

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LE120039-O/U

damit vereinigt Geschäfts-Nr. LE120040-O

Mitwirkend: die Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, lic. iur. M. Spahn  
und Ersatzoberrichter Dr. S. Mazan sowie Gerichtsschreiber  
lic. iur. H. Dubach

## Urteil vom 11. Januar 2013

in Sachen

**A.** \_\_\_\_\_,

Gesuchsteller, Erstberufungskläger und Zweitberufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. \_\_\_\_\_

gegen

**B.** \_\_\_\_\_,

Gesuchsgegnerin, Erstberufungsbeklagte und Zweitberufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. \_\_\_\_\_

betreffend **Eheschutz, vorsorgliche Massnahmen (Obhut über die Kinder)**

**Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im summarischen  
Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 5. Abteilung, vom 22. Mai 2012  
(EE120155)**

## Erwägungen:

### I.

1. Die Parteien heirateten am tt. April 2005 in ..., C.\_\_\_\_\_ [Staat der USA]. Beide sind Bürger der Vereinigten Staaten von Amerika. 2006 zogen sie nach D.\_\_\_\_\_. Aus der Ehe gingen die beiden Kinder E.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2007, und F.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2011, hervor.

2. Am 28. März 2012 verliess die Gesuchsgegnerin, Erstberufungsbeklagte und Zweitberufungsklägerin (nachfolgend: Gesuchsgegnerin) die eheliche Wohnung in D.\_\_\_\_\_ zusammen mit den Kindern und reiste nach G.\_\_\_\_\_ [Stadt in H.\_\_\_\_\_]. Der Gesuchsteller, Erstberufungskläger und Zweitberufungsbeklagter (nachfolgend: Gesuchsteller) war darüber nicht informiert. Am 7. April 2012 flog auch der Gesuchsteller nach H.\_\_\_\_\_ [Staat der USA]. Dort gelang es ihm am 11. April 2012 die Kinder zu behändigen. Da die Gesuchsgegnerin die Pässe der Kinder vernichtet hatte, konnte der Gesuchsteller nicht zusammen mit den Kindern in die Schweiz zurückkehren. Er brachte die Kinder bei seinem Bruder in I.\_\_\_\_\_ [Stadt in den USA] unter und reiste alleine in die Schweiz zurück. Hier machte er mit Eingabe vom 20. April 2012 bei der Vorinstanz ein Eheschutzbegehren anhängig (Vi Urk. 1). Gleichzeitig stellte er ein Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen und beantragte, die beiden Kinder seien superprovisorisch unter seine alleinige Obhut zu stellen (S. 2). Bereits am 21. April 2012 reiste der Gesuchsteller erneut zu den Kindern in die USA. Mit Verfügung vom 25. April 2012 wies die Vorinstanz das superprovisorische Begehren ab und setzte der Gesuchsgegnerin Frist an, um das Massnahmebegehren zu beantworten. Die Antwort der Gesuchsgegnerin datiert vom 18. Mai 2012 (Vi Urk. 17). Sie beantragte darin ihrerseits die alleinige Obhut über die Kinder für die Dauer des Verfahrens (S. 1 f.). Am 22. Mai 2012 erliess die Vorinstanz folgenden Massnahmeentscheid (Vi Urk. 21 und 25 = Urk. 2):

- "1. Das Begehren des Gesuchstellers um vorsorgliche Zuweisung der elterlichen Obhut über die Kinder E.\_\_\_\_\_, geb. tt.mm.2007, und F.\_\_\_\_\_, geb. tt.mm.2011, wird abgewiesen.
2. Das Begehren der Gesuchsgegnerin um vorsorgliche Zuweisung der elterlichen Obhut über die Kinder E.\_\_\_\_\_, geb. tt.mm.2007, und F.\_\_\_\_\_, geb. tt.mm.2011, wird ebenfalls abgewiesen.
3. Die elterliche Obhut wird einstweilen – als vorsorgliche Massnahme für die Dauer des Prozesses – bei beiden Parteien belassen.
4. Über die Kosten- und Entschädigungsfolgen wird im Endentscheid befunden.
5. ... (Mitteilungssatz)
6. ... (Rechtsmittel)"

3. Hiergegen haben beide Parteien fristgerecht Berufung erhoben (Urk. 1 und 31/1). Gestützt auf das Haager Kindesentführungsübereinkommen gewährte am 29. Juni 2012 ein amerikanisches Gericht in I.\_\_\_\_\_ dem Gesuchsteller vorübergehend das alleinige Sorgerecht zum Zwecke der Rückführung der Kinder in die Schweiz. Es verpflichtete zudem die Gesuchsgegnerin, bei der Ausstellung der Pässe der Kinder mitzuwirken (Urk. 9/1). Am 5. Juli 2012 konnte der Gesuchsteller zusammen mit den Kindern in die Schweiz zurückkehren. Die Gesuchsgegnerin blieb in H.\_\_\_\_\_. Beide Berufungsantworten datieren vom 27. August 2012 (Urk. 16 und 31/14). Davor und danach gingen weitere Eingaben der Parteien ein. Die Berufungsanträge des Gesuchstellers lauteten abschliessend wie folgt:

*in der Erstberufung (Urk. 1 S. 2):*

- "1. Dispositiv Ziff. 1 bis 3 der Verfügung des Bezirksgerichts Zürich, 5. Abteilung, Geschäfts-Nr. EE120155-L, vom 22. Mai 2012 seien aufzuheben und die Kinder E.\_\_\_\_\_, geb. tt.mm.2007, und F.\_\_\_\_\_, geb. tt.mm.2011, seien im Rahmen vorsorglicher Massnahmen für die Dauer des Verfahrens unter die alleinige Obhut des Berufungsklägers zu stellen;
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. 8% MwSt.) zulasten der Berufungsbeklagten."

*zur Zweitberufung (Urk. 31/14 S. 2):*

- "1. Die Berufung der Berufungsklägerin sei vollumfänglich abzuweisen;
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. 8% MwSt.) zulasten der Berufungsklägerin."

Demgegenüber stellte die Gesuchsgegnerin abschliessend folgende Berufungsanträge:

*in der Zweitberufung (Urk. 31/1 S. 2):*

- "1. Ziffern 2 und 3 der Verfügung des Bezirksgerichts Zürich, 5. Abteilung, vom 22. Mai 2012 im Verfahren EE120155 seien aufzuheben, und es sei die elterliche Obhut über die Kinder E.\_\_\_\_\_, geb. tt.mm.2007, und F.\_\_\_\_\_, geb. tt.mm.2011, als vorsorgliche Massnahme für die Dauer des Prozesses der Berufungsklägerin zuzuweisen;
2. Eventualiter sei die Sache zur Neuurteilung gemäss Ziffer 1 an die Vorinstanz zurückzuweisen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich MWST von 8%) zu Lasten des Berufungsbeklagten."

*zur Erstberufung (Urk. 16 S. 2):*

- "1. Ziffern 1 und 2 der Anträge des Gesuchstellers und Berufungsklägers seien abzuweisen;
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Berufungsklägers."

Die Parteien wurden in der Folge auf den 1. November 2012 zu einer Einigungsverhandlung vorgeladen (Urk. 21). Die Gesuchsgegnerin hatte sich bereit erklärt, eigens dafür nach D.\_\_\_\_\_ zu reisen. Einen Tag vor der Verhandlung liess sie durch ihre Rechtsvertreterin mitteilen, dass sie sich entschlossen habe, wieder in der Schweiz zu leben (vgl. Urk. 27). Anlässlich der Verhandlung konnte keine abschliessende Einigung erzielt werden. Die Parteien wollten die Vergleichsgespräche aussergerichtlich weiterführen (vgl. Prot. S. 7). Tags darauf liess die Gesuchsgegnerin eine persönliche Stellungnahme sowie weitere Unterlagen einreichen (Urk. 31/23 und 31/24/1-4). Am 10. November 2012 verliess die Gesuchsgegnerin die Schweiz erneut. Die Vergleichsbemühungen waren gescheitert. Mit Beschlüssen vom 21. November 2012 wurden die beiden Berufungsverfahren im vorliegenden vereinigt (Urk. 30 und 31/27). Gleichentags wurde den Parteien Frist zu einer weiteren Stellungnahme angesetzt (Urk. 32). Die Stellungnahme der Gesuchsgegnerin persönlich datiert vom 1. Dezember 2012 (Urk. 39) und wurde von ihrer Rechtsvertreterin mit Eingabe vom 3. Dezember 2012 ohne weiteren Kommentar übermittelt (Urk. 38). Der Gesuchsteller liess sich am 6. Dezember 2012 vernehmen (Urk. 41). Die Eingaben wurden je der Gegenpartei zur Kenntnisnahme zugestellt. Zwischenzeitlich hatte die Vormundschaftsbehörde D.\_\_\_\_\_ der Kammer mit Schreiben vom 30. November 2012 (Urk. 35) einen die Parteien betreffenden Rapport der Stadtpolizei Zürich (Urk. 36) übermittelt. Beides war den

Parteien umgehend zur Kenntnisnahme zugestellt worden (Urk. 37). Am 17. Dezember 2012 übermittelte die Rechtsvertreterin der Gesuchsgegnerin unaufgefordert eine weitere persönliche Stellungnahme der Gesuchsgegnerin vom 14. Dezember 2012 (Urk. 45 und 46), welche dem Gesuchsteller zur Kenntnisnahme zugestellt wurde. Am 19. Dezember 2012 reichte wiederum der Gesuchsteller unaufgefordert eine Stellungnahme (Urk. 48) und weitere Unterlagen (Urk. 49/1-2) ein, was der Gesuchsgegnerin zur Kenntnisnahme zugestellt wurde.

## II.

1. Es liegt ein internationaler Sachverhalt vor. Die Zuständigkeit der hiesigen Gerichte und die Anwendbarkeit des schweizerischen Rechts wurden zu Recht nicht bestritten. Es kann auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 2 S. 4 ff. und 7 f.), wobei anzumerken bleibt, dass nunmehr davon auszugehen ist, dass sich der Wohnsitz der Gesuchsgegnerin in den Vereinigten Staaten befindet, was jedoch im Ergebnis nichts an der Zuständigkeit und am anwendbaren Recht ändert.

2. a) Die Vorinstanz fällte ihren Massnahmeentscheid einen Tag nach Eingang der Gesuchsantwort beim Gericht, am 22. Mai 2012. Sie eröffnete ihren Entscheid zunächst ohne Begründung im Dispositiv (Vi Urk. 21). Das Doppel der Gesuchsantwort stellte die Vorinstanz dem Gesuchsteller zusammen mit ihrem Entscheid zu. Eine vorgängige Orientierung fand nicht statt. Mit Eingabe vom 23. Mai 2012 (vorab per Telefax) wollte der Gesuchsteller – in Unkenntnis, dass das Gericht bereits entschieden hatte – replizieren (Vi Urk. 22); die Gesuchsantwort war seiner Rechtsvertreterin von der Gegenseite direkt zugestellt worden. Die Replik des Gesuchstellers konnte naturgemäss nicht mehr berücksichtigt werden. Der Gesuchsteller rügt eine Verletzung seines Anspruchs auf rechtliches Gehör (Urk. 1 S. 5 ff.).

b) Aus den Erwägungen der Vorinstanz ergibt sich, dass diese sich der Problematik durchaus bewusst war. So hält sie zu Recht fest, dass grundsätzlich zunächst die Stellungnahme des Gesuchstellers zu den von der Gegenseite vor-

gebrachten Noven abzuwarten gewesen wäre. Sie begründete ihr anderweitiges Vorgehen damit, dass sie einerseits dem Antrag der Gesuchsgegnerin nicht gefolgt sei, womit der Gesuchsteller diesbezüglich kein Anhörungsinteresse mehr aufgewiesen habe, und er andererseits in Bezug auf die Beantwortung seines eigenen Gesuchs auf eine weitere Stellungnahme im Voraus verzichtet habe (Urk. 2 S. 6 f.). Der Gesuchsteller schloss seine schriftliche Gesuchsbegründung mit den Worten, dass er angesichts der Dringlichkeit der Angelegenheit um einen raschen Entscheid bitte, gegebenenfalls auch um einen raschen Verhandlungstermin (Vi Urk. 1 S. 9). Damit – so die Vorinstanz – habe der Gesuchsteller im Interesse der Verfahrensökonomie implizit auf eine Stellungnahme verzichtet und es erschiene widersprüchlich, wenn er sodann eine Verletzung des rechtlichen Gehörs geltend machen würde (Urk. 2 S. 7).

c) Der vom Gesuchsteller als verletzt gerügte Anspruch auf rechtliches Gehör findet seine Grundlage in Art. 53 ZPO, Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK. Diese Garantie umfasst nach ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung auch das Recht, von den beim Gericht eingereichten Stellungnahmen Kenntnis zu erhalten und sich dazu äussern zu können. Die Wahrnehmung des sogenannten Replikrechts setzt voraus, dass die fragliche Eingabe der Partei zugestellt wird (statt vieler BGE 138 I 154).

d) Der Gesuchsteller weist in der Berufungsbegründung zu Recht darauf hin, dass vorsorgliche Massnahmen stets eine gewisse Dringlichkeit voraussetzen (vgl. Zürcher, DIKE Komm., Art. 261 ZPO N 8 f.). Im Hinweis auf die Dringlichkeit der Angelegenheit verbunden mit der Bitte um einen raschen Entscheid kann daher kein Verzicht auf weitere Stellungnahmen gesehen werden. Sodann ist die Bitte um einen raschen Entscheid vor dem Hintergrund zu sehen, dass der Gesuchsteller eine superprovisorische Massnahme beantragt hatte. Er fügte denn auch an, dass er gegebenenfalls (Anm: gemeint wohl, falls das superprovisorische Begehren abgewiesen würde) um einen raschen Verhandlungstermin bitte. Insofern kann auch nicht von einem Verzicht auf weitere Äusserungen die Rede sein. Indem die Vorinstanz ihren Entscheid fällt, ohne dem Gesuchsteller zuvor

die Eingabe der Gegenseite zugestellt zu haben, verletzte sie den Anspruch des Gesuchstellers auf rechtliches Gehör.

e) Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung wird eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör im Rechtsmittelverfahren geheilt, wenn der Anspruchsberechtigte die Möglichkeit hat, sich vor einer Rechtsmittelinstanz zu äussern, die zu freier Prüfung aller Fragen befugt ist, die der Erstinstanz hätten unterbreitet werden können (BGE 136 V 126 f. E. 4.2.2.2; 133 I 204 f. E. 2.2). Die Berufung ist ein vollkommenes Rechtsmittel (vgl. Art. 310 ZPO); die Berufungsinstanz verfügt über freie Kognition (Reetz/Theiler, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Kommentar, Art. 310 ZPO N 2). Im vorliegenden Berufungsverfahren hatte der Gesuchsteller die Möglichkeit sich zu äussern und die erkennende Kammer überprüft dabei sowohl den Sachverhalt wie auch die Rechtslage frei. Von einer Rückweisung – die der Gesuchsteller im Übrigen auch nicht beantragt – ist daher abzusehen.

3. Wie im Folgenden zu zeigen sein wird, ist die Sache spruchreif; die Kinder waren aufgrund ihres Alters nicht anzuhören.

### III.

1. a) Der Gesuchsteller war seit 2006 als Assistenzprofessor am ... Institut der Universität ... tätig. Die Gesuchsgegnerin war in der Schweiz nicht erwerbstätig und betreute die gemeinsamen Kinder. Dabei ging ihr eine Hausangestellte zur Hand. Die Gesuchsgegnerin hatte gemäss eigenen Angaben oft Heimweh und war frustriert, dass sie nicht in der Lage war, sich in das Leben in D.\_\_\_\_\_ zu integrieren (Vi Urk. 18/13). Hinzu kam die Anstellungsprozedur des Gesuchstellers. Dieser ist zwischenzeitlich zum ausserordentlichen Professor für ... ernannt worden.

b) Nachdem es offenbar vermehrt zu Spannungen in der ehelichen Beziehung der Parteien gekommen war, reiste die Gesuchsgegnerin am 28. März 2012 – ohne den Gesuchsteller vorgängig informiert zu haben – mit den Kindern nach G.\_\_\_\_\_. Die Gesuchsgegnerin erklärte ihre überstürzte Abreise aus D.\_\_\_\_\_

damit, dass der Gesuchsteller ihr gegenüber am 25. März 2012 angeblich diverse Aussagen getätigt habe, die sie in Sorge gebracht hätten. So habe er gesagt, er habe einen Mörder in sich und dieser richte sich gegen ihn und gegen sie und es sei alles zum Besten der Kinder. Sie habe zunächst gefasst auf diese Aussagen reagiert und versucht, den Gesuchsteller zu beruhigen. Einige Tage später jedoch, als sie sich der Bedeutung dieser Aussagen bewusst geworden sei, habe sie Panik bekommen. In diesem Angstzustand habe sie lediglich noch in ihr vertrautes Umfeld in den USA wollen, zu ihrer Familie und ihren Freunden (Vi Urk. 17 S. 2 f.). Der Gesuchsteller bestreitet, die erwähnten Äusserungen gemacht zu haben. Die Gesuchsgegnerin habe bereits am 22. März 2012 telefonisch bei der Bank ... veranlasst, dass die Kontakt- und Rechnungsadresse einer von ihr verwendeten Kreditkarte von D.\_\_\_\_\_ nach ..., H.\_\_\_\_\_, geändert werde. Die Gesuchsgegnerin habe somit jedenfalls bereits am 22. März 2012 beabsichtigt, die Schweiz zu verlassen (Urk. 23).

c) Nach ihrer Ankunft in H.\_\_\_\_\_ war die Gesuchsgegnerin mit den Kindern zunächst mehrere Tage lang unterwegs. Gemäss ihren eigenen Angaben besuchte sie ihren Bruder und einige nahe Freunde (Vi Urk. 17 S. 3). Der Gesuchsteller sprach von einem eigentlichen "Roadtrip" (Vi Urk. 1 S. 5). Die Gesuchsgegnerin machte sich damals (wie heute) grosse Sorgen über den Gesundheitszustand des Gesuchstellers; sie befürchtete, dass dieser an einem Hirntumor oder einer bipolaren Störung leiden könnte. Wie aus einem vom Gesuchsteller eingereichten Schreiben des Allgemeinpraktikers Dr. med. J.\_\_\_\_\_ vom 3. Dezember 2012 hervorgeht, habe sich der Gesuchsteller bereits im April 2012 freiwillig einer Magnetresonanz-Untersuchung des Schädels unterzogen. Diese habe einen unauffälligen Befund gezeigt (Urk. 43/6). Neben ihrer Besorgnis hinsichtlich der Erkrankung des Gesuchstellers machte sich die Gesuchsgegnerin Gedanken, ob der angebliche Marihuana-Konsum des Gesuchstellers, der früher angeblich auch LSD konsumiert habe, in Kombination mit dessen angeblich beträchtlichen Alkoholkonsum zu psychotischen Zuständen bei ihm geführt haben könnten (Vi Urk. 17 S. 3). Der Gesuchsteller führte dazu aus, dass er gelegentlich zum Essen ein oder zwei Gläser Wein trinke. Er habe einmal, als er 17 Jahre alt gewesen sei, mithin vor über 20 Jahren, LSD ausprobiert. Es habe ihm nicht gefallen. Seither

habe er keinerlei Drogen konsumiert (Urk. 1 S. 14). In der Zeit, als die Gesuchsgegnerin mit den Kindern unterwegs war, schrieb sie zudem zahlreiche Emails an Freunde und Familienangehörige des Gesuchstellers. Diese Emails – so der Gesuchsteller – hätten zahllose unzutreffende Vorwürfe enthalten (Vi Urk. 1 S. 4). Die Gesuchsgegnerin selbst beschrieb ihre Emails an K.\_\_\_\_\_, eine Arbeitskollegin des Gesuchstellers später als überreizt, übertrieben und irre. Es sei ihr peinlich und tue ihr leid (Vi Urk. 18/15).

d) Am 9. April 2012 traf die Gesuchsgegnerin mit den Kindern bei ihrer Mutter in ..., H.\_\_\_\_\_, ein. Die Gesuchsgegnerin befand sich damals unbestrittenermassen in einem schlechten gesundheitlichen Zustand. Der Gesuchsteller, der am 7. April 2012 ebenfalls in die USA geflogen war, war bereits vor Ort. Am 11. April 2012 gelang es ihm, die Kinder zu behändigen. Die Gesuchsgegnerin macht geltend, sie habe den damals ... Monate alten F.\_\_\_\_\_ noch gestillt (Vi Urk. 17 S. 5). Im Rahmen der Wegnahme durch den Gesuchsteller sei F.\_\_\_\_\_ zwangsläufig abrupt abgestillt worden (Urk. 31/1 S. 3). Der Gesuchsteller entgegnete, dass F.\_\_\_\_\_ im April 2012 beinahe praktisch abgestillt gewesen sei und die meiste Nahrung in fester Form zu sich genommen habe (Urk. 31/14 S. 52). Der Gesuchsteller verbrachte die Kinder sodann zu seinem Bruder nach I.\_\_\_\_\_. Die Eltern der Gesuchsgegnerin unterstützten zu diesem Zeitpunkt das Vorgehen des Gesuchstellers (vgl. Vi Urk. 3/30 und 14/4); später äusserten sie ihm gegenüber auch kritische Töne und stellten sich hinter ihre Tochter (vgl. Vi Urk. 18/11-12). Die Gesuchsgegnerin macht weiter geltend, sie habe einen Privatdetektiv engagieren müssen, um zu erfahren, wo sich der Gesuchsteller mit den Kindern aufhalte (Vi Urk. 17 S. 5). Der Gesuchsteller führte demgegenüber aus, er habe die Gesuchsgegnerin bereits am 14. April 2012 darüber orientiert, dass er mit den Kindern in I'.\_\_\_\_\_ sei (Urk. 13 S. 17).

e) Die Gesuchsgegnerin erlitt in der Folge einen Zusammenbruch. Sie wurde am 16. April 2012 für kurze Zeit hospitalisiert und musste mit Antibiotika behandelt werden. Rückblickend beurteilte sie ihr eigenes Verhalten in der Zeit vom 28. März 2012 (Abreise aus D.\_\_\_\_\_) bis zum 16. April 2012 (Einlieferung im ...Spital) als merkwürdig. Sie sei überhaupt nicht sie selbst gewesen (Vi

Urk. 18/13). Sie habe an erheblichen gesundheitlichen Problemen gelitten, die starke Auswirkungen auf ihre Psyche gehabt hätten (Urk. 16 S. 17). Die Gesuchsgegnerin befand sich danach in einer längeren Rekonvaleszenz-Phase. In ihrer persönlichen Stellungnahme vom 15. Mai 2012 schrieb sie, dass es ihr aufgrund eines postinfektiösen ... Rückfalls noch nicht gut genug gehe, um zu reisen. Ihre Symptome hielten sie davon ab, ein Flugzeug zu besteigen, um ihre wunderbaren Kinder zu sehen (Vi Urk. 18/13).

f) In ..., H.\_\_\_\_\_, mietete die Gesuchsgegnerin ein Ferienhaus und richtete dieses für den Gesuchsteller, sich und die Kinder ein. Sie ging offenbar noch am 22. Juni 2012 davon aus, dass der Gesuchsteller zusammen mit den Kindern zu ihr nach H.\_\_\_\_\_ ziehen würde. Im Haus war auch ein Zimmer vorgesehen für eine deutschsprachige Nanny (vgl. Urk. 31/4/7). Die Gesuchsgegnerin erklärte, dass sie bald eine ehrenamtliche Tätigkeit in einem nahe gelegenen Seniorenheim beginnen würde und ihr eigenes Unternehmen gegründet habe, das sich auf soziale Medienarbeit konzentriere (Urk. 31/4/6). In der Gesuchsantwort vor Vorstanz vom 18. Mai 2012 hatte die Gesuchsgegnerin noch erklärt, dass es ihre feste Absicht sei, nach D.\_\_\_\_\_ zurückzukehren, sobald sie sich gesundheitlich erholt habe (Vi Urk. 17 S. 6). Zwischenzeitlich hatte sie ihre Meinung geändert und wies nun darauf hin, dass sie kein Deutsch spreche und in der Schweiz nur vereinzelt Bekannte habe. Dies und die Vorkommnisse der letzten Wochen hätten dazu geführt, dass sie sich eine Zukunft mit den Kindern in D.\_\_\_\_\_ schlicht nicht mehr vorstellen könne (Urk. 31/1 S. 6).

g) Am 29. Juni 2012 entschied ein amerikanisches Gericht, dass die Kinder in die Schweiz zurückzuführen seien. Der Gesuchsteller reiste bald darauf mit den Kindern aus I'.\_\_\_\_\_ in die Schweiz zurück. Die Gesuchsgegnerin wirft dem Gesuchsteller in diesem Zusammenhang vor, dass er sie mit den Kindern nicht in H.\_\_\_\_\_ besucht habe, bevor er mit ihnen in die Schweiz zurück gereist sei (Urk. 16 S. 3 und 12). Ihr selbst sei eine Reise nach I'.\_\_\_\_\_ nicht möglich gewesen, da sie dort hätte verhaftet werden können (Urk. 31/24/1 S. 6). Der Gesuchsteller macht geltend, er habe während des Verfahrens betreffend Rückführung aufgrund einer gerichtlichen Anordnung mit den Kindern den Bundesstaat I'.\_\_\_\_\_ nicht

verlassen dürfen. Mit dem Rückführungsentscheid sei er schliesslich gerichtlich beauftragt worden, die Kinder unverzüglich in die Schweiz zu bringen. Zudem habe die Gesuchsgegnerin bis dahin in H.\_\_\_\_\_ zwei Klagen gegen ihn eingereicht, aufgrund derer eine sofortige Anordnung hätte erwirkt werden können, wonach die Kinder nicht mehr aus dem Staat H.\_\_\_\_\_ hätten weggebracht werden dürfen (Urk. 41 S. 5).

h) Die Mutter des Gesuchstellers begleitete diesen anfänglich nach D.\_\_\_\_\_, um ihn bei der Kinderbetreuung zu unterstützen. Hinsichtlich der Möglichkeit, die Kinder persönlich zu betreuen, hielt der Gesuchsteller fest, dass die Präsenzzeiten (Vorlesungen) an der Universität sehr beschränkt seien (Urk. 1 S. 19). Als Professor mit unbefristeter Anstellung seien seine Arbeitszeiten noch deutlich flexibler. Er könne mindestens 50% seiner Arbeit von zu Hause aus erledigen und so stets für die Kinder verfügbar sein (Urk. 13 S. 3). Die Gesuchsgegnerin bestritt die Darstellung des Gesuchstellers. Der Gesuchsteller habe bisher nicht von daheim aus arbeiten können und daran werde sich im Rahmen einer ausserordentlichen Professur sicherlich auch nichts ändern (Urk. 16 S. 12 f.). Seit dem 6. August 2012 besucht E.\_\_\_\_\_ fünf ganze Tage pro Woche, von 9.00 bis 17.30 Uhr, den ... Kindergarten ... . L.\_\_\_\_\_, die Leiterin des Kindergartens, berichtet in einem vom Gesuchsteller eingereichten und an die Kammer gerichteten Schreiben vom 21. August 2012, dass zu beobachten sei, dass der Kontakt zwischen Vater und Tochter sehr gut sei. E.\_\_\_\_\_ komme gerne in den Kindergarten und bleibe gerne. Sie habe sich inzwischen gut eingelebt und sei integriert in die Gruppe. Durch die kleine Gruppengrösse sei ein enges und vertrautes Miteinander möglich, durch das sie gute Beziehungen aufbauen könne. Die klare Tagesstruktur gebe ihr Sicherheit und Vertrauen. Sie seien davon überzeugt, dass sich E.\_\_\_\_\_ wohlfühlen und eine schöne Kindergartenzeit erfahren werde (Urk. 15/8). Der Gesuchsteller hat sodann mit M.\_\_\_\_\_ eine Nanny engagiert, die sich ganztags um F.\_\_\_\_\_ kümmern soll. M.\_\_\_\_\_ ist 30 Jahre alt und ausgebildete Erzieherin. Sie arbeitete zuvor als stellvertretende Teamleiterin in einer Kinderkrippe (vgl. den Lebenslauf, Urk. 15/13).

i) Die Gesuchsgegnerin besuchte die Kinder zunächst auch in der Schweiz nicht, bis sie am 28. Oktober 2012 für die Vergleichsverhandlung nach D. \_\_\_\_\_ reiste. Sie erklärte, dass für sie bis dahin die Gefahr bestanden habe, wegen der Verletzung der Haager Konvention strafrechtlich belangt zu werden (Urk. 31/24/1 S. 5). Der Gesuchsteller führte demgegenüber aus, dass der Rechtsvertreterin der Gesuchsgegnerin schon vor Monaten zugesagt worden sei, dass in der Schweiz keine Strafanzeige erstattet worden sei (Urk. 41 S. 21). Kontakte zwischen der Gesuchsgegnerin und den Kindern fanden zwischen dem 11. April und dem 28. Oktober 2012, mithin während mehr als eines halben Jahres, einzig via Skype-Videotelefonie statt. Über die Regelmässigkeit der Skype-Kontakte sind sich die Parteien nicht ganz einig. Die Konversationen fanden wohl, mit einigen Unterbrüchen, fast täglich statt. Die Gesuchsgegnerin wirft dem Gesuchsteller jedoch vor, die Skype-Kontakte oft unterbunden zu haben (Urk. 16 S. 9). Der Gesuchsteller bestritt dies und meinte, er habe lediglich nicht wollen, dass die Gesuchsgegnerin versuche, mit ihm Themen zu besprechen, welche nicht vor den Kindern besprochen werden sollten (Urk. 41 S. 7).

j) Uneinig sind sich die Parteien auch über den psychischen Gesundheitszustand der Gesuchsgegnerin in dieser Zeit. Während die Gesuchsgegnerin in der Erstberufungsantwort vom 27. August 2012 ausführte, ihr gehe es inzwischen wieder gut (Urk. 16 S. 17), machte der Gesuchsteller gleichzeitig geltend, dass sich der Gesundheitszustand der Gesuchsgegnerin nicht gebessert habe (Urk. 13 S. 6). Die Gesuchsgegnerin versuchte ihren Standpunkt dadurch zu untermauern, dass sie sich inzwischen drei psychologischen bzw. psychiatrischen Begutachtungen unterzogen habe und zuletzt am 11. Juli 2012 eine einwandfreie Bewertung ihrer psychischen Verfassung erhalten habe (Urk. 16 S. 6). Der Gesuchsteller stützte sich hingegen vor allem auf Email und SMS-Nachrichten der Gesuchsgegnerin, die er zu den Akten reichte (Urk. 15/18-36). Neben den "Diagnosen", die ihn selbst betreffen, habe die Gesuchsgegnerin neuerdings Borderline sowie einen irren Blick bei seiner Mutter "diagnostiziert". Selbstverständlich leide seine Mutter nicht an einer Borderline-Störung und auch ihr Blick sei völlig normal. Hinsichtlich eines seiner Arbeitskollegen habe die Gesuchsgegnerin ebenfalls eine neue psychische Erkrankung "diagnostiziert". Sie wolle Anzeichen einer dissozia-

tiven Störung gekennzeichnet durch einen Mangel an emotionaler Intelligenz festgestellt haben. Bei einer weiteren Berufskollegin von ihm habe die Gesuchsgegnerin eine Essstörung "ferndiagnostiziert". Der Gesuchsteller führt weitere Beispiele sowie Stellungnahmen von diversen Personen an, die seiner Meinung nach dafür sprechen, dass die Gesuchsgegnerin nach wie vor gravierende psychische Probleme habe (Urk. 13 S. 7 ff.).

k) Für die Vergleichsverhandlung vom 1. November 2012 reiste die Gesuchsgegnerin zusammen mit ihrer Assistentin N.\_\_\_\_\_ sowie deren Freund O.\_\_\_\_\_ am 28. Oktober 2012 in die Schweiz. Am 31. Oktober 2012 liess die Gesuchsgegnerin dem Gericht durch ihre Rechtsvertreterin mitteilen, dass sie sich entschlossen habe, wieder in der Schweiz zu leben (vgl. Urk. 27). Noch am 8. Oktober 2012 hatte die Gesuchsgegnerin gegenüber den Behörden der Stadt D.\_\_\_\_\_ erklärt, dass sie am 28. März 2012 aus der Schweiz weggezogen sei und nun in ... in H.\_\_\_\_\_ lebe (Urk. 28/1 = 49/1). Zwei Tage später, am 10. Oktober 2012, hatte sie in H.\_\_\_\_\_ eine Scheidungsklage eingereicht (Urk. 28/2). Nun wollte die Gesuchsgegnerin sogar die eheliche Wohnung an der ...strasse ... für sich beanspruchen (vgl. Urk. 31/24/1 S. 17 f.). Während ihres Aufenthalts in D.\_\_\_\_\_ konnte die Gesuchsgegnerin die Kinder jeden Abend an der ...strasse ... besuchen. Sie wurde dabei jeweils von O.\_\_\_\_\_ begleitet. Die Gesuchsgegnerin führte dazu aus, der Gesuchsteller habe sie die Kinder nur für zwei Stunden am Ende jedes Werktages sehen lassen. Es sei gewesen, als ob sie ihn und nicht die Kinder habe besuchen dürfen (Urk. 39). Der Gesuchsteller erklärte demgegenüber, dass der Eindruck entstanden sei, dass sich die Gesuchsgegnerin von den Kindern bereits emotional sehr stark zurückgezogen habe. Sie habe sich kaum um die Kinder gekümmert und wenn, dann oft nicht in dem Kindeswohl entsprechender Weise (Urk. 41 S. 10).

l) Am 7. November 2012 suchte die Gesuchsgegnerin in Begleitung von N.\_\_\_\_\_ und O.\_\_\_\_\_ die Quartierwache ... der Stadtpolizei Zürich auf. Sie wollte, dass die Polizei eine angebliche Drohung des Gesuchstellers protokolliere. An einem Strafverfahren gegen den Gesuchsteller habe sie kein Interesse. Daraufhin wurde die Gesuchstellerin gebeten, sich die Sache noch einmal zu überlegen.

Tags darauf erschien die Gesuchsgegnerin erneut auf der Wache und gab die angebliche Drohung des Gesuchstellers vom 25. März 2012 zu Protokoll, die sie auch im vorliegenden Verfahren bereits mehrfach erwähnt hatte: Der Gesuchsteller habe gesagt, er habe einen Mörder in sich. Dieser sei gegen sie und gegen ihn gerichtet. Der Mörder würde entscheiden, was das Beste für die Kinder sei, also ob er sie oder ihn töten wolle. Auf die Frage des einvernehmenden Polizisten, ob der Gesuchsteller eine zweite Drohung ausgesprochen habe, führte die Gesuchsgegnerin aus, dass sie am 31. Oktober 2012 mit O.\_\_\_\_\_ auf Besuch an der ...strasse gewesen sei. An diesem Abend um circa 19.30 Uhr habe sie den Gesuchsteller gefragt, ob er sich daran erinnern könne, dass er gesagt habe, dass er denjenigen töten könne, der ihm seine Kinder wegnehmen würde. Er habe geantwortet, dass das stimme. O.\_\_\_\_\_ bestätigte als Auskunftsperson gegenüber der Polizei, die fragliche Unterhaltung – so wie sie die Gesuchsgegnerin geschildert hatte – mitgehört zu haben. Die Stadtpolizei rapportierte darauf an die Staatsanwaltschaft und informierte die Vormundschaftsbehörde (Urk. 36). Letztere leitete den Polizeirapport an die erkennende Kammer weiter (Urk. 35). Der Gesuchsteller wurde von der Polizei nicht befragt. In seiner Stellungnahme vom 6. Dezember 2012 bestritt er, die angebliche Drohung vom 25. März 2012 gegenüber der Gesuchsgegnerin zugegeben zu haben. Er führte aus, dass er der Gesuchsgegnerin, wie immer, widersprochen habe und ihr noch einmal gesagt habe, was er damals im März tatsächlich gesagt habe, nämlich, dass er alles tun würde, um seine Kinder vor jedermann zu schützen, der ihnen schaden wolle. Er sei noch dabei gewesen, dies zu sagen, als die Gesuchsgegnerin laut ausgerufen habe: "Thank you", als ob er gerade ihre Vorwürfe bestätigt hätte, was er tatsächlich nicht getan habe. O.\_\_\_\_\_ habe entweder nicht zugehört oder sei durch die Reaktion der Gesuchsgegnerin verwirrt gewesen (Urk. 41 S. 27).

m) Nach zwei Wochen in D.\_\_\_\_\_ flog die Gesuchsgegnerin am 10. November 2012 bereits wieder zurück nach H.\_\_\_\_\_. Sie erklärte, dass sie so lange in D.\_\_\_\_\_ geblieben sei, wie sie von ihren Kreditkarten habe leben können. Ihr Haus an der ... Avenue in ... [Haus in H.\_\_\_\_\_] habe sie aufgegeben. Es sei ein teures Ferienhaus gewesen. Sie sei in ein grösseres, weniger teures Haus in der Nähe ihrer Schwester gezogen. Das Haus verfüge über ein Gästezimmer für

E.\_\_\_\_\_ und eines für F.\_\_\_\_\_. Sie werde weibliche Mitbewohnerinnen haben, um die Mietkosten auszugleichen. Ihre Adresse werde sie nicht bekannt geben, da der Gesuchsteller weithin ihr Leben bedrohe (Urk. 39).

n) Ihre Furcht vor dem Gesuchsteller begründet die Gesuchsgegnerin hauptsächlich mit der angeblichen Drohung vom 25. März 2012 (und der angeblichen Bestätigung vom 31. Oktober 2012). Ausserdem schreibt sie in ihrer persönlichen Stellungnahme vom 1. November 2012, dass ihr alle auf dem Gebiet psychischer Krankheiten Tätigen, mit denen sie die Situation besprochen hätte, empfohlen hätten, den Kontakt zum Gesuchsteller zu minimieren. Das sei wichtig, da er sie nicht auf eine beständige und liebevolle Weise behandelt habe und sie sich um ihn herum nicht immer sicher fühle (Urk. 31/24/1 S. 17). In ihrer Dokumentation "Anzeichen der Haushaltsgewalt" erwähnt sie, dass der Gesuchsteller sie circa im November 2010 mit einem Wäschekorb geschoben (gemeint wohl: geschubst) habe, damit sie ihre Wohnung nicht habe verlassen können. Weiter führt sie an, dass er ihr zweimal im November 2010 gesagt habe, dass er sie schlagen wolle, und dass er im September 2009 in ... schnell und rücksichtslos gefahren sei (Urk. 31/24/6). Der Gesuchsteller verweist demgegenüber immer wieder auf die persönliche Stellungnahme der Gesuchsgegnerin zuhanden der Vorinstanz vom 15. Mai 2012. Darin hielt die Gesuchsgegnerin fest: "Bitte lassen Sie mich klar sagen, mein Mann hat noch nie ein Haar auf meinem Kopf verletzt. Er hat mich nie geschlagen, hat mich nicht verletzt oder beschimpft." Die Gesuchsgegnerin fügte allerdings sogleich an, dass seine Worte sie trotzdem verängstigt hätten und sie gedacht habe, vielleicht meine er es ernst (Vi Urk. 18/13).

o) Die Gesuchsgegnerin sorgt sich zudem weiterhin um die geistige Gesundheit des Gesuchstellers. Sie befürchtet, dass dieser an einer bipolaren Störung (manisch-depressive Erkrankung) leiden könnte. Der Gesuchsteller bestreitet, psychisch krank zu sein. Er wurde offenbar noch nie dahingehend untersucht. Die Gesuchsgegnerin stützt ihre Vermutungen auf eigene Abklärungen im Internet. Zudem weist sie auf eine angebliche genetische Prädisposition hin: Der Grossvater des Gesuchstellers habe an einer Hirnkrankheit gelitten; der Vater des Gesuchstellers habe manische Symptome gezeigt und ein halbes Duzend Medi-

kamente gegen Angstzustände und Depressionen eingenommen (vgl. Urk. 31/24/1 S. 3 ff.). Die Gesuchsgegnerin macht sodann geltend, dass der Gesuchsteller suizidgefährdet sei, was dieser ebenfalls bestreitet. Sie stützt sich dabei auf die angebliche Drohung vom 25. März 2012 sowie eine angebliche Äusserung des Gesuchstellers vom 11. April 2012, wonach er mehrmals pro Jahr ernsthaft erwäge, Suizid zu begehen (vgl. Urk. 31/24/1 S. 15 f.). Der Gesuchsteller bestritt auch diese Äusserung.

p) Hinsichtlich der geistigen Gesundheit der Gesuchsgegnerin führte der Gesuchsteller zuletzt aus, dass er, insbesondere aufgrund seiner eigenen Beobachtungen während der zweiwöchigen Anwesenheit der Gesuchsgegnerin in D.\_\_\_\_\_, davon ausgehe, dass diese nach wie vor unter erheblichen psychischen Problemen leide (Urk. 41 S. 10).

2. a) Das mit der "Regelung des Getrenntlebens" (Marginalie zu Art. 176 ZGB) befasste Eheschutzgericht trifft nach den Bestimmungen über die Wirkungen des Kindesverhältnisses die nötigen Massnahmen, wenn die Ehegatten unmündige Kinder haben (Art. 176 Abs. 3 ZGB). Für die Zuteilung der Obhut an einen Elternteil gelten grundsätzlich die gleichen Kriterien wie im Scheidungsfall. Massgebend bei der vorzunehmenden Beurteilung ist damit das Kindeswohl und alle dafür wichtigen Umstände. Im Einzelfall ist es schwierig festzustellen, was das Kindeswohl erfordert, denn das Kind hätte es zumeist nötig, zu beiden Elternteilen intensiv und konstant die Beziehung aufrecht erhalten zu können (BGE 117 II 354 E. 3). In grundsätzlicher Hinsicht folgt aus der Maxime des Kindeswohls, dass nicht das Interesse der Eltern, sondern dasjenige des Kindes für die Zuteilung massgebend ist (Sutter/Freiburghaus, Kommentar zum neuen Scheidungsrecht, Zürich 1999, Art. 133 ZGB N 10).

b) Das Bundesgericht hat im Übrigen versucht, eine gewisse Hierarchie in die Zuteilungskriterien zu bringen. Demnach muss vorab die Erziehungsfähigkeit der Eltern geklärt werden. Ist diese bei beiden Elternteilen gegeben, sind vor allem Kleinkinder und grundschulpflichtige Kinder demjenigen Elternteil zuzuteilen, der die Möglichkeit hat und dazu bereit ist, sie persönlich zu betreuen. Erfüllen beide Elternteile diese Voraussetzung ungefähr in gleicher Weise, kann die Stabi-

lität der örtlichen und familiären Verhältnisse ausschlaggebend sein. Unter Umständen kann die Möglichkeit der persönlichen Betreuung auch dahinter zurücktreten. Schliesslich ist – je nach Alter der Kinder – ihrem eindeutigen Wunsch Rechnung zu tragen. Diesen Kriterien lassen sich die weiteren Gesichtspunkte zuordnen, namentlich die Bereitschaft eines Elternteils, mit dem anderen in Kinderbelangen zusammenzuarbeiten oder die Forderung, dass eine Zuteilung der Obhut von einer persönlichen Bindung und echter Zuneigung getragen sein sollte (vgl. BGE 115 II 209 E. 4a; 115 II 319 ff. E. 2 und 3; 117 II 354 f. E. 3; 136 I 180 f. E. 5.3).

3. a) Die Vorinstanz fällt ihre Entscheid, als sich die Kinder in den USA beim Bruder des Gesuchstellers befanden. Sie erwog zusammengefasst, dass es die Faktenlage noch nicht zulasse, einem Elternteil die alleinige Obhut zuzuweisen. Vielmehr seien zuerst bei beiden Elternteilen die entsprechenden medizinischen und psychologischen Abklärungen zur Erziehungsfähigkeit vorzunehmen und die weitere Entwicklung des Gesundheitszustands der Gesuchsgegnerin zu beobachten. Bis dahin schienen die Kinder beim Bruder des Gesuchstellers gut aufgehoben zu sein. Nach dem Hin und Her der letzten Wochen schein es sinnvoll, die Kinder bis zur weiteren Klärung der Sachlage an Ort und Stelle zu belassen. Allfällige mit der einstweiligen Nichtzuteilung der Obhut verbundene Unzulänglichkeiten bzw. Schwierigkeiten seien dabei einstweilen in Kauf zu nehmen. Schliesslich sei darauf hinzuweisen, dass der Gesuchsteller ein Rückführungsgesuch nach dem Haager Übereinkommen über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung gestellt habe. Die Zuteilung der elterlichen Obhut bereits im jetzigen Zeitpunkt könne jenes Verfahren präjudizieren oder zu widersprüchlichen Entscheiden führen. Es bleibe abzuwarten, ob die US-amerikanischen Behörden die Rückführung anordneten (Urk. 2 S. 11 ff.).

b) Der vorinstanzlichen Auffassung, wonach zuerst bei beiden Elternteilen medizinische und psychologische Abklärungen zur Erziehungsfähigkeit vorzunehmen seien, bevor einem Elternteil die alleinige Obhut zugewiesen werden könne, kann so nicht gefolgt werden. Vorsorgliche Massnahmen regeln das in der Hauptsache umstrittene Rechtsverhältnis für die Dauer des Verfahrens. Sie müs-

sen daher wesentlich schneller erlassen werden als das Urteil in der Hauptsache. Dies wird dadurch erreicht, dass einerseits das Verfahren abgekürzt wird, und andererseits, indem weniger Beweise erhoben werden. Das Beweismass reduziert sich auf die Glaubhaftmachung (Kaufmann, DIKE-Komm., Art. 254 ZPO N 11). Das Gericht hat daher bei der vorsorglichen Regelung der Obhut auf die Vorbringen der Parteien sowie auf die bereits vorhandenen Beweismittel abzustellen. Langwierige Abklärungen, etwa durch kinderpsychologische oder kinderpsychiatrische Gutachten, sollten auch im Streitfall nicht die Regel sein, sondern nur angeordnet werden, wenn besondere Umstände vorliegen (ZK-Bräm/Hasenböhler, Art. 176 ZGB N 90).

c) Auch die Befürchtung der Vorinstanz, es hätte im Rahmen der vorsorglichen Massnahmen allenfalls ein Entscheid ergehen können, der zu demjenigen der amerikanischen Gerichte im Rückführungsstreit nach dem Haager Kindesentführungsübereinkommen in Widerspruch gestanden wäre, kann (auch aus damaliger Perspektive) nicht geteilt werden: Ziel des Übereinkommens ist es, die sofortige Rückgabe widerrechtlich in einen Vertragsstaat verbrachter oder dort zurückgehaltener Kinder sicherzustellen, und zu gewährleisten, dass das in einem Vertragsstaat bestehende Sorge- und Besuchsrecht in den anderen Vertragsstaaten tatsächlich beachtet wird (Art. 1 HKÜ). Aufgabe der im Obhutsstreit zuständigen schweizerischen Gerichte ist es, das Aufenthaltsbestimmungsrecht als Teilgehalt des bestehenden, gemeinsamen Sorgerechts bei Uneinigkeit der Eltern zu regeln.

d) Eine gemeinsame Obhut erscheint sodann vorliegend von vornherein nicht als sinnvoll. Daran ändert auch der Verweis der Vorinstanz auf ZR 103 Nr. 25 nichts. Die erkennende Kammer hatte damals in einem Eheschutzentscheid festgehalten, dass ein gemeinsamer Antrag beider Ehegatten grundsätzlich zwingendes Erfordernis für die Belassung der gemeinsamen Obhut sei. In einem *obiter dictum* wurde angefügt, dass dies nicht ausschliesse, dass eine gemeinsame Obhut als vorsorgliche Massnahme auch ohne gemeinsamen Antrag angeordnet werden könne, was aber unter dem Gesichtspunkt des Kindeswohls und insbesondere nach dessen Kriterium der Kontinuität der Verhältnisse regelmässig voraussetze, dass einerseits bis anhin das Kind tatsächlich von beiden

Ehegatten massgeblich betreut worden sei und andererseits nicht bereits absehbar sei, wem die Obhut zuzuteilen sein werde. Das Gesagte darf nicht so verstanden werden, dass eine gemeinsame Obhut stets angezeigt ist, wenn die Verhältnisse für eine definitive Zuteilung noch zu wenig klar erscheinen. Die vorsorgliche Kinderzuteilung muss nicht auf eine dauerhafte Lösung ausgerichtet sein und kann jederzeit und verhältnismässig einfach neuen Erkenntnissen und Gegebenheiten angepasst werden. Auch die gemeinsame Obhut als vorsorgliche Massnahme hat dem Kindeswohl zu entsprechen. Die erwünschte Kontinuität kann damit nur gewährleistet werden, sofern es den Ehegatten auch tatsächlich möglich ist, die Kinder weiterhin gemeinsam zu betreuen. Dies ist dann nicht der Fall, wenn sich deren Lebensmittelpunkte – wie vorliegend – auf verschiedenen Kontinenten befinden.

4. a) An der Erziehungsfähigkeit des Gesuchstellers bestehen kaum ernsthafte Zweifel. Es gelang der Gesuchstellerin nicht, glaubhaft darzutun, dass der Gesuchsteller an einer bipolaren Störung leidet und suizidgefährdet ist. Die Sorgen der Gesuchsgegnerin um die geistige Gesundheit des Gesuchstellers scheinen zwar echt zu sein. Sie gründen aber grösstenteils auf ihren eigenen Mutmassungen; objektive Anhaltspunkte liegen nicht vor. Es besteht auch kein Anlass für weitere diesbezügliche Abklärungen. Im Übrigen legt die Gesuchsgegnerin nicht im Ansatz dar, inwiefern die angebliche psychische Krankheit des Gesuchstellers seine Erziehungsfähigkeit konkret beeinträchtigen sollte. Dass der Gesuchsteller ein Alkohol- und Drogenproblem habe, konnte die Gesuchsgegnerin ebenfalls nicht glaubhaft machen. Der Gesuchsteller reichte in diesem Zusammenhang ein vom 3. Dezember 2012 datierendes Zeugnis von Dr. med. J. \_\_\_\_\_ ein, wonach er sich im November 2012 einem Blut- und Urintest unterzogen habe. Es fehlten – so der Arzt – Anzeichen für einen übermässigen, chronischen Alkoholkonsum und das Drogen-Screening sei negativ gewesen (Urk. 43/6). Auch die angebliche Drohung des Gesuchstellers vom 25. März 2012 ist keineswegs erstellt. Die Aussagen der Parteien stehen sich gegenüber. Daran ändern auch der angebliche Vorfall vom 31. Oktober 2012 und die Aussage von O. \_\_\_\_\_ nichts. O. \_\_\_\_\_ respektive dessen Freundin sind finanziell von der Gesuchsgegnerin abhängig. Der Gesuchsteller lieferte sodann seinerseits eine plausible Darstellung des Gesprächs

vom 31. Oktober 2012. Selbst wenn sich der Gesuchsteller am 25. März 2012 tatsächlich so geäußert haben sollte, wie die Gesuchsgegnerin dies schilderte, handelte es sich um einen einmaligen Vorfall. Dass der Gesuchsteller je eine Gefahr für die Kinder dargestellt hätte, wurde ferner nie behauptet. In Bezug auf die Kooperationsfähigkeit des Gesuchstellers ist festzuhalten, dass zumindest nicht geltend gemacht wurde, der Gesuchsteller hätte Kontakte der Gesuchsgegnerin zu den Kinder aktiv verhindert. Dass der Gesuchsteller mit den Kindern sobald als möglich in die Schweiz zurückkehrte und mit ihnen nicht noch zuerst die Gesuchsgegnerin in H. \_\_\_\_\_ besuchte, ist durchaus verständlich, nachdem sich die Gesuchsgegnerin mit sämtlichen juristischen Mitteln gegen eine Rückführung der Kinder gewehrt hatte. Bezüglich der Skype-Kontakte ist nicht glaubhaft, dass der Gesuchsteller diese über Gebühr einschränken würde; immerhin scheinen die Konversationen einigermaßen regelmässig stattgefunden zu haben.

b) Hinsichtlich der Gesuchsgegnerin ist zunächst erstellt, dass es ihr Ende März und anfangs April 2012 gesundheitlich nicht gut ging. Ohne Weiteres verständlich ist zudem, dass sie die Trennung von ihren Kindern zusätzlich stark belastete. Für die Beurteilung der Erziehungsfähigkeit der Gesuchsgegnerin im heutigen Zeitpunkt käme den Vorfällen im März und April dieses Jahres ohnehin keine entscheidende Bedeutung zu, wenn heute mit Sicherheit gesagt werden könnte, dass sich der Gesundheitszustand der Gesuchsgegnerin wieder normalisiert habe. Der Gesuchsteller behauptet nun aber das Gegenteil. Vorab festzuhalten ist, dass Erklärungen von Freunden und Verwandten, wie sie beide Parteien zuhauf einreichen, grundsätzlich keine Bedeutung zukommt; solche haben in etwa den Wert einer Parteibehauptung. Was die psychologischen bzw. psychiatrischen Beurteilungen anbelangt, welche die Gesuchsgegnerin einreichte, so ist zu sagen, dass auch diesen keinen grossen Wert zukommt. Die Gutachter sind nicht unabhängig und die Beurteilungen basieren offensichtlich zu einem grossen Teil auf den Aussagen der Gesuchsgegnerin. Die vom Gesuchsteller angeführten Emails und SMS-Nachrichten der Gesuchsgegnerin wären sodann je für sich allein kaum der Rede wert. Es ist in einem gewissen Masse auch nachvollziehbar, dass die Gesuchsgegnerin situationsbedingt nicht immer den passenden Ton traf. Es entsteht allerdings ein Gesamtbild. Dieses zeigt eine Gesuchsgegnerin, die zwar ihre

eigenen Ängste kaum kritisch hinterfragt, andere Personen aber vorschnell als psychisch krank definiert. Die Gesuchsgegnerin hat sich auch nicht weiter zu den letzten Vorwürfen des Gesuchstellers geäußert. Ihre persönlichen Eingaben bestätigen vielmehr das von ihr gezeichnete Bild. Auch wenn sich aufgrund der Aktenlage schwerlich beurteilen lässt, ob die Gesuchsgegnerin tatsächlich an einer psychischen Störung leidet, wie der Gesuchsteller geltend macht, verbleiben an ihrer Erziehungsfähigkeit im jetzigen Zeitpunkt Zweifel.

c) Das Kriterium der persönlichen Betreuung würde an sich für die Gesuchsgegnerin sprechen. Sie erwähnte zwar, dass sie ihr eigenes Unternehmen im Bereich der sozialen Medien gegründet habe. Ob sie damit bereits operativ tätig ist, ist jedoch unklar. Sie erklärte sich zudem stets bereit, die Betreuung der Kinder zu übernehmen, wie sie dies auch schon während des Zusammenlebens der Parteien getan hatte. Der Gesuchsteller mag demgegenüber als Universitätsprofessor zwar gewisse Freiheiten genießen, was die Arbeitsgestaltung angeht. Seine Lehr- und Forschungstätigkeit lässt sich aber sicher nicht mit einer umfassenden persönlichen Betreuung der Kinder vereinbaren. Dies zeigt sich im Übrigen auch daran, dass E.\_\_\_\_\_ heute einen Ganztageskindergarten besucht und F.\_\_\_\_\_ von einer Vollzeit-Nanny betreut wird. Umgekehrt kann nicht ausser Betracht bleiben, dass sich die Gesuchsgegnerin trotz ihren Erklärungen, sich persönlich um die Kinder kümmern zu wollen, in den vergangenen acht Monaten lediglich zwei Wochen in der Schweiz aufhielt, wo ihre Kinder leben.

d) Ein grundsätzlicher Vorrang der Mutter ist auch bei der Zuteilung von Kleinkindern auf jeden Fall dann zu verneinen, wenn das Kind – wie vorliegend – neben der Mutter auch vom Vater intensiv betreut worden ist (vgl. BGE 117 II 353). Während des Zusammenlebens der Parteien war zwar die Gesuchsgegnerin die primäre Bezugsperson der Kinder. Seit nunmehr acht Monaten hat hingegen der Gesuchsteller diese Rolle übernommen. Die Gesuchsgegnerin hatte – abgesehen von ihrem zweiwöchigen Aufenthalt in D.\_\_\_\_\_ – nur via Videotelefonie Kontakt zu den Kindern. Insbesondere das Kleinkind F.\_\_\_\_\_ dürfte heute zum Gesuchsteller eine ebenso starke Bindung entwickelt haben, wie zur Gesuchsgegnerin. Dass die Gesuchsgegnerin fast keinen Kontakt mehr zu den Kin-

dem hatte, hat sie sich grösstenteils selbst zuzuschreiben. Es war ihre eigene Entscheidung, in H. \_\_\_\_\_ zu bleiben bzw. dahin zurückzukehren. Sie stellte damit ihre eigenen Bedürfnisse über diejenigen der Kinder. Die Kinder hätten es nämlich nötig, zu beiden Elternteilen persönliche Kontakte pflegen zu können. Nicht überzeugend ist das Argument der Gesuchsgegnerin, sie habe sich vor einer Gefängnisstrafe in der Schweiz gefürchtet. Der Straftatbestand des Entziehens von Unmündigen ist zwar mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren bedroht; als mutmassliche Ersttäterin hätte die Gesuchsgegnerin unter den gegebenen Umständen aber kaum mehr als eine bedingte Geldstrafe zu befürchten gehabt. Art. 220 StGB ist zudem als Antragsdelikt ausgestaltet und der Gesuchsteller hat glaubhaft erklärt, dass der Rechtsvertreterin der Gesuchsgegnerin zugesagt worden sei, dass in der Schweiz keine Strafanzeige erstattet worden sei. Die Kinder befinden sich nun seit einiger Zeit unter der faktischen Obhut des Gesuchstellers. Nach einer turbulenten Phase ist für die Kinder zumindest wieder etwas Ruhe eingeleitet. E. \_\_\_\_\_ besucht regelmässig einen Ganztageskindergarten; F. \_\_\_\_\_ wird tagsüber von einer ausgebildeten Erzieherin betreut. Der Gesuchsteller scheint sich im Rahmen seiner zeitlichen Möglichkeiten liebevoll und verantwortungsbewusst um die Kinder zu kümmern und bietet ihnen sichere und beständige Verhältnisse. Würde die Obhut über die Kinder der Gesuchsgegnerin übertragen, bedeutete dies für die Kinder einen Umzug nach H. \_\_\_\_\_; damit einhergehen würde die Trennung von sämtlichen aktuellen Bezugspersonen. Ferner hat die Gesuchsgegnerin nun bereits mehrfach spontan ihren Aufenthaltsort gewechselt, weshalb es als fraglich erscheint, ob sie derzeit in der Lage ist, den Kindern ein stabiles Umfeld zu bieten. Im Rahmen vorsorglicher Massnahmen besteht keine Veranlassung, die Lebensumstände der Kinder erneut und ohne Not zu verändern. Insofern ist einstweilen das Kriterium der Stabilität der Verhältnisse über dasjenige der Möglichkeit der persönlichen Betreuung zu stellen.

e) Nach dem Gesagten ist die Obhut über die Kinder E. \_\_\_\_\_ und F. \_\_\_\_\_ für die Dauer des Eheschutzverfahrens dem Gesuchsteller zuzuteilen.

5. a) Eltern denen die elterliche Sorge oder Obhut nicht zusteht, und das unmündige Kind haben gegenseitig Anspruch auf angemessenen persönlichen

Verkehr (Art. 273 Abs. 1 ZGB). Dessen Bemessung hat aufgrund der konkreten Umstände zu erfolgen und auf die Bedürfnisse des Kindes sowie die Bedürfnisse und Möglichkeiten beider Eltern Rücksicht zu nehmen (ZK-Bräm/Hasenböhler, Art. 176 ZGB N 105). Es gilt somit an erster Stelle Alter, körperliche und geistige Gesundheit sowie die innere Beziehung des Kindes zum nicht obhutsberechtigten Elternteil zu berücksichtigen (BGE 122 III 412). Sodann sind Persönlichkeit, Wohnort, Freizeit, Umgebung und Beziehung des nicht obhutsberechtigten Elternteiles zum Kind sowie die Situation des obhutsberechtigten Elternteiles zu berücksichtigen (Hegnauer, Grundriss des Kindesrechts, 5. Auflage, Bern 1999, Rz 19.09).

b) Die Gesuchsgegnerin erwähnt in ihrer Eingabe vom 1. Dezember 2012, dass sie ihre Niederlassungsbewilligung verloren habe. Dies bedeute leider, dass sie die Kinder in der Schweiz nur zweimal pro Jahr besuchen könne. Wohl im Sinne eines Eventualantrags, für den Fall, dass die Obhut dem Gesuchsteller zugeweiht werden sollte, beantragt sie sodann, dass die Kinder sie während ihrer Winter- und Sommerferien in H. \_\_\_\_\_ besuchen sollten. Ihr Vater habe sich bereit erklärt, die Kinder von und nach D. \_\_\_\_\_ zu transportieren. Sie könne die Kinder in Europa während deren Schuljahr besuchen (Urk. 39). Der Gesuchsteller hat sich zu einem allfälligen Besuchsrecht nicht geäußert.

c) Aufgrund der vorliegenden Umstände kommt ein gerichtsübliches Besuchsrecht derzeit nicht in Frage. Es ist der Gesuchsgegnerin nicht möglich, die Kinder regelmässig zu sich auf Besuch zu nehmen. Ihr ist hingegen ein grosszügiges Besuchsrecht während der Schulferien zu gewähren. Insbesondere in Bezug auf das Kleinkind F. \_\_\_\_\_ ist dabei zu bedenken, dass die zwangsläufig längeren Kontaktunterbrüche es schwierig machen werden, die innere Beziehung zur besuchsberechtigten Gesuchsgegnerin aufrecht zu erhalten. F. \_\_\_\_\_s wichtigste Bezugspersonen sind zur Zeit der Gesuchsteller sowie die Nanny M. \_\_\_\_\_; von diesen sollte er nicht für längere Zeit getrennt werden. Die Ausübung des Besuchsrechts ist daher einstweilen auf die Schweiz zu beschränken. Damit kann auch der nicht ganz auszuschliessenden Gefahr einer erneuten Kindesentführung am ehesten begegnet werden. Die Gesuchsgegnerin verfügt sodann in der

Schweiz über keine eigene Wohnung. Da beide Kinder noch sehr jung sind, wäre es nicht kindsgerecht, wenn die Gesuchsgegnerin mit ihnen während längerer Zeit in Hotels übernachten würde. Von einem Besuchsrecht mit Übernachtung ist daher vorderhand abzusehen.

d) Der Gesuchsgegnerin ist somit ein Besuchsrecht während der Schulferien von insgesamt fünf Wochen pro Jahr einzuräumen. Das Besuchsrecht wird tagsüber und in der Schweiz auszuüben sein. Die Gesuchsgegnerin wird das Besuchsrecht drei Monate im Voraus mit dem Gesuchsteller abzusprechen haben. Sollten sich die Umstände im Verlaufe des Verfahrens verändern, wäre das Besuchsrecht dementsprechend anzupassen. Selbstverständlich bleibt es den Parteien stets unbenommen, weitergehende Besuche auf einvernehmlicher Basis abzusprechen.

#### **IV.**

Die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren ist in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit §§ 5 Abs. 1 und 8 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 5'500.– festzulegen. In familienrechtlichen Verfahren kann das Gericht die Prozesskosten nach Ermessen verteilen (Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO). Gemäss ständiger Praxis sind die Kosten des Verfahrens mit Bezug auf Kinderbelange – unabhängig vom Ausgang – den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen und die Parteientschädigungen wettzuschlagen, wenn die Parteien unter dem Gesichtspunkt des Kindesinteresses gute Gründe zur Antragstellung hatten (ZR 84 Nr. 41). Dies war vorliegend der Fall, weshalb entsprechend zu verfahren ist.

#### **Es wird erkannt:**

1. Die Kinder E.\_\_\_\_\_, geboren tt.mm.2007, und F.\_\_\_\_\_, geboren tt.mm.2011, werden für die Dauer des Eheschutzverfahrens unter die Obhut des Gesuchstellers gestellt.

2. Die Gesuchsgegnerin wird für die Dauer des Eheschutzverfahrens berechtigt erklärt, die Kinder in den Schulferien während insgesamt fünf Wochen pro Jahr tagsüber auf eigene Kosten zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen. Die Ausübung des Besuchsrechts wird auf die Schweiz beschränkt. Das Besuchsrecht ist mit dem Gesuchsteller drei Monate im Voraus abzusprechen.
3. Über die erstinstanzlichen Kosten- und Entschädigungsfolgen wird im Endentscheid befunden.
4. Die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren wird auf Fr. 5'500.– festgesetzt. Die Dolmetscherkosten betragen Fr. 225.–.
5. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt und mit den von ihnen geleisteten Vorschüssen verrechnet.
6. Für das Berufungsverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an das Einzelgericht im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 5. Abteilung, sowie an die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde der Stadt Zürich, ... [Adresse], je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

8. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG sowie ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG.

Es handelt sich um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit.  
Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.  
Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 11. Januar 2013

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. H. Dubach

versandt am: js