

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LE220012-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. A. Huizinga, Vorsitzender, Oberrichterin
Dr. S. Janssen und Oberrichterin lic. iur. B. Schärer sowie Gerichtsschreiber MLaw T. Gähwiler

Beschluss vom 29. November 2022

in Sachen

A. _____,

Gesuchsteller und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Gesuchsgegnerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwältin M.A. HSG in Law Y. _____

betreffend **Eheschutz**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren
am Bezirksgericht Dielsdorf vom 15. Juni 2021 (EE210007-D)**

Rechtsbegehren:
(sinngemäss)

Es sei den Parteien das Getrenntleben zu bewilligen, unter gerichtlicher Regelung der Nebenfolgen.

**Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht
Dielsdorf vom 15. Juni 2021:**
(Urk. 15 S. 22 ff. = Urk. 18 S. 22 ff.)

1. Es wird festgestellt, dass die Parteien auf unbestimmte Zeit zum Getrenntleben berechtigt sind und es wird davon Vormerk genommen, dass sie bereits seit 27. März 2021 getrennt leben.
2. Die gemeinsamen Kinder C._____, geboren am tt.mm.2013, und D._____, geboren am tt.mm.2010, werden für die Dauer des Getrenntlebens unter die Obhut der Gesuchsgegnerin gestellt. Sie haben ihren gesetzlichen Wohnsitz im Sinne von Art. 25 Abs. 1 ZGB am jeweiligen Wohnsitz der Gesuchsgegnerin.
3. Dem Gesuchsteller wird die elterliche Sorge für die beiden Kinder C._____, geboren am tt.mm.2013, und D._____, geboren am tt.mm.2010, entzogen.
4. Der Gesuchsgegnerin wird die alleinige elterliche Sorge übertragen.
5. Die Parteien regeln den persönlichen Verkehr des Gesuchstellers zu den gemeinsamen Kindern von Fall zu Fall selbst. Im Streitfall gilt Folgendes:
Der Gesuchsteller ist berechtigt und wird verpflichtet, die beiden Kinder C._____ und D._____ in Anwesenheit beider Elternteile für vier Stunden pro Woche zu sehen.
6. Es wird festgestellt, dass der Gesuchsteller mangels wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit nicht in der Lage ist, Unterhaltsbeiträge für den Barunterhalt und den Betreuungsunterhalt der beiden Kinder C._____ und D._____ zu leisten.
7. Es wird festgestellt, dass der gebührende Unterhalt der beiden Kinder C._____ und D._____ nicht gedeckt ist. Zur Deckung des gebührenden Unterhalts fehlen ihnen monatlich folgende Beträge:
C._____: Fr. 4'076.– (davon Fr. 2'435.– Betreuungsunterhalt),
D._____: Fr. 1'841.– (davon Fr. 0.– Betreuungsunterhalt).
8. Es werden mangels wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit keine persönlichen Unterhaltsbeiträge zugesprochen.

9. Die Unterhaltsbeträge gemäss vorstehender Ziffer 5 basieren auf folgenden finanziellen Grundlagen:

a) Einkommen (netto pro Monat):

- Gesuchsteller:	Fr.	0.–
- Gesuchsgegnerin:	Fr.	0.–
- C. _____ (Familienzulagen):	Fr.	200.–
- D. _____ (Kinderzulagen):	Fr.	200.–

b) Bedarf (pro Monat):

- Gesuchsteller:	Fr.	2'601.–
- Gesuchsgegnerin:	Fr.	2'435.–
- C. _____:	Fr.	1'841.–
- D. _____:	Fr.	2'041.–

10. Die eheliche Wohnung an der E. _____-Strasse ... in F. _____ samt Hausrat wird für die Dauer des Getrenntlebens der Gesuchsgegnerin zur alleinigen Benützung zugewiesen.

11. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf:

Fr. 3'900.00; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 255.00 Auslagen Dolmetscher
Fr. 4'155.00 Total

Wird auf eine Begründung verzichtet, ermässigt sich die Entscheidgebühr um einen Drittel auf Fr. 2'600.–.

12. Die Gerichtskosten werden dem Gesuchsteller auferlegt.

13. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

14. Schriftliche Mitteilung an

- die Gesuchsgegnerin mit Gerichtsurkunde;
 - an den Gesuchsteller auf dem Rechtshilfeweg unter Beilage der Doppel von act. 3 bis 4/7 und act. 7;
- sowie nach Eintritt der Rechtskraft
- mit Formular an die Einwohnerkontrolle der Gemeinde F. _____
 - an das Migrationsamt des Kantons Zürich gegen Empfangsschein.

je gegen Empfangsschein.

15. Dieser Entscheid erwächst in Rechtskraft, wenn nicht innert 10 Tagen ab der schriftlichen Zustellung dieses Entscheides von einer Partei schriftlich beim Bezirksgericht Dielsdorf, Einzelgericht s.V.; Spitalgasse 7, 8157 Dielsdorf, eine Begründung verlangt wird. Wird eine Begründung verlangt, so läuft den Parteien die Frist zur Erklärung eines Rechtsmittels ab Zustellung des begründeten Entscheides.

16. Der in Art. 145 Abs. 1 ZPO genannte Stillstand der Fristen gilt nicht für dieses summarische Verfahren (Art. 145 Abs. 2 lit. b ZPO)."

Berufungsanträge:

des Gesuchstellers und Berufungsklägers (Urk. 17 S. 2 f.):

- "1. Es sei der angefochtene Entscheid aufzuheben.
2. Eventualiter sei auf die Anträge der Gesuchsgegnerin/Berufungsbeklagten vom 29. März 2021 hinsichtlich der Sorgerechts- und Obhutszuteilung sowie der Regelung des persönlichen Verkehrs (Kinderbelange) nicht einzutreten.
3. Subeventualiter seien Dispositiv-Ziffern 2, 3, 4 und 5 des angefochtenen Entscheids aufzuheben und
 - a) es seien die gemeinsamen Kinder D._____, geboren am tt.mm.2010, und C._____, geboren am tt.mm.2013, für die Dauer des Getrenntlebens unter die Obhut des Gesuchstellers/Berufungsklägers zu stellen und deren Wohnsitz im Sinne von Art. 25 Abs. 1 ZGB am jeweiligen Wohnsitz des Gesuchstellers/Berufungsklägers festzusetzen;
 - b) es sei der Gesuchsgegnerin/Berufungsbeklagten ein gerichtsbliches Besuchs- und Ferienrecht einzuräumen.
4. In Abänderung von Dispositiv-Ziffer 12 des angefochtenen Entscheids seien die Gerichtskosten der Gesuchsgegnerin/Berufungsbeklagten aufzuerlegen.
5. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. 7.7% MwSt.) zu Lasten der Gesuchsgegnerin/Berufungsbeklagten."

Prozessuale Anträge (Urk. 17 S. 3):

- "1. In Bezug auf Dispositiv-Ziff. 2, 3, 4 und 5 des angefochtenen Entscheids sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen.
2. Es sei die Gesuchsgegnerin/Berufungsbeklagte zu verpflichten, dem Gesuchsteller/Berufungskläger einen Prozesskostenbeitrag bzw. -vorschuss in der Höhe von CHF 5'000.00 (inklusive Barauslagen, zuzüglich 7,7% MwSt) für seine Anwaltskosten im vorliegenden Berufungsverfahren zu zahlen.
3. Die Gesuchsgegnerin/Berufungsbeklagte sei überdies zu verpflichten, dem Gesuchsteller/Berufungskläger einen Prozesskostenbeitrag bzw. -vorschuss nach Massgabe der ihm im vorliegenden Berufungsverfahren tatsächlich auferlegten Gerichtsgebühr

(eventualiter in Höhe von CHF 2'500) zu zahlen, zahlbar an die Gerichtskasse (bzw. zuständige Staatskasse).

4. Eventualiter sei dem Gesuchsteller/Berufungskläger im vorliegenden Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege samt unentgeltlicher Rechtsvertretung in der Person der unterzeichnenden Rechtsanwältin auf Kosten des Staates zu bewilligen."

der Gesuchsgegnerin und Berufungsbeklagten (Urk. 57 S. 2):

- "1. Es sei auf die Berufung vom 21. Februar 2022 nicht einzutreten.
2. Eventualiter sei die Berufung vollumfänglich abzuweisen.
3. Subeventualiter seien die Dispositiv-Ziffern 6., 7., 8. und 9. aufzuheben und
 - a) Es sei der Berufungskläger zu verpflichten, der Berufungsbeklagten für **C. _____ ab dem 12. September 2022** Unterhaltsbeiträge von monatlich mindestens **CHF 1'500.00** (zuzüglich vertraglicher und gesetzlicher Kinder-, Ausbildungs- und Familienzulagen) zu bezahlen, zahlbar im Voraus jeweils auf den Ersten eines jeden Monats,.
 - b) Es sei der Berufungskläger zu verpflichten, der Berufungsbeklagten für **D. _____ ab dem 12. September 2022** Unterhaltsbeiträge von monatlich mindestens **CHF 1'500.00** (zuzüglich vertraglicher und gesetzlicher Kinder-, Ausbildungs- und Familienzulagen) zu bezahlen, zahlbar im Voraus jeweils auf den Ersten eines jeden Monats.

unter Bestätigung der übrigen Dispositiv-Ziffern des vorinstanzlichen Entscheides.

4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. 7.7% MwSt. zulasten des Berufungsklägers."

Prozessuale Anträge (Urk. 27 S. 3):

- "1. Sämtliche prozessualen Begehren des Berufungsklägers seien vollumfänglich abzuweisen.
2. Der Berufungskläger sei zu verpflichten, der Berufungsbeklagten einen Prozesskostenbeitrag in Höhe von einstweilen CHF 3'000.00 zzgl. 7.7% Mehrwertsteuer zu bezahlen.
3. Eventualiter sei der Berufungsbeklagten die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren und ihr in der Person der Unterzeichneten eine unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen."

Erwägungen:

I.

1. Die Parteien sind seit 2009 verheiratet. Aus der Ehe sind zwei Kinder hervorgegangen, D._____, geboren am tt.mm.2010, sowie C._____, geboren am tt.mm.2013. Mit am 26. Januar 2021 bei der Vorinstanz eingegangenen Gesuch machte der Gesuchsteller und Berufungskläger (fortan Gesuchsteller) ein Eheschutzverfahren anhängig (Urk. 1). Als Anschrift der beiden Parteien nannte er im Gesuch die E._____-Strasse ... in F._____ (Urk. 1). Die Vorinstanz versandte in der Folge die Vorladung vom 3. Februar 2021 zur auf den 29. März 2021 angesetzten mündlichen Verhandlung beiden Parteien an die genannte Adresse (Urk. 2). Zur mündlichen Verhandlung vom 29. März 2021 erschien einzig die Gesuchsgegnerin (Prot. I S. 3). Mit Datum vom 15. Juni 2021 fällte die Vorinstanz ein Säumnisurteil in unbegründeter Form (Urk. 8), welches der Gesuchsgegnerin am 20. August 2021 zugestellt wurde (Urk. 9). Ein Zustellnachweis an den Gesuchsteller fehlt. Mit Schreiben vom 1. September 2021 gelangte der Gesuchsteller an die Vorinstanz und gab an, am selben Tag von seinem Verteidiger in der gegen ihn gerichteten Strafuntersuchung über das Urteil vom 15. Juni 2021 orientiert worden zu sein und eine Begründung zu verlangen (Urk. 10). Das begründete Urteil wurde den zwischenzeitlich anwaltlich vertretenen Parteien am 9. Februar 2022 zugestellt (Urk. 16/1-2).

2. Gegen dieses Urteil erhob der Gesuchsteller mit Eingabe vom 21. Februar 2022 Berufung mit eingangs wiedergegebenen Anträgen (Urk. 17 S. 2 f.). Zudem ersuchte er um Gewährung der aufschiebenden Wirkung betreffend Dispositivziffern 2, 3, 4 und 5 des angefochtenen Entscheids (Urk. 17 S. 3). Mit Verfügung vom 25. Februar 2022 wurde der Gesuchsgegnerin und Berufungsbeklagten (fortan Gesuchsgegnerin) Frist zur Stellungnahme zu diesem Verfahrensantrag anberaumt (Urk. 21). Nach Eingang der Stellungnahme der Gesuchsgegnerin vom 10. März 2022 (Urk. 22) wurde das Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung mit Verfügung vom 21. März 2022 abgewiesen (Urk. 25).

Die Berufungsantwort datiert vom 9. Mai 2022 (Urk. 27). Mit Eingabe vom 24. Juni 2022 erfolgte die Replik (Urk. 33), woraufhin die Gesuchsgegnerin am 18. August 2022 die Duplik einreichte (Urk. 40). Weitere Eingaben in der Hauptsache ergingen seitens des Gesuchstellers am 26. September 2022 (Urk. 50) sowie seitens der Gesuchsgegnerin am 7. November 2022 (Urk. 57).

3. Mit Eingabe vom 16. September 2022 ersuchte die Gesuchsgegnerin zudem um Erlass superprovisorischer Massnahmen mit folgenden Anträgen (Urk. 46 S. 2):

- "1. Es sei dem Gesuchsteller **superprovisorisch** (ohne vorgängige Anhörung) zu verbieten, die gemeinsamen Söhne **C._____**, **geb.** tt.mm.2013 und **D._____**, geb. tt.mm.2010 während der Dauer des Verfahrens ausserhalb der Schweizer Landesgrenzen zu verbringen.
2. Es sei die Kantonspolizei Zürich, Zeughausstrasse 11, 8021 Zürich, Personenfahndung Polizei **superprovisorisch** (ohne vorgängige Anhörung der Gegenpartei) mit der Sicherstellung des beantragten Ausreiseverbotes gemäss Ziff. 1 hiervor zu beauftragen und zu verpflichten, das Ausreiseverbot im RIPOL und im SIS auszuschreiben.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. 7.7% MwSt. zulasten des Gesuchstellers."

Mit Verfügung vom 20. September 2022 wurden diese superprovisorischen Anträge abgewiesen. Gleichzeitig wurde dem Gesuchsteller Frist angesetzt, um zum erwähnten Massnahmebegehren Stellung zu nehmen (Urk. 49). Die diesbezüglichen Stellungnahme datiert vom 3. Oktober 2022 (Urk. 51) und wurde der Gesuchsgegnerin am 10. Oktober 2022 zur Kenntnis gebracht (Urk. 53).

4. Die vorinstanzlichen Akten (Urk. 1 bis 16) wurden beigezogen.

II.

1. Mit der Berufung kann sowohl die unrichtige Rechtsanwendung als auch die 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).

2. In der Berufungsschrift 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 die Berufung erhebende Partei die vorinstanzlichen Erwägungen bezeichnet, die sie 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 (siehe BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGer 5A_247/2013 vom 15. Oktober 2013, E. 3.2; BGer 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 (siehe BGer 4A_290/2014 vom 1. September 2014, E. 3.1 und 5; BGer 4A_258/2015 vom 21. Oktober 2015, E. 2.4.3; BGE 142 III 413 E. 2.2.4; BGer 5A_111/2016 vom 6. September 2016, E. 5.3). Diese Grundsätze gelten auch im Bereich der unbeschränkten Untersuchungsmaxime (BGer 5A_800/2019 vom 9. Februar 2021, E. 5.1).

3. Für Kinderbelange in familienrechtlichen Angelegenheiten – wie sie vorliegend zu beurteilen sind – statuiert Art. 296 Abs. 1 und 3 ZPO den Untersuchungs- und Offizialgrundsatz, weshalb das Gericht in diesem Bereich den Sachverhalt von Amtes wegen erforscht und ohne Bindung an die Parteianträge entscheidet. Das Verschlechterungsverbot kommt nicht zum Tragen (vgl. BGE 122 III 404 E. 3d; 129 III 417 E. 2.1.1). In Verfahren, welche der umfassenden Untersuchungsmaxime unterstehen, können die Parteien zudem im Berufungsverfahren neue Tatsachen und Beweismittel unbeschränkt vorbringen. Das Novenregime von Art. 317 Abs. 1 ZPO wird durchbrochen (BGE 144 III 349 E. 4.2.1; BGE 147 III 301 E. 2.2).

III.

1. Nichteintreten auf Berufung

1.1. Die Gesuchsgegnerin macht geltend, auf die Berufung sei nicht einzutreten. Nach rechtshilfeweiser Zustellung des unbegründeten vorinstanzlichen Entscheides vom 15. Juni 2021 habe der Gesuchsteller die Begründung erst mit Schreiben vom 1. September 2021 verlangt, was als verspätet gelte. Der Gesuchsteller äussere sich nur dazu, wann er den begründeten Entscheid erhalten habe, nicht aber, wann ihm der unbegründete Entscheid eröffnet worden sei. Sowohl im tunesischen Scheidungsverfahren als auch im tunesischen Verfahren betreffend Ausreisesperre sei der Eheschutzentscheid thematisiert worden. Damit obliege es dem Gesuchsteller, die Vermutung, wonach ihm der Entscheid zugestellt worden sei, zu widerlegen, was ihm nicht gelinge. Sodann erweise sich sein allfälliger Einwand, wonach ihm der Entscheid nicht eröffnet worden sei, als rechtsmissbräuchlich. Nachdem er das Eheschutzverfahren am 26. Januar 2021 eingeleitet habe, habe er im Sinne der Zustellfiktion mit Zustellungen durch das Gericht rechnen müssen. Ferner habe er es versäumt, dem Gericht seine Adressänderung bekannt zu geben und sich über den weiteren Fortgang des Eheschutzverfahrens zu erkundigen. Mit einer derartigen Verweigerung der Teilnahme am Verfahren habe er bewusst auf eine Anfechtung verzichtet. Auch unter dem Aspekt von Treu und Glauben sei daher nicht auf die Berufung einzutreten (Urk. 22 S. 4 f.; Urk. 27 S. 5 f.).

Weiter sei es offensichtlich, dass dem Gesuchsteller sowohl die Vorladung als auch der unbegründete Entscheid zugestellt worden seien. Überdies habe er nach Einleitung des Eheschutzverfahrens mehrfach sein ausdrückliches Desinteresse am weiteren Fortgang des Verfahrens kundgetan. So habe er in der staatsanwaltlichen Einvernahme vom 28. Februar 2022 selbst bestätigt, dass er dem Bezirksgericht Dielsdorf telefonisch mitgeteilt habe, er wolle den Eheschutztermin nicht wahrnehmen, sondern diesen "annullieren". Hätte er nicht gewusst, wann der Termin für die Hauptverhandlung gewesen sei, hätte er ihn auch nicht vorgängig telefonisch annullieren können. Als Begründung für den Verzicht auf die

Teilnahme am Eheschutzverfahren habe er selber angegeben, dass er ja schliesslich in Tunesien leben werde (Urk. 27 S. 5; Urk. 40 S. 3).

1.2. Gemäss Art. 239 Abs. 1 lit. b ZPO in Verbindung mit Art. 219 ZPO kann das Gericht seinen Entscheid durch Zustellung des Dispositivs ohne schriftliche Begründung eröffnen. Eine schriftliche Begründung ist nachzuliefern, wenn eine Partei dies innert 10 Tagen seit der Eröffnung des Entscheides verlangt (Art. 239 Abs. 2 ZPO). Wird eine Begründung verlangt, so läuft den Parteien die Frist zur Erklärung einer Berufung ab Zustellung des begründeten Entscheides (vgl. Art. 311 Abs. 1 ZPO). Die Beweislast für die korrekte Zustellung gerichtlicher Urkunden obliegt dabei dem Gericht (BK ZPO-Frei, Art. 138 N 3; BGE 144 IV 57 E. 2.3; BGE 129 I 8 E. 2.2 = Pra 92 [2003] Nr. 58).

1.3. Das unbegründete Urteil wurde der Gesuchsgegnerin am 20. August 2021 zugestellt (Urk. 9). Hinsichtlich der Zustellung an den Gesuchsteller finden sich in den vorinstanzlichen Akten keine Unterlagen; insbesondere auch nicht zur in Dispositivziffer 14 des Urteils vom 15. Juni 2021 aufgeführten Zustellung auf dem Rechtshilfeweg (vgl. Urk. 8-10). Damit fehlt ein Zustellnachweis an den Gesuchsteller. Da nicht einmal ein Rechtshilfegesuch in den Akten liegt, ist zu vermuten, dass das für den Gesuchsteller bestimmte Urteil gar nicht erst versandt wurde. Der Nachweis, dass das unbegründete Urteil dem Gesuchsteller formell eröffnet wurde, ist demnach nicht erbracht.

1.4. Sodann ist zu prüfen, ob es aufgrund des Verhaltens des Gesuchstellers im vorinstanzlichen Verfahren missbräuchlich erscheint, wenn er nun berufsungsweise die nicht gehörige Eröffnung des Entscheides geltend macht. Nach der Rechtsprechung entsteht mit der Rechtshängigkeit ein Prozessrechtsverhältnis, das die Parteien verpflichtet, sich nach Treu und Glauben zu verhalten, d.h. unter anderem dafür zu sorgen, dass ihnen behördliche Akte zugestellt werden können. Ab Begründung des Verfahrensverhältnisses müssen Prozessparteien mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit mit der Zustellung eines behördlichen Aktes rechnen (BGE 138 III 225 E. 3.1 S. 227, 130 III 396 E. 1.2.3 S. 399). Dass es der Gesuchsteller trotz erfolgter Ausreise ins Ausland unterliess, dem Gericht eine neue Adresse bekanntzugeben, stellt grundsätzlich zwar eine Pflichtverletzung dar (BSK

ZPO-Gschwend, Art. 138 N 3). Die Verletzung dieser Pflicht hat indes nicht zur Folge, dass es wider Treu und Glauben ist, sich auf die mangelhafte Zustellung zu berufen. Vielmehr sieht diesfalls Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO als Rechtsfolge die Zustellfiktion vor, was bedeutet, dass die Zustellung des Entscheides via Abholungseinladung an die letztbekannte Adresse rechtswirksam gewesen wäre. Da vorliegend jeder Zustellnachweis fehlt und vielmehr zu vermuten ist, dass der Entscheid – wie in Erw. III.1.3. ausgeführt – gar nicht versandt wurde, fällt auch die Zustellfiktion ausser Betracht.

1.5. Ob das Eheschutzurteil vom 15. Juni 2021 tatsächlich im Rahmen zweier tunesischer Verfahren thematisiert wurde, wie die Gesuchsgegnerin vorbringt, kann sodann offenbleiben. Zum einen macht sie nicht geltend, dass das Eheschutzurteil dem Gesuchsteller dabei ausgehändigt worden sei und er entsprechend habe erkennen können, dass er innert 10 Tagen eine Begründung zu verlangen habe. Zum anderen fehlt es auch an Angaben in zeitlicher Hinsicht, welche eine Beurteilung eines allfälligen Verhaltens wider Treu und Glauben zulassen.

Weiter hat auch die Gesuchsgegnerin das unbegründete Urteil vom 15. Juni 2021 erst am 20. August 2021 und damit nur elf Tage vor dem Gesuch des Gesuchstellers um Begründung zugestellt erhalten (vgl. Urk. 9). Am 24. August 2021, d.h. nur wenige Tage nach dem Versand des Entscheides an die Gesuchsgegnerin, wurde der Gesuchsteller alsdann anlässlich einer polizeilichen Einvernahme auf das Verfahren angesprochen, und es ist aus seinen Antworten zu schliessen, dass er bis zu jenem Zeitpunkt keine Kenntnis vom Entscheid hatte (Urk. 24/2 S. 7). Damit ist davon auszugehen, dass der Gesuchsteller frühestens am 31. August 2021 Kenntnis vom Eheschutzurteil nahm, als dieses seinem Strafverteidiger per E-Mail zugesandt wurde (Urk. 29/2).

1.6. Die Gesuchsgegnerin führte ferner aus, der Gesuchsteller habe mehrfach sein Desinteresse am Verfahren kundgetan, weshalb er kein Rechtsschutzinteresse an der Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheides habe. Zutreffend ist, dass der Gesuchsteller anlässlich der polizeilichen Einvernahme vom 24. August 2021 angab, er habe das Gesuch zunächst eingereicht, dann aber darauf verzich-

tet (Urk. 24/2 S. 7). Bei der staatsanwaltlichen Einvernahme vom 28. Februar 2022 erläuterte er auf die Frage, was er mit diesem Verzicht gemeint habe, er sei der Meinung gewesen, dass es den Eheschutz in der Schweiz nicht brauche, weil man später ja in Tunesien lebe. Entsprechend habe er dem Bezirksgericht Dielsdorf mitgeteilt, dass er den Termin annullieren möchte (Urk. 29/1 S. 14).

Diese Aussagen lassen darauf schliessen, dass der Gesuchsteller zwar zunächst ein Eheschutzverfahren einleitete, er danach aber – wie dies in der Praxis ab und an vorkommt – seine Meinung änderte und eine gerichtliche Regelung des Getrenntlebens als nicht mehr notwendig erachtete. Seine Äusserungen sind dahingehend zu verstehen, dass er offenbar kein Interesse mehr an einer *Weiterführung* des Verfahrens hatte. Nicht daraus geschlossen werden kann indes, dass ihm der *Verfahrensausgang* an sich egal gewesen wäre, was ohnehin nicht leichthin angenommen werden kann. Ein Verfahrensausgang, der seiner Vorstellung eines Lebens in Tunesien nicht entsprach, lag jedenfalls nicht in seinem Interesse. Zudem sprechen auch die prompte Reaktion auf den Eheschutzentscheid – wie oben ausgeführt, ging dieser seinem Strafverteidiger am 31. August 2021 zu und tat er bereits am darauffolgenden Tag gegenüber dem Gericht kund, damit nicht einverstanden zu sein – und das vorliegende Berufungsverfahren gegen ein allgemeines Desinteresse am Verfahrensausgang.

1.7. Zusammenfassend ist die Vorinstanz somit zu Recht davon ausgegangen, dass der Gesuchsteller mit seiner Eingabe vom 1. September 2021 rechtzeitig um Begründung des vorinstanzlichen Urteils ersucht hat. Auf die Berufung ist einzutreten.

2. Zu Unrecht ergangenes Säumnisurteil

2.1. Der Gesuchsteller rügt, die Vorinstanz habe zu Unrecht ein Säumnisurteil gefällt, da er zur vorinstanzlichen Hauptverhandlung vom 29. März 2021 nicht gehörig vorgeladen worden sei. Es sei unbestritten, dass er im Zeitpunkt der Zustellung nicht in der Schweiz gewesen sei und er daher die Vorladung nicht persönlich entgegengenommen habe. Da die Vorladung auch nicht von der Gesuchsgegnerin in Empfang genommen worden sei, sei erstellt, dass diese keiner im

gleichen Haushalt lebenden Person von mindestens 16 Jahren zugestellt worden sei. Er habe auch nicht anderweitig von der Vorladung erfahren bzw. diese zur Kenntnis genommen. Sollte die Gesuchsgegnerin diese effektiv neben sein Bett gelegt haben, was er bestreite, habe er sie nicht von dort weggenommen. Auch habe er nicht über Frau G._____ von der Abteilung Soziales der Gemeinde F._____ Kenntnis von der Verhandlung erlangt. Doch selbst wenn davon ausgegangen werden sollte, dass Frau G._____ die Verhandlung erwähnt habe, sei auszuschliessen, dass sie ihn über die Säumnisfolgen aufgeklärt habe. Als juristischer Laie habe er diese nicht gekannt und vernünftigerweise auch nicht kennen können (Urk. 17 S. 4 ff.).

2.2. Die Gesuchsgegnerin bringt dagegen vor, es sei offensichtlich, dass dem Gesuchsteller die Vorladung zugestellt worden sei. Er selbst habe ausgesagt, vom Termin gewusst zu haben. Er habe sogar beim Bezirksgericht angerufen und mitgeteilt, dass er auf die Teilnahme an der Hauptverhandlung sowie auf das ganze Eheschutzverfahren verzichte. Im Rahmen dieses Telefonates sei er sicherlich auch erneut über die Säumnisfolgen im Sinne von Art. 147 Abs. 3 ZPO aufgeklärt worden. Weiter habe der Gesuchsteller das Gericht nicht darüber informiert, dass er nach Tunesien gehe. Da er es unterlassen habe, dem Gericht seine aktuelle Zustelladresse bekannt zu geben, greife die Zustellfiktion und habe er die Säumnisfolgen selbst zu tragen. Weiter sei sich der Gesuchsteller der Säumnisfolgen sehr wohl bewusst gewesen. Nicht nur habe er die Vorladung gelesen und verstanden. Er habe zudem auch mit dem Gericht sowie Frau G._____ und anderen Mitarbeiterinnen der Gemeinde F._____ über die Eheschutzverhandlung und den Inhalt der Vorladung gesprochen. Sodann habe er das vorliegende Berufungsverfahren lediglich aus taktischen Gründen eingeleitet, da der Entzug der elterlichen Sorge und der Obhut Auswirkungen auf die Strafzumessung hätte (Urk. 27 S. 6 ff.).

2.3. Nach Art. 138 Abs. 1 ZPO hat die Zustellung von Vorladungen, Verfügungen und Entscheiden durch eingeschriebene Postsendung oder auf andere Weise gegen Empfangsbestätigung zu erfolgen. Sie gilt als erfolgt, wenn die Sendung vom

Adressaten oder von einer angestellten oder im gleichen Haushalt lebenden, mindestens 16 Jahre alten Person entgegengenommen wurde (Art. 138 Abs. 2 ZPO).

Für die Zustellung von Aktenstücken trägt das Gericht die Verantwortung und die Beweislast (Stahelin, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Art. 138 N 3). Im Prinzip braucht es dazu den strikten Beweis und nicht nur eine überwiegende Wahrscheinlichkeit; der blosser Einwurf in den Briefkasten vermag für eine Zustellung nicht zu genügen (BK ZPO-Frei, Art. 138 N 3; BGE 144 IV 57 E. 2.3; BGE 129 I 8 E. 2.2 = Pra 92 [2003] Nr. 58). Dementsprechend bedarf die qualifizierte Zustellung für ihre Gültigkeit in der Regel nicht nur der Übergabe an den Adressaten persönlich oder eine der in Art. 138 Abs. 2 ZPO genannten Personen, sondern auch einer unterschriebenen Empfangsbestätigung der Person, welcher die Sendung ausgehändigt wurde. Damit sind die Zustellung und der Empfänger klar nachweisbar (ZK ZPO-Stahelin, Art. 138 N 5; Huber, Dike-Komm-ZPO, Art. 138 N 16 und N 28; BSK ZPO-Gschwend, Art. 138 N 10).

2.4. Die Vorinstanz verschickte die den Gesuchsteller betreffende Vorladung vom 3. Februar 2021 an die von ihm in seinem Eheschutzgesuch genannte Adresse an der E.____-Strasse ... in F.____, wo die Familie vor der Trennung wohnte (Urk. 1, Urk. 2 S. 4 f.). Anlässlich der mündlichen Verhandlung vom 29. März 2021 führte die Gesuchsgegnerin aus, die Post vom Gericht in ihrem Briefkasten gefunden zu haben. Sie habe die Vorladung nicht entgegengenommen. Das sei auch nicht ihre Unterschrift auf den beiden Empfangsscheinen. Auch der Gesuchsteller könne die Post nicht entgegengenommen haben, da er bereits in Tunesien gewesen sei. Sonst wohne niemand an dieser Adresse. Er habe dieselbe Post erhalten wie sie. Sie habe zwei Couverts erhalten und ein Couvert für ihn behalten. Sie wisse nicht mehr, wann sie ihm diese Post gegeben habe. Sie lasse seine Post neben dem Bett, die er dann jeweils anschauet, wenn er nach Hause komme. Nachdem er von Tunesien zurückgekommen sei, sei die Post nicht mehr neben dem Bett gelegen (Prot. I S. 4).

2.5. Unbestritten ist, dass der Gesuchsteller die Vorladung nicht persönlich in Empfang genommen hat (Urk. 17 S. 5). Trotzdem hat der Postbote in der Empfangsbestätigung des Gesuchstellers vermerkt, "A.____" habe die Vorladung in

Empfang genommen, bezeichnet diese Empfangsperson im Widerspruch dazu dann aber als "Ehegatte / KonkubinatsPartnerIn", womit einzig die Gesuchsgegnerin gemeint sein kann. Der Empfangsschein ist damit in sich nicht stimmig und steht im Widerspruch zur diesbezüglich übereinstimmenden Darstellung der Parteien, wonach weder der Gesuchsteller noch die Gesuchsgegnerin den Empfangsschein persönlich entgegengenommen haben.

2.6. Auch das Unterschriftsfeld bringt keine Klärung. Auf dem Kopf stehend ist die Unterschrift "i.V Corona" erkennbar. Die Unterschrift ist zudem nahezu identisch mit der Unterschrift auf dem Empfangsschein der Gesuchsgegnerin. Da die Gesuchsgegnerin unbestrittenermassen nicht selbst unterschrieben hat – ihre Unterschrift (vgl. Urk. 9) unterscheidet sich sodann deutlich von derjenigen auf dem fraglichen Empfangsschein – und sonst niemand an dieser Adresse wohnt, lässt dies darauf schliessen, dass der Postbote die Empfangsbestätigungen selber unterschrieben hat (Urk. 2 S. 5).

Es ist denn auch so, dass aufgrund der Covid-19-Pandemie und im Zusammenhang mit "Social Distancing" bei Einschreiben der Postbote jeweils für den Empfänger unterschrieb, sofern dieser selbst oder eine empfangsberechtigte Person bei der Zustellung anwesend war. Nicht nur waren vorliegend offenbar keine empfangsberechtigten Personen anwesend. Für ein solches Vorgehen findet sich überdies weder in der ZPO noch in der Verordnung über Massnahmen in der Justiz und im Verfahrensrecht im Zusammenhang mit dem Coronavirus (SR 272.81) eine Grundlage. Letztere sah bis 31. Dezember 2021 lediglich für Zustellungen der Betreibungs- und Konkursbehörden Ausnahmen vor (Art. 7 der genannten Verordnung; vgl. auch Erläuterungen des Bundesamtes für Justiz zur Verordnung über Massnahmen in der Justiz und im Verfahrensrecht im Zusammenhang mit dem Coronavirus in der Fassung vom 16. April 2020, S. 7 f., <https://www.bj.admin.ch/dam/bj/de/data/aktuell/news/2020/2020-04-16/erlaeuterungen-covid19-justiz-d.pdf>, besucht am 15. November 2022). Ebenso wenig ist dieses Vorgehen der Post mit dem Zweck einer Zustellung gegen (schriftliche) Empfangsbestätigung des Empfängers vereinbar, nämlich der klaren Nachweisbarkeit des entsprechenden Vorgangs (vgl. BSK ZPO-Gschwend, Art.

138 N 6; BK ZPO-Frei, Art. 138 N 7; Gasser/Rickli, Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], Kurzkommentar, 2. Aufl. 2014, Art. 138 N 3): Zwar kann der Empfänger dem Postboten grundsätzlich eine entsprechende (in aller Regel wohl mündliche) Vollmacht erteilen. Bestreitet der Empfänger allerdings später eine entsprechende Vollmachtserteilung oder die Zustellung oder ihr Datum, kann die Behörde die erfolgte Zustellung kaum je beweisen, denn dazu könnte einzig auf die Zeugenaussage des Postboten abgestellt werden, welcher sich aber – sofern er überhaupt ermittelt werden kann – nach der allgemeinen Lebenserfahrung nach mehreren Wochen oder gar Monaten kaum noch an die Details des Zustellvorgangs erinnern können dürfte.

Somit liegt – wie dies der Gesuchsteller zutreffend geltend macht – keine Empfangsbestätigung des Gesuchstellers bzw. einer angestellten oder im gleichen Haushalt lebenden, mindestens 16 Jahre alten Person vor, weshalb die (konkludente) Feststellung der Vorinstanz, die Vorladung sei dem Gesuchsteller zugestellt worden, einer hinreichenden Grundlage entbehrt und sich infolgedessen als unrichtig erweist.

2.7. Sodann kommt entgegen den Ausführungen der Gesuchsgegnerin die Zustellfiktion auch im Zusammenhang mit der Zustellung der Vorladung nicht zur Anwendung, da weder eine Abholungseinladung hinterlassen (Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO) noch die Annahme der Vorladung verweigert wurde (Art. 138 Abs. 3 lit. b ZPO).

2.8. Ein Entscheid ohne (gültige) Vorladung der Parteien ist unwirksam (BSK ZPO-Gschwend, Art. 138 N 26 mit Hinweis auf BGE 116 III 85 E. 2 = Pra 1991 Nr. 48). Namentlich handelt es sich bei einer solchen Gehörsverletzung um einen besonders schweren Verstoss gegen die Parteirechte, welcher Nichtigkeit zur Folge hat und nicht – wie andere Verletzungen des rechtlichen Gehörs – geheilt werden kann (vgl. BGE 129 I 361 E. 2.1 und 2.2). Die Nichtigkeit ist jederzeit und von sämtlichen rechtsanwendenden Behörden von Amtes wegen zu beachten (BGE 133 II 366 E. 3.1; BGE 129 I 361 E. 2.2).

2.9. Nach Treu und Glauben kann sich der Adressat indes nur dann auf Zustellungsfehler berufen, wenn er von der gerichtlichen Sendung keine Kenntnis erlangt hat. Hat er trotz Zustellungsmängeln davon rechtzeitig Kenntnis erhalten, gilt die Zustellung in dem Zeitpunkt als erfolgt, in welchem ihm das Schriftstück tatsächlich zugegangen ist (BGE 112 III 81, 84 f. E. 2; BGer 5A_268/2012 E. 3.1).

Die Gesuchsgegnerin gab hierzu jedoch bloss an, sie habe dem Gesuchsteller die Vorladung neben sein Bett gelegt; später sei der Brief nicht mehr dort gelegen. Dies allein genügt jedoch nicht als Nachweis, dass der Gesuchsteller von der Vorladung samt Säumnisfolgen Kenntnis erlangt hat, zumal der Gesuchsteller die diesbezüglichen Aussagen der Gesuchsgegnerin bestreitet.

Die Vorinstanz nahm sodann in einem Verhandlungsunterbruch mit Frau G. _____ von der Abteilung Soziales der Gemeinde F. _____ Kontakt auf, welche ausführte, der Gesuchsteller wisse von der Verhandlung, zumal er mit ihr am 19. März 2021 gesprochen habe (Prot. I S. 5). Ob der Gesuchsteller tatsächlich mit Frau G. _____ über die anstehende Verhandlung vom 29. März 2021 gesprochen hat, was dieser bestreitet, kann jedoch offen bleiben, zumal damit noch nicht nachgewiesen ist, dass er von der Vorladung samt Säumnisfolgen Kenntnis erhalten hat. Eine mündliche Orientierung des Gesuchstellers kann die gerichtliche Vorladung und insbesondere die Bekanntgabe der darin enthaltenen Säumnisfolgen nicht ersetzen und begründet im Lichte von Art. 52 ZPO auch keine Pflicht, sich beim Gericht nach dem Stand des Verfahrens oder dem Verbleib einer Vorladung zu erkundigen (*OGer ZH LA200007-O vom 18. Mai 2020, E. III.5*).

Ferner lassen die anlässlich des Strafverfahrens getätigten Aussagen des Gesuchstellers darauf schliessen, dass er zwar vom Verhandlungstermin wusste (Urk. 24/2 S. 7 und Urk. 29/1 S. 14). Ob er effektiv Kenntnis von der Vorladung samt Säumnisfolgen erhalten hatte, lässt sich daraus jedoch wiederum nicht ableiten. Hinzu kommt, dass der Gesuchsteller angab, er habe dem Bezirksgericht Dielsdorf telefonisch mitgeteilt, dass er den Termin annullieren wolle. Sollte dieses Telefonat tatsächlich stattgefunden haben, so hätte das Bezirksgericht Dielsdorf eine Aktennotiz erstellen und den anwaltlich nicht vertretenen Gesuchsteller darauf hinweisen müssen, dass er das Eheschutzverfahren schriftlich zurückzu-

ziehen hat, andernfalls die Verhandlung stattfindet. Da sich diesbezüglich jedoch keine entsprechende Telefonnotiz in den Akten befindet (vgl. Urk. 1-16), ist zu Gunsten des Gesuchstellers davon auszugehen, dass er nicht entsprechend informiert wurde und ihm deshalb der Fortgang des Verfahrens nicht bewusst war.

2.10. Wie schon im Zusammenhang mit der Zustellung des Urteils ist sodann zu prüfen, ob die Berufung auf die nicht gehörige Vorladung rechtsmissbräuchlich erscheint. Mit Verweis auf die obigen Erwägungen in III.1.4. steht zwar fest, dass der Gesuchsteller dem Gericht seine neue Adresse im Ausland hätte bekanntgeben müssen. Dass er dies unterlassen hat, hat indes – wie ebenfalls bereits ausgeführt – nicht zur Folge, dass es wider Treu und Glauben ist, sich auf die mangelhafte Zustellung der Vorladung zu berufen. Vielmehr sieht diesfalls Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO vor, dass die Zustellung der Vorladung via Abholungseinladung an die eheliche Wohnung als letztbekannte Adresse rechtswirksam gewesen wäre, wäre sie korrekt erfolgt (vgl. Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO, vgl. Urk. 2 S. 3).

2.11. Schliesslich unbehelflich ist der Einwand der Gesuchsgegnerin, wonach der Gesuchsteller die Berufung lediglich erhoben habe, um daraus Vorteile für die Strafzumessung im parallel laufenden Strafverfahren zu ziehen. Erstens bleibt dies blosser Parteibehauptung. Zweitens ist es grundsätzlich unerheblich, aus welchen Motiven eine Partei ein Rechtsmittel gegen einen Entscheid ergreift, solange dies – wie vorliegend der Fall – nicht rechtsmissbräuchlich geschieht.

2.12. Nach dem Gesagten erweist sich der angefochtene Entscheid als nichtig, da dem Gesuchsteller die Vorladung für die mündliche Verhandlung vom 29. März 2021 nicht zugestellt worden ist. Entsprechend ist die Nichtigkeit des vorinstanzlichen Urteils festzustellen und die Sache zur Durchführung des Verfahrens an die Vorinstanz zurückzuweisen.

3. Eventualbegehren Gesuchsteller

Damit erübrigt sich auch eine Auseinandersetzung mit den weiteren Rügen. Immerhin sei bezüglich der vom Gesuchsteller geltend gemachten örtlichen (recte: internationalen) Unzuständigkeit (Urk. 17 S. 7 ff.) Folgendes erwähnt:

Der Gesuchsteller verzog mit den Kindern am 27. März 2021, mithin nach Rechtshängigkeit des Eheschutzverfahrens, nach Tunesien. Somit liegt ein internationaler Sachverhalt vor und stellt sich daher die Frage, ob die bei Einleitung des Verfahrens unbestrittenermassen gegebene Zuständigkeit der schweizerischen Gerichte nach der Verbringung der Kinder nach Tunesien noch gegeben war.

Gemäss Art. 85 Abs. 1 IPRG bestimmt sich die Zuständigkeit für den Erlass von Massnahmen im Bereich des Kindesschutzes sowie das dabei anzuwendende Recht nach den Regeln des Haager Kindesschutzübereinkommens vom 19. Oktober 1996 (HKsÜ). Dieses unterscheidet grundsätzlich zwischen rechtmässigen und widerrechtlichen Verbringungen ins Ausland (vgl. Art. 5 und Art. 7 HKsÜ). Ob die Verbringung vorliegend widerrechtlich war oder nicht, ist Gegenstand eines laufenden Strafverfahrens, kann indes offen bleiben, da die Zuständigkeit der schweizerischen Gerichte in beiden Fällen bestehen bleibt.

Im Falle eines widerrechtlichen Verbringens wäre die Zuständigkeit der schweizerischen Gerichte nur dann entfallen, wenn die Gesuchsgegnerin als Mitinhaberin der elterlichen Sorge (vgl. Art. 301a ZGB) den Aufenthaltswechsel genehmigt oder wenn sie innert einem Jahr keinen Rückführungsantrag gestellt hätte (Art. 7 Abs. 1 lit. a und b HKsÜ). Beides ist vorliegend offensichtlich nicht gegeben. Eine Genehmigung ist nicht aktenkundig. Im Gegenteil: Die Gesuchsgegnerin stellte umgehend nach dem Verschwinden der Kinder einen Rückführungsantrag beim Bundesamt für Justiz und benachrichtigte die Kantonspolizei Zürich (Urk. 24/6 und Urk. 24/7).

Auch für den Fall, dass das Verbringen der Kinder sich als nicht widerrechtlich herausstellen sollte, bleibt die Zuständigkeit der schweizerischen Gerichte erhalten. Gemäss Art. 5 Abs. 1 HKsÜ sind die Behörden und Gericht am gewöhnlichen Aufenthaltsort des Kindes international zuständig. Art. 5 Abs. 2 HKsÜ sieht zwar vor, dass bei einem Wechsel des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes in einen anderen Vertragsstaat die dortigen Behörden zuständig werden, womit im Grundsatz keine *perpetuatio fori* besteht (BGer 5A_622/2010 vom 27. Juni 2011 E. 3; BGer 5A_131/2011 vom 31. März 2011 E. 3.3.1; Paul Lagarde, Explanatory Re-

port, 1998, Rz. 42; www.hcch.net, unter: Conventions/Publications/Explanatory Reports), wie dies schon beim Übereinkommen vom 5. Oktober 1961 über die Zuständigkeit der Behörden und das anzuwendende Recht auf dem Gebiet des Schutzes von Minderjährigen (MSA; SR 0.211.231.01) als Vorgängerabkommen der Fall war (vgl. BGE 123 III 411 E. 2a/bb S. 413; BGE 132 III 586 E. 2.2.3 S. 591). Vorliegend gilt es jedoch zu beachten, dass Tunesien nicht Vertragsstaat des HKsÜ ist. Weil die Schweiz von der Möglichkeit des Vorbehalts gemäss Art. 13 Abs. 3 MSA, die Anwendbarkeit des Übereinkommens auf einen dem Vertragsstaat angehörigen Minderjährigen zu beschränken, keinen Gebrauch gemacht hat, wurde das MSA als auch im Verhältnis zu Drittstaaten anwendbare *loi uniforme* angesehen (vgl. BGE 124 III 176 E. 4 S. 180). Dies trifft aufgrund des allgemeinen Verweises in Art. 85 Abs. 1 IPRG (SR 291) grundsätzlich auch für das HKsÜ zu (vgl. Urteile 5A_146/2014 vom 19. Juni 2014 E. 3.1.1; 5A_809/2012 vom 8. Januar 2013 E. 2.3.1). Indes gilt dies nur für die Begründung der Zuständigkeit nach Art. 5 Abs. 1 HKsÜ, während Art. 5 Abs. 2 HKsÜ in Bezug auf Drittstaaten nicht angewandt wird. Mithin bleibt bei einem Wechsel des gewöhnlichen Aufenthaltes des Kindes in einen Nicht-Vertragsstaat die einmal begründete Zuständigkeit bestehen. Dies ergibt sich im Übrigen schon unmittelbar aus dem Wortlaut der Norm, die bewusst von einem Wechsel in einen *anderen Vertragsstaat* spricht (BGE 142 III 1 E. 2.1). Damit steht fest, dass die einmal in der Schweiz begründete Zuständigkeit auch im Falle eines rechtmässigen Verbringens der Kinder nach Tunesien nicht tangiert wurde.

IV.

1. In Bezug auf das beantragte Ausreiseverbot sowie dessen Ausschreibung im Polizeifahndungssystem RIPOL und im Schengener Informationssystem SIS ist schliesslich zu prüfen, ob diese Massnahmen vorsorglich anzuordnen sind, nachdem das Gesuch der Gesuchsgegnerin um deren superprovisorische Anordnung mit Verfügung vom 20. September 2022 abgewiesen wurde (Urk. 49). Die glaubhaft zu machenden Voraussetzungen für den Erlass vorsorglicher Massnahmen sind das Vorliegen eines materiellen Anspruchs zivilrechtlicher Natur, eine Gefährdung oder Verletzung dieses Anspruchs sowie das Bestehen einer zeit-

lichen Dringlichkeit. Schliesslich ist der Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu beachten; die Massnahme soll nicht weiter gehen, als es zum Schutz des Anspruchs notwendig ist (ZK ZPO-Huber, Art. 261 N 17 ff.). Dem Kriterium des nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteils (Art. 261 Abs. 1 lit. b ZPO) kommt in Eheschutzverfahren eine geringere Bedeutung zu. Es genügt zu prüfen, ob das Anliegen der gesuchstellenden Partei berechtigt ist (FamPra.ch 2013, S. 214).

2. Der materielle Anspruch der Gesuchsgegnerin als Mutter und Sorgerechtsinhaberin der beiden gemeinsamen Kinder D._____ und C._____ ist ausgewiesen. Die elterliche Sorge schliesst das Recht ein, den Aufenthaltsort des Kindes zu bestimmen, wobei bei gemeinsamer elterlicher Sorge ein Aufenthaltswechsel ins Ausland nur mit Zustimmung des anderen Elternteils oder Entscheid des Gerichts erfolgen kann (Art. 301a Abs. 2 lit. a ZGB).

3. Zur drohenden Verletzung dieses Anspruches bringt die Gesuchsgegnerin vor, dass der Gesuchsteller am 27. März 2021 den Wohnsitz der beiden gemeinsamen Kinder ohne ihre Zustimmung ins Ausland nach Tunesien verlegt habe. Parallel zu den behördlichen Rückführungsbemühungen sei gegen den Gesuchsteller ein Strafverfahren wegen Entziehens von Minderjährigen geführt worden, welches in einer Anklage an das Bezirksgericht Dielsdorf vom 2. August 2022 gemündet habe (Urk. 48/1). Nur auf Druck der nun drohenden unbedingten Freiheitsstrafe von 22 Monaten sei der Gesuchsteller bereit gewesen, die gemeinsamen Kinder am 13. September 2022 zurück in die Schweiz zu bringen. Er erhoffe sich damit, dass die Strafe milder ausfalle, weil der unberechtigte Zustand nicht mehr andauere. Dass das Kindeswohl für ihn nicht im Zentrum stehe, ergebe sich auch daraus, dass sich die Kinder wieder mitten im Schuljahr neu eingliedern müssten. Die Kinder seien in ihre Obhut übergeben worden. Es sei nun jedoch unklar, was nach dem weiteren Fortschreiten des Strafverfahrens mit den Kindern passiere. Es sei zu befürchten, dass der Gesuchsteller eine mögliche zweite Entführung der Kinder nach Tunesien als Druckmittel gegen sie verwenden werde, um sie zum Rückzug der Strafanträge im Strafverfahren zu bewegen bzw. ihr Desinteresse am Strafverfahren anzuzeigen. Sie habe jedoch weiterhin ein Interesse an der Strafverfolgung und es sei zu befürchten, dass die Kinder zum zwei-

ten Mal nach Tunesien entführt würden, wenn der Gesuchsteller merke, dass sie nicht zum Rückzug ihrer Strafanträge bereit sei (Urk. 46 S. 3 f.).

4. Der Gesuchsteller wendet dagegen ein, es sei nicht nachvollziehbar, warum er mit den Kindern wieder ausreisen sollte, nachdem er sie erst gerade in die Schweiz zurückgebracht habe. Insbesondere mit Blick auf das von der Gesuchsgegnerin vorgebrachte Motiv, durch die Rückführung eine mildere Strafe zu erhalten, ergäbe eine erneute Ausreise keinen Sinn, da dem Gesuchsteller damit während laufendem Strafverfahren erneute Delinquenz vorgeworfen werden könnte, was auf die Strafhöhe eine viel empfindlichere Auswirkung hätte, als den Dauerzustand aufrecht zu erhalten. Zudem habe er die Kinder in die alleinige Obhut der Gesuchsgegnerin gegeben und sehe er die Kinder mit deren Einverständnis fast täglich bei ihr zu Hause. Überdies sei noch keine Hauptverhandlung angesetzt und werde das Strafverfahren daher voraussichtlich noch mehrere Monate pendent bleiben (Urk. 51 S. 2 f.).

5. In der Verfügung vom 20. September 2022 kam das hiesige Gericht im Zusammenhang mit der Abweisung des Antrags auf superprovisorische Anordnung der eingangs erwähnten Massnahmen zum Schluss, aufgrund des aktenkundigen Rückführungsverfahrens sowie des laufenden Strafverfahrens betreffend Entzug von Minderjährigen sei zwar ein potentielles Entführungsrisiko glaubhaft gemacht. Es fehle aber an konkreten Anhaltspunkten, welche auf eine tatsächliche Ausreise in nächster Zeit hindeuteten (Urk. 49 E. 4.1.). An dieser Einschätzung hat sich in der Zwischenzeit nichts geändert. Die Kinder befinden sich weiterhin in der alleinigen Obhut der Gesuchsgegnerin. Der Gesuchsteller sieht die Kinder immer noch lediglich in ihrem Beisein, wie sie selbst ausführt (Urk. 57 S. 6). Ebenfalls festzuhalten ist an der Einschätzung, wonach sich mit Blick auf das Strafverfahren keine konkreten Anhaltspunkte für eine Wiederausreise ableiten lassen. Vielmehr steht fest, dass eine erneute Verbringung der Kinder ins Ausland angesichts des laufenden Strafverfahrens und in Anbetracht der drohenden unbedingten Freiheitsstrafe den Interessen des Gesuchstellers diametral entgegenliefe. Sodann gibt es auch nach wie vor keine konkreten Anhaltspunkte dafür, dass der Ge-

suchsteller versucht hat, auf die Gesuchsgegnerin einzuwirken, den Strafantrag zurückzuziehen.

Zusammenfassend ist es der Gesuchsgegnerin damit gestützt auf ihre Behauptungen und die Aktenlage nicht gelungen, eine drohende Verbringung der Kinder ins Ausland glaubhaft darzutun. Damit fehlt es an einer glaubhaft gemachten drohenden Verletzung ihrer materiellen Ansprüche. Entsprechend ist das vorsorgliche Massnahmebegehren abzuweisen.

V.

1. Im Falle eines Rückweisungsentscheides kann sich die Rechtsmittelinstanz damit begnügen, lediglich ihre Gerichtskosten festzusetzen und deren Verteilung sowie den Entscheid über die Parteientschädigung der Vorinstanz überlassen d.h. vom definitiven Ausgang des Verfahrens abhängig zu machen (Art. 104 Abs. 4 ZPO; Schmid, in: Oberhammer/Domej/Haas, KUKO ZPO, 2 Aufl., Art. 104 N 7).

2. Die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren ist in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 5 Abs. 1 und § 6 Abs. 2 lit. b GebV OG auf Fr. 3'000.– festzusetzen.

3.1. Beide Parteien haben im Berufungsverfahren um Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses sowie subsidiär um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Beigabe eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes ersucht (Urk. 17 S. 3, Urk. 27 S. 3).

3.2. Die finanzielle und die berufliche Situation beider Parteien erweist sich für den massgebenden Zeitpunkt der Gesuchseinreichung als nicht sehr liquid und wird von der Vorinstanz abzuklären sein. Im Rahmen der vorliegenden summarischen Prüfung resultiert aber bereits unter Einrechnung der Grundbeträge für die vierköpfige Familie (Fr. 1'200.– + Fr. 1'350.– + Fr. 600.– + Fr. 400.–), der Krankenkassenprämien – Fr. 371.95 für den Gesuchsteller (Urk. 20/9), Fr. 450.20 für die Gesuchsgegnerin, je Fr. 118.90 für die beiden Kinder (Urk. 4/5) – sowie der geltend gemachten Mietzinsen von derzeit offenbar Fr. 850.– für den Gesuchstel-

ler (Urk. 17 S. 19) und Fr. 1'600.– auf Seiten der Gesuchsgegnerin (Urk. 22/13) ein Gesamtbedarf von über Fr. 7'000.– für die zwei Haushalte. Angesichts dessen erscheint es glaubhaft, dass beide ausserstande sind, trotz Ausschöpfung sämtlicher eigener Mittel neben dem Lebensunterhalt für sich und ihre vierköpfige Familie auch den Prozess zu finanzieren. Dies insbesondere vor dem Hintergrund, dass die Parteien vor der Ausreise des Gesuchstellers von der Sozialhilfe unterstützt wurden (Urk. 4/7), die Gesuchsgegnerin offenbar weiterhin Unterstützung erhält (Urk. 24/11) und (vorläufig) nicht zu ersehen ist, wie sich die finanzielle Situation des Gesuchsgegners nach seiner mit einem Strafverfahren belasteten Rückkehr in die Schweiz entscheidend verbessert haben sollte. Weiter verfügten die Parteien gemäss den vorinstanzlich eingereichten Steuererklärungen für die Jahre 2018 und 2019 über kein Vermögen (Urk. 4/1 f.). Die Gesuchsgegnerin hat sodann beträchtliche Schulden (Urk. 24/15). Unter diesen Umständen erscheint es glaubhaft, dass die Parteien derzeit über kein Vermögen verfügen. Somit gelten beide als mittellos im Sinne von Art. 117 lit. a ZPO, weshalb gegenseitig kein Anspruch auf Zusprechung eines Prozesskostenbeitrags besteht.

3.3. Da die Standpunkte der mittellosen Parteien im Berufungsverfahren nicht aussichtslos im Sinne von Art. 117 lit. b ZPO waren, ist ihnen für das zweitinstanzliche Verfahren je die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren.

3.4. Als rechtsunkundige Parteien waren sowohl der Gesuchsteller als auch die Gesuchsgegnerin im Berufungsverfahren auf anwaltliche Vertretung angewiesen, weshalb in Anwendung von Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO dem Gesuchsteller in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. X._____ und der Gesuchsgegnerin in der Person von Rechtsanwältin M.A. HSG in Law Y._____ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen ist.

Es wird beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichtes Dielsdorf vom 15. Juni 2021 (EE210007-D) nichtig ist. Die Sache wird zur Durchführung des Verfahrens an die Vorinstanz zurückgewiesen.

2. Der Antrag der Gesuchsgegnerin auf Anordnung von vorsorglichen Massnahmen im Berufungsverfahren wird abgewiesen.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'000.– festgesetzt.
4. Die Verteilung der Gerichtskosten wird dem neuen Entscheid der Vorinstanz vorbehalten.
5. Beiden Parteien wird für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege gewährt.
6. Dem Gesuchsteller wird in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. X. _____ und der Gesuchsgegnerin in der Person von Rechtsanwältin M.A. HSG in Law Y. _____ eine unentgeltliche Rechtsvertreterin bestellt.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein, an den Gesuchsteller unter Beilage des Doppels von Urk. 57.

Die erst- und zweitinstanzlichen Akten werden der Vorinstanz nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist zugestellt.

8. 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. 93 BGG sowie ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 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, 29. November 2022

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

MLaw T. Gähwiler

versandt am:
Im