

ZH_OBERGERICHT LY180047 vom 1. November 2018

ZH Obergericht, 2018-11-01, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LY180047

FR: ZH_OBERGERICHT LY180047 du 1 novembre 2018

IT: ZH_OBERGERICHT LY180047 del 1 novembre 2018

Erwägungen

E. 2

Soweit der Beklagte in seiner Berufungsschrift lediglich in allgemeiner Weise – ohne Bezugnahme auf die vorinstanzlichen Erwägungen – die Vorinstanz kritisiert und insbesondere vorbringt, es sei für einen Vater vor dem Bezirksgericht Hinwil praktisch unmöglich, zu seinem Recht zu kommen (vgl. Urk. 1 S. 5 und 9), kommt er diesen formellen Begründungsanforderungen nicht nach. Insoweit ist auf die Berufung nicht einzutreten.

E. 2.1

Der Beklagte führt weiter aus, die Vorinstanz halte unter Erwägung 3.4.3 fest, seine Behauptung, dass die Kindsmutter jeweils selbständig und kurzfristig Änderungen bezüglich Umfang oder Modalitäten des Besuchsrechts vorgenommen habe, sei glaubhaft. Dies betreffe auch die Übergabezeiten. Obwohl das Obergericht des Kantons Zürich am 13. Juli 2017 13:55 Uhr als Übergabezeit festgelegt habe, habe die Kindsmutter ihm die Kinder ab Juni 2018 jeweils erst um 15 Uhr übergeben. Ziehe man in Betracht, dass es ein verpflichtendes Urteil des Obergerichts sowie einen vom Gericht verfügt und von der KESB eingesetzten Beistand gebe, welcher mit den Parteien die Detailmodalitäten und die genauen Termine geklärt habe, so hätten sich beide Parteien schlicht an diese Verpflichtung und Abmachung zu halten (Urk. 1 S. 5).

E. 2.2

Der Beklagte wiederholt hiermit lediglich seine eigenen Ausführungen vor Vorinstanz (vgl. Urk. 6/83 S. 3 ff.), welche von dieser bereits abgehandelt wurden. So hat die Vorinstanz in Bezug darauf festgehalten, der Beklagte habe mit den von ihm eingereichten Eingaben glaubhaft gemacht, dass die Klägerin jeweils selbständig und teilweise kurzfristig Änderungen bezüglich des Umfangs oder der Modalitäten des Besuchsrechts vorgenommen habe. Es sei das Recht des Beklagten, die Kinder mindestens in dem im Teilurteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 13. Juli 2017 festgelegten Umfang zu sehen, und Pflicht beider Parteien, die darin festgelegten Modalitäten einzuhalten (Urk. 2 E. 3.4.3). Der Beklagte kommt somit insoweit seiner Begründungspflicht nach Art. 311 ZPO nicht nach (vgl. E. II.1). In Anbetracht dessen, dass die Vorinstanz in diesem Punkt der Darstellung des Beklagten gefolgt ist, bleibt im Übrigen ohnehin unklar, was der Beklagte mit diesen Ausführungen in der Berufung zu seinen Gunsten ableiten möchte.

E. 3

Zwar beantragt der Beklagte im Rahmen seiner Berufungsanträge die vollumfängliche Aufhebung der Verfügung vom 5. September 2018 (Urk. 1 S. 2). Aus der Berufungsbegründung ergibt sich jedoch, dass er inhaltlich nur Dispositiv-

- 8 - Ziffer 1 der Verfügung vom 5. September 2018 anfecht (Urk. 1 S. 3 ff.). Es erübrigens sich somit weitere Ausführungen zur Fristansetzung in Dispositiv-Ziffer 2 der angefochtenen Verfügung (Urk. 2). III. 1.1. Der Beklagte macht zunächst geltend, die Vorinstanz habe unter 2. Prozessuales geschrieben, dass er mit Eingabe vom 30. August 2018 eine ergänzende Begründung betreffend den Antrag 4 samt Beweismitteln eingereicht habe. Auf die Zustellung dieser ergänzenden Eingabe sei im Hinblick auf den Ausgang des Verfahrens verzichtet worden. Dies zeige, dass die Meinung des Bezirksgerichts zu seinem Antrag auch ohne Beweise bereits festgelegt gewesen sei. Da das Gericht dann später (unter 3.3 und folgende) doch Bezug auf die Beweise nehme, sei unklar, ob die Beweise jetzt gewürdigt worden seien oder nicht. Hätte man seinen Antrag 4 vom 22. August 2018 aufgrund verspäteter Beweiseingabe abgelehnt, hätte der Punkt ganz einfach separat am 30. August 2018 geprüft werden können, wie dies bei Antrag 6 gemacht worden sei. Dann hätte man die offerierten Beweismittel aber auch der Gegenpartei zustellen müssen. So aber verstosse die Vorinstanz selber gegen prozessuale Grundsätze (Urk. 1 S. 3 f.). 1.2. Ob die Begründung des Antrags 4 des Beklagten samt dazugehörigen Belegen mit der Eingabe vom 30. August 2018 verspätet erfolgte, kann vorliegend offengelassen werden. So hat sich die Vorinstanz nämlich in Erwägung 3.4. des angefochtenen Entscheides – ungeachtet von deren Rechtzeitigkeit – eingehend mit den entsprechenden Vorbringen des Beklagten auseinandergesetzt und auch die eingereichten Urkunden gewürdigt (vgl. insbesondere den Verweis auf Urk. 6/85/12 und Urk. 6/85/14 in Urk. 2 E. 3.4.3). Ins Leere führt des Weiteren die Kritik des Beklagten, dass die Vorinstanz seine Eingabe vom 30. August 2018 samt Beilagen der Klägerin erst mit dem Entscheid vom 5. September 2018 zugestellt habe (vgl. Urk. 2, Dispositiv-Ziffer 4), betrifft dieses Vorgehen nämlich einzig die Frage der Wahrung des rechtlichen Gehörs der Klägerin. Der Beklagte ist durch Dispositiv-Ziffer 4 des angefochtenen Entscheids hingegen nicht beschwert

- 9 - (Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO). Sie ist denn auch nicht Gegenstand des Berufungsverfahrens.

E. 3.1

Der Beklagte moniert weiter, die Behauptung der Vorinstanz unter Erwägung 3.4.4, eine systematische Verweigerung des festgelegten Besuchsrechts sei nicht ersichtlich, sei schlicht falsch und zeige, dass das Gericht die Beweise nicht berücksichtigt habe. Die Vorinstanz behaupte zudem, es könne nicht von einem vor-

- 10 - sätzlichen Vorenthalten der Kinder die Rede sein. Bei keinem der bewiesenen Verstösse aber sei ein Notfall vorgelegen. Jeder bewiesene Verstoß sei vorsätzlich begangen worden. Einzig am 3. August 2018, als ihn die Kindsmutter vergeblich bei 32 Grad Aussentemperatur mit den Kindern an den Bahnhof Basel habe fahren lassen und nicht zur Übergabe erschienen sei, sei es trotz Besuchs- und Ferienplan und kurz zuvor geführtem Telefonat fraglich, ob jemand so dreist sein könne, etwas Derartiges vorsätzlich zu tun. Der Satz der Vorinstanz, es sei nur verständlich und durchaus angezeigt, dass den Kindern ermöglicht werden solle, an Anlässen in der Schule und anderen Freizeitaktivitäten teilnehmen zu können, obschon diese in seine Besuchszeiten fielen, zeige, was für eine diskriminierende Einstellung diese gegenüber Vätern habe. Mütter dürften während der Besuchszeit beim Vater Freizeitaktivitäten für die gemeinsamen Kinder planen oder irgendwelche unwichtigen Termine als Vorwand nehmen, damit die Kinder dann nicht zum Vater geschickt werden müssten. Dass der Vater vielleicht schon eigene Aktivitäten mit

den Kindern geplant habe, sei für die Vorinstanz zweitrangig. Genau dies stimme aber nicht. Beide Elternteile hätten das gleiche Recht, nach einer Trennung aufgrund ihres Ermessens während ihrer Betreuungszeiten eigene Aktivitäten mit den Kindern zu planen. Es gebe sogar einen Detailplan, der keine Fragen offenlasse. Wenn die Klägerin also mitteile, dass sie ein Wochenende gerne tauschen würde, und er dann bereits Pläne habe, dann gelte das Urteil und der mit dem Beistand erarbeitete Detailplan. Der Klägerin stehe bei Uneinigkeit kein Stichentscheid zu, die Kinder nicht herauszugeben. Das von der Vorinstanz bemühte Beispiel der ... [Jugendverband] zeige wiederum, wie sich das Gericht auf die Seite der Kindsmutter stelle. Wenn die Kindsmutter äusserst kurzfristig ein Wochenende wechseln wolle, an dem er das Geburtstagsfest seines Sohnes C._____ geplant habe, müsse dies als Begründung völlig ausreichen, damit das Wochenende nicht getauscht werde. Er diskutiere dann sicher nicht noch, ob er nicht vielleicht das Fest um eine oder zwei Wochen verschiebe, damit die Kinder stattdessen an einem halben Tag in die ... [Jugendverband] gehen könnten (Urk. 1 S. 6 ff.).

E. 3.2

Die Vorinstanz hat ausgeführt, eine systematische Verweigerung des festgelegten Besuchsrechts durch die Klägerin, wie sie vom Beklagten vorgebracht

- 11 - werde, sei nicht ersichtlich. Insbesondere in den Fällen, wo Aktivitäten der Kinder mit dem Besuchsrecht kollidiert hätten, könne nicht von einem vorsätzlichen Vorhalten der Kinder die Rede sein. Es sei nur verständlich und durchaus angezeigt, dass den Kindern ermöglicht werden solle, an Anlässen in der Schule und Freizeitaktivitäten teilnehmen zu können, auch wenn diese in die Besuchszeit des Beklagten fielen. Es sei sicherlich nicht im Sinne des Kindeswohls, die Kinder davon gänzlich auszuschliessen. Dass nicht sämtliche Anlässe vorausplanbar seien, erscheine indes logisch. Ein gewisses Mass an Kooperation zwischen den Eltern sei unumgänglich. Dass die Klägerin auch versucht habe, eine Alternative im Hinblick auf die mit der ... [Jugendverband] kollidierenden Besuchsrechtswochenenden des Beklagten zu suchen, ergebe sich aus Urk. 6/73/1. Die Festlegung der indirekten Zwangsvollstreckung für jeden Fall des Nichteinhaltens des festgelegten Besuchsrechts sei eine einschneidende Massnahme, welche nur in absoluten Ausnahmefällen anzuordnen sei. Vorliegend würden die Verstösse der Klägerin gegen das festgelegte Besuchsrecht eine solche Massnahme noch nicht rechtfertigen (Urk. 2 E. 3.4.4 f.). Mit diesen Erwägungen setzt sich der Beklagte im Rahmen der Berufungsschrift nicht auseinander. Er legt nicht dar, inwiefern die nachvollziehbare Begründung der Vorinstanz unzutreffend sein soll. Vielmehr beschränkt er sich einerseits darauf, pauschal vorzubringen, dass die Vorinstanz die Beweise nicht berücksichtigt habe, anstatt genau anzugeben, auf welche Aktenstücke er seine Kritik stützt. Andererseits belässt er es dabei, seinen bereits vor Vorinstanz eingenommenen Standpunkt zu wiederholen, es sei nicht zulässig, dass die Beklagte während seiner Besuchswochenenden Aktivitäten für die Kinder plane (vgl. Urk. 6/72 S. 2; Urk. 6/83 S. 2 ff.). Damit kommt er seiner Begründungspflicht erneut nicht nach (vgl. E. II.1). Daher ist auf seine Vorbringen nicht einzutreten. Selbst wenn darauf einzutreten wäre, wäre nicht von einer prinzipiellen Verweigerungshaltung und einem grundsätzlichen Widerstand hinsichtlich der Durchführung des Besuchsrechts auszugehen, welche die Anordnung einer Strafanordnung gegenüber der Klägerin rechtfertigten (vgl. BGer 5A_764/2013 vom 20. Januar 2014, E. 2.1; Entscheidung des Kantonsgerichts des Kantons Graubünden vom 21. April 2016 [ZK1 16 58], E. 4b). Die vom Beklagten ins Recht gelegten

SMS-Korrespondenzen der

- 12 - Parteien (vgl. Urk. 6/73/1; Urk. 6/85/7; Urk. 6/85/9; Urk. 6/85/12; Urk. 6/85/14) lassen nicht darauf schliessen, dass die Klägerin sich der Ausübung des Besuchsrechts in grundsätzlicher Weise entgegenstellt und den Kontakt zwischen dem Beklagten und den beiden Kindern regelmässig zu verhindern sucht. Vielmehr zeugen sie von einem beidseitigen Unvermögen der Parteien, zum Wohle der Kinder Kompromisse einzugehen und sich miteinander abzusprechen. Des Weiteren ist die vorinstanzliche Auffassung, dass bei Kindergarten- und Schulkindern vermehrt Rücksicht auf deren Freizeitaktivitäten zu nehmen sei, welche nicht immer mit einer vom Gericht bestimmten Besuchsrechtsregelung vereinbar seien, was von beiden Parteien Flexibilität erfordere, nicht zu beanstanden (vgl. dazu z.B. Corina Bacilieri-Schmid, Kinder bei Trennung und Scheidung - Psychologisches Basiswissen für Juristinnen und Juristen, in: ZVW 2005, S. 199 ff., S. 208; OGer ZH LY170051 vom 17.05.2018, E. II.4.2.5). Oberste Richtschnur für die Ausgestaltung des Besuchsrechts ist das Kindeswohl (FamKomm Scheidung/Büchler, Art. 273 ZGB N 25 mit Hinweis auf BGer 5A_404/2015, E. 5.2.2). Eigene Pläne und Interessen der Kindeseltern haben in diesem Zusammenhang zurückzutreten. Die starre Durchsetzung eines gerichtlich angeordneten Besuchsrechts kann im Einzelfall nicht im Wohl der beiden heranwachsenden Söhne der Parteien liegen, wenn diesen dadurch die Teilnahme beispielsweise an Schulreisen, Schullagern, Geburtstagsfeiern von Kolleginnen und Kollegen sowie die Ausübung von Hobbies wie beispielsweise der ... [Jugendverband] verunmöglicht wird (vgl. OGer ZH PQ130021 vom 09.08.2013, E. II.3.2.d). Der Beklagte scheint diesbezüglich zu verkennen, dass es nicht um die Berechtigung der Klägerin geht, seine Besuchsrechtswochenenden zu verplanen. Vielmehr geht es darum, dass spezielle Anlässe, deren Daten weder der Beklagte, die Klägerin noch die Kinder bestimmen, mitbestimmen oder verschieben können, ein (einseitiges) Abweichen von der Besuchsrechtsordnung rechtfertigen können, um den Kindern die Teilnahme an den entsprechenden Aktivitäten zu ermöglichen (vgl. BK-Hegnauer, Art. 273 ZGB N 128).

E. 4

In das Kapitel "blosse Wiederholungen" fällt auch die – ohnehin den Substantiiierungsanforderungen nicht genügende – pauschale Behauptung des Beklagten auf Seite 8 seiner Berufungsschrift (Urk. 1), die Klägerin verstosse seit

- 13 - drei Jahren immer und immer wieder einseitig gegen die ihr auferlegten Pflichten und verwende die Kinder durch ihre Vorenthaltungen als Waffe (vgl. Urk. 6/72 S. 2).

Entsprechend kommt diesem Vorbringen keine selbständige Bedeutung zu.

E. 5

Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein. Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

E. 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.

- 15 - Zürich, 1. November 2018 Obergericht des Kantons Zürich I. Zivilkammer Die
Gerichtsschreiberin: lic. iur. N.A. Gerber versandt am: am

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