



---

Kass.-Nr. AA090104/U/mum

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Herbert Heeb, Vizepräsident, die Kassationsrichterinnen Sylvia Frei, Yvona Griesser und der Kassationsrichter Georg Naegeli sowie der juristische Sekretär Christof Tschurr

## **Zirkulationsbeschluss vom 22. Juli 2009**

in Sachen

X.,

Rekurrent und Beschwerdeführer  
vertreten durch Rechtsanwältin

gegen

Y.,

Rekursgegnerin und Beschwerdegegnerin  
vertreten durch Rechtsanwalt

betreffend

**Feststellung der elterlichen Sorge**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der II. Zivilkammer des  
Obergerichts des Kantons Zürich vom 15. Juni 2009 (NX080060/U)**

**Das Gericht hat in Erwägung gezogen:**

1. Die Parteien sind nicht miteinander verheiratete Eltern von A., geb. 2001. Der Beschwerdeführer hat seine Vaterschaft bei den ivorischen Behörden anerkannt und ist im Geburtsregister als Vater eingetragen. Ursprünglich lebten die Parteien mit A. an der Elfenbeinküste. Anfangs 2002 übersiedelte der Beschwerdeführer mit A. in die Schweiz. Zwei Monate später kam die Beschwerdegegnerin nach. Die Parteien lebten in der Schweiz zusammen, bis die Beschwerdegegnerin den Beschwerdeführer im Januar 2003 verliess und A. mit sich nahm. Betreffend die elterliche Sorge über A. gab es keinen behördlichen oder gerichtlichen Entscheid; beide Parteien beanspruchten die elterliche Sorge. Am 30. Juli 2008 reichte der Beschwerdeführer beim Bezirksrat Zürich eine Klage ein mit dem Antrag (neben anderen Anträgen), es sei festzustellen, dass ihm die elterliche Sorge über A. zustehe (OG act. 9/116 S. 2). Mit Verfügung vom 31. Juli 2008 überwies der Präsident des Bezirkesrates mit der Erwägung, die Abklärung, wem die elterliche Sorge zustehe, obliege der Vormundschaftsbehörde, die Eingabe zuständigkeitshalber der Vormundschaftsbehörde der Stadt Zürich und schrieb das Verfahren als dadurch erledigt ab (OG act. 9/115). Mit Beschluss vom 12. August 2008 wies die Vormundschaftsbehörde der Stadt Zürich mit der Erwägung, A. stehe unter der alleinigen elterlichen Sorge der Beschwerdegegnerin (OG act. 9/130 S. 6 Erw. 4.c), die Anträge des Beschwerdeführers ab (OG act. 9/130 S. 7 Dispositiv-Ziffer 1). Zu diesen Anträgen gehörte neben anderen auch derjenige auf Feststellung, dass die elterliche Sorge ihm zustehe (OG act. 9/130 S. 1 f. Ziff. 3). Als mögliches Rechtsmittel gegen diesen Beschluss wurde eine Beschwerde an den Bezirksrat erwähnt (OG act. 9/130 S. 8).

Mit Eingabe vom 14. August 2008 reichte der Beschwerdeführer beim Bezirksrat Zürich eine (von ihm als solche bezeichnete) Beschwerde gegen den Beschluss der Vormundschaftsbehörde Zürich vom 12. August 2008 ein und beantragte die Aufhebung von Dispositiv-Ziffer 1 dieses Beschlusses sowie die Feststellung, dass die elterliche Gewalt und Obhut ihm zustehe (OG act. 8/1). Explizit erklärte er dabei, gemäss Ziffer 5 des angefochtenen Beschlusses (der Vormundschaftsbehörde vom 12. August 2008) stehe als Rechtsmittel die

Beschwerde an die vormundschaftliche Aufsichtsbehörde zur Verfügung. Es werde somit (mit dieser Eingabe) der Bezirksrat Zürich als örtlich und sachlich zuständige Behörde angerufen (OG act. 8/1 S. 3 Ziff. 2). Mit Beschluss vom 6. November 2008 wies der Bezirksrat die Beschwerde ab (OG act. 3). Dagegen reichte der Beschwerdeführer beim Obergericht des Kantons Zürich einen Rekurs ein mit den hauptsächlichen Anträgen, der angefochtene Beschluss (des Bezirksamts) sei aufzuheben, und es sei festzustellen, dass A. unter seiner elterlichen Sorge stehe (OG act. 2 S. 2). Mit Beschluss vom 15. Juni 2009 wies das Obergericht (II. Zivilkammer) den Rekurs ab (KG act. 2 S. 12). Als mögliches Rechtsmittel dagegen wurde (einzig) eine Beschwerde an das Bundesgericht genannt (KG act. 2 S. 13).

2. Gegen den obergerichtlichen Beschluss vom 15. Juni 2009 reichte der Beschwerdeführer am 10. Juli 2009 eine kantonale Nichtigkeitsbeschwerde ein mit dem Antrag, der angefochtene Entscheid sei aufzuheben, und das Verfahren sei an die Vorinstanz zurückzuweisen (KG act. 1).

3. Der Vorinstanz und den Parteien wurde der Eingang der Beschwerde mit Schreiben vom 14. Juli 2009 mitgeteilt (KG act. 7). Da sich die Beschwerde sofort als unzulässig erweist (vgl. die nachfolgenden Erwägungen), kann von Weiterungen im Sinne von § 289 ZPO abgesehen, d.h. darauf verzichtet werden, der Vorinstanz Gelegenheit zur Vernehmlassung und der Beschwerdegegnerin zur Beschwerdeantwort zu geben (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 1997, N 2 zu § 289).

4. Die Nichtigkeitsbeschwerde ist nicht zulässig gegen Rekursentscheide des Obergerichts über Entscheide des Bezirksamts in Familienrechtssachen, sofern der Bezirksrat als Beschwerdeinstanz entschieden hat (§ 284 Ziff. 5 ZPO). Beim angefochtenen Beschluss des Obergerichts handelt es sich um einen Rekursentscheid über einen Beschluss des Bezirksamts betreffend elterliche Sorge, also in einer Familienrechtssache. Der Bezirksrat hat dabei über eine Beschwerde des Beschwerdeführers gegen einen Beschluss der Vormundschaftsbehörde entschieden, also als Beschwerdeinstanz. Gegen den vorinstanzlichen Rekursentscheid ist deshalb keine Nichtigkeitsbeschwerde zulässig. Die

Vorinstanz führte denn auch richtigerweise in ihrer Rechtsmittelbelehrung die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde nicht an. Auf diese kann nicht eingetreten werden.

4.1. Der Beschwerdeführer ist sich dieser Rechtslage bewusst (KG act. 1 S. 3 f. Ziff. 2). Er ist indes der Auffassung, der Bezirksrat hätte nicht als Beschwerdeinstanz entscheiden dürfen, sondern als erste Instanz entscheiden müssen. Eine falsche Behandlung durch den Bezirksrat dürfe nicht dazu führen, dass deswegen der Gang ans Kassationsgericht verwehrt werde. Deshalb sei die Nichtigkeitsbeschwerde zulässig (KG act. 1 S. 4).

4.2. Der Beschwerdeführer hatte am 14. August 2008 beim Bezirksrat eine Beschwerde gegen einen vormundschaftlichen Beschluss eingereicht. Der Bezirksrat entschied über diese Beschwerde, als Beschwerdeinstanz. Dagegen hatte der Beschwerdeführer einen Rekurs an das Obergericht eingereicht (ohne in diesem geltend zu machen, der Bezirksrat habe zu Unrecht als Beschwerdeinstanz entschieden [OG act. 2 S. 2 - 14]). Es liegt klar der in § 284 Ziff. 5 ZPO geregelte Tatbestand vor. Ob der Bezirksrat ursprünglich, auf die bei ihm mit Eingabe vom 30. Juli 2008 eingereichte Klage hätte als erste Instanz entscheiden müssen oder nicht, ist dafür irrelevant. Vor Obergericht war nicht der damalige Nichteintretensentscheid des Präsidenten des Bezirkrates vom 31. Juli 2008 angefochten, sondern der Entscheid über die Beschwerde des Beschwerdeführers. Über diesen Beschwerdeentscheid entschied das Obergericht, und gegen diesen obergerichtlichen Rekursentscheid ist die Nichtigkeitsbeschwerde nicht zulässig.

4.3. Selbst wenn der Bezirksrat in Analogie zu Art. 311 ZGB als erste Instanz entschieden hätte oder hätte entscheiden müssen, wie der Beschwerdeführer postuliert (KG act. 1 S. 4), hätte er dies als vormundschaftliche Aufsichtsbehörde getan (Art. 311 ZGB). Auch in diesem Fall wäre eine Nichtigkeitsbeschwerde gegen den obergerichtlichen Rekursentscheid nicht zulässig (ZR 105 [2006] Nr. 56).

5. Die Vormundschaftsbehörde hat dem Beschwerdeführer die unentgeltliche Prozessführung gewährt (OG act. 9/105 S. 3). Der Bezirksrat hat dem

Beschwerdeführer in der Person von Rechtsanwältin B. (substituiert durch lic.iur. C.) eine unentgeltliche Rechtsbeiständin bestellt (OG act. 3 S. 9). Diese Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege gilt grundsätzlich innerkantonale für alle Instanzen (§ 90 Abs. 2 ZPO e contrario; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 3 zu § 90). Die Rechtsmittelinstanz kann indes für ihr Verfahren einen selbständigen Entscheid treffen, so auch die unentgeltliche Rechtspflege entziehen. Erweist sich die vom unentgeltlichen Rechtsvertreter erhobene Nichtigkeitsbeschwerde als aussichtslos, so ist es zulässig, die unentgeltliche Rechtspflege rückwirkend, d.h. auch für die mit der Verfassung der Beschwerdeschrift verbundenen Aufwendungen zu entziehen (ZR 97 [1998] Nr. 28; vgl. auch Kass.-Nr. AA060013 vom 23.2.2006 Erw. 3 mit verschiedenen Hinweisen). Die vorliegende Nichtigkeitsbeschwerde ist nach expliziter klarer Gesetzesvorschrift (§ 284 Ziff. 5 ZPO) unzulässig, die Vorinstanz gab denn auch keine entsprechende Rechtsmittelbelehrung, und die Beschwerde war damit von Anfang an aussichtslos. Zwar ist bei der Prüfung eines Entzugs der unentgeltlichen Rechtspflege die bisweilen heikle Position einer sorgfältigen Rechtsvertreterin nicht zu verkennen, die bei einer für ihren Klienten persönlich sehr bedeutsamen Sache kein Risiko eingehen möchte, eine allenfalls mögliche, evtl. von der Vorinstanz verkannte Rechtsmittelmöglichkeit zu verpassen, und die deshalb in guten Treuen entgegen einer vorinstanzlichen Rechtsmittelbelehrung ein Rechtsmittel auch dann ergreift, wenn dessen Zulässigkeit zweifelhaft ist. Im vorliegenden Fall war indes die Unzulässigkeit der Nichtigkeitsbeschwerde nicht nur beim tatsächlich vorhandenen Tatbestand von § 284 Ziff. 5 ZPO klar, sondern selbst bei der vom Beschwerdeführer als richtig postulierten prozessualen Vorgehensweise (ganz abgesehen davon, dass er in der Beschwerde übergangig, dass er selber die Beschwerde beim Bezirksrat als solche und den Bezirksrat als örtlich und sachlich zuständige Behörde zur Behandlung dieser Beschwerde gegen den Beschluss der Vormundschaftsbehörde bezeichnet hatte). Dem Beschwerdeführer ist deshalb die unentgeltliche Rechtspflege (sowohl die unentgeltliche Prozessführung als auch die unentgeltliche Vertretung) für das Beschwerdeverfahren zu entziehen.

6. Ausgangsgemäss sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (§ 64 Abs. 2 ZPO). Der Beschwerdegegnerin bzw. ihrem unentgeltlichen Rechtsvertreter ist mangels erheblichen Aufwandes im Beschwerdeverfahren keine Prozessentschädigung zuzusprechen.

**Das Gericht beschliesst:**

1. Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.
2. Dem Beschwerdeführer wird für das Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Rechtspflege (unentgeltliche Prozessführung, unentgeltliche Rechtsverteidigung) entzogen.
3. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 500.--.
4. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden dem Beschwerdeführer auferlegt.
5. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Prozessentschädigungen zugesprochen.
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.

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

7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich und an das Bundesgericht, je gegen Empfangsschein.

---

**KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH**

Der juristische Sekretär: