



Kass.-Nr. AA060129/U/la

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Herbert Heeb, Dieter Zobl, Karl Spühler und Reinhard Oertli sowie die juristische Sekretärin Daniela Brüscheiler

Zirkulationsbeschluss vom 3. April 2007

in Sachen

X.,

Beklagter, Rekurrent und Beschwerdeführer

vertreten durch _____

gegen

Y.,

Zustelladresse: c/o Rechtsanwalt lic.iur. _____,

Klägerin, Rekursgegnerin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. _____

betreffend

Eheschutz (Unterhaltsbeiträge, Gütertrennung)

Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 20. Juli 2006 (LP060014/U)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Mit Eingabe vom 1. November 2005 liess Y. (nachfolgend Beschwerdegegnerin) beim Bezirksgericht _____ ein Eheschutzbegehren stellen (ER act. 1). Mit Verfügung der Einzelrichterin vom 9. Januar 2006 wurde vom Getrenntleben der Parteien Vormerk genommen und die eheliche Wohnung X. (nachfolgend Beschwerdeführer) zur alleinigen Benützung zugewiesen. Der Beschwerdeführer wurde sodann verpflichtet, der Beschwerdegegnerin für die Monate November und Dezember 2005 Unterhaltsbeiträge von je Fr. 1'700.-- und ab Januar 2006 solche von monatlich Fr. 1'100.-- zu bezahlen. Zudem wurde zwischen den Parteien per 2. November 2005 die Gütertrennung angeordnet. Der Antrag der Beschwerdegegnerin, der Beschwerdeführer sei zu ermahnen, von gewalttätigen Handlungen gegenüber der Beschwerdegegnerin und ihrem Sohn Abstand zu nehmen und sich einer Einzel- und Egetherapie zu unterziehen, wurde abgewiesen. Beiden Parteien wurde überdies die unentgeltliche Rechtspflege gewährt (ER act. 12).

2. Gegen die Verfügung der Einzelrichterin erhob der Beschwerdeführer Rekurs (OG act. 2). Dieser wurde mit Beschluss der I. Zivilkammer des Obergerichts vom 20. Juli 2006 insofern gutgeheissen, als die Unterhaltsbeiträge neu wie folgt festgesetzt wurden (OG act. 19 bzw. KG act. 2 S. 18):

- "2. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin folgende persönliche Unterhaltsbeiträge zu bezahlen, zahlbar im Voraus, jeweils auf den Ersten eines jeden Monats:
- für die Monate November und Dezember 2005: Fr. 1'390.--
 - für die Monate Januar bis September 2006: Fr. 875.--
 - ab Oktober 2006: Fr. 985.--"

Zudem regelte das Obergericht die erstinstanzlichen Entschädigungsfolgen. Im Übrigen wurde der Rekurs abgewiesen. (OG act. 19 bzw. KG act. 2).

3. Der Beschwerdeführer liess gegen den Entscheid des Obergerichts kantonale Nichtigkeitsbeschwerde erheben, mit welcher er beantragt, die an die Beschwerdegegnerin zu leistenden Unterhaltsbeiträge seien zu reduzieren (KG act. 1 S. 2). Die Beschwerdegegnerin stellt in ihrer Beschwerdeantwort den Antrag, auf die Nichtigkeitsbeschwerde sei nicht einzutreten, eventualiter sei sie abzuweisen (KG act. 9 S. 2).

4. a) Der Beschluss der Vorinstanz vom 20. Juli 2006 wurde der Vertreterin des Beschwerdeführers am 24. Juli 2006 zugestellt (OG act. 20/2; KG act. 1 S. 2). Wie in Ziffer 7 des Entscheiddispositivs festgehalten ist (KG act. 2 S. 20), stand die Frist zur Einreichung der kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde während den Gerichtsferien nicht still. Die dreissigtägige Frist lief damit am 23. August 2006 ab. Zwar datiert die Beschwerdeschrift vom 23. August 2006 (KG act. 1 S. 1), der entsprechende Briefumschlag ist jedoch mit dem Poststempel vom 24. August 2006 versehen (KG act. 13). Dem Beschwerdeführer bzw. dessen Rechtsvertreterin wurde deshalb mit Schreiben vom 24. Januar 2007 Frist angesetzt, um schriftlich zur Rechtzeitigkeit der Nichtigkeitsbeschwerde Stellung zu nehmen (KG act. 14). Innert Frist teilte die Rechtsvertreterin des Beschwerdeführers mit (KG act. 16), sie habe die Nichtigkeitsbeschwerde erst am Abend des 23. August 2006 verfassen können. Den Briefumschlag mit der Nichtigkeitsbeschwerde habe sie noch am 23. August 2006, nach 23.30 Uhr, in den ihrem damaligen Büro an der _____strasse 42 in Zürich am nächsten liegenden Postbriefkasten eingeworfen, weshalb die Beschwerdefrist gewahrt sei.

b) Der Zeitpunkt der Postaufgabe einer Sendung wird in der Regel durch den Poststempel verkündet (Hauser/Schweri, Kommentar zum zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz, Zürich 2002, N 8 zu § 193 GVG mit Hinweis auf ZR 60 Nr. 109). Der Beweis der Rechtzeitigkeit der Aufgabe einer Sendung obliegt dem Absender (BGE 97 III 14, 92 II 215). Trägt eine der Post übergebene Eingabe den Poststempel des auf den Ablauf der Frist folgenden Tages, so steht dem Absender der Beweis dafür offen, dass die Postaufgabe rechtzeitig erfolgte (Hauser/Schweri, a.a.O., N 11 zu § 193 GVG mit weiteren Hinweisen). Eine blosser Parteibehauptung genügt nicht als Beweis, dieser kann aber durch Bescheinigung

oder Zeugnis eines Postangestellten oder eines Dritten erbracht werden (Hauser/Schweri, a.a.O., m.w.H.). Die Rechtsvertreterin des Beschwerdeführers belässt es in ihrer Eingabe vom 5. Februar 2007 bei der Behauptung, sie habe die Beschwerde noch am späten Abend des 23. August 2006 in einen Postbriefkasten eingeworfen. Damit vermag sie den durch den Poststempel verkündeten Zeitpunkt der Postaufgabe jedoch nicht zu widerlegen. Die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde ist somit um einen Tag verspätet der Schweizerischen Post übergeben worden und es kann darauf nicht eingetreten werden.

5. a) Beiden Parteien wurde bereits im erstinstanzlichen Verfahren die unentgeltliche Rechtspflege gewährt (ER act. 12 S. 18). Sowohl der Beschwerdeführer wie auch die Beschwerdegegnerin beantragen, es sei ihnen auch für das Kassationsverfahren die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren und je ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen (KG act. 1 S. 2; 9 S. 2).

b) Grundsätzlich gilt die einmal bewilligte unentgeltliche Prozessführung und Vertretung für das Rechtsmittelverfahren weiter, doch kann die Rechtsmittelinstanz für ihr Verfahren einen selbstständigen Entscheid treffen (§ 90 Abs. 2 ZPO). Gemäss § 91 ZPO kann die erteilte Bewilligung entzogen werden, wenn die Voraussetzungen für die Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung oder Vertretung im Lauf des Prozesses dahinfallen. Erweist sich die Beschwerde als aussichtslos, so ist es im Kassationsverfahren - anders als im Verfahren vor dem Sachrichter - zulässig, das Armenrecht rückwirkend, d.h. auch für die mit der Verfassung der Beschwerdeschrift verbundenen Aufwendungen zu entziehen (Kass.-Nr. AA040067, Entscheid vom 10. September 2004 i.S. B., Erw. III.; Kass.-Nr. 2001/279Z i.S. M., Entscheid vom 28.1.2002, Erw. III.2, mit Verweis auf ZR 97 [1998] Nr. 28).

c) Die verspätet eingereichte Nichtigkeitsbeschwerde muss als von Anfang an aussichtslos betrachtet werden. Bezüglich des Beschwerdeführers fehlt es demzufolge für das Kassationsverfahren an einer der im Gesetz genannten (§§ 84 und 87 ZPO) Voraussetzungen für den Weiterbestand der gewährten unentgeltlichen Rechtspflege, mithin ist dem Beschwerdeführer die unentgeltliche Prozessführung sowie die unentgeltliche Rechtsvertretung zu entziehen.

In Bezug auf die Beschwerdegegnerin besteht kein Anlass, für das Kassationsverfahren einen neuen Entscheid zu fällen.

d) Ausgangsgemäss wird der Beschwerdeführer kosten- und entschädigungspflichtig (§§ 64 Abs. 2 und 68 ZPO), wobei die Prozessentschädigung dem unentgeltlichen Rechtsvertreter der Beschwerdegegnerin zuzusprechen ist (§ 89 Abs. 1 ZPO).

6. Der kassationsgerichtliche Entscheid ergeht nach Inkrafttreten des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz [BGG]; SR 173.110). Daher kommt mit Bezug auf die gegen ihn zur Verfügung stehenden (bundesrechtlichen) Rechtsmittel dieses Gesetz zur Anwendung (Art. 132 Abs. 1 BGG). Der Streitwert beträgt unter Berücksichtigung von Art. 51 Abs. 1 und 4 BGG über Fr. 30'000.--, weshalb die Beschwerde in Zivilsachen gemäss Art. 72 ff. BGG zulässig ist. Würde die Streitwertgrenze von Fr. 30'000.-- nicht erreicht, könnte subsidiäre Verfassungsbeschwerde oder nach Massgabe von Art. 74 Abs. 2 lit. a BGG (Rechtsfragen von grundlegender Bedeutung) die ordentliche Beschwerde erhoben werden.

Das Gericht beschliesst:

1. Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.
2. Dem Beschwerdeführer wird die vom Bezirksgericht ____ (Einzelrichterin 4. Abteilung) gewährte unentgeltliche Prozessführung und Rechtsvertretung für das vorliegende Verfahren entzogen.
3. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf:
Fr. 100.-- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 195.-- Schreibgebühren,
Fr. 209.-- Zustellgebühren und Porti.
4. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden dem Beschwerdeführer auferlegt.

5. Der Beschwerdeführer wird verpflichtet, dem unentgeltlichen Rechtsvertreter der Beschwerdegegnerin für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 300.-- (inkl. MWSt.) zu entrichten.
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. Der Streitwert beträgt über Fr. 30'000.--.

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

7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich sowie das Bezirksgericht ____ (Einzelrichterin 4. Abteilung), je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Die juristische Sekretärin: