

# ZH\_OBERGERICHT LC150021 vom 31. August 2016

ZH Obergericht, 2016-08-31, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_LC150021](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LC150021)

FR: ZH\_OBERGERICHT LC150021 du 31 août 2016

IT: ZH\_OBERGERICHT LC150021 del 31 agosto 2016

## Erwägungen

### E. 1

Die Ehe der Parteien ist von der Vorinstanz unter Regelung der Nebenfolgen geschieden worden. Der Kläger und Berufungskläger (nachfolgend: Kläger) hat den Scheidungspunkt (Dispositiv-Ziff. 1 des vorinstanzlichen Urteils) und die Feststellung der vorgenommenen güterrechtlichen Auseinandersetzung (Dispositiv-Ziff. 6 des vorinstanzlichen Urteils) nicht angefochten, hingegen möchte er die Kinderbelange durch die tunesischen Behörden geregelt haben. Für den Fall, dass diese nach schweizerischem Recht durch die schweizerischen Gerichte ge-

- 5 - regelt werden sollten, stellt er Anträge zur gemeinsamen elterlichen Sorge, zur Regelung des Besuchsrechts und zu an ihn zahlbare Unterhaltsbeiträge für die Kinder. Ausserdem verlangt er Abänderung des vorinstanzlichen Entscheides hinsichtlich Teilung der BVG-Austrittsleistung (Dispositiv-Ziff. 7) sowie die Verpflichtung der Beklagten, ihm Unterhaltsbeiträge nach Art. 125 ZGB (Dispositiv-Ziff. 5) zu bezahlen. Dem vorliegenden Fall liegt eine ganz ausserordentlich tragische familiäre Situation zugrunde: Die beiden Kinder der Parteien, C.\_\_\_\_\_, geb. tt.mm.2004, und D.\_\_\_\_\_, geb. tt.mm.2006, wurden vom Kläger in Verletzung der Elternrechte der Beklagten und Berufungsbeklagten (nachfolgend: Beklagte), der die Obhut zustand (act. 45/3 S. 3, Dispositiv-Ziff. 3), im August 2010 in seine Heimat Tunesien verbracht, wo sie sich seither bei ihren Grosseltern – den Eltern des Klägers – befinden. Der Kläger wurde an die Schweiz ausgeliefert und wurde in der Schweiz – wegen der Entführung seiner beiden Kinder nach Tunesien – zu sechs Jahren Freiheitsstrafe verurteilt. Da es sich um ein Dauerdelikt handelt, ist derzeit ein weiteres Strafverfahren im Gang. Gemäss Pressemitteilung soll er erstinstanzlich zu weiteren vier Jahren Freiheitsstrafe verurteilt worden sein, wobei das Urteil noch nicht rechtskräftig ist.

### E. 2

Das vorinstanzliche Urteil vom 6. März 2015 (act. 121) wurde den Parteien am 12. März 2015 zugestellt (act. 100). Unter Berücksichtigung der Gerichtsferien lief die Rechtsmittelfrist am 27. April 2015 ab, so dass die Berufung am 24. April 2015 (Poststempel) rechtzeitig eingereicht wurde. Ebenfalls rechtzeitig ging die Berufungsantwort der Beklagten ein (act. 124).

### E. 3

a) Beide Parteien haben Gesuche um unentgeltliche Rechtspflege gestellt. Das Gesuch des Klägers (act. 118 S. 3 f.) wurde mit Beschluss der Kammer vom 31. August 2015 (Dispositiv-Ziff. 3) nur teilweise gutgeheissen (act. 131 S. 24). Bezüglich des abgewiesenen Teils gelangte der Kläger ans Bundesgericht, welches mit Urteil vom 11. Januar 2016 dem Kläger vollumfänglich unentgeltliche Rechtspflege gewährte (act. 151 S. 2; act. 152 S. 9).

Das Gesuch der Beklagten um unentgeltliche Rechtspflege (act. 125 S. 2) wurde mit Beschluss

- 6 - der Kammer vom 31. August 2015 (Dispositiv Ziff. 5) gutgeheissen (act. 131 S. 25). b) Der Kläger hatte am 2. November 2015 einen Teil-Kostenvorschuss von Fr. 1'750.– geleistet (act. 145); mit Verfügung vom 2. Februar 2016 (act. 153, vgl. auch act. 155) wurde dieser dem Kläger zurückerstattet.

#### **E. 4**

Da Dispositiv-Ziff. 1 und 6 des vorinstanzlichen Urteils vom 6. März 2015 nicht angefochten wurden, sind sie in Rechtskraft erwachsen, was in Dispositiv- Ziffer 1 des Beschlusses der Kammer vom 31. August 2015 vorgemerkt wurde (act. 131 S. 24). Mit dem gleichen Beschluss wurde den Parteien Gelegenheit gegeben, zu den Aktenstücken 127-129/A-B Stellung zu nehmen, unter der Androhung, dass im Unterlassungsfall das Verfahren ohne Stellungnahmen fortgesetzt würde (act. 131 S. 24). Keine der Parteien hat sich diesbezüglich vernehmen lassen.

#### **E. 5**

Mit Beschluss vom 4. April 2016 wurde den beiden Kindern eine Vertretung im Sinne von Art. 299 Abs. 2 ZPO in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. Z. \_\_\_\_\_ beigegeben (act. 158). Diese reichte innert erstreckter Frist mit Datum vom 25. Mai 2016 ihre Stellungnahme ein, mit der sie sich für die schweizerische Zuständigkeit aussprach sowie die vorinstanzliche Zuteilung der alleinigen Sorge an die Beklagte, den einstweiligen Verzicht auf eine Besuchsrechtsregelung sowie auf Unterhaltsbeiträge befürwortete (act. 165). Die Stellungnahme ist den Parteien zugestellt worden. Der Kläger äusserte sich innert erstreckter Frist dazu (act. 173), die Beklagte hat auf eine Stellungnahme verzichtet (act. 172).

#### **E. 6**

Die Berufungsantwort wurde dem Kläger zusammen mit dem Beschluss der Kammer vom 31. August 2015 zugestellt (act. 131 S. 25, Dispositiv-Ziff. 6). Die Sache ist spruchreif.

- 7 - II. Zuständigkeit und anwendbares Recht 1. Die Beklagte ist Schweizerin, der Kläger tunesischer Staatsangehöriger, die Kinder haben offenbar beide Nationalitäten. Damit liegt ein internationaler Sachverhalt vor, was zur Anwendung des IPRG führt. a) Mit der Feststellung des Wohnsitzes wird eine natürliche Person örtlich verknüpft (Marco Levante, Wohnsitz und gewöhnlicher Aufenthalt im internationalen Privat- und Zwangsvollstreckungsrecht der Schweiz, Diss. Nr. 2166, St. Gallen 1998, S. 48). Der Anknüpfungsbegriff Wohnsitz (und gewöhnlicher Aufenthalt) ist nach derjenigen Rechtsordnung auszulegen, der die Kollisionsnorm angehört. Das ist in der Regel die lex fori, weil der Richter sein eigenes nationales Kollisions- und damit das Wohnsitzrecht anwendet (Levante, a.a.O., S. 14). Anzumerken ist, dass bei der Auslegung von Art. 20 Abs. 1 IPRG die Rechtsprechung zu Art. 23 ZGB herangezogen werden kann, wobei zu Recht darauf hingewiesen wird, dass dem Wohnsitzbegriff im IPRG zusätzlich ein funktioneller bzw. kollisionsrechtlicher Charakter zukommt; er hat als Anknüpfungspunkt zu dienen, was bei der Auslegung zu berücksichtigen ist (ZK IPRG-Keller/Kren Kostkiewicz [2. Auflage 2004], N. 16, 22 und 25 ff. zu Art. 20). b) Während der Dauer des gemeinsamen Ehe- und Familienlebens (zur Trennung der Parteien im Rahmen des Eheschutzes vgl. Entscheid des Vizepräsidenten des Bezirksgerichts Frauenfeld vom 26. März 2009, act.

45/3) und auch noch eine Zeit danach hatte der Kläger zweifellos Wohnsitz in der Schweiz. Als er die Kinder im August 2010 aus der Schweiz nach Tunesien entführte, kehrte er nach seinen Angaben in seine Heimat zurück, um dort mit den Kindern dauernd zu leben, was für die Begründung eines neuen Wohnsitzes in Tunesien spricht (zur Aufgabe des Wohnsitz ohne Begründung eines neuen Wohnsitzes, vgl. BSK IPRG-Westenberg [3. Auflage 2013], N. 16 zu Art. 20). Seit dem 5. Mai 2011 (act. 129/3 S. 2) befindet sich der Kläger in der Schweiz in Haft bzw. im Strafvollzug. Das wirft die Frage auf, wo der Kläger, nachdem er seit jenem Zeitpunkt in der Schweiz inhaftiert ist, seinen Wohnsitz hat. Anzumerken ist, dass das schweizerische IPRG keine Regelung kennt, die Art. 26 aZGB entspricht ("Der Aufenthalt an einem Ort zum Zweck des Besuches einer Lehranstalt und die Unterbringung - 8 - einer Person in einer Erziehungs-, Versorgungs-, Heil- oder Strafanstalt begründet keinen Wohnsitz") und es gibt im internationalen Verhältnis keine fiktiven und abgeleiteten (Levante, a.a.O., S. 47) bzw. fortgesetzten Wohnsitze (BGE 133 III 252 E. 4): "Die Nichtberücksichtigung der fiktiven und abgeleiteten Wohnsitze ist im Rahmen internationaler Sachverhalte zweckmässig. Die betreffenden Wohnsitze können keinen genügend engen Zusammenhang bilden, um als Anknüpfungsbegriff zur Bestimmung des anwendbaren Rechts oder zur Begründung der Zuständigkeit zu dienen". c) Der Kläger macht geltend, er habe seinen Wohnsitz nach wie vor in Tunesien (act. 44 Rz 11). Bleibt damit die Frage, ob er – trotz seiner mehrjährigen ununterbrochenen Abwesenheit – örtlich immer noch mit Tunesien genügend verknüpft ist oder mit anderen Worten, wie lange eine Verknüpfung ohne physische Präsenz bestehen bleiben kann. Oder noch anders gefragt: Ob er in der Schweiz infolge seiner physischen, wenn auch unfreiwilligen Präsenz einen Wohnsitz begründet hat. Gemäss Art. 20 Abs. 2 lit. a IPRG ist ein Element der Begründung eines Wohnsitzes die Absicht des dauernden Verbleibens. Von einer solchen Intention wird bei inhaftierten Personen in aller Regel nicht ausgegangen werden können (vgl. dazu Levante, a.a.O., S. 88 f.). Hingegen ist die Begründung eines gewöhnlichen Aufenthalts im Sinne von Art. 20 Abs. 1 lit. b IPRG keineswegs ausgeschlossen, da dieser nicht von einem voluntativen Element – einer besonderen Absicht – abhängt, sondern einzig von einer physischen Präsenz von einer gewissen Dauer (Levante, a.a.O., S. 96, der auf S. 97 die Dauer von etwa drei Monate nennt). Dass die physische Präsenz unfreiwillig ist, steht der Begründung eines gewöhnlichen Aufenthalts nicht entgegen, weil die territoriale Verknüpfung via den Aufenthalt und seine Dauer hergestellt wird (Levante, a.a.O., S. 99). Gemäss Art. 20 Abs. 2 Satz 2 IPRG tritt der gewöhnliche Aufenthalt an die Stelle des Wohnsitzes, wenn ein Wohnsitz fehlt, was eine (örtliche) Anknüpfung sicherstellt (Levante, a.a.O., S. 101). Damit bleibt die Frage zu klären, ob der Kläger nach schweizerischem IPRG den Wohnsitz in Tunesien beibehalten hat. Dies ist zu verneinen: Wird im internationalen Verhältnis auf eine Bestimmung für die

- 9 - Fortdauer des einmal begründeten Wohnsitzes verzichtet, so kann dies nur bedeuten, dass bei einem andauernden Wegfall der physischen Präsenz – als eines der bestimmenden Elemente der Wohnsitzdefinition – ohne absehbare Rückkehrmöglichkeit kein Wohnsitz mehr besteht. Die örtliche Verknüpfung wäre sonst eine reine Fiktion. Im Folgenden ist davon auszugehen, dass der Kläger gewöhnlichen Aufenthalt in der Schweiz hat und dass dieser gewöhnliche Aufenthalt i.S.v. Art. 20 Abs. 2 Satz 2 IPRG an die Stelle des Wohnsitzes in Tunesien getreten ist. 2. a) Der Kläger hat am Wohnsitz der Beklagten die Scheidung verlangt. Das ist eine der gesetzlich vorgesehenen Zuständigkeiten für Scheidungsklagen (Art. 59 lit. a IPRG). b) Gemäss Art. 61 Abs. 1 IPRG untersteht die

Scheidung schweizerischem Recht, was zu einem weitgehenden Gleichlauf von forum und ius führt. Schweizerisches Recht wäre ebenfalls anwendbar, wenn man – wie vereinzelt angeregt wird – auf das Recht am letzten gemeinsamen Wohnsitz der Ehegatten abstellen wollte (vgl. BSK IPRG-Bopp [3. Auflage 2013], N. 9 und 27 zu Art. 61). Eine solche Regelung ist etwa in Art. 49 des (tunesischen) IPRG/TN vorgesehen (Loi n° 98-97 du 27 novembre 1998, portant promulgation du code de droit international privé): "Le divorce et la séparation de corps sont régis par la loi nationale commune des époux en vigueur au moment où l'instance est introduite. A défaut de nationalité commune, la loi applicable est la loi du dernier domicile commun des époux s'il y en a, sinon la loi du for"). Das zuständige schweizerische Gericht hat gemäss Art. 63 IPRG auch die Nebenfolgen zu regeln. Art. 63 Abs. 2 IPRG macht allerdings einen Vorbehalt, nämlich hinsichtlich der "Bestimmungen dieses Gesetzes über den Namen [...], die Unterhaltspflicht der Ehegatten (Art. 49 IPRG), das eheliche Güterrecht [...], die Wirkungen des Kindesverhältnisses (Art. 82 und 83 IPRG) und den Minderjährigenschutz (Art. 85 IPRG) [...]. Anzumerken ist, dass das tunesische IPRG eine teilweise vergleichbare Regel kennt (Art. 51 Abs. 3 IPRG/TN): "Toutefois, l'obligation alimentaire entre époux est régie par la loi en vertu de la quelle le lien matrimonial a été dissous". Und Art. 50 IPRG/TN: "La garde est soumise, soit à la loi

- 10 - en vertu de laquelle le lien matrimonial a été dissous, soit à la loi nationale de l'enfant ou de son domicile. Le juge appliquera la loi la plus favorable à l'enfant". 3. Der Kläger verlangt die Feststellung, dass die tunesischen Behörden für die Regelung der Kinderbelange zuständig seien. Ob für eine solche Feststellung das erforderliche Rechtsschutzinteresse besteht, kann dahingestellt bleiben, weil so oder so zu prüfen ist, ob die hiesigen Gerichte für die Regelung der Kinderbelange, d.h. elterliche Sorge und Obhut, Besuchsrecht und Kinderunterhalt zuständig sind oder die tunesischen Behörden. a) Der Kläger lässt zur Zuständigkeit in der Berufung Folgendes ausführen: Er habe sich in Tunesien bis zu seiner Verhaftung um das Wohl und die Erziehung der Kinder gekümmert und sei auch finanziell für sie aufgekommen; seither würden die Eltern des Klägers deren Lebensunterhalt finanzieren. Die Kinder würden die lokale Sprache sprechen und die Schule besuchen. Eine tunesische Kinderschutzorganisation kontrolliere regelmässig das Wohlergehen der Kinder (act. 118 Rz 14). Den Kindern gehe es in Tunesien sehr gut (act. 16 f.). Sie lebten dort seit fünf Jahren und dort sei emotional und kulturell ihre Heimat; zur Schweiz und der deutschen Sprache hätten sie keinen Bezug mehr (act. 118 Rz 17). Der Kläger könne ihnen diesbezüglich nichts vermitteln, weil er völkerrechtswidrig entführt worden sei. Die Beklagte habe – obwohl ihr die Obhut zustehe – die Kinder seit mehreren Jahren nicht mehr besucht (act. 118 Rz 17 f.). Der gewöhnliche Aufenthalt der Kinder sei in Tunesien, was auch die Vorinstanz betätigt habe (act. 118 Rz 23), hingegen sei die Annahme der Vorinstanz, dass die Beklagte dem Verbleib der Kinder in Tunesien nicht zugestimmt habe, unzutreffend (act. 118 Rz 24). Es sei relevant, dass sich die Beklagte gegenüber den tunesischen Behörden bereit erklärt habe, ihren Lebensmittelpunkt nach Tunesien zu verlegen, um die Kinder zu betreuen, und sei es auch nur "vorbeugend". Für das Vorliegen einer Genehmigung komme es nämlich nicht auf die Dauer, für die diese Zustimmung erteilt worden sei, an (act. 118 Rz 25). Bei "vorbeugend" handle es sich nicht um vorsorgliche Massnahmen, sondern wohl um einen Eventualantrag. Dem Hauptantrag sei stattgegeben worden, so dass über den Eventualantrag nicht mehr entschieden werden müssen. Es sei im Urteil festgehalten

- 11 - worden, dass die Beklagte "unter Vorbehalt" bereit sei, in Tunesien mit den bei den Kindern zu residieren. Der Ausdruck "residieren" deute darauf hin, dass das Gericht davon ausgegangen sei, dass die Beklagte mit den Kindern in Tunesien bleiben werde (act. 118 Rz 26). Es sei unzulässig, wenn die Vorinstanz das Urteil "auslege", was Kenntnis von Gesetz, Rechtsprechung und auch von der tunesischen Kultur voraussetze. Der Kläger bezweifle, dass die Vorinstanz die dazu erforderlichen Kenntnisse habe, so dass diese rechtshilfweise abzuklären oder eine Fachperson für tunesisches Recht beizuziehen sei (act. 118 Rz 27). Weil die Obhut mit ausdrücklicher Reisegenehmigung zugesprochen worden sei, die Beklagte dieses jedoch nicht vollstreckt habe, habe sie zumindest implizit dem Aufenthalt zugestimmt (act. 118 Rz 29). Warum seit dem 21. Januar 2013 (Urteilsdatum) keine Vollstreckung erfolgt sei, werde nirgends erwähnt (act. 118 S. 10). Deshalb seien zur Regelung der Kinderbelange die tunesischen Behörden zuständig. Die Zuständigkeit der schweizerischen Behörden machten denn auch keinen Sinn, weil das Kindeswohl nicht über die Distanz geprüft werden könne; in Kinderbelangen gelte die *Offzialmaxime* (act. 118 Rz 31). Die tunesischen Behörden hätten für die Regelung des Sorgerechts tunesisches Recht zur Anwendung zu bringen (act. 118 Rz 32). b) Vorab ist der Blick auf den am 20. Januar 2016 ergangenen Entscheid des Bundesgerichts (BGE 142 III 56) zu richten, mit dem es im Rahmen der Abänderung eines Scheidungsurteils um die Zuteilung von Sorge und Obhut ging. Auch wenn sich dort nicht alle Fragen in gleicher Weise stellen, ergeben sich doch verschiedene Anhaltspunkte für den vorliegenden Fall. Wie hier betraf jener Fall auch den Staat Tunesien, der weder das Haager Kinderschutzübereinkommen (HKsÜ) noch das Vorgänger-Übereinkommen vom 5. Oktober 1961 über die Zuständigkeit der Behörden und das anzuwendende Recht auf dem Gebiet des Schutzes von Minderjährigen ratifiziert hat. In der gerichtlich von einem Schweizer Gericht genehmigten Scheidungskonvention des von Bundesgericht beurteilten Falles war jener Mutter die elterliche Sorge und Obhut übertragen und der Vater zur Zahlung von Unterhaltsbeiträgen verpflichtet worden. Im Rahmen des Abänderungsverfahrens hatte sich die Mutter verpflich-

- 12 - tet, die Kinder nur nach einer Anzeige mit einer vorherigen einmonatigen Frist ausserhalb den Wohnsitzkanton zu verbringen. Sie hat sich dann allerdings kurz danach mit ihrem (neuen) Partner – unter Mitnahme der Kinder – in Tunesien niedergelassen. Das führte in der Folge zur Änderung des Scheidungsurteils durch ein schweizerisches Gericht: Dem Vater wurden die elterliche Sorge und Obhut zugeteilt und ein Besuchsrecht für die Mutter festgelegt. Ausserdem wurde die Mutter wegen Kindesentführung vom Strafrichter bestraft. Dennoch blieb sie mit den Kindern in Tunesien und stellte in der Folge ein neues Abänderungsbegehren bei einem schweizerischen Gericht. Mit dem erstinstanzlichen Entscheid wurden ihr die elterliche Sorge und Obhut übertragen und dem Vater ein Besuchsrecht gewährt, was dieser bis ans Bundesgericht weiterzog. Das Bundesgericht erwog Folgendes: Tunesien habe die beiden eingangs genannten Übereinkommen nicht ratifiziert, so dass das IPRG massgeblich sei. Nach Art. 64 IPRG seien die schweizerischen Gerichte für Abänderungsklagen zuständig, vor allem, wenn sie das seinerzeitige Scheidungsurteil erlassen hätten (E. 2.1.1.). Art. 85 IPRG behalte jedoch den Minderjährigenschutz vor und sei damit eine *lex specialis* zu Art. 64 IPRG (E. 2.1.2). Gegenüber Staaten, die die beiden genannten Staatsverträge nicht ratifiziert hätten, sei Art. 85 IPRG als nationales Recht anwendbar. Da es sich um Schutzvorschriften handle (Art. 3 lit. a und b HKsÜ), werde die elterliche Sorge, die Obhut und die persönlichen Beziehungen davon erfasst. Es sei daher zu klären, ob es (noch) eine schweizerische Zuständigkeit gebe.

Gemäss Art. 5 Abs. 1 HKsÜ seien die Behörden im Staat des gewöhnlichen Aufenthalts der Kinder zum Erlass von Kinderschutzmassnahmen zuständig. Im Falle jener Kinder, die sich in Tunesien befinden, so dass es an sich keinen Gerichtsstand in der Schweiz gebe. Art. 5 Ziff. 2 HKsÜ sei im Verhältnis zu einem Nichtvertragsstaat gemäss BGE 142 III 1) nicht anwendbar. Art. 6 HKsÜ regle ausschliesslich die Situation von Flüchtlingskindern und Art. 8 und 9 HKsÜ seien nicht anwendbar, weil sie die Kooperation des anderen Staates voraussetzen würden. Keinen Gerichtsstand begründe bei einer Abänderungsklage Art. 10 HKsÜ, weil die Zuständigkeit entfalle, wenn die Klage definitiv geworden sei. Art. 11 und 12 HKsÜ seien, wegen fehlender Dringlichkeit, nicht anwendbar - 13 - (E. 2.1.3). Art. 85 Abs. 3 IPRG hingegen sehe eine Zuständigkeit vor, "wenn es für den Schutz einer Person oder von deren Vermögen unerlässlich ist". Diese subsidiäre Zuständigkeit sei eine Interventionsmöglichkeit des Ursprungslandes, die auch gelte, wenn sie möglicherweise im Land des gewöhnlichen Aufenthaltes nicht anerkannt werde, und zwar auch in nicht dringlichen Fällen. Schweizerische Behörden könnten bei Schutzbedürftigkeit eines Kindes, das im Ausland lebe, intervenieren, wenn die ausländischen Behörden am gewöhnlichen Aufenthaltsort untätig seien, insbesondere zugunsten von Schweizer Bürgern mit Aufenthalt in Nichtvertragsstaaten. Die schweizerischen Behörden könnten allerdings darauf verzichten, wenn der ausländische Staat des gewöhnlichen Aufenthaltes die erforderlichen Massnahmen ergriffen hätte, so dass die schweizerische Zuständigkeit überflüssig sei (E. 2.1.4). Das anwendbare Recht richte sich nach der lex fori. Obwohl Tunesien das HKsÜ nicht ratifiziert habe, sei dieses erga omnes anwendbar. Art. 64 Abs. 2 IPRG verweise bezüglich des anwendbaren Rechts auf Art. 85 IPRG, in dessen Abs. 1 auf das HKsÜ verwiesen werde. Gemäss Art. 15 Abs. 1 HKsÜ wende die zuständige Behörde ihr eigenes Recht an, so dass hinsichtlich der Obhut, der elterlichen Sorge und den persönlichen Beziehungen der Kinder schweizerisches Recht anwendbar sei. Soweit eine schweizerische Zuständigkeit gegeben sei, sei auch schweizerisches Recht anwendbar (E. 2.2). c) Zu erwähnen ist besonders Art. 10 HKsÜ, welcher lautet: "Unbeschadet der Artikel 5-9 können die Behörden eines Vertragsstaates in Ausübung ihrer Zuständigkeit die Entscheidung über einen Antrag auf Scheidung, Trennung, Aufhebung oder Nichtigerklärung der Ehe der Eltern eines Kindes, das seinen gewöhnlichen Aufenthalt in einem anderen Vertragsstaat hat, sofern das Recht ihres Staates dies zulässt, Massnahmen zum Schutz der Person, des Vermögens und des Kindes treffen, wenn: a) einer der Eltern zu Beginn des Verfahrens seinen gewöhnlichen Aufenthalt in diesem Staat und ein Elternteil (nicht notwendigerweise derselbe; vgl. FamKomm Scheidung/Jametti Greiner, N. 121 zu Anh. IPR) die elterliche Verantwortung für das Kind hat; und b) die Eltern und jede andere Person, welche die elterliche Verantwortung für das Kind hat, die Zuständigkeit dieser Behörden für das Ergreifen solcher Massnahmen anerkannt haben und diese Zuständigkeit dem Wohl des Kindes entspricht. [...]".

- 14 - Soweit es auf die Zustimmung ankommt, kann dieser Artikel wegen des Widerstandes des Klägers nicht herangezogen werden. d) Nach Art. 5 Abs. 1 HKsÜ sind für Kinderbelange grundsätzlich die Gerichte bzw. Behörden am gewöhnlichen Aufenthaltsort der Kinder kompetent. Für den Fall des widerrechtlichen Verbringens von Kindern bleiben die Behörden des ursprünglichen Aufenthaltsortes zuständig, und zwar bis die oder der Sorgeberechtigte das Verbringen genehmigt hat. Auf die Genehmigung kommt es in denjenigen Fällen nicht an, in denen das Kind sich im verbrachten Staat

mindestens ein Jahr aufgehalten hat, der oder die Sorgeberechtigte den Aufenthaltsort des Kindes kannte/n oder hätte/n kennen müssen, kein gestellter Antrag auf Rückgabe mehr hängig ist und sich das Kind in seinem neuen Umfeld eingelebt hat (Art. 7 HKsÜ). In BGE 141 IV 205 E. 5.3.2 wird zu dieser Bestimmung ausgeführt: "Nach Art. 5 Abs. 1 HKsÜ sind zur Ergreifung von Massnahmen zum Schutz der Person oder des Vermögens des Kindes die Behörden des Vertragsstaats zuständig, in dem das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Bei widerrechtlichem Verbringen oder Zurückhalten des Kindes bleiben diese Behörden [...] nach Art. 7 Abs. 1 lit. a und b HKsÜ so lange zuständig, bis das Kind einerseits einen gewöhnlichen Aufenthalt in einem anderen Staat erlangt hat und andererseits jede sorgeberechtigte Person, Behörde oder sonstige Stelle das Verbringen oder Zurückhalten genehmigt hat oder das Kind sich in diesem anderen Staat mindestens während eines Jahres aufgehalten hat, nachdem die sorgeberechtigte Person seinen Aufenthaltsort kannte oder hätte kennen müssen, kein während dieses Zeitraums gestellter Antrag auf Rückgabe mehr anhängig ist und das Kind sich in seinem neuen Umfeld eingelebt hat (vgl. BGer 5A\_218/2014 vom 25. Juni 2014 E. 4.2; BGer 5A\_509/2012 vom 20. August 2012 E. 5.2). Zweck dieser Bestimmung ist es zu verhindern, dass sich der entführende Elternteil missbräuchlich Vorteile mit Bezug etwa auf das Obhuts- und Sorgerecht erwirken kann (Monique Jametti Greiner, in: Scheidung, Ingeborg Schwenzer [Hrsg.], 2. Aufl. 2011, Anhang IPR N. 120; dies., Der neue internationale Kinderschutz in der Schweiz, FamPra.ch 9/2008 S. 288)". e) Die Regelung von Art. 7 HKsÜ ist ganz offensichtlich auf das Haager Übereinkommen über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentfüh-

- rung (HKÜ) vom 25. Oktober 1980 abgestimmt (vgl. dazu z.B. auch Ivo Schwander, Kindes- und Erwachsenenschutz im internationalen Verhältnis, AJP 2014 S. 1351 ff., S. 1359; Jan Kropholler, Das Haager Kinderschutzübereinkommen von 1996 – Wesentliche Verbesserungen im Minderheitenschutz, in: Jürgen Bastedow/Isaak Meier/Anton K. Schnyder/Talia Einhorn/Daniel Girsberger, Private Law in the International Arena, Liber Amicorum Kurt Siehr, The Hague 2000, S. 379 ff., S. 383 f.). Im FamKomm Scheidung/Jametti Greiner, N. 110 zu Anh. IPR wird dazu erwähnt: "Das HKsÜ behält den Mechanismus des Haager Kindesentführungsübereinkommens integral vor und respektiert dessen Zuständigkeitsregime für Rückführungsverfahren". Art. 12 HKÜ lautet: (1) "Ist ein Kind im Sinn des Artikels 3 widerrechtlich verbracht oder zurückgehalten worden und ist bei Eingang des Antrags bei dem Gericht oder der Verwaltungsbehörde des Vertragsstaates, in dem sich das Kind befindet, eine Frist von weniger als einem Jahr seit dem Verbringen oder Zurückhalten verstrichen, so ordnet das zuständige Gericht oder die zuständige Verwaltungsbehörde die sofortige Rückgabe des Kindes an. (2) Ist der Antrag erst nach Ablauf der in Absatz 1 bezeichneten Jahresfrist eingegangen, so ordnet das Gericht oder die Verwaltungsbehörde die Rückgabe des Kindes ebenfalls an, sofern nicht erwiesen ist, dass das Kind sich in seiner neuen Umgebung eingelebt hat". Keine Rückgabe ist anzuordnen, wenn das Sorgerecht zur Zeit des Verbringens nicht ausgeübt wurde (Art. 13 Abs. 1 lit. a HKÜ) und wenn das Kind wegen der Rückgabe einen körperlichen oder seelischen Schaden erleiden könnte oder die sonst in eine unzumutbare Lage verbracht würde" (Art. 13 Abs. 1 lit. b HKÜ). • Was die vom HKÜ geregelten Rückführungen bei Kindsentführungen angeht, verweist Levante (a.a.O., S. 89) auf Lehre und Rechtsprechung, die die Möglichkeit der Begründung eines neuen gewöhnlichen Aufenthalts am "Entführungsort" bejahen, "weil in jedem tatsächlichen und rechtlichen Umfeld, in dem das Kind sozial integriert ist, [...] die Behörden ihr Recht schnell und

besser anwenden [können], um damit dem Minderjährigen effizient zu helfen. Eine prinzipielle Ignorierung illegal geschaffener Tatsachen würde hingegen leicht zum Nachteil des Kindes ausschlagen. Es würde u.U. schutzlos in einer Umgebung belassen, obwohl sich sämtliche sozialen Bin-

- 16 - dungen am neuen Aufenthaltsort verfestigt haben" (Levante, a.a.O., S. 89). Einen massgeblichen Einfluss dürfte bei diesen Überlegungen die angesprochene Abstimmung zwischen dem HKsÜ und dem HKÜ haben: "Das MSA (nunmehr HKsÜ) bezweckt nicht den Schutz der Elternrechte. Zur Durchsetzung des Sorgerechts stehen andere staatsvertragliche Instrumente zur Verfügung (HKÜ, ESÜ). Es ist deshalb geboten, auch in Entführungs-fällen unvoreingenommen den Ort tatsächlicher sozialer Integration als gewöhnlichen Aufenthalt zu erfassen. Es ist nicht sachgerecht, einen "Vorrang" des gewöhnlichen Aufenthaltes nach dem Willen des sorgeberechtigten El-ternteils anzunehmen oder qualifizierte Indizien zur Begründung des ge-wöhnlichen Aufenthalts des entführten Kindes vorauszusetzen. In der Bot-schaft IPRG wird richtigerweise davon ausgegangen, dass sich der gewöhn-liche Aufenthalt eines Kindes in seinem Interesse dort befindet, wo die engs-ten, d.h. stabilsten familiären Beziehungen zwischen ihm und seiner Umwelt bestehen. [...] Diesfalls ist der Wille des sorgeberechtigten Elternteils inso-weit von Bedeutung, als es letzterer in der Hand hat, z.B. durch den unver-züglichen Einsatz der durch das HKÜ und das ESÜ zur Verfügung gestellten Behelfe zu verhindern, dass ein entsprechender Aufenthalt tatsächlich an-dauert [...]" (Levante, a.a.O., S. 90 f.). Daraus ergibt sich, dass die – verzögerte – Anerkennung des (neuen) ge-wöhnlichen Aufenthalts massgeblich davon abhängt, dass das HKÜ an-wendbar ist, womit dem sorgeberechtigten Elternteil ein Instrumentarium zur Verfügung steht, mit dem verhindert werden kann, dass aus einem unrecht-mässigen Aufenthalt ein gewöhnlicher Aufenthalt wird. • Bernard Dutoit (Droit international privé suisse, 5. Auflage 2015, N. 14 ff. zu Art. 85) weist ebenfalls auf den Zusammenhang von HKÜ und HKsÜ hin. Im Falle einer Kindsentführung gehe es zunächst darum, dass der Entführer hinsichtlich Zuständigkeit nicht profitieren könne (a.a.O., N. 15 zu Art. 85). Der Aufenthalt nach erfolgter Entführung könne jedoch auch andauern und den Behörden am neuen Aufenthaltsort könnte nicht für immer die Zustän-digkeit entzogen werden. Der Schutz des entführten Kindes könne mit einem

- 17 - Aufschub der Zuständigkeit bewerkstelligt werden. Entgegen Art. 5 Abs. 2 HKsÜ (der die perpetuation fori verhindern wolle) bleibe die Zuständigkeit des Herkunftslandes zunächst bestehen (a.a.O., N. 15 zu Art. 85) und die Behörden am neuen Aufenthaltsort würden nur unter eingeschränkten Vor-aussetzungen zuständig: Zustimmung des Inhabers des Sorgerechts (Art. 7 Abs. 1 lit. a HKsÜ; vgl. auch Art. 13 Abs. 1 lit a HKÜ) oder mindestens ein-jähriger Aufenthalt nach dessen Kenntnisnahme durch die sorgeberechtigte Person oder Institution, kein während dieser Zeit gestelltes Rückführungs- gesuch noch pendent und Eingewöhnung des Kindes in die neue Umgebung (Art. 7 lit. b HKsÜ), was kumulativ erfüllt sein müsse. Bis zum Ende eines pendenten Rückführungsverfahrens dürfe die Zuständigkeit nicht ändern. Die Frage, was sei, wenn die Rückführung des Kindes verweigert werde, sogar noch vor Ablauf der Jahresfrist, beantwortet Dutoit wie folgt (a.a.O., N. 16 zu Art. 85): Sei die Rückführung verweigert worden, so gehe die Zu-ständigkeit auf den neuen Aufenthaltsstaat über, wenn die Jahresfrist abge- laufen und wenn sich das Kind eingelebt habe. Diese Zuständigkeitsregel verhindere aber nicht, dass die Behörden im neuen Aufenthaltsstaat dringli-che Schutzmassnahmen anordnen könnten. • Nach CR LDIP-Bucher, N. 29 ff. zu Art. 85 verhindert eine Entführung nicht, dass das Kind

einen gewöhnlichen Aufenthalt im neuen Aufenthaltsstaat haben kann (a.a.O., N. 29).  
Werde ein Rückführungsbegehren gestellt, so behalte das Kind seinen bisherigen Aufenthalt. Art. 16 HKÜ verbiete den Behörden am neuen Aufenthaltsort, Sorgerechtsentscheidungen zu fällen (a.a.O., N. 30 zu Art. 85). Die Tatsache, dass der verletzte Elternteil ernsthafte Anstrengungen zur Rückführung unternehmen würde, sei normalerweise ein ausreichender Grund, um den Wechsel des gewöhnlichen Aufenthaltes zu verhindern. Das sei umso mehr der Fall, wenn beide Eltern in der Schweiz leben würden und der eine das Kind entführt habe, um es bei seinen Eltern im Ausland zu platzieren (a.a.O., N. 31 zu Art. 85). Auch Bucher (a.a.O., N. 33 zu Art. 85) weist auf das Verbot von Art. 16 HKÜ hin, am Ort, wohin das Kind verbracht worden sei, einen Sorgerechtsentscheid fällen zu dürfen. Die Zuständigkeit am ursprüngliche Aufenthaltsstaat bleibe beste-

- 18 - hen, bis vernünftigerweise nicht mehr mit der Rückkehr des Kindes gerechnet werden könne. Nach Ablauf der Frist von Art. 7 Abs. 1 lit. b HKsÜ – wenn kein Rückführungsbegehren mehr pendent sei und wenn sich das Kind eingelebt habe – ende die Zuständigkeit des ursprünglichen Aufenthaltsortes. Wenn ein Rückführungsbegehren nach Ablauf des Jahres nach wie vor pendent sei, so bleibe die ursprüngliche Zuständigkeit erhalten. Werde die Rückkehr trotz rechtzeitig gestelltem Begehren vor Ablauf des Jahres verweigert, so bleibe – trotz fehlender Perspektive für eine Rückkehr – die ursprüngliche Zuständigkeit erhalten. Vorbehalten bleibe die Zuständigkeit des Entführungsstaates für die notwendigen dringlichen Massnahmen gemäss Art. 11 HKsÜ. • Erwähnenswert ist an dieser Stelle ein Entscheid aus dem Kanton Schwyz (Gerichts- und Verwaltungsbehörden des Kantons Schwyz aus dem Jahr 1994 (vgl. EGV-SZ Nr. 46 S. 135 ff.). Ein Kind, dessen beiden Eltern die Obhut entzogen und das fremdplatziert worden war, wurde von seinem Vater in sein Heimatland zu seinen Eltern verbracht, was zu einer Verletzung des Sorgerechts der schweizerischen Vormundschaftsbehörden führte. Mit einer Entführung werde unter anderem das Recht verletzt, den Aufenthalt des Kindes zu bestimmen (Art. 5 lit. a HKÜ). Ein gewöhnlicher Aufenthalt im Staat des Verbringens sei deshalb nur mit Zurückhaltung anzunehmen; zunächst bleibe es noch beim gewöhnlichen Aufenthalt in der Schweiz. Als zusätzliches Argument zu Gunsten einer schweizerischen Zuständigkeit wurde erwähnt, dass auch der entführende Vater als Inhaber der elterlichen Gewalt seinen Wohnsitz in der Schweiz habe. f) Es ist bereits erwähnt worden, dass Tunesien dem HKsÜ, dessen Völgängerabkommen, dem MSA, sowie dem HKÜ nicht beigetreten ist (vgl. BGE 142 III 56 E. 2.1.1), so dass sich im vorliegenden Zusammenhang die Frage stellt, wie das HKsÜ (das als schweizerisches Recht) anwendbar ist, wenn das tunesische Recht den Mechanismus von Art. 7 HKsÜ bzw. dem HKÜ nicht kennt. aa) Nach Art. 7 HKsÜ – basierend auf dem HKÜ – darf der Entführungsstaat mit Ausnahme dringlicher Fälle keinen Sorgerechtsentscheid (Art. 7 Abs. 3 HKsÜ)

- 19 - fällen. Einstweilen kann für die Kinder kein gewöhnlicher Aufenthalt entstehen (Art. 7 Abs. 1 lit. a und b HKsÜ). Die Kardinalsfrage ist im vorliegenden Zusammenhang jedoch, wie es sich verhält, wenn ein solches besonderes Rückführungsbegehren gemäss HKÜ mangels Ratifizierung des Übereinkommens überhaupt gar nicht gestellt werden kann und wenn Sorgerechtsentscheidungen im Entführungsstaat ohne weiteres gefällt werden. Führt das dazu, dass die behördliche Zuständigkeit am ursprünglichen gewöhnlichen Aufenthalt sofort entfällt oder führt das dazu, dass massgeblich ist, ob das Kind sich in seinem neuen Umfeld eingelebt hat oder gelten noch andere Kriterien? bb)

Klar erscheint, dass die Behörden am Ort, wohin das Kind nach den Kriterien des HKÜ rechtswidrig verbracht wurde, gegebenenfalls die erforderlichen dringlichen Massnahmen treffen können, wie das auch im Anwendungsbereich des HKÜ und gemäss Art. 11 HKsÜ der Fall wäre. Hingegen spricht Einiges dafür, dass es – wenn Art. 7 HKsÜ und das HKÜ nicht anwendbar sind – bei der Zuständigkeit des Herkunftsstaates bleibt. Das ist besonders naheliegend für den Fall, in welchem die Nebenfolgen eines eherechtlichen Verfahrens der Eltern der entführten Kinder zu regeln sind, wenn beide Eltern in der Schweiz Wohnsitz bzw. gewöhnlichen Aufenthalt haben. Ist Art. 85 IPRG und das HKsÜ im vorliegenden Fall als schweizerisches Recht anwendbar, kann eine Lücke gemäss Art. 1 Abs. 2 ZGB geschlossen werden. Dass das HKsÜ einen Entscheid im Rahmen der elterlichen Scheidung nicht grundsätzlich ausschliesst, sondern sie im Gegenteil explizit als Möglichkeit vorsieht, ergibt sich aus Art. 10 und aus Art. 8 Abs. 2 lit. c HKsÜ und legt eine solche Lückenfüllung nahe. cc) Was den Aufenthalt der beiden Kinder in Tunesien anbelangt, beruft sich der Kläger auf die Zustimmung der Beklagten, weil sie gegenüber den tunesischen Gerichten erklärt habe, dass sie vorübergehend in Tunesien sei, um mit ihren Söhnen daselbst leben zu können; nur deshalb habe sie in der Folge die Obhut über die Kinder in Tunesien erhalten (act. 121 S. 5 E. b und c). Die Zustimmung zum Verbleib im Entführungsstaat bzw. dessen Genehmigung führt nach Art. 7 Abs. 1 lit. a HKsÜ (gleich wie gemäss Art. 13 Abs. 1 lit. a HKÜ) dazu, dass der Verbleib nicht (mehr) widerrechtlich ist, was auch bei der

- 20 - Zuständigkeitsfrage zu berücksichtigen ist bzw. wäre. Anzumerken ist allerdings, dass sich die Ausführungen des Klägers – soweit er die Zusprechung der Obhut anspricht – nicht auf den aktuellen Verfahrensstand beziehen. Im Rahmen des Berufungsverfahrens konnte sich die Kammer via das EDA, Abteilung konsularischer Schutz (act. 127-129A) das Urteil des tunesischen Kassationsgerichts vom 22. Juli 2013 besorgen (act. 129/B), mit dem das Urteil des Bezirksgerichts von El Kef, das der Beklagten die Ausreise aus Tunesien mit den Kindern ermöglichte, aufgehoben wurde (a.a.O., S. 7). Die Aktenstücke 127-129/A-B wurde den Parteien mit Beschluss vom 31. August 2015 (act. 131) zugestellt. Der Kläger hat dazu im Rahmen seiner Eingabe zur Stellungnahme der Kindsvertreterin angeführt, dass nicht klar sei, "was es aus rechtlicher Sicht mit der Kassation und Rückweisung dieses Entscheides auf sich hat. In der Schweiz führt eine Rückweisung dazu, dass das Gericht den Fall wieder aufnimmt. Wie dies in Tunesien – und insbesondere im vorliegenden Fall – aussieht respektive unter welchen Umständen der Fall «ad acta» gelegt wird, ist nicht bekannt und wurde auch nicht abgeklärt. Es wurde lediglich eine allgemeine Aussage bei der Botschaft eingeholt und keine Abklärung beim zuständigen Gericht vorgenommen (vgl. Auskunft KD vom 6. August 2015). Offenbar hat die Berufungsbeklagte aus finanziellen Aspekten auf weitere rechtliche Schritte in Tunesien verzichtet. Der Berufungskläger geht davon aus, dass die Berufungsbeklagte einem Verbleib der Kinder in Tunesien zugestimmt hat, indem sie den Behörden gegenüber angab, sie werde vorderhand mit den Kindern in Tunesien leben (vgl. Ausführungen unter N 24 ff. der Eingabe vom 24. April 2015). Diese Aussage hat sie freiwillig abgegeben und die Behörden haben ihr geglaubt. Wenn nun behauptet wird, sie sei aufgrund der Umstände zu dieser Aussage gezwungen gewesen und diese habe nicht ihren wirklichen Absichten entsprochen, so ist klar festzuhalten, dass es sich in diesem Fall um eine Falschaussage gegenüber den tunesischen Behörden handelte; die Frage des Prozessbetruges wäre ebenfalls zu klären" (act. 173 S. 6 f.). Die Beklagte wendet dagegen ein, dass sie lediglich "vorsorglich" bereit gewesen wäre, in Tunesien zu leben, was

fälschlicherweise mit "vorbeugend" übersetzt worden sei (act. 121 S. 5 Erw. d). Aus der Absicht, nur vorübergehend in Tunesien zu leben, könnte kein Einverständnis zu einem dauernden oder auch

- 21 - nur längeren Verbleib der Kinder in Tunesien abgeleitet werden. Diese Ansicht wird auch in der Literatur vertreten. Nach Lucie Mazenauer (Internationale Kindesentführungen und Rückführungen – Eine Analyse im Lichte des Kindeswohls, Arbeiten aus dem juristischen Seminar der Universität Freiburg, Band 314, Zürich 2012, Rz 255) können erst die Bemühungen um eine Niederlassungsbewilligung im Verbringerstaat als Genehmigung gewertet werden. Weiter nennt Mazenauer (a.a.O. Rz 259) Besuche bei den entführten Kinder im Verbringerstaat, ohne dass eine Rückkehr verlangt werde. Das Bundesgericht hat in BGer 5P.380/2006 E. 3.4 Folgendes ausgeführt: "Was den umstrittenen Verweigerungsgrund der Zustimmung bzw. nachträglichen Genehmigung (Rechtsfrage) anbelangt, fordert die Lehre, soweit sie sich zum Problem überhaupt äussert, dass daran hohe Anforderungen zu stellen sind (statt vieler: Staudinger/Pirring, Kommentar zum BGB, 13. Aufl. 1994, Vorbemerkungen zu Art. 19 EGBGB, Rz. 682; Carla Schmid, Neuere Entwicklungen im Bereich der internationalen Kindesentführungen, AJP 2002 S. 1332; Bucher, L'enfant en droit international privé, 2003, S. 165 Rz. 465). Dass an die Zustimmung bzw. nachträgliche Genehmigung strenge Anforderungen zu stellen sind, liegt in der Natur der Sache, darf man sich doch bei rechtsgestaltenden Erklärungen nicht mit Zweideutigkeiten zufrieden geben. Deshalb muss die Zustimmung bzw. nachträgliche Genehmigung klar sein. Das Erfordernis der Klarheit der Zustimmung bzw. der Genehmigung ergibt sich aus den materiellen Bestimmungen des HEntfÜ. Ob die glaubhaft gemachten Tatsachen auch den Schluss auf eine klare ausdrückliche bzw. konkludente Zustimmung bzw. Genehmigung des Verbringens oder Zurückhaltens in der Schweiz zulassen oder nicht, ist Rechtsfrage [...]". Die Vorinstanz hat näher untersucht, wie der (aus dem Arabischen übersetzte) Berufungsantrag mit der Verwendung des Wortes "vorbeugend" zu verstehen sei. Sie ist überzeugend zum Ergebnis gelangt, dass es der Beklagten darum gegangen sei, mit den unter ihrer Obhut stehenden Kindern in die Schweiz reisen zu können, und zwar ohne Zustimmung des Klägers und dass sie nur bis zum Widerruf des erstinstanzlichen Urteils bereit gewesen wäre, sich gegebenenfalls in Tunesien aufzuhalten. Darin könne keine Erteilung einer Zustimmung gesehen werden und auf eine anderweitig erklärte "Zustimmung" berufe sich der Kläger nicht.

- 22 - Die Beklagte habe ausserdem durch drei Verfahren den Tatbeweis geliefert, dass sie versucht habe, die Kinder in die Schweiz zu verbringen; sie stehe diesbezüglich auch nach wie vor mit dem EDA in Kontakt (act. 121 S. 7 f.). Letzteres ergibt sich auch aus dem Schreiben des EDA vom 6. August 2015 (act. 128) sowie der Stellungnahme der Kindsvertreterin (act. 165 S. 5). Unabhängig von der Qualität der Übersetzung und der juristischen Terminologie ergibt sich aus dem Entscheid des Bezirksgerichts Jandoubia vom 2. Januar 2012 unzweifelhaft, dass es der Beklagten im von ihr eingeleiteten Verfahren um die Mitnahme der Kinder in die Schweiz gegangen ist (act. 29/3 S. 1). Nicht anders verhält es sich mit dem Urteil des Berufungsgerichts von El Kef (act. 45/2 S. 4), wo die Erwägungen des Gerichts wie folgt beginnen: "Ziel des Berufungsantrages ist, das erstinstanzliche Urteil zu widerrufen und die Obhut der beiden Kinder C.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ der Mutter zu zusprechen und ihr die Reise mit den beiden Kindern in die Schweiz, ohne Zustimmung des Vaters, zu genehmigen. Dazu ist zu beachten, dass die Mutter bereit ist, in Tunesien mit den beiden Kindern zu residieren". Das ist offensichtlich

widersprüchlich, kann aber an der Tatsache, dass die Beklagte einen Antrag um Rückführung der Kinder in die Schweiz gestellt hat, nichts ändern. dd) Zusammengefasst ist davon auszugehen, dass die Vorinstanz ihre Zuständigkeit zur Scheidung der Parteien und zur Regelung sämtlicher Nebenfolgen der Scheidung zu Recht bejaht hat. Die Ansicht des Klägers, dass die Kinderangelegenheiten von tunesischen Gerichten zu regeln sind, ist deshalb unzutreffend, weil Tunesien keine Rückführungsmechanismen bei Kindsentführungen zur Verfügung stellt, so dass die damit zusammenhängenden Vorschriften des (als schweizerisches Recht) anwendbaren HKsÜ auch nicht unbesehen anwendbar sind, weil das Kinderschutzsystem lückenhaft ist. Ist diese Lücke zu füllen, liegt es nahe, die vom HKsÜ – wenn auch auf bestimmte Fälle eingeschränkte Zuständigkeit am Ort der Scheidung (Art. 10 HKsÜ) – entsprechend anzuwenden. Das passt auf den vorliegenden Fall besser als der in BGE 142 III 56 für jene besondere Situation angewendete Art. 85 Abs. 3 IPRG, der sich allerdings auch hier anwenden liesse.

- 23 - 3. Anwendbares Recht a) Gemäss Art. 61 Abs. 1 IPRG unterstehen Scheidungen dem schweizerischen Recht; die in Abs. 2-4 dieser Bestimmungen geregelten besonderen Fälle sind hier nicht von Belang. Hinsichtlich des Vorsorgeausgleichs gilt – Ausnahmen vorbehalten – das Scheidungsstatut, so dass dieser damit dem gleichen Recht wie die Scheidung untersteht (FamKomm Scheidung/Jametti Greiner, N. 55 zum Anh. IPR; BGE 131 III 289 E. 2.4). Beim Unterhalt ist das Haager Unterhaltsstatutübereinkommen von 1973 (SR 0.211.213.01) zu beachten. Dieses sieht in Art. 3 vor, dass es auch im Verhältnis zu Nichtvertragsstaaten zur Anwendung kommt, so dass Art. 49 IPRG rein deklaratorische Wirkung zukommt (FamKomm Scheidung/Jametti Greiner, N. 86 zum Anh. IPR). Hinsichtlich des Ehegattenunterhalts wird das Scheidungsstatut perpetuiert, was in der Schweiz in aller Regel zur Anwendung des schweizerischen Rechts führt (FamKomm Scheidung/Jametti Greiner, N. 88 zu Anh. IPR mit den Korrektiv von Art. 11 des Unterhaltsabkommens). Für den Kinderunterhalt ist gemäss Unterhaltsstatutübereinkommen eine Kaskadenanknüpfung vorgesehen, vorab das Recht am gewöhnlichen Aufenthalt (Art. 4), dann das gemeinsame Heimatrecht (Art. 5) und allenfalls die lex fori (Art. 6), wobei in Art. 11 Abs. 1 der ordre public vorbehalten wird. Bei der Bemessung sind – unabhängig vom anzuwendenden Recht – die Bedürfnisse des Berechtigten und die wirtschaftlichen Verhältnisse des Verpflichteten zu berücksichtigen (Art. 11 Abs. 2; FamKomm Scheidung/Jametti Greiner, N. 91 ff. zum Anh. IPR). Das Bundesgericht hat in 5D\_164/2015 E. 5 S. 7 auf Art. 15 in Verbindung mit Art. 24 HUÜ hingewiesen. Der genannte Art. 15 lautet: "Jeder Vertragsstaat kann gemäss Art. 24 einen Vorbehalt anbringen, dass seine Behörden sein innerstaatliches Recht anwenden werden, wenn sowohl der Berechtigte als auch der Verpflichtete Staatsangehörige dieses Staates sind und der Verpflichtete dort seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat". Und in Art. 24 HUÜ wird erwähnt, dass spätestens bei der Ratifikation hinsichtlich der Art. 13-15 Vorbehalt/e angebracht werden können. Der von der Schweiz angebrachte Vorbehalt betrifft die Anwendbarkeit des schweizerischen Rechts auf Unterhaltspflichten, wenn die Unterhaltsberechtigten und die Unterhaltspflichtigen Schweizer Bürger sind und die Unterhaltspflichtigen ihren gewöhnlichen Aufenthalt in der Schweiz haben.

- 24 - Für den Geltungsbereich des HKsÜ wird darauf hingewiesen, dass hinsichtlich des anwendbaren Rechts der einfache Grundsatz gilt, dass jedes Gericht sein eigenes Recht anwendet, was – Ausnahmen vorbehalten – zu einem Gleichlauf von ius und forum führt (FamKomm Scheidung/Jametti Greiner, N. 110 zum Anh. IPR). Fragen des Güterrechtes

stellen sich zufolge der diesbezüglich rechtskräftigen Erledigung im vorliegenden Fall nicht. Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass es nicht zu beanstanden ist, wenn die Vorinstanz auf alle zu beurteilenden Frage das schweizerische Recht angewendet hat. II. Entscheidungen der tunesischen Gerichte 1. Es liegen vier Entscheidungen tunesischer Gerichte bei den Akten. Ist im Ausland ein einschlägiger Entscheid ergangen, stellt sich die Frage, ob dieser hierzulande anerkannt und nötigenfalls auch vollstreckt werden kann (FamKomm Scheidung/Jametti Greiner, N. 1 zum Anh. IPR). Massgebend ist dabei zunächst, ob die tunesischen Gerichte aus schweizerischer Sicht zuständig waren oder nicht (FamKomm Scheidung/Jametti Greiner, N. 4 zum Anh. IPR). Die indirekte Zuständigkeit ist in Art. 65 IPRG geregelt, die übrigen Anerkennungsvoraussetzungen in Art. 25 ff. IPRG (FamKomm Scheidung/Jametti Greiner, N. 26 zum Anh. IPR). Im Zusammenhang mit dem bilateralen iranisch/schweizerischen Niederlassungsabkommen ist entschieden worden, dass die in jenem Recht vorgesehene grundsätzliche Zuteilung der elterlichen Sorge an den Vater dem schweizerischen materiellen ordre public widerspricht (FamKomm Scheidung/Jametti Greiner, N. 71 zu Anh. IPR; BGE 129 III 250 E. 3.4.2). Das Haager Übereinkommen vom 1. Juni 1970 über die Anerkennung von Ehescheidungen und Trennungen (SR 0.211.212.39) ist nicht anwendbar. Anerkennung und Vollstreckung von getroffenen Schutzmassnahmen ist gemäss Art. 23 Abs. 1 HKsÜ grundsätzlich Pflicht. Nach Art. 23 Abs. 2 HKsÜ sind Aner-

- 25 - kennungsversagungsgründe die fehlende Zuständigkeit (lit. a), die Verletzung des rechtlichen Gehörs in nicht dringenden Fällen (lit. b), die offensichtliche Verletzung des ordre public (lit. d) und die fehlende Konsultation bei der Unterbringung des Kindes (lit. f). a) Mit der Prozessnummer 55 hat das Bezirksgericht Gandoubah am 1. November 2010, d.h. rund zwei Monate, nachdem der Kläger die Kinder nach Tunesien entführt hat, einen summarischen Entscheid gefällt mit G.\_\_\_\_\_, wohnhaft in ... [Adresse], Tunesien, vertreten durch einen Rechtsanwalt, als Kläger, gegen B.\_\_\_\_\_, (ebenfalls) wohnhaft in ... [Adresse], Tunesien, als Beklagte (act. 29/2 S. 1). Im Sachverhalt dieses Entscheides (act. 29/2 S. 2) wird davon ausgegangen, dass der Kläger, d.h. G.\_\_\_\_\_, die Beklagte geheiratet und dass er mit ihr zwei Söhne, C.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_, habe. Die Beklagte habe die eheliche Wohnung grundlos verlassen und die beiden Söhne ohne Fürsorge zurückgelassen. Diese würden in Gandoubah zur Schule gehen und der Kläger beantrage, dass er die Obhut über die beiden Söhne erhalte. Gemäss dem Abschnitt "Prozeduren" ist der Rechtsvertreter des Klägers zur Hauptverhandlung am 2. November 2010 erschienen, während die Beklagte säumig geblieben sei. Im Urteil (act. 29/2 S. 2) wird dann erwogen, dass der Kläger mit der Klage die Obhut über die beiden Söhne bezwecke. Gemäss Art. 67 des Zivilgesetzbuches (Familienrecht) sei im Falle von Ehescheidung bzw. Ehetrennung die Obhut über die Kinder an einen Elternteil oder an eine Drittperson zuzuweisen, wobei die Interessen des Kindes ausschlaggebend sein müssten. Durch die dem Gericht eingereichte Anwesenheitsbestätigung sei bewiesen, dass die beiden Söhne in der Stadt Gandoubah zur Schule gehen würden. Ihr oberstes Interesse sei, die Schulausbildung ohne Unterbruch weiterzuführen, ganz besonders wenn man berücksichtige, dass sie in der Stadt Gandoubah "während ihrer Obhut durch den Kläger aufwachsen". Weiter wird auf Art. 66 des tunesischen ZGB verwiesen, der das Besuchsrecht regelt. Deshalb solle die Beklagte das Recht haben, die Kinder zu besuchen, jedoch ohne sie mitzunehmen, und zwar an Sonntag und offiziellen Feiertagen vom 09.00 h bis 17.00 h. Aus all diesen Gründen hat das Gericht im summarischen Verfahren erstinstanzlich angeordnet, dass die Obhut über die beiden Kinder dem Kläger zugeteilt und der Beklagten ein Besuchsrecht an Sonntagen und

offiziellen Feier-

- 26 - tagen für die beiden Kinder, ohne deren Mitnahme, eingeräumt werde (act. 29/2 S. 3).

b) Das zweite Urteil stammt vom Bezirksgericht in Jandoubia, trägt die Prozessnummer 3612 und datiert vom 2. Januar 2012 (act. 29/3). Als Parteien sind aufgeführt: B.\_\_\_\_\_, Klägerin, mit ihrer schweizerischen Adresse, vertreten durch einen tunesischen Rechtsanwalt, sowie A.\_\_\_\_\_, mit Adresse im Polizeigefängnis in Zürich, Zellennummer 631, Beklagter 1, und A1.\_\_\_\_\_, als Beklagter 2. Als Datum der "Anklage" wird der 18. August 2011 genannt. Unter dem Titel "Anklageschrift" werden die Parteistandpunkte aufgeführt: aa) Die Klägerin und der Beklagte 1 seien seit dem 26. März 2009 getrennt und hätten zwei Söhne, die anlässlich der Trennung der Parteien der Klägerin zugesprochen worden seien, was durch das beiliegende Urteil bestätigt werde. A.\_\_\_\_\_ habe die beiden Söhne nach Jandoubia, den Wohnsitz seines Vaters, dem Beklagten 2, entführt und für die Rückgabe der Kinder Fr. 170'000.- verlangt. Deshalb habe die Klägerin Anzeige wegen Entführung erstattet, was am 5. Mai 2011 zur Verhaftung des Beklagten geführt habe. Mit Schreiben vom 24. Juni 2011 habe sich die Klägerin an den Generaldelegierten für Kinderschutz beim Ministerium für Frauenangelegenheiten gewendet. Aus der Antwort habe sich überraschend ergeben, dass dem Vater (der Kinder) im summarischen Verfahren Nr. 55 die Obhut über diese zugesprochen worden sei, dass die Obhut jedoch tatsächlich vom Grossvater ausgeübt werde. Nach Angaben des Beklagten 1 sei die Klägerin über das Verfahren mit einem an das Elternhaus des Beklagten 1 zugestellten Schreiben informiert worden. Die Klägerin habe darauf hingewiesen, dass der Beklagte 1 genau gewusst habe, dass sie nicht an der angegebenen Adresse wohne, so dass das Schreiben sie niemals habe erreichen können, womit ihr die Chance eines Rekurses absichtlich genommen worden sei. Die Klägerin habe im Kinderinteresse darauf bestanden, dass ihr die Obhut zugesprochen und ihr die Mitnahme der Kinder in die Schweiz ohne väterliche Erlaubnis erteilt werde (act. 29/3 S. 1). bb) Die beiden Beklagten hätten sich im Verfahren vor dem Bezirksgericht in Jandoubia dem Antrag der Klägerin widersetzt, weil es ein Urteil mit der Num-

- 27 - mer 55 gebe, in dem die Obhut dem Vater zugesprochen worden sei, das die Klägerin hätte anfechten müssen. Ausserdem sei die Mutter der Kinder Ausländerin und die Kinder würden bei der Mitnahme durch die Mutter nicht in einem arabisch-muslimischen Umfeld aufwachsen können. Der Vater müsse nach Verbüsung seiner Gefängnisstrafe mit der Ausschaffung aus der Schweiz rechnen und könnte dann seine Vaterschaft (in der Schweiz) nicht ausüben. Das Interesse der Kinder sei, bei ihrem Vater zu bleiben und vor allem die Schule in Jandoubia besuchen zu können; jegliche Veränderungen ihrer Lebensumstände wäre für ihre schulische Entwicklung negativ. cc) Der Vertreter der Klägerin hätte darauf hingewiesen, dass ihr das Urteil Nr. 55 absichtlich nicht zugestellt worden sei. Es sei nicht rechtskräftig, so dass es anfechtbar und nichtig sei. Der Vater der Kinder sei zurzeit im Gefängnis. Die Mutter habe die primäre Berechtigung für die Obhut. Kinder sollten in der Obhut ihrer Eltern leben, was in Internationalen Übereinkommen betreffend Kinderrechte festgehalten sei. Im Fall einer Trennung stehe die Obhut primär einem der beiden Elternteile zu (act. 29/3 S. 3). dd) Die Vertretung der Beklagten hätte auf die Pflicht der Klägerin hingewiesen, das im Dringlichkeitsverfahren gefällte Urteil anzufechten. Die Kinder seien gemäss dem Ministerium für Frauenangelegenheiten in guter Obhut (act. 29/3 S. 4). Nach der Entlassung aus dem Gefängnis könne der Beklagte 1 seinen Obhutspflichten selber nachkommen. Das Gericht hat aufgrund der vorstehend wiedergegebenen Parteivorbringen aa) - dd) wie folgt entschieden: Es gehe der Klägerin

darum, die Obhut über die beiden Kinder zu bekommen, damit sie diese in die Schweiz mitnehmen könne. Gemäss Art. 67 blieben die Kinder in der Obhut des Vaters, solange er am Leben sei. Der Beklagte 1 sei im Besitz eines Urteils, das ihm die Obhut über die beiden Söhne zuspreche, was nicht angefochten worden sei. Die Kinder mit in die Schweiz zu geben, verstosse gegen die Bestimmungen von Art. 154. Werde das Besuchsrecht des Vaters verletzt, sei dies ein Grund, die Kinder der Obhut der Mutter zu entziehen. Es bestehe ein Spannungsfeld zwischen Obhut und Erziehungsberechtigung und das Gericht habe deshalb im Interesse der Kinder für die

- 28 - Erziehungsberechtigung entschieden, da diese umfassender sei als die Obhut. Die Klägerin habe darauf bestanden, dass der Beklagte 1 als Erziehungsberechtigter ins Gefängnis komme, wodurch die beiden Kinder ohne Obhut seien. Der Beklagte 1 sei allerdings nur für eine bestimmte Zeit im Gefängnis und könne nach seiner Freilassung seinen Vaterpflichten normal nachkommen. Die mütterliche Obhut würde durch die Mutter des Beklagten 1 wahrgenommen. Die Klage werde daher abgewiesen. c) Ein weiteres Urteil stammt vom Berufungsgericht in El Kef vom 21. Januar 2013 (act. 45/2). Dieses richtet sich gegen das vorgenannte Urteil des Bezirksgerichts in Jandoubia mit Nr. 3612 vom 2. Januar 2012: Mit der Berufung werde bezweckt, die Obhut über die beiden Kinder der Mutter zuzusprechen, um ihr die Reise in die Schweiz – ohne Zustimmung des Vaters – zu ermöglichen. Die Mutter sei bereit, mit den beiden Kindern in Tunesien zu residieren. Das Gericht stelle fest, dass die Ehe zwischen den Parteien noch bestehe und dass der Vater wegen der Entführung der Kinder in der Schweiz im Gefängnis sei (act. 45/2 S. 4). Nach Art. 57 stehe die Obhut beiden Eltern zu, solange die Ehe noch bestehe. Könne der Vater den Pflichten gegenüber den Kindern nicht nachkommen, habe die Mutter die Obhut, so dass keine nahestehende Verwandte zur Ausübung der Obhut gesucht werden müsste. Dass die Mutter Schweizerin sei, sei kein Grund, ihr die Obhut zu nehmen und dem Grossvater zuzusprechen. Mit Blick auf das Alter der Kinder sei die Mutter die geeignete Person, um die Obhut auszuüben, vor allem wenn die Kinder dem Vater wegen seines Gefängnisaufenthaltes entzogen seien. Das (tunesische) Gericht könne ein ausländisches Urteil nicht widerrufen, auch wenn eine Partei ausländischer Abstammung sei, solange dieses dem tunesischen Recht nicht widerspreche. Daher werde die Obhut der Mutter mit Erlaubnis für die Rückreise in die Schweiz erteilt (Art. 67) und das fehlerhafte erstinstanzliche Verfahren durch dieses neue Urteil aufgehoben. d) Schliesslich erliess das Kassationsgericht das Urteil mit der Prozess-Nr. 4532.2013 vom 22. Juli 2013 (act. 129/B S. 1) mit G. \_\_\_\_\_ (Grossvater) und A. \_\_\_\_\_ als Rechtsmittelkläger und B. \_\_\_\_\_ als Rechtsmittelbeklagte gegen das vorinstanzliche Urteil Nr. 7357 des Berufungsgerichts von El Kef (act. 45/2).

- 29 - Der Kläger hatte ausgeführt, dass nach dem Urteil des Berufungsgerichts von El Kef kein weiteres tunesisches Urteil ergangen sei (act. 118 Rz 13: Erstattung der Berufungsantwort am 24. April 2015). Das trifft nicht zu. Das Urteil des tunesischen Kassationsgerichts vom 22. Juli 2013 wurde der Kammer auf Anfrage hin durch das EDA zugänglich gemacht (act. 127- 129 A/B), und es wurde den Parteien mit Beschluss vom 31. August 2015 zur Stellungnahme zugestellt (act. 131 S. 25 Dispositiv-Ziff. 6). In seiner Stellungnahme zu den Ausführungen der Kindesvertreterin nimmt der Kläger darauf Bezug: Es sei nicht klar, was es aus rechtlicher Sicht mit der Kassation und Rückweisung des Entscheides ans Berufungsgericht von El Kef auf sich habe (act. 173 Rz 17). In der Schweiz nehme ein unterinstanzliches Gericht den Fall nach einer Rückweisung wieder auf; was in

dieser Situation in Tunesien gelte, sei nicht konkret beim Gericht, sondern nur allgemein bei der Botschaft geklärt worden. Offenbar habe die Beklagte aus finanziellen Gründen auf weitere rechtliche Schritte in Tunesien verzichtet, was einem Verzicht gleichkomme (act. 173 Rz 18, 20). Angesichts der Tatsache, dass ihr das Gericht von El Kef die Obhut zugesprochen habe und der Kassationsgerichtsentscheid vor allem darauf basiere, dass die Einholung eines behördlichen Berichts unterlassen wurde, sowie angesichts der Tatsache, dass schweizerische Entscheidungen in Tunesien nur schwer durchsetzbar seien, sei dies nicht nachvollziehbar (act. 173 Rz 20). Die Beklagte habe freiwillig gegenüber den tunesischen Behörden ausgesagt, dass sie vorderhand mit den Kindern in Tunesien leben werde, was nicht ihrer wirklichen Absicht entsprochen habe (act. 173 Rz 18). Um den Sinn der Anträge der Beklagten zu klären, seien sämtliche Dokumente neu zu übersetzen und gleichzeitig von einer Fachperson des tunesischen Rechts interpretieren zu lassen (act. 173 Rz 19). Aus dem Entscheid des Kassationsgerichts ergibt sich, dass dieses erwogen hat, das Berufungsgericht habe die Bestimmungen betreffend den Schutz von Minderjährigen und die Verhältnisse des Vaters sowie der Grosseltern nicht richtig geklärt (1er objet de cassation: détournement des faits et faible justification; act. 129/B S. 3). Unter "2ème objet de cassation, 1. Violation de l'art. 251 du code de procédure civile et commerciale" wurde festgehalten, dass das Berufungsgericht das ministère public nicht zur Teilnahme am Verfahren eingeladen

- 30 - habe, obwohl es hier um den Schutz von Minderjährigen gehe. Unter "2. Violation de l'ordre public" wird erwähnt, dass die Übertragung der Obhut an eine ausländische Mutter die öffentliche Ordnung verletze, was bereits in (zwei) Entscheidungen des Kassationsgerichts entschieden worden sei. Die 2004 und 2006 geborenen Kinder hätten sich in ihrer Umgebung eingelebt, wo sie lebten und in die Schule gingen und die Entfernung aus dieser Umgebung und die Verbringung in eine andere, ihnen fremde Umgebung könnte ihnen schaden. Ausschlaggebend seien gemäss Art. 58 Code du statut personnel; die Kinder seien tunesischer Nationalität und islamischen Glaubens, würden in Tunesien leben und seien daselbst eingewöhnt, so dass ihre Verbringung ins Ausland eine Verletzung der öffentlichen Ordnung wäre. Das Berufungsgericht (von El Kef) habe Art. 59 Code du statut personnel verletzt, weil die Mutter die effektive Obhut nicht habe und die Obhut von einem tunesischen Richter in einem summarischen Entscheid zugesprochen wurde, was nicht angefochten worden sei. Die Kinder würden seit langer Zeit mit ihren väterlichen Grosseltern in Tunesien leben, welche die effektive Obhut ausüben würden. Die Mutter könne daher die Obhut nicht haben, weil sie anderer Konfession sei als der Vater, der Grossvater und die Kinder und diese älter als fünf Jahre alt seien, so dass die Voraussetzungen von Art. 59 Code du statut personnel ("Le titulaire du droit de garde d'une confession autre que celle du père de l'enfant ne pourra exercer ce droit qu'autant que l'enfant n'aura pas cinq ans révolus et qu'il n'aura aucun sujet de craindre qu'il ne soit élevé dans une autre région que celle de son père") nicht erfüllt seien. Ausserdem werde Art. 61 Code du statut personnel dadurch verletzt, dass der Vater und der Grossvater daran gehindert würden, die Kinder zu sehen. Der Vater werde aus der Schweiz ausgewiesen und die Ausweisung würde ihm die Möglichkeit nehmen, die Kinder an jedem Wochenende zu sehen, ganz abgesehen von der grossen Distanz und den hohen Reisekosten sowie den Problemen mit dem Konsulat, vor dem für ein Visum angestanden werden müsste. Ein Visum sei nicht garantiert und es würde vom guten Willen des Konsulates abhängen, was verfassungsmässige Rechte verletze. Als "3ème objet de cassation" wird behandelt, dass das Berufungsgericht fälschlicherweise nicht den Fortbestand der Ehe berücksichtigt und die

Trennung wie eine Ehescheidung behandelt habe. Das von einem schweizerischen

- 31 - Gericht ausgesprochenes Urteil hätte die elementarsten Rechte des Vaters verletzt. Genannt wird z.B. das Reiseverbot mit den Kindern nach Tunesien sowie die fehlende mütterliche Zustimmung zur Beschneidung. Erwähnt wird die Glaubensgemeinschaft der Mutter, die bekannt sei für ihren Hass gegen den Islam und die Muslime. Das Berufungsgericht habe die Kindesinteressen ausser Acht gelassen. Die Grosseltern hätten dargelegt, dass eine Versetzung der sehr gut integrierten Kinder intellektuelle, psychische und soziale Schäden verursachen könnten. Der Sozialdienst habe präzisiert, dass es für die Kinder keineswegs schädlich sei, bei den Grosseltern zu bleiben, wo sie ein gutes Leben hätten. Nach der Wiedergabe des Standpunktes der Mutter (act. 129/B S. 5 f.), insbesondere dass es sich nicht um einen Fall für den Einbezug des Ministeriums im Sinne von Art. 251 Code de procédure civile et commerciale handle, dass die Kinder Schweizer Staatsbürger seien und dass ihr Aufenthalt in Tunesien das Resultat einer Entführung sei, wofür ihr Vater mit einer Freiheitsstrafe von sieben Jahren bestraft worden sei und dass die Obhut den Eltern zustehe, solange sie, wie die Eltern der Kinder, noch miteinander verheiratet seien. Der Entscheid, der bezüglich Grossvater in einem summarischen Verfahren ergangen sei, sei nicht definitiv und abänderbar. Der eine Rechtsmittelkläger, G. \_\_\_\_\_, habe keine elterliche Gewalt und sei daher im Verfahren nicht berechtigt. Das Kassationsgericht hat schliesslich das Urteil des Berufungsgerichts aufgehoben und an dieses zurückgewiesen, vor allem unter Berufung auf Art. 251 Code de procédure civile et commerciale (Interessenwahrung durch das ministère public). Ausserdem führt das Kassationsgericht an: Als das Berufungsgericht der Mutter die Obhut gegeben habe, habe es sich auf einen Entscheid der schweizerischen Gerichte gestützt, die das Getrenntleben bewilligt hätten und sie hätte es als Beweismittel verwendet. Bei der Obhutzuteilung stehe das Interesse des Kindes an erster Stelle. Das Berufungsgericht habe die von den beiden Parteien vorgetragene Elemente, insbesondere das Getrenntleben der Eltern, das summarische (tunesische) Urteil, welches die Obhut dem Vater zugesprochen habe, sowie den Bericht des Kinderschutzbeauftragten nicht ausreichend gewürdigt, um die erforderlichen rechtlichen Schlüsse ziehen zu können.

- 32 - 2. a) Das erstgenannte Urteil mit der Prozess-Nr. 55 des Bezirksgericht Gandoubah vom 1. November 2010 (in jenem Zeitpunkt war A. \_\_\_\_\_ schon verhaftet [Verhaftsdatum in Marokko: 19. Oktober 2010; act. 58/3 E. 1.2]) ist bereits auf den ersten Blick mit eklatanten Mängeln behaftet. Als Kläger des erstinstanzlichen tunesischen Verfahrens ist offensichtlich der Vater des Klägers (der Grossvater der Kinder) aufgetreten, wie der Vergleich der Namen in act. 29/3 zeigt. Für die Beklagte ist eine tunesische Adresse vermerkt, das Gericht geht davon aus, dass sie mit dem Kläger jenes Verfahrens (angeführt wurden nämlich die Personen des Grossvaters der Kinder) – verheiratet war und es ist davon auszugehen, dass sie an der Wohnadresse des Grossvaters zur Verhandlung vorgeladen wurde. Auch der Sachverhalt ist tatsachenwidrig, geht das tunesische Gericht doch davon aus, dass die Kinder in der Stadt Gandoubah aufgewachsen sind und dass sie ein schützenswertes Interesse hätten, die Schulausbildung ohne Unterbruch weiterzuführen. In Tat und Wahrheit waren die Kinder erst im August 2010 und damit nur rund zwei Monate zuvor nach Tunesien verbracht worden, so dass von einem Aufwachsen in der Stadt Gandoubah in jenem Zeitpunkt keine Rede gewesen sein kann. Ein solches Urteil, das auf den Namen des Grossvaters lautet und das ihn als den Vater der Kinder darstellt, wäre in der Schweiz zweifellos nicht anerkennungsfähig, auch nicht als Grundlage

für die Zuweisung der Obhut an den Kläger. Anzumerken ist, dass der Kläger – so führt er jedenfalls in der Berufungsschrift aus (act. 118 Rz 42) – selber nicht davon ausgeht, dass er Inhaber der Obhut sei. Nicht anerkennungsfähig wäre es auch, weil die tunesischen Gerichte aus schweizerischer Sicht nicht zuständig waren, unmittelbar nach der Entführung, am 1. November 2010, einen Sorgerechtsentscheid im Sinne einer (Neu)-Ordnung des Obhuts- und Sorgerechts (FamKomm Scheidung/Jametti Greiner, N. 120 zu Anh. IPR) zu erlassen, was Art. 7 Abs. 3 HKsÜ und Art. 16 HKÜ – und damit auch den anerkannten internationalen Standard – verletzt. Zudem wurde der beklagten Mutter das rechtliche Gehör verweigert, indem ihr das Verfahren an der Wohn- adresse des Grossvaters in Tunesien angezeigt wurde, obwohl sie sich nachweis- lich in der Schweiz befand und so von der Verhandlung nichts erfuhr. Schliesslich ist zu erwähnen, dass es sich um ein summarisches Verfahren gehandelt hat und

- 33 - demnach bei der definitiven Regelung der Elternrechte im Scheidungsurteil nicht präjudizierend sein könnte. Das jedenfalls ergibt sich aus den Ausführungen im Entscheid des Kassationsgerichts, der erwähnt, dass er lediglich bezogen auf das Getrenntleben und nicht auf die Scheidung erlassen wurde, um die es hier geht (act. 129/B S. 3: *continuité de la vie conjugale*). b) Auf das Urteil Nr. 55 wird in den nachfolgenden tunesischen Verfahren verschiedentlich verwiesen: Vor dem Bezirksgericht in Jandoubia stellten sich der Vater/Grossvater auf den Standpunkt, dass die Mutter dieses hätte anfechten müssen, während ihr Rechtsvertreter das Urteil für nichtig hielt, weil der Mutter vom Verfahren keine Kenntnis gegeben wurde. Auch im Urteil des Kassationsge- richts wird die unterlassene Anfechtung des Urteils Nr. 55 erwähnt (act. 129/B S. 7: *jugement urgent, attribué la garde des mineurs au père*). c) Aber auch die Urteile von Jandoubia, El Kef und vom tunesischen Kassa- tionsgericht sind nicht anerkennungsfähig. Das Kassationsgericht hat den Ent- scheid von El Kef aufgehoben und einen Rückweisungsentscheid gefällt. Warum das Bezirksgericht El Kef nach der Rückweisung keinen neuen Entscheid fällte, beantwortet das Schreiben der Konsularischen Direktion KD des EDA vom 6. Au- gust 2015 (act. 128 S. 2: keine automatische Behandlung, sondern nur auf Antrag von einer der Parteien, was gemäss Auskunft des Berufungsgerichts in El Kef vom 21. Januar 2015 nicht geschehen sei). Der Kläger beanstandet, dass seitens der Kammer diesbezüglich keine (zusätzlichen) Auskünfte bei den tunesischen Gerichten eingeholt worden seien. Was damit noch hätte geklärt werden sollen bzw. können, ist nicht ersichtlich. Keine der Parteien behauptet, dass es aufgrund des Rückweisungsentscheides weitere tunesische Urteile gegeben hat. Und auf- grund der Begründung des Entscheides des Kassationsgerichts und des Schrei- bens der KD des EDA vom 6. August 2015 liegt der Gedanke fern, dass mit der Weiterführung des Prozesses ein anderes Ergebnis hätte erzielt werden können (act. 128 S. 2). Hat es beim Rückweisungsentscheid sein Bewenden, so hat dieser keinen anerkennungsfähigen Inhalt und der Entscheid des Bezirksgerichts El Kef entzieht sich – weil er aufgehoben wurde – ebenfalls der Anerkennung. Bleibt letztlich

- 34 - höchstens noch der Entscheid des Gerichts in Jandoubia. Darin wird in der An- ordnung der Mitnahme der Kinder zurück in die Schweiz ein Verstoss gegen die Bestimmungen von Art. 154 Code du statut personnel gesehen, weil der Vater der Kinder, der Kläger, dadurch seines Besuchsrechts verlustig gehen würde. Anzu- merken ist, dass im Zeitpunkt der Einleitung dieses Verfahrens (18. August 2011) erst knapp ein Jahr seit der Entführung der beiden damals 7- und 5-jährigen Kin- der vergangen war, dass der Vater der Kinder bereits an die Schweiz ausgeliefert war und mit einer langen Gefängnisstrafe

rechnen musste. Deshalb muss voraussehbar gewesen sein, dass das Besuchsrecht, das das Gericht in Jandoubia zu schützen vorgab, bei einem Verbleib der Kinder in Tunesien auf Jahre hinaus ohnehin nicht ausübbar sein würde, weil das Verweilen des Vaters/Klägers in Tunesien damals wie heute eine blosser Fiktion war bzw. ist. Das faktische Fernhalten der beiden damals noch kleinen Kinder von der Mutter, ohne dass es in Tunesien irgend eine Form der direkten Kontaktmöglichkeit zum Vater gab, tangiert den Vorrang des Kindeswohls und verletzt ihn empfindlich, was Art. 11 Abs. 1 BV (vgl. auch Art. 9 Abs. 1 KKK) widerspricht und ordre-public-widrig ist (vgl. dazu BGE 129 III 250 E. 3.4). Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass die Entscheide, die in Tunesien ergingen, nicht anerkennungsfähig wären, so dass darauf auch keine Rücksicht genommen werden muss.

III. Nebenfolgen der Scheidung 1. a) Nachehelicher Unterhalt an den Kläger persönlich (Art. 125 ZGB) Die Vorinstanz hat dazu Folgendes aufgeführt: "Nach Art. 49 IPRG gilt für die Unterhaltspflicht zwischen Ehegatten das Haager Übereinkommen vom 2. Oktober 1973 über das auf die Unterhaltspflichten anzuwendende Recht. Art. 4 HUÜ sieht vor, dass für die in Artikel 1 genannten Unterhaltspflichten das am gewöhnlichen Aufenthalt des Unterhaltsberechtigten geltende innerstaatliche Recht massgebend ist". Die Vorinstanz hat das Begehren des Klägers um nachehelichen Unterhalt abgewiesen. Er besteht im Verfahren vor der Kammer auf seinem Anliegen

- 35 - gen. In der Berufung führt er aus, dass er sich nach seiner Entlassung nach Tunesien begeben und sich um die Kinder kümmern werde. Weil er während mehreren Jahren nicht erwerbstätig gewesen und die Arbeitsmarktlage in seiner Heimat äusserst schlecht sei, werde er keine Arbeitstätigkeit ausüben können, was ihn unterhaltsberechtigter mache (act. 118 S. 16 f.). Die Beklagte bestreitet den Anspruch des Klägers (act. 125 S. 8 f.). b) Nach Art. 125 Abs. 1 ZGB ist einem Ehegatten, dem es nicht zugemutet werden kann, für den eigenen gebührenden Unterhalt (unter Einschluss einer angemessenen Altersvorsorge) selber aufzukommen, vom anderen Ehegatten ein angemessener Beitrag zu leisten. In Abs. 2 sind die zu berücksichtigenden Faktoren einzeln exemplarisch (insbesondere) aufgezählt. Nach Art. 125 Abs. 3 ZGB kann ein solcher Beitrag ausnahmsweise – bei Unbilligkeit – versagt oder gekürzt werden, wenn Unterhaltspflichten grob verletzt werden, die Bedürftigkeit mutwillig herbeigeführt wurde oder gegen die verpflichtete oder ihr nahe verbundene Personen eine Straftat begangen wurde. Der Kläger stellt seinen Bedarf für die Zeit nach seiner Entlassung und Rückkehr nach Tunesien von behaupteten Fr. 1'462.40 dem Existenzminimum der Beklagten gegenüber und ermittelt bei ihr einen Überschuss von Fr. 1'826.– pro Monat. Sofern die Beklagte je Fr. 400.– Unterhalt für die Söhne bezahlen müsste, so würde sich der nacheheliche Unterhalt des Klägers auf Fr. 1'062.– reduzieren (act. 118 S. 17 f.). Auf die Straftaten des Klägers gegenüber der Beklagten und den Kindern ist bereits die Vorinstanz einlässlich und zutreffend eingegangen (act. 121 S. 19 f. E. d). Was dort gesagt wurde, gilt hier in gleicher Weise. Selbst wenn der Kläger aufgrund von Art. 125 Abs. 1 und 2 ZGB einen Anspruch haben sollte, so würde Abs. 3 demselben entgegenstehen. Die vorinstanzliche Verweigerung des nachehelichen Unterhalts ist in keiner Weise zu beanstanden.

2. Teilung der Austrittsleistung gemäss Art. 122 ZGB a) Die Vorinstanz hat den Erwerb eines nennenswerten Vorsorgeguthabens bei der Beklagten zwischen der Heirat am tt.mm.2004 und August 2010 (Zeitpunkt der Kindsentführung) verneint (act. 121 S. 20 E. f). Was die zeitlichen Verhältnisse anbelangt, wäre – wenn es darauf ankäme – nicht auf den Zeitraum bis zur

- 36 - Kindsentführung, sondern auf jenen bis zur Ehescheidung abzustellen (Art. 22 Abs. 2 FZG). Die Vorinstanz hat lediglich das klägerische Freizügigkeitsguthaben geteilt. Der Kläger weist in der Berufung darauf hin, dass ausser aus wirtschaftlichen Gründen eine Teilung lediglich bei offenbarem Rechtsmissbrauch gemäss Art. 2 Abs. 2 ZGB verweigert werden dürfe; für weitere Verweigerungsgründe bestehe nach BGer 5C.224/2006 E. 4.7 kein Raum (act. 118 Rz 72). Weiter verweist der Kläger auf BGer 5C.286/2006: Danach stelle sehr aggressives Verhalten keine schwere Straftat im Sinne von Art. 125 Abs. 3 Ziff. 3 ZGB dar. Was nicht zur Verweigerung einer Unterhaltszahlung ausreichen würde, könne auch nicht zur Verweigerung der Vorsorgeteilung führen. Für offenbaren Rechtsmissbrauch unter Privaten sei charakteristisch, dass eine Partei die andere zu einem bestimmten Verhalten verleite, um daraus treuwidrig Vorteile zu ziehen. Ehwidriges Verhalten erfülle regelmässig den Tatbestand des offenbaren Rechtsmissbrauchs nicht. Im Übrigen sei Art. 125 Abs. 3 Ziff. 1 ZGB, wonach eine grobe Verletzung der Unterhaltspflicht die Verweigerung von Unterhaltsleistungen rechtfertigen könne, hinsichtlich der Vorsorgeteilung nicht übernommen worden, wie sich aus BGer 5C.224/2006 E. 5.2 ergebe, und das Bundesgericht habe in der Entscheid 5C.286/2006 die Frage der analogen Anwendung von Art. 125 Abs. 3 Ziff. 3 ZGB offen gelassen. b) Fest steht, dass das Gesetz bei der Vorsorgeteilung keine vergleichbaren Verweigerungsgründe wie beim nahehelichen Unterhalt statuiert. Zwar sieht Art. 123 Abs. 2 ZGB die Möglichkeit einer Verweigerung der Vorsorgeteilung vor, nennt hingegen lediglich güterrechtliche und wirtschaftliche und damit finanzielle Gründe. Fraglich ist damit, ob die Regelung von Art. 122 f. ZGB abschliessend verstanden werden muss oder ob sie lückenhaft ist, was gemäss Art. 1 Abs. 2 ZGB zur Lückenfüllung berechtigen bzw. verpflichten würde. Dann läge es nahe, Art. 125 Abs. 3 Ziff. 3 ZGB, der als Verweigerungsgründe schwere Straftaten gegen die verpflichtete oder nahestehende Person/en nennt, analog heranzuziehen. In BGer 5C.286/2006 wird darauf hingewiesen, dass in der Lehre auch die Verweigerung der Teilung bei schweren Verbrechen i.S.v. Art. 125 Abs. 3 Ziff. 3 ZGB

- 37 - diskutiert werde. Der Ehemann war in der zitierten Entscheid u.a. wegen Nötigung, Hausfriedensbruch, Gewalt und Drohung gegen Beamte und wegen Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes zu 16 Monaten Gefängnis verurteilt worden, wobei er sich gegenüber der Ehefrau "nur" der Nötigung schuldig gemacht, die anderen Delikte hingegen anderweitig begangen hatte. Das Bundesgericht schützte in dieser Konstellation die Ansicht der Vorinstanz, dass damit nicht Taten der nötigen Schwere begangen worden seien. Sehr aggressives Verhalten sowie Aggressionen und Jähzorn mit Todesdrohungen (BGer 5C.232/2004 E. 2.3 und 2.4) würden nicht ausreichen. In der Literatur wird im Zusammenhang mit der Verweigerung der Teilung der Austrittsleistung das Rechtsmissbrauchsverbot genannt (BSK ZGB I-Walser [5. Auflage 2014] mit Hinweisen auf BGE 136 III 449 E. 4.5; 135 III 155 E. 6.1 und 133 III 404 E. 4.7; Pra 2010 Nr. 6 S. 35 f. E. 2.2). In BGE 133 III 497 E. 4.6 wird zu dieser Frage ausgeführt: "In systematischer Hinsicht fällt zunächst auf, dass die berufliche Vorsorge durch das Einkommen der Ehegatten geüfnet wird und damit an die Erwerbstätigkeit anknüpft, gleich wie der naheheliche Unterhalt (Art. 125 Abs. 2 Ziff. 5 ZGB) und das Güterrecht (Art. 197 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB). Obwohl an sich eine unterhalts- oder güterrechtliche Lösung denkbar gewesen wäre, hat der Gesetzgeber den Vorsorgeausgleich als selbstständigen Anspruch ausgestaltet (vgl. Botschaft, a.a.O., S. 21 und 99 f.). Im Gegensatz zur Regelung des Vorsorgeausgleichs und des nahehelichen Unterhalts hat der Gesetzgeber es abgelehnt, im Güterrecht eine Härteklausele vorzusehen, wonach das Gericht aus Billigkeitsgründen eine

andere als die gesetzliche hälftige Beteiligung am Vorschlag hätte festlegen können. Einer als stossend oder offensichtlich unbillig erscheinenden Geltendmachung des Anspruchs auf den Vorschlagsanteil kann nur über das Rechtsmissbrauchsverbot gemäss Art. 2 Abs. 2 ZGB begegnet werden (vgl. Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 11. Juli 1979, BBl 1979 II 1191, S. 1321; Steck, FamKommentar Scheidung, Bern 2005, N. 1 zu Art. 215 ZGB, mit Hinweisen). Die Gesetzessystematik stimmt überein mit den Schlüssen aus der Entstehungsgeschichte, der vorherrschenden Lehre und der darauf gestützten kantonalen Praxis (E. 4.3-4.5 oben). Die gesetzlichen Härtekláuseln und das Verbot des offenbaren Rechtsmissbrauchs ste-

- 38 - hen im Zusammenhang (vgl. BGE 127 III 65 E. 2a S. 66 f.). Aus systematischer Sicht ist zu beachten, dass der Gesetzgeber für die einzelnen scheidungsrechtlichen Ansprüche je unterschiedliche Regelungen getroffen hat. Im Güterrecht findet sich keine Härtekláusel, beim nahehelichen Unterhalt werden drei Unbilligkeitsgründe beispielhaft aufgezählt, und für den Vorsorgeausgleich ist nur ein Fall zulässiger Billigkeitsentscheidung vorgesehen. Je konkreter der Gesetzgeber insoweit umschrieben hat, was er nicht mehr billigen will, desto enger wird der gerichtliche Entscheidungsspielraum beim Heranziehen von Art. 2 Abs. 2 ZGB. Die gesetzlichen Härtekláuseln konkretisieren und beschränken die Rechtsmissbrauchstatbestände, die das Gericht im konkreten Einzelfall zusätzlich berücksichtigen darf. An diese gesetzgeberischen Vorgaben und Schranken hat sich die gerichtliche Anwendung von Art. 2 Abs. 2 ZGB zu halten. Eine reine Billigkeitsrechtsprechung ist damit ausgeschlossen (vgl. Egger, Zürcher Kommentar, 1930, N. 27, und Merz, Berner Kommentar, 1962/1966, N. 104, je zu Art. 2 ZGB). Und in E. 4.7 fährt das Bundesgericht fort: "Das Auslegungsergebnis lässt sich dahin zusammenfassen, dass das Gericht die Teilung der Austrittsleistungen nicht nur dann ganz oder teilweise verweigern kann, wenn sie aufgrund der güterrechtlichen Auseinandersetzung oder der wirtschaftlichen Verhältnisse nach der Scheidung offensichtlich unbillig wäre (Art. 123 Abs. 2 ZGB). Eine Verweigerung fällt auch dort in Betracht, wo die Teilung im konkreten Einzelfall und bei Vorliegen eines dem gesetzlichen vergleichbaren oder ähnlichen Tatbestandes gegen das Verbot des offenbaren Rechtsmissbrauchs verstiesse (Art. 2 Abs. 2 ZGB). Für weitere Verweigerungsgründe bleibt hingegen kein Raum". Schliesst Art. 123 Abs. 2 ZGB die selbstständige Anwendung von Art. 2 Abs. 2 ZGB somit nicht grundsätzlich aus, so muss geprüft werden, ob "die Teilung der Austrittsleistungen auf Grund der Verhaltensweisen [...] während der Ehe verweigert werden darf" (BGE 131 III 497 E. 5.2). c) Die Vorinstanz hat die Teilung der Austrittsleistungen wegen schwerer Verbrechen verweigert, die Beklagte ersucht um Bestätigung dieser Entscheidung (act. 125 Rz 10 f.). Dabei kommt es nicht entscheidend darauf an, ob Art. 125 Abs. 3 Ziff. 3 ZGB ("gegen die verpflichtete Person oder eine dieser nahe ver-

- 39 - bundene Person eine schwere Straftat begangen hat") unter dem Gesichtspunkt der Lückenfüllung oder gestützt auf Art. 2 Abs. 2 ZGB (vgl. Thomas Sutter/Dieter Freiburghaus/ Kommentar zum Scheidungsrecht, Zürich 1999, N. 16 zu Art. 123 ZGB) herangezogen wird. Der Kläger wendet sich gegen die Verweigerung der Teilung der Austrittsleistung (act. 118 Rz 71 ff.). Nicht jede grobe Verletzung des Gerechtigkeitsgedankens bedeute offenbaren Rechtsmissbrauch. Unter Privaten sei dafür charakteristisch, dass die eine Partei die andere zu einem Verhalten verleite, um daraus dann treuwidrig einen Vorteil zu ziehen, was vorliegend etwa bei einer Scheinehe oder

einer nicht gelebten Ehe der Fall sein könnte (act. 118 Rz 74). Er weist darauf hin, dass ehewidriges Verhalten den Tatbestand des offensichtlichen Rechtsmissbrauches nicht erfüllt (act. 118 Rz 74). Das Bundesgericht habe darauf hingewiesen, dass Art. 125 Abs. 3 Ziff. 1 ZGB im Zusammenhang mit der Vorsorgeteilung nicht übernommen worden sei. Dem könne hinzugefügt werden, dass dies auch bezüglich Art. 125 Abs. 3 Ziff. 3 ZGB nicht der Fall sei. Das Bundesgericht habe über die Anwendbarkeit dieser Bestimmung (noch) nicht entschieden, sondern habe die Frage offen gelassen (act. 118 Rz 76). Ausserdem würden für die heutige Situation beide Parteien einen Teil der Verantwortung tragen (act. 118 Rz 76). d) Gemäss BGE 133 III 497 E. 5.2 spielt die Verhaltensweise während der Ehe eine Rolle. Das, was dem Kläger als schwere Straftat gegen die Beklagte und die gemeinsamen Kinder vorzuwerfen ist, ist die Entführung der Kinder nach Tunesien. Wie es sich damit aus seiner Sicht verhält, hat der Kläger an anderer Stelle in der Berufungsschrift (act. 118 S. 11) konkretisiert. Die Tragik des Falles liege in dem, was die Vorinstanz eine "andere Kultur" nenne. Die Kinder seien seit Geburt Teil der "anderen Kultur", die auch "ihre Kultur" sei. Dem Kläger sei verboten worden, seinen eigenen Kindern diese Kultur zu vermitteln und es sei ihm angedroht worden, dass er die Kinder nicht mehr sehen könne. Vielleicht wäre diese Tragödie zu vermeiden gewesen, wenn die "christliche" und die behördliche Seite toleranter gewesen und den Kindern beide Seiten ihrer Herkunft belassen worden wären.

- 40 - Die Taten, die der Kläger begangen hat, werden als mehrfache qualifizierte Freiheitsberaubung und Entführung, mehrfaches Entziehen von Minderjährigen und versuchte Erpressung qualifiziert und für ihre Begehung wird je eine Freiheitsstrafe von bis zu fünf bzw. drei Jahren angedroht (Art. 156, Art. 183, Art. 220 StGB; vgl. BGE 6B\_694/2013, act. 58/3). Opfer waren seine eigenen, damals noch sehr kleinen Kinder, die von einem Tag auf den anderen aus ihrer gewohnten Umgebung, in der die schwer betroffene Mutter, die Beklagte, ihre Hauptzugsperson war, herausgerissen wurden (vgl. auch act. 165 S. 9). Trotz den Begehungen des Klägers, den Kindern gehe es bestens, ist – auch ohne Einholung eines kinderpsychiatrischen Gutachtens – schwer vorstellbar, dass er sie dadurch nicht erheblich geschädigt hat. Unabhängig davon hat der Kläger der Beklagten durch den dauerhaften Verlust der Kinder schwerstes Leid zugefügt. Der Kläger macht geltend, er sei für die heutige Situation nur teilweise verantwortlich. Angesprochen ist in diesem Zusammenhang vor allem der Eheschutzentscheid (act. 45/2), in dem der Beklagten die elterliche Obhut und dem Kläger ein grosszügiges Besuchsrecht zugesprochen worden war, allerdings mit der Einschränkung, dass er die Kinder – damals fünf und drei Jahre alt – nicht zu Moscheebesuchen mitnehmen dürfe, dass er das Ferienbesuchsrecht nicht in seiner Heimat Tunesien ausüben könne und dass der Beklagten die religiösen Entscheidungen zustehen sollten. Anzumerken ist in diesem Zusammenhang, dass die Parteien im Eheschutzverfahren eine umfassende Einigung schlossen, zu der der Kläger nicht hätte Hand bieten müssen und dass die erwähnten Einschränkungen, wären sie vom Eheschutzrichter autoritativ angeordnet worden, bei oberen Instanzen hätten angefochten werden können. Die Kinder befinden sich auch heute noch in Tunesien, um dort elternlos aufzuwachsen. Der Kläger, der am 19. Oktober 2010 verhaftet wurde, hat trotz der Tatsache, dass die Kinder auch zu ihm keinen direkten persönlichen Kontakt haben, keine Hand dazu geboten, dass die Kinder in die Schweiz zurückkehren können. Die Behauptung, dass sich seine Eltern der Rückgabe widersetzen würden, ist nicht überprüfbar; es ist allerdings angesichts der Tatsache, dass die tunesischen Gerichte offenbar der Meinung waren, ihm stehe aufgrund des Entscheides des Bezirksgerichts Gandoubah vom 1. November 2010 (Prozess-Nr. 55) die Sorge/Obhut zu, wenig plausibel. Aus all diesen

- 41 - Gründen erscheint es richtig, den vorinstanzlichen Entscheid zu bestätigen und den Kläger nicht an der Austrittsleistung der Beklagten teilhaben zu lassen. IV. Kinderbelange  
1. Im Zusammenhang mit den Kinderbelangen wurde Rechtsanwältin lic. iur. Z. \_\_\_\_\_ als Kindsvertretung bestellt, die in dieser Funktion folgende Stellungnahme abgab (act. 165 S. 6 ff.): Es sei wegen der örtlichen Distanz nicht möglich gewesen, mit den Kindern zu sprechen, sie habe sich aber aufgrund der Akten und in Gesprächen mit den Eltern ein Bild machen können, das allerdings je nach Elternteil völlig unterschiedlich sei. Eine fernmündliche Besprechung mit den Kindern habe sie erwogen, dann aber aufgegeben: Die komplett fehlende Vertrautheit mit ihrer Person und der Verlust der deutschen und das erst beginnende Erlernen der französischen Sprache hätten überwiegend dagegen gesprochen (act. 165 S. 6). a) Der Kläger behaupte, dass D. \_\_\_\_\_ seinerzeit gejubelt habe, als er erfahren habe, dass sie in Tunesien bleiben würden, weil damit der Streit (zwischen den Eltern) ein Ende habe. Die beiden Buben, inzwischen Primarschüler der 5. und 6. Klasse seien – so der Kläger – bei seinen Eltern gut aufgehoben, hätten viele Freunde und hätten schulisch und ausbildungsmässig gute Möglichkeiten. Der Kläger habe zwei- bis dreimal in der Woche telefonische Kontakte mit den Kindern und er würde Briefe und Fotos von ihnen erhalten. Die Kinder wünschten nicht, in die Schweiz zurückzukehren und hätten vor dem Land und der Beklagten Angst. Sie wüssten, dass die Beklagte Schuld an seiner Gefangenschaft habe. Die Kinder würden sich von der Mutter im Stich gelassen fühlen, die sie nicht mehr besuche; sie habe offenbar kein Interesse an ihnen (act. 165 S. 7). b) Nach Angaben der Beklagten seien die Kinder zunächst im Glauben gelassen worden, dass sie nach Tunesien nachkommen werde. Zu Beginn habe sie die Buben ab und zu besuchen können, sie sei dann allerdings mit ihnen in ein Zimmer eingeschlossen worden. Als sie die Kinder gestützt auf das Urteil des Berufungsgerichts von El Kef habe zurückholen wollen, seien die Kinder nicht anzu-

- 42 - treffen gewesen und jener Entscheid sei für 10 Tage ausser Kraft gesetzt gewesen. Weil zudem der Vorwurf eines Angriffs auf die Schwiegermutter erhoben worden sei, habe sie unverrichteter Dinge vor der Polizei flüchten und in die Schweiz zurückkehren müssen. Sprachprobleme und die Tatsache, dass die Grosseltern bei den Telefonaten im Hintergrund immer anwesend gewesen seien, hätten diesen Kontakt beeinflusst und er hätte sich schliesslich nicht mehr aufrecht erhalten lassen. Der während Jahren geführte Kampf um die Rückkehr der Kinder sei ein Kampf gegen Windmühlen gewesen (act. 165 S. 8). Die Bemühungen der Beklagten werden von der Konsularischen Direktion des EDA im Schreiben vom 6. August 2015 bestätigt (act 128). Der Beklagten werde seit 2013 seitens des EDA empfohlen, aus Gründen der persönlichen Sicherheit nicht mehr nach Tunesien zu reisen. Die Ausreise aus Tunesien sei minderjährigen Kindern nur gestattet, wenn der Vater oder ein anderer gesetzlicher Vertreter dies erlaube (act. 128 S. 1). c) Die Kindsvertreterin weist darauf hin, dass die Kinder völlig unvorbereitet ihre engste Bezugsperson verloren hätten, und hätten den einschneidenden Verlust der Mutter wohl ohne Unterstützung des Vaters und seiner Familie verarbeiten müssen. Es sei daher wahrscheinlich, dass dies negative Auswirkungen auf ihren psychischen Zustand gehabt habe. Nach sechs Jahren Aufenthalt in Tunesien hätten sie sich wohl in jener Welt eingelebt, die Schweiz vergessen und den Bezug zur Mutter verloren (act. 165 S. 9). Sie würden die vom Kläger und seinen Eltern gelieferten Informationen durch deren Brille wahrnehmen, was die Aussagen des Klägers bestätigen würden, insbesondere dass er ihnen gesagt habe, die Mutter sei Schuld an seiner Inhaftierung und damit an seiner Abwesenheit. Verlässliche Auskünfte könnten nach Ansicht der Kinderanwältin nur die

Befragung der inzwischen 12- resp. 10-jährigen Kinder durch eine Fachperson bringen, die in der Lage wäre, die eigene wirkliche Meinung der Buben herauszufinden. 2. a) Was die Kinderzuteilung angeht, seien namentlich die erzieherischen Fähigkeiten, die persönlichen Beziehungen, die wirtschaftlichen Verhältnisse sowie die Möglichkeit, die Kinder persönlich zu betreuen, ausschlaggebend (act. 165 S. 10 f.). Der Kläger habe das Kindeswohl mit der Entführung missach-

- 43 - tet. Er scheine sich bis jetzt keine Rechenschaft über sein Tun zu geben und zur Überzeugung gekommen zu sein, dass er zu seinem Verhalten geradezu gezwungen gewesen sei. Er habe Selbstjustiz geübt mit dem Ergebnis, dass C. \_\_\_\_\_ und D. \_\_\_\_\_ nicht von ihren Eltern aufgezogen würden und habe die Erziehung ohne Not an Drittpersonen übertragen. Ausser in religiösen Dingen werfe der Kläger der Beklagten als Mutter nichts vor (act. 165 S. 11). Für eine gemeinsame elterliche Sorge fehle unter den Parteien die notwendige Vertrauensbasis. Die Beklagte könnte die Buben persönlich betreuen. Dass sie derzeit nicht bei einem der Elternteile aufwachsen, spreche nicht gegen die Beklagte, ebenso wenig wie der Umstand, dass die Kinder inzwischen knapp sechs Jahre in Tunesien lebten. Das würde zwar einen nicht einfachen Abschied von den Grosseltern und dem tunesischen Umfeld bedeuten, was für die Kinder, die in einem Alter seien, in dem sie stetig autonomer würden, zumutbar sei. Die Kindsvertreterin empfiehlt zusammengefasst, dem vorinstanzlichen Entscheid zu folgen und die elterliche Sorge der Beklagten zu übertragen. b) Der Kläger kritisiert das Vorgehen und die Folgerungen der Kinderanwältin: Sie habe es unterlassen, sich ein umfassendes, elternunabhängiges und neutrales, grundsätzlich persönliches Bild zu machen und dieses dem Gericht zu vermitteln (act. 173 Rz 1 f.). Der subjektive Wille urteilsfähiger Kinder werde immer wichtiger, auch dass sie ihre Interessen artikulieren könnten (act. 173 Rz 2). Ein Verfahrensbeistand habe die Kommunikation mit dem Kind sicherzustellen und über die Umsetzung der Anordnungen zum Schutze des Kindes zu wachen (act. 173 Rz 3). Die Kindesvertreterin habe mit den Parteien, nicht aber mit den Kindern bzw. der tunesischen Kinderschutzbehörde gesprochen, auch nicht telefonisch (act. 173 Rz 4), was die Frage stelle, ob die Kinder überhaupt gehörig vertreten seien (act. 173 Rz 5). Basierend auf einer Vorverurteilung des Klägers werde ihm die alleinige Schuld zugewiesen und es werde ihm nicht einmal ein Beuchsrecht zugestanden. Die aktuellen und tatsächlichen Bedürfnisse der Kinder würden ignoriert und es fehle eine Äusserung dazu, wie der in Tunesien nicht durchsetzbare Entscheid mit dem Kindeswohl vereinbar sei (act. 173 Rz 7). Es nütze nichts, wenn die Kinder einer ihnen fremden Mutter in einem fremden Land

- 44 - zugeteilt würden, wenn sie weiterhin in Tunesien blieben (act. 173 Rz 7), dort aber keinen Unterhalt bekommen würden. Die Zuteilung des Sorgerechts an die Beklagte sei nutzlos und es entspreche nicht dem Kindeswohl, wenn die Kinder ein zweites Mal aus ihrem Umfeld herausgerissen und in die Schweiz zurückverpflanzt würden (act. 173 Rz 7). Die Kindsvertreterin stelle das Kindeswohl nicht in den Mittelpunkt. Das Bundesgerichts habe im Zusammenhang mit der unentgeltlichen Rechtspflege im Entscheid 5D\_164/2015 E. 5 auf die Probleme im Zusammenhang mit der Zuständigkeit, dem anwendbaren Recht, der Bedeutung der zwischenzeitlich in Tunesien ergangenen Entscheidungen und auf das Problem, dass die Beklagte faktisch keinen psychischen Zugang zu den Kindern habe sowie auf die Frage des den Kindern zustehenden Unterhalts hingewiesen (act. 173 Rz 14). Die Kindsvertreterin habe keinen Kontakt zu den Kindern aufgenommen und sei auch nicht mit einer tunesischen Behörde in Kontakt getreten,

sondern habe ausschliesslich mit den Parteien Kontakt gehabt und die Sichtweise der Beklagten übernommen. Eine mit Blick auf das Kindeswohl unabhängige und objektive Beurteilung des Sachverhaltes fehle (act. 173 Rz 22). Die Kinder könnten aber ihre Bedürfnisse durchaus formulieren, ohne dass es dazu grosser Deutsch- und Französischkenntnisse bedürfe und es wäre auch eine Kontaktnahme mit der Schweizer Botschaft oder eine Telefonkonferenz mit Beizug eines Dolmetschers oder die Befragung der Grosseltern möglich gewesen. Eine Sachverhaltsermittlung sei nicht einmal versucht worden (act. 173 Rz 23). Den Kindern gehe es gut, sie seien gute Schüler und hätten regelmässigen Kontakt zum Kläger (act. 173 Rz 24). Sie seien über die Entführung informiert worden, nachdem der Kläger seinerzeit nicht vom Treffen mit der Beklagten zurückgekommen sei und sie fürchteten sich vor der Beklagten und der Schweiz. Die Beklagte rufe nicht einmal mehr an und die Schweiz halte ihren Vater inhaftiert (act. 173 Rz 26). Der Beklagten sei der Kontakt zu den Kindern nie verwehrt worden (act. 173 Rz 27). Unbeantwortet sei die Frage, warum die Beklagte auf die rechtliche Durchsetzung des tunesischen Entscheids verzichtet habe (act. 173 Rz 28). Die Einstellung der Telefonate der Beklagten mit den Kindern sei nicht verständlich, auch wenn es Schwierigkeiten gegeben haben möge. Die Kinder fühlten sich deshalb denn auch von ihr im Stich gelassen (act. 173 Rz 29). Richtigerweise gehe es um die Kindesinteressen

- 45 - und das Kindeswohl. Trotz der Kritik an den vom Kläger eingereichten Berichten habe sich die Kindsvertreterin nicht um aktuelle Berichte bemüht (act. 173 Rz 30 f.). Trotzdem wolle sie die Situation der Kinder beurteilen können und blendet die Angaben des Klägers aus. Sie behaupte ohne Grundlagen, dass die Kinder seinerzeit nicht getröstet worden seien und behaupte negative Auswirkungen auf die Psyche der Kinder, was nicht zutreffe. Trotz Verlust der Mutter und der räumlichen Trennung vom Vater würden sie in einer liebevollen Umgebung aufwachsen (act. 173 Rz 32). Dass die Kinder den Bezug zur Schweiz verloren hätten, sei auch auf den fehlenden Kontakt zur Beklagten zurückzuführen (act. 173 Rz 33). Loyalitätskonflikte seien leider Alltag; trotzdem bestehe ein Äusserungsrecht der Kinder, welches hier missachtet worden sei (act. 173 Rz 35). Ob der Loyalitätskonflikt der Kinder tatsächlich andauere, sei ausserdem fraglich, weil sie keinen Anlass hätten, mit der ihnen fremd gewordenen Mutter loyal zu sein (act. 173 Rz 37). Die Kinder stünden nicht in Mitten von Schwierigkeiten, sondern ihr Leben spiele sich ausserhalb des elterlichen Konflikts ab (act. 173 S. 38). Es brauche keine Fachperson, sondern es genüge, wenn die Grosseltern und die zuständige Behörde zur Lage der Kinder befragt würden. Zur Ermittlung des Kinderwillens bräuchte es eine Fachperson, worauf aber angesichts des fehlenden Bezuges zur Beklagten und zur Schweiz verzichtet werden könne, weil anzunehmen sei, dass die Kinder in ihrer gewohnten Umgebung bleiben möchten (act. 173 Rz 39). Die Disqualifikation des Klägers entbehre jeglicher Neutralität und Objektivität. Er habe die Kinder nie für längere Zeit von der Mutter trennen wollen; die Trennung sei durch die von der Beklagten veranlasste Verhaftung verursacht worden, wodurch die Kinder ohne Eltern bei den Grosseltern zurückgeblieben seien (act. 173 Rz 42). Die tunesische Kultur werte die Betreuung durch die Grosseltern anders und der Kläger habe sie nicht irgendwelchen Dritten überlassen, sondern seinen fürsorglichen Eltern (act. 173 Rz 44). Es treffe nicht zu, dass der Kläger die Rückkehr in die Schweiz verhindere. Allerdings würden die Grosseltern ihre Enkelkinder niemals in die Schweiz gehen lassen, was ihrer Kultur entspreche und auch berücksichtige, dass die Kinder dann den Kläger nie mehr sehen und sprechen könnten. Ausserdem würden sie, die Grosseltern, dadurch den Kontakt zu den Kindern gänzlich verlieren (act. 173 Rz 44). Der Beklagten sei der Kontakt

nie

- 46 - verweigert worden (act. 173 Rz 45). Die Ausführungen zum gemeinsamen Sorgerecht seien unzutreffend und ausserdem komme das tunesische Recht zur Anwendung. Der Vorwurf, dass der Kläger nicht über Differenzen sprechen könne, treffe nicht zu. Er habe die Kinder zunehmend weniger sehen können, ihm sei der Kontakt zum Islam gemeinsam mit den Kindern untersagt worden und es könne ihm deshalb nicht jegliche Schuld an der derzeitigen Situation zugeschoben werden, auch wenn die Entführung nicht rechtens gewesen sei (act. 173 Rz 47). Die Beklagte erfüllte die Voraussetzungen für das gemeinsame Sorgerecht nicht. Sie habe die Kinder nach rein christlichen Grundsätzen erziehen wollen und habe den Kontakt der Kinder zum Vater nicht unterstützt oder gar gefördert. Würden die Kinder in die Schweiz zurückgebracht, so würden sie den Kontakt zum Vater und zu den Grosseltern verlieren, würden völlig entwurzelt werden und kämen zu einer ihnen mittlerweile fremden Person in ein fremdes Land mit einer fremden Kultur und Religion. Gerade die Ablösung brauche – anders als dies die Kindsvertreterin darstelle – ein stabiles Umfeld mit langjährigen Bezugspersonen (act. 173 Rz 48). Die Kindsvertreterin lasse das Kindeswohl unberücksichtigt. Es gebe keine Klärung der Wünsche der Kinder und der aktuellen Situation (act. 173 Rz 49). Dass die Kinder weiterhin in Tunesien leben und die Beklagte die Kinder physisch gar nicht sehen würde, müsste zur gemeinsamen Sorge der Parteien oder – sollte das nicht möglich sein – zur alleinigen Sorge des Klägers führen (act. 173 Rz 50). Ein Besuchsrecht müsse unabdingbar eingeräumt werden. Der Vater sei derjenige, zu dem sie regelmässig Kontakt hätten; dieser Kontakt wäre bei einer allfälligen Rückführung in eine völlig fremde Umgebung besonders wichtig (act. 173 Rz 51). Die Kinder hätten zudem ein praktisches und grundlegendes Interesse an Unterhalt; wie es seitens der Kindsvertretung zu einer Verneinung desselben kommen könne, sei schleierhaft (act. 173 Rz 52). Es wäre an der Kindsvertretung gewesen, die Grundlagen für den Kinderunterhalt zu beschaffen. Wie bereits in act. 118 Rz 55 erwähnt, betragen die durchschnittlichen Lebenshaltungskosten 7'600 Dinar pro Jahr, was einem Betrag von Fr. 4'420.– Kind/Jahr oder Fr. 400.– pro Kind/Monat ausmache (act. 173 Rz 53). Das Bundesgericht habe klar festgehalten, dass der Unterhalt dem Kind und nicht dem Obhutsinhaber zustehe. Eine

- 47 - andere Sichtweise würde nach BGer 5D\_164/2015 dazu führen, dass fremdplatzierte Kinder nicht unterhaltsberechtigt wären (act. 173 N. 54). c) Die Beklagte hat die Bestätigung des vorinstanzlichen Entscheids verlangt und auf eine Stellungnahme zu den Vorbringen der Kindsvertretung verzichtet (act. 172). 3. Der Vorinstanz hat die beiden Kinder C.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ unter die alleinige elterliche Sorge der Beklagten gestellt (act. 121 S. 22 Dispositiv-Ziffer 2), was die Beklagte und die Kindesvertreterin bestätigt haben wollen. Der Kläger hingegen ersucht eventualiter (d.h. für den Fall, dass die schweizerischen Gerichte entscheiden würden) um geteilte elterliche Sorge, allenfalls um eine Zuteilung an ihn allein und verlangt die Festsetzung eines Besuchsrechts und weiter die Verpflichtung der Beklagten, ihm angemessene Beiträge an den Unterhalt und die Erziehung der Kinder zu bezahlen. a) Gemäss Art. 133 Abs. 1 ZGB sind unter anderem die elterliche Sorge und die Obhut zu regeln, wobei bei der alleinigen elterlichen Sorge die Regelung der Obhut entfällt. Soweit tunlich ist die Meinung der Kinder zu berücksichtigen (Art. 133 Abs. 2 ZGB). Die gemeinsame elterliche Sorge beider Eltern ist der Regelfall (Art. 296 Abs. 2 ZGB). Im Rahmen eines Scheidungsverfahrens kann es die alleinige elterliche Sorge geben, wenn dies zur Wahrung des Kindeswohls nötig ist (Art. 298 Abs. 1

ZGB). In BGE 141 III 472 E. 4.6 und 4.7 wird zur ausnahmsweisen Zuteilung der alleinigen elterlichen Sorge ausgeführt: "Ein schwerwiegender elterlicher Dauerkonflikt oder die anhaltende Kommunikationsunfähigkeit [können] eine Alleinzuteilung des Sorgerechts gebieten, wenn sich der Mangel negativ auf das Kindeswohl auswirkt und von einer Alleinzuteilung eine Verbesserung erwartet werden kann. Das gemeinsame elterliche Sorgerecht wird zur inhaltslosen Hülse, wenn ein Zusammenwirken nicht möglich ist [...] Erforderlich ist aber in jedem Fall eine Erheblichkeit und Chronizität des Konflikts oder der gestörten Kommunikation; punktuelle Auseinandersetzungen oder Meinungsverschiedenheiten, wie sie in allen Familien vorkommen und insbesondere mit einer Trennung oder Scheidung einhergehen können, können angesichts des mit der Gesetzesnovelle klarerweise angestrebten Paradigmenwechsels – der Minder-

- 48 - heitsantrag II auf eine freie richterliche Sorgerechtszuteilung (AB 2012 N 1635) wurde verworfen – nicht Anlass für eine Alleinzuteilung des elterlichen Sorgerechts sein. Ist sodann ein Konflikt zwar schwerwiegend, erscheint er aber singulär, ist im Sinn der Subsidiarität zu prüfen, ob nicht ein richterlicher Entscheid über einzelne Inhalte des Sorgerechts bzw. eine richterliche Alleinzuteilung spezifischer Entscheidungsbefugnisse in den betreffenden Angelegenheiten (beispielsweise über die religiöse Erziehung, in schulischen Belangen oder in Bezug auf das in Art. 298 Abs. 2 und Art. 298d Abs. 2 ZGB genannte Aufenthaltsbestimmungsrecht) ausreicht, um Abhilfe zu schaffen. Die Alleinzuteilung des elterlichen Sorgerechts muss eine eng begrenzte Ausnahme bleiben". Geographische Distanz spreche nicht per se gegen die gemeinsame Sorge, wofür beispielhaft Gastarbeiter ohne Familiennachzug und die Unterbringung in einem entfernten Internat oder bei Grosseltern erwähnt wird. "Dass die Entfernung für sich genommen kein Grund für eine Alleinzuteilung des Sorgerechts ist, wurde schliesslich im zur Publ. bestimmten Urteil 5A\_331/2015 vom 20. Januar 2016 [= BGE 142 III 56] E. 3 in Bezug auf eine mit den Kindern in Tunesien lebende Mutter ausdrücklich festgehalten. [...] Vorliegend ist die Kommunikation zwischen den Eltern komplett blockiert und erstreckt sich der chronifizierte Konflikt auf verschiedene Lebensbereiche des Kindes, in welchen gemeinsam Entscheide zu treffen wären. [...] Der entscheidende Unterschied zu den vorstehend zusammengefassten Entscheiden, bei welchen die gemeinsame elterliche Sorge erteilt oder belassen wird, besteht darin, dass sich der Konflikt vorliegend wiederholt und in verschiedenen Lebensbereichen des Kindes manifestiert hat [...] (BGer 5A\_89/2015". b) Im vorliegenden Fall bestehen verschiedene Besonderheiten. Beide Eltern befinden sich in der Schweiz, wobei der Kläger in Gefangenschaft ist, und die Kinder leben in Tunesien bei ihren Grosseltern väterlicherseits. Die Kinder sind demnach ohne Eltern in Tunesien und die Eltern ohne Kinder in der Schweiz. Zwischen dem Kläger und den Kindern bestehen offenbar telefonische und briefliche Kontakte, zur Mutter sind diese umständehalber abgebrochen. Der Vater kann auf absehbare Zeit nicht nach Tunesien, weil er inhaftiert ist. Nach einer ursprünglichen Freiheitsstrafe von 8 Jahren, ausgefällt am 19. Januar 2012 durch das Bezirksgericht Winterthur (act. 6/2), wurde die Strafe auf 6 Jahre herabge-

- 49 - setzt (act. 78/11 S. 29 [Obergericht], vgl. auch act. 58/3 [Bundesgericht, 6B\_694/2012]). Inzwischen ist der Kläger erstinstanzlich zu weiteren 4 Jahren verurteilt worden; diesbezüglich ist eine Berufung beim Obergericht Zürich hängig. Die Strafgerichte gehen von einem Dauerdelikt aus (act. 58/3 E. 2.3.1), was voraussichtlich dazu führen wird, dass der Kläger nach Ablauf der derzeit auszufällenden Strafe nochmals verurteilt werden wird und dass er erst dann nicht mehr (dauernd) straffällig wird, wenn beide Kinder

volljährig sind und über ihr Schicksal selber bestimmen können. Bereits im ersten Strafverfahren hat der Kläger vor Bundesgericht angeführt, dass "die Kinder [...] seit über zwei Jahren fester Bestandteil seiner Familie in Tunesien [seien]. Ordne er gegenüber seiner Familie an, dass sie die Kinder in die Schweiz bringen oder eine Rückführung zustimmen müsse, sei fraglich, ob dieser Anordnung Folge geleistet würde [...]". Das hat er im Berufungsverfahren wiederholt und behauptet (act. 173 Rz 44), dass seine Eltern nicht bereit wären, die Kinder in die Schweiz gehen zu lassen. Ob die Eltern die Rückführung letztlich verhindern könnten, wenn der Kläger die Rückkehr in die Schweiz auch wirklich durchsetzen wollte, ist fraglich, gehen doch die tunesischen Gerichte davon aus, dass ihm Sorge/Obhut zugesprochen worden sei (vgl. das Urteil des Kassationsgerichts [act. 129/B] S. 6 ("[...] sauf que le grand-père a voulu se l'accaparer et a essayé de retirer la garde des enfants à leur mère [...] du fait que la garde des enfants est du droit des parents et en réponse à cela, le tribunal dont le juge est l'objet de recours a fidèlement appliqué l'art. 57 contre le grand père qui a voulu s'accaparer la garde". Dass das, was sich aus den Erwägungen des Kassationsgerichts als oberstes Gericht ergibt, allgemein gilt, ist ohne weiteres anzunehmen, so dass der Kläger sich auch durchsetzen können sollte. c) Die Beklagte ist ihrerseits faktisch daran gehindert, nach Tunesien zu reisen. Aus dem Schreiben des EDA, Konsularische Direktion KD, Zentrum für Bürgerservice ZBS, vom 6. August 2015, ergibt sich, dass das EDA der Beklagten seit 2013 empfiehlt, nicht mehr nach Tunesien zu gehen, weil ihre persönliche Sicherheit nicht mehr gewährleistet erscheint (act. 128 S.1). d) Dass sich die Parteien und die Kinder wieder im gleichen Land befinden könnten, ist nur denkbar, wenn die Beklagte die elterliche Sorge erhält und dieser

- 50 - Entscheid in Tunesien anerkannt würde, was dazu führen könnte, dass die Kinder in die Schweiz reisen und hier leben würden. Im erwähnten Schreiben des EDA vom 6. August 2015 (act. 128 S. 2) wird allerdings darauf hingewiesen, dass schweizerische Sorgerechts- und Obhutsentscheidungen in Tunesien nicht vollstreckt werden könnten. Auch angesichts der Begründung des Entscheid des Kassationsgerichts vom 22. Juli 2013 (act. 129 B) bestehen ganz erhebliche Zweifel, indem dort (S. 3 unten) steht: "Violation de l'ordre public: [...] Ceci implique que la mère ne peut pas jouir de la garde des enfants parce qu'elle n'est pas de la même confession que le père, le grand-père ni même les enfants, et considérant le fait que les enfants ont dépassé l'âge de 5 ans, condition pour l'application de l'art. 59 du Code du Statut Personnel [...]". Dieser Art. 59 Abs. 1 lautet: "Le Titulaire du droit de garde d'une confession autre que celle du père ne pourra exercer ce droit qu'autant que l'enfant n'aura pas cinq ans révolus et qu'il n'y aura aucun sujet de craindre qu'il ne soit élevé dans une autre région que celle de son père"). Dass die diplomatischen Bemühungen (act. 129; act. 165 S. 5) allenfalls zum Ziel führen könnten, erscheint – nachdem sie bisher nicht ge- glückt sind – nicht wahrscheinlich. e) Die Ausübung der gemeinsamen elterlichen Sorge durch die Parteien (vgl. Art. 297 ZGB) ist angesichts der gegebenen Situation hinsichtlich der beiden Kinder nicht angebracht und für die Beklagte nicht zumutbar. Was den ganz zentralen Punkt, nämlich der Aufenthalt der Kinder anbelangt, fehlt jeglicher Konsens. Was die persönlichen Eltern-Kinder-Beziehungen anbelangt, haben die beiden Eltern die Kinder praktisch gleich lange nicht mehr gesehen, der Kläger seit Herbst 2010 und die Beklagte seit August 2010, wenn man von ihren wenigen Besuchen in Tunesien absieht. Hielte man im Sinne von BGE 142 III 197 E.3.5 einen persönlichen Kontakt zu den Kindern für unabdingbar, so kämen beide Eltern für die Zuteilung der Sorge nicht in Frage. Dennoch ist klar, dass ein Elternteil Träger der Sorge sein muss, weil sonst niemand für die Kinder handeln könnte, wenn dies – unabhängig von

ihrem Aufenthaltsort – nötig sein sollte. Dass die Kinder angeblich in Tunesien bleiben wollen und sich vor der Beklagten und vor der Schweiz fürchten sollen, dürfte nicht zuletzt auf das Verhalten der Grosseltern zurückzuführen sein. Dass der Vater für die Kinder präsenter ist, wie der Kläger behauptet,

- 51 - ist angesichts der Tatsache, dass sie mit seinen Eltern leben, die die Erinnerung an ihn wach halten und die telefonische und briefliche Kontakte zu ihm offenbar fördern, zu erwarten, allerdings ist dieser Kontakt nicht derart, dass er für die Zuteilung der elterlichen Sorge erheblich ins Gewicht fallen würde. Aus dem Vorstehenden ergibt sich, dass die beiden Kinder weitestgehend ausserhalb des Einflussbereiches beider Eltern leben, so dass die meisten Kriterien, die für die Zuteilung der elterlichen Sorge eine Rolle spielen, praktisch bedeutungslos sind. Das Bundesgericht ist in seiner Entscheid 5D\_164/2015 E. 5 S. 7 davon ausgegangen, dass die Mutter voraussichtlich auf unabsehbare Zeit faktisch keinen physischen Zugang zu den Kindern haben werde, was für die Sorgerechtsfrage von Bedeutung sein könnte und müsste. Nicht erwähnt ist, dass dies voraussichtlich für den Kläger, den Vater, gleichermassen zutrifft, indem, wie ausgeführt, nicht damit zu rechnen ist, dass er entlassen wird, bevor das jüngere der Kinder volljährig geworden ist. Dann aber spielt die elterliche Sorge auch keine Rolle mehr. Wegen der vollständigen örtlichen Trennung sind mit der elterlichen Sorge denn auch kaum konkrete Aufgaben verbunden. Der Kläger weist auf die Stabilität der Verhältnisse und die Kontinuität der Umgebung im Hause seiner Eltern in Tunesien hin. Das dürfte insofern zutreffen, als die Kinder seit ca. 6 Jahren in Tunesien leben und sich tatsächlich mit ihrer Umgebung arrangiert haben dürfen. Diese Umgebung ist aber nicht dort, wo die Eltern sind, sondern bei den Grosseltern, die auch nach tunesischem Recht hinter den Rechten der Eltern zurückstehen müssen, wie das tunesische Kassationsgericht festgehalten hat (act. 129/B S. 6). Anzumerken ist, dass die 2004 und 2006 geborenen Kinder stetig älter werden und in nicht allzu weiter Ferne weiterführende Schulen bzw. eine berufliche Ausbildung benötigen. Der Kläger weist zwar darauf hin, dass es für die Kinder in Tunesien diesbezüglich gute Möglichkeiten gebe, macht allerdings im Zusammenhang mit seinem eigenen nahehelichen Unterhaltsanspruch auf die schlechten wirtschaftlichen Verhältnisse in Tunesien aufmerksam, so dass er keinerlei Aussichten auf einen Arbeitsplatz in Tunesien habe. In der Tat ist es notorisch, dass die diesbezüglichen Chancen in der Schweiz unvergleichlich viel besser sind und dass eine schulische und berufliche

- 52 - Integration umso einfacher wäre, je schneller die Kinder in die Schweiz zurückkehren würden. f) Realistischerweise spricht alles dafür, dass die Kinder – unabhängig von der Rechtslage und dem Ausgang des vorliegenden Verfahrens – elternlos in Tunesien bleiben werden. Daher ist es durchaus nachvollziehbar, dass die Kindsvertreterin den persönlichen Kontakt zu den Kindern, der nur sehr schwer herstellbar gewesen wäre und von dem aus sprachlichen und den anderen Gründen keine zusätzlichen Erkenntnisse zu erwarten waren, nicht hergestellt hat. Umso mehr gilt das für die Kontaktnahme mit den Grosseltern, von denen der Kläger selber sagt, dass diese niemals kooperieren und die Kinder in die Schweiz zurückkehren lassen würden. Es ist evident, dass die gemeinsame elterliche Sorge in der vorliegenden Situation nicht in Frage kommt und es gibt keinen Grund, warum der inhaftierte, von den Kindern – abgesehen von Briefen und Telefonaten – ebenso lange und ebenso weit entfernte Kläger die alleinige elterliche Sorge zugeteilt werden sollte, zumal er einräumt, dass seine Eltern das Heft fest in die Hand genommen haben und sich auch durch ihn nicht beeinflussen lassen würden. Einen Grund, den

vorinstanzlichen Entscheid, mit dem die elterliche Sorge der Beklagten zugeteilt wird, nicht zu bestätigen, ist nicht ersichtlich. 4. Der Kläger beschwert sich darüber, dass ihm von der Vorinstanz kein Besuchsrecht eingeräumt worden sei. Er sei damit als Vater noch völlig diskreditiert worden. Tatsächlich trügen die Beklagte mit ihrer Haltung in religiösen Dingen und der Eheschutzrichter, der ihm seinerzeit untersagt habe, seine Kinder mit seinem Glauben, seiner Familie und der Heimat in Kontakt zu bringen, eine erhebliche Mitschuld. Hinsichtlich des Besuchsrechts hat die Vorinstanz auf die gesetzlichen Regeln (Art. 273 f. ZGB) hingewiesen und – für die Zeit nach einer allfälligen Rückkehr der Kinder in die Schweiz – die Einräumung eines (allenfalls nach einer allfälligen Entlassung auch begleiteten) Besuchsrechts als durchaus denkbar bezeichnet, jedoch in der vorliegenden Situation einstweilen auf eine Regelung verzichtet und den Kläger darauf hingewiesen, dass er – sollte er eine konkrete Möglichkeit für die Ausübung eines Besuchsrechts geben – eine Abänderung des

- 53 - Scheidungsprozesses verlangen könne. Daraus ergibt sich keine Marginalisierung und Disqualifizierung als Vater, sondern verschiebt eine den konkreten Umständen anzupassende Regelung auf einen späteren Zeitpunkt, wenn die Kinder dann gegebenenfalls doch in die Schweiz zurückgekehrt sein sollten. Dieses Vorgehen ist umso weniger zu beanstanden, als der Kläger ja selber eine Rückkehr in die Schweiz praktisch ausschliesst.

5. a) Gemäss Art. 276 Abs. 1 ZGB haben die Eltern für den Unterhalt des Kindes aufzukommen, wobei der Unterhalt durch Pflege und Erziehung, oder, wenn das Kind nicht unter der Obhut der Eltern steht, durch Geldzahlung zu leisten ist (Abs. 2). Hinsichtlich des Kinderunterhalts hat die Vorinstanz den Kläger einstweilen – wegen seiner finanziellen Verhältnisse – von der Bezahlung von Beiträgen entbunden (vgl. act. 121, Dispositiv-Ziff. 4). Weil die Vorinstanz der Beklagten die alleinige elterliche Sorge übertrug, hat sie diese nicht zur Leistung von Unterhalt verpflichtet, eine Ansicht, der sich die Kammer im Zusammenhang mit dem Entscheid betreffend unentgeltliche Rechtspflege angeschlossen hatte (Beschluss vom 31. August 2015; act. 131 S. 19). Das Bundesgericht hat in seinem Entscheid 5D\_164/2015 E. 5 S. 7 unten dazu ausgeführt: "Ausgehend von der genannten faktischen Tatsache, dass die Kinder wohl noch länger in Tunesien sein werden, drängt sich auch in Bezug auf den Kinderunterhalt der Gedanke auf, ob und in welcher Weise dieser Umstand allenfalls zu berücksichtigen wäre. Der Unterhaltsanspruch steht jedenfalls dem Kind zu, nicht dem Obhutsinhaber; die obergerichtliche Begründung hätte zur Folge, dass z.B. bei fremdplatzierten Kindern nie Unterhalt durch die Eltern geschuldet wäre". b) Dass Kinder nicht in der Obhut des einen oder anderen Elternteils sind, trifft bei der Fremdplatzierung von Kindern zu, welche vom Bundesgericht angesprochen wird (act. 152 E. 5 S. 7 unten). Nach Art. 9 Abs. 1 des Übereinkommens über die Rechte des Kindes (SR 0.107) haben die Vertragsstaaten sicher zu stellen, dass ein Kind nicht gegen den Willen seiner Eltern von diesen getrennt wird, es sei denn, dass die zuständigen Behörden in einer gerichtlich nachprüfaren Entscheidung nach den anwendbaren Rechtsvorschriften und Verfahren bestimmen, dass diese Trennung zum Wohl des Kindes notwendig ist. Eine Fremdplat-

- 54 - zierung erfolgt dementsprechend als staatlicher Akt mit Blick auf das Kindeswohl, während Kindsentführungen Delikte sind, die strafrechtlich geahndet werden. Die (einzige) Parallele zwischen Fremdplatzierung und Entführung (mit Aufenthalt bei den Grosseltern im Ausland) ist, dass die Kinder in einem "fremden" Haushalt aufwachsen, jedenfalls dann, wenn sie – wie hier – von beiden Elternteilen getrennt sind. Richtig ist, dass beide

Elternteile – wenn es ihnen möglich ist – für eine Fremdplatzierung aufkommen bzw. sich finanziell daran beteiligen müssen. Allerdings gilt gegenüber den Pflegeeltern das auftraggebende Gemeinwesen als faktischer Inhaber der Obhut, und es kann die Auslagen gemäss Art. 289 Abs. 2 ZGB von den Eltern zurückfordern (BSK ZGB I-Breitschmid [5. Auflage 2014], N. 15 zu Art. 310; Art. 289 Abs. 2 ZGB regelt die Subrogation). Dies führt jedenfalls nicht dazu, dass ein Elternteil in einem Scheidungsurteil verpflichtet würde, dem anderen seinen Kostenbeitrag an die Fremdplatzierung zu bezahlen, damit dieser dann den ihm überwiesenen Betrag an das auftraggebende Gemeinwesen weiterleitet, sondern es ist von einer direkten Begleichung, allenfalls mit solidarischer Haftung, auszugehen. Wenn der Kläger die Bezahlung des Kinderunterhalts an sich selber verlangt, widerspricht dies ausserdem Art. 276 Abs. 2 ZGB, da die Kinder nicht bei ihm leben. c) Die vorliegende Situation weicht von der üblichen ab, indem die Kosten für den Unterhalt der Kinder nicht bei den Eltern (oder bei einem Elternteil) anfallen, bei dem das Kind lebt, sondern von Dritten – den tunesischen Grosseltern – getragen werden. Dass es den Kindern in materieller Hinsicht an etwas fehle, wird vom Kläger nicht geltend gemacht und auch aus den Berichten der Kinderschutzbehörden ergibt sich solches nicht (act. 120/6: "[...], dass die finanzielle sowie soziale Situation der beiden Kinder gut ist [...]"). Erwähnenswert ist in diesem Zusammenhang, dass Art. 294 Abs. 2 ZGB vorsieht, dass die Unentgeltlichkeit von Pflegeverhältnissen anzunehmen sei, wenn Kinder von nahen Verwandten aufgenommen werden. Der Grossvater hat denn auch bestätigt, dass er für die Kinder aufkommt (act. 120/7). d) Unbestrittenermassen richtig ist, dass Unterhaltsbeiträge nicht den Inhabern von Sorge bzw. Obhut zustehen, sondern den Kinder selbst, allerdings mit

- 55 - der besonderen Zahlungsmodalität, dass sie an die Sorgerechts- oder Obhutsinhaber zu entrichten sind (Art. 289 Abs. 1 ZGB; vgl. dazu etwa Peter Diggelmann, Das Kind ist Rot zu schreiben, in: Breitschmid/Jent-Sørensen/Schmid/Sogo, Tatsachen, Verfahren, Vollstreckung, FS für Isaak Meier, Zürich 2015, S. 103 ff.). Trotz dieser rechtlichen Konstruktion des Unterhaltsanspruches profitieren Kinder von Unterhaltszahlungen praktisch nur – aber immerhin – dadurch, dass sich der Verband, in dem sie leben, mehr leisten kann als er sich ohne solche Zahlungen leisten könnte. Dass sich die Grosseltern in Sachen Unterhalt auf einen (anerkanntsfähigen) tunesischen Titel berufen könnten, ist nicht ersichtlich. Aus schweizerischer Sicht sind sie an der Entführung beteiligt, weil sie die Kinder rechtswidrig zurückhalten. e) Es ist der Beklagten als Mutter der Kinder schlicht nicht zuzumuten, den Aufenthalt bei den Grosseltern, die ihr die Kinder vorenthalten, zu finanzieren und der Kläger, der dies in der vorliegenden Konstellation verlangt (act 118 S. 15), verhält sich rechtsmissbräuchlich, wie auch die Beklagte ausführt (act. 125 S. 8), so dass auf das Quantitative nicht näher einzugehen ist. Ausserhalb des vorliegenden eherechtlichen Verfahrens ist denn auch davon auszugehen, dass die Grosseltern, würden sie in der Schweiz gegen die Beklagte die Unterhaltskosten einklagen, erfolglos blieben. Ihnen würde die Rechtswidrigkeit ihres Tuns entgegengehalten und die Tatsache, dass sie sich der Kosten durch Rückgabe der Kinder entledigen können. Von der Zusprechung von Unterhalt für die Kinder mit Bezahlung an den entführenden Kläger bzw. an die Grosseltern, die die rechtswidrige Situation durch Zurückhalten der Kinder perpetuieren, ist daher abzusehen. Wenn die Beklagte für die Kinder im Rahmen ihrer finanziellen Möglichkeit gewisse Rücklagen machen kann, mag das den Kindern dannzumal, wenn sie volljährig sind, den Start ins Erwachsenenleben erleichtern. VI. 1. In der Berufungsschrift beanstandet der Kläger die vorinstanzliche Kostenverteilung, welche den Parteien richtigerweise je zur Hälfte aufzuerlegen ge-

- 56 - wesen wären (act. 118 Rz 78). Für das obergerichtliche Verfahren beantragt er, Kosten- und Entschädigungen ausgangsgemäss zu verlegen (act. 118 Rz 79). 2. Die Beklagte weist ebenfalls darauf hin, dass die Kosten im obergerichtlichen Verfahren ausgangsgemäss zu verteilen seien und von der Kostenteilung in Kindesbelangen abzusehen sei. Trotz der Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege sei die Beklagte mit einer potentiellen Rückgriffsforderung des Staates konfrontiert, sollte es ihr dereinst besser gehen, während der Kläger – wenn er nach Verbüssung sämtlicher Strafen nicht mehr in der Schweiz weilen werde – ohnehin nicht mit Regressforderungen rechnen müsse (act 125 S. 11 f.). 3. Die Vorinstanz hat die Kosten zu drei Vierteln dem Kläger und zu einem Viertel der Beklagten auferlegt, diese jedoch zufolge der Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung an beide Parteien einstweilen auf die Staatskasse genommen (act. 121 S. 22; Dispositiv-Ziff. 9). Sie hat in diesem Zusammenhang auf Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO verwiesen: Sämtliche Anträge der Beklagten seien gutgeheissen worden, jene des Klägers hingegen nur im Scheidungspunkt. Die Parteientschädigung, zu der der Kläger verpflichtet wurde, wurde – wegen offensichtlicher Mittellosigkeit des Klägers – der Beklagten direkt aus der Gerichtskasse ausbezahlt (Art. 122 Abs. 2 ZPO). 4. a) Im vorinstanzlichen Verfahren gab es den bereits erwähnten Scheidungspunkt, in dem beide Parteien einen gleichlautenden Antrag stellten. Nicht ins Gewicht fällt das Güterrecht, bezüglich dessen die erfolgte Auseinandersetzung festgestellt wurde (act. 121 S. 22 Dispositiv-Ziff. 6). Der Kläger unterlag nicht nur in den Kindesbelangen, sondern auch hinsichtlich des nahehelichen Unterhalts und der Teilung der Freizügigkeitsguthaben. Angesichts dieses Ausganges ist die von der Vorinstanz vorgenommene Kostenverteilung angemessen und es besteht keinen Anlass, darauf zurückzukommen. Gleiches gilt auch für die erstinstanzliche Regelung der Parteientschädigung. b) Entsprechend dem Ausgang des Berufungsverfahrens wird der Kläger hierfür kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Gerichtskosten in der Höhe einer Pauschale von Fr. 3'500.– (§ 5 Abs. 1 i.V.m. § 12 Abs. 1

- 57 - und 2 GerGebV) sowie die Kosten für die Vertretung der Kinder (Art. 95 Abs. 2 lit. e ZPO), die nach Eingang der Honorarnote der Kindsvertreterin betragsmässig festgesetzt werden, sind dem Kläger aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Infolge Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung sind die Gerichtskosten (Pauschale und Kosten der Kindsvertretung) einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen bzw. ist die Kindsvertreterin aus der Gerichtskasse zu entschädigen. Der Kläger hat die Beklagte für das Berufungsverfahren zu entschädigen. Die Entschädigung wird betragsmässig nach Eingang der Honorarnote ihrer Rechtsvertreterin festgesetzt. Da der Kläger derzeit nicht in der Lage ist, die Parteientschädigung zu bezahlen, ist sie aus der Staatskasse direkt an die Rechtsvertreterin auszurichten (Art. 122 Abs. 2 ZPO), wiederum unter Hinweis auf die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO. Zuzufolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ist auch der Rechtsvertreter des Klägers aus der Staatskasse zu entschädigen. Auch diese Entschädigung ist nach Eingang seiner Honorarnote festzusetzen. Es wird erkannt:

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.