



Kass.-Nr. AA070004/U/la

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Robert Karrer, Bernhard Gehrig, die Kassationsrichterin Sylvia Frei und der Kassationsrichter Rudolf Ottomann sowie der juristische Sekretär Lukas Künzli

Zirkulationsbeschluss vom 28. Februar 2007

in Sachen

A.,

Klägerin, Rekurrentin, Anschlussrekursgegnerin und Beschwerdeführerin

gegen

B.,

Beklagter, Rekursgegner, Anschlussrekurrent und Beschwerdegegner
vertreten durch Rechtsanwalt [...]

betreffend

Eheschutz

(Besuchsrecht)

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der I. Zivilkammer des
Obergerichts des Kantons Zürich vom 30. November 2006 (LP050128/U)**

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Der Einzelrichter im summarischen Verfahren des Bezirks Horgen erliess mit Verfügung vom 20. Oktober 2005 Eheschutzmassnahmen und erklärte (u.a.) den Beklagten für berechtigt, das Kind E. (geboren am 10. August 1999) jeweils am ersten und dritten Sonntag im Monat von 10.30 bis 17.00 h auf eigene Kosten begleitet zu besuchen (Disp.-Ziff. 3). Weiter beauftragte der Einzelrichter die Vormundschaftsbehörde Kilchberg, für den Sohn E. eine Beistandschaft im Sinne von Art. 308 Abs. 2 ZGB zu errichten, wobei er dem Beistand die Befugnis übertrug, die Modalitäten des Besuchsrechts zu regeln (Disp.-Ziff. 4). Sodann verpflichtete der Einzelrichter die Klägerin, dem Beklagten für sich persönlich für sechs Monate ab Rechtskraft dieser Verfügung monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 100.– zu bezahlen, zahlbar monatlich im Voraus jeweils auf den Ersten eines jeden Monats (Disp.-Ziff. 5).

2. Dagegen legte die Klägerin Rekurs ein mit dem (Haupt-)Antrag, es seien Disp.-Ziff. 3-5 der einzelrichterlichen Verfügung aufzuheben. Der Beklagte erhob Anschlussrekurs mit dem (Haupt-)Antrag, es sei Disp.-Ziff. 5 der einzelrichterlichen Verfügung aufzuheben und die Klägerin zu verpflichten, dem Beklagten für sich persönlich für ein Jahr ab Rechtskraft des vorliegenden Entscheids Unterhaltsbeiträge in der Höhe von Fr. 200.– zu bezahlen. Die I. Zivilkammer des Obergerichts hob mit Beschluss vom 30. November 2006 in teilweiser Gutheissung des Rekurses Disp.-Ziff. 5 der Verfügung des Einzelrichters auf und wies im Übrigen den Rekurs sowie den Anschlussrekurs ab unter Bestätigung der angefochtenen Verfügung (vgl. KG act. 2, Beschluss Obergericht Disp.-Ziff. 1).

3. a) Mit Eingabe vom 3. Januar 2007 erhob die Klägerin (nachfolgend Beschwerdeführerin) nunmehr in eigenem Namen kantonale Nichtigkeitsbeschwerde gegen den obergerichtlichen Rekursentscheid und stellt den Antrag, es seien in teilweiser Aufhebung von Disp.-Ziff. 1 des Beschlusses des Obergerichts ihre Re-

kursanträge gutzuheissen und Disp.-Ziff. 3 und 4 der Verfügung des Einzelrichters aufzuheben (vgl. KG act. 1 S. 2).

b) Mit Verfügung vom 10. Januar 2007 erteilte der Präsident des Kassationsgerichts der Beschwerde einstweilen aufschiebende Wirkung und merkte an, dass weitere prozessuale Anordnungen gegebenenfalls später verfügt würden (vgl. KG act. 7). Die beigezogenen vorinstanzlichen Akten gingen hierorts am 9. Januar 2007 ein.

c) Der Präsident des Kassationsgerichts stellte mit Verfügung vom 18. Januar 2007 die Beschwerde der Vorinstanz zur freigestellten Vernehmlassung und der Gegenpartei zur freigestellten schriftlichen Beantwortung zu (vgl. KG act. 9).

d) Die Vorinstanz verzichtete auf Vernehmlassung (KG act. 11). Der Beklagte (nachfolgend Beschwerdegegner) liess durch seinen (unentgeltlichen) Rechtsvertreter eine Beschwerdeantwort einreichen mit dem Hauptantrag auf Abweisung der Beschwerde. In prozessualer Hinsicht stellt Letzterer den Antrag, es sei die der Beschwerde einstweilen verliehene aufschiebende Wirkung sofort zu entziehen (vgl. KG act. 12 S. 2).

II.

1. Da nachfolgend sogleich ein Entscheid in der Sache selber ergeht, braucht über den Antrag des Beschwerdegegners um Entzug der aufschiebenden Wirkung nicht mehr entschieden zu werden bzw. dieser wird gegenstandslos.

2. Im Verfahren der kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde kann geltend gemacht werden, der angefochtene Entscheid beruhe zum Nachteil der beschwerdeführenden Partei (1) auf der Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes, (2) auf einer aktenwidrigen oder willkürlichen tatsächlichen Annahme und/oder (3) auf einer Verletzung klaren materiellen Rechts (vgl. § 281 Ziff. 1 bis 3 ZPO). Neue tatsächliche Behauptungen, Einreden, Bestreitungen und Beweise, die eine Vervollständigung des Prozessstoffes bezwecken, über welchen der erkennende Richter zu entscheiden hatte, sind im Beschwerdeverfahren nicht zu-

lässig (Novenverbot). Das Vorliegen eines allenfalls vorhandenen Nichtigkeitsgrundes muss in der Beschwerdeschrift nachgewiesen werden (vgl. § 288 Abs. 1 Ziff. 3 ZPO). Dies bedingt, dass sich die Beschwerde führende Partei konkret mit dem angefochtenen Entscheid bzw. den darin enthaltenen Erwägungen auseinandersetzt und aufzeigt, inwiefern diese am geltend gemachten Nichtigkeitsgrund leiden (Rügeprinzip). Es genügt nicht, in der Beschwerdeschrift einfach eine eigene (naturgemäss) gegenteilige Sicht der Dinge aufzuzeigen und derjenigen des Sachrichters gegenüberzustellen. Auch bei nicht anwaltlich vertretenen Parteien gilt, dass wenigstens ansatzweise eine Auseinandersetzung mit den vorinstanzlichen Erwägungen im angefochtenen Entscheid erfolgen muss. In der Beschwerdebegründung sind auch die angefochtenen Stellen des vorinstanzlichen Entscheids zu bezeichnen und diejenigen Aktenstellen, aus denen sich ein Nichtigkeitsgrund ergeben soll, im Einzelnen anzugeben. Der Kassationsinstanz ist es verwehrt, nach den Grundlagen des geltend gemachten (oder gar eines anderen) Nichtigkeitsgrundes zu suchen (vgl. § 290 ZPO). Die unangefochten gebliebenen Entscheidgründe des vorinstanzlichen Richters haben im Kassationsverfahren Bestand (VON RECHENBERG, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. Auflage, Zürich 1986, S. 16ff.; SPÜHLER/VOCK, Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund, Zürich 1999, S. 56f. und 72f.; FRANK/STRÄULI/MESSMER, Kommentar zur zürcherischen ZPO, 3. Auflage, Zürich 1997, N 4f. zu § 288 ZPO mit Hinweisen). Die Nicht-Erfüllung der Begründungsanforderungen hat zur Folge, dass auf die entsprechenden Beschwerdepunkte nicht eingetreten werden kann.

3. a) Die Beschwerdeführerin wirft den Vorinstanzen vor, in Verletzung von Art. 144 Abs. 2 ZGB auf die Anhörung des Kindes E. verzichtet zu haben. Er - E. - habe am 10. August 2006 bereits das 7. Altersjahr vollendet gehabt und hätte daher zu den Belangen des persönlichen Verkehrs mit dem Vater (Besuchsrecht) bereits im erstinstanzlichen Verfahren befragt werden müssen (vgl. KG act. 1 S. 2, Ziff. I, 1. und 2. Abschnitt).

b) Diese behauptete Verletzung des bundesrechtlichen Verfahrensgrundsatzes von Art. 144 Abs. 2 ZGB bringt die Beschwerdeführerin erstmals in ihrer

Nichtigkeitsbeschwerde vor. Im Rekursverfahren hat sie diesbezüglich keine Einwände erhoben. Auch vor dem Einzelrichter hatte sie die Anhörung des Kindes nicht thematisiert oder einen entsprechenden Antrag gestellt bzw. Vorbehalt angebracht. Die Beschwerdeführerin ist unter diesen Umständen mit ihrer Rüge im Blick auf das Gebot des prozessualen Handelns nach Treu und Glauben im vorliegenden Beschwerdeverfahren nicht mehr zu hören (§ 50 Abs. 1 ZPO; vgl. FRANK/STRÄULI/MESSMER, a.a.O., N 13 zu § 50 ZPO; Kass.-Nr. AA030113, Beschluss vom 26. November 2003, in Sachen H., E. 5/3b; Kass.-Nr. 2001/068 Z, Beschluss vom 18. Juli 2001, in Sachen E., E. II/1/2; Kass.-Nr. 96/565Z, Beschluss vom 6. Oktober 1997, in Sachen Ä., E. 6). Sie hatte bereits mit der Mitteilung bzw. dem Empfang des erstinstanzlichen Entscheids vom nunmehr als Verfahrensfehler gerügten Umstand (Nichtanhörung des Kindes) Kenntnis erhalten. Den Einwand der Verletzung des bundesrechtlichen Verfahrensgrundsatzes nach Art. 144 Abs. 2 ZGB hätte sie daher im Anschluss daran, d.h. im Rahmen des gegen den erstinstanzlichen Eheschutzentscheid anhängig gemachten Rekursverfahrens vor Vorinstanz vorbringen können. Es geht nicht an, dass die (damals anwaltlich vertretene) Beschwerdeführerin statt dessen mit dieser Rüge zugewartet hat und diesen Einwand erstmals im vorliegenden Beschwerdeverfahren gegen den Rekursentscheid erhebt. Im Rekursverfahren ging es ja genau (und hauptsächlich) um die Frage der Rechtmässigkeit der erstinstanzlichen Regelung der Besuchsrechts. Sie hätte daher allen Anlass gehabt, den Einwand der Verletzung des bundesrechtlichen Verfahrensgrundsatzes (infolge Nichtanhörung des Kindes) vorzubringen und/oder einen Antrag auf Anhörung des Kindes zu stellen, zumal sie in diesem Punkt mit ihrem Rekurs eine eigentlichen Kehrtwendung anstrebte und die verlangte Verweigerung des Besuchsrechts nach der Rechtsprechung und Lehre zu Art. 274 Abs. 2 ZGB eine "ultima ratio-Lösung" bildet (vgl. KG act. 2 S. 9). Das Vorgehen der Beschwerdeführerin verstösst daher gegen das Gebot des prozessualen Handelns nach Treu und Glauben, weshalb in diesem Punkt auf die Beschwerde nicht eingetreten werden kann.

4. In den weiteren Beschwerdeabschnitten legt die Beschwerdeführerin dar, weshalb ihrer Ansicht nach ein begleitetes Besuchsrecht ausgeschlossen sei und nur eine Verweigerung des Besuchsrechts in Frage komme (vgl. KG act. 1 S. 2-

4). Die Vorinstanz hat sich mit der Frage, ob unter den momentanen konkreten Verhältnissen ein begleitetes Besuchsrecht anzuordnen sei, eingehend auseinandergesetzt (vgl. KG act. 2 S. 6-13). Mit diesen Erwägungen setzt sich die Beschwerdeführerin nicht auseinander, d.h. sie zeigt nicht auf, aus welchen Gründen die Vorinstanz mit den effektiv angestellten Überlegungen einen Nichtigkeitsgrund gesetzt haben soll. Statt dessen beschränkt sie sich darauf, ihre Sicht der Dinge losgelöst von den vorinstanzlichen Entscheidungsgründen aufzuzeigen. Mangels Erfüllung der Begründungsanforderungen kann daher auf die Beschwerde nicht eingetreten werden.

5. a) Die Beschwerdeführerin beanstandet weiter, dass die Vorinstanz entgegen ihrem ausdrücklichen Antrag auf die Einholung eines psychiatrischen Gutachtens über den Beschwerdegegner verzichtet habe. Sie - die Beschwerdeführerin - habe im Rekursverfahren darauf hingewiesen, dass der Beschwerdegegner aus dem Sanatorium Kilchberg rausgeschmissen worden sei, wo er sich seit 2001 wegen seiner Drogensucht einer erfolglos gebliebenen Therapie unterzogen habe. Weiter sei das Obergericht darüber unterrichtet worden, dass der Beschwerdegegner am 17. Dezember 2005 zum wiederholten Male in polizeilichen Gewahrsam genommen worden sei. Das Obergericht überschreite die Grenzen seiner Beurteilungsfähigkeit und verletze materielles Recht, indem es ohne Einholen eines psychiatrischen Gutachtens entscheide, dass der persönliche Kontakt mit dem Beschwerdegegner für das Kind durch die Anwesenheit einer Drittperson in Grenzen gehalten werden könne. Das Sanatorium Kilchberg habe den Beschwerdegegner nach fünfjähriger, erfolgloser Therapie als "ultima ratio" rausgeworfen. Das zeige klar, dass er sich selbst in Begleitung von Fachkräften an keine Regeln halte (vgl. KG act. 1 S. 4).

b) Auch hier geht die Beschwerdeführerin auf die Begründung, mit welcher die Vorinstanz von der Einholung eines psychiatrischen Gutachtens über den Beschwerdegegner absah, nicht konkret ein. So stellte die Vorinstanz vorab allgemein unter Hinweis auf die einschlägige Lehre fest, aus der (in Kinderbelangen geltenden) Untersuchungsmaxime lasse sich kein allgemeiner Anspruch auf Einholung eines Gutachtens ableiten. In aller Regel habe und vermöge das Gericht

die ihm übertragene Aufgabe ohne Beizug eines Sachverständigen zu erfüllen. Ein Gutachten sei nur dann einzuholen, wenn das Gericht an die Grenzen seiner Beurteilungsfähigkeit stosse, wobei ihm diesbezüglich ein gewisses Ermessen zukomme (vgl. KG act. 2 S. 6).

Weiter erwog die Vorinstanz, durch die Anordnung eines begleiteten Besuchsrechts, das an einem neutralen Ort und unter Aufsicht eines Beistandes stattfände, könne den Bedenken der Beschwerdeführerin genügend begegnet werden. Zumindest solle diese Chance sowohl für den Beschwerdegegner als auch für das Kind nicht von Anfang an verbaut werden. Wie bereits erwähnt, könnten im vorliegenden summarischen Verfahren die Besuchsrechtsregelungen einfacher an Veränderungen angepasst werden. Als "ultima ratio" solle die gänzliche Verweigerung des Besuchsrechts erst dann zur Diskussion stehen, wenn sich herausstelle, dass die begleiteten Besuche im Hinblick auf das Kindeswohl scheitern würden. Diese begleiteten Besuche stellten für den Beschwerdegegner eine Motivation dar und auferlegten ihm gleichzeitig mit Blick auf ein anzustrebendes freies Besuchsrecht auch die Pflicht, seinen in Vergangenheit unvoreilhaftem Lebenswandel zu ändern und insbesondere von den Drogen loszukommen. Gelingen ihm dies, so sei davon auszugehen, dass diese Kontakte in der Persönlichkeitsentwicklung von E. wertvoller seien, als wenn er von den Problemen seines Vaters abgeschottet werde und den Kontakt gänzlich verliere. Sei der Kontakt nämlich einmal abgebrochen, gerade unter diesen Umständen wie den vorliegenden, dann sei ein Wiederaufbau der Beziehung erfahrungsgemäss sehr schwierig und nicht weniger belastend (vgl. KG act. 2 S. 12, 1. Abschnitt).

Konkret erwog die Vorinstanz unter Bezugnahme auf den entsprechenden Antrag der Beschwerdeführerin sodann, die Anordnung einer fachmännischen Begutachtung des Beschwerdegegners erscheine im vorliegenden summarischen Verfahren nicht angezeigt. Da die Besuche begleitet stattfänden, stellten sie keine Gefährdung für E. dar, schon gar keine konkrete (vgl. KG act. 2 S. 12, 2. Abschnitt).

c) Führt man sich diese Erwägungen vor Augen, ist nicht ersichtlich, inwiefern die Abweisung des Antrages auf Einholung eines Gutachtens an einem Nich-

tigkeitsgrund leiden könnte. Auch die Vorbringen der Beschwerdeführerin beinhalten keine argumentative Auseinandersetzung mit den obergerichtlichen Entscheidungsgründen, welche deren Richtigkeit in Frage zu stellen vermöchten. Der Vorinstanz ist nicht entgangen, dass der Beschwerdegegner nicht von den Drogen loskommt und einen unvoreilhaften Lebenswandel aufweist. Daraus lässt sich aber nicht schliessen, dass jeder Kontakt mit E. sogleich negative Auswirkungen auf das Kindeswohl haben muss. Offensichtlich verhält es sich so, dass die Kontakte zu E. eine Motivation für den Beschwerdegegner darstellen und er gewillt ist, auf das Kind einzugehen und sich auf die Besuche einzustellen. Durch die Anordnung eines begleiteten Besuchsrechts, das an einem neutralen Ort und unter Aufsicht eines Beistandes stattfindet, wurde der hierfür nötige Rahmen geschaffen. Die Beantwortung der Frage, ob der drogenabhängige Beschwerdegegner im Rahmen der Ausübung des Besuchsrechts eine (konkrete) Gefährdung für E. im Blick auf das Kindeswohl darstellt, setzt schliesslich keine besondere Fachkenntnis voraus, welche den Vorderrichtern nicht zugebilligt werden könnte, zumal sie sich aufgrund ihrer Tätigkeit als Zivilrichter schon mit ähnlichen Sachverhalten und Fragestellungen auseinandergesetzt haben dürften. Die Rüge erweist sich nach dem Gesagten als unbegründet, soweit auf die Beschwerde in diesem Punkt eingetreten werden konnte.

6. Abschliessend ergibt sich, dass die Beschwerdeführerin keinen Nichtigkeitsgrund nachzuweisen vermochte. Dies führt zur Abweisung der Beschwerde, soweit darauf eingetreten werden konnte.

III.

1. Der Einzelrichter des Bezirks Horgen gewährte beiden Parteien die unentgeltliche Prozessführung und Rechtsvertretung. Aus Sicht der Vorinstanz bestand im Rekursverfahren kein Anlass für einen Entzug der Bewilligungen (vgl. KG act. 2 S. 18). Auch im vorliegenden Beschwerdeverfahren liegen keine Anhaltspunkte vor, welche gestützt auf § 90 Abs. 2 ZPO einen abweichenden Ent-

scheid rechtfertigten. Die Beschwerde mag zwar von Anfang an wenig Aussichten auf Erfolg gehabt haben. Bei der Annahme der Aussichtslosigkeit drängt sich indessen in Fällen der vorliegenden Art, in welchen sich der Streit um die Regelung des Besuchsrechts dreht, eine gewisse Zurückhaltung auf. So können rein verstandesmässige Argumente leicht durch emotionale Überlegungen in den Hintergrund gedrängt werden.

2. Die unterliegende Beschwerdeführerin wird im vorliegenden Beschwerdeverfahren ausgangsgemäss kosten- und entschädigungspflichtig (vgl. § 64 Abs. 1 und § 68 Abs. 2 ZPO). Zusage der Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung sind die Kosten jedoch einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen. Das Nachforderungsrecht des Staates bleibt vorbehalten (§ 92 ZPO). Die Beschwerdeführerin ist zu verpflichten, dem unentgeltlichen Rechtsvertreter des Beschwerdegegners eine angemessene Prozessentschädigung zu bezahlen (§ 89 Abs. 1 ZPO). Da die Prozessentschädigung von der Beschwerdeführerin aufgrund ihrer finanziellen Situation innert nützlicher Frist kaum erhältlich sein dürfte, ist sie dem Rechtsvertreter des Beschwerdegegners direkt aus der Gerichtskasse zu entrichten (§ 89 Abs. 2 ZPO). Der Anspruch auf die unerhältliche Prozessentschädigung geht auf die Gerichtskasse über (§ 89 Abs. 3 ZPO).

Das Gericht beschliesst:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann. Damit entfällt die der Beschwerde verliehene aufschiebende Wirkung.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf:
Fr. 800.– ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 283.-- Schreibgebühren,
Fr. 228.-- Zustellgebühren und Porti.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden der Beschwerdeführerin auferlegt, jedoch zufolge der ihr gewährten unentgeltlichen Prozessführung einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Die Nachzahlungspflicht nach § 92 ZPO bleibt vorbehalten.
4. Die Beschwerdeführerin wird verpflichtet, dem unentgeltlichen Rechtsvertreter des Beschwerdegegners für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 1'400.– zu entrichten. Die Prozessentschädigung wird dem unentgeltlichen Rechtsvertreter zufolge Unerhältlichkeit direkt aus der Gerichtskasse ausbezahlt; der Anspruch auf die unerhältliche Prozessentschädigung geht auf die Gerichtskasse über.
5. 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 erhoben werden.

Hinsichtlich des Fristenlaufes gelten die Art. 44 ff. BGG.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an das Obergericht des Kantons Zürich (I. Zivilkammer) und an das Bezirksgericht Horgen (Eheschutzrichterin), je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär:

