

ZH_OBERGERICHT LE230050 vom 30. Mai 2024

ZH Obergericht, 2024-05-30, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LE230050

FR: ZH_OBERGERICHT LE230050 du 30 mai 2024

IT: ZH_OBERGERICHT LE230050 del 30 maggio 2024

Erwägungen

E. 1

Die Gesuchsgegnerin, Erstberufungsbeklagte und Zweitberufungsklägerin (fortan Gesuchsgegnerin) und der Gesuchsteller, Erstberufungskläger und Zweitberufungsbeklagte (fortan Gesuchsteller) haben am tt. Juni 2013 in Zürich geheiratet. Sie sind die Eltern des Sohnes C._____, geboren am tt.mm.2014 in E._____/China (Urk. 7/1 S. 4; Urk. 7/3/1). Seit dem 1. April 2023 leben sie getrennt (Urk. 7/1 S. 4; Urk. 7/3/7; Urk. 7/21 S. 1).

- 8 -

E. 1.1

Vorweg macht die Gesuchsgegnerin geltend, die Parteien hätten auf Vorschlag der Vorinstanz anlässlich der Verhandlung vom 10. Juli 2023 bereits eine vorläufige Betreuungsregelung vereinbart, welche die erste Instanz mit Verfügung vom 11. Juli 2023 (Verfügung Z1) genehmigt habe. Es gebe weder eine Notwendigkeit noch eine Grundlage, diese für die weitere Dauer des Eheschutzverfahrens vereinbarte Regelung durch einen weiteren, überraschenden Entscheid vom

- 17 -

E. 1.2

Der Gesuchsteller erwidert, das gegnerische Prozessverhalten sei treuwidrig. Er habe anlässlich der vorinstanzlichen Verhandlung vom 10. Juli 2023 vorsorglich die Zuteilung der alternierenden Obhut über C._____ für die Dauer des vorliegenden Verfahrens beantragt. Weil die Sommerferien angestanden seien und die Vorderrichterin ausgeführt habe, mit einem begründeten Entscheid könne erst nach den Sommerferien gerechnet werden, hätten die Parteien die Vereinbarung im Sinne einer Minimallösung geschlossen, welche bis zum Vorliegen des Massnahmenentscheids betreffend den vorsorglich gestellten Antrag gelten sollte. Im erstinstanzlichen Protokoll der Gerichtsverhandlung werde mehrfach erwähnt, dass die Vereinbarung mit Wirkung bis zum Massnahmenentscheid gelten solle und nicht etwa bis zur Rechtskraft eines Endentscheids in der Sache. Auch im Rahmen der Verfügung Z1 sei festgehalten worden, dass die Regelung bis zur Rechtskraft des Entscheids über das Massnahmebegehren gelten würde. Es sei niemals die Rede davon gewesen und er hätte auch nie eingewilligt, dass die Regelung gemäss der Vereinbarung/Verfügung Z1 bis zum Endentscheid in der Sache gelten sollte. Die

- 18 - Vorinstanz habe auch nicht widersprüchlich entschieden, indem die Verfügung Z1 lediglich bis zur Geltung der Verfügung Z2 bzw. Z7 gültig sein sollte. Ohne die Verfügung Z1 hätte der Gesuchsteller weder die Sommerferien 2023 mit C._____ verbringen

noch diesen bei sich übernachten lassen können, und es hätte bei der nunmehr eingetretenen Anfechtung der Verfügung Z7 durch die Gesuchsgegnerin rund ein Jahr nach Einreichung des Eheschutzbegehrens ohne die Verfügung Z1 überhaupt keine Betreuungsregelung gegeben (Urk. 20/10 S. 2 f.; Urk. 1 S. 3 f., 10 Rz 22; Urk. 15 S. 3 f.).

E. 1.3

Zwar hat die Vorinstanz den Erlass der angefochtenen Verfügung vom 11. Juli 2023 (Urk. 2) im Verhältnis zur von ihr mit Verfügung vom gleichen Tag genehmigten vereinbarten Betreuungsregelung der Parteien vom 10. Juli 2023 (Verfügung Z1) nicht (mehr) begründet (Urk. 2 S. 9 ff.; vgl. aber Verfügung Z1 S. 2 oben). Aus dem erstinstanzlichen Protokoll geht jedoch klar hervor, dass die von den Parteien am 10. Juli 2023 getroffene und von der Vorinstanz mit Verfügung vom 11. Juli 2023 genehmigte Betreuungsregelung (vgl. Prot. I S. 42; Urk. 7/23; Verfügung Z1) im Einverständnis der Parteien nur bis zum Vorliegen des Massnahmenentscheides über das vom Gesuchsteller gestellte Massnahmebegehren (Urk. 7/19 S. 3; vgl. Prot. I S. 42 "mit Wirkung bis zum Massnahmenentscheid"; vgl. zu Recht auch Urk. 1 S. 3 Rz 4) und gerade nicht bis zur Rechtskraft des Eheschutzentscheides in der Sache gelten sollte, wie die Gesuchsgegnerin meint. Dass dieser Massnahmenentscheid dann bereits am 11. Juli 2023 in unbegründeter Fassung (vgl. Verfügung Z2) erging, spielt keine Rolle. Immerhin galt die vereinbarte genehmigte Regelung gemäss der Verfügung Z1 mangels Vollstreckbarkeit der (unbegründeten) Verfügung Z2 ohnehin bis zum Vorliegen der von der Gesuchsgegnerin verlangten Begründung derselben (vgl. Egli, OFK-ZPO, ZPO 336 N 8). Ohne die Verfügung Z1 wäre die Betreuung von C._____ durch den Gesuchsteller, insbesondere während der Sommerferien 2023, überhaupt nicht gerichtlich geregelt gewesen (vgl. auch Urk. 15 S. 4 Rz 8). Im Übrigen wurde gemäss der Verfügung Z2 im Unterschied zur Verfügung Z1 die (alternierende) Obhut über C._____ und nicht nur dessen einstweilige Betreuung durch den Gesuchsteller geregelt. Von einem widersprüchlichen, treuwidrigen Vorgehen der Vorinstanz kann dementsprechend nicht die Rede sein. Dass die Anordnung vorsorglicher Massnahmen betreffend Kinder-
- 19 - belange (Art. 261 ff. ZPO) im Rahmen des vorinstanzlichen Eheschutzverfahrens (vgl. dazu: Pfänder Baumann, DIKE-Komm-ZPO, Art. 273 N 10; OGer ZH LE140004 vom 4. März 2014, E. III./2.1 sowie Urk. 2 S. 6 f. m.H.) notwendig und dringlich war, weil sich die Parteien nicht über die Betreuung von C._____ einigen konnten und dieser darunter litt, steht sodann ausser Frage (vgl. Urk. 2 S. 9-11 m.H.). Der Erlass der angefochtenen Massnahmeverfügung vom 11. Juli 2023 durch die Vorinstanz war somit zulässig.

E. 2

Der Gesuchsteller gelangte am 8. Februar 2023 an die Vorinstanz und ersuchte um Erlass von Eheschutzmassnahmen (Urk. 7/1). Der detaillierte Prozessverlauf kann dem angefochtenen Entscheid vom 11. Juli 2023 (Urk. 7/46 = Verfügung Z7 = Urk. 2 S. 4-6) entnommen werden. Das Verfahren ist nach wie vor bei der Vorinstanz hängig. Mit Verfügung vom 11. Juli 2023 genehmigte die Vorinstanz die anlässlich der Verhandlung vom 10. Juli 2023 von den Parteien geschlossene Vereinbarung über vorsorgliche Massnahmen in Bezug auf die Betreuung des Sohnes C._____ für die Dauer des Massnahmeverfahrens (Urk. 7/23, /24 = Verfügung Z1). Gleichentags erliess sie den eingangs zitierten Massnahmenentscheid in unbegründeter Form betreffend die Obhutsteilung und Betreuung von C._____ (Urk. 7/25 = Verfügung Z2). Am 3. Oktober 2023 wurde den Parteien eine begründete Ausfertigung der Verfügung vom 11. Juli 2023

(Verfügung Z2) verschickt, unter "Berichtigung" von Dispositivziffer 3 (Urk. 7/38 = Verfügung Z5). Mit Urteil vom 18. Oktober 2023 stellte die Kammer die Nichtigkeit dieser Verfügung fest und erwog, dass die Vorinstanz eine Begründung der Verfügung vom 11. Juli 2023 (Z2) mit dem ursprünglichen Spruchkörper und einem unveränderten Dispositiv nachzuliefern habe (Urk. 7/44 S. 7 ff., Dispositivziffer 1). Alsdann verfasste die erste Instanz eine erneute Begründung ihres Massnahmenentscheids vom 11. Juli 2023 mit unverändertem Dispositiv (Urk. 2). Mit Verfügung vom 26. Oktober 2023 wurde dieser Entscheid superprovisorisch vollstreckt (Urk. 7/51 = Verfügung Z8). Mit Eingabe vom 31. Oktober 2023 stellte die Gesuchsgegnerin bei der Vorinstanz ein Ausstandsbegehren (Urk. 7/52).

E. 2.1

Im Rahmen ihrer Zweitberufung beantragte die Gesuchsgegnerin subeventualiter ein Besuchsrecht des Geschwärtstellers an jedem Montag und jeden Samstag jeweils von 7.15 bis 19.15 Uhr, entsprechend der bisherigen Betreuung. Übernachten würden nicht funktionieren und auch ein Feiertage- und Ferienbesuchsrecht sei einstweilen noch nicht anzuordnen (Urk. 20/1 S. 2, 17, 20 ff., insb. Rz 106). Im Hauptstandpunkt vertritt sie allerdings die Ansicht, dass die Betreuungsregelung gemäss der von der Vorinstanz mit Verfügung vom 11. Juli 2023 genehmigten Par- teivereinbarung vom 10. Juli 2023 weitergelten solle (Urk. 20/1 S. 2 ff., S. 30

- 52 - Rz 106). Danach betreut der Geschwärtsteller C. _____ für die Zeit nach den Sommerferien 2023 jeweils jeden Montag, ab 7.00 bis 19.30 Uhr (verpflegt), sowie jeden zweiten Freitag, ab 8.00 Uhr bis Samstag 19.30 Uhr (verpflegt), wenn die Gesuchsgegnerin arbeitet. Wenn sie am Samstag nicht arbeitet, dann betreut der Geschwärtstegner C. _____ jeden zweiten Sonntag, 18.00 Uhr, bis Montag, 19.30 Uhr (verpflegt; Urk. 7/23 und Verfügung Z1). Die Gesuchsgegnerin hält sodann dafür, es wäre hilfreich, die Sonntagsbetreuung auf den Montag zu verschieben, das heisse der Geschwärtstegler solle C. _____ am Montag ab Beginn der Schule übernehmen und ihn am Dienstagmorgen wieder zur Schule bringen. So habe sie den Stress am Sonntagabend nicht, C. _____ dazu zu bringen, zum Geschwärtstegler zu gehen (Urk. 11 S. 10 f. Rz 46 ff.; vgl. auch Urk. 18 S. 3 Rz 7 f.). Sie arbeite zweimal pro Monat samstags, allerdings nicht im strikten Zweiwochenrhythmus (Urk. 11 S. 7 Rz 28; vgl. auch Urk. 20/16 S. 15 Rz 67; Urk. 18 S. 2 Rz 4).

E. 2.2

Der Geschwärtstegler beantragt (für den Eventualfall) eine angemessene Betreuungsregelung sowie eine hälftige Schulferienregelung von 6.5 Wochen und eine gerichtsübliche Feiertagsregelung (Urk. 1 S. 2, 9, 11, 14). Wenn die Gesuchsgegnerin ihre Arbeitstage nicht vorgängig mit ihm abstimme (sie habe sich aus der entsprechenden Agenda ausgeloggt), sei ihm nicht anzulasten, wenn er einen strikten Zweiwochenrhythmus einführe, weil er die Wochenenden frühzeitig planen möchte. Es sei nirgends davon die Rede, dass er die Betreuung nur zweimal pro Monat haben soll. In der Verfügung Z1 sei vielmehr festgehalten, dass er C. _____ jeden zweiten Sonntag betreue, auch wenn die Gesuchsgegnerin am Samstag nicht arbeite (Urk. 15 S. 7). Es sei nicht ersichtlich, inwiefern die Regelung, wonach er C. _____ anstatt von Sonntagabend bis Montagabend von Montag bis Dienstagmorgen betreuen solle, im Hinblick auf das Kindeswohl besser wäre. Seit Wochen komme C. _____ am Sonntagabend selbständig und ohne Probleme zu

ihm. Die Gesuchsgegnerin wolle vielmehr das Wochenende mit C._____ ganz für sich haben (Urk. 15 S. 11 f. Rz 32).

E. 2.3

Im Bereich der Kinderbelange gilt, wie bereits erwähnt, die Offizialmaxime. Die Berufungsinstanz entscheidet somit ohne Bindung an die Parteianträge (Art. 296 Abs. 3 ZPO). Einigkeit besteht zwischen den Parteien immerhin dahinge-

- 53 - hend, dass C._____, wie bisher, jeden Montag und jeden Samstag, wenn die Gesuchsgegnerin arbeitet durch den Gesuchsteller betreut werden soll. Strittig sind vor allem die Übernachtungen und Ferien. Anlässlich der Kindesanhörung vom 8. Juni 2023 sagte C._____, bislang habe er nur einmal beim Gesuchsteller alleine geschlafen, dies sei zwei Tage nach seinem Auszug gewesen. Er müsse sich an die neue Situation, beim Gesuchsteller zu übernachten, noch gewöhnen. Aktuell sei eine Übernachtung alle zwei Wochen beim Gesuchsteller in Ordnung. Er könne sich vorstellen, am Freitag nach der Schule zum Gesuchsteller zu gehen und zu- nächst jeden zweiten Freitagabend beim Gesuchsteller zu übernachten (Urk. 7/15 S. 4 f.). Zwar äusserte sich C._____ gegenüber der Kunsttherapeutin am 29. März 2023 zunächst dahingehend, dass er die Wohnung des Gesuchstellers bereits gesehen habe und unbedingt einige Nächte dort verbringen möchte (Urk. 7/20/40). Nachdem er dann anfangs April 2023 tatsächlich einmal beim Gesuchsteller geschlafen hatte, sagte er in der Kunsttherapie am 24. Mai 2023, er fühle sich sicher bei der Gesuchsgegnerin. Er verneinte, beim Gesuchsteller übernachten zu wollen. Momentan bevorzuge er, die Nächte in der Wohnung der Gesuchsgegnerin zu verbringen (Urk. 7/22/2). Solches erscheint nicht widersprüchlich, zumal sich C._____ anfänglich die Trennungssituation wohl noch nicht richtig vorstellen konnte. So erzählte er denn auch der Kunsttherapeutin am 29. März 2023, er habe gelacht, als er von der Trennung erfahren habe, was diese als mögliche Abwehrreaktion deutete, um keine Trauer oder keine Enttäuschung zu spüren (Urk. 7/20/40). C._____ verbrachte die zweite Herbstschulferienwoche 2023 beim Gesuchsteller und wurde während etwa einem Monat (Ende Oktober 2023 bis Ende November 2023) durch diesen vorübergehend hälftig betreut (vgl. Urk. 11 S. 6 f.; Urk. 20/13/65 S. 3; Urk. 20/1 S. 30 Rz 104; Urk. 7/49 S. 5 Rz 13; Urk. 1 S. 5). Zudem weilte er einen Teil der Weihnachtsferien 2023/2024 und die erste Sportferienwoche 2024 beim Gesuchsteller (Urk. 11 S. 8; Urk. 20/10 S. 18 Rz 48; Urk. 15 S. 5 Rz 10). Mit dem Schulbesuch klappt es besser (vgl. Urk. 20/10 S. 16 Rz 42; Urk. 11 S. 7 Rz 29; Urk. 20/16 S. 19 Rz 88). Übernachtungen beim Gesuchsteller sind vor diesem Hintergrund mit dem Kindeswohl nunmehr ohne weiteres vereinbar und festigen die Vater-Sohn-Beziehung. Auch der mit der Trennung einhergehende Loyalitätskonflikt von C._____ steht einer ausgedehnten Betreuungsregelung nicht (mehr) entgegen.

- 54 - Es rechtfertigt sich, den Gesuchsteller für die weitere Dauer des Eheschutzverfahrens zu berechtigen, C._____ zwei Mal pro Monat, wenn die Gesuchsgegnerin samstags arbeitet, was sie dem Gesuchsteller zeitnah mitzuteilen hat, beispielsweise durch Aushändigung ihrer Arbeitspläne oder Einträge in die gemeinsame Agenda (vgl. Urk. 20/16 S. 15 Rz 67), von Freitagnachmittag nach Schulschluss bis Montagabend 19.30 Uhr zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen. Wenn die Gesuchsgegnerin samstags nicht arbeitet, soll der Gesuchsteller C._____ überdies von Sonntagabend 18.00 Uhr bis Montagabend 19.30 Uhr betreuen. Insbesondere mit dem Besuchsmontag ist der Gesuchsteller wie bisher auch in die Alltagsbetreuung von C._____ miteingebunden. Die von der Gesuchsgegnerin angeregte Umlagerung der Übernachtung beim Gesuchsteller von Sonntagabend auf

Montag- abend (vgl. Urk. 11 S. 10 Rz 46) ist, mit dem Gesuchsteller (Urk. 15 S. 11 Rz 31 f.), hingegen abzulehnen. Solches widerspricht der Kontinuität und liegt nicht im Kindeswohl. Was die Ferien anbelangt, antwortete C._____ in der Kindesanhörung auf die Frage, ob er sich vorstellen könne, auch einmal mit der Gesuchsgegnerin und dem Gesuchsteller beispielsweise eine Woche alleine Ferien zu machen, mit der Gesuchsgegnerin schon, mit dem Gesuchsteller noch nicht ganz (Urk. 7/15 S. 3 f.). Danach befragt, ob er sich vorstellen könne, mit dem Gesuchsteller eine Ferienwoche zu verbringen, antwortete C._____, in einem halben Jahr könne er sich das vielleicht vorstellen. Auf Nachfrage sagte C._____, dass er sich vielleicht kürzere Ferien von drei bis vier Tagen mit dem Gesuchsteller schon jetzt vorstellen könne (Urk. 7/15 S. 3 f.). Nachdem C._____ nunmehr bereits Sommer- und Herbstferien 2023, einen Teil der Weihnachtsferien 2023/2024 sowie eine Sportferienwoche 2024 beim Gesuchsteller verbracht hat und die Parteien sich überdies betreffend die Frühlings- und Sommerferien 2024 offenbar bereits abgesprochen haben (vgl. Urk. 20/10 S. 27 Rz 77; Urk. 20/16 S. 17 Rz 74, S. 18 Rz 79), ist nicht einzusehen, weshalb dem Gesuchsteller für die weitere Dauer des Eheschutzverfahrens kein gerichtliches Ferienbesuchsrecht eingeräumt werden soll. Die Gesuchsgegnerin behauptet sodann nur betreffend die Herbstferien 2023 in pauschaler Weise, es sei jedes Mal äusserst schwierig, C._____ dazu zu bewegen, zum Gesuchsteller in die Ferien zu gehen (Urk. 20/16 S. 17 Rz 74).

- 55 - Entsprechend ist der Gesuchsteller berechtigt zu erklären, C._____ während zweier Sommerschulferienwochen 2024 sowie einer Herbstschulferienwoche 2024 zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen. Ab dem Jahr 2025 ist er sodann zu berechtigen, C._____ während 6.5 Wochen Ferien jährlich zu betreuen, davon maximal zwei Wochen am Stück. Ferner ist der Gesuchsteller antragsgemäss (vgl. Urk. 1 S. 2, Antrag Ziffer 3) berechtigt zu erklären, C._____ in ungeraden Kalenderjahren am 26. Dezember und am 1. Januar sowie in geraden Kalenderjahren am 25. Dezember und am 2. Januar zu betreuen. An Pfingst- und Ostermontag soll der Sohn von der Gesuchsgegnerin betreut werden (vgl. Urk. 2 S. 47 f. Abschnitt 2). Praxisgemäss hat der besuchsberechtigte Gesuchsteller C._____ bei der Gesuchsgegnerin oder in der Schule bzw. im Hort abzuholen und wieder zurückzubringen. Der Antrag des Gesuchstellers, wonach C._____ von der betreuenden Person der anderen Person zu überbringen sei (Urk. 1 S. 2, Antrag Ziffer 3; vgl. auch Urk. 2 S. 48 unten), ist auf die alternierende Obhut zugeschnitten, weshalb solchem vorliegend nicht zu entsprechen ist. Nach dem Gesagten ist Dispositivziffer 2 der angefochtenen Verfügung betreffend die Betreuungsanteile der Parteien aufzuheben und durch obige Besuchsrechtsregelung des Gesuchstellers zu ersetzen. Unverändert übernommen werden dabei die Abschnitte 4 bis 6 (elterliche Verpflichtungen, Absprache betreffend Ferienaufteilung und Vorbehalt absprachegemässer Betreuungsregelung) der angefochtenen Dispositivziffer 2. F. Kosten- und Entschädigungsfolgen

E. 2.4

Kommt das Gericht zum Schluss, dass eine alternierende Obhut nicht im Kindeswohl ist, muss es entscheiden, welchem Elternteil es die Obhut über das Kind zuteilt. Dabei hat es im Wesentlichen die bereits erörterten Beurteilungskriterien zu berücksichtigen. Zusätzlich hat es, als Teilaspekt der Erziehungsfähigkeit, die Fähigkeit eines jeden Elternteils zu würdigen, den Kontakt zwischen dem Kind und

- 49 - dem andern Elternteil zu fördern (sog. Bindungstoleranz; vgl. BGE 142 III 612 Erw. 4.4). Was die Bindungstoleranz der Gesuchsgegnerin anbelangt, liess diese zu Beginn der

Trennung in der Tat nur einen eingeschränkten Kontakt zwischen C._____ und dem Gesuchsteller zu. So musste selbst die am 10. Juli 2023 vereinbarte minimale Betreuungsregelung durch den Gesuchsteller (Verfügung Z1) mit Verfügung der Vorinstanz vom 2. August 2023 vollstreckt werden (Urk. 7/32 = Verfügung Z4), wobei die Gesuchsgegnerin C._____ dem Gesuchsteller gleichwohl nicht, wie gerichtlich angeordnet, überliess (Urk. 7/51 S. 6). Sodann ergingen am 17. und 26. Oktober 2023 weitere (superprovisorische) Vollstreckungsverfügungen der Vorinstanz (Urk. 7/43 = Verfügung Z6 und Verfügung Z8). Allerdings war bis zur Präsidialverfügung vom 15. November 2023 (Urk. 20/7) rechtlich nicht klar, welche Betreuungsregelung (Verfügung Z1 oder die angefochtene Verfügung) nun Geltung beansprucht. Seit der erstinstanzlichen Vollstreckungsverfügung vom 26. Oktober 2023 (Verfügung Z8) wurde bis Ende November 2023 die alternierende Obhut mit rund hälftiger Betreuung gemäss der angefochtenen Verfügung praktiziert. Zudem konnte der Gesuchsteller mit C._____ die zweite Herbstschulferienwoche 2023 verbringen (Urk. 20/13/65 S. 2 f.; Urk. 20/13/66 S. 2; Urk. 7/49 S. 5 Rz 13; Urk. 11 S. 7) und einen Teil der Weihnachtsferien 2023/2024 (Urk. 11 S. 8 Rz 35; Urk. 15 S. 9 Rz 26). Ferner weilte er in der ersten Sportferienwoche im Februar 2024 mit dem Gesuchsteller in K._____ [Gemeinde in der Schweiz] (Urk. 15 S. 5 Rz 10). Aufgrund der eingereichten Chatkonversationen zwischen den Parteien ist denn auch nicht (mehr) davon auszugehen, dass die Gesuchsgegnerin C._____ dem Gesuchsteller aktiv vorenthält. Vielmehr tat sich C._____ - aus welchen Gründen auch immer - teilweise schwer mit den Besuchen, wobei der Gesuchsteller es ihm auch nicht durchwegs leicht gemacht hat, indem er einen gewissen Druck aufbaute (vgl. z.B. Urk. 13/1-5). Seit den Herbstferien 2023 scheinen die Übergaben und Besuche jedoch unbestrittenermassen zu funktionieren, zumal C._____ selbstständig zum Gesuchsteller kommt bzw. dieser ihn von der Schule abholt (Urk. 20/10 S. 16 ff., S. 25 Rz 72; Urk. 11 S. 8 Rz 35; Urk. 20/16 S. 17 Rz 75-78; Urk. 20/19 S. 11). Die (pauschalen) Behauptungen der Gesuchsgegnerin, wonach es generell immer noch sehr schwierig sei (C._____ komme vom Gesuchsteller immer sehr

- 50 - und müde zurück und brauche ein bis zwei Tage, um sich zu erholen; wenn er am Montagabend zurückkomme, sage er jedes Mal, er gehe am Dienstag nicht zur Schule, worauf sie ihn jeweils beruhigen müsse; Urk. 11 S. 11 Rz 48), blieben demgegenüber unsubstanziiert. Ebenso ihre durch nichts untermauerte Behauptung, wonach C._____ nach den Herbstferien 2023 beim Gesuchsteller sehr gestresst wieder nach Hause gekommen sei und eine gewisse Zeit gebraucht habe, um sich zu erholen (Urk. 11 S. 8 Rz 34; Urk. 20/1 S. 30 Rz 104), was denn auch bestritten wurde (Urk. 15 S. 9 Rz 25; Urk. 20/10 S. 51 Rz 157). Offenbar konnten sich die Parteien auch bereits über die Frühlings- und Sommerferien 2024 absprechen (Urk. 20/10 S. 27 Rz 77; Urk. 20/16 S. 18 Rz 79), obschon derzeit keine Ferienregelung besteht (Urk. 15 S. 9 Rz 26; Urk. 7/23). Vor diesem Hintergrund ist die Bindungstoleranz der Gesuchsgegnerin mittlerweile zu bejahen. Seitens des Gesuchstellers scheint die Bindungstoleranz nicht eingeschränkt zu sein. Nachdem die Gesuchsgegnerin erziehungsfähig ist, eine enge und vertraute Beziehung zu C._____ hat, ihm Sicherheit vermittelt, bislang seine Hauptbezugsperson war, sich hinreichend persönlich um C._____ kümmern kann und es auch dem Wunsch von C._____ entspricht und der Kontakt zum Gesuchsteller jedenfalls seit den Herbstferien 2023 funktioniert, ist C._____ für die weitere Dauer des Eheschutzverfahrens vorsorglich einstweilen unter die alleinige Obhut der Gesuchsgegnerin zu stellen. Dem Kontinuitätsgedanken wird so gebührend Rechnung getragen und das für C._____ wichtige Kriterium der Stabilität

entsprechend gewichtet. Die Beziehung von C._____ zum Gesuchsteller erscheint zwar ebenfalls vertraut, allerdings etwas weniger eng als zur hauptbetreuenden Gesuchsgegnerin. Es entspricht dem Wohl von C._____, sich an die Situation mit getrennten Wohn- orten seiner Eltern weiterhin gewöhnen zu können, vorderhand mehrheitlich in seinem "Nest" bei der Gesuchsgegnerin zu verbleiben und den Gesuchsteller zu besuchen. Alles andere würde ihn, wie sich gezeigt hat, momentan überfordern. Nachhilfe in Deutsch (vgl. Urk. 20/19 S. 3 Rz 5 f.) vermag der Gesuchsteller C._____ ohne weiteres auch im Rahmen eines ausgedehnten Besuchsrechts (vgl. nachstehende Erw. E) zu erteilen. Die Gesuchsgegnerin ist dabei anzuhalten, den Kontakt zwischen C._____ und dem Gesuchsteller weiterhin bestmöglichst aktiv zu fördern und C._____ entsprechend zu motivieren (vgl. Art. 274 Abs. 1 ZGB; BGE

- 51 - 130 III 585 Erw. 2.2.1). Der Wille des neunjährigen C._____s spielt dabei eine untergeordnete Rolle. Aufgrund des jungen Alters von C._____ kann von der Gesuchsgegnerin erwartet werden, dass sie sich gegenüber dem Sohn bei Bedarf durchsetzt und ihn entsprechend motivieren kann, sodass er den Gesuchsteller, wie vorgesehen, besucht. Damit ist Dispositivziffer 1 der angefochtenen Verfügung aufzuheben und C._____ für die weitere Dauer des Eheschutzverfahrens unter die alleinige Obhut der Gesuchsgegnerin zu stellen. E. Besuchsrecht 1. Eltern, denen die Obhut nicht zusteht, und das minderjährige Kind haben gegenseitig Anspruch auf angemessenen persönlichen Verkehr (Art. 273 Abs. 1 ZGB). In der Entwicklung des Kindes sind seine Beziehungen zu beiden Elternteilen wichtig, da sie bei seiner Identitätsfindung eine entscheidende Rolle spielen können (BGE 5A_530/2018 vom 20. Februar 2019, Erw. 4.1. m.w.H.). Aufgrund der schicksalhaften Eltern-Kind-Beziehung ist ein regelmässiger Kontakt zum Gesuchsteller für die Entwicklung von C._____ und seine Identitätsfindung mithin sehr wichtig (BGE 130 III 585 Erw. 2.2.2; BGE 131 III 209 Erw. 4), und C._____ wünscht sich einen solchen auch (Urk. 7/15). Bei der Ausgestaltung des persönlichen Kontakts ist dem Alter des Kindes, seiner bisherigen Bindung an den anderen Elternteil, der Häufigkeit bisheriger Kontakte und der Lebensgestaltung des Kindes sowie beider Eltern in Beruf, Schule und Freizeit Rechnung zu tragen. Ob eine Übernachtung beim Besuchsberechtigten erfolgen kann, hängt neben dem Alter des Kindes vor allem von der Qualität der Eltern-Kind-Beziehung ab (vgl. OGer ZH LZ190023 vom 18. März 2020 S. 15).

E. 3

Gegen den (begründeten) Entscheid vom 11. Juli 2023 (Urk. 2) erhoben sowohl der Gesuchsteller als auch die Gesuchsgegnerin je mit Eingaben vom 31. Oktober 2023 rechtzeitig (vgl. Urk. 7/53/1, 2) Berufung mit den eingangs wiedergegebenen Anträgen (Urk. 1 und Urk. 20/1). Mit Präsidialverfügung vom 15. November 2023 wurde auf das Begehren der Gesuchsgegnerin betreffend aufschiebende Wirkung nicht eingetreten und ihr Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses für das Berufungsverfahren in der Höhe von Fr. 3'000.– angesetzt (Urk. 20/7). Diesen leistete sie fristgerecht (Urk. 20/8). Auch der Gesuchsteller bezahlte den ihm mit Präsidialverfügung vom 15. November 2023 auferlegten Kostenvorschuss von Fr. 3'000.– rechtzeitig (Urk. 8 und 9). Die Berufungsantworten datieren vom

- 9 - 26. bzw. 29. Januar 2024 (Urk. 11 und Urk. 20/10). Die fristgerecht bzw. innert erstreckter Frist (vgl. Urk. 20/15) erstatteten Stellungnahmen der Parteien zu den Noven der Berufungsantworten stammen vom 26. bzw. 28. Februar 2024 (Urk. 15; Urk. 20/16). Dazu machten die Parteien mit Eingaben vom 19. März 2024 (Urk. 18, Gesuchsgegnerin) bzw.

25. März 2024 (Urk. 20/19 und Urk. 20/20/1-2, Gesuchsteller) je innert zehn Tagen (vgl. Urk. 17; Urk. 20/18) von ihrem Replikrecht Gebrauch. Mit Präsidialverfügungen vom 2. April 2024 wurden diese beiden Eingaben je der Gegenseite zugestellt und es wurde den Parteien der Eintritt der Urteilsberatungsphase angezeigt (Urk. 19; Urk. 20/21). Mit Zuschrift vom 12. April 2024 machte die Gesuchsgegnerin (im Zweitberufungsverfahren) wiederum von ihrem Replikrecht Gebrauch, trug neue Ausführungen vor und reichte neue Unterlagen ein (Urk. 20/22, 23 und 24/23-26). Mit Präsidialverfügung vom 16. April 2024 wurde festgehalten, dass die neuen Angaben und Beilagen mit Blick auf die bereits angezeigte Urteilsberatungsphase unbeachtlich sind und dem Gesuchsteller daher nicht vor dem Erlass des Endentscheides zur Kenntnis gebracht werden müssen. Das Beilagenverzeichnis und die neuen Beilagen (Urk. 20/23, /24/23-26) werden ihm mit dem vorliegenden Urteil zugestellt (vgl. Dispositivziffer 5). Sodann wurde die Eingabe der Gesuchsgegnerin vom 12. April 2024 dem Gesuchsteller im Hinblick auf dessen Replikrecht am 18. April 2024 zur Kenntnis gebracht (Urk. 20/25, Anhang). Dieser äusserte sich nicht mehr. Das Verfahren ist spruchreif.

E. 4

In der Berufungsschrift (Art. 311 ZPO) ist hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten als fehlerhaft zu betrachten ist bzw. an einem der genannten Mängel leidet. Das setzt (im Sinne einer von Amtes wegen zu prüfenden Eintretensvoraussetzung) voraus, dass der Berufungskläger die vorinstanzlichen Erwägungen bezeichnet, die er anführt, sich

- 11 - argumentativ mit diesen auseinandersetzt und mittels genügend präziser Verweisungen auf die Akten aufzeigt, wo die massgebenden Behauptungen, Erklärungen, Bestreitungen und Einreden erhoben wurden bzw. aus welchen Aktenstellen sich der geltend gemachte Berufungsgrund ergeben soll. Die pauschale Verweisung auf frühere Vorbringen oder deren blosser Wiederholung genügen nicht (siehe BGE 138 III 374 Erw. 4.3.1; BGer 5A_247/2013 vom 15. Oktober 2013, Erw. 3.2; BGer 5A_751/2014 vom 28. Mai 2015, Erw. 2.1). Was nicht oder nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen entsprechenden Weise beanstandet wird, braucht von der Rechtsmittelinstanz nicht überprüft zu werden; diese hat sich – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – grundsätzlich auf die Beurteilung der Beanstandungen zu beschränken, die in der schriftlichen Begründung formgerecht gegen den erstinstanzlichen Entscheid erhoben werden (siehe BGer 4A_290/2014 vom 1. September 2014, Erw. 3.1 und 5; BGer 4A_258/2015 vom 21. Oktober 2015, Erw. 2.4.3; BGE 142 III 413 Erw. 2.2.4 mit weiteren Hinweisen; BGer 5A_111/2016 vom 6. September 2016, Erw. 5.3). Insofern erfährt der Grundsatz "iura novit curia" (Art. 57 ZPO) im Berufungsverfahren eine Relativierung (BK ZPO I-Hurni, Art. 57 N 21 und 39 ff.; Glasl, DIKE-Komm-ZPO, Art. 57 N 22).

E. 5

Betreffend die im Streit liegenden Kinderbelange (Obhut, Betreuunganteile/Besuchsrecht) gelten die Offizial- und Untersuchungsmaxime (Art. 296 Abs. 1 und 3 ZPO). Noven sind im Berufungsverfahren uneingeschränkt zulässig (BGE 144 III 349 E. 4.2.1). Die Parteien tragen aber auch bei Geltung der Untersuchungsmaxime die Last, die relevanten Tatsachenbehauptungen aufzustellen, zu bestreiten und wenn nötig zu substantiieren (z.B. OGer ZH LE150023 vom 30.09.2015, Erw. II.4.3). 6.1. Die

Gesuchsgegnerin hält dafür, weil der Gesuchsteller vor Vorinstanz keine Begründung der Verfügung vom 11. Juli 2023 (Verfügung Z2) verlangt habe, habe er auch auf das Rechtsmittel verzichtet, weshalb auf seine Berufung nicht einzutreten sei. Zwar stehe in den Kommentaren zur ZPO, dass beide Parteien einen Entscheid anfechten könnten, auch wenn nur eine Partei eine Begründung verlangt habe. Dies sei jedoch unzutreffend. Soweit ersichtlich habe sich das Bundesgericht noch nicht zur Bedeutung von Art. 239 Abs. 2 ZPO geäußert. Der Wortlaut sei

- 12 - diesbezüglich nicht klar, lege aber eher nahe, dass nur die Partei den Entscheid anfechten könne, welche die Begründung verlangt habe. Art. 239 Abs. 2 Satz 2 ZPO sei passiv konstruiert. Dabei erscheine das Subjekt (wer verzichte) nicht. Mit anderen Worten könne eine Partei auf das Rechtsmittel verzichten, die andere nicht. Die Passivkonstruktion umfasse alle möglichen Situationen, für welche das Gesetz ausdrücke, dass wer auf die Begründung verzichte, auf das Rechtsmittel verzichte, unabhängig davon, was die andere Partei tue. Daran ändere auch Art. 311 i.V.m. Art. 314 ZPO nichts. Diese Bestimmung besage eigentlich nur, dass der Berufungskläger erst gegen den begründeten Entscheid an die obere Instanz gelangen könne und nicht schon gegen den unbegründeten Entscheid. Art. 311 ZPO sage aber nichts darüber, was passiere, wenn eine Partei auf das Rechtsmittel verzichtet habe. Wer auf ein Rechtsmittel verzichte, könne kein Rechtsmittel mehr einlegen, auch wenn die Rechtsmittelfrist noch laufe und wengleich die andere Partei ein Rechtsmittel ergreife. Im Fall von Art. 239 Abs. 2 ZPO müsse es gleich sein. Wer auf eine Begründung verzichtet habe, habe auch auf ein Rechtsmittel verzichtet. Generell stelle sich die Frage, warum der Gesuchsteller im vorliegenden Fall länger über eine Berufung habe nachdenken dürfen als die Gesuchsgegnerin, welche sich innert zehn Tagen habe entscheiden müssen, während der Gesuchsteller drei Monate darüber solle nachdenken können. Diese Auslegung des Gesetzes würde eine Art Anschlussberufung einführen, welche im summarischen Verfahren aber ausgeschlossen sei. Der Verzicht, eine Begründung zu verlangen, habe dieselbe Bedeutung wie der ausdrückliche Verzicht auf das Rechtsmittel. Auch die Regelung der Kostenfolgen spreche gegen die in den Kommentaren vertretene Auslegung des Gesetzes. Es könne nicht sein, dass die Partei, welche die Begründung verlange und entsprechend die zunächst um einen Drittel reduzierten Kosten zu tragen habe, am Ende auf die Anfechtung verzichte. In diesem Fall würde sie die Kosten tragen, um der Gegenpartei die Ergreifung eines Rechtsmittels zu ermöglichen (Urk. 11 S. 2 ff. Rz 4 ff.). 6.2. Der Gesuchsteller meint demgegenüber, das Begehren einer Partei um Nachlieferung der schriftlichen Entscheidungsbegründung wirke für beide Parteien und ermögliche beiden Parteien die Anfechtung des Entscheids. Dies ergebe durchaus Sinn, weil sich für ihn erst durch das Verhalten der Gesuchsgegnerin, welche die

- 13 - Begründung verlangt habe, überhaupt ein Rechtsschutzinteresse ergeben habe, sich gegen Dispositivziffer 3 der angefochtenen Verfügung zu wehren. Auch der Wortlaut von Art. 239 Abs. 2 ZPO spreche nicht für die Ansicht der Gegenseite. Es stimme auch nicht, dass ihm eine Art Anschlussberufung ermöglicht worden wäre. Denn mit der Zustellung der begründeten Fassung habe er entscheiden müssen, ob er Berufung erheben wolle, ohne zu wissen, ob auch die Gesuchsgegnerin dies getan habe. Auf seine Erstberufung sei daher einzutreten (Urk. 15 S. 2 f.). 6.3. Das (erstinstanzliche) Gericht kann seinen Entscheid ohne schriftliche Begründung eröffnen. Eine schriftliche Begründung ist nachzuliefern, wenn eine Partei dies innert zehn Tagen seit der Eröffnung des Entscheids verlangt. Wird keine Begründung verlangt, so gilt dies als Verzicht auf die Anfechtung des Entscheides mit

Berufung oder Beschwerde (Art. 239 Abs. 1 und 2 ZPO). Das Begehren einer Partei um Nachlieferung einer schriftlichen Begründung wirkt für beide Parteien und ermöglicht beiden Parteien die Anfechtung des Entscheids mit Berufung oder Beschwerde (Engler, OFK-ZPO, ZPO 239 N 4; ZK ZPO-Staehelin, Art. 239 N 30; BSK ZPO-Steck/Brunner, Art. 239 N 20 f.; BK ZPO-Killias, Art. 239 N 19; Kriech, DIKE-Komm-ZPO, Art. 239 N 6). Urteilsbegründung verlangen kann jede Prozesspartei, unabhängig vom bereits im Dispositiv mitgeteilten Verfahrensausgang. Insbesondere kann nicht vorgebracht werden, die vollumfänglich obsiegende Partei habe kein schützenswertes Interesse an einer Urteilsbegründung. Die Überlegungen des Gerichts zu kennen, welche zum Urteilsspruch führen, ist ein verfassungsmässiges Recht, das aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör fliesst (Art. 29 Abs. 2 BV; BSK ZPO-Steck/Brunner, Art. 239 N 20a). Die im Vorentwurf zur Schweizerischen ZPO enthaltene Reduktion der Entscheidgebühr um mindestens ein Drittel, wenn die Parteien auf eine schriftliche Begründung verzichten, wurde nicht übernommen (Art. 231 VE, Botschaft zur Schweizerischen ZPO, S. 7344 f.). Allerdings sieht § 10 Abs. 2 GebV OG (LS 211.11) Folgendes vor: Verzichten die Parteien auf die Begründung des Entscheids, wird die Gebühr auf zwei Drittel ermässigt. Zu den Gerichtskosten gehören auch die Kosten für eine Begründung des Urteils, welche ebenfalls nach dem Ausgang des Verfahrens zu verteilen sind, unabhängig davon, wer die Begründung verlangt hat (ZR 116 [2017] Nr. 57). Nach dem Wortlaut des Gesetzes, der den Verzicht an den Tatbestand anknüpft, dass keine Begründung

- 14 - verlangt wird, ohne zu spezifizieren, von wem die Begründung verlangt wurde, können beide Seiten ein Rechtsmittel einlegen, auch wenn nur eine Seite eine Begründung verlangt hat (BSK ZPO-Staehelin, Art. 239 N 30 m.w.H.). Den Materialien lässt sich nichts anderes entnehmen (vgl. Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO] vom 28. Juni 2006, BBl 2006, S. 7344). Die ratio legis von Art. 239 Abs. 1 ZPO liegt in der Entlastung der Gerichte. Die Möglichkeit der Parteien, ein Rechtsmittel zu ergreifen, soll nicht eingeschränkt werden. Auf Verlangen einer Partei muss die Begründung denn auch nachgeliefert werden. Gerade weil im summarischen Verfahren keine Anschlussberufung vorgesehen ist (Art. 314 Abs. 2 ZPO), rechtfertigt es sich nicht, jene Partei, welche keine Begründung verlangt hat, von einem Rechtsmittel auszuschliessen, wenn die andere Partei um Begründung ersuchte. Dies schiesst über das Ziel hinaus. Der gesetzlich vorgesehene Verzicht auf ein Rechtsmittel, wenn keine Partei eine Begründung verlangt hat, ist auch nicht mit einem expliziten Verzicht auf ein Rechtsmittel durch eine Partei gleichzusetzen. Ein solcher Verzicht gilt selbstverständlich ohnehin nur für die diesen erklärende Partei. Verlangt eine Partei die schriftliche Entscheidebegründung, heisst das im Übrigen noch nicht zwingend, dass sie tatsächlich auch ein Rechtsmittel erheben will. Auch sie kann sich das bis zum Vorliegen der schriftlichen Begründung noch überlegen, nicht nur die Gegenseite. Ebenso wenig spricht die Kostenfolge gegen diese einhellige Auslegung von Art. 239 Abs. 2 ZPO durch die herrschende Lehre. Nach dem Gesagten ist somit, entgegen der Ansicht der Gesuchsgegnerin, nicht von einem Verzicht des Gesuchstellers auf die Berufung auszugehen, weil er, im Gegensatz zur Gesuchsgegnerin (vgl. Urk. 7/29), nicht um schriftliche Begründung des angefochtenen Entscheids ersucht hat. Entsprechend ist (auch) auf die Erstberufung des Gesuchstellers einzutreten. Im Übrigen ist im Rahmen der Zweitberufung der Gesuchsgegnerin ohnehin von Amtes wegen zu klären, ob Dispositivziffer 3 der angefochtenen Verfügung nichtig ist oder nicht, unabhängig von der diesbezüglichen Erstberufung des Gesuchstellers.

E. 7

Die Gesuchsgegnerin beantragt, C._____ sei für das Berufungsverfahren und für das weitere (erstinstanzliche) Eheschutzverfahren eine Kindesvertretung zu be-

- 15 - stellen (Urk. 20/1 S. 2 Antragziffer 2). Sie begründet diesen Antrag dahingehend, dass die Vorinstanz die Wünsche von C._____ total fehlinterpretiert habe, weshalb es notwendig sei, dass C._____ eine Verfahrensvertretung erhalte, welche klar machen könne, was C._____ effektiv wolle, weil die Vorinstanz nicht in der Lage gewesen sei, die Ansichten von C._____ richtig zu erfassen (Urk. 20/1 S. 24 Rz 80). Der Gesuchsteller würde die Einsetzung einer Kindesvertretung an sich begrüssen, allerdings nur, falls die Sache noch nicht für spruchreif befunden würde, weil er eine weitere Verfahrensverzögerung befürchtet (Urk. 20/10 S. 48 Rz 144). Gemäss Art. 299 Abs. 1 ZPO ordnet das Gericht wenn nötig die Vertretung des Kindes an und bezeichnet als Beistand eine in fürsorgerischen und rechtlichen Fragen erfahrene Person. Das Gericht hat von Amtes wegen zu prüfen, ob das Kind durch einen Beistand vertreten werden muss, dies insbesondere in den in Art. 299 Abs. 2 lit. a bis c ZPO aufgezählten Fällen. Selbst in diesen hat das Gericht jedoch weder automatisch eine Kindesvertretung anzuordnen noch ist es verpflichtet, hierüber eine formelle Entscheidung zu treffen; vielmehr handelt es sich um eine Möglichkeit, die im Ermessen des Gerichts liegt (BGer 5A_744/2013 vom 31. Januar 2014, E. 3.2.3; 5A_465/2012 vom 18. September 2012, E. 4.1.2). Das Gericht hat eine Interessenabwägung vorzunehmen und sich beim Entscheid über die Notwendigkeit der Einsetzung einer Verfahrensvertretung vornehmlich am Kindeswohl zu orientieren (BSK ZPO-Michel/Steck, Art. 299 N 7). Vorliegend hat die Vorinstanz den damals achteinhalbjährigen C._____ am 8. Juni 2023 in seinem Kinderzimmer bei der Gesuchsgegnerin eingehend angehört (Urk. 7/15). Er konnte dabei seinen Willen ausreichend kundtun. Dieser kann auch durch die Kammer, wie darzutun sein wird, ohne weiteres klar eruiert werden. Die Anordnung einer Kindesvertretung, einzig um die Wünsche von C._____ (richtig) zu interpretieren, ist daher nicht vonnöten. Im (zweitinstanzlichen) vorsorglichen Massnahmeverfahren im Rahmen des Eheschutzverfahrens drängt sich die Anordnung einer Kindesvertretung jedenfalls nicht auf. Vielmehr liegt es im Wohl von C._____, rasch eine verbindliche Betreuungsregelung für die weitere Verfahrensdauer zu treffen.

- 16 - Vor Vorinstanz wurde bislang nicht um die Anordnung einer Vertretung des Kindes für das erstinstanzliche Eheschutzverfahren ersucht (Urk. 7/1, /19, /21, /37, /45, /47; Prot. I S. 3 ff.). Es obliegt nicht der Berufungsinstanz, anstelle der vorinstanzlichen Prozessleitung (Art. 124 ZPO) hierüber erstmals zu entscheiden. Die Gesuchsgegnerin hat daher ein allfälliges Begehren um Anordnung einer Kindesvertretung für das weitere vorinstanzliche Eheschutzverfahren zeitnah bei der ersten Instanz zu stellen.

E. 8

Während der Gesuchsteller im vorinstanzlichen Verfahren noch selber Berichte bzw. E-Mails der Kunsttherapeutin einreichte (vgl. Urk. 7/19 S. 9; Urk. 7/20/39, /40 und /44), hält er im Berufungsverfahren plötzlich dafür, diese sei mit der Gesuchsgegnerin befreundet und keine unabhängige Fachperson (Urk. 20/10 S. 21 Rz 56). Diesbezüglich ist darauf hinzuweisen, dass beim unbeschränkten Untersuchungsgrundsatz in Kinderbelangen (Art. 296 Abs. 1 ZPO) der sog. Freibeweis gilt (Art. 168 Abs. 2 ZPO). Dies bedeutet, dass das Gericht auch Beweismittel berücksichtigen kann, die nicht in den vorgeschriebenen Formen erhoben worden sind (BK ZPO-Hurni, Art. 296 ZPO N 75 f. mit weiteren Hinweisen). Es kann "nach eigenem Ermessen auf unübliche Art Beweise erheben und von sich aus

Berichte einholen" (BGE 122 I 53 E. 4a). Die Kunsttherapeutin hat sich in ihren Berichten und E-Mails (vgl. Urk. 7/20/39 /40 /44; Urk. 7/31/1; Urk. 7/22/2) differenziert, nachvollziehbar und ausgewogen geäußert, insbesondere hielt sie auch die Gesuchsgegnerin an, ihren Ärger (über den Gesuchsteller) nicht vor C._____ zu zeigen (Urk. 7/20/44; Urk. 20/10 S. 38 Rz 107; Urk. 20/16 S. 20). Diese Unterlagen sind ohne weiteres verwendbar, nicht zuletzt als Mittel der Glaubhaftmachung im vorliegenden summarischen Massnahmeverfahren. C. Nichtigkeit/Unzulässigkeit der angefochtenen Verfügung Z7

E. 11

Juli 2023, nämlich den angefochtenen Entscheid (Verfügung Z2 [unbegründet] bzw. Verfügung Z7 [begründet]), zu übersteuern, wie dies die Vorinstanz getan habe. Die Vorinstanz habe mit den Verfügungen Z1 und Z2 bzw. Z7 zwei sich widersprechende Entscheide über dieselbe Sache gefällt, ohne zu begründen weshalb. Damit habe sie sich treuwidrig verhalten. Ihre Vorgehensweise, zusätzlich zu den vorsorglichen Massnahmen noch einmal vorsorgliche Massnahmen anzuordnen, sei absurd. Hinzu komme, dass die erste Instanz die Verfügung Z1 mit der Verfügung Z7 abgeändert habe, obschon kein Abänderungsgrund vorgelegen habe und von der Vorinstanz auch nicht vorgebracht worden sei. Zudem habe es keinen Abänderungsantrag der Parteien betreffend die Verfügung Z1 gegeben (Urk. 20/1 S. 3 f.). Wenn in der Verfügung Z1 vom 11. Juli 2023 und im erstinstanzlichen Protokoll auf Seite 42 vom Massnahmebegehren des Gesuchstellers die Rede sei, sei darunter eindeutig das Gesuch um Anordnung von Eheschutzmassnahmen zu verstehen. Der Zweck und die Idee der Vereinbarung vom 10. Juli 2023 sei ja gewesen, wenigstens eine Regelung zu haben, bis die Vorinstanz irgendwann über die Eheschutzmassnahmen entscheide (Urk. 11 S. 5 Rz 18; vgl. auch Urk. 20/16 S. 2 f.).

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