

3. Internationales Privatrecht

Art. 1, 62 und 85 IPRG; Art. 1, 3, 4 und 5 des Haager Übereinkommens vom 5. Oktober 1961 über die Zuständigkeit der Behörden und das anzuwendende Recht auf dem Gebiet des Schutzes von Minderjährigen (MSÜ). – Örtliche Zuständigkeit zur Anordnung vorsorglicher Massnahmen im Bereich des Minderjährigenschutzes bei einer Scheidungs- oder Trennungsklage im internationalen Verhältnis.

Aus den Erwägungen:

1. Die Vorinstanz führte in der angefochtenen Verfügung aus, im jetzigen Zeitpunkt sei nicht mit Sicherheit zu sagen, ob die Beschwerdeführerin zusammen mit dem Kind N. die Schweiz definitiv verlassen habe. Dies bleibe vorliegend jedoch ohne Einfluss. Bei Einleitung des Scheidungs- bzw. des Massnahmeverfahrens sei die Zuständigkeit der Gerichte des Kantons Zug gegeben gewesen, und es sei schweizerisches Recht zur Anwendung gelangt (Art. 62 und 85 IPRG i.V.m. dem Haager Übereinkommen vom 5. Oktober 1961 über die Zuständigkeit der Behörden und das anzuwendende Recht auf dem Gebiet des Schutzes von Minderjährigen; MSÜ). Werde im Laufe des Verfahrens der Aufenthaltsort des Kindes geändert, so bleibe es bei der anfänglich gegebenen Zuständigkeit. Anwendbar bleibe auch weiterhin das eigene innerstaatliche, mithin das schweizerische Recht (Ivo Schwander, in: Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Internationales Privatrecht, Basel und Frankfurt a.M. 1996, N 31 a.E. u. N 45 zu Art. 85).

2. a) Gemäss Art. 1 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 IPRG regelt dieses Gesetz im internationalen Verhältnis – unter Vorbehalt völkerrechtlicher Verträge – die Zuständigkeit der schweizerischen Gerichte oder Behörden. Ein internationaler Sachverhalt und somit die Anwendbarkeit des IPRG im Bereich des Scheidungsrechts liegt vor, wenn nur ein Ehegatte in der Schweiz wohnt oder wenn einer oder gar beide in der Schweiz lebenden Ehegatten ausländische Staatsbürger sind (Kurt Siehr; in: Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Internationales Privatrecht, a.a.O., N 16 zu Art. 59).

b) Im vorliegenden Fall hatte die Beschwerdeführerin, welche wie ihr Ehegatte die jugoslawische Staatsangehörigkeit besitzt, bei der Anhebung der Scheidungsklage ihren Wohnsitz in Baar. Die Vorinstanz hat sich daher zur Behandlung dieser Klage gestützt auf den massgebenden Art. 59 lit. b IPRG zu Recht als zuständig erklärt.

3. a) Gemäss Art. 62 Abs. 1 IPRG kann das schweizerische Gericht, bei dem eine Scheidungs- oder Trennungsklage hängig ist, vorsorgliche Massnahmen erlassen, sofern seine Unzuständigkeit zur Beurteilung der Klage nicht offensichtlich ist oder nicht rechtskräftig festgestellt wurde. Aufgrund von Art. 62 Abs. 3 des genannten Gesetzes sind indessen die Bestimmungen des IPRG über den Minderjährigenschutz (Art. 85) vorbehalten. Art. 85 Abs. 1

IPRG sieht vor, für den Schutz von Minderjährigen gelte in Bezug auf die Zuständigkeit der schweizerischen Gerichte oder Behörden und das anwendbare Recht das Haager Übereinkommen vom 5. Oktober 1961 über die Zuständigkeit der Behörden und das anzuwendende Recht auf dem Gebiet des Schutzes von Minderjährigen (nachfolgend: MSÜ). Im Bereich des Minderjährigenschutzes ist damit ohne Zweifel grundsätzlich einzig und ausnahmslos das MSÜ anwendbar (BGE 118 II 186 mit Verweisen). Der sachliche Anwendungsbereich des MSÜ umfasst nach der allgemeinen Formulierung von dessen Art. 1 denn auch sämtliche definitiven oder provisorischen Massnahmen von nationalen Zivil- oder Verwaltungsbehörden zum Schutz von Person und Vermögen der Minderjährigen. Darunter fallen insbesondere die den Minderjährigen betreffenden vorsorglichen Massnahmen für die Dauer eines Scheidungsverfahrens, namentlich die durch die Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes notwendig gewordene Zuteilung der elterlichen Gewalt über den Minderjährigen und die Regelung des persönlichen Verkehrs mit diesem sowie die Abänderung bzw. Ergänzung der bereits gefällten entsprechenden Entscheide (Daniel Candrian, Scheidung und Trennung im internationalen Privatrecht der Schweiz, Diss., St. Gallen 1994, S. 25 f.; Ivo Schwander, in: Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Internationales Privatrecht, a.a.O., N 23 f. zu Art. 85; BGE 118 II 184 ff.).

b) Das MSÜ ist somit in sachlicher Hinsicht zur Regelung des für die Dauer des vorliegenden Scheidungsverfahrens strittigen Besuchsrechts grundsätzlich anwendbar. Dessen Art. 1 sieht nun vor, dass die Gerichte und Verwaltungsbehörden des Staates, in dem ein Minderjähriger seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, unter Vorbehalt der Bestimmungen der Artikel 3, 4 und 5 Abs. 3 dieses Übereinkommens zuständig sind, Massnahmen zum Schutz der Person oder des Vermögens des Minderjährigen zu treffen. Für den Fall, dass ein Minderjähriger seinen gewöhnlichen Aufenthalt in einen anderen Vertragsstaat verlegt, bestimmt Art. 5 Abs. 1 MSÜ ausserdem, dass die von den Behörden des Staates des früheren gewöhnlichen Aufenthaltes getroffenen Massnahmen so lange in Kraft bleiben, bis die Behörde des neuen gewöhnlichen Aufenthaltes sie aufheben oder ersetzen. Gestützt darauf hat das Bundesgericht in BGE 123 III 413 f. – entgegen der von der Vorinstanz zitierten Lehrmeinung – erkannt, dass nach Sinn und Zweck der Abkommensregelung Schutzmassnahmen am Ort des früheren gewöhnlichen Aufenthaltes prinzipiell nicht mehr getroffen werden sollen. Die Vorschrift des Art. 5 MSÜ, so das Bundesgericht weiter, beruhe nämlich auf dem Grundsatz, dass mit dem Wechsel des gewöhnlichen Aufenthaltes die Zuständigkeit der Behörden am bisherigen Aufenthaltsort erlösche. Somit bleibe bei der Regelung der elterlichen Gewalt und des persönlichen Verkehrs zwischen Eltern und Kinder für den Grundsatz der «perpetuatio fori» kein Raum. In Art. 85 Abs. 2 IPRG wird das fragliche Übereinkommen ferner über den Grundsatz von dessen Abs. 1 hinaus auch bei Fehlen der persönlichen und räumlichen Voraussetzungen des MSÜ als sinngemäss anwendbar

erklärt. Es ist daher ohne Rücksicht auf die Staatsangehörigkeit des Betroffenen und unabhängig davon, ob dessen Heimatstaat Vertragspartei ist oder nicht, als nahezu erga omnes wirkende loi uniforme unmittelbar und ausschliesslich anzuwenden (BGE 124 III 179 f. mit Verweisen).

4. a) Die angefochtene Verfügung, mit welcher dem Beschwerdegegner ein unbegleitetes Besuchsrecht eingeräumt wurde, erging kurz nachdem die Beschwerdeführerin mit N. die Schweiz verlassen hatte. Es stellt sich damit die Frage, ob die Vorinstanz nach der massgebenden Regelung des MSÜ zur Beurteilung des nach der Abreise der Beschwerdeführerin bei ihr anhängig gemachten Gesuchs des Beschwerdegegners um Abänderung des Besuchsrechts noch zuständig war, da sich ja auch die unter die Obhut ihrer Mutter gestellte N. nicht mehr in der Schweiz aufhielt. Nach dem bereits erwähnten Art. 1 MSÜ sind – unter Vorbehalt der hier nicht interessierenden Art. 3, 4 und 5 Abs. 3 MSÜ – die Gerichte zum Erlass von Kindesschutzmassnahmen nur zuständig, sofern der Minderjährige in diesem Staat seinen gewöhnlichen Aufenthaltsort hat. Der Begriff des gewöhnlichen Aufenthaltes wird im MSÜ jedoch nicht definiert. Das Bundesgericht verweist dafür auf Art. 20 Abs. 1 lit. b IPRG, nach welcher Bestimmung eine Person ihren gewöhnlichen Aufenthalt in dem Staat hat, in dem sie während längerer Zeit lebt. Was unter längerer Zeit zu verstehen sei – so das Bundesgericht weiter –, ergebe sich nicht aus dem Gesetz und sei daher aufgrund der Verhältnisse des einzelnen Falles zu bestimmen. Dabei komme es auf den Zusammenhang an, in welchem sich die Frage nach dem gewöhnlichen Aufenthalt stelle. Allgemein könne gesagt werden, dass stärker als beim Wohnsitz auf den äusseren Anschein und weniger auf subjektive Momente, insbesondere den Willen, abzustellen sei. Massgebend sei aber grundsätzlich wie beim Wohnsitz, wo sich der Schwerpunkt der Lebensverhältnisse befinde (BGE 117 II 337 mit Verweisen).

(Justizkommission, 22. Januar 1999, i.S. V./V.)