



Kass.-Nr. AA070159/U/la

Mitwirkende: die Kassationsrichter Herbert Heeb, Vizepräsident, Andreas Donatsch, Paul Baumgartner, die Kassationsrichterin Yvona Griesser und der Kassationsrichter Matthias Brunner sowie der juristische Sekretär Christof Tschurr

Zirkulationsbeschluss vom 3. Dezember 2007

in Sachen

X.

Rekurrentin 1 und Beschwerdeführerin
vertreten durch Rechtsanwältin

sowie

Y.

vertreten durch Rechtsanwalt

gegen

Z.

Rekursgegner und Beschwerdegegner
vertreten durch Rechtsanwalt

betreffend

Anordnung vormundschaftlicher Massnahmen für

Z.

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der II. Zivilkammer des
Obergerichts des Kantons Zürich vom 13. September 2007 (NX070024/Z03)**

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Mit Beschluss vom 19. April 2007 wies der Bezirksrat Zürich Beschwerden von Y. und der Beschwerdeführerin gegen einen Beschluss der Vormundschaftsbehörde der Stadt Zürich vom 9. Oktober 2006 betreffend Abweisung des Antrages auf Anordnung vormundschaftlicher Massnahmen für den Beschwerdegegner ab (OG act. 3 S. 9). Gegen diesen Beschluss reichten Y. (OG act. 2) und die Beschwerdeführerin (OG act. 4) einen Rekurs an das Obergericht des Kantons Zürich ein. Dieses legte unter der Geschäfts-Nummer NX070024 ein Verfahren an betreffend Anordnung vormundschaftlicher Massnahmen für den Beschwerdegegner, Rekurse gegen einen Beschluss des Bezirksrates Zürich vom 19. April 2007 (OG act. 1 = Protokoll).

2. Innerhalb dieses zur Zeit der Einreichung der Nichtigkeitsbeschwerde noch pendenten vorinstanzlichen Rekursverfahrens beschloss die Vorinstanz am 13. September 2007, dem Beschwerdegegner das persönliche Erscheinen zu einer Verhandlung vom 18. September 2007 zu erlassen, nahm den Parteien die Vorladung zu dieser Verhandlung ab (KG act. 2 S. 9 Dispositiv Ziff. 1), beschloss, dass die Anhörung des Beschwerdegegners an dessen Wohnort (als solcher im Rubrum angeführt: Hotel _____) stattfinde, delegierte die Durchführung dieser Anhörung an die Referentin (KG act. 2 S. 9 Dispositiv Ziff. 2) und beschloss, dass das Rekursverfahren im Anschluss an diese Anhörung schriftlich fortgeführt werde (KG act. 2 S. 9 Dispositiv Ziff. 3).

3. Am 27. September 2007 wurde die Anhörung durch die vorinstanzliche Referentin in einem Konferenzraum des Hotels _____ durchgeführt (OG act. 1 S. 8 ff.). Mit vorinstanzlicher Präsidialverfügung vom 2. Oktober 2007 wurde den Parteien eine Kopie des Protokolls der Anhörung des Beschwerdegegners vom 27. September 2007 zugestellt und Frist zur (schriftlichen) Stellungnahme dazu angesetzt (OG act. 47).

4. Der obergerichtliche Beschluss vom 13. September 2007 war der Beschwerdeführerin am 14. September 2007 zugestellt worden (OG act. 40/2). Am 15. Oktober 2007 reichte sie dagegen eine Nichtigkeitsbeschwerde ein (KG act. 1). Mit dieser beantragt sie, die Dispositiv Ziffern 1, 2 und 3 des angefochtenen Beschlusses seien aufzuheben, und die Sache sei an die Vorinstanz zurückzuweisen (KG act. 2 S. 2).

5. Den Parteien und der Vorinstanz wurde mit Schreiben vom 22. Oktober 2007 Kenntnis von der Einreichung der Nichtigkeitsbeschwerde gegeben (KG act. 5). Wie die nachstehenden Erwägungen zeigen, erweist sich die Beschwerde sofort als unzulässig. Deshalb kann - nach bereits erfolgtem Beizug der vorinstanzlichen Akten (KG act. 4, act. 7/2-4) - von Weiterungen im Sinne von § 289 ZPO abgesehen, d.h. darauf verzichtet werden, der Beschwerdegegnerin Gelegenheit zur Beantwortung und der Vorinstanz zur Vernehmlassung zu geben (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 1997, N 2 zu § 289).

II.

1. Mit dem mittels Rekurs vor Vorinstanz angefochtenen Beschluss wies der Bezirksrat Beschwerden gegen einen Beschluss der Vormundschaftsbehörde betreffend Abweisung des Antrages auf Anordnung vormundschaftlicher Massnahmen ab (OG act. 3 S. 9). Der Bezirksrat entschied dabei mithin in einer Familienrechtssache als Beschwerdeinstanz. Gegen Rekursentscheide des Obergerichts über Entscheide des Bezirkrates in Familienrechtssachen ist die Nichtigkeitsbeschwerde nicht zulässig, sofern der Bezirksrat als Beschwerdeinstanz entschieden hat (§ 284 Ziff. 5 ZPO). Dies ist vorliegend der Fall. Ist die Nichtigkeitsbeschwerde in der Sache selbst ausgeschlossen, ist sie es nach feststehender Praxis auch hinsichtlich aller Neben- oder Inzidentverfahren, denn in Inzidentverfahren können den Parteien nicht mehr Rechtsmittel zur Verfügung stehen als im betreffenden Hauptverfahren selbst (RB 2006 Nr. 80; Kass.-Nr. AA040146 vom 20.10.2004 Erw. 6, m.w.H.). Auch der angefochtene vorinstanz-

liche prozessleitende Beschluss kann deshalb nicht mit Nichtigkeitsbeschwerde angefochten werden. Auf diese ist nicht einzutreten.

2. Die Beschwerdeführerin erkannte die Problematik der Unzulässigkeit der Nichtigkeitsbeschwerde gemäss § 284 Ziff. 5 ZPO. Sie ist indes der Auffassung, im vorliegenden Verfahren gelange diese Vorschrift nicht zur Anwendung. Bei der Vormundschaftsbehörde seien auch Massnahmen beantragt worden, welche gemäss § 40 EG ZGB in die (gemeint: erstinstanzliche) Zuständigkeit des Bezirksrats gefallen wären. Indem der Bezirksrat in seinem Beschluss vom 19. April 2007 jegliche Schutzmassnahmen für unnötig erachtet habe, habe er auch die Anordnung solcher Massnahmen abgelehnt. Damit habe er faktisch nicht als Beschwerde-, sondern als Erstinstanz gehandelt. Der Umstand, dass sein Beschluss als Beschwerdeentscheid ausgestaltet sei, ändere daran nichts. Ein Ausschlussgrund von § 285 Ziff. 5 ZPO liege somit nicht vor (Beschwerde KG act. 1 S. 5 f. Ziff. II.2 mit Verweisung auf Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., Ergänzungsband, Zürich 2000, N 3 zu § 284 ZPO und auf ZR 105 Nr. 55).

Im vorliegenden Fall entschied der Bezirksrat (im Unterschied zum in ZR 105 [2006] Nr. 55 behandelten Fall und im Unterschied zu den in N 3 zu § 284 des Ergänzungsbandes zu Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., erwähnten Fällen) indes nicht als Erstinstanz. Im vorliegenden Fall wies der Bezirksrat ausschliesslich die Beschwerden gegen einen Beschluss der Vormundschaftsbehörde ab (OG act. 3 S. 9 f. Dispositiv) und entschied damit ausschliesslich als Beschwerdeinstanz im Sinne von § 284 Ziff. 5 ZPO. Selbst wenn der Bezirksrat in den Erwägungen seines Entscheides die Anordnung von Massnahmen abgelehnt hätte, welche in seine erstinstanzliche Zuständigkeit gefallen wären, hiesse das im Gegensatz zur Auffassung der Beschwerdeführerin nicht, dass er darüber im Sinne von § 281 ZPO *entschieden* hätte. Ein Entscheid wird im Dispositiv zum Ausdruck gebracht (§ 157 Ziff. 10 GVG; Hauser/Schweri, Kommentar zum zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz, Zürich 2002, N 52 ff. zu § 157). Das Dispositiv des Beschlusses des Bezirksrats vom 19. April 2007 ist klar und enthält ausschliesslich einen Entscheid des Bezirksrats als Beschwerdeinstanz im Sinne von § 284 Ziff. 5 ZPO. Ist die Beschwerdeführerin der Auffassung, der Bezirksrat habe einen Entscheid zu weiteren Fragen zu erlassen oder hätte einen solchen

erlassen müssen, so kann sie das entweder beim Bezirksrat explizit beantragen oder bei dessen Aufsichtsbehörde eine Rechtsverweigerungsbeschwerde einreichen. Im ersten Fall wird sie ggfs. (erst) dann ans Kassationsgericht gelangen können, wenn der Bezirksrat tatsächlich entschieden haben wird und gegen einen solchen Entscheid Rekurs ans Obergericht eingereicht wird. Im zweiten Fall kann sie ohnehin nicht ans Kassationsgericht gelangen (§ 284 Ziff. 2 ZPO; vgl. Kass.-Nr. AA030181 vom 16.1.2004 Erw. 5).

Die weitere Ausführung der Beschwerdeführerin in diesem Zusammenhang, wonach der Rechtsmittelweg nicht davon abhängen könne, ob ein Antrag gutgeheissen oder abgelehnt werde (Beschwerde KG act. 1 S. 6 erster Absatz), geht daran vorbei, dass der Bezirksrat neben seinem Beschwerdeentscheid keinen Antrag guthiess oder ablehnte, sondern gar keinen erstinstanzlichen Entscheid fällte. Vorliegend ist nicht darüber zu befinden, ob eine Nichtigkeitsbeschwerde zulässig wäre, wenn der Bezirksrat eine erstinstanzliche Entscheidung gefällt hätte, da er das ja eben nicht getan hat (weshalb denn auch die Beschwerdeführerin diesbezüglich den Konjunktiv verwendet).

3. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Bezirksrat ausschliesslich als Beschwerdeinstanz entschieden hat, dass gegen diesen Entscheid Rekurse bei der Vorinstanz eingereicht worden sind, dass diese ein entsprechendes Rekursverfahren angelegt hat, dass gegen den diesbezüglichen (künftigen) Rekursentscheid der Vorinstanz die Nichtigkeitsbeschwerde nicht zulässig sein wird (§ 284 Ziff. 5 ZPO), dass deshalb auch gegen den angefochtenen vorinstanzlichen Inzidententscheid die Nichtigkeitsbeschwerde ausgeschlossen ist und dass deshalb auf die vorliegende Nichtigkeitsbeschwerde nicht eingetreten werden kann.

III.

1. Ausgangsgemäss sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens der Beschwerdeführerin aufzuerlegen. Dem Beschwerdegegner ist mangels erheblicher Aufwendungen keine Prozessentschädigung zuzusprechen.

2. Beim vorliegenden Beschluss handelt es sich um einen Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG. Demnach ist gegen ihn die Beschwerde in Zivilsachen gemäss Art. 72 ff. BGG an das Bundesgericht nur unter den in Art. 93 BGG genannten Voraussetzungen zulässig. Ob diese erfüllt sind, entscheidet das Bundesgericht.

Das Gericht beschliesst:

1. Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf:
Fr. 500.-- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 132.-- Schreibgebühren,
Fr. 76.-- Zustellgebühren und Porti.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden der Beschwerdeführerin auferlegt.
4. Für das Kassationsverfahren werden keine Prozessentschädigungen zugesprochen.
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 gemäss Art. 72 ff. BGG an das Schweizerische Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, erhoben werden.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und an das Obergericht des Kantons Zürich, je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär: