

# ZH\_OBERGERICHT LE140025 vom 25. August 2014

ZH Obergericht, 2014-08-25, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_LE140025](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LE140025)

FR: ZH\_OBERGERICHT LE140025 du 25 août 2014

IT: ZH\_OBERGERICHT LE140025 del 25 agosto 2014

## Erwägungen

### E. 1

Prozessgeschichte

#### E. 1.1

Die Parteien standen seit dem 5. Oktober 2012 vor Vorinstanz in einem Eheschutzverfahren. Am 21. März 2013 erging ein vorinstanzliches Urteil, worin das Besuchsrecht für die Tochter C.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2011, wie folgt ge- regelt wurde (vgl. Urk. 5/55 S. 5): "1.-2.- (...)

#### E. 1.2

Beide Parteien erhoben gegen dieses Urteil Berufung. Anlässlich der obergerichtlichen Vergleichsverhandlung vom 19. September 2013 schlossen die Parteien eine Einigung, die mit Beschluss vom 26. November 2013 (LE130028) genehmigt wurde. Die vorinstanzliche Dispositivziffer 3 wurde aufgehoben und wie folgt ersetzt (Urk. 5/55 S. 22 Dispositiv-Ziffer 4): "Der Gesuchsteller wird bis 31. Dezember 2013 für berechtigt erklärt, die Toch- ter C.\_\_\_\_\_ wöchentlich am Mittwochnachmittag von 14:00 Uhr bis 18:00 Uhr und am Sonntagnachmittag von 12:00 Uhr bis 18:00 Uhr auf eigene Kosten zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen. Der Gesuchsteller wird ab 1. Januar 2014 für berechtigt erklärt, die Tochter C.\_\_\_\_\_ wie folgt auf eigene Kosten zu sich oder mit sich auf Besuch zu neh- men. - jede Woche: am Dienstag von 11:00 Uhr bis 15:00 Uhr - in den geraden Wochen: am Sonntag von 11:30 Uhr bis 17:30 Uhr - in den ungeraden Wochen: am Freitag von 11:00 Uhr bis 15:00 Uhr." Diese Besuchsrechtsreglung erwuchs in Rechtskraft.

#### E. 1.3

Weitere Dispositiv-Ziffern (4-6, 8, 9 und 11-13) des angefochtenen Ur- teils wurden aufgehoben und die Sache zur Vervollständigung des Sachverhalts und zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurück- gewiesen. Unter anderem sind Unterhaltsbeiträge sowohl für die Gesuchsgegne- rin und Berufungsklägerin (nachfolgend Gesuchsgegnerin) als auch für die Toch- ter C.\_\_\_\_\_ festzusetzen (Urk. 5/55 S. 16 ff.).

#### E. 1.4

Mit Eingabe vom 4. Dezember 2013 stellte der Gesuchsteller und Beru- fungsgegner (nachfolgend Gesuchsteller) ein Gesuch um superprovisorische Massnahme betreffend das Weihnachtsbesuchsrecht 2013 (Urk. 5/56). Mit Verfü- gung vom 5. Dezember 2013 wurde das Gesuch abgewiesen und zur Verhand- lung betreffend vorsorgliche Massnahmen vorgeladen (Urk. 5/58). Anlässlich der

- 6 - am 18. Dezember 2013 stattgefundenen Verhandlung vereinbarten die Parteien, dass der Gesuchsteller die Tochter C.\_\_\_\_\_ am 25. Dezember 2013 von 16.00 bis 21.00 Uhr zur

Feier des Weihnachtsfestes auf eigene Kosten zu sich oder mit sich auf Besuch nehmen könne. Die Vereinbarung wurde von der Vorinstanz am 20. Dezember 2013 genehmigt (Urk. 5/68).

#### **E. 1.5**

Mit Eingabe vom 8. Januar 2014 stellte der Gesuchsteller das eingangs wiedergegebene Gesuch um Erlass von vorsorglichen Massnahmen (Urk. 5/69). Die Stellungnahme der Gesuchsgegnerin datiert vom 17. Februar 2014 (Urk. 5/86). Mit Verfügung vom 26. Februar 2014 wurde auf den Antrag 1 des Gesuchstellers (Androhung von Bestrafung nach 292 StGB, falls die gerichtlich festgesetzten Kinderbesuchstermine nicht eingehalten würden) nicht eingetreten (Urk. 5/88). Auch wurde dem Gesuchsteller eine Frist angesetzt, um unter anderem Hauptanträge betreffend die vorsorglichen Massnahmen zu stellen, welcher er mit Eingabe vom 19. März 2014 nachkam (Urk. 5/90). Diese Eingabe wurde der Gesuchsgegnerin mit Verfügung vom 27. März 2014 zur Kenntnisnahme zugestellt mit dem Hinweis, dass in der vorliegenden Sache zur Verhandlung vorzuladen sei, anlässlich welcher sie unter anderem Gelegenheit haben werde, sich zum Gesuch um Ergänzung der Besuchsrechtsregelung zu äussern (in der Hauptsache), wobei es ihr auch frei gestellt sei, das Gesuch vorab schriftlich zu beantworten (Urk. 5/92). Ausserdem wurde den Parteien in Aussicht gestellt, dass über den Antrag betreffend vorsorgliche Massnahmen ohne Anberaumung einer mündlichen Verhandlung entschieden werde. Mit Verfügung vom 11. April wurden die Parteien zur Hauptverhandlung auf den 26. Mai 2014 vorgeladen (Urk. 5/94, Urk. 5/95/1-2).

#### **E. 1.6**

Am 14. April 2014 erging das oben wiedergegebene Urteil (Urk. 5/97 = Urk. 2). Dagegen erhob die Gesuchsgegnerin am 25. April 2014 rechtzeitig Berufung mit den oben angeführten Anträgen (Urk. 1). Mit Verfügung vom 7. Mai 2014 wurde der Gesuchsgegnerin ein Kostenvorschuss auferlegt, der von ihr fristgerecht bezahlt wurde (Urk. 6, Urk. 7). Die Berufungsantwort datiert vom 4. Juni 2014 (Urk. 9). Mit Eingaben vom 23. und 24. Juni 2014 reichte die Gesuchsgegnerin eine Stellungnahme sowie Noven ein (Urk. 13, Urk. 15/1-7, Urk. 16,

- 7 - Urk. 18/1-7), zu denen der Gesuchsteller mit Schreiben vom 3. Juli 2014 Stellung bezog, das der Gesuchsgegnerin zugestellt wurde (Urk. 20). Am 11. Juli 2014 ging ein weiteres Schreiben der Gesuchsgegnerin ein, welches dem Gesuchsteller zugestellt wurde (Urk. 25). Am gleichen Tag teilte die Vorderrichterin der Kammer mit, dass die Scheidungsklage des Gesuchstellers rechtshängig sei (Prot. S. 8, S. 10 [Eingangsdatum: 4. Juli 2014]).

#### **E. 1.8**

Die Dispositiv-Ziffern 1 und 5 bis 8 des vorinstanzlichen Massnahmenentscheides blieben unangefochten, weshalb sie in Rechtskraft erwachsen sind. Davon ist Vormerk zu nehmen. Die vorinstanzlichen Akten wurden soweit nötig beigezogen (Urk. 5/55-98 [EE130458-L]), wobei darauf verzichtet wurde, die Akten des obergerichtlichen Verfahrens (LE130028) beizuziehen, die sich infolge der obergerichtlichen Rückweisung bei der Vorinstanz befinden (E. 1.3.). Auf die Parteivorbringen ist im Folgenden insoweit einzugehen, als dies für die Entscheidung erforderlich ist. 2. Medienberichte 2.1. Mit Eingaben vom 23. und 24. Juni 2014 brachte die Gesuchsgegnerin vor, der Gesuchsteller habe in verschiedenen Medien (D.\_\_\_\_\_, E.\_\_\_\_\_ und auf dem Online-Portal F.\_\_\_\_\_.ch) den von

ihm vom Zaun gerissenen Besuchs- rechtskonflikt öffentlich gemacht (Urk. 13 S. 4 ff., Urk. 15/3-4, 6 und Urk. 16, Urk. 18/1-7). Zudem habe er öffentlich Unwahrheiten über die Gesuchsgegnerin verbreitet und wolle sie medial schädigen. Damit habe er aktiv das Kindeswohl C.\_\_\_\_s massiv gefährdet, wenn nicht sogar geschädigt (Urk. 16 S. 5). Am 10. Juli 2014 wies die Gesuchsgegnerin darauf hin, dass die beiden Artikel aus der E.\_\_\_\_ und dem D.\_\_\_\_ auf der Homepage des Gesuchstellers weiterhin ab- rufbar seien. Dies belege, dass es ihm vorrangig darum gehe, die Gesuchsgegnerin in der Öffentlichkeit schlecht zu machen (Urk. 25). 2.2. Die ins Recht gelegten Medienberichte bzw. Interviews sind zwar an- gesichts des Alters von C.\_\_\_\_ nicht fallrelevant und die Gesuchsgegnerin leitet daraus zu Recht auch keine konkreten Forderungen ab. Indes ist der Gesuchstel- ler darauf hinzuweisen, dass ein Öffentlichmachen von familieninternen Konflikten

- 8 - stets heikel und zu vermeiden ist, nur schon um eine später eintretende Reflex- wirkung auf die gemeinsame Tochter zu verhindern. Zudem sind Eltern gehalten, alles zu unterlassen, was dem Ansehen des andern Elternteils schaden könnte (vgl. OGer ZH LP100068 vom 8.11.2011, S. 16).

### **E. 3**

Abgrenzung der Zuständigkeit Die Parteien befinden sich seit dem 4. Juli 2014 im Scheidungsverfahren (Prot. S. 8, S. 10). Das hängige Eheschutzverfahren wird dadurch nicht einfach gegenstandslos. Angesichts der Zeit, welche für die Behandlung eines Ehe- schutzdossiers durch das Gericht erforderlich ist, kann es nicht darauf ankom- men, ob der Eheschutzentscheid vor oder nach Einleitung der Scheidung erlas- sen wurde, sofern kein Zuständigkeitskonflikt besteht (BGE 138 III 646 E. 3.3.2). Das Eheschutzgericht bleibt zuständig für Massnahmen bis zum Eintritt der Rechtshängigkeit der Scheidung, selbst wenn es darüber erst nach diesem Zeit- punkt entscheiden kann (BGE 101 II 1 S. 2 f.; BGE 129 III 60; BGE 138 III 646). Die erlassenen Eheschutzmassnahmen sind auch nach der Einleitung des Schei- dungsverfahrens wirksam, bis sie vom Scheidungsgericht im Rahmen vorsorgli- cher Massnahmen abgeändert werden oder die Regelungen nach der Scheidung selber abgelöst werden (Art. 276 Abs. 2 ZPO, BGE 138 III 646; BGE 129 III 60 E. 4.2; Art. 276 Abs. 2 ZPO; ZK-ZPO, Sutter-Somm/Vontobel, Art. 276 ZPO N 37 f.). Dasselbe gilt für das Rechtsmittelverfahren (vgl. ZR 101 Nr. 25), weshalb nach wie vor auf die Berufung der Gesuchsgegnerin einzutreten ist.

### **E. 4**

Voraussetzungen für den Erlass von vorsorglichen Massnahmen im Eheschutzverfahren

#### **E. 4.1**

Die Gesuchsgegnerin rügt, die Vorinstanz habe das massgebende Recht (insb. Art. 272 ZPO, Art. 176 und Art. 273 ZGB) falsch angewandt (Urk. 1 S. 2). So sei verkannt worden, dass vorsorgliche Massnahmen gemäss Art. 261 ZPO nur erlassen werden dürften, wenn wesentliche Veränderungen der Verhält- nisse seit der rechtskräftigen Besuchsrechtsvereinbarung eingetreten seien und eine zwingende Notwendigkeit der Abänderung für das Kindeswohl vorliege. Auch habe der Gesuchsteller nicht glaubhaft gemacht, dass ihm aus der "Verletzung"

- 9 - des behaupteten (und von der Gesuchsgegnerin bestrittenen) Anspruchs ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil entstünde. Dies sei auch nicht möglich, da sein normales wöchentliches Besuchsrecht ungehindert stattfinden könne. Zudem seien die am 14. April

2014 erlassenen vorsorglichen Massnahmen nicht dringlich gewesen, da die Eheschutzverhandlung bereits auf den 26. Mai 2014 angesetzt worden sei (Urk. 1 S. 4 f. und S. 13). Schliesslich habe die vor Obergericht vereinbarte Regelung erst ab dem 1. Januar 2014 gegolten. Indem der Gesuchsteller nur sieben Tage nach Inkrafttreten dieses Besuchsrechts ein Gesuch gestellt habe, sei offensichtlich, dass es ihm nur darum gehe, die vor Obergericht abgeschlossene Regelung nach seinen Bedürfnissen zu erweitern, obschon die dafür nötigen Voraussetzungen fehlten (Urk. 1 S. 5, 7). Diesem Argument hält der Gesuchsteller entgegen, dass er berechtigterweise das Gesuch um vorsorgliche Massnahmen gestellt habe: Nachdem er vor Weihnachten 2013 an das Gericht habe gelangen müssen, weil die Gesuchsgegnerin sämtliche Anfragen bezüglich Weihnachtsbesuchsrecht seit Juli 2013 nicht bzw. ablehnend beantwortet und erst unter dem Druck der Gerichtsverhandlung vom 18. Dezember 2013 ein Besuchsrecht für den 25. Dezember 2013 widerwillig akzeptiert habe, habe sie ihm nur zwei Tage später – am 27. Dezember 2013 – per SMS mitgeteilt, dass sie gleichentags für zwei Wochen in die Ferien fahre – ungeachtet der bevorstehenden Besuchstermine vom 29. Dezember 2013 und 3. Januar 2014. Mit ihrer abrupten Abreise in mehrwöchige Ferien am 27. Dezember 2013 habe sie das berechnete Interesse des Kindes und des Gesuchstellers an einer regelmässigen und geordneten Besuchsrechtsausübung in geradezu provokativer Weise unterlaufen (Urk. 9 S. 7).

#### **E. 4.2**

Vorsorgliche Massnahmen betreffend Kinderbelange können unter den allgemeinen Voraussetzungen nach Art. 261 ff. ZPO grundsätzlich auch im Eheschutzverfahren erlassen werden (vgl. Pfänder Baumann, in: DIKE-Komm-ZPO, Art. 273 N 10, OGer ZH LE140004 vom 4.3.2014, S. 9 E. III. 2.1.). Vorsorgliche Massnahmen regeln das in der Hauptsache umstrittene Rechtsverhältnis für die Dauer des Verfahrens. Sie müssen daher umgehend erlassen werden. Bereits das Eheschutzverfahren dient der schnellen Schaffung einer einstweiligen Regelung und zielt nicht auf die endgültige Regelung der Verhältnisse ab. Dies gilt für

- 10 - vorsorgliche Massnahmen im Eheschutzverfahren noch stärker; es besteht eine noch stärkere zeitliche Dringlichkeit und deren erwartete Geltungsdauer ist noch kürzer. Dabei ist der besondere eherechtliche Kontext zu beachten. Wie auch bei vorsorglichen Massnahmen im Scheidungsverfahren (vgl. Schwander, in: ZPO Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Art. 276 ZPO N 14) kommt dem Kriterium des nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteils (Art. 261 Abs. 1 lit. b ZPO) in Eheschutzverfahren eine geringe Bedeutung zu, geht es doch darum, die möglichen Konfliktpunkte zwischen den Parteien sofort durch eine "Friedensordnung" unter den Eheleuten zu beseitigen. Insofern genügt es zu prüfen, ob das Anliegen der gesuchstellenden Partei berechnete ist. Des Nachweises eines nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteils im engeren Sinn von Art. 261 ZPO bedarf es dazu nicht (vgl. FamPra.ch 2013, S. 214). Die weiteren glaubhaft zu machenden Voraussetzungen für den Erlass vorsorglicher Massnahmen sind das Vorliegen eines materiellen Anspruchs zivilrechtlicher Natur, eine Gefährdung oder Verletzung dieses Anspruchs, sowie das Bestehen einer zeitlichen Dringlichkeit. Schliesslich ist der Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu beachten; die Massnahme soll nicht weiter gehen, als es zum Schutz des Anspruchs notwendig ist (Art. 261 Abs. 1 ZPO; Huber, in: ZK-ZPO, Art. 261 ZPO N 17 ff.). Letztere ist vorliegend gewahrt, da die angeordneten vorsorglichen Massnahmen nur für eine sehr beschränkte Dauer gelten, nämlich bis Abschluss des

hängigen Eheschutz- verfahrens.

### E. 4.3

Der den vorliegenden Massnahmen zugrundeliegende materielle Anspruch ist das Recht des Kindes und des Gesuchstellers auf regelmässigen und möglichst konfliktfreien Kontakt. Die Vorinstanz erwog im Zusammenhang mit der Gefährdung dieses Anspruchs, dass die bisherigen Besuchsrechtsschwierigkeiten bzw. die Zwistigkeiten der Parteien sich auf das Kindeswohl von C.\_\_\_\_\_ auswirkten (Urk. 2 S. 8 E. III. 2.4.). Die Gesuchsgegnerin wendet ein, diese absolute Aussage habe keine Stütze in den Akten. Nicht einmal der Gesuchsteller habe geltend gemacht, dass C.\_\_\_\_\_ etwas von den Schwierigkeiten mitbekommen habe oder dass es ihr nicht gut gehe. Auch habe er nicht substantiiert, seine Be-

- 11 - ziehung zu C.\_\_\_\_\_ habe aufgrund der seltenen Abwesenheiten gelitten (Urk. 1 S. 6). Dass es C.\_\_\_\_\_ nach wie vor gut geht, erstaunt nicht. Im Gegenteil wäre es besorgniserregend, wenn bei einem zweieinhalbjährigen Kind bereits jetzt irgendwelche negativen Auswirkungen der elterlichen Streitigkeiten feststellbar wären. Entscheidend ist, dass das Besuchsrecht für das Kind und seine psychische Entwicklung von entscheidender und schicksalhafter Bedeutung ist, denn aufgrund des schicksalhaften Eltern-Kind-Verhältnisses ist die Beziehung des Kindes zu beiden Elternteilen wichtig, kann sie doch bei der Identitätsfindung eine entscheidende Rolle spielen (BGE 130 III 585 E. 2.2.2 S. 590; 131 III 209 E. 4 S. 211 f.). Insbesondere im Falle, dass die Eltern – wie vorliegend – stark zerstritten sind, ist die exakte Beachtung und Einhaltung des Besuchsrechts von grosser Bedeutung. Es gilt zu verhindern, dass laufend neue Konflikte, Unsicherheiten und unnötige Streitigkeiten das Besuchsrecht überschatten und dessen Qualität mindern. Insgesamt besteht somit ein sehr grosses Interesse an der korrekten, regelmässigen und reibungslosen Durchführung des Besuchsrechts (vgl. OGer ZH RV130007 vom 24. März 2014, S. 10, E. III. 5.2.2.). Im Übrigen ist in hochstrittigen Eheschutzverfahren eine Beeinflussung der Kindes durch einen Elternteil nie auszuschliessen bzw. gar wahrscheinlich. Selbst wenn sich die Parteien einer bewussten Beeinflussung der Kindes enthalten, muss davon ausgegangen werden, dass das Kind die negativen Gefühle der Eltern gegeneinander wahrnehmen und es so gleichsam auf emotionaler Ebene zu einer Beeinflussung und zu einer Beeinträchtigung des Kindeswohles kommt (vgl. OG ZH LE130019 vom 7.6.2013 S. 11 E. 3.4.3). So argumentiert die Gesuchsgegnerin selber, dass es auch zum Kindeswohl C.\_\_\_\_\_s gehöre, dass sie mit der Mutter in die Ferien fahren und mit ihr die Zeit zusammen geniessen könne, fernab von den juristischen Problemen und Druckmassnahmen, die der Gesuchsteller der Gesuchsgegnerin zuhause in ... im Alltag beschere (Urk. 1 S. 7 Rz. 27). Der Gesuchsgegnerin ist jedoch insofern zuzustimmen, als dass die vorliegenden Massnahmen bereits am 8. Januar 2014 und damit erst sieben Tage nach

- 12 - Inkrafttreten der vor Obergericht vereinbarten Besuchsrechtsregelung beantragt wurden (Urk. 5/69). Die Ankündigung von Ferien für den Jahreswechsel durch die Gesuchstellerin erfolgte zudem in einer Zeitspanne, in welcher der Gesuchsteller das Besuchsrecht selber nicht vollumfänglich hätte wahrnehmen können bzw. wollen (angekündigter Ausfall am 7. Januar 2014, Urk. 5/91/3) und entsprach insofern der von ihm geforderten Koordination der beidseitigen Abwesenheiten. Dass ein Ausfall von Besuchsterminen infolge Ferienabwesenheiten bisher schon öfter und regelmässig vorgekommen sei und darin eine eigentliche Strategie der Gesuchsgegnerin erkennbar wäre,

mittels Ferienabwesenheiten gezielt das Besuchsrecht zu unterlaufen, wird vom Gesuchsteller zu Recht nicht geltend gemacht. Dennoch barg die vom Obergericht genehmigte Besuchsrechtsvereinbarung ein von allen Seiten offenbar unerwartetes Konfliktpotential. Seit diese mit Beschluss vom 26. November 2013 bewilligt wurde, ist das dem angefochtenen Entscheid zugrundeliegende Gesuch um vorsorgliche Massnahmen bereits das zweite. Einvernehmliche, aussergerichtliche Lösungen bezüglich der offenen Punkte waren zum Zeitpunkt des Erlasses nicht zu erwarten. Somit lag es noch im Ermessen der Vorinstanz, dass sie – um während des Verfahrens und damit ohne Anspruch auf abschliessende Beurteilung einigermaßen Frieden zu schaffen und einer Gefährdung des Kindeswohls vorzubeugen – in Ergänzung des gerichtlich genehmigten Besuchsrechts weitere Modalitäten (Dauer der Ferien und Kompensation von ausgefallenen Besuchskontakten) verbindlich regelte, deren konkrete Ausgestaltung im Sachzusammenhang zu prüfen sein wird.

#### **E. 4.4**

Weiter kritisiert die Gesuchsgegnerin, die Anordnung von vorsorglichen Massnahmen müsse im summarischen Eheschutzverfahren die Ausnahme bilden, um unnötige Weiterungen des Verfahrens zu vermeiden. Zudem habe es insbesondere aufgrund der anberaumten Eheschutzverhandlung vom 26. Mai 2014 an der Dringlichkeit gefehlt (vgl. Urk. 1 S. 7 f. Rz. 29 ff.). Richtig ist, dass im Eheschutzverfahren langwierige Abklärungen, etwa durch Gutachten, auch im Streitfall nicht die Regel sein sollten, sondern nur angeordnet werden, wenn besondere Umstände vorliegen. Zu beachten ist jedoch, dass es im Eheschutzverfahren darum geht, möglichst rasch eine optimale Situa-

- 13 - tion für das Kind zu schaffen (BGer 5A\_57/2014 vom 16.5.2014 E. 4.6. mit Hinweisen). Daher müssen vorsorgliche Massnahmen, die von Gesetzes wegen sofort vollstreckbar sind (Art. 315 Abs. 4 lit. b ZPO), grundsätzlich zulässig sein, um den Anspruch des Kindes auf angemessenen persönlichen Verkehr mit dem Gesuchsteller zu schützen. Im Zeitpunkt des Erlasses des umstrittenen Entscheides am 14. April 2014 war nicht absehbar, bis wann das Ausfechten des Prozesses dauern würde. Schon nur bis zur eineinhalb Monate später angesetzten Eheschutzverhandlung vom 26. Mai 2014 waren 11 Besuchskontakte vorgesehen (20. April, 22. April, 25. April, 29. April, 4. Mai, 6. Mai, 9. Mai, 13. Mai, 18. Mai, 20. Mai, 23. Mai 2014). Vor diesem Hintergrund und der Tatsache, dass das potentiell ersatzlose Ausfallen von Besuchskontakten das Kindeswohl eventuell tangieren könnte, ist es noch vertretbar, dass die Vorinstanz das Anliegen des Gesuchstellers für hinreichend berechtigt gewichtete und somit die genügend hohe Dringlichkeit für den Erlass von vorsorglichen Massnahmen bejahte. Dies zumal nicht davon auszugehen war, dass an der Verhandlung eine Einigung der Parteien erreicht würde, und schon angesichts der Komplexität der Unterhaltsbelange mit einer länger dauernden gerichtlichen Entscheidfindung zu rechnen war.

#### **E. 5**

Dauer der Ferien

##### **E. 5.1**

Die Vorinstanz erwog unter Hinweis auf Schreiner (FamKomm Scheidung, Anh. Psych N 171f.), dass bei Kleinkindern im Alter von zwei bis drei Jahren aufgrund des Zeitempfindens und der Bindungsetablierung und -festigung mehrere mehrstündige Kontakte innerhalb von zwei Wochen günstiger seien als zwölf Tage keine Kontakte und

dann ein intensives Wochenende. Diese Einschätzung beziehe sich zwar auf das ordentliche Besuchsrecht und nicht auf eine allfällige Ferienregelung. Trotzdem erscheine ein Unterbruch des Besuchsrechts von höchstens zwei Wochen dem jetzigen Alter von C.\_\_\_\_\_ angemessen. So- dann sei den Akten nicht zu entnehmen, dass die Gesuchsgegnerin mit C.\_\_\_\_\_ bis anhin für längere Zeit als zwei Wochen in die Ferien gefahren sei, weshalb die Maximaldauer von Ferien auf zwei Wochen zu beschränken sei (Urk. 2 S. 9 E. 3.1.3.).

- 14 -

### **E. 5.2**

Die Gesuchsgegnerin rügt, die Beschränkung der Feriendauer sei nicht nur unnötig und unzulässig, sondern auch völlig unverhältnismässig, da sie ihr mit der Obhut verbundenes Recht, den Aufenthaltsort von C.\_\_\_\_\_ zu bestimmen, ihr Recht auf Ferien und ihre persönliche Planungs- und Bewegungsfreiheit bezüglich Ferien in massiver Weise einschränken. Ausserdem habe die Vorinstanz nicht geprüft, ob der Gesuchsteller einen entsprechenden Anspruch habe, und übersehen, dass er unter falscher Berufung auf eine Kommentarstelle behauptet habe, ein zweiwöchiges Intervall sei schädlich für die Vater-Kind-Beziehung. Es sei aus kinderpsychiatrischer bzw. -psychologischer Sicht klar zu unterscheiden, ob es um das ordentliche Besuchsrecht oder um einen zeitweiligen Unterbruch des Besuchsrechts wegen Ferienabwesenheit gehe. Schliesslich sei es willkürlich, die Feriendauer auf maximal zwei Wochen zu beschränken (Urk. 1 S. 8 ff. Rz. 32 ff.).

### **E. 5.3**

Diesen Vorbringen ist entgegenzuhalten, dass die Vorinstanz nicht festgehalten hat, ein mehr als zweiwöchiges ferienbedingtes Intervall sei zwingend für das Kindeswohl schädlich. Zu Recht wurde auch nicht erwogen, ein mehr als zweiwöchiger Ferienaufenthalt sei ohne Weiteres rechtsmissbräuchlich. Entgegen der Meinung der Gesuchsgegnerin steht die Ferienplanung des ob- hutsberechtigten Elternteils nicht einzig und allein unter dem Vorbehalt des Rechtsmissbrauchs (Urk. 1 S. 12 Rz. 50 mit Hinweis auf BGer 5A\_381/2010 vom 21.7.2010 E. 5.3.2. bis 5.3.4.). Vielmehr weist das Bundesgericht im auch von der Gesuchsgegnerin zitierten Entscheid darauf hin, dass als oberste Richtschnur für die Ausgestaltung (und Ausübung) des persönlichen Verkehrs das Kindeswohl gelte, das anhand der Umstände des konkreten Einzelfalls zu beurteilen sei, wo- bei allfällige Interessen der Eltern zurückzutreten hätten (BGer 5A\_381/2010 vom 21.7.2010, E. 5.3.2. mit Hinweis auf BGE 130 III 585 E. 2.1 S. 587 f.). Mit Blick auf das Kindeswohl von C.\_\_\_\_\_ hielt es die Vorinstanz für ange- messen, die Ferienabwesenheit auf zwei Wochen zu beschränken. Willkürlich ist die Regelung zwar nicht, weil in der Literatur – wenn auch im Zusammenhang mit Kontaktintervallen – generell der Standpunkt vertreten wird, dass aufgrund des kindlichen Zeitempfindens der Abstand zwischen den Besuchen zwei Wochen

- 15 - nicht überschreiten sollte (Schwenzer, in: BSK-ZGB, Art. 273 ZGB N 14; Bühler/Wirz, in: FamKomm Scheidung, Art. 273 ZGB, N 24 m.w.H.). Dennoch er- scheint es mit Blick auf die Bewegungsfreiheit der Gesuchsgegnerin grundsätzlich als legitim, wenn sie als Obhutsberechtigte auch drei Wochen Ferien mit dem Kleinkind C.\_\_\_\_\_ verbringen würde, zumal die regelmässigen zweimaligen Kon- takte pro Woche die Bindung an den Gesuchsteller durchaus gewährleisten. In- des ist Folgendes zu beachten: Dem Sachgericht kommt bei der Regelung des Besuchsrechts allgemein (BGE 131 III 209 S. 210 E. 3 m. H.) und aufgrund der Kann-Vorschrift in Art. 273 Abs. 2 ZGB im Besonderen ein grosser

Ermessens- spielraum zu (BGer 5A\_381/2010 vom 21.7.2010, E. 5.3.1.). Die Berufungsinstanz hat sich darauf zu beschränken, in Ermessensentscheide der Vorinstanz nur einzugreifen, wenn dazu hinreichender Anlass besteht (vgl. BGer 5A\_265/2012 vom 30.5.2012, E. 4.3.2. mit Hinweisen, wonach sich die Rechtsmittelinstanz bei der Überprüfung von Ermessensentscheiden eine gewisse Zurückhaltung auferlegen dürfe; vgl. zum Ganzen: Seiler, Die Berufung nach ZPO, N 469 ff.). Einen solchen hinreichenden Anlass legt die Gesuchsgegnerin nicht dar und ist auch nicht ersichtlich, zumal die Berufungsinstanz nicht gehalten ist, ihr Ermessen an die Stelle derjenigen der Erstinstanz zu setzen.

## **E. 6**

Kompensationsanspruch aufgrund Ferienabwesenheit

### **E. 6.1**

Die Vorinstanz erwog, die Gesuchsgegnerin habe unbestrittenermassen Anspruch darauf, mit C.\_\_\_\_\_ in die Ferien zu fahren. Aufgrund des ausgedehnten Besuchsrechts des Geschwärtelers lasse es sich auch nicht verhindern, dass Besuchstage ausfielen, wobei der Ausfall von Besuchsrechtstagen die Ausnahme bleiben müsse. Zwar müsse nach überwiegender Auffassung in Lehre und Rechtsprechung eine angemessene Kompensation der ausgefallenen Besuchskontakte stattfinden, gleichzeitig sei aber das kumulative Nachholen einer grossen Anzahl von Besuchstagen zu vermeiden (Urk. 2 S. 11 mit Hinweis auf BGer 5A\_381/2010 vom 21.7.2010, E. 5.4.2.).

### **E. 6.2**

Die Gesuchsgegnerin bestreitet ein Kompensationsrecht des Geschwärtelers: Die anlässlich der mehrstündigen obergerichtlichen Vergleichsverhandlung abgeschlossene Vereinbarung vom 19. September 2013 sei umfas-

- 16 - send, klar und vollständig. Sie sehe insbesondere keine Kompensation von ausgefallenen Besuchskontakten vor. Dies obschon der Geschwärteler von zwei Anwälten beraten gewesen sei, und es damals vorhersehbar gewesen sei, dass das Besuchsrecht manchmal ausfallen könnte. Gerade weil das ordentliche Besuchsrecht (2 x pro Woche) sehr ausgedehnt sei, und er mehr als angemessenen persönlichen Kontakt habe, bedürfe es keiner Kompensationsregelung bzw. -pflicht. Ausserdem führe die angefochtene Regelung zu einer verpönten buchhalterischen Abrechnung der Besuchskontakte.

### **E. 6.3**

Dazu ist festzuhalten, dass die Parteien keine Regelung trafen, wonach keine Kompensation stattfinden solle (Urk. 4/2 S. 22, anders in BGer 5A\_381/2010 vom 21.7.2010, A.

[Sachverhalt]). Wenn die Gesuchsgegnerin vorbringt, sie hätte andernfalls dem Vergleich nicht zugestimmt, da er zur unnötigen Verkomplizierung führe (Urk. 1 S. 7 Rz. 26, S. 14 f. Rz. 62 f.), erscheint dies wenig glaubhaft und steht im Widerspruch zu ihrer eigenen Behauptung: Einerseits will sie nur spärlich (Kurz-)Ferien machen (Urk. 1 S. 4 Rz. 14) bzw. nur alle paar Monate einzelne Besuche ausfallen lassen (Urk. 1 S. 7 Rz. 26), andererseits befürchtet sie eine unverhältnismässige Verkomplizierung von bis zu vier Ersatzdaten pro Ausfall. Will sie aber nur selten ferienhalber abwesend sein, so entfällt das Problem von häufigen aufwändigen Terminkoordinationen. Ob und in welchem Umfang ausgefallene Besuchskontakte nachgeholt werden können, ist gesetzlich nicht geregelt. Gemäss überwiegender Lehre und Praxis sind diese jedenfalls dann nachzuholen, wenn sie aus

Gründen nicht haben wahrgenommen werden können, die der Obhutsberechtigte zu vertreten hat, wie etwa (Kurz-)Ferien (vgl. Bächler/Wirz, a.a.O., Art. 273 ZGB N 26; Schwenzer, a.a.O., Art. 723 ZGB N 16 m.w.H.). Dabei geht es nicht darum, Anspruch und Erfüllung des persönlichen Verkehrs gleichsam buchhalterisch auszugleichen, sondern einen angemessenen Kontakt zwischen dem besuchsberechtigten Elter und dem Kind zu gewährleisten. Die Grenze bildet dabei in jedem Fall das Kindeswohl. Das kumulative Nachholen einer grossen Anzahl von Besuchstagen ist zu vermeiden (BGer 5A\_381/2010 vom 21.7.2010, E. 5.3.4. mit Hinweisen, BGer 5C.146/2001 vom 26. Oktober 2001 E. 2.a, in FamPra.ch 2002, S. 399), ein an-

- 17 - gemessenes Nachholrecht des Gesuchstellers hingegen zu bejahen. Unerheblich ist damit der Einwand der Gesuchsgegnerin, sie anerkenne den generellen Anspruch des Gesuchstellers auf das Nachholen von ausgefallenen Besuchen nicht an, und ihr bisheriges aktenkundiges Anbieten von Ersatzdaten für ausgefallene Besuchstage sei ohne Anerkennung einer Rechtspflicht erfolgt (Urk. 1 S. 14 Rz. 60).

#### **E. 6.4**

Die Gesuchsgegnerin vertritt sodann den Standpunkt, die Vorinstanz hätte zuerst prüfen müssen, ob sie mit ihren Ferienabwesenheiten gegen das Verbot des Rechtsmissbrauchs verstossen habe, bevor sie den Kompensationsanspruch des Gesuchstellers hätte prüfen dürfen (Urk. 1 S. 13 Rz. 54). Dieses Argument überzeugt nicht. Die Frage der Kompensation ist nicht Sanktion des Verstosses gegen das Rechtsmissbrauchsverbot, sondern Ausgleich für ausgefallene Besuchskontakte im Interesse des Kindes und des Gesuchstellers. Zu Recht hat damit die Vorinstanz nicht geprüft, ob sich die Gesuchsgegnerin bislang rechtsmissbräuchlich verhalten habe.

#### **E. 6.5**

In ihrer Berufung bringt die Gesuchsgegnerin weiter vor, die Anordnung, wonach sie die Ferienabwesenheiten zwei Monate im Voraus unter Angabe von Kompensationsdaten anzukündigen habe, sei unzulässig und unverhältnismässig. Es handle sich dabei um eine Verpflichtung, die in der Regel dem nicht-sorge/obhutsberechtigten Elternteil auferlegt werde. Dies mache Sinn, da durch die Ausübung des Ferienbesuchsrechts das Aufenthaltsbestimmungsrecht, das Teil der Obhut sei, zu Lasten des obhutsberechtigten Elternteils eingeschränkt werde (Urk. 1 S. 15 Rz. 66 f.). Ausserdem bestehe bei einem Besuchsunterbruch im Alter eines zweieinhalbjährigen Kindes keine Gefährdung des Kindeswohls (Urk. 1 S. 10 Rz. 39, S. 15 Rz. 63 mit Hinweis auf eine ins Recht gelegte fachärztliche Stellungnahme, Urk. 4/4). Schliesslich komme es nicht zu einer von der Vorinstanz befürchteten "Entfremdung" (mit Hinweis auf Urk. 2 S. 11), da der Gesuchsteller gemäss ordentlicher Regelung C. \_\_\_\_\_ zwei Mal pro Woche sehe (Urk. 1 S. 15 Rz. 63).

- 18 -

#### **E. 6.6**

Die Vorinstanz übe ihr für die Regelung des Besuchsrechts zustehendes Ermessen insofern pflichtgemäss aus, als sie mit der starken beruflichen Einspannung des Gesuchstellers ein sachliches Argument für die detaillierte Kompensationsregelung anführte (Urk. 2 S. 12). Die frühe Angabe der Terminverschiebungen und Ersatztermine erlaubt es dem Gesuchsteller trotz seiner beruflichen Tätigkeit sich entsprechend zu organisieren und den zusätzlichen Besuchstermin allenfalls auch werktags wahrzunehmen.

Indem in den Fällen, in denen in- nert der ersten sieben Tagen nach Rückkehr trotz fristgerechter Ankündigung kein Termin gefunden werden könne, der Anspruch auf eine Kompensation verfallt, beugte die Vorinstanz einer das Kind überfordernden Ballung ausgefallener Be- suchsrechtstage vor. Immerhin ist anzufügen, dass der Gesuchsteller bei einem Ausfallen des Besuchsrechts keine speziellen Vorkehren treffen muss und seine vorgegebene berufliche Belastung auch dagegen spricht, dass er in dieser Zeit- spanne selber für sich Ferien organisieren könnte zwecks Koordination der Aus- fälle. Mit Blick auf die zurückhaltende Überprüfung von Ermessensentscheiden drängt es sich jedoch nicht auf, die von der Vorinstanz konkreten Regelungen des Kompensationsrechts durch andere zu ersetzen. Richtig ist ferner, dass durch einen einmaligen zweiwöchigen Unterbruch der Besuchskontakte keine Entfremdung stattfinden kann, unabhängig davon, dass die intensive Prägungsphase des Säuglingsalters bei C.\_\_\_\_\_ abgeschlossen ist. Dennoch lag es im weiten Ermessen der Vorinstanz, eine detaillierte Kompensati- onsmöglichkeit im Interesse von C.\_\_\_\_\_ vorzusehen, bleibt es der Gesuchsgeg- nerin doch unbenommen, mehrmals pro Jahr jeweils zweiwöchige Ferien mit ihr zu verbringen. Dass eine solche theoretisch mögliche Anhäufung von Ferienab- wesenheiten eine Entfremdung bewirken könnte, ist nicht ausgeschlossen, und einer solchen wird durch die Regelung der Vorinstanz angemessen vorgebeugt. Anzumerken bleibt, dass diesem Problem auch mit einem jährlichen Ferienkon- tingent hätte begegnet werden können.

#### **E. 6.7**

Schliesslich rügt die Gesuchsgegnerin, die Regelung, wonach aufgrund von Kurzferien gemäss Dispositiv-Ziffer 4 alle ausgefallenen Besuchskontakte nachzuholen seien, während bei ein- oder zweiwöchigen Ferien nur ein Be-

- 19 - suchstag zu kompensieren sei (Dispositiv-Ziffer 3), lasse jegliche Logik vermis- sen. Wenn sie mit C.\_\_\_\_\_ in einer ungeraden Woche von Montag bis Freitag in "Kurzferien" fahre, müsste sie zwei Besuche (den Dienstagnachmittag und den Freitagnachmittag) kompensieren lassen. Dies obschon der Unterbruch zwischen den Besuchen des Gesuchstellers kürzer sei als bei einer zweiwöchigen Ferien- abwesenheit der Gesuchsgegnerin (Urk. 1 S. 16 Rz. 70 f.).

#### **E. 6.8**

Diese Rüge dringt nicht durch: Grundsätzlich dienen ein- bis zweiwö- chige Ferien dem notwendigen Erholungszweck, und es entbehrt nicht einer ge- wissen Selbstverständlichkeit, dass die obhutsberechtigte Mutter einen Anspruch darauf hat, Ferien mit C.\_\_\_\_\_ zu verbringen, selbst wenn dadurch gewisse Be- suchstage des Gesuchstellers entfallen (vgl. BGer 5A\_381/2010 vom 21.7.2010 E. 5.3.4.). Um einer unangemessenen Anhäufung entgegenzuwirken, wurde die Kompensation in diesen Fällen zu Recht auf einen Besuchskontakt beschränkt. Demgegenüber sind "Kurzferien" als solche für den Erholungszweck nicht notwendig. Vielmehr stehen deren Häufigkeit und Länge im Belieben der Ge- suchsgegnerin. Die vorsorgliche Anordnung der Vorinstanz, wonach mit Blick auf das überwiegende Interesse des Kindes ausgefallene Besuchstage vollständig zu kompensieren sind, ist deshalb zu schützen.

#### **E. 7**

Fazit Aus den dargelegten Gründen ist die Berufung der Gesuchsgegnerin abzu- weisen und das angefochtene Urteil der Vorinstanz vom 14. April 2014 zu bestäti- gen (Art. 318 Abs. 1 lit. a ZPO).

## **E. 8**

Kosten- und Entschädigungsfolgen Die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren ist gestützt auf § 12 Abs. 1 und 2 i.V.m. §§ 5 Abs. 1, 6 Abs. 2 lit. b 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 Parteientschädigung-

- 20 - gen wettzuschlagen, wenn die Parteien unter dem Gesichtspunkt des Kindesinteresses gute Gründe zur Antragstellung hatten (OGer ZH LE110067 vom 13.4.2012 E. II/8; ZR 84 Nr. 41). Dies war vorliegend der Fall. Es rechtfertigt sich daher eine hälftige Kostenaufteilung und ein Wettzuschlagen der Parteientschädigungen. Es wird beschlossen:

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