



Kass.-Nr. AA090062/U/mum

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Andreas Donatsch, die Kassationsrichterin Yvona Griesser, die Kassationsrichter Reinhard Oertli und Georg Naegeli sowie der juristische Sekretär Jürg-Christian Hürlimann

Zirkulationsbeschluss vom 27. Juli 2009

in Sachen

X.-Y.,

....,

Klägerin, Rekurrentin und Beschwerdeführerin

gegen

X.,

....,

Beklagter, Rekursgegner und Beschwerdegegner
vertreten durch Rechtsanwalt ...

betreffend

Abänderung Eheschutz (Besuchsrecht, Unterhaltsbeiträge)

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der I. Zivilkammer des
Obergerichts des Kantons Zürich vom 12. März 2009 (LP080037/U)**

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

1. a) Mit Verfügung vom 15. Juni 2007 bewilligte der Eheschutzrichter am Bezirksgericht T den Parteien das Getrenntleben, stellte den gemeinsamen Sohn Robert, geboren 2002, unter die Obhut der Klägerin, genehmigte eine Vereinbarung der Parteien zu den Kinderbelangen, ordnete für den Sohn eine Beistandschaft an und ordnete weiter zwischen den Parteien die Gütertrennung an. Im Übrigen schrieb der Eheschutzrichter das Verfahren als durch Vergleich erledigt ab (ER act. 9/18).

Die Klägerin stellte mit Eingabe vom 11. März 2008 beim Eheschutzrichter das Begehren, es sei der Beklagte ab 1. Januar 2008 zur Bezahlung eines angemessenen Ehegattenunterhaltsbeitrags an die Klägerin, mindestens Fr. 700.— pro Monat, zu verpflichten; eventualiter sei die Kinderrente ab dem gleichen Datum zu erhöhen (ER act. 1). In der Hauptverhandlung vom 9. April 2008 stellte sie den weiteren Antrag, es sei beim Kinder- und Jugendpsychiatrischen Dienst des Kantons Zürich ein Gutachten betreffend die Situation des Kindes sowie die Besuchsrechte des Vaters einzuholen (ER act. 10). Der Beklagte beantragte, die Begehren der Klägerin seien abzuweisen und die Verfügung des Einzelrichters vom 15. Juni 2007 zu bestätigen. Weiter sei ihm ein unbegleitetes Besuchsrecht zum gemeinsamen Sohn zu bewilligen (ER act. 12 S. 2). Mit Eingabe vom 9. April 2008 – nach der eheschutzrichterlichen Verhandlung desselben Tages – erklärte die Klägerin ihren Antrag auf Einholung eines Gutachtens für obsolet, da sie zusammen mit dem Kinderarzt entschieden habe, ein Strafverfahren wegen Kindesmisshandlung einzuleiten (ER act. 21).

Der Eheschutzrichter wies mit Verfügung vom 29. April 2008 die Anträge der Klägerin, es sei der Beklagte zur Leistung eines Unterhaltsbeitrags an die Klägerin zu verpflichten und es seien die Kinderunterhaltsbeiträge zu erhöhen, ab. Den Antrag der Klägerin auf Einholung eines Gutachtens beim Kinder- und Jugendpsychiatrischen Dienst des Kantons Zürich schrieb der Eheschutzrichter als durch Rückzug erledigt ab. Weiter ordnete er an, dass die Auflage, dass bei der Ausübung des Kinderbesuchsrechts eine Vertrauensperson der Mutter anwesend zu

sein habe, mit Wirkung ab dem 31. Oktober 2008 dahinfalle (ER act. 27 = OG act. 3).

Gegen diese Verfügung erhob die Klägerin mit Eingabe vom 14. Mai 2008 Rekurs beim Obergericht mit folgenden Rechtsbegehren (OG act. 2):

- „1. Es sei ex officio festzustellen, dass das Besuchsrecht des M nach Art. 274 Abs. 2 ZGB bis auf weiteres aufgehoben wird.
2. Es sei weiter festzustellen, dass Ziff. 1 des Beschlusses der Sozialkommission von L vom 28. April 2008 (Errichtung einer Beistandschaft nach Art. 392 Ziff. 2 ZGB für das Kind als Vertretung seiner Interessen im (Straf)verfahren gegen seinen Vater bestätigt wird.
3. Es sei von Amtes wegen eine umfassende Kinderexpertise beim Kinder- und Jugendpsychiatrischen Dienst des Kantons Zürich oder beim Marie-Meierhofer-Institut Zürich einzuholen.

Es sind dazu folgende Fragen zu stellen:

- 4.1. Haben Verletzungen der psychischen und physischen Integrität des Kindes durch den Vater stattgefunden?
- 4.2. Welche Therapieempfehlungen?
- 4.3. Sind Folgeschäden / Dauerschäden zu erwarten?
- 4.4. Sind dem Kind weitere Konfrontationen mit dem Vater aus medizinischer Sicht zuzumuten?
5. Es sei die Verfügung der Vorinstanz aufzuheben und der Ehegattenunterhalt neu festzulegen bzw. die Kinderalimente angemessen zu erhöhen. Eventuell sei das Verfahren zur Feststellung des rechtsgenügenden Sachverhalts an die Vorinstanz zurückzuweisen.
6. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beklagten.“

Am 30. Oktober 2008 gab die Klägerin folgende Erklärung ab (OG act. 41):

- „1. Die Klägerin zieht ihre mit Eingabe vom 14. Mai 2008 gestellten Rekursanträge Ziffer 2 (Bestätigung Beistandschaft für [Sohn] im Strafverfahren) und Ziffer 5 (Unterhaltsbeiträge) vollumfänglich – betreffend die Unterhaltsbeiträge unpräjudiziell für den nahehelichen Unterhalt – zurück.
2. Die Klägerin ersucht das Gericht, das Rekursverfahren (betreffend Rekursanträge 1, 3 und 6) sei im Übrigen an den ordentlichen Einzelrichter in Ehesachen des Bezirksgerichts Q im Sinne vorsorglicher Massnahmen in das bereits hängige Scheidungsverfahren zu überweisen - unter Einholung eines Gutachtens sowie Vornahme einer Kindsanhörung -, wobei über die Kosten- und Entschädigungsfolgen im Massnahme- bzw. Scheidungsverfahren ausgangsgemäss entschieden werden soll.“

Mit Eingabe vom 3. Januar 2009 an das Obergericht stellte die Beschwerdeführerin erneut das Begehren, es sei das hängige Eheschutzverfahren an das Bezirksgericht zuhanden des Verfahrens betreffend vorsorgliche Massnahmen im Ehescheidungsprozess zu überweisen (OG act. 50).

Das Obergericht (I. Zivilkammer) nahm mit Beschluss vom 12. März 2009 vom Rückzug des Rekurses betreffend Antragsziffern 2 und 5 Vormerk und trat im Übrigen auf den Rekurs nicht ein. Es auferlegte die Kosten des Rekursverfahrens der Klägerin und verpflichtete diese zur Bezahlung einer Prozessentschädigung an den Beklagten (OG act. 61 = KG act. 2).

b) Mit vorliegender Nichtigkeitsbeschwerde beantragt die Klägerin, es seien Ziffern 2 ff. des obergerichtlichen Beschlusses vom 12. März 2009 (Nichteintreten, Kosten- und Entschädigungsfolgen) aufzuheben (KG act. 1). Der Beklagte beantragt Abweisung der Nichtigkeitsbeschwerde, soweit auf diese eingetreten werde (KG act. 10). Das Obergericht verzichtet auf eine Vernehmlassung (KG act. 9).

Mit Verfügung vom 20. April 2009 verlieh der Präsident des Kassationsgerichts der Nichtigkeitsbeschwerde aufschiebende Wirkung (KG act. 6). Mit weiterer Verfügung vom 4. Juni 2009 wies er ein Gesuch des Beklagten um Entzug der aufschiebenden Wirkung ab (KG act. 20).

2. a) Das Obergericht begründet den von der Beschwerdeführerin angefochtenen Nichteintretensentscheid wie folgt: Der Eheschutzrichter habe in seinem Entscheid vom 29. April 2008 die Auflage zum Besuchsrecht des Beschwerdegegners aus dem Eheschutzentscheid vom 15. Juni 2007, wonach bei der Ausübung des Besuchsrechts eine Vertrauensperson der Beschwerdeführerin anwesend zu sein habe, mit Wirkung ab dem 31. Oktober 2008 aufgehoben. Die Aufhebung des Besuchsrechts des Beschwerdegegners, wie sie im vorliegenden Rekursverfahren sinngemäss von der Beschwerdeführerin in Antragsziffer 1 (damit in Verbindung zu sehen die Antragsziffer 3 – Begutachtung des Kindes) begehrt werde, sei vor dem Eheschutzrichter kein Thema gewesen. Der Sinn des Rechtsmittelverfahrens, insbesondere des Rekursverfahrens, liege in der Überprüfung der erstinstanzlichen Entscheidung und nicht in einer erstinstanzlichen Rechtspre-

chung des Obergerichts. Mit Rekurs könne demgemäss nur das Dispositiv des angefochtenen Beschlusses angefochten werden (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 1997, N 11 zu § 281 ZPO). Insoweit also die Beschwerdeführerin im vorliegenden Rekursverfahren Anträge stelle, welche nicht Gegenstand des Dispositivs der angefochtenen Verfügung bildeten, sei sie formell nicht beschwert (§ 51 Abs. 2 ZPO; vgl. auch ZR 82 [1983] Nr. 14). Die Tatsache, dass mit dem vorinstanzlichen Entscheid das Besuchsrecht des Beschwerdegegners – auf dessen Antrag hin – in einem gewissen Sinne erweitert worden sei, vermöge nichts zu ändern. Es könne hieraus nicht abgeleitet werden, dass damit das grundsätzliche Besuchsrecht des Beschwerdegegners Gegenstand des angefochtenen Entscheids bilde. Auf den Rekurs betreffend die Antragsziffern 1 und 3 sei deshalb mangels Beschwer nicht einzutreten (KG act. 2 S. 7 Erw. II/2).

b) Die Beschwerdeführerin wirft dem Obergericht unter dem Titel der Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes Verweigerung des rechtlichen Gehörs, Verletzung des Grundsatzes des Vertrauensschutzes (Handeln nach Treu und Glauben), Verletzung der Untersuchungs- und Officialmaxime in Kindesbelangen, Verletzung des Rechts auf Beweis und Unterlassen eines Beweisverfahrens bzw. Nichtabnahme der angebotenen Beweise sowie Nichtfeststellung des massgeblichen Sachverhalts vor. Weiter habe das Obergericht mit seinen Ausführungen, dass das Besuchsrecht im einzelrichterlichen Verfahren kein Thema gewesen sei, aktenwidrige und willkürliche Annahmen getroffen. Sodann habe es klares materielles Recht mit Bezug auf verschiedene Bestimmungen des ZGB und der EMRK verletzt (KG act. 1 S. 2 f.).

3. a) Das Beschwerdeverfahren stellt keine Fortsetzung des Verfahrens vor dem Sachrichter dar. Zu prüfen ist, ob der angefochtene Entscheid auf Grund des bei der Vorinstanz gegebenen Aktenstandes an einem Nichtigkeitsgrund im Sinne von § 281 ZPO leidet. Daher sind neue tatsächliche Behauptungen, Einreden, Bestreitungen und Beweise, die eine Vervollständigung des Prozessstoffes bezwecken, über welchen der erkennende Richter zu entscheiden hatte, im Beschwerdeverfahren nicht zulässig. Gemäss § 290 ZPO werden lediglich die gel-

tend gemachten Nichtigkeitsgründe überprüft. Diese sind nach § 288 Ziff. 3 ZPO in der Beschwerde nachzuweisen; die blosser Verweisung auf frühere Vorbringen genügt daher nicht (vgl. Guldener, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivilsachen nach Zürcherischem Recht, Zürich 1942, S. 67; von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. Auflage, Zürich 1986, S. 16 ff.; Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen ZPO, 3. Auflage, Zürich 1997, N 4 f. zu § 288 ZPO mit Hinweisen; Spühler/Vock, Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund, Zürich 1999, S. 56 f., 72 f.).

Die Beschwerdeführerin bringt eine ausführliche Begründung vor, welche über weite Strecken eine nochmalige Darstellung des Rechtsstreits aus Sicht der Beschwerdeführerin beinhaltet (KG act. 1 S. 3 – 18). Auf diese Begründung ist nur soweit einzugehen, als sie eine Auseinandersetzung mit den Gründen des angefochtenen Entscheids enthält und sie für den Ausgang des Kassationsverfahrens von Bedeutung ist.

b) Die Beschwerdeführerin rügt, das Obergericht habe lapidar mangels Beschwer einen Nichteintretensentscheid betreffend die Ziffern 1 und 3 des Rekurses beschlossen, dies weil die Auflage, dass das Kind das überwachte Besuchsrecht ab 31. Oktober 2008 nunmehr unüberwacht „über sich ergehen (lassen) sollte“ angeblich keine Beschwer sei. Zudem stelle das Obergericht fest, das ganze Prozessthema „Besuchsrecht“ (und dessen Aufhebung, Sistierung oder „Überwachung“) seien ohnehin nicht Thema beim Verfahren vor dem Eheschutzrichter gewesen. Dies sei krass aktenwidrig, unhaltbar und müsse zur Aufhebung der angefochtenen Dispositiv-Ziffern des angefochtenen Beschlusses führen. Allein die Aufhebung der Auflage, dass das 6 ½-jährige Kind ein unüberwachtes Besuchsrecht über sich ergehen lassen müsste, entsprechend Dispositiv Ziffer 3 der eheschutzrichterlichen Verfügung, müsse als klare Beschwer qualifiziert werden (KG act. 1 S. 3 f.).

c) Zutreffend hält das Obergericht fest, die Aufhebung des Besuchsrechts des Beschwerdegegners sei vor dem Eheschutzrichter kein Thema gewesen, und der Sinn des Rekursverfahrens liege in der Überprüfung der erstinstanzlichen Ent-

scheidung und nicht in einer erstinstanzlichen Rechtsprechung des Obergerichts. Soweit die Beschwerdeführerin im Rekursverfahren die vollkommene Aufhebung des Besuchsrechts verlangt, also mehr verlangt, als sie dies vor dem Einzelrichter tat und als dies Gegenstand des einzelrichterlichen Verfahrens bildete, ist der angefochtene Entscheid nicht zu beanstanden.

Allerdings bildete ein Teilaspekt des Kinderbesuchsrechts Gegenstand des erstinstanzlichen Verfahrens, indem der Beschwerdegegner widerklageweise beantragte, es sei ihm in Abänderung der ursprünglichen eheschutzrichterlichen Anordnung ein unbegleitetes Kinderbesuchsrecht einzuräumen (ER act. 12 S. 2 Antrag 3 und S. 8 f.). Mit diesem Antrag obsiegte der Beschwerdegegner teilweise, indem die Auflage, dass bei der Ausübung des Besuchsrechts eine Vertrauensperson der Beschwerdeführerin anwesend sein müsse, zwar nicht sogleich, doch mit Wirkung ab 31. Oktober 2008 aufgehoben wurde (OG act. 3. Dispositiv Ziff. 3). In diesem Sinne liegt, wie das Obergericht selbst festhält (KG act. 2 S. 7 Mitte), in einem gewissen Sinne eine Erweiterung des Besuchsrechts vor. Diese beschwert die Beschwerdeführerin, und gegen diese steht ihr der Rekurs an das Obergericht offen. Daran ändert nichts, dass sie mit ihrem Antrag, das Besuchsrecht vollständig einzustellen, mehr verlangt, als Gegenstand des einzelrichterlichen Verfahrens bildete und als ihr das Obergericht im Rekursverfahren, wenn die entsprechenden materiellen Voraussetzungen gegeben wären, zusprechen könnte.

Indem das Obergericht auch in dem Bereich, in welchem der Beschwerdeführerin mit Bezug auf das Besuchsrecht der Rekurs offen stand, auf den Rekurs nicht eintritt, begeht das Obergericht eine Rechtsverweigerung, was auch die von der Beschwerdeführerin gerügte Verweigerung des rechtlichen Gehörs einschliesst. Dies führt zur Gutheissung der Nichtigkeitsbeschwerde infolge Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes (§ 281 Ziff. 1 ZPO).

Vor dem Bezirksgericht Q ist der Ehescheidungsprozess zwischen den Parteien hängig (Prozess-Nr. FE081316; vgl. Zuteilungsverfügung vom 2. Oktober 2008, OG act. 52/2). Für die Zeit nach Rechtshängigkeit des Scheidungsbegehrens trifft das Scheidungsgericht die Massnahmen zur Regelung des Getrenntlebens (BGE 129 III 60 ff.; Ivo Schwander, in Basler Kommentar, 3. Aufl., Basel 2006, N 16 zu

Art. 179 ZGB). Hierzu gehört auch die Regelung des Besuchsrechts. Das richtige Vorgehen wäre gewesen, das hängige Eheschutzverfahren bzw. den betreffenden Rekurs als Massnahmebegehren an das Bezirksgericht zuhanden des Ehescheidungsprozesses zu überweisen, wie dies die Beschwerdeführerin in ihrer Erklärung vom 30. Oktober 2008 (OG act. 52/1 Ziff. 2) und mit Eingabe vom 3. Januar 2009 an das Obergericht (OG act. 50) beehrte.

Das Rekursverfahren ist somit spruchreif, weshalb das Kassationsgericht einen eigenen Sachentscheid fällen kann (§ 291 ZPO). Der Rekurs ist mit Bezug auf die Rekursanträge 1 und 3 als Begehren um vorsorgliche Massnahmen im Ehescheidungsverfahren an das Bezirksgericht Q zu überweisen. (Es wird Sache des Bezirksgerichts sein, darüber zu befinden, wie weit die Rekursanträge noch aktuell und wie weit sie durch das bereits am Bezirksgericht anhängige oder anhängig gewesene Massnahmeverfahren überholt sind.) Das Rekursverfahren ist als dadurch erledigt abzuschreiben. Entsprechend der Regel von ZR 84 [1985] Nr. 41 sind die Kosten des Rekursverfahrens unabhängig vom Ausgang des Prozesses den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen, und es sind den Parteien keine Prozessentschädigungen zuzusprechen.

4. Auch für das Kassationsverfahren sind die Kosten den Parteien entsprechend ZR 84 [1985] Nr. 41 je zur Hälfte aufzuerlegen und den Parteien keine Prozessentschädigungen zuzusprechen.

Das Gericht beschliesst:

1. In Gutheissung der Beschwerde werden Dispositiv Ziffern 2, 4 und 5 des Beschlusses der I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 12. März 2009 aufgehoben.
2. Der Rekurs der Beschwerdeführerin wird mit Bezug auf die Rekursanträge 1 und 3 als Begehren um Erlass vorsorglicher Massnahmen im hängigen Ehescheidungsprozess an das Bezirksgericht Q überwiesen. Das Rekursverfahren wird als dadurch erledigt abgeschrieben.

3. Die Kosten des Rekursverfahrens (Dispositiv Ziff. 3 des Beschlusses der I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 12. März 2009) werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt.
4. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 2'000.--.
5. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt.
6. Den Parteien werden für das Rekursverfahren und für das Kassationsverfahren keine Prozessentschädigungen zugesprochen.
7. 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.

Hinsichtlich des Fristenlaufes gelten die Art. 44 ff. BGG.
8. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich, den Eheschutzrichter am Bezirksgericht T, das Bezirksgericht Q und die Vormundschaftsbehörde X, je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär: