



Kass.-Nr. AA040041/U/cap

Mitwirkende: die Kassationsrichter Herbert Heeb, Vizepräsident, Robert Karrer, Hans Michael Riemer, Dieter Zobl und Reinhard Oertli sowie die Sekretärin Rosmarie Peter

Zirkulationsbeschluss vom 21. August 2004

in Sachen

D.,

Kläger, Erstrekursgegner, Zweitrekurrent und Beschwerdeführer

gegen

D.-S.,

Beklagte, Erstrekurrentin, Zweitrekursgegnerin und Beschwerdegegnerin
vertreten durch Rechtsanwalt _____

sowie

1. **D.**,
geboren ____ 1986,
2. **D.**,
geboren ____ 1989,
3. **D.**,
geboren ____ 1993,

Verfahrensbeteiligte und Beschwerdegegner

Prozessbeistand: Rechtsanwalt _____

betreffend **Abänderung Eheschutzmassnahmen**
(elterliche Sorge, Besuchsrecht, Kontaktverbot, Kinderunterhalt)

Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 9. Februar 2004 (LP030077/U01 damit vereinigt Nr. LP030078)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Mit Eingabe vom 20. Februar 2002 beantragte der Kläger bei der Einzelrichterin des Bezirkes Winterthur die Abänderung der Eheschutzverfügung vom 4. Dezember 2000 (ER act. 1). Mit Verfügung vom 14. Mai 2003 wurden Dispositiv Ziffer 4, 5 und 6 der Verfügung des Einzelrichters des Bezirkes Winterthur vom 4. Dezember 2000 aufgehoben. Neu wurden die drei Kinder _____ unter die alleinige elterliche Sorge der Beklagten gestellt. Dem Kläger wurde kein Besuchsrecht zugesprochen. Dem Kläger wurde unter Androhung der Bestrafung nach Art. 292 StGB jegliche persönliche und telefonische Kontaktnahme zu seinen Söhnen untersagt. Der Kläger wurde verpflichtet, der Beklagten für die drei Kinder für die Monate Februar bis April 2002 Unterhaltsbeiträge von total Fr. 3'300.--/Monat zu entrichten. Es wurde festgestellt, dass der Kläger seit Mai 2002 nicht mehr in der Lage sei, Unterhaltsbeiträge an die Beklagte und die drei Söhne zu entrichten. Sodann ergingen Anordnungen im Zusammenhang mit einer Liegenschaft in _____. Die Kosten, inklusive diejenigen der unentgeltlichen Rechtsvertretung der Kinder, wurden den Parteien je zur Hälfte auferlegt. Es wurden keine Prozessentschädigungen zugesprochen. Der Beklagten und den Kindern wurde die unentgeltliche Rechtspflege gewährt (OG act. 3).

2. Gegen diese einzelrichterliche Verfügung erhoben beide Parteien Rekurs. Mit Beschluss vom 9. Februar 2004 wies die I. Zivilkammer des Obergerichts den Erstrekurs der Beklagten ab. In teilweiser Guttheissung des Zweitrekurses des Klägers wurde dieser verpflichtet, der Beklagten für die drei Kinder für die Monate Februar bis April 2002 Unterhaltsbeiträge von total Fr. 1'250.-- pro Monat zu bezahlen. Es wurde festgestellt, dass der Kläger seit Mai 2002 nicht in der Lage sei, Unterhaltsbeiträge an die Beklagte und die drei Söhne zu entrichten. Im Übrigen wurde der Zweitrekurs des Klägers abgewiesen. Die Kosten der Prozessbeiständin der Kinder wurden den Parteien je zur Hälfte auferlegt. Die übrigen Kosten des Rekursverfahrens wurden dem Kläger zu drei Achteln und der Beklagten zu fünf Achteln auferlegt. Die Beklagte wurde verpflichtet, dem unent-

geltlichen Rechtsvertreter des Klägers für das Rekursverfahren eine reduzierte Prozessentschädigung vom Fr. 1'000.-- zuzüglich Fr. 76.-- Mehrwertsteuer zu bezahlen. Beiden Parteien und den Kindern wurde die unentgeltliche Prozessführung gewährt (KG act. 2).

3. Gegen diesen obergerichtlichen Beschluss richtet sich die vorliegende, rechtzeitig eingereichte Nichtigkeitsbeschwerde (KG act. 1). Der Kläger und Beschwerdeführer beantragt Aufhebung des vorinstanzlichen Beschlusses. Die Sozialbehörde _____ ernannte auf Ersuchen des Vorsitzenden des Kassationsgerichts mit Beschluss vom 30. März 2004 RA _____ zum neuen Prozessbeistand der Kinder (KG act. 5, 7). Die Vorinstanz und der Prozessbeistand der Kinder verzichteten auf Vernehmlassung bzw. Stellungnahme zur Beschwerde (KG act. 10, 11). Die Beklagte und Beschwerdegegnerin reichte innert Frist keine Stellungnahme ein.

II.

1. Der Beschwerdeführer beantragt in der von ihm selbst verfassten Beschwerde die Bestellung eines neuen unentgeltlichen Rechtsvertreters für das Kassationsverfahren (KG act. 1 S. 1). Damit ein Anspruch auf einen Wechsel und Bestellung eines neuen unentgeltlichen Rechtsvertreters besteht, müssen objektive Gründe vorliegen (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 1997, N 5 zu § 87 ZPO, unter Hinweis auf BGE 104 Ia 101 = Pra 77 [1988] Nr. 241). Solche nennt der Beschwerdeführer nicht. Das Gesuch ist damit abzuweisen.

2. Auch unter dem neuen Ehescheidungsrecht stellen Eheschutzentscheide regelmässig keine Endentscheide im Sinne von Art. 48 Abs. 1 OG dar, weshalb ihre Berufungsfähigkeit zu verneinen ist und im kantonalen Kassationsverfahren auch Rügen zulässig sind, mit denen eine Verletzung von Bundesrecht geltend gemacht wird (BGE 127 III 474). Die Überprüfung von bundesrechtlichen Verfahrensgrundsätzen (z.B. der Untersuchungsmaxime nach Art. 145 Abs. 1 ZGB) fällt unter § 281 Ziff. 1 ZPO; dem Kassationsgericht steht in diesem Bereich

freie Kognition zu (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 15 f. zu § 281; Kass.-Nr. 2001/381 vom 10.06.2002 i.S. K., Erw. II.1.3).

III.

1. Die Vorinstanzen begründeten die betreffend die Kinder getroffenen Massnahmen damit, weitere Kontakte des Beschwerdeführers mit den Söhnen seien mit dem Kindeswohl nicht vereinbar, weil dieser sich ausschliesslich auf die schulischen Belange seiner Söhne konzentriere, seine Liebe zu ihnen nur an schulischen Leistungen messe, ohne die Bedürfnisse und Wünsche der Kinder wahrzunehmen und ohne ihnen eine gefühlsmässige Bindung oder Vertrauen zu vermitteln (KG act. 2 S. 7).

2. Der Beschwerdeführer bezieht sich auf die rechtliche Erwägung der Erstrichterin, wonach im Eheschutzverfahren ein Gesamteindruck genüge und die tatsächlichen Verhältnisse nicht in allen Einzelheiten zu klären seien. Der Richter müsse sich bei der Prüfung des Gesamteindrucks auf Fakten stützen. Insbesondere wenn Kinderbelange betroffen seien, müssten Manipulationen von Seiten der Parteien vermieden werden (KG act. 1 S. 1-2).

Die Erstrichterin habe die drei Kinder angehört. Sie hätten separat angehört werden müssen, wie es sein Anwalt verlangt habe und die Richterinnen versprochen habe. Entgegen dieser Versprechung seien [die beiden jüngeren Söhne] zusammen angehört worden. Drei Wochen später hätten sie unter dem Druck ihrer Umgebung einen Brief geschrieben, in welchem sie alles, was sie vor der Richterinnen gesagt hätten, widerrufen hätten. Entgegen seinem Wunsch seien die Kinder kein zweites Mal vorgeladen worden. Sodann habe sich die Erstrichterin selber widersprochen, indem sie nach der Anhörung der Kinder etwas anderes geschrieben habe als in ihrem Entscheid. Auch die Vorinstanz habe es nicht notwendig gefunden, die Kinder nochmals vorzuladen, um sich ein genaues Bild ihres Zustandes zu machen, obwohl er dies verlangt habe. Die Vorinstanz hätte auch die offensichtliche Manipulation, welcher seine Kinder, insbesondere die beiden jüngeren, ausgesetzt gewesen seien, nicht berücksichtigt, obwohl dies ein wichtiger Teil des Gesamteindrucks gewesen sei. Die Prozessbeiständin der Kin-

der sei nie aufgefordert worden, die von ihr behaupteten Vorwürfe ihm gegenüber zu beweisen, und sie habe auch die Gründe für das, was sie geschrieben habe, nicht erklären wollen (KG act. 1 S. 1-2).

Weil das Verfahren nicht nach den Regeln des gesunden Menschenverstandes durchgeführt worden sei und der Entscheid aufgrund des Gesamteindrucks und nicht aufgrund formeller Beweise gefällt worden sei, sei er aufzuheben (KG act. 1 S. 2).

3. a) Die grundsätzlichen rechtlichen Erwägungen der Vorinstanzen zur Natur des Eheschutzverfahrens (KG act. 2 S. 6, OG act. 3 S. 5) sind nicht zu beanstanden. Aufgrund des summarischen Charakters dieses Verfahrens brauchen Beweise nur abgenommen zu werden, soweit dies von der Sache her als erforderlich erscheint. Die umfassende Abklärung der gesamten Verhältnisse darf grundsätzlich unterbleiben, weil die Glaubhaftmachung von Parteibehauptungen ausreicht (ZR 79 Nr. 64; Kass.-Nr. 89/112 vom 19.12.1989 i.S. B., Erw. II.2.b). Die Erstinstanz wies zudem auch darauf hin, dass im Zusammenhang mit den Kinderbelangen die Official- bzw. Untersuchungsmaxime nach Art. 145 Abs. 1 ZGB gelte (OG act. 3 S. 5; Breitschmid, Kind und Scheidung der Elternehe, in: Das neue Scheidungsrecht, Zürich 1999, S. 107; Sutter/Freiburghaus, Kommentar zum neuen Scheidungsrecht, Zürich 1999, N 9 zu Art. 145). Präzisierend sei lediglich angemerkt, dass nach einer neueren Entscheidung des Kassationsgerichts die Untersuchungsmaxime dann eine weiterreichende Abklärung der Verhältnisse verlangt, wenn - wie vorliegend - die Kinderbelange unter den Eltern äusserst umstritten sind (Kass.-Nr. 2001/381 vom 10.06.2002 i.S. K., Erw. II.1.3; Kass.-Nr. AA040029 vom 10.05.2004 i.S. S., Erw. II.3.a). Allgemein gilt, dass aufgrund der Untersuchungsmaxime dann eine bundesrechtliche Verpflichtung des Gerichts zu weiteren Abklärungen besteht, wenn sich aufgrund der Akten entsprechende Anhaltspunkte ergeben (Sutter/Freiburghaus, a.a.O., N 11 zu Art. 145; Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Auflage, Zürich 1979, S. 169).

Der in Art. 144 Abs. 2 statuierte Anhörungsanspruch ist einzig Ausfluss der Persönlichkeitsrechte der Kinder. Der Beschwerdeführer kann sich darauf nicht berufen. Hingegen kann geprüft werden, ob die Kinder aufgrund der Unter-

suchungsmaxime nochmals hätten angehört werden müssen (Kass.-Nr. 2000/174 vom 18.08.2000 i.S. A., Erw. III.5.3, publiziert in FamPra.ch 2000 Nr. 58; Kass.-Nr. 2001/381 vom 10.06.2002 i.S. K., Erw. II.1; Kass.-Nr. AA040029 vom 10.05.2004 i.S. S., Erw. II.2.c). Auf die Rüge kann damit nur insoweit eingetreten werden, als eine ungenügende Tatsachenermittlung geltend gemacht wird.

b) Wie der Beschwerdeführer erkannte auch die Vorinstanz, dass das Schreiben der Kinder knapp einen Monat nach deren Anhörung im Widerspruch zu ihren Äusserungen vor der Erstrichterin stand. Gerade dieser Widerspruch sei dann auch ausschlaggebend gewesen für den Entscheid der Erstinstanz, für die drei Kinder eine Prozessbeistandschaft zu veranlassen. In der Folge habe die Prozessbeiständin der Kinder, nach mehrfachen persönlichen Gesprächen mit diesen, detailliert und schlüssig ausgeführt, wie in der Zwischenzeit der Meinungsumschwung der Kinder zustande gekommen sei. Dabei sei insbesondere darauf hinzuweisen, dass sich aus dem Sinn und Zweck des Rechtsinstituts des Prozessbeistandes eindeutig ergebe, dass dieser die Aufgabe habe, für die bestmögliche Wahrung des Kindeswohls zu sorgen. Vorliegend seien denn auch keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass die Rechtsvertreterin der Kinder nicht deren Willen, Ansichten und Wünsche wahrheitsgetreu wiedergegeben hätte. Es könne daher davon ausgegangen werden, dass ihre Ausführungen den Äusserungen und Empfindungen der Kinder entsprächen. Aufgrund der gesamten Schilderungen der Prozessbeiständin sei sodann davon auszugehen, dass die Kinder - trotz anfänglich widersprüchlichen Aussagen - zu einem klaren und unbeeinflussten Willen gelangt seien, was ihren künftigen Kontakt zum Vater betreffe. Aus diesen Erwägungen folge, dass es im vorliegenden Verfahren nicht angezeigt sei, Abklärungen durch das Jugendsekretariat vornehmen zu lassen oder die Kinder erneut anzuhören (KG act. 2 S. 8-9).

c) Nach dem Gesagten ging auch der Vorinstanz aus, dass aufgrund des Meinungsumschwungs bei den Kindern deren Wille genauer abgeklärt werden musste. Unklar ist allerdings, ob sie den Bericht der Prozessbeiständin als Ergebnis einer durch eine Drittperson durchgeführten Anhörung ansah (Art. 144 Abs. 2 ZGB). Jedenfalls wäre aber in einem solchen Fall eine erneute Anhörung der Kinder angezeigt gewesen (Kass.-Nr. 2001/381 vom 10.06.2002 i.S. K.,

Erw. II.1.7). Es fragt sich somit, ob diese Aufgabe der Prozessbeiständin überhaupt hätte übertragen werden dürfen und ob ihr Bericht nun allenfalls als genügender Beleg für den Willen der Kinder gelten kann.

In der Literatur wird die Delegation der Anhörung an den Prozessbeistand der Kinder mehrheitlich als unzulässig erachtet. Dies wird damit begründet, dass die befragende Person wie ein Sachverständiger bei der Feststellung des Sachverhalts mitwirken und dem Richter das Ergebnis der Anhörung ungefiltert übermitteln müsse. Der Vertreter des Kindes könne diese Aufgabe nicht erfüllen, weil er vom Kind nicht unabhängig sei. Er würde in einen Rollen- und Interessenkonflikt geraten, weil er unter Umständen vor Gericht Aussagen machen müsste, die das Kind nicht billige. Dies vertrage sich nicht mit seiner Rolle, als Vertrauensperson bestimmte Interessen des Kindes parteiisch zu wahren und Anträge zu stellen (Schütt, Die Anhörung des Kindes im Scheidungsverfahren, Diss. Zürich 2002, S. 146; Steck, Die Vertretung des Kindes im Prozess der Eltern, AJP 1999 S. 1563; Sutter/Freiburghaus, a.a.O., N 26 zu Art. 144; Spühler, Neues Scheidungsverfahren, Zürich 1999, S. 46; Schweighauser, in Schwenzer [hsg.], Praxis-kommentar Scheidungsrecht, Basel/Genf/München 2000, N 8, 10 zu Art. 144). Im Übrigen weisen auch diejenigen Autoren, welche grundsätzlich eine Delegation der Anhörung an den Prozessbeistand befürworten, auf einen möglichen Rollenkonflikt hin (Levante, Die Wahrung der Kindesinteressen im Scheidungsverfahren - die Vertretung des Kindes im Besonderen, Diss. Bern 2000, S. 15, 166; Reusser, in Hausheer, [hsg.], Vom alten zum neuen Scheidungsrecht, Bern 1999, S. 201; Breitschmid, a.a.O., S. 126, 132). Die Gefahr, dass aufgrund des Vertretungsverhältnisses und der damit zwangsläufig verbundenen Parteinahme für das Kind dessen Willensäußerungen verfälscht wiedergegeben werden, lässt sich jedoch auch nicht dadurch vermeiden, dass der Prozessbeistand - wie vorgeschlagen wird (vgl. Reusser, a.a.O., S. 201) - die Meinung des Kindes separat wiedergibt und seine Anträge davon klar trennt. Nach dem Gesagten konnte der Bericht der Prozessbeiständin der Kinder eine erneute Anhörung nicht ersetzen. Damit hat die Vorinstanz die Untersuchungsmaxime verletzt. Die Beschwerde ist gutzuheissen und an die Vorinstanz zurückzuweisen. Damit erübrigt es sich, auf die restlichen - grösstenteils unsubstantiierten - Rügen einzugehen.

IV.

Die Beschwerdegegner haben sich am Kassationsverfahren nicht beteiligt (vgl. oben I.3). Damit können ihnen weder Kosten auferlegt werden, noch können sie zur Bezahlung einer Umtriebsentschädigung an den Beschwerdeführer verpflichtet werden. Als Folge davon sind die Kosten des Kassationsverfahrens auf die Gerichtskasse zu nehmen (§ 66 Abs. 2 ZPO). Mangels gesetzlicher Grundlage hat der Beschwerdeführer auch keinen Anspruch auf Entschädigung seiner Umtriebe aus der Gerichtskasse.

Das Gericht beschliesst:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil der I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 9. Februar 2004 aufgehoben und die Sache im Sinne der Erwägungen zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr und die übrigen Kosten für das Kassationsverfahren fallen ausser Ansatz.
3. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich und die Einzelrichterin des Bezirksgerichts Winterthur (EE020047), je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Die juristische Sekretärin: