

ZH_KASSATIONSGERICHT AA080103 vom 23. Dezember 2008

Zh Kassationsgericht, 2008-12-23, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_kassationsgericht_AA080103

FR: ZH_KASSATIONSGERICHT AA080103 du 23 décembre 2008

IT: ZH_KASSATIONSGERICHT AA080103 del 23 dicembre 2008

Erwägungen

E. 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 Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen (KG act. 1).

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

E. 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 Ent- scheidungen, die dem Weiterzug ans Bundesgericht unterliegen, grundsätzlich unzu- lässig, 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 vermögensrechtli- chen 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 alleini- ge elterliche Sorge der Beschwerdeführerin über den gemeinsamen Sohn Z. gel- ten soll. Die Beschwerdeführerin macht die Verletzung von Art. 145 ZGB aus- drücklich 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

- 4 - seine Verletzung kann gestützt auf Art. 95 lit. a BGG mit der Beschwerde in Zivil- sachen ans Bundesgericht, welches diesbezüglich freie Kognition hat, gerügt werden. Damit ist auf die Beschwerde insoweit nicht einzutreten.

E. 3

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

E. 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 abge- urteilte 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 Be- rufungsinanz geltend gemacht, die Beschwerdeführerin habe im Januar 2005 ein Verfahren auf Übertragung der elterlichen Sorge an sie in Amsterdam einge- leitet. 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 fallen- gelassen, 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 ver- wiesen und sodann ausgeführt, dass dem Entscheid des erstinstanzlichen Rich- ters in Amsterdam zu entnehmen sei, dass das Gesuch der Beschwerdeführerin um Zuteilung des alleinigen Sorgerechtes abgewiesen worden sei, weil das Ge- richt die Situation für das Kind in der Schweiz sinngemäss als zu wenig gesichert erachtet habe. Im Berufungsverfahren habe die Beschwerdeführerin deshalb of- fenbar nur noch die Erlaubnis verlangt, mit dem Sohn in die Schweiz umziehen zu dürfen.

Diesem Gesuch sei vom Obergericht Amsterdam am 6. April 2006 ent- sprochen worden, indem das Gericht den Umzug in die Schweiz nicht als im

- 5 - 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 Be- rechtigung der Beschwerdeführerin zum Umzug in die Schweiz. In diesem Sinne könne, so die Vorinstanz, in Bezug auf das erstinstanzliche Urteil von einer abge- urteilten Sache gesprochen werden, wobei festzuhalten bleibe, dass das Oberge- richt die tatsächlichen Verhältnisse bezüglich der Erlaubnis der Wohnsitzverle- gung anders beurteilt habe. Sodann führt die Vorinstanz aus, dass bei geänderten Verhältnissen heute ohnehin erneut über diesen Antrag entschieden werden kön- ne. 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 be- stimmten 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 wer- den, 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 aus- ging. Auf die Rüge ist daher nicht einzutreten, wobei der Beschwerdeführerin nicht schadet, dass es bei ihrer Rüge offenkundig nicht um eine Frage der Be- weiswürdigung, bzw. der Feststellung des Sachverhaltes, sondern um eine Frage des Prozessrechtes geht.

E. 3.2

Die Beschwerdeführerin rügt sodann auch die Annahme der Vorin- stanz, 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-

- 6 - 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 tatsächli- cher Annahme davon aus, dass diese Voraussetzung einer "unveränderten Situa- tion" 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 gera- de 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 hinsicht- lich der Frage nach dem alleinigen Sorgerecht für die Beschwerdeführerin als ei- ner abgeurteilten Sache keine Rede sein. Erneut ist darauf hinzuweisen, dass die Vorinstanz in diesem Teil ihres Ent- scheidendes (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

- 7 - 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.

E. 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 Substantiierung nicht eingetreten werden.

E. 4

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

- 8 -

E. 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).

E. 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-

- 9 - 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 Rechtsbeiständung 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:

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