



Kass.-Nr. AA080103/U/Np

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Herbert Heeb, Paul Baumgartner, die Kassationsrichterin Yvona Griesser und der Kassationsrichter Matthias Brunner sowie der juristische Sekretär Markus Nietlispach

Zirkulationsbeschluss vom 23. Dezember 2008

in Sachen

X.,

...,

Klägerin, Appellatin und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. _____

gegen

Y.,

...,

Beklagter, Appellant und Beschwerdegegner

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. _____

betreffend

Abänderung des Scheidungsurteils

Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Urteil der I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 14. Mai 2008 (LC070060/U01)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

1. Prozessgeschichte

Mit Verfügung des Landgerichtes Amsterdam vom 2. August 2000 wurde die Ehe der Parteien geschieden. Das Sorgerecht für den gemeinsamen Sohn Z., geboren am 11. Juni 1998, wurde den Parteien gemeinsam belassen (BG act. 4/4 und 4/5). Mit Verfügung des Gerichtshofs Amsterdam vom 6. April 2006 wurde der Beschwerdeführerin (Klägerin und Appellatin) die Erlaubnis erteilt, zusammen mit Z. in die Schweiz umzuziehen (BG act. 4/6 und 4/7). Am 16. April 2006 zog die Beschwerdeführerin mit Z. in die Schweiz. Die Beschwerdeführerin leitete mit Eingabe vom 23. Oktober 2006 ans Bezirksgericht Zürich eine "Unterhaltsklage Abänderung/Ergänzung Scheidungsurteil" ein, mit der sie verlangte, die elterliche Sorge für Z. sei ihr (allein) zuzuteilen und der Beschwerdegegner (Beklagter und Appellant) sei zu verpflichten, dem Sohn Unterhaltsbeiträge zu bezahlen (BG act. 1). Mit Urteil vom 27. Juli 2007 entschied die Einzelrichterin der 2. Abteilung des Bezirksgerichtes Zürich (Erstinstanz), dass – in Abänderung des Entscheides des Landgerichtes Amsterdam vom 2. August 2000, unter Einschluss der Umgangsregelung vom 25. März 2000 sowie des Entscheides des Gerichtshofes Amsterdam vom 6. April 2006 – für das Kind Z. neu die alleinige elterliche Sorge bei der Beschwerdeführerin liege, dem Beschwerdegegner ein Besuchsrecht in den Ferien zustehe und dieser rückwirkend ab 1. Mai 2007 monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 565.-- an Z. zu bezahlen habe. Überdies wurde beiden Parteien die unentgeltliche Prozessführung bewilligt und ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bzw. eine unentgeltliche Rechtsbeiständin bestellt (BG act. 37 = OG act. 44). Gegen das erstinstanzliche Urteil erklärte der Beschwerdegegner am 13. August 2007 Berufung ans Obergericht (OG act. 45). Mit Urteil vom 14. Mai 2008 wies die I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich (Vorinstanz) die Klage ab (OG act. 68 = KG act. 2). Dagegen erhob die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 18. Juni 2008 innert Frist Nichtigkeitsbeschwerde mit dem Antrag, das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen (KG act. 1).

Die Beschwerdeführerin hat gegen den Entscheid der Vorinstanz auch zivilrechtliche Beschwerde ans Bundesgericht eingereicht (vgl. KG act. 10).

2. Zur Rüge der Verletzung von Art. 145 ZGB

Die Beschwerdeführerin rügt, die Vorinstanz habe es unterlassen, im Sinne von Art. 145 ZGB jene Abklärungen zu treffen, die nötig und geeignet seien, den massgeblichen Sachverhalt zu erstellen, indem sie festgestellt habe, es sei nicht substantiiert dargelegt worden, inwiefern das Kindeswohl unter der angeblich mangelnden Kooperation gelitten habe (KG act. 1 S. 2, Rz 1, und S. 7, Rz 20).

Gemäss § 285 Abs. 1 und 2 ZPO ist die Nichtigkeitsbeschwerde gegen Entscheide, die dem Weiterzug ans Bundesgericht unterliegen, grundsätzlich unzulässig, wenn das Bundesgericht frei überprüfen kann, ob der geltend gemachte Mangel vorliege.

Gemäss Art. 72 BGG unterliegen Entscheide in Zivilsachen der Beschwerde ans Bundesgericht. Die Scheidungsprozesse, auch wenn regelmässig finanzielle Nebenfolgen zu regeln sind, gelten grundsätzlich als nicht vermögensrechtliche Angelegenheiten (Rudin, in: Basler Kommentar zum Bundesgerichtsgesetz, Basel 2008, N 16 zu Art. 51 BGG). Dasselbe gilt für die Klage auf Feststellung oder Anfechtung des Kindesverhältnisses, auch wenn die Klage mit vermögensrechtlichen Interessen verbunden ist (a.a.O.), sowie für die Klage auf Abänderung des Scheidungsurteils, soweit auch nicht vermögensrechtliche Aspekte strittig sind (BGer 5A_43/2008 vom 15.5.2008, Erw. 1.1). Vorliegend geht es primär um die Frage, ob weiterhin die gemeinsame elterliche Sorge oder neuerdings die alleinige elterliche Sorge der Beschwerdeführerin über den gemeinsamen Sohn Z. gelten soll. Die Beschwerdeführerin macht die Verletzung von Art. 145 ZGB ausdrücklich mit Bezug auf Feststellungen der Vorinstanz geltend, die sich auf das Kindeswohl beziehen und bezieht sich auf Ausführungen der Vorinstanz dazu, weshalb Gründe für eine Änderung des Sorgerechtes nicht dargetan worden seien. Es ist damit davon auszugehen, dass die Frage der Streitwertgrenze im Sinne von Art. 74 Abs. 1 BGG vorliegend die Beschwerde ans Bundesgericht nicht hindert. Art. 145 ZGB ist eine Norm des schweizerischen Privatrechtes, und

seine Verletzung kann gestützt auf Art. 95 lit. a BGG mit der Beschwerde in Zivilsachen ans Bundesgericht, welches diesbezüglich freie Kognition hat, gerügt werden.

Damit ist auf die Beschwerde insoweit nicht einzutreten.

3. Aktenwidrigkeit, Willkür

Die Beschwerdeführerin rügt ausserdem, die Vorinstanz habe aktenwidrige und willkürliche tatsächliche Annahmen getroffen.

3.1 So sei die Vorinstanz in Willkür verfallen, indem sie davon ausgehe, dass es sich bei der Frage um das alleinige Sorgerecht der Beschwerdeführerin und die Zusprechung von Unterhaltsbeiträgen an den Sohn Z. um bereits abgeurteilte Sachen handle (KG act. 1 S. 3, Rz 2, und S. 7 ff., Rz 21 und 24).

Der Beschwerdegegner hatte im erstinstanzlichen Verfahren und vor der Berufungsinstanz geltend gemacht, die Beschwerdeführerin habe im Januar 2005 ein Verfahren auf Übertragung der elterlichen Sorge an sie in Amsterdam eingeleitet. Die Klage sei mit Entscheid vom 20. Juli 2005 abgewiesen worden. In der Berufung habe die Beschwerdeführerin lediglich noch um Erlaubnis nachgesucht, mit dem Sohn in der Schweiz Wohnsitz nehmen zu dürfen und also den Antrag auf Zuweisung der alleinigen elterlichen Sorge gemäss eigenen Angaben fallengelassen, so dass diesbezüglich eine abgeurteilte Sache vorliege (vgl. KG act. 2 S. 6). Die Vorinstanz hat im Hinblick auf diesen Einwand des Beschwerdegegners zunächst in Anwendung von § 161 GVG auf die Erwägungen der Erstinstanz verwiesen und sodann ausgeführt, dass dem Entscheid des erstinstanzlichen Richters in Amsterdam zu entnehmen sei, dass das Gesuch der Beschwerdeführerin um Zuteilung des alleinigen Sorgerechtes abgewiesen worden sei, weil das Gericht die Situation für das Kind in der Schweiz sinngemäss als zu wenig gesichert erachtet habe. Im Berufungsverfahren habe die Beschwerdeführerin deshalb offenbar nur noch die Erlaubnis verlangt, mit dem Sohn in die Schweiz umziehen zu dürfen. Diesem Gesuch sei vom Obergericht Amsterdam am 6. April 2006 entsprochen worden, indem das Gericht den Umzug in die Schweiz nicht als im

Widerspruch zu den Interessen des Kindes stehend angesehen habe (KG act. 2 S. 7, Erw. II/2). Im Urteil des Obergerichtes von Amsterdam sei die Zuweisung der elterlichen Sorge nicht mehr Prozessthema gewesen, sondern nur noch die Berechtigung der Beschwerdeführerin zum Umzug in die Schweiz. In diesem Sinne könne, so die Vorinstanz, in Bezug auf das erstinstanzliche Urteil von einer abgeurteilten Sache gesprochen werden, wobei festzuhalten bleibe, dass das Obergericht die tatsächlichen Verhältnisse bezüglich der Erlaubnis der Wohnsitzverlegung anders beurteilt habe. Sodann führt die Vorinstanz aus, dass bei geänderten Verhältnissen heute ohnehin erneut über diesen Antrag entschieden werden könne. Es sei somit zu prüfen, ob sich die Verhältnisse seither verändert hätten (KG act. 2 S. 8).

Aus diesen Ausführungen ergibt sich, dass die Vorinstanz sich zwar mit dem Einwand des Beschwerdegegners, es handle sich um eine abgeurteilte Sache, auseinandergesetzt hat, der Auffassung des Beschwerdegegners in einem bestimmten Sinne auch zugestimmt hat, gleichzeitig aber darauf hingewiesen hat, dass dies nicht hindere, den Entscheid abzuändern, wenn sich die Verhältnisse verändert hätten. Gemäss § 281 ZPO kann Nichtigkeitsbeschwerde erhoben werden, wenn geltend gemacht wird, der angefochtene Entscheid beruhe *zum Nachteil* des Nichtigkeitsklägers auf einem Nichtigkeitsgrund. Die Annahme der Vorinstanz, es handle sich bei der Frage der elterlichen Sorge im vorliegenden Falle in einem gewissen Sinne um eine abgeurteilte Sache, hat sich aber nach dem klaren Wortlaut und Sinn des vorinstanzlichen Entscheides überhaupt nicht zu Ungunsten der Beschwerdeführerin ausgewirkt, da die Vorinstanz dennoch von der Abänderbarkeit dieses Entscheides bei veränderten Verhältnissen ausging. Auf die Rüge ist daher nicht einzutreten, wobei der Beschwerdeführerin nicht schadet, dass es bei ihrer Rüge offenkundig nicht um eine Frage der Beweiswürdigung, bzw. der Feststellung des Sachverhaltes, sondern um eine Frage des Prozessrechtes geht.

3.2 Die Beschwerdeführerin rügt sodann auch die Annahme der Vorinstanz, dass sich an den tatsächlichen Verhältnissen der Parteien nichts geändert habe, als Willkür (KG act. 1 S. 8, Rz 22). Zum Beleg dafür verweist die Be-

schwerdeführerin zunächst auf eine Stelle des vorinstanzlichen Entscheides, in dem die Urteile der niederländischen Richter referiert wurden. Die Vorinstanz sagt über das Urteil der ersten Instanz der niederländischen Gerichte in einem von der Beschwerdeführerin zitierten Satz (KG act. 2 S. 8 oben):

"In diesem Sinne wurde, da die Situation somit unverändert blieb, auch das Gesuch der Klägerin bezüglich Zuteilung des alleinigen Sorgerechts abgewiesen."

Die Vorinstanz gehe, so die Beschwerdeführerin, in willkürlicher tatsächlicher Annahme davon aus, dass diese Voraussetzung einer "unveränderten Situation" der Parteien die Folge des niederländischen erstinstanzlichen Urteils sei, was sich aus dem Wort "somit" im obgenannten Satz ergebe. Da sich mit dem Zuzug der Beschwerdeführerin und ihres Sohnes in die Schweiz tatsächlich gerade die unveränderten Verhältnisse geändert hätten, die als wesentliche Tatsache, Basis und Voraussetzung und nicht, wovon die Vorinstanz ausgehe, Folge für das abschlägige erstinstanzliche Urteil in Amsterdam gewesen seien, könne hinsichtlich der Frage nach dem alleinigen Sorgerecht für die Beschwerdeführerin als einer abgeurteilten Sache keine Rede sein.

Erneut ist darauf hinzuweisen, dass die Vorinstanz in diesem Teil ihres Entscheides (Erw. II/3) geprüft hat, ob geänderte Verhältnisse vorlägen und dass sie also nicht davon ausgegangen ist, auch bei einer Veränderung der Verhältnisse könne das Urteil nicht abgeändert werden. Sodann ist die Auffassung der Beschwerdeführerin nicht zutreffend, die Vorinstanz habe angenommen, die "unveränderte Situation" sei Folge des niederländischen erstinstanzlichen Urteils; vielmehr hat die Vorinstanz aus der Begründung des niederländischen Urteils gefolgert, dass der dortige Richter von einer unveränderten Situation ausgegangen sei. Die schwer verständliche Argumentation der Beschwerdeführerin bezieht sich jedenfalls mit Sicherheit nicht auf die Feststellung eines Sachverhaltes durch die Vorinstanz, da dieser Sachverhalt (Kind zuvor in den Niederlanden, heute in der Schweiz) von keiner Seite in Frage gestellt wurde. Am ehesten scheint die Beschwerdeführerin rügen zu wollen, dass die Vorinstanz die Veränderung der räumlichen Distanz nicht als Abänderungsgrund qualifiziert hat, weil sich die übrigen Verhältnisse in keiner Weise geändert haben (KG act. 2 S. 10). Die Frage

aber, die damit angesprochen zu sein scheint, inwiefern tatsächliche Verhältnisse verändert sein müssen, um die Abänderung eines Scheidungsurteils zu rechtfertigen, ist eine Frage des Bundesrechtes und somit, aus den in vorstehender Ziffer 2 angeführten Gründen, der Kognition des Kassationsgerichtes entzogen. Auch auf diese Rüge wäre selbst dann nicht einzutreten, wenn man der Auffassung wäre, sie sei genügend substantiiert erhoben.

3.3 Die Beschwerdeführerin rügt schliesslich eine aktenwidrige Annahme, die sie darin sieht, dass die Vorinstanz im Zusammenhang mit dem Unterhaltsanspruch ihres Sohnes eine abgeurteilte Sache sehe (KG act. 1 S. 8, Rz 23). Die Vorinstanz hat, wiederum im Rahmen der Prüfung, ob veränderte Verhältnisse vorlägen, die eine Abänderung des niederländischen Urteils ermöglichen, in Erwägung II/3.c ihres Entscheides (KG act. 2 S. 10 f.) Ausführungen dazu gemacht, dass das Obergericht in Amsterdam, welches der Beschwerdeführerin die Übersiedlung in die Schweiz unter Hinweis auf die besseren wirtschaftlichen Chancen der Beschwerdeführerin in der Schweiz gestattet habe, die Bestandteil des Scheidungsurteils bildende Umgangsregelung nur bezüglich der Betreuungsperioden für Z. abgeändert und festgehalten habe, dass die Parteien die damit anfallenden Reisekosten zu teilen hätten. Im Übrigen habe die zweite niederländische Instanz von einer Änderung der Versorgungsregelung abgesehen. Die Beschwerdeführerin habe im niederländischen Abänderungsverfahren weder vor erster noch vor zweiter Instanz eine Änderung des in der Umgangsregelung enthaltenen Versorgungsmodus beantragt. Damit liege auch hier eine abgeurteilte Sache vor. Damit will die Vorinstanz sagen, es lägen seit dem Entscheid des niederländischen Obergerichtes keine geänderten Umstände vor, die eine Änderung des Urteils erlauben würden. Die Beschwerdeführerin setzt sich mit diesen Ausführungen der Vorinstanz nicht auseinander, sondern beschränkt sich darauf, die Annahme einer abgeurteilten Sache als aktenwidrig zu rügen. Auf die Rüge kann mangels einer hinreichenden Begründung und Substanziierung nicht eingetreten werden.

4. Zusammengefasst ist festzuhalten, dass auf die Beschwerde nicht eingetreten werden kann.

5. Die Kosten des kassationsgerichtlichen Verfahrens sind der Beschwerdeführerin aufzuerlegen, und die Beschwerdeführerin ist zu verpflichten, den unentgeltlichen Rechtsvertreter des Beschwerdegegners, der sich in der Beschwerdeantwort (KG act. 11) namens des Beschwerdegegners geäußert und Abweisung der Beschwerde beantragt hat, zu entschädigen (vgl. § 89 Abs. 1 ZPO). In Anwendung von § 4 Abs. 1 in Verbindung mit § 3 Abs. 5 und § 12 Abs. 1 der Verordnung des Obergerichts über die Anwaltsgebühren (AnwGebV) erscheint eine Prozessentschädigung von Fr. 1'200.-- (Mehrwertsteuer inbegriffen) als angemessen. Im Falle der Uneinbringlichkeit würde die Entschädigung dem unentgeltlichen Rechtsvertreter des Beschwerdegegners aus der Gerichtskasse ausgerichtet (§ 89 Abs. 2 ZPO), und der Anspruch ginge auf die Gerichtskasse über (§ 89 Abs. 3 ZPO).

6. Der Beschwerdeführerin wurde von der ersten Instanz die unentgeltliche Prozessführung bewilligt und in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. B. eine unentgeltliche Rechtsbeiständin bestellt (BG act. 37 S. 14). Die Vorinstanz sah für das Berufungsverfahren keinen Grund für einen Entzug der unentgeltlichen Rechtspflege (KG act. 2 S. 12, Erw. III).

Grundsätzlich gilt das von den Vorinstanzen bewilligte Armenrecht für das Rechtsmittelverfahren weiter; die Rechtsmittelinstanz kann indessen für ihr Verfahren einen selbstständigen Entscheid treffen (§ 90 Abs. 2 ZPO). Zwar wurde entschieden, dass das Armenrecht nur für die zukünftige Prozessführung entzogen werden dürfe, und dass eine Partei, wie auch der unentgeltliche Rechtsvertreter, in guten Treuen davon ausgehen dürfen, dass bis zur Anordnung des Gegenteils das bewilligte Armenrecht Geltung hat (RB 1987 Nr. 38). Andererseits ist es ständige Praxis des Kassationsgerichtes, dass sich im Kassationsverfahren die grundsätzlich neue Frage stellt, ob ein Kassationsgrund gegeben ist oder nicht, womit sich auch die Frage des Armenrechts bzw. dessen Voraussetzung, dass der Prozess nicht aussichtslos erscheint, auf einem neuen Hintergrund stellt. Erweist sich eine Nichtigkeitsbeschwerde im Hinblick auf die prozessualen Besonderheiten des Kassationsverfahrens als aussichtslos, so sind die Voraussetzungen des Armenrechtes nicht nachträglich weggefallen, sondern sie waren, mit Be-

zug auf das Beschwerdeverfahren, gar nie gegeben. Das Kassationsgericht kann daher in einem solchen Fall die vom Sachrichter für sein Verfahren bewilligte unentgeltliche Prozessführung und unentgeltliche Rechtsverteistandung mit Wirkung für das ganze Kassationsverfahren rückwirkend entziehen (vgl. ZR 97 Nr. 28).

Vorliegend erweist sich die Beschwerde als von Anfang an aussichtslos. Es kann auf sie nicht eingetreten werden, wobei sich dieses Nichteintreten nicht aus schwierigen rechtlichen Abgrenzungen ergibt; vielmehr liegen die Gründe des Nichteintretens auf der Hand. Unter diesen Umständen ist der Beschwerdeführerin die unentgeltliche Prozessführung und die Bestellung einer unentgeltlichen Rechtsvertreterin für das Kassationsverfahren zu entziehen.

Das Gericht beschliesst:

1. Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 1'000.--. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden der Beschwerdeführerin auferlegt.
3. Die Beschwerdeführerin wird verpflichtet, dem unentgeltlichen Rechtsvertreter des Beschwerdegegners für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 1'200.-- (Mehrwertsteuer inbegriffen) zu entrichten. Im Falle der Uneinbringlichkeit würde die Entschädigung dem unentgeltlichen Rechtsvertreter des Beschwerdegegners aus der Gerichtskasse entrichtet.
4. Der Beschwerdeführerin wird das vorinstanzlich gewährte prozessuale Armenrecht für das Verfahren vor Kassationsgericht entzogen.

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, 1000 Lausanne 14, erhoben werden. Es handelt sich um eine nicht vermögensrechtliche Zivilsache.

Sodann läuft die Frist von 30 Tagen zur Anfechtung des Urteils des Obergerichtes vom 14. Mai 2008 mit Beschwerde an das Bundesgericht (oder zur allfälligen Ergänzung der bereits eingereichten Beschwerde) neu ab Empfang des vorliegenden Entscheides (Art. 100 Abs. 1 und 6 BGG).

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

6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich, das Bezirksgericht Zürich (Einzelrichterin der 2. Abteilung, Proz.-Nr. FP060261), das Migrationsamt des Kantons Zürich und das Schweizerische Bundesgericht (Proz.-Nr. 5A_394/2008), je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär: