

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LE130079-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichter Dr. R. Klopfer und Oberrichter lic. iur. M. Spahn sowie Gerichtsschreiber lic. iur. F. Rieke

Beschluss und Urteil vom 21. Januar 2014

in Sachen

A. _____,

Gesuchstellerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Gesuchsgegner und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____

betreffend **Eheschutz (Besuchsrecht)**

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Dietikon vom 16. Oktober 2013 (EE130028-M)

Urteil des Bezirksgerichts Dietikon vom 16. Oktober 2013:

1. Es wird davon Vormerk genommen, dass die Parteien seit dem 11. November 2012 und weiterhin auf unbestimmte Zeit getrennt leben werden.
2. Die Kinder C._____, geboren am tt.mm.1995, D._____, geboren am tt.mm.1997 und E._____, geboren am tt.mm.2002, werden für die Dauer des Getrenntlebens unter die Obhut der Gesuchstellerin gestellt.
3. Die Vereinbarung der Parteien vom 16. September 2013 wird - was die Kinderbelange betrifft - genehmigt und im Übrigen wird von der Vereinbarung Vormerk genommen. Sie lautet wie folgt:

"1. *Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes (Art. 175 ZGB)*

Die Parteien vereinbaren, seit dem 11. November 2012 auf unbestimmte Zeit getrennt zu leben.

2. *Elterliche Obhut und elterliche Sorge (Art. 176 Abs. 3 ZGB, Art. 301 ZGB)*

Die elterliche Obhut für die Kinder,

- C._____, geboren am tt.mm.1995,
- D._____, geboren am tt.mm.1997,
- E._____, geboren am tt.mm.2002,

sei für die Dauer des Getrenntlebens der Gesuchstellerin zuzuteilen. Die Kinder werden demzufolge bei der Gesuchstellerin wohnen.

Die elterliche Sorge bleibt dagegen für die Dauer des Getrenntlebens bei beiden Elternteilen. Entsprechend sind sie verpflichtet, sämtliche wesentlichen Fragen der Pflege, Erziehung und Ausbildung der Kinder miteinander abzusprechen.

3. *Besuchsrecht (Art. 176 Abs. 3 ZGB, Art. 273 ff. ZGB)*

Der Gesuchsgegner ist berechtigt, den Sohn E._____

- jedes zweite Wochenende, Samstags von 10.00 Uhr bis 18.00 Uhr und Sonntags von 10.00 Uhr bis 18.00 Uhr,
- nach einer Übergangsfrist von sechs Monaten jedes zweite Wochenende, Samstags von 10.00 Uhr bis Sonntags um 18.00 Uhr,
- am zweiten Tag der Doppelfeiertage Weihnachten und Neujahr sowie in geraden Jahren von Ostersonntag bis und mit Ostermontag und in ungeraden Jahren von Pfingstsonntag bis und mit Pfingstmontag

auf eigene Kosten zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen.

Nach Ablauf der Übergangsfrist von sechs Monaten ist der Gesuchsgegner ausserdem berechtigt, den Sohn E._____ während der Schulferien für die Dauer von zwei Wochen pro Jahr auf eigene Kosten zu sich oder mit sich in die Ferien zu nehmen.

Sofern der Gesuchsgegner Wohnsitz im Ausland nimmt, ist er berechtigt, den Sohn E._____ - da das Wochenendbesuchsrecht in diesem Fall wegfallen würde - während der Schulferien für die Dauer von vier Wochen pro Jahr auf eigene Kosten zu sich oder mit sich in die Ferien zu nehmen. Bei Aufenthalten des Gesuchsgegners in der Schweiz, vereinbaren die Parteien, dass er die Kinder unter Berücksichtigung deren Interessen zu Besuch nehmen kann.

Der Gesuchsgegner verpflichtet sich, die Ausübung des Ferienbesuchsrechts mindestens drei Monate im Voraus anzumelden beziehungsweise mit der Gesuchstellerin abzusprechen.

Weitergehende oder abweichende Wochenend-, Feiertags- oder Ferienkontakte nach gegenseitiger Absprache bleiben vorbehalten.

Auf die ausdrückliche Regelung des Besuchsrechtes für die beiden älteren Kinder C. _____ und D. _____ wird in Anbetracht ihres Alters verzichtet.

4. *Wohnung (Art. 176 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB)*

Der Gesuchsgegner überlässt der Gesuchstellerin die eheliche Wohnung an der F. _____-Strasse ..., in G. _____ auf eigene Kosten zur alleinigen Benutzung.

Der Gesuchsgegner hat die Wohnung bereits verlassen.

5. *Mobiliar und Hausrat (Art. 176 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB)*

Mobiliar und Hausrat bleiben in der ehelichen Wohnung.

6. *Unterhaltsbeiträge (Art. 176 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB)*

a.) *Kinderunterhalt*

Der Gesuchsgegner verpflichtet sich, der Gesuchstellerin für die Dauer des Getrenntlebens monatliche Kinderunterhaltsbeiträge von Fr. 200.– (zuzüglich allfälliger Kinderzulagen) pro Kind bis zum ordentlichen Abschluss einer angemessenen Erstausbildung der Kinder (auch über die Mündigkeit hinaus) zu bezahlen.

Die Unterhaltsbeiträge sind erstmals ab 1. November 2013 zu bezahlen, und zwar an die Gesuchstellerin monatlich im Voraus jeweils auf den Ersten eines jeden Monats. Die Zahlungsmodalitäten gelten über die Mündigkeit hinaus, solange die Kinder im Haushalt der Gesuchstellerin leben und keine eigenen Ansprüche gegenüber dem Gesuchsgegner stellen bzw. keinen anderen Zahlungsempfänger bezeichnen.

b.) *Anpassung*

Erzielt der Gesuchsgegner im Durchschnitt eines Kalenderjahres ein Fr. 2'100.– übersteigendes monatliches Netto-Erwerbseinkommen, so erhöhen sich die Unterhaltsbeiträge gemäss Ziff. 6a mit Wirkung ab dem Folgemonat um 70% des Fr. 2'100.– übersteigenden Teils. Dabei ist dieser Mehrbetrag gleichmässig auf die in diesem Zeitpunkt noch unterhaltsberechtigten Kinder zu verteilen, sollen aber höchstens Fr. 800.– pro Kind betragen.

Der Gesuchsgegner verpflichtet sich, der Gesuchstellerin jeweils bis Ende März unaufgefordert einen Lohnausweis bzw. entsprechende Belege über das im Vorjahr erzielte Erwerbseinkommen zukommen zu lassen.

c.) *Ehegattenunterhalt*

Beide Parteien verzichten mangels Leistungsfähigkeit auf persönliche Ehegattenunterhaltsbeiträge.

d.) *Grundlagen der Unterhaltsberechnung*

Dieser Vereinbarung liegen folgende finanzielle Verhältnisse der Parteien zugrunde:

- Erwerbseinkommen Ehemann (hypothetisch, auf Mallorca wohnend, inkl. 13. Monatslohn, zuzüglich Kinderzulagen): Fr. 2'100.– netto;
- Erwerbseinkommen Ehefrau (50%, inkl. 13. Monatslohn, zuzüglich Kinderzulagen): Fr. 2'900.– netto;

- Vermögen Ehemann: Fr. 0.-;
- Vermögen Ehefrau: Fr. 0.-;
- Bedarf Ehemann (hypothetisch, mit Partnerin, auf Mallorca wohnend): Fr. 1'500.-;
- Bedarf Ehefrau mit den Kindern: Fr. 5'400.-.

Der Gesuchsgegner ist im Zeitpunkt des Eheschutzverfahrens im Begriff nach Mallorca auszuwandern. Weder über seine dortigen Lebenshaltungskosten, noch über das von ihm erzielbare Einkommen bestehen im heutigen Zeitpunkt Gewissheit, weshalb - mit Ausnahme der Miete - geschätzte Zahlen eingefügt wurden.

7. *Teuerungsausgleich (Anpassung an den Landesindex der Konsumentenpreise)*

Die Unterhaltsbeiträge gemäss Ziffer 6a basieren auf dem Landesindex der Konsumentenpreise des Bundesamtes für Statistik, Stand Ende Juli 2013 von 99.0 Punkten (Basis Dezember 2010 = 100 Punkte). Sie sind jeweils auf den 1. Januar jedes Jahres, erstmals auf den 1. Januar 2015, dem Stand des Index per Ende November des Vorjahres anzupassen. Die Anpassung erfolgt nach folgender Formel:

$$\text{Neuer Unterhaltsbeitrag} = \frac{\text{alter Unterhaltsbeitrag} \times \text{neuer Index}}{\text{alter Index}}$$

Weist die zu Unterhaltsleistungen verpflichtete Partei nach, dass sich ihr Einkommen nicht im Umfange der Teuerung erhöht, so werden die Unterhaltsbeiträge gemäss Ziffer 6a nur proportional zur tatsächlichen Einkommenssteigerung angepasst.

8. *Gütertrennung (Art. 176 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB)*

Die Parteien beantragen, es sei die Gütertrennung per 22. April 2013 anzuordnen.

9. *Kosten- und Entschädigungsfolgen*

Die Parteien übernehmen die Gerichtskosten je zur Hälfte (je unter Hinweis auf ihre Gesuche um unentgeltliche Rechtspflege) und verzichten gegenseitig auf eine Parteientschädigung.

Die Mehrkosten für einen begründeten Entscheid trägt diejenige Partei, welche eine Begründung verlangt."

4. Es wird die Gütertrennung mit Wirkung per 22. April 2013 angeordnet.
5. Die Entscheidegebühr wird festgesetzt auf Fr. 2'700.- (Pauschalgebühr). Wird auf Begründung des Entscheides verzichtet, ermässigt sich die Entscheidegebühr auf zwei Drittel.
6. Die Kosten des unbegründeten Entscheids werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt, jedoch zufolge Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Eine Nachforderung im Sinne von Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.
Die Mehrkosten für einen begründeten Entscheid trägt diejenige Partei, welche eine Begründung verlangt.

7. Vom gegenseitigen Verzicht der Parteien auf Parteientschädigung wird Vormerk genommen.
8. [Schriftliche Mitteilung]
9. [Rechtsmittelbelehrung: Berufung, Frist 10 Tage, ohne Stillstand]

Berufungsanträge:

"1. Dispositiv-Ziffer 3. des Urteils des Bezirksgerichts Dietikon vom 16. Oktober 2013 sei bezüglich des Besuchsrechts, 3. der Vereinbarung, aufzuheben und durch folgende Fassung zu ersetzen:

"Der Gesuchsgegner ist berechtigt, den Sohn E. _____

– jedes zweite Wochenende (...)

oder mit sich in die Fe-

rien zu nehmen (...)"

Der Gesuchsgegner verpflichtet sich, die Ausübung (...)

in Anbetracht ihres Al-

ters verzichtet (...)"

Eventualiter sei Dispositiv-Ziffer 3. des Urteils des Bezirksgerichts Dietikon vom 16. Oktober 2013 bezüglich des Besuchsrechts, 3. der Vereinbarung, aufzuheben und durch folgende Fassung zu ersetzen:

"Der Gesuchsgegner ist berechtigt, den Sohn E. _____

– jedes zweite Wochenende (...)

oder mit sich in die Fe-

rien zu nehmen (...)"

Sofern der Gesuchsgegner Wohnsitz im Ausland nimmt, ist er berechtigt, den Sohn E. _____ nach Ablauf einer Übergangsfrist von 6 Monaten, während welchen der Gesuchsgegner den Sohn E. _____ sechsmal in der Schweiz von Samstags von 10.00 Uhr bis Sonntags um 18.00 Uhr auf eigene Kosten zu sich oder mit sich auf Besuch genommen hat, in den Schulferien für die Dauer von vier Wochen pro Jahr auf eigene Kosten zu sich oder mit sich in die Ferien zu nehmen. Bei Aufenthalt des Gesuchsgegners in der Schweiz, vereinbaren die Parteien, das er die Kinder unter Berücksichtigung deren Interessen zu Besuch nehmen kann.

Der Gesuchsgegner verpflichtet sich, die Ausübung (...)

in Anbetracht ihres Al-

ters verzichtet (...)"

– alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten des Appellaten –"

Erwägungen:

1. a) Die Parteien sind seit tt. Mai 1995 verheiratet und haben drei Kinder (geboren tt.mm.1995, tt.mm.1997 und tt.mm.2002). Seit dem 11. November 2012 leben die Parteien getrennt. Am 22. April 2013 stellte die Gesuchstellerin beim Bezirksgericht Dietikon (Vorinstanz) ein Eheschutzbegehren (Urk. 1). Anlässlich der vorinstanzlichen Verhandlung vom 16. September 2013 schlossen die Parteien die eingangs wiedergegebene Vereinbarung (Urk. 19). Nach Durchführung der Kinderanhörung am 23. September 2013 fällte die Vorinstanz das eingangs wiedergegebene Urteil, mit welchem sie u.a. die Vereinbarung der Parteien hinsichtlich der Kinderbelange genehmigte (Urk. 26). Auf Verlangen der Gesuchstellerin (Urk. 30) wurde das Urteil begründet (Urk. 35).

b) Hiergegen hat die Gesuchstellerin am 23. Dezember 2013 fristgerecht (Urk. 33/1) Berufung erhoben und die vorstehend aufgeführten Berufungsanträge gestellt (Urk. 34 S. 2 f.). Damit ist im Berufungsverfahren einzig das Besuchsrecht für den Sohn (geboren tt.mm.2002) umstritten.

c) Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen. Da sich die Berufung sogleich als unbegründet erweist, kann auf die Einholung einer Berufungsantwort verzichtet werden (Art. 322 Abs. 1 ZPO). Mit dem vorliegenden Endentscheid wird auch das Gesuch um Teilrechtskraftbestätigung (Urk. 37) gegenstandslos.

2. a) Mit der Berufung können unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). In der Berufungsschrift sind die Behauptungen bestimmt und vollständig aufzustellen. Im Rahmen der Berufungsbegründung ist darzulegen, weshalb die in der Berufungsschrift aufgeführten Berufungsanträge gestellt werden und gestützt auf welche Sachverhaltselemente und Rechtsgrundlagen sich diese Berufungsanträge rechtfertigen. Die Begründung hat zu erklären, weshalb der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten unrichtig sein soll, sie hat sich dementsprechend mit den Entscheidungsgründen der Vorinstanz auseinanderzusetzen. Die Berufungsinstanz hat sodann die geltend gemachten Punkte zu prüfen. Sie hat

nicht von sich aus den erstinstanzlichen Entscheid auf alle denkbaren Mängel zu untersuchen, wenn diese nicht gerügt werden, es sei denn, der Sachverhalt sei geradezu willkürlich festgestellt oder das Recht sei geradezu willkürlich angewandt worden und diese Fehlerhaftigkeiten träten klar zutage (Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2.A. 2013, N 36 zu Art. 311 ZPO).

b) Neue Vorbringen sind im Berufungsverfahren lediglich im Rahmen echter Noven zulässig. Dies sind neue Tatsachenvorbringen und Beweismittel, welche kumulativ ohne Verzug vorgebracht werden (Art. 317 Abs. 1 lit. a ZPO) und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO). Dies gilt auch für Verfahren, welche erstinstanzlich der Untersuchungsmaxime unterstehen, ist doch eine analoge Anwendung von Art. 229 Abs. 3 ZPO im Berufungsverfahren abzulehnen, da diese der im Gesetz eigens vorgesehenen abweichenden Regelung von Art. 317 ZPO entgegensteht (ZR 110/2011 Nr. 96; ZR 111/2012 Nr. 35).

3. Die Vorinstanz erwog zum Besuchsrecht für den (rund 12 Jahre alten) Sohn, die Parteien hätten sich auf ein gerichtsübliches Wochenend-, Feiertags- und Ferienbesuchsrecht geeinigt, mit der Besonderheit, dass der Sohn erst nach einer Übergangsfrist von sechs Monaten beim Gesuchsgegner übernachten werde. Wenn der Gesuchsgegner Wohnsitz im Ausland nehme, entfalle das Wochenendbesuchsrecht. Die Parteien hätten bestätigt, dass der Gesuchsgegner grundsätzlich ein recht gutes Verhältnis zum Sohn habe; allerdings hätten seit der Trennung im November 2012 nur sporadisch Treffen stattgefunden und habe der Sohn noch nie bei seinem Vater übernachtet. Der Gesuchsgegner habe in Aussicht gestellt, dass er in nächster Zeit nach Mallorca auswandern werde. Diesbezüglich habe die Gesuchstellerin Bedenken, dass es für den Sohn schwierig würde, den Gesuchsgegner im Ausland zu besuchen; es bereite ihm Mühe, auswärts zu übernachten, was sich bei einem Aufenthalt im Ausland noch verschärfen würde. Dies sei vom Sohn in der Kinderanhörung bestätigt worden; er wolle auf keinen Fall seinen Vater in Mallorca besuchen, wogegen er ihn in der Schweiz gerne treffen würde. Es seien damit weder von der Gesuchstellerin noch vom Sohn kon-

krete Gründe genannt worden, welche gegen die grundsätzliche Gewährung eines angemessenen Besuchsrechts sprechen würden; es seien keine Hinweise ersichtlich, dass bzw. inwiefern das Kindeswohl bei einem Besuch beim Gesuchsgegner gefährdet wäre. Es sei davon auszugehen, dass der Gesuchsgegner Wohnsitz im Ausland begründe, und für diesen Fall hätten die Parteien ein vierwöchiges Ferienbesuchsrecht vereinbart. Würde wegen der Bedenken der Gesuchstellerin und des Sohnes von einem solchen abgesehen, wäre ein direkter Kontakt zwischen Gesuchsgegner und Sohn praktisch verunmöglicht. Ein solch starker Eingriff wäre nur gerechtfertigt, wenn eine Gefährdung des Kindeswohls zu befürchten wäre; dies sei nicht der Fall. Die positiven Aspekte würden die allfälligen negativen Aspekte deutlich überwiegen; es sei für den Sohn von grosser Bedeutung, einen regelmässigen persönlichen Kontakt zum Gesuchsgegner pflegen zu können. Die Umsetzung des Besuchsrechts müsse allerdings sorgfältig angegangen werden und der Gesuchsgegner habe auf die Bedenken des Sohnes Rücksicht zu nehmen; es brauche eine Übergangsfrist, während der der Kontakt wieder intensiviert werden könne. Dies bedinge wohl, dass der Gesuchsgegner die ersten gemeinsamen Übernachtungen in der Schweiz und vorerst nur für eine Nacht plane. Unter Würdigung aller relevanten Umstände sei die vereinbarte Besuchsregelung zu genehmigen (Urk. 35 S. 7-10).

4. a) Die Gesuchstellerin macht in ihrer Berufung geltend, der Gesuchsgegner habe erst an der vorinstanzlichen Hauptverhandlung eröffnet, dass er definitiv ins Ausland umziehe. Das vereinbarte Besuchsrecht sei daher unter dem Vorbehalt anderer Erkenntnisse durch die Kinderanhörung gestanden. Die Vorinstanz habe nach der Kinderanhörung keine Frist zur Stellungnahme angesetzt. Sie (die Gesuchstellerin) habe sich beim Abschluss der Vereinbarung in einem wesentlichen Irrtum befunden, indem sie davon ausgegangen sei, dass die Vorinstanz dem Willen des Sohnes, der Besuche im Ausland ablehne, Folge leisten werde (Urk. 34 S. 3 f.).

Soweit diese Vorbringen überhaupt als genügende Auseinandersetzung mit den vorinstanzlichen Erwägungen angesehen werden können, würden sie allesamt ins Leere gehen. Die Vereinbarung enthält weder ausdrücklich noch implizi-

te irgendwelche Vorbehalte. Die Vorinstanz hat den Parteien die Aufzeichnung der Kinderanhörung am 27. September 2013 zugestellt (Urk. 24); es war daher deren Entscheid, darauf nicht zu reagieren. Ein Willensmangel der Gesuchstellerin ist nicht ersichtlich; die Vorinstanz hat die Erkenntnisse der Kinderanhörung berücksichtigt (Urk. 35 S. 8).

b) Die Gesuchstellerin macht weiter geltend, die Vorinstanz habe erwogen, weder sie noch der Sohn hätten konkrete Gründe gegen die grundsätzliche Gewährung des Besuchsrechts aufgeführt. Sie (die Gesuchstellerin) wolle den Kontakt des Sohnes zum Gesuchsgegner fördern, doch habe der Sohn noch nie bei diesem übernachtet. Alle drei Kinder hätten klar ausgeführt, dass sie ihren Vater in Mallorca nicht besuchen wollten; sie würden sich verletzt fühlen, weil ihnen die Abreise erst kurz vor derselben mitgeteilt worden sei (Urk. 34 S. 4).

Mit diesem Vorbringen geht die Gesuchstellerin zwar auf die vorinstanzlichen Erwägungen ein, eine konkrete Rüge einer unrichtigen Sachverhaltsfeststellung oder Rechtsanwendung ist darin jedoch nicht zu erblicken. Im Übrigen wurde der Umstand, dass sich der Sohn durch die späte Mitteilung des (nota bene: bevorstehenden) Umzugs des Gesuchsgegners verletzt gefühlt habe (Urk. 23 S. 4), von der Vorinstanz mitberücksichtigt. Dass keine konkreten Gründe einer Gefährdung des Kindeswohls bestehen, wird schliesslich durch die Vorbringen in der Berufungsschrift – die eben gerade keine solchen anführt – bestätigt. Dass die Gesuchstellerin den Sohn möglicherweise eher stark an sich gebunden hat (vgl. Vi-Prot. S. 15: der Sohn würde bei einem Auslandsbesuchsrecht "noch weiter von *mir* bzw. seinem Zuhause entfernt sein" [Hervorhebung nicht im Original]), bedeutet nicht, dass für diesen nicht ein gewisses Selbständigwerden im objektiv verstandenen Kindeswohl liegt; eine Gefährdung desselben ist dadurch jedenfalls nicht zu sehen.

c) Die Gesuchstellerin macht sodann geltend, die Vorinstanz habe erwogen, dass bei Fehlen des Ferienbesuchsrechts ein direkter Kontakt zwischen Gesuchsgegner und Sohn praktisch verunmöglicht sei. Dass dies nicht richtig sei bzw. sein könne, erwähne die Vorinstanz selbst, indem sie anführe, dass das Besuchsrecht behutsam angegangen werden müsse, was wohl bedinge, dass die

ersten Übernachtungen in der Schweiz zu planen seien. Damit impliziere die Vorinstanz selbst, dass es dem Gesuchsgegner möglich sei, den Sohn zumindest zunächst in der Schweiz zu besuchen. Es müssten die ersten Übernachtungen in der Schweiz und nur für eine Nacht erfolgen. Hinzu komme, dass die Töchter vergessen gingen bzw. die Vereinbarung ihnen und dem Gesuchsgegner überlassen bleibe; nachdem diese klar nicht nach Mallorca gehen wollten, werde ihr direkter Kontakt ebenso verunmöglicht. Da gegenseitige Kontakte nach Absprache vorbehalten blieben und sie (die Gesuchstellerin) den Kontakt grundsätzlich als wichtig erachte und fördern wolle, werde sie einer Reise nach Mallorca nicht entgegenstehen, wenn die Kinder dies wollten. Damit werde entgegen der Vorinstanz ein Kontakt nicht verunmöglicht, wenn kein Ferienbesuchsrecht festgesetzt werde, sondern es liege am Gesuchsgegner, das Vertrauen wieder aufzubauen (Urk. 34 S. 5 und S. 6).

Dazu ist vorab zu bemerken, dass das Besuchsrecht der beiden (älteren) Töchter der Parteien nicht Thema des Berufungsverfahrens ist, weshalb darauf nicht einzugehen ist. Sodann wird auch aus diesen Vorbringen nicht klar, welche konkreten Rechtsverletzungen oder unrichtige Sachverhaltsfeststellungen die Gesuchstellerin beanstandet; es bleibt unklar, wieso die Vorinstanz die von den Parteien im Wissen um die bevorstehende Auswanderung des Gesuchsgegners geschlossene Vereinbarung nicht hätte genehmigen dürfen. Dass bei einem Wohnsitz des Gesuchsgegners in Spanien kurze, aber häufigere Besuche illusorisch sind, liegt auf der Hand, insbesondere auch angesichts dessen, dass beim Gesuchsgegner keinerlei Kinderkosten berücksichtigt wurden (Urk. 18). Bei solchen Distanzen müssen zwangsläufig weniger, aber längere Besuche vorgesehen werden, wie dies die Parteien vereinbart haben und die Vorinstanz – zu Recht – genehmigt hat. Die Festsetzung von Besuchen einem Elternteil allein zu überlassen (wie von der Gesuchstellerin mit der Berufung angestrebt), würde ohnehin den Gleichbehandlungsgrundsatz verletzen und wäre bei zerstrittenen Elternteilen der Streitbeilegung abträglich.

d) Die Gesuchstellerin macht weiter geltend, der Sohn sei bald 12 Jahre alt und es sei nicht seinem Kindeswohl entsprechend, wenn über seinen Kopf

entschieden werde, sei doch der Kindeswille eines der wichtigsten Entscheidungskriterien und komme diesem massgebliches Gewicht zu. Vorliegend habe der Sohn seinen Willen unbeeinflusst kundgetan, weshalb sich gestützt auf das Kindeswohl ein Ferienbesuchsrecht in der vereinbarten Form verbiete und davon gänzlich abzusehen sei (Urk. 34 S. 5).

Wenn ein Kind einen stabilen und unbeeinflussten Willen bilden kann, ist seinen Wünschen entsprechendes Gewicht zuzumessen. Der Entscheid über die Festsetzung wie über Art und Umfang des Besuchsrechts obliegt jedoch dem Gericht, nicht dem Kind. Das Gericht hat sich dabei am objektiv verstandenen Kindeswohl zu orientieren, welches nicht zwingend mit den Wünschen des Kindes übereinstimmen muss. Wenn sich die Eltern über Kinderbelange einigen, kommt auch einer solchen Einigung sehr hohes Gewicht zu, weil mit einer Einigung am ehesten eine befriedende Streitbeilegung erreicht werden kann, was wiederum den davon betroffenen Kindern zugute kommt. Vor Vorinstanz hatten sich die Parteien über das Besuchsrecht im Wissen darum, dass der Gesuchsgegner nach Spanien auswandern würde, geeinigt. Auch nach Kenntnis des Ergebnisses der Kinderanhörung hatte sich keine Partei veranlasst gesehen, die Einigung in Frage zu stellen. Bei dieser Sachlage stellt es keine unrichtige Rechtsanwendung dar, wenn die Vorinstanz die Wichtigkeit von persönlichen Kontakten hervorhob und die Einigung der Parteien stärker gewichtete als den Wunsch des Sohnes.

e) Die Gesuchstellerin macht schliesslich geltend, die Vorinstanz führe an, dass wegen der Verunsicherung des Sohnes die ersten Übernachtungen in der Schweiz und vorerst nur für eine Nacht zu planen seien, lasse diese Erkenntnis jedoch nicht in ihr Urteil fliessen. Es sei widersprüchlich, bei einem Besuchsrecht in der Schweiz eine solche Übergangsfrist vorzusehen, bei einem Auslandsbesuchsrecht jedoch nicht. Daher sei gemäss dem Eventualantrag eine Übergangsfrist einzufügen (Urk. 34 S. 6, ähnlich schon S. 5).

Diese Argumentation – es wäre aufgrund der vom Sohn an der Kinderanhörung geäusserten Bedenken an sich auch bei einem Auslandsbesuchsrecht ein sanfter Aufbau wünschenswert – ist nicht grundsätzlich falsch, sie lässt jedoch ausser Acht, dass die Parteien selbst über das Besuchsrecht eine Vereinbarung

geschlossen haben und die Vorinstanz daher nur noch zu prüfen hatte, ob diese dem Kindeswohl entspricht bzw. nicht widerspricht. In einem solchen Fall kann ein Gericht eine von den Eltern geschlossene Vereinbarung auch dann genehmigen, wenn andere Lösungen denkbar oder nach Ansicht des Gerichts vielleicht sogar vorzuziehen wären. Denn wie erwähnt (oben Erw. 3.d), kommt einer Einigung der Eltern über Kinderbelange ein hohes Gewicht zu, weil mit einer solchen normalerweise am ehesten eine befriedende und damit im Kindeswohl liegende Streitbeilegung erreicht werden kann. Vorliegend schlossen die Parteien die Vereinbarung im Wissen um den kurz bevorstehenden Umzug des Gesuchsgegners nach Mallorca. Dabei liegt hinsichtlich der persönlichen Kontakte ohnehin eine nicht optimale Ausgangslage vor. Dies wird noch verschärft dadurch, dass die an sich wünschbare und für das Besuchsrecht in der Schweiz auch vereinbarte Übergangsfrist für Besuchskontakte bei einem Wohnsitz des Gesuchsgegners in Mallorca aufgrund der räumlichen Distanz (und mangelnden finanziellen Möglichkeiten) schlicht nicht durchführbar ist. Die damit noch einzige Alternative der gänzlichen Verweigerung eines Auslandsbesuchsrechts (wie von der Gesuchstellerin mit ihrer Berufung verlangt) hätte nicht im objektiv verstandenen Kindeswohl gelegen (vgl. obige Erwägungen). Es ist auch nicht zu verkennen, dass der heute rund 12 Jahre alte Sohn bis zum Auszug des Gesuchsgegners mit diesem zusammengelebt hat; der Gesuchsgegner ist für den Sohn grundsätzlich eine vertraute Person. Dass der Sohn vom Gesuchsgegner enttäuscht worden sei, ändert hieran nichts (es gehört zum Erwachsenwerden, mit Enttäuschungen umgehen zu lernen). Dass die Parteien in dieser speziellen Situation beim Auslandsbesuchsrecht keine Übergangsfrist vorgesehen haben, liegt damit letztlich im Wohl des Sohnes, ebenso die entsprechende Genehmigung dieser Vereinbarung durch die Vorinstanz.

Beide Parteien sind aufzufordern, auf die Bedürfnisse und Wünsche der Kinder angemessen Rücksicht zu nehmen. Der Gesuchsgegner wird schon vor einer Besuchsrechtsausübung im Ausland den Kontakt mit dem Sohn wieder aufzubauen haben (was, wie die Vorinstanz erwähnt hat, mit den modernen Kommunikationsmitteln grundsätzlich möglich sein sollte) und die Gesuchstellerin wird

den Sohn in dieser Hinsicht zu motivieren haben (wenn ihr Vorbringen, dass sie den Kontakt fördern wolle [Urk. 35 S. 4], nicht blosses Lippenbekenntnis war).

f) Nach dem Gesagten ist die Berufung der Gesuchstellerin abzuweisen und das angefochtene Urteil zu bestätigen (Art. 318 Abs. 1 lit. a ZPO).

4. a) Die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren ist gestützt auf § 6 Abs. 2 lit. b i.V.m. § 6 Abs. 1, § 5 Abs. 1 und § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG auf Fr. 800.-- festzusetzen. Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens sind ausgangsgemäss der Gesuchstellerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

b) Die Gesuchstellerin hat ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege gestellt (Urk. 34 S. 3 und 6). Dieses ist jedoch zufolge Aussichtslosigkeit der Berufung (vgl. vorstehende Erwägungen) abzuweisen (Art. 117 lit. b ZPO).

c) Für das Berufungsverfahren sind keine Parteientschädigungen zuzusprechen, dem Gesuchsgegner mangels relevanter Umtriebe (vgl. Art. 95 Abs. 3 ZPO), der Gesuchstellerin zufolge von deren Unterliegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch der Gesuchstellerin um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege wird abgewiesen.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Dietikon vom 16. Oktober 2013 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 800.-- festgesetzt.

3. Die Gerichtskosten für das Berufungsverfahren werden der Gesuchstellerin auferlegt.
4. Für das Berufungsverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Gesuchsgegner unter Beilage des Doppels von Urk. 34, sowie an das Bezirksgericht Dietikon, je gegen Empfangsschein.

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

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

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG. Es handelt sich um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 21. Januar 2014

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. F. Rieke

versandt am:
se