

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LE190012-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. D. Scherrer, Vorsitzende, die Oberrichter
lic. iur. M. Spahn und Dr. M. Kriech sowie Gerichtsschreiberin
lic. iur. M. Reuss Valentini

Beschluss vom 16. Juli 2019

in Sachen

A. _____,

Gesuchsteller und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwältin M.A. HSG X1. _____ und / oder

Rechtsanwalt lic. iur. X2. _____

gegen

B. _____,

Gesuchsgegnerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

betreffend **Eheschutz**

**Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im summarischen
Verfahren am Bezirksgericht Meilen vom 15. Februar 2019 (EE190011-G)**

Rechtsbegehren des Gesuchstellers:

(Urk. 1 S. 2)

- "1. Es sei festzustellen, dass die Parteien den gemeinsamen Haushalt am 30.01.2016 aufgehoben haben und es sei dem Gesuchsteller das Getrenntleben auf unbestimmte Zeit zu bewilligen.
2. Kinderbelange:
 - 2.1. Es seien die gemeinsamen Kinder C._____, geb. tt.mm.2004, und D._____, geb. tt.mm.2009, für die Dauer des Getrenntlebens unter die alleinige Obhut des Gesuchstellers zu stellen.
 - 2.2 Der Gesuchsteller sei für berechtigt zu erklären, den Wohnsitz von C._____ und D._____ auch nach Luxemburg zu verlegen.
 - 2.3 Der Gesuchsteller sei für berechtigt zu erklären, mit C._____ und D._____ ohne Zustimmung der Gesuchsgegnerin ins Ausland zu reisen.
 - 2.4 Es sei unter Berücksichtigung der vorstehenden Rechtsbegehren Ziffer 2.1 und 2.2 ein Besuchsrecht der Gesuchsgegnerin zu C._____ resp. D._____ festzulegen.
 - 2.5 Es sei davon Vormerk zu nehmen, dass der Gesuchsteller sich verpflichtet, sämtliche direkten Kinderkosten von C._____ und D._____ zu bezahlen.
3. Liegenschaft E._____-strasse ... in F._____, GB Blatt ..., Kataster Nr.:
 - 3.1 Der Gesuchsteller sei zu ermächtigen, die eheliche Liegenschaft E._____-strasse ... in F._____, GB Blatt ..., Kataster Nr. ..., ohne Zustimmung der Gesuchsgegnerin zu verkaufen.
 - 3.2 Die Gesuchsgegnerin sei zu verpflichten, die Liegenschaft E._____-strasse ... in F._____, GB Blatt ..., Kataster Nr. ..., bis spätestens innert 30 Tagen nach Verkauf (gemeint ist nach erfolgter Beurkundung des entsprechenden Kaufvertrages) zu verlassen, unter Androhung der Bestrafung nach Art. 292 StGB und der zwangsweisen Räumung des Grundstückes durch die Polizei im Unterlassungsfall.
4. Rechtsbegehren Ziffer 2.1, 2.2 und 2.3 seien superprovisorisch anzuordnen.
5. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWSt) zu Lasten der Gesuchsgegnerin."

Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Meilen vom 15. Februar 2019:

(Urk. 11 S. 5)

- "1. Auf das Gesuch des Gesuchstellers wird nicht eingetreten.
2. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf CHF 1'000.–.
3. Die Gerichtskosten werden dem Gesuchsteller auferlegt.
4. Es wird davon Vormerk genommen, dass die Gesuchsgegnerin keine Parteienschädigung verlangt hat.
5. (Schriftliche Mitteilung)
6. (Berufung)"

Berufungsanträge:

des Gesuchstellers und Berufungsklägers (Urk. 10 S. 2):

- "1. Ziff. 1-3 der Verfügung EE190011-G/U/ha vom 15. Februar 2019 des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Meilen seien aufzuheben und es sei in Rückweisung des Entscheides das Einzelgericht im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Meilen anzuweisen, die vom Berufungskläger in seinem Gesuch vom 13. Februar 2019 an das Einzelgericht des Bezirksgerichts Meilen gestellten Rechtsbegehren Ziff. 2 bis 5 beförderlich an die Hand zu nehmen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Berufungsbeklagten, eventualiter der Vorinstanz."

der Gesuchsgegnerin und Berufungsbeklagten (Urk. 23 S. 2):

- "1. Es sei die Berufung abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen, zzgl. MwSt., zulasten des Berufungsklägers."

Erwägungen:

1. Mit Eingabe vom 13. Februar 2019 machte der Gesuchsteller und Berufungskläger (fortan Gesuchsteller) beim Einzelgericht am Bezirksgericht Meilen

ein Eheschutzbegehren mit den eingangs erwähnten Anträgen rechtshängig (Urk. 1). Mit Verfügung vom 15. Februar 2019 trat die Vorinstanz auf dieses Begehren nicht ein (Urk. 11).

2. Dagegen liess der Gesuchsteller rechtzeitig (vgl. Urk. 6) mittels Eingabe vom 28. Februar 2019 Berufung erheben und die vorstehend zitierten Anträge stellen (Urk. 10 S. 2). Mittels Zuschrift vom 3. März 2019 reichte der Gesuchsteller eine Ergänzung zur Berufung zu den Akten (Urk. 14). Den ihm mittels Präsidialverfügungen vom 19. März 2019 und 8. April 2019 auferlegten Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 3'000.– leistete er schliesslich innert Nachfrist rechtzeitig (Urk. 17, Urk. 20 und Urk. 21). Mit Präsidialverfügung vom 6. Mai 2019 wurde der Gesuchsgegnerin und Berufungsbeklagten (fortan Gesuchsgegnerin) Frist zur Erstattung der Berufungsantwort anberaumt (Urk. 22). Mit Eingabe vom 20. Mai 2019 bezog die Gesuchsgegnerin rechtzeitig (vgl. Urk. 22 Anhang) Stellung, wobei sie die vorstehend zitierten Anträge stellte (Urk. 23 S. 2) und Beilagen (Urk. 24/1-3) beibrachte. Mittels Präsidialverfügung vom 27. Mai 2019 wurde dem Gesuchsteller die Berufungsantwortschrift samt Beilagen zur Kenntnisnahme zugestellt und es wurde den Parteien gleichzeitig der Eintritt der Urteilsberatungsphase angezeigt (Urk. 25). Mittels Eingabe vom 7. Juni 2019 machte der Gesuchsteller rechtzeitig einerseits von seinem Replikrecht Gebrauch, indem er sich zur Berufungsantwort äusserte (Urk. 26 S. 1), andererseits deponierte er neue Tatsachen und reichte zwei neue Beilagen ins Recht (Urk. 26 S. 1 f.; Urk. 28/1-2). Mit Präsidialverfügung vom 11. Juni 2019 wurde die Stellungnahme des Gesuchstellers der Gesuchsgegnerin zur Kenntnisnahme zugesandt (Urk. 29).

3. Die Vorinstanz erwog, sei ein Scheidungsverfahren im Ausland rechtshängig, so sei die Zuständigkeit des schweizerischen Eheschutzgerichts bloss vorbehalten, wenn von vornherein offensichtlich sei, dass ein im Ausland ergangenes Scheidungsurteil in der Schweiz nicht anerkannt werden könne. Vorliegend gehe aus den Ausführungen des Gesuchstellers hervor, dass in Deutschland seit Sommer 2018 ein Scheidungsverfahren zwischen denselben Parteien hängig sei. Hinweise, wonach das entsprechende noch ausstehende deutsche Urteil in der Schweiz nicht anerkannt werden könnte, lägen nicht vor; es sei somit von einer

positiven Leistungsprognose auszugehen. Aufgrund der Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens in Deutschland und der vorliegend positiven Anerkennungsprognose könne somit keine Zuständigkeit des hiesigen Eheschutzgerichts zur Anordnung von Eheschutzmassnahmen bestehen. Folglich sei die sachliche Zuständigkeit des hiesigen Eheschutzgerichts zu verneinen und es sei auf das Eheschutzbegehren des Gesuchstellers nicht einzutreten (Urk. 11 S. 3 f.).

4. Der Gesuchsteller kritisiert, bezüglich der Kinderbelange seien gestützt auf Art. 5 HKsÜ ausschliesslich die schweizerischen Gerichte zuständig, weil die minderjährigen gemeinsamen Kinder der Parteien ihren Wohnsitz in F. _____ hätten. Das Scheidungsgericht Schöneberg in Berlin sei diesbezüglich nicht zuständig. Vielmehr sei das Bezirksgericht Meilen am Aufenthaltsort der Kinder zuständig. Die Vorinstanz habe das Eheschutzbegehren vom 13. Februar 2019 betreffend die Begehren zu den Kinderbelangen somit umgehend an die Hand zu nehmen. Ferner sei er Alleineigentümer der ehelichen Liegenschaft an der E. _____-strasse in F. _____, wo sich der Familienwohnsitz der Parteien und ihrer Kinder befinde. Aus finanziellen Überlegungen dränge sich ein baldiger Freihandverkauf dieser Liegenschaft auf, zumal dem Gesuchsteller die Hypothek zufolge Zinsausständen bereits gekündigt worden sei. Die Gläubigerbank sei im Begriff, die Liegenschaft betreibungsamtlich verwerten zu lassen, würde aber einen zeitnahen Freihandverkauf bevorzugen. Gestützt auf Art. 169 ZGB sei für einen Verkauf die Zustimmung des Ehegatten erforderlich. Werde diese Zustimmung ohne triftigen Grund verweigert, könne das Gericht angerufen werden. Die beantragte gerichtliche Verkaufsermächtigung bezüglich der ehelichen Liegenschaft zähle zu den allgemeinen Wirkungen der Ehe. Betreffend diesbezügliche Begehren seien die schweizerischen Gerichte am Wohnsitz eines Ehegatten zuständig. Anwendbar sei schweizerisches Recht, weil sich die fragliche Wohnung in der Schweiz befinde. Er habe die Ermächtigung zum Verkauf seiner in F. _____ liegenden Liegenschaft und damit die Übertragung des Eigentums auf einen Dritten beantragt. Das Eigentum an einem Grundstück sei ein dingliches Recht. Für Begehren betreffend dingliche Rechte an Grundstücken seien ausschliesslich die Gerichte am Ort der gelegenen Sache zuständig. Das Scheidungsgericht Schöneberg in Berlin könne dieses Massnahmebegehren mangels Zuständigkeit nicht beurteilen. Ein entspre-

chender Entscheid dieses deutschen Gerichts würde denn auch in der Schweiz nicht anerkannt. Die Vorinstanz habe daher auch diesbezüglich das Verfahren an die Hand zu nehmen (Urk. 10 S. 5 f.).

5. Die Gesuchsgegnerin hält im Wesentlichen entgegen, hinsichtlich der superprovisorischen Rechtsbegehren, an welchen der Gesuchsteller mit seinem Rückweisungsantrag festhalte, sei keine Dringlichkeit ersichtlich. Das erstinstanzliche Eheschutzbegehren könne nicht im Berufungsverfahren neu als unabhängiges Massnahmebegehren gestützt auf Art. 10 IPRG anhand genommen werden. Diese Klageänderung sei unzulässig. Zudem seien die Voraussetzungen von Art. 10 IPRG weder dargetan noch erfüllt. Bezüglich der Liegenschaft bestehe zumindest aktuell keine Dringlichkeit zur Abwendung einer öffentlichen Versteigerung mehr. Hinsichtlich der Kinderbelange habe sich bereits die KESB Meilen der Sache angenommen, was der Gesuchsteller im Zeitpunkt der Berufung gewusst, aber verheimlicht habe. Es fehle ihm ein Rechtsschutzinteresse bzw. er sei durch den angefochtenen Entscheid nicht beschwert (Urk. 23 S. 2 ff.).

6. In prozessualer Hinsicht ist der Gesuchsgegnerin darin beizupflichten, dass die Berufungsschrift innert der gesetzlichen nicht erstreckbaren 10-tägigen Frist zu erstatten ist (Art. 311 i.V.m. Art. 314 Abs. 1 ZPO; Art. 144 Abs. 1 ZPO; Urk. 23 S. 2). Bezüglich der Berufungsschrift des Gesuchstellers vom 28. Februar 2019, welche im Übrigen keine "vorläufige Berufung" (vgl. Urk. 23 S. 2) darstellt, ist diese Frist gewahrt (Urk. 6; Urk. 10); hinsichtlich der "Ergänzung zur Berufung vom 28.02.2019" vom 3. März 2019 (Urk. 14) hingegen nicht. Allerdings enthält diese Rechtsschrift keine Anträge, sondern lediglich neue Vorbringen tatsächlicher Art. Es handelt sich dabei um echte Noven hinsichtlich der Verwertung der ehelichen Liegenschaft, welche nicht schon vor Vorinstanz geltend gemacht werden konnten, jedoch im Berufungsverfahren unverzüglich vorgebracht wurden und dementsprechend berücksichtigt werden können (vgl. Urk. 14 S. 2; Urk. 16/3-7; Art. 317 Abs. 1 ZPO). Allerdings sind diese Noven, wie darzutun sein wird, nicht von Relevanz.

7. Der Einwand der Gesuchsgegnerin, wonach der Gesuchsteller im Hinblick auf das nach wie vor hängige Verfahren bei der KESB Meilen und den Ent-

scheid der KESB Meilen vom 20. Februar 2019 durch den angefochtenen Nichteintretensentscheid der Vorinstanz nicht beschwert sei und es ihm bereits im Zeitpunkt der Berufungsbegründung vom 28. Februar 2019 an einem Rechtsschutzinteresse gemangelt habe (Urk. 23 S. 6), ist nicht zielführend. Die Kindeschutzbehörde bleibt - trotz eines hängigen Scheidungs- oder Eheschutzverfahrens - befugt, die zum Schutz des Kindes *sofort notwendigen* Massnahmen anzuordnen, wenn sie das Gericht voraussichtlich nicht rechtzeitig treffen kann (Art. 315a Abs. 3 ZGB). Nachdem die Vorinstanz am 15. Februar 2019 ihren Nichteintretensentscheid gefällt hatte, leitete sie das Eheschutzbegehren des Gesuchstellers (Urk. 1) zwecks Prüfung allfälliger Kindeschutzmassnahmen im Sinne einer Gefährdungsmeldung an die KESB Bezirk Meilen weiter (Urk. 24/2 S. 1 unten; Urk. 11 S. 6, Dispositivziffer 5). Mit Entscheid vom 20. Februar 2019 lehnte die KESB Meilen in der Folge den Antrag des Gesuchstellers auf superprovisorische Massnahmen ab (Urk. 24/2). Damit war und ist aber noch nicht über das Eheschutzbegehren Ziffer 2 (Urk. 1 S. 2), woran der Gesuchsteller denn auch festhält (vgl. Urk. 10 S. 2), entschieden. Lediglich die superprovisorische Anordnung der Begehren Ziffern 2.1., 2.2. und 2.3 (Urk. 1 S. 2, Begehren Ziffer 4, S. 22) hat sich erledigt.

8.1. Die sachliche und (jedenfalls die zwingende) örtliche Zuständigkeit des Gerichts ist eine von Amtes wegen zu prüfende Prozessvoraussetzung (Art. 59 Abs. 2 lit. b ZPO i.V.m. Art. 60 ZPO). Das Gericht wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO). Es spielt daher letztlich keine entscheidende Rolle, auf welche (internationalen) Rechtsnormen sich der Gesuchsteller beruft. Vor Vorinstanz stellte er ein Gesuch betreffend Eheschutzmassnahmen (Urk. 1), worauf diese nicht eintrat (Urk. 11). Mit seiner Berufung hält er an seinem erstinstanzlichen Gesuch fest und möchte, dass die Vorinstanz dieses anhand nimmt (Urk. 10 S. 2). Dass er sich nunmehr im Berufungsverfahren und im internationalen Kontext auch auf vorsorgliche Massnahmen (vgl. Art. 10 IPRG) berufen will (Urk. 10 S. 3 f.; Urk. 26 S. 1), kann ihm jedenfalls nicht zum Nachteil gereichen. Solches wäre überspitzt formalistisch. Auch von einer unzulässigen Klageänderung im Berufungsverfahren (vgl. Urk. 23 S. 4) kann nicht die Rede sein, nachdem die Rechtsbegehren nicht verändert wurden (vgl. auch Urk. 26 S. 1). Es ist in der vor-

liegenden internationalen Konstellation indes nach wie vor von einem Eheschutzgesuch (bzw. allenfalls einem Gesuch um Abänderung von Eheschutzmassnahmen; vgl. Urk. 1 S. 14 f., worin auf den Prozess-Nr. EE180015 [Eheschutz], Vereinbarung vom 4. Juni 2018, Bezug genommen wird) auszugehen, weshalb denn auch auf die besondere Zuständigkeit gemäss Art. 46 IPRG und nicht Art. 10 IPRG abzustellen ist. Entsprechend brauchen die Voraussetzungen und Fallgruppen von Art. 10 IPRG (vgl. Urk. 23 S. 4 f.; vgl. auch BGE 134 III 326 E. 3.5.1 m.H.) denn auch nicht geprüft zu werden.

8.2. Es liegt ein internationaler Sachverhalt vor (Art. 1 Abs. 1 IPRG). Der Gesuchsteller ist britischer Staatsbürger und die Gesuchsgegnerin besitzt die deutsche Staatsbürgerschaft. Die beiden unmündigen Kinder sind deutsch/englische Doppelbürger (Urk. 3/4, /9; Urk. 10 S. 4). Am 15. Februar 2019 machte der Gesuchsteller bei der Vorinstanz ein Eheschutzbegehren rechtshängig (Urk. 1). Mit Antrag vom 2. März 2018 hatte er beim Amtsgericht Schöneberg in Berlin/Deutschland ein Scheidungsbegehren anhängig gemacht (Urk. 10 S. 3; Urk. 13/2).

8.3. Für Massnahmen betreffend die ehelichen Rechte und Pflichten - worunter die vom Gesuchsteller angebehrten Eheschutzmassnahmen gemäss Art. 172 ff. fallen (Urk. 1 S. 2) - sind die Gerichte in der Schweiz als Wohnsitzstaat eines der Ehegatten zuständig (Art. 46 IPRG). Diese Schweizer Gerichte sind auch für die Abänderung der von ihnen getroffenen Eheschutzmassnahmen zuständig (Art. 64 IPRG analog; vgl. Urk. 1 S. 14 f.). Sobald die Klage eines Ehegatten auf Scheidung beim zuständigen Gericht rechtshängig gemacht worden ist, können Eheschutzmassnahmen für die Zeit nach Eintritt der Rechtshängigkeit indes nicht mehr getroffen werden, sondern nur noch vorsorgliche Massnahmen während des Scheidungsverfahrens angeordnet werden (BGE 129 III 60 E. 2 mit Hinweisen; vgl. auch die Präzisierung dieser Rechtsprechung, wenn während des Eheschutzverfahrens die Scheidung rechtshängig gemacht wird, in BGE 138 III 646 E. 3.3.2; auch BGer 5A_316/2018 vom 5. März 2019 E. 3.2). Das Bundesgericht hat entschieden, dass diese für Binnensachverhalte geltende Regel auch in internationalen Verhältnissen grundsätzlich massgebend ist (BGer 5C.243/1990

vom 5. März 1991, E. 2c, SJ 1991 S. 463). Vorliegend hat der Gesuchsteller das Gesuch um Eheschutzmassnahmen (bzw. allenfalls Abänderung von Eheschutzmassnahmen, vgl. Urk. 1 S. 14 f.) in der Schweiz als Wohnsitzstaat zumindest der Gesuchsgegnerin (beim Gesuchsteller geht jedenfalls die Gesuchsgegnerin von einem Wohnsitz in Luxemburg aus [vgl. Urk. 23 S. 1 und 6]) zu einem Zeitpunkt (am 15. Februar 2019) gestellt, als die Scheidungsklage in Deutschland (seit dem 2. März 2018 [Urk. 13/2]) bereits hängig war. Damit sind die schweizerischen Gerichte zur Anordnung von Eheschutzmassnahmen grundsätzlich nicht mehr zuständig. Die Zuständigkeit des schweizerischen Eheschutzgerichts ist allerdings vorbehalten, wenn von vornherein, d.h. bereits bei Einleitung des Eheschutzverfahrens offensichtlich ist, dass ein im Ausland ergangenes Scheidungsurteil in der Schweiz nicht anerkannt werden kann (BGE 134 III 326 E. 3.2. und 3.3. mit weiteren Hinweisen).

Eine ausländische Entscheidung wird in der Schweiz unter anderem anerkannt, wenn die Zuständigkeit der Gerichte oder Behörden des Staates, in dem die Entscheidung ergangen ist, begründet war (Art. 25 Abs. 1 lit. a IPRG; sog. indirekte Zuständigkeit oder Anerkennungszuständigkeit). Die Zuständigkeit ausländischer Behörden ist unter anderem begründet, wenn eine Bestimmung "dieses Gesetzes" sie vorsieht oder, falls eine solche fehlt, wenn der Beklagte seinen Wohnsitz im Urteilsstaat hatte (Art. 26 Abs. 1 lit. a IPRG).

8.4. a) Bezüglich der Obhut und des Aufenthaltsbestimmungsrechts über die beiden minderjährigen Kinder C._____ und D._____ sowie des Rechts auf persönlichen Verkehr zwischen der Gesuchsgegnerin und den Kindern bestimmt sich die internationale Zuständigkeit gemäss Art. 1 Abs. 2 und Art. 46 in Verbindung mit Art. 85 Abs. 1 IPRG nach dem Haager Übereinkommen vom 19. Oktober 1996 über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung, Vollstreckung und Zusammenarbeit auf dem Gebiet der elterlichen Verantwortung und der Massnahmen zum Schutz von Kindern (Haager Kindes-schutzübereinkommen, HKsÜ, SR 0.211.231.011). Die internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte bestimmt sich im Falle der Schweiz, die kein EU-Mitgliedsstaat, aber - wie Deutschland - Vertragsstaat des HKsÜ ist, ausschliess-

lich nach dem HKsÜ. Dieses Abkommen ist für die Schweiz am 1. Juli 2009 und für Deutschland am 1. Januar 2011 in Kraft getreten.

Gemäss Art. 5 Abs. 1 HKsÜ sind die Gerichte am gewöhnlichen Aufenthaltsort der Kinder zum Erlass von Massnahmen zum Schutz des Kindes, welche sich unter anderem auf die Obhut, die Regelung des Rechts, über den Aufenthalt des Kindes zu bestimmen, sowie des Rechts auf persönlichen Verkehr beziehen können (Art. 3 lit. b HKsÜ), zuständig. Es wird mithin auf den gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes und nicht auf dessen Wohnsitz abgestellt. Unter dem gewöhnlichen Aufenthalt einer Person ist deren "tatsächlicher Mittelpunkt der Lebensführung" bzw. "der Lebensbeziehungen", der "Schwerpunkt der Bindungen", der "Daseinsmittelpunkt" zu verstehen. Dementsprechend kann eine Person in der Regel in einem bestimmten Zeitpunkt nur einen gewöhnlichen Aufenthalt im Sinne des HKsÜ haben, denn es gibt normalerweise einen einzigen Mittelpunkt der Lebensbeziehungen. Es kommt auf die qualitativ und quantitativ überwiegende tatsächliche Anwesenheit und Verbundenheit mit einem Aufenthaltsort an, die in der Regel auch von Dritten so wahrgenommen werden. Der gewöhnliche Aufenthalt manifestiert sich in einer gewissen sozialen Eingliederung in familiärer, schulischer oder beruflicher Hinsicht. Weiter bedarf der Aufenthalt einer gewissen Dauer, um als "gewöhnlich" zu gelten. Das Bundesgericht hielt dazu fest, dass ein Aufenthalt von der Dauer von sechs Monaten in der Regel einen gewöhnlichen Aufenthalt begründe. Ein Aufenthalt könne auch ein gewöhnlicher sofort ab dessen Begründung an einem bestimmten Ort werden, wenn er auf Dauer begründet werde und den bisherigen Lebensmittelpunkt ablösen soll (BGer 5A_665/2010 vom 2. Dezember 2010 E. 4; Schwander, in: Basler Kommentar IPRG, 3. A. 2013, N. 41 ff. zu Art. 85). Der Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts gemäss HKsÜ ist vertragsautonom auszulegen. Für einen fiktiven oder abgeleiteten gewöhnlichen Aufenthalt besteht kein Raum (Marco Levante, Wohnsitz und gewöhnlicher Aufenthalt im internationalen Privat- und Zivilprozessrecht der Schweiz, Diss. St. Gallen 1998, S. 79, 81). Auch Art. 23 Abs. 1 ZGB betreffend den Wohnsitz, worauf sich der Gesuchsteller berufen will (Urk. 10 S. 5), wonach der Aufenthalt zum Zwecke der Ausbildung allein keinen Wohnsitz begründet, ist weder einschlägig noch anwendbar.

Vorliegend ist nicht strittig, dass die beiden gemeinsamen Kinder der Parteien, C._____, geboren tt.mm.2004, und D._____, geboren tt.mm.2009, ihren Wohnsitz in F._____ in der Schweiz haben (Urk. 1 S. 1, 13; Urk. 10 S. 5; Urk. 23 S. 3; Urk. 24/2 S. 1). Der 9-jährige D._____, welcher in F._____ lebt und zur Schule geht, hat dort auch seinen gewöhnlichen Aufenthaltsort (Urk. 10 S. 5 Rz. 13; Urk. 24/2 S. 2; Urk. 24/3). Die 14-jährige C._____ besucht seit 2016 Schulen in England (zunächst die G._____ School in H._____ und seit 2018 die I._____ School in J._____). Sie lebt dort im Internat und kommt jeweils zirka einmal im Monat nach Hause (Urk. 1 S. 5 Rz. 14, S. 14 Rz. 39; Urk. 10 S. 5 Rz. 13; Urk. 24/2 S. 2). Ferien verbringt sie auch in der Schweiz (Urk. 1 S. 11 Rz. 28).

Steht von Anfang an fest, dass ein Aufenthalt in einem anderen Staat nur vorübergehender Natur ist, bleibt der gewöhnliche Aufenthalt im ursprünglichen Staat grundsätzlich erhalten. Bei ausbildungsbedingter vorübergehender Abwesenheit, Internatsaufenthalten und vorübergehendem Aufenthalt in einem anderen Staat, verbleibt der gewöhnliche Aufenthalt daher grundsätzlich im ursprünglichen Staat beim betreuenden Elternteil (Hungerbühler/John, Internationales Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, in: Fachhandbuch Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, Zürich 2016, S. 644 N 17.18, mit Verweis auf Practical Handbook on the Operation of the 1996 Hague Child Protection Convention, N 13.85; Johannsen/Henrich/Büte, Familienrecht, 6. Aufl., 2015, FamFG § 152 Rz 6; Staudinger/Kropholler, 2003, Vorbem zu Art. 19 EGBGB, Rz 151, mit weiteren Hinweisen; BGH FamRZ 1975, 272/273; a.M. Levante, a.a.O., S. 200, der ausschliesslich auf die am Schulort verbrachte Zeit abstellen will).

Die Parteien zogen 2002 in die Schweiz, wo C._____ 2004 auf die Welt kam (Urk. 1 S. 4 N 7, S. 5 N 14). Ihr Schulaufenthalt in England erscheint von vornherein befristet. Eine Absicht der Eltern oder eines Elternteils, für ihre Tochter in England einen gewöhnlichen Aufenthalt zu begründen, ist nicht ersichtlich oder behauptet, und es lässt sich nicht sagen, die sozialen und familiären Bindungen zum Internatsland würden überwiegen. Damit ist auch bezüglich C._____, welche nach wie vor ihre familiären Bindungen in F._____ hat und pflegt und nur vo-

rübergehend zu Ausbildungszwecken im Internat in England weilt, von einem gewöhnlichen Aufenthaltsort in F. _____ auszugehen.

Zufolge der ausschliesslichen internationalen Zuständigkeit des Vertragsstaates, in dem die Kinder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben (Art. 5 Abs. 1 HKsÜ), ist es dem deutschen Scheidungsgericht mithin verwehrt, über (vorsorgliche) Anträge zum Schutze der Kinder, wie Obhutszuteilung, Verlegung des Wohnsitzes der Kinder ins Ausland, Aufenthaltsbestimmungsrecht, Besuchsrecht etc., zu entscheiden. Ein solcher Entscheid würde in der Schweiz nicht anerkannt, weil die beiden Kinder ihren gewöhnlichen Aufenthaltsort nicht in Deutschland, sondern in der Schweiz haben. Mit Blick auf diese negative Anerkennungsprognose hat die Vorinstanz im Licht der zitierten bundesgerichtlichen Rechtsprechung das Eheschutzbegehren hinsichtlich der Kinderbelange betreffend C. _____ und D. _____ daher an die Hand zu nehmen.

b) Bezüglich des Begehrens des Gesuchsteller, wonach vorzumerken sei, dass er sich verpflichte, sämtliche direkten Kinderkosten von C. _____ und D. _____ zu bezahlen (Urk. 1 S. 2), bestimmt sich die internationale Zuständigkeit nach dem Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheiden in Zivil- und Handelssachen vom 30. Oktober 2007 (Lugano-Übereinkommen, LugÜ; Art. 5 Ziff. 2 LugÜ). Die Schweiz und Deutschland sind Vertragsstaaten des LugÜ. Eine internationale Zuständigkeit des Scheidungsgerichts Schöneberg in Berlin ist nicht vorgesehen, zumal die unterhaltsberechtigten Kinder C. _____ und D. _____ ihren Wohnsitz und auch ihren gewöhnlichen Aufenthalt in der Schweiz haben (Art. 5 Ziff. 2 lit. a LugÜ; Art. 59 Ziff. 1 LugÜ; Art. 20 Abs. 1 lit. a IPRG), die Gesuchsgegnerin ihren Wohnsitz ebenfalls in der Schweiz hat (Art. 2 Ziff. 1 LugÜ) und sich die deutsche (Annex-) Zuständigkeit beim Scheidungsgericht in Schöneberg Berlin (vgl. Art. 5 Ziff. 2 lit. b LugÜ) lediglich auf die deutsche Staatsangehörigkeit der Gesuchsgegnerin (Urk. 13/2 S. 1, 3) und der beiden Kinder (Urk. 10 S. 4 unten) stützt. Zufolge dieser negativen Anerkennungsprognose hätte die Vorinstanz ihre internationale örtliche Zuständigkeit mithin im Hinblick auf das in Deutschland rechtshängige Scheidungsverfahren nicht verneinen dürfen. Weil überdies eine schweizerische Zu-

ständigkeit am Wohnsitz der unterhaltsberechtigten Kinder in der Schweiz gegeben ist (Art. 5 Ziff. 2 lit. a LugÜ), hat die Vorinstanz das Eheschutzbegehren auch diesbezüglich anhand zu nehmen.

c) Gemäss Art. 169 Abs. 1 ZGB kann ein Ehegatte nur mit der ausdrücklichen Zustimmung des anderen einen Mietvertrag kündigen, das Haus oder die Wohnung der Familie veräussern oder durch andere Rechtsgeschäfte die Rechte an den Wohnräumen der Familie beschränken. Der Gesuchsteller ist Alleineigentümer der ehelichen Liegenschaft in F._____ und möchte diese aus finanziellen Überlegungen schnellstmöglich freihändig verkaufen. Allerdings verweigert die Gesuchsgegnerin, welche mit den Kindern (und dem Gesuchsteller, wenn auch räumlich strikt getrennt, vgl. Urk. 10 S. 3) nach wie vor in der ehelichen Liegenschaft wohnt, dem Gesuchsteller die erforderliche Zustimmung, weshalb dieser bei der Vorinstanz um eine gerichtliche Verkaufsermächtigung gestützt auf Art. 169 Abs. 2 ZGB ersuchte (Urk. 10 S. 5). Soweit dingliche Rechte an Grundstücken in der Schweiz in Frage stehen (hier: Übertragung des dinglichen Rechts Eigentum an der Liegenschaft auf einen Dritten), stützt sich die schweizerische Zuständigkeit für Eheschutzmassnahmen gemäss Art. 169 ZGB auf Art. 97 IPRG (Gericht am Ort der gelegenen Sache; BSK ZGB-Schwander, Art. 169 N 23). Die Vorinstanz ist diesbezüglich ausschliesslich zuständig (Art. 97 IPRG). Ein diesbezüglicher Entscheid des deutschen Scheidungsgerichts würde in der Schweiz demgegenüber nicht anerkannt. Angesichts dieser negativen Anerkennungsprognose hat die international örtlich zuständige Vorinstanz das Eheschutzbegehren auch diesbezüglich an Hand zu nehmen. Auf eine besondere aktuelle zeitliche Dringlichkeit (vgl. Urk. 23 S. 6) kommt es beim vorliegenden Entscheid über die (eheschutzrichterliche) internationale örtliche Zuständigkeit jedenfalls nicht an. Dass die K._____ Kantonalbank das am 21. Februar 2019 gestellte Verwertungsbegehren am 9. Mai 2019 offenbar zurückgezogen hat (Urk. 23 S. 6; Urk. 24/1), lässt das Begehren des Gesuchstellers, wonach er zu ermächtigen sei, die eheliche Liegenschaft ohne Zustimmung der Gesuchsgegnerin (freihändig) zu verkaufen, nicht gegenstandslos werden. Auch ein Rückzug dieses Begehrens durch den Gesuchsteller, welcher sich laut Angabe der Gesuchsgegnerin mit der hypothetisierenden Bank einigen konnte, liegt nicht vor. Weiterungen im Zusammen-

hang mit der öffentlichen Versteigerung bzw. dem Freihandverkauf der Liegenschaft erübrigen sich damit.

d) Resümiert ist der angefochtene Nichteintretensentscheid der Vorinstanz vom 15. Februar 2019 somit in Gutheissung der Berufung vollumfänglich aufzuheben und die Sache zur diesbezüglichen Anhandnahme des Eheschutzverfahrens an die Vorinstanz zurückzuweisen.

9.1. Die Kosten des Berufungsverfahrens sind in Anwendung von § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 2 lit. b und § 12 GebV OG auf Fr. 3'000.– festzusetzen.

9.2. Das Gericht kann Gerichtskosten, die weder eine Partei noch Dritte veranlasst haben, aus Billigkeitsgründen dem Kanton auferlegen (Art. 107 Abs. 2 ZPO). Dies rechtfertigt sich nach der bundesgerichtlichen Praxis insbesondere dann, wenn ein gravierender, vom Rechtsmittelbeklagten nicht mitverschuldeter Verfahrensfehler (Justizpanne) zur Gutheissung des Rechtsmittels führt und der Rechtsmittelbeklagte entweder die Gutheissung des Rechtsmittels beantragt oder sich eines Antrages enthalten hat (BGer 5A_61/2012 vom 23. März 2012 E. 4 m.w.H.).

Zwar verneinte die Vorinstanz ihre internationale Zuständigkeit zu Unrecht, was einen Verfahrensfehler darstellt. Allerdings identifizierte sich die Gesuchsgegnerin mit dem vorinstanzlichen Nichteintretensentscheid und beantragte die Abweisung der Berufung (Urk. 23 S. 2). Mit Blick auf den Verfahrensausgang rechtfertigt es sich somit, die Kosten des Berufungsverfahrens der Gesuchsgegnerin vollumfänglich aufzuerlegen. Dementsprechend ist die Gesuchsgegnerin zur Leistung einer angemessenen Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 1'500.– an den Gesuchsteller zu verpflichten (Art. 106 Abs. 1 ZPO; § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 3 und § 13 Abs. 1 AnwGebV). Ein Mehrwertsteuerzuschlag wurde nicht verlangt (vgl. Urk. 10 S. 2) und ist entsprechend nicht zuzusprechen (vgl. ZR 104/2005 Nr. 76).

9.3. Die Kosten des Berufungsverfahrens sind mit dem vom Gesuchsteller geleisteten Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 3'000.– (Urk. 21) zu verrechnen.

Die Gesuchsgegnerin hat dem Gesuchsteller den Kostenvorschuss im Umfang von Fr. 3'000.– zu ersetzen (Art. 111 Abs. 1 und 2 ZPO).

Es wird beschlossen:

1. Die Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Meilen vom 15. Februar 2019 wird aufgehoben und die Sache zur Anhandnahme des Eheschutzverfahrens an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'000.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Gesuchsgegnerin auferlegt. Die Kosten werden mit dem Kostenvorschuss des Gesuchstellers in der Höhe von Fr. 3'000.– verrechnet. Die Gesuchsgegnerin wird verpflichtet, dem Gesuchsteller den Kostenvorschuss im Umfang von Fr. 3'000.– zu ersetzen.
4. Die Gesuchsgegnerin wird verpflichtet, dem Gesuchsteller für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 1'500.– zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die Vorinstanz, die KESB Bezirk Meilen, Dorfstrasse 7, Postfach 332, 8700 Küsnacht, und die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

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

6. Eine **Beschwerde** gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert **30 Tagen** von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein 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, 16. Juli 2019

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. M. Reuss Valentini

versandt am:
mc