

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PC120028-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. R. Maurer.

Beschluss und Urteil vom 19. Oktober 2012

in Sachen

A. _____,

Beschwerdeführer

betreffend **Rechtsverweigerung**

**Beschwerde über das Schreiben der Zentralkanzlei des Bezirksgerichtes
Zürich vom 29. Mai 2012**

Erwägungen:

1. a) Der Beschwerdeführer stellte bei der Vormundschaftsbehörde B._____ am 12. April 2012 die Anträge, es sei für ihn und C._____ betreffend die gemeinsame Tochter D._____, geboren am tt.mm.2006, das gemeinsame Sorgerecht zu errichten (act. 8/1 Anhang 3) und ihm die unentgeltliche Prozessführung und unentgeltliche Rechtsvertretung zu gewähren (a.a.O.). Er hatte die Vaterschaft am 9. Februar 2007 anerkannt (act. 8/1 Anhang 5).

b) Die Vormundschaftsbehörde bestätigte ihm mit Schreiben vom 20. April 2012 den Eingang seines Antrages und teilte ihm mit, sie eröffne nur dann ein Verfahren betreffend Übertragung der gemeinsamen elterlichen Sorge, wenn ein gemeinsamer Antrag der Eltern vorliege. Diese müssten sich zudem über ihren Anteil an der Betreuung des Kindes und an der Tragung der Unterhaltskosten in einer Vereinbarung geeinigt haben. Ausserdem müsse die gemeinsame elterliche Sorge mit dem Kindeswohl vereinbar sein. Die Vormundschaftsbehörde empfahl, sich dafür an die Elternberatungsstelle zu wenden (act. 8/1 Anhang 4).

c) Der Beschwerdeführer wandte sich am 21. Mai 2012 gegen dieses Schreiben mit einer "Self-Executing-Beschwerde" an das Bezirksgericht Zürich u.a. mit den (singemässen) Anträgen, das Recht auf gemeinsames Sorgerecht zu bestätigen und die "Verfügung vom 20.04./27.04.2012" der Vormundschaftsbehörde nichtig zu erklären bzw. aufzuheben (act. 8/1).

d) Die Zentralkanzlei des Bezirksgerichtes Zürich teilte dem Beschwerdeführer mit Schreiben vom 29. Mai 2012 (act. 4) mit, zuständig für Begehren um gemeinsames Sorgerecht sei die Vormundschaftsbehörde, das Bezirksgericht könne ihm in dieser Sache nicht weiterhelfen, es handle sich beim Schreiben der Vormundschaftsbehörde vom 20. April 2012 zudem nicht um eine anfechtbare Verfügung. Die Zentralkanzlei wies sodann auf Art. 298a Abs. 1 ZGB hin, was die materiellen Anforderungen der gemeinsamen elterlichen Sorge betreffe (act. 4).

e) Der Beschwerdeführer ficht mit am 4. bzw. 8. Juni 2012 dem Obergericht überbrachter "Self-Executing-Beschwerde" wegen Rechtsverzögerung/ Rechtsverwei-

gerung dieses Schreiben des Bezirksgerichts an (act. 2, act. 3). Der Beschwerdeführer stellt sinngemäss die Anträge, es sei das Recht auf gemeinsames Sorgerecht für die gemeinsame Tochter zu bestätigen (Antrag 1), es seien die von E._____, Waisenrätin, und RA lic. iur. F._____, Adjunktin, unterzeichnete Verfügung der Vormundschaftsbehörde vom 20. April 2012 und ebenso die "Verfügung" der Zentralkanzlei BGZ (act. 4) vom 29. Mai 2012 kostenlos ex tunc nichtig zu erklären und schadenersatz- und genugtuungspflichtig sofort aufzuheben (Anträge 2 und 3). Der Beschwerdeführer beantragt sodann die unentgeltliche Prozessführung und unentgeltliche Rechtsvertretung für sich und die gemeinsame Tochter (Antrag 4), materielles und formelles Gehör für sich und die gemeinsame Tochter (Antrag 5), gerichtliche Feststellung der "Verletzung des EGMR & der EMRK Art. 1, 3, 6/1/3 lit. c, 7, 8/1/2, 13, 14, 17, 18, 41, 46/1, ICCPR, BV etc." (Antrag 6), Zahlung kostendeckenden Schadenersatzes und angemessener Genugtuung für sich und die gemeinsame Tochter "im Ausmass der restitutio ad integrum quo ante" (Antrag 7). Er beantragt sodann, der Kindsmutter und deren allfälligem Rechtsbeistand sowie der Vormundschaftsbehörde B._____ kein rechtliches Gehör zu gewähren (Antrag 8).

2. Den Schreiben des Beschwerdeführers lässt sich entnehmen, dass er sich mit seiner Eingabe an das Bezirksgericht und mit der vorliegenden Beschwerde dagegen wehren will und es für einen Verstoss gegen die EMRK erachtet, dass die Vormundschaftsbehörde als Voraussetzung für die gemeinsame elterliche Sorge verlangte, dass ein gemeinsamer Antrag der Eltern vorliege und dass die gemeinsame elterliche Sorge mit dem Kindeswohl vereinbar sei (act. 3 S. 3, 4, 5). Entsprechend seinem Antrag ist hier zu prüfen, ob das Bezirksgericht Zürich eine Rechtsverweigerung beging, in dem es auf seine dagegen erhobene "Self-Executing-Beschwerde" hin kein Verfahren eröffnete, sondern ihm in der Form eines einfachen Briefes antwortete.

2.1 Eine Rechtsverweigerung liegt nur dann vor, wenn ein gesetzeswidriges Nichthandeln der Behörde vorliegt, indem diese entweder unrechtmässig die Entscheidungsfällung verweigert oder nicht innert gesetzlicher oder den Umständen angemessener Frist entscheidet. Ist eine Instanz zum Erlass des vom Gesuchsteller

begehrten Entscheids nicht zuständig, so kann keine Rechtsverweigerung vorliegen, da die Behörde rechtmässig handelt, wenn sie auf ein Begehren nicht eintritt.

Aufsichtsbehörde erster Instanz über die Vormundschaftsbehörde ist der Bezirksrat (§ 41 EG ZGB, § 75 EG ZGB). Der Bezirksrat entscheidet erstinstanzlich über Vormundschaftsbeschwerden (§ 41 EG ZGB i.V. mit Art. 420 Abs. 2 ZGB). Demnach stand dem Beschwerdeführer der Weg der Beschwerde an den Bezirksrat offen, unabhängig davon, ob er eine Verfügung der Vormundschaftsbehörde anfechten oder – wie vorliegend – Rechtsverweigerungsbeschwerde führen wollte wegen Nichteröffnung eines Verfahrens auf Errichtung der gemeinsamen Sorge. Das Bezirksgericht ist hingegen offensichtlich unzuständig zur Beurteilung von Beschwerden gegen Verfügungen sowie weitere Handlungen der vormundschaftlichen Organe.

Für die Vorinstanz bestand demnach einzig die Option, einen Nichteintretensbeschluss zu erlassen oder – wie hier erfolgt – dem Beschwerdeführer informell mittels Brief mitzuteilen, dass das Bezirksgericht zur Beurteilung der Beschwerde nicht zuständig sei. Die Vorinstanz erkannte richtig und erklärte dem Beschwerdeführer, dass sie nicht zuständig ist, sondern dass die Vormundschaftsbehörde als erste Instanz über den Antrag des Beschwerdeführers entscheiden müsse. Daraus ergibt sich, dass der Beschwerdeführer beim Bezirksrat als Aufsichtsinstanz seine Beschwerde hätte anhängig machen können. Dass die Vorinstanz kein Geschäft anlegte, geschah im Rahmen ihres Ermessens und erweist sich keineswegs als Rechtsverweigerung, sondern vor allem im Hinblick darauf als gerechtfertigt, da durch dieses Vorgehen dem Beschwerdeführer entgegenkommenderweise Kosten erspart werden konnten. Es lässt sich fragen, ob es allenfalls korrekter gewesen wäre, wenn die Vorinstanz in ihrem Schreiben darauf hingewiesen hätte, dass ein Geschäft angelegt werde, falls der Beschwerdeführer darauf bestehe. Allein daraus, dass dieser Hinweis unterblieb, kann noch nicht auf Rechtsverweigerung durch das Bezirksgericht geschlossen werden.

2.2 Ob die Vormundschaftsbehörde eine Rechtsverweigerung beging, in dem sie auf den Antrag des Beschwerdeführers auf Errichtung des gemeinsamen Sorgerechts hin kein Geschäft eröffnete, sondern ihm in Briefform antwortete, kann

einzig durch den Bezirksrat als erste Aufsichtsinstanz geprüft werden. Ob eine entsprechende Beschwerde heute noch möglich ist, hätte der Bezirksrat zu entscheiden. Grundsätzlich sind Rechtsverzögerungs- und Rechtsverweigerungsbeschwerden nicht fristgebunden. Verweigert eine Behörde die verlangte Rechtsbehandlung aber ausdrücklich in einem Entscheid, ist ein Rechtsmittel dagegen auch mit Bezug auf eine geltend gemachte Rechtsverweigerung oder Rechtsverzögerung innert der gesetzlichen Frist zu erheben (Kölz/Bosshart/Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. Aufl., Zürich 1999, Vorbem. zu §§ 19-28 N 50 und § 22 N 26).

2.3 Da das Bezirksgericht Zürich kein Geschäft eröffnete, hat es auch die Anträge des Beschwerdeführers gemäss seiner "Self-Executing-Beschwerde" nicht geprüft. Gegenstand des vorliegenden Rechtsmittelverfahrens kann daher nur sein, ob eine Rechtsverweigerung durch die Vorinstanz gegeben ist. Auf die weiteren Anträge des Beschwerdeführers ist mangels funktioneller Zuständigkeit der Rechtsmittelinstanz nicht einzutreten.

3. Im Ergebnis bleibt somit festzuhalten: So weit der Beschwerdeführer eine Rechtsverweigerung durch die Vorinstanz geltend macht und die Nichtigklärung des vorinstanzlichen Schreibens verlangt, ist seine Beschwerde daher abzuweisen. Im Übrigen ist darauf nicht einzutreten.

4. Umstande halber rechtfertigt es sich, die Kosten des obergerichtlichen Verfahrens auf die Gerichtskasse zu nehmen. Das Begehren des Beschwerdeführers um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege erweist sich damit als gegenstandslos. Eine Prozessentschädigung ist ihm nur schon deshalb nicht zuzusprechen, weil er mit seiner "Self-Executing-Beschwerde" unterliegt.

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege wird als gegenstandslos abgeschrieben.
2. Schriftliche Mitteilung gemäss dem folgenden Urteil.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, so weit darauf eingetreten wird.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebür fällt ausser Ansatz.
3. Es wird keine Prozessentschädigung zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an den Beschwerdeführer sowie an die Zentralkanzlei des Bezirksgerichts Zürich, je gegen Empfangsschein, und an die Obergerichtskasse.
5. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.
Es handelt sich um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit.
Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. R. Maurer

versandt am: