

# ZH\_KASSATIONSGERICHT AA070139 vom 2. Juli 2008

Zh Kassationsgericht, 2008-07-02, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_kassationsgericht\\_AA070139](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_kassationsgericht_AA070139)

FR: ZH\_KASSATIONSGERICHT AA070139 du 2 juillet 2008

IT: ZH\_KASSATIONSGERICHT AA070139 del 2 luglio 2008

## Erwägungen

### E. 1

A.,

#### E. 1.1

31.3.2007 1.4. - 30.6.2007 ab 1.7.2007 Notbedarf Fr. 4'625.-- Fr. 4'625.-- Fr. 3'975.--  
Einkommen Fr. 800.-- Fr. 2'700.-- Fr. 2'700.-- Differenz Fr. 3'825.-- Fr. 1'925.-- Fr. 1'275.--

- 17 - Der Beschwerdegegner sei demnach antragsgemäss zu verpflichten, der Beschwerdeführerin während der Dauer des Getrenntlebens monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 3'600.-- vom 1. Januar bis 31. März 2007, von Fr. 2'300.-- vom 1. April bis 30. Juni 2007 und von Fr. 1'650.-- ab 1. Juli 2007 zu bezahlen (KG act. 2 S. 22 f. Erw. 6).

### E. 2

Zur Obhutszuteilung für die Dauer des Getrenntlebens erwog die Vorinstanz (nach vorangestellten grundsätzlichen rechtlichen Erwägungen zur Art des Eheschutzverfahrens [KG act. 2 S. 7 f.] und zur Frage der Obhutszuteilung

- 5 - [KG act. 2 S. 12 - 14]), dem Beschwerdegegner sei im Wesentlichen der Vorwurf gemacht worden, er sei nicht fähig und willens, die Beziehung zwischen den Kindern und der Beschwerdeführerin zu normalisieren; er beeinflusse die Kinder negativ. Die Beschwerdeführerin habe geltend gemacht, bei den Kindern liege ein Eltern-Entfremdungssyndrom vor. Dabei handle es sich - gemäss Beschwerdeführerin - um eine tiefgreifende Art von Kindsmisshandlung des Beschwerdegegners mit dem Zweck, ihr die Kinder zu entfremden. Aufgrund dieser Vorwürfe habe die Vorinstanz die Kinder auch im Rekursverfahren angehört. Anlässlich der Anhörung vom 26. Juli 2007 hätten beide Kinder einen sehr aufgeweckten und selbstsicheren Eindruck gemacht. Beide Kinder hätten sich klar dahingehend geäußert, dass sie beim Vater bleiben wollten. A. habe gemeint, er habe (aufgrund geschilderter und von einer Lehrerin dokumentierter Vorkommnisse) Angst vor der Mutter. Die Angst davor, dass sich solche Vorfälle wiederholen könnten, erscheine durchaus nachvollziehbar. B. habe gemeint, sie wolle zu ihrem Vater, nicht zu ihrer Mutter. Sie hasse die Mutter. Sie wolle sie nicht sehen. Sie habe sie ins Gesicht geschlagen (KG act. 2 S. 15 f.). Dem (frei gebildeten) Willen des Kindes sei mit zunehmendem Alter grösseres Gewicht zuzumessen. Die beiden Kinder seien mit 12 ½ und 10 Jahren in einem Alter, in dem sie durchaus fähig seien, einen eigenen Willen und eine eigene Meinung zu bilden. Anlässlich der Anhörung hätten sie altersadäquat und uneingeschüchtert die gestellten Fragen beantwortet und zudem von sich aus Dinge hinzugefügt oder Zusätzliches erzählt. Das Erzählte habe spontan und glaubhaft und in keiner Art und Weise einstudiert gewirkt. Beide hätten ihre Gefühle der Beschwerdeführerin gegenüber anders formuliert und ihren Widerwillen in Bezug auf Besuche bei der Beschwerdeführerin anders begründet. Bei dem Gespräch sei nie der

Eindruck entstanden, mit den Kindern stimme etwas nicht in dem Sinne, sie seien indoktriniert und damit psychisch misshandelt worden. Hinzu komme, dass die Kinder seit November 2006 beim Beschwerdegegner wohnten und sich diese Situation kraft der tatsächlichen Verhältnisse eingespielt habe. Aufgrund der Schilderung des Tagesablaufs durch die Kinder sei auch an der Erziehungsfähigkeit des Beschwerdegegners nicht zu zweifeln. Auf ständige Betreuung seien sie nicht angewiesen. Ein Leistungsabfall in der Schule schein nicht vorzuliegen. Zu berücksichtigen sei zudem, dass eine zwangsweise Durchsetzung des persönlichen Verkehrs

- 6 - gegen den Willen eines urteilsfähigen Kindes abzulehnen sei, da dies mit dem Kindeswohl kaum zu vereinbaren sei. Die Aussagen der beiden Kinder hätten in keiner Weise den Anschein erweckt, sie wären durch negative Beeinflussung bzw. Vorgabe des Vaters entstanden. Aufgrund all der von der Vorinstanz geschilderten Umstände und aufgrund der wiederholten klaren Aussagen der Kinder erscheine es angezeigt und dem Kindeswohl entsprechend, ihrem ausdrücklichen Wunsch nachzukommen, damit die rechtliche Situation der tatsächlichen anzupassen und die Obhut über die beiden Kinder dem Beschwerdegegner zuzusprechen (KG act. 2 S. 16 f.). Der Vorwurf der Beschwerdeführerin, womit sie allein den Beschwerdegegner dafür verantwortlich mache, dass sie zur Zeit von den Kindern abgelehnt werde, vermöge nicht zu überzeugen. Es erscheine zu einfach, diesen Umstand damit zu begründen, die Kinder würden an einem Eltern-Entfremdungssyndrom leiden. Dass die Kinder die Mutter ablehnten, bedeute nicht automatisch, dass sie derart negativ beeinflusst worden seien, dass sie sich keine eigene Meinung mehr bilden könnten. Auch die Beschwerdeführerin habe die Beziehung der Kinder zu ihr selber belastet. Nach Aussage von B. habe sie sich geweigert, für B. den Reisepass bzw. die Identitätskarte herauszugeben, damit B. mit dem Beschwerdegegner und ihrem Bruder nach Italien in die Ferien hätte gehen können. Statt dessen habe B. die Ferien in einem Reitlager verbracht. Bei dieser Sachlage sei es nachvollziehbar, wenn B. nun Hassgefühle gegenüber der Beschwerdeführerin empfinde und momentan keinen Kontakt wünsche. Es lägen auch keine weiteren Hinweise vor, die den Verdacht der negativen Beeinflussung erhärten könnten. Es dürfe nicht vergessen werden, dass der Beschwerdegegner ursprünglich der Obhutzuteilung an die Beschwerdeführerin zugestimmt habe. Dies hätte er - so die Vorinstanz weiter - kaum getan, wenn es ihm nur darum ginge, der Beschwerdeführerin die Kinder zu entfremden (KG act. 2 S. 17 f.).

### **E. 2.1**

Abgesehen davon, dass die Beschwerdeführerin keinen Antrag stellte, der Beschwerdegegner sei gestützt auf Art. 159 Abs. 3 ZGB zu verpflichten, ihr die Aufwendungen für das Beschwerdeverfahren zu ersetzen, wäre das Kassationsgericht entgegen der vorinstanzlichen Auffassung auch dafür nicht zuständig und wäre auf einen solchen Antrag deshalb nicht einzutreten. Forderungen, die

- 22 - sich auf Art. 159 Abs. 3 ZGB stützen, sind nicht (erstinstanzlich) vom Kassationsgericht zu beurteilen.

### **E. 2.2**

Über den Eventualantrag der Beschwerdeführerin auf Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Beschwerdeverfahren wird separat entschieden. Sollte der Beschwerdeführerin für das Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Rechtspflege gewährt werden, werden die ihr mit dem vorliegenden Entscheid auferlegten Gerichtskosten mit

dem separaten Entscheid einstweilen auf die Gerichtskasse genommen und ihr Rechtvertreter aus der Gerichtskasse entschädigt werden. IV . Beim vorliegenden Beschluss handelt es sich um einen Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG. Demnach ist gegen ihn die Beschwerde in Zivilsachen gemäss Art. 72 ff. BGG an das Bundesgericht nur unter den in Art. 93 BGG genannten Voraussetzungen zulässig. Ob diese erfüllt sind, entscheidet das Bundesgericht. Es handelt sich (da neben anderem die Obhutszuteilung betroffen ist) um eine nichtvermögensrechtliche Streitigkeit.

- 23 - Das Gericht beschliesst: 1. Über den Eventualantrag der Beschwerdeführerin, es sei ihr für das Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren und ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen, wird separat entschieden. 2. In teilweiser Gutheissung der Nichtigkeitsbeschwerde werden die Dispositiv- Ziffer 1, die Dispositiv-Ziffer 2./2.3 (Unterhaltsbeiträge für die Beschwerde- führerin persönlich), die Dispositiv-Ziffer 2. letzter Satz ("Im Übrigen wird die Vereinbarung der Parteien genehmigt und die angefochtene Verfügung bestätigt") sowie die Dispositiv-Ziffern 4, 5 und 7 des Beschlusses der I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 21. August 2007 aufgehoben und wird die Sache insoweit zur allfälligen Ergänzung des Verfahrens und zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen. Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann. 3. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 3'500.-- und den Parteien je zur Hälfte auferlegt. 4. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Prozessentschädigungen zugesprochen. 5. Gegen diesen Entscheid kann unter den Voraussetzungen von Art. 90 ff. BGG innert 30 Tagen nach dessen Empfang schriftlich durch eine Art. 42 BGG entsprechende Eingabe Beschwerde gemäss Art. 72 ff. BGG an das Schweizerische Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, erhoben werden. Hinsichtlich des Fristenlaufes gelten die Art. 44 ff. BGG. 6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Prozessbeistand der Kinder, an die I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich und an das Bezirksgericht \_\_\_\_\_, je gegen Empfangsschein.

\_\_\_\_\_ KASSATIONSGERICHT DES  
KANTONS ZÜRICH Der juristische Sekretär:

### **E. 2.3**

Die Vorinstanz stellte die beiden Kinder im Wesentlichen deshalb unter die Obhut des Beschwerdegegners, weil die Kinder dies klar gewünscht hatten, sie diesbezüglich urteilsfähig seien und eine zwangsweise Durchsetzung des persönlichen Verkehrs gegen ihren Willen kaum mit dem Kindeswohl zu vereinbaren wäre, sondern es dem Kindeswohl eher entspreche, ihrem ausdrücklichen Wunsch nachzukommen. Damit setzt sich die Beschwerdeführerin bei ihren Ausführungen nicht auseinander, und daran gehen ihre Ausführungen unter Ziff. 30 - 56 der Beschwerde vorbei. Sie kann deshalb damit auch keinen Nichtigkeitsgrund nachweisen. Die Beschwerde geht im Bereich Obhutszuteilung schon deshalb fehl. Zu den einzelnen Vorbringen in der Beschwerde kann überdies Folgendes angefügt werden: a) Wie die Beschwerdeführerin in Ziff. 30 der Beschwerde erwähnt, erkannte auch die Vorinstanz, dass der Beschwerdegegner die Kinder Ende November 2006 aus der ehelichen Wohnung mitgenommen und nicht mehr zurückgebracht hat und dass seit der Trennung der Parteien kaum mehr Kontakt zwischen der Beschwerdeführerin und den Kindern besteht. Inwiefern deshalb die vorinstanzliche Obhutszuteilung willkürlich sein soll, erläutert die Beschwerdeführerin aber nicht. Diese Ausführungen gehen an der vorinstanzlichen Begründung für die Obhutszuteilung vorbei.

b) Inwiefern Alter, Grösse und Gewicht der Beschwerdeführerin und die eheliche Rollenverteilung (Beschwerde KG act. 1 Ziff. 31) die vorinstanzliche Ob- hutzuteilung als willkürlich erschienen lassen soll, erläutert die Beschwerdeführerin nicht und ist nicht ersichtlich. Dass es 15 Jahre lang (der Sohn als ältestes Kind ist am 16. November 1994 geboren; KG act. 2 S. 3) nie zu Störungen oder Brüchen der Mutter-Kind Beziehung gekommen sei (Beschwerde KG act. 1 Ziff. 31), ergibt sich nicht aus den von der Beschwerdeführerin dazu angeführten Belegstellen. Zudem widerspricht diese Behauptung den von den Kindern

- 9 - geschilderten Störungen (KG act. 2 S. 11 Erw. 2.3, S. 12 oben, S. 15 f.), ohne sich mit diesen auseinanderzusetzen. c) Die Beschwerdeführerin zeigt nicht auf, wo sie bereits vor Vorinstanz geltend gemacht hätte, dass der Beschwerdegegner getan und gelassen habe, wie ihm beliebt habe, dominiert und alles kontrolliert habe, dies auch die Kinder wahrgenommen hätten, die Beschwerdeführerin der Isolation, Verarmung und dem Hunger ausgesetzt sei (Beschwerde KG act. 1 Ziff. 32). Diese Behauptungen gelten deshalb als Noven, auf welche nicht weiter eingegangen werden kann. Ebensowenig zeigt die Beschwerdeführerin auf, wo sie bereits vor Vorinstanz geltend gemacht hätte, dass der Beschwerdegegner sie genötigt habe, eine finanzielle Vereinbarung zu unterschreiben. An der von der Beschwerdeführerin dazu bezeichneten Stelle erklärte der Beschwerdegegner in der persönlichen Befragung vor Eheschutzrichterin, er habe der Beschwerdeführerin einen Vor- schlag bezüglich Unterhaltsbeitrag gemacht. Er wolle die Kinder nicht von der Mutter wegnehmen, aber sie sollten den Kontakt zu beiden pflegen können. Deshalb habe er auch in der Nähe der ehelichen Wohnung eine neue Wohnung gesucht. Deshalb habe er von der Beschwerdeführerin eine Zusicherung gewollt, dass sie in der ehelichen Wohnung bleibe oder, falls sie wegziehen wolle, dass die Kinder über ihren zukünftigen Wohnort befragt würden. Er habe keine Antwort erhalten. Die Beschwerdeführerin habe gesagt, dass sie sicher nichts unter- schreiben werde. Er habe entgegnet, dass er im Falle des Nichtunterschreibens um die Kinder kämpfen werde. Dies sei die Bedrohung gewesen, von welcher die Beschwerdeführerin erzählt habe (ER Prot. S. 19 f.). Einerseits zeigt die Beschwerdeführerin nicht auf, dass sie bereits vor den Vorinstanzen gestützt auf diese Aussagen geltend gemacht hätte, der Beschwerdegegner habe sie genötigt (oder, er habe das zugegeben). Andererseits gab der Beschwerdegegner damit keine Nötigung zu. Sodann liegt allein in einer Anzeige, um die Kinder zu kämpfen, falls die Beschwerdeführerin nicht unterschreibe, keine Nötigung. Schliesslich wäre selbst dann, wenn diese Behauptung der Nötigung zuträfe, nicht ersichtlich, dass deshalb die vorinstanzliche Obhutzuteilung willkürlich wäre.

- 10 - d) Die Beschwerdeführerin zeigt auch nicht auf, dass und wo sie bereits vor den Vorinstanzen behauptet hätte oder woraus sich ergeben soll, dass der Beschwerdegegner meist bis spät in die Nacht Alkohol trinke und Marihuana rauche, bevor er die Kinder nach Hause fahre (Beschwerde KG act. 1 Ziff. 33), dass er von den Kindern eine Entscheidung verlangt hätte, auf welcher Seite sie stehen wollten, dass er ihnen angedroht hätte, sie würden seine Unterstützung verlieren, wenn sie sich auf die Seite der Mutter stellen würden, und müssten wie sie in Armut, Desintegration und Isolation leben (Beschwerde KG act. 1 Ziff. 34), dass er die Kinder gegen die Mutter aufhetze und diese seither die Beschwerde- führerin und ihre Verwandtschaft in ihrer gesamten Existenz verleugneten und das gegen aussen mit Angst, Schlägen, Entführungsgefahr und Disputen um Pässe begründeten (Beschwerde KG act. 1 Ziff. 35), dass die Beschwerdeführerin dem

Beschwerdegegner offen eingestandene Bordellbesuche, Alkoholexzesse, nächtelanges Pornografiesurfen habe durchgehen lassen und er mehrere Bild- träger für jedermann frei zugänglich in der ehelichen Wohnung zurückgelassen habe (Beschwerde KG act. 1 Ziff. 37), dass der Beschwerdegegner über Nacht noch Frauen ins eheliche Heim mitgenommen, übermässig Alkohol konsumiert und gekifft habe (Beschwerde KG act. 1 Ziff. 38), dass er gedroht habe, ihr die Kinder wegzunehmen, sich und die Kinder völlig gegenüber der Beschwerde- führerin und ihrer Familie abgeschottet und diese schlecht gemacht habe (Beschwerde KG act. 1 Ziff. 39), dass der Beschwerdegegner täglich Marihuana rauche und es nicht mehr lange gehen werde, bis der Sohn ihm das gleich tue (Beschwerde KG act. 1 Ziff. 42), dass der Beschwerdeführer in Thailand sexuelle Abenteuer ausgelebt habe, die in der Schweiz wegen Altersbeschränkungen nicht erlaubt seien, und Ähnliches und tägliche Alkoholexzesse und Drogenkonsum sich bereits in gemeinsamen Ferien nach Ibiza abgespielt hätten (Beschwerde KG act. 1 Ziff. 49). All diese Behauptungen gelten mangels Belegstellen als Noven, auf welche nicht eingetreten werden kann.

- 11 - e) Die Beschwerdeführerin behauptet, der Sohn A. sei schon mehrmals nach 22 Uhr am Bahnhof gesichtet worden, wo er mit über 16jährigen Teenagern herumgelungert habe. Dazu verweist sie auf ER act. 64/1, OG act. 33 und OG act. 39/1 (Beschwerde KG act. 1 Ziff. 40). Aus ER act. 64/1 ("Tagesnotizen" der Beschwerdeführerin über Aufenthalte der Kinder im Zeitraum 8. Januar bis 2. Februar 2007 [vgl. ER act. 63 S. 3]) ergibt sich nichts Dergleichen. OG act. 33 ist lediglich ein Beilagenverzeichnis (zu den Beilagen 34/1 - 34/4). Auch daraus ergibt sich nichts Dergleichen (weder aus OG act. 33 noch aus einem Dokument in OG act. 34/1 - 34/4). Auch aus OG act. 39/1 ("Tagesnotizen" der Beschwerdeführerin über Aufenthalte der Kinder im Zeitraum 18. Februar bis 21. März 2007 [vgl. OG act. 38 Ziff. 1] bzw. bis zum 5.4.07 [OG act. 39/1 letztes Blatt]) ergibt sich schlichtweg nichts Dergleichen. Auch auf diese Behauptung ist nicht weiter einzutreten. f) (Behauptete) Ereignisse, die erst nach Erlass des angefochtenen Beschlusses vom 21. August 2007 eintraten (Beschwerde KG act. 1 Ziff. 41, 50 - 55) sind Noven, auf die in diesem Beschwerdeverfahren nicht eingetreten werden kann. g) Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Kinder litten unter einem "Paternal Alienation Syndrom (PAS)" (Beschwerde KG act. 1 Ziff. 36, Ziff. 47 f., Ziff. 56). Die Vorinstanz setze sich damit nicht auseinander oder verkenne die Symptome (Beschwerde KG act. 1 Ziff. 44 f.). Damit verletze sie die Offizial- maxime nach Art. 145 ZGB, die den Richter verpflichte, weitere Abklärungen durch Sachverständige zu veranlassen, wenn ihm das nötige Fachwissen fehle, sei es durch Anordnung eines kinderpsychiatrischen Gutachtens, einer Beistand- schaft und weiteren geeigneten Kindesschutzmassnahmen (Beschwerde KG act. 1 Ziff. 45). Der angefochtene Beschluss beruhe deshalb auf einer Verletzung klaren materiellen Rechts im Sinne von § 281 Ziff. 3 ZPO (Beschwerde KG act. 1 Ziff. 46; vgl. auch Ziff. 56). Die Vorinstanz setzte sich indes durchaus mit der Behauptung auseinander, dass die Kinder an einem "Eltern-Entfremdungssyndrom" litten (KG act. 2 S. 17

- 12 - f.). Die Vorinstanz ging von einem komplexen Problem aus (KG act. 2 S. 18). Sie liess dieses aber nicht gutachterlich abklären, weil es im Eheschutzverfahren in erster Linie darum gehe, möglichst rasch eine optimale Situation für die Kinder zu schaffen, und langwierige Abklärungen, etwa durch kinderpsychologische oder kinderpsychiatrische Gutachten, nur angeordnet werden sollten, wenn besondere Umstände vorlägen (z.B. wenn einem Elternteil sexueller Missbrauch der Kinder zum Vorwurf gemacht werde) (KG act. 2 S. 13 zweiter Absatz). Auch damit setzt sich die Beschwerdeführerin ihrerseits nicht

auseinander. Ihre Rüge der Verletzung von Art. 133 und Art. 145 ZGB geht schon deshalb fehl, weil es sich dabei um Vorschriften innerhalb eines Scheidungsverfahrens handelt, während es vorliegend um ein Eheschutzverfahren geht. Zwar gilt auch in einem solchen bezüglich der Kinderbelange die Offizialmaxime, welche die Beschwerdeführerin damit anspricht. Bezüglich der Einholung von kinderpsychologischen Gutachten ist aber im Eheschutzverfahren Zurückhaltung angebracht. Im Gegensatz zur Scheidung steht beim Eheschutz nicht eine definitive und dauerhafte Lösung der Kinderbelange im Vordergrund. Vielmehr hat das Gericht möglichst rasch eine optimale Situation für die Kinder zu schaffen, wobei langwierige Abklärungen - von gewissen Ausnahmen (z.B. sexueller Missbrauch von Kindern) abgesehen - nicht die Regel bilden sollten (Bundesgericht, Entscheid vom 30.6.2003 5P.157/2003 in FamPra 2003 Nr. 130 mit Hinweisen; gemäss Jann Six, Eheschutz, Bern 2008, ist im Rahmen von Eheschutzmassnahmen auf das Einholen von Gutachten sogar gänzlich zu verzichten [a.a.O., S. 1 unten]). Schon im Hinblick auf die definitive Kinderzuteilung bei einer Scheidung soll die Einholung eines kinderpsychiatrischen Gutachtens die Ausnahme sein. So ist auch ein "Kurzgutachten" im Rahmen von vorsorglichen Massnahmen im Scheidungsverfahren meist nicht das geeignete und erforderliche Beweismittel um abzuklären, bei welchem Elternteil die Kinder für die Dauer des Scheidungsprozesses besser aufgehoben sind (ZR 90 [1991] Nr. 82 Erw. 2.8.3 mit weiteren Hinweisen). Im vorliegenden Fall ging es im Wesentlichen nicht um die medizinische Frage, ob die Kinder der Parteien an einem "PAS" leiden oder was für Auswirkungen ein solches Syndrom haben kann oder hat oder ob die Kinder an einem anderen, komplexen gesundheitlichen Problem leiden, sondern es ging im Wesentlichen

- 13 - darum, unter wessen Obhut die Kinder für die Dauer des Getrenntlebens zu stellen sind. Für die Beantwortung dieser Frage verfügte die Vorinstanz durchaus über das erforderliche Fachwissen und verletzte weder Bundesrecht noch handelte sie willkürlich, wenn sie auf die Einholung eines Gutachtens verzichtete. Die Rüge geht fehl. h) Konkret beanstandet die Beschwerdeführerin die vorinstanzliche Erwägung als willkürlich, es sei nachvollziehbar, wenn B. Hassgefühle gegenüber der Beschwerdeführerin empfinde (Beschwerde KG act. 1 Ziff. 44). Zwar erscheint diese vorinstanzliche Erwägung (KG act. 2 S. 17 f.) tatsächlich als befremdlich. Dass sie aber geradezu unhaltbar ist, zeigt die Beschwerdeführerin nicht auf. Die Vorinstanz hielt nicht etwa fest, dass B. zu Recht Hassgefühle gegenüber ihrer Mutter hege, sondern sie bezeichnete diese Aussage von B. aufgrund des von B. Geschilderten als nachvollziehbar. Zwar mag bei der Ausdrucksweise von B. (OG Prot. S. 12 oben) bezweifelt werden, ob B. tatsächlich Hassgefühle gegenüber ihrer Mutter hegt im Sinne des Verständnisses eines Erwachsenen von Hassgefühlen, oder ob B. nicht eher als 10-jähriges Mädchen die Wörter "ich hasse sie" in einer Art "Schulplatz-Slang-Sinn" verwendete, der mit übertriebenen Worten mehr eine momentane Gefühlswallung zum Ausdruck bringt als eine tatsächliche tiefe Empfindung. Willkür der vorinstanzlichen Erwägung wird aber mit der Behauptung, man lese diese mit Staunen, sie widerspreche jeder Lebenserfahrung, nicht dargetan. Die Rüge geht fehl. i) Die Beschwerdeführerin rügt, die Vorinstanz verkenne die Symptome eines "PAS" (Beschwerde KG act. 1 Ziff. 45). Diese zeigten sich so, dass Kinder einen Teil ihrer Wahrnehmung und Erinnerung völlig abspalteten und gerade im Gespräch überzeugt, resolut und sicher auftraten. Damit sei allerdings eine typische Undifferenziertheit verbunden. Ins Auge springe, dass die Kinder der Parteien nicht nur beim Beschwerdegegner wohnen möchten, sondern jeden Kontakt zur Beschwerdeführerin, "bis zur Verneinung deren Existenz", abgelehnt hätten, als sie befragt worden seien

(Beschwerde KG act. 1 Ziff. 47).

- 14 - Die Beschwerdeführerin zeigt nicht auf, aus welcher Aktenstelle sich ergebe, dass die Kinder jeden Kontakt zu ihr ablehnten und ihre Existenz verneinten. Bezüglich der Befragung der Vorinstanz sind diese Behauptungen jedenfalls falsch. In den Aussagen der Kinder findet sich keine Verneinung der Existenz der Beschwerdeführerin. Sie erklärten auch nicht, jeden Kontakt zu ihr abzulehnen, sondern "nur", sie im Moment nicht besuchen zu wollen (A.; OG Prot. S. 11) bzw. sie nicht sehen zu wollen (B., OG Prot. S. 12). Sie erklärten diese Einstellung. Dabei erscheinen ihre Aussagen (OG Prot. S. 10 - 12) keineswegs als undifferenziert (vgl. die vorinstanzlichen Erwägungen KG act. 2 S. 16), was gemäss Beschwerdeführerin für ein "PAS" typisch sein soll. Bei der Behauptung, die "gewissen Vorfälle in der Schule", die gemäss vorinstanzlicher Erwägung von der Lehrerin dokumentiert seien, seien unwahr und bloss instruiert (Beschwerde KG act. 1 Ziff. 48), setzt sich die Beschwerdeführerin in keiner Weise mit dem Schreiben der Lehrerin D. vom 24.12.2006 auseinander, welches die Vorinstanz zitierte (KG act. 2 S. 15 unten). Es ist nicht klar, ob die Beschwerdeführerin auch geltend machen möchte, die Schilderungen von D. seien unwahr und instruiert. Bejahendenfalls unterlässt sie sowohl jede Erklärung, weshalb die Lehrerin unwahre Schilderungen geben und sich instruieren lassen sollte, als auch jeden Hinweis in den Schilderungen selber, dass und weshalb diese nicht stimmen sollten. Verneinendenfalls ist die Rüge nicht nachvollziehbar. Die Vorinstanz ging nicht von einer "Entführungsgefahr" aus. Die entsprechende Darstellung geht am angefochtenen Beschluss vorbei. Mit der blossen Behauptung, die Aussagen der Kinder, geschlagen worden zu sein, seien unwahr, weist die Beschwerdeführerin keine Willkür nach. Auch diese Rügen gehen fehl, soweit sie überhaupt als solche gemeint sind und soweit darauf eingetreten werden kann. k) Als Verletzung klaren materiellen Rechts rügt die Beschwerdeführerin, dass die Vorinstanz erwogen habe, es handle sich ja nur um ein Eheschutzverfahren, in welchem bloss vorübergehende Massnahmen zu treffen seien. Eine Scheidung sei - so die Beschwerdeführerin - nicht zwingend. Zudem könnten auch vorsorgliche Massnahmen mehrere Jahre dauern (Beschwerde KG act. 1 Ziff. 46 mit Hinweis auf OG act. 49 = KG act. 2 S. 13).

- 15 - Einerseits sagte die Vorinstanz das nicht so, wie die Beschwerdeführerin formuliert. Andererseits sind die vorinstanzlichen Erwägungen auf S. 13 des angefochtenen Beschlusses mit zahlreichen Hinweisen auf Rechtsprechung und Praxis richtig. Von einer Verletzung klaren materiellen Rechts kann dabei keine Rede sein. l) Die Beschwerdeführerin bezeichnet als nicht nachvollziehbar, was die Vorinstanz "punkto Pässe" anführe (Beschwerde KG act. 1 Ziff. 49). Sie scheint sich dabei auf die vorinstanzliche Erwägung zu beziehen, sie habe sich nach Aussage von B: geweigert, für diese den Reisepass bzw. die Identitätskarte herauszugeben, damit B. mit dem Beschwerdegegner und ihrem Bruder nach Italien in die Ferien hätte gehen können (KG act. 2 S. 17 unten). Was daran willkürlich sein soll, erklärt die Beschwerdeführerin indes nicht und ist auch nicht ersichtlich. Mit der Aussage, sie habe aus gutem Grund gehandelt, bestätigt sie die Aussage von B., sich geweigert zu haben, für B. den Reisepass bzw. die Identitätskarte herauszugeben, damit B. mit dem Beschwerdegegner und ihrem Bruder in die Ferien hätte fahren können. Ob die Beschwerdeführerin dafür gute Gründe hatte oder nicht, ist in diesem Zusammenhang nicht von Bedeutung. Die Vorinstanz erwog nicht, die Beschwerdeführerin hätte keinen guten Grund gehabt. Die Rüge geht am angefochtenen Beschluss vorbei und damit fehl (abgesehen davon, dass der in der Beschwerde behauptete

gute Grund ein unzulässiges und deshalb nicht zu beachtendes Novum ist; vorstehend lit. d).

#### **E. 2.4**

Zusammenfassend wies die Beschwerdeführerin bei der vorinstanzlichen Obhutszuteilung keinen Nichtigkeitsgrund nach.

#### **E. 3**

Die Beschwerdeführerin macht geltend, selbst wenn die Obhut einstweilen beim Beschwerdegegner bliebe, müsste die Besuchsregelung "der Situation angemessen" gestaltet werden, was bisher unterblieben sei. Schliesslich finde jeden Sonntag ein Hockeymatch statt und der Beschwerdegegner sei Coach der Mannschaft. Derzeit sollten Konfrontationen vermieden werden. Die jetzige Regelung verletze Art. 145 ZGB (Beschwerde KG act. 1 Ziff. 57). Die Rüge ist ungenügend substantiiert. Weshalb und inwiefern die vorinstanzliche Besuchsregelung Art. 145 ZGB verletze, erklärt die Beschwerdeführerin ebenso-

- 16 - wenig wie sie sich mit der vorinstanzlichen Begründung für die Besuchsregelung (KG act. 2 S. 19 f.) auseinandersetzt. Sodann zeigt sie nicht auf, dass sie bereits vor den Vorinstanzen geltend gemacht hätte, dass jeden Sonntag ein Hockeymatch stattfinde (offenbar gemeint mit Teilnahme der Kinder) und der Beschwerdegegner Coach der Mannschaft sei. Auch diese Behauptungen gelten deshalb als Noven, auf welche nicht eingetreten werden kann. Auf diese Rüge kann insgesamt nicht eingetreten werden.

#### **E. 4**

Bezüglich Unterhaltsbeiträgen für die Beschwerdeführerin persönlich erwog die Vorinstanz, mangels gegenteiliger Ausführungen sei grundsätzlich auf die finanziellen Verhältnisse abzustellen, welche die Parteien anlässlich der Vereinbarung vor Erstinstanz festgehalten hätten. Demnach sei beim Beschwerdegegner von einem Nettoeinkommen von Fr. 11'000.-- und bei der Beschwerdeführerin von einem solchen von Fr. 800.-- auszugehen. Der Beschwerdegegner habe für die Beschwerdeführerin ohne Kinder einen Notbedarf von Fr. 4'625.-- geltend gemacht. Weiter habe der Beschwerdegegner geltend gemacht, ab jenem Zeitpunkt, ab welchem die Kinder unter seine Obhut gestellt würden, benötige die Beschwerdeführerin keine Wohnung im derzeitigen Umfang mehr. Spätestens ab 30. Juni 2007 sei ihr lediglich noch ein Notbedarf von Fr. 3'975.-- anzurechnen. Ab April 2007 könne sie - so der Beschwerdegegner gemäss Vorinstanz weiter - Fr. 2'700.-- monatlich verdienen. Dazu erwog die Vorinstanz, die Beschwerdeführerin habe keine Ausführungen zu den Unterhaltsbeiträgen gemacht. Insbesondere habe sie nicht bestritten, ein Einkommen von Fr. 2'700.-- erzielen zu können. In Anwendung der Dispositionsmaxime sei auf die Anträge des Beschwerdegegners abzustellen. Dies beziehe sich auch auf den ab 30. Juni 2007 zu reduzierenden Notbedarf, was von der Beschwerdeführerin ebenfalls unbestritten geblieben sei. Bei der Beschwerdeführerin sei daher von folgenden finanziellen Verhältnissen auszugehen:

#### **E. 4.1**

Die Beschwerdeführerin macht geltend, sie habe in der Rekursantwort die Abweisung des Rekurses beantragt (Beschwerde KG act. 1 Ziff. 12). Zwar habe ihr Vertreter keine Stellung zu OG act. 9 (Eingabe des Beschwerdegegners vom 18. Dezember 2006 an die Vorinstanz mit Anträgen und Begründung zu Unterhaltsbeiträgen an die Beschwerdeführerin

persönlich) genommen. Dabei handle es sich aber um ein Versehen und nicht um ein Zugeständnis zu den Ausführungen des Beschwerdegegners (Beschwerde KG act. 1 Ziff. 13). Die Re- kursorantwort sei diesbezüglich unvollständig oder unklar (Beschwerde KG act. 1 Ziff. 14). Die Vorinstanz hätte deshalb die richterliche Fragepflicht im Sinne von § 55 ZPO ausüben müssen und habe einen wesentlichen Verfahrensgrundsatz verletzt, indem sie das unterlassen habe (Beschwerde KG act. 1 Ziff. 16). Die vor- instanzliche Anwendung der Dispositionsmaxime sei überspitzter Formalismus und beruhe auf willkürlichen tatsächlichen Annahmen. Die Vorinstanz habe § 54 ZPO und klares materielles Recht verletzt, wonach namentlich im Bereich von Art. 176 Abs. 1 ZGB die Dispositionsmaxime eingeschränkt sei. Sodann habe die Vorinstanz die Parteien ungleich behandelt und damit auch gegen Art. 30 Abs. 1 BV verstossen, indem sie dem Beschwerdegegner Gelegenheit zur Behebung eines Mangels gegeben habe, nicht aber der Beschwerdeführerin (Beschwerde KG act. 1 S. 7).

#### **E. 4.2**

Gemäss der Dispositionsmaxime darf das Gericht einer Partei weder mehr noch anderes zusprechen, als sie selbst verlangt, noch weniger, als die Gegenpartei anerkannt hat (§ 54 Abs. 2 ZPO). Die Beschwerdeführerin hat, worauf sie in der Beschwerde zu Recht hinweist, in der Rekursantwort die Abweisung des Rekurses beantragt (OG act. 18 S. 3). Der Rekurs richtete sich gegen die erstinstanzliche Verfügung vom 2. Oktober 2006 (OG act. 2 S. 2). Mit dieser Verfügung hatte die Eheschutzrichterin die Vereinbarung der Parteien über die Nebenfolgen des Getrenntlebens vorgemerkt (OG act. 3 S. 12). In dieser Ver-

- 18 - einbarung hatte sich der Beschwerdegegner verpflichtet, der Beschwerdeführerin ab 1. Januar 2007 persönliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 3'600.-- (und weitere Kosten) zu bezahlen (OG act. 3 S. 4). Indem die Beschwerdeführerin die Abweisung des Rekurses beantragte, beantragte sie implizit die Beibehaltung dieser finanziellen Regelung, so auch monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 3'600.-- für sich persönlich. In diesem Sinne stellte sie entgegen der Auf- fassung des Beschwerdegegners (Beschwerdeantwort KG act. 9 S. 6 oben) ent- sprechende Anträge. Sie anerkannte keine tieferen Unterhaltsbeiträge ent- sprechend dem Antrag des Beschwerdegegners in OG act. 9 S. 2. Die gegen- teilige, dem Entscheid der Vorinstanz zugrundeliegende Annahme verletzt die Dispositionsmaxime im Sinne von § 54 Abs. 2 ZPO und damit einen wesentlichen Verfahrensgrundsatz im Sinne von § 281 Ziff. 1 ZPO. Dass die Beschwerdefüh- rin nicht zu den Ausführungen in den Eingaben des Beschwerdegegners Stellung genommen hat, wie der Beschwerdegegner dazu geltend macht (Beschwerde- antwort KG act. 9 S. 5), betrifft nicht die Dispositionsmaxime, sondern die Ver- handlungsmaxime. Der angefochtene Beschluss ist deshalb aufzuheben, soweit er auf der Verletzung der Dispositionsmaxime basiert, d.h. bezüglich Unterhalts- beiträgen für die Beschwerdeführerin persönlich, und die Sache ist diesbezüglich zu neuer Prüfung und neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen. Damit brauchen die weiteren diesbezüglichen Rügen nicht mehr geprüft zu werden.

#### **E. 5**

Bereits vor Vorinstanz hatte die Beschwerdeführerin beantragt, der Beschwerdegegner sei zu verpflichten, ihr einen angemessenen Prozesskosten- vorschuss zu bezahlen. Eventualiter sei ihr die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren (OG act. 18 S. 3). Die Vorinstanz erwog dazu, die Beschwerdeführerin habe diese Anträge nicht begründet. Das erstaune umso mehr, als bereits die Er- stinstanz auf diesen Antrag der Beschwerdeführerin

mangels Begründung nicht eingetreten sei. Da die Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses der Pflicht des Staates zur Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege vorgehe und die Offizialmaxime lediglich in Bezug auf das Armenrecht gelte, sei mangels Begründung auf den Antrag betreffend Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses nicht einzutreten. Dies müsse umso mehr gelten, als es der anwaltlich vertretenen Beschwerdeführerin spätestens mit dem entsprechenden Nichteintretens-

- 19 - entscheid der Erinstanz vom 26. Februar 2007 hätte bewusst sein müssen, dass der Antrag genügend zu begründen gewesen wäre. Unter diesen Umständen obliege es nicht der Rekursinstanz, die Beschwerdeführerin erneut darauf aufmerksam zu machen und die nötigen Erhebungen zu tätigen (KG act. 2 S. 24 Erw. 7).

### **E. 5.1**

Die Beschwerdeführerin rügt (auch) diesbezüglich "Gehörsverweigerung und Aktenwidrigkeit". Sie habe ausführen lassen, dass ihr der Beschwerdegegner seit seinem Auszug lediglich Fr. 550.-- überweise (und die Mietkosten und weitere Auslagen begleiche). Damit müsse sie also auskommen. Diese Ausführungen habe die Vorinstanz übersehen. Dadurch sei die Unmöglichkeit, einen aufwendigen Prozess zu finanzieren, offensichtlich. Im Übrigen seien die massgeblichen Einkommens- und Bedarfsberechnungen bekannt gewesen und von der Vorinstanz im angefochtenen Beschluss wiedergegeben worden. Deshalb gehe der Hinweis auf fehlende Angaben fehl. Wenigstens auf dieser Grundlage hätte die Vorinstanz - so die Beschwerdeführerin - auf das Gesuch eintreten müssen (Beschwerde KG act. 1 Ziff. 17 - 22).

### **E. 5.2**

Die Vorinstanz verzichtete deswegen darauf, die Beschwerdeführerin auf die mangelnde Begründung aufmerksam zu machen und selber "die nötigen Erhebungen zu tätigen", weil der Beschwerdeführerin spätestens mit dem eheschutzrichterlichen Nichteintretensentscheid vom 26. Februar 2007 hätte bewusst sein müssen, dass der Antrag genügend zu begründen gewesen wäre. Dabei scheint die Vorinstanz übersehen zu haben, dass die Rekursantwort der Beschwerdeführerin mit dem Antrag auf Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses bzw. Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege vom 12. Januar 2007 datiert (OG act. 18 S. 1), also einem Zeitpunkt, als sie noch keine Kenntnis der eheschutzrichterlichen Verfügung vom 26. Februar 2007 haben konnte. Der Grund, aus welchem die Vorinstanz auf Weiterungen verzichtete und auf diese Anträge der Beschwerdeführerin nicht eintrat, entfällt und mit ihm die Basis des diesbezüglichen Entscheides. Dem Nichteintretensentscheid mangelt es somit an einer Begründung, und er verletzt insoweit den Gehörsanspruch der Beschwerdeführerin. Der angefochtene Beschluss ist auch diesbezüglich aufzuheben. Der Beschwerdegegner scheint bei seinen Ausführungen, insbesondere mit dem

- 20 - Hinweis darauf, gestützt auf die Verfügung vom 24. September 2007 (womit er offensichtlich die Verfügung KG act. 7 im kassationsgerichtlichen Verfahren meint) habe die Vorinstanz über diesen Sachverhalt zu entscheiden (Beschwerdeantwort KG act. 9 S. 6), zu übersehen, dass sich die Beschwerde diesbezüglich gegen den vorinstanzlichen Nichteintretensentscheid bezüglich das vorinstanzliche Verfahren bezieht. Daran geht die Beschwerdeantwort vorbei.

### **E. 6**

Die ebenfalls unter dem Titel "Prozesskostenvorschuss und unentgeltliche Rechtspflege" (Beschwerde KG act. 1 S. 8) vorgebrachten Ziff. 26 und 27 der Beschwerde sind nicht verständlich. Sollte die Beschwerdeführerin damit geltend machen wollen, ein Rekurs gegen die erstinstanzliche Verfügung vom 2. Oktober 2006 sei gar nicht zulässig gewesen und die Vorinstanz hätte deshalb auf den Rekurs gar nicht eintreten dürfen, ginge die Rüge ohne weiteres fehl. Gegen die eheschutzrichterliche Verfügung vom 2. Oktober 2006 war als Erledigungs- verfügung im summarischen Verfahren mit unbestimmbarem Streitwert ohne weiteres der Rekurs zulässig (§ 272 Abs. 1 ZPO). Ob er begründet war und ob und ggfs. inwieweit dabei Noven geltend gemacht werden konnten, ist eine Frage der Begründetheit des Rekurses und nicht von dessen Zulässigkeit.

## E. 7

Zusammenfassend ist der angefochtene Beschluss aufzuheben, soweit er die Anträge der Beschwerdeführerin auf Zusprechung eines Prozesskosten- vorschusses, eventualiter Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege im Rekursverfahren und die Unterhaltsbeiträge für die Beschwerdeführerin persön- lich betrifft. Damit zusammenhängend sind die vorinstanzlichen Kosten- und Ent- schädigungsfolgen für das Rekursverfahren, mit Ausnahme der nicht beanstan- deten Regelung betreffend Kosten der Kinderprozessbeistandschaft, aufzuheben. Die Sache ist insoweit zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen. Im Übrigen wies die Beschwerdeführerin keinen Nichtigkeitsgrund nach und ist die Nichtigkeitsbeschwerde abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Demnach sind (ausschliesslich) die Dispositiv-Ziffer 1, Dispositiv-Ziffer 2./2.3 (Unterhaltsbeiträge für die Beschwerdeführerin persönlich), der Klarheit halber (wegen der Unterhaltsbeiträge für die Beschwerdeführerin persönlich) der letzte Satz von Dispositiv-Ziffer 2 ("im Übrigen wird die Vereinbarung der Parteien genehmigt und die angefochtene Verfügung bestätigt") sowie die Dispositiv-

- 21 - Ziffern 4, 5 und 7 aufzuheben. Die Dispositiv-Ziffern 2./2.1, 2./2.2 und 2./2.4 sowie die Dispositiv-Ziffern 3 und 6 sind nicht aufzuheben, sondern gelten weiter, speziell die vorinstanzliche Obhutszuteilung und Besuchsrechtsregelung. II I. 1. Das vorgenannte Ergebnis (Gutheissung der Nichtigkeitsbeschwerde be- treffend Unterhaltsbeiträge und Prozesskostenvorschuss/unentgeltliche Rechts- pflege vor Vorinstanz; Abweisung der Nichtigkeitsbeschwerde betreffend Obhuts- zuteilung und Besuchsrecht sowie betreffend Zulässigkeit des Rekurses) bedeutet ein je etwa hälftiges Obsiegen und Unterliegen der Parteien. Entsprechend die- sem Ausgang sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen (§ 64 Abs. 2 ZPO) und die Prozessentschädi- gungen wettzuschlagen bzw. sind keine Prozessentschädigungen zuzusprechen (§ 68 Abs. 1 ZPO). 2. Die Beschwerdeführerin beantragte (auch) für das Beschwerdeverfahren, der Beschwerdegegner sei zu verpflichten, ihr einen Prozesskostenvorschuss von Fr. 8'000.-- zu leisten; eventualiter sei ihr die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren (Beschwerde KG act. 1 S. 2). Der Antrag betreffend Prozesskosten- vorschuss wurde zuständigkeithalber der Vorinstanz überwiesen. Diese wies ihn mit Beschluss vom 26. Oktober 2007 ab (KG act. 14) und erwog, das Kassations- gericht werde bei der Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen zu prüfen haben, ob der Beschwerdegegner der Beschwerdeführerin gestützt auf die ehe- liche Beistandspflicht ihre Aufwendungen für das Beschwerdeverfahren (in Anrechnung auf ihre güterrechtlichen Ansprüche) zu ersetzen haben werde (KG act. 14 S. 4 lit. c).

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