Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}

5A 719/2013

Urteil vom 17. Oktober 2014

II. zivilrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter von Werdt, Präsident,
Bundesrichter Marazzi, Herrmann, Schöbi, nebenamtlicher Bundesrichter Th. Geiser,
Gerichtsschreiber Möckli.

Verfahrensbeteiligte
X._____,
vertreten durch Advokatin Dr. Sabine Aeschlimann,
Beschwerdeführer,

gegen

Y._____,
vertreten durch Rechtsanwalt Andreas Michel,
Beschwerdegegnerin.

Gegenstand
Besuchsrecht,

Beschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, vom 26. August 2013.

Sachverhalt:

A.
X._____ und Y._____ sind die nicht miteinander verheirateten Eltern der Zwillinge A._____ und B._____, geboren 2000, und von C._____, geboren 2001. Die Kinder stehen unter der elterlichen Sorge der Mutter.

Im Sommer 2008 trennten sich die Parteien. Nachdem die Eltern die Kinder abwechslungsweise betreut hatten, hob die Präsidentin der Sozialbehörde D._____ am 15. Oktober 2008 auf Grund einer Gefährdungsmeldung des Vaters die elterliche Obhut der Mutter über die Kinder auf, ordnete deren Fremdbetreuung an und errichtete eine Beistandschaft im Sinne von Art. 308 Abs. 1 und 2 ZGB. Am 16. Dezember 2008 bestätigte die Sozialbehörde D._____ diesen Entscheid, stellte jedoch mit Beschluss vom 15. September 2009 die drei Kinder wieder unter die Obhut der Mutter, unter Beibehaltung der Beistandschaft.

Mit Beschluss vom 11. Januar 2011 genehmigte die Sozialbehörde den Rechenschaftsbericht der Beiständin und ordnete ein Gutachten an, welches geeignete Massnahmen zur Beruhigung und Stabilisierung des familiären Beziehungssystems aufzeigen sollte. Gleichzeitig wurde die Beiständin in ihrem Amt bestätigt.

B.

Mit Beschluss vom 1. Februar 2011 sistierte die Sozialbehörde D._____ auf Antrag der Beiständin das Besuchsrecht des Vaters gegenüber allen drei Kindern für die Dauer der Begutachtung. Eine gegen diesen Beschluss erhobene Beschwerde des Vaters hiess der Bezirksrat E._____ am 23. März 2011 gut; er hob die Sistierung des Besuchsrechts auf und wies die Sozialbehörde D._____ an, nach Anhörung der Eltern sowie der drei Kinder den Umfang und die Modalitäten des Besuchsrechts zu regeln, unter Festsetzung eines vorläufigen Besuchsrechts bis zu diesem Entscheid. Eine dagegen erhobene Berufung der Mutter wies das Obergericht des Kantons Zürich mit Urteil vom 24. Juni 2011 ab.

C.
Nachdem der Kinder- und Jugendpsychiatrische Dienst des Kantons Zürich am 25. November 2011 das von der Sozialbehörde in Auftrag gegebene Gutachten und der Beistand am 19. April 2012 einen Zwischenbericht erstattet hatten, beschloss die Sozialbehörde D._____ am 24. April 2012, dass die Beistandschaft aufrecht erhalten bleibe, unter Bestätigung des bisherigen Beistandes in seinem Amt; sodann beliess sie die Kinder in der Obhut der Mutter, unter Bestätigung des Besuchsrechts des Vaters.

Gegen diesen Entscheid erhob der Vater Beschwerde beim Bezirksrat E._____, weil er im Wesentlichen das Besuchsrecht genauer umschrieben haben wollte. Sodann beschwerte er sich beim Bezirksrat auch gegen den Beschluss der Sozialbehörde vom 21. August 2012, mit welchem diese seinen Antrag abgewiesen hatte, den Beistand durch eine andere Person zu ersetzen.

Am 24. Oktober 2012 hiess der Bezirksrat E._____ die Beschwerde teilweise gut und legte insbesondere ein Besuchsrecht an jedem zweiten Wochenende fest, wobei es die Modalitäten der Ausübung detailliert regelte.

Auf Beschwerde von Y._____ hin verweigerte das Obergericht des Kantons Zürich mit Urteil vom 26. August 2013 X._____ jegliches Besuchsrecht. Ferner hob es die Beistandschaft auf und entliess den Beistand aus seinem Amt.

D.
Dagegen hat X._____ am 27. September 2013 eine Beschwerde in Zivilsachen eingereicht mit dem Begehren, es sei ihm an jedem zweiten Wochenende pro Monat ein Besuchsrecht mit seinen drei Söhnen von Freitag, Schulschluss, bis Sonntag, 18 Uhr, sowie ein Ferienrecht von zwei Wochen pro Jahr einzuräumen. Mit Stempel vom 22. Mai 2014 verzichtete das Obergericht auf eine Vernehmlassung. Die Beschwerdegegnerin schloss in ihrer Vernehmlassung vom 26. Mai 2014 auf Abweisung der Beschwerde.

Erwägungen:

1.
Angefochten ist ein kantonal letztinstanzlicher Entscheid über das Besuchsrecht des Vaters und damit über eine nicht vermögensrechtliche Zivilsache; die Beschwerde in Zivilsachen ist zulässig (Art. 72 Abs. 1, Art. 75 Abs. 2 und Art. 90 BGG).

Der Beschwerdeführer rügt im Wesentlichen eine Verletzung von Art. 273 ff. ZGB (persönlicher Verkehr) und von Art. 296 ZPO (Untersuchungsgrundsatz) sowie von Art. 13 BV und Art. 8 EMRK; ferner wird ein Widerspruch zwischen den Dispositiven des Beschlusses und des Urteils geltend gemacht. Darauf wird im Einzelnen zurückzukommen sein.

2.
Das Obergericht hat die Verweigerung der Festlegung eines Besuchs- und Ferienrechts in erster Linie mit dem bei der Anhörung geäusserten Willen der Kinder begründet. Es hat deren Aussagen wie folgt zusammengefasst:

A._____ habe erklärt, dass er ein Besuchsrecht an jedem zweiten Wochenende zu lange fände. Da sie jeweils viel vorhätten, gebe das nur Theater. Er würde lieber brieflich mit dem Vater verkehren. Er wünsche sich, dass sie zum Vater gehen könnten, wann sie wollten. Er würde eine Abmachung von Mal zu Mal einer

festen Besuchsrechtsregelung vorziehen und mit dem Vater einen Termin finden, der allen passe. Eine Regelung könne ohnehin nicht umgesetzt werden, weil der Vater oft in Thailand oder geschäftlich unterwegs sei. Die Besuche sollten in der Weise vereinbart werden, dass der Vater ihnen mitteile, wann er zuhause sei, und sie ihm dann sagten, ob sie Zeit und Lust auf einen Besuch hätten. Es sei ihm sehr wichtig, dass die Besuche freiwillig seien.

B._____ habe bei der Anhörung einleitend ausgeführt, er wisse, dass er hier sei, weil es wegen der Besuche Streitereien gebe. Sein Vater solle wissen, weshalb sie nicht zu ihm auf Besuch wollten. Die geringe Anzahl an Besuchen sei gewesen, weil der Vater häufig in Thailand sei und weil er verändert aussehe, negative Äusserungen über den Fussballclub gemacht habe und zu Wortverdrehungen bzw. Übertreibungen neige. Am liebsten würde er den Vater fast gar nicht mehr sehen und falls doch, jedenfalls nur freiwillig; die Besuche sollten dann entweder drei bis vier Stunden an einem Abend oder, wenn es unbedingt sein müsse, bei einem Mittagessen pro Woche stattfinden. Der Vater habe ihnen gesagt, wenn sie zwölf Jahre alt seien, könnten sie selber darüber entscheiden, ob sie zu ihm auf Besuch kommen wollten oder nicht. Das wolle er so handhaben; die Besuchstage führten zu so viel Diskussionen, dass er am liebsten damit aufhören würde, zumindest für ein paar Monate. Damit könnten die Streitereien in nächster Zeit verhindert werden. Später könnten sie dann selber entscheiden, ob sie den Vater sehen wollten wie beispielsweise für ein Mittagessen. Er sei klar gegen eine Besuchsregelung für jedes zweite Wochenende von Freitag bis Sonntag.
Das sei viel zu viel, da sei er definitiv dagegen und dies führe wieder zu Diskussionen. Sie hätten halt nicht so gute Erfahrungen mit dem Vater gemacht.

C._____ habe die Feststellung getroffen, dass es am besten und einfachsten wäre, wenn sie freiwillig zum Vater auf Besuch gehen könnten, und zwar, wenn sie Lust und Zeit hätten. Er sei nicht für eine fixe Regelung. Er fände jedes zweite Wochenende zu viel, auch wegen der Fussballspiele. Er habe nichts dagegen, den Vater zu besuchen, bei ihm zu essen, mit ihm zu plaudern oder Ping-Pong zu spielen, dies aber nur, sofern sie Zeit und Lust hätten. Sie hätten ihm schon so viele Chancen gegeben. Ferien möchte er eher nicht mit ihm verbringen; vielleicht einmal später, aber zuerst müssten sie den Vater besser kennen lernen und Vertrauen aufbauen.

Das Obergericht hat diese Meinungsäusserungen dahingehend zusammengefasst, dass die Kinder Besuche beim Vater nicht grundsätzlich ausschliessen, diesen aber skeptisch gegenüber stehen und Besuche im üblichen Umfang ablehnen. Auch wenn nicht eine absolute Verweigerung von Besuchen zum Ausdruck gebracht werde, so sei doch entscheidend zu berücksichtigen, dass alle drei Kinder deutlich erklärt hätten, dass sie eine feste Besuchsrechtsregelung ablehnten und den Vater nur freiwillig, d.h. entsprechend ihren Wünschen besuchen möchten. Dies bedeute aber nichts anderes als eine Verweigerung von regelmässigen Besuchen zu bestimmten Zeiten und in bestimmtem Umfang. Diese ablehnende Haltung habe sich denn auch in den vergangenen Jahren bestätigt. Die behördlichen bzw. gerichtlichen Besuchsrechtsregelungen hätten trotz den Bemühungen von Kindesschutzbehörde, kinderpsychiatrischem Dienst, Gericht und Polizei fast gar nicht umgesetzt werden können. Der Ausfall der Besuche sei von den Kindern bzw. der Mutter mit Krankheit, Fussball, Discobesuchen sowie Verabredung mit Kollegen begründet worden und teilweise auch damit, dass die Kinder erst dann kommen würden, wenn keine Anklagen mehr laufen würden. Die grundsätzlich ablehnende Haltung, welche
von den Kindern allerdings unterschiedlich deutlich zum Ausdruck gebracht werde, sei seit der Begutachtung im Jahr 2011 über zwei Jahre hinweg konstant geäussert worden und angesichts des Alters der Kinder von 12 bzw. 13½ Jahren, mithin angesichts der gegebenen Urteilsfähigkeit, zu beachten, zumal es vor dem Hintergrund der jahrelangen Streitigkeiten der Eltern im Zusammenhang mit der Besuchsrechtsausübung sachlich nachvollziehbar und verständlich sei, dass die Kinder eine fixe Regelung ablehnten. Aus diesen Gründen könne entgegen den Vorbehalten des Beschwerdeführers auch nicht davon ausgegangen werden, dass die Ablehnung nicht dem tatsächlichen inneren Willen der Kinder entspreche, sondern der Beeinflussung und dem Druck der Beschwerdegegnerin zuzuschreiben sei. Es entspreche im Übrigen einem vernünftigen Denken, wenn die Kinder den persönlichen Kontakt für die Zukunft nicht einfach absolut ablehnten, sondern bereit seien, den Vater zu besuchen, wenn die Voraussetzungen gegeben seien. Unter Berücksichtigung des Willens der Kinder und des Kindeswohls (Unzumutbarkeit von weiteren Auseinandersetzungen) sei deshalb gestützt auf Art. 274 Abs. 2 ZGB von der Anordnung eines Besuchsrechts abzusehen.

3.
In prozessualer Hinsicht wirft der Beschwerdeführer dem Obergericht vor, die Untersuchungsmaxime gemäss Art. 296 ZPO verletzt zu haben, indem es nicht durch eine Fachperson habe abklären lassen, ob der an der Anhörung geäusserte dem wirklichen Willen der Kinder entspreche, und es auch nicht abgeklärt habe, ob das Wohl der Kinder durch die Streitigkeiten zwischen den Eltern tatsächlich in einem Ausmass gefährdet sei, welches die Verweigerung des persönlichen Verkehrs rechtfertige; ferner sei nicht abgeklärt worden, ob der vollständige Besuchsrechtsentzug mit dem Kindeswohl vereinbar sei bzw. ob nicht mildere Massnahmen angezeigt wären. Das Obergericht hätte diesbezüglich von Amtes wegen ein Fachgutachten einholen müssen.

Soweit die Ausführungen Rechts- statt Tatfragen betreffen (insbesondere die Frage der Verhältnismässigkeit), stehen sie nicht im Zusammenhang mit dem Thema der Begutachtung; darauf wird im Zusammenhang mit der Anwendung der Normen über das Besuchsrecht zurückzukommen sein (E. 4).

Was den Vorwurf gegenüber dem Obergericht anbelangt, eine erneute Begutachtung unterlassen zu haben, wird nicht aufgezeigt, dass und an welcher Stelle im kantonalen Verfahren entsprechende Beweisanträge gestellt worden wären. Vielmehr wird in allgemeiner Form die Untersuchungsmaxime angerufen; in diesem Zusammenhang setzt sich der Beschwerdeführer aber nicht mit den obergerichtlichen Erwägungen auseinander (Alter und Urteilsfähigkeit der Kinder; differenzierte Aussagen der Kinder; konstantes Aussageverhalten über mehrere Jahre; sachliche Nachvollziehbarkeit der Äusserungen) und er zeigt auch nicht mit substanziierten Ausführungen auf, inwiefern vor diesem Hintergrund die Untersuchungsmaxime unabdingbar geboten hätte, von Amtes wegen eine neue Begutachtung in Auftrag zu geben.

4.
Zu prüfen ist sodann die Rechtsfrage der Ausgestaltung des Besuchs- und Ferienrechts.

4.1. Diese Frage wird in Art. 273 ff. ZGB geregelt. Soweit am Schluss der Beschwerde pauschal eine Verletzung von "Art. 13 f. BV und Art. 8 ff. EMRK" angerufen wird, zeigt der Beschwerdeführer nicht auf, inwiefern die Regelung von Art. 273 ff. ZGB mit dem übergeordneten Verfassungsrecht unvereinbar wäre bzw. sich aus diesen abstrakten Normen weitergehende Ansprüche als aus der konkretisierenden Gesetzesregelung ableiten liessen. Mangels Substanziierung der Verfassungsrügen kann auf diese nicht eingegangen werden (vgl. E. 1).

4.2. Gemäss Art. 273 Abs. 1 ZGB haben Eltern, denen die elterliche Sorge oder Obhut nicht zusteht, und das unmündige Kind gegenseitig Anspruch auf angemessenen persönlichen Verkehr. Dabei handelt es sich um ein gegenseitiges Pflichtrecht, wobei es in erster Linie dem Interesse des Kindes dient und oberste Richtschnur für seine Ausgestaltung das Kindeswohl ist, welches anhand der Umstände des konkreten Einzelfalles zu beurteilen ist (BGE 122 III 229 E. 3a/bb S. 232 f.; 122 III 404 E. 3b S. 406 f.; 131 III 209 E. 5 S. 212).

4.3. Der aus Art. 273 Abs. 1 ZGB fliessende Anspruch kann gestützt auf Art. 274 Abs. 2 ZGB verweigert oder entzogen werden, wenn das Wohl des Kindes durch den persönlichen Verkehr gefährdet wird, wenn ihn der betreffende Elternteil pflichtwidrig ausgeübt hat, wenn sich dieser nicht ernsthaft um das Kind gekümmert hat oder wenn andere wichtige Gründe vorliegen. Eine Gefährdung des Wohls des Kindes im genannten Sinn liegt dann vor, wenn dessen ungestörte körperliche, seelische oder sittliche Entfaltung durch ein auch nur begrenztes Zusammensein mit dem nicht obhutsberechtigten Elternteil bedroht ist (BGE 122 III 404 E. 3b S. 407; Urteile 5C.293/2005 vom 6. April 2006 E. 3; 5A 505/2013 vom 20. August 2013 E. 2.3).

Bei der Beschränkung des persönlichen Verkehrs ist stets das Gebot der Verhältnismässigkeit zu beachten. So darf er in der Regel nicht allein wegen elterlichen Konflikten dauerhaft eingeschränkt werden, jedenfalls soweit das Verhältnis zwischen dem besuchsberechtigten Elternteil und dem Kind gut ist (BGE 130 III 585 E. 2.2.1 S. 589; Urteil 5C.221/2006 vom 16. Januar 2007 E. 2.2). Der gänzliche Ausschluss eines Elternteils vom persönlichen Verkehr kommt schliesslich nur als ultima ratio in Frage; er ist einzig dann statthaft, wenn sich die nachteiligen Auswirkungen eines Besuchsrechts nicht anderweitig in für das Kind vertretbaren Grenzen halten lassen (BGE 120 III 229 E. 3b/aa S. 233; 122 III 404 E. 3b S. 407; Urteile 5P.369/2004 vom 24. November 2004 E. 4.1; 5A 341/2008 vom 23. Dezember 2008 E. 4.3; 5A 716/2010 vom 23. Februar 2011 E. 4; 5A 505/2013

vom 20. August 2013 E. 2.3). Als gerechtfertigt hat das Bundesgericht dies beispielsweise erachtet bei einem sich im Strafvollzug befindenden und an einer Persönlichkeitsstörung leidenden Vater (Urteil 5C.93/2005 vom 9. August 2005 E. 4) oder bei einem Vater, der die inzwischen 14- bzw. 16-jährigen und ein Besuchsrecht strikt ablehnenden Kinder als Algerienkämpfer während zehn
Jahren nicht mehr gesehen hatte (Urteil 5C.250/2005 vom 3. Januar 2006 E. 3.2).

4.4. Was die Weigerung des Kindes anbelangt, so kann diese mit einer der drei in Art. 274 Abs. 2 ZGB aufgeführten Fallkonstellationen zusammenhängen oder aber gegebenenfalls selbständig unter die "anderen wichtigen Gründe" subsumiert werden.

Bei der Berücksichtigung des Willens des Kindes ist zunächst dessen Alter bzw. dessen Fähigkeit zu autonomer Willensbildung, welche ungefähr ab dem 12. Altersjahr anzunehmen ist (Urteile 5A 107/2007 vom 16. November 2007 E. 3.2; 5A 92/2009 vom 22. April 2009 E. 5.1), sodann aber auch das Aussageverhalten und namentlich die Konstanz des geäusserten Willens zentral. Je konstanter die Willenskundgebungen vorgebracht werden und je mehr sie mit nachvollziehbaren und auf das Kindeswohl zielenden Argumenten unterlegt sind, desto stärker können sie bei der Urteilsfindung gewichtet werden (vgl. BGE 122 III 401 E. 2b S. 403; 124 III 90 E. 3 S. 93; Urteil 5A 619/2007 vom 25. Februar 2008 E. 8.1), freilich stets als eines von mehreren und nicht als einziges Kriterium; andernfalls würde der Kindeswille mit dem Kindeswohl gleichgesetzt, obwohl sich die beiden Elemente durchaus widersprechen können (Schreiner, in: FamKommentar Scheidung, Band II, Anh. Psych N. 142 m.w.H.), und wäre im Übrigen Erpressungsversuchen (z.B. Besuche nur gegen Geschenke oder Sondervorteile) Tür und Tor geöffnet. So wie es nicht zur freien Disposition des Kindes steht, bei welchem Elternteil es aufwachsen möchte, sondern im Streitfall seine Willenskundgebungen nur ein
Element bei der richterlichen Entscheidfindung sind (BGE 134 III 88 E. 4 S. 91; Urteile 5A 764/2009 vom 11. Januar 2010 E. 5.5; 5A 674/2011 vom 31. Oktober 2011 E. 3.3; 5A 799/2013 vom 2. Dezember 2013 E. 5.7), kann es auch nicht in Eigenregie bestimmen, ob und zu welchen Bedingungen es Umgang mit dem nicht sorge- oder obhutsberechtigten Elternteil haben möchte (BGE 111 II 405 E. 3 S. 407; 127 III 295 E. 4a S. 298; Urteil 5A 107/2007 vom 16. November 2007 E. 3.2).

Bei älteren Kindern rückt ein konstant und nachdrücklich geäusserter Wille freilich in den Vordergrund (vgl. BGE 122 III 401 E. 2d S. 403; Urteil 5A 107/2007 vom 16. November 2007 E. 3.2). Allerdings dürften sich im Zusammenhang mit dem persönlichen Verkehr selbst umfassend urteilsfähige Kinder nicht bewusst sein, dass die einseitige Verweigerung des Besuchsrechts bei der Bestimmung der Unterhaltspflicht nach Erreichen der Volljährigkeit eine zentrale Rolle spielen kann, weil sie für den betroffenen Elternteil die Leistung von Mündigenunterhalt im Sinn von Art. 277 Abs. 2 ZGB trotz gegebener Leistungsfähigkeit allenfalls unzumutbar werden lässt (BGE 129 III 375 E. 4.2 S. 379 f.; Urteile 5A 560/2011 vom 25. November 2011 E. 4; 5A 503/2012 vom 4. Dezember 2012 E. 3.3.2). Überdies darf die kinderpsychologische Erkenntnis als anerkannt gelten, dass in der Entwicklung des Kindes die Beziehung zu beiden Elternteilen wichtig ist, zumal dies bei der Identitätsfindung eine entscheidende Rolle spielen kann (BGE 120 II 229 E. 3b/aa S. 233; 122 III 404 E. 3a S. 407; 126 III 219 E. 2b S. 221; 127 III 295 E. 4a S. 298; Urteil 5A 505/2013 vom 20. August 2013 E. 6.3), indem gerade bei Knaben die Orientierungsmöglichkeit an einer väterlichen
Identifikationsfigur für die Entwicklung der Männlichkeit von grosser Bedeutung ist (BGE 130 III 585 E. 2.2.2 S. 590; 131 III 209 E. 4 S. 212). Auch solche Überlegungen sind in die Gesamtwürdigung mit einzubeziehen.

4.5. Vor dem Hintergrund der kantonalen Sachverhaltsfeststellungen kann im vorliegenden Fall keine Rede davon sein, dass das Kindeswohl ernsthaft gefährdet wäre, wenn in einem gewissen Umfang ein persönlicher Kontakt zwischen dem Vater und den drei Knaben stattfinden würde; solches wird denn auch weder von der Mutter noch von den Kindern geltend gemacht. Diese haben zwar bei der Befragung teilweise auf "die bisherige Geschichte" bzw. auf die permanenten Streitigkeiten zwischen den Eltern rund um das Besuchsrecht verwiesen, welche alle drei Knaben satt haben. Ein Junge äussert sich auch negativ zum in seinen Augen veränderten Aussehen und zu einzelnen Charakterzügen des Vaters. Wie aus den im angefochtenen Entscheid wiedergegebenen Anhörungsprotokollen hervorgeht, scheint aber für alle drei Knaben im Vordergrund zu stehen, dass das Besuchsrecht die ungehinderte Ausübung ihrer Hobbys, insbesondere den Fussball, aber auch Discobesuche und Kollegentreffs beeinträchtigen könnte. Sodann fällt auf, dass sich letztlich alle drei Kinder nicht in grundsätz-

licher Weise gegen persönlichen Verkehr stellen. Sie möchten einfach nicht ganze Wochenenden beim Vater verbringen und insbesondere stellen sie sich gegen eine fixe Regelung; sie wünschen
sich Besuche nach persönlicher Lust und Laune sowie Vereinbarkeit mit ihren ausserschulischen Aktivitäten.

Bei dieser Ausgangslage und angesichts der vorstehenden rechtlichen Erwägungen ist der gänzliche Ausschluss des persönlichen Verkehrs nicht mit Bundesrecht vereinbar, zumal die Kinder ihren Hobbys ebenso gut vom Haushalt des Beschwerdeführers aus nachgehen könnten. Wie der Beschwerdeführer zu Recht geltend macht, wird die Verweigerung eines Besuchsrechts im Dispositiv des angefochtenen Entscheides auch nicht dadurch kompensiert, dass in den Erwägungen ein Anspruch dem Grundsatz nach festgehalten wird. Eine solche Erwägung ist wertlos, solange sie sich nicht im Dispositiv spiegelt, da sie keinen durchsetzbaren Bestand hat, sondern ohne jede Verbindlichkeit bleibt.

Auf der anderen Seite ist den Willensäusserungen der Kinder angesichts ihres Alters und des konstanten Aussageverhaltens durchaus Rechnung zu tragen, indem nicht unbedingt ein Besuchs- und Ferienrecht im üblichen Umfang zuzusprechen ist. Insbesondere ist diesbezüglich den Ausführungen in der Beschwerde nicht zu folgen, wonach sie im früheren Verfahren teilweise noch geäussert hätten, mit beiden Elternteilen gleich viel Zeit verbringen zu wollen, weshalb ihre nunmehr geänderte Haltung allein dem negativen Einfluss der Mutter zuzuschreiben sei. Die Kinder sind inzwischen in einem Alter, in welchem sie zu autonomer Willensbildung fähig sind, und ihre Aussagen wirken nicht indoktriniert. Ebenso wenig scheinen sie in einem ausgeprägten Loyalitätskonflikt zu stehen; aus ihren Aussagen geht hervor, dass sie in erster Linie diversen ausserschulischen Aktivitäten nachgehen wollen und in diesem Zusammenhang Besuche beim Vater als hinderlich empfinden.

Im Übrigen dürfen auch die bisherigen Schwierigkeiten bei der Umsetzung des Besuchsrechts, das trotz intensiven Bemühungen seitens von zahlreichen Behörden kaum je ausgeübt werden konnte, berücksichtigt werden. Damit ist nicht die Aussage verbunden, dass sich die materielle Ausgestaltung des persönlichen Verkehrs linear an der Vollstreckungserwartung zu bemessen hat. Im Unterschied zu einer Forderungsstreitigkeit, bei welcher das zu erwartende Resultat der Zwangsvollstreckung für die materielle Beurteilung belanglos ist, dürfen Vollzugsprobleme bei der Festsetzung des persönlichen Verkehrs aber bis zu einem gewissen Grad Eingang finden (vgl. etwa Urteil 5C.298/2006 vom 21. Februar 2007 E. 2.3).

4.6. Aufgrund des Gesagten sind für die konkrete Ausgestaltung des persönlichen Verkehrs verschiedene bundesrechtskonforme Lösungen denkbar. Was im vorliegend zu beurteilenden Einzelfall als sachgerecht erscheint, kann die Vorinstanz aufgrund ihrer grösseren Sachnähe besser abschätzen, zumal sie persönliche Anhörungen durchgeführt hat. Vor diesem Hintergrund scheint es zweckmässig, die Sache zur Bestimmung des Umfangs und der Modalitäten des persönlichen Verkehrs an das Obergericht zurückzuweisen. Dabei wird sich das Obergericht nicht nur zum Besuchsrecht, sondern aufgrund der diesbezüglichen Begehren des Beschwerdeführers auch zu einem allfälligen Ferienrecht ausdrücklich zu äussern haben.

5.
Abschliessend rügt der Beschwerdeführer, es sei widersprüchlich, wenn das Obergericht in seinem Beschluss festhalte, die Dispositivziffern 4.2 bis 4.4 des Beschlusses des Bezirksrates vom 24. Oktober 2012 seien rechtskräftig und vollstreckbar, es aber in seinem anschliessenden Urteil genau diese Dispositivziffern aufhebe.

Das Obergericht hat die beschlussweise Feststellung der Rechtskraft damit begründet, dass kein Rechtsmittel gegen die betreffenden Ziffern des bezirksrätlichen Beschlusses ergriffen worden sei. Dass es die gleichen Ziffern anschliessend urteilsweise aufgehoben hat, stützt sich offensichtlich auf die Anwendung der Offizialmaxime in Kinderbelangen und ist Folge der Aufhebung jeglichen Besuchsrechts.

Der Beschwerdeführer zeigt nicht auf, welche Rechtssätze dadurch verletzt sein sollen. Im Übrigen wird das Obergericht je nach konkreter Ausgestaltung des noch festzusetzenden Besuchsrechts ohnehin eine angepasste Regelung erlassen müssen.

6.

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beschwerde dahingehend gutzuheissen ist, dass das Urteil des Obergerichts Zürich vom 26. August 2013 aufzuheben und die Sache zur neuen Entscheidung im Sinn der Erwägungen an das Obergericht zurückzuweisen ist.

Bei diesem Verfahrensausgang rechtfertigt es sich, die Gerichtskosten den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen (Art. 66 Abs. 1 BGG) und die Parteikosten wettzuschlagen (Art. 68 Abs. 1 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
In dahingehender Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 26. August 2013 aufgehoben und die Sache zur neuen Entscheidung im Sinn der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.

2.
Die Gerichtskosten von Fr. 1'000.– werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt.

3.
Jede Partei trägt ihre eigenen Parteikosten.

4.
Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 17. Oktober 2014
Im Namen der II. zivilrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: von Werdt

Der Gerichtsschreiber: Möckli