

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr. LP100068-O/U

Mitwirkend: die Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, und Dr. G. Pfister,
die Oberrichterin Dr. D. Scherrer sowie der Gerichtsschreiber
lic. iur. F. Rieke

Beschluss vom 8. November 2011

in Sachen

A. _____,

Beklagte und Rekurrentin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Kläger und Rekursgegner

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____

betreffend **Eheschutz (Obhut, Besuchsrecht, Unterhaltsbeiträge, etc.) /
vorsorgliche Massnahmen / Prozesskostenvorschuss / Beistandschaft**

**Rekurs gegen eine Verfügung des Einzelrichters im summarischen
Verfahren am Bezirksgericht Horgen vom 5. Mai 2010 (EE100012)**

Erwägungen:

I.

1. Die Parteien standen seit dem 4. Februar 2010 vor Vorinstanz im Eheschutzverfahren (Vi-Urk. 1). Darin stellten beide Parteien Anträge auf Anordnung vorsorglicher Massnahmen (Vi-Urk. Vi-Urk. 21, 24, 38 und 39). Mit Erstverfügung vom 5. Mai 2010 (Urk. 3 S. 78 f.) erliess die Vorinstanz vorsorgliche Massnahmen, wobei sie für die Dauer des Eheschutzverfahrens (u.a.) die beiden Kinder der Parteien unter die Obhut des Klägers stellte (Disp.-Ziff. 2), das Besuchsrecht der Beklagten regelte (Disp.-Ziff. 3), die Beklagte zum Verlassen der ehelichen Liegenschaft bis 20. Mai 2010 verpflichtete (Disp.-Ziff. 4) und den Kläger zu Unterhaltsleistungen von Fr. 45'000.-- pro Monat an die Beklagte verpflichtete (Disp.-Ziff. 5). Mit Zweitverfügung vom selben Datum regelte die Vorinstanz das Getrenntleben der Parteien im gleichen Sinne wie die vorsorglichen Massnahmen (wobei die Unterhaltsverpflichtung hier in Disp.-Ziff. 6 festgesetzt wurde; Urk. 3 S. 80 f.). Die beiden Verfügungen wurden unbegründet erlassen und in der begründeten Ausfertigung den Parteien am 14. September 2010 eröffnet.

2. Hiegegen haben beide Parteien je am 24. September 2010 Rekurs erhoben, wobei derjenige der Beklagten unter vorliegender Prozessnummer und derjenige des Klägers (der die Unterhaltsbeiträge und die vorinstanzlichen Kosten- und Entschädigungsfolgen betrifft) unter der Prozessnummer LP100069 angelegt wurde. Die Beklagte stellt folgende Rekursanträge (Urk. 2 S. 2-5):

- "1.1 Die aufschiebende Wirkung des Rekurses sei in Bezug auf die Ziff. 2, 3 und 4 wieder herzustellen.
- 1.2 In Bezug auf Ziff. 6 der Verfügung des Einzelrichters im summarischen Verfahren vom 5. Mai 2002 sei die aufschiebende Wirkung eines allfälligen Rekurses aufzuheben.
- 2.1 In Änderung von Ziff. 2 und 3 der vorsorglichen und für die Dauer des Verfahrens angeordneten Massnahmen seien die Kinder C._____, geb. tt.mm. 2003, und D._____, geb. tt.mm. 2007, für die Dauer des Rekursverfahrens unter die Obhut der Rekurrentin zu stellen.
- 2.2 Dem Rekursgegner sei während der Dauer des Rekursverfahrens das Recht einzuräumen, die Kinder jeden Mittwoch, von 15.00 Uhr, bis

Donnerstagmorgen, 8.15 Uhr, sowie an den Wochenenden der geraden Wochen von Freitag, 16.30 Uhr, bis Montag, 8.15 Uhr, auf eigene Kosten zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen.

Weiter sei der Rekursgegner zu berechtigen, während der Dauer des Verfahrens die Kinder jeden zweiten Tag der Doppelfeiertage Weihnachten (25. Dezember, 12.00 Uhr, bis 26. Dezember, 12.00 Uhr) und Neujahr (1. Januar, 12.00 Uhr, bis 2. Januar 12.00 Uhr) sowie in den geraden Jahren über die ganzen Osterfeiertage (Donnerstag, 16.30 Uhr, bis Dienstag, 8.15 Uhr) und in den ungeraden Jahren für die ganzen Pfingstfeiertage (Freitag, 16.30 Uhr, bis Dienstag, 8.15 Uhr) auf eigene Kosten zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen.

Ausserdem sei der Rekursgegner zu berechtigen, während der Dauer des Verfahrens die Kinder während den Schulferien für die Dauer von sechs Wochen pro Jahr auf eigene Kosten zu oder mit sich in die Ferien zu nehmen. Der Rekursgegner habe die Ausübung des Ferienrechtes mindestens drei Monate im Voraus anzumelden bzw. mit der Rekurrentin abzusprechen.

- 2.3 Eventualiter sei der Rekurrentin während der Dauer des Rekursverfahrens das Recht einzuräumen, die Kinder jedes zweite Wochenende von Freitag, 16.30 Uhr, bis Donnerstag, 8.15 Uhr, und in der anderen Woche jeweils jeden Mittwoch, von 15.00 Uhr, bis Donnerstag, 8.15 Uhr, auf eigene Kosten zu oder mit sich auf Besuch zu nehmen.
3. In Änderung von Ziff. 2 der Verfügung des Einzelrichters seien die Kinder C._____, geb. tt.mm 2003, und D._____, geb. tt.mm 2007, unter die Obhut der Mutter zu stellen.
4. In Änderung von Ziff. 3 der Verfügung des Einzelrichters sei der Vater berechtigt zu erklären, die Kinder jeden Mittwoch, 15.00 Uhr, bis Donnerstag, 8.15 Uhr, sowie an den Wochenenden der geraden Wochen von Freitag, 16.30 Uhr, bis Montag, 8.15 Uhr, auf eigene Kosten zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen.

Weiter sei der Vater zu berechtigen, die Kinder an jedem zweiten Tag der Doppelfeiertage Weihnachten (25. Dezember, 12.00 Uhr, bis 26. Dezember, 12.00 Uhr) und Neujahr (1. Januar, 12.00 Uhr, bis 2. Januar 12.00 Uhr) sowie in den geraden Jahren über die Osterfeiertage (Donnerstag vor Ostern, 16.30 Uhr, bis Dienstag nach Ostern, 8.15 Uhr) und in den ungeraden Jahren über die ganzen Pfingstfeiertage (Freitag vor Pfingsten, 16.30 Uhr, bis Dienstag nach Pfingsten, 8.15 Uhr) auf eigene Kosten zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen.

Ausserdem sei der Vater zu berechtigen, die Kinder während den Schulferien für die Dauer von sechs Wochen pro Jahr auf eigene Kosten zu oder mit sich in die Ferien zu nehmen. Der Vater hat die Ausübung des Ferienrechtes mindestens drei Monate im Voraus anzumelden bzw. mit der Mutter abzusprechen.

5. In Änderung von Ziff. 4 der Verfügung des Einzelrichters sei der Rekursgegner zu verpflichten, der Rekurrentin die Hälfte des Hausrates und des Mobiliars, die gesamte Kinderzimmereinrichtung, Kinderkleider, Kinderspielzeug usw. zur alleinigen Benützung zu übergeben.

Eventualiter sei der Rekursgegner zu verpflichten, der Rekurrentin einen Betrag von CHF 70'000.00 zur Anschaffung von Mobiliar zu bezahlen, zahlbar innerhalb von 10 Tagen seit Rechtskraft des Rekursentscheides.

6. In Ergänzung zu Ziff. 6 der Verfügung des Einzelrichters sei der Rekursgegner zu verpflichten, der Rekurrentin an den Unterhalt der Kinder zusätzlich einen Unterhaltsbeitrag von monatlich je CHF 3'500.00 zuzüglich aller Schulkosten und Kinderzulagen zu bezahlen, zahlbar monatlich im Voraus auf den Ersten des Monats.
7. Der Rekursgegner sei zu verpflichten, der Rekurrentin einen Prozesskostenvorschuss von CHF 70'000.00 zu bezahlen.
8. Die Anträge unter Ziff. 1 und 2 seien vorsorglich und für die Dauer dieses Rekursverfahrens anzuordnen.
9. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Rekursgegners."

3. Mit Verfügung des Kammerpräsidenten vom 8. Oktober 2010 wurde das Gesuch der Beklagten um Abänderung der vorsorglichen Massnahmen abgewiesen (Urk. 7). Am 4. November 2010 erfolgte eine Eingabe der Vormundschaftsbehörde Z. _____ (Urk. 11; den Parteien zugestellt, Urk. 13).

4. Am 15. November 2010 erstattete der Kläger fristgerecht die Rekursantwort, mit dem Antrag auf Abweisung der (nicht bereits mit der Präsidialverfügung vom 8. Oktober 2010 erledigten) Rekursanträge der Beklagten (Urk. 14).

5. Am 10. Januar 2011 nahm die Beklagte rechtzeitig zu den Noven in der Rekursantwort Stellung (Urk. 20). Weitere Eingaben der Parteien erfolgten am 24. Januar 2011 (Urk. 24), 9. März 2011 (Urk. 25), 15. März 2011 (Urk. 28), 30. März 2011 (Urk. 31), 4. April 2011 (Urk. 34), welche je der Gegenseite zugestellt wurden (Urk. 30, Urk. 41). Am 31. Mai 2011 und 3. Juni 2011 abgegebene Unterlagen der Beklagten direkt wurden deren Rechtsvertretern zufolge Nichterfüllung der Formerfordernisse retourniert (Urk. 42 und 44); eine weitere undatierte Eingabe der Beklagten direkt (Urk. 43, eingegangen am 3. Juni 2011) enthielt keine neue tatsächliche Behauptungen, zwei weitere datieren vom 6. und 7. Juni 2011 (Urk. 45 und 47), weitere – an den Kammerpräsidenten privat gesandte und von diesem retournierte – vom 7. und 8. Juni 2011 (vgl. Urk. 51). Mit Zuschrift vom 3. Juni 2011 teilte die Rechtsvertreterin der Beklagten mit, dass sie diese

nicht mehr vertrete (Urk. 46). Am 6. Juni 2011 erfolgte eine Noveneingabe des Klägers (Urk. 48) samt einer Ergänzung am 20. Juni 2011 (Urk. 59). Die Beklagte nahm dazu am 9. Juni und 6. Juli 2011 Stellung (Urk. 52, Urk. 63). Weitere Eingaben der Beklagten erfolgten am 6. Juli 2011 (Urk. 63), 16. Juli 2011 (Urk. 68, 70 und 72), 18. Juli 2011 (Urk. 66), 1. August 2011 (Urk. 75), 11. August 2011 (Urk. 77), 17. August 2011 (Urk. 79), 23. August 2011 (Urk. 81 und 83), 25. August 2011 (Urk. 84), 30. August 2011 (Urk. 88), 31. August 2011 (Urk. 86) und 2. September 2011 (Urk. 90); alle diese Eingaben wurden je der Gegenpartei zugestellt (Urk. 95). Weitere Telefax-Eingaben der Beklagten gingen am 23. September 2011 (Urk. 96; beantwortet mit Schreiben vom 26. September 2011, Urk. 97), am 24. September 2011 (Urk. 98) und am 25. September 2011 (Urk. 99) ein. Zu einer Noveneingabe des Klägers vom 7. September 2011 (Urk. 92) nahm die Beklagte durch ihren neuen Rechtsvertreter am 3. Oktober 2011 Stellung (Urk. 100).

6. Die Vorinstanz hat auf Vernehmlassung verzichtet (Urk. 9).

II.

1. a) Am 1. Januar 2011 ist die neue eidgenössische Zivilprozessordnung in Kraft getreten. Gemäss deren Übergangsbestimmungen bleiben jedoch für das vorliegende Rekursverfahren die bisherige zürcherische Zivilprozessordnung und die bisherigen Bestimmungen des ZGB anwendbar (Art. 404 f. ZPO).

b) Wie eingangs erwähnt, hat auch der Kläger gegen die vorinstanzlichen Verfügungen vom 5. Mai 2010 Rekurs erhoben (angelegt unter der Prozess-Nummer LP100069). Die Themen der beiden Rekursverfahren überschneiden sich jedoch nur marginal; im vorliegenden Verfahren geht es primär um die Obhut, im Parallelverfahren primär um die vom Beklagten zu leistenden Unterhaltsbeiträge. Der Entscheid im Rekursverfahren LP100069 ist wohl vom Entscheid im vorliegenden Verfahren abhängig, umgekehrt jedoch nicht. Die beiden Rekursverfahren sind daher nicht zu vereinigen.

c) Hinsichtlich der vorinstanzlich verfügten vorsorglichen Massnahmen (Erstverfügung) ist klarzustellen, dass gegen diese kein Rekurs möglich ist; als einziges Rechtsmittel hätte die Nichtigkeitsbeschwerde offen gestanden (§§ 259, 271 f., 282 Abs. 1 ZPO), welche aber nicht ergriffen wurde. Dementsprechend ist die vorinstanzliche Erstverfügung vom 5. Mai 2010 betreffend vorsorgliche Massnahmen in Rechtskraft erwachsen und vollstreckbar.

d) Auch wenn der Prozessaufwand der Parteien beträchtlich erscheint, ist doch darauf hinzuweisen, dass das vorliegende Eheschutzverfahren im summarischen Verfahren geführt wird (§ 215 Ziff. 7 ZPO/ZH). Dies bedeutet unter anderem, dass der Sachverhalt nicht bis in alle Einzelheiten zu klären, sondern lediglich glaubhaft zu machen ist. Dazu gehört auch, dass auf die Vorbringen der Parteien nur soweit einzugehen ist, als sie entscheiderelevant sind, bzw. umgekehrt, dass auf all jene Vorbringen nicht (mehr) eingegangen zu werden braucht, die den bereits aufgrund von anderen Sachverhaltselementen getroffenen Entscheidung auch dann nicht mehr umzustossen vermöchten, wenn sie zutreffen würden (vgl. die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz, Urk. 3 S. 9, S. 14; § 161 GVG/ZH).

e) Die Beklagte hat im Rekursverfahren neu die Bestellung eines Prozessbeistands für die Kinder beantragt (Urk. 2 S. 5, S. 9 f., zuletzt Urk. 96). Im erstinstanzlichen Verfahren wurde solches von keiner der Parteien beantragt. Eine Kindesvertretung ist (nur) bei Vorliegen wichtiger Gründe anzuordnen (Art. 146 Abs. 1 aZGB, welche Bestimmung per analogiam bereits im Eheschutzverfahren herangezogen werden kann; FamKomm Scheidung / Schweighauser, 1. A., N 9-14 zu Art. 146 aZGB). Eine umstrittene Obhutszuteilung stellt für sich allein keinen solchen wichtigen Grund dar, ebensowenig der Umstand, dass eine Partei mit ihren diesbezüglichen Anträgen vor Erstinstanz nicht durchgedrungen ist; ein solcher liegt erst vor, wenn nach objektiverer Betrachtungsweise die Obhuts- und/oder Besuchsrechtsstreitigkeit von einer derartigen Intensität ist, dass von einem schweren Fall gesprochen werden muss. Dies ist vorliegend nicht der Fall. Auch wenn die Kinder durch das Verhalten der Beklagten (dazu unten Erw. 2.m) stärker als notwendig durch das Verfahren tangiert werden, liegt noch kein unge-

wöhnlich strittiges Verfahren vor. Auf die Bestellung einer Prozessvertretung für die Kinder ist daher zu verzichten.

f) Die Beklagte hat im Rekursverfahren die Anhörung des Sohnes beantragt, eventualiter eine kinderpsychologische Expertise (Urk. 2 S. 39, Anhörung zuletzt in Urk. 96 wiederholt). Der Sohn ist am tt.mm. 2011 acht Jahre alt geworden; eine Anhörung käme daher grundsätzlich in Frage. Allerdings ist der Sohn noch deutlich zu jung, um einen selbständigen Zuteilungswunsch äussern zu können (ohnehin hat die Beklagte nicht behauptet, dass die Kinder zu ihr kommen möchten, sondern spricht davon, dass sie die Kinder in ihrer Obhut haben wolle). Eine Befragung des Sohnes könnte daher nur zur Klärung beitragen, ob es ihm beim Vater gut gehe; dies ist aber durch andere Umstände hinreichend klar. Es ist auch nicht zu verkennen, dass ein Kind durch eine Anhörung noch mehr Teil des Verfahrens wird als sonst schon; die damit verbundenen Belastungen können vorliegend noch vermieden werden. Von einer Anhörung des Sohnes ist daher abzu- sehen. Die Notwendigkeit einer kinderpsychologischen Begutachtung wurde nicht näher dargelegt und ist auch nicht ersichtlich; es liegt kein pathologischer Fall vor und es besteht diesbezüglich kein Abklärungsbedarf (BGE v. 7. Juni 2010, 5A_22/2010, Erw. 4.1.2). Die Frage einer Anhörung der Kinder könnte allerdings im ab- sehbaren Scheidungsverfahren der Parteien Aktualität erlangen.

2. Obhut

a) Im vorliegenden Verfahren primär umstritten ist die Obhut über die bei- den Kinder der Parteien (der Sohn wurde am tt.mm. 2011 8 Jahre alt, die Tochter am tt.mm. 2011 4 Jahre alt). Die Vorinstanz erwog zusammengefasst, die Partei- en würden in ihren umfangreichen Vorbringen weitgehend das absolute Gegenteil der Gegenpartei behaupten. Sie würdigte sodann nebst den Zeugenaussagen des aktuellen und des zuvor angestellten Kindermädchens die Aussagen der Par- teien selber sowie eine Vielzahl von den Parteien eingereichter Urkunden. Auf- grund dieser Beweis- bzw. Glaubhaftmachungsmittel ging die Vorinstanz davon aus,

- dass das Fehlen einer *persönlichen Beziehung* zu den Kindern für keine der Parteien ernsthaft in Frage stehe,
- dass beide Parteien *erziehungsfähig* seien,
- dass der Kläger nicht zeitlich ein grosses Arbeitspensum zu absolvieren hatte bzw. viel reiste,
- dass dagegen die Beklagte tagsüber häufig ausser Haus und im letzten halben Jahr rund einen Drittel der Zeit ohne die Kinder im Ausland gewesen sei,
- dass es vor allem der Kläger sei, der die Freizeit mit den Kindern gestalte,
- dass es hauptsächlich der Kläger sei, der die Schulaufgaben mit dem Sohn erledigt habe, wogegen der Beitrag der Beklagten zur schulischen Förderung der Kinder von untergeordneter Natur erscheine,
- dass sich tagsüber ein Kindermädchen um die Kinder gekümmert habe,
- dass daher für die letzten vier bis fünf Monate eindeutig der Kläger als *Hauptbezugsperson* zu bezeichnen, aber auch für die Zeit davor er die engere Bezugsperson der Kinder gewesen sei,
- dass die nicht erwerbstätige Beklagte zwar im Gegensatz zum erwerbstätigen Kläger die Kinder tagsüber *persönlich betreuen* könnte, ihre Bereitschaft dazu jedoch eher zweifelhaft erscheine,
- dass bei beiden Parteien die Bereitschaft gegeben sei, den *Kontakt der Kinder zur Gegenpartei* zu gewährleisten.

Die Vorinstanz kam so zum Schluss, das Wohl der Kinder sei bei einer Zuteilung der Obhut an den Kläger in höherem Ausmass gewährleistet, was auch den bisher gelebten Verhältnissen, bei denen der Kläger die Hauptbezugsperson der Kinder gewesen sei, entspreche (Urk. 3 S. 16-47).

b) Was die Beklagte dagegen in ihrem Rekurs vorbringt, ist nicht geeignet, die einlässlichen vorinstanzlichen Erwägungen umzustossen:

c) Die Beklagte macht rekursweise geltend, sie könne als Nichterwerbstätige die Kinder vollumfänglich selber betreuen und sei dazu auch bereit, wogegen der Kläger zu weitaus mehr als 100%, auch abends, arbeitstätig und häufig im Ausland sei. Dass sie [die Beklagte] während der Trennungszeit mehr Reisen als gewöhnlich unternommen habe, sei auf die strittige Situation im ehelichen Haus

zurückzuführen gewesen. Sie habe die meiste Zeit ihres täglichen Lebens mit den Kindern verbracht und es sei nicht einzusehen, wieso die Kinder nun von morgens bis abends von Fremdpersonen betreut werden sollten (Urk. 2 S. 11 ff., auch S. 55).

Dem ist vorab entgegenzuhalten, dass beide Kinder in eine Tagesschule gehen, weshalb tagsüber ohnehin keine Betreuung durch einen Elternteil nötig oder sogar möglich ist. Die Vorinstanz hat es sodann als glaubhaft angesehen, dass der Kläger in der übrigen Zeit die Kinder vorwiegend persönlich betreuen könne. Dies wird von der Beklagten nicht grundsätzlich bestritten; dass es in einzelnen Fällen nicht der Fall sein mag (wegen geschäftlichen oder gesellschaftlichen Verpflichtungen), ändert hieran nichts. Dass der Kläger für solche Zeiten nicht für eine adäquate Betreuung sorgen würde, macht die Beklagte nicht geltend. Auch die Beklagte hat für solche Fälle – sie habe sich "ab und zu die Zeit nehmen [können], ins Fitness zu gehen und sonstige Beauty-Termine wahrzunehmen" (Urk. 2 S. 13) – jeweils auf das Kindermädchen zurückgegriffen und nimmt auch heute - während der Zeit ihrer Besuchrechtsausübung - teilweise die Dienste eines solchen in Anspruch (Urk. 25; was glaubhaft ist, z.B. Urk. 28, Urk. 29/1). Insofern wäre die (zeitliche) persönliche Betreuung bei der Beklagten in keiner Weise umfassender.

d) Die Beklagte bringt rekursweise verschiedene Einwände gegen das aktuelle Kindermädchen vor, namentlich dass dieses die Kinder schlage und offenbar bereits wieder gewechselt werden solle (Urk. 2 S. 14 f., Urk. 20 S. 13).

Da die Person eines allfälligen Kindermädchens nicht Teil des vorinstanzlichen Obhutsentscheides ist, gehen die entsprechenden Vorwürfe grundsätzlich ins Leere, ohne dass darauf eingegangen zu werden braucht, ob sie überhaupt glaubhaft gemacht worden wären (zu diesen Vorwürfen gegen das aktuelle Kindermädchen vgl. unten Erw. 4.c). Der Vorwurf, dass die Lebenspartnerin des Klägers ein neues Kindermädchen suche, was immer wieder neue Bezugspersonen zur Folge habe, geht schon deshalb fehl, weil gemäss dem angefochtenen Entscheid eben nicht das Kindermädchen Hauptbezugsperson der Kinder ist, son-

dem der Kläger; im Übrigen ist nicht nachvollziehbar, was ein Kindermädchen für dessen nicht beim Kläger lebende Partnerin [bzw. heute wohl: Ex-Partnerin] mit dem vorliegenden Fall zu tun haben soll.

Hinsichtlich des Kindermädchens ist im Übrigen festzustellen, dass die Kinder seit nunmehr rund zwei Jahren von derselben Person betreut werden. Nachdem die Kindermädchen schon während des Zusammenlebens der Parteien eine tragende Rolle in der Kinderbetreuung innegehabt hatten und es damals durchaus auch Wechsel in deren Person gab, spricht dieser Umstand nicht gegen die notwendige Stabilität in der Betreuung, sondern dafür, dass der Kläger bemüht ist, den Kindern ein konstantes Umfeld zu gewähren.

e) Die Beklagte macht rekursweise geltend, der Kläger verhalte sich nicht kooperativ, indem er über das vorinstanzlich festgesetzte Mass hinaus keine Kontakte der Beklagten zu den Kindern zulasse (Urk. 2 S. 16).

Abgesehen davon, dass diese Parteibehauptungen keineswegs als glaubhaft gemacht anzusehen sind, gehen diese Vorbringen schon deshalb ins Leere, weil es um zusätzliche, über das vorinstanzlich festgelegte Besuchsrecht hinaus gehende Kontakte geht, auf welche kein grundsätzlicher Anspruch besteht. Dass der Kläger der Beklagten den Kontakt im Rahmen des ihr zustehenden Besuchsrechts verweigern würde, macht diese nicht geltend; aufgrund der Vorbringen ist sogar eher das Gegenteil als – implizite – anerkannt anzusehen.

f) Die Beklagte macht rekursweise geltend, sie könne den Kindern im Gegensatz zum Kläger oder Drittpersonen alles geben, was diese bräuchten (Liebe, Geborgenheit, Zeit etc.), was von vielen Personen aus dem Umfeld der Parteien bestätigt werde (Urk. 2 S. 17 ff.); sie reicht dazu 55 Bestätigungen etc. zu den Akten (Urk. 6/22-76).

Die von der Beklagten hierzu eingereichten Bestätigungen sind, soweit sie überhaupt die massgebliche Zeit betreffen, als Parteibehauptungen anzusehen und damit grundsätzlich nicht geeignet, die entsprechenden Behauptungen der Beklagten als glaubhaft gemacht anzusehen. Im Übrigen ist dazu zu bemerken,

dass die Vorinstanz – vereinfacht gesagt – nicht erwogen hatte, dass die Beklagte sich nicht um die Kinder gekümmert habe, sondern dass dies in der Zeit vor der Trennung beim Kläger ebenso sehr bzw. sogar noch mehr der Fall gewesen sei (was auch den Aussagen der Beklagten selber entspricht, vgl. Vi-Prot. S. 61 f.); insofern gehen alle Bestätigungen, welche Aktivitäten der Beklagten mit den Kindern belegen sollen, grundsätzlich an der Sache vorbei. Denn dass die Kinder die Beklagte lieben bzw. ein gutes persönliches Verhältnis zu ihr haben, wird in den vorinstanzlichen Erwägungen nicht in Abrede gestellt.

g) Die Beklagte lässt in ihrem Rekurs durchscheinen, dass sie durch den vorinstanzlichen Entscheid deshalb verletzt sei, weil sie für die Kinder so viel habe erdulden müssen (Befruchtung, Schwangerschaft) und jetzt zusehen müsse, wie fremde Personen sie erziehen dürften (Urk. 2 S. 28 f.).

Diese Sicht einer Mutter ist grundsätzlich verständlich und nachvollziehbar. Allerdings wird dabei übersehen, dass die vorinstanzliche Obhutszuteilung nicht darauf beruht, dass die Beklagte keine gute Mutter gewesen wäre, sondern auf der als glaubhaft gemacht angesehenen Rollenverteilung der Parteien in der Zeit vor der Trennung und der daraus abgeleiteten Stabilität für das Wohl der Kinder. Weiter wurde darauf hingewiesen, dass bei der Obhutszuweisung die Bedürfnisse und Befindlichkeiten der Eltern gegenüber dem Kindeswohl hintanstellen müssten (vgl. Urk. 3 S. 14; § 161 GVG/ZH).

h) Die Beklagte macht rekursweise geltend, der Kläger sei nicht erziehungsfähig, da er die Kinder negativ gegen sie beeinflusse und deren Kontakt zu ihr behindere (Urk. 3 S. 30 ff., S. 55 f.).

Zu den hierzu von der Beklagten eingereichten Bestätigungen gilt das bereits Gesagte (oben Erw. 2.f): Diese Bestätigungen, die von Personen aus dem Umfeld der Beklagten stammen (E._____ [Urk. 6/82] sei eine enge Freundin der Beklagten, die ihr in diesen schlimmen Zeiten beistehe [Vi-Urk. 55 S. 15, Urk. 33/2 S. 2, Urk. 33/3]; auch F._____ sei ins Haus der Parteien gezogen, um der Beklagten beizustehen [Urk. 6/83]), sind als blosse Parteibehauptungen anzusehen und damit grundsätzlich nicht geeignet, die entsprechenden Behauptungen

der Beklagten glaubhaft zu machen. Zu den behaupteten Kontaktbehinderungen kann auf bereits Gesagtes (oben Erw. 2.e) verwiesen werden.

i) Ebenfalls im Hinblick auf die Erziehungsfähigkeit sind die Vorwürfe der Beklagten zu würdigen, wonach der Kläger infolge häufig wechselnder Frauenbekanntschaften den Kindern zuwenig Stabilität biete bzw. diesen kein Vorbild sein könne (Urk. 2 S. 41 ff., S. 51 und S. 56).

Es bestehen keine objektiven Anhaltspunkte – und genau genommen nicht einmal substantiierte Behauptungen – dafür, dass das von der Beklagten behauptete Verhalten des Klägers (welches von diesem explizit bestritten wird; Urk. 14 S. 76) sich in irgend einer Weise negativ auf die Kinder ausgewirkt hätte. Was die von der Beklagten behaupteten Einträge des Klägers im Internet anbelangt, ist nicht als glaubhaft gemacht anzusehen, dass diese Einträge tatsächlich vom Kläger stammen; der Kläger bestritt diese und erklärte, es sei schon einmal ein falsches Profil von ihm auf der Sozialplattform Facebook erstellt worden, welches nach Intervention bei der Beklagten gelöscht worden sei, ebenso ein solches auf einer Erotik-Seite (Urk. 14 S. 76). Welche Version zutreffend ist, kann nicht abschliessend festgestellt werden (es ist technisch ohne weiteres möglich, falsche Profile zu erstellen, um eine Person in ein schlechtes Licht zu bringen); jedenfalls bestehen auch in dieser Hinsicht keinerlei objektive Anhaltspunkte dafür, dass der Kläger durch eigenes Verhalten das Wohl der Kinder negativ tangiert hätte.

j) Die Beklagte macht rekursweise geltend, die Vorinstanz habe ihren Entscheid vor allem aufgrund der Parteibefragung gefällt; bei dieser kämen aber grosse Zweifel auf, ob sie unparteilich erfolgt sei (Urk. 2 S. 33 ff., auch S. 46 ff.).

Dies ist in doppelter Hinsicht unzutreffend. Einerseits hat die Vorinstanz nicht vor allem aufgrund der Parteibefragung entschieden, sondern sind offensichtlich die Zeugenaussagen des aktuellen und des ehemaligen Kindermädchens mehr ins Gewicht gefallen. Wenn sodann die Anzahl oder das Thema der Fragen ungleich verteilt gewesen sein sollte, hätte es der Beklagten bzw. deren damaliger Rechtsvertreterin offen gestanden, Ergänzungsfragen zu stellen; wenn dies nicht oder nicht so, dass ein "richtiges" Bild entsteht, getan wurde, kann dies

später nicht mehr gerügt werden. Zum von der Beklagten auch erhobenen Vorwurf, es sei damit zu rechnen, dass sich bei der Befragung der Beklagten wegen der Übersetzung und Rückübersetzung ins Protokoll Ungereimtheiten, Kürzungen und Fehler eingeschlichen hätten (Urk. 2 S. 34 f.), ist vorab zu bemerken, dass an jener Befragung nebst dem Dolmetscher weitere Personen anwesend waren, welche die englische Sprache beherrschen und bei unzutreffender oder nur schon ungenauer Übersetzung hätten intervenieren können. Vor allem aber ist darauf hinzuweisen, dass gemäss gesetzlicher Regelung das im Protokoll Verurkundete als richtig gilt (§ 154 Abs. 1 GVG); wenn die Beklagte mit dem Inhalt nicht einverstanden gewesen wäre, hätte ihr ein Protokollberichtigungsbegehren offen gestanden.

k) Die Beklagte macht rekursweise geltend, die Zeugin G._____ sei nur eingeschränkt glaubwürdig, da sie infolge des Arbeitsverhältnisses vom Kläger abhängig sei; sie habe auch nur für eine Zeitspanne von lediglich etwa fünf Monaten eigene Beobachtungen machen können und auch in dieser Zeit sei sie oft abwesend gewesen. Die Zeugin E._____ dagegen könne einen längeren Zeitabschnitt überblicken und sei mindestens ebenso glaubwürdig (Urk. 2 S. 43 ff.).

Es ist der Beklagten darin zuzustimmen, dass (auch) die Glaubwürdigkeit der Zeugin G._____ aufgrund der im Zeitpunkt ihrer Aussagen bestehenden Abhängigkeit vom Kläger allein – vor der Trennung hatte sie von beiden Parteien Instruktionen entgegengenommen – eine gewisse Einschränkung erfährt. Diese ist jedoch nicht grösser als bei jedem normalen Arbeitsverhältnis; Umstände, die eine besondere Abhängigkeit begründen würden, konnten von der Beklagten nicht glaubhaft gemacht werden. Dass die Vorinstanz diese Einschränkung schliesslich geringer als diejenige der Zeugin E._____, welche erklärermassen der Beklagten beistehen will, gewertet hatte (Urk. 3 S. 18-22), ist nicht zu beanstanden. Im Hinblick auf die Stabilität der Verhältnisse war für die Vorinstanz sodann primär die Zeit vor der Trennung massgebend, wogegen eine frühere Zeitspanne mit allenfalls anderen Betreuungsverhältnissen weniger ins Gewicht fiel. Auch dies ist nicht zu beanstanden.

l) Insgesamt ist nach dem Gesagten der vorinstanzliche Entscheid betreffend die Obhutzuteilung absolut nachvollziehbar. Selbst wenn einzelne Kriterien der Obhutzuteilung anders (zu Gunsten der Beklagten) gewichtet würden – wofür aufgrund der obigen Erwägungen an sich kein Anlass besteht –, würde dies am vorliegenden Rekursentscheid nichts ändern. Denn für das Rekursverfahren ist prioritär zu beachten, dass die beiden Kinder der Parteien heute seit rund ein- einhalb Jahren unter der alleinigen Obhut des Klägers stehen. Es ist ohne weiteres davon auszugehen, dass es beiden Kindern – im Rahmen des bei strittigen Trennungssituationen Möglichen – gut geht. Dies wird vorab durch die eingereichten (unbestritten gebliebenen) Schulzeugnisse bestätigt, aus denen hervor geht, dass sich die Kinder im letzten Jahr gut entwickelt haben und vor allem der Sohn grosse Fortschritte gemacht habe (Urk. 61/1-2). Darüberhinaus sind die entsprechenden Vorbringen des Klägers (zuletzt Urk. 92 S. 12) von der Beklagten auch nicht bestritten worden (Urk. 100 pass.); die Vorbringen in der Stellungnahme vom 10. Januar 2011, wonach es den Kindern nicht gut gehe (Urk. 20 S. 7 f.), gehen nicht über das hinaus, was in strittigen Trennungssituationen unabhängig davon, welche Partei die Obhut hat, leider alltäglich ist (Loyalitätskonflikte etc.; dass der Streit der Eltern und insbesondere dessen öffentliche Austragung dem Wohl der Kinder nicht dienlich ist, liegt auf der Hand). Damit liegen zumindest im heutigen Zeitpunkt insoweit stabile, dem Kindeswohl (soweit in der strittigen Situation überhaupt möglich) dienende Verhältnisse vor, welche für den Zeithorizont eines Eheschutzverfahrens keinesfalls zu ändern sind. Weitere Abklärungen erübrigen sich unter diesen Umständen. Dass aufgrund der bevorstehenden güterrechtlichen Auseinandersetzung ein die insoweit stabilen Lebensumstände beeinträchtigender Umzug bevorstehen soll (so die Beklagte in Urk. 20 S. 27 f.), ist für den vorliegenden Entscheid schon deshalb nicht relevant, weil aufgrund des bisherigen prozessualen Gebarens der Parteien nicht mit einem Abschluss der güterrechtlichen Auseinandersetzung innert einer für das vorliegende Eheschutzverfahren relevanten Zeit zu rechnen ist.

m) Darüberhinaus ist noch auf einen weiteren Umstand hinzuweisen. Der Kläger macht in seinen Noveneingaben vom 9. März 2011 (Urk. 25), 6. Juni 2011

(Urk. 48) und 7. September 2011 (Urk. 92) zusammengefasst geltend, die Beklagte habe seit Sommer 2010 eine regelrechte Schlammschlacht gegen ihn initiiert; sie habe zum Teil massiv persönlichkeitsverletzende Aussagen vor allem über ihn, aber auch über Drittpersonen (Kindermädchen, Vorderrichter, Freunde des Klägers etc.), ins Internet gestellt mit dem Ziel, ihn herabzusetzen, was aber auch den Kindern massiv schade; die Beklagte sei dann dazu übergegangen, die Artikel auf ihren Seiten kurz nach deren Veröffentlichung zu löschen und den Hinweis anzubringen, dass diese in voller Länge und mit allen Beilagen auf einem Blog publiziert seien, den ihr in den Vereinigten Staaten lebender Adoptivvater betreibe. Diese Vorbringen sind durch die eingereichten Unterlagen weitgehend glaubhaft gemacht (Urk. 50/1-33) und in sachverhaltsmässiger Hinsicht im Wesentlichen ohnehin nicht bestritten (vgl. Urk. 52 und 63); die Beklagte macht dagegen geltend, das Bezirksgericht Horgen habe festgestellt, dass die Persönlichkeitsverletzungen gar nicht in der vom Kläger behaupteten Form stattgefunden hätten und er jenes Verfahren (vorsorgliche Massnahmen wegen Persönlichkeitsverletzung) zu Unrecht eingeleitet habe; die Klägerin habe einen persönlichkeitsrechtlichen Anspruch, sich zu ihrem Leben auf den modernen Medien zu äussern und die Parteien hätten sich schliesslich damals gemeinsam entschieden, ein Leben in der Öffentlichkeit zu führen (Urk. 100 S. 3 ff.).

Abgesehen davon, dass das Bezirksgericht Horgen in seinem Urteil vom 20. Mai 2011 keineswegs festgestellt hat, dass die behaupteten Persönlichkeitsverletzungen nicht stattgefunden hätten – die konkreten Vorbringen des Klägers waren aufgrund einer Erklärung der Beklagten, dem entsprechenden Eventualbegehren auf Entfernung dieser Äusserungen nachzukommen, offenbar gar nicht (mehr) zu prüfen (vgl. Urk. 103/2 Disp.-Ziff. 3 i.V.m. S. 2 f.) –, muss deutlich auseinandergehalten werden zwischen dem, was einem Elternteil persönlichkeitsrechtlich gestattet ist, und dem, was der betreffende Elternteil im Interesse der Kinder tun oder lassen sollte.

Das Publizieren von Fotos der Kinder (in den verschiedensten Situationen; vgl. etwa Urk. 50/25+26) im Internet zusammen mit den reisserischen Texten und den teilweise nicht den Tatsachen entsprechenden, konstruierten Zusammenhän-

gen lässt erhebliche Bedenken an der Erziehungsfähigkeit der Beklagten entstehen. Die Beklagte schreckt nicht davor zurück, Gerichtsentscheide, Berichte der Vormundschaftsbehörde etc. allen Benutzern des Internets zugänglich zu machen und diesen Einblick in die Privatsphäre der Parteien und der Kinder zu geben. Indem sie den Kläger in der Öffentlichkeit z.B. als Kröte bezeichnet (Urk. 48 S. 11), hat dies zumindest eine Reflexwirkung auf die Kinder. Durch solches Vorgehen der Beklagten gegen den Kläger wird dieser auch als Vater demontiert und es besteht die Gefahr, dass sein Ansehen und Respekt bei den Kindern herabgesetzt werden. Wenn eine Mutter nicht einzusehen vermag, dass solches Treiben dem Kindeswohl höchst abträglich ist, fehlt ihr eine wesentliche Voraussetzung, um die Sorge für Kinder tragen zu können. Der Sohn kann lesen, schreiben und den Computer bedienen, wie auch seine Schulkameraden und Freunde. Der sorglose Umgang mit dem Internet – was einmal im Internet platziert wurde, kann entgegen der Beklagten (Urk. 52) nicht mehr sicher entfernt werden (irgendwo gibt es immer eine Kopie) – und die Austragung des "Rosenkrieges" im medialen Rahmen unter Einbezug der Kinder macht deutlich, dass die Beklagte die Paar- nicht von der Elternebene zu unterscheiden vermag. Auch wenn nachvollziehbar ist, dass die Beklagte durch den Obhutsentscheid der Vorinstanz als Mutter verletzt ist, lässt sich in keiner Weise rechtfertigen, dass sie ohne Rücksicht auf das Kindeswohl jedes Mittel einsetzt, um zu "ihrem Recht" zu gelangen, obwohl sie sich aufgrund des gegen sie ergangenen Gerichtsentscheides vom 29. März 2011 (Urk. 50/2) dieser Problematik bewusst sein sollte. Diese Umstände tangieren die Erziehungsfähigkeit der Beklagten, weil Eltern gehalten sind, alles zu unterlassen, was dem Ansehen des andern Elternteils schaden könnte.

Zwar ist naturgemäss auch der Kläger (wie von der Beklagten vorgebracht; Urk. 100 S. 4 ff.) bemüht, sich im Prozess in einem guten und die Gegenpartei in einem schlechten Licht darzustellen, im Gegensatz zur Beklagten macht er dies jedoch nicht in der Öffentlichkeit (er ist offensichtlich bemüht, sich trotz der gravierenden Angriffe auf seine Person in der Öffentlichkeit im Interesse der Kinder nicht weiter zu äussern; Urk. 48 S. 9 i.V.m. Urk. 50/22 S. 2); der vorliegende Prozess ist jedenfalls nicht öffentlich (§ 135 Abs. 2 GVG).

Im Zusammenhang mit der Erziehungsfähigkeit ist schliesslich auch zu berücksichtigen, dass die Beklagte C. _____ willkürlich aus der I. _____ [Schule] – welche er seit langem besucht und in welcher er gute Fortschritte gemacht hat – nehmen will und ihn eigenmächtig an ihrem Wohnort J. _____ angemeldet hat. Dieses Herausnehmen wollen (beider Kinder) aus der gewohnten Schule hat seinen Grund nicht etwa im Wohl der Kinder (immerhin geht der Besuch dieser Schule auf einen einvernehmlichen Entscheid beider Parteien zurück), sondern ist entgegen anderslautender Behauptungen der Beklagten (Urk. 100 S. 8) klar eine Trotzreaktion darauf, dass sie von der Schule nunmehr nicht mehr als "... " zugelassen wurde (vgl. Urk. 94/18 S. 2). Solches Verhalten stellt die Erziehungsfähigkeit der Beklagten in Frage. Es ist ihr offensichtlich auch nicht bewusst, wie wichtig gerade in Trennungssituationen eine gewisse Stabilität für Kinder ist.

Die gesamte radikale, emotionale Vorgehensweise der Beklagten, wie sie in den erwähnten Noveneingaben des Klägers geschildert und in den wesentlichen Zügen nicht bestritten wird, lässt sie weniger geeignet erscheinen, die Verantwortung für die Kinder zu tragen. Es entsteht der Eindruck, dass sie in ihrem Bestreben, ihre Position – auch in der Öffentlichkeit – durchzusetzen, keinerlei Rücksicht auf die Empfindungen Dritter und insbesondere der Kinder nimmt.

n) Aufgrund all dieser Erwägungen ist der Rekurs der Beklagten bezüglich der Obhut abzuweisen und der erstinstanzliche Entscheid zu bestätigen.

3. Besuchsrecht

a) Die Vorinstanz räumte der Beklagten ein erweitertes Besuchsrecht ein, nämlich an jedem zweiten Wochenende von Freitagabend bis Montagmorgen sowie an jedem Mittwochnachmittag bis Donnerstagmorgen, dazu ein gerichtsbliches Feiertagsbesuchsrecht sowie ein Ferienbesuchsrecht von sechs Wochen pro Jahr (Urk. 3 S. 47-50).

b) Die Beklagte beantragt für den – nun vorliegenden – Fall, dass die Obhut dem Kläger zugeteilt werde, ein Besuchsrecht, welches im Ergebnis auf eine hälftige Betreuung der Kinder hinausläuft (Urk. 2 S. 3 und S. 58 i.V.m. S. 36).

c) Das Begehren der Beklagten zielt auf eine gemeinsame bzw. geteilte Obhut ab (vgl. BGE vom 9.2.2007, 5C.11/2006, Erw. 5.3.4). Hierfür ist jedoch im Eheschutzverfahren, wie auch im Scheidungsverfahren für die gemeinsame elterliche Sorge (Art. 133 Abs. 3 ZGB), nach ständiger Praxis der Kammer ein entsprechender gemeinsamer Antrag beider Eltern vorausgesetzt (ZR 103/2004 Nr. 25). In Ermangelung eines solchen kommt daher vorliegend die Anordnung einer gemeinsamen bzw. geteilten Betreuung schon aus formellen Gründen nicht in Betracht. Im Übrigen hat die Vorinstanz der Beklagten dasjenige Besuchsrecht (bzw. ein sogar noch etwas erweitertes) eingeräumt, das die Beklagte dem Kläger für den Fall der Obhutzuteilung an sie zugestehen wollte und welches sie selber somit als für die Aufrechterhaltung der Beziehung als genügend angesehen hat, weshalb ihre anderslautenden Vorbringen in der Rekurschrift (Urk. 2 S. 58) zurückzuweisen sind.

d) Nach dem Gesagten bleibt es damit beim Besuchsrecht, wie es die Vorinstanz festgesetzt hat, und der Rekurs der Beklagten ist auch in diesem Punkt abzuweisen.

4. Kindesschutzmassnahmen

a) Die Vormundschaftsbehörde Z._____ hat mit Eingabe vom 4. November 2010 der Kammer eine an sie gerichtete Gefährdungsmeldung zuständigkeitshalber (Art. 315a Abs. 1 ZGB) überwiesen (Urk. 11, samt Beilagen Urk. 12/1-4).

b) In den entsprechenden Unterlagen ist primär ein Vorfall in der Badeanstalt Z._____ dargestellt, bei dem das Kindermädchen G._____ die Tochter geschlagen haben soll; wann sich dieser Vorfall ereignet haben soll, wird nicht genannt (Urk. 12/1). Aus den Unterlagen geht allerdings auch hervor, dass diese Gefährdungsmeldung nach einem Kontakt mit H._____ (Ex-Partnerin des Klägers), welche ihrerseits in Kontakt mit der Beklagten stand, erfolgte. Insofern ist eine (indirekte) Beeinflussung keineswegs auszuschliessen. Immerhin wird aber der Vorfall vom Kläger grundsätzlich anerkannt (Urk. 12/2 S. 4). Es ist daher zu prüfen, ob von Amtes wegen, d.h. auch ohne entsprechende Parteianträge, Kin-

desschutzmassnahmen anzuordnen sind (Art. 315a Abs. 1 ZGB). Angebliche weitere, per Mail mitgeteilte "Beobachtungen" können dabei nicht berücksichtigt werden, da eine Mailzuschrift schon die formellen Anforderungen nicht erfüllt (einstweilen ist auch die Urheberschaft als nicht geklärt anzusehen).

c) Beim geschilderten Ereignis handelt es sich um einen einmaligen Vorfall; weitere ähnliche Vorfälle sind nicht aktenmässig belegt. Gleichwohl ist nicht zu übersehen, dass der Vorfall trotz seiner Einmaligkeit eine gewisse Schwere aufweist. Wiederum aber ist zu berücksichtigen, dass das Kindermädchen G._____ im Zuge der Auseinandersetzung der Parteien massiv "unter Beschuss" steht. Insgesamt erscheint damit im Hinblick darauf, dass einerseits nicht einmal die Beklagte Kindesschutzmassnahmen verlangt hat und andererseits nach dem rechtskräftigen Entscheid in der Obhutsfrage eine gewisse Beruhigung der Situation erwartet werden darf, das Wohl der Kinder nicht derart gefährdet, dass sich die Anordnung einer Kindesschutzmassnahme aufdrängt. Die bloss vage Möglichkeit, dass sich eine ähnliche Situation in der Zukunft vielleicht wiederholen könnte, rechtfertigt jedenfalls keine solche Anordnungen.

5. Weitere Rekursanträge

a) Die Beklagte stellt in ihrem Rekurs den Antrag auf Verpflichtung des Klägers, ihr die Hälfte des Hausrates und des Mobiliars, die gesamte Kinderzimmer Einrichtung, Kinderkleider, Kinderspielzeug usw. zur alleinigen Benützung zu übergeben, eventualiter ihr Fr. 70'000.-- zur Anschaffung von Mobiliar zu bezahlen (Urk. 2 S. 4, S. 61).

Der (Haupt) Antrag auf Verpflichtung zur Überlassung des genannten Mobiliars wird in der Rekurschrift nicht begründet (vgl. Urk. 2, beso. S. 61). Für die Zusprechung einer Geldsumme zur Anschaffung von Mobiliar besteht im Eheschutzverfahren keine gesetzliche Grundlage, da das Eheschutzgericht nur die vom Gesetz vorgesehenen Massnahmen treffen kann (Art. 172 Abs. 3 ZGB, vgl. Art. 175 ff. ZGB). Ohnehin wird nicht begründet, weshalb diese im Rekursverfahren erstmals gestellten Anträge novenrechtlich zulässig sein sollten (vgl. § 278

i.V.m. § 267 und § 115 ZPO/ZH). Daher ist auf diesen Rekursantrag nicht einzutreten.

b) Der von der Beklagten gestellte Antrag auf Zusprechung von Unterhaltsbeiträgen für die Kinder (Urk. 2 S. 4, S. 59 ff.) ist aufgrund dessen, dass die Obhut beim Kläger belassen wird, obsolet.

c) Die Beklagte beantragt schliesslich, den Kläger zur Zahlung eines Prozesskostenvorschusses von Fr. 70'000.-- zu verpflichten (Urk. 2 S. 4, S. 63 f.).

Entgegen der Beklagten beruht nach der konstanten Praxis der Kammer ein Prozesskostenvorschuss nicht auf Art. 163 ZGB (Unterhaltspflicht), sondern auf Art. 159 Abs. 3 ZGB (Beistandspflicht der Ehegatten). Die Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses setzt damit voraus, dass der ansprechende Ehegatte für die Finanzierung des Prozesses auf den Beistand des anderen Teils angewiesen und der angesprochene Ehegatte zur Leistung eines solchen in der Lage ist. Bei der Prüfung der Beistandsbedürftigkeit sind die für die Gewährung des prozessualen Armenrechts entwickelten Grundsätze analog anzuwenden, weshalb bei der Prüfung der Mittellosigkeit im Rahmen der Beurteilung eines Prozesskostenvorschusses einerseits und bei der Berechnung von Unterhaltsbeiträgen andererseits nicht ein und derselbe Bedarf zu bestimmen ist, da sich die beiden Institute von ihrer Natur her grundlegend unterscheiden (im Rahmen des Armenrechts bzw. der Beistandsbedürftigkeit ist ein engerer Bedarf zu berücksichtigen). Die Beklagte legt nicht dar, inwieweit es ihr unter Zugrundelegung dieser Massstäbe nicht möglich wäre, die sie treffenden Kosten des Rekursverfahrens zu finanzieren (allfällige sie treffende Kosten aus dem vorinstanzlichen oder gar anderen Verfahren haben dabei von vornherein ausser Betracht zu bleiben). Daher ist auch dieser Rekursantrag der Beklagten abzuweisen.

d) Die Beklagte hat zwar mit ihren Rekursanträgen die vorinstanzliche Kosten- und Entschädigungsregelung nicht ausdrücklich angefochten. Jedoch sind auch Rechtsmittelanträge – hier der Rekursantrag 9 – nach Treu und Glauben auszulegen und aus der Begründung erhellt eindeutig, dass der Rekurs auch die erstinstanzliche Kostenregelung beschlägt (Urk. 2 S. 64). Entgegen den Vor-

bringen des Klägers (Urk. 14 S. 101) hat dieser im Parallelverfahren LP100069 die erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsregelung ausdrücklich angefochten (LP100069 Urk. 6 S. 4 Antrag 2). Da die erstinstanzliche Kostenverlegung (auch) vom Ergebnis des Rekursverfahrens LP100069 abhängen wird, ist diese in jenem Verfahren zu beurteilen.

6. Ergebnis

Der Rekurs der Beklagten ist – unter Vorbehalt der im Rekursverfahren LP100069 zu beurteilenden vorinstanzlichen Kosten- und Entschädigungsfolgen – vollumfänglich abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Die angefochtene Verfügung ist gleichwohl nicht vollumfänglich zu bestätigen, da deren Dispositivziffern 6, 9 und 10 vom Kläger mit dessen Rekurs angefochten wurden und im entsprechenden Rekursverfahren LP100069 zu beurteilen sein werden (vgl. Urk. 2 und 6 in LP100069). Zur Rechtskraft der Erstverfügung betreffend vorsorgliche Massnahmen kann auf bereits Gesagtes verwiesen werden (oben Erw. 1.c).

III.

Gemäss ständiger Rechtsprechung des Obergerichtes sind die Kosten eines Verfahrens mit Bezug auf Kinderbelange unabhängig vom Ausgang den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen und die Prozessentschädigungen wettzuschlagen, wenn die Parteien unter dem Gesichtspunkt des Kindesinteresses gute Gründe zur Antragstellung hatten (ZR 84/1985 Nr. 41). Da im vorliegenden Rekursverfahren praktisch ausschliesslich Kinderbelange (primär Obhut, sekundär Besuchsrecht) zu beurteilen waren und beiden Parteien achtenswerte Gründe für ihren Standpunkt nicht abzusprechen sind, sind dementsprechend die Gerichtskosten desselben beiden Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen und beidseits keine Prozessentschädigungen zuzusprechen. Die Gerichtsgebühr ist aufgrund des von den Parteien verursachten Aufwands im oberen Bereich des von der Gerichtsgebührenverordnung vom 4. Juli 2007 vorgegebenen Rahmens (§ 4 Abs. 3, § 5 Abs. 3 GerGebV) zu veranschlagen und demgemäss auf Fr. 11'000.-- festzusetzen.

Es wird beschlossen:

1. Der Rekurs der Beklagten wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird, und die Zweitverfügung des Einzelrichters im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Horgen vom 5. Mai 2010 wird mit Ausnahme der im noch bei der Kammer hängigen Rekursverfahren LP100069 zu beurteilenden Dispositiv-Ziffern 6, 9 und 10 bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 11'000.--.
3. Die Kosten des Rekursverfahrens werden beiden Parteien je zur Hälfte auferlegt.
4. Für das Rekursverfahren werden keine Prozessentschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien (an den Kläger unter Beilage der Doppel von Urk. 100, 102 und 103/2 sowie Kopien der Urk. 98 und 99), an die Vormundschaftsbehörde Z._____ sowie an das Bezirksgericht Horgen, je gegen Empfangsschein, ferner zu den Akten des Verfahrens LP100069.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach Ablauf der Rechtsmittelfrist ins Verfahren LP100069.

6. 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 Endentscheid im Sinne von Art. 90 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.

OBERGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. F. Rieke

versandt am:
se