



---

Kass.-Nr. AA100100/U/ys

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Paul Baumgartner, die Kassationsrichterin Yvona Griesser, die Kassationsrichter Matthias Brunner und Georg Naegeli sowie der juristische Sekretär Markus Nietlispach

## Zirkulationsbeschluss vom 22. Oktober 2010

in Sachen

X.,

....,

Kläger, Rekurrent und Beschwerdeführer

gegen

Y.,

....,

Beklagte, Rekursgegnerin und Beschwerdegegnerin  
vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. \_\_\_\_\_

betreffend

**Befehl**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der II. Zivilkammer des  
Obergerichts des Kantons Zürich vom 29. Juli 2010 (NL100077/U)**

**Das Gericht hat in Erwägung gezogen:**

1.a) Die Ehe der Parteien wurde mit Urteil des Amtsgerichts A. (Deutschland) vom 1. Oktober 2007 geschieden (ER act. 3/1). Dabei wurde der Umgang (d.h. – in der Terminologie des schweizerischen Rechts – das Besuchsrecht) des Beschwerdeführers (Kläger und Rekurrent) mit den minderjährigen Kindern durch eine Vereinbarung geregelt, welche die Parteien anlässlich der gleichentags durchgeführten Verhandlung schlossen (vgl. ER act. 3/2 S. 15, Ziff. IX).

b) Mit Eingabe vom 25. März 2010 liess der Beschwerdeführer bei der Einzelrichterin im summarischen Verfahren des Bezirkes Q. (Erstinstanz) ein Befehls- bzw. Vollstreckungsbegehren mit dem Antrag einreichen, es sei der Beschwerdegegnerin (Beklagte und Rekursgegnerin) unter Androhung von Ordnungsbusse oder Ungehorsamsstrafe nach Art. 292 StGB für den Widerhandlungsfall zu befehlen, die am 19. Mai 1999 geborene Tochter B. gemäss dem vereinbarten Umgangsrecht herauszugeben (ER act. 1). Mit Verfügung vom 25. Mai 2010 trat die Erstinstanz auf dieses Begehren nicht ein, wobei sie die Kosten des Verfahrens vollumfänglich dem Beschwerdeführer auferlegte (ER act. 5 = OG act. 2 = OG act. 7). Hiegegen erhob der Beschwerdeführer rechtzeitig Rekurs (OG act. 1), den die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich (Vorinstanz) mit Beschluss vom 29. Juli 2010 in Bestätigung der erstinstanzlichen Verfügung unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beschwerdeführers abwies (OG act. 16 = KG act. 2).

c) Gegen diesen den Parteien am 3. August 2010 zugestellten (OG act. 17/1-2), als (im summarischen Verfahren ergangener) Rekurs(end)entscheid ohne Weiteres beschwerdefähigen (vgl. § 281 ZPO und Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich 1997, N 9 f. zu § 281 ZPO; von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. A., Zürich 1986, S. 4 f.; s.a. Spühler/Vock, Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund, Zürich 1999, S. 62) obergerichtlichen Beschluss richtet sich die vorliegende, vom 1. September 2009 datierte, tags darauf zur Post gegebene und damit rechtzeitig (vgl. § 287 ZPO

sowie §§ 191-193 und § 140 GVG) eingereichte Nichtigkeitsbeschwerde mit dem Antrag auf Aufhebung des angefochtenen Entscheids. Überdies erhebt der Beschwerdeführer in derselben Eingabe "Dienstaufsichtsbeschwerde" gegen die mit der Sache befasste erstinstanzliche Einzelrichterin (KG act. 1, insbes. S. 1).

d) Mit Präsidialverfügung vom 3. September 2010 (KG act. 4) wurden die vorinstanzlichen Akten beigezogen (s.a. KG act. 3 und 6) und dem Beschwerdeführer gestützt auf § 75 Abs. 1 ZPO eine zehntägige Frist zur Leistung einer Prozesskaution von Fr. 3'000.-- angesetzt; dies unter der Androhung, dass bei Säumnis auf die (Nichtigkeits-)Beschwerde nicht eingetreten würde. Zugleich erhielt die Beschwerdegegnerin Gelegenheit zur freigestellten Beantwortung der Beschwerde und die Vorinstanz zur Vernehmlassung. Während Letztere ausdrücklich auf Vernehmlassung verzichtet hat (KG act. 8), liess die Beschwerdegegnerin am 28. September 2010 eine Beschwerdeantwort erstatten (KG act. 11), die dem Beschwerdeführer unter dem 29. September 2010 zur Kenntnisnahme zugestellt wurde (vgl. KG act. 14 und 15/1).

2. Der Beschwerdeführer erhebt in seiner Rechtsschrift vom 1. September 2010 (KG act. 1) gleichzeitig zwei verschiedene, getrennt zu behandelnde Rechtsmittel: Einerseits führt er Nichtigkeitsbeschwerde im Sinne von §§ 281 ff. ZPO gegen den obergerichtlichen Rekursentscheid vom 29. Juli 2010 (dazu nachfolgende Erw. 3); andererseits rügt er im Rahmen einer (sinngemäss) als Aufsichtsbeschwerde gemäss §§ 108 ff. GVG aufzufassenden "Dienstaufsichtsbeschwerde" das Verhalten der erstinstanzlichen Einzelrichterin als "grob skandalös, willkürlich und rechtswidrig" (so KG act. 1 S. 3) (dazu nachstehende Erw. 4).

3. Mit Blick auf die Nichtigkeitsbeschwerde ist festzustellen, dass der Beschwerdeführer die (fristansetzende) Verfügung vom 3. September 2010 am 7. September 2010 in Empfang genommen hat (KG act. 5). Unter Beachtung der für die Fristberechnung einschlägigen Vorschriften (§§ 191-193 GVG) lief die ihm eröffnete (zehntägige) Kautionsfrist demnach am Freitag, 17. September 2010 (um Mitternacht), ab. Bis zu diesem Zeitpunkt (und darüber hinaus bis zum heutigen Tag) ist die einverlangte Kautionsleistung nicht geleistet worden (vgl. KG act. 9), und der Beschwerdeführer hat innert laufender Frist auch kein Gesuch um Erstre-

ckung der Kautionsfrist gestellt. Da die rechtzeitige Kautionsleistung eine von Amtes wegen zu prüfende Prozess- bzw. Rechtsmittelvoraussetzung darstellt (vgl. Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 4 zu § 73 ZPO), deren Fehlen eine Anhandnahme des Rechtsmittels verbietet, ist androhungsgemäss (vgl. KG act. 4 S. 2, Disp.-Ziff. 4 Abs. 1 a.E.; s.a. Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 2 zu § 80 ZPO) auf die Nichtigkeitsbeschwerde nicht einzutreten (§ 80 Abs. 1 ZPO; s.a. Spühler/Vock, a.a.O., S. 79; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 4 vor §§ 259 ff. ZPO; Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. A., Zürich 1979, S. 491, 496 und 504).

4. Im Unterschied zum Nichtigkeitsbeschwerdeverfahren (vgl. § 75 Abs. 1 ZPO) besteht im Aufsichtsbeschwerdeverfahren keine generelle Kautionspflicht der sich beschwerenden Partei (vgl. §§ 108 ff. GVG). Die vorstehenden Erwägungen gelten deshalb nicht auch für die vom Beschwerdeführer erhobene Aufsichtsbeschwerde. Indessen kommt dem Kassationsgericht nach der gesetzlichen Kompetenzordnung keine Aufsichtsfunktion gegenüber anderen Gerichtsbehörden (insbesondere Bezirksgerichten) zu (vgl. §§ 69 f. und §§ 105 ff. GVG). Damit fehlt es ihm aber an der sachlichen und funktionellen Zuständigkeit zur Behandlung einer Aufsichtsbeschwerde gegen das Verhalten einer Bezirksrichterin, weshalb es nicht zur Beurteilung derselben befugt ist. Aufsichtsbehörde über die Bezirksgerichte und als solche zur Behandlung von Aufsichtsbeschwerden gegen deren Einzelrichter und Einzelrichterinnen zuständig ist vielmehr das Obergericht (§ 106 Abs. 1 und § 108 Abs. 1 GVG; Hauser/Schweri, Kommentar zum zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz, Zürich 2002, N 1 zu § 106 GVG, N 4 zu § 109 GVG, N 22 und 36 zu § 42 GVG). Soweit der Beschwerdeführer mit seiner Eingabe vom 1. September 2010 Aufsichtsbeschwerde erhebt, ist diese daher in Anwendung von § 194 Abs. 2 GVG zuständigkeitshalber an die Verwaltungskommission des Obergerichts weiterzuleiten, welcher die Aufsicht über die Bezirksgerichte übertragen ist (vgl. § 21 Abs. 1 lit. g der Verordnung des Obergerichts über die Organisation des Obergerichts vom 22.6.2005 [GS 212.51]; Hauser/Schweri, a.a.O., N 13 zu § 109 GVG).

5.a) Gemäss der auch im Rechtsmittelverfahren geltenden allgemeinen Regel von § 64 Abs. 2 ZPO werden die Gerichtskosten der unterliegenden Partei auferlegt. Sie bestehen in einer sämtliche Kosten abdeckenden (§ 2 Abs. 3 GGebV), vorliegend nach § 4 Abs. 3 GGebV in Verbindung mit § 13 Abs. 1 GGebV zu bemessenden und gemäss § 7 GGebV und § 10 Abs. 1 GGebV (analog) zu reduzierenden Gerichtsgebühr. Als unterliegende Partei ist auch der (Rechtsmittel-)Kläger zu behandeln, auf dessen Klage (resp. Rechtsmittel) nicht eingetreten wird (Guldener, a.a.O., S. 406, Anm. 6/a; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 18 zu § 64 ZPO). Da der Beschwerdeführer mit seiner Nichtigkeitsbeschwerde in diesem Sinne unterliegt, ist er für das Kassationsverfahren kostenpflichtig. Daran ändert auch die in der Beschwerdeschrift erwähnte (obergerichtliche) Praxis der grundsätzlich hälftigen Kostenteilung bei Streitigkeiten über Kinderbelange nichts, welche nach neulich bestätigter Rechtsprechung im Nichtigkeitsbeschwerdeverfahren keine Anwendung findet (RB 2009 Nr. 53).

b) Sodann hat nach § 68 Abs. 1 ZPO die unterliegende Partei die Gegenpartei in der Regel im gleichen Verhältnis für Kosten und Umtriebe zu entschädigen, wie ihr Kosten auferlegt werden. Der (für kostenpflichtig erklärte) Beschwerdeführer ist daher zu verpflichten, der anwaltlich vertretenen Beschwerdegegnerin für die ihr im Zusammenhang mit der Beantwortung der Beschwerde entstandenen Kosten und Umtriebe eine Prozessentschädigung auszurichten. Deren Höhe ist im Rahmen der §§ 3 ff. AnwGebV (insbes. § 3 Abs. 5 AnwGebV in Verbindung mit § 12 Abs. 1 AnwGebV) nach Ermessen festzusetzen (§ 69 ZPO; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 2 zu § 69 ZPO und N 13 zu § 68 ZPO), wobei mangels eines entsprechenden Antrags (vgl. KG act. 11 S. 2) kein Mehrwertsteuerzusatz hinzuzuschlagen ist (vgl. Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Obergerichts über die Mehrwertsteuer vom 17. Mai 2006).

6.a) Soweit mit dem vorliegenden Beschluss über die Nichtigkeitsbeschwerde entschieden wird, handelt es sich um einen Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG über die Vollstreckung eines Entscheids, der eine nicht vermögensrechtliche Zivilsache zum Gegenstand hat. Damit unterliegt er der (ordentlichen) Beschwerde in Zivilsachen gemäss Art. 72 ff. BGG (Art. 72 Abs. 2 lit. b Ziff. 1 BGG; BGer

5A\_148/2007 vom 1.7.2007, Erw. 1; 5A\_547/2007 vom 19.12.2007, Erw. 1; 5A\_627/2007 vom 28.2.2008, Erw. 1).

Zudem beginnt mit der Zustellung des Entscheids des Kassationsgerichts (als ausserordentlicher Rechtsmittelinstanz) grundsätzlich auch die dreissigtägige Frist zur allfälligen (direkten) Anfechtung des obergerichtlichen Beschlusses vom 29. Juli 2010 mittels Beschwerde beim Bundesgericht wegen Mängeln, deren Prüfung dem Kassationsgericht entzogen ist, (neu) zu laufen (vgl. BGer 5A\_302/2009 vom 2.7.2009, Erw. 1.4 m.w.Hinw.; s.a. KG act. 2 S. 11, Disp.-Ziff. 6 Abs. 4; BGE 135 III 339 f., Erw. 1.3; BGer 4A\_398/2008 vom 18.12.2008, Erw. 1.3). Sie ist allerdings nur insoweit zulässig, als der obergerichtliche Beschluss das Erfordernis der kantonalen Letztinstanzlichkeit erfüllt (Art. 75 Abs. 1 BGG) (was zumindest bezüglich der vorinstanzlich getroffenen Nebenfolgenregelung nicht zutreffen dürfte, letztlich aber vom Bundesgericht zu entscheiden wäre).

b) Im Unterschied dazu schliesst die Weiterleitung der Aufsichtsbeschwerde das Aufsichtsbeschwerdeverfahren nicht ab, weshalb sie (in der Terminologie des BGG) als Zwischenentscheid (innerhalb dieses eigenständigen Verfahrens) zu gelten hat. Ein solcher ist jedoch nur unter den Voraussetzungen von Art. 92/93 BGG selbstständig beschwerdefähig. Ob diese erfüllt sind, hätte gegebenenfalls das Bundesgericht zu entscheiden.

#### **Das Gericht beschliesst:**

1. Auf die Nichtigkeitsbeschwerde wird nicht eingetreten.
2. Die Aufsichtsbeschwerde wird zuständigkeitshalber an die Verwaltungskommission des Obergerichts des Kantons Zürich weitergeleitet.
3. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 500.--.
4. Die Gerichtsgebühr wird dem Beschwerdeführer auferlegt.

5. Der Beschwerdeführer wird verpflichtet, der Beschwerdegegnerin für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 1'500.-- zu entrichten.
6. 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. Es handelt sich um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit im Sinne von Art. 72 Abs. 2 lit. b Ziff. 1 BGG.

Sodann läuft die Frist von 30 Tagen zur Anfechtung des Beschlusses des Obergerichts vom 29. Juli 2010 mit Beschwerde an das Bundesgericht neu ab Empfang des vorliegenden Entscheids (Art. 100 Abs. 1 und 6 BGG).

Hinsichtlich des Fristenlaufes gelten die Art. 44 ff. BGG.

7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich, die Verwaltungskommission des Obergerichts des Kantons Zürich (unter Beilage eines Exemplars von KG act. 1) sowie die Einzelrichterin im summarischen Verfahren des Bezirkes Q. (Proz.-Nr. EU100011), je gegen Empfangsschein.

---

**KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH**

Der juristische Sekretär: