

ZH_OBERGERICHT LE200017 vom 8. Juli 2020

ZH Obergericht, 2020-07-08, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LE200017

FR: ZH_OBERGERICHT LE200017 du 8 juillet 2020

IT: ZH_OBERGERICHT LE200017 del 8 luglio 2020

Erwägungen

E. 2

Mit der Berufung können unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt über eine umfassende Überprüfungsbefugnis der Streitsache, d.h. über unbeschränkte Kognition bezüglich Tat- und Rechtsfragen, einschliesslich der Frage richtiger Ermessensausübung (Angemessenheitsprüfung; BGer 5A_184/2013 vom 26. April 2013, E. 3.1). In der schriftlichen Berufungsbeurteilung (Art. 311 ZPO) ist hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten als fehlerhaft zu betrachten ist bzw. an einem der genannten Mängel leidet (BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGer 5A_751/2014 vom 28. Mai 2015, E. 2.1). Was nicht oder nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen genügenden Weise beanstandet wird, braucht die Rechtsmittelinstanz nicht zu überprüfen. Das gilt zumindest solange, als ein Mangel nicht geradezu ins Auge springt (BGer 4A_258/2015 vom 21. Oktober 2015, E. 2.4.3; BGer 4A_290/2014 vom 1. September 2014, E. 5).

E. 3

Für alle Kinderbelange in familienrechtlichen Angelegenheiten gilt uneingeschränkt die Untersuchungs- und Offizialmaxime. Das Gericht erforscht den Sachverhalt von Amtes wegen und ist weder von Parteianträgen abhängig noch an solche gebunden (Art. 296 ZPO). Infolgedessen können die Parteien im Berufungsverfahren auch dann neue Tatsachen und Beweismittel vorbringen, wenn die Voraussetzungen nach Art. 317 Abs. 1 ZPO nicht erfüllt sind (BGE 144 III 349 E. 4.2.1).

Vorliegend geht es zudem um die Prüfung der Prozessvoraussetzung der internationalen örtlichen Zuständigkeit, welche von Amtes wegen zu klären ist (Art. 59 Abs. 2 lit. b und Art. 60 ZPO).

E. 4

Mit Verfügung vom 9. Oktober 2019 sprach die Vorinstanz der Gesuchsgegnerin einen Prozesskostenvorschuss in der Höhe von einstweilen Fr. 10'000.– (à Konto Güterrecht) für Anwaltskosten zu (Urk. 53 S. 10 ff., S. 14, Dispositivziffer 2). Wie der Gesuchsteller richtig ausführen liess (Urk. 82 S. 15, 33), ist solches rechtlich verpönt, nachdem im Eheschutzverfahren mangels gesetzlicher Grundlage keine vorsorglichen Geldzahlungen angeordnet werden (OGer ZH LE110069 vom

E. 4.1

Die Vorinstanz hat die Rechtsgrundlagen der internationalen Zuständigkeit in Kinderbelangen zutreffend dargelegt. Es kann grundsätzlich darauf verwiesen werden (Urk. 83 S. 8). Für die Zuteilung der Obhut und die Regelung des persönlichen Verkehrs sind

die Behörden des Vertragsstaates zuständig, in dem das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat (Art. 5 Abs. 1 HKsÜ). Bei einem Wechsel des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes in einen anderen Vertragsstaat sind die Behörden des Staates des neuen gewöhnlichen Aufenthalts zuständig, sofern kein widerrechtliches Verbringen oder Zurückhalten des Kindes im Sinne von Art. 7 HKsÜ vorliegt (Art. 5 Abs. 2 HKsÜ). Bei widerrechtlichem Verbringen oder Zurückhalten des Kindes (was vor Vorinstanz kein Thema war, vgl. Urk. 83 S. 10) bleiben die Behörden des Vertragsstaates, in dem das Kind unmittelbar vor dem Verbringen oder Zurückhalten seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte, so lange zuständig, bis das Kind einen gewöhnlichen Aufenthalt in einem anderen Staat erlangt hat und jede sorgeberechtigte Person, Behörde oder sonstige Stelle das Verbringen oder Zurückhalten geneh-

- 20 - migt hat; oder das Kind sich in diesem anderen Staat mindestens ein Jahr aufgehalten hat, nachdem die sorgeberechtigte Person, Behörde oder sonstige Stelle 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 (Art. 7 Abs. 1 lit. a und b HKsÜ). Unter dem gewöhnlichen Aufenthalt einer Person ist deren "tatsächlicher Mittelpunkt der Lebensführung" bzw. "der Lebensbeziehungen", der "Schwerpunkt der Bindungen", der "Daseinsmittelpunkt" zu verstehen. Dementsprechend kann eine Person in der Regel in einem bestimmten Zeitpunkt nur einen gewöhnlichen Aufenthalt im Sinne des HKsÜ haben, denn es gibt normalerweise einen einzigen Mittelpunkt der Lebensbeziehungen; hingegen kann ein Kind in besonderen Lebenssituationen sukzessive (sich ablösende) oder alternative "gewöhnliche" Aufenthaltsorte haben, nämlich im Falle regelmässigen Aufenthaltswechsels bzw. annähernd gleich langer oder kurzer Aufenthaltsdauer bei zwei getrennt lebenden Eltern bzw. gemeinsamer elterlicher Sorge. Es kommt auf die qualitativ und quantitativ überwiegende tatsächliche Anwesenheit und Verbundenheit mit einem Aufenthaltsort an, die in der Regel auch von Dritten so wahrgenommen werden. Der gewöhnliche Aufenthalt manifestiert sich in einer gewissen sozialen Eingliederung in familiärer, schulischer oder beruflicher Hinsicht. Weiter bedarf der Aufenthalt einer gewissen Dauer, um als "gewöhnlich" zu gelten. Das Bundesgericht hielt dazu fest, dass ein Aufenthalt von der Dauer von sechs Monaten in der Regel einen gewöhnlichen Aufenthalt begründe. Ein Aufenthalt könne auch ein gewöhnlicher sofort ab dessen Begründung an einem bestimmten Ort werden, wenn er auf Dauer begründet werde und den bisherigen Lebensmittelpunkt ablösen soll. Die Rolle des Willens, sich regelmässig an einem Ort aufzuhalten, ist in der Lehre umstritten; während man einen solchen von einem Kleinkind nicht fordern kann, hängt dies bei noch in Ausbildung Stehenden auch von den Lebensverhältnissen der Eltern und den Ausbildungsinstitutionen ab. Bei intakten Familienverhältnissen kommt die engste Bindung zu den Eltern bzw. zum allein sorgeberechtigten Elternteil zum Ausdruck, indem auch anderswo studierende oder beruflich tätige Minderjährige regelmässig dort einen Teil der Freizeit verbringen und sich familiär integriert fühlen. Wechseln die Eltern bzw. der sorgeberechtigte Elternteil den

- 21 - Wohnsitz und gehen die Kinder mit ihnen, ändert sich auch der gewöhnliche Aufenthalt des Kindes; bleibt der Minderjährige im bisherigen Wohnsitzstaat der Eltern bzw. des sorgeberechtigten Elternteils zurück, behält er hier seinen gewöhnlichen Aufenthalt bei (BGer 5A_665/2010 vom 2. Dezember 2010, E. 4; Schwander, in: Basler Kommentar IPRG, 3. A. 2013, N. 41 ff. zu Art. 85; Schwander, Das Haager

Kindesschutzübereinkommen von 1996 [HKsÜ], in ZVW 2009 S. 1, 11 f.). Der Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts gemäss HKsÜ ist vertragsautonom auszulegen. Für einen fiktiven oder abgeleiteten gewöhnlichen Aufenthalt besteht kein Raum (Marco Levante, Wohnsitz und gewöhnlicher Aufenthalt im internationalen Privat- und Zivilprozessrecht der Schweiz, Diss. St. Gallen 1998, S. 79, 81; vgl. zum Ganzen auch Urk. 83 S. 9 f.). Steht von Anfang an fest, dass ein Aufenthalt in einem anderen Staat nur vorübergehender Natur ist, bleibt der gewöhnliche Aufenthalt im ursprünglichen Staat grundsätzlich erhalten (vgl. OGer ZH LE190012 vom 16. Juli 2019 S. 11 f. m.H., wonach ein von vornherein befristeter Internatsaufenthalt der Tochter in England nichts an deren gewöhnlichen Aufenthalt in der Schweiz änderte). Auch ein befristeter geplanter Aufenthalt eines Kindes kann jedoch gegebenenfalls als gewöhnlicher Aufenthalt im Sinne von Art. 5 HKsÜ qualifiziert werden (OGer ZH LE130061 vom 15. April 2014 E. III/B.a2.5, wo die Mutter mit den Kindern für ein Jahr nach Spanien zog und dort einen gewöhnlichen Aufenthalt begründete; FamKomm Scheidung, Jametti/Weber, 3. A. 2017, Anh. IPR S. 747 N 154). Wesentlich ist die tatsächlich gelebte Situation.

E. 4.2

Der Gesuchsteller beanstandet ferner, die Vorinstanz habe eine Intensivabklärung über die Lebensumstände der Kinder unterlassen (Urk. 82 S. 30). Ob das Gericht im Eheschutzverfahren Beweismassnahmen anordnet, liegt in seinem pflichtgemässen Ermessen. Es kann, muss dies aber nicht. In Nachachtung des summarischen Verfahrenscharakters ist im Rahmen von Eheschutzmassnahmen in aller Regel auf zeitintensive oder weitläufige Beweismassnahmen zu verzichten, denn im Gegensatz zur Scheidung steht beim Eheschutz nicht eine definitive und dauerhafte Lösung im Vordergrund. Das Gericht hat vielmehr anhand der rasch greifbaren Beweismittel nach pflichtgemässigem Ermessen zu entscheiden (Six, a.a.O., N 1.02 S. 1 f.; BGer 5P.388/2003 vom 7. Januar 2004, E. 2.1). Solches war vorliegend mit Blick auf die umfangreichen Akten denn auch ohne weiteres möglich. Einer Intensivabklärung bedurfte es insbesondere einzig für die Klärung der Zuständigkeitsfrage - jedenfalls nicht. Der Schluss der Vorinstanz, wonach sich die Abnahme weiterer Beweismittel (insbesondere eine Intensivabklärung wie auch die Befragung zahlreicher Zeugen) als überflüssig erweise (vgl. Urk. 83 S. 21), ist daher nicht zu beanstanden. Das Nämliche gilt für die von der Vorinstanz vertretene Ansicht, wonach im Hinblick auf die Eintretensfrage betreffend die Kinderbelange die relevante Sachlage aufgrund der durchgeführten Parteibefragungen genügend klar sei (Urk. 83 S. 22 oben). Die Vorinstanz legte mithin ihre nicht zu beanstandende antizipierte Beweiswürdigung hinreichend dar (Urk. 83 S. 20 ff.).

- 12 -

E. 4.2.1

Wohnsitz bzw. gewöhnlicher Aufenthalt der Gesuchsgegnerin Seit der Erkrankung ihres Vaters im September 2017 war die Gesuchsgegnerin häufig in Italien. Ihr Vorbringen, wonach sie spätestens seit Frühling bzw. Sommer 2018 ihren gewöhnlichen Aufenthalt nach Italien verlegt habe (vgl. Urk. 26 S. 6, 15), erweist sich, mit der Vorinstanz, als schlüssig. Dafür, dass sich ihr Lebensmittelpunkt fortan in Italien befand (und befindet) sprechen namentlich ihre dortigen familiären, freund- und nachbarschaftlichen Bindungen (vgl. Urk. 27/3, /4, /5 und /6), ihre Arbeitssuchbemühung vom 28. Juni 2018 (Urk. 27/7) und der Umstand, dass sie ab September 2018 in H._____ und nicht mehr in Zürich

studierte

- 22 - (Urk. 27/9, /10; vgl. auch ihre E-Mail vom 5. Juli 2018 an die Universität von H._____, worin sie sich bei dieser nach der Fortsetzung und Anrechnung ihres in Zürich begonnenen Studiums erkundigt und erklärt, aus familiären Gründen in die Region habe zurückkehren müssen [Urk. 27/8]). Ferner besuchte die Gesuchsgegnerin in Italien auch regelmässig das Crossfit (Urk. 10 S. 8; Urk. 40 S. 9, 16, 19; Urk. 43 S. 31). Zudem ging die Tochter D._____ seit September 2018 in die Kinderkrippe in H._____ (Urk. 7/11-13), welche der Gesuchsteller bezahlte (Urk. 40 S. 15; Prot. I S. 41). Im Januar 2019 wurde der Sohn C._____ im privaten Kindergarten in H._____ eingeschult (Urk. 27/16-18). Der Gesuchsteller war mit diesem Kindergarten einverstanden (Urk. 42/4; Urk. 61 S. 31 f.). Im Februar 2019 besichtigte die Gesuchsgegnerin dann auch Wohnungen (für sich und die beiden Kinder) in Italien, was sie dem Gesuchsteller auch mitteilte, weil sie nicht mehr länger mit ihren Eltern in deren Wohnung leben wollte (Urk. 27/19). Die E-Mail vom 30. Mai 2019 (Urk. 3; Urk. 28/1 [teilweise deutsche Übersetzung]), worin die Gesuchsgegnerin dem Gesuchsteller (erstmalig) ihren Plan eröffnet haben soll, mit den Kindern nach H._____ zu ziehen und dort mit ihnen getrennt vom Gesuchsteller zu leben, wobei er aus allen Wolken gefallen sei, kann für den Gesuchsteller daher kaum überraschend gekommen sein (vgl. Urk. 1 S. 5; Urk. 83 S. 19). Vielmehr erscheint plausibel, dass es darin um die Normierung der seit längerem gelebten tatsächlichen Verhältnissen mit getrennten Wohnsitzen der Parteien in Italien und in der Schweiz und insbesondere der Lebensumstände der Gesuchsgegnerin (mit den Kindern) in Italien ging (vgl. Urk. 26 S. 4). Von einem Umzugsplan ist in der fraglichen E-Mail nirgends die Rede. Zwar ist der Vorinstanz beizupflichten, dass die zahlreichen vom Gesuchsteller eingereichten Referenzschreiben seiner Verwandten, Freunde, Bekannten, Arbeitskollegen und Nachbarn (vgl. Urk. 44/89-106) unergiebig sind und mutmasslich nicht für neutral befunden werden können (Urk. 83 S. 18). Allerdings kann diesen Schreiben immerhin entnommen werden, dass die Gesuchsgegnerin nach Italien gezogen ist, kaum noch in der Schweiz gesehen wurde und der Gesuchsteller fast jedes Wochenende nach Italien zur Familie fuhr (z.B. Urk. 44/91, /92, /93, /94, /95, /96, /97, /99, /100, /101; vgl. auch Urk. 61 S. 21 ff.).

- 23 - Bei den vom Gesuchsteller vorgebrachten Umständen (Urk. 82 S. 22; Urk. 43 S. 10 ff.; Wohnsitzbestätigung der Gesuchsgegnerin in F._____ vom 26. August 2019 [Urk. 28/2], Eintrag im Register für Ausländitaliener [Urk. 28/33], Einschreibung der Gesuchsgegnerin an der Universität Zürich bis Herbstsemester 2018 [Urk. 28/3-11], Krankenversicherung der Gesuchsgegnerin in der Schweiz [Urk. 28/12], Steuerpflicht der Gesuchsgegnerin in der Schweiz und Eigentümerschaft der Gesuchsgegnerin von drei Katzen in der Schweiz [Urk. 28/15, /16]) handelt es sich demgegenüber lediglich um widerlegbare Indizien. Die Vorinstanz hat richtig gesehen, dass der Gesuchsteller nicht zu substantiieren vermochte, wie die Gesuchsgegnerin in der Schweiz tatsächlich gelebt haben soll, namentlich wie sich ihre Lebensbeziehungen hier gestalteten. Von Aktenwidrigkeit (vgl. Urk. 82 S. 22) kann nicht die Rede sein. Der Gesuchsteller selbst liess vielmehr protokollieren, die Tochter D._____ sei in der relevanten Zeit hauptsächlich mit der Gesuchsgegnerin in Italien gewesen (Prot. I S. 26). Zudem führte er selber aus, die Gesuchsgegnerin habe im Juni 2018 geäussert, dass sie nicht mehr in die Schweiz zurückwolle, weil sie Betreuung und Bezüge und ihre Mutter brauche (Prot. I S. 26). Der Gesuchsteller legte auch dar, dass die Gesuchsgegnerin in H._____ zahlreichen Aktivitäten nachgehe (Urk. 40 S. 9 unten; Urk. 43 S. 31, 50). An der Universität in Zürich blieb die

Gesuchsgegnerin weiterhin eingeschrieben, damit C._____ die flexible Kinderkrippe der ETH nach wie vor beanspruchen konnte, wenn er beim Gesuchsteller in der Schweiz weilte. Zudem leuchtet ein, dass sich der Transfer der für die bereits in Zürich abgelegten Prüfungen erhaltenen Credits an eine andere Universität schwierig gestaltet und näherer Klärung bedarf (Urk. 61 S. 34). Auch aus den neu seitens des Gesuchstellers beigebrachten Studienbescheinigungen der Universität Zürich betreffend das Biologiestudium (Bachelor) der Gesuchsgegnerin für das Herbstsemester 2019 und das Frühlingssemester 2020 (Urk. 82 S. 22; Urk. 85/6) lässt sich kein gewöhnlicher Aufenthalt der Gesuchsgegnerin in der Schweiz ableiten. Denn diese Zeit beschlägt den nicht massgeblichen von vornherein limitierten Aufenthalt der Gesuchsgegnerin in der Schweiz während der Prozessdauer. Im Übrigen sind die Argumente für die weitere Einschreibung der Gesuchsgegnerin an der Universität Zürich unverändert. Wie die Vorinstanz richtig ausführte, braucht vorliegend nicht geprüft zu

- 24 - werden, ob die Handhabung der Meldeverhältnisse durch die Gesuchsgegnerin rechtlich zulässig ist (Urk. 83 S. 16). Aus dem Umstand, dass die Gesuchsgegnerin ihre drei Katzen (bislang) nicht nach Italien verbrachte, sondern in ihrer vertrauten Umgebung in F._____ zurückliess, lässt sich selbstredend nicht ableiten, dass sie selbst weiterhin in der Schweiz ihren gewöhnlichen Aufenthalt hat. Zusammengefasst ist somit in Übereinstimmung mit der Vorinstanz von einem gewöhnlichen Aufenthalt der Gesuchsgegnerin spätestens seit Frühjahr/Sommer 2018 in Italien auszugehen und nicht von einem solchen bloss vorübergehender Natur. Alles andere erschiene lebensfern. Dass sie am 11. September 2019 in die Schweiz zurückkehrte, nachdem der Gesuchsteller die Kinder im Anschluss an deren Ferienaufenthalt bei ihm in der Schweiz zurückbehielt und ihr den Zugang zur ehelichen Wohnung zumindest erschwerte (vgl. Urk. 31 S. 3 ff.; Urk. 32/1-16; vgl. Urk. 34; Prot. I S. 28 f.), ändert nichts, weil dies faktisch erzwungen und nur vorübergehend für die Dauer des vorinstanzlichen Prozesses vorgesehen war (vgl. Urk. 83 S. 10; Urk. 31 S. 15 f.; Urk. 33). Es kann ihr daher auch nicht zum Nachteil gereichen, dass sie vorsorglich für die Dauer des Prozesses die Zuteilung der vormals ehelichen Wohnung beantragte (Urk. 82 S. 24). Solches steht der Verlegung ihres gewöhnlichen Aufenthalts nach Italien nicht entgegen. Der von Anfang an auf diesen Sonderzweck limitierte Aufenthalt der Gesuchsgegnerin in der Schweiz ab September 2019, wobei sie auch teilweise in Italien weilte (vgl. Urk. 47 S. 2 Ziffern 4-6), vermag keinen gewöhnlichen Aufenthalt in der Schweiz zu begründen. Seit dem 12./13. März 2020 hielt sich die Gesuchsgegnerin mit den beiden Kindern wieder ausschliesslich in Italien auf (Urk. 107 S. 3 m.H.). Wegen der Pandemie konnten vorübergehend keine Besuche des Gesuchstellers in Italien und keine Besuche der Kinder in der Schweiz stattfinden (Urk. 107 S. 5 m. H. auf Urk. 101 S. 7 f.; Urk. 103/25). Anlässlich der eheschutzrichterlichen Verhandlung in Italien am 3. Juni 2020 schlossen die Parteien eine vorsorgliche Teilvereinbarung betreffend die Betreuungszeiten und den Aufenthalt der Kinder in der Schweiz und in Italien während der weiteren Dauer des Prozesses (Urk. 109). Solches ändert jedoch nichts am gewöhnlichen Aufenthalt der Gesuchsgegnerin in Italien.

- 25 -

E. 4.2.2

Gewöhnlicher Aufenthalt von D._____ Es ist unbestritten, dass sich D._____, geboren am tt.mm.2017, von November 2017 bis April 2019 zusammen mit der Gesuchsgegnerin hauptsächlich in Italien aufhielt (Prot. I S. 26, 37) und dort ihren gewöhnlichen Aufenthalt

hatte. Hauptbezugsperson von D._____ war die Gesuchsgegnerin. Ab April 2019 besuchte auch D._____ zusammen mit C._____ den Gesuchsteller in der Schweiz (Prot. I S. 27, 37a, b). Der Gesuchsteller behauptet, ab April 2019 seien die Kinder vereinbarungsgemäss zwei Wochen in Italien und zwei Wochen in der Schweiz gewesen (Prot. I S. 27).

Demgegenüber sagt die Gesuchsgegnerin, D._____ sei auch seit April 2019 hauptsächlich bei ihr in Italien gewesen. Einzig im Juni 2019 seien die Kinder zwei Wochen beim Gesuchsteller in der Schweiz und zwei Wochen bei ihr in Italien gewesen (Prot. I S. 37b). Wie es sich damit genau verhält, kann dahingestellt bleiben. Fest steht, dass die Kinder, und auch die Gesuchsgegnerin, seit September 2019 für die weitere Prozessdauer bis Mitte März 2020 überwiegend in F._____ in der (vormals) ehelichen Wohnung waren, wobei der Gesuchsteller nach wie vor Vollzeit arbeitete und die Kinder grundsätzlich jedes zweite Wochenende besuchen konnte (vgl. Urk. 47). Hauptsächlich wurde D._____ mithin nach wie vor durch die nicht erwerbstätige Gesuchsgegnerin betreut und weilte mit dieser teilweise auch in Italien. Bei der zusätzlichen Betreuung durch den Gesuchsgegner über die Betreuungsvereinbarung vom 1. Oktober 2019 (Urk. 47) hinaus handelt es sich um eine ausserordentliche, notfallmässige Mehrbetreuung im Zusammenhang mit der Erkrankung des Vaters der Gesuchsgegnerin in Italien und schliesslich dessen Ableben am 26. Februar 2020, weswegen die Gesuchsgegnerin häufig (und auch ohne die Kinder) nach Italien reisen musste (Urk. 88 S. 5-7; Urk. 90/1). Zwar gibt es bei Minderjährigen keinen formellen von den Eltern abgeleiteten Wohnsitz bzw. gewöhnlichen Aufenthalt, allerdings ist bei einem Kleinkind im Alter von D._____ davon auszugehen, dass es seinen Wohnsitz bzw. gewöhnlichen Aufenthalt am Aufenthaltsort seiner Hauptbezugsperson und damit der Gesuchsgegnerin in Italien hat. Daran vermag auch nichts zu ändern, dass D._____ bei ihren Aufenthalten in der Schweiz (mehrheitlich in Begleitung der Gesuchsgegnerin)

- 26 - hier den Kinderarzt besuchte und geimpft wurde (Urk. 28/58-61; Urk. 42/2; Urk. 61 S. 48 f.). Sie besitzt im Übrigen einen schweizerischen und einen italienischen Impfausweis (Urk. 28/62; Urk. 62/4, /5). Obschon der Gesuchsteller die Betreuung von D._____ ab Oktober 2019 in einer Kinderkrippe in der Schweiz organisiert hatte (Urk. 43 S. 23, 52 f.), wurde solches nicht in die Tat umgesetzt (Urk. 61 S. 50). Auch dass D._____ engen Kontakt zu gleichaltrigen Kindern in F._____ und zu den Grosseltern väterlicherseits pflegte sowie in der Schweiz regelmässig Freizeitbeschäftigungen nachging, ändert nichts daran, dass von einem gewöhnlichen Aufenthalt in Italien auszugehen ist, wo sie ebenso Freundschaften und den Kontakt zu den Grosseltern mütterlicherseits bzw. nunmehr der Grossmutter mütterlicherseits pflegt. Es erscheint glaubhaft, dass die Bindungen und Aktivitäten D._____s in der Schweiz lediglich im Zusammenhang mit ihren Besuchen beim Gesuchsteller zu sehen sind und sie ihren Lebensmittelpunkt mit der Gesuchsgegnerin nach Italien verlegt hat. Auch die Annahme zweier gewöhnlicher Aufenthaltsorte drängt sich hinsichtlich D._____ nicht auf. D._____ spricht im Übrigen unbestrittenermassen einzig Italienisch und kein Deutsch (Urk. 26 S. 11; Urk. 43 S. 52), was einerseits vom Elternhaus kommt (beide Elternteile sprechen Italienisch), andererseits aber auch auf eine engere Verbindung mit Italien schliessen lässt. Der rund sechsmonatige Aufenthalt in der Schweiz von September 2019 bis Mitte März 2020 während der Prozessdauer, wobei D._____ sich in dieser Zeit teilweise auch mit der Gesuchsgegnerin in Italien aufhielt (vgl. Urk. 47; Urk. 88 S. 5 f.), ändert nichts. Seit Mitte März 2020 hielt sich D._____ mit der Gesuchsgegnerin und C._____ wieder in Italien auf. Aufgrund der vorsorglichen Teilvereinbarung der Parteien vom 3. Juni 2020 befindet sie sich zwar in der Zeit vom 5. Juni bis zum 5. Juli 2020 sowie vom 5. August bis zum 5. September 2020 beim Gesuch-

steller in der Schweiz (Urk. 109). Dabei handelt es sich allerdings einerseits wie- derum um einen Aufenthalt mit Sonderzweck, andererseits spricht schon die je- weilige Dauer dieses Aufenthalts von jeweils lediglich einem Monat am Stück ge- gen die Begründung eines neuen gewöhnlichen Aufenthalts von D._____ in der Schweiz. Auch ein wechselseitiger gewöhnlicher Aufenthalt der Tochter ist auf-

- 27 - grund der provisorischen, vorübergehenden Betreuungsregelung nicht anzuneh- men. Weil davon auszugehen ist, dass D._____ ihren gewöhnlichen Aufenthalt im Sin- ne von Art. 5 Abs. 1 HKsÜ in Italien hat, ist der Umstand, dass die Gesuchsgeg- nerin die Kinder nach Vorliegen des angefochtenen Entscheids vom 3. März 2020 Mitte März 2020 nach Italien verbrachte, nicht als widerrechtlich zu qualifizieren und damit ist auch keine hiesige Zuständigkeit gestützt auf Art. 7 Abs. 1 HKsÜ gegeben. Ein positiver Rückführungsentscheid schweizerischer oder italienischer Behörden liegt im Übrigen nicht vor. Die laut dem angefochtenen Entscheid nach wie vor gültige vorsorgliche Betreuungsregelung, wonach die Aufenthalte der Kin- der in Italien genau geregelt sind (vgl. Urk. 47 S. 2 Ziff. 6; Urk. 83 S. 29, Disposi- tivziffer 3), ist durch die veränderten Verhältnisse, namentlich die Rückkehr der Gesuchsgegnerin mit den Kindern nach Italien diesbezüglich überholt und wurde nunmehr durch die im italienischen Eheschutzverfahren getroffene vorsorgliche Teilvereinbarung auch angepasst.

E. 4.2.3

Gewöhnlicher Aufenthalt von C._____ Zunächst ist mit der Vorinstanz (vgl. Urk. 83 S. 17) davon auszugehen, dass wäh- rend des Zusammenlebens der Parteien die Gesuchsgegnerin die Hauptbezugs- person für C._____ war. Der Gesuchsteller arbeitete stets Vollzeit. Er führte selbst aus, C._____ sei unter der Woche an insgesamt zwei Tagen in der Kinderbetreu- ung gewesen. Ansonsten sei er bei der Gesuchsgegnerin gewesen, wobei auch die Eltern beider Parteien zum Einsatz gekommen seien (Prot. I S. 23 f.). Es er- scheint auch glaubhaft, dass die Gesuchsgegnerin ihr 2013 begonnenes Studium lediglich Teilzeit und mit Unterbrüchen vorantreiben konnte (Prot. I S. 22, 34). Als die Gesuchsgegnerin ab November 2017 häufig in Italien weilte und, wie darge- tan, spätestens ab Mitte 2018 ihren gewöhnlichen Aufenthalt sowie jenen von D._____ dorthin verlegte, hielt sich C._____ sowohl in Italien bei der Gesuchs- gegnerin als auch in der Schweiz beim Gesuchsteller auf. Weil dieser jedoch Voll- zeit arbeitete, wurde C._____ bei seinen Aufenthalten beim Gesuchsteller in der Schweiz in der Kinderkrippe I._____ und auch durch die Grosseltern väterlicher- seits betreut. Der Gesuchsteller gab zu Protokoll, bis Ende Januar 2019 sei

- 28 - C._____ hauptsächlich, d.h. zu 90 bis 95 % bei ihm gewesen. Er sei in der Kita gewesen. Er sei nur eine Woche alle drei Monate in Italien bei der Gesuchsgeg- nerin gewesen. Im Sommer sei er länger dort gewesen (Prot. I S. 24). Die Vorinstanz hat richtig gesehen, dass diese Aussage nicht mit der vom Gesuch- steller eingereichten grafischen Darstellung korrespondiert (Urk. 28/45, /55). Da- nach hielt sich C._____ immerhin zu 25 % in H._____ auf und dies auch länger als eine Woche ausserhalb der Sommerferien. Schliesslich räumte der Gesuch- steller auch ein, dass C._____ ab Januar 2019 längere Zeit in Italien gelebt habe (Prot. I S. 25). Laut seiner Tabelle hielt sich C._____ 2019 jedoch nur zu rund 35 % in Italien auf (Urk. 28/55; vgl. Urk. 83 S. 17). Die Rüge des Gesuchstellers, die Vorinstanz habe seine grafischen Übersichten über den Aufenthalt von C._____ in der Schweiz und Italien nicht gewürdigt, sondern lediglich pro forma erwähnt (Urk. 82 S. 25), geht jedenfalls fehl. Auch aus der Abwesenheitsliste der I._____ betreffend den Zeitraum von Januar 2018 bis 12. Juli 2019 (Urk. 28/20) geht mit der Vorinstanz (Urk. 83 S. 18) nicht

hervor, dass C._____ mehrheitlich beim Gesuchsteller in der Schweiz gelebt habe. Daraus ergeben sich vielmehr zahlreiche Absenzen, wobei die Betriebsferien und Feiertage nicht aufgeführt sind (Urk. 28/17). Ab 21. Januar 2019 besuchte C._____ auch den freiwilligen privaten Kindergarten in H._____ (Scuola J._____). Dort war er jeweils während nicht mehr als drei Wochen am Stück untergebracht, unterbrochen durch seine Reisen in die Schweiz zum Gesuchsteller (Urk. 27/18 S. 1 unten). Dies stimmt mit dem Zugeständnis des Gesuchstellers überein, wonach C._____ seit Januar 2019 längere Zeit in Italien gewesen sei (Prot. I S. 25). Wie die Vorinstanz richtig schloss, kann auch aus den weit auseinander liegenden Daten der geltend gemachten Arztbesuche in der Schweiz (Urk. 43 S. 17 ff.; Urk. 28/22-25) nichts zugunsten des Gesuchstellers abgeleitet werden (Urk. 83 S. 18). Belegt ist zwar aufgrund der Leistungsabrechnung der K._____, wonach die Behandlungen vom 1. bis 29. Juni 2018 dauerten (Urk. 28/22), und der Absenzenliste der I._____, gemäss welcher betreffend Juni 2018 keine Absenzen von C._____ zu verzeichnen sind (vgl. Urk. 18/20 S. 1), dass sich C._____ im Juni 2018 überwiegend beim Gesuchsteller in der Schweiz aufhielt. Diesbezüglich stimmen auch die beiden Parteiaufstellungen überein, wonach sich C._____ im

- 29 - Juni 2018, ausgenommen vom 23. bis und mit 25. Juni 2018, beim Gesuchsteller in der Schweiz aufhielt (Urk. 28/45 und Urk. 42/2). Daraus allein kann aber nicht auf einen gewöhnlichen Aufenthalt von C._____ in der Schweiz geschlossen werden. Ebenso wenig kann aus den Reisebelegen (Urk. 28/27-54), wobei deren Vollständigkeit nicht fest steht, auf einen gewöhnlichen Aufenthalt von C._____ in der Schweiz geschlossen werden, zumal nicht ersichtlich ist, wie oft C._____ alleine und wie häufig er mit der Gesuchsgegnerin quasi auf Besuch gereist ist. Es können weder Ferienaufenthalte ausserhalb von H._____ und/oder Zürich, noch Aufenthalte in der Schweiz einfach einer Obhut des Gesuchstellers zugeordnet werden. Es trifft sodann nicht zu, dass die Gesuchsgegnerin selber angegeben habe, dass sich C._____ in der Zeit ab zirka November 2017 bis Januar 2019 mehrheitlich in der Schweiz aufgehalten habe, wie der Gesuchsteller behaupten lässt (Urk. 82 S. 25 mit Hinweis auf Prot. I S. 35, 37b). Die Gesuchsgegnerin gab vielmehr zu Protokoll, ab November 2017 habe C._____ effektiv etwas hin und her zwischen Italien und der Schweiz mitgemacht (Prot. I S. 35 f., 37b i.V.m. Urk. 42/2; vgl. auch Urk. 88 S. 20). Einerseits bestehen Zweifel an der Richtigkeit der tabellarischen Darstellung des Gesuchstellers betreffend die Aufenthalte von C._____ (Urk. 22/45, /55; vgl. beispielsweise: Am 12. und 13. Februar 2018 soll sich C._____ laut der grafischen Darstellung des Gesuchstellers bei ihm in der Schweiz aufgehalten haben [Urk. 22/45], gemäss der SMS-Korrespondenz der Parteien vom 12./13. Februar 2018 samt Fotografie der beiden Kinder mit der Grossmutter mütterlicherseits in Italien erscheint jedoch genügend glaubhaft, dass sich die Gesuchsgegnerin an diesen Daten mit den Kindern in Italien aufhielt [vgl. auch Urk. 42/2; vgl. auch Urk. 61 S. 37 ff.]). Andererseits sprengt es den Rahmen des vorliegenden summarischen Eheschutzverfahrens, aufgrund der regen auf Italienisch geführten aktenkundigen Whats-App- und E-Mail-Kommunikation der Parteien zu eruieren, wann sich C._____ in welchem Land und bei welchem Elternteil aufhielt. Es geht denn auch nicht darum, mathematisch exakt die Tage der Anwesenheit von C._____ in Zürich oder H._____ festzustellen. Daraus lässt sich noch kein ge-

- 30 - wöhnlicher Aufenthalt ableiten. Aus dem Gesamtbild ergibt sich vielmehr, dass die nicht erwerbstätige Gesuchsgegnerin stets die Hauptbezugsperson von C._____ geblieben ist, diesem jedoch grosszügige Besuche beim Gesuchsteller in der Schweiz ermöglichte.

Der Gesuchsteller war demgegenüber immer Vollzeit erwerbstätig, weshalb C._____, wenn er sich in der Schweiz aufhielt, an insgesamt zwei Tagen wöchentlich in der Kinderkrippe untergebracht war oder aber von den Grosseltern väterlicherseits betreut wurde. Ab Januar 2019 lebte C._____, wie der Gesuchsteller selbst einräumte, längere Zeit in Italien (Prot. I S. 25) und besuchte dort im Einverständnis mit dem Gesuchsteller den (freiwilligen) Kindergarten, wobei er weiterhin regelmässig zum Gesuchsteller in die Schweiz ging. Nicht zuletzt aufgrund seines Alters ist jedoch auch bei C._____ davon auszugehen, dass sich sein gewöhnlicher Aufenthalt auch nach der Trennung der Wohnsitze der Eltern bei seiner Hauptbezugsperson und damit der Gesuchsgegnerin in Italien befand, wobei auch der Gesuchsteller seine Familie häufig in H._____ besuchte (vgl. Urk. 61 S. 41; Urk. 42/3-8; Urk. 44/92-106 [Referenzschreiben Gesuchsteller]). Dass die Gesuchsgegnerin mit Blick auf ihren schwerkranken Vater und dessen Ableben am 26. Februar 2020 auch häufig alleine nach Italien reiste und die Kinder beim Gesuchsteller in der Schweiz zurückliess, stellt eine aussergewöhnliche Notlage dar (Urk. 88 S. 5 ff.), welche keinen abweichenden gewöhnlichen Aufenthalt von C._____ in der Schweiz zu begründen vermag. Anfangs September 2019 behielt der Gesuchsteller, wie bereits erwähnt, die beiden Kinder nach einem Ferienaufenthalt bei sich in der Schweiz zurück und schulte C._____, entgegen dem Willen der Gesuchsgegnerin, welche für die Dauer des Prozesses in die Schweiz zurückkehrte, im öffentlichen Kindergarten in F._____ ein (vgl. Urk. 28/56; Urk. 32/2, /7; Urk. 33; Urk. 88 S. 20). Dort ging er seither während der Dauer des Prozesses bis Mitte März 2020, als die Gesuchsgegnerin, nachdem der angefochtene Entscheid ergangen war, mit den Kindern nach Italien zurückkehrte, in den Kindergarten (vgl. Urk. 82 S. 28; Urk. 85/9). Zwar ist der (obligatorische) Schulbesuch ein wichtiges Indiz für den Lebensmittelpunkt eines Kindes. Allerdings besuchte C._____ den Kindergarten im Schulhaus G._____ nur während rund sechs Monaten, während sich die Gesuchsgegnerin mit den Kindern in der ehelichen Wohnung in F._____ aufhielt und den Prozessausgang - 31 - abwartete. Es handelte sich hierbei klar um eine nicht dauerhafte blosser Übergangslösung, welche möglich war, weil der obligatorische Schuleintritt in die Primarschule in Italien erst mit Vollendung des 6. Altersjahres erfolgt und die Vorschule freiwillig ist (vgl. Urk. 26 S. 7; Urk. 61 S. 47; de.wikipedia.org/wiki/Bildungssystem_in_Italien), bzw. um einen Aufenthalt zu einem blossen Sonderzweck. Der Aufenthalt an einem Ort zu einem Sonderzweck begründet in der Regel jedoch keinen gewöhnlichen Aufenthalt im Sinne des Mittelpunkts der Lebensinteressen, wenn nicht der Aufenthalt am früheren Ort endgültig aufgegeben wird (vgl. BGE 108 Ia 252, E. 5b m.w.H. analog). Auch die Dauer von rund sechs Monaten lässt im vorliegenden Einzelfall jedenfalls noch nicht auf die Begründung eines gewöhnlichen Aufenthalts von C._____ in der Schweiz schliessen. Der Lebensmittelpunkt von C._____ verblieb mithin in Italien, zumal er sich nicht einmal durchgehend in der Schweiz aufhielt (Urk. 47). Seit Mitte März 2020 befand sich C._____ mit der Gesuchsgegnerin und Hauptbezugsperson sowie D._____ wieder in H._____, wobei die Schulen in Italien zufolge der langen (und wegen der Pandemie vorverlängerten) Sommerferien erst am 20. September 2020 wieder beginnen (vgl. Urk. 91 S. 4). Aufgrund der vorsorglichen Teilvereinbarung der Parteien vom 3. Juni 2020 befindet er sich (zusammen mit D._____) zwar in der Zeit vom 5. Juni bis zum 5. Juli 2020 sowie vom 5. August bis zum 5. September 2020 beim Gesuchsteller in der Schweiz (Urk. 109). Dabei handelt es sich allerdings einerseits wiederum um einen Aufenthalt mit Sonderzweck während der Prozessdauer, andererseits spricht schon die jeweilige Dauer dieses Aufenthalts von jeweils

lediglich einem Monat am Stück gegen die Begründung eines neuen gewöhnlichen Aufenthalts von C._____ in der Schweiz. Gemäss der provisorischen Teilvereinbarung haben sich die Parteien zudem verpflichtet, bis zum Entscheid des Richters die Kinder nicht in der Schule einzuschreiben (Urk. 109 S. 2). Auch von einem wechselseitigen gewöhnlichen Aufenthalt des Sohnes ist aufgrund der provisorischen, vorübergehenden Betreuungsergänzung nicht auszugehen. Eine alternierende elterliche Obhut wäre aufgrund der Distanz der Wohnorte der Parteien sowie mit Blick auf den Schuleintritt von C._____ im Übrigen kaum praktikabel. Weil mithin auch bezüglich C._____ von einem gewöhnlichen Aufenthalt im Sinne von Art. 5 Abs. 1 HKsÜ in Italien auszu-

- 32 - gehen ist, liegt kein widerrechtliches Verbringen von C._____ Mitte März 2020 durch die Gesuchstellerin nach Italien vor, weshalb keine hiesige Zuständigkeit gestützt auf Art. 7 Abs. 1 HKsÜ gegeben ist.

E. 4.3

Zusammenfassung Im Licht sämtlicher Erwägungen ist in Übereinstimmung mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass die beiden Kinder, C._____ und D._____, ihren für die gerichtliche Zuständigkeit massgeblichen gewöhnlichen Aufenthalt gemäss Art. 5 Abs. 1 HKsÜ in H._____ haben, weshalb es an einer international örtlichen Zuständigkeit der schweizerischen Gerichte für die Regelung der Kinderbelange beider Kinder (Obhut, Betreuungsanteile, Besuchsrecht) gebricht. Dementsprechend ist der diesbezügliche Nichteintretensentscheid der Vorinstanz in Abweisung der Berufung des Gesuchstellers zu bestätigen. Aus diesem Grund ist aber auch kein schweizerischer Gerichtsstand gestützt auf Art. 7 HKsÜ (Widerrechtliches Verbringen oder Zurückhalten der Kinder) gegeben. Die Vorinstanz schrieb den prozessleitenden Antrag des Gesuchstellers um Errichtung einer Verfahrensbeistandschaft für die beiden Kinder dementsprechend zu Recht als gegenstandslos geworden ab (Urk. 83 S. 29, Dispositivziffer 1). Die dagegen fälschlicherweise erhobene Berufung des Gesuchstellers (Urk. 82 S. 2 Antragziffer 1; Urk. 83 S. 30 oben) ist als Beschwerde entgegen zu nehmen und direkt abzuweisen. Was schliesslich die von der Vorinstanz angeordnete Weitergeltung der mit Verfügung vom 3. Oktober 2019 im Hinblick auf die Kinderbelange genehmigten Teilvereinbarung der Parteien betreffend vorsorgliche Massnahmen vom 1. Oktober 2019 (Urk. 47 und Urk. 48) sowie die Fortdauer der mit Verfügung vom 9. Oktober 2019 angeordneten Unterhaltsregelung (Urk. 53) anbelangt (Urk. 83 S. 29, Dispositivziffer 3), ist von Amtes wegen festzuhalten, dass die vorsorgliche Betreuungsregelung vom 1. Oktober 2019 durch die im italienischen Eheschutzverfahren neu getroffene provisorische Betreuungsregelung der Parteien vom 3. Juni 2019 (Urk. 109) abgelöst wurde. Die vorsorgliche Unterhaltsregelung vom 9. Oktober 2019 (Urk. 53 S. 14 f., Dispositivziffern 1 und 2) wurde bislang nicht angepasst

- 33 - und gilt dementsprechend weiter. Dispositivziffer 3 der angefochtenen Verfügung ist entsprechend anzupassen. D. Gütertrennung 1. Die Vorinstanz wies den Antrag des Gesuchstellers auf Anordnung der Gütertrennung per 13. Juni 2019 ab. Sie erwog, die Tatsache, dass eine Wiedervereinigung der Eheleute unwahrscheinlich erscheine, sei für sich alleine kein Umstand, der die Anordnung der Gütertrennung rechtfertige. Erforderlich seien vielmehr weitere, am Katalog von Art. 175 ZGB orientierte Umstände, wobei das Kriterium der Gefährdung wirtschaftlicher Interessen im Vordergrund stehe. Es wäre Sache des Gesuchstellers gewesen, zumindest in den Grundzügen darzulegen, welche Umstände die Anordnung einer Gütertrennung notwendig machen würden. Er habe jedoch

sein Gesuch in diesem Punkt in keiner Weise begründet (Urk. 83 S. 26, 30, Dispositivziffer 3). 2. Der Gesuchsteller beanstandet, die Vorinstanz habe verkannt, dass die Eheleute bereits getrennt lebten, weshalb seine Argumente für die Anordnung der Gütertrennung ohne Weiteres genügen würden. Aus den von beiden Parteien eingereichten Beweismitteln gehe übereinstimmend hervor, dass beide Parteien für immer getrennt leben wollten und eine Wiederaufnahme des Zusammenlebens gänzlich unrealistisch sei. Auch die zugesprochenen Unterhaltsbeiträge zeigten, dass die Parteien keine Wirtschaftsgemeinschaft mehr seien. Entsprechend gebe es überhaupt keinen Grund, die Errungenschaftsgemeinschaft fortzuführen. Dies würde seine wirtschaftlichen Interessen gefährden. In Anwendung der eingeschränkten Untersuchungsmaxime (Art. 272 ZPO) hätte die Vorinstanz diese Tatsache in ihren Entscheid einfließen lassen müssen. Dient wie vorliegend - die Auflösung des gemeinsamen Haushalts der Vorbereitung der Ehescheidung, bestehe in der Praxis die Tendenz, die Gütertrennung anzuordnen, denn bei dauerhafter Auflösung des gemeinsamen Haushalts existiere zwischen den Ehegatten keine Schicksalsgemeinschaft mehr, und es liege kein hinreichender Grund mehr vor, die engen wirtschaftlichen Bindungen, die durch die Errungenschaftsbeteiligung und die Gütergemeinschaft bestünden, gegen den Willen eines Ehegatten aufrechtzuerhalten. Weil es vorliegend keine Gründe gebe, die Errungenschafts-

- 34 - beteiligung gegen den Willen des Gesuchstellers aufrechtzuerhalten und die Vorinstanz hierzu auch keinerlei Gründe anführe, stehe ihr Entscheid daher im Widerspruch zur konstanten Praxis im Kanton Zürich (Urk. 82 S. 31 f.). Die Gesuchsgegnerin verweist diesbezüglich auf die eigenen Ausführungen vor Vorinstanz und jene im angefochtenen Entscheid (Urk. 88 S. 21). 3. Ist die Aufhebung des gemeinsamen Haushalts begründet, so muss das Gericht auf Begehren eines Ehegatten die Gütertrennung anordnen, wenn es die Umstände rechtfertigen (Art. 176 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB). Das Bundesgericht erwog, dabei sei die Tatsache, dass eine Wiedervereinigung unwahrscheinlich erscheine, für sich allein kein Umstand, der die Anordnung der Gütertrennung rechtfertige. Erforderlich seien vielmehr weitere, am Katalog von Art. 175 ZGB orientierte Umstände, wobei das Kriterium der Gefährdung wirtschaftlicher Interessen im Vordergrund stehe. Die kantonale Praxis möge teilweise in eine andere Richtung weisen. Für eine solche Lockerung bestünden jedoch keine Gründe. Die Anordnung der Gütertrennung stelle einen schweren Eingriff in den Güterstand dar. Er dürfe nicht zu leichtfertig vorgenommen werden, denn mit der Gütertrennung würden die Ehegatten güterrechtliche Anwartschaften verlieren. Der gesetzlich vorgesehene Zeitpunkt für die Auflösung des Güterstandes (Art. 204 Abs. 2, Art. 236 Abs. 2 ZGB) würde in Scheidungsverfahren nach Art. 114 ZGB wohl faktisch bedeutungslos; in güterrechtlicher Hinsicht würde die Auflösung der Ehe ins Eheschutzverfahren vorverlagert. Zudem wiege der Eingriff auch insofern schwer, als die Massnahme bei einer Wiedervereinigung der Ehegatten nicht automatisch dahinfalle (Art. 179 Abs. 2 ZGB). Der Entscheid des Obergerichts (Aargau), der einzig auf die fehlende Aussicht auf Wiedervereinigung der Parteien abstelle, erweise sich deshalb als willkürlich und sei insoweit aufzuheben. Andere Gründe, die für die Anordnung der Gütertrennung sprechen könnten, nenne weder das Obergericht noch der Beschwerdegegner (vgl. BGer 5A_945/2014 vom 26. Mai 2015, E. 7). Vor dem Hintergrund dieser bundesgerichtlichen Rechtsprechung erweist sich auch die ständige Praxis der beschliessenden Kammer, wonach eine Gütertrennung auch dann anzuordnen ist, wenn eine nur sehr geringe Aussicht auf Wieder-

- 35 - vereinigung besteht und darob die ehelichen Bande nur mehr auf dem Papier bestehen, während zwischen den Parteien effektiv keine wirtschaftliche Schicksalsgemeinschaft bzw. Verbundenheit mehr existiert (ZR 100 Nr. 24), als überholt (OGer ZH LE150043 vom 16. Dezember 2015 E. 6). Der Gesuchsteller hat nebst seinem unverrückbaren Trennungswillen keine anderen Gründe und insbesondere keine Gefährdung seiner wirtschaftlichen Interessen dargetan (Urk. 1 S. 10 Rz 34; Urk. 43 S. 61). Allein der Umstand, dass die Gesuchsgegnerin fortan in Italien lebt, begründet noch keine solche Gefährdung, unabhängig davon, dass die Parteien offenbar in Gütergemeinschaft leben (vgl. Urk. 27/22 S. 2). Die Vorinstanz hat daher zu Recht von der beantragten Anordnung der Gütertrennung abgesehen. E. Erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsfolgen 1. Die Vorinstanz auferlegte die Kosten ausgangsgemäss dem Gesuchsteller und verpflichtete diesen, der Gesuchsgegnerin eine volle Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 16'155.– inklusive Mehrwertsteuer zu bezahlen. Sie hielt dafür, vorliegend unterliege der Gesuchsteller überwiegend, was im Wesentlichen auch für die ergangenen Entscheide betreffend superprovisorische und vorsorgliche Massnahmen gelte. Auch wenn den Anträgen der Gesuchsgegnerin nicht in allen Punkten gefolgt worden sei, obsiege sie gegenüber den Standpunkten des Gesuchstellers in materieller Hinsicht weitestgehend. Der Umstand, dass die Parteien im Rahmen der vorsorglichen Massnahmen eine Teileinigung erzielt hätten, falle nicht ins Gewicht. Üblicherweise würden die Kosten im Vergleichsfall zwar halbiert. Einzuräumen sei auch, dass sich die Parteien nicht über unwesentliche Punkte geeinigt hätten. Das bedeute aber auch, dass der Gesuchsteller einen Teil (wie gesagt üblicherweise die Hälfte) dieser Kosten übernehmen müsse. Ausserdem erschienen diese Vergleichsbemühungen im Rahmen des Gesamtaufwandes sowie des verbleibenden Aufwandes bezüglich der strittig gebliebenen Regelung vorsorglicher Massnahmen als von untergeordneter Bedeutung. Der Gesuchsteller werde damit vollumfänglich kosten- und entschädigungspflichtig (Urk. 83 S. 26 f.). Den der Gesuchsgegnerin mit Verfügung vom 9. Oktober 2019 zugesprochenen Prozesskostenvorschuss für Anwaltskosten in der Höhe von

- 36 - Fr. 10'000.– (vgl. Urk. 53 S. 14) rechnete die Vorinstanz nicht an die Parteientschädigung an (Urk. 83 S. 27 ff., 30 Dispositivziffern 5 und 6). 2. Der Gesuchsteller rügt eine Verletzung von Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO, wonach das Gericht in familienrechtlichen Verfahren von den Verteilungsgrundsätzen nach Art. 106 ZPO abweichen und die Prozesskosten nach Ermessen verteilen könne. Die Vorinstanz habe das ihr zustehende Ermessen überschritten. Einerseits habe sie festgehalten, dass die Prozesskosten in familienrechtlichen Verfahren üblicherweise hälftig geteilt würden, andererseits habe sie auch festgehalten, dass die Gesuchsgegnerin nicht in allen Punkten obsiegt habe. Dennoch sei die erste Instanz in völlig willkürlicher Weise zum Schluss gelangt, der Gesuchsteller werde vollumfänglich kosten- und entschädigungspflichtig. Man werde den Verdacht nicht los, als wollte die Vorinstanz ihn für die Einleitung des Verfahrens abstrafen. Es erscheine angemessen, die Gerichtskosten im Eventualstandpunkt ihm im Umfang von zwei Dritteln und der Gesuchsgegnerin zu einem Drittel aufzuerlegen. Die Vorinstanz habe es auch unterlassen, die der Gesuchsgegnerin zugesprochene Parteientschädigung mit dem geleisteten Prozesskostenvorschuss in der Höhe von Fr. 10'000.– zu verrechnen. Die (volle) Parteientschädigung hätte von der Vorinstanz überdies auf höchstens Fr. 15'000.– festgesetzt werden dürfen und auf einen Drittel gesenkt werden müssen, womit eine reduzierte Parteientschädigung in der Gesamthöhe von maximal Fr. 10'000.– resultiere. Weil die Gesuchsgegnerin im Ausland lebe und die Leistungen ihrer Rechtsvertretung

einzig im Ausland bewirkt worden seien, weshalb ein Leistungsexport im Sinne von Art. 23 Abs. 2 Ziff. 9 MWSTG vorliege, hätte ihr somit kein Mehrwertsteuerzuschlag zugesprochen werden dürfen (Urk. 82 S. 32 f.). 3. Auf die Kinderbelange ist, wie dargetan, nicht einzutreten. Bei Nichteintreten gilt die klagende Partei, vorliegend der Gesuchsteller, als unterliegend (Art. 106 Abs. 1 ZPO; vgl. auch Urk. 83 S. 26). Zwar kann in familienrechtlichen Verfahren von diesen Verteilungsgrundsätzen abgewichen und die Prozesskosten können nach Ermessen verteilt werden (Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO). Weil vorliegend jedoch nicht materiell über die Kinderbelange entschieden wurde, sondern es einzig um die Klärung der internationalen örtlichen Zuständigkeit ging, ist nicht zu beanstan-

- 37 - den, dass die Vorinstanz keine optionale abweichende Kostenverteilung vornahm. Der Gesuchsteller unterliegt weiter hinsichtlich seines Antrags auf Anordnung der Gütertrennung. Auch bezüglich superprovisorischer und vorsorglicher Massnahmen unterliegt er mehrheitlich, auch wenn den Anträgen der Gesuchsgegnerin nicht in allen Punkten gefolgt wurde, wobei sie in materieller Hinsicht weitestgehend obsiegte. Die vorinstanzlichen Bemühungen hinsichtlich der Teileinigung waren sodann von untergeordneter Bedeutung. Die vollumfängliche Kostenauflage zulasten des Gesuchstellers durch die erste Instanz ist daher nicht zu beanstanden. Die Kosten sind mit dem vom Gesuchsteller geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 5'000.– (vgl. Urk. 55) zu verrechnen. Die darüber hinausgehenden Kosten sind vom Gesuchsteller nachzufordern. Dementsprechend ist der Gesuchsteller zur Leistung einer angemessenen vollen Parteientschädigung an die Gesuchsgegnerin zu verpflichten. Mit Blick auf das insgesamt aussergewöhnlich zeitaufwändige Verfahren setzte die Vorinstanz die Parteientschädigung auf Fr. 15'000.– (inklusive Barauslagen) bzw. Fr. 16'155.– (einschliesslich Mehrwertsteuer) fest (Urk. 83 S. 28). Selbst der Gesuchsteller hält eine (volle) Parteientschädigung von höchstens Fr. 15'000.– für angemessen (Urk. 82 S. 34). Eine solche erscheint mit Blick auf die einschlägigen Normen der Anwaltsgebührenverordnung (§ 5 Abs. 1 und 2, § 6 Abs. 3 und § 11 Abs. 1 bis 3) und in Anbetracht der notwendigen Verhandlungsteilnahmen und Eingaben des Rechtsvertreters der Gesuchsgegnerin (vgl. Urk. 83 S. 28), obschon es lediglich um die Frage der Zuständigkeit ging, durchaus angemessen. Ein Mehrwertsteuerzuschlag ist bei im Ausland wohnhaften Personen, wie der Gesuchsgegnerin, nicht geschuldet (vgl. ZR 104 Nr. 76, Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Obergerichts über die Mehrwertsteuer vom 17. Mai 2006, Ziffer 2.1.1; Urk. 82 S. 34). Im Übrigen wäre der Gesuchsgegnerin ein widersprüchliches und rechtsmissbräuchliches Verhalten vorzuwerfen (*venire contra factum proprium*), wenn sie sich im Zusammenhang mit der Frage der internationalen Zuständigkeit auf einen gewöhnlichen Aufenthalt bzw. Wohnsitz in Italien beriefe, mit Blick auf den Mehrwertsteuerzuschlag einen solchen aber in Abrede stellte.

- 38 -

E. 4.4

Der Gesuchsteller rügt sodann, die von der Vorinstanz betriebene Art der Protokollierung sei mit einer gewissenhaften und vollständigen Protokollierung, wie sie Art. 176 ZPO verlange, schlicht nicht zu vereinbaren. Vielmehr sei das Protokoll offenbar nachträglich zusammengeflickt worden, um einen halbwegs rechtmässigen Eindruck zu erwecken. Die von der Vorinstanz angeführte zeitliche Dringlichkeit sei dabei nicht nachvollziehbar (Urk. 82 S. 19). Die Vorinstanz hielt zum Protokoll erläuternd fest, im Nachgang zur sechsstündi-

gen Verhandlung vom 30. September 2019 betreffend vorsorgliche Massnahmen (Prot. I S. 8-43) sei baldmöglichst über diese zu entscheiden gewesen. Die Ausarbeitung des Verhandlungsprotokolls habe sich insbesondere aufgrund der langen Dauer der Verhandlung als sehr zeitaufwändig erwiesen. In Anbetracht der zeitlichen Dringlichkeit seien deshalb vorgängig zur Entscheidfällung lediglich die für diese tatsächlich relevanten Protokollabschnitte finalisiert worden. Das übrige Verfahrensprotokoll sei hingegen im Nachgang zum Erlass der Verfügungen vom 3. Oktober 2019 (Urk. 48) und 9. Oktober 2019 (Urk. 53) fertiggestellt worden. Diese nachträgliche Finalisierung der übrigen Verhandlungsprotokollseiten habe verschiedene Seitenumbrüche und Seiteneinschübe im Protokoll notwendig gemacht, um die in den Verfügungen zitierten Protokollseiten unangetastet zu lassen (Urk. 83 S. 4 f.). Die vorinstanzliche Protokollierungsweise ist nicht zu beanstanden. Das Protokoll ist vollständig, leserlich und verständlich (vgl. Prot. I S. 29a, 29b, 37a, 73b und 39) und die vorinstanzliche Begründung nachvollziehbar. Inhaltliche Mängel wurden keine geltend gemacht. Der Gesuchsteller liess denn auch kein Protokollberichtigungsbegehren (Art. 235 Abs. 3 ZPO) stellen. Auf das erstinstanzliche Protokoll kann vollumfänglich abgestellt werden.

- 14 -

E. 4.5

Weiter kritisiert der Gesuchsteller, vor Beginn der Anhörung im Rahmen der Verhandlung vom 30. September 2019 betreffend vorsorgliche Massnahmen habe der Vorderrichter den Parteien mitgeteilt, dass die Anhörung der Parteien auch für den Entscheid in der Hauptsache benutzt werden könne, obschon gar nicht zu einer solchen vorgeladen worden sei. Zudem seien die Parteien in Unkenntnis des Inhalts der Replikschrift persönlich befragt worden (Urk. 82 S. 13 f.). Vor Vorinstanz hat der anwaltlich vertretene Gesuchsteller dieses Vorgehen nicht gerügt (Prot. I S. 10). Es widerspricht daher Treu und Glauben (vgl. Art. 52 ZPO), wenn er nun die Parteibefragung nicht gelten lassen will. Im Übrigen ist nicht von einem schweren Verfahrensfehler der Vorinstanz auszugehen, welcher eine Aufhebung ihres Entscheides und eine Rückweisung des Verfahrens zur neuen Entscheidfindung rechtfertigte. Dass die Parteibefragung in Unkenntnis des Inhalts der Replik erfolgte, welche der Vorinstanz offenbar erst am 1. Oktober 2019 zugestellt wurde (Urk. 82 S. 14; Prot. I S. 10; Urk. 43), macht diese nicht ungültig. Aus diesem Umstand leitet der Gesuchsteller im Übrigen auch nichts Konkretes ab (Urk. 82 S. 14 f.). Im angefochtenen Entscheid wurde auf die Replikschrift des Gesuchstellers (Urk. 43) jedenfalls Bezug genommen (Urk. 83 S. 10, 17 f.).

E. 4.6

Zusammengefasst liegt somit keine (geschweige denn eine schwere) Verletzung von Verfahrensrechten vor und es bestehen keine Anhaltspunkte, wonach das Verfahren nicht fair geführt worden sein soll. C. Internationale Zuständigkeit Kinderbelange 1. Die Vorinstanz erwog, das Vorbringen der Gesuchsgegnerin, sie habe seit September 2017, spätestens aber seit Frühling 2018, ihren gewöhnlichen Aufenthalt in H._____/Italien, sei ohne Weiteres schlüssig. Die verschiedenen Gegenargumente des Gesuchstellers verfangen dagegen nicht. Er stütze sich vor allem auf widerlegbare Indizien, wie die Meldeverhältnisse, die Einschreibung bei der Universität Zürich, die Krankenversicherung sowie die Steuerpflicht. Wie die Gesuchsgegnerin plausibel ausführen lasse, könne es nachvollziehbare Gründe geben, die Meldeverhältnisse so zu handhaben, wie sie es getan

habe bzw. tue, obwohl sie nicht mit ihrem Wohnsitz korrespondierten. Ob dieses Verhalten recht-

- 15 - lich zulässig sei, sei eine andere Frage, lasse aber keine zwingenden Rückschlüsse auf den zivilrechtlichen Wohnsitz zu. Auffällig sei dabei, dass der Gesuchsteller trotz dieser Indizien nie substantiiert habe ausführen lassen, die Gesuchsgegnerin habe in der Zeit ab Herbst 2017 tatsächlich in der Schweiz gelebt. Vielmehr habe er selber ausgesagt, die Tochter D._____ sei in der relevanten Zeit hauptsächlich mit der Gesuchsgegnerin in Italien gewesen, was impliziere, dass die Gesuchsgegnerin in dieser Zeit in Italien gelebt habe. Zudem habe der Gesuchsteller selbst ausgesagt, die Gesuchsgegnerin habe im Juni 2018 geäußert, nicht mehr in die Schweiz zurück zu wollen. Aus der Eingabe des Gesuchstellers vom 30. September 2019 gehe sodann implizit hervor, dass die Gesuchsgegnerin erst mit dem "gerichtlich angeordneten Wiedereinzug", mithin erst ab September 2019 wieder für längere Zeit in der Schweiz weile. Der Gesuchsteller dringe mit seinen den aktenkundig bereits vollzogenen Umzug der Gesuchsgegnerin nach Italien widersprechenden, teils schwer nachvollziehbaren Behauptungen nicht durch. Damit sei ohne Zweifel erstellt, dass der Wohnsitz der Gesuchsgegnerin in Italien sei. Dasselbe gelte für den Wohnsitz der Tochter D._____. Dass sich beide zurzeit bis zur Beendigung des Verfahrens teils in der Schweiz aufhielten, ändere daran nichts, handle es sich doch nicht um einen Aufenthalt mit der Absicht dauerhaften Verbleibens. Hinsichtlich des gewöhnlichen Aufenthalts des Sohnes C._____ erschienen die Aussagen des Gesuchstellers weniger glaubhaft als jene der Gesuchsgegnerin. Danach sei die Gesuchsgegnerin bis zur Trennung die Hauptbezugsperson für C._____ gewesen und auch nach der Trennung geblieben. Aus den Unterlagen der Kita I._____ gehe keineswegs hervor, dass C._____ mehrheitlich beim Gesuchsteller gelebt habe. Vielmehr würden sich aus der Abwesenheitsliste zahlreiche Absenzen ergeben, die insbesondere ab 2019 auffielen. Das korrespondiere mit dem unbestrittenen Umstand, dass C._____ ab Januar 2019 mehrheitlich bei der Gesuchsgegnerin lebe. C._____'s Deutschkenntnisse wären kaum ein Thema, wenn er in einer bildungsnahen Familie, wie es seine beiden Elternteile seien, in der Deutschschweiz leben würde. Auch aus den relativ weit auseinander liegenden Daten der geltend gemachten Arztbesuche von C._____ lasse sich nichts zugunsten des Gesuchstellers ableiten. Dasselbe gelte für die Reisebelege, welche

- 16 - zwar eine rege, letztlich unbestrittene Reisetätigkeit dokumentierten, jedoch nicht einen gewöhnlichen Aufenthalt oder Wohnsitz. Zudem stehe deren Vollständigkeit nicht fest. Ebenso wenig stehe fest, wie häufig C._____ alleine und wie häufig er mit der Gesuchsgegnerin quasi auf Besuch gereist sei. Damit könnten weder Ferienaufenthalte ausserhalb von H._____ und/oder Zürich, noch Aufenthalte in der Schweiz einfach einer Obhut des Vaters zugerechnet werden. Schliesslich gebe das Schreiben der Schule F._____ vom 13. Mai 2019 nur darüber Auskunft, dass eine Anmeldung stattgefunden habe. Wer von den Eltern diese Anmeldung vorgenommen habe, gehe daraus nicht hervor, ebenso wenig, dass beide Eltern (namentlich die Gesuchsgegnerin) darüber überhaupt informiert gewesen seien. Bemerkenswert sei sodann die Darstellung des Gesuchstellers, er sei aus allen Wolken gefallen, als ihm die Gesuchsgegnerin mit E-Mail vom 30. Mai 2019 den Plan eröffnet habe, mit den Kindern nach H._____ zu ziehen und dort mit ihnen getrennt vom Gesuchsteller zu leben. Unbestrittenermassen habe sich die Gesuchsgegnerin bereits seit Januar 2019 mit beiden Kindern mehrheitlich in Italien aufgehalten. Zudem habe der Gesuchsteller spätestens ab Februar 2019 gewusst, dass C._____ in Italien bereits den

Kindergarten besuche. Auch in diesem Licht betrachtet würden seine Ausführungen zumindest zweifelhaft wirken, wohin- gegen die Sachdarstellung der Gesuchsgegnerin unter anderem gestützt auf den Bericht der Scuola J._____ vom 26. Juni 2019 eine leicht nachvollziehbare logi- sche Chronologie präsentiere. Es mache sodann wenig Sinn, dass C._____ ab Anfang 2019 mehrheitlich bei der Mutter hätte leben sollen, wenn er ansonsten unter der Obhut des Vaters gelebt hätte. Gründe dafür seien keine ersichtlich. Gesamthaft lasse sich einzig der Schluss ziehen, dass der gewöhnliche Aufent- halt von C._____ in H._____ sei, wo sich denn auch die Gesuchsgegnerin als C._____s Hauptbezugsperson aufhalte bzw. vor dem Prozess aufgehalten habe und sich auch danach wieder aufhalten werde. Für diese Schlussfolgerung spre- che überdies, dass die Parteien sich im Rahmen der vorsorglichen Massnahmen aussergerichtlich auf eine vorläufige Betreuungsaufteilung geeinigt hätten, ge- mäss welcher die Gesamtzahl der Tage, an denen der Gesuchsteller die Kinder betreue, nicht wesentlich von jener eines üblichen Besuchsrechts abweiche. Hätte der Gesuchsteller sich bis anhin tatsächlich in einem solch überwiegenden Mass

- 17 - um C._____ gekümmert, wie von ihm behauptet, so wäre eine solche Betreu- ungsregelung kaum durchsetzbar gewesen und vom Gesuchsteller nicht akzep- tiert worden. Weil davon auszugehen sei, dass beide Kinder, C._____ und D._____, ihren für die gerichtliche Zuständigkeit massgeblichen gewöhnlichen Aufenthalt in H._____ hätten, seien die Schweizer Gerichte für die Regelung der Kinderbelange beider Kinder nicht zuständig. Entsprechend sei auf das Ehe- schutzgesuch hinsichtlich der Kinderbelange mangels Zuständigkeit des angeru- fenen Gerichts nicht einzutreten (Urk. 83 S. 16 ff.). 2. Der Gesuchsteller stellt sich im Wesentlichen auf den Standpunkt, die Ge- suchsgegnerin habe sich nur vorübergehend im Zusammenhang mit der Erkran- kung ihres Vaters im Herbst 2017 immer wieder und teilweise mit den gemeinsa- men Kindern bei ihren Eltern in Italien aufgehalten. Sie habe ihm erst mit E-Mail vom 30. Mai 2019 mitgeteilt, mit den Kindern nach H._____/Italien zu ziehen und dort fortan zu leben. Daher habe er auch Mitte Juni 2019 das vorliegende Ehe- schutzverfahren eingeleitet. Aufgrund seiner eingereichten Gesamtübersichten der Aufenthalte für die Jahre 2018 und 2019 sei erstellt, dass der Sohn C._____ im Jahr 2018 während 235 Tagen in der Schweiz und während 97 Tagen in Italien gewesen sei. Bis Mitte Juni 2019 sei C._____ während 100 Tagen in der Schweiz und während 56 Tagen in Italien gewesen. Diese Übersichten habe die Vo- rininstanz unbeachtet gelassen und sich mit dem lapidaren Hinweis begnügt, dass die Aussagen des Gesuchstellers anlässlich der Parteibefragung nicht mit der grafischen Aufstellung übereinstimmten. Die Vorinstanz gehe auch fehl, wenn sie aus einem allfälligen Wohnsitz der Gesuchsgegnerin in H._____ automatisch da- rauf schliesse, dass auch die Tochter D._____ ihren gewöhnlichen Aufenthalt ebendort habe. Einen abgeleiteten Wohnsitz kenne das HKsÜ nicht. Bei einem Kleinkind wie D._____ komme der Wille, sich an einem bestimmten Ort aufzuhal- ten, von vornherein nicht zum Tragen. Zudem übersehe die Vorinstanz, dass D._____ unbestrittenermassen in der Zeit ab April 2019 ausserhalb der Sommer- ferien abwechselnd zwei Wochen in der Schweiz mit dem Vater und zwei Wochen in Italien mit der Mutter verbracht habe. Mindestens seit den Sommerferien 2019 halte sie sich sogar hauptsächlich in der Schweiz auf. Selbst wenn das Gericht wider Erwarten von einer wechselnden Betreuung ausgehen sollte, würden zwei

- 18 - gewöhnliche Aufenthaltsorte der beiden Kinder vorliegen. Hinsichtlich C._____ sei sodann entscheidend, dass er unbestrittenermassen in F._____ seit Beginn der offiziellen Schulpflicht den obligatorischen Kindergarten besuche. Auch diesen Umstand habe die

Vorinstanz völlig unberücksichtigt gelassen. Der Umstand, dass C._____ in H._____ vorübergehend einen freiwilligen Kindergarten besucht habe, sage gar nichts über den gewöhnlichen Aufenthalt aus. Die Vorinstanz blende völlig aus, dass sich C._____ überwiegend in der Schweiz aufhalte. Sie begründe auch mit keinem Wort, gestützt auf welches Beweismittel sie zum Schluss gelange, die Gesuchsgegnerin sei Hauptbezugsperson für den Sohn gewesen. Aus der für die Prozessdauer vorsorglich vereinbarten Betreuungsregelung könne nichts für die Zuständigkeit abgeleitet werden. Im Übrigen habe er die Kinder darüber hinaus häufig zusätzlich betreut (Urk. 82 S. 16 ff.). Am 12./13. Mai 2020 habe die Gesuchsgegnerin die Kinder sodann eigenmächtig, ohne seine Zustimmung und in Missachtung der nach wie vor geltenden gerichtlich genehmigten Trennungsvereinbarung vom 1. Oktober 2019 nach Italien verbracht. Zufolge der Pandemie habe er die Kinder seither nicht mehr besuchen können. Ein Rückführungsverfahren sei pendent und die Zuständigkeit der hiesigen Gerichte nunmehr auch gestützt auf Art. 7 HKsÜ gegeben (Urk. 82 S. 5, 7, 9; Urk. 91 S. 2 f.; Urk. 101 S. 7 f.).

3. Die Gesuchsgegnerin hält daran fest, wie konstant ausgeführt und mit Dokumenten sowie der Korrespondenz zwischen den Parteien belegt, hätten sie und die beiden Kinder C._____ und D._____ mit Zustimmung des Gesuchstellers ihren für die gerichtliche Zuständigkeit massgeblichen gewöhnlichen Aufenthalt in H._____/Italien, wo bis zum widerrechtlichen Zurückhalten der Kinder in der Schweiz durch den Gesuchsteller am 2. September 2019 C._____ den Kindergarten und D._____ die Kinderkrippe besucht hätten. Mit Rücksicht auf das Kinderwohl habe sie auf eine Strafanzeige und die Einleitung eines Rückführungsverfahrens verzichtet, in der aus heutiger Sicht irrigen Annahme, die Zuständigkeitsfrage könne vor Bezirksgericht Dietikon rasch geklärt werden. Vor Ablauf der Jahresfrist seit dem widerrechtlichen Zurückhalten in der Schweiz habe hier kein neuer Aufenthalt der Kinder begründet werden können. Soweit der Gesuchsteller die Kinder über die Betreuungsvereinbarung hinaus zusätzlich betreut habe, sei dies

- 19 - nur vereinzelt erfolgt und auf ihre Notlage insbesondere im Zusammenhang mit der Intensivpflege und dem Tod ihres Vaters am 26. Februar 2020 in Italien zurückzuführen gewesen. Es stimme nicht, dass der Gesuchsteller die Kinder mehr betreut habe als sie. Sie sei faktisch gezwungen worden, sich vorübergehend zusammen mit den Kindern bis zum Erlass des angefochtenen Entscheides in der Schweiz aufzuhalten. Dadurch sei aber kein für die gerichtliche Zuständigkeit massgeblicher Aufenthalt begründet worden. Es liege auf der Hand, dass sie nach Eingang des (übrigens sofort vollstreckbaren) Urteils der Vorinstanz vom 3. März 2020 mit den beiden Kindern sofort an ihren Wohnort in H._____ zurückgekehrt sei. Sie habe dem Gesuchsteller ab den ersten Tagen in H._____ (ab Mitte März 2020) angeboten, dass er die Kinder in seinen Besuchszeiten bei ihr in H._____ in der Wohnung besuchen könne. C._____ sei sodann gegen ihren ausdrücklichen Willen in F._____ eingeschult worden. Das blosses Stellen eines Rückführungsantrages durch den Gesuchsteller vermöge keine nachträgliche Zuständigkeit der Berufungsinstanz gestützt auf Art. 7 HKsÜ zu begründen (Urk. 88 S. 3 ff.; Urk. 104 S. 5).

E. 8

Februar 2012, E. 2.4.2). Der Gesuchsteller hätte einzig gestützt auf die eheliche Beistandspflicht gemäss Art. 159 Abs. 3 ZGB im Endentscheid zur Leistung eines Prozesskostenbeitrages an die Gesuchsgegnerin verpflichtet werden können (vgl. OGer ZH RE130016 vom 17. September 2013, E. II/3.c; ZR 85/1986 Nr. 32). Allerdings blieb die erstinstanzliche Verfügung unangefochten und wurde vollstreckbar (Urk. 82 S. 15). Der

geleistete Prozesskostenvorschuss ist aber gleichwohl an die der Gesuchsgegnerin zuzusprechende erstinstanzliche Partei-entschädigung anzurechnen, insbesondere nachdem der Prozesskostenvorschuss explizit für die Anwaltskosten zugesprochen wurde und auch die Partei-entschädigung nebst dem Ersatz der notwendigen Auslagen der Deckung der Anwaltskosten dient (Art. 95 Abs. 3 lit. a und b ZPO; vgl. auch OGer ZH LE180016 vom 11. September 2018 S. 30). Daran ändert nichts, dass die Vorinstanz den Antrag der Gesuchsgegnerin um Leistung eines (zweiten) Prozesskostenvorschusses in der Höhe der zugesprochenen Parteientschädigung von Fr. 16'155.– als gegenstandslos abschrieb und im Mehrbetrag abwies (was unangetragen blieb), in der Meinung, mit insgesamt Fr. 25'000.– (Fr. 10'000.– Prozesskostenvorschuss und Fr. 15'000.– Parteientschädigung) stünden der Gesuchsgegnerin zur Finanzierung des Verfahrens ausreichend Mittel zur Verfügung (Urk. 83 S. 29). Angemessen sind, wie erwähnt, für das erstinstanzliche Verfahren insgesamt Fr. 15'000.– für anwaltliche Aufwendungen. Daran anzurechnen ist der geleistete Prozesskostenvorschuss von Fr. 10'000.–, weshalb noch eine Parteientschädigung von Fr. 5'000.– für das erstinstanzliche Verfahren zuzusprechen ist. Damit entfällt hinsichtlich des Prozesskostenvorschusses eine spätere Abrechnung und Rückerstattung.

- 39 - F. Zweitinstanzliche Kosten- und Entschädigungsfolgen Im Berufungsverfahren unterliegt der Gesuchsteller hinsichtlich der Zuständigkeitsfrage betreffend die Kinderbelange, die vorsorglichen Massnahmen und die Anordnung der Gütertrennung. Sein Obsiegen bezüglich der Anrechnung des vorinstanzlichen Prozesskostenvorschusses an die Parteientschädigung fällt demgegenüber kaum ins Gewicht. Die Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens sind ihm daher vollumfänglich aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO) und mit seinem Kostenvorschuss von Fr. 3'000.– (vgl. Urk. 87) zu verrechnen. Im Mehrbetrag wird die Obergerichtskasse Rechnung stellen. Weiter ist er zur Leistung einer angemessenen Parteientschädigung an die Gesuchsgegnerin zu verpflichten. Diese ist auf Fr. 4'000.– festzulegen (vgl. § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 3, § 11 Abs. 1 bis 3 und § 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV). Dabei wurde berücksichtigt, dass der nicht italienischkundige Rechtsvertreter der Gesuchsgegnerin mit dieser auch die italienische Korrespondenz zwischen den Parteien durchgehen musste (Urk. 88 S. 22; Urk. 85/2; Urk. 90/4, /5; Urk. 103/28). Ein Mehrwertsteuerzusatz ist auch hier zufolge ausländischem Wohnsitz der Gesuchsgegnerin nicht geschuldet. G. Prozesskostenbeitrag / unentgeltliche Rechtspflege im Berufungsverfahren

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