

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr. LQ100090-O/U

Mitwirkend: die Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Dr. G. Pfister und Oberrichterin Dr. M. Schaffitz sowie die Gerichtsschreiberin lic. iur. R. Blesi Keller

Beschluss vom 5. August 2011

in Sachen

A. _____,

Gesuchsteller und Rekurrent

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Gesuchstellerin und Rekursgegnerin

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____

betreffend **vorsorgliche Massnahmen (Abänderung Besuchsrecht, Prozessbeistandschaft)**

Rekurs gegen eine Verfügung des Einzelrichters im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 8. Abteilung, vom 18. November 2010 (FE081044)

Erwägungen:

I.

1. Die Parteien heirateten am tt.mm.1998. Aus der Ehe gingen zwei Kinder, C._____, geboren tt.mm.1998, und D._____, geboren tt.mm.2000 hervor. Seit Juli 2008 ist bei der Vorinstanz ein Scheidungsverfahren anhängig. Mit Verfügung vom 5. November 2008 wurden C._____ und D._____ für die Dauer des Verfahrens unter die Obhut der Gesuchstellerin und Rekursgegnerin (fortan Gesuchstellerin) gestellt. Das Besuchsrecht des Gesuchstellers und Rekurrenten (fortan Gesuchsteller) wurde vereinbarungsgemäss wie folgt geregelt (Urk. 7/18 S. 3f.):

"(...)

5. Die Vereinbarung der Parteien vom 21. Oktober 2008 wird hinsichtlich der Kinderbelange genehmigt und im Übrigen vorgemerkt. Sie lautet wie folgt:

(...)

2. (Zuteilung der elterlichen Obhut für die Kinder C._____, geb. tt.mm.1998, und D._____, geb. tt.mm.2000, an die Gesuchstellerin)

3. **Besuchsrecht**

Die Parteien regeln das Besuchsrecht (inklusive Ferien- und Feiertagsbesuchsrecht) einvernehmlich unter Berücksichtigung der Wünsche der Kinder. Im Konfliktfall gilt folgende Regelung:

Der Gesuchsteller ist berechtigt, die Kinder

- jedes zweite Wochenende, am zweiten Tag der Doppelfeiertage Weihnachten und Neujahr sowie in geraden Jahren von Ostersonntag bis und mit Ostermontag und in ungeraden Jahren von Pfingstsonntag bis und mit Pfingstmontag

auf eigene Kosten zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen.

Ausserdem ist der Gesuchsteller berechtigt, die Kinder während der Schulferien für die Dauer von 6 Wochen pro Jahr auf eigene Kosten zu sich oder mit sich in die Ferien zu nehmen.

Der Gesuchsteller verpflichtet sich, die Ausübung des Ferienbesuchsrechts mindestens zwei Monate im Voraus anzumelden beziehungsweise mit der Gesuchstellerin abzusprechen.

(...)."

Mit Eingabe vom 30. März 2010 beantragte der Gesuchsteller die Abänderung der angeführten Besuchsrechtsregelung sowie die Bestellung eines Prozessbeistandes für die Kinder (Urk. 7/93 S. 2). Für den Verlauf des erstinstanzlichen Verfahrens ist auf die angefochtene Verfügung zu verweisen (Urk. 3 S. 4f.).

2. Mit Verfügung vom 18. November 2010 entschied die Vorinstanz wie folgt (Urk. 3 S. 19f.):

"(...)

2. Der Antrag auf Bestellung einer Prozessbeistandschaft für die Kinder C._____ und D._____ wird einstweilen abgewiesen.
3. Der Antrag auf eine zweite Anhörung der Kinder C._____ und D._____ wird einstweilen abgewiesen.
4. Der Eventualantrag auf Anordnung einer kinderpsychiatrischen Begutachtung wird abgewiesen.
5. Das mit der Vereinbarung der Parteien vom 21. Oktober 2008 geregelte und mit Disp.-Ziff. 5/3 Verfügung vom 5. November 2008 genehmigte Besuchsrecht wird wie folgt abgeändert:

3. Besuchsrecht

Der Gesuchsteller ist berechtigt, die Kinder C._____ und D._____ jedes zweite Wochenende von Freitagabend, 18.00 Uhr, bis am Sonntagabend, 18.00 Uhr, am zweiten Tag der Doppelfeiertage Weihnachten und Neujahr, von 10.00 Uhr bis 18.00 Uhr, sowie in geraden Jahren von Karfreitag, 18.00 Uhr, bis und mit Ostermontag, 18.00 Uhr, und in ungeraden Jahren von Pfingstsamstag, 10.00 Uhr, bis und mit Pfingstmontag, 18.00 Uhr, auf eigene Kosten zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen.

Ausserdem ist der Gesuchsteller berechtigt, die Kinder während der Schulferien für die Dauer von 6 Wochen pro Jahr auf eigene Kosten zu sich oder mit sich in die Ferien zu nehmen.

Der Gesuchsteller verpflichtet sich, die Ausübung des Ferienbesuchsrechts mindestens zwei Monate im Voraus anzumelden beziehungsweise mit der Gesuchstellerin abzusprechen.

Im Übrigen werden die von den Parteien im Zusammenhang mit dem Besuchsrecht gestellten Anträge abgewiesen.

6. Die Kosten- und Entschädigungsfolgen werden im Endentscheid geregelt.
7. [Mitteilungssatz]
8. [Rechtsmittelbelehrung]."

3. Mit Eingabe vom 6. Dezember 2010 erhob der Gesuchsteller fristgerecht einen Rekurs gegen die vorerwähnte Verfügung und stellte die folgenden Anträge (Urk. 2 S. 2f.):

- "1. Es sei der erstinstanzliche Entscheid aufzuheben,
 2. es sei in Abänderung von Ziff. 5 der Verfügung betr. vorsorgliche Massnahmen vom 5. November 2008 das Besuchsrecht des Gesuchstellers gemäss Ziff. 3 der gerichtlich genehmigten Vereinbarung der Parteien wie folgt festzulegen:
 - 2.1. in den ungeraden Monaten (Januar, März etc.) jeweils am ersten und dritten Wochenende von Freitag Schulschluss (Gesuchsteller holt Kinder von der Schule ab) bis Montag Schulbeginn (Gesuchsteller bringt die Kinder zur Schule);
 - 2.2. In den geraden Monaten (Februar, April etc.) jeweils am ersten, zweiten und dritten Wochenende von Freitag Schulschluss (Gesuchsteller holt Kinder von der Schule ab) bis Montag Schulbeginn (der Gesuchsteller bringt die Kinder zur Schule);
 - 2.3. Am zweiten Tag der Doppelfeiertage Weihnachten und Neujahr sowie in geraden Jahren von Ostersonntag bis und mit Ostermontag und in ungeraden Jahren von Pfingstsonntag bis und mit Pfingstmontag;
 - 2.4. während den Schulferien für die Dauer von sechs Wochen, wobei der Gesuchsteller die Ausübung des Ferienbesuchsrechtes mindestens drei Monate im Voraus anzumelden bzw. mit der Gesuchstellerin abzusprechen hat.
 3. Es sei den beiden Kindern C._____, geb. tt.mm.1998, und D._____, geb. tt.mm.2000, im Scheidungsprozess der Parteien ein Prozessbeistand i.S.v. Art. 146 ZGB zur Seite zu stellen; ausserdem sei eine nochmalige Befragung der Kinder (wenn möglich durch eine kinderpsychologisch geschulte Person) durchzuführen;
- unter Kosten- und Entschädigungsfolge (inkl. Mehrwertsteuer und Barauslagen) zu Lasten der Rekursgegnerin."

4. Die Rekursantwort, mit welcher die Gesuchstellerin um vollumfängliche Abweisung des Rekurses unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten des Gesuchstellers ersucht, erging am 12. Januar 2011 (Urk. 10 S. 2). Es folgten weitere Eingaben der Parteien, welche jeweils der Gegenpartei zur Kenntnisnahme gebracht wurden resp. bezüglich welchen ihnen, soweit notwendig, Frist zur Stellungnahme angesetzt wurde. Am 25. Mai 2011 fand eine Anhörung von C._____ und D._____ statt (Urk. 16; Urk. 19; Urk. 24; Urk. 27; Urk. 31; Urk. 34; Urk. 35).

5. Die Vorinstanz hat auf eine Vernehmlassung verzichtet (Urk. 8).

6. Auf das vorliegende Verfahren finden weiterhin die Zivilprozessordnung sowie das Gerichtsverfassungsgesetz des Kantons Zürich und die Verfahrensvorschriften gemäss ZGB Anwendung (Art. 404 Abs. 1 ZPO und Art. 135 bis 149 aZGB).

II.

A. Besuchsrecht

1. Das Besuchsrecht des Gesuchstellers richtet sich nach der von den Parteien am 31. Oktober 2008 geschlossenen und am 5. November 2008 gerichtlich genehmigten (vorab angeführten; vgl. I Ziffer 1) Vereinbarung. Die Vorinstanz hat die geltende Regelung insoweit abgeändert, als sie den Beginn des Wochenendbesuchsrechts auf Freitagabend, 18.00 Uhr, und dessen Ende auf Sonntagabend, 18.00 Uhr, festlegte. Sodann hat sie die Zeiten des Feiertagsbesuchsrechts geregelt. Dies geschah im Wesentlichen mit der Begründung, die Gesuchstellerin habe die eheliche Liegenschaft in E._____ mit den Kindern im Juli 2008 verlassen. Zunächst habe sie mit den Kindern in F._____ mit einer Kollegin und deren Kindern gewohnt. Mit Verfügung vom 5. November 2008 seien die Obhut und das Besuchsrecht vereinbarungsgemäss geregelt worden. Am 22. Januar 2009 seien C._____ und D._____ angehört worden. Damals sei der Umzug von ihnen und der Gesuchstellerin nach G._____ bereits in die Wege geleitet gewesen. Am 26. Januar 2009 hätten die Parteien eine Scheidungskonvention mit einem ausgedehnten Besuchsrecht unterzeichnet. Diese Vereinbarung sei von der Gesuchstellerin bestätigt worden. Der Gesuchsteller habe sie hingegen - unter Hinweis auf eine Veränderung seiner Einkommensverhältnisse - nicht bestätigt. Seit zirka Januar/Februar 2009 lebe die Gesuchstellerin mit den Kindern in G._____. Es sei unzulässig, in diesem Stadium des Verfahrens eine Begründung für die Genehmigung des am 21. Oktober 2008 vereinbarten Besuchsrechts nachzuliefern. Sodann stehe es dem Gericht nicht zu, nachträglich über Gründe zu spekulieren, welche die Parteien dazu bewogen hätten, die Scheidungskonvention vom 26. Januar 2009 zu unterzeichnen. Entscheidend sei, dass diese Konvention nicht bestätigt worden sei. Keine Partei sei daran gebunden. Demnach stehe zum einen nicht fest, welche Prognosen der genehmigten Vereinbarung vom 21. Oktober 2008 zugrunde gelegen hätten. Somit könne auch nicht der Schluss gezogen werden, diese Prognosen hätten sich im Nachhinein als unzutreffend erwiesen.

Zum andern könne für einen solchen Schluss nicht auf die Scheidungskonvention vom 26. Januar 2009 abgestellt werden. Ein Teil der Vorbringen des Gesuchstellers (Umzug nach G._____, angeblicher Abbruch der Beziehungen zur Familie in F._____, angeblich weitestgehende und ungenügende Fremdbetreuung der Kinder, starke Beschäftigung der Gesuchstellerin mit ihrer Ausbildung, angeblich zu geringe Unterstützung der Kinder bei den Schulaufgaben und Möglichkeit zur Ausübung von Hobbies praktisch nur am Wochenende beim Vater), so die Vorinstanz weiter, richteten sich primär gegen die Gesuchstellerin als Mutter/Obhutsinhaberin. Es sei nicht ersichtlich, wie die angeblich ungenügende Ausübung der Obhutsfunktion durch ein zusätzliches Besuchswochenende und zusätzliche Übernachtungen vor bzw. nach den Besuchswochenenden kompensiert würde. Die Obhutszuteilung sei nicht Gegenstand des Entscheides. Die Gesuchstellerin sei in der Lage, die Kinder zu erziehen und zu betreuen. Es folgen Ausführungen zu den aufgestellten Behauptungen bezüglich der angeblich ungenügenden Ausübung der Obhutsfunktion durch die Gesuchstellerin. Ein Teil der Vorbringen des Gesuchstellers, so die Vorinstanz weiter, beschlage Umstände, die bereits vor Abschluss der Vereinbarung über das Besuchsrecht dem Gericht zumindest im Ansatz zur Kenntnis gebracht worden seien (Fremdbetreuung der Kinder, Auffälligkeiten von D._____ im Hort, Verschlechterung der Situation durch die Trennungssituation) bzw. laut dem Gesuchsteller bekannt gewesen seien (Kinds-Statur). Auch hier handle es sich nicht um eigentliche Veränderungen, die typischerweise eine Ausdehnung des Besuchsrechts rechtfertigen würden. Es sei nicht ersichtlich, wie die vom Gesuchsteller geltend gemachten Umstände durch ein weiteres Besuchsrecht aufgewogen würden. Der Wunsch des Gesuchstellers nach mehr Kontakten zu den Kindern stelle keinen Abänderungsgrund dar. Den Wünschen der Kinder sei angemessen Rechnung zu tragen. C._____ und D._____ seien am 22. Januar 2009, also nach Abschluss der Vereinbarung der Parteien, angehört worden. Aus dem Ergebnis der Kinderanhörung gehe klar hervor, dass die Kinder ein sehr gutes Verhältnis nicht nur zur Mutter sondern auch zum Vater hätten. Konkrete Anhaltspunkte, aufgrund derer eine Ausdehnung des Besuchsrechts zwischen den Kindern und dem Gesuchsteller grundsätzlich ausser Betracht fiel, lägen nicht vor. Die Versicherung des Gesuchstellers, er werde

die Kinder vor jeglicher Gefährdung (auch vor Avancen Dritter) bewahren, erscheine glaubhaft. Es sei davon auszugehen, dass dem Gesuchsteller bewusst (geworden) sei, dass es Risiken (wie Kämpfen, Schaukeln in der Hängematte) mit allen Mitteln zu vermeiden bzw. auf ein allgemein übliches Mass zu vermindern gelte, und dass er willens und fähig sei, entsprechend mit den Kindern umzugehen. Es sei auch nicht zu übersehen, dass die Parteien Nebensächlichkeiten (wie Kopfläuse etc. bei den Kindern) oder Einzelvorkommnisse (wie das Vergessen des Sonnenschutzes für die Kinder) in den Prozess eingebracht hätten, mit denen ein Grossteil der Eltern bei der Erziehung ihrer Kinder konfrontiert werde, und aus denen nachteilige Folgen für die Kinder erfahrungsgemäss nicht in allen Fällen vermieden werden könnten. Die Parteien seien zur nötigen Sorgfalt und Umsicht in diesen Belangen anzuhalten. Ähnliches gelte mit Bezug auf weitere Details (Herausgabe von Bekleidung/Ausrüstung für die Kinder etc.). Ein Bericht von Dr. H.____ (der Psychotherapeutin von D.____), so die Vorinstanz weiter, wonach eine Ausdehnung des Besuchsrechts dem Wohl der Kinder grundsätzlich zuwiderliefe, liege nicht vor. Der schlüssige schulpsychologische Bericht von I.____, welcher zusammenfassend festhalte, dass sich der Verdacht auf eine ADHS-Problematik bei D.____ durch die vorgenommene Abklärung weder bestätigen noch ausschliessen lasse, dass bei D.____ aber emotionale Belastungsanzeichen feststellbar seien, die möglicherweise mit einer momentan für ihn schwierigen Lebenssituation zusammenhängen würden (Scheidungssituation der Eltern) und es ratsam sei, diese emotionale Belastung zu reduzieren, bestätige den Eindruck, den sich das Gericht im Rahmen der Anhörung von D.____ und C.____ habe bilden können. Aufgrund des Berichts erschliesse sich dem Gericht zudem ohne Weiteres und klar, dass die Probleme von D.____ aus der Beziehungsproblematik der Eltern herrührten. Ein direkter Zusammenhang zwischen dem Besuchsrecht und dem Verhalten von D.____ in der Schule sei nicht auszumachen. Die Gesuchstellerin habe dazu einen Einzelfall angeführt. Eine negative Auswirkung auf das Kindeswohl durch ein erweitertes Besuchsrecht sei nur indirekt anzunehmen, nämlich dann, wenn die Parteien D.____ (und C.____) im Rahmen des Besuchsrechts in ihre Beziehungsproblematik miteinbeziehen würden. Dies sei indessen auch im Rahmen des vereinbarten Besuchsrechts möglich

und somit kein Grund, von einer Ausdehnung des Besuchsrechts abzusehen. Bei C._____ seien keine (akuten) Probleme aktenkundig. Nach dem Vorstehenden scheine es in Nachachtung der Interessen/Wünsche der Kinder angezeigt, das Besuchsrecht leicht auszudehnen und zeitlich zu fixieren. Von der Regelung von telefonischen Kontakten und entsprechenden Modalitäten sah die Vorinstanz ab. Eine erneute Anhörung der Kinder sah sie als nicht angezeigt an. Eines Gutachtens, wie von der Gesuchstellerin beantragt, bedürfe es nicht (Urk. 3 S. 7ff.).

2.1. Der Gesuchsteller beantragt nun rekursweise eine Ausdehnung des Wochenendbesuchsrechts auf Freitag nach Schulschluss bis Montagmorgen Schulbeginn und auf (in den geraden Monaten) drei Wochenenden. Zur Begründung seiner Anträge führt er in der Rekurschrift an, der erstinstanzliche Entscheid stelle faktisch gegenüber der bislang gelebten Regelung einen Rückschritt dar. Bis dato seien die Zeiten nicht gerichtlich definiert gewesen. Üblicherweise habe er die Kinder am Freitag direkt von der Schule abgeholt (spätestens um 16.00 Uhr) und sie am Sonntagabend, nachdem man gemeinsam gegessen, abgeräumt und zusammengepackt habe, spätestens um 20.00 Uhr zurück gebracht. Die angefochtene Regelung stelle eine Verminderung der Wochenendbesuche um mindestens vier Stunden dar. Die Besuchsrechtsregelung gemäss Verfügung vom 5. November 2008 habe auf der Annahme beruht, sie werde nur für sehr kurze Dauer Geltung haben. Nunmehr seien mehr als zwei Jahre vergangen. Die Annahme habe sich somit als ungerechtfertigt erwiesen. Die Kinder seien erst nach Abschluss der Trennungsvereinbarung vom 21. Oktober 2008 angehört worden. Beide hätten sich klar dahingehend geäußert, dass sie ihn häufiger und öfter sehen möchten. Diese Aussagen hätten keinen Niederschlag in der Trennungsvereinbarung gefunden, dürften aber kausal für das in die Scheidungsvereinbarung aufgenommene (vom Gericht vorgeschlagene) ausgedehnte Besuchsrecht gewesen sein. Der Wunsch der Kinder stelle eine neue Erkenntnis und damit eine gegenüber dem Zeitpunkt des Abschlusses der Trennungsvereinbarung eingetretene Veränderung dar. Die Ausführungen der Vorinstanz, wonach die Defizite, welche er bei der Ausübung der Obhut durch die Gesuchstellerin gerügt habe, durch ein zusätzliches Besuchswochenende bei ihm nicht kompensiert werden könnten, seien nicht nachvollziehbar. Er kümmere sich in eigener Person um

die Kinder und schiebe sie nicht ständig an Dritte ab. Er sei für sie da und nehme sich die nötige Zeit für ihre Anliegen. Er arbeite mit ihnen für die Schule. Es gehe nicht an, dass er in der ihm knapp bemessenen Zeit die Defizite der Gesuchstellerin ausbügeln müsse. Genau aus diesem Grunde verlange er ein erweitertes Besuchsrecht, damit er daneben auch ganz normal mit den Kindern zusammen sein könne. Er habe das Abänderungsgesuch nicht mit seinem Wunsch nach mehr Kontakt zu den Kindern begründet, sondern damit, dass die Kinder den Wunsch hätten, ihn öfters zu sehen. Die Vorinstanz selbst halte fest, es lägen keine Anhaltspunkte vor, aufgrund welcher eine Ausdehnung des Besuchsrechts ausser Betracht fiele. Die Vorinstanz habe es weitestgehend unterlassen, sich vertieft mit seinen Argumenten für eine Abänderung des Besuchsrechts auseinanderzusetzen (Urk. 2 S. 2ff.).

2.2. Mit Eingabe vom 9. März 2011 berief sich der Gesuchsteller darauf, die Behauptung der Gesuchstellerin, er wolle die Wochenenden mit den Kindern "unbelastet von schulischen Angelegenheiten" geniessen, sei tatsachenwidrig. Ganz im Gegenteil sei es die Gesuchstellerin, welche sich nicht mit schulischen Angelegenheiten belasten wolle, was zu erheblichen Schulproblemen führe. Die Schulaufgaben würden nur höchst unzureichend erledigt. Die Kinder - insbesondere C._____ - kämen ständig zu spät zur Schule. C._____ weise unzureichende Schulleistungen aus und sei verhaltensauffällig. Die Gesuchstellerin sehe es als unnötig an, dass auch C._____ zu einer neutralen Fachperson gehe. Er sei es, welcher im Rahmen seiner - angesichts der fehlenden Obhut und den eingeschränkten Kontaktregelungen naturgemäss beschränkten - Möglichkeiten die Kinder unterstütze und fördere. Um die hierfür notwendigen Informationen müsse er sich in der Regel selber kümmern (z.B. Schulzeugnisse). Die Gesuchstellerin informiere ihn nicht. Ohne seine Hilfe bei den Schulaufgaben an den Besuchswochenenden sähe die Situation mit einiger Sicherheit noch erheblich düsterer aus. Eine Rückkehr der Kinder erst am Montagmorgen und direkt in die Schule entspreche deren ausdrücklichem Wunsch. Die Gesuchstellerin sei mobil. Ihr stehe anscheinend das Fahrzeug ihres Lebenspartners frei zur Verfügung. Er könne schwerlich nachvollziehen, wieso er nicht nur in seinen Kontakten zu den Kindern beschränkt bleiben solle, sondern auch noch für sämtliche Transporte alleine auf-

zukommen habe und dies zu den von der Gesuchstellerin diktierten Bedingungen (Urk. 16 S. 2ff.).

2.3. Mit Schreiben vom 7. April 2011 teilte der Gesuchsteller dem Gericht mit, dass D._____ seit über einem Monat mit Ritalin behandelt werde. Er sei von der Gesuchstellerin weder über die medizinischen Abklärungen noch über den betreffenden Entscheid informiert worden. C._____ stehe offenbar in kinderpsychologischer Behandlung. Hiervon habe er erst erfahren, als ihn die behandelnde Psychologin kontaktiert habe. Er habe den Eindruck, den Kindern gehe es nicht gut (Urk. 19).

2.4. Mit Eingabe vom 14. Juni 2011 nahm der Gesuchsteller zur Kindesanhörung und zu Noven Stellung. Er führte an, die Kinder seien gerne beim ihm und wünschten sich, mehr bei ihm zu sein. Aus beiden Kinderbefragungen seien keinerlei Anhaltspunkte ersichtlich, die gegen eine Ausdehnung des Besuchsrechts sprechen würden. Beide Kinder hätten sich mit der Situation, wie sie nun einmal sei, erstaunlich gut arrangiert. C._____ sei in E._____ nach wie vor mehr verwurzelt als in G._____. Sie wünsche sich, drei anstelle von lediglich zwei Wochenenden pro Monat beim Vater zu verbringen und habe keine Probleme damit, erst am Montagmorgen zurückgebracht zu werden. C._____ sei 13 Jahre alt. Ihr Wunsch sollte berücksichtigt werden. Das Ritalin sei offensichtlich auch für D._____ selbst ein Problem. D._____ finde, dass die Probleme "zerredet" würden und die Erwachsenen viel zu viel Theater machten. Für ihn seien weder die Wechsel von einem Elternteil zum andern ein Problem, noch sei es für ihn schwierig, alle Sachen für das Wochenende in die Schule mit zu nehmen. Die Aufgaben könne D._____ auch bei ihm, dem Gesuchsteller machen, und tue dies offensichtlich auch. Zu den Noven führte der Gesuchsteller an, C._____ habe die Gymiprüfung nicht nur gerade "knapp" nicht bestanden. Vor zirka zwei Wochen habe ihr Lehrer den Eltern mitgeteilt, dass sie leistungsmässig wieder eingebrochen sei und Hausaufgaben oft nicht gemacht seien. Diesbezüglich habe sich offensichtlich entgegen den Behauptungen der Gesuchstellerin keine Besserung eingestellt. Hierfür sei nicht er verantwortlich. Der Ritalintherapie stehe er skeptisch gegenüber. Er habe mit D._____, welcher zehn Jahre alt und urteilsfähig sei, über die Ritalintherapie ge-

sprochen. Dieser habe es als grosse Erleichterung empfunden, dass endlich einmal jemand mit ihm und nicht nur über ihn rede. D. _____ sei nicht bearbeitet worden. Er habe ihm zwar gesagt, dass er selbst der Sache eher skeptisch gegenüberstehe, ihm jedoch nahegelegt, sich selbst zu beobachten und zu schauen, wie es ihm dabei gehe, und seine eigenen Entscheidungen zu treffen. Wenn es D. _____ tatsächlich besser gehe, sei er froh. Seine Auffassung über Ritalin sei weder exotisch noch abwegig. Dadurch, dass die Gesuchstellerin eingeständenermassen ihn nicht vorab über die Ritalintherapie informiert habe, habe sie Art. 275a ZGB verletzt. Er sei nach wie vor Mitinhaber der elterlichen Sorge und habe ein Mitentscheidungsrecht (Urk. 31 S. 2ff.).

3.1. Die Gesuchstellerin führte in der Rekursantwort an, ein faktischer Rückschritt liege nicht vor. Die Zeiten seien bis anhin nicht geregelt gewesen. "Jedes zweite Wochenende" hätte als gerichtsbliches Wochenendbesuchsrecht von Samstagmorgen bis Sonntagabend verstanden werden können. Sie bestritt, dass die von ihr gewährte Ausdehnung üblicherweise von Freitag direkt nach der Schule bis Sonntagabend nach dem Essen gedauert habe. Der Gesuchsteller wolle die Besuchswochenenden unbelastet von schulischen Angelegenheiten geniessen. Die Kinder würden die Schulwoche noch damit abschliessen, dass sie ihre Schul-sachen nach Hause brächten, sich kurz ausruhten und dann vom Gesuchsteller abgeholt würden. Gleich sei es am Sonntagabend. Die Kinder würden sich nach der Rückgabe wieder auf die kommende Schulwoche vorbereiten. Diesbezüglich sei es zu verspäteten Rückgaben gekommen. Es sei richtig, dass der Rückgabezeitpunkt auf 18.00 Uhr festgelegt werde. Die Gesuchstellerin verweist auf einen Vorfall, bei welchem der Gesuchsteller die Rückgabe der Kinder erst am Montagmorgen "erzwungen" habe. Tatsächlich habe sie, nach entsprechender Absprache, während den Ferien eine Rückgabe am Montagmorgen akzeptiert. Es müsse als eigentliche Erpressung des Gesuchstellers verstanden werden, wenn sie lediglich die Wahl habe, die Kinder in E. _____ abzuholen oder er sie erst am Montagmorgen bringe, wenn der Gesuchsteller wisse, dass sie nicht mobil sei. Die Vorinstanz habe die Vorbringen der Parteien einzeln und detailliert geprüft. Der Gesuchsteller habe durch den Verkauf seiner Firma und durch die Verschleierung seines Einkommens massgeblich zur angespannten Situation und schlech-

ten Kommunikation zwischen den Parteien beigetragen. Am 31. Oktober 2008 hätten die Beteiligten nicht wissen können, dass die unterzeichnete Vereinbarung bereits nach wenigen Monaten am 26. Januar 2009 durch eine Scheidungsvereinbarung (vermeintlich) ersetzt würde. Die lange Verfahrensdauer und damit die lange Dauer der vorsorglichen Massnahmeregelung habe allein der Gesuchsteller durch den Widerruf der Scheidungsvereinbarung verursacht. Eine Begründung der Verfügung vom 5. November 2008 sei nicht verlangt worden. Es könne davon ausgegangen werden, dass die Vereinbarung dem Willen beider Eltern entsprochen habe und sich das Gericht in der nachfolgenden Anhörung der Kinder davon überzeugt habe, dass die Vereinbarung betreffend vorsorgliche Massnahmen dem Kindeswohl entspreche. Der Gesuchsteller habe in Kenntnis der Anhörung und nach erfolgtem Widerruf der Scheidungskonvention noch bis im Dezember 2009 damit zugewartet, einen Abänderungsantrag zu stellen. Die Kinder hätten sich im Januar 2009 für einen regen Kontakt mit dem Vater ausgesprochen. Ein solcher werde nun im Rahmen der Möglichkeiten bei hoch strittigen Eltern gelebt. Sie schiebe die Kinder nicht an Dritte ab. Ihre Ausbildung ermögliche ihr eine flexible Tagesgestaltung. Der Gesuchsteller "bügeln" keine "Defizite der Mutter" aus. Die Vorinstanz habe nachvollziehbar dargelegt, dass sie in der Lage sei, die Kinder zu erziehen und zu betreuen. Bei der von der Vorinstanz angeordneten und von ihr akzeptierten Besuchsrechtsregelung handle es sich bereits um ein ausge dehntes Besuchsrecht. Der Wunsch der Kinder könne bei einer massiv gestörten Kommunikation der Eltern ihrem Wohl entgegenstehen (Urk. 10 S. 3ff.).

3.2. In der Stellungnahme vom 9. Mai 2011 brachte die Gesuchstellerin vor, der Gesuchsteller versuche darüber hinwegzutäuschen, dass er ohne Berechtigung oder Absprache seit Jahresbeginn 2011 die Besuchswochenenden ausgedehnt habe und die Kinder entgegen deren deutlich geäussertem Wunsch erst am Montagmorgen zu ihr nach Hause zurückbringe. Aus objektiver Betrachtungsweise gebe es einen guten Grund dafür, weshalb bei stark zerstrittenen Eltern das Besuchswochenende am Sonntagabend ende. Insbesondere in der Primarschule könnten die Kinder so am Ort, von welchem aus sie am Montag in die Schule gingen, in aller Ruhe ankommen und sich auf die nachfolgende Schulwoche vorbereiten. C._____ und D._____ hätten konkrete Reaktionen gezeigt. Der Gesuch-

steller halte sich bei der Abholung der Kinder nicht an eine Regel. Sie wisse nie, zu welcher Zeit er die Kinder hole. Manchmal hole er sie direkt von der Schule ab. Manchmal gingen die Kinder nach Hause und würden dort abgeholt. Beide Kinder seien durch die angespannte Situation der Eltern belastet. Dies sei nicht ohne Auswirkungen auf ihre schulischen Leistungen geblieben. C._____ könne jedoch mit einer Einteilung in die Sek A rechnen. Ihre schulischen Leistungen seien nach einem temporären Tief wieder auf hohem Niveau. Sie, die Gesuchstellerin, löse täglich mit ihr Aufgaben und übe auf Prüfungen. C._____ besuche zusätzlich einen "Gymivorbereitungskurs" im J._____ in F._____. Damit C._____ in der schwierigen familiären Situation gestärkt werden könne, besuche sie seit einigen Wochen eine Therapie bei der Kinderpsychologin Frau K._____. Sie habe Frau K._____ beauftragt, den Gesuchsteller direkt über die Therapie zu informieren, um allfälligen Oppositionsversuchen entgegenzuwirken. Die Erledigung der Hausaufgaben an den Vaterwochenenden erfolge nach Lust und Laune. Sie verfüge über kein Auto. Das Auto ihres Lebenspartners sei ein Firmenfahrzeug und stehe ihr nicht zur freien Verfügung. D._____ nehme auf Anraten seiner Lehrerin, Frau L._____, seiner Psychotherapeutin, Frau Dr. H._____, sowie seines Kinderarztes, Dr. med. M._____, Ritalin ein. Er habe vermehrte Verhaltensauffälligkeiten in der Schule gezeigt. Sie habe sich mit dem Entscheid schwer getan, aber in einen Versuch mit Ritalin eingewilligt. Dieser laufe seit zirka zwei Monaten und zeige bereits sehr positive Wirkungen. Das soziale Verhalten von D._____ sowie seine Schulnoten hätten sich massiv verbessert. Nach Rücksprache mit dem Arzt und der Therapeutin sei der Gesuchsteller, welcher einen esoterisch orientierten Lebensstil pflege und bis dahin konsequent gegen ihre Entscheidungen intrigiert habe, nicht vorab über das Vorhaben informiert worden. Als D._____ dem Gesuchsteller erzählt habe, er nehme Ritalin und schreibe seither gute Noten, habe ihn dieser bearbeitet, um ihn davon zu überzeugen, dass sie ihm Drogen gebe. Man habe den Sonntag am Internet verbracht, um Negativberichte über Ritalin zu lesen (Urk. 24 S. 2ff.).

3.3. In der Stellungnahme zur Kindesanhörung führt die Gesuchstellerin an, C._____ schildere nachvollziehbar und ohne die Vornahme von Wertungen wie ihr Leben derzeit ablaufe. Sie agiere vorsichtig, um beiden Eltern gerecht zu wer-

den. Nicht der Realität entspreche, dass der Gesuchsteller C._____ jeweils eine halbe Stunde nach Schulschluss zu Hause abhole. Manchmal hole er sie auch direkt von der Schule ab. Die Sachen für den Montag müsse C._____ nicht mitnehmen, denn der Gesuchsteller bringe die Kinder am Montagmorgen nicht direkt in die Schule, sondern zu ihr nach Hause. Die Kinder müssten dort in Eile noch alle Vorbereitungen für den Schultag treffen (sich umziehen und kämmen, die Schulsachen bereit stellen und sich auf den Schulweg machen). Sie habe immer gewünscht, dass die Kinder am Freitag direkt vom Gesuchsteller in der Schule abgeholt würden. Am Montagmorgen sei diese Art der Übergabe aber unpraktikabel. C._____ fände es "cool" an drei Wochenenden beim Gesuchsteller zu sein. Sie weiche diese Aussage aber selber wieder auf, indem sie erkläre, so wie es jetzt sei (unter der Woche bei der Gesuchstellerin und an zwei Wochenenden beim Gesuchsteller), fände sie gut. Als ihren grössten Wunsch bezeichne C._____, ein eigenes Pferd haben zu dürfen. Hier zeige sich, wie kindlich C._____ in ihren Äusserungen sei. Sie werde wohl in diesen Tagen 13 Jahre alt und sei offensichtlich in der Lage, ihre Wünsche zu formulieren, hingegen sei es Sache der Eltern bzw. des Gerichts, im Rahmen des Kindeswohls eine Wertung dieser Wünsche vorzunehmen. D._____ habe offenbar die Informationen, welche er vom Gesuchsteller über Ritalin erhalten habe, so verinnerlicht, dass diese bei ihm tiefe Ängste ausgelöst hätten. Ihr sei nichts anderes übrig geblieben, als das Medikament temporär abzusetzen. Das Verhalten von D._____ habe sich frappant verändert. Mittels der Lehrerin habe er wieder davon überzeugt werden können, dass es ihm mit dem Medikament besser gehe. Dies sei nur möglich gewesen, weil feiertagsbedingt das Wochenende beim Gesuchsteller ausgefallen sei. Eine erneute Absetzung sei zu befürchten. Der Appell von D._____ an die Eltern sei klar: Es solle endlich eine für Alle tragbare Lösung gefunden werden. Sein Loyalitätskonflikt sei derart fortgeschritten, dass er über Dinge entscheiden dürfe, welche die Eltern zu entscheiden hätten (Einnahme/Absetzung von Ritalin; Urk. 34 S. 1ff.).

4. Betreffend der notwendigen Voraussetzungen für eine Abänderung der Besuchsrechtsregelung gemäss der Verfügung vom 5. November 2008 ist auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz zu verweisen (§ 161 GVG/ZH; Urk. 3

S. 6 Ziff. 3). Den Wünschen der Kinder ist angemessen Rechnung zu tragen. Hin- gegen bleibt oberste Richtschnur (auch mit fortschreitendem Alter der Kinder) das Kindeswohl. Nach wie vor haben C._____ und D._____ ein sehr gutes Verhältnis zu beiden Elternteilen. Mit der Vorinstanz ist davon auszugehen, dass keine kon- kreten Anhaltspunkte vorliegen, aufgrund derer eine Ausdehnung des Besuchs- rechts zwischen den Kindern und dem Gesuchsteller grundsätzlich ausser Be- tracht fiele (Urk. 3 S. 15). Bei der Prüfung, ob ein Abänderungsgrund vorliegt, ist somit kein besonders strenger Massstab anzusetzen. Die Kinder wurden zwi- schenzeitlich vom Gericht am 25. Mai 2011 nochmals angehört (Urk. 27). Speku- lationen und Erläuterungen darüber, was die Parteien beim Abschluss der Ver- einbarung vom 21. Oktober 2008 gewollt und gedacht haben und ob und wie sich diese Prognosen verwirklicht haben, sowie, warum die Scheidungskonvention vom 26. Januar 2009 ein erweitertes Besuchsrecht enthalten hat, erübrigen sich. Es gilt zu prüfen, was heute dem Kindeswohl entspricht, inwieweit die Wünsche von C._____ und D._____ damit vereinbar sind und ob dies eine Abänderung der Besuchsrechtsregelung erfordert.

5.1. D._____ befindet sich offensichtlich in einem schwerwiegenden Loyali- tätskonflikt (vgl. insbesondere Urk. 27 S. 5, wo er ausführt: "Wenn er sage, er wol- le zwei Wochenenden beim Papi sein und eines beim Mami, sei das Mami 'ver- rückt', und wenn er das Gegenteil sage, sei der Papi 'verrückt'. Das sei schwierig für ihn"). D._____ reagiert auf die Trennung der Eltern und die damit einherge- henden Konflikte. Er nimmt derzeit Ritalin ein. Dies geschieht auf die Empfehlung seines Kinderarztes, seiner Psychotherapeutin und seiner Lehrerin hin. D._____ leidet gemäss seinem Kinderarzt an einem ADHS (Urk. 26/1). Dr. M._____ und Frau Dr. H._____ berichten von positiven Veränderungen von D._____ unter der Einnahme von Ritalin (Urk. 26/1; Urk. 26/2). Seine schulischen Leistungen haben sich verbessert (Urk. 26/3-4).

5.2. C._____ erlitt einen Einbruch in den schulischen Leistungen und fiel durch ihr Benehmen auf, insbesondere im Zusammenhang mit der Erledigung der Hausaufgaben sowie der Tatsache, dass sie zu spät zur Schule kommt (Urk. 18/1-7). Sie führte anlässlich ihrer Anhörung aus, man habe ihr einen Monat Zeit

gegeben, um gute Noten zu schreiben. Diese Chance habe sie gepackt. Sie habe sich in der Schule eingesetzt. Nunmehr werde sie nach den Sommerferien die Sek A besuchen (Urk. 27 S. 1). Aufgrund der neusten Akten ist davon auszugehen, dass C._____ derzeit jedoch wieder "in alte Muster" zurückfällt. Ihre Noten brechen ein. Sie erschien (zumindest ein Mal) zu spät zum Unterricht und ihre Hausaufgaben sind vermehrt unvollständig (Urk. 33/1-2). C._____ ist nunmehr ebenfalls in Therapie; dies bei der Kinderpsychologin Frau K._____ (Urk. 19; Urk. 24 S. 4; Urk. 27 S. 2). Auch an ihr gehen die Konflikte der Eltern offenbar nicht spurlos vorbei.

6.1. Der Gesuchsteller beantragt die Ausdehnung des Wochenendbesuchsrechts auf den Freitagnachmittag ab Schulschluss (Gesuchsteller holt die Kinder in der Schule ab) bis zum Montagmorgen Schulbeginn (Gesuchsteller bringt die Kinder zur Schule; Urk. 2 S. 2). Die Gesuchstellerin wäre damit einverstanden, dass der Gesuchsteller die Kinder am Freitagnachmittag direkt in der Schule abholt. Hingegen habe die Rückgabe der Kinder bereits am Sonntagabend zu erfolgen (Urk. 10 S. 3; Urk. 34 S. 3).

6.2.1. Die Parteien haben das Wochenendbesuchsrechts bis anhin derart gehandhabt, dass die Kinder jeweils bereits am Freitagnachmittag nach der Schule zum Gesuchsteller gingen. Teils wurden sie vom Gesuchsteller direkt von der Schule abgeholt, teils kehrten sie nach Hause zurück und wurden dort abgeholt (Urk. 2 S. 3; Urk. 10 S. 2f.). Die Parteien beantragen an sich übereinstimmend, dass der Gesuchsteller C._____ und D._____ direkt von der Schule abholen solle. Es ist zu prüfen, ob dies dem Kindeswohl entspricht.

6.2.2. Da C._____ in die Oberstufe wechselt, werden die Kinder nach den Sommerferien zwei verschiedene Schulhäuser besuchen (Urk. 27 S. 1). Der Unterricht wird wohl nicht mehr bei beiden Kindern zum gleichen Zeitpunkt enden. Kehren C._____ und D._____ nach Schulschluss noch nach Hause zurück, müssen sie die Sachen für das Wochenende nicht bereits am Freitag mit in die Schule nehmen. Auch Schulsachen, welche nicht für etwaige über das Wochenende zu erledigende Hausaufgaben benötigt werden, könnten noch nach Hause gebracht resp. die notwendigen Sachen für die Erledigung der Hausaufgaben über das

Wochenende eingepackt werden. Für ein Abholen von zu Hause aus spricht so- dann, dass die Kinder so die Schulwoche noch damit abschliessen könnten, dass sie die Schulsachen nach Hause bringen und sich kurz ausruhen. Mithin könnte eine klare Trennung zwischen der Schulwoche, welche sie von der Mutter aus bestreiten, und den Wochenenden beim Vater gezogen werden. Dies würden den Kindern wohl den Wechsel von einem Elternteil zum anderen erleichtern. Auf- grund dieser Tatsachen wäre es zum Wohle der Kinder angezeigt, dass der Ge- suchsteller sie nicht direkt von der Schule abholt.

6.2.3. Gestützt auf die Ausführungen der Kinder ist davon auszugehen, dass sie bis anhin häufiger zu Hause als direkt in der Schule abgeholt wurden (Urk. 27 S. 2 und 4). C._____ findet es denn auch besser, wenn sie der Gesuchsteller zu Hause abholt, mag dies auch in Zusammenhang mit dem Argument, dass sie auch die Sachen für den Montag mitnehmen müsse, ausgesprochen worden sein (Urk. 27 S. 2). D._____ führte an, das Mami wolle, dass er (der Gesuchsteller) sie direkt in der Schule abhole. Sie habe ihm gesagt, dass sie jetzt dann am Freitag- nachmittag arbeite. Für ihn sei es kein Problem, alle Sachen für das Wochenende in die Schule mit zu nehmen (Urk. 27 S. 4). Er äussert damit also primär einen Wunsch der Gesuchstellerin. Von einem klar geäusserten Wunsch und Willen der Kinder, dass sie vom Gesuchsteller jeweils direkt nach Schulschluss in der Schule abgeholt werden, kann somit nicht ausgegangen werden.

6.2.4. Die Kommunikation zwischen den Parteien ist gestört. Kooperations- bereitschaft ist kaum vorhanden. Es ist daher trotz des übereinstimmenden An- trages zum Wohle der Kinder angezeigt, den angeführten objektiven Tatsachen, welchen der Wunsch der Kinder zumindest nicht entgegen läuft, den Vorrang zu geben. Die von den Parteien beantragte Lösung ist vorliegend nicht praktikabel. Auf Seiten der Gesuchstellerin scheint denn auch ein Beweggrund für den gestell- ten Antrag die Tatsache zu sein, dass sie inskünftig am Freitagnachmittag arbei- tet. Dies ist legitim. Sie hat zu arbeiten. Dies wird denn auch vom Gesuchsteller im Rahmen des hängigen Scheidungsverfahrens von ihr verlangt. C._____ ist 13 Jahre alt und D._____ wird im Dezember 11 Jahre alt. Die Kinder haben und wer- den zunehmend ein Alter erreichen, in welchem es ihnen zugemutet werden

kann, ab und zu ein paar Stunden allein zu Hause zu verbringen. Die Sachen für das Wochenende beim Vater können schon am Donnerstagabend gepackt werden. Sodann hätte die Gesuchstellerin jede zweite Woche sowieso für eine Betreuung zu sorgen resp. diese sicherzustellen. Weiter sei bereits an dieser Stelle angefügt, dass sich C._____ und D._____ zunehmend in einem Alter befinden, in welchem sie ihre Freizeitaktivitäten selbständig bestimmen resp. bestimmen werden. Dies wird nicht mehr immer mit einer vom Gericht bestimmten Besuchsregelung vereinbar sein und erfordert von beiden Parteien Flexibilität. Den Kindern ist es sodann auch am Freitag zuzumuten, dass sie "direkt von der Mami-Welt in die Papi-Welt" wechseln (Urk. 34 S. 3). Da die Parteien sich über die Besuchszeiten nicht einigen können, sind diese vom Gericht festzulegen. Es erscheint angemessen, dass der Gesuchsteller die Kinder (auch an/vor den Ostern) am Freitagabend jeweils um 17.00 Uhr abholt. Als Besuchsberechtigter ist es seine Aufgabe, die Kinder pünktlich zu holen und zurückzubringen.

6.3.1. Umstritten ist sodann, ob die Kinder bereits am Sonntagabend zur Gesuchstellerin zurückkehren sollen, oder der Gesuchsteller sie am Montag morgen direkt in die Schule bringt. Der Gesuchsteller bestreitet nicht, dass dies bis anhin (üblicherweise; mit Ausnahmen in den Ferien) nicht so gehandhabt wurde (Urk. 10 S. 3; Urk. 16). Dies ergibt sich sodann aus den Akten (Urk. 12/1-3). Mit hin ist davon auszugehen, dass der Gesuchsteller seit anfangs 2011 eigenmächtig die Kinder erst am Montagmorgen zurückbringt. Weiter bestreitet der Gesuchsteller nicht, dass er die Kinder nicht direkt in die Schule bringt, was mit Verweis auf die vorangehenden Ausführungen (unterschiedliche Schulhäuser, unterschiedliche Stundenpläne) auch wenig Sinn machen würde. Vielmehr bringt der Gesuchsteller die Kinder am Montagmorgen jeweils zur Gesuchstellerin zurück. Bringt der Gesuchsteller die Kinder erst am Montagmorgen, müssen diese früher (da noch der Weg von E._____ nach G._____ zurückgelegt werden muss) und beide gleichzeitig aufstehen. Nachvollziehbar ist sodann, dass eine Heimkehr erst am Montagmorgen zu vermehrter Unruhe beim Wochenstart führt. Unter Berücksichtigung des Kindeswohl erscheint es daher in der Tat angezeigt, dass C._____ und D._____ bereits am Sonntagabend zur Gesuchstellerin zurückkehren, und am Montagmorgen (wie die restlichen Tage der Woche) von dort aus in Ruhe in

die neue Schulwoche starten können. Der Wunsch der Kinder steht dieser Lösung nicht entgegen. C. _____ ist es "egal", wann der Gesuchsteller sie bringt (Urk. 27 S. 2). D. _____ führte an, der Papi wolle, dass er sie erst am Montagmorgen zurück bringe. Er wolle das eigentlich auch. Es wäre schon lässig, etwas länger zu bleiben (Urk. 27 S. 4). Gestützt auf den erwähnten Loyalitätskonflikt, in welchem er sich befindet, muss davon ausgegangen werden, dass dies wohl eher ein Wunsch des Gesuchstellers ist, als von D. _____. Entgegen dem vorinstanzlichen Entscheid erscheint es hingegen angemessen, dass der Rückgabezeitpunkt erst auf 20.00 Uhr festgelegt wird. So können der Gesuchsteller und die Kinder noch gemeinsam das Nachtessen einnehmen. C. _____ und D. _____ werden älter und es kann ihnen zugemutet werden, dass sie sich schnell wieder bei der Gesuchstellerin daheim fühlen. Die Hausaufgaben sollten zu diesem Zeitpunkt bereits erledigt sein, egal bei welchem Elternteil die Kinder das Wochenende verbracht haben. Diesbezüglich sei bereits an dieser Stelle angefügt, dass nicht zu verkennen ist, dass die Kinder mit zunehmendem Alter selbständiger und eigenständiger werden. C. _____ steht anfangs Pubertät. Erledigt sie ihre Hausaufgaben nicht, kann hierfür nicht einfach nur die obhutsinhabende Partei verantwortlich gemacht werden. Vielmehr liegt es auch in der Verantwortung von C. _____ selbst, dass sie insbesondere auch ihren Eltern mitteilt, ob und was für Aufgaben zu erledigen sind, denn nur so kann eine Kontrolle stattfinden. Ob dies erfolgt ist, geht aus den vom Gesuchsteller eingereichten Unterlagen nicht hervor. Sie geben auch keine Auskunft darüber, an welchen Tagen C. _____ die Hausaufgaben nicht oder nur unvollständig gelöst hat (Urk. 33/1-2). Dass C. _____, wenn sie will, durchaus in der Lage ist, ihre Hausaufgaben zu erledigen und nicht zu spät zu kommen, hat sie bereits unter Beweis gestellt, indem sie "die Chance", welche man ihr gegeben hat, um eine Einstufung in die Sek A zu erreichen, "genutzt hat" (Urk. 27 S. 1).

7.1. Weiter beantragt der Gesuchsteller, dass die Kinder in den geraden Monaten jeweils das erste, zweite und dritte Wochenende bei ihm zu Besuch sind (Urk. 2 S. 2). Dem widersetzt sich die Gesuchstellerin (Urk. 10 S. 2).

7.2.1. Der Gesuchsteller beruft sich darauf, es entspreche dem ausdrücklichen Wunsch der Kinder, mehr Wochenenden bei ihm zu verbringen (Urk. 2 S. 5).

7.2.2. C._____ erklärte anlässlich ihrer Anhörung, sie gehe gerne zum Gesuchsteller. Es laufe immer etwas. Es sei "cool", wenn sie zu ihm gehe. Sie treffe in E._____ auch Freundinnen. C._____ möchte an drei Wochenenden zum Gesuchsteller gehen. Wenn sie regelmässig zu ihm gehen würde, könnte sie reiten. Ein eigenes Pferd zu haben, ist denn auch ihr grösster Wunsch (Urk. 27 S. 3). Aus den weiteren Äusserungen von C._____ muss geschlossen werden, dass der geäusserte Wunsch, drei Wochenenden beim Gesuchsteller zu verbringen, überwiegend bestimmt wird durch ihren Wunsch nach Reitstunden. So führt sie im Verlauf des Gespräches aus, auch Zuhause bei Mami, D._____ und N._____ fühle sie sich wohl. Die Situation, so wie sie derzeit sei, dass sie unter der Woche bei der Mutter sei und an zwei Wochenenden beim Vater, sei gut. Kolleginnen habe sie in E._____ in etwa gleich viel wie in G._____ (Urk. 27 S. 3). Wieso diese Reitstunden nur möglich sein sollen, wenn C._____ mehr Zeit resp. Wochenenden (nach dem Antrag des Gesuchstellers jeden zweiten Monat ein Wochenende mehr) beim Gesuchsteller verbringt, ist nicht nachvollziehbar (vgl. Urk. 7/109 S. 5). Dies insbesondere auch unter Berücksichtigung der Tatsache, dass C._____ sechs Wochen Ferien beim resp. mit dem Gesuchsteller verbringt. Es wird nicht geltend gemacht, dass man alle sechs Wochen verreist. Somit erscheint aber zumindest glaubhaft, dass die vermeintlich nur bei einem intensiveren Besuchsrecht möglichen Reitstunden als Druckmittel gegenüber C._____ benutzt werden, um deren Willen zu beeinflussen. Dies kann nicht angehen. Von einem klaren, frei gebildeten Willen von C._____ ist daher nicht auszugehen. Vielmehr deuten ihre Aussagen darauf hin, dass die Regelung, so wie sie derzeit ist, für sie durchaus in Ordnung ist.

7.2.3. D._____ geht ebenfalls gerne zum Gesuchsteller. Er erklärte, dass er den Papi jedes zweite Wochenende sehe, sei vielleicht ein bisschen wenig. Es sei aber eigentlich gut so. Er sehe den Papi alle 14 Tage, das Mami täglich. Das sei halt so. Er wolle nicht, dass die derzeitige Regelung auf den Kopf gestellt werde. Die Wochenenden beim Mami seien lässig (Urk. 27 S. 4f.). D._____ wünscht

nicht, mehr Wochenenden mit dem Gesuchsteller zu verbringen. Sein Freundeskreis ist in G._____. Dort steht er auf der Warteliste für den Fussballclub (Urk. 27 S. 5). Seine Verankerung in G._____ ist offensichtlich und wird sich wohl mit zunehmendem Alter noch verstärken.

7.2.4. Gestützt auf die Wünsche resp. den Willen von C._____ und D._____ ist daher eine Ausdehnung des Wochenendbesuchsrechts nicht angezeigt.

7.2.5. Weiter beruft sich der Gesuchsteller darauf, er müsse die Defizite der Mutter bei der Ausübung der Obhutsfunktion ausmerzen, weshalb er ein weiteres Wochenende benötige, um unbeschwerte Zeit mit den Kindern verbringen zu können (Urk. 2 S. 5). Diesbezüglich kann vorab auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz, welche sich mit diesem Thema durchaus auseinandergesetzt hat, verwiesen werden (§ 161 GVG/ZH; Urk. 3 S. 12ff.). Sodann ist bereits angeführt worden, dass es nicht angeht, für die schulischen Probleme von C._____ allein die Gesuchstellerin verantwortlich zu machen, weshalb mit der Vorinstanz nicht einzusehen ist, wie die angeblich ungenügende Ausübung der Obhutsfunktion durch ein zusätzliches Besuchswochenende kompensiert würde. Dass auch D._____ zu spät kommt und die Hausaufgaben nicht erledigt würde, wurde nicht behauptet. Die Frage, ob D._____ Ritalin einnehmen soll oder nicht, haben primär die entsprechenden Fachpersonen (Kinderarzt, Kinderpsychologin und Lehrerin) zu beantworten, auch wenn der entsprechende Entscheid letztendlich den Eltern obliegt. Diesbezüglich moniert der Gesuchsteller zu Recht, dass er grundsätzlich nach wie von ein Mitspracherecht hat. Doch kann aus einer allfälligen Verletzung dieses Mitspracherechts sowie seines Informationsrechts keine Ausdehnung des Besuchsrechts auf ein weiteres Wochenende jeden zweiten Monat abgeleitet werden. Der Gesuchsteller sei an dieser Stelle noch darauf hingewiesen, dass Informationen über einzunehmende Medikamente zwar durchaus an die Kinder abzugeben sind. Hingegen hat dies kindgerecht und altersadäquat zu geschehen. Es ist nicht Aufgabe eines Zehnjährigen zu entscheiden, ob er Ritalin einnimmt oder nicht. Der Gesuchsteller hat sich die notwendige Zurückhaltung aufzuerlegen.

7.2.6. Gestützt auf das Kindeswohl ist somit keine Ausdehnung des Wochenendbesuchsrechts angezeigt.

8. Eine Abänderung der Ferienregelung gemäss der Vereinbarung vom 21. Oktober 2008 wurde von keiner Partei beantragt. Sie gilt weiterhin. Der Vollständigkeit halber ist sie in den Entscheid aufzunehmen.

9. Die Parteien sind an dieser Stelle, wie bereits von der Vorinstanz, nochmals dazu anzuhalten, C._____ und D._____ nicht weiter in ihre Beziehungsproblematik zu involvieren (keine negativen Rückmeldungen über die jeweils andere Partei im Rahmen der Ausübung des Obhuts- bzw. Besuchsrechts etc.) und mit den involvierten Fachpersonen und der Lehrerschaft von C._____ und D._____ zu kooperieren.

B. Prozessbeistand

1. Der Gesuchsteller erneuert im Rekursverfahren den Antrag, es sei C._____ und D._____ im Scheidungsprozess ein Prozessbeistand im Sinne von Art. 146 aZGB zur Seite zu stellen (Urk. 2 S. 2). Die Kinder benötigten eine neutrale Person, welche ihre Interessen vertrete. Beide Elternteile seien offensichtlich in bestem Wissen und Gewissen überzeugt davon, zu wissen, was die Kinder wollten und brauchten. Dies könne angesichts der diametral entgegengesetzten Anträge wohl so nicht zutreffen. Um zu verhindern, dass die Kinder "zwischen die Fronten" geraten würden, sei ein eigener Rechtsvertreter unerlässlich (Urk. 2 S. 6). Die Gesuchstellerin beantragt die Abweisung des Antrages (Urk. 10 S. 8).

2. Das Gericht ordnet aus wichtigen Gründen die Vertretung des Kindes im Prozess durch einen Beistand an. Es prüft die Anordnung der Beistandschaft insbesondere dann, wenn die Eltern bezüglich der Zuteilung der elterlichen Sorge unterschiedliche Anträge stellen (Art. 146 Abs. 1 und Abs. 2 Ziff. 1 aZGB). Von der Bestellung eines Prozessbeistandes kann unter anderem dann abgesehen werden, wenn die Anhörung des Kindes, welche der Bestellung grundsätzlich voranzugehen hat, ein klares Ergebnis ergeben hat resp. anzunehmen ist, das Kind

könne sich zur gestellten Problematik eine eigene Meinung bilden und diese dem Gericht kundtun (vgl. hierzu BSK ZGB I-Breitschmid, Art. 146/147 N 4).

3. Die Parteien haben im Scheidungsverfahren unterschiedliche Anträge betreffend der Zuteilung der elterlichen Sorge für C._____ und D._____ gestellt (Urk. 7/20; Urk. 7/34). Die Zuteilung der elterlichen Sorge ist nicht Thema des vorliegenden Rekursverfahrens. Sie war nicht Thema der Kindesanhörung. Die Vorinstanz soll diesbezüglich einen eigenen, unmittelbaren Eindruck gewinnen können. Somit hat hierzu noch keine Anhörung der Kinder stattgefunden, weshalb der Antrag (wie von der Vorinstanz zu Recht) einstweilen abzuweisen ist. C._____ und D._____ werden psychologisch betreut. Sie haben somit externe Ansprechpartner, welche sie darin stärken, sich ihre eigene Meinung zu bilden und diese kund zu tun. Der Rekurs des Gesuchstellers ist damit in diesem Punkt abzuweisen.

III.

Gemäss ständiger Rechtsprechung der Kammer sind die Kosten des Verfahrens mit Bezug auf Kinderbelange - unabhängig vom Ausgang des Verfahrens - den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen und die Prozessentschädigungen wettzuschlagen, wenn die Parteien unter dem Gesichtspunkt des Kindesinteresses gute Gründe zur Antragsstellung hatten. Hiervon ist vorliegend auszugehen. Gründe, welche es rechtfertigen würden, der Gesuchstellerin das ihr von der Vorinstanz gewährte Armenrecht zu entziehen, liegen nicht vor (§ 91 ZPO/ZH; Urk. 106).

Es wird beschlossen:

1. In teilweiser Gutheissung des Rekurses des Gesuchstellers wird Dispositiv-Ziffer 5 der Verfügung des Einzelrichters im ordentlichen Verfahren am Be-

zirksgericht Zürich vom 18. November 2010 aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt:

"5. Das mit der Vereinbarung der Parteien vom 21. Oktober 2008 geregelte und mit Disp.-Ziff. 5/3 Verfügung vom 5. November 2008 genehmigte Besuchsrecht wird wie folgt abgeändert:

3. Besuchsrecht

Der Gesuchsteller ist berechtigt, die Kinder C._____ und D._____ jedes zweite Wochenende von Freitagabend, 17.00 Uhr, bis am Sonntagabend, 20.00 Uhr, am zweiten Tag der Doppelfeiertage Weihnachten und Neujahr, von 10.00 Uhr bis 20.00 Uhr, sowie in geraden Jahren von Karfreitag, 17.00 Uhr, bis und mit Ostermontag, 20.00 Uhr, und in ungeraden Jahren von Pfingstsamstag, 10.00 Uhr, bis und mit Pfingstmontag, 20.00 Uhr, auf eigene Kosten zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen.

Ausserdem ist der Gesuchsteller berechtigt, die Kinder während der Schulferien für die Dauer von 6 Wochen pro Jahr auf eigene Kosten zu sich oder mit sich in die Ferien zu nehmen.

Der Gesuchsteller verpflichtet sich, die Ausübung des Ferienbesuchsrechts mindestens zwei Monate im Voraus anzumelden beziehungsweise mit der Gesuchstellerin abzusprechen.

Im Übrigen werden die von den Parteien im Zusammenhang mit dem Besuchsrecht gestellten Anträge abgewiesen."

Im Übrigen wird der Rekurs des Gesuchstellers abgewiesen und die angefochtene Verfügung bestätigt.

2. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 4'000.–.
3. Die Kosten des Rekursverfahrens werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt, wobei der Anteil der Gesuchstellerin zufolge der ihr gewährten unentgeltlichen Prozessführung einstweilen auf die Gerichtskasse genommen wird. Die Nachzahlungspflicht gemäss § 92 ZPO/ZH bleibt vorbehalten.
4. Es werden keine Prozessentschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und an das Bezirksgericht Zürich, 8. Abteilung, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

6. Eine bundesrechtliche Beschwerde gegen diesen Entscheid ist innerhalb von 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 und 90 ff. 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. Der Fristenstillstand richtet sich nach Art. 46 BGG.

OBERGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. R. Blesi Keller

versandt am:
ss