



Kass.-Nr. AA050160/U/mb

Mitwirkende: die Kassationsrichter Herbert Heeb, Vizepräsident, Robert Karrer, Hans Michael Riemer, Dieter Zobl und Karl Spühler sowie der Sekretär Christof Tschurr

Zirkulationsbeschluss vom 13. Januar 2006

in Sachen

A.X.,

Beklagter, Rekurrent und Beschwerdeführer
vertreten durch Fürsprecher

gegen

B.X.,

Klägerin, Rekursgegnerin und Beschwerdegegnerin
vertreten durch Rechtsanwältin
substituiert durch Rechtsanwalt

betreffend **Eheschutz (Obhut über die Kinder, Besuchsrecht, Verbringung der Kinder ins Ausland, Aushändigung der Reisepässe, Zuteilung der ehelichen Liegenschaft, Auszugsfrist)**

Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 16. September 2005 (LP050075/U)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

Die Parteien sind verheiratet und Eltern der Söhne C., geb. ____ 1991, und D., geb. ____ 1993 (angefochtener Beschluss KG act. 2 S. 2). Am 21. März 2005 stellte die Beschwerdegegnerin beim Bezirksgericht Z. ein Eheschutzbegehren (ER act. 1). Mit Verfügung vom 24. Juni 2005 nahm die Eheschutzrichterin des Bezirkes Z. von der Berechtigung der Parteien zum Getrenntleben Vormerk, stellte die beiden Kinder für die Dauer des Getrenntlebens unter die Obhut der Beschwerdegegnerin und traf weitere Anordnungen (OG act. 3). Gegen diese Verfügung reichte der Beschwerdeführer beim Obergericht des Kantons Zürich einen Rekurs ein, mit welchem er insbesondere beantragte, die Söhne unter seine Obhut zu stellen (OG act. 2).

Mit Beschluss vom 16. September 2005 wies die I. Zivilkammer des Obergerichts den Rekurs ab und bestätigte die Verfügung der Eheschutzrichterin (KG act. 2). Dagegen erhob der Beschwerdeführer rechtzeitig (OG act. 25/2, KG act. 1) Nichtigkeitsbeschwerde (KG act. 1). Mit dieser beantragt er in erster Linie die Aufhebung des angefochtenen obergerichtlichen Beschlusses und die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz (KG act. 1 S. 2). Ferner stellte er den Antrag, Rechtsanwalt Y. sei von der Einreichung der Nichtigkeitsbeschwerde Kenntnis zu geben, und es sei ihm Gelegenheit zu geben, im Beschwerdeverfahren ein Gesuch um Einsetzung als Kinderanwalt einzureichen (KG act. 1 S. 3). Mit Präsidialverfügung vom 24. Oktober 2005 wurde der Antrag, RA Y. vom Eingang der Beschwerde in Kenntnis zu setzen, abgewiesen. Dem Beschwerdeführer wurde eine Prozesskaution von Fr. 3'000.-- auferlegt (KG act. 7). Diese leistete er fristgerecht (KG act. 8/1, act. 11).

Die Vorinstanz verzichtete auf eine Vernehmlassung zur Beschwerde (KG act. 10). Die Beschwerdegegnerin beantragt mit fristgerechter (KG act. 8/2, act. 12) Beschwerdeantwort die Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei (KG act. 12).

Mit Eingabe vom 1. Dezember 2005 stellte RA Y. dem Kassationsgericht Kopien von Dokumenten zu (KG act. 15/1 - 4) und teilte mit, die beiden Kinder der Parteien hätten ihn wiederholt aufgesucht. Es sei ihm bewusst, dass ihm die Kinder keinen rechtlich verbindlichen Auftrag geben könnten. Es gehe ihm lediglich darum, das Kassationsgericht von den faktischen Verhältnissen der beiden Knaben in Kenntnis zu setzen (KG act. 14).

II.

Die Eingabe von RA Y. vom 1. Dezember 2005 samt Beilagen ist nicht zur Kenntnis zu nehmen. Im Kassationsverfahren sind Noven nicht zulässig (vgl. nachfolgend Ziff. III.3.b), weshalb dem Antrag auf Bestellung von RA Y. zum Kinderanwalt nicht stattgegeben worden war.

III.

1. Der Beschwerdeführer erklärt vorab, an den Ausführungen in der Rekurschrift vom 8. Juli 2005 festzuhalten, und erklärt diese zum integrierenden Bestandteil der Nichtigkeitsbeschwerde (Beschwerde KG act. 1 S. 4 oben).

a) Das Nichtigkeitsverfahren ist keine Fortsetzung des vorinstanzlichen Verfahrens. Es ist vielmehr nur zu prüfen, ob der angefochtene Entscheid an einem Nichtigkeitsgrund leidet (von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. Auflage, Zürich 1986, S. 16 § 6 Ziff. 1). Der Beschwerdeführer hat den geltend gemachten Nichtigkeitsgrund genau zu bezeichnen (§ 288 Abs. 1 Ziff. 3 ZPO). Der allgemeine Hinweis auf frühere Ausführungen genügt nicht. Man kann diese nicht zum "integrierenden Bestandteil der Beschwerde erklären" (von Rechenberg, a.a.O., S. 18 Ziff. 4).

b) Die "Ausführungen in der Rekurschrift vom 8. Juli 2005" des Beschwerdeführers beinhalten naturgemäss keine Auseinandersetzung mit dem angefochtenen Entscheid vom 16. September 2005 (vgl. dazu nachfolgend Ziff. 2.a). Diese Ausführungen vermögen von vornherein keinen Nichtigkeitsgrund des angefochtenen Entscheides darzutun. Auf diese Ausführungen in der Rekurschrift kann in diesem Beschwerdeverfahren nicht eingetreten werden.

2. Die Nichtigkeitsbeschwerde behauptet "die Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes infolge Verletzung des Gebotes des rechtlichen Gehörs sowie der richterlichen Fragepflicht und der Untersuchungsmaxime infolge Verweigerung einer Anhörung der Kinder vor Obergericht bzw. der Einholung eines kinderpsychologischen Gutachtens" (Beschwerde KG act. 1 S. 4 Ziff. 3).

a) 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, a.a.O., S. 16 ff.).

b) Auf die Beschwerde könnte nur eingetreten werden, wenn und soweit sie diesen Substantiierungsanforderungen gerecht würde. Das trifft auf die Rüge in Ziff. 3 auf S. 4 der Beschwerde nicht zu.

3. Unter Ziff. 1 auf den S. 5 - 7 der Beschwerde macht der Beschwerdeführer geltend, die erstinstanzliche Richterin habe ihren Entscheid über die Obhutszuteilung im Wesentlichen auf BGE 122 III 401 und deshalb auf einen Zuteilungswunsch der Kinder gestützt. Beim Zuteilungswunsch der Kinder müsse es sich aber um einen gefestigten Entschluss, eine stabile Absichtserklärung handeln, um bei der Zuteilung ausschlaggebend sein zu können. Ein solcher Entschluss sei bei den Kindern anlässlich der erstinstanzlichen Anhörung am 1. Juni 2005 nicht vorhanden gewesen. Damit stehe die Kinderzuteilung in offensichtlichem Widerspruch zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung. Dazu offeriert der Beschwerdeführer als Beweise pauschal die Vorakten sowie ein gerichtliches Gutachten und die Anhörung der Kinder und will sich weitere Beweisofferten vorbehalten.

a) Angefochtener Entscheid ist der Beschluss der I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 16. September 2005 (vgl. Beschwerde KG act. 1 S. 1 f.). Wie bereits mehrfach erwähnt, hätte sich der Beschwerdeführer mit diesem auseinandersetzen und aufzuzeigen, inwiefern dieser Entscheid an einem Nichtigkeitsgrund leidet. In Ziff. 1 auf S. 5 - 7 seiner Beschwerde bezieht er sich indes lediglich auf den erstinstanzlichen Entscheid und legt damit nicht dar, inwiefern der angefochtene vorinstanzliche Entscheid an einem Nichtigkeitsgrund leide, wie auch die Beschwerdegegnerin zu Recht geltend macht (Beschwerdeantwort KG act. 12 S. 3 Ziff. 4). Auf diese Ausführungen kann schon deshalb nicht eingetreten werden. Zudem lässt der Beschwerdeführer bei diesen Behauptungen jeden Hinweis darauf vermissen, aus welchen Aktenstellen im Einzelnen sich das, was er als Äusserungen der Kinder behauptet, ergeben soll. Die Beschwerde wäre insofern ungenügend substantiiert. Auch aus diesem Grund könnte darauf nicht eingetreten werden.

Schliesslich ist festzuhalten, dass die Vorinstanz ihren Entscheid betreffend Obhutszuteilung keineswegs "im Wesentlichen auf BGE 122 III 401" bzw. den

Zuteilungswunsch der Kinder stützte, sondern vielmehr darauf, dass eine Obhutszuteilung an die Beschwerdegegnerin die bisherigen Verhältnisse am besten aufrecht zu erhalten vermöge und die Beschwerdegegnerin besser dazu in der Lage scheine, den Kindern eine unbelastete Beziehung zu ihrem Vater zu ermöglichen bzw. sie, so gut dies möglich sei, aus dem Trennungskonflikt herauszuhalten. Demgegenüber sei die Neigung des Beschwerdeführers, die Kinder voll einzubeziehen und ihnen Entscheidungen abzuverlangen, welche ihren Loyalitätskonflikt nur vergrössern könnten, als dem Kindeswohl abträglich einzuschätzen (angefochtener Beschluss KG act. 2 S. 21). Damit setzt sich der Beschwerdeführer nicht auseinander. Auch deshalb könnte auf die daran vorbeigehenden Ausführungen zum Zuteilungswunsch der Kinder nicht eingegangen werden.

b) Auch mit seinen pauschalen Beweisofferten verkennt der Beschwerdeführer die Natur des Beschwerdeverfahrens, insbesondere den Umstand, dass dieses keine Fortsetzung des Verfahrens vor dem Sachrichter darstellt, sondern dass nur zu prüfen ist, ob der angefochtene Entscheid auf Grund des bei der Vorinstanz gegebenen Aktenstandes an einem Nichtigkeitsgrund leidet. Daher sind neue Behauptungen oder Beweismittel, die eine Vervollständigung des vor Vorinstanz vorzubringenden Prozessstoffes bezwecken, unzulässig (von Rechenberg, a.a.O., S. 17 Ziff. 3; so auch zutreffend die Beschwerdegegnerin [Beschwerdeantwort KG act. 12 S. 6 Ziff. 16]). Auch auf die (auch an anderen Stellen der Beschwerde vorgebrachten) Beweisofferten des Beschwerdeführers ist deshalb nicht einzutreten.

4. Unter Ziff. 2 auf S. 7 - 9 der Beschwerde führt der Beschwerdeführer aus, er habe vor Vorinstanz ausdrücklich die Einholung eines Gutachtens über die Kinderzuteilung und die eingehende Anhörung der Kinder beantragt. Die Vorinstanz habe sich aber pauschal auf die Erwägungen der Eheschutzrichterin gestützt und die Ausdehnung der Untersuchungshandlungen verweigert. Die Kinder hätten selbständig einen Betreuungsplan ausgearbeitet. Diesem sei praktisch keine Bedeutung geschenkt worden. Der Beschwerdeführer habe im Rekursverfahren einen Bericht der Psychologin E. eingereicht. Deren Empfehlung sei als reine Parteibehauptung abgetan worden. Unzutreffend sei, dass das Gut-

achten auf einseitiger Instruktion gegründet habe. Frau E. habe die Situation mit den Kindern in Abwesenheit beider Eltern besprochen und ihre Empfehlung auf die Aussagen der Kinder und ihre eigenen Eindrücke gestützt.

a) Zum beantragten Gutachten betreffend die Obhutszuteilung erwog die Vorinstanz, auch die Untersuchungsmaxime gebe keinen allgemeinen Anspruch auf Einholung eines Gutachtens betreffend die Obhutsfrage. In aller Regel habe und vermöge das Gericht die ihm übertragene Aufgabe ohne Beizug eines Sachverständigen zu erfüllen. Ein Gutachten habe es nur dann einzuholen, wenn es an die Grenzen seiner Beurteilungsfähigkeit stosse. Die Einholung eines Gutachtens sei insbesondere in pathologischen Fällen in Betracht zu ziehen bzw. wenn aussergewöhnliche Umstände vorlägen, welche die Entwicklung des Kindes ernstlich gefährdeten. Generell sei ein Gutachten dann angezeigt, wenn Fragen zu klären seien, die nur ein Fachmann abschliessend beurteilen könne (angefochtener Beschluss KG act. 2 S. 6 Ziff. 3.1. mit Verweisung auf Berner Kommentar Bühler/Spühler, N 68 f. zu Art. 156 aZGB und Ergänzungsband, N 69 zu Art. 156 ZGB; Basler Kommentar Breitschmid, N 4 zu Art. 145 ZGB; ZR 90 Nr. 82). Die durch den Beschwerdeführer eingereichte Empfehlung von E. sei als reine Parteibehauptung zu werten, zumal sie auf einer einseitigen Instruktion gründe und in den Ausführungen allgemein gehalten sei. Zudem sei darauf hinzuweisen, dass mit der Trennung der Eltern nicht automatisch ein Elternteil aus dem Leben der Kinder verschwinden werde. Vielmehr werde die Obhuts- und Besuchsrechtsregelung sicherstellen, dass weiterhin regelmässiger Kontakt zu beiden Eltern weiterbestehe und sich die Eltern-Kind-Beziehung so normal wie möglich weiterentwickle. Bei den vorliegenden, keineswegs pathologischen Verhältnissen (beide Kinder zeigten ansprechende bzw. gute Schulleistungen und es lägen keinerlei Anhaltspunkte dafür vor, dass sie Schwierigkeiten hätten, den Alltag zu bewältigen) erweise sich die Einholung eines Gutachtens betreffend die Obhutszuteilung als überflüssig. Es lägen keine so aussergewöhnlichen Umstände vor, welche die Kindesentwicklung als ernstlich gefährdet erscheinen liessen und das Gericht an die Grenzen seiner Beurteilungsfähigkeiten bringen würden. Es sei davon auszugehen, dass die mit dem Rekursentscheid zu treffende Regelung wieder Ruhe

und Kontinuität ins Familienleben bringen werde (angefochtener Beschluss KG act. 2 S. 19 f.).

b) Mit diesen Erwägungen setzt sich der Beschwerdeführer nicht genügend auseinander. Entgegen der Behauptung in der Beschwerde übernahm die Vorinstanz nicht einfach pauschal Erwägungen der Eheschutzrichterin, sondern befasste sich offensichtlich selber eingehend mit der Problematik, dem Prozessstoff und insbesondere auch mit der erst im Rekursverfahren eingereichten Empfehlung von E.. Ebenfalls entgegen der Behauptung in der Beschwerde tat die Vorinstanz diese Empfehlung nicht bloss als reine Parteibehauptung ab (und ging etwa deshalb gar nicht darauf ein), sondern setzte sich auch inhaltlich damit auseinander und begründete, weshalb sie - entgegen der Empfehlung von E. - kein kinderpsychiatrisches Gutachten einholte. Mit dieser Begründung setzt sich der Beschwerdeführer seinerseits nicht auseinander.

Zudem meinte die Vorinstanz mit der einseitigen Instruktion von E. offensichtlich, dass bei ihrer Instruktion nicht auch die Beschwerdegegnerin einbezogen worden war. Das trifft offenkundig zu; jedenfalls wird vom Beschwerdeführer nichts Gegenteiliges behauptet.

Ein Nichtigkeitsgrund beim vorinstanzlichen Verzicht auf die Einholung eines Gutachtens zur Frage der Obhutszuteilung wurde nicht nachgewiesen. Die Rüge geht fehl, soweit darauf eingetreten werden kann.

c) Die Vorinstanz begründete überdies explizit und im Einzelnen auch, weshalb auch von einer erneuten Kinderanhörung abzusehen sei (angefochtener Beschluss KG act. 2 S. 20 zweiter Absatz). Damit setzt sich der Beschwerdeführer überhaupt nicht auseinander.

Der Vorwurf des Beschwerdeführers, die Vorinstanz habe dem nach seiner Behauptung von den Kindern selbständig ausgearbeiteten Betreuungsplan praktisch keine Beachtung geschenkt, ist einerseits ungenügend substantiiert und trifft andererseits nicht zu. Einerseits legt der Beschwerdeführer nicht dar, welche vorinstanzliche Erwägung oder Feststellung aufgrund dieses Betreuungsplans in-

wiefern hätte anders ausfallen müssen bzw. mit einem Nichtigkeitsgrund behaftet wäre. Andererseits beachtete die Vorinstanz diesen Betreuungsplan durchaus. Sie schilderte die Ausführung des Beschwerdeführers (angefochtener Beschluss KG act. 2 S. 9 Mitte) und die Stellungnahme der Beschwerdegegnerin (angefochtener Beschluss KG act. 2 S. 15 Mitte) dazu und bezog den Betreuungsplan darauf in ihre Würdigung ein (angefochtener Beschluss KG act. 2 S. 20 zweiter Absatz a.E.). Auch damit setzt sich der Beschwerdeführer nicht auseinander.

Auch bezüglich des vorinstanzlichen Absehens von einer erneuten Kinderanhörung wies der Beschwerdeführer keinen Nichtigkeitsgrund nach. Auch diese Rüge geht fehl, soweit darauf eingetreten werden kann.

5. Der Beschwerdeführer macht geltend, "aufgrund des verhängnisvollen Entscheids" sei die familiäre Situation eskaliert. Seit der Anhörung am 1. Juni 2005 hätten sich folgenschwere Szenen ereignet, welche den Kindern die Konsequenzen der elterlichen Trennung erst richtig bewusst gemacht hätten. Beide seien heute zutiefst davon überzeugt, dass sie beim Vater bleiben wollten, und sie hätten ihren Willen auch klar manifestiert. Sie hätten sich in der Zwischenzeit mehrheitlich beim Vater aufgehalten und seien immer wieder aus freien Stücken zu ihm zurück gekehrt. Sie drängten daher darauf, erneut angehört zu werden und dem Gericht die familiäre Situation darzulegen. Die Geschehnisse der letzten Wochen machten auch deutlich, wie sehr die Kinder unter der gegenwärtigen Situation litten. Ihre schulische Leistung gebe Anlass zur Sorge. Die Verweigerung einer erneuten Anhörung verstosse angesichts der massiv veränderten Verhältnisse seit der letzten Anhörung gegen das rechtliche Gehör, die richterliche Fragepflicht, die Untersuchungsmaxime und Art. 12 der UN-Kinderrechtskonvention (Beschwerde KG act. 1 S. 9 f.). In der Folge listet der Beschwerdeführer zur Begründung dieser Rügen tabellarisch auf den S. 10 - 15 behauptete Begebenheiten zwischen dem 8. Juli und dem 18. Oktober 2005 auf und verbindet auch damit verschiedene Beweisofferten (Beschwerde KG act. 1 S. 16).

Darauf kann nicht eingetreten werden. Der Beschwerdeführer verkennt auch damit - und insbesondere mit der Behauptung von Sachverhalten, die sich erst nach Erlass des angefochtenen Entscheides ereignet haben sollen - die Natur des Beschwerdeverfahrens, das keine Fortsetzung des Verfahrens vor dem Sachrichter darstellt. Darauf weist auch die Beschwerdegegnerin zutreffend hin (Beschwerdeantwort KG act. 12 S. 5 Ziff. 12). Bezüglich der behaupteten Sachverhalte vor dem Erlass des angefochtenen Entscheides unterlässt der Beschwerdeführer jeglichen Hinweis, dass und wo diese Sachverhalte im vorinstanzlichen Verfahren erwähnt worden wären. Bezüglich der behaupteten Sachverhalte nach Erlass des angefochtenen Entscheides liegt auf der Hand, dass diese im vorinstanzlichen Verfahren nicht bekannt waren. Diese Behauptungen bezwecken eine Vervollständigung des Prozessstoffes. Dies ist im Beschwerdeverfahren nicht zulässig (vorstehend Ziff. 3.b). Die eingangs dieser Ziffer vorgetragene Rügen (Beschwerde KG act. 1 S. 10 oben) basieren auf diesen unzulässigen tatsächlichen Behauptungen ("angesichts der massiv veränderten Verhältnisse"). Sie vermögen damit nicht darzutun, dass der vorinstanzliche Entscheid auf einem Nichtigkeitsgrund beruhe, sondern gehen am angefochtenen Beschluss bzw. an dessen tatsächlichen Grundlagen vorbei. Veränderte Verhältnisse können ggfs. mit einem Abänderungsbegehren vor Erstinstanz geltend gemacht werden.

6. Die Ausführungen des Beschwerdeführers unter Ziffer 4 der Beschwerde (KG act. 1 S. 16 f.) beinhalten eine bloße Wiederholung oder Zusammenfassung der vorherigen Ausführungen und/oder sind nur appellatorisch, ungenügend substantiiert und setzen sich nicht mit dem angefochtenen Beschluss und dessen Erwägungen auseinander. Sie machen keinen Nichtigkeitsgrund geltend; geschweige denn weisen sie einen solchen nach. Soweit darauf eingetreten werden kann, ist auf die vorstehenden Erwägungen zu verweisen.

Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.

IV.

Ausgangsgemäss wird der Beschwerdeführer für das Kassationsverfahren kosten- und entschädigungspflichtig (§ 64 Abs. 2 ZPO, § 68 Abs. 1 ZPO).

Das Gericht beschliesst:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf:
Fr. 1'000.-- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 263.-- Schreibgebühren,
Fr. 133.-- Zustellgebühren und Porti.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden dem Beschwerdeführer auferlegt.
4. Der Beschwerdeführer wird verpflichtet, der Beschwerdegegnerin für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 1'300.-- (inkl. MWSt.) zu entrichten.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich, die Einzelrichterin im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Z., je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär: