



---

Kass.-Nr. AA040130/U/mb

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Alfred Keller, die Kassationsrichterin Sylvia Frei, die Kassationsrichter Karl Spühler und Reinhard Oertli sowie der Sekretär Benedikt Hoffmann

**Zirkulationsbeschluss vom 13. Oktober 2004**

in Sachen

**A.**

gegen

**B.**

betreffend **Befehl**  
**(Uebergabe eines Kindes)**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der II. Zivilkammer des  
Obergerichts des Kantons Zürich vom 2. August 2004 (NL040101/U)**

**Das Gericht hat in Erwägung gezogen:**

**I.**

1. Die Parteien sind die unverheirateten Eltern von C., geb. \_\_\_\_\_ 2001. In einer behördlich genehmigten Elternvereinbarung vom 9. Dezember 2001 einigten sich die Parteien auf die gemeinsame elterliche Sorge über C.. Im Fall der Aufhebung des gemeinsamen Haushalts sieht die Vereinbarung die Obhutszuteilung an die Beschwerdegegnerin sowie ein ausgedehntes Besuchsrecht des Beschwerdeführers vor. Der gemeinsame Haushalt wurde im Herbst 2003 aufgelöst, und seither befinden sich C. und ihre jüngere Schwester D. unter der Obhut der Beschwerdegegnerin. Am Morgen des 30. Juni 2004 holte der Beschwerdeführer in Ausübung seines Besuchsrechts die beiden Kinder ab, brachte aber am Nachmittag nur D. zurück. C. hält sich seit diesem Datum unbestrittenermassen beim Beschwerdeführer auf. Mit Eingabe vom 6. Juli 2004 stellte die Beschwerdegegnerin beim Einzelrichter im summarischen Verfahren des Bezirkes E. das Begehren, es sei dem Beschwerdeführer zu befehlen, ihr C. innert 24 Stunden zurückzugeben. Mit Verfügung vom 9. Juli 2004 entsprach die Erstinstanz weitgehend dem klägerischen Begehren und befahl dem Beschwerdeführer unter Androhung einer Ordnungsbusse von Fr. 1'000.-- für jeden Tag der Nichtbefolgung, C. der Beschwerdegegnerin herauszugeben. Gegen diese Verfügung erhob der Beschwerdeführer Rekurs ans Obergericht (vgl. KG act. 2 Erw. I. S. 2f.; § 161 GVG). Dessen II. Zivilkammer wies den Rekurs mit Beschluss vom 2. August 2004 ab. Demgemäss wurde dem Beschwerdeführer befohlen, die gemeinsame Tochter C. der Beschwerdegegnerin innert 24 Stunden ab Rechtskraft des obergerichtlichen Entscheides herauszugeben. Ebenso wurde die erstinstanzliche Bussenregelung für den Fall der Nichtbefolgung des erteilten Befehls bestätigt (KG act. 2).

2. Gegen den vorinstanzlichen Entscheid erhob der Beschwerdeführer rechtzeitig kantonale Nichtigkeitsbeschwerde (KG act. 1) und bezahlte ebenso fristwährend die ihm auferlegte Kautions von Fr. 2'000.-- (KG act. 10). Mit Eingabe vom

20. September 2004 erstattete die Beschwerdegegnerin ihre Beschwerdeantwort (KG act. 11).

3. Der Beschwerdeführer erhob ferner Berufung ans Bundesgericht (KG act. 1 S. 2).

## II.

1.1. Der Beschwerdeführer macht geltend, das Obergericht habe seinen Rekurs zu Unrecht unter Berufung auf ZR 88 Nr. 54 abgewiesen, wonach der Befehlsrichter nicht befugt sei, Erwägungen über das Kindeswohl in seinen Entscheid einfliessen zu lassen. In diesem Entscheid (ZR 88 Nr. 54) sei nämlich erwogen worden, es könne gegebenenfalls geprüft werden, ob der Befehlsrichter verpflichtet sei, im Hinblick auf den Ausgang eines bereits bei der Vormundschaftsbehörde eingeleiteten Verfahrens auf Abänderung der Obhutsverhältnisse ein hängiges Herausgabeverfahren zu sistieren. In einem solchen Fall sei immerhin das vorgesehene Verfahren zur Aufhebung der Grundlage des Herausgabeanpruches bereits im Gang, was insoweit die Voraussetzung klarer rechtlicher Verhältnisse als prekär erscheinen lassen könne (KG act. 1 Ziff. 2 und 3 S. 3).

1.2. Weiter bringt der Beschwerdeführer vor, er habe am 5. Juli 2004 beim Bezirksrat E. den Antrag auf ein Gutachten und die Unterstellung von C. unter seine alleinige elterliche Obhut gestellt, bis der Verdacht auf Tätlichkeiten gegenüber C. ausgeräumt sei. Allerdings habe der Bezirksrat den Antrag betreffend Obhutszuweisung noch nicht behandelt. Ebenso wenig liege ein Gutachten vor. Dem angefochtenen Entscheid liege somit ein in einem wesentlichen Punkt abweichender Sachverhalt zu Grunde. Die Vorinstanz hätte mithin nach Ansicht des Beschwerdeführers gemäss ZR 88 Nr. 54 das Verfahren zumindest sistieren müssen. Liquide Verhältnisse im Zeitpunkt der Entscheidungsfindung hätten nicht vorgelegen, weshalb gar ein Nichteintreten angezeigt gewesen sei (KG act. 1 Ziff. 4 und 5 S. 3f.). Sinngemäss rügt er damit, der Fall hätte nicht im summarischen (Befehls-) Verfahren behandelt werden dürfen. Die Beantwortung dieser Frage des kantonalen Rechts kann unter Umständen und mit Blick auf die Voraussetzung des kla-

ren Rechts gemäss § 222 Ziff. 2 ZPO von der Beurteilung von Bundesrecht abhängen. Das hiesige Gericht tritt in solchen Fällen auf entsprechende Rügen auch dann ein, wenn sich der Beschwerdeführer auf Bundesrecht beruft und die Berufung ans Bundesgericht ergreifen kann (ZR 93 Nr. 7 Erw. VIII.1.).

2.1. In tatsächlicher Hinsicht ist der von der Vorinstanz als relevant angesehene Sachverhalt ohne Weiteres liquid. So ist der Sachverhalt, wie er bereits vorstehend unter Ziff. I.1. dargelegt wurde, unbestritten. Zumindest wird im Nichtigkeitsprozess nichts Anderes geltend gemacht. Entscheidend ist hierbei, dass sich die Tochter der Parteien, C., beim Beschwerdeführer aufhält und gleichzeitig der Beschwerdegegnerin entzogen ist.

2.2. In rechtlicher Hinsicht ist ebenso klar und im Nichtigkeitsprozess unbestritten, dass die Beschwerdegegnerin gemäss nach wie vor gültiger Elternvereinbarung die Obhut über C. innehat, und dass es folglich sie ist, die über den Aufenthaltsort ihrer Tochter zu bestimmen hat (vgl. KG act. 2 Erw. II.3.b S. 5; § 161 GVG). Ferner kann festgehalten werden - was letztlich ebenfalls zu Recht nicht bestritten wird -, dass das Obergericht unter Hinweis auf ZR 88 Nr. 54 richtigerweise erwägt, der Befehlsrichter sei nicht befugt, Erwägungen über das Kindeswohl in den Entscheid einfliessen zu lassen, durch welche es zur Vorwegnahme einer der Vormundschaftsbehörde vorbehaltene Änderung der rechtlichen Obhuts- bzw. Sorgeverhältnisse kommen würde. Für Kinderschutzmassnahmen sind einzig die Verwaltungsbehörden sachlich zuständig (KG act. 2 Erw. II.1. und II.3.b S. 3-5, § 161 GVG).

2.3. Zu prüfen ist somit lediglich, ob das Obergericht darauf hätte Rücksicht nehmen müssen, dass der Beschwerdeführer ein entsprechendes Verfahren zur Obhutsumteilung vor den zuständigen Verwaltungsbehörden eingeleitet hat. Wie erwähnt stützt er sich seinerseits auf ZR 88 Nr. 54 und macht geltend, es sei immerhin das vorgesehene Verfahren zur Aufhebung der Grundlage des Herausgabeanspruches bereits im Gang, was insoweit die Voraussetzung klarer rechtlicher Verhältnisse als prekär erscheinen lasse (KG act. 1 Ziff. 3 S. 3).

2.4. ZR 88 Nr. 54 hält dazu wörtlich fest:

"Fragen kann man sich in diesem Zusammenhang allenfalls, ob er [der Richter] verpflichtet ist, ein hängiges Herausgabeverfahren zu sistieren im Hinblick auf den Ausgang eines bereits bei der Vormundschaftsbehörde eingeleiteten Verfahrens auf Änderung der Obhutsverhältnisse (...), denn in diesem Fall ist immerhin das vorgesehene Verfahren zur Aufhebung der Grundlage des Herausgabeanspruchs bereits im Gang, was insoweit die Voraussetzung klarer rechtlicher Verhältnisse prekär erscheinen lassen mag."

Das hiesige Gericht ging in seinem in ZR 88 Nr. 54 publizierten Entscheid somit nicht davon aus, dass in der vom Beschwerdeführer geschilderten Konstellation nicht von klaren rechtlichen Verhältnissen ausgegangen werden dürfe. Vielmehr stellte es für diesen Fall eine Möglichkeit bzw. eine Frage in den Raum, ohne sie zu beantworten. In den weiteren Erwägungen wurde lediglich zum Fall Stellung bezogen, in dem die Vormundschaftsbehörde zu Gunsten einer Obhutsumteilung bereits entschieden hatte. Die Ansicht des Beschwerdeführers findet in ZR 88 Nr. 54 somit keine Stütze. Sie erweist sich denn auch als unzutreffend. Dass das vorgesehene Verfahren zur Aufhebung der Grundlage des Herausgabeanspruches bereits im Gang ist, bedeutet an sich noch nicht in jedem Fall, dass keine klaren rechtlichen Verhältnisse mehr bestehen, und/oder dass die kompetente Behörde im Sinne des Beschwerdeführers entscheiden wird. Ohne dass weitere, gewichtige Faktoren hinzutreten, besteht folglich kein Anlass, an der nach wie vor bestehenden, klaren Rechtslage zu zweifeln. Anders entscheiden würde im Übrigen bedeuten, dass in Fällen der Kindesentführung ein Befehlsverfahren allein dadurch verhindert werden könnte, dass die Person, die ein Kind entführt hat, nur ein Gesuch um Umteilung der Obhut bei der Vormundschaftsbehörde stellen müsste. Beliebig abwegige bzw. aussichtslose Vorbringen vor den Verwaltungsbehörden würden dann genügen, um die Durchsetzung des Anspruchs der obhutsberechtigten Person im Befehlsverfahren zu unterlaufen. In diesem Lichte betrachtet würde es einer Rechtsverweigerung gegenüber der Beschwerdegegnerin gleichkommen, wenn die Vorinstanz auf ihre Klage nicht eingetreten wäre, obgleich ihr Anspruch nach wie vor klarerweise und unbestrittenermassen Bestand hatte. Die Beschwerde ist somit diesbezüglich unbegründet.

Auch eine Pflicht zur Sistierung des Verfahrens kann nicht in Betracht fallen. Vorliegend ist nicht klar, wie lange der Fall eingestellt bleiben müsste, da die zustän-

dige Behörde zum Zeitpunkt des obergerichtlichen Entscheides offenbar noch nicht entschieden hatte. Dieser Umstand fällt für das Befehlsverfahren einerseits wie auch für das Herausgabeverfahren andererseits besonders ins Gewicht. Das Befehlsverfahren soll einem Rechtssuchenden in einfachen Fällen möglichst schnell zu seinem Recht verhelfen. Im Verfahren betreffend Herausgabe eines Kindes soll der Entführer überdies nicht die Gelegenheit haben, Fakten zum eigenen Gunsten zu schaffen, die schwer wieder rückgängig gemacht werden könnten. Auf Grund dieser Umstände verbietet sich eine Sistierung, weshalb die Vorinstanz auch diesbezüglich keinen Nichtigkeitsgrund gesetzt hat.

### III.

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beschwerde unbegründet ist. Ausgangsgemäss wird der Beschwerdeführer kosten- und entschädigungspflichtig.

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

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf:  
Fr. 800.-- ; die weiteren Kosten betragen:  
Fr. 175.-- Schreibgebühren,  
Fr. 133.-- Zustellgebühren und Porti.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden dem Beschwerdeführer auferlegt.
4. Der Beschwerdeführer wird verpflichtet, der Beschwerdegegnerin für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 2'152.-- (inkl. MWSt.) zu entrichten.

5. Schriftliche Mitteilung.

---

**KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH**

Der juristische Sekretär: