



Kass.-Nr. AA090048/U/Np

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Andreas Donatsch, die Kassationsrichterin Sylvia Frei, die Kassationsrichter Reinhard Oertli und Georg Naegeli sowie die juristische Sekretärin Judith Lusser Treyer

Zirkulationsbeschluss vom 17. April 2009

in Sachen

A,

Beklagte, Appellantin und Beschwerdeführerin

gegen

B,

Kläger, Appellat und Beschwerdegegner

sowie

C,

weitere Verfahrensbeteiligte
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. ...

betreffend

Abänderung des Scheidungsurteils

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der I. Zivilkammer des
Obergerichts des Kantons Zürich vom 19. Februar 2009 (LC080018/Z09)**

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

1. Mit Urteil des Bezirksgerichts X vom 7. November 1997 wurden die Parteien geschieden und die gemeinsame Tochter C, geboren tt.mm.1993, unter die elterliche Gewalt der Beklagten und Beschwerdeführerin gestellt. Im seit 21. Juni 2007 hängigen Verfahren betreffend Abänderung des Scheidungsurteils hat der Einzelrichter im ordentlichen Verfahren des Bezirksgerichts Y mit Urteil vom 27. Februar 2008 der Beschwerdeführerin die elterliche Sorge über C entzogen und die Bestellung eines Vormundes angeordnet. Das Berufungsverfahren gegen dieses Urteil ist am Obergericht hängig.

Mit Verfügung gleichen Datums regelte der Einzelrichter des Bezirksgerichts Y die vorsorglichen Massnahmen in dem Sinne, dass er der Beschwerdeführerin die Obhut über die Tochter C für die Dauer des Verfahrens entzog (und in diesem Umfange die elterliche Sorge einschränkte), davon Vormerk nahm, dass sich C seit dem 14. Januar 2008 in der Obhut des Internats Z befindet, die Obhut während der Schulferien und über die Wochenenden bei den Grosseltern väterlicherseits, E und F, in G liege, ohne dass das Besuchsrecht der Parteien davon berührt werde. Weiter räumte er in Ziffer 5 der Verfügung beiden Eltern ein Besuchsrecht von einem Wochenende pro Monat und einer Woche Ferien pro Jahr ein, wobei die genauen Besuchstermine mit der Beiständin des Kindes abzusprechen seien. Dieser wurde die Befugnis eingeräumt, im Streitfall nach Anhörung der Eltern die Besuchstermine autoritativ festzusetzen oder notfalls im Interesse des Kindes zu sistieren. Schliesslich wurde der Beschwerdeführerin die Weisung erteilt, für die Dauer des Verfahrens nur nach Rücksprache und mit Zustimmung der Beiständin mit C Kontakt aufzunehmen.

Gegen diese Verfügung legte die Beschwerdeführerin Rekurs ein, worauf das Obergericht mit Beschluss vom 27. Mai 2008 Disp. Ziff. 5 der erstinstanzlichen Massnahmeverfügung aufhob und durch eine Fassung ersetzte, die das Besuchsrecht der Parteien sowie die Befugnis der autoritativen Festsetzung des Be-

suchsrechts durch die Beiständin gleich regelte, jedoch keine Befugnis der Beiständin zur Sistierung des Besuchsrechts mehr beinhaltete.

Am 21. Oktober 2008 beantragte der Prozessbeistand von C, angesichts ihres Alters auf eine Regelung des Besuchsrechts zu verzichten und die Beiständin zu beauftragen, zwischen C und ihren Eltern zu vermitteln und den persönlichen Kontakt zu fördern.

Die Beschwerdeführerin stellte mit schriftlicher Replik vom 28. Oktober 2008 ein Begehren um Abänderung bzw. Anordnung vorsorglicher Massnahmen, v.a. um Wiederherstellung ihrer elterlichen Sorge und der Beendigung der Platzierung von Lara im Internat Z und um Anordnung eines Kontaktverbots des Klägers (Beschwerdegegners) mit C. C wurde hierauf erneut gerichtlich angehört.

Nach weiteren prozessleitenden Entscheiden und einer Verhandlung am 15. Januar 2009 beschloss das Obergericht am 19. Februar 2009, die mit Beschluss vom 27. Mai 2008 neu formulierte Ziff. 5 der Verfügung des Einzelrichters im ordentlichen Verfahren des Bezirksgerichts Meilen vom 27. Februar 2008 aufzuheben und durch folgende Fassung zu ersetzen: "*In Anbetracht des Alters von C wird auf eine Regelung des Besuchsrechts verzichtet. Die Beiständin wird beauftragt, zwischen C und der Beklagten zu vermitteln und den persönlichen Kontakt zu fördern.*" Weiter wurden die Anträge der Beschwerdeführerin um Abänderung bzw. Anordnung neuer vorsorglicher Massnahmen abgewiesen (soweit darauf eingetreten wurde), und auf ihr Gesuch um Wiedererwägung des Entzugs der unentgeltlichen Prozessführung und Abweisung des Gesuchs um Bestellung einer neuen unentgeltlichen Rechtsbeiständin wurde nicht eingetreten (angefochtener Beschluss [KG act. 2] S. 2 ff.).

Am 25. März 2009, hier eingegangen am 26. März 2009, hat die Beschwerdeführerin Nichtigkeitsbeschwerde gegen den Beschluss des Obergerichts des Kantons Zürich vom 19. Februar 2009 erhoben, worin sie u.a. die Aufhebung des angefochtenen Entscheides sowie die (vorsorgliche) Regelung des Besuchsrechts und die Neuansetzung der Frist zur Einreichung einer ausführlichen Begründung mit Beilagen beantragt (KG act. 1). Mit Schreiben vom 26. März 2009

wurde den Parteien, der Verfahrensbeteiligten sowie den Vorinstanzen der Eingang der Nichtigkeitsbeschwerde angezeigt (KG act. 4) und der Beschwerdeführerin mitgeteilt, dass gestützt auf § 286 Abs. 2 ZPO das Obergericht zuständig sei zum Erlass bzw. zur Abänderung vorsorglicher Massnahmen während der Dauer des Kassationsverfahrens. Die Beschwerdeführerin wurde ersucht, dem Kassationsgericht bis zum 30. März 2009 mitzuteilen, ob sie eine Überweisung des Gesuches um Erlass vorsorglicher Massnahmen an das Obergericht wünsche oder dieses zurückziehe, wobei für den Fall des Stillschweigens die Überweisung ihres diesbezüglichen Gesuches ans Obergericht angekündigt wurde (KG act. 5). Seitens der Beschwerdeführerin ist keine Mitteilung ergangen, weshalb das Gesuch um Erlass bzw. Abänderung vorsorglicher Massnahmen mit Präsidialverfügung vom 2. April 2009 dem Obergericht zur Prüfung überwiesen wurde (KG act. 9). Ebenfalls im Schreiben vom 26. März 2009, welches der Beschwerdeführerin am 27. März 2009 zugegangen ist (KG act. 6), wurde sie darauf hingewiesen, dass die 30-tägige Frist zur Erhebung einer gehörig begründeten Nichtigkeitsbeschwerde weder erstreckt noch neu angesetzt werden könne, es ihr aber freistehe, ihre Nichtigkeitsbeschwerde im Sinne der im Schreiben genannten Anforderungen innert der Beschwerdefrist zu begründen (KG act. 5).

2. Da sich die Nichtigkeitsbeschwerde sofort als unzulässig erweist (nachfolgend Erwägung 3), kann - nach bereits erfolgtem Beizug der vorinstanzlichen Akten - von Weiterungen im Sinne von § 289 ZPO abgesehen, d.h. darauf verzichtet werden, der Vorinstanz Gelegenheit zur Vernehmlassung zu geben und vom Beschwerdegegner sowie der Verfahrensbeteiligten eine Beschwerdeantwort einzuholen (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3.A., Zürich 1997, N 2 zu § 289 ZPO).

3.a) Das Kassationsverfahren stellt seiner besonderen Natur nach keine Fortsetzung des Verfahrens vor dem Sachrichter dar. Zu prüfen ist vielmehr allein, ob der angefochtene Entscheid aufgrund des bei der Vorinstanz gegebenen Aktenstandes an einem Nichtigkeitsgrund im Sinne von § 281 Ziff. 1-3 der Zivilprozessordnung (ZPO) leidet. Dabei muss der Nichtigkeitskläger den behaupteten Nichtigkeitsgrund in der Beschwerdeschrift selbst nachweisen (§ 288 Abs. 1 Ziff. 3

ZPO). Darauf wurde in der vorinstanzlichen Rechtsmittelbelehrung insofern hingewiesen, als eine Nichtigkeitsbeschwerde dem § 288 ZPO zu entsprechen habe (KG act. 2 S. 16 Ziff. 5). Um diesen ihm obliegenden Nachweis zu erbringen, hat der Beschwerdeführer sich konkret mit dem angefochtenen Entscheid (hier: dem obergerichtlichen Beschluss vom 19. Februar 2009, LC080018/Z09) und den darin enthaltenen, den Entscheid tragenden Erwägungen auseinanderzusetzen. Die blosser Wiederholung früherer Vorbringen genügt hierfür nicht. Ebenso wenig lässt sich ein Nichtigkeitsgrund rechtsgenügend dartun, indem bloss die Richtigkeit der vorinstanzlichen Auffassung in Abrede gestellt (und dieser allenfalls die eigene, abweichende Ansicht entgegengestellt) wird (sog. appellatorische Kritik). In der Beschwerdebegründung sind die angefochtenen Stellen des vorinstanzlichen Entscheids genau zu bezeichnen und diejenigen Aktenstellen, aus denen sich ein Nichtigkeitsgrund ergeben soll, im Einzelnen anzugeben. Zur Begründung der Willkür-Rüge gehört, dass in der Beschwerde gesagt wird, welcher tatsächliche Schluss aufgrund welcher Aktenstelle als willkürlich erscheint (ZR 81 Nr. 88 Erw. 6). Wer vorbringt, es seien zu einer bestimmten Tatsache(nbehauptung) angerufene Beweismittel nicht abgenommen worden, hat zu sagen, wo (Aktenstelle) und zu welchen Behauptungen er sich auf die nicht abgenommenen Beweismittel berufen hat. Es ist mithin nicht Sache der Kassationsinstanz, in den vorinstanzlichen Akten nach den Grundlagen eines geltend gemachten Nichtigkeitsgrundes zu suchen (von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2.A., Zürich 1986, S. 16; Spühler/Vock, Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund, Zürich 1999, S. 56 f., 72 f.; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 4 zu § 288 ZPO; Guldener, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivilsachen nach Zürcherischem Recht, Zürich 1942, S. 80). Erfüllt die Beschwerde diese Begründungsanforderungen nicht, hat dies zur Folge, dass darauf nicht eingetreten werden kann.

b) Die vorliegende Beschwerde (KG act. 1) vermag den vorstehend unter Ziffer 3a skizzierten, zumindest in ihren wesentlichen Grundzügen auch von einer nicht anwaltlich vertretenen Partei zu beachtenden, gesetzlichen Anforderungen an die Begründung einer Nichtigkeitsbeschwerde nicht zu genügen: So fällt zunächst auf, dass konkrete Hinweise auf bestimmte Stellen im angefochtenen Ent-

scheid oder auf andere Aktenstellen vollends fehlen. Auch enthält die Beschwerdebegründung keine Bezugnahme auf die entscheiderelevanten Erwägungen der Vorinstanz; mit diesen setzt sich die Beschwerdeführerin überhaupt nicht auseinander. Die Beschwerdeführerin beschränkt sich vielmehr darauf, auf zwei ihrer vier Seiten umfassenden Beschwerdebegründung den Sachverhalt wiederzugeben (KG act. 1 S. 3-4) und sich auf den weitem beiden Seiten in appellatorischer Kritik zu ergehen resp. das Verhalten von am Verfahren nicht Beteiligten, z.B. der *Schule oder der Beiständin* von C, zu beklagen (KG act. 1 S. 5-6). Damit vermag sie von vornherein keinen vom *Obergericht* (als den angefochtenen Beschluss fassendem Gericht) gesetzten Nichtigkeitsgrund nachzuweisen. Zwar führt die Beschwerdeführerin einige Verfassungs- resp. EMRK-Bestimmungen als verletzt an: Nebst Art. 9 BV, weil der Beschluss des Obergerichts willkürlich sei, seien auch Art. 8 BV und Art. 6, 13 und 14 EMRK sowie Art. 29 BV verletzt, da die Anliegen der Nichtigkeitsklägerin von der Vorinstanz geflissentlich übergangen worden seien. Um den Anforderungen an eine Beschwerdebegründung im unter Ziffer 3a dargestellten Sinne zu genügen, hätte die Beschwerdeführerin allerdings auszuführen gehabt, *welche* ihrer Anliegen und wesentlichen Argumente übergangen und wodurch ihr Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt worden sein sollen (unter Angabe der Aktenstelle, wo sie diese vorgebracht habe) resp. gestützt auf welche Aktenstelle der Entscheid schlichtweg haltlos (willkürlich) sein solle. Dasselbe gilt hinsichtlich ihrer Behauptung, mehrere von ihr vorgebrachte Beweismittel seien nicht oder nicht gebührend berücksichtigt worden, wodurch ihr Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt und der Sachverhalt ungenügend festgestellt worden sei. Sie hätte in der Nichtigkeitsbeschwerde anzugeben gehabt, *an welcher Stelle in ihren vorinstanzlichen Rechtsschriften* (oder auf welcher Protokollseite, falls sie sich an der Verhandlung auf Beweismittel berufen hat) sie sich auf *welche* Beweismittel berufen habe, die ihrer Ansicht nach nicht gebührend berücksichtigt worden sind.

Aus dem Gesagten folgt, dass mangels rechtsgenügender Begründung nicht auf die Beschwerde eingetreten werden kann (vgl. § 288 ZPO und oben Ziff. 3a).

4. Die Beschwerdeführerin hat ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege gestellt, da sie von der Sozialhilfe abhängig, also mittellos sei (KG act. 1 S. 2 Ziff. 4). Nach dem vorstehend Dargelegten (Erwägung 3) ist die Beschwerde von vornherein aussichtslos. Unentgeltliche Rechtspflege kann aber nur gewährt werden, wenn der Prozess nicht als aussichtslos erscheint (§ 84 Abs. 1 ZPO). Diese Voraussetzung, die zusätzlich zum Erfordernis der Mittellosigkeit erfüllt sein muss, fehlt und das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ist daher abzuweisen.

5. Gemäss § 64 Abs. 2 ZPO werden die Gerichtskosten der unterliegenden Partei auferlegt. Als unterliegende Partei ist auch der (Rechtsmittel-)Kläger zu behandeln, auf dessen Klage (resp. Rechtsmittel) nicht eingetreten wird (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 18 zu § 64 ZPO). Die Beschwerdeführerin unterliegt mit ihrer Nichtigkeitsbeschwerde, weshalb ihr die Kosten aufzuerlegen sind.

Nach § 68 Abs. 1 ZPO hat die unterliegende Partei die Gegenpartei in der Regel im gleichen Verhältnis, wie ihr Kosten auferlegt werden, für Kosten und Umtriebe zu entschädigen. Vorliegend ist mangels erheblicher Umtriebe des Beschwerdegegners und des Prozessvertreters des Kindes davon abzusehen, ihnen eine Prozessentschädigung zuzusprechen.

6. Beim vorliegenden Beschluss handelt es sich um einen Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 Bundesgerichtsgesetz (BGG) in einer nicht vermögensrechtlichen Zivilsache (im Sinne von Art. 72 Abs. 1 BGG). Demzufolge steht gegen den kassationsgerichtlichen Erledigungsentscheid die Beschwerde in Zivilsachen gemäss Art. 72 ff. BGG an das Bundesgericht nur unter den in Art. 93 BGG genannten Voraussetzungen offen. Ob diese erfüllt sind, entscheidet im Falle einer Beschwerdeerhebung das Bundesgericht. Mit der Beschwerde gegen Entscheide über vorsorgliche Massnahmen kann sodann gemäss Art. 98 BGG nur die Verletzung verfassungsmässiger Rechte gerügt werden.

Ferner beginnt mit der Zustellung des Beschlusses des Kassationsgerichts (als ausserordentlicher Rechtsmittelinstanz) auch die dreissigtägige Frist zur all-

fälligen (direkten) Anfechtung des obergerichtlichen Entscheids mittels Beschwerde ans Bundesgericht (neu) zu laufen (Art. 100 Abs. 6 BGG; s.a. BGer 4A_216/2008 vom 20.08.2008, Erw. 1.2).

Das Gericht beschliesst:

1. Das Gesuch der Beschwerdeführerin um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege wird abgewiesen.
2. Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.
3. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 200.--.
4. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden der Beschwerdeführerin auferlegt.
5. Es werden keine Prozessentschädigungen zugesprochen im vorliegenden Verfahren.
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 19. Februar 2009 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 sowie die Verfahrensbeteiligte, das Obergericht des Kantons Zürich, I. Zivilkammer (Prozess-Nr. LC080018) und das Bezirksgericht Y (Prozess-Nr. FP070015), je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Die juristische Sekretärin: