



Kass.-Nr. AA070127/U/la

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Andreas Donatsch, die Kassationsrichterin Yvona Griesser, die Kassationsrichter Reinhard Oertli und Georg Naegeli sowie der Generalsekretär Viktor Lieber

Zirkulationsbeschluss vom 30. Juni 2008

in Sachen

A.,

...

...,

Kläger, Appellant und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwalt ...

gegen

1. **B.**,

...,

2. **C.**,

...,

3. **D.**,

...,

4. **E.**,

...,

5. **F.**,

...,

Beklagte, Appellaten und Beschwerdegegner

1 - 5 vertreten durch Rechtsanwalt ...

betreffend **Forderung**

Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Urteil der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 12. Juni 2007 (LB060102/U)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Die Beklagten und Beschwerdegegner (nachfolgend: Beschwerdegegner) waren zwischen 1999 und 2001 Mitglieder der Sozialbehörde (Vormundschaftsbehörde) der Gemeinde X. Der Kläger und Beschwerdeführer (nachfolgend: Beschwerdeführer) ist Neffe und Alleinerbe des am 5. August 2000 verstorbenen A. Mit Beschluss vom 5. Juli 1999 hatte die Vormundschaftsbehörde X. über A. eine Beistandschaft angeordnet und als Beiständin – entsprechend dem Wunsch von A. – Y. ernannt. Am 23. Mai 2000 stellte die Sozialbehörde Y. in ihrem Amt vorläufig ein und setzte neu Z. als vorläufigen Beistand ein, dies, nachdem Y. kein Eröffnungsinventar erstellt und (mit Zustimmung der Beschwerdegegner) die Eigentumswohnung von A. verkauft hatte, wobei sie den dabei erzielten Verkaufserlös von Fr. 108'500.-- nach Darstellung des Beschwerdeführers innert kurzer Zeit für eigene Bedürfnisse verwendete.

Der Beschwerdeführer klagte zunächst im August 2002 gegen Y. auf Zahlung von Fr. 108'140.55, welche die Klage anerkannte; der zugesprochene Betrag erwies sich jedoch wegen Überschuldung als uneinbringlich. Ferner erstattete die Gemeinde X. Strafanzeige gegen Y. wegen ungetreuer Geschäftsbesorgung, eventuell Veruntreuung; die Strafuntersuchung wurde von der Bezirksanwaltschaft Dielsdorf am 16. September 2002 eingestellt und ein dagegen erhobener Rekurs des Beschwerdeführers vom Einzelrichter in Strafsachen am 14. März 2003 abgewiesen.

2. Im September 2003 leitete der Beschwerdeführer das vorliegende Verfahren vor Bezirksgericht Dielsdorf ein; mit seiner Klage verlangt er von den Beschwerdegegnern als Mitglieder der Vormundschaftsbehörde X. gestützt auf Art. 426 ff. ZGB Zahlung von Fr. 108'140.55 nebst Fr. 7'091.20 für die im Verfahren gegen Y. zugesprochene Prozessentschädigung. Mit Urteil vom 28. Oktober 2004 wies das Bezirksgericht Dielsdorf die Klage zufolge Verjährung ab. Auf Berufung des Beschwerdeführers hin hob die II. Zivilkammer des Obergerichts dieses Urteil mit Beschluss vom 30. September 2005 auf und wies den Prozess an die erste

Instanz zurück. Mit Urteil vom 14. September 2006 wies das Bezirksgericht die Klage wiederum ab.

Auf erneute Berufung des Beschwerdeführers hin wies auch das Obergericht, II. Zivilkammer, mit Urteil vom 12. Juni 2007 die Klage ab (KG act. 2).

3. Gegen dieses Urteil des Obergerichts richtet sich die vorliegende, rechtzeitig erhobene Nichtigkeitsbeschwerde, mit welcher der Beschwerdeführer beantragt, es sei das angefochtene Urteil aufzuheben und es sei die Klage gutzuheissen; eventuell sei die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen (KG act. 1 S. 2). Die Beschwerdegegner beantragen Abweisung der Beschwerde (KG act. 10), während die Vorinstanz auf Vernehmlassung verzichtet hat (KG act. 8).

Weitere Stellungnahmen gingen nicht ein.

4. Der Beschwerde wurde aufschiebende Wirkung verliehen.

II.

1. Als erstes beruft sich der Beschwerdeführer auf den Nichtigkeitsgrund der aktenwidrigen bzw. willkürlichen tatsächlichen Annahme (Beschwerde S. 8 ff.).

1.1 Vor den Vorinstanzen hatte der Beschwerdeführer u.a. eine Verletzung der cura in eligendo seitens der Beschwerdegegner geltend gemacht. So hätte Y. nicht als Beiständin bestellt werden dürfen, weil sie nur über eine minimale schulische Ausbildung und über keine Berufsausbildung verfüge und damit die notwendigen Voraussetzungen für dieses Amt nicht erfüllt habe. Das Obergericht verwies diesbezüglich auf die Erwägungen im erstinstanzlichen Urteil, wo dieser Vorwurf zurückgewiesen worden war; ergänzend fügte es bei, der Verbeiständete habe nach eigener Darstellung des Beschwerdeführers seinerzeit selber gewünscht, dass Y. als Beiständin bestellt werde, womit der nachträglich an die Adresse der Vormundschaftsbehörde gerichtete Vorwurf des als Rechtsnachfolger des Verbeiständeten handelnden Beschwerdeführers in krasser Weise gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstosse (KG act. 2 S. 7 f., Ziff. 2.4.2).

Der Beschwerdeführer beanstandet in diesem Zusammenhang (Beschwerde Ziff. III/1a, S. 7 f.), dass sich die Vorinstanz nicht mit den vorangehenden Erkenntnissen des Einzelrichters in Strafsachen (Rekursentscheid betreffend Einstellung des Strafverfahrens gegen Y.) befasse, worin klar zum Ausdruck gebracht worden sei, dass die Beiständin offenbar ohne nähere Prüfung ihrer Eignung eingesetzt worden sei. Das Obergericht lasse ferner ausser Acht, dass – wie vom Beschwerdeführer geltend gemacht – bei Sympathie und/oder Vertrauensverhältnis zwischen dem zu Verbeiständenden und der als Beistand gewünschten Person die Vormundschaftsbehörde eine besondere Pflicht zur Eignungsprüfung treffe. Mit diesen Vorbringen macht der Beschwerdeführer jedoch keine aktenwidrige oder willkürliche tatsächliche Annahme geltend, sondern kritisiert die vorinstanzliche Rechtsauffassung. Nach welchen Kriterien sich die Frage einer allfälligen Verletzung der cura in eligendo beurteilt und ob insbesondere eine Verletzung derselben hier deshalb nicht vorliegt, weil der Verbeiständete selber ausdrücklich gewünscht hatte, dass Y. als Beiständin bestellt werde, ist Frage des materiellen Bundesrechts (Auswahl einer „Person ..., die zu diesem Amt geeignet erscheint“, Art. 379 Abs. 1 ZGB). Die richtige Anwendung von Bundesrecht kann aber im vorliegenden Fall das Bundesgericht auf Beschwerde in Zivilsachen hin frei überprüfen (Art. 95 lit. a BGG), womit sich die Rüge als unzulässig erweist (§ 285 ZPO).

1.2a) Das Obergericht verneinte des Weiteren auch eine Verletzung der cura in instruendo seitens der Beschwerdegegner (Urteil S. 8, Ziff. 2.4.3). Dabei stellte es prozessual darauf ab, dass der Beschwerdeführer vor erster Instanz die behauptete persönliche Instruktion der Beiständin Y. durch den Sekretär der Sozialbehörde nicht bestritten, sondern lediglich behauptet habe, eine Instruktion *durch die Beschwerdegegner* sei nicht erfolgt; eine allfällige sinngemäss Bestreitung der Instruktion durch den Sozialsekretär erst im Berufungsverfahren wäre sodann als verspätet zu betrachten. Angesichts der somit unbestritten gebliebenen persönlichen Instruktion der Beiständin durch den Sozialsekretär liege keine Verletzung der Instruktionspflicht vor. Aufgeworfen, aber nicht abschliessend beurteilt wird ferner von der Vorinstanz auch in diesem Zusammenhang die Frage, ob der nachträgliche Vorwurf ungenügender Instruktion nicht ein treuwidriges Verhalten des Verbeiständeten bzw. des Beschwerdeführers beinhalte.

Nach Auffassung des Beschwerdeführers (Beschwerde Ziff. III/1b, S. 9 ff.) ist die Feststellung, er habe vor erster Instanz die behauptete persönliche Instruktion der Beiständin nicht bestritten, aktenwidrig.

b) Die Aktenwidrigkeitsrüge ist in der vorliegenden Konstellation (ungeachtet paralleler Rügegründe nach Bundesrecht) schon deshalb ohne weiteres zulässig, weil sich die Frage der genügenden Bestreitung nach kantonalem Recht beurteilt (FRANK/STRÄULI/MESSMER, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 1997, § 113 N 8).

c) In ihrer Klageantwort vom 9. Dezember 2003 hatten die Beschwerdegegner ausführen lassen (BG act. 11 S. 15):

„Y. wurde vom damaligen Sozialsekretär Sch. persönlich über die Rechte und Pflichten des Beistandes informiert. Zudem wurde ihr die Broschüre ‚Wegleitung für vormundschaftliche Organe‘ von H. zur Verfügung gestellt.“

Dagegen liess der Beschwerdeführer in seiner Klagereplik vorbringen (BG act. 16 S. 5 f.):

„Es genügt doch nicht, wenn man einer Beiständin die ‚Wegleitung für vormundschaftliche Organe‘ übergibt, wenn man nicht einmal abklärt, ob die Beiständin die Wegleitung überhaupt versteht. Von einer Instruktion der Beiständin kann keine Rede sein.“

Somit steht fest, dass die Beschwerdegegner zwei Behauptungen aufgestellt hatten, nämlich zum einen die persönliche Instruktion der Beiständin durch den Sozialsekretär, zum anderen die Übergabe einer Broschüre. Der Beschwerdeführer nahm in der Klagereplik jedoch allein zum zweiten Punkt Stellung, indem er ausführen liess, in der Übergabe einer solchen Wegleitung könne keine genügende Instruktion gesehen werden; zum ersten Punkt – persönliche Instruktion durch den Sozialsekretär – äusserte sich der Beschwerdeführer hingegen nicht. Mit dem Satz „Von einer Instruktion kann keine Rede sein“ wurde bloss zum Ausdruck gebracht, dass die Übergabe einer Broschüre keine genügende Instruktion darstelle. Es kann daher nicht gesagt werden, der Beschwerdeführer habe sich „bestimmt“ und „im einzelnen über das Vorbringen des Gegners“ (§ 113 Satz 2 ZPO) ausgesprochen.

Fehl geht von vornherein die in diesem Zusammenhang weiter erhobene Rüge, es treffe nicht zu, dass eine allfällige Bestreitung überdies verspätet erfolgt wäre. Diese Erwägung des Obergerichts bezieht sich auf eine nachträgliche Bestreitung im Berufungsverfahren und nicht auf das erstinstanzliche Verfahren.

d) Zusammenfassend erweist sich die Aktenwidrigkeitsrüge als unbegründet; gleiches gilt für die in diesem Zusammenhang erhobene Rüge der Gehörsverweigerung (Beschwerde S. 11), welche sich inhaltlich mit der eben behandelten Rüge deckt.

1.3 Das Obergericht schützte die Auffassung der ersten Instanz, wonach die Verbeiständung die Handlungsfähigkeit von A. nicht beschränkte und dieser mithin über sein Vermögen habe frei verfügen können (Urteil S. 7, Ziff. 2.3 unter Hinweis auf OG act. 53 S. 18); es folgerte weiter, wenn die Beiständin nicht widerrechtlich gehandelt hätte, hätte der Verbeiständete einen Schadenersatzanspruch wegen der fraglichen Vermögensverfügungen weder ihr noch der Vormundschaftsbehörde gegenüber gehabt. Die erste Instanz habe zu Recht davon abgesehen, hierüber ein Beweisverfahren durchzuführen und die Frage der Widerrechtlichkeit zu entscheiden, weil es ohnehin an der weiteren Haftungsvoraussetzung des Verschuldens mangle (vgl. auch Urteil S. 10, Ziff. 2.4.5).

Mit anderen Worten haben die Vorinstanzen die Klage schon (und ausschliesslich) wegen fehlenden Verschuldens der Beschwerdegegner abgewiesen und insbesondere die Frage der Widerrechtlichkeit ausdrücklich offen gelassen. Wenn der Beschwerdeführer rügt (Beschwerde Ziff. III/1c, S. 11), es seien mit Bezug auf die Frage, ob A. die Bezüge mit der Beiständin abgesprochen oder dieser gar Schenkungen ausgerichtet habe (was bestritten worden sei), vom Obergericht willkürliche tatsächliche Annahmen getroffen worden bzw. zu Unrecht kein Beweisverfahren durchgeführt worden, geht die Rüge daher am angefochtenen Entscheid vorbei; des weiteren unterlässt es der Beschwerdeführer in diesem Zusammenhang, genau zu sagen, wo das Obergericht die in Frage stehen Annahmen getroffen haben soll.

2. Der Beschwerdeführer rügt weiter (Beschwerde, S. 12 ff.) eine Verletzung klaren materiellen Rechts.

2.1 Vorab rügt der Beschwerdeführer (Beschwerde Ziff. III/2a) eine Verletzung der §§ 109 ff. EG ZGB. Danach sei die Vormundschaftsbehörde verpflichtet, sich vom Vormund bzw. Beistand so oft als nötig Rechnung ablegen zu lassen und bei einer Verzögerung von länger als sechs Wochen Frist unter Androhung von Säumnisfolgen anzusetzen. Diesen Vorschriften seien die Beschwerdegegner nicht nachgekommen, was vom Beschwerdeführer vor Obergericht gerügt worden sei; dieses habe jedoch die geltend gemachten Verletzungen kantonalen Rechts überhaupt nicht gewürdigt.

Das Obergericht hat – unter Hinweis auf die Erwägungen im erstinstanzlichen Urteil – auch den Vorwurf der mangelnden Beaufsichtigung der Beiständin (*cura in custodiendo*) als unbegründet zurückgewiesen; es sei nicht ersichtlich, inwiefern eine nach Auffassung des Beschwerdeführers korrekte Überwachung der Beiständin den behaupteten Schaden hätte verhindern können (Urteil Ziff. 2.4.4, S. 9 f.). Damit setzt sich der Beschwerdeführer nicht näher auseinander. Insofern bleibt es dabei, dass die – behauptete – Verletzung kantonaler Vorschriften betreffend die Überwachung bzw. Rechnungsablage der Beiständin im vorliegenden Fall für den Ausgang des Verfahrens unerheblich geblieben ist. In diesem Zusammenhang kann somit auch offen bleiben, ob bzw. inwieweit sich die angeführten kantonal-rechtlichen Bestimmungen mit derjenigen von Art. 423 ZGB decken, womit gegebenenfalls die Rüge im Hinblick auf § 285 ZPO unzulässig wäre.

2.2 Verletzt habe das Obergericht – so der Beschwerdeführer weiter (Beschwerde Ziff. III/2b, S. 13) – auch Art. 398 ZGB (Aufnahme eines Eröffnungsinventars), indem es die Verletzung dieser Bestimmung durch die Beschwerdegegner nicht gewürdigt bzw. toleriert habe. Damit wird eine Verletzung von Bundesrecht gerügt, worauf im vorliegenden Verfahren nicht eingetreten werden kann (§ 285 ZPO).

2.3 Das eben Gesagte gilt auch für die abschliessend erhobene Rüge der Verletzung von Art. 422 Ziff. 7 ZGB (Beschwerde Ziff. III/2c, S. 14). Ob diese Bestimmung – die sich ohnehin allein auf Verträge zwischen Mündel und Vormund bezieht – überhaupt anwendbar ist, ist nicht weiter zu prüfen.

3. Unter dem Titel „Verletzung von wesentlichen Verfahrensgrundsätzen“ erhebt der Beschwerdeführer keine eigenständige (weitere) Rüge, sondern äussert sich zum weiteren Vorgehen im Fall einer Gutheissung.

4. Zusammenfassend erweist sich die Beschwerde als unbegründet und ist abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.

Damit entfällt die ihr beigelegte aufschiebende Wirkung.

5. Ausgangsgemäss wird der Beschwerdeführer für das Kassationsverfahren kosten- und entschädigungspflichtig.

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. 4'500.--.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden dem Beschwerdeführer auferlegt.
4. Der Beschwerdeführer wird verpflichtet, den Beschwerdegegnern für das Kassationsverfahren je eine Prozessentschädigung von Fr. 1'300.-- zu entrichten.
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. Der Streitwert beträgt Fr. 115'231.75.

Sodann läuft die Frist von 30 Tagen zur Anfechtung des Urteils des Obergerichts vom 12. Juni 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.

6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die II. Zivilkammer des Obergerichtes des Kantons Zürich und an die II. Abteilung des Bezirksgerichtes Dielsdorf (vom 14. September 2006, Proz. CG050039), je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der Generalsekretär: