



Kass.-Nr. AA070102/U/mb

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Bernhard Gehrig, die Kassationsrichterin Sylvia Frei, die Kassationsrichter Matthias Brunner und Georg Nägeli sowie die juristische Sekretärin Alexandra Meyer-Känel

Sitzungsbeschluss vom 3. März 2008

in Sachen

1. X,

2. Y,

Rekurrenten und Beschwerdeführer

1 + 2 vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. ...

betreffend

Adoption

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der II. Zivilkammer des
Obergerichts des Kantons Zürich vom 22. Mai 2007 (NX070010/U)**

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Die Beschwerdeführer (Rekurrenten) sind seit dem Jahre 2002 (wieder) verheiratet und leben seitdem in der Schweiz. Sie sind ... Abstammung, lebten aber vor ihrer Übersiedlung in die Schweiz in.... Die Ehe der Beschwerdeführer blieb kinderlos.

Ein Bruder des Beschwerdeführers 1 lebt mit seiner Ehefrau in Dieses Ehepaar hat vier Kinder (geboren ...). Als die Ehefrau das jüngste Kind erwartete, kamen die beiden Ehepaare überein, dieses Kind, Z (geboren am ...), den Beschwerdeführern zu überlassen. Diese ersuchten im Hinblick auf eine Adoption um eine Pflegeplatzbewilligung, welche das kantonale Amt für Jugend und Berufsberatung am 31. Mai 2005 erteilte. Am 24. Juli 2005 reiste Z in die Schweiz ein und lebt seither bei den Beschwerdeführern. Mit Beschluss vom 25. August 2005 entzog die Sozialbehörde ... den Eltern von Z gestützt auf Art. 312 Ziff. 2 ZGB die elterliche Sorge und stellte das Kind unter Vormundschaft (KG act. 2 S. 2 Ziff. 1.1).

2. Mit Beschluss vom 5. Oktober 2006 stimmte die Sozialbehörde ... einer Adoption von Z durch die Beschwerdeführer (Pflegeeltern) zu und beantragte dem Bezirksrat ..., der Adoption im Sinne von Art. 422 Ziff. 1 ZGB ebenfalls zuzustimmen und die Adoption in Anwendung von Art. 268 ZGB und § 39 Abs. 1 EG ZGB zu vollziehen. Der Bezirksrat folgte diesen Anträgen nicht; am 8. Februar 2007 beschloss er, der Adoption von Z durch die Beschwerdeführer nicht zuzustimmen und die Adoption nicht auszusprechen. Mittels dagegen gerichteten Rekurs beantragten die Beschwerdeführer die Aussprechung der Adoption (KG act. 2 S. 2f. Ziff. 1.2). Die Vorinstanz (II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich) wies den Rekurs in der Folge mit Beschluss vom 22. Mai 2007 ab und bestätigte den Beschluss des Bezirksrats ... vom 8. Februar 2007 (KG act. 2 S. 7 Disp.-Ziff. 1).

3. Gegen diesen obergerichtlichen Beschluss richtet sich die vorliegende, fristgerecht eingereichte Nichtigkeitsbeschwerde, mittels welcher die Beschwerdeführer dessen Aufhebung und Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zwecks Neuurteilung beantragen; unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Staatskasse (KG act. 1 S. 2). Der vorliegenden Nichtigkeitsbeschwerde wurde - antragsgemäss (KG act. 1 S. 2) - mit Präsidialverfügung vom 13. Juni 2007 aufschiebende Wirkung verliehen (KG act. 4 S. 2 Ziff. 4). Die den Beschwerdeführern mit vorgenannter Präsidialverfügung auferlegte Prozesskaution von Fr. 1'000.-- ging rechtzeitig ein (KG act. 9). Die Vorinstanz hat auf Vernehmlassung verzichtet (KG act. 8).

II.

1. Einleitend ist festzuhalten, dass der vorliegend angefochtene Entscheid mittels Beschwerde in Zivilsachen dem Bundesgericht zur Prüfung unterbreitet werden kann (Art. 72ff. BGG). Mittels einer solchen Beschwerde kann (unter anderem) die Verletzung von Bundesrecht gerügt werden (Art. 95 BGG). Infolgedessen kann auf beschwerdeführerische Vorbringen, welche die Anwendung von Bundesrecht betreffen, im vorliegenden kantonalen Beschwerdeverfahren nicht eingetreten werden (§ 285 ZPO).

2. a) Die Beschwerdeführer lassen in der Beschwerde zunächst vorbringen, die Behörden seien, nachdem sie (die Beschwerdeführer) in der Schweiz einen Antrag auf Erteilung einer Pflegekinderbewilligung gestellt hätten, nach dem Haager Übereinkommen über den Schutz von Kindern und die Zusammenarbeit auf dem Gebiet der Internationalen Adoption vom 29. Mai 1993 (SR 0.211.221.311) vorgegangen. Nach umfangreichen Abklärungen sowohl im Aufnahme- als auch im Heimatstaat habe ihnen das Amt für Jugend und Berufsberatung des Kantons Zürich die definitive Bewilligung zur Aufnahme von Z zwecks Adoption erteilt. Zudem sei ihnen schriftlich mitgeteilt worden, dass nur noch wenige Schritte bis zur Beendigung des Adoptionsverfahrens verblieben. In der Folge sei Z am 24. Juli 2005 gestützt auf eine vom Migrationsamt erteilte Einreise- und Aufenthaltsbewilligung in die Schweiz eingereist und befinde sich nunmehr seit rund zwei Jahren unun-

terbrochen bei ihnen (den Beschwerdeführern) in der Schweiz (KG act. 1 S. 3 Ziff. 1).

In der Rekursschrift - so die Beschwerdeführer weiter - sei geltend gemacht worden, dass es unter den gegebenen Umständen - wenn den Eltern die Adoption von den Behörden praktisch zugesichert worden sei, und wenn alle notwendigen Abklärungen gemäss dem Haager Übereinkommen getätigt worden seien - nicht angehe, die Adoption letztlich zu verweigern. Diesfalls dürfe nicht ohne Not von den Empfehlungen der Zentralen Behörden des Heimat- und des Aufnahmestaates abgewichen werden. Die Vorinstanz habe sich mit diesen Vorbringen nicht auseinandergesetzt. Sinn und Zweck des Haager Übereinkommens sei es - so in der Beschwerdeschrift weiter -, zu verhindern, dass Kinder zur Adoption in ein anderes Land gebracht würden, sich dort einlebten, eine Beziehung zu den neuen Eltern aufbauten, letztlich aber von diesen wieder getrennt würden. Die Vorinstanz hätte sich daher mit der Frage beschäftigen müssen, unter welchen Voraussetzungen die Behörde, welche über die Adoption entscheide, von den Entscheidungen der Zentralen Behörde nach dem Haager Übereinkommen abweichen dürfe. Bei unveränderten Verhältnissen und wenn sich die Eltern vorbildlich um das Kind gekümmert hätten, könne die für die Adoption zuständige Behörde nur aus schwerwiegenden Gründen einen abweichenden Entscheid treffen. Der vorinstanzliche Entscheid verletze nach dem Gesagten den in Art. 29 Abs. 2 BV verankerten Anspruch auf rechtliches Gehör. Daraus folge die Pflicht der Behörden und Gerichte, ihre Entscheide zu begründen (KG act. 1 S. 4f. Ziff. 2 mit Aktenzitate).

b) Eine Adoption mit internationalem Bezug wird in der Schweiz (nur) nach den Bestimmungen des schweizerischen Rechts (Art. 264ff. ZGB) ausgesprochen, wobei dieses durch das Bundesgesetz zum Haager Adoptionsübereinkommen und über Massnahmen zum Schutz des Kindes bei internationalen Adoptionen (BG-HAÜ; 0.211.221.31) ergänzt wird (BSK ZGB I - Peter Breitschmid, N 10 zu Vorbemerkungen zu Art. 264-269c ZGB). Die Frage, unter welchen Voraussetzungen eine Adoption auszusprechen respektive wann eine solche zu verweigern ist, ist daher bundesrechtlicher Natur. Darauf kann im vorliegenden, kantonalen

Beschwerdeverfahren nicht eingetreten werden (§ 285 ZPO; vgl. vorne Ziff. II.1). Gleiches muss hinsichtlich der Fragen gelten, welche Bedeutung Empfehlungen der Zentralen Behörden betroffener Staaten zukommt respektive wann und unter welchen Voraussetzungen von solchen Empfehlungen abzuweichen ist. Das Bundesgericht prüft im Weiteren auch, ob die Vorinstanz hinsichtlich der strittigen bundesrechtlichen Fragen der ihr obliegenden Begründungspflicht nachgekommen ist und insoweit den Anspruch der Beschwerdeführer auf rechtliches Gehör gewahrt hat, weshalb die kantonale Beschwerdeinstanz auch auf diese Frage nicht eintreten kann.

c) Weiter steht das beschwerdeführerische Vorbringen im Raum, der vorinstanzliche Entscheid verletze das in § 50 Abs. 1 ZPO sowie in Art. 8 BV (gemeint wohl Art. 9 BV) statuierte Gebot von Treu und Glauben, aus welchem sich ein Verbot widersprüchlichen Verhaltens der Behörden respektive ein Anspruch des Privaten gegenüber dem Staat auf Schutz berechtigten Vertrauens ableiten lasse. Der Private müsse sich auf einmal gemachte Zusicherungen des Staates verlassen können. Vorliegend sei den Beschwerdeführern vom Amt für Jugend und Berufsberatung die Bewilligung für die Aufnahme eines Pflegekindes zum Zwecke der Adoption erteilt und ihnen zudem schriftlich mitgeteilt worden, dass es "nur noch wenige Schritte bis zur Beendigung des Adoptionsverfahrens" seien. Dies (Bewilligung und Zusicherung) sei von den Beschwerdeführern dahingehend verstanden worden - und habe auch dahingehend verstanden werden dürfen -, dass die Adoption bei Wohlverhalten ihrerseits bewilligt würde. In einem so späten Stadium des Verfahrens dürfe eine Adoption nicht mehr aus grundsätzlichen Überlegungen heraus verweigert werden. Zwischen dem Grundsatz des Vertrauensschutzes und dem Grundsatz der Gesetzmässigkeit bestehe - so in der Beschwerdeschrift weiter - immer ein Spannungsverhältnis. Da der angefochtene Entscheid bei anderer Handhabung des Ermessens ohne Gesetzesverletzung auch anders hätte ausfallen können, müsse im konkreten Fall bei der Interessenabwägung der Vertrauensschutz schwerer wiegen als der Grundsatz der Gesetzmässigkeit (KG act. 1 S. 7f. Ziff. 5).

d) Das Amt für Jugend und Berufsberatung des Kantons Zürich stellte den Beschwerdeführern mit Schreiben vom 6. Juni 2005 "die definitive Bewilligung zur Aufnahme von Z zwecks Adoption als Beilage" zu. Der weitere Wortlaut des Schreibens lautet: "Es sind nur noch wenige Schritte bis zur Beendigung des Adoptionsverfahrens, über die ich Sie informieren möchte..." (KG act. 7/11/2/2). Die Beschwerdeführer vertreten im Kern sinngemäss die Auffassung, dass ihnen (auch) aufgrund des (angeblich) widersprüchlichen Verhaltens der in casu involvierten Behörden nach Treu und Glauben ein Anspruch auf Aussprechung der Adoption zustehe. Ob dies – wie die Beschwerdeführer unter Berufung auf § 50 Abs. 1 ZPO sowie Art. 9 BV meinen - zutreffend ist, beschlägt die bundesrechtliche Frage (und geht in ihr auf), unter welchen Voraussetzungen eine Adoption auszusprechen respektive zu verweigern ist, weshalb auch darauf im vorliegenden Beschwerdeverfahren nicht eingetreten werden kann.

3. a) Nachdem die Vorinstanz zunächst zum Schluss gelangte, dass der Bezirksrat ... die Zustimmung zur Adoption beziehungsweise deren Aussprechung bereits mangels Vorliegen einer "Elternlosigkeit" des fraglichen Kindes zu Recht verweigert habe (KG act. 2 S. 4f. Ziff. 2.1), prüfte sie im Folgenden die Frage des Kindeswohls im Fall einer Adoption. Sie kam zum Schluss, dass ein erhebliches Risiko bestehe, dass das Kind in eine Identitätskrise beziehungsweise in einen Zwiespalt zwischen seinen Adoptiveltern und seinen leiblichen Eltern und Geschwistern gerate. Eine solche Konfliktmöglichkeit - so die Vorinstanz - sei weit höher einzustufen als in jenen Fällen, wo zwar die leiblichen Eltern auch noch lebten, es jedoch auf Grund der Umstände kaum zu persönlichen Kontakten des Adoptivkindes mit diesen komme (KG act. 2 S. 5f. Ziff. 2.2).

b) In der Beschwerde wird in diesem Zusammenhang vorgebracht, im angefochtenen Entscheid sei bei Z ohne differenzierte Begründung von der Gefahr einer späteren Identitätskrise beziehungsweise von einem Zwiespalt zwischen leiblichen Eltern und Adoptiveltern ausgegangen worden. Dabei habe sich die Vorinstanz allein auf die Vermutung gestützt, dass es wohl immer wieder bei Besuchen zu persönlichen Kontakten zwischen den beiden Familien kommen werde. Diese Behauptung - so die Beschwerdeführer weiter -, sei aktenmässig nicht belegt und

es sei diesbezüglich auch kein Beweisverfahren durchgeführt worden. Damit habe die Vorinstanz ihren Entscheid auf aktenmässig nicht belegte und nicht bewiesene Tatsachen gestützt und einen Nichtigkeitsgrund nach § 281 Ziff. 2 ZPO gesetzt (KG act. 1 S. 6 oben i.V. mit S. 2 unten). Weiter wird in der Beschwerde in diesem Zusammenhang geltend gemacht, die Vorinstanz habe sich auch nicht mit dem in der Rekurschrift vorgebrachten Argument auseinandergesetzt, dass sich der vorliegende Fall wesentlich von anderen Fällen betreffend die Frage der Pflegekinderbewilligung unterscheide. Damit habe sie ein weiteres Mal den Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt und einen Nichtigkeitsgrund im Sinne von § 281 Ziff. 1 ZPO gesetzt (KG act. 1 S. 5f. Ziff. 3).

c) Die Vorinstanz begründete den seitens der Beschwerdeführer gerügten Schluss, dass es trotz der räumlichen Trennung wohl immer wieder bei Besuchen zu persönlichen Kontakten zwischen den beiden Familien - bspw. bei Ferienaufenthalten - kommen werde, auch wenn diese relativ selten stattfänden (KG act. 2 S. 6 oben), mit den Umständen, dass zwischen den leiblichen und den Adoptiveltern enge verwandtschaftliche bzw. familiäre Beziehungen bestünden, die beiden Ehemänner Brüder seien, und diese respektive deren Familien im Weiteren in einem guten Verhältnis zueinander stünden. Mit diesen (den Sachverhalt betreffenden) Erwägungen setzt sich die Beschwerde nicht auseinander. Darin wird auch nicht geltend gemacht, dass hinsichtlich der von der Vorinstanz festgestellten Sachverhaltselemente eine Aktenwidrigkeit im Sinne von § 281 Ziff. 2 ZPO vorliege. Schliesslich vermag die Beschwerde auch nicht darzutun, dass die Vorinstanz ihrem Entscheid willkürliche tatsächliche Annahmen zugrundegelegt hätte. Von willkürlichen tatsächlichen Annahmen (§ 281 Ziff. 2 ZPO) ist nur zu sprechen, wenn der vom Sachrichter gezogene Schluss für einen unbefangenen Denkenden als unhaltbar erscheint (vgl. von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. Auflage, Zürich 1986, S. 28). Zur Begründung der Rüge gehört, dass in der Beschwerde gesagt wird, welcher tatsächliche Schluss aufgrund welcher Aktenstelle als willkürlich erscheint (ZR 81 Nr. 88 Erw. 6; Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 1997, N 4 zu § 288). Diesbezüglich wird in der Beschwerde jedoch nichts vorgebracht. Allein mit dem (allerdings wohl

in anderem Sinne verstandenen) Vorbringen, es sei in der Rekurschrift nur ausgeführt worden, das Kind werde die leiblichen Eltern selten sehen, würde im Übrigen auch keine Willkür dargetan, zumal auch die Vorinstanz erwog, dass persönliche Kontakte relativ selten stattfänden. Nach dem Gesagten vermag die Beschwerde keinen Nichtigkeitsgrund im Sinne von § 281 Ziff. 2 ZPO darzutun. Ob die Vorinstanz das Kindeswohl im Fall einer Adoption unter den gegebenen tatsächlichen Umständen zu Recht als gefährdet erachtete, ist eine Frage des Bundesrechts, auf welche im vorliegenden Verfahren nicht eingetreten werden kann (vgl. vorne Ziff. II.1). Dabei überprüft das Bundesgericht auch, ob der kantonale Richter diesbezüglich seiner Begründungspflicht nachgekommen ist. Auch darauf ist im vorliegenden Beschwerdeverfahren nicht einzutreten.

4. a) Die Vorinstanz prüfte zum Schluss die Frage, ob die Adoption in casu nur schon deshalb zu bewilligen sei, weil eine Rückkehr des Kindes zu seinen leiblichen Eltern mit dem Kindeswohl nicht vereinbar wäre. Sie kam zum Schluss, dass es die mit einem Familienwechsel verbundenen Nachteile für das Kind Z nicht rechtfertigten, die beantragte Adoption trotz fehlender Voraussetzungen auszusprechen (KG act. 2 S. 6f. Ziff. 2.3).

b) Die Beschwerdeführer lassen in diesem Zusammenhang vorbringen, entgegen der Ansicht der Vorinstanz müsse im Falle einer Rückkehr von Z zu seinen leiblichen Eltern von einer ernsthaften Schädigung des Kindeswohls ausgegangen werden. Die Frage, ob die Trennung eines Kleinkindes nach zweijährigem Aufenthalt bei Adoptiveltern eine nachhaltige Schädigung des Kindeswohls verursache, könne nicht allein gestützt auf die allgemeine Lebenserfahrung eines Richters und auch nicht losgelöst von den konkreten Umständen beantwortet werden. Es handle sich dabei um eine erhebliche strittige Tatsache, über deren Vorliegen Beweis abzunehmen sei. Eine Beweisabnahme sei gemäss § 133 ZPO nur dann nicht notwendig, wenn der Richter sichere Kenntnis besitze, was vorliegend nicht der Fall sei. Die Beantwortung dieser strittigen Frage bedürfe zumindest genauer Abklärungen der konkreten Umstände, aber auch besonderer Kenntnisse, über welche das Gericht nicht verfüge, weshalb gemäss § 171 ZPO ein Sachverständiger beizuziehen sei. Indem die Vorinstanz über diese strittige Tatsache kei-

nerlei Beweise abgenommen habe, habe sie wesentliche Verfahrensvorschriften (§§ 133 und 171 ZPO) verletzt, was einen Nichtigkeitsgrund im Sinne von § 281 Ziff. 1 ZPO darstelle (KG act. 1 S. 6f. Ziff. 4).

c) Die Vorinstanz kam zum Schluss, es sei nicht zu befürchten, dass das Kindeswohl bei einer Rückkehr von Z zu seinen leiblichen Eltern längerfristig ernsthaft beeinträchtigt werde (KG act. 2 S. 6 unten). Sie erwog in diesem Zusammenhang, dass das Kind zwar die Trennung von den Beschwerdeführern als einen erheblichen Eingriff in seine Lebenssituation erleben dürfte, dass es andererseits aber (wieder) Aufnahme in einer intakten Familie (leibliche Eltern und Geschwister) finde, dass es keine sprachlichen Barrieren zu überwinden habe und keine ausserfamiliären Beziehungen in Kindergarten oder Schule aufgeben müsse. Ebenfalls in die Erwägungen miteinbezogen wurden das Alter des Kindes sowie die Dauer des Aufenthaltes bei den Pflegeeltern (KG act. 2 S. 6f. Ziff. 2.3). Die beschwerdeführerische Kritik zielt nicht gegen diese einzelnen Sachverhaltselemente, sondern vielmehr gegen den vorinstanzlichen Schluss hinsichtlich der Frage der Beeinträchtigung des Kindeswohls (und der darauf gestützten Ansicht der Vorinstanz, dass die zu erwartende Beeinträchtigung des Kindeswohls (im Fall einer Rückkehr) nicht dergestalt sei, dass eine Adoption alleine deswegen auszusprechen sei). Dabei handelt es sich jedoch um eine Frage des Bundesrechts, welche der Prüfung durch das Kassationsgericht entzogen ist. Gleiches gilt für die Fragen, ob zwecks Abklärung (des Grades) der Beeinträchtigung des Kindeswohls (bei einer Rückkehr von Z zu seinen leiblichen Eltern) ein Fachurteil beigezogen werden müsste (vgl. dazu die in Art. 268a ZGB statuierte bundesrechtliche Untersuchungsmaxime), und ob allenfalls weitere, von der Vorinstanz nicht berücksichtigte Sachverhaltselemente von Bedeutung sind (die Frage, ob die Rüge der Verletzung der Untersuchungsmaxime genügend substantiiert ist, kann somit offen bleiben). Auf das beschwerdeführerische Vorbringen kann daher nicht eingetreten werden.

5. Zusammengefasst ergibt sich, dass die Beschwerde abzuweisen ist, soweit darauf eingetreten werden kann. Damit wird die ihr verliehene aufschiebende Wirkung entfallen.

III.

Ausgangsgemäss werden die Beschwerdeführer 1 und 2 für das Kassationsverfahren - solidarisch, je zur Hälfte - kostenpflichtig (§ 64 Abs. 2 ZPO). Die Zuspreechung einer Prozessentschädigung für das vorliegende Verfahren entfällt.

Das Gericht beschliesst:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann. Damit entfällt die der Beschwerde verliehene aufschiebende Wirkung.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 800.--.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden den Beschwerdeführern 1 und 2 unter solidarischer Haftung je zur Hälfte auferlegt.
4. 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.

Sodann läuft die Frist von 30 Tagen zur Anfechtung des Beschlusses des Obergerichtes vom 22. Mai 2007 mit Beschwerde an das Bundesgericht neu ab Empfang des vorliegenden Entscheides (Art. 100 Abs. 1 und 6 BGG).

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

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich, die Vormundschaftsbehörde ..., die Direktion der Justiz und des Innern (Gemeindeamt des Kantons Zürich), sowie an den Bezirksrat ..., je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Die juristische Sekretärin: