

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LY160001-O/U.doc,

damit vereinigt Geschäfts-Nr.: PC160001-O

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichter  
lic. iur. M. Spahn und Dr. M. Kriech sowie die Gerichtsschreiberin  
lic. iur. M. Reuss Valentini

## **Beschluss und Urteil vom 9. Mai 2016**

in Sachen

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

Beklagte, Berufungsklägerin und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwältin Dr. iur. X. \_\_\_\_\_

gegen

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

Kläger, Berufungsbeklagter und Beschwerdegegner

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

betreffend **Ehescheidung (vorsorgliche Massnahmen)**

**Berufung und Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im  
ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Meilen vom 14. Januar 2016  
(FE150173-G)**

### **Erwägungen:**

1. Die Parteien sind verheiratet. Seit dem 29. Oktober 2015 stehen sie am Einzelgericht des Bezirksgerichts Meilen in einem Scheidungsverfahren (Urk. 8/1 ff.). Am 29. Oktober 2015 und am 16. November 2015 beantragte der Kläger, Berufungsbeklagte und Beschwerdegegner (fortan Kläger) den Erlass vorsorglicher Massnahmen im Scheidungsverfahren (Urk. 8/1 und Urk. 8/6). Die Beklagte, Berufungsklägerin und Beschwerdeführerin (fortan Beklagte) liess vorab die örtliche Zuständigkeit der Vorinstanz in Abrede stellen (Urk. 8/41; Urk. 8/52; Prot. I S. 14 ff.; Urk. 8/62). Mit Verfügung vom 14. Januar 2016 fällte die Vorderrichterin folgenden Entscheid (Urk. 2 S. 3 f.):

- "1. Auf die Gesuche des Klägers um Erlass vorsorglicher Massnahmen im Scheidungsverfahren vom 29. Oktober 2015 und vom 16. November 2015 wird eingetreten.
2. Die Anträge der Beklagten auf Abnahme der laufenden Fristen und der Vorladung zur Verhandlung vom 3. Februar 2016 werden abgewiesen.
3. Das Scheidungsverfahren wird in der Hauptsache auf die Frage der örtlichen Zuständigkeit beschränkt.
4. (Mitteilungssatz)
5. (Beschwerde)"

2. Innert Frist erhob die Beklagte mit Eingabe vom 18. Januar 2016 "Beschwerde" mit folgenden Anträgen (Urk. 1 S. 2 f.):

- "1. Die Ziffern 1 und 2 der Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Meilen vom 14. Januar 2016 seien aufzuheben.
2. Auf die Gesuche des Beschwerdeführers und Klägers um Erlass vorsorglicher Massnahmen im Scheidungsverfahren vom 29.10.2015 und vom 16.11.2015 sei nicht einzutreten.
3. Es sei der Beschwerdeführerin und Beklagten die bis zum 20.01.2016 laufende Frist zur Einreichung einer schriftlichen Massnahmeantwort bis zum rechtskräftigen Entscheid über die örtliche Zuständigkeit im Massnahmeverfahren abzunehmen.
4. Es sei weiter die Ladung zur Verhandlung betreffend vorsorgliche Massnahmen inkl. Vergleichsgespräche sowie Stellungnahme der Par-

teilen zum Beweisergebnis über die Zuständigkeit vom 3. Februar 2016, um 08.30 Uhr, bis zum rechtskräftigen Entscheid über die örtliche Zuständigkeit im Massnahmeverfahren abzunehmen.

5. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. gesetzl. MWSt) zu Lasten des Klägers und Beschwerdegegners."

Weiter stellte die Beklagte den Antrag, es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen und es sei ihr - der Beklagten - die bis zum 20. Januar 2016 laufende Frist sofort abzunehmen (Urk. 1 S. 3).

Weil es sich bei Dispositiv-Ziffer 1 der angefochtenen Verfügung (Eintreten auf die Massnahmebegehren des Klägers) um einen Zwischenentscheid im Sinne von Art. 237 ZPO handelt, wurde diesbezüglich das vorliegende Berufungsverfahren angelegt (vgl. Urk. 6 S. 3 E. 3). Das Beschwerdeverfahren, welches noch die Beschwerde der Beklagten gegen Dispositiv-Ziffer 2 der Verfügung vom 14. Januar 2016 (Abnahme der Frist zur Beantwortung des Massnahmebegehrens und Abnahme der Vorladung zur Verhandlung vom 3. Februar 2016) umfasste, wurde bei der Kammer unter der Verfahrens-Nummer PC160001 angelegt, jedoch gemäss Beschluss vom 20. Januar 2016 mit dem vorliegenden Berufungsverfahren vereinigt und als dadurch erledigt abgeschrieben (Urk. 6 S. 5, Dispositivziffer 1). Gleichzeitig wurde der Berufung der Beklagten gegen Dispositivziffer 1 der Verfügung der Vorinstanz vom 14. Januar 2016 einstweilen die aufschiebende Wirkung erteilt und es wurden der Beklagten entsprechend die Frist zur Erstattung der Massnahmeantwort bis 20. Januar 2016 sowie die Vorladung der Vorinstanz vom 4. Januar 2016, soweit sie die Hauptverhandlung betreffend vorsorgliche Massnahmen inkl. Vergleichsgespräche zum Gegenstand hat, abgenommen. Ferner wurde dem Kläger Frist zur Stellungnahme zum Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung anberaumt (Urk. 6 S. 5 f., Dispositivziffern 2-4). Und schliesslich wurde der Beklagten Frist zur Leistung eines Vorschusses über Fr. 3'000.- für die Gerichtskosten des zweitinstanzlichen Verfahrens angesetzt (Urk. 6 S. 6, Dispositivziffer 5).

Unterm 27. Januar 2016 wurde die Kautionszahlung rechtzeitig bezahlt (Urk. 9). Die klägerische Stellungnahme vom 1. Februar 2016 zum gegnerischen Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (Urk. 10) erfolgte verspätet, weshalb andro-

lungsgemäss vom Einverständnis des Klägers ausgegangen und der Berufung gemäss Präsidialverfügung vom 5. Februar 2016 definitiv die aufschiebende Wirkung erteilt wurde. Überdies wurde dem Kläger Frist zur Erstattung der Berufungsantwort angesetzt; von der Einholung einer Beschwerdeantwort konnte abgesehen werden (Urk. 11).

Mit Eingabe vom 18. Februar 2016 erstattete der Kläger in der Folge - unter Beilage einer Kopie des Protokolls der vorinstanzlichen Beweisverhandlung betreffend die örtliche Zuständigkeit vom 3. Februar 2016 (Urk. 14) - fristgerecht seine Berufungsantwort mit folgenden Anträgen (Urk. 12 S. 1):

- "1. Die Berufung sei - in Bestätigung des vorinstanzlichen Entscheides - vollumfänglich abzuweisen;
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Berufungsklägerin, zuzüglich MWST."

Gemäss Präsidialverfügung vom 25. Februar 2016 wurde der Beklagten Frist angesetzt, um sich zum Protokoll der Verhandlung betreffend die örtliche Zuständigkeit der Vorinstanz vom 3. Februar 2016 und die in diesem Zusammenhang seitens des Klägers neu aufgestellten Behauptungen zu äussern (Urk. 15). Die Beklagte äusserte sich innert Frist mit Zuschrift vom 14. März 2016 (Urk. 16). Diese Eingabe - samt Beilagen (Urk. 18/1-3) - wurde wiederum dem Kläger mittels Stempelverfügung vom 11. April 2016 zur Kenntnis gebracht (Prot. II S. 7).

Das Verfahren ist nunmehr spruchreif.

**3.** Gemäss Beschluss der Kammer vom 20. Januar 2016 wurde der Berufung (einstweilen) die aufschiebende Wirkung gewährt. Entsprechend wurden der Beklagten die Frist zur Erstattung der Massnahmeantwort sowie die Vorladung zur Verhandlung vom 3. Februar 2016, soweit sie die Hauptverhandlung betreffend vorsorgliche Massnahmen inkl. Vergleichsgespräche zum Gegenstand hatte, abgenommen (Urk. 6 S. 5 f., Dispositivziffern 2-3). Der Verhandlungstermin vom 3. Februar ist - soweit es um die Stellungnahme der Parteien zum Beweisergebnis über die Zuständigkeit ging - verstrichen und die Verhandlung insoweit durch-

geführt (Urk. 14). Die Rechtsmittelanträge Ziffern 3 und 4 sind damit gegenstandslos geworden und entsprechend abzuschreiben. Nunmehr ist einzig noch über die Eintretensfrage zu entscheiden.

4. Die Vorderrichterin erwog, das schweizerische Gericht, bei dem eine Scheidungsklage hängig sei, könne vorsorgliche Massnahmen treffen, sofern seine Unzuständigkeit zur Beurteilung der Klage nicht offensichtlich sei (Art. 62 Abs. 1 IPRG; vgl. ferner Beschluss LF110069 OGer ZH vom 29. Juli 2011, E. 2.3.4.). Der Wohnsitz einer Person befinde sich an dem Ort, wo sie sich mit der Absicht dauernden Verbleibens aufhalte (Art. 23 Abs. 1 ZGB). Der Beklagten sei darin zu folgen, dass der Kläger gemäss dem Übernahmeprotokoll und dem Schreiben der C.\_\_\_\_ AG nicht am 29. Oktober 2015, sondern erst am 16. November 2015 in die Wohnung an der D.\_\_\_\_-Strasse 1... in E.\_\_\_\_ eingezogen sei. Hingegen liesse sich daraus nicht ableiten, dass der Kläger am 29. Oktober 2015 offensichtlich nicht in E.\_\_\_\_ gewohnt bzw. dort offensichtlich keinen Wohnsitz begründet habe. Das sei (nach wie vor) umstritten. Unbestritten sei dabei, dass der Kläger vom 26. bis 29. Oktober 2015 bei seinen Freunden F.\_\_\_\_ und G.\_\_\_\_ übernachtet habe (Urk. 62 S. 8). Weiter habe er am 29. Oktober 2015 den Mietvertrag für die besagte Wohnung unterschrieben und entsprechend auch eine Wohnsitzbestätigung per 29. Oktober 2015 (Urk. 23/6) sowie ein Gesuch um Niederlassungsbewilligung vom 29. Oktober 2015 (Urk. 23/8) eingereicht. Wie die Beklagte zu Recht festhalte, sei unklar, wo der Kläger sich genau zwischen dem 29. Oktober 2015 und dem 16. November 2015 aufgehalten habe. Auf die Frage, zu welchen Zeiten er sich ab dem 29. Oktober 2015 in der Wohnung [an der D.\_\_\_\_-Strasse in E.\_\_\_\_] aufgehalten und ob er dort übernachtet habe, habe er erklärt, er könne die genauen Zeiten nicht nennen. Die FG.\_\_\_\_s hätten ja nur ungefähr 2.5 Kilometer [an der H.\_\_\_\_-Strasse in E.\_\_\_\_] weit entfernt gewohnt. Dort habe er den Fernseher benutzt oder ein Bad genommen (vgl. Prot. I S. 28). Angesichts dieser Unklarheit könne nicht von einer offensichtlichen Unzuständigkeit des hiesigen Gerichts gesprochen werden. Der Kläger werde an der Verhandlung vom 3. Februar 2016 erneut zu befragen sein, allenfalls seien weitere Beweismittel abzunehmen. Dementsprechend trat die Vorinstanz auf die Gesuche des Klägers um Erlass vorsorglicher Massnahmen im Scheidungsverfahren

ein. Das Scheidungsverfahren wurde in der Hauptsache auf die Frage der örtlichen Zuständigkeit beschränkt (Urk. 2 S. 2 f.).

**5.** Die Beklagte macht im Wesentlichen geltend, der Kläger habe am 29. Oktober 2015, als er die Scheidungsklage mit dem Massnahmebegehren hängig gemacht habe, (noch) keinen Wohnsitz an der D.\_\_\_\_\_-Strasse 1... in E.\_\_\_\_\_ gehabt. Er habe das Gericht augenscheinlich über seinen Verbleib zwischen dem 29. Oktober 2015 und dem 16. November 2015 und insbesondere seinen Einzugsstermin in die fragliche Wohnung mehrfach belogen. Bei den Eheleuten FG.\_\_\_\_\_ habe er nur vorübergehend gelebt und dort folglich keinen Wohnsitz begründen können. Auch das angebliche "Aufsuchen" der Wohnung an der D.\_\_\_\_\_-Strasse 1... in E.\_\_\_\_\_ vermöge keinen dortigen Wohnsitz zu begründen. Zudem habe der Kläger seine Aussagen laufend dem Beweisergebnis angepasst. Seine sämtlichen Ausführungen seien daher unglaubhaft. Es sei willkürlich, die Lügen des Klägers nun als Unklarheit umzudeuten (Urk. 1 S. 6 ff.; Urk. 16 S. 7 f.).

**6.1.** Vorliegend handelt es sich um einen internationalen Sachverhalt (Art. 1 Abs. 1 Ingress IPRG), weil der Kläger Staatsangehöriger der USA ist und die Internationalität gesamthaft - d.h. sowohl für die Zuständigkeit als auch für das anwendbare Recht - zu bejahen ist. Insbesondere bei der Frage nach dem anwendbaren Recht spielt die Staatsangehörigkeit der Ehegatten traditionellerweise eine wichtige Rolle (selbst wenn sie Wohnsitz in demselben Staat haben; vgl. BSK IPRG-Schnyder/Grolimund, Art. 1 N 3 f.). Da das IPRG sowohl die internationale wie auch die nationale Zuständigkeit regelt, bleibt für die Anwendung der ZPO grundsätzlich kein Raum (Sutter-Somm/Seiler, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., 3. A., 2016, Art. 2 N 6).

Die Vorinstanz hat daher zurecht Art. 62 Abs. 1 IPRG angewandt (Urk. 2 S. 2). Auf die (angeblich fehlende) Schutzbedürftigkeit des Klägers (vgl. Urk. 16 S. 17 Rz. 20) kommt es dabei nicht an, zumal dem Kläger mit Bezug auf seinen Wohnsitzwechsel jedenfalls kein offensichtlich rechtsmissbräuchliches Verhalten unterstellt werden kann. Wegen Gewaltschutzmassnahmen musste er am 15. Oktober 2015 die eheliche Liegenschaft in I.\_\_\_\_\_/SZ unverzüglich verlassen und sich eine neue Wohngelegenheit suchen (vgl. Urk. 12 S. 3; Urk. 8/11/4). Dass am Ehe-

schutzgericht in I.\_\_\_\_\_/SZ ein von der Beklagten mit Gesuch vom 6. Oktober 2015 eingeleitetes Eheschutzverfahren am Laufen war (vgl. Urk. 8/1 S. 4 f.; Urk. 8/11/2; Urk. 8/11/12 [Erledigungsverfügung vom 11. November 2015]), steht einem Umzug des Klägers in einen anderen Kanton jedenfalls nicht entgegen.

Nach Art. 62 Abs. 1 IPRG kann das schweizerische Gericht, bei dem eine Scheidungsklage hängig ist, vorsorgliche Massnahmen treffen, sofern seine *Unzuständigkeit* zur Beurteilung der Klage *nicht offensichtlich* ist oder nicht rechtskräftig festgestellt wurde. Blosser Zweifel an der schweizerischen Zuständigkeit genügen nicht, um die Kompetenz des Massnahmerichters hinfällig werden zu lassen (BSK IPRG-Bopp, 2. A., 2012, Art. 62 N 6).

Im vorliegenden summarischen Massnahmeverfahren (vgl. Art. 271 lit. a ZPO, Art. 276 Abs. 1 ZPO, Art. 248 ff. ZPO) ist überdies, wie sämtliche Prozessvoraussetzungen, auch die örtliche Zuständigkeit bloss glaubhaft zu machen. Es genügt mithin eine grössere Wahrscheinlichkeit, dass die die örtliche Zuständigkeit begründenden Tatsachen gegeben sind. Das Gericht kann und muss es bei einer summarischen Prüfung bewenden lassen; es hat auf das Massnahmebegehren einzutreten, wenn es für dessen Behandlung nicht offensichtlich unzuständig ist (BSK ZPO-Sprecher, Art. 261 N 54).

Gemäss Art. 59 lit. b IPRG sind für Klagen auf Scheidung die schweizerischen Gerichte am Wohnsitz des Klägers zuständig, wenn dieser sich seit einem Jahr in der Schweiz aufhält. Laut Art. 20 Abs. 1 lit. a IPRG hat eine natürliche Person ihren Wohnsitz in dem Staat, in dem sie sich mit der Absicht dauernden Verbleibs aufhält. Bei der Auslegung von Art. 20 Abs. 1 IPRG kann gemäss Lehre und Rechtsprechung grundsätzlich auf die Rechtsprechung zu Art. 23 ZGB zurückgegriffen werden. Die Wohnsitzdefinition nach Art. 20 Abs. 1 lit. a IPRG weist sowohl ein objektives Element auf, nämlich die Notwendigkeit der physischen Präsenz einer natürlichen Person an einem Ort, den Aufenthalt, als auch das subjektive Element der Absicht dauernden Verbleibens an diesem Ort. Die Bestimmung des Wohnsitzes ist dabei nach den gesamten Umständen des Einzelfalles vorzunehmen. Die Praxis geht von einem objektivierten Wohnsitzbegriff aus. Danach müssen der Wohnsitz respektive der Mittelpunkt der Lebensinteressen einer Person

auch für Dritte erkennbar sein und können sich nicht lediglich auf subjektive Elemente beschränken. Den eigentlichen Mittelpunkt der Lebensinteressen hat eine natürliche Person dort, wo ihre familiären sowie sozialen Interessen am stärksten zu lokalisieren sind. Dem fremdenpolizeilichen oder steuerrechtlichen Status einer Person ist dabei eine gewisse Indizwirkung beizumessen. Was die Dauer des Verweilens anbelangt, so ist kein bestimmter Zeitrahmen erforderlich. Jedoch muss sich im Verhalten der Person manifestieren, dass sie an diesem Ort eine gewisse Zeit zu verweilen gedenkt. So kann bereits am ersten Tag der Niederlassung an einem anderen Ort auf eine Wohnsitznahme geschlossen werden. Entscheidend sind die Lebensumstände, welche den Eindruck erwecken, dass eine Person den bisherigen Lebensmittelpunkt verlässt, um einen neuen zu begründen. Wird der Wohnsitz aufgegeben und noch kein neuer begründet, tritt an seine Stelle der gewöhnliche Aufenthalt als Anknüpfungspunkt. Eine Wohnsitzverlegung liegt nur dann vor, wenn ein neuer Wohnsitz begründet wurde, wenn entsprechende subjektive und objektive Anzeichen dafür vorliegen, dass der Lebensmittelpunkt verlagert wurde. Massgeblicher Zeitpunkt für die Bestimmung des Wohnsitzes und damit der Zuständigkeit ist der Moment der Anhängigmachung der Klage (BSK IPRG-Westenberg 2. A., 2012, Art. 20 N 9, 12-16 mit weiteren Hinweisen). Damit ein Ort als effektiver Wohnsitz, d.h. als Lebensmittelpunkt einer Person gelten kann, ist, wie erwähnt, zuallererst erforderlich, dass sie sich dort aufhält. Dieser Aufenthalt darf nicht in einer blossen Anwesenheit bestehen; erforderlich ist vielmehr ein "Wohnen", wozu die Benützung von Räumen gehört. Die Art dieses Wohnens ist gleichgültig: in eigenem Haushalt, bei Angehörigen, in gemietetem Zimmer, im Hotel oder Pension (Zürcher Kommentar-Egger, N 20 zu Art. 23 ZGB; BGE 96 I 145 E. 4c).

**6.2.** Im Berufungsverfahren sind neue tatsächliche Vorbringen und Beweismittel nur noch zulässig, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Bei der vom Kläger mit seiner Berufungsantwort vom 18. Februar 2016 eingereichten Kopie der vorinstanzlichen Beweisverhandlung vom 3. Februar 2016 betreffend die örtliche Zuständigkeit im Hauptverfahren (Urk. 14) handelt es sich um ein zulässiges Novum (vgl. auch Urk. 1 S. 2; Urk. 16 S. 2). Insbeson-

dere können die dortigen Zeugenaussagen im Berufungsverfahren verwendet werden. Von einer "rechtswidrigen Sachverhaltsergänzung" (vgl. Urk. 1 S. 16; Urk. 16 S. 16) kann dabei nicht die Rede sein. Es handelt sich bei den Zeugenaussagen um neue Beweismittel, gestützt auf welche auch im hängigen Massnahmeberufungsverfahren neue Behauptungen aufgestellt werden können. Keine Rolle spielt, dass die Befragungen im Rahmen des Hauptverfahrens stattfanden. Zudem ist die Prozessvoraussetzung der (zwingenden) örtlichen Zuständigkeit von Amtes wegen zu klären (Art. 59 Abs. 2 lit. b und 60 ZPO).

**6.3.** Mit Wegweisungsverfügung der Kantonspolizei Schwyz vom 15. Oktober 2015 wurde der Kläger per sofort (und bis zum 25. Oktober 2015 bzw. verlängert bis zur Eheschutzverhandlung vom 11. November 2015) aus der ehelichen Liegenschaft in I.\_\_\_\_\_ ausgewiesen (Urk. 8/11/4, 6; Prot. I S. 23). Zunächst übernachtete er in einem Hotel im Tessin, dann in einem Zimmer im ... in Zürich. Spätestens ab dem 25. Oktober 2015 konnte er dann in E.\_\_\_\_\_ in der Wohnung der mit ihm (und der Beklagten) befreundeten Eheleute FG.\_\_\_\_\_ ein Zimmer bewohnen (Prot. I S. 23 f.; Urk. 8/1 S. 12; Urk. 14 S. 48, 60; Urk. 8/11/7; Urk. 8/23/10). Mit Hilfe von G.\_\_\_\_\_ fand der Kläger dann die Wohnung an der D.\_\_\_\_\_ -strasse 1... in E.\_\_\_\_\_ (Prot. I S. 25; Urk. 14 S. 50, 60 f.). Am 29. Oktober 2015 unterzeichnete er den Mietvertrag für diese Wohnung, wobei der Mietbeginn auch per 29. Oktober 2015 angegeben wurde (Urk. 8/8/2). Zwar hatte der Vormieter die Wohnung bereits per 30. April 2015 ausserterminlich gekündigt und verlassen, jedoch konnte die Wohnung in der Folge erst am 12. November 2015 abgenommen werden, weil sich der Vormieter über längere Zeit im Ausland aufhielt. Am 16. November 2015 konnten dem Kläger schliesslich auch sämtliche Wohnungsschlüssel übergeben werden. Der Briefkasten war jedoch bereits auf den ursprünglichen Mietbeginn am 29. Oktober 2015 angeschrieben und benutzt worden (Urk. 8/55 und 8/56; Urk. 14 S. 75). Ebenfalls am 29. Oktober 2015 meldete der Kläger sich bei der Einwohnerkontrolle der Gemeinde E.\_\_\_\_\_ an (Urk. 8/23/6) und stellte ein Gesuch um Niederlassungsbewilligung (Urk. 8/23/8).

Die Eheleute FG.\_\_\_\_\_ waren ab dem 31. Oktober 2015 für drei Wochen in Hawaii, während der Kläger deren Wohnung in E.\_\_\_\_\_ weiterhin benutzen konnte

und auch benutzte. Die FG.\_\_\_\_s konnten den Kläger in ihrer Wohnung in E.\_\_\_\_ während ihrer Abwesenheit denn auch telefonisch erreichen (Urk. 14 S. 46 ff., 59 ff.). Wie aus den Aussagen der Zeugin J.\_\_\_\_, welche bei der Vermieterin des Klägers, der C.\_\_\_\_ AG, angestellt und für die Vermietungen zuständig ist, erhellt, hatte der Kläger aber auch bereits seit Abschluss des Mietvertrages am 29. Oktober 2015 Zugang zur angemieteten Wohnung. So war im Büro der C.\_\_\_\_ AG an der D.\_\_\_\_-Strasse 2..., direkt gegenüber der D.\_\_\_\_-Strasse 1..., bei der Empfangsdame Frau K.\_\_\_\_ immer ein Wohnungsschlüssel deponiert, auf welchen der Kläger jederzeit Zugriff hatte. Der Kläger habe den Schlüssel fast täglich jeweils mehrmals bzw. mindestens einmal täglich, um die Post zu holen, zwischen 8.30 und 18.00 Uhr behändigt und wieder zurückgebracht. Der Kläger habe die Miete für den ganzen Monat November 2015 bezahlt (Urk. 14 S. 74 ff.). Auf die Frage, ob es ein übliches Vorgehen sei, dass ein Mieter Zugang zur Wohnung bzw. zum Schlüssel habe, obwohl die Wohnung noch nicht übergeben worden sei, antwortete die Zeugin, dies sei nicht üblich, ausser bezüglich des Briefkastens. Weil sie den Mietvertrag aber vorzeitig mit dem Kläger abgeschlossen hätten, seien sie quasi gezwungen gewesen, den Schlüssel zu übergeben und den Briefkasten zu markieren (Urk. 14 S. 76).

Der Kläger gab anlässlich der Verhandlung betreffend die örtliche Zuständigkeit für vorsorgliche Massnahmen am 22. Dezember 2015 zu Protokoll, er habe am 29. Oktober 2015 den Mietvertrag unterschrieben und an diesem Tag auch den Schlüssel bekommen. Er sei am Morgen in die Wohnung eingezogen und habe am Nachmittag die Scheidungsklage eingereicht (Prot. I S. 26). Er habe eine Matratze mit Leintüchern und Kissen in die Wohnung gebracht. Auch habe er Geschirr von den FG.\_\_\_\_s in die Wohnung verbracht (Prot. I S. 27; was F.\_\_\_\_ bestätigte: Urk. 14 S. 50). In der Wohnung der FG.\_\_\_\_s, für welche er ja den Schlüssel noch gehabt habe, habe er den Fernseher benutzt oder ein Bad genommen. Er habe etwa genau so viel Zeit in seiner Wohnung und in jener der FG.\_\_\_\_s verbracht. Er habe dort auch alles gehabt, um zu arbeiten für Konferenzschaltungen etc. (Prot. I S. 28).

Im Rahmen der Verhandlung betreffend die örtliche Zuständigkeit im Hauptverfahren vom 3. Februar 2016 präzisierte der Kläger, dass er sämtliche Wohnungsschlüssel erst am 16. November 2015 erhalten habe. Zuvor sei er täglich zu Frau J.\_\_\_\_\_ gegangen, um den Schlüssel zu holen. Er habe dann den Briefkasten geleert und die Wohnung geöffnet. Es sei kein normaler Umzug gewesen, weil er ja weder Möbel noch Kleider gehabt habe. In seiner Wohnung habe er Verschiedenes gemacht, beispielsweise gekocht und manchmal auf seiner mitgebrachten Matratze Siesta gehalten. Weil noch Reinigungsleute die Wohnung hätten betreten müssen und er nicht gewusst habe, wann diese kämen, habe er die Matratze nie in der Wohnung gelassen, sondern diese immer als Paket mit sich herumgetragen. Zwischen dem 29. Oktober 2015 und dem 12. November 2015 habe er die Nächte meistens, d.h. zu 70 bis 80 % noch bei den FG.\_\_\_\_\_s verbracht, weil diese eine Hausangestellte und schöne Betten mit angenehmen Laken und Kissen gehabt hätten. Manchmal habe er jedoch auch schon an der D.\_\_\_\_\_ -Strasse übernachtet. Er habe dort auch von Anfang an Miete bezahlt (Urk. 14 S. 66 f.).

Insbesondere in Anbetracht des Abschlusses des Mietvertrages am 29. Oktober 2015, der Anmeldung bei der Einwohnerkontrolle am selben Tag sowie seiner Freundschaft zu den in E.\_\_\_\_\_ wohnhaften FG.\_\_\_\_\_s (Prot. I S. 28; Urk. 14 S. 50) erscheint jedenfalls glaubhaft, dass der Kläger, als er am 29. Oktober 2015 die Scheidungsklage rechtshängig machte (Urk. 8/1), beabsichtigte, dauerhaft in E.\_\_\_\_\_ wohnhaft zu bleiben. Der Kläger wohnt denn auch immer noch dort, hat sich gut eingelebt und pflegt offenbar (was die Gegenseite allerdings bestreitet, aber ohnehin nicht von ausschlaggebender Bedeutung ist, vgl. Urk. 16 S. 10, 18) eine neue Freundschaft mit seiner Wohnungsnachbarin (vgl. Urk. 12 S. 8; Prot. I S. 29; Urk. 14 S. 62, 70, 98; Urk. 12 S. 15). Eine Rückkehr nach I.\_\_\_\_\_ stand nicht zur Diskussion. Dort besuchte der Kläger höchstens noch einmal wöchentlich seine ihm verbliebenen Freunde (Prot. I S. 25, 30). Mittlerweile wurde die eheliche Liegenschaft in I.\_\_\_\_\_ für die Dauer des Getrenntlebens denn auch der Beklagten zur alleinigen Benutzung zugewiesen (Urk. 8/11/12; Urk. 12 S. 4).

In objektiver Hinsicht ist festzuhalten, dass der Kläger im Zeitpunkt der Rechtshängigkeit der Klage am 29. Oktober 2015 über zwei Wohngelegenheiten in

E.\_\_\_\_\_ verfügte. Einerseits stand ihm spätestens seit 25. Oktober 2015 bis auf weiteres die Wohnung der Eheleute FG.\_\_\_\_\_ an der H.\_\_\_\_\_-Strasse in E.\_\_\_\_\_ zu Mitbewohnzwecken (er hatte dort ein Zimmer) zur Verfügung. Andererseits hatte er seit dem 29. Oktober 2015 auch Zugang zur angemieteten eigenen Wohnung an der D.\_\_\_\_\_-Strasse 1... in E.\_\_\_\_\_, unabhängig davon, dass die Wohnung noch nicht ordentlich abgenommen und übergeben werden konnte. Dass sein Aufenthalt bei dem Ehepaar FG.\_\_\_\_\_ nur vorübergehend war (Urk. 1 S. 14), bis er eine eigene Wohnung mieten konnte, ist nicht entscheidend, weil der Kläger die Absicht hatte, dauerhaft in E.\_\_\_\_\_ zu bleiben, dort eine Wohnung suchte und auch fand. Dass er bei den FG.\_\_\_\_\_s vom 25. Oktober 2015 bis zum 29. Oktober 2015 bloss zu Besuch gewesen sei (vgl. Urk. 1 S. 12), kann nicht gesagt werden, nachdem der Kläger in diesem Zeitraum keine andere Wohngelegenheit hatte. Am 29. Oktober 2015 wohnte der Kläger jedenfalls tatsächlich in E.\_\_\_\_\_, in welcher Wohnung auch immer, und hatte die Absicht, sich in E.\_\_\_\_\_ dauerhaft niederzulassen. Es schadet denn auch nicht, dass der Kläger zunächst offenbar noch mehrheitlich in der Wohnung der FG.\_\_\_\_\_s nächtigte und sich dort auch tagsüber oft aufhielt. Entscheidend ist vielmehr, dass er ab dem 29. Oktober 2015 auch die Wohnung an der D.\_\_\_\_\_-Strasse 1... bewohnen konnte (Urk. 14 S. 76), wenngleich er sich dort mangels Abnahme/Übergabe und Totalreinigung noch nicht fest einrichten konnte.

War im Zeitpunkt des angefochtenen Entscheides noch unklar, wo der Kläger sich genau zwischen dem 29. Oktober 2015 und dem ordentlichen Bezug der Wohnung an der D.\_\_\_\_\_-Strasse 1... am 16. November 2015 tatsächlich aufgehalten hat, hat sich nun aufgrund von Urk. 14 ergeben, dass der Kläger sich in E.\_\_\_\_\_ aufhielt, einerseits in der Wohnung der FG.\_\_\_\_\_s, andererseits aber auch schon in seiner eigenen Wohnung an der D.\_\_\_\_\_-Strasse 1.... Dies genügt für die Annahme eines tatsächlichen Aufenthalts zu Wohnzwecken in E.\_\_\_\_\_. Zudem ist die Absicht dauerhaften Verbleibs, wie dargetan, ohne weiteres zu bejahen. Es wäre aufgrund der vorliegenden Konstellation geradezu überspitzt formalistisch, für die Wohnsitzbegründung in E.\_\_\_\_\_ auf den ordentlichen Übergabetermin der Wohnung an der D.\_\_\_\_\_-Strasse 1... am 12. November 2015 bzw. die Abgabe

sämtlicher Wohnungsschlüssel am 16. November 2015 (Urk. 8/55 und 8/56) abzustellen.

Ob der Kläger bewusst gelogen bzw. seine Aussagen laufend dem Beweisergebnis angepasst hat und damit nicht mehr glaubwürdig ist, wie die Beklagte ihm unterstellen will (Urk. 1 S. 6, 8, 12, 16 etc.; Urk. 16 S. 9 f.), ist jedenfalls im vorliegenden Zusammenhang nicht weiter bedeutsam, weil der letztlich relevante Sachverhalt, wie dargetan, bereits durch die Zeugenaussagen und Urkunden hinreichend erstellt ist.

Zusammengefasst ist mithin nicht von einer offensichtlichen Unzuständigkeit der Vorinstanz auszugehen. Im Gegenteil erscheint glaubhaft, dass der Kläger bereits am 29. Oktober 2015 seinen Wohnsitz nach E.\_\_\_\_\_ verlegte und dort seinen neuen Lebensmittelpunkt begründete. Im Übrigen gilt Art. 24 Abs. 1 ZGB (fiktiver Wohnsitz) im internationalen Verhältnis nicht (BSK IPRG-Westenberg, Art. 20 N 8; Urk. 12 S. 9 f.). Damit ist die vorinstanzliche Massnahmezuständigkeit gegeben und dementsprechend die Berufung der Beklagten diesbezüglich abzuweisen.

7. Die Vorinstanz setzte keine Kosten fest (Urk. 2 S. 3 f.; Art. 104 Abs. 1 und 3 ZPO).

Mit ihrer Berufung unterliegt die Beklagte vollumfänglich. Zwar dringt sie mit ihren prozessualen Anträgen im Berufungsverfahren durch (Urk. 6 S. 5 f.), allerdings handelt es sich dabei um blosser Nebenpunkte, deren Beurteilung der Kammer keinen wesentlichen Mehraufwand bescherte. Das Nämliche gilt für das gegenstandslos gewordene Beschwerdeverfahren. Es rechtfertigt sich daher, die Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens gänzlich der Beklagten aufzuerlegen. Die Kosten sind aus dem von der Beklagten geleisteten Vorschuss von Fr. 3'000.– (vgl. Urk. 9) zu beziehen. Entsprechend ist die Beklagte zur Leistung einer vollen Parteienschädigung für das zweitinstanzliche Verfahren an den Kläger in der Höhe von Fr. 2'800.– zuzüglich Fr. 224.– (8 % Mehrwertsteuer, vgl. Urk. 12 S. 1), also total Fr. 3'024.– zu verpflichten (§ 5 Abs. 1, § 6 Abs. 1, § 9, § 11 Abs. 1, § 13 Abs. 1 AnwGebV).

**Es wird beschlossen:**

1. Die Rechtsmittelanträge Ziffern 3 und 4 werden als gegenstandslos abgeschrieben.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

**Es wird erkannt:**

1. Auf die Gesuche des Klägers um Erlass vorsorglicher Massnahmen im Scheidungsverfahren vom 29. Oktober 2015 und vom 16. November 2015 wird eingetreten.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'000.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Beklagten auferlegt und mit ihrem Kostenvorschuss verrechnet.
4. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger für das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 3'024.– zu bezahlen.
5. 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.

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

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG und 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, 9. Mai 2016

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer  
Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. M. Reuss Valentini

versandt am:  
mc