

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LY180047-O/U

Mitwirkend: Oberrichter Dr. H.A. Müller, Vorsitzender, Oberrichter Dr. M. Kriech
und Oberrichterin lic. iur. Ch. von Moos Würigler sowie
Gerichtsschreiberin lic. iur. N.A. Gerber

Beschluss und Urteil vom 1. November 2018

in Sachen

A. _____,

Beklagter und Berufungskläger

gegen

B. _____,

Klägerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. _____

betreffend **Ehescheidung (vorsorgliche Massnahmen)**

**Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen
Verfahren am Bezirksgericht Hinwil vom 5. September 2018 (FE170112-E)**

Rechtsbegehren:

A. Des Beklagten (Urk. 6/72 S. 1 f. und Urk. 6/83 S. 1)

- "1. Die Beklagte [recte Klägerin] sei unter Androhung der Strafe nach Art. 292 StPO bei Zuwiderhandlung zu verpflichten, dem Kläger die gemeinsamen Kinder C._____, geb. tt.mm.2011 und D._____, geb. tt.mm.2013 gemäss den im Teilurteil des Obergerichts Zürich vom 13. Juli 2017 festgelegten Zeiten und mit der AJZ E._____ ausgearbeiteten Besuchs- und Ferienplan am 24. August 2018 13:55 Uhr am Hauptbahnhof Zürich für sein Besuchswochenende zu übergeben.
2. Die Vertretungsvollmacht durch Rechtsanwältin lic. iur. Y._____, ... [Adresse] sei bis zum Entscheid zur unentgeltlichen Rechtspflege in FE170112 aufzuheben. Die Korrespondenz soll direkt über A+ Post an meine Adresse geschickt werden.
3. Der Antrag 1 sei superprovisorisch d.h. ohne vorherige Anhörung der Beklagten anzuordnen.
4. Die Beklagte sei im Sinne einer Feststellungsverfügung unter Androhung der Strafe nach Art. 292 StPO bei Zuwiderhandlung zu verpflichten, dem Kläger die gemeinsamen Kinder C._____, geb. tt.mm.2011 und D._____, geb. tt.mm.2013 jeweils gemäss den im Teilurteil des Obergerichts Zürich vom 13. Juli 2017 festgelegten Zeiten und mit der AJZ E._____ ausgearbeiteten Besuchs- und Ferienplan zu übergeben.
5. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. 7,7 % Mehrwertsteuer) zu Lasten der Beklagten.
6. Die Beklagte [recte Klägerin] sei unter Androhung der Strafe nach Art. 292 StPO bei Zuwiderhandlung zu verpflichten, dem Kläger die Pässe der gemeinsamen Kinder C._____, geb. tt.mm.2011 und D._____, geb. tt.mm.2013, auf erstes Ersuchen hin zu übergeben. Bei erneuter Weigerung sei die Polizei F._____ aufgrund der hohen Dringlichkeit bezüglich der Ferien der Kinder mit dem Vater anzuweisen, die Pässe am Wohnort ... [Adresse] einzuziehen."

B. Der Klägerin (Urk. 6/80 S. 2)

- "1. Die Rechtsbegehren des Beklagten seien vollumfänglich abzuweisen, sofern diese noch nicht mit Verfügung vom 23. August 2018 angeordnet wurden.
2. Es sei betreffend die Mandatsführung und die Kooperationsbereitschaft des Beklagten ein Bericht von Herr G._____ und Frau H._____ vom kjz E._____ einzuholen.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. 7.7 % Mehrwertsteuer) zu Lasten des Beklagten."

**Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht
Hinwil vom 5. September 2018 (Urk. 6/86 = Urk. 2):**

1. Der Antrag 4 des Beklagten in der Eingabe vom 22. August 2018 wird abgewiesen.
2. Der Klägerin wird eine Frist von 10 Tagen ab Zustellung dieser Verfügung angesetzt, um schriftlich zum Antrag 6 des Beklagten in der Eingabe vom 30. August 2018 Stellung zu nehmen.

Bei Säumnis wird Verzicht auf Stellungnahme angenommen und aufgrund der Akten entschieden.

Die gesetzlichen Fristenstillstände gelten nicht (Art. 145 Abs. 2 ZPO).

3. Über die Kosten- und Entschädigungsfolgen wird mit der Hauptsache entschieden.
4. (Mitteilungssatz).
5. (Rechtsmittelbelehrung; Berufung, 10 Tage).

Berufungsanträge:

Des Beklagten und Berufungsklägers (Urk. 1 S. 2):

- "1. Die Verfügung vom 05. September 2018 sei aufzuheben.
2. Die Beklagte [recte Klägerin] sei im Sinne einer Feststellungsverfügung unter Androhung der Strafe nach Art. 292 StPO bei Zuwiderhandlung zu verpflichten, dem Kläger die gemeinsamen Kinder C.____, geb. tt.mm.2011 und D.____, geb. tt.mm.2013 jeweils gemäss den im Teilurteil des Obergerichts Zürich vom 13. Juli 2017 festgelegten Zeiten und mit der AJZ E.____ ausgearbeiteten Besuchs- und Ferienplan zu übergeben.
3. Es sei die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren, sowie auf einen Gerichtskostenvorschuss zu verzichten.
4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. 7.7% Mehrwertsteuer) zu Lasten der Beklagten [recte Klägerin]."

Der Klägerin und Berufungsbeklagten (Urk. 8):

- "1. Die Berufung des Berufungsklägers sei vollumfänglich abzuweisen, soweit überhaupt darauf einzutreten ist.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. 7.7% Mehrwertsteuer) zu Lasten des Berufungsklägers."

Erwägungen:

I.

1.1. Die Parteien stehen seit dem 30. Juni 2017 vor Vorinstanz in einem Scheidungsverfahren (vgl. Urk. 6/1). Diesem ging ein Eheschutzverfahren (Geschäfts-Nr. EE150073-E, Urk. 6/6) sowie ein Verfahren betreffend Abänderung von Eheschutzmassnahmen (Geschäfts-Nr. EE160044-E, Urk. 6/7) voran. Im Rahmen des letzteren Verfahrens entschied die Kammer hinsichtlich der Obhutsuteilung sowie der Betreuungsregelung für die beiden Kinder C._____, geb. am tt.mm.2011, und D._____, geb. am tt.mm.2013, mit Teilurteil vom 13. Juli 2017 (Urk. 6/7/84e; Proz.-Nr. LE160074) Folgendes:

- "1. Die Kinder C._____, geboren am tt.mm.2011, und D._____, geboren am tt.mm.2013, werden für die Dauer des Getrenntlebens unter der alleinigen Obhut der Gesuchsgegnerin belassen.
2. Dispositiv Ziffer 3.3 lit. A und B des Eheschutzurteils vom 9. Oktober 2015 (EE150073) werden wie folgt abgeändert (Änderungen fett hervorgehoben; ursprüngliche Parteibezeichnungen beibehalten):

A. Betreuung

Der Gesuchsgegner betreut die Kinder wie folgt:

- **vierzehntäglich von Freitag, 13.55 Uhr, bis Sonntagabend, 17.25 Uhr;**
- jeweils am zweiten Tag der Doppelfeiertage Weihnachten und Neujahr;
- sowie in geraden Jahren über die ganzen Osterfeiertage, von Karfreitag, 10.00 Uhr, bis Ostermontag, 17.00 Uhr, und in ungeraden Jahren

über die ganzen Pfingstfeiertage, von Pfingstsamstag, 10.00 Uhr, bis Pfingstmontag, 17.00 Uhr.

Ausserdem ist der Gesuchsgegner berechtigt und verpflichtet, die Kinder für die Dauer von 7 Wochen pro Jahr **(einmal pro Jahr während maximal 16 Tagen, ansonsten maximal während neun Tagen am Stück, inkl. direkt vor- oder nachgelagerter Besuchswochenenden)** auf eigene Kosten zu sich oder mit sich in die Ferien zu nehmen. Die Gesuchstellerin erklärt sich ausdrücklich damit einverstanden, dass die Kinder innerhalb dieser 7 Wochen auch Ferien beim Grossvater väterlicherseits (ohne den Gesuchsgegner) verbringen dürfen.

Der Gesuchsgegner verpflichtet sich, die Ferienbetreuung mindestens drei Monate vor dem geplanten Ferienbeginn anzumelden und mit der Gesuchstellerin abzusprechen. Können sich die Parteien nicht einigen, so kommt dem Gesuchsgegner das Entscheidungsrecht bezüglich der Aufteilung der Ferien in Jahren mit gerader Jahreszahl zu; in Jahren mit ungerader Jahreszahl der Gesuchstellerin. Sobald die Kinder schulpflichtig werden (Sommer 2016), sind die Ferien in den Schulferien zu beziehen.

In der übrigen Zeit werden die Kinder durch die Gesuchstellerin betreut.

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

B. Modalitäten

Die Gesuchstellerin verpflichtet sich, die Kinder jeweils auf Beginn der Betreuungsregelung durch den Gesuchsgegner an den HB Zürich zu bringen (SBB Treffpunkt) und bei Ende der Betreuungszeit des Gesuchsgegners im Bahnhof Basel SBB (SBB Treffpunkt) abzuholen.

C. Veränderte Verhältnisse

[ersatzlos gestrichen]"

1.2. Mit Eingabe vom 22. August 2018 stellte der Beklagte und Berufungskläger (fortan Beklagter) im Rahmen des Scheidungsverfahrens ein Gesuch um Anordnung von superprovisorischen bzw. vorsorglichen Massnahmen mit den eingangs wiedergegebenen Anträgen 1-5 (Urk. 6/72). Mit Verfügung vom 23. August 2018 wurde dem Antrag 1 des Beklagten betreffend superprovisorische Massnahmen

entsprochen, bezüglich des Antrags 2 festgestellt, dass der Beklagte die Vollmacht an Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____ gegenüber dem Gericht mit Wirkung per 22. August 2018 widerrufen habe und der Klägerin und Berufungsbeklagten (fortan Klägerin) Frist angesetzt, um zu den Begehren des Beklagten Stellung zu nehmen (Urk. 6/74). Mit Eingabe vom 30. August 2018 nahm die Klägerin Stellung und schloss auf Abweisung der beklagtischen Rechtsbegehren (Urk. 6/80). Am 30. August 2018 reichte der Beklagte ein weiteres Gesuch um Anordnung vorsorglicher Massnahmen ein, indem er den eingangs wiedergegebenen zusätzlichen Antrag 6 stellte (Urk. 6/83). Zudem machte er ergänzende Ausführungen zum Antrag 4 vom 22. August 2018 und reichte diverse Beilagen dazu ein (Urk. 6/83 S. 2 ff.; Urk. 6/85/1-17). Mit Verfügung vom 5. September 2018 betreffend vorsorgliche Massnahmen wies die Vorinstanz den beklagtischen Antrag 4 ab und setzte der Klägerin eine Frist von 10 Tagen an, um zum beklagtischen Antrag 6 Stellung zu nehmen (Urk. 6/86 = Urk. 2).

2. Dagegen erhob der Beklagte innert Frist Berufung und stellte die eingangs erwähnten Anträge (Urk. 1). Die mit Verfügung vom 2. Oktober 2018 (Urk. 7) eingeholte Berufungsantwort der Klägerin datiert vom 15. Oktober 2018 (Urk. 8). Sie wurde dem Beklagten mit Verfügung vom 16. Oktober 2018 (Urk. 11) zur Kenntnisnahme zugestellt. Weitere Eingaben erfolgten nicht.

II.

1. Das Berufungsverfahren stellt keine Fortsetzung des erstinstanzlichen Verfahrens dar, sondern ist nach der gesetzlichen Konzeption als eigenständiges Verfahren ausgestaltet (BGE 142 III 413 E. 2.2.1 m.w.Hinw. auf die Botschaft zur Schweizerischen ZPO, BBI 2006, S. 7374). Mit der Berufung kann eine unrichtige Rechtsanwendung und eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt über unbeschränkte Kognition bezüglich Tat- und Rechtsfragen, einschliesslich der Frage richtiger Ermessensausübung (Angemessenheitsprüfung; BGer 5A_184/2013 vom 26. April 2013, E. 3.1). In der schriftlichen Berufungsbegründung (Art. 311 ZPO) ist hin-

reichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten als fehlerhaft zu betrachten ist bzw. an einem der genannten Mängel leidet. Das setzt (im Sinne einer von Amtes wegen zu prüfenden Eintretensvoraussetzung) voraus, dass der Berufungskläger die vorinstanzlichen Erwägungen bezeichnet, die er anführt, sich argumentativ mit diesen auseinandersetzt und mittels genügend präziser Verweisungen auf die Akten aufzeigt, wo die massgebenden Behauptungen, Erklärungen, Bestreitungen und Einreden erhoben wurden bzw. aus welchen Aktenstellen sich der geltend gemachte Berufsungsgrund ergeben soll. Die pauschale Verweisung auf frühere Vorbringen oder deren blosser Wiederholung genügen nicht (vgl. BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGer 5A_247/2013 vom 15. Oktober 2013, E. 3.2; 5A_751/2014 vom 28. Mai 2015, E. 2.1). Was nicht oder nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen entsprechenden Weise beanstandet wird, braucht von der Rechtsmittelinstanz nicht überprüft zu werden; diese hat sich – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – grundsätzlich auf die Beurteilung der Beanstandungen zu beschränken, die in der schriftlichen Begründung formgerecht gegen den erstinstanzlichen Entscheid erhoben werden (vgl. BGE 142 III 413 E. 2.2.4 m.w.Hinw.; BGer 5A_111/2016 vom 6. September 2016, E. 5.3; 4A_258/2015 vom 21. Oktober 2015, E. 2.4.3; 4A_290/2014 vom 1. September 2014, E. 3.1 und E. 5). Insofern erfährt der Grundsatz "iura novit curia" (Art. 57 ZPO) im Berufsungsverfahren eine Relativierung (BK ZPO I-Hurni, Art. 57 N 21 und N 39 ff.; Glasl, DIKE-Komm-ZPO, Art. 57 N 22).

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.

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-

Ziffer 1 der Verfügung vom 5. September 2018 anfecht (Urk. 1 S. 3 ff.). Es erübrigen 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

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

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).

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.

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-

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.).

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

werde, sei nicht ersichtlich. Insbesondere in den Fällen, wo Aktivitäten der Kinder mit dem Besuchsrecht kollidiert hätten, könne nicht von einem vorsätzlichen Vor-enthalten 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 Strafandrohung 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

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).

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

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.

5. Nach dem Gesagten erweisen sich die Vorbringen in der Berufung als unbegründet, weshalb diese abzuweisen ist, soweit auf sie einzutreten ist. Der angefochtene Entscheid (Dispositiv-Ziffer 1) ist zu bestätigen.

IV.

1. Die Vorinstanz hat in Anwendung von Art. 104 Abs. 3 ZPO den Entscheid über die Kosten- und Entschädigungsfolgen dem Endentscheid vorbehalten (Urk. 2, Dispositiv-Ziffer 3). Dabei hat es sein Bewenden.

2. Im Berufungsverfahren unterliegt der Beklagte vollumfänglich. Ausgangsgemäss sind ihm die Kosten- und Entschädigungspflichten in vollem Umfang aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Gerichtsgebühr ist in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 1 und § 8 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 2'000.– festzusetzen. Die Parteientschädigung ist gestützt auf § 13 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 1 und § 9 AnwGebV auf Fr. 1'077.– (Fr. 1'000.– zuzüglich 7.7% MwSt., vgl. Urk. 8 S. 2) zu veranschlagen.

3. Der Beklagte ersucht um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Berufungsverfahren (Urk. 1 S. 2 und 9 f.). Dieses Gesuch ist jedoch zufolge Aussichtslosigkeit der Berufung (vgl. vorstehende Erwägungen) abzuweisen (Art. 117 lit. b ZPO).

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch des Beklagten um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Berufungsverfahren wird abgewiesen.

2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird, und Dispositiv-Ziffer 1 der Verfügung des Einzelgerichts o.V. des Bezirksgerichts Hinwil vom 5. September 2018 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 2'000.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Beklagten auferlegt.
4. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin für das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 1'077.– zu bezahlen.
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.

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, 1. November 2018

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. N.A. Gerber

versandt am:
am