

ZH_KASSATIONSGERICHT AA050091 vom 31. Oktober 2005

Zh Kassationsgericht, 2005-10-31, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_kassationsgericht_AA050091

FR: ZH_KASSATIONSGERICHT AA050091 du 31 octobre 2005

IT: ZH_KASSATIONSGERICHT AA050091 del 31 ottobre 2005

Erwägungen

E. 1

Mit Eingabe vom 12. Juli 2004 liess die Klägerin am Bezirksgericht Uster ein Eheschutzbegehren stellen (BG act. 1). Anlässlich der Hauptverhandlung vom 17. September 2004 einigten sich die Parteien betreffend vorsorgliche Massnahmen (BG act. 33). Nach Einholung eines Amtsberichts von der Jugend- und Familienberatung des Bezirks Uster über die Frage der Obhutszuteilung erklärte die Einzelrichterin im summarischen Verfahren mit Verfügung vom 25. Januar 2005 die Parteien zum Getrenntleben berechtigt, stellte die beiden Kinder A., geboren ... 1998, und B., geboren ... 2000, für die Dauer des Getrenntlebens unter die Obhut der Mutter, gewährte dem Beklagten ein gerichtsübliches Besuchs- und Ferienbesuchsrecht, setzte die Kinder- und Ehegattenunterhaltsbeiträge fest und wies die eheliche Liegenschaft samt Mobiliar und Hausrat der Klägerin zur alleinigen Benützung zu. Ausserdem gewährte sie den Parteien die unentgeltliche Prozessführung und Rechtsvertretung. Die Kosten wurden dem Beklagten auferlegt, jedoch zufolge der ihm gewährten unentgeltlichen Prozessführung einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Ferner wurde der Beklagte verpflichtet, der unentgeltlichen Rechtsvertreterin der Klägerin eine Prozessentschädigung von Fr. 4'842.-- (inkl. MWSt) zu bezahlen (BG act. 41 = OG act. 3).

E. 2

Gegen diese Verfügung liess der Beklagte Rekurs erheben (OG act. 2). In teilweiser Gutheissung des Rekurses sprach das Obergericht, I. Zivilkammer, dem Beklagten ein Ferienbesuchsrecht von 6 Wochen pro Jahr zu und reduzierte die Unterhaltsbeiträge an die Klägerin persönlich. Die Kosten für das erstinstanzliche Verfahren wurden den Parteien je zur Hälfte auferlegt, zufolge der ihnen gewährten unentgeltlichen Prozessführung jedoch einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Prozessentschädigungen wurden (für das erstinstanzliche Verfahren) keine zugesprochen. Im Übrigen wies die I. Zivilkammer den Rekurs ab, bestätigte die angefochtene Verfügung und regelte die Kosten- und Entschädigungsfolgen für das Rekursverfahren (Beschluss vom 25. Mai 2005; OG act. 31 = KG act. 2).

E. 3

Gegen diesen Beschluss richtet sich die vorliegende, fristwährend eingereichte Nichtigkeitsbeschwerde des Beklagten, Rekurrenten und Beschwerdeführers, mit welcher er die folgenden Anträge stellen lässt (KG act. 1 S. 2): "Es sei der Beschluss des Obergerichts des Kantons Zürich vom 25. Mai 2000 insofern, als der Rekurs abgewiesen wurde, aufzuheben und zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurück zuweisen. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdegegnerin und Rekursgegnerin." Ausserdem liess der Beschwerdeführer beantragen, der Beschwerde sei

die aufschiebende Wirkung zu verleihen.

E. 4

Mit Verfügung vom 1. Juli 2005 wurde die Beschwerdeschrift der Vorinstanz zur freigestellten Vernehmlassung, der Klägerin, Rekurs- und Beschwerdegegnerin (im Folgenden: Beschwerdegegnerin) zur Beschwerdeantwort zugestellt. Mit Bezug auf die Obhutszuteilung (einschliesslich Besuchsrecht und Zuteilung der ehelichen Liegenschaft) sowie Unterhaltsregelung wurde der Nichtigkeitsbeschwerde entgegen dem Antrag des Beschwerdeführers die aufschiebende Wirkung nicht verliehen, da dies dazu geführt hätte, dass zwischen den Parteien während der Dauer des Beschwerdeverfahrens keine verbindliche Regelung betreffend Obhut über die Kinder und die damit zusammenhängenden Punkte bestanden hätte. Hingegen wurde der Beschwerde hinsichtlich der Kosten- und Entschädigungsfolgen des angefochtenen Entscheides die aufschiebende Wirkung verliehen (KG act. 7).

E. 4.1

a) Mit diesem Vorbringen vermag der Beschwerdeführer den Anforderungen an die Begründung der Beschwerde nicht zu genügen. Aus seinen Ausführungen ergibt sich nicht, welche Aussagen welcher Personen inwiefern zu seinem Nachteil verdreht worden sein sollen und woraus hervorgeht, dass den Aussagen der Beschwerdegegnerin im eingeholten Amtsbericht mehr Gewicht als seinen eigenen eingeräumt worden sei. Daran ändert auch der Verweis auf eine Stellungnahme zum Amtsbericht nichts, da der behauptete Nichtigkeitsgrund - wie bereits erwähnt - in der Beschwerdeschrift selbst nachgewiesen werden muss. b) Der Beschwerdeführer weist sodann auch nicht anhand der Akten nach, dass die Verfasser des Amtsberichts von der Beschwerdegegnerin noch vor dem Eheschutzverfahren beauftragt worden seien, ihr in den Auseinandersetzungen mit ihm als "Mediatoren" zu helfen. Es kann daher offen bleiben, ob der geltend gemachte Sachverhalt relevante Zweifel an der Unabhängigkeit der Auskunftspersonen aufkommen lassen könnte und welche Anforderungen im Einzelnen an die Unbefangenheit der Verfasser von schriftlichen Auskünften zu stellen sind.

E. 4.2

a) Der Beschwerdeführer führt weiter aus, auch einem beigezogenen Fachpsychologen, Prof. R., sei aufgefallen, dass der Bericht einseitig und unausgewogen sei. Dieser bemängelt in seiner (als Beilage zur Nichtigkeitsbeschwerde eingereichten) Stellungnahme zu Recht, dass im Bericht der Kritik der Beschwerdegegnerin an den erzieherischen Fähigkeiten des Vaters mehr Raum gegeben werde als umgekehrt (KG act. 1 S. 4). b) Im Nichtigkeitsbeschwerdeverfahren ist nur zu prüfen, ob der angefochtene Entscheid nach der bei der Vorinstanz gegebenen Aktenlage an einem

- 7 - Nichtigkeitsgrund leidet. Neue Behauptungen oder Beweismittel, welche eine Vervollständigung des vor der Vorinstanz vorzubringenden Prozessstoffes bezwecken, sind deshalb nicht zulässig. Es gibt kein Novenrecht, auch nicht im Sinne von §§ 115 und 138 ZPO (Frank/Sträuli/Messer, a.a.O., N 4a zu § 288; von Rechenberg, a.a.O., S. 17 f.). Neue Vorbringen tatsächlicher Natur können nur - aber immerhin - zum Nachweis des behaupteten Nichtigkeitsgrunds und einzig aufgrund der bisherigen Akten aufgestellt werden (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., mit Hinweisen). Mit der erstmals im Kassationsverfahren eingereichten und auf Ersuchen des Beschwerdeführers verfassten Stellungnahme von Prof. R. zum Amtsbericht der Jugend- und Familienberatung Uster

vom 24. Juni 2005 versucht der Beschwerdeführer die Mangelhaftigkeit des Amtsberichts und damit den behaupteten Nichtigkeitsgrund nachzuweisen. Die in dieser Stellungnahme enthaltenen Äusserungen sind somit als neue Behauptungen (nicht aber als neue Beweismittel) zu berücksichtigen. c) In der betreffenden – sehr knapp gehaltenen – Stellungnahme (KG act. 3) wird in diesem Zusammenhang vorgebracht, das Gutachten (recte: der Amtsbericht) sei insofern unausgewogen, als der Kritik der Mutter an den erzieherischen Fähigkeiten des Vaters mehr Raum gegeben werde als umgekehrt (Beispiel Badezeug unter Punkt 2). Auch dieses Vorbringen vermag den Anforderungen an die Begründung der Beschwerde jedoch nicht zu genügen, weshalb darauf nicht einzutreten ist.

E. 4.3

Wenn der Beschwerdeführer aus Ziffer 5 des Amtsberichts zitiert („Frau X.-Y. gibt an, dass sich Herr X. seit dem Gerichtsentscheid vom 17.9.04 bei ihren Arbeitseinsätzen jeweils nicht vollumfänglich für die benötigte Betreuungszeit zur Verfügung stellte. Deshalb musste sie jeweils am Anfang oder Schluss eines Einsatzes zusätzliche Betreuungspersonen organisieren. Ein gerichtlich verfügtes Betreuungsrecht für Herrn X. während Frau X.-Y.s Arbeitseinsätzen empfehlen wir daher nicht.“) und daraus ableitet, dass die „Sachverständigen“ einseitig auf die Angaben der Beschwerdegegnerin abgestellt und ihre Empfehlung an das Gericht ohne Einholung einer Stellungnahme des Beschwerdeführers abgegeben hätten, ist ihm entgegenzuhalten, dass er nicht behauptet,

- 8 - dass der von der Beschwerdegegnerin geschilderte Sachverhalt falsch wäre. Sein Vorbringen ist deshalb nicht geeignet, die angebliche fehlende Unabhängigkeit der Verfasser des Amtsberichts zu belegen.

E. 4.4

Die in Rz. 12 der Beschwerde enthaltenen Ausführungen schliesslich sind lediglich appellatorischer Natur und nicht geeignet, einen Nichtigkeitsgrund nachzuweisen; darauf ist nicht weiter einzugehen. 5. Der Beschwerdeführer erachtet den Amtsbericht auch deshalb als mangelhaft, weil kein Einbezug der betroffenen Kinder erfolgt sei (KG act. 1 S. 4 f.). Wesentlicher Bestandteil jedes Gutachtens, so der Beschwerdeführer, sei neben der Aktenanalyse und der Untersuchung mit den Elternteilen die Untersuchung mit dem Kind und die Untersuchung der Kinder zusammen mit den beiden Eltern (mit Verweis auf Hemminger/Beck, in: Kinder- und Jugendpsychiatrie, Bern 1997, S. 46 ff.). Bei der Sorge- und Besuchsrechtsregelung müsse das Wohl des Kindes im Vordergrund stehen, weshalb die Überprüfung der Bindungsqualität des Kindes zu den einzelnen Elternteilen sowie die Überprüfung der Beziehungsqualität einen besonderen Schwerpunkt der Begutachtung darstelle. Da eine solche Untersuchung vorliegend überhaupt nicht vorgenommen worden sei, leide das Gutachten an einem fundamentalen inhaltlichen Mangel. Zur gleichen Auffassung sei übrigens auch der bereits erwähnte Fachpsychologe, Prof. R., in seiner Stellungnahme gelangt. Bereits in den beiden vorinstanzlichen Verfahren sei gerügt worden, dass es die Gutachter unterlassen hätten, die Kinder persönlich zu sehen. Dies wäre aber seines Erachtens für ein nach den Regeln der Kunst verfasstes Gutachten unumgänglich gewesen, zumal die wenigen Abklärungen der Jugend- und Familienberatung ergeben hätten, dass beide Parteien die Voraussetzungen zur alleinigen Ausübung der elterlichen Obhut in etwa gleichem Umfang erfüllten (KG act. 1 S. 5).

E. 5

Die Vorinstanz hat auf Vernehmlassung verzichtet (KG act. 9). Die Beschwerdeführerin hat in ihrer fristgemäss eingereichten Beschwerdeantwort die Abweisung der Beschwerde, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Beschwerdeführers beantragen lassen (KG act. 10).

E. 5.1

Wie bereits erwähnt, stellt der Amtsbericht der Jugend- und Familienberatung Dübendorf kein Gutachten, sondern eine schriftliche Auskunft im Sinne von § 168 ZPO dar. Er erfasst die Wahrnehmungen eines Dritten (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 1 zu § 168) und vermittelt dem Gericht einen Einblick in die häusliche Situation, den es selbst nur durch taktloses Eindringen in

- 9 - die Privatsphäre der Familie zu gewinnen vermöchte (Vetterli, in: Schwenzer [Hrsg.], FamKomm Scheidung, Bern 2005, N 12 zu Vorbem. zu Art. 175-179). Aus dieser Funktion ergibt sich, dass der Einbezug der Kinder bei einem Amtsbericht zwar möglich, jedoch nicht zwingend geboten ist. Die mit der schriftlichen Auskunft beauftragten Personen können einen Einblick in die häusliche Situation gewinnen und zuhänden des Gerichts festhalten, ohne eine Untersuchung mit den Kindern durchzuführen. Dies übersieht auch der vom Beschwerdeführer beigezogene Prof. R., der in seiner kurzen Stellungnahme den Amtsbericht mehrfach als Gutachten und dessen Verfasser als Gutachter bezeichnet.

E. 5.2

Dass die beiden heute 7- und 5-jährigen Kinder von der Eheschutzrichterin hätten angehört werden müssen, wird in der Beschwerdeschrift und auch in der gleichzeitig eingereichten Stellungnahme von Prof. R. nicht geltend gemacht. Eine entsprechende Rüge erhebt der Beschwerdeführer erstmals in seiner Eingabe vom 9. September 2005 (vgl. KG act. 11 S. 2). In diesem Zeitpunkt war die Beschwerdefrist jedoch bereits seit mehr als 2 Monaten abgelaufen, weshalb auf diese Rüge nicht einzutreten ist.

E. 6

Beim Entscheid betreffend die Obhutszuteilung über die beiden Kinder Vincent und Ian setzte sich das Obergericht auch eingehend mit den gegen die Erziehungsfähigkeit und das Betreuungskonzept der Beschwerdegegnerin gerichteten Einwänden des Beschwerdeführers auseinander. In Übereinstimmung mit der Einschätzung der Jugend- und Familienberatung bestand für die Vorinstanz jedoch kein Anlass, an der Erziehungsfähigkeit der Beschwerdegegnerin zu zweifeln. Ebenso wenig erblickte sie in der Teilzeittätigkeit der Beschwerdegegnerin einen Hinderungsgrund für die Zuteilung der Obhut (KG act. 2 S. 7 ff., insb. S. 11).

E. 6.1

Der Beschwerdeführer bringt vor, die Beschwerdegegnerin sei aufgrund ihrer im Amtsbericht selber eingestandenen geringen Belastbarkeit nicht in der Lage, die Kinder optimal zu betreuen, würden doch die Kinder nicht selten ohne ersichtlichen oder nachvollziehbaren Grund „zusammengefahren“, so dass sie weinen oder gar in die Hose machen würden. Ausserdem habe sich gerade seit der Trennungsphase gezeigt, dass die Beschwerdegegnerin die Kinder in-

- 10 - strumentalisiere (was in der Beschwerdeschrift näher ausgeführt wird). Sodann habe die Beschwerdegegnerin ihre Vorstellungen über die Zeit nach der Trennung, die im Amtsbericht als von grossem Vorteil erachtet werde, nach wie vor nicht einmal ansatzweise

umgesetzt. Sie wersetze sich nach wie vor einem Verkauf der ehelichen Liegenschaft, und die Wohnung, die sie im Haus ihrer Freundin und potentiellen Tagesmutter angeblich in Aussicht gehabt habe, sei immer noch nicht frei. Das Konzept der Beschwerdegegnerin gehe aber nur auf, wenn sie die Wohnung im Hause H. erhalte. Dazu komme, dass während den arbeitsbedingten Abwesenheiten neben Frau H. auf unzählige andere Betreuungspersonen gegriffen werden müsste, so dass die Kinder nur noch von einem Ort zum anderen hin- und hergeschoben würden. Demgegenüber habe er – der Beschwerdeführer – ein klares Konzept, wie er die Kinder selbst bei einer 50%-igen Erwerbstätigkeit mit der Unterstützung seiner Eltern betreuen könnte (KG act. 1 S. 5 f.).

E. 6.2

Mit diesen Ausführungen wiederholt der Beschwerdeführer im Wesentlichen seine bereits im Rekursverfahren vorgetragene Argumente (vgl. KG act. 1 S. 5 f.). Damit stellt er jedoch der vorinstanzlichen Ansicht lediglich seine eigene gegenüber, ohne sich mit der vorinstanzlichen Begründung im Einzelnen auseinander zu setzen. Auf seine appellatorische Kritik ist daher nicht näher einzugehen.

E. 7

Weitere - konkrete - Rügen werden in der Beschwerdeschrift keine erhoben. Abschliessend ist festzuhalten, dass der Beschwerdeführer keinen Nichtigkeitsgrund nachzuweisen vermochte. Die Beschwerde ist demzufolge abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Damit entfällt die ihr teilweise verliehene aufschiebende Wirkung.

- 11 - III. 1. Sowohl dem Beschwerdeführer als auch der Beschwerdegegnerin wurde mit Verfügung der Eheschutzrichterin des Bezirks Uster vom 25. Januar 2005 die unentgeltliche Prozessführung und Rechtsvertretung bewilligt (BG act. 41 S.19 ff.). Die von einer unteren Instanz gewährte unentgeltliche Prozessführung gilt auch für das kantonale Rechtsmittelverfahren, sofern die Rechtsmittelinstanzen keinen selbständigen Entscheid treffen (§ 90 Abs. 2 ZPO). Eines speziellen Entscheides bedarf es dazu nicht (statt vieler Kass.-Nr. 2001/010 Z, Entscheid vom 29. April 2001 i.S. S., Erw. III./1). 2.

Ausgangsgemäss sind dem Beschwerdeführer die Kosten des Kassationsverfahrens aufzuerlegen, infolge der ihm gewährten unentgeltlichen Prozessführung jedoch einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen. Ferner ist er zu verpflichten, der unentgeltlichen Rechtsvertreterin der Beschwerdegegnerin, Rechtsanwältin lic.iur., eine angemessene Prozessentschädigung zu bezahlen (§ 89 Abs. 1 ZPO; § 15 Abs. 1 AnwGebV in Verbindung mit §§ 3, 5 und 7 AnwGebV). Das Gericht beschliesst:

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.