



Kass.-Nr. AA060083/U/cap

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Bernhard Gehrig, Dieter Zobl, Andreas Donatsch und Paul Baumgartner sowie die Sekretärin Margrit Scheuber

Zirkulationsbeschluss vom 31. Juli 2006

in Sachen

A. B.,

geboren ..., ... Staatsangehöriger, ...,
getraut am ..., whft. in C.,
Gesuchsteller, Rekurrent und Beschwerdeführer

gegen

D. B.,

Geboren ..., von ..., ...,
Zustelladresse: Rechtsanwalt lic.iur. E.F. in G.,
Gesuchstellerin, Rekursgegnerin und Beschwerdegegnerin
vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. E. F. in G.

betreffend **Eintreten auf Begehren**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der I. Zivilkammer des
Obergerichts des Kantons Zürich vom 28. April 2006 (LQ060003/U)**

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

1. Die Parteien wurden – nach vorangegangenem Eheschutzverfahren (ER act. 49) – mit Urteil des Einzelrichters am Bezirksgericht G., X. Abteilung, vom 2. Dezember 2005 nach Art. 112 ZGB geschieden. Die Teileinigung der Parteien bezog sich auf den Scheidungspunkt, den nahehelichen Unterhalt, das Güterrecht, sowie auf den Ausgleich der Vorsorgeleistungen (OG act. 3). Keine Einigung bestand über die Belange der Tochter H. Der Einzelrichter entschied diesbezüglich, der Gesuchsteller und Beschwerdeführer habe für die Tochter keinen Unterhalt zu zahlen und trat mangels Zuständigkeit (zufolge des Wegzugs der Gesuchstellerin mit der Tochter nach I. (Ausland) während des Scheidungsverfahrens) mit Verfügung ebenfalls vom 2. Dezember 2005 auf die Begehren des Gesuchstellers bezüglich Regelung der elterlichen Sorge und des persönlichen Verkehrs betreffend Anna Leorah (geb. 29. April 1998) nicht ein.

2. Der unentgeltliche Rechtsvertreter des Gesuchstellers erklärte mit Eingabe vom 19. Dezember 2005 Berufung gegen das Urteil (OG act. 57 in Verfahren LC060004). Das am 16. Dezember 2005 vom Gesuchsteller persönlich eingereichte "Berufungsbegehren" (OG act. 2), mit welchem er die Aufhebung der Verfügung vom 2. Dezember 2005 betreffend Nichteintreten auf die Begehren zur elterlichen Sorge und zum persönlichen Verkehr verlangte, wurde von der I. Zivilkammer des Obergerichts als Rekursbegehren entgegen genommen und in das vorliegende separate Verfahren verwiesen (LQ060003). Mit Verfügung vom 24. Januar 2006 wurde dem Rekurrenten Frist zur Ergänzung seiner Rekursbegründung angesetzt (OG act. 5), welche vom damaligen Rechtsvertreter des Rekurrenten am 6. Februar 2006 eingereicht wurde (OG act. 6). Mit Beschluss vom 28. April 2006 entzog die I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich dem Gesuchsteller und Rekurrenten die unentgeltliche Prozessführung und die unentgeltliche Rechtsvertretung für das Rekursverfahren (zufolge dessen Aussichtslosigkeit), wies den Rekurs ab und bestätigte die Verfügung des Einzelrichters am Bezirksgericht Zürich vom 2. Dezember 2005 (OG act. 7, S. 5). Der Rechtsvertreter des Gesuchstellers und Rekurrenten nahm diesen Beschluss am 9. Mai 2006 entgegen (OG act. 8/1).

3. Mit Eingabe datiert vom 6. Juni 2006 (Postaufgabe 7. Juni 2006; Eingang am 8. Juni 2006) erhob der Rekurrent und Beschwerdeführer (nachfolgend: Beschwerdeführer) gegen den Beschluss des Obergerichts vom 28. April 2006 kantonale Nichtigkeitsbeschwerde und stellte die folgenden Anträge:

"1. Es seien Dispositive Ziff. 1-6 des og. Beschlusses für nichtig zu erklären.

2. Es sei in Anbetracht des zwischenzeitlich 12 Monate andauernden Kindesentzuges und Vereitelung des vom BGZ bzw. Audienzrichteramt angeordneten Besuchsrechts zu überprüfen, ob eine Verletzung des UKRK § 9 Abs. 3 vorliegt."

Den Parteien wurde mit Schreiben des Kassationsgerichts vom 9. Juni 2006 vom Eingang der Nichtigkeitsbeschwerde Kenntnis gegeben (KG act. 4). Die Akten wurden beigezogen; weitere prozessuale Anordnungen sind nicht ergangen, da sich die Beschwerde sofort als unbegründet erweist (§ 289 ZPO).

4. Die Vorinstanz verweist in ihrer Begründung vorerst auf die Ausführungen des erstinstanzlichen Richters, welcher zur Begründung seiner Nichteintretensentscheide erwogen habe, die Zuständigkeit für die Regelung der elterlichen Sorge und des persönlichen Verkehrs richte sich im internationalen Verhältnis gemäss Art. 63 Abs. 2, Art. 79 Abs. 1 und Art. 85 IPRG nach dem Haager Übereinkommen über die Zuständigkeit der Behörden und das anzuwendende Recht auf dem Gebiet des Schutzes von Minderjährigen (MSA; SR 0211.231.01). Da diesem Übereinkommen "erga-omnes-Wirkung" zukomme, sei es ungeachtet der fehlenden Vertragszugehörigkeit von I. (Ausland) anwendbar. Da das Kind H. während dem Scheidungsverfahren seinen gewöhnlichen Aufenthalt nach I. (Ausland) verlegt habe, was auf Grund der Behauptungen der Gesuchstellerin und der vorgelegten Urkunden als erstellt gelten könne, entfalle die Zuständigkeit des Bezirksgerichts G. auf Grund von Art. 1 MSA, weil gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung im Anwendungsbereich des MSA der Grundsatz der "perpetuatio fori" nicht zur Anwendung gelange (OG act. 3, S. 4 - 8). Dieser Begründung stimmte die Vorinstanz in allen Teilen zu und führte weiter aus, entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers treffe nicht zu, dass der Grundsatz der "perpetuatio fori" auch im Anwendungsbereich des MSA zur Anwendung komme (unter Verweis auf BGE 123 III 411 ff. und auf die Lehre [Siehr, Zürcher Kom-

mentar zum IPRG, Art. 85 N 22]). Weiter führt die Vorinstanz aus, anders könnten die Dinge höchstens dann liegen, wenn der neue Aufenthalt illegal – also etwa durch Entführung – herbeigeführt werde, und dies auch nur dann, wenn das Kind am neuen Aufenthaltsort nicht integriert sei und nicht so versorgt würde wie hier. Sodann wird erwogen, dass nicht ersichtlich sei, inwiefern die im Eheschutzverfahren für die Tochter errichtete Beistandschaft gemäss Art. 308 ZGB zu einer perpetuatio fori im Scheidungsverfahren führen könnte (KG act. 2, S. 3 f.). Schliesslich führt die Vorinstanz auch aus, es könne vorliegend keine Rede sein von einem in irgendeiner Weise fragwürdig erwirkten neuen Aufenthalt der Tochter in I. (Ausland), nachdem der Eheschutzrichter bereits mit Verfügung vom 10. Juli 2002 die Tochter H. unter die elterliche Sorge der Gesuchstellerin und Beschwerdegegnerin gestellt habe, welcher Entscheid auch im anschliessenden Rekurs- und Nichtigkeitsverfahren keine Änderung erfahren habe. Damit sei die Beschwerdegegnerin berechtigt gewesen, mit der Tochter nach I. (Ausland) übersiedeln. Mit der einlässlichen Begründung des erstinstanzlichen Richters, wonach die Tochter gewöhnlichen Aufenthalt in I. (Ausland) begründet habe, setze sich der Beschwerdeführer im Rekursverfahren nicht auseinander und auf die erstinstanzliche Begründung könne verwiesen werden. Zudem halte sich die Beschwerdegegnerin mit der Tochter heute unbestrittenermassen nach wie vor in I. (Ausland) auf, womit jeder vernünftige Zweifel über den gewöhnlichen Aufenthalt der Tochter in I. (Ausland) ausgeschlossen werden könne (KG act. 2, S. 4 f.).

5. Aus der Natur des Beschwerdeverfahrens, das keine Fortsetzung des Verfahrens vor dem Sachrichter darstellt, folgt, dass sich der Nichtigkeitskläger konkret mit dem angefochtenen Entscheid auseinandersetzen und den behaupteten Nichtigkeitsgrund in der Beschwerdeschrift selbst nachweisen muss (§ 288 Ziff. 3 ZPO). In der Beschwerdebegründung sind insbesondere die angefochtenen Stellen des vorinstanzlichen Entscheides zu bezeichnen und diejenigen Aktenstellen, aus denen sich ein Nichtigkeitsgrund ergeben soll, im Einzelnen anzugeben. Es ist nicht Sache der Kassationsinstanz, in den vorinstanzlichen Akten nach den Grundlagen des geltend gemachten Nichtigkeitsgrundes zu suchen. Wer die vorinstanzliche Beweiswürdigung als willkürlich rügt, muss in der Beschwerde genau darlegen, welche tatsächlichen Annahmen des angefochtenen Entscheides

auf Grund welcher Aktenstellen willkürlich sein sollen. Wird Aktenwidrigkeit einer tatsächlichen Annahme behauptet, so sind ebenfalls die Bestandteile der Akten, die nicht oder nicht in ihrer wahren Gestalt in die Beweiswürdigung einbezogen worden sein sollen, genau anzugeben. Wer vorbringt, angerufene Beweismittel seien nicht abgenommen worden, hat zu sagen, wo und zu welchen Behauptungen er sich auf diese berufen hat (ZR 81 Nr. 88 Erw. 6; Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3.A., Zürich 1997, N 4 zu § 288; Spühler/Vock, Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund, Zürich 1999, S. 72 f.; von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2.A., Zürich 1986, S. 16 ff.).

6.1 Diesen Anforderungen an die Begründung einer Nichtigkeitsbeschwerde vermag die Eingabe des Beschwerdeführers nicht zu genügen. Soweit der Beschwerdeführer in seiner Eingabe vom 6. Juni 2006 in Aussicht stellt, eine ausführliche Begründung der Nichtigkeitsbeschwerde erfolge im weiteren Verfahren (KG act. 1, S. 4), ist auf die Bestimmung von § 288 ZPO zu verweisen, wonach die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde schriftlich innert der Frist von dreissig Tagen (§ 287 ZPO) zu erheben und zu begründen ist. Eine nachträgliche Begründung nach Ablauf der Beschwerdefrist (vorliegend am 8. Juni 2006) ist demnach nicht mehr zulässig.

6.2 a) Zuerst führt der Beschwerdeführer – ohne einen Nichtigkeitsgrund im Sinne von § 281 Ziff.1 bis 3 ZPO geltend zu machen – aus, es sei nur dem von ihm angefochtenen Entscheid des Einzelrichters zu verdanken, dass die heimliche Verbringung des Kindes ins Ausland als legale "Ausreise" und nicht als illegale Kindesentführung betrachtet werde (KG act. 1, S. 2). Danach macht der Beschwerdeführer geltend, die Beschwerdegegnerin habe sich ungeachtet der Zuteilung der elterlichen Sorge im Jahr 2002 bis nach Erlass der audienzrichterlichen Verfügung betreffend dem jahrelang vereitelten Besuchsrecht (Verfahren EU050287) bzw. bis 8 Tage vor dem Scheidungsverfahren in G. aufgehalten und erst am 8. Juli 2005 dem Gericht gegenüber behauptet, sie habe den Wohnsitz mitsamt der Tochter von G. nach I. (Ausland) verlegt. Der Beschwerdeführer macht weiter geltend, infolge der detaillierten Recherchen seines Rechtsvertreters

sei jedoch nachgewiesen, dass die Beschwerdegegnerin zur Zeit des Scheidungsverfahrens (Verhandlung vom 8. Juli 2005) weder nach I. (Ausland) ausgereist sei, noch sich unter der dem Gericht am 8. Juli 2005 mitgeteilten Adresse in I. (Ausland) aufgehalten habe. Bezüglich ihrem Lebenspartner habe die Beschwerdegegnerin angegeben, dieser lebe nach wie vor in G. und könne sich lediglich "vorstellen" sich der "Ausreise" zu einem "späteren Zeitpunkt" anzuschliessen (KG act. 1, S. 3). Zur Zeit des Scheidungsverfahrens am 8. Juli 2005 habe die Beschwerdegegnerin somit ihren Wohnsitz nicht ins Ausland verlegt gehabt, sondern dies gegenüber dem Gericht nur mit falschen Aussagen behauptet und die Ausreise vorgetäuscht. Ob die Beschwerdegegnerin nach dem Verfahren vorläufig ausgereist bzw. eine zweckdienliche Verlegung des Aufenthaltsortes erfolgt sei, sei unerheblich. Damit sei jedoch die Zuständigkeit des Bezirksgerichts zur Regelung der Kinderbelange zu bejahen und der Rekurs des Beschwerdeführers gutzuheissen (KG act. 1, S. 3 f.).

b) Der Beschwerdeführer führt zu seinen Behauptungen, wonach die Beschwerdegegnerin ihre Ausreise nach I. (Ausland) gegenüber dem Gericht nur vorgetäuscht habe, keinerlei Aktenstellen an und führt auch nicht näher aus, welches Ergebnis denn die angeblichen detaillierten Recherchen seines Rechtsvertreters konkret ergeben hätten, das eine Ausreise der Beschwerdegegnerin nach I. (Ausland) widerlegen würde, ausser dass sie sich am 8. Juli 2005 nicht an der dem Gericht angegebenen Adresse aufgehalten habe. Mit seiner bloss gegenteiligen Behauptung, die Beschwerdegegnerin habe ihren Aufenthalt nicht nach I. (Ausland) verlegt gehabt, kann der Beschwerdeführer jedoch keinen Nichtigkeitsgrund nachweisen. Auch im Beschwerdeverfahren setzt sich der Beschwerdeführer mit der eingehenden Begründung der ersten Instanz betreffend Aufenthalt der Beschwerdegegnerin in I. (Ausland), auf welche die Vorinstanz sinngemäss verwiesen hat, nicht auseinander. Auch mit der weiteren ausführlichen Begründung betreffend fehlender "perpetuatio fori" im Anwendungsbereich des MSA (KG act. 2, S. 3 f.) setzt sich der Beschwerdeführer in seiner Nichtigkeitsbeschwerde nicht auseinander, sondern hält dieser Begründung lediglich entgegen, es sei unerheblich, ob die Beschwerdegegnerin "nach dem Verfahren" [gemeint ist offenbar nach der Verhandlung vom 8. Juli 2005] ihren Aufenthalt "vorläufig" ins Ausland verlegt

habe (KG act. 1, S. 4 oben). Auch damit kann der Beschwerdeführer jedoch keinen Nichtigkeitsgrund nachweisen.

6.3 Schliesslich kann auf den nicht weiter begründeten Antrag des Beschwerdeführers, es sei angesichts des andauernden Kindesentzuges und der Vereitelung des Besuchsrechts zu überprüfen, ob eine Verletzung von § 9 Abs. 3 des UKRK [UNO-Kinderrechtskonvention] vorliege (KG act. 1, S. 1), im Beschwerdeverfahren ebenfalls nicht eingetreten werden. Der Beschwerdeführer macht nicht geltend, dass er diesen Antrag bereits vor Vorinstanzen gestellt hätte oder dies bereits dort Gegenstand des Verfahrens war. Neue Anträge zur Sache sind im Beschwerdeverfahren jedoch nicht mehr zulässig und darauf kann nicht eingetreten werden.

6.4 Auf die Beschwerde des Beschwerdeführers ist daher gesamthaft nicht einzutreten.

7. Ausgangsgemäss wird der Beschwerdeführer für das Beschwerdeverfahren kostenpflichtig (§ 64 Abs. 2 ZPO). Seinen Antrag, Disp.-Ziff. 1 des angefochtenen Entscheides der Vorinstanz betreffend Entzug der unentgeltlichen Prozessführung und der unentgeltlichen Rechtsvertretung für das Rekursverfahren aufzuheben (KG act. 1, S. 1), hat der Beschwerdeführer in keiner Weise begründet und in seinem Antrag kann daher auch nicht sinngemäss das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung für das Beschwerdeverfahren gesehen werden. Zudem hat sich auch die vom Beschwerdeführer eingereichte Beschwerde sogleich als aussichtslos erwiesen, weshalb ein solches Gesuch ohnehin abzuweisen gewesen wäre. Mangels erheblicher Umtriebe ist der Beschwerdegegnerin für das Beschwerdeverfahren keine Prozessentschädigung zuzusprechen.

Das Gericht beschliesst:

1. Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf:
Fr. 300.-- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 176.-- Schreibgebühren,
Fr. 76.-- Zustellgebühren und Porti.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden dem Beschwerdeführer auferlegt.
4. Im vorliegenden Beschwerdeverfahren werden keine Prozessentschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich sowie den Einzelrichter am Bezirksgericht G., X. Abteilung (FE050507), je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Die juristische Sekretärin: