

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LY150019-O/U.doc

Mitwirkend: die Oberrichterinnen Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, und Dr. M. Schaffitz, Oberrichter lic. iur. M. Spahn sowie Gerichtsschreiberin Dr. D. Oser

Beschluss und Urteil vom 14. August 2015

in Sachen

A. _____,

Beklagte, Massnahmebeklagte und Berufungsklägerin

gegen

B. _____,

Kläger, Massnahmekläger und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

sowie

C. _____,

Verfahrensbeteiligter

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____

betreffend **Ehescheidung (vorsorgliche Massnahmen)**

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am

Bezirksgericht Horgen vom 24. Februar 2015 (FE110209-F)

Rechtsbegehren des Massnahmeklägers:

(Urk. 5/300 und Prot. VI S. 144 f. sinngemäss)

1. Es sei die Massnahmebeklagte anzuweisen, den Sohn C. _____ für die Dauer des Verfahrens ohne Einverständnis des Massnahmeklägers nicht an einen Ort ausserhalb Europas, namentlich nicht nach D. _____ [Staat in Südamerika], mitzunehmen.

1a. Eventualantrag (Prot. VI S. 144 f.):

Eventualiter seien beide Parteien anzuweisen, den Sohn C. _____ für die Dauer des Verfahrens ohne Einverständnis des anderen Elternteils nicht an einen Ort ausserhalb Europas mitzunehmen. Die Parteien seien anzuweisen, die Verweigerung des Einverständnisses zu begründen.

2. Es sei die Massnahmebeklagte ausserdem anzuweisen und zu ermahnen, den Sohn C. _____ im Hinblick auf das Besuchsrecht des Massnahmeklägers (gemäss Eheschutzregelung, gemäss Entscheiden der Vormundschaftsbehörde E. _____ bzw. der Kinderschutzbehörde Horgen sowie gemäss den mit der Beistandsperson vereinbarten Besuchsrechtsplänen) jeweils rechtzeitig und am vereinbarten bzw. üblichen Ort für die Übergabe bereit zu halten bzw. entsprechend vorzubereiten, so dass das Besuchsrecht des Massnahmeklägers zeitgerecht stattfinden kann.
3. Es sei die Massnahmebeklagte schliesslich anzuweisen und zu ermahnen, jegliches Verhalten zu unterlassen, welches das rechtzeitige Stattfinden des Besuchsrechts in irgendeiner Weise gefährden oder verunmöglichen kann.
4. Für den Fall der Widerhandlung gegen die vorstehenden Ziff. 1-3 sei der Massnahmebeklagten die Bestrafung gemäss Art. 292 StGB, d.h. Busse, anzudrohen.
5. Es sei über das Massnahmebegehren ebenfalls am 4. September 2014 zu verhandeln. Es sei dem Massnahmekläger Gelegenheit zu geben, das Massnahmebegehren anlässlich dieser Verhandlung zu ergänzen (sofern nötig).
6. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. 8 % MwSt.) zu Lasten der Massnahmeklägerin [recte: Massnahmebeklagten].

Anträge der Massnahmebeklagten:

(Urk. 5/381 sinngemäss)

1. Es sei das Massnahmebegehren des Massnahmeklägers (act. 300) auf die Anweisung, den Sohn C. _____ für die Dauer des Verfahrens ohne Einverständnis des Massnahmeklägers

nicht an einen Ort, namentlich D._____, mitzunehmen, abzuweisen.

2. Es sei das Massnahmebegehren des Massnahmeklägers (act. 300), namentlich die Anträge 2. bis 4. abzuweisen.
3. Es sei Antrag 5 des Massnahmebegehrens des Massnahmeklägers (act. 300) als zwischenzeitlich wegen Zeitablaufs als erledigt geworden abzuschreiben.
4. Es sei das Wochenendbesuchsrecht des Massnahmeklägers für die Dauer des Verfahrens bis am Montagmorgen zum Schulbeginn zu verlängern. Der Massnahmekläger sei zu verpflichten, C._____ bis am Montagmorgen zum Schulbeginn zu betreuen.
5. Es sei für die Dauer des Verfahrens ohne Einverständnis des Massnahmeklägers der jeweilige Übergabeort am Freitag des Besuchswochenendes um 17.00 Uhr am Tennis Club F._____ vom Gericht festzulegen. Für das Wintertraining sei als Übergabeort die Sporthalle ..., F._____, und für das Sommertraining der Tennis Club F._____, ...strasse ..., F._____, festzulegen.
6. Es sei der Massnahmekläger zu berechtigen und zu verpflichten, für die Dauer des Verfahrens den Sohn C._____ jeden Donnerstag um 17.00 Uhr vor der Liegenschaft von Dr. G._____, ...strasse ..., E._____, abzuholen. Der Massnahmekläger sei zu verpflichten, sich um 17.00 Uhr bei der Massnahmebeklagten zu melden (Tel. Nr. ...), sobald er auf C._____ wartet. C._____ geht alleine von der Liegenschaft Dr. G._____ zum Massnahmekläger, der auf der ...strasse wartet. Der Massnahmekläger sei zu verpflichten, sein Auto nicht beim Eingang, auf dem Grundstück von Dr. G._____, auf dem ...weg oder der ...strasse, E._____, zu parkieren.
7. Es sei der Massnahmekläger zu berechtigen, für die Dauer des Verfahrens C._____ 5 Wochen (25 Wochentage) pro Jahr auf eigene Kosten zu sich oder mit sich in die Ferien zu nehmen. Der Massnahmekläger sei zu verpflichten, bei jedem Ferienbezug ein Minimum von 5 aufeinanderfolgenden Wochentagen und/oder ein Maximum von 10 aufeinanderfolgenden Wochentagen auf einmal zu beziehen. Fällt das Ende einer Ferienwoche des Massnahmeklägers auf sein Besuchswochenende (gerade Wochen), so verbringt C._____ dieses Wochenende beim Massnahmekläger und das darauffolgende Wochenende bei der Massnahmebeklagten.
8. Es sei der Massnahmekläger zu verpflichten, für die Dauer des Verfahrens sein Ferienbesuchsrecht in geraden Jahren in den zwei Wochen der Weihnachtsferien bis Montag, Schulbeginn, in der ersten Woche der Sportferien und in den ersten zwei Sommerferienwochen auszuüben. In ungeraden Jahren sei der Massnahmekläger zu verpflichten, sein Ferienbesuchsrecht in der zweiten Woche der Sportferien, der vierten und fünften Woche

der Sommerferien (Schule) bis Montag Schulbeginn, in der zweiten Woche der Herbstferien sowie in einer Woche der Frühlingferien auszuüben.

9. Es sei zu entscheiden, dass für die Dauer des Verfahrens die Wochenenden, an denen C._____ mit der Massnahmebeklagten in den Ferien weilt, nicht ersetzt oder nachgeholt werden.
10. Es sei der Massnahmekläger zu verpflichten, für die Dauer des Verfahrens, der Massnahmebeklagten und der Beiständin jeweils drei Wochen vor seinem Ferienbeginn mit C._____ schriftlich den genauen Aufenthaltsort (insbesondere Ort, Hotel, Ferienwohnung, Privatadresse) und den entsprechenden Festnetzanschluss mitzuteilen. Kommt der Massnahmekläger dieser Verpflichtung nicht fristgerecht nach, verfällt sein Ferienanspruch ersatzlos.
11. Es sei der Massnahmekläger anzuweisen, für die Dauer des Verfahrens, die Weisungen und Beschlüsse der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde des Bezirks Horgen vom 16. April 2014 zu akzeptieren und die Gespräche der Beiständin H._____ mit seinem Sohn zuzulassen.
12. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. 8. MwSt.) zu Lasten des Massnahmeklägers.

Anträge der Kindesvertreterin:

(Urk. 5/383)

1. Es sei der Antrag des Massnahmeklägers, dass die Massnahmebeklagte den Sohn C._____ für die Dauer des Verfahrens nicht ohne sein Einverständnis an einen Ort ausserhalb Europas – namentlich nicht nach D._____ – bringen darf, abzuweisen.
2. Es sei beiden Elternteilen zu untersagen, Reisen mit C._____ zu machen, die seine persönliche Sicherheit und die medizinische Versorgung nicht genügend gewährleisten und von denen das EDA im fraglichen Zeitpunkt abrät.
3. Es sei die Massnahmebeklagte zu verpflichten, im Falle der eigenen Verhinderung an der rechtzeitigen Rückreise bis zum Ferienbeginn von C._____ mit dem Massnahmekläger, einen Reisebegleiter für die Rückreise von C._____ zu organisieren und zu finanzieren.
4. Eventualiter sei der Massnahmekläger berechtigt zu erklären, jeweils die ersten ein bis zwei Wochen der Schulferien zu verbringen. Das geht eher in die Richtung der heute von Frau A._____ gestellten Anträge. Ich habe das gestellt, lasse es aber grundsätzlich weg.
5. Es sei der Antrag in Ziff. 3 des Massnahmebegehrens gutzuheissen und die Massnahmebeklagte zu verpflichten, jegliches Ver-

halten zu unterlassen, welches das rechtzeitige Stattfinden des Besuchsrechts mit dem Massnahmekläger, insbesondere des Ferienbesuchsrechts, in irgendeiner Weise gefährdet oder verunmöglicht.

6. Es sei im Falle der Widerhandlung gegen die vorstehenden Ziffern 2, 3 und 5 die Bestrafung der Massnahmebeklagten gemäss Art. 292 StGB vorzusehen;

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich MwSt.) zulasten der Massnahmebeklagten.

Verfügung und Urteil des Einzelgerichts am Bezirksgericht Horgen vom 24. Februar 2015 (Urk. 2 = Urk. 5/408):

Es wird verfügt:

1. Das Begehren des Massnahmeklägers gemäss Eingabe vom 15. August 2014, Antrag 5 (Urk. 300) um Verhandlung der Massnahmebegehren am 4. September 2014 wird als gegenstandslos geworden abgeschrieben.
2. Es wird festgestellt, dass über die von der Massnahmebeklagten gestellten neuen Anträge, Urk. 381 Ziff. 4–11, anlässlich der nächsten VSM-Verhandlung vom 12. Mai 2015 verhandelt wird.
3. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und die Vertreterin des Kindes mit nachfolgendem Erkenntnis, je gegen Empfangsschein.

Es wird erkannt:

1. In Ergänzung der bisherigen Regelung des Besuchs- und Ferienrechts wird der Massnahmebeklagten i.S.v. Art. 307 Abs. 3 ZGB die Weisung erteilt, den Sohn C._____ für die Dauer des Verfahrens ohne schriftliches Einverständnis des Massnahmeklägers nicht an einen Ort ausserhalb Europas, namentlich nicht nach D._____, mitzunehmen. Die Massnahmebeklagte wird angewiesen, das schriftliche Einverständnis des Massnahmeklägers mindestens

drei Monate im Voraus, das heisst vor der geplanten Reise, per Einschreiben einzuholen.

2. Der Massnahmebeklagten wird i.S.v. Art. 307 Abs. 3 ZGB die Weisung erteilt, den Sohn C._____ im Hinblick auf das Besuchs- und Ferienrecht des Massnahmeklägers gemäss der geltenden Besuchs- und Ferienrechtsregelung jeweils rechtzeitig und am vereinbarten bzw. üblichen Ort für die Übergabe bereit zu halten bzw. entsprechend vorzubereiten, so dass das Besuchsrecht des Massnahmeklägers zeitgerecht stattfinden kann.
3. Der Massnahmebeklagten wird i.S.v. Art. 307 Abs. 3 ZGB die Weisung erteilt und sie wird ermahnt, jegliches Verhalten zu unterlassen, welches das rechtzeitige Stattfinden des Besuchs- und Ferienrechts des Massnahmeklägers in irgendeiner Weise gefährden oder verunmöglichen kann.
4. Die Massnahmebeklagte wird, unter Androhung der Ungehorsamsstrafe nach Art. 292 StGB (Bestrafung mit Busse) zur Einhaltung der Urteilsdispositiv-Ziffern 1–3 verpflichtet.
5. Die Anträge Ziff. 1–3 und Ziff. 12 der Massnahmebeklagten gemäss Stellungnahme vom 22. Januar 2015 (Urk. 381) werden abgewiesen.
6. Die Anträge Ziff. 1–4 der Kindesvertreterin gemäss Stellungnahme vom 22. Januar 2015 (Urk. 383) werden abgewiesen.
7. Die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen wird dem Endentscheid vorbehalten.
8. (Mitteilungssatz).
9. (Rechtsmittelbelehrung).

Berufungsanträge:

der Beklagten, Massnahmebeklagten und Berufungsklägerin (Urk. 1 S. 2):

1. Es seien die Ziffern 1 bis 4 des Dispositivs des vorinstanzlichen Entscheids vom 24. Februar 2015 ersatzlos aufzuheben.
2. Eventualiter sei beiden Eltern die Weisung zu erteilen, den Sohn C. _____ für die Dauer des Verfahrens ohne schriftliches Einverständnis nicht an einen Ort ausserhalb der Schweiz mitzunehmen, und es seien beide Eltern anzuweisen, das schriftliche Einverständnis des jeweils anderen Elternteils mindestens drei Monate im Voraus vor der geplanten Reise per Einschreiben einzuholen.
Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich 8% gesetzliche Mehrwertsteuer zu Lasten des Berufungsbeklagten.

des Klägers, Massnahmeklägers und Berufungsbeklagten (Urk. 10 S. 2):

1. Es sei die Berufung vollumfänglich abzuweisen.
2. Eventualiter sei Dispositiv-Ziffer 1 des Urteils des Bezirksgericht Horgen vom 24. Februar 2015 (Geschäfts-Nr. FE110209-F) aufzuheben und es sei beiden Parteien im Sinne von Art. 307 Abs. 2 ZGB die Weisung zu erteilen, für die weitere Dauer des Scheidungsverfahrens während ihrer jeweiligen Betreuungszeit den Sohn C. _____ nicht ohne schriftliches Einverständnis der anderen Partei an einen Ort ausserhalb Europas mitzunehmen. Die Parteien seien zudem anzuweisen, eine allfällige Verweigerung des Einverständnisses schriftlich zu begründen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. 8% MWSt.) zu Lasten der Berufungsklägerin.

des Verfahrensbeteiligten (Urk. 9 S. 2):

Es sei die Berufung (im Haupt- und Eventualantrag) gegen das Urteil des Bezirksgerichts Horgen vom 24. Februar 2015 vollumfänglich abzuweisen; alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.) zu Lasten der Berufungsklägerin.

Erwägungen:

I.

1. Die Parteien stehen sich seit 1. September 2011 in einem Scheidungsverfahren gegenüber (Urk. 5/1). Im letzten Sommer konnten die vom Kläger, Massnahmekläger und Berufungsbeklagten (nachfolgend Kläger) mit dem gemein-

samen Sohn C._____ vom 21. Juli bis 3. August 2014 geplanten Ferien nicht stattfinden, da die Beklagte, Massnahmebeklagte und Berufungsklägerin (nachfolgend Beklagte) wegen geltend gemachten Rückenschmerzen reiseunfähig war und mit C._____ nicht rechtzeitig von ihrem Aufenthalt in D._____ zurückkehren konnte.

In der Folge stellte der Kläger mit Eingabe vom 15. August 2014 ein Begehren um Erlass von vorsorglichen (Kindeschutz-)Massnahmen (Urk. 5/300). Über den detaillierten Verlauf des Verfahrens gibt der angefochtene Entscheid Auskunft (Urk. 5/408 S. 5 f.). Am 24. Februar 2015 fällte die Vorinstanz den oben aufgeführten Massnahmeentscheid (Urk. 5/408 = Urk. 2).

2. Dagegen erhob die Beklagte fristgerecht Berufung mit den eingangs aufgeführten Anträgen (Urk. 1). Der Kläger beantwortete die Berufung am 15. Mai 2015 (Urk. 10). Die Berufungsantwort des Verfahrensbeteiligten datiert ebenfalls vom 15. Mai 2015 (Urk. 9). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (Urk. 5/1-458). Mit Eingabe vom 10. August 2015 teilte die bisherige Vertreterin der Beklagten mit, dass sie deren Interessen nicht mehr vertrete (Urk. 18).

3. Die nicht angefochtenen Dispositiv-Ziffern des Urteils sind in Rechtskraft erwachsen (Dispositiv-Ziffern 5-7), wovon Vormerk zu nehmen ist (Art. 315 Abs. 1 ZPO). Die Berufung ist zu begründen und hat sich anhand konkreter Anträge und Rügen mit den Erwägungen der Vorinstanz im Einzelnen auseinander zu setzen und konkret aufzuzeigen, was am angefochtenen Urteil oder am Verfahren der Vorinstanz als falsch erachtet wird (Art. 311 Abs. 1 ZPO). Auf die Vorbringen der Parteien ist im Folgenden nur insoweit einzugehen, als dies für die Rechtsfindung erforderlich ist.

II.

1. Die Vorinstanz erwog zusammengefasst, es sei vorweg festzuhalten, dass es vorliegend nicht darum gehe, den Konflikt zwischen den Parteien in Be-

zug auf das Besuchs- und Ferienrecht aufzuarbeiten, und im Detail zu rekonstruieren, wer für welches Verhalten – wie zum Beispiel für den Vorfall vom Sommer 2014 oder anlässlich des an der Verhandlung vorgebrachten Vorfalls vom 13. November 2014 (Prot. VI S. 128, 136, 139 f.) – wie verantwortlich sei (Urk. 2 S. 8 f.). Das Gericht habe sofern notwendig im Interesse des Kindeswohls allfällige Kindeschutzmassnahmen zur Vermeidung künftiger Diskrepanzen zwischen den Eltern hinsichtlich der Einhaltung des Besuchs- und Ferienrechts zu erlassen. Insbesondere habe das Gericht den Kontakt des Kindes zu beiden Eltern mittels Erlass der allenfalls notwendigen Weisungen zu fördern. Zudem vertrat die Vorinstanz die Meinung, dass allein der Vorfall im Sommer 2014 (kompletter Ausfall der Sommerferien) ausreichen würde, um eine Kindeschutzmassnahme anzuordnen (Urk. 2 S. 23).

2. Die vorinstanzliche Erwägung, wonach eine Kindeswohlgefährdung vorliegen habe, weil die Ferien im Sommer 2014 – unabhängig von einem Verschulden der Beklagten – vollständig ausgefallen seien, ist entscheidend. Die von der Beklagten gerügten zusätzlichen Erwägungen wären erst in einem zweiten Schritt zu prüfen, falls zum Schluss zu kommen wäre, dass der Vorfall vom Sommer 2014 nicht genügen würde, um von einer Kindeswohlgefährdung auszugehen und entsprechende Kindeschutzmassnahmen anzuordnen. Darunter fallen etwa die Erwägungen im Zusammenhang mit der Reise der Beklagten zusammen mit C._____ nach D._____ im Frühling 2013 (Urk. 2 S. 19) oder betreffend den Vorfall im Juli 2013 in ... (Urk. 2 S. 25).

3. Somit ist zunächst zu prüfen, ob der Vorfall im Jahre 2014 als Kindeswohlgefährdung zu werten ist, und falls dies zu bejahen ist, ob die dagegen angeordneten Kindeschutzmassnahmen notwendig, geeignet und verhältnismässig sind.

3.1. Es ist unbestritten, dass der Kläger die Beklagte fast ein Jahr im Voraus über seine mit C._____ geplanten Ferien im Sommer 2014, nämlich vom 21. Juli 2014 bis zum 3. August 2014, informierte (Prot. VI S. 131; Urk. 5/381 S. 10). Unbestritten ist ebenso, dass diese Ferien vollständig ausfielen, da die Beklagte mit C._____ zu diesem Zeitpunkt noch in D._____ war und erst am 12. August 2014

in die Schweiz zurückkehrte (Urk. 5/300 S. 7 ff.; Urk. 5/381 S. 4 ff.; Urk. 5/383 S. 2 ff.; Urk. 1 S. 9). Dass C._____ vom 13. bis 17. August 2014 einige Ferientage mit dem Kläger verbrachte, ersetzt auch nach Ansicht der Beklagten diese Sommerferien nicht (Urk. 1 S. 9). Sie vertritt jedoch die Meinung, dass der Vorfall vom Sommer 2014 und die damit verbundene Kürzung der Ferien der erste und einzige Vorfall seit der Trennung der Parteien im Jahre 2009 gewesen sei, der einzig wegen eines familiären Notfalls passiert sei, da ihre Mutter schwer erkrankt sei. Danach sei sie wegen starken Rückenschmerzen nicht in der Lage gewesen, rechtzeitig in die Schweiz zurückzukehren (Urk. 1 S. 7). Im Übrigen werde der Kontakt zwischen Vater und Sohn seit Juli 2009 aktiv und regelmässig gelebt. Bei regelmässigen Kontakten jeden Donnerstagnachmittag und jedes zweite Wochenende, welche im Einverständnis mit der Beklagten oft bis zum Montagmorgen (Schulbeginn) verlängert würden, sowie 4-5 Ferienwochen pro Kalenderjahr könne nicht von einer Entziehung von C._____ von seinem Vater und damit von einer Kindeswohlgefährdung gesprochen werden (Urk. 1 S. 9).

Die Ansicht der Beklagten trifft schon aus diesem Grund nicht zu, als bereits die Erschwerung der Ferienrechtsausübung mit dem besuchsberechtigten Elternteil als Gefährdung des geistigen Kindeswohls gilt (BSK ZGB I-Breitschmid, Art. 307 N 18). Dabei ist die Frage eines allfälligen Verschuldens nicht relevant. Nicht von Belang ist auch, ob die Vater-Sohn-Beziehung grundsätzlich gelebt wird. C._____ und der Kläger haben ein besonderes Interesse und schützenswertes Recht darauf, auch und gerade in den Ferien, während denen längere Zeit intensiv zusammengelebt wird, den Kontakt miteinander möglichst konfliktfrei zu pflegen. Objektiv hat somit die Vorinstanz zu Recht eine Kindeswohlgefährdung bejaht. Zudem litt C._____ auch subjektiv stark darunter. So bedauerte C._____ sehr, dass er mit seinem Vater nicht die Sommerferien in Schweden verbringen durfte und erwähnte dies gegenüber der Kindesvertreterin an den Gesprächen vom 16. Dezember 2014 und 15. Januar 2015 (Urk. 9 S. 7., S. 5; Urk. 5/383 S. 2 f.; Prot. VI S. 124 f.). Die Frage des rechtzeitigen Ferienantritts beschäftigte ihn so stark, dass er die pragmatische Lösung vorschlug, wonach er zuerst mit dem Vater Ferien verbringen solle und erst dann mit der Mutter. An der Kinderanhörung vom 23. März 2015 und damit acht Monate später gab das 10-jährige Kind zu

Protokoll, es habe ihn traurig gemacht, dass er nicht in Schweden habe sein können. Es habe ihn schon ein bisschen geärgert, dass er zu spät von D. _____ zurückgekehrt sei. Er habe seinen Vater sehen wollen. Er denke nicht, dass ihn sein Vater jemals zu spät aus den Ferien zurückbringen würde, so dass er deshalb zu spät mit seiner Mutter in die Ferien gehen könne. Seine Mutter habe ihn schon mehrfach zu spät aus den Ferien zurückgebracht (Urk. 5/426 S. 6).

Vorliegend fällt zusätzlich ins Gewicht, dass die Parteien aktenkundig stark zerstritten sind (Urk. 5/1-458). Insbesondere erforderte die Sicherstellung des Kontaktrechts von C. _____ mit dem Kläger ein wiederholtes behördliches Eingreifen von Seiten der Vorinstanz, der Vormundschaftsbehörde E. _____ und des Bezirksrats (Urk. 2 S. 9 ff.; Urk. 5/84/31; Urk. 5/84/36; Urk. 5/6/11; Urk. 5/4/34; Urk. 5/84/53). Auch musste ein Besuchsbeistand (Urk. 5/84/23) und eine Kindesvertreterin bestellt werden. Gerade in solchen vom Elternzwist belasteten Familienkonstellationen ist im Interesse des Kindes die exakte Beachtung und Einhaltung des Besuchs- und Ferienrechts von grosser Bedeutung. Es gilt zu verhindern, dass laufend neue Konflikte, Unsicherheiten und unnötige Streitigkeiten die Kontakte überschatten und deren Qualität mindern. Es besteht somit ein sehr grosses Interesse an der korrekten, regelmässigen und reibungslosen Durchführung des Besuchs- und Ferienrechts (vgl. OGer ZH LE140025 vom 25. August 2014, S. 11, E. 4.3.).

3.2. Die Beklagte kritisiert in diesem Zusammenhang, die Vorinstanz habe ausser Acht gelassen, dass sich der Kläger in der Vergangenheit ebenso nicht an die Vereinbarung betreffend persönlichen Verkehr gehalten habe (Urk. 1 S. 10 ff. mit Hinweis auf Urk. 5/83, insb. S. 20; Urk. 5/84/23-39; Reise des Klägers mit C. _____ nach Ägypten 2013 [Urk. 5/382/18-19]). Die Kritik der Beklagten ist nicht zielführend, da die Frage, ob dem Kläger ein Fehlverhalten vorzuwerfen sei, nicht Verfahrensgegenstand war. Die Vorinstanz hatte nur die beantragten Kindeschutzmassnahmen zu beurteilen.

Die Beklagte wirft der Vorinstanz zudem vor, dass sie ihre Argumente ungerechtfertigterweise für unglaubwürdiger als jene des Klägers gehalten habe (Urk. 1 S. 7, S. 11). Dieser Einwand geht ins Leere, da im Zusammenhang mit

dem Ausfall der Sommerferien 2014 die Glaubwürdigkeit der Argumente der Parteien insofern irrelevant ist, als dass die Ferien unbestrittenermassen vollständig ausgefallen sind. Die Vorinstanz wollte verhindern, dass C._____ zukünftig wiederum keine (Sommer-)Ferien mit dem Kläger verbringen könne. Damit kann auch offen bleiben, ob tatsächlich ein familiärer Notfall bzw. reiseverhindernde Rückenschmerzen vorhanden gewesen waren.

4. Zu prüfen bleibt, ob die von der Vorinstanz angeordneten Weisungen notwendig, geeignet und verhältnismässig waren, um zukünftig die Einhaltung des Besuchs- und Ferienrechts zu gewährleisten.

4.1. Bei der Anordnung der geeigneten Kindesschutzmassnahme kommt dem Sachgericht ein weites Ermessen zu (Art. 4 ZGB; BGer 5A_656/2010 vom 13. Januar 2011, E. 3). Dabei ist zu beachten, dass sich die Kammer in Fortführung der ständigen Praxis zum kantonalen Prozessrecht bei der Angemessenheitskontrolle eine gewisse Zurückhaltung auferlegt (vgl. u.a. Blickenstorfer, DIK-E-Komm-ZPO, Art. 310 N 5). Trotz freier Prüfungsbefugnis ist die Rechtsmittelbehörde nicht gehalten, ihr Ermessen an die Stelle desjenigen der Erstinstanz zu setzen. Die Berufungsinstanz hat sich darauf zu beschränken, in Ermessensentscheide nur einzugreifen, wenn dazu hinreichender Anlass besteht. Diese Auffassung überzeugt auch unter geltender Zivilprozessordnung und fand Bestätigung durch das Bundesgericht (BGer 5A_265/2012 vom 30. Mai 2012, E. 4.3.2.; OGer ZH LY140007 vom 28. Juli 2014, E. III. 3.1.; vgl. zum Ganzen: Seiler, Die Berufung nach ZPO, N 469 ff.).

4.2. Zur Notwendigkeit einer Kindesschutzmassnahme hat die Vorinstanz zu Recht festgehalten, dass alleine der Vorfall im Sommer 2014 ausreiche, um eine Kindeswohlgefährdung anzunehmen. Die Parteien seien in der aktuellen, bereits seit der Trennung bestehenden Konfliktsituation nicht in der Lage, von sich aus eine einvernehmliche Lösung zu finden und Abhilfe zu schaffen. Aufgrund des bisher Geschehenen sei zudem für die Zukunft nicht auszuschliessen, dass auch künftige Konflikte betreffend das Ferienrecht des Klägers stattfinden könnten, namentlich im Zusammenhang mit Reisen der Beklagten mit C._____ nach

D._____. Der Erlass einer Kindesschutzmassnahme sei daher erforderlich (Urk. 2 S. 23).

Die Anordnung einer Kindesschutzmassnahme setzt kein Verschulden der Eltern voraus und ist auch nicht Sanktion. Es soll Hilfe geleistet und die Bereitschaft der Betroffenen zu freiwilliger Zusammenarbeit gefördert werden (BSK ZGB I-Breitschmid, Art. 307 N 4). Die Notwendigkeit einer Kindesschutzmassnahme wurde vorliegend zu Recht bejaht, da die Beklagte die ihr obliegende Pflicht, C._____ rechtzeitig zum Ferienantritt am 21. Juli 2014 in die Schweiz zurückzubringen, nicht wahrgenommen hat. Ob dies verschuldet war oder nicht, ist ohne Belang.

4.3. Die Weisung erscheint zudem als geeignet, um die vorliegend latent vorhandene Kindeswohlgefährdung (Ausfallen des Ferienbesuchsrecht) durch eine konkrete Einzelmassnahme zu beheben. Insbesondere ist sie geeignet, um die Wahrscheinlichkeit zu verringern, dass die Beklagte kurzfristig und ohne den Kläger rechtzeitig zu informieren mit C._____ nach D._____ reist. Muss ein Einverständnis des Klägers für aussereuropäische Aufenthalte eingeholt werden, wird eine vorgängige Kommunikation zwischen den Parteien stattfinden, und es können vernünftige Varianten eines Vorgehens bei Verhinderung einer rechtzeitigen Rückreise besprochen bzw. Vorkehrungen getroffen werden. Dies erscheint umso angebrachter, als dass die Beklagte beispielsweise ihre Reise mit C._____ nach D._____ vom 24. April 2013 bis zum 11. Mai 2013 dem Kläger erst am 23. April 2013 mitteilte (Urk. 5/180/20). Zudem macht sie geltend, dass ihre Rückenschmerzen (tendomyotisches cervicovertebrales Syndrom), worunter sie seit einiger Zeit leide, die Reiseunfähigkeit verursacht hätten (Urk. 1 S. 7; Schreiben Dr. med. I._____ vom 1. März 2013 [Urk. 5/144A/7]). Das Risiko einer erneuten verspäteten Rückreise ist daher voraussehbar, zumal sie selber eine strapaziöse Reisedauer von Zürich nach D._____ von 32 Stunden angab (Urk. 5/381, S. 8). Im Weiteren reiste die Beklagte nicht für Ferien nach D._____, sondern weil ihre über achtzigjährige Mutter erneut ernsthaft erkrankt sei. Gerade in diesem Fall muss sie mit einer Verschlechterung deren Gesundheitszustandes, eventuell sogar mit einem Todesfall rechnen, der eine rechtzeitige Rückreise unter Um-

ständen nicht erlaubt. Schliesslich könnte nach vorgängiger Absprache die Betreuung von C._____ sichergestellt werden, damit die Beklagte für familiäre Notfälle ohne das Kind nach D._____ zu ihren Verwandten reisen kann. Zwar macht die Beklagte in diesem Zusammenhang geltend, der Kläger habe ihr anlässlich der Anhörung bei der KESB Horgen am 20. März 2014 mitgeteilt, dass er nicht bereit sei, C._____ zusätzlich zu betreuen (Urk. 1 S. 8 mit Hinweis auf Urk. 5/382/9-12). Diese Behauptung kann aufgrund der Akten nicht nachvollzogen werden. Im Anhörungsprotokoll vom 29. März 2014 wurde beiden Parteien erklärt, dass in Notfällen das Kind nicht einfach nicht abgeholt resp. beim anderen Elternteil belassen werden könne, sofern dies nicht ausdrücklich vereinbart worden sei (Urk. 12/5 S. 2). Daraus kann entgegen der Ansicht der Beklagten nur geschlossen werden, dass sie im Einzelfall für eine zusätzliche Betreuung den Kläger anfragen muss.

4.4. Schliesslich ist der Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu beachten; im konkreten Fall ist die mildeste erfolgsversprechende Massnahme anzuordnen (BSK ZGB I-Breitschmid, Art. 307 N 8 m.w.H.). Diese Voraussetzung ist einerseits gewahrt, da nur aussereuropäische Reisen tangiert sind. Solche sind zudem nicht untersagt, sondern werden lediglich von der Zustimmung des Klägers abhängig gemacht. Andererseits gelten die angeordneten vorsorglichen Massnahmen nur für eine sehr beschränkte Dauer, nämlich bis zum Abschluss des hängigen Scheidungsverfahrens.

Zwar wendet die Beklagte ein, dass selbst die Vorinstanz an der Verhandlung vom 4. September 2014 ausgeführt habe, dass dieser Fall mit dem Scheidungsurteil nicht erledigt sei, sondern bei dem vorhandenen Konfliktpotential von einer oder beiden Parteien ans Obergericht und anschliessend an das Bundesgericht weitergezogen werde. Bei einem noch Jahre dauernden Prozess sei jedoch von einer Entwurzelung von C._____ von seiner Familie in D._____ auszugehen. Sie gehe im Unterschied zur Vorinstanz davon aus, dass der Kläger sein Einverständnis für Reisen mit C._____ zu seiner Grossmutter mütterlicherseits nicht erteilen werde (Urk. 1 S. 14). Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden. Das Massnahmeverfahren dient dazu, eine vorläufige Friedensordnung

herzustellen. Die Regelung soll nur während einer begrenzten Dauer gelten. Notfalls steht den Parteien das Abänderungsverfahren zur Verfügung. Damit besteht im Hauptverfahren – und, sollte dies tatsächlich nötig sein, sogar im Rahmen eines Abänderungsantrages betreffend die vorsorglichen Massnahmen – die Möglichkeit, allfällige ungünstige Entwicklungen, sollten solche denn auch wirklich und in qualifizierter Form auftreten, zu korrigieren. Dies wäre beispielsweise der Fall, wenn der Kläger unberechtigterweise sein Einverständnis für die Reise verweigern würde. Irgendwelche Anhaltspunkte oder Gründe dafür werden weder von der Beklagten genannt (Urk. 1 S. 14), noch ergeben sich solche aus den Akten. Auch die Kindesvertreterin geht nicht davon aus, dass der Kläger seine Zustimmung verweigern werde, solange seine eigenen Ferien- und Kontaktrechte mit C._____ nicht oder nicht ungewöhnlich tangiert würden (Urk. 9 S. 7).

5. Die Beklagte rügt schliesslich, die Weisungen und Ermahnung an sie gemäss Dispositiv-Ziffern 2 und 3, verbunden mit der Strafandrohung gemäss Dispositiv-Ziffer 4, seien nach dem vorstehend Gesagten weder notwendig, erforderlich noch verhältnismässig (Urk. 1 S. 15).

5.1. Die Weisungen und Ermahnung gemäss Dispositiv-Ziffern 2 und 3 sind die logische Folge aus der zu Recht angenommenen Kindeswohlgefährdung im Sommer 2014. Sie dienen dazu, den verbindlichen Charakter zu betonen und ihnen mehr Gewicht zu verleihen. Sie führen der Beklagten vor Augen, dass es ihre Sache ist, aktiv das Stattfinden des Besuchs- und Ferienrechts des Klägers zu fördern (Wohlverhaltensklausel). Insbesondere ist es eine Selbstverständlichkeit, bei eigenen Reisen mit C._____ sicherzustellen, dass er trotz ihrer eigenen Reiseunfähigkeit rechtzeitig zurückkehrt, indem sie zum Beispiel einen Reisebegleiter für die Rückreise von C._____ organisiert und finanziert. Dass die Beklagte sich ihrer aktiven Förderungspflicht bislang nicht genügend bewusst war, zeigt etwa der Vorfall, wonach sie im Frühling 2013, als sie in D._____ aufgrund eines geltend gemachten familiären Notfalls weilte, den Kläger aufforderte, zur Wahrung seines Besuchsrechts C._____ in D._____ (J._____ [Stadt in D._____]) abzuholen ("Could you come and collect C._____?") (Urk. 12/3). Damit sind die Weisun-

gen und die Ermahnung gemäss Dispositiv-Ziffern 2 und 3 vom Ermessen der Vorinstanz gedeckt.

5.2. In Dispositiv-Ziffer 4 wurde die Beklagte unter Androhung der Ungehorsamsstrafe nach Art. 292 StGB (Bestrafung mit Busse) zur Einhaltung der obigen Weisungen verpflichtet. Grundsätzlich dürfen sämtliche behördliche Verfügungen mit einer entsprechenden Strafandrohung versehen werden (BSK StGB II-Riedo/Boner, Art. 292 N 86 f.). Die Strafandrohung soll den verbindlichen Charakter der Weisungen unterstreichen (BSK ZGB I-Breitschmid, Art. 307 N 22). Somit ist das Vorgehen der Vorinstanz auch betreffend die Strafandrohung nicht zu be-
anstanden. Zusammenfassend erweist sich die Berufung im Hauptantrag als unbegründet und ist daher abzuweisen.

6. Beide Parteien stellen in der Berufung einen ähnlichen Eventualantrag: Die Beklagte beantragt eventualiter, dass bereits eine Ausreise aus der Schweiz vom Einverständnis des anderen Elternteils abhängig gemacht werden soll (Urk. 1 S. 2). Der Kläger beantragt – wie bereits vor Vorinstanz – eventualiter, dass beide Parteien zu verpflichten seien, bei Reisen ausserhalb Europas die Zustimmung der anderen Partei einzuholen (Urk. 10 S. 2; Prot. VI S. 144).

6.1. Dass es bei Reisen in Europa jemals zu irgendwelchen Schwierigkeiten gekommen sei, wird selbst von der Beklagten nicht behauptet (dies im Gegensatz zur im Jahr 2013 geplanten Ägyptenreise des Klägers, Urk. 1 S. 10 f.). Es ist daher nicht einleuchtend, weshalb für Reisen innerhalb Europas eine Zustimmung des anderen Elternteils einzuholen wäre. Die strittige Kindesschutzmassnahme soll nur das Risiko verhindern oder zumindest vermindern, dass C._____ nicht rechtzeitig die Ferien mit dem Kläger antreten kann. Innerhalb von Europa ist eine Rückreise wesentlich leichter zu organisieren. Notfalls könnte der bereits 10-jährige C._____ alleine in die Schweiz zurückreisen. Vom Zustimmungserfordernis für Europareisen ist daher abzusehen.

6.2. Zwar befürchtete die Vorinstanz übereinstimmend mit der Kindesvertreterin, dass bei einer Gleichbehandlung der Parteien – das heisst, beide Partei müssten für Reisen ausserhalb Europas ihr gegenseitiges Einverständnis ge-

ben – die Beklagte ihr Einverständnis unbegründet verweigern könnte (Urk. 2 S. 24 f.; Prot. VI S. 146 f.; Urk. 9 S. 8). Dieser Ansicht kann nicht gefolgt werden. Dass die Beklagte im Zusammenhang mit einer geplanten Ägyptenreise des Klägers mit C._____ im September/Oktober 2013 beunruhigt war (Urk. 5/381 S. 10; Urk. 1 S. 10 f.), ist nachvollziehbar. Dass die Beklagte sonstige Reisen ausserhalb Europas bisher verhindern wollte, wird nicht vorgebracht. Es kann daher der Beklagten genauso wie dem Kläger zugetraut werden, mit dieser Verantwortung umzugehen. Diese Auffassung teilt denn auch der Kläger. Es spricht somit nichts dagegen, Reisen ausserhalb Europas beidseits von der Zustimmung des anderen Partners abhängig zu machen.

6.3. Die von der Beklagten beantragte mindestens dreimonatige Ankündigungsfrist per Einschreiben erscheint angemessen, zumal auch der Kläger seine Ferien jeweils drei Monate im Voraus mitteilen muss. Sinnvoll ist der Antrag des Klägers, wonach die Parteien eine allfällige Verweigerung ihres Einverständnisses schriftlich zu begründen haben.

6.4. Da aus Sicht des Kindeswohls nichts dagegen spricht, ist zusammenfassend folgende Ergänzung der vorinstanzlichen angefochtenen Regelung des Besuchs- und Ferienrechts gemäss Dispositiv-Ziffer 1 vorzunehmen: Beiden Parteien ist im Sinne von Art. 307 Abs. 3 ZGB die Weisung zu erteilen, für die weitere Dauer des Verfahrens den Sohn C._____ nicht ohne schriftliches Einverständnis der anderen Partei an einen Ort ausserhalb Europas mitzunehmen. Das schriftliche Einverständnis der jeweils anderen Partei ist mindestens drei Monate im Voraus vor der geplanten Reise per Einschreiben einzuholen. Die Parteien sind weiter anzuweisen, eine allfällige Verweigerung des Einverständnisses schriftlich zu begründen.

III.

Die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren ist in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG i.V.m. §§ 5 Abs. 1, 6 Abs. 1 und 8 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 5'500.– festzusetzen. Die Kosten der Kindesvertretung zählen zu den Ge-

richtskosten (Art. 95 Abs. 2 lit. e ZPO) und sind im Urteilsdispositiv festzusetzen (Kriech, DIKE ZPO-Komm., Art. 238 N 8). Als Teil der Prozesskosten sind sie der kostenpflichtigen Partei zu überbinden, aber gemäss kantonalem Tarif festzusetzen und aus der Gerichtskasse auszubezahlen (vgl. Urwyler, DIKE ZPO-Komm., Art. 95 N 15). Die Honorarnote der Kindesvertreterin wurde den Parteien zur fakultativen Stellungnahme zugestellt (Urk. 16). Der Kläger stellte die Prüfung der Angemessenheit der erkennenden Kammer anheim (Urk. 17), die Beklagte liess sich nicht vernehmen. Das beantragte Honorar von Fr. 2'375.– (Urk. 15) erscheint aufgrund des Zeitaufwandes sowie der gegebenen Verantwortung als angemessen. Die Barauslagen von Fr. 10.60 sind zusätzlich zu entschädigen und es ist ein Mehrwertsteuerzuschlag vorzunehmen. Entsprechend ist die Entschädigung der Kindesvertreterin auf total Fr. 2'576.– festzusetzen.

Gemäss ständiger Praxis des Obergerichts sind die Kosten des Verfahrens mit Bezug auf Kinderbelange – unabhängig vom Ausgang – den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen und die Parteientschädigungen wettzuschlagen, wenn die Parteien unter dem Gesichtspunkt des Kindesinteresses gute Gründe zur Antragstellung hatten (OGer ZH LE110067 vom 13. April 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:

1. Es wird vorgemerkt, dass die Dispositiv-Ziffern 5-7 des Urteils des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Horgen vom 24. Februar 2015 rechtskräftig sind.
2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Dispositiv-Ziffer 1 des Urteils des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Horgen vom 24. Februar 2015 (Geschäfts-Nr. FE110209-

- F) wird aufgehoben und es wird in Ergänzung der bisherigen Regelung des Besuchs- und Ferienrechts beiden Parteien im Sinne von Art. 307 Abs. 3 ZGB die Weisung erteilt, den Sohn C._____ für die Dauer des Verfahrens ohne schriftliches Einverständnis der anderen Partei nicht an einen Ort ausserhalb Europas mitzunehmen. Das schriftliche Einverständnis der jeweils anderen Partei ist mindestens drei Monate im Voraus vor der geplanten Reise per Einschreiben einzuholen. Die Parteien werden weiter angewiesen, eine allfällige Verweigerung des Einverständnisses schriftlich zu begründen.
2. Der Beklagten wird i.S.v. Art. 307 Abs. 3 ZGB die Weisung erteilt, den Sohn C._____ im Hinblick auf das Besuchs- und Ferienrecht des Klägers gemäss der geltenden Besuchs- und Ferienrechtsregelung jeweils rechtzeitig und am vereinbarten bzw. üblichen Ort für die Übergabe bereit zu halten bzw. entsprechend vorzubereiten, so dass das Besuchsrecht des Klägers zeitgerecht stattfinden kann.
 3. Der Beklagten wird i.S.v. Art. 307 Abs. 3 ZGB die Weisung erteilt und sie wird ermahnt, jegliches Verhalten zu unterlassen, welches das rechtzeitige Stattfinden des Besuchs- und Ferienrechts des Klägers in irgendeiner Weise gefährden oder verunmöglichen kann.
 4. Die Parteien werden unter Androhung der Ungehorsamsstrafe nach Art. 292 StGB (Bestrafung mit Busse) zur Einhaltung der Urteilsdispositiv-Ziffern 1–3 verpflichtet.
 5. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 5'500.– festgesetzt. Die Kosten der Kindesvertretung betragen Fr. 2'576.–.
 6. Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt. Sie werden mit dem Kostenvorschuss der Beklagten verrechnet, sind dieser aber vom Kläger in der Höhe von Fr.1'462.– zu ersetzen. Im Mehrbetrag stellt die Obergerichtskasse dem Kläger Rechnung.

7. Rechtsanwältin lic. iur. Y._____ wird für ihre Bemühungen und Barauslagen als Kindesvertreterin im Berufungsverfahren mit Fr.2'576.– aus der Gerichtskasse entschädigt.
8. Für das Berufungsverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
9. Schriftliche Mitteilung, je gegen Empfangsschein
 - an die Parteien,
 - an die Kindesvertreterin,
 - an die Vorinstanz unter Rücksendung der vorinstanzlichen Akten,
 - an die Beiständin des Kindes, H._____, ... [Adresse],
 - an die KESB Horgen,
 - hinsichtlich Dispositiv-Ziffer 7 des Urteils nach Eintritt der Rechtskraft an die Obergerichtskasse.
10. 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 Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 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, 14. August 2015

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. D. Oser

versandt am:
mc