



Kass.-Nr. AA090100/U/ys

Mitwirkende: der Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, sowie der Kassationsrichter Andreas Donatsch, die Kassationsrichterin Yvona Griesser, die Kassationsrichter Reinhard Oertli und Georg Naegeli sowie der juristische Sekretär Lukas Künzli

Zirkulationsbeschluss vom 7. Dezember 2009

in Sachen

A.,

Beklagte, Rekurrentin und Beschwerdeführerin

gegen

B.,

Kläger, Rekursgegner und Beschwerdegegner
vertreten durch Rechtsanwalt [...]

betreffend

Befehl / Vollstreckung

(Besuchsrecht)

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der II. Zivilkammer des
Obergerichts des Kantons Zürich vom 28. Mai 2009 (NL090033/U)**

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. a) Der Einzelrichter im summarischen Verfahren des Bezirks Meilen erliess mit Verfügung vom 15. Juni 2007 Eheschutzmassnahmen. Unter anderem bewilligte er den Parteien das Getrenntleben und stellte den gemeinsamen Sohn R. (geboren [...]) unter die Obhut der damaligen Klägerin. Weiter genehmigte er hinsichtlich der Kinderbelange die (aussergerichtliche) Trennungsvereinbarung der Parteien vom 24. Mai 2007, welche dem damaligen Beklagten ein begleitetes Besuchsrecht an jedem Samstag oder Sonntag sowie einmal unter der Woche nach Arbeitsschluss einräumt, wobei vorgesehen war, dass die Parteien die genauen Besuchstage und Besuchszeiten jeweils von Fall zu Fall miteinander abprechen und bei der Ausübung des Besuchsrechts überdies eine Vertrauensperson der damaligen Klägerin anwesend sein musste. Auf Antrag der Parteien ordnete der Eheschutzrichter weiter eine (Erziehungs-)Beistandschaft nach Art. 308 Abs. 1 ZGB für R. an (vgl. OG act. 8/3/2).

Diese Verfügung erwuchs in Rechtskraft.

b) Die Parteien kamen der Besuchsregelung bis Frühjahr 2008 regelmässig nach, wobei sie zeitweilig sogar auf die Anwesenheit einer Vertrauensperson verzichteten. Seither weigert sich die damalige Klägerin, zur Ausübung des Besuchsrechts Hand zu bieten. In dieser Phase, d.h. konkret mit Eingabe vom 11. März 2008, leitete sie ein Verfahren betreffend Abänderung der Eheschutzverfügung vom 15. Juni 2007 ein. Über die Anträge der Klägerin entschied der Eheschutzrichter mit Verfügung vom 29. April 2008. Im anschliessenden von der Klägerin anhängig gemachten Rekursverfahren nahm die I. Zivilkammer des Obergerichts 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. Das Kassationsgericht hob hierauf im Verfahren (Geschäfts-Nr. AA090062) mit Beschluss vom 27. Juli 2009 in Gutheissung der von der Klägerin erhobenen Nichtigkeitsbeschwerde den Beschluss der I. Zivilkammer des Obergerichts vom 12. März 2009

hinsichtlich Disp.-Ziff. 2, 4 und 5 auf und entschied in der Sache, der Rekurs der Klägerin werde mit Bezug auf die Rekursanträge 1 und 3 als Begehren um Erlass vorsorglicher Massnahmen im zwischen den Parteien hängigen Ehescheidungsprozess an das Bezirksgericht Zürich (7. Abteilung) überwiesen (vgl. KG act. 15/5).

2. a) Mit Eingabe vom 6. Oktober 2008 ersuchte der heutige Kläger, Rekursgegner und Beschwerdegegner (nachfolgend Beschwerdegegner) beim Einzelrichter im summarischen Verfahren des Bezirkes Zürich um die Vollstreckung des Besuchsrechts gemäss der Verfügung des Eheschutzrichters vom 15. Juni 2007. Der Einzelrichter befahl mit Verfügung vom 4. Februar 2009 der heutigen Beklagten, Rekurrentin und Beschwerdeführerin (nachfolgend Beschwerdeführerin) unter Androhung der Ungehorsamsstrafe, dem Beschwerdegegner das Besuchsrecht an jedem Samstag oder Sonntag sowie einmal unter der Woche nach Arbeitsschluss jeweils in Anwesenheit einer Vertrauensperson der Beschwerdeführerin zu gewähren, wobei sie Hand zu bieten habe für eine Absprache der genauen Besuchstage und Besuchszeiten von Fall zu Fall.

b) Dagegen legte die Beschwerdeführerin Rekurs ein, den die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich unter Erteilung des Vollstreckungsbefehls mit Beschluss vom 28. Mai 2009 abwies (KG act. 2 S. 2f. und S. 11f.).

c) Gegen diesen Beschluss richtet sich die vorliegende Nichtigkeitsbeschwerde der Beschwerdeführerin vom 26. Juni 2009 (Poststempel: 5. Juli 2009, Eingang: 6. Juli 2009), mit welcher sie die Aufhebung des angefochtenen Entscheids beantragt und um Erteilung der aufschiebenden Wirkung ersucht (KG act. 1 S. 1).

Mit Verfügung vom 7. Juli 2009 wies der Präsident des Kassationsgerichts das Gesuch der Beschwerdeführerin um Erteilung der aufschiebenden Wirkung ab. Er gelangte zum Ergebnis, dass eine Abwägung der im Streit liegenden Interessen sowie die fehlenden Erfolgsaussichten der Nichtigkeitsbeschwerde die aufschiebende Wirkung nicht zu indizieren vermöchten. Gleichzeitig regelte er die

weiteren, für das Beschwerdeverfahren notwendigen prozessualen Anordnungen (vgl. KG act. 7).

Die Vorinstanz verzichtete auf Vernehmlassung (vgl. KG act. 9). Die Beschwerdeführerin leistete die ihr auferlegte Prozesskaution von Fr. 5'000.– rechtzeitig (vgl. KG act. 12). Der Beschwerdegegner beantragt in seiner Beschwerdeantwort vom 29. Juli 2009 die Abweisung der Nichtigkeitsbeschwerde, soweit darauf eingetreten werden könne (KG act. 14 S. 2). In prozessualer Hinsicht stellt er den Antrag, dass für das Kind R. die zwischenzeitlich (mit Beschluss der Vormundschaftsbehörde Zürich vom 17. Februar 2009) ernannte Prozessbeiständin, M.H., als Kindervertreterin in das vorliegende Verfahren einbezogen werde und die Stellung als Parteivertreterin erhalte (vgl. KG act. 14 S. 6, Ziff. 10). Die Beschwerdeantwort liess der Präsident des Kassationsgerichts mit Verfügung vom 30. Juli 2009 der Beschwerdeführerin zur Kenntnisnahme zukommen mit dem Hinweis, dass über den Antrag des Beschwerdegegners betreffend Kinderbeiständin das Kassationsgericht als Kollegialgericht zu entscheiden haben werde (vgl. KG act. 16).

Mit Eingabe vom 5. August 2009 (KG act. 9) ersuchte die Beschwerdeführerin um Sistierung des vorliegenden Beschwerdeverfahrens mit der Begründung, dass am 31. August 2009 im Rahmen des vor Bezirksgericht Zürich hängigen Scheidungsverfahrens über die Anordnung vorsorglicher Massnahmen verhandelt und dabei das Besuchsrecht neu geregelt werde. Der im vorliegenden Verfahren angebehrten Vollstreckung des Besuchsrechts gemäss der ursprünglichen Eheschutzverfügung vom 15. Juni 2007 werde damit die Grundlage entzogen (vgl. KG act. 19 und 20). Der Präsident des Kassationsgerichts sistierte hierauf mit Verfügung vom 20. August 2009 das vorliegende Verfahren bis und mit 31. August 2009 (vgl. KG act. 24). Mit Eingabe vom 7. September 2009 (KG act. 27) teilte der Beschwerdegegner mit, dass an der Verhandlung vom 31. August 2009 vor Bezirksgericht Zürich keine Einigung habe erzielt werden können, und reichte eine Kopie des von der Prozessbeiständin R.'s an der nämlichen Verhandlung gehaltenen Plädoyers ein (vgl. KG act. 27 und 28). Die Beschwerdeführerin verlangte mit Eingabe vom 9. September 2009 (vgl. KG act. 29) unter Hinweis auf BGE 86 II

165, dass der vorinstanzliche Entscheid aufzuheben und das Verfahren als gegenstandslos geworden erledigt abzuschreiben sei. Eventualiter verlangte die Beschwerdeführerin, dass die Sistierung aus prozessökonomischen Gründen angemessen zu verlängern sei (vgl. KG act. 29 und 30/1-4). Der Präsident des Kassationsgerichts verfügte hierauf am 10. September 2009 die Wiederaufnahme des Verfahrens per 1. September 2009 und wies darauf hin, dass das Kollegialgericht über den weiteren Antrag der Beschwerdeführerin entscheiden werde (vgl. KG act. 32).

Die Beschwerdeführerin wies mit Eingabe vom 6. Oktober 2009 (KG act. 34 und 35) darauf hin, dass es vor Bezirksgericht Zürich (7. Abteilung) zwischenzeitlich, d.h. am 5. Oktober 2009, zu einer (vorsorglichen) Neuregelung des Besuchsrechts gekommen sei. Der Präsident des Kassationsgerichts gab den Parteien mit Verfügung vom 7. Oktober 2007 (KG act. 36) Gelegenheit, sich zur Frage der Gegenstandslosigkeit und der Regelung der Nebenfolgen zu äussern. Der Beschwerdegegner verlangte mit Eingabe vom 22. Oktober 2009 (KG act. 38) die Fortführung des vorliegenden Beschwerdeverfahrens mit der Begründung, dass die Beschwerdeführerin gegen den Massnahmeentscheid des Bezirksgerichts Zürich Rekurs beim Obergericht eingelegt habe (vgl. KG act. 38 und 39). Die Beschwerdeführerin hielt in ihrer Stellungnahme vom 21. Oktober 2009 (KG act. 40) ohne weitere Begründung an der Gegenstandslosigkeit des vorliegenden Verfahrens fest und sprach sich für eine Kostenverlegung nach der mit ZR 84 Nr. 41 begründeten Praxis aus. Die Stellungnahmen der Parteien wurden je der Gegenseite zur Kenntnisnahme zugestellt (vgl. KG act. 41).

Schliesslich ging am 3. Dezember 2009 eine Stellungnahme von Z. (Vater des Beschwerdegegners) ein (KG act. 44). Darin äussert er sich zum Besuchsrechtskonflikt zwischen den Parteien. Da Z. weder Prozesspartei noch Verfahrensbeteiligter ist, steht ihm kein Äusserungsrecht zu. Die Eingabe ist daher von vornherein unbeachtlich.

3. Das Verfahren ist spruchreif, wobei vorab über die prozessualen Anträge der Parteien zu befinden ist (nachstehend E. II).

II.

1. a) Der Beschwerdegegner stellt in der Beschwerdeantwort den Antrag, die für das Kind R. bestellte Prozessbeiständin sei in das vorliegende Verfahren einzubeziehen und es sei ihr die Stellung als Parteivertreterin einzuräumen (vgl. KG act. 14 S. 6, Ziff. 10)

b) Eine Ergänzung des Prozessstoffes mit neuen Anträgen, Behauptungen etc. ist im Verfahren der kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde grundsätzlich nicht zulässig und es besteht insbesondere auch kein Novenrecht nach § 115 ZPO (vgl. bereits KG act. 7 S. 3 und dortige Hinweise auf FRANK/STRÄULI/ MESSMER, Kommentar ZPO ZH, Zürich 1997, N 7b zu § 115 ZPO und ZR 102 Nr. 3 E. 5/2/b/bb). Ebenso wenig besteht die Möglichkeit einer Anschluss(nichtigkeits)-beschwerde (SPÜHLER/VOCK, Rechtsmittel in Zivilsachen im Kantons Zürich und im Bund, Zürich 1999, S. 8). Die Möglichkeiten der Prozessbeiständin von R. sind daher beschränkt. Sie könnte im jetzigen Verfahrensstadium, d.h. nach Eingang der Beschwerdeantwort des Beschwerdegegners, allenfalls zur Nichtigkeitsbeschwerde der Beschwerdeführerin im Sinne einer Beschwerdeantwort noch nachträglich Stellung nehmen. Dabei wäre es ihr aber verwehrt, in der Sache neue, weitergehende Anträge zu stellen und/oder die Nichtigkeitsbeschwerde der Beschwerdeführerin zu ergänzen oder zu verbessern. Neue Aspekte rund um das Wohl von R. dürften nicht berücksichtigt werden. Bei dieser Sach- und Rechtslage besteht keine sachliche Notwendigkeit für die Einbeziehung der Prozessbeiständin von R. in das vorliegende Verfahren, weshalb davon abzusehen und der entsprechende, in der Beschwerdeantwort gestellte Antrag des Beschwerdegegners abzuweisen ist.

2. a) Weiter steht der Antrag der Beschwerdeführerin aus, wonach der vorinstanzliche Entscheid aufzuheben und das Verfahren als gegenstandslos geworden erledigt abzuschreiben sei (vgl. KG act. 29 und 30/1-4, vorstehend E. I/2/c, 5. Abschnitt a.E.).

b) Im Verfahren betreffend Abänderung der Eheschutzverfügung vom 15. Juni 2007 wurden die entsprechenden Rekursanträge der Beschwerdeführerin als Begehren um Erlass vorsorglicher Massnahmen im zwischen den Parteien hängigen Ehescheidungsprozess an das Bezirksgericht Zürich (7. Abteilung) überwiesen (vgl. vorstehend E. I/1/b). Dort kam es zwischenzeitlich, d.h. am 5. Oktober 2009, zu einer (vorsorglichen) Neuregelung des Besuchsrechts, worauf die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 6. Oktober 2009 hinwies (vgl. KG act. 34 und 35).

Wie der Beschwerdegegner durch Einreichung einer Kopie der Rekurseingabe der Beschwerdeführerin belegt hat (KG act. 39 und dortiger Eingangsstempel des OG vom 21. Oktober 2009) und seitens der I. Zivilkammer des Obergerichts auf telefonische Anfrage hin bestätigt wurde (vgl. KG act. 43), hat die Beschwerdeführerin gegen den Massnahmeentscheid des Bezirksgerichts Zürich (7. Abteilung) Rekurs eingelegt. Die entsprechende Neuregelung des Besuchsrechts ist folglich noch nicht rechtskräftig und die ursprüngliche Regelung gemäss der Eheschutzverfügung vom 15. Juni 2007 hat nach wie vor Bestand. Das vorliegende Vollstreckungsverfahren ist somit nicht hinfällig oder gegenstandslos geworden. Etwas Gegenteiliges ergibt sich auch nicht aus dem von der Beschwerdeführerin zitierten BGE 86 II 165. Der Umstand allein, dass im Rahmen des Scheidungsverfahrens eine (vorsorgliche) Änderung des Besuchsrechts im Raum steht, führt nicht zur Gegenstandslosigkeit des vorliegenden Verfahrens. Abgesehen davon kann in Anbetracht der durchschnittlichen Dauer der Rekursverfahren und der gegenteiligen Parteistandpunkte nicht mit einer baldigen (rechtskräftigen) Neuregelung des Besuchsrechts gerechnet werden, zumal die Beschwerdeführerin im Rahmen des Rekursverfahrens bereits ein Sistierungsgesuch gestellt hat, nachdem sie ein Ablehnungsbegehren gegen einen Bezirksrichter bei der Verwaltungskommission des Obergerichts anhängig machte (vgl. KG act. 43).

Der noch ausstehende Antrag der Beschwerdeführerin, der vorinstanzliche Entscheid sei aufzuheben und das Verfahren als gegenstandslos geworden erledigt abzuschreiben, ist daher abzuweisen (vgl. KG act. 29 und 30/1-4, vorstehend E. I/2/c).

III.

1. Die Beschwerdeführerin wirft der Vorinstanz vor, wesentliche Verfahrensgrundsätze und klares materielles Recht verletzt sowie willkürliche und aktenwidrige Annahmen getroffen zu haben. Sie beruft sich somit auf die Nichtigkeitsgründe nach § 281 Ziff. 1-3 ZPO (vgl. KG act. 1 S. 2, S. 3ff.).

2. a) Unter Hinweis auf die in § 285 Abs. 1 und 2 ZPO statuierte Subsidiarität der kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde gegenüber den bundesrechtlichen Rechtsmitteln ist voranzuschicken, dass das Bundesgericht praxismässig Eheschutzentscheide als Entscheide über vorsorgliche Massnahme im Sinne von Art. 98 BGG behandelt und folglich nur auf die Verletzung verfassungsmässiger Rechte hin überprüft. Handelt es sich – wie hier - bereits beim zu vollstreckenden Eheschutzentscheid um eine vorsorgliche Massnahme im Sinne von Art. 98 BGG, so kann auch der Entscheid über die Vollstreckung im Verfahren der bundesrechtlichen Beschwerde nur wegen Verletzung verfassungsmässiger Rechte angefochten werden (vgl. BGE 133 III 393, E. 5; BGE 5A_388/2008, Urteil vom 22. August 2008, E. 1; ZR 108 Nr. 35, E. IV/2/a). Somit kann das Bundesgericht bei Vollstreckungsentscheiden über Eheschutzmassnahmen (in Abweichung von Art. 95 lit. a BGG) nicht mit freier Kognition prüfen, ob eine Missachtung "gewöhnlicher", auf Gesetzesstufe stehender bundesrechtlicher Vorschriften vorliegt. Das wiederum hat zur Folge, dass im Rahmen des kassationsgerichtlichen Verfahrens auch die Rüge der Verletzung klaren materiellen Bundesrechts zulässig ist (ZR 108 Nr. 35, E. IV/2/a, m.w.H.).

Dabei ist jedoch zu beachten, dass die Kassationsinstanz bei der Prüfung des Nichtigkeitsgrundes von § 281 Ziff. 3 ZPO nicht darüber zu befinden hat, ob sie den angefochtenen Entscheid für richtig hält. Vielmehr hat sie im Rahmen von § 281 Ziff. 3 ZPO nur zu prüfen, ob *klares* materielles (Bundes-)Recht verletzt wurde, was dann zutrifft, wenn die Rechtsauffassung der Vorinstanz direkt unvertretbar ist. Eine Aufhebung des angefochtenen Entscheids ist mithin nur möglich, wenn über die Bedeutung bzw. den Inhalt der im Streit liegenden Rechtsvorschrift durch Auslegung nach bewährter Lehre und Überlieferung kein begründeter Zwei-

fel bestehen kann bzw. wenn der Sinn der in Frage stehenden Norm klar und einleuchtend ist. Hingegen lässt der Begriff des "klaren Rechts" bzw. das dem Kassationsrichter zur Verfügung stehende Korrektiv der Verletzung (bloss) klaren Rechts die Tätigkeit des Sachrichters im Rahmen des Vertretbaren unberührt. Eine vertretbare Rechtsauffassung fällt also selbst dann nicht unter § 281 Ziff. 3 ZPO, wenn eine andere (gegenteilige) Rechtsanwendung ebenfalls möglich, vertretbar oder sogar sachgerechter erschiene (vgl. dazu ZR 105 Nr. 9; ZR 108 Nr. 35, E. IV/2/a, m.w.H.).

b) Nach § 288 Abs. 1 Ziff. 3 ZPO muss der Nichtigkeitsgrund in der Beschwerdebegründung sodann nachgewiesen werden. Dies bedingt, dass sich der Beschwerdeführer konkret mit dem angefochtenen Entscheid und den darin enthaltenen, den Entscheid tragenden Erwägungen auseinandersetzt und hierbei darlegt, inwiefern diese mit einem Mangel im Sinne von § 281 ZPO behaftet seien. Die blosser Verweisung auf frühere Vorbringen oder deren blosser Wiederholung genügen 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 (s. bereits KG act. 7 S. 3f.; VON RECHENBERG, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. Auflage, Zürich 1986, S. 16; SPÜHLER/VOCK, a.a.O., S. 56f., 72f.; FRANK/STRÄULI/MESSMER, a.a.O., N 4 zu § 288 ZPO).

3.1 a) Die Vorinstanz legte vorab dar, ob bzw. inwiefern der Maxime des Kindeswohls im Vollstreckungsverfahren zum Durchbruch verholfen werden könne. Unter Hinweis auf die bundesgerichtliche Praxis erwog sie, der Vollstreckungsrichter dürfe die Vollstreckung eines rechtskräftig festgelegten Besuchsrechts für kurze Zeit verweigern, wenn das Kindeswohl aufgrund veränderter Verhältnisse ernstlich gefährdet erscheine und ein Abänderungsverfahren hängig sei. Das bedeute jedoch nicht – so die Vorinstanz weiter –, dass die Vollstreckung eines Besuchsrechts während hängigem Abänderungsverfahren stets zu verweigern wäre. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung schaffe lediglich einen Ausweg für Extremfälle. Das Verweigern der Vollstreckung sei angezeigt, wenn das

Kindeswohl selbst in der kurzen Zeitspanne ernstlich gefährdet wäre, in der das rechtskräftig festgelegte Besuchsrecht noch ausgeübt werden könne, bis der Abänderungsrichter vorsorgliche Massnahmen treffe. Zu denken sei etwa an Fälle, in denen Anhaltspunkte für sexuelle Übergriffe bestünden (vgl. KG act. 2 S. 3-4 mit Belegstellen).

b) Die Beschwerdeführerin bringt vor, die Bundesgerichtspraxis gehe dahin, dass es willkürlich sei, ein Besuchsrecht vollstrecken zu wollen, wenn dagegen ein Abänderungsverfahren betreffend Aufhebung oder Sistierung des Besuchsrechts anhängig sei. Die Vorinstanz habe sich willkürlich über diese Praxis hinweggesetzt mit dem Argument, dies gelte bloss für Extremfälle (vgl. KG act. 1 S. 3-4).

c) Davon kann keine Rede sein. Die Vorinstanz hat die einschlägige bundesgerichtliche Rechtsprechung zitiert und diese in zutreffender Weise wiedergegeben. Die Beschwerdeführerin setzt sich mit den Erwägungen der Vorinstanz nicht auseinander und zeigt nicht konkret unter Hinweis auf bundesgerichtliche Entscheidungsgründe auf, dass bzw. inwiefern die Vorinstanz die Bundesgerichtspraxis in unvertretbarer Weise unrichtig wiedergegeben habe. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin ist die Vollstreckung eines Besuchsrechts jedenfalls nicht regelmässig oder automatisch zu verweigern, wenn ein Abänderungsverfahren hängig ist. Die Rüge ist unbegründet, soweit darauf überhaupt eingetreten werden kann.

3.2 a) Die Vorinstanz hat unter Hinweis BGE 5A_388/2008 vom 22. August 2008 erwogen, dass eine Kindsanhörung im Vollstreckungsverfahren zwar nicht gänzlich ausgeschlossen sei, sie könne aber jedenfalls dann unterbleiben, wenn das Alter des Kindes oder andere wichtige Gründe dagegen sprechen würden (vgl. KG act. 2 S. 9). Die Vorinstanz stellte weiter fest, R. sei zwar sechs Jahre alt, aus eigener Wahrnehmung könne er allerdings nur darüber berichten, wie er das Besuchsrecht im Alter von vier bis fünf Jahren erlebt habe. Seit Frühjahr 2008 habe R. keinen Kontakt mehr zu seinem Vater. Er lebe bei seiner Mutter, welche dem Gericht gegenüber ein sehr düsteres Bildes des Vaters gezeichnet habe und sich dem Besuchsrecht widersetze. Bei dieser Ausgangslage bestehe eine weit

grössere Gefahr für Suggestion und Druck als in einem durchschnittlichen famili-enrechtlichen Verfahren. R.'s eigene Wahrnehmungen lägen, gerade beim Zeithorizont eines vorschulpflichtigen Kindes, weit zurück. Er habe seine Wahrnehmungen in einem Alter gemacht, in dem er sich noch kaum eine eigene Meinung über das Besuchsrecht habe bilden können. Auch vom nunmehr sechsjährigen R. könne nicht erwartet werden, dass er seine eigenen Erinnerungen und das Bild des Vaters, das ihm die Mutter vermittele, auseinander halte oder so detailliert über ein Jahr zurückliegende Erlebnisse berichte, dass das Gericht R.'s eigene Wahrnehmungen von jenen seiner Mutter unterscheiden könne. Eine Kindsanhörung böte R. deshalb keine echte Gelegenheit, dem Gericht seine Sicht der Dinge zu schildern. Im Scheidungsverfahren sei die Begutachtung von R. in die Wege geleitet. Das sei bereits eine erhebliche Belastung. Zugleich biete die Begutachtung unter den Umständen des vorliegenden Falles eher Gewähr dafür, dass die Interessen R.'s berücksichtigt würden. Hinzu komme die Dringlichkeit des vorliegenden Verfahrens. Der Beschwerdeführer habe vor über sieben Monaten den Richter ange-rufen, um ein rechtskräftiges begleitetes Besuchsrecht durchzusetzen. Je länger R. keinen Kontakt zu seinem Vater habe, desto schwieriger werde es für ihn, sei-nem Vater ohne Vorurteile zu begegnen. Von einer Anhörung R.'s sei daher ab-zusehen (vgl. KG act. 2 S. 10).

b) Die Beschwerdeführerin wirft der Vorinstanz vor, die Anhörung von R. in unzulässiger Weise verweigert und dabei genau das Gegenteil des von ihr zitierten Bundesgerichtsentscheids entschieden zu haben (vgl. KG act. 1 S. 4, S. 18-23, S. 25).

c) Auch hier ist nicht einzusehen, weshalb die Vorinstanz in unvertretbarer Weise von der Anhörung R.'s abgesehen habe, zumal die Beschwerdeführerin sich nicht argumentativ mit den vorinstanzlichen Entscheidungsgründen auseinander-setzt und keinerlei substantiierte Einwendungen gegen die obergerichtlichen Er-wägungen vorbringt. Statt dessen beschränkt sie sich wiederum darauf, ihre eige-ne Sicht der Dinge darzulegen und sie derjenigen des Vollstreckungsrichters ge-genüberzustellen. Die Rüge ist unbegründet, soweit darauf überhaupt eingetreten werden kann.

3.3 a) Die Vorinstanz setzte sich weiter – teilweise unter Verweis auf die zutreffenden Erwägungen des Einzelrichters – mit den Einwänden der Beschwerdeführerin auseinander und kam zum Ergebnis, dass die Vollstreckung des Besuchsrechts gemäss der Verfügung vom 15. Juni 2007 keine ernstliche Gefährdung des Wohls von R. mit sich bringe. Ein Eingriff des mit der Vollstreckung befassten Gerichts in rechtskräftig geregelte Verhältnisse sei nicht angezeigt (vgl. KG act. 2 S. 9). Die massgeblichen Entscheidungsgründe der Vorinstanz lassen sich wie folgt zusammenfassen:

Die Vorinstanz gewichtete dabei, dass es vorliegend um die Vollstreckung eines durch eine Vertrauensperson der Beschwerdeführerin begleiteten Besuchsrechts gehe. Eine Gefährdung des Kindeswohls durch Straftaten zum Nachteil von R. könne unter diesen Umständen ausgeschlossen werden, weshalb auch Abklärungen von Amtes wegen unterbleiben könnten (vgl. KG act. 2 S. 4f.).

Die behaupteten Demütigungen R.'s bzw. der reale Kern dieser Vorwürfe sei nicht derart gravierend, dass sie einen Eingriff in rechtskräftig geregelt Verhältnisse gebieten würden, zumal sich die Beschwerdeführerin von ihrer eigenen Abneigung gegen den Beschwerdegegner leiten lasse und im Übrigen (auch hier) mit der Begleitung des Besuchsrechts durch eine Vertrauensperson der Beschwerdeführerin ein wirksamer Schutz gegen die behaupteten Demütigungen bestehe (vgl. KG act. 2 S. 5f., S. 8).

Aus der Erledigungsverfügung vom 29. April 2008 sei ersichtlich, dass es der Beschwerdeführerin mit ihrer Klage vom 11. März 2008 im Abänderungsverfahren nur um die Höhe der Kinderunterhaltsbeiträge gegangen sei. Ein Entzug des Besuchsrechts durch den Einzelrichter sei im damaligen Verfahren kein Thema gewesen. Nach der Erledigungsverfügung vom 29. April 2008 könne nichts vorgefallen sein, habe doch der Beschwerdegegner R. seither unbestrittenermassen nicht mehr gesehen. Dass die Beschwerdeführerin heute mit ihrer Wortwahl massive Verfehlungen des Beschwerdegegners und eine entsprechende Traumatisierung R.'s antöne, ohne die Vorbringen zu substantiieren, sei als prozesstaktisches Manöver zurückzuweisen (vgl. KG act. 2 S. 6f.).

Weiter seien die Schreiben und Bestätigungen der Kindergärtnerin (Anita Schwegler) sowie von weiteren Personen aus dem Umfeld R.'s nicht geeignet, um eine ernstliche Gefährdung des Kindeswohls zu belegen, da sie aus dem Zeitraum stammen, in dem R. seinen Vater nicht gesehen habe und es zum Abbruch des Kontakts zwischen R. und dem Beschwerdeführer gekommen sei (vgl. KG act. 2 S. 8).

Schliesslich seien die Verhältnisse während des gemeinsamen Haushaltes im Vollstreckungsverfahren auch mit Blick auf die Maxime des Kindeswohls nicht noch einmal aufzurollen. Es sei Aufgabe des Eheschutzrichters gewesen, zu beurteilen, was mit Blick auf die konkreten Verhältnisse und die Ehegeschichte der Parteien angemessen sei (vgl. KG act. 2 S. 8f.).

b) Die Beschwerdeführerin bezieht sich im Rahmen ihrer Vorbringen durch Nennung der entsprechenden Seitenzahlen zwar immer wieder auf Passagen des angefochtenen Entscheids (vgl. etwa: KG act. 1 S. 3-6, S. 9, S. 13, S. 16, S. 20), sie setzt sich jedoch – von einzelnen Ausnahmen abgesehen (vgl. nachstehende Erwägungen) – weiterhin nicht argumentativ mit den vorinstanzlichen Entscheidungsgründen auseinander. Statt dessen beschränkt sie sich über weite Strecken auf die Darstellung ihrer Sichtweise, rollt dabei hauptsächlich den in den vorinstanzlichen Verfahren vorgebrachten Prozessstoff nochmals auf und stellt ihre Auffassung derjenigen des Sachrichters einfach gegenüber (vgl. bereits KG act. 7 S. 7f.). Dadurch wird nicht nachgewiesen, dass die effektiv angestellten Erwägungen der Vorinstanz an einem Nichtigkeitsgrund leiden.

Das Gleiche gilt, soweit die Beschwerdeführerin die von ihr in den vorinstanzlichen Verfahren eingereichten Schreiben aus dem Umfeld von R. nochmals aufgreift oder zitiert (vgl. etwa: KG act. 1 S. 5-8, S. 9/10, S. 10-11, S. 12, S. 15, S. 16, S. 17, S. 19, S. 25). Namentlich erklärt sie nicht, dass bzw. aus welchen Gründen die Schreiben entgegen der vorinstanzlichen Auffassung (vgl. KG act. 2 S. 5-8) geeignet seien, eine erhebliche Gefährdung des Kindeswohls zu belegen (vgl. bereits KG act. 7 S. 4-7). Soweit sich die Beschwerdeführerin in ihren Vorbringen auf erstmals im Kassationsverfahren eingereichte Unterlagen bezieht, scheidet der Nachweis eines Nichtigkeitsgrundes bereits am Novenverbot (vgl.

vorstehend E. II/1, KG act. 1 S. 13f. i.V.m. KG act. 3/1-2; vgl. bereits KG act. 7 S. 8).

c) Die Vorinstanz erwog unter Hinweis auf OG act. 10/2 S. 2, ein Entzug des Besuchsrechts durch den Einzelrichter im damaligen Abänderungsverfahren sei kein Thema gewesen sei (vgl. KG act. 2 S. 7, vorstehend E. III/3/3/a).

Die Beschwerdeführerin bestreitet diese "vorinstanzliche Behauptung" und behauptet unter Hinweis auf ihre und die von A.S. anlässlich der erstinstanzlichen Verhandlung gemachten Ausführungen ("BG Prot. Seiten 22 und 23"; "BG Prot. Seiten 8 unten und 9 oben") das Gegenteil (vgl. KG act. 1 S. 24).

Der Entzug des Besuchsrechts wurde im damaligen Abänderungsverfahren nicht beantragt, wie aus der von der Vorinstanz zitierten Belegstelle hervorgeht. Dass ein Entzug in jenem Verfahren dennoch zur Diskussion gestanden habe, belegt die Beschwerdeführerin nicht und ergibt sich auch nicht aus den von ihr bezeichneten Stellen des im vorliegenden Verfahren erstellten erstinstanzlichen Protokolls. Die Rüge ist unbegründet.

d) Nach Darstellung der Beschwerdeführerin behauptete die Vorinstanz aktenwidrig, die "Schnellsprech-Übungen" mit R. hätten bloss "einmal" statt gefunden. Auf S. 35 des erstinstanzlichen Protokolls habe der Beschwerdegegner nämlich ausgesagt, er habe eine Woche lang mit ihm geübt. Auch verharmlose die Vorinstanz diese "Demütigungen" des Beschwerdegegners in unzulässiger Weise (vgl. KG act. 1 S. 16/17).

Die Vorinstanz erwog im fraglichen Zusammenhang (KG act. 2 S. 6): "Auch der Vorwurf, der [Beschwerdegegner] demütige R. durch 'Schnellsprech-Übungen' wurde in der persönlichen Befragung stark relativiert: Der [Beschwerdegegner] erklärte dazu, er habe tatsächlich einmal mit R. geübt, seinen Namen und seinen Wohnort so schnell wie möglich aufzusagen. Es sei ihm darum gegangen, dass R. sagen könnte, zu wem er gehöre, wenn er einmal verloren ginge. Auch habe er gewollt, dass sich R. richtig artikulieren könne (Prot. Einzelrichter S. 35). Damit hat der [Beschwerdegegner] R. wohl überfordert. Wie bereits der

Einzelrichter ausgeführt hat, begehen Eltern bei der Kindererziehung immer wieder Fehler, gerade wenn sie eigentlich alles richtig machen wollen [...]. Das rechtfertigt die Verweigerung eines rechtskräftig angeordneten Besuchsrechts nicht. Die [Beschwerdeführerin] lässt sich von ihrer eigenen Abneigung gegen den [Beschwerdegegner] leiten, wenn sie allein daraus ableitet, der [Beschwerdegegner] ziehe einen Lustgewinn daraus, R. zu demütigen. Im Übrigen besteht mit der Begleitung des Besuchsrechts durch eine Vertrauensperson der [Beschwerdeführerin] ein wirksamer Schutz gegen die behaupteten Demütigungen."

Der Beschwerdegegner erklärte an der von der Vorinstanz angegebenen Protokollstelle: "Ich habe etwa eine Woche lang mit ihm geübt. Dann habe ich wieder damit aufgehört." Es ging also um eine, zeitlich klar begrenzte Übungsphase. Wenn die Vorinstanz unter Bezugnahme auf diese Stelle erwog, der Beschwerdegegner habe erklärt, tatsächlich einmal mit R. geübt zu haben, liegt darin keine Aktenwidrigkeit. Soweit die Beschwerdeführerin darüber hinaus der Vorinstanz vorwirft, die (behaupteten) Demütigungen verharmlost zu haben, erschöpfen sich ihre Vorbringen wiederum in einer hier nicht zu hörenden appellatorischen Kritik. Die Rüge ist unbegründet, soweit auf die Beschwerdevorbringen eingetreten werden kann.

e) Die Beschwerdeführerin belegt ferner nicht, dass bzw. wo sie vor Vorinstanz den Antrag auf ein Sachverständigengutachten gestellt habe (vgl. KG act. 1 S. 23). Auf den entsprechenden Beschwerdepunkt ist daher mangels Erfüllung der Begründungsanforderungen nicht einzutreten (vorstehend E. III/2/b; VON RECHENBERG, a.a.O., S. 18).

4. a) Die Beschwerdeführerin beanstandet abschliessend die vorinstanzliche Kosten- und Entschädigungsregelung (vgl. KG act. 1 S. 25-27).

b) Die Vorinstanz erwog zu den Nebenfolgen was folgt (KG act. 2 S. 11): "Gemäss ständiger Rechtsprechung des Obergerichts sind die Kosten des Verfahrens mit Bezug auf Kinderbelange – unabhängig vom Ausgang – den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen und die Prozessentschädigungen wettzuschlagen, wenn die Parteien unter dem Gesichtspunkt des Kindesinteresses gute Gründe

zur Antragstellung hatten (vgl. ZR 84 Nr. 41). Diese Voraussetzung ist nicht erfüllt. Die [Beschwerdeführerin] hat sich von ihrer Abneigung gegen den [Beschwerdegegner] leiten lassen, sie konnte sich nicht in guten Treuen auf den Standpunkt stellen, selbst ein begleitetes Besuchsrecht gefährde das Wohl von R. in gravierender Weise. Die Kosten- und Entschädigungsfolgen sind deshalb dem Ausgang des Verfahrens entsprechend zu regeln [...]."

c) Dagegen bringt die Beschwerdeführerin unter Hinweis auf entsprechende Belegstellen vor, sämtliche mit R. vertrauten Fachleute hätten Alarm geschlagen und schwerwiegende Kindsmisshandlungen bestätigt. Auch gehe aus dem neusten Beschluss der Sozialkommission der Gemeinde Küsnacht vom 22. Juli 2009 hervor, dass der Anwalt des Kindes im Strafverfahren gegen den Beschwerdegegner im Amt bestätigt und diese Massnahme zur Weiterführung nach Zürich übertragen worden sei. Aufgrund dieser Akten sei jede Mutter gehalten, das Kind vor weiteren Übergriffen und ehrenrührigen Angriffen, Diffamierungen und Verunglimpfungen, welche das Selbstwertgefühl des Jungen verletzten und seine schulischen Leistungen erheblich tangierten, zu schützen (vgl. KG act. 2 S. 26).

d) Die Kosten- und Entschädigungsregeln der Zivilprozessordnung (§§ 64ff. ZPO) stellen materielles Recht dar (FRANK/STRÄULI/MESSMER, a.a.O., N 16 zu § 64 und N 47a zu § 281; vgl. schon GULDENER, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivilsachen nach Zürcherischem Recht, Zürich 1942, S. 144). Bei der Beurteilung von Entscheidungen über die Kosten- und Entschädigungsfolgen steht der Kassationsinstanz daher nach § 281 Ziff. 3 ZPO lediglich eine beschränkte Überprüfungsbefugnis zu (VON RECHENBERG, a.a.O., S. 28).

e) Die Beschwerdeführerin mag ihren Prozesstandpunkt wohl mit schriftlichen Bestätigungen von Personen aus dem Umfeld von R. zu untermauern versucht haben. Die Vorinstanz hat sich indessen mit diesen Schreiben auseinandergesetzt und sprach ihnen die Eignung ab, eine ernstliche Gefährdung des Kindeswohls belegen zu können, wobei sie mitunter feststellte, dass der beschwerdeführerische Standpunkt von einer Abneigung gegen den Beschwerdegegner geprägt sei (vgl. KG act. 2 S. 5-8). Für die Vorinstanz war sodann im Rahmen der Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen entscheidendheb-

lich, dass es nicht um die Vollstreckung eines unbegleiteten Besuchsrechts ging, sondern um ein durch eine Vertrauensperson der Beschwerdeführerin begleitetes Besuchsrecht. Vor diesem Hintergrund ist es nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz unter dem Gesichtspunkt des Kindesinteresses höhere Anforderungen an die Gründe zur Antragstellung stellte und diese im vorliegenden Fall aufgrund des beschwerdeführerischen Standpunktes nicht als erfüllt betrachtete. Die Vorinstanz setzte im Rahmen der Kosten- und Entschädigungsregelung keinen Nichtigkeitsgrund. Die Rüge ist unbegründet.

5. Weitere Vorbringen, welche hinreichend konkret die Geltendmachung eines Nichtigkeitsgrundes erkennen lassen, nicht bereits durch das vorstehend Gesagte entkräftet worden sind oder auf welche anderweitig näher eingegangen zu werden bräuchte, können der Eingabe der Beschwerdeführerin vom 26. Juni 2009 (KG act. 1) nicht entnommen werden.

6. Abschliessend bleibt festzuhalten, dass die Beschwerdeführerin keinen Nichtigkeitsgrund nachzuweisen vermochte. Dies führt zur Abweisung der Beschwerde, soweit darauf eingetreten werden kann.

IV.

Die unterliegende Beschwerdeführerin hat ausgangsgemäss die Kosten des vorliegenden Beschwerdeverfahrens zu tragen. Weiter ist sie zur Bezahlung einer Prozessentschädigung an den mit seinen Anträgen obsiegenden Beschwerdegegner zu verpflichten (vgl. §§ 64 Abs. 2 und 68 Abs. 1 ZPO). Die mit ZR 84 Nr. 41 in Verfahren betreffend Kinderbelange eingeleitete Praxis der Kostenteilung und Wettschlagung der Prozessentschädigungen kommt im Verfahren der kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde nicht zur Anwendung (vgl. etwa: Kass.-Nr. 99/412, Beschluss vom 9. Mai 2000, in Sachen R., E. 4/a). In Anlehnung an die obergerichtliche Regelung ist die Gerichtsgebühr auf Fr. 1'000.– (vgl. § 4 Abs. 3 und § 13 Abs. 1 GebVO) und die Prozessentschädigung auf Fr. 1'200.– (vgl. § 3 Abs. 5 und § 12 Abs. 1 AnwGebVO) festzusetzen.

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.–.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden der Beschwerdeführerin auferlegt.
4. Die Beschwerdeführerin wird verpflichtet, dem Beschwerdegegner für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 1'200.– zu entrichten.
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 in Zivilsachen 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 28. Mai 2009 mit Beschwerde in Zivilsachen 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.

6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die II. Zivilkammer des Obergerichtes des Kantons Zürich und den Einzelrichter im summarischen Verfahren (Audienz) des Bezirkes Zürich (EU080770), je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär: