



Kass.-Nr. AA060021/U/cap

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Hans Michael Riemer, Dieter Zobl, Karl Spühler und Reinhard Oertli sowie der Sekretär Lukas Künzli

Zirkulationsbeschluss vom 28. April 2006

in Sachen

A.,

Rekurrent und Beschwerdeführer

gegen

B.,

Rekursgegnerin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Z.

betreffend **Elterliche Sorge**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der II. Zivilkammer des
Obergerichts des Kantons Zürich vom 15. Dezember 2005 (NX050049/U)**

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

1. Die Vormundschaftsbehörde der Stadt Zürich übertrug mit Beschluss vom 15. Februar 2001 gestützt auf Art. 298a Abs. 1 ZGB den unverheirateten Eltern A. und B. die gemeinsame elterliche Sorge über ihr Kind N. und genehmigte ihre Vereinbarung "über die Anteile an der Betreuung des Kindes und die Verteilung der Unterhaltskosten" (OG act. 11/8).

2. Mit Beschluss vom 25. August 2005 hob der Bezirksrat Zürich die gemeinsame elterliche Sorge auf Antrag von B. (Gesuchstellerin) auf und übertrug ihr die alleinige elterliche Sorge. Weiter wurden die Parteien eingeladen, binnen 30 Tagen eine Vereinbarung "über den Unterhalt des Kindes und das Besuchsrecht für den die elterliche Sorge nicht innehabenden Elternteil einzureichen" (OG act. 9).

3. Den dagegen von A. erhobenen Rekurs wies die II. Zivilkammer des Obergerichts mit Beschluss vom 15. Dezember 2005 ab und bestätigte den Entscheid des Bezirsrates Zürich unter Neuansetzung der Frist zur Einreichung der besagten Vereinbarung (vgl. OG act. 23 = KG act. 2).

4. A. (Beschwerdeführer) legte gegen den Rekursentscheid innert der 30-tägigen Frist mit der gleichen Eingabe vom 4. Februar 2006 sowohl kantonale Nichtigkeitsbeschwerde wie auch eidgenössische Berufung beim Bundesgericht ein (vgl. KG act. 1).

5. Mit Verfügung vom 7. Februar 2006 teilte der Präsident der II. Zivilabteilung des Bundesgerichts dem Kassationsgericht mit, dass das eidgenössische Berufungsverfahren bis zum Entscheid des Kassationsgerichts über die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde sistiert werde (vgl. KG act. 7).

6. Der zuständige juristische Sekretär am Kassationsgericht orientierte die Parteien mit Eingangsanzeige vom 9. Februar 2006 (KG act. 6) über das anhängig gemachte Beschwerdeverfahren, und erklärte, dass weitere prozessuale Anordnungen gegebenenfalls mit separater Post mitgeteilt würden. Die beigezoge-

nen vorinstanzlichen Akten gingen hierorts am 13. Februar 2006 ein (vgl. KG act. 9).

7. Das Kassationsgericht hat in der Folge in Anwendung von § 289 ZPO auf die Anhörung von B. (Beschwerdegegnerin) und die Einholung einer Vernehmlassung bei der Vorinstanz verzichtet, weil sich die Beschwerde - wie sich aus den nachfolgenden Erwägungen ergibt - sogleich als unzulässig erweist. Ferner sah das Kassationsgericht aufgrund dieser Umstände von der Auferlegung einer Kaution ab.

8. a) Wie bereits die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid im Hinblick auf die im Dispositiv zu erteilende Rechtsmittelbelehrung anzweifelte, stellt sich aus bundesrechtlichen Gründen die Frage nach der Zulässigkeit der kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde gegen Rekursentscheide der vorliegenden Art.

b) Die Vorinstanz gab zu Recht zu bedenken, dass eine Weiterzugsmöglichkeit an das Kassationsgericht kaum in Einklang mit Art. 361 ZGB stünde, weil im Ergebnis eine bundesrechtlich nicht erlaubte dritte kantonale Aufsichtsbehörde eingeführt würde (vgl. KG act. 2 S. 19f.). Dies aus folgenden Überlegungen:

Nach § 284 Ziff. 5 ZPO ist die Nichtigkeitsbeschwerde nicht zulässig, wenn der Bezirksrat als Beschwerdeinstanz entschieden hat. Daraus kann an sich gefolgert werden, dass der obergerichtliche Entscheid immer dann mit der Nichtigkeitsbeschwerde an das Kassationsgericht weitergezogen werden könnte, wenn der Bezirksrat zuvor als erste Instanz entschieden hat. Eine solche Betrachtungsweise ist in denjenigen Fällen, in welchen der Bezirksrat gestützt auf kantonales Recht als sachlich zuständige erste Instanz tätig geworden ist, unproblematisch (vgl. z.B. Art. 373 Abs. 1 ZGB in Verbindung mit § 83 EG/ZGB). Indessen stellt sich mit Blick auf Art. 361 ZGB die Frage, ob eine solche Auslegung von § 284 Ziff. 5 ZPO in jenen Fällen bundesrechtskonform ist, in welchen der Bezirksrat wohl erstinstanzlich entschieden, dies aber aufgrund einer bundesrechtlichen Bestimmung in seiner Eigenschaft als (untere) vormundschaftliche Aufsichtsbehörde getan hat.

Die Kantone haben nach Art. 361 Abs. 2 ZGB eine oder (höchstens) zwei vormundschaftliche Aufsichtsbehörden einzurichten. Der Kanton Zürich hat zwei solche Aufsichtsbehörden vorgesehen. Nach § 75 EG/ZGB gilt der Bezirksrat als untere Aufsichtsbehörde bzw. als solche erster Instanz und die zuständige regierungsrätliche Direktion als obere Aufsichtsbehörde bzw. als solche zweiter Instanz, letzteres allerdings nur, soweit nicht der Rekurs an das Obergericht gegeben ist. Um den Anforderungen von Art. 6 Ziff. 1 EMRK zu genügen (eine zivilrechtliche Streitigkeit muss mindestens durch ein Gericht mit umfassender Kognition in Rechts- und Tatfragen überprüft werden können), wurden nämlich entsprechende Fälle - wozu auch der vorliegende gehört - dem Obergericht zugewiesen (vgl. § 56 EG/ZGB, § 44a Ziff. 1 GVG, § 280a-j ZPO). Bundesrechtlich betrachtet handelt es sich aber beim Obergericht in solchen Fällen dennoch um eine (obere) vormundschaftliche Aufsichtsbehörde im Sinne von Art. 361 Abs. 2 ZGB.

Der Bezirksrat Zürich hat vorliegend über die Frage der Zuteilung der elterlichen Sorge wohl erstinstanzlich entschieden. Er tat dies aber in seiner Eigenschaft als (untere) vormundschaftliche Aufsichtsbehörde im Sinne von Art. 361 Abs. 2 ZGB. Das ergibt sich aus einer besonderen Kompetenzzuweisung des Bundesrechts. So bestimmt Art. 298a Abs. 2 ZGB, dass auf ein Begehren der vorliegenden Art hin die Zuteilung der elterlichen Sorge *durch die vormundschaftliche Aufsichtsbehörde* neu geregelt wird. Das Obergericht entschied sodann auf Rekurs hin als obere vormundschaftliche Aufsichtsbehörde. Liesse man nun die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde gegen solche Rekursentscheide zu, würde mit dem Kassationsgericht auf Kantonebene eine dritte vormundschaftliche Aufsichtsbehörde eingeführt. Dies lässt sich aber mit der abschliessenden Regelung nach Art. 361 Abs. 2 ZGB nicht vereinbaren, wonach höchstens zwei kantonale Aufsichtsbehörden zulässig sind (vgl. zum Ganzen: MÜLLER, Aufsichtsrechtliche Zuständigkeiten und Rechtsmittel im vormundschaftlichen Verfahren, in: Anpassung des Zürcher Prozessrechts im Personen- und Familienrecht, Zürich 2001, S. 117ff., insbesondere S. 128f. m.w.H.; a.M. FRANK, Ergänzungsband zum Kommentar Frank/Sträuli/Messmer, Zürich 2000, N 3 zu § 284, welcher allerdings die Fälle, in denen der Bezirksrat gestützt auf Bundesrecht als [untere] vormundschaftliche Aufsichtsbehörde entschieden hat, nicht unterscheidet; a.M. BIRCHLER, Das revidierte EG/ZGB, Abgrenzung Zuständigkeit Gericht/Vormund-

schaftsbehörde, in: Anpassung des Zürcher Prozessrechts im Personen- und Familienrecht, Zürich 2001, S. 110 und dortige Anmerkung 13, wo jene Fälle, in welchen der Bezirksrat gestützt auf Bundesrecht als [untere] vormundschaftliche Aufsichtsbehörde tätig wurde, ebenfalls nicht unterschieden werden).

c) Die Zulässigkeit der kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde gegen Rekursentscheide der vorliegenden Art muss daher aus den genannten Gründen verneint werden. Dies führt zu einem Nichteintretensentscheid.

9. Lediglich ergänzungshalber sei angefügt, dass der Beschwerdeführer zur Hauptsache die Verletzung von Bundesrecht geltend macht, indem er etwa die Auslegung und Anwendung von Art. 298a Abs. 2 ZGB und der einschlägigen Rechtsprechung des Bundesgerichts kritisiert. Nach § 285 Abs. 1 und 2 ZPO wäre die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde aber sowieso nicht zulässig, soweit der angefochtene Entscheid - wie hier - dem Weiterzug an das Bundesgericht unterliegt und dabei der geltend gemachte Mangel mit freier Kognition überprüft werden kann. Das Bundesgericht überprüft auf eidgenössische Berufung (Art. 43ff. OG) hin insbesondere eine behauptete Verletzung des Bundesrechts mit freier Kognition. Auf die Beschwerde könnte somit - jedenfalls über weite Strecken - auch aus diesen Gründen nicht eingetreten werden.

10. Bei diesem Ausgang (Nichteintreten) wären die Kosten des vorliegenden Beschwerdeverfahrens nach der allgemeinen Regel (§ 64 Abs. 2 ZPO) an sich dem unterliegenden Beschwerdeführer aufzuerlegen. Die Vorinstanz hat indessen im Dispositiv des angefochtenen Entscheids in der Rechtsmittelbelehrung die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde als Weiterzugsmöglichkeit angegeben. Der Beschwerdeführer hat offensichtlich gestützt auf diese - wie sich nunmehr nach eingehender Prüfung ergeben hat - unzutreffende Rechtsmittelbelehrung die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde eingelegt. Es erscheint daher als angezeigt, die Kosten des Kassationsverfahrens in Anwendung von § 64 Abs. 3 ZPO und in Analogie zu § 66 Abs. 2 ZPO auf die Gerichtskasse zu nehmen (RB 1980 Nr. 14; FRANK/STRÄULI/MESSMER, Kommentar ZPO ZH, Zürich 1997, 3. Auflage, N 5 zu § 66 ZPO m.H. auf die Praxis; HAUSER/SCHWERI, Kommentar GVG ZH, Zürich 2002, N 18 zu § 188 GVG). Daran ändert nichts, dass die Vorinstanz die Weiter-

zugsmöglichkeit an das Kassationsgericht im angefochtenen Entscheid diskutiert bzw. angezweifelt hat. Der Beschwerdeführer war zum einen als juristischer Laie nicht in der Lage, die entsprechenden Überlegungen zu verifizieren, und zum anderen kann aufgrund des Streitgegenstandes nachvollzogen werden, dass er die Anrufung des Kassationsgerichts mit der kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde nicht unversucht lassen wollte. Die Zusprechung einer Prozessentschädigung an die Beschwerdegegnerin fällt allein schon deshalb ausser Betracht, weil dieser im Kassationsverfahren keine entschädigungspflichtigen Kosten und Umtriebe im Sinne von § 68 Abs. 1 ZPO entstanden sind.

Das Gericht beschliesst:

1. Auf die Nichtigkeitsbeschwerde wird nicht eingetreten.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren fällt ausser Ansatz; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 150.-- Schreibgebühren,
Fr. 133.-- Zustellgebühren und Porti.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden auf die Gerichtskasse genommen.
4. Für das Kassationsverfahren werden keine Prozessentschädigungen zugesprochen.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich, die Vormundschaftsbehörde der Stadt Zürich, die Direktion der Justiz und des Innern (Gemeindeamt des Kantons Zürich), den Bezirksrat Zürich (ad VO.2004.1032) und das Schweizerische Bundesgericht, je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär: