



Kass.-Nr. AA100125-P/U0002/ys

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Bernhard Gehrig, die Kassationsrichterin Sylvia Frei, die Kassationsrichter Matthias Brunner und Georg Naegeli sowie der juristische Sekretär Jürg-Christian Hürlimann

Zirkulationsbeschluss vom 24. Dezember 2010

in Sachen

K- L,

...,

Beklagte, Appellantin, Anschlussappellatin und Beschwerdeführerin
vertreten durch Rechtsanwalt ...

gegen

K,

...,

Kläger, Appellat, Anschlussappellant und Beschwerdegegner
vertreten durch Rechtsanwältin ...

betreffend

Abänderung Scheidungsurteil

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der I. Zivilkammer des
Obergerichts des Kantons Zürich vom 29. September 2010 (LC100005/Z08)**

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

1. Die Parteien wurden mit Urteil vom 24. April 2006 geschieden. Mit Eingabe vom 24. April 2009 beantragte der Beschwerdegegner (Kläger) die Abänderung des Scheidungsurteils. Der Einzelrichter im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht N bewilligte der Beschwerdeführerin (Beklagten) mit Verfügung vom 15. Dezember 2009 die unentgeltliche Prozessführung und Rechtsvertretung und bestellte Rechtsanwalt Dr. L zu ihrem unentgeltlichen Rechtsvertreter (OG act. 47, Verfügungsdispositiv Ziff. 1 und 2). Mit gleichzeitig ergangenen Urteil stellte der Einzelrichter die gemeinsame Tochter der Parteien, H, geboren 1997, unter die elterliche Sorge des Beschwerdegegners (Urteilsdispositiv Ziff. 1) und regelte die Nebenfolgen der Umteilung der elterlichen Sorge (Urteilsdispositiv Ziffern 2 - 7: Besuchsrecht; Weiterführung der bestehenden Beistandschaft; Verpflichtung des Beschwerdegegners, die Beschwerdeführerin über besondere Ereignisse im Leben der Tochter zu orientieren und vor für die Tochter wichtigen Entscheiden anzuhören; mangels Leistungsfähigkeit kein Unterhaltsbeitrag der Beschwerdeführerin für die Tochter). Weiter verpflichtete der Einzelrichter den Beschwerdegegner, der Beschwerdeführerin ab 1. Juli 2009 bis 31. Dezember 2012 einen monatlichen Unterhaltsbeitrag von Fr. 950.-- zu bezahlen (Urteilsdispositiv Ziff. 8).

Gegen dieses Urteil erhob die Beschwerdeführerin Berufung mit folgenden Anträgen (OG act. 52 S. 2):

- „1. Ziffer 1 des Urteils des Einzelrichters im ordentlichen Verfahren des Bezirks N vom 15. Dezember 2009 (Geschäfts-Nr. FP09xxxx) sei aufzuheben und die aus der Ehe der Parteien hervorgegangene Tochter H sei unter der elterlichen Sorge der Appellantin zu belassen.
2. Es sei vom Gericht ein angemessenes Besuchsrecht des Appellaten festzulegen.
3. Es sei vom Gericht ein angemessenes Ferienbesuchsrecht für den Appellaten festzulegen.
4. Die für H bestehende Beistandschaft durch Frau Gn sei unter Einräumung einer angemessenen Übergangszeit aufzuheben und es sei die Vormundschaftsbehörde Kilchberg anzuweisen, eine neue Beistandschaft zu errichten, sofern das Gericht dies für nötig erachtet.

5. Es sei Ziffer 7 des Urteils des Einzelrichters im ordentlichen Verfahren des Bezirks N vom 15. Dezember 2009 aufzuheben und der Appellat zu verpflichten, der Appellantin an die Kosten des Unterhalts der Tochter monatliche Beiträge von Fr. 1'500.--, zuzüglich allfällige gesetzliche oder vertragliche Kinderzulagen, zu bezahlen, zahlbar im Voraus, je auf den Ersten des Monats ab Rechtskraft des Urteils auch über deren Mündigkeit hinaus, solange H sich in einer Erstausbildung befindet und den Hauptwohnsitz bei der Mutter hat.
6. Es sei Ziffer 8 des Urteils des Einzelrichters im ordentlichen Verfahren des Bezirks N vom 15. Dezember 2009 aufzuheben und der Appellat zu verpflichten, der Appellantin persönlich, gestützt auf Art. 125 ZGB monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 2'700.-- zu bezahlen, zahlbar im Voraus, je am Ersten eines Monats, erstmals rückwirkend per 1. Juli 2009 bis 31. Juli 2013.“

Weiter stellte die Beschwerdeführerin den prozessualen Antrag, es sei für H ein Vertretungsbeistand im Sinne von Art. 146 ZGB zu bestellen.

Der Beschwerdegegner beantragte mit seiner Berufungsantwort, es sei die Berufung abzuweisen, und erhob Anschlussberufung mit den Anträgen, er sei zu verpflichten, der Beschwerdeführerin einen monatlichen Unterhaltsbeitrag von Fr. 950.--, erstmals per 1. Juli 2009 bis 31. Dezember 2010, und er sei berechtigt zu erklären, zuviel bezahlte Unterhaltsbeiträge im Umfang von Fr. 7'000.-- mit den noch an die Beschwerdeführerin zu leistenden Unterhaltsbeiträgen zu verrechnen (OG act. 57 S. 2 f.).

Am 19. Mai 2010 erfolgte eine Referentenaudienz mit persönlichen Befragung der Parteien (OG Prot. S. 5 - 12). Am 28. Mai 2010 wurde die Tochter H durch den obergerichtlichen Referenten in Abwesenheit der Parteien angehört (OG Prot. S. 14 f.).

Das Obergericht (I. Zivilkammer) entzog der Beschwerdeführerin mit Beschluss vom 21. Juni 2010 die unentgeltliche Prozessführung und Vertretung hinsichtlich der Berufungsanträge 1 - 5 und setzte ihr Frist zur Leistung einer Prozesskaution von Fr. 5'000.-- an, mit der Androhung, dass bei Säumnis auf die Berufungsanträge 1 - 5 nicht eingetreten werde (OG act. 65).

Das Obergericht wies mit Beschluss vom 16. Juli 2010 ein Gesuch des Rechtsvertreters der Beschwerdeführerin, ihn als unentgeltlichen Rechtsvertreter vollum-

fänglich zu entlassen, ab (OG act. 67). Mit Eingabe vom 27. August 2010 beantwortete die Beschwerdeführerin die Anschlussberufung (OG act. 70). Mit Beschluss vom 3. September 2010 wies das Obergericht ein Wiedererwägungsgesuch, es sei ihr die unentgeltlichen Prozessführung und Vertretung auch hinsichtlich der Berufungsanträge 1 - 5 zu belassen und die Frist zur Leistung der Prozesskaution abzunehmen (OG act. 73) sowie ein solches um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und Rechtsvertretung für das Wiedererwägungsgesuch ab und setzte eine Nachfrist zur Leistung der Prozesskaution an (OG act. 79).

Nachdem die Beschwerdeführerin die ihr auferlegte Prozesskaution nicht geleistet hatte, trat das Obergericht mit Beschluss vom 29. September 2010 auf die Berufungsanträge 1 - 5 nicht ein. Weiter wies es den Antrag auf Ernennung eines Prozessbeistandes für die Tochter H ab (OG act. 83 = KG act. 2).

2. Die Beschwerdeführerin beantragt mit ihrer Nichtigkeitsbeschwerde vom 1. November 2010 die Aufhebung des obergerichtlichen Beschlusses vom 29. September 2010 sowohl was das Nichteintreten auf ihre Berufungsanträge 1 - 5 als auch ihren Antrag auf Ernennung eines Prozessbeistandes für die Tochter Isabelle angeht. Weiter ersucht sie um Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung und Rechtsvertretung sowohl für das Berufungsverfahren wie für das Kassationsverfahren (KG act. 1). Der Beschwerdegegner verzichtet auf die Beantwortung der Nichtigkeitsbeschwerde (KG act. 8). Das Obergericht liess sich nicht vernehmen.

3. 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 ZH). 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.).

4. a) Die Beschwerdeführerin bringt vor, im Verfahren um Abänderung eines Scheidungsurteils, in welchem die Zuteilung der elterlichen Sorge strittig sei, müsse der Sachverhalt gemäss Art. 145 ZGB von Amtes wegen erforscht werden. Es gelte die uneingeschränkte Untersuchungsmaxime. Seien beide Parteien anwaltlich vertreten, stelle das Gericht auch bei Geltung der klassischen Untersuchungsmaxime in erster Linie auf die Vorbringen der Rechtsvertretungen ab und werde der Sachverhalt nur bei offensichtlichen Lücken und Ungereimtheiten von Amtes wegen ergänzt. Unter der Herrschaft der uneingeschränkten Untersuchungsmaxime sei das Gericht ohne Rücksicht auf Kostenüberlegungen verpflichtet, alle notwendigen Abklärungen vorzunehmen und den rechtlich relevanten Sachverhalt zu ermitteln. Insbesondere dürfe eine Beweisabnahme nicht deshalb unterbleiben, weil kein Kostenvorschuss für die Beweiserhebungen geleistet worden sei. Analog dazu könne es auch nicht zulässig sein, das Eintreten auf die das Kind betreffenden Anträge von der Leistung einer Kautions abhängig zu machen. Nachdem im Prozess bisher von beiden Instanzen anerkannt worden sei, dass die Voraussetzungen für die Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und Vertretung der Beschwerdeführerin gegeben seien, sei die Auferlegung einer Kautions unzulässig gewesen und es seien der Beschwerdeführerin die unentgeltliche Prozessführung und Rechtsvertretung weiterhin zu gewähren (KG act. 1 S. 3 Ziff. 4).

b) Die Beschwerdeführerin erhob gegen die beiden prozessleitenden Entscheide des Obergerichts vom 21. Juni 2010 und vom 3. September 2010 nicht selbständig Nichtigkeitsbeschwerde. Ob dies nach § 282 Abs. 1 ZPO ZH zulässig gewesen wäre, kann offen bleiben, da die Unterlassung der selbständigen Anfechtung eines prozessleitenden Entscheids die Anfechtung eines darauf beruhenden Endentscheids nicht ausschliesst (§ 282 Abs. 2 ZPO ZH).

Die Beschwerdeführerin zitiert zu ihren Vorbringen betreffend Untersuchungsmaxime und Abhängigmachen der Beweiserhebungen von der Leistung eines Kostenvorschusses die Kommentierung von Art. 296 ZPO CH durch Daniel Steck (Spüler/Tenchio/Infanger [Hsg.], Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2010). Der Entscheid über den Entzug der unentgeltlichen Rechtspflege und über die Kautionsauflage erfolgte unter bisherigem zürcherischem Prozessrecht. Für Verfahren, die bei Inkrafttreten der Zivilprozessordnung rechtshängig sind, gilt das bisherige Verfahrensrecht bis zum Abschluss vor der betroffenen Instanz (Art. 404 Abs. 1 ZPO CH). Das Obergericht hatte daher bei seinen Entscheiden über den Entzug der unentgeltlichen Rechtspflege und die Kautionsauflage und über das entsprechende Wiedererwägungsgesuch der Beschwerdeführerin nicht zu prüfen, ob allenfalls unter neuem Prozessrecht anders zu entscheiden wäre. Eine allfällige Gutheissung der vorliegenden Nichtigkeitsbeschwerde hätte die Aufhebung des angefochtenen Nichteintretensentscheid zur Folge, womit das hängige Verfahren vor Obergericht in vollem Umfang weiterzuführen wäre. Die ursprüngliche Rechtshängigkeit bezüglich der Berufungsanträge 1 - 5 würde wieder aufleben und es wäre das Verfahren vor Obergericht nach bisherigem Prozessrecht weiterzuführen. Die neue schweizerische Zivilprozessordnung kommt jedenfalls, abgesehen von der genannten Übergangsbestimmung, welche bisheriges Prozessrecht für anwendbar erklärt, nicht zum Zug, weshalb das neue Prozessrecht auch bei der Prüfung der geltend gemachten Nichtigkeitsgründe im vorliegenden Kassationsverfahren unbeachtlich ist.

c) § 78 ZPO ZH bestimmt, in welchen Verfahren keine Prozesskautionen auferlegt werden. Das Verfahren auf Abänderung eines Scheidungsurteils wird in dieser Aufzählung nicht genannt, so dass nach kantonalem Prozessrecht kein solcher

Ausschluss besteht. Ob sich aus Art 145 Abs. 1 ZGB, wonach das Gericht im Scheidungsverfahren mit Bezug auf Kinderbelange den Sachverhalt von Amtes wegen erforscht, ein bundesrechtliches Verbot ergibt, das Eintreten auf eine die Kinderzuteilung und deren Nebenfolgen betreffende Berufung von der Leistung eines Prozesskostenvorschusses abhängig zu machen, untersteht der Prüfung im Beschwerdeverfahren vor Bundesgericht (Art. 95 lit. a BGG), weshalb darauf im vorliegenden kantonalen Kassationsverfahren nicht einzugehen ist (§ 285 ZPO).

Voraussetzung der Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung und Rechtsvertretung ist neben der Mittellosigkeit der betreffenden Partei, dass der Prozess bzw. das Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (§ 84 Abs. 1 ZPO ZH, Art. 29 Abs. 3 BV). Eine Ausnahme von dieser Voraussetzung im Fall, dass Kinderbelange streitig sind, ergibt sich weder aus dem kantonalen Prozessrecht noch aus der Bundesverfassung.

Das Obergericht begründet in seinem Beschluss vom 21. Juni 2010 eingehend, weshalb dem Berufungsbegehren der Beschwerdeführerin um Rückübertragung der Obhut über H auf die Beschwerdeführerin und um Belassung des Sorgerechts bei dieser kaum gefolgt werden könne, womit sich das Berufungsverfahren mit Bezug auf die Kindesbelange als aussichtslos im Sinne von § 84 Abs. 1 ZPO ZH erweise (OG act. 65 S. 5 - 8 Erw. III/1 - 6). Ebenfalls begründet das Obergericht in seinem Beschluss vom 3. September 2010, weshalb das Wiedererwägungsbegehren der Beschwerdeführerin abzuweisen sei (OG act. 79 S. 2 f. Erw. 3 und 4). Die Beschwerdeführerin setzt sich mit den Erwägungen der beiden Beschlüsse nicht auseinander und zeigt nicht auf, dass diese unter einem Nichtigkeitsgrund gemäss § 281 Ziff. 1 - 3 ZPO ZH leide. Der Hinweis der Beschwerdeführerin in der Beschwerdebegründung, im hängigen Fall hätten sich seit der Referentenaudienz Ereignisse zugetragen, welche nach ihrer Auffassung die Umteilung der elterlichen Sorge rechtfertigten, sie habe diese Umstände in ihrem Wiedererwägungsgesuch vom 30. August 2010, soweit sie damals bekannt gewesen seien, dargestellt, und inzwischen habe sie von Verwandten des Beschwerdegegners erfahren, dass dieser den Verwandten erzählt habe, die Beschwerdeführerin sei psychisch krank, was auch die Tochter H erfahren habe (KG act. 1 S. 3 Ziff. 5),

stellen keine Auseinandersetzung mit den Erwägungen der beiden genannten obergerichtlichen Beschlüsse dar. Da die Kassationsinstanz nur zu prüfen hat, ob der angefochtene Entscheid nach der bei der Vorinstanz gegebenen Aktenlage an einem Nichtigkeitsgrund leidet, sind im Übrigen neue Behauptungen und Beweismittel im Kassationsverfahren unzulässig und besteht auch kein Novenrecht im Sinne von § 115 ZPO ZH (von Rechenberg, a.a.O., S. 17 f.).

Der angefochtene Entscheid, auf die Berufungsanträge 1 - 5 nicht einzutreten, ist gesetzliche Folge der Nichtleistung der der Beschwerdeführerin auferlegten Prozesskaution (§ 80 Abs. 1 ZPO) und nicht zu beanstanden, nachdem die Beschwerdeführerin nicht nachzuweisen vermag, dass die Kautionsauflage mit einem Nichtigkeitsgrund behaftet sei.

5. Die Beschwerdeführerin begründet ihren Antrag, für die Tochter H einen Prozessbeistand zu ernennen, damit, es sei ihr die Möglichkeit zu geben, ihren Standpunkt (zu den Ereignissen nach der Referentenaudienz) mit einer neutralen Person zu besprechen und ihn gegebenenfalls dem Gericht zukommen zu lassen (KG act. 1 S. 3 Ziff. 5). Nach dem Ausgeführten bleibt es beim Entscheid des Obergerichts, auf die Berufungsanträge 1 - 5, welche die Kindesbelange zum Inhalt haben, nicht einzutreten. Da somit das Berufungsverfahren lediglich mit Bezug auf die persönlichen Unterhaltsansprüche der Beschwerdeführerin, nicht aber die Belange von H fortzuführen ist, erübrigt sich die Ernennung eines Prozessbeistands für die Tochter. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern der Entscheid des Obergerichts, den entsprechenden Antrag der Beschwerdeführerin abzuweisen, mit einem Nichtigkeitsgrund behaftet sein soll.

6. Zusammenfassend erweist sich die Nichtigkeitsbeschwerde als offensichtlich unbegründet, soweit auf sie eingetreten werden kann, so dass im Kassationsverfahren auch Aussichtslosigkeit des Prozessstandpunkts der Beschwerdeführerin im Sinne von § 84 Abs. 1 ZPO ZH besteht. Das Gesuch der Beschwerdeführerin um Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung und Rechtsvertretung für das Kassationsverfahren ist abzuweisen.

Soweit die Beschwerdeführerin in Antrag 3 ihrer Beschwerdeschrift (KG act. 1 S. 2) für das Verfahren vor Obergericht die Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung und Rechtsvertretung verlangt, ist auf die bisher ergangenen diesbezüglichen Beschlüsse des Obergerichts, welche im vorliegenden Kassationsverfahren nicht erfolgreich angefochten wurden und bei denen es somit sein Bewenden hat, zu verweisen und nicht weiter darauf einzugehen.

7. Ausgangsgemäss sind die Kosten des Kassationsverfahrens der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (§ 64 Abs. 2 ZPO). Mangels erheblicher Umtriebe ist dem Beschwerdegegner, der die Nichtigkeitsbeschwerde nicht beantwortet hat, keine Prozessentschädigung zuzusprechen.

Das Gericht beschliesst:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann.
2. Das Gesuch der Beschwerdeführerin um Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung und Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsvertreter für das Kassationsverfahren wird abgewiesen.
3. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 500.--.
4. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden der Beschwerdeführerin auferlegt.
5. Dem Beschwerdegegner wird für das Kassationsverfahren keine Prozessentschädigung zugesprochen.
6. Gegen diesen Entscheid kann unter den Voraussetzungen von Art. 90 ff. BGG innert 30 Tagen nach dessen Empfang schriftlich durch eine Art. 42 BGG entsprechende Eingabe Beschwerde gemäss Art. 72 ff. BGG an das Schweizerische Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, erhoben werden.

Sodann läuft die Frist von 30 Tagen zur Anfechtung des Beschlusses des Obergerichtes vom 29. September 2010 mit Beschwerde an das Bundesgericht neu ab Empfang des vorliegenden Entscheides (Art. 100 Abs. 1 und 6 BGG).

Hinsichtlich des Fristenlaufes gelten die Art. 44 ff. BGG.

7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich und das Bezirksgericht N (Einzelrichter), je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär: