

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LY160047-O/U

Mitwirkend: die Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, die
Oberrichter lic. iur. M. Spahn und Dr. M. Kriech insowie Gerichtsschreiberin Dr. D. Oser

Beschluss und Urteil vom 16. Juni 2017

in Sachen

A._____,

Beklagte und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____

gegen

B._____,

Kläger und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y._____

betreffend **Ehescheidung (vorsorgliche Massnahmen)**

**Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen
Verfahren am Bezirksgericht Dietikon vom 29. November 2016 (FE150165-M)**

Rechtsbegehren:

der Beklagten (Urk. 5/34 S. 2 f.):

Für die Dauer des Scheidungsverfahrens sei das Besuchsrecht des Klägers an der Tochter C._____ in Abweichung des Urteils des Bezirksgerichtes Dietikon vom 4. Oktober 2013, Ziff. 3, und des Entscheids der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Bezirk Pfäffikon vom 10. März 2015 folgendermassen neu zu regeln:

Der Kläger sei für berechtigt zu erklären, die Tochter C._____ wie folgt zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen:

- alternierend jedes 2. Wochenende von Freitagabend, 18.00 Uhr, bis Sonntagabend, 18.00 Uhr;
- alternierend jeden zweiten Mittwochnachmittag, von 13.30 Uhr bis 17.30 Uhr;
- wenn ein Besuchswochenende auf Ostern fällt, von Gründonnerstagabend, 18.00 Uhr, bis Ostermontagabend, 18.00 Uhr;
wenn ein Besuchswochenende auf Pfingsten fällt, von Freitagabend, 18.00 Uhr, bis Pfingstmontagabend, 18.00 Uhr;
- in den Jahren mit gerader Jahreszahl vom 24. Dezember, 18.00 Uhr, bis 25. Dezember, 18.00 Uhr;
- in den Jahren mit ungerader Jahreszahl vom 25. Dezember, 18.00 Uhr, bis 26. Dezember, 18.00 Uhr.

Weiter sei der Kläger berechtigt zu erklären, C._____ unter Vorankündigung von mindestens zwei Monaten während der Schulferien sechseinhalb Wochen pro Jahr, davon maximal zwei Wochen am Stück, auf eigene Kosten zu sich oder mit sich in die Ferien zu nehmen;

Unter Regelung der Kostenfolge im Endentscheid.

des Klägers (Urk. 5/39 S. 2):

1. Zum VSM-Begehren der Beklagten:
 - 1.1. Es sei das Massnahme- bzw. Abänderungsbegehren der Beklagten vollumfänglich abzuweisen;
 - 1.2. unter Kosten- und Entschädigungsfolge (zuzüglich 8% Mehrwertsteuer) zu Lasten der Beklagten.
2. VSM-Begehren des Klägers:
 - 2.1. Es sei die Obhut über die Tochter C._____, geb. tt.mm.2007, in Abänderung von Ziff. 2 des Dispositivs der Eheschutzverfügung vom 4. Oktober 2013 bereits für die Dauer des Scheidungsverfahrens dem Vater zuzuteilen;
 - 2.2. es sei dementsprechend das Besuchsrecht der Mutter angemessen zu regeln gemäss den Anträgen Nr. 4.1. - 4.5. der Klagebegründung vom 30. Januar 2016;

- 2.3. ... [Kinder- und Ehegattenunterhalt];
- 2.4. unter Kosten- und Entschädigungsfolge (zuzüglich 8% Mehrwertsteuer) zu Lasten der Beklagten.

Verfügung des Bezirksgerichts Dietikon (Einzelgericht im ordentlichen Verfahren) vom 29. November 2016 (Urk. 2 S. 29 f. = Urk. 5/99):

1. In Abänderung von Ziffer 3 des Eheschutzurteils vom 4. Oktober 2013 sowie von Ziffer 1 und 2 des Entscheids der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde des Bezirks Pfäffikon ZH vom 10. März 2015 wird der persönliche Verkehr für die weitere Dauer des Scheidungsverfahrens neu wie folgt geregelt:

- a) Ausserhalb der Schulferien

Der Vater ist berechtigt und verpflichtet, die Betreuungsverantwortung für C. _____ auf eigene Kosten wie folgt zu übernehmen:

- jeweils an zwei aufeinander folgenden Wochenenden von Freitag, 18.00 Uhr, bis Sonntag, 18.00 Uhr. Das dritte Wochenende verbringt C. _____ mit der Mutter, anschliessend beginnt der Turnus neu;
- an jedem Mittwochnachmittag ab Schulschluss (Abholen beim Schulhaus) bis 19.30 Uhr (inkl. Mittagessen und Abendessen und Erledigung der Hausaufgaben; Übergabe beim Wohnort der Mutter);
- an Pfingsten von Freitag, 18.00 Uhr bis Montag, 18.00 Uhr, entsprechend wird C. _____ die Ostern jeweils mit der Mutter verbringen.

- b) Während der Schulferien

Während der Schulferien entfällt die obige Regelung ersatzlos.

Sodann ist der Vater berechtigt und verpflichtet, C. _____ in geraden Jahren für die Dauer von sechs Wochen und vier Tagen und in ungeraden Jahren für die Dauer von sechs Wochen und drei Tagen auf eigene Kosten zu sich oder mit sich in die Ferien zu nehmen, davon maximal zwei Wochen am Stück. Die Mutter ist entsprechend berechtigt und verpflichtet, C. _____ in geraden Jahren für die Dauer von sechs Wochen und drei Tagen und in ungeraden Jahren für die Dauer von sechs Wochen und vier Tagen auf eigene Kosten zu sich oder mit sich in die Ferien zu nehmen.

Die Eltern sprechen sich via Beistand über die Aufteilung der Ferien mindestens zwei Monate im Voraus ab. Können sie sich nicht einigen, so kommt dem Vater in Jahren mit ungerader Jahreszahl das Entscheidungsrecht bezüglich der Aufteilung der Ferien zu; in Jahren mit gerader Jahreszahl der Mutter.

Im Rahmen dieses Ferienkontingents sind die Eltern überdies und unabhängig vom Entscheidungsrecht gemäss vorstehendem Absatz berechtigt, die Weihnachtstage wie folgt mit C._____ zu verbringen:

- der Vater in Jahren mit ungerader Jahreszahl den 24. Dezember (ab 18.00 Uhr bis am 25. Dezember, 18.00 Uhr) und in Jahren mit gerader Jahreszahl den 25. Dezember (ab 18.00 Uhr bis am 26. Dezember, 18.00 Uhr);
- die Mutter, in Jahren mit gerader Jahreszahl den 24. Dezember (ab 18.00 Uhr bis am 25. Dezember, 18.00 Uhr) und in Jahren mit ungerader Jahreszahl den 25. Dezember (ab 18.00 Uhr bis am 26. Dezember, 18.00 Uhr).

c) Kollisionsregeln

Ostern und Pfingsten fallen aus dem Wochenendplan, mithin zählen sie im Rahmen der massgebenden Abfolge nicht als Wochenenden.

Fallen Ostern oder Pfingsten in die Schulferien, geht der Anspruch im Ferienanspruch davon betroffenen Partei auf, wobei der Vater nur mit ausdrücklicher Zustimmung der Mutter an Ostern Ferien beziehen kann (auch in ungeraden Jahren), während die Mutter nur mit ausdrücklicher Zustimmung des Vaters an Pfingsten mit C._____ Ferien verbringen kann (auch in geraden Jahren).

2. Soweit über die obige Regelung hinausgehende bzw. davon abweichende Anträge gestellt wurden, werden die Massnahmebegehren des Klägers sowie der Beklagten abgewiesen.
3. Der Beklagten wird eine Frist von 20 Tagen ab Zustellung dieser Verfügung angesetzt, um eine schriftliche Duplik im Doppel einzureichen.

Darin hat sie insbesondere darzulegen, welche Tatsachenbehauptungen des Klägers in der Replik im Einzelnen anerkannt oder bestritten werden. Sie hat ihre eigenen Tatsachenbehauptungen aufzustellen, die Beweismittel dazu (Zeugen, Urkunden, Augenschein, Gutachten, schriftliche Auskünfte, Parteibefragungen oder Beweisaussage) genau zu bezeichnen und ein Verzeichnis sämtlicher Beweismittel einzureichen.

Die Beklagte hat ihre Tatsachenbehauptungen und Beweismittel abschliessend zu nennen; sie können später grundsätzlich nicht mehr vorgebracht werden (Art. 229 ZPO bleibt vorbehalten). Verfügbare Urkunden, welche als Beweismittel dienen sollen, sind zusammen mit der Duplik einzureichen.

Bei Säumnis ist die Beklagte mit einer schriftlichen Duplik ausgeschlossen.

4. Die Kostenregelung bleibt dem Endentscheid vorbehalten.
5. ... (Schriftliche Mitteilung)

6. ... (Rechtsmittelbelehrung)

Berufungsanträge:

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

1. Ziff. 1 lit. a der angefochtenen Verfügung vom 29. November 2016 sei aufzuheben;

2.1 Ziff. 1 lit. a der angefochtenen Verfügung sei wie folgt abzuändern:

"a) Ausserhalb der Schulferien

Der Vater ist berechtigt und verpflichtet, die Betreuungsverantwortung für C._____ auf eigene Kosten wie folgt zu übernehmen:

- Alternierend jedes 2. Wochenende von Freitagabend, 18.00 Uhr, bis Sonntagabend, 18.00 Uhr;
- Alternierend jeden 2. Mittwochnachmittag ab Schulschluss (Abholen beim Schulhaus) bis 19.30 Uhr (inkl. Mittagessen und Abendessen und Erledigung der Hausaufgaben; Übergabe beim Wohnort der Mutter);
- An Pfingsten von Freitag, 18.00 Uhr, bis Montag, 18.00 Uhr, entsprechend wird C._____ die Ostern jeweils mit der Mutter verbringen."

2.2 Eventuell:

"a) Ausserhalb der Schulferien

Der Vater ist berechtigt und verpflichtet, die Betreuungsverantwortung für C._____ auf eigene Kosten wie folgt zu übernehmen:

- Alternierend jedes 2. Wochenende von Freitagabend, 18.00 Uhr, bis Sonntagabend, 18.00 Uhr;
- An jedem Mittwochnachmittag ab Schulschluss (Abholen beim Schulhaus) bis 19.30 Uhr (inkl. Mittagessen und Abendessen und Erledigung der Hausaufgaben; Übergabe beim Wohnort der Mutter);
- An Pfingsten von Freitag, 18.00 Uhr, bis Montag, 18.00 Uhr, entsprechend wird C._____ die Ostern jeweils mit der Mutter verbringen."

2.3 Subeventuell:

"a) Ausserhalb der Schulferien

Der Vater ist berechtigt und verpflichtet, die Betreuungsverantwortung für C._____ auf eigene Kosten wie folgt zu übernehmen:

- Jeweils an zwei aufeinanderfolgenden Wochenenden von Freitag, 18.00 Uhr, bis Sonntag, 18.00 Uhr. Das dritte Wochenende verbringt C._____ mit der Mutter, anschliessend beginnt der Turnus neu;
- An Pfingsten von Freitag, 18.00 Uhr, bis Montag, 18.00 Uhr, entsprechend wird C._____ die Ostern jeweils mit der Mutter verbringen";

unter Kosten- und Entschädigungsfolge, letztere zzgl. MwSt., zu Lasten des Klägers und Berufungsbeklagten.

des Klägers und Berufungsbeklagten (Urk. 11 S. 2):

1. Es seien sowohl die Haupt- wie auch die Eventual- und Subeventualanträge der Berufungsklägerin vollumfänglich abzuweisen;
2. unter Kosten- und Entschädigungsfolge (zuzüglich 8% Mehrwertsteuer) zu Lasten der Berufungsklägerin.

Erwägungen:

I.

1. Die Parteien haben am tt. September 2005 geheiratet. Am tt.mm.2007 kam die gemeinsame Tochter C._____ auf die Welt. Seit dem 16. August 2013 leben die Parteien getrennt. Im anschliessenden Eheschutzverfahren schlug die Beklagte und Berufungsklägerin (nachfolgend Beklagte) selber vor, der Kläger und Berufungsbeklagte (nachfolgend Kläger) könne C._____ an den Wochenenden sowie allenfalls an einem Nachmittag pro Woche sehen (vgl. Urk. 5/5, Prot. I S. 39 des Prozesses Nr. EE130040). Diesem Antrag wurde mit Entscheid vom 4. Oktober 2013 entsprochen und die Obhut und das Besuchsrecht wie folgt geregelt (Urk. 5/5/36):

- "2. Die Obhut über die Tochter C._____, geboren am tt.mm.2007, wird der Gesuchsgegnerin zugeteilt.
3. Der Gesuchsteller wird für berechtigt erklärt, die Tochter C._____
 - jedes Wochenende von Freitag, 18.00 Uhr bis Sonntag, 18.00 Uhr,
 - jeden Mittwochnachmittag, von 13.30 Uhr bis 17.30 Uhrauf eigene Kosten zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen.

Zudem wird der Gesuchsteller berechtigt erklärt, die Tochter C._____ für die Dauer von sechs Wochen pro Jahr, davon maximal zwei Wochen am Stück, auf eigene Kosten zu sich oder mit sich in die Ferien zu nehmen. Die Ausübung des Ferienbesuchsrechts hat der Gesuchsteller der Gesuchsgegnerin mindestens zwei Monate im Voraus mitzuteilen."

2. Nachdem es bei der Ausübung des Besuchsrechts zu Konflikten gekommen war, errichtete die zuständige Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde des Bezirks Pfäffikon/ZH mit Beschluss vom 10. März 2015 eine Besuchsbeistand-

schaft gemäss Art. 308 Abs. 1 und 2 ZGB und ernannte D._____ zum Beistand von C._____. Weiter erliess sie ergänzende Anordnungen für die Ferien und die Feiertage (Urk. 5/4/5).

3. Der Kläger reichte mit Eingabe vom 17. August 2015 die Scheidungsklage ein (Urk. 5/1). Am 13. Januar 2016 beantragte die Beklagte den Erlass der eingangs genannten vorsorglichen Massnahmen (Urk. 5/34 S. 2). Für den weiteren Prozessverlauf ist auf den angefochtenen Entscheid zu verweisen (Urk. 2 S. 3 ff.). Am 29. November 2016 erliess die Vorinstanz die vorstehend im Dispositiv wiedergegebene Verfügung, wogegen die Beklagte mit Eingabe vom 15. Dezember 2016 rechtzeitig Berufung erhob (Urk. 1). Sie leistete fristgerecht den Kostenvorschuss (Urk. 7 bis Urk. 9). Die Berufungsantwort datiert vom 25. Februar 2017 (Urk. 11). Mit Eingabe vom 24. März 2017 reichte die Beklagte zur Berufungsantwort eine Stellungnahme ein (Urk. 15), wozu der Kläger seinerseits am 7. April 2017 Stellung bezog (Urk. 21). Seither sind keine weiteren Eingaben mehr erfolgt. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (Urk. 5/1-101). Das Verfahren erweist sich als spruchreif. Auf die Parteivorbringen ist nachfolgend nur insoweit einzugehen, als sie für die Rechtsfindung erforderlich sind.

4. Nicht angefochten wurden die Dispositiv-Ziffern 1.b) und c), 2 (soweit damit das Massnahmebegehren des Klägers abgewiesen wurde) sowie 4 (Urk. 1 S. 2 f.). Sie sind daher in Rechtskraft erwachsen (Art. 315 Abs. 1 ZPO), wovon Vormerk zu nehmen ist.

5. Mit der Berufung kann eine unrichtige Rechtsanwendung und eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Was nicht oder nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen genügenden 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 (vgl. BGer 4A_619/2015 vom 25. Mai 2016, E. 2.2.4; 5A_111/2016 vom 6. September 2016, E. 5.3; 4A_258/2015 vom 21. Oktober 2015, E. 2.4.3).

II.

1.1. Einziger Gegenstand der Berufung ist die Ausgestaltung des Besuchsrechts des Klägers. Die Beklagte ist der Auffassung, dem Kläger sei ein zu weitgehendes Besuchsrecht ausserhalb der Schulferien eingeräumt worden (Urk. 1 S. 2 ff.).

1.2. Nach Art. 273 Abs. 1 ZGB haben Eltern, denen die elterliche Sorge oder Obhut nicht zusteht, und das minderjährige Kind gegenseitig Anspruch auf angemessenen persönlichen Verkehr. Bei der Ausgestaltung des persönlichen Verkehrs steht das Kindeswohl im Vordergrund; allfällige Interessen der Eltern haben zurückzutreten (BGE 130 III 585 E. 2.1 S. 587). Welche Ordnung des persönlichen Verkehrs zwischen Eltern und Kinder angemessen ist, lässt sich nicht objektiv und abstrakt umschreiben, sondern entscheidet sich im konkreten Einzelfall nach gerichtlichem Ermessen (BGer 5A_450/2015 vom 11. März 2016 E. 3.3, nicht publ. in BGE 142 III 481, aber in FamPra.ch 2016 S. 1036 [Auszug]; 5A_323/2015 vom 25. Februar 2016 E. 3.1, in: FamPra.ch 2016 S. 506). Dabei hat sich nach aktueller Lehre und Praxis die Häufigkeit und Dauer der Besuchskontakte vor allem nach dem Alter des Kindes, seiner bisherigen Bindung zum anderen Elternteil und nach der Häufigkeit der bisherigen Kontakte zu richten (BSK ZGB I-Schwenzer/Cottier, Art. 273 N 13).

1.3. Zweck der vorsorglichen Massnahmen im Scheidungsverfahren ist eine Regelung für die Dauer des Verfahrens bis zum Endentscheid. Damit soll für die Dauer eines gegebenenfalls langen Verfahrens eine vorläufige Friedensordnung geschaffen werden, nicht jedoch darüber hinaus. Dem Sachgericht, das die Parteien und die weitere Umgebung des Kindes am besten kennt, kommt bei der Regelung des Besuchsrechts ein grosser Ermessensspielraum zu (BGE 131 III 209 E. 3). Die Berufungsinstanz hat sich darauf zu beschränken, in Ermessensentscheide der Vorinstanz nur einzugreifen, wenn dazu hinreichender Anlass besteht (vgl. BGer 5A_265/2012 vom 30. Mai 2012, E. 4.3.2. mit Hinweisen, wonach sich die Rechtsmittelinstanz bei der Überprüfung von Ermessensentscheiden eine gewisse Zurückhaltung auferlegen dürfe; vgl. zum Ganzen: Seiler, Die Berufung nach ZPO, 2013, N 469 ff.).

2. Die Vorinstanz erwog im angefochtenen Entscheid, die Parteien sowie der Besuchsbeistand stimmten darin überein, dass sich die im Eheschutzentscheid vorgesehene Regelung, wonach C._____ jedes Wochenende sowie jeden Mittwochnachmittag beim Kläger verbringe, nicht bewährt habe. Es sei ein in der Praxis kaum je anzutreffendes zeitlich umfassendes Besuchsrecht angeordnet worden. Diese Situation erscheine als (Mit-)Ursache dafür, dass sich die Situation seit dem Eheschutzentscheid wider Erwarten nicht habe beruhigen können. Mithin sei durch die grosszügige Lösung gerade das Gegenteil dessen bewirkt worden, was beabsichtigt gewesen sei.

Dies bestätige auch der Beistand, der nachdrücklich auf eine ausgeglichene Lösung betreffend die Möglichkeit der Beklagten, Freizeit mit C._____ zu verbringen, gedrängt habe. C._____ sei in E._____ eingebettet. Damit sei grundsätzlich das Bedürfnis nach einer Abänderung der bestehenden Regelung ausgewiesen, wirke sich die derzeitige Situation doch offensichtlich negativ auf das Wohlbefinden von C._____ aus (mit Hinweis auf Urk. 5/15/38; Urk. 5/66; Urk. 5/90/76). Es sei daher nötig, dass auch die Beklagte freie Wochenenden mit dem Kind verbringen könne. Von einer Halbierung des klägerischen Besuchsrechts sei jedoch abzusehen. Vorläufig reiche es aus, bei fortlaufender Zählung der Beklagten jedes drittes Wochenende zuzusprechen. Damit stünden der Beklagten inskünftig angesichts der 39 Schulwochen 13 Wochenenden pro Jahr zu. Damit werde dem Bedürfnis der Beklagten und von C._____, Wochenenden zusammen verbringen zu können, hinreichend Rechnung getragen, ohne den Umgang des Klägers übermässig zu beschneiden. Soweit die Beklagte geltend machen wolle, durch diese Regelung ungerecht oder unfair behandelt zu werden, sei sie einerseits darauf zu verweisen, dass ihr weiterhin unter der Woche deutlich mehr "freie" Stunden als dem Kläger zustünden. Andererseits sei sie daran zu erinnern, dass sie gemäss eigenem Zugeständnis die ihr in der Vergangenheit eingeräumten (einzig) zwei Kompensationswochenenden jeweils kurzfristig und aus ihr zuzuordnenden Beweggründen nicht wahrgenommen habe, was den von ihr geschilderten Leidensdruck doch etwas relativiere. Keine Änderung dränge sich im Übrigen für die Mittwochnachmittage auf (Urk. 2 S. 27).

3.1. Die Beklagte verlangt berufungsweise die hälftige Aufteilung der Wochenenden und damit eine Reduktion des ausgeweiteten Besuchsrechts des Klägers auf ein gerichtsübliches. Sie fühle sich durch den unfairen Ausgleich in der angefochtenen Regelung konstant benachteiligt. Die Ungleichbehandlung der Parteien sei die Grundproblematik des ursprünglichen Entscheides. Diese sei nicht lediglich abzuschwächen, sondern zu beheben. Es könne nicht angehen, dass die Beklagte gegenüber dem Kläger bezüglich der schulfreien Tage außerhalb der Ferien nur deshalb schlechter gestellt werde, weil sie selber ein Besuchsrecht in einem Umfang vorgeschlagen habe, das vom Gericht nie hätte genehmigt werden dürfen (Urk. 1 S. 18).

Damit beruft sich die Beklagte primär auf ihren Gerechtigkeitssinn. Indes kommt es ausschlaggebend nicht auf einen gerechten Interessenausgleich der Eltern an, sondern der elterliche Kontakt mit dem Kind ist in seinem Interesse zu regeln. Immerhin zeigt die ausdrückliche Verknüpfung der Wochenendaufteilung mit ihrem Gerechtigkeitsgefühl an, dass die Beklagte die von der Vorinstanz vorgenommene Aufteilung der Wochenenden nicht als eine konkrete Gefährdung des Kindeswohls erachtet. Eine solche ist auch sonst nicht ersichtlich. Die obhutsberechtigte Beklagte hat zwar Anspruch auf einen angemessenen Umgang mit C._____, aber keinen Anspruch auf völlig ausgeglichene Wochenendzeiten. Die Berufung erweist sich insoweit als unbegründet.

Hingegen ergibt sich aus den Akten, dass die Kindseltern in hohem Masse zerstritten sind, was längerfristig eine Kindeswohlgefährdung darstellt (Urk. 5/65 S. 2 [Bericht des Beistands]). Die Psychotherapeutin F._____ diagnostizierte bei C._____ eine emotionale Störung mit Trennungsschwierigkeiten, weshalb sie seit Sommer 2015 wöchentlich in die Therapie bei ihr geht (Urk. 5/15/37). Berufungsweise verlangt die Beklagte im Zusammenhang mit dieser laufenden Therapie, es seien von der Psychotherapeutin diverse Auskünfte über die Elterngespräche zwischen ihr und dem Kläger einzuholen (Urk. 15 S. 6). Indes bringt die Beklagte nicht ansatzweise vor und es ist auch sonst nicht ersichtlich, welche Erkenntnisse aus diesen einzuholenden Auskünften für die Rechtsfindung im vorliegenden Berufungsverfahren gewonnen werden könnten. Es erübrigt sich daher, auf diesen Antrag der Beklagten näher einzugehen.

3.2. Weiter bringt die Beklagte vor, dass C._____ praktisch keine Möglichkeit habe, ihre Freizeit mit Schulkolleginnen zu verbringen. Ihr sei ein Sonderstatus durch das aktuelle Besuchsrecht des Klägers aufgezwungen worden, welches ihre ganze Freizeit umfasse. Dies sei ihrer Sozialisierung an ihrem Wohnort und ihrer persönlichen Entwicklung alles andere als zuträglich gewesen (Urk. 1 S. 21). Sodann habe die Beklagte keine Zeit, um etwa Kleider etc. für C._____ zu kaufen, oder für gemeinsame Ausflüge (Urk. 1 S. 9).

Die Vorinstanz hat diesen berechtigten Anliegen mit ihrem Entscheid hinreichend Beachtung geschenkt, indem C._____ jedes dritte Wochenende, ausser das Pfingstweekende (das C._____ stets beim Kläger verbringt), bei der Beklagten bleibt. Im Übrigen würde selbst bei einer Halbierung der Besuchswochenenden allein ein einziger Samstag pro Monat sowohl für das Einkaufen als auch für das Spielen mit Gleichaltrigen zusätzlich zur Verfügung stehen, da – wie die Beklagte selbst anführt (Urk. 1 S. 22) – der Sonntag meist in der Familie verbracht wird. Ausserdem hat der Kläger bislang unbestrittenermassen einen erheblichen Aufwand betrieben, um C._____ Kontakte zu ihren Schulkameraden zu ermöglichen, indem er sie jeweils zu Geburtstagspartys nach E._____ fuhr, sie dort wieder abholte und auf ihren Wunsch hin auch Schulkameraden und deren Eltern zu sich nach G._____ einlud (Urk. 11 S. 19 f.). Schliesslich stehen der Beklagten und C._____ weiterhin sechseinhalb Ferienwochen, schulfreie Tage sowie die freien Stunden nach der Schule für die Kontaktpflege mit Gleichaltrigen aus E._____ und für gemeinsame Ausflüge zur Verfügung. Die Berufung ist auch insoweit unbegründet.

3.3. Die Beklagte kritisiert das Argument der Vorinstanz, wonach ihr unter der Woche deutlich mehr "freie" Stunden mit C._____ als dem Kläger zustehen würden (mit Hinweis auf Urk. 2 S. 27 E. 3.6.2). Ein schulfreier Tag oder Nachmittag sei etwas ganz anderes als die schulfreie Zeit vor Schulbeginn am Morgen, in der Mittagspause oder am Abend nach Schulschluss. Es stehe immer die Belastung des Alltags mit Prüfungsdruck, Aufgaben etc. im Vordergrund. Ein schulfreier Nachmittag habe eine ganz andere Qualität und lasse sich mit dem Kind, wenn es nicht ohnehin etwas anderes mit einem "Gspänli" vorhabe, ganz anders nutzen.

Das eine sollte entsprechend nicht gegen das andere aufgewogen werden (Urk. 1 S. 20).

Es ist zutreffend, dass diese Randstunden eine andere Qualität als ein freies Wochenende aufweisen. Bei der Beklagten steht mehr das Gestalten bzw. die Bewältigung des Schulalltags im Zentrum und damit dieser wichtige und anspruchsvolle Teil der Erziehung. Ein Hausaufgabendruck entfällt hingegen in diesen Randstunden, da die Hausaufgaben spätestens beim Kläger bzw. in der Aufgabenhilfe am Donnerstag seriös erledigt werden (Urk. 2 S. 26). Ausserdem steht der Beklagten zur Zeit der schulfreie Dienstagnachmittag zur Verfügung. Dass dieser Nachmittag wegen einer in Winterthur stattfindenden Psychotherapie von C._____ zerschnitten wird, wobei die An- und Rückreise jeweils circa eine Stunde dauert (Prot. I S. 22), kann dem Kläger nicht angelastet werden. Weshalb die Beklagte sich nicht für eine Therapie zum Beispiel im näher gelegenen ... entschieden hat, legte sie nicht dar. Abgesehen davon sind die Parteien insoweit gleichgestellt, als an beiden freien Nachmittagen ein fixer Termin, bei der Beklagten die Therapiestunde, beim Kläger der Keyboardunterricht, ansteht. Auch in diesem Punkt vermag die Beklagte somit nicht aufzuzeigen, inwiefern die Vorinstanz diesbezüglich den Sachverhalt unrichtig festgestellt oder das Recht unrichtig angewendet hat (Art. 310 ZPO).

3.4. Weiter vertritt die Beklagte die Ansicht, die Vorinstanz dürfe ihr nicht vorhalten, dass sie die einzigen zwei Kompensationswochenenden, welche ihr der Kläger für seine eigenmächtig ausgedehnten Mittwochnachmittage auf Druck der Mediation hin eingeräumt habe, jeweils schliesslich nicht wahrgenommen habe. Sie hätte diese Kompensationswochenenden gerne an einem anderen Wochenende wahrgenommen, weil sie schon lange vor deren Daten – die nie sie selber vorgeschlagen habe – anderweitige Verabredungen getroffen und sich deshalb unter Druck gefühlt habe. Der Kläger habe aber keine Hand für einen weiteren Abtausch geboten. Jedenfalls seien auch diese zwei Vorfälle kein Anlass, um von der Gleichstellung der Beklagten mit dem Kläger abzuweichen (Urk. 1 S. 20).

Die Beklagte gab auf Nachfrage der Richterin, weshalb sie ein für den Beginn der Sommerferien 2016 vereinbartes Kompensationswochenende mit C._____ kurzfristig annulliert habe, Folgendes zu Protokoll: "Ich habe jedoch auch Termine und dann ist dieses Wochenende wohl untergegangen" (Prot. I S. 26). Dass die Beklagte gerade dieses aussergewöhnliche Wochenende vergessen hatte und ein anschliessender Druck durch eine Terminkollision genügte, um kurzfristig auf ein freies Wochenende mit C._____ zu verzichten, befremdet. Die Erwägung der Vorinstanz ist daher nicht zu beanstanden, wonach es doch etwas den Leidensdruck der Beklagten relativiere, dass sie die beiden bisher einzigen Kompensationswochenenden kurzfristig und aus ihr zuzuordnenden Beweggründen annulliert habe (Urk. 2 S. 27). Damit erweist sich auch diese Beanstandung der Beklagten als nicht geeignet, die angefochtene Besuchsrechtsregelung zu Fall zu bringen.

3.5. Schliesslich beruft sich die Beklagte auf den Wunsch von C._____, die Wochenenden alternierend jeweils mit einem Elternteil zu verbringen. Selbst wenn C._____ erst neunjährig sei und ihr deshalb noch kein eigentliches Selbstbestimmungsrecht zugestanden werde, sei ihr Wunsch doch in die Erwägungen einzubeziehen. Es gehe nicht an, dass die Vorinstanz ohne ein Wort zu verlieren darüber hinweggegangen sei. Es sei kein ins Gewicht fallender Grund ersichtlich, weshalb diesem Wunsch nicht entsprochen werden könne (Urk. 1 S. 23).

Den Akten kann Folgendes entnommen werden: Am 27. Mai 2016 erkundigte sich die Vorinstanz beim Beistand, ob es Gründe gäbe, die für eine Veränderung der Besuchsrechtsregelung (insbesondere das Recht des Klägers, ausserhalb der Ferien jedes Wochenende und jeden Mittwochnachmittag mit C._____ zu verbringen) sprächen. Weiter wurde der Beistand gefragt, ob C._____ ihm gegenüber den Wunsch geäussert habe, die Wochenenden "alternierend" bei beiden Elternteilen zu verbringen (Urk. 5/56). Der Beistand antwortete darauf am 13. Juni 2016 wie folgt (Urk. 5/65):

"Ja, das Besuchsrecht ist zurzeit unausgewogen. Für die Kindseltern ist das Besuchsrecht ein grosser Konfliktherd, insbesondere für die Kindsmutter, da sie es als unfair erlebt. C._____ sollte die Wochenenden alternierend mit jeweils ei-

dem Elternteil verbringen können, damit sie mit beiden Elternteilen Freizeit verbringen kann. C._____ hat diesen Wunsch mir gegenüber auch so geäußert."

Dazu meint der Kläger, alternierend heisse nicht notwendigerweise 50/50, da man von einer alternierenden Obhut bereits ab einem Betreuungsverhältnis von 30/70 spreche (Urk. 11 S. 17). Dieser Ansicht ist nicht zuzustimmen. Alternierend meint im allgemeinen Wortgebrauch abwechselnd. Abgesehen davon geht es vorliegend nicht um die Obhutsregelung, sondern um die Kontaktregelung. Ob C._____ allerdings auf Nachfrage des Beistandes auch damit einverstanden gewesen wäre, nur jedes dritte Wochenende im Monat mit der Beklagten zusammen zu sein, bleibt hingegen offen.

Die Vorinstanz ist der Empfehlung des Beistandes nicht vollumfänglich gefolgt, sondern hat der Beklagten nur jedes dritte Wochenende zugesprochen. Dies ist ohne Weiteres zulässig, obliegt doch die Beantwortung der Frage, welcher persönliche Verkehr angemessen ist, nicht der Fachperson, sondern dem Gericht (vgl. BGE 132 III 257 E.4.4.1; 139 I 337 E.5.4.1; BGer 5A_911/2012 vom 14. Februar 2013, E. 6.4.2).

Betreffend den Kinderwunsch von C._____ gilt es Nachstehendes zu beachten: Von herausragender Bedeutung für die Regelung des Besuchsrechts ist der Wille des Kindes (BSK ZGB I-Schwenzer/Cottier, Art. 273 N 10 f.). Die Vorinstanz erwog, mit der neuen Kontaktregelung werde dem Bedürfnis der Beklagten und von C._____, Wochenenden miteinander verbringen zu können, hinreichend Rechnung getragen, ohne den Umgang des Klägers übermässig zu beschneiden. Damit signalisierte die Vorinstanz, dass sie zwar den Wunsch des damals 8 ½-jährigen Kindes mitberücksichtigt hatte. Ein Kinderwunsch kann aber nicht allein ausschlaggebend für die Regelung des Kontaktrechts sein, zumal das Kind diesbezüglich noch nicht als urteilsfähig gilt. So hält das Bundesgericht die Urteilsfähigkeit betreffend die Ausübung seines persönlichen Verkehrs frühestens bei einem 10 ½-jährigen Kind für gegeben (BGer 5C.51/2005 vom 2. September 2005, E. 2.2). Dazu kommt, dass der Wille des Kindes stets eines von mehreren und nicht einziges Kriterium ist, da andernfalls der Kindeswille dem Kindeswohl gleichgesetzt würde, obwohl sich die beiden Elemente durchaus widersprechen

können, und im Übrigen Erpressungsversuchen Tür und Tor geöffnet wäre (BGer 5A_719/2013 vom 17. Oktober 2014, E. 4.4).

Das Vorgehen der Vorinstanz entspricht damit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, wonach dem Wunsch des Kindes zwar Beachtung zu schenken ist, es aber nicht in Eigenregie über den persönlichen Verkehr mit dem nicht obhutsberechtigten Elternteil bestimmen kann. Folglich ist ein Fehler der Vorinstanz auch insoweit nicht auszumachen. Inwiefern ein allfällig weiter bestehender Wunsch von C._____, die am tt.mm.2017 bereits zehn Jahre alt wird, nach vollständigem Ausgleich der Wochenenden zu berücksichtigen sein wird, wird die Vorinstanz in ihrem Endentscheid zu beurteilen haben.

3.6. Strittig ist auch der Mittwochnachmittag, den C._____ bis anhin beim Kläger verbrachte. Die Vorinstanz erwog, es dränge sich keine grundsätzliche Änderung für die Mittwochnachmittage auf: Der Beklagten oder für spontane Verabredungen mit Freundinnen aus Schule und Quartier stünden an den übrigen Nachmittagen ab Schulschluss die restlichen Nachmittags- respektive frühen Abendstunden zur Verfügung, zumal sich die Bettgehzeit von C._____ mit zunehmendem Alter nach hinten verschieben werde. Zwar falle in jene Zeitfenster auch die "..."-Freizeitaktivität. Diese sei von der Beklagten gewünscht oder zumindest unterstützt. Deshalb sei diese Freizeitaktivität – analog dem Musikunterricht am Mittwochnachmittag – hinzunehmen (Urk. 2 S. 27).

Die Beklagte beantragt, dass die Gleichstellung bezüglich der Wochenenden und der schulfreien Mittwochnachmittage konsequent vollzogen und nicht nur ein bisheriger Mangel abgeschwächt werde. Sollte das Gericht C._____ entgegen deren klar geäußertem Wunsch nicht zugestehen, die Wochenenden alternierend bei den Eltern zu verbringen, sei ihr wenigstens das Recht einzuräumen, am Mittwochnachmittag in E._____ zu bleiben (Urk. 1 S. 23).

Wie bei der Aufteilung der Wochenenden so ist auch bei der Regelung der Mittwochnachmittage nicht die Gleichbehandlung der Eltern ausschlaggebend, sondern das Kindeswohl. Dieses erfordert einen angemessenen Kontakt zwischen dem besuchsberechtigten Elternteil und dem Kind im konkreten Einzelfall. Vorliegend hat sich die Gestaltung des Mittwochnachmittags durch den Klä-

ger bereits jahrelang bewährt. Die im angefochtenen Entscheid angeordnete Verpflichtung des Klägers zur Überwachung der Hausaufgaben entlastet die Beklagte in zuverlässiger Weise. Auch übt C._____ beim Kläger jeweils am Mittwochnachmittag für die Logopädiestunden (Urk. 11 S. 10) und besucht den Keyboard-Unterricht, wobei sie das Keyboard-Spielen als ihr einziges Hobby bezeichnet (Urk. 13/2; Urk. 13/11). Es ist nicht einzusehen, weshalb die Ausübung dieses Hobbys beeinträchtigt werden sollte. Die Beklagte macht im Übrigen nicht geltend, dass C._____ je den Wunsch geäussert hätte, die Mittwochnachmittage nicht mehr ausschliesslich beim Kläger verbringen zu wollen. Dies ist auch nachvollziehbar, verfügt doch C._____ – die sich selber als Wasserratte bezeichnet hat (Urk. 5/5/19 S. 2) – beim Kläger über ein eigenes Schwimmbassin im Garten und kann Kontakt zu Gleichaltrigen pflegen. So gab sie in einem Steckbrief über sich selbst und in einem Brief an ihre Brieffreundin als ihre besten Freunde H._____ und I._____ an, die beide in G._____ wohnen (Urk. 13/2; Urk. 13/11). Vor diesem Hintergrund ist weder ersichtlich noch wird vorgebracht, dass es das Kindeswohl von C._____ konkret gefährde, wenn sie den Mittwochnachmittag wie bis anhin beim Kläger verbringt. Damit ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz die bisherige eingespielte und bewährte Mittwochsbetreuung beibehalten hat.

4. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Qualität der Beziehung zwischen C._____ und dem besuchsberechtigten Kläger sowie die Intensität ihrer bisherigen Kontakte Elemente zur Bestimmung des angemessenen persönlichen Verkehrs bilden. Vorliegend hat der zu 100 % arbeitstätige Kläger bereits seit mehr als dreieinhalb Jahren in vorbildlicher Weise praktisch seine gesamte Frei- und Ferienzeit für die Erziehung von C._____ und für den Aufbau einer gut funktionierenden Beziehung zu ihr eingesetzt. Es lag daher im Ermessen des Sachgerichts, welches von den Parteien bereits aus dem Eheschutzverfahren im Jahre 2013 einen persönlichen Eindruck gewonnen hat, dass es anstatt eines annähernd gerichtsblichen ein ausgeweitetes Besuchsrecht für angemessen hielt. Damit ist die Berufung abzuweisen und die für die beschränkte Dauer des Scheidungsverfahrens getroffene vorinstanzliche Kontaktregelung zu bestätigen.

III.

1. Für das Berufungsverfahren rechtfertigt sich in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 2, § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 1 und § 8 Abs. 1 GebV OG eine Entscheidgebühr von Fr. 3'000.–.

2. Bei streitigen Kinderbelangen werden die Prozesskosten praxisgemäss unabhängig vom Ausgang des Verfahrens den Parteien je zur Hälfte auferlegt und die Parteientschädigungen wettgeschlagen, wenn die Parteien unter dem Gesichtspunkt des Kindesinteresses gute Gründe zur Antragsstellung hatten (Art. 107 Abs. 1 lic. c ZPO; ZR 84 Nr. 41; *OGer ZH LE140047 vom 21.01.2015, E. IV/2*). Diese Voraussetzung ist erfüllt, weshalb die Kosten des Berufungsverfahrens den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen und die Parteientschädigungen wettzuschlagen sind.

Es wird beschlossen:

1. Es wird vorgemerkt, dass die Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Dietikon vom 29. November 2016 hinsichtlich der Dispositiv-Ziffern 1.b) und c), 2 (soweit damit das Massnahmebegehren des Klägers abgewiesen wurde) sowie 4 in Rechtskraft erwachsen ist.
2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Erkenntnis.

und sodann erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen und die Dispositiv-Ziffer 1.a) der Verfügung des Bezirksgerichts Dietikon, Einzelgericht im ordentlichen Verfahren, vom 29. November 2016 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'000.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt und mit dem von der Beklagten geleisteten Kosten-

vorschuss verrechnet. Der Kläger hat der Beklagten den Kostenvorschuss im Umfang von Fr. 1'500.– zu ersetzen.

4. Für das zweitinstanzliche Verfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und an die Vorinstanz sowie an den Beistand von C._____, D._____, ... [Adresse], 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 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, 16. Juni 2017

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. D. Oser

versandt am:
bz