

ZPO 284 Ziff. 5 ZPO Nichtigkeitsbeschwerde in Vormundschaftssachen. Wenn der Bezirksrat zwar als erste Instanz, aber als vormundschaftliche Aufsichtsbehörde entschieden hat, ist der Weiterzug vom Ober- an das Kassationsgericht ausgeschlossen.

(der Bezirksrat hatte im Sinne von Art. 298a Abs. 2 ZGB über die Änderung einer gemeinsamen elterlichen Sorge entschieden. Den Rekursentscheid des Obergerichtes ficht die unterliegende Partei mit Nichtigkeitsbeschwerde beim Kassationsgericht an)

aus den Erwägungen des Kassationsgerichtes:

"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. 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 als erste Instanz entschieden hat. Eine solche Betrachtungsweise ist in denjenigen Fällen, in welchen der Bezirksrat gestützt auf kantonales Recht als sachlich zuständige 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 Kantonsebene eine dritte vormundschaftliche Aufsichtsbehörde eingeführt. Das 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. 117 ff., insbesondere S. 128 f. 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/Vormundschaftsbehörde, 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. Das führt zu einem Nichteintretensentscheid."

Kassationsgericht
Beschluss vom 28. April 2006
AA060021