28). Zu einem anderen Ergebnis führt auch der Umstand, dass der Gesuchsgegner bestätigte, eine Firma in Zürich zu haben (Prot. I. S. 17), nicht. So kann ein Sitz einer juristischen Person ohnehin nicht mit der Anwesenheit einer natürlichen Person an einem bestimmten Ort gleichgestellt werden.

4.2.2. Beim Vorbringen der Gesuchstellerin, der Gesuchsgegner habe im Mai und Juni 2017 häufiger mit seinem Anwalt Besprechungen gehabt, handelt es sich ebenfalls um eine blosser Behauptung. Auch aus dem Hinweis auf Seite 10 des vorinstanzlichen Protokolls kann die Gesuchstellerin nichts zu ihren Gunsten ableiten. Der Gesuchsgegner liess an dieser Stelle ausführen, er habe schon früh Kontakt mit seinem Anwalt aufgenommen und verwies auf sein Journal (Prot. I. S. 10). Aus diesem Journal (Urk. 5/21/3) ergibt sich jedoch lediglich eine einzige Besprechung mit dem Gesuchsgegner und zwar am 23. Januar 2017. Die übrigen Positionen des Journals umfassen bloss Korrespondenzen per E-Mail mit dem Gesuchsgegner. Selbst wenn der Gesuchsgegner im Mai und Juni 2017 vermehrt Besprechungen mit Rechtsanwalt X._____ gehabt hätte, lässt dies im Übrigen keine Rückschlüsse auf eine tatsächliche physische Anwesenheit des Gesuchsgegners in Zürich zu, können diese doch auch telefonisch stattgefunden haben. Es ist somit weder ein Wohnsitz noch ein gewöhnlicher Aufenthalt des Gesuchsgegners in Zürich anzunehmen.

5. Einlassung

5.1.1. Die Gesuchstellerin bringt schliesslich vor, selbst wenn keine der Parteien Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt in Zürich gehabt hätte, habe sich der Gesuchsgegner an mehreren Stellen im Verfahren zur Sache eingelassen und könne somit die Einrede der örtlichen Unzuständigkeit nicht mehr vorbringen. Sowohl im Rahmen der örtlichen wie auch der internationalen Zuständigkeit gelte das Prinzip der Einlassung gleichermassen. Gemäss Art. 6 IPRG gelte dies international in vermögensrechtlichen Streitigkeiten, wozu auch Eheschutzverfahren zählten. Der Gesuchsgegner habe diese Einrede anlässlich der Verhandlung vom 27. November 2017 erhoben, gleichwohl aber ausführliche Erörterungen zur Sache gemacht. Zunächst habe er sich - vor Erhebung der Einrede - damit einverstanden erklärt, auch zum Prozesskostenvorschuss zu verhandeln, was bereits eine sachliche Einlassung darstelle. Danach habe er - und erst dann - unter dem Vorbehalt "vorsorglichen" und "völlig unpräjudiziellen" Vorbringens, ausführliche Erörterungen zur Sache gemacht. Diese habe er später als für die Begründung der Einrede der Unzuständigkeit notwendig bezeichnet, was jedoch unzutreffend sei. Hierfür sei es seitens des Gesuchsgegners nicht nötig gewesen, Ausführungen zum Unterhalt der Parteien, zu Zahlungen und finanziellen Leistungen, zu gegenseitigen Schulden, zur Familie, zur weit zurückliegenden Adoption des Sohnes oder zu etwaigen Strafverfahren zu machen. Er sei dazu auch seitens des Gerichts nicht aufgefordert worden und hätte den Entscheid über die Einrede abwarten können, zumal die Vorinstanz in der Verhandlung von Anfang an kommuniziert habe, keine Vorträge zur Sache hören zu wollen, sondern ausschliesslich über die Zuständigkeit verhandeln zu wollen. Der Gesuchsgegner habe zudem in der erstinstanzlichen Verhandlung eine Vereinbarung zur Überlassung der Wohnung während des Verfahrens geschlossen, was jeglichen formellen Bereich weit überschreite, weshalb er sich auch hiermit zur Sache eingelassen habe. Im Übrigen habe er sich bereits mit seinem Schreiben und den Anträgen vom 9. November 2017 zur Sache eingelassen. Er habe, ohne die Einrede der Unzuständigkeit zu erheben, beantragt, die Vorladung abzunehmen und das Verfahren zu sistieren. Diese Anträge seien zwar formeller Natur, jedoch seien sie ohne Vorbehalt der Einrede der Unzuständigkeit vorgebracht und materiell begründet worden (Urk. 18 S. 9 f.).

5.1.2. Der Gesuchsgegner bestreitet, sich auf das vorliegende Verfahren eingelassen zu haben. Einerseits liege keine, wie von Art. 6 IPRG gefordert, vermögensrechtliche Streitigkeit vor, da die Gesuchstellerin mit ihren Rechtsbegehren ebenfalls um die Bewilligung des Getrenntlebens der Parteien, um die Wohnungszuteilung und die Gütertrennung ersuche. Daneben habe er anfangs der Verhandlung mit Beginn seines Vortrages den Antrag gestellt, es sei auf die Klage nicht einzutreten. Gleich danach habe er als Erstes ausgeführt, dass er die örtliche Zuständigkeit des angerufenen Gerichtes weder international noch national anerkenne und die Einrede der Unzuständigkeit erhebe. Daneben sei es befremdend, wenn die Gesuchstellerin heute einen Vorteil aus der zwischen den Parteien an der vorinstanzlichen Verhandlung geschlossenen Vereinbarung zu erschleichen versuche. Er habe sich aus pragmatischen Gründen am Ende der Verhandlung "unpräjudiziell" einverstanden erklärt, dass die Gesuchstellerin die Wohnung an der D. _____-Strasse ... in Zürich bis zum Endentscheid im Eheschutzverfahren alleine benützen könne; die Gesuchstellerin habe sich im Gegenzug verpflichtet, bei einer Erledigung des Eheschutzverfahrens durch Unzuständigkeit, die Wohnung unverzüglich und unwiderruflich auf erstes Verlangen zu verlassen. Offensichtlich begründe diese Vereinbarung keine Einlassung, sondern bestätige gerade sein Nichteinlassen (Urk. 20 S. 4 f.).

5.2.1. Gemäss Art. 6 IPRG begründet in vermögensrechtlichen Streitigkeiten die vorbehaltlose Einlassung die Zuständigkeit des angerufenen schweizerischen Gerichtes, sofern dieses nach Art. 5 Abs. 3 IPRG seine Zuständigkeit nicht ablehnen kann. Die (Rechts-)Frage, ob im Bereich des Eheschutzes überhaupt eine Zuständigkeit durch Einlassung begründet werden kann (bejahend bezüglich Unterhaltsbeiträgen im Eheschutzverfahren: BSK IPRG-Schnyder/Vasella, Art. 6 N 9 unter Hinweis auf ZR 100/2001 S. 97; vgl. auch BGE 119 II 167 E. 3 f.; BGer 5A_461/2010 vom 30. August 2010, E. 3), kann vorliegend offen gelassen werden, da eine vorbehaltlose Einlassung des Gesuchsgegners, wie nachfolgend darzulegen sein wird, ohnehin zu verneinen wäre.

5.2.2. Die Einlassung besteht in der unzweideutigen Bekundung der beklagteschen Partei, vor dem angerufenen Gericht zur Hauptsache verhandeln zu wollen

(BSK IPRG-Schnyder/Vasella, Art. 6 N 6; CHK-Buhr/Gabriel/Schramm, Art. 6 IPRG N 5; BGE 123 III 35 E. 3b; *OGer ZH LE160062 vom 18.05.2017, E. II.B.3.2*). Die Gesuchstellerin bringt vor, der Gesuchsgegner habe anlässlich der Verhandlung vom 21. November 2017 die Unzuständigkeitseinrede erhoben gleichwohl aber ausführliche Erörterungen zur Sache gemacht und sich namentlich - vor Erhebung der Einrede - damit einverstanden erklärt, auch zum Prozesskostenvorschuss zu verhandeln. Eine Äusserung der beklagten Partei zur Sache ist anzunehmen, wenn sie vor dem angerufenen Gericht zu den Klagebegehren materiell Stellung genommen hat, ohne vorgängig oder zumindest gleichzeitig die Einrede der Unzuständigkeit zu erheben. Die Unzuständigkeitseinrede muss hauptsächlich und unbedingt erfolgen (BSK IPRG-Schnyder/Vasella, Art. 6 N 7 unter Hinweis auf BGE 104 Ia 144 E. 3b und BGer 4C.2/2006 vom 21. März 2006, E. 3.4). Wie aus dem vorinstanzlichen Protokoll hervorgeht, haben sich zu Beginn der Verhandlung vom 21. November 2017 beide Parteien damit einverstanden erklärt, auch über den Antrag bezüglich Prozesskostenvorschuss zu verhandeln. Zugleich hat der Rechtsvertreter des Gesuchsgegners erklärt, sich zur Unzuständigkeit des Bezirksgerichts Zürichs äussern zu wollen (Prot. I. S. 5). Entsprechend erfolgte daraufhin auch nicht - wie üblicherweise in der Eheschutzverhandlung der Fall - die Gesuchsbegründung der Gesuchstellerin, sondern wurde dem Gesuchsgegner Gelegenheit zu einem ersten Parteivortrag betreffend die örtliche Zuständigkeit eingeräumt (vgl. Prot. I. S. 5). Im Rahmen dieses ersten Parteivortrages stellte der Gesuchsgegner denn auch direkt den Hauptantrag, es sei auf die Klage nicht einzutreten und legte dar was folgt: "Einleitend sei ausgeführt, dass der Beklagte die örtliche Zuständigkeit des angerufenen Gerichtes international und national nicht anerkannt und die Einrede der Unzuständigkeit erhebt. Völlig unpräjudiziell macht der Beklagte vorsorglicherweise materielle Ausführungen zur Sache" (Urk. 5/18 S. 1). In Anbetracht dessen kann nach dem vorstehend Gesagten nicht davon ausgegangen werden, der Gesuchsgegner habe sich vorbehaltlos auf das Eheschutzverfahren eingelassen. Selbst wenn der Gesuchsgegner im Rahmen seiner Ausführungen zur Unzuständigkeit des von der Gesuchstellerin angerufenen Gerichts anschliessend auch Ausführungen materieller Natur gemacht hätte, wie dies die Gesuchstellerin vorbringt, würde dies im Übri-

gen zu keinem anderen Ergebnis führen. Hat die beklagte Partei die Unzuständigkeit des von der klägerischen Partei angerufenen Gerichts nämlich einmal deutlich als primären Einwand geltend gemacht, schadet ihm die subsidiäre Äusserung zur Sache nicht (vgl. CHK-Buhr/Gabriel/Schramm, Art. 6 IPRG N 8; BSK IPRG-Schnyder/Vasella, Art. 6 N 7 unter Hinweis auf BGer 4C.2/2006 vom 21. März 2006, E. 3.4).

5.2.3. Bereits aus dem Wortlaut der von den Parteien anlässlich der Verhandlung vom 21. November 2017 geschlossenen Vereinbarung (Urk. 5/24) ergibt sich des Weiteren, wie der Gesuchsgegner in seiner Stellungnahme vom 16. April 2018 zutreffenderweise vorbringt, dass diese Vereinbarung keine Einlassung des Gesuchsgegners bedeutet und dieser im Gegenteil an seiner Unzuständigkeitseinrede festhielt. So wird in Ziffer 1 der Vereinbarung vom 21. November 2017 ausdrücklich festgehalten, dass sich der Gesuchsgegner "unpräjudiziell" mit einer alleinigen Benutzung der Wohnung an der D. _____-Strasse in Zürich durch die Gesuchstellerin bis zum Endentscheid im Eheschutzverfahren einverstanden erklärt. Im Gegenzug erklärte sich die Gesuchstellerin in Ziffer 2 der Vereinbarung "für den Fall einer Erledigung des Eheschutzverfahrens durch Unzuständigkeit" ausdrücklich auch damit einverstanden, die Wohnung unverzüglich und unwiderruflich auf erstes Verlangen des Gesuchsgegners zu verlassen.

5.2.4. Schliesslich stellen auch Anträge zum Verfahren noch keine Einlassung dar (CHK-Buhr/Gabriel/Schramm, Art. 6 IPRG N 8; BSK IPRG-Schnyder/Vasella, Art. 6 N 7; OGer ZH LE160062 vom 18.05.2017, E. II.B.3.2). Entsprechend ist im Antrag des Gesuchsgegners auf Sistierung des Eheschutzverfahrens sowie in seinem Eventualantrag um Verschiebung der Hauptverhandlung vom 9. November 2017 (Urk. 5/10 S. 1) - unabhängig davon, womit er diese Anträge begründet hat - entgegen der Auffassung der Gesuchstellerin keine Einlassung zu sehen.

6. Fazit

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.

IV.

Da der Gesuchsgegner in der Hauptsache obsiegt, ist die Gesuchstellerin für das Berufungsverfahren für kosten- und entschädigungspflichtig zu erklären (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Gerichtsgebühr ist in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 2 lit. b und § 10 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 3'000.– festzusetzen. Die Parteientschädigung ist gestützt auf § 13 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 1 und 3 sowie § 11 Abs. 1 und 2 AnwGebV auf Fr. 2'000.– inklusive MWSt. zu veranschlagen.

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. 3'000.– festgesetzt.
4. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Gesuchstellerin auferlegt und mit dem Kostenvorschuss des Gesuchsgegners verrechnet. Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, dem Gesuchsgegner den geleisteten Vorschuss im Umfang von Fr. 3'000.– zu ersetzen.
5. Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, dem Gesuchsgegner für das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 2'000.– zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, sowie an die Vorinstanz, 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 Endentscheid im Sinne von Art. 90 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, 23. Mai 2018

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. N.A. Gerber

versandt am:
sf