

E. Internationales Privatrecht

6 Eheschutz, Präliminarien

- Abgrenzung der Anwendbarkeit von IPRG und LugÜ bei eherechtlichen Streitsachen (Erw. 3/b)
- führen in der Schweiz wohnhafte ausländische Ehegatten einen Scheidungs- oder Trennungsprozess im Ausland, ist der schweizerische Präliminarrichter gestützt auf Art. 10 IPRG nur ausnahmsweise zuständig; Voraussetzungen (Erw. 3/c)
- ist das ausländische Scheidungsurteil mutmasslich nicht anerkennbar oder ist der ausländische Scheidungsrichter nicht zuständig, sind Eheschutzmassnahmen anzuordnen (Erw. 3/d)
- Voraussetzungen der Anerkennbarkeit eines ausländischen Scheidungsurteils (Erw. 4)
- örtliche Zuständigkeit des schweizerischen Präliminarrichters nach Art. 10 IPRG und Art. 24 LugÜ (Erw. 5/a)
- vorbehaltlose Einlassung nach Art. 6 IPRG und 18 LugÜ (Erw. 5/b)

Aus dem Entscheid des Obergerichts, 5. Zivilkammer, vom 10. Juni 2002, i.S. F.S. ca. R.S.

Aus den Erwägungen:

3. a) Die Vorinstanz hat ausgeführt, der Beklagte habe am 11. Dezember 2001 beim Gemeindegerecht A. (Jugoslawien) eine Scheidungsklage eingereicht, und hat die von der Klägerin als "betreffend Eheschutzmassnahmen (ev. Präliminarmassnahmen)" eingereichte Klage vom 21. Mai 2001 als Begehren um Erlass von vorsorglichen Massnahmen für die Dauer des Scheidungsverfahrens (Präliminarbegehren) entgegengenommen. Die Zuständigkeit zum Erlass von vorsorglichen Massnahmen gemäss Art. 137 ZGB bejahte die Vorinstanz in der Folge gestützt auf Art. 10 IPRG i.V.m. Art. 33 GestG und Art. 59 IPRG. Die Klägerin macht in der Anschlussbe-

schwerde geltend, das Scheidungsurteil des Gemeindegerichtes A. (Jugoslawien) könne nicht anerkannt werden, weshalb der Richter nicht einen Präliminar-, sondern einen Eheschutzentscheid zu erlassen habe. Zu prüfen ist demnach die sachliche Zuständigkeit des vorinstanzlichen Präliminarrichters.

b) Das IPRG regelt die Zuständigkeit des schweizerischen Richters bei internationalen Sachverhalten grundsätzlich abschliessend. Vorbehalten bleiben völkerrechtliche Verträge (Art. 1 Abs. 2 IPRG). Das Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen vom 16. September 1988 (LugÜ) ist im Allgemeinen anwendbar, wenn der Beklagte seinen Wohnsitz wie vorliegend in einem Vertragsstaat, der Schweiz, hat. Auf die Staatsangehörigkeit kommt es demgegenüber nicht an (Kropholler, Europäisches Zivilprozessrecht, 6. A., Heidelberg 1998, N 9 vor Art. 2 LugÜ; Walter, Internationales Zivilprozessrecht der Schweiz, 3. A., Bern/Stuttgart/Wien 2002, S. 176). Der sachliche Anwendungsbereich wird in Art. 1 LugÜ auf zivil- und handelsrechtliche Streitigkeiten beschränkt. Verfahren, die beispielsweise den Personenstand, d.h. den Status einer Person betreffen, sind vom Anwendungsbereich des Übereinkommens ausgeschlossen. Dabei handelt es sich um alle Verfahren, die als Ehesachen, Kindschaftssachen, Entmündigungssachen oder Adoptionssachen zu betrachten sind. Unter diese Ausschlusskategorie fallen also auch Verfahren betreffend Getrenntleben bzw. Scheidung von Ehegatten, nicht aber reine Unterhaltsstreitigkeiten, selbst wenn sie in Verbindung mit einem Statusverfahren in Ehe- oder Kindschaftssachen ergehen (vgl. Art. 5 Nr. 2 LugÜ; Walter, a.a.O., S. 168 f.; Kropholler, a.a.O., N 23 zu Art. 1 LugÜ). Die Zuständigkeit für Unterhaltssachen richtet sich demnach im räumlichen Geltungsbereich des Übereinkommens nach dem LugÜ. Vom Anwendungsbereich des LugÜ ebenfalls ausgeschlossen sind demgegenüber güterrechtliche Entscheide. Darunter fallen auch gerichtliche Entscheidungen über einstweilige sichernde Massnahmen während des Ehescheidungsverfahrens, wie etwa Siegelung oder Pfändung von Vermögensgegenständen der Ehegatten (Kropholler, a.a.O., N 27 zu Art. 1 LugÜ), somit auch Entscheide, welche die Regelung der Benützung von Gegenständen des ehelichen

Vermögens für die Dauer des Scheidungsverfahrens zum Inhalt haben. Die Zuständigkeit für diese Entscheide richtet sich nach dem schweizerischen IPRG.

c) Gemäss Art. 62 IPRG kann das schweizerische Gericht, bei dem eine Scheidungs- oder Trennungsklage hängig ist, vorsorgliche Massnahmen treffen, sofern seine Unzuständigkeit zur Beurteilung der Klage nicht offensichtlich ist oder nicht rechtskräftig festgestellt wurde. In Art. 62 IPRG nicht vorgesehen ist der Fall, in welchem vorsorgliche Massnahmen im Rahmen eines ausländischen Scheidungsverfahrens notwendig werden (Volken, in: Heini/Keller/Siehr/Vischer/Volken [Hrsg.], IPRG-Kommentar, Zürich 1993, N 7 zu Art. 62 IPRG; Walter, a.a.O., S. 142). Art. 62 Abs. 1 IPRG schliesst für diesen Fall die Zuständigkeitsbegründung nach Art. 10 IPRG (ev. i.V.m. Art. 24 LugÜ für Unterhaltssachen, der wiederum auf Art. 10 IPRG verweist) aber nicht von vornherein aus. Art. 10 IPRG sieht vor, dass die schweizerischen Behörden und Gerichte vorsorgliche Massnahmen treffen können, auch wenn sie für die Entscheidung in der Sache selbst - aktuell oder potentiell - nicht zuständig sind. Er erfüllt damit neben Art. 62 IPRG eine zusätzlich Funktion, indem eine schweizerische Zuständigkeit selbst dann begründet werden kann, wenn der Scheidungsprozess vor einem ausländischen Gericht rechtshängig ist (Schwander, Bemerkungen zum Entscheid des Bundesgerichts vom 5. März 1991, in: AJP 1992 S. 409; ZR 101 [2002] Nr. 3 S. 6 f. Erw. 3). Der schweizerische Richter kann demnach gestützt auf Art. 10 IPRG die notwendigen vorsorglichen Massnahmen für die Dauer des Scheidungsverfahrens treffen, sofern daran ein entsprechendes Rechtsschutzinteresse besteht (Schwander, a.a.O., S. 409; Walter, a.a.O., S. 142; ZR 100 [2001] Nr. 30). Führen in der Schweiz wohnhafte ausländische Ehegatten den Scheidungs- oder Trennungsprozess im Ausland, so sind ausnahmsweise in der Schweiz vorsorgliche Massnahmen zuzulassen:

- wenn das Recht des Scheidungsgerichtes eine dem Art. 137 ZGB analoge vorsorgliche Regelung der Verhältnisse der im Scheidungsprozess stehenden Ehegatten nicht kennt;

- wenn Massnahmenentscheide des ausländischen Richters am schweizerischen Wohnsitz der Parteien nicht vollstreckt werden können;
- wenn Massnahmen zur Sicherung künftiger Vollstreckung in Vermögenobjekte im Inland angeordnet werden sollen
- wenn Gefahr im Verzug ist
- oder wenn nicht zu erwarten ist, dass das ausländische Gericht in angemessener Frist eine vorsorgliche Massnahme anordnet (Schwander, a.a.O., S. 409; Bühler/Spühler, Berner Kommentar, Bern 1980, N 410 ff. zu Art. 145 aZGB; Hinderling/Steck, Das schweizerische Ehescheidungsrecht, 4. A., Zürich 1995, S. 544; Volken, a.a.O., N 7 zu Art. 62 IPRG).

d) Ist das ausländische Gericht zur Beurteilung der Scheidungsklage unzuständig, fällt die Anordnung von vorsorglichen Massregeln - in der Schweiz und im Ausland - für die Dauer des Prozesses demgegenüber von vorneherein ausser Betracht. Damit bleibt der schweizerische Eheschutzrichter zur Anordnung von Eheschutzmassnahmen zuständig. Das Gleiche gilt, wenn die Anerkennungsfähigkeit des ausländischen Scheidungsurteils in der Schweiz aus anderen Gründen fraglich erscheint. Auch in diesem Fall ist der Erlass vorsorglicher Massnahmen nicht angängig, sodass trotz einer im Ausland hängigen Scheidungsklage und an sich gegebenen Voraussetzungen für den Erlass von vorsorglichen Massnahmen nach Art. 10 IPRG Eheschutzmassnahmen anzuordnen sind. Es muss daher vorab geprüft werden, ob das vom ausländischen Gericht zu fällende Scheidungsurteil grundsätzlich anerkannt werden kann (ZR 101 [2002] Nr. 3 S. 7; Bühler/Spühler, a.a.O., N 9 zu Art. 145 aZGB).

4. In Ermangelung einer bilateralen oder multilateralen Vereinbarung zwischen der Schweiz und der Bundesrepublik Jugoslawien richten sich die Voraussetzungen für die Anerkennung der Entscheidung nach Art. 25 IPRG.

a) Die Zuständigkeit der Gerichte des Entscheidstaates ist dann begründet, wenn dem ausländischen Gericht nach Auffassung der schweizerischen Rechtsordnung eine Kompetenz zum Entscheid zukommt (indirekte internationale Zuständigkeit; Berti/Schnyder, Bas-

ler Kommentar, Basel 1996, N 29 zu Art. 25 IPRG). Nach Art. 65 Abs. 1 IPRG werden ausländische Entscheidungen über die Scheidung oder Trennung in der Schweiz anerkannt, wenn sie u.a. im Heimatstaat eines Ehegatten ergangen sind. Da beide Parteien jugoslawische Staatsangehörige sind, ist das für die Scheidung angerufene Gericht in A. (Jugoslawien) zuständig.

b) Die Klägerin macht geltend, das Scheidungsurteil des Richters von A. könne wegen eines Verstosses gegen den verfahrensrechtlichen Ordre public in der Schweiz nicht anerkannt werden. Sie habe keine auf ihren Namen ausgestellte Vorladung zur Gerichtsverhandlung erhalten. Weder sie noch ihr dortiger Rechtsvertreter habe je an einem Beweisverfahren vor dem Ehescheidungsgericht in A. teilgenommen. Auch sei weder ihr noch ihrem Rechtsvertreter das vom Beklagten eingereichte Ehescheidungsurteil zugestellt worden; in der Zwischenzeit sei von ihrem dortigen Rechtsvertreter aber ein Rechtsmittel dagegen erhoben worden, weshalb das Scheidungsurteil noch nicht rechtskräftig sei. Zudem bestehe der dringende Verdacht, dass sich der Beklagte das Urteil in seinem Heimatstaat "erkauft" habe. Dabei seien wesentliche Verfahrensgrundsätze ausser Acht gelassen worden, u.a. sei der Grundsatz des rechtlichen Gehörs auf der Strecke geblieben.

aa) Gemäss Art. 27 Abs. 2 lit. a IPRG wird eine Entscheidung in der Schweiz nicht anerkannt, wenn eine Partei nachweist, dass sie weder nach dem Recht an ihrem Wohnsitz noch nach dem am gewöhnlichen Aufenthalt gehörig geladen wurde, es sei denn, sie habe sich vorbehaltlos auf das Verfahren eingelassen. Im Rahmen der vorliegend durchzuführenden Anerkennungsprognose muss die Glaubhaftmachung genügen.

Mit der Ladung im Sinne von Art. 27 Abs. 2 lit. a IPRG ist die erste, den Prozess einleitende Vorladung vor das urteilende Gericht gemeint, nicht auch die späteren gerichtlichen Mitteilungen an die Parteien. Nach Berti/Schnyder ist unter Hinweis auf Stojan (Die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Zivilurteile in Handels-sachen unter Berücksichtigung des IPR-Gesetzes, Zürich 1986, S. 123) mit "Ladung" die Vorladung an die erste Gerichtsverhandlung zu verstehen (Basler Kommentar, N 11 zu Art. 27 IPRG). Mit

Stojan (a.a.O.) ist aber davon auszugehen, dass das Pendant zur Vorladung vor Gericht im schriftlichen Verfahren die Zustellung der einleitenden Verfügung ist. Die erste Ladung soll den Beklagten auf das gegen ihn gerichtete Verfahren aufmerksam machen und ihn zur Organisation seiner Verteidigung auffordern (Volken, IPRG-Kommentar, N 31 zu Art. 27 IPRG). Mit der Zustellung der verfahrenseinleitenden Verfügung und insbesondere der Aufforderung, innert Frist eine schriftliche Antwort zu erstatten, ist dem Erfordernis der ersten "Ladung" daher Genüge getan (vgl. auch ZR 101 [2002] Nr. 3 S. 10). Die Ladung muss zudem gehörig erfolgt sein, d.h. sie hat dem Wohnsitz- bzw. Aufenthaltsrecht des Geladenen zu entsprechen (Volken, IPRG-Kommentar, N 32 zu Art. 27 IPRG). Der Mangel der fehlerhaften Vorladung wird aber geheilt, wenn sich die beklagte Person auf das Verfahren vorbehaltlos eingelassen und sich nicht vorbehalten hat, den Zustellfehler in einem späteren Zeitpunkt geltend zu machen (Berti/Schnyder, Basler Kommentar, N 15 zu Art. 27 IPRG; Walter, a.a.O., S. 378; Volken, IPRG-Kommentar, N 40 zu Art. 27 IPRG). Der Grund für Art. 27 Abs. 2 lit. a IPRG liegt darin, dass die Wahrung des rechtlichen Gehörs sichergestellt werden soll. Deshalb ist die rechtswahrende Einlassung im Sinne dieser Bestimmung von der zuständigkeitsbegründenden Einlassung nach Art. 26 lit. c IPRG (zuständigkeitsbegründende Einlassung vor ausländischen Behörden) zu unterscheiden. Bei einer Einlassung nach Art. 27 Abs. 2 lit. a IPRG genügt daher im weiteren Sinne jede anerkennende bzw. abwehrende Prozesshandlung. Erhebt der Beklagte z.B. die Rüge der Unzuständigkeit, so kann nicht mehr von einer ungehörigen Ladung gesprochen werden, denn der Beklagte hat diesfalls von dem gegen ihn eingeleiteten Verfahren genügend Kenntnis erlangt (Walter, a.a.O., S. 378; zu weit daher: LGVE 1994 I 12).

(...) Damit hat sich die Klägerin jedenfalls auf das Verfahren eingelassen und ihre Verteidigungsrechte genügend wahrgenommen. (...)

bb) Gemäss Art. 27 Abs. 2 lit. b IPRG wird eine Entscheidung in der Schweiz nicht anerkannt, wenn eine Partei nachweist, dass die Entscheidung unter Verletzung wesentlicher Grundsätze des schweizerischen Verfahrensrechts zustande gekommen ist, insbesondere

dass ihr das rechtliche Gehör verweigert worden ist. Neben der Gewährung des rechtlichen Gehörs gehören auch etwa das Erfordernis, dass in familienrechtlichen Verfahren die Kinderzuteilung vorgenommen wird und das Besuchsrecht geregelt wird, zu den wesentlichen Grundsätzen. Dagegen stellt das Fehlen einer Urteilsbegründung oder die Nichtzustellung der Entscheidung an den Beklagten nicht zwingend eine Verletzung des formellen Ordre public dar (Berti/Schnyder, Basler Kommentar, N 17 zu Art. 27 IPRG; Volken, IPRG-Kommentar, N 41 ff. zu Art. 27 IPRG).

(...) Die blossе Behauptung, der Beklagte habe das Urteil "erkauft", genügt jedenfalls nicht, um dieses voraussichtlich nicht anerkennen zu können. Da der Klägerin das verfahrenseinleitende Schriftstück zugestellt wurde (vgl. Erw. 4b/aa), hatte sie auch Gelegenheit, ihre Verteidigung zu organisieren, weshalb auch aus diesem Grund eine Verletzung von verfahrensrechtlichen Grundsätzen nicht ersichtlich ist. (...)

c) Zusammenfassend kann daher festgehalten werden, dass keine Gründe ersichtlich sind, welche einer Anerkennung des Scheidungsurteils der jugoslawischen Gerichte entgegenstehen. Infolge der positiven Anerkennungsprognose kann der schweizerische Eheschutzrichter nicht tätig werden. Sachlich zuständig ist vielmehr der Präliminarrichter, dessen örtliche Zuständigkeit nachfolgend zu prüfen ist.

5. a) Für vorsorgliche Massnahmen sehen sowohl das Lugano-Übereinkommen als auch das IPRG eine über die Hauptsachenzuständigkeit hinausgehende internationale Zuständigkeit der schweizerischen Gerichte vor (Art. 24 LugÜ; Art. 10 IPRG). Soweit Art. 24 LugÜ vorliegend überhaupt anwendbar ist, regelt diese Bestimmung die örtliche Zuständigkeit nicht, sondern verweist nur darauf, dass das nationale Recht der Vertragsstaaten zur Anwendung kommt. Die Bestimmung des nach nationalem Recht zuständigen Gerichts für den Erlass vorsorglicher Massnahmen richtet sich somit nach Art. 10 IPRG (Walter, a.a.O., S. 487). Nach dieser Bestimmung können die schweizerischen Gerichte oder Behörden Präliminarmassnahmen aber nur unter den unter Erw. 3/c vorstehend angeführten einschränkenden Voraussetzungen anordnen. Nachdem aus den Akten keine

Anhaltspunkte ersichtlich sind, dass eine der (alternativen) Voraussetzungen für eine ausnahmsweise Zuständigkeit des schweizerischen Richters gegeben ist und auch nicht anzunehmen ist, dass andere Gründe vorliegen, welche ein ausnahmsweises Tätigwerden des schweizerischen Richters begründen könnten, ist die (örtliche) Zuständigkeit der Vorinstanz zu verneinen.

b) Gemäss Art. 6 IPRG begründet auch die vorbehaltlose Einlassung in vermögensrechtlichen Streitsachen die Zuständigkeit des angerufenen schweizerischen Gerichtes, sofern dieses nach Art. 5 Abs. 3 IPRG seine Zuständigkeit nicht ablehnen kann bzw. von seinem Ablehnungsrecht nicht Gebrauch gemacht hat. Als vermögensrechtliche Streitsachen kommen nicht nur schuld- und handelsrechtliche Ansprüche in Frage, sondern auch solche aus dem Familien-, Erb- und Sachenrecht, ausgenommen bleiben Statusfragen sowie dingliche Rechte (Volken, IPRG-Kommentar, N 6 zu Art. 6 IPRG; Hess, Basler Kommentar, N 22 zu Art. 6 IPRG).

Bei der von der Klägerin beantragten Berechtigung zum Getrenntleben sowie der Zuweisung von Gegenständen des ehelichen Mobiliars und Hausrats zur alleinigen Benützung handelt es sich weder um eine Statusfrage noch um ein dingliches Recht. Das Recht zur Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes entsteht mit der Einreichung der Scheidung von Gesetzes wegen und bedarf keiner richterlichen Bewilligung (Art. 137 ZGB). Damit ist grundsätzlich kein richterlicher Entscheid darüber notwendig, weshalb das Begehren für die Frage der rügelosen Einlassung nicht entscheidend ist. Bei der Zuweisung von Gegenständen des ehelichen Vermögens handelt es sich um ein Benützungsrecht, das grundsätzlich vermögensrechtlichen Charakter hat. Eine rügelose Einlassung des Beklagten nach Art. 6 IPRG und Art. 18 LugÜ (für die Regelung der Unterhaltsbeiträge) ist demnach grundsätzlich möglich.