



Kass.-Nr. AA040172/U/mb

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Robert Karrer, Hans Michael Riemer, die Kassationsrichterin Yvona Griesser und der Kassationsrichter Rudolf Ottomann sowie der Sekretär Roland Götte

Zirkulationsbeschluss vom 17. Februar 2005

in Sachen

A.

Klägerin, Rekurrentin und Beschwerdeführerin
vertreten durch Rechtsanwalt X.

gegen

B.

Beklagter, Rekursgegner und Beschwerdegegner
vertreten durch Rechtsanwalt Y.

betreffend

**Eheschutzmassnahmen
(Obhut über ein Kind)**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der I. Zivilkammer des
Obergerichts des Kantons Zürich vom 4. Oktober 2004 (LP040066/U)**

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. A. (Beschwerdeführerin) ersuchte im September 2003 beim Einzelrichter im summarischen Verfahren des Bezirkes Hinwil um Erlass eheschutzrichterlicher Massnahmen und stellte dabei unter anderem den Antrag, es sei der Sohn L. für die Dauer des Getrenntlebens unter ihre Obhut zu stellen (ER act. 1 S. 2). In der Folge wurde mit Verfügung vom 10. März 2004 vom Getrenntleben der Parteien Vormerk genommen; entgegen dem Antrag der Beschwerdeführerin wurde die Obhut über L. (sowie über die beiden anderen gemeinsamen Kinder M. und N.) jedoch ihrem Ehemann B. (Beschwerdegegner) zugesprochen (ER act. 49).

2. Im Rahmen des gegen diesen Entscheid ergriffenen Rekurses beantragte die Beschwerdeführerin unter anderem erneut die Obhutzuteilung über den Sohn L. (OG act. 2 S. 2). In dieser Hinsicht wurde der Rekurs mit Beschluss der I. Zivilkammer des Obergerichtes vom 4. Oktober 2004 abgewiesen (OG act. 26 = KG act. 2; künftig: KG act. 2).

3. Mit Eingabe vom 10. November 2004 hat die Beschwerdeführerin gegen diesen Rekursentscheid rechtzeitig kantonale Nichtigkeitsbeschwerde eingereicht. Gegenstand der Beschwerde bildet grundsätzlich nur die Obhutzuteilung von L.; dennoch verlangt die Beschwerdeführerin die gesamthafte Aufhebung des angefochtenen Entscheides (mit Ausnahme von Dispositivziffer 1 betreffend die Gewährung des Armenrechts), weil sich die Zuteilungsfrage auf alle anderen Beschlussfolgen auswirke (KG act. 1 S. 2 und 19).

Während die Vorinstanz auf Vernehmlassung verzichtete (KG act. 12), beantragt der Beschwerdegegner die Abweisung der Beschwerde (KG act. 13).

Soweit die Beschwerdeführerin in prozessualer Hinsicht den Antrag stellte, es sei der Beschwerde aufschiebende Wirkung zu verleihen (KG act. 1

S. 3), wurde diesem Antrag mit Präsidialverfügung vom 15. November 2004 lediglich hinsichtlich der Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen der beiden vorinstanzlichen Verfahren entsprochen und im Übrigen abgewiesen (KG act. 7).

II.

1.1 In der Beschwerdeschrift wird zunächst vorgebracht, das Obergericht habe über die Frage der Kinderzuteilung ohne Beizug eines Fachberichtes und ohne erneute Anhörung von L. sowie ohne erneute Befragung der Parteien entschieden, obwohl in der Eingabe vom 28. Mai 2004 entsprechende Anträge gestellt worden seien. Mit diesem Vorgehen habe die Vorinstanz nicht nur die Untersuchungs- und Offizialmaxime, sondern auch das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerin sowie des Sohnes L. verletzt (KG act. 1 S. 11). Gleichzeitig sei die Bestimmung von Art. 12 Abs. 2 der UN-Kinderkonvention, wonach das unmündige urteilsfähige Kind einen Rechtsanspruch habe, in allen seine Interessen berührenden Gerichts- oder Verwaltungsverfahren gehört zu werden, verletzt worden (KG act. 1 S. 16/17).

1.2 Gemäss § 285 Abs. 1 und 2 ZPO ist die Nichtigkeitsbeschwerde nicht zulässig, soweit der angefochtene Entscheid an das Bundesgericht weitergezogen werden kann und dieses den geltend gemachten Mangel mit freier Kognition überprüfen kann (Subsidiarität der kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde). Im vorliegenden Fall fällt ein Weiterzug mittels eidgenössischer Berufung insofern ausser Betracht, als es sich beim angefochtenen Eheschutzentscheid gemäss ständiger Praxis des Bundesgerichtes nicht um einen "Endentscheid" i.S.v. Art. 48 OG handelt (BGE 127 III 474 E. 2.a). Sodann entfällt auch die eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde, da kein Beschwerdegrund i.S.v. Art. 68 OG geltend gemacht wird. Hinsichtlich der Rüge der Verletzung von Art. 12 Abs. 2 der UNO-Kinderrechtskonvention ist allerdings zu beachten, dass dieser Vorwurf vom Bundesgericht im Rahmen einer staatsrechtlichen Beschwerde frei geprüft werden kann. Diesbezüglich entfällt die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde als ausserordentliches Rechtsmittel, und es ist auf diese Rüge folglich insofern nicht einzutreten (RB 1998 Nr. 103; ZR 98 Nr. 66 Erw. 3.a und b).

1.3 a) Mit ihren weiteren Vorbringen rügt die Beschwerdeführerin sinngemäss die Verletzung von Art. 144 ZGB (persönliche Befragung der Eltern bzw. Anhörung der Kinder) und Art. 145 ZGB (Abklärung des Sachverhaltes von Amtes wegen bzw. Beizug von Sachverständigen). Diese vorab im Scheidungsverfahren bei der Regelung von Kinderbelangen geltenden bundesrechtlichen Verfahrensvorschriften sind sinngemäss auch im Eheschutzverfahren zu beachten (ZR 101 Nr. 59 Erw. 3.b), und ihre Anwendung kann von der Kassationsinstanz im Rahmen von § 281 Ziff. 1 ZPO mit freier Kognition geprüft werden (Kass.-Nr. 2001/381Z i.S. K., Entscheid vom 10.06.2002, Erw. II.1.3).

Art. 144 Abs. 2 ZGB vermittelt den Kindern einen Anspruch darauf, hinsichtlich der sie betreffenden Belange in geeigneter Weise angehört zu werden. Dieser Anspruch ist höchstpersönlicher Natur, weshalb sich die Beschwerdeführerin unter dem Aspekt der Gehörsverweigerung nicht auf diese Bestimmung berufen kann (dies könnte nur das Kind selbst bzw. dessen Beistand, RB 2000 Nr. 17 = FamPra 2000 Nr. 58). Immerhin kann die Missachtung dieser Vorschrift unter dem Aspekt der gemäss Art. 145 Abs. 1 ZGB geltenden Untersuchungsmaxime gerügt werden (FamPra 2000 Nr. 58; Kass.-Nr. AA040029 i.S. S., Entscheid vom 10.05.2004, Erw. II.2.c). Die Untersuchungsmaxime hat jedoch nicht zur Folge, dass in jedem Verfahrensabschnitt eine Anhörung des Kindes stattfinden muss, vielmehr ist im Rechtsmittelverfahren eine *erneute* Anhörung grundsätzlich nur dann angezeigt, wenn sich die Umstände seit der letzten Anhörung geändert haben (Pra 2003 Nr. 67 = FamPra 2003 Nr. 58). Analog muss dies auch hinsichtlich der in Art. 144 Abs. 1 ZGB vorgesehenen persönlichen Befragung der Eltern gelten. Sodann ist das Gericht nicht gehalten, aufgrund der in Kinderbelangen herrschenden Oficialmaxime in jedem Fall einen Fachbericht oder ein Gutachten im Sinne von Art. 145 Abs. 2 ZGB einzuholen bzw. erstellen zu lassen. Vielmehr kann der Richter das Beweisverfahren schliessen, wenn er aufgrund der bereits abgenommenen Beweise seine Überzeugungen gebildet hat und ohne Willkür in vorweggenommener Beweiswürdigung annehmen kann, seine Überzeugung werde durch weitere Beweiserhebungen nicht geändert (FamPra 2003 Nr. 130).

c) Die Beschwerdeführerin ist an dieser Stelle auf die besondere Natur des Kassationsverfahrens hinzuweisen: Das Nichtigkeitsverfahren stellt keine Fortsetzung des Verfahrens vor dem Sachrichter dar, und es ist einzig zu prüfen, ob der angefochtene Entscheid aufgrund des bei der Vorinstanz gegebenen Aktenstandes an einem Nichtigkeitsgrund im Sinne von § 281 Ziff. 1-3 ZPO leidet. Dabei muss der Nichtigkeitskläger den behaupteten Nichtigkeitsgrund in der Beschwerdeschrift selbst nachweisen (§ 288 Abs. 1 Ziff. 3 ZPO). Sodann werden gemäss § 290 ZPO lediglich die geltend gemachten Nichtigkeitsgründe überprüft (sog. Rügeprinzip). Um diesen ihm obliegenden Nachweis zu erbringen, hat sich der Nichtigkeitskläger konkret mit dem angefochtenen Entscheid bzw. den darin enthaltenen, den Entscheid tragenden Erwägungen auseinander zu setzen. Die blosser Verweisung auf frühere Vorbringen oder deren blosser Wiederholung genügt hierfür ebenso wenig wie rein appellatorische Kritik an den Erwägungen der Vorinstanz; vielmehr sind in der Beschwerdebegründung insbesondere die angefochtenen Stellen des vorinstanzlichen Entscheids genau zu bezeichnen und diejenigen Aktenstellen, aus denen sich ein Nichtigkeitsgrund ergeben soll, im Einzelnen anzugeben. Es ist mithin nicht Sache der Kassationsinstanz, in den vorinstanzlichen Akten nach den Grundlagen des geltend gemachten (oder gar eines anderen) Nichtigkeitsgrundes zu suchen (einlässlich zum Ganzen von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen, 2. A., Zürich 1986, S. 16 ff.; Spühler/Vock, Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund, S. 56 f., 72 f.; s.a. Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich 1997, N 4 zu § 288 ZPO; ZR 81 Nr. 88).

Diesen Anforderungen wird die Beschwerdeschrift hier insofern nicht gerecht, als sich die Beschwerdeführerin mit den Erwägungen der Vorinstanz zur Spruchreife bzw. zum Verzicht auf weitere Abklärungen (KG act. 2 S. 14/15) in keiner Weise auseinandersetzt. Vielmehr übt sie lediglich appellatorische Kritik, indem sie ausführt, infolge der persönlichen Probleme des Beschwerdegegners und der Problematik eines Loyalitätskonfliktes bestehe eine Gefährdung des Kindeswohls, welche eine vertiefte Abklärung erheische (vgl. KG act. 1 S. 10-12). Abgesehen davon, dass hinsichtlich der angesprochenen Probleme lediglich auf die ergänzte Rekursbegründung vom 28. Mai 2004 verwiesen wird, wird damit je-

denfalls nicht dargelegt oder belegt, inwiefern die Vorinstanz das Bestehen der Voraussetzungen zur Erhebung weiterer Abklärungen (erneute Anhörung von L., erneute persönliche Befragung der Parteien, Einholen eines Fachberichtes) zu Unrecht verneint habe. Damit ist auf die Rügen betreffend die Verletzung von Art. 144 und 145 ZGB nicht einzutreten

2.1 In der Beschwerdeschrift wird weiter vorgebracht, das Obergericht habe bei der Zuteilung der Obhut über L. an den Beschwerdegegner die Erziehungsfähigkeit der Beschwerdeführerin nicht in Frage gestellt, sondern vielmehr einzig darauf abgestellt, dass eine Trennung der Geschwister vorbehaltlich besonderer Umstände nach Möglichkeit zu vermeiden sei. Das Obergericht - so die Beschwerdeführerin - operiere hier mit einer rein virtuellen Formel und lege gar nicht dar, inwiefern sich die Geschwister besonders verbunden seien. Zudem setze sich das Obergericht mit dem Umstand, dass die Geschwister schon 1 ½ Jahre getrennt gelebt hätten, und dass sie damit hätten umgehen können, mit keinem Wort auseinander. L. sei in dieser Zeit in optima forma und uneingeschränkt von der Beschwerdeführerin betreut worden, und werde durch den angefochtenen Beschluss in ein nunmehr fremdes Ambiente gezwungen. Die Vorinstanz bringe mit ihrem Entscheid Unruhe in die stabilen Verhältnisse und verletze damit Bundesrecht. Zudem widerspreche die abstrakte Argumentation der Vorinstanz der in Kinderbelangen stets geltenden Untersuchungs- und Officialmaxime (KG act. 1 S. 14-16).

2.2 a) Die Beschwerdeführerin rügt hier sinngemäss eine Verletzung von Art. 176 Abs. 3 ZGB. Die Verletzung dieser Vorschrift des materiellen Bundesrechts kann im Kassationsverfahren nur mit beschränkter Kognition, d.h. nur auf die Verletzung "klaren materiellen Rechts" i.S.v. § 281 ZPO hin überprüft werden.

Ist im Eheschutzverfahren nach Massgabe von Art. 176 Abs. 3 ZGB über die Obhutzuteilung von Kindern zu entscheiden, sind sinngemäss die von der Lehre und Rechtsprechung für die Regelung des Sorgerechts im Scheidungsverfahren entwickelten Grundsätze anwendbar (ZR 101 Nr. 59 Erw. 3.b). Im Vordergrund steht dabei stets die Wahrung des Kindeswohls. Sind bei beiden Eltern

in persönlicher, wirtschaftlicher oder erzieherischer Hinsicht die gleichen Voraussetzungen gegeben, kann etwa die Stabilität der Verhältnisse ein Kriterium sein (vgl. BGE 114 II 200 E. 5). Sodann sind unter dem Aspekt des Kindeswohls mehrere Geschwister in aller Regel nicht zu trennen, damit die Koedukation in der Familiengemeinschaft und das besonders schutzwürdige Zusammengehörigkeitsgefühl der Kinder nicht gefährdet wird (BGE 115 II 317 E. 2).

b) Dem Obergericht wird zu Unrecht vorgeworfen, das Kriterium der Zusammengehörigkeit der Geschwister lediglich "abstrakt" bzw. im Sinne einer "virtuellen Formel" angewandt zu haben, hat sich dieses entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin doch eingehend zur Verbundenheit der drei Geschwister und deren Wunsch nach einem Beisammensein geäußert (KG act. 2 S. 16). Soweit die Beschwerdeführerin geltend macht, die Stabilität der Verhältnisse spreche gegen die Zuteilung der Obhut an den Beschwerdegegner (und damit für eine Trennung der drei Geschwister), setzt sie sich mit den Erwägungen der Vorinstanz, wonach die Obhutzuteilung an den Beschwerdegegner keine erhebliche Umstellung mit sich bringe (KG act. 2 S. 16 unten), in keiner Weise auseinander; in dieser Hinsicht ist gemäss den Ausführungen unter Ziff. 1.3.b vorstehend auf die Rüge gar nicht einzutreten. Insgesamt vermag die Beschwerdeführerin jedenfalls nicht darzutun und ist auch nicht ersichtlich, dass die Vorinstanz mit der angefochtenen Obhutzuteilung von L. an den Beschwerdegegner gegen klares materielles Recht verstossen hat.

III.

1. In ihrem Rekursentscheid vom 4. Oktober 2004 gewährte die Vorinstanz beiden Parteien die unentgeltliche Prozessführung und bestellte ihnen je einen unentgeltlichen Rechtsvertreter (KG act. 2, Dispositivziffer 1). Es sind im vorliegenden Fall keine Gründe ersichtlich, vom Grundsatz der Weitergeltung des einmal gewährten Armenrechts für das Rechtsmittelverfahren abzuweichen und dieses gemäss §§ 90 Abs. 2 und 91 ZPO zu entziehen.

2. Ausgangsgemäss sind die Kosten des Nichtigkeitsverfahrens der Beschwerdeführerin aufzuerlegen, zufolge der ihr gewährten unentgeltlichen Pro-

zessführung jedoch einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen (§ 64 Abs. 2 ZPO i.V.m. § 85 Abs. 1 ZPO). Gleichzeitig ist sie zu verpflichten, dem unentgeltlichen Rechtsvertreter des Beschwerdegegners eine angemessene Entschädigung zu bezahlen; für den Fall der Nichterhältlichkeit ist diese Entschädigung aus der Gerichtskasse zu entrichten (§ 68 Abs. 1 ZPO i.V.m. § 89 Abs. 1 und 2 ZPO). Der unentgeltliche Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin ist für seine Bemühungen aus der Gerichtskasse zu entschädigen (§ 89 Abs. 2 ZPO).

Die Höhe der Entschädigungen an die Rechtsvertreter richtet sich nicht primär nach dem getätigten Aufwand (vgl. dazu die eingereichten Honorarnoten, KG act. 11 und 14), sondern nach den Ansätzen der Verordnung über die Anwaltsgebühren (§ 15 Abs. 1 AnwGebVO). In Anwendung von §§ 3 Abs. 1, 5 Abs. 2 und 7 Abs. 1 der genannten Verordnung erscheint ein Betrag von je Fr. 1'000.-- als angemessen.

Das Gericht beschliesst:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann. Damit entfällt die der Beschwerde teilweise verliehene aufschiebende Wirkung.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf:
Fr. 1'000.-- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 219.-- Schreibgebühren,
Fr. 133.-- Zustellgebühren und Porti.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden der Beschwerdeführerin auferlegt, zufolge der ihr gewährten unentgeltlichen Prozessführung jedoch einstweilen auf die Gerichtskasse genommen.
4. Die Beschwerdeführerin wird verpflichtet, dem unentgeltlichen Rechtsvertreter des Beschwerdegegners für das Kassationsverfahren eine Prozes-

sentschädigung von Fr. 1'000.-- (inkl. MwSt) zu entrichten.

Ist diese Entschädigung von der Beschwerdeführerin nicht erhältlich, wird sie aus der Gerichtskasse entrichtet.

5. Dem unentgeltlichen Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin wird für seine Bemühungen aus der Gerichtskasse ein Betrag von Fr. 1'000.-- (inkl. MwSt) zugesprochen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich und den Einzelrichter im summarischen Verfahren des Bezirksgerichts Hinwil, je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär: