



Kass.-Nr. AA070031/U/la

Mitwirkende: die Kassationsrichter Herbert Heeb, Vizepräsident, Bernhard Gehrig, die Kassationsrichterin Sylvia Frei, die Kassationsrichter Reinhard Oertli und Matthias Brunner sowie die juristische Sekretärin Daniela Brüsweiler

Zirkulationsbeschluss vom 14. September 2007

in Sachen

X.

Klägerin, Appellantin und Beschwerdeführerin

vertreten durch A.

Inhaberin der elterlichen Sorge, _____

gegen

Y.

Beklagter, Appellat und Beschwerdegegner

vertreten durch Fürsprecher _____

betreffend

Abänderung des Unterhaltsbeitrages

Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 2. Februar 2007 (NC060012/U)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. A. reichte im Oktober 2005 als gesetzliche Vertreterin ihrer Tochter X. (nachfolgend Beschwerdeführerin), geb. ____ 1998, beim Bezirksgericht ____ eine Klage betreffend Abänderung des Unterhaltsbeitrages gegen den Kindsvater, Y. (nachfolgend Beschwerdegegner), ein (ER act. 1). Das Urteil (und die Verfügung) der Einzelrichterin (Erstinstanz) erging am 20. November 2006 (ER act. 69). Gegen diesen Entscheid erhob die Beschwerdeführerin Berufung (OG act. 75). Mit Beschluss der II. Zivilkammer des Obergerichts vom 15. Dezember 2006 wurden verschiedene Anordnungen getroffen, u.a. wurde der Beschwerdeführerin Frist angesetzt, um Berufungsanträge zu stellen und diese zu begründen (OG act. 77). Dieser Entscheid konnte der Beschwerdeführerin per Gerichtsurkunde nicht zugestellt werden und wurde zweimal an das Obergericht retourniert (OG act. 79/1+2; vgl. auch OG act. 80). Mit Beschluss vom 2. Februar 2007 trat die II. Zivilkammer (Vorinstanz) auf die Berufung nicht ein (OG act. 81 bzw. KG act. 2).

2. Gegen diesen Beschluss vom 2. Februar 2007 erhob die Beschwerdeführerin kantonale Nichtigkeitsbeschwerde. Sie beantragt im Wesentlichen die Aufhebung des angefochtenen Entscheides und Neufestsetzung der Unterhaltsbeiträge, eventualiter sei eine Rückweisung an die Vorinstanz vorzunehmen (KG act. 1 S. 1 f.).

Die Vorinstanz hat auf Vernehmlassung verzichtet (KG act. 9). Der Beschwerdegegner äusserte sich weder zur Beschwerde, noch zu der von der Beschwerdeführerin zusätzlich eingereichten Eingabe vom 17. März 2007 (KG act. 10), welche dem Beschwerdegegner zugestellt worden war (vgl. KG act. 12).

Anzumerken ist, dass die von der Beschwerdeführerin nach Ablauf der Frist zur Begründung der Nichtigkeitsbeschwerde eingereichte Eingabe vom 17. März 2007 (KG act. 10) im vorliegenden Verfahren nicht berücksichtigt werden kann.

II.

1. Das Beschwerdeverfahren stellt keine Fortsetzung des Verfahrens vor dem Sachrichter dar. Zu prüfen ist, ob der angefochtene Entscheid auf Grund des bei der Vorinstanz gegebenen Aktenstandes an einem Nichtigkeitsgrund im Sinne von § 281 ZPO leidet. Daher sind neue tatsächliche Behauptungen, Einreden, Bestreitungen und Beweise, die eine Vervollständigung des Prozessstoffes bezwecken, über welchen der erkennende Richter zu entscheiden hatte, im Beschwerdeverfahren nicht zulässig. Gemäss § 290 ZPO werden lediglich die geltend gemachten Nichtigkeitsgründe überprüft. Diese sind nach § 288 Ziff. 3 ZPO in der Beschwerde nachzuweisen; die blosser Verweisung auf frühere Vorbringen genügt daher nicht (vgl. Guldener, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivilsachen nach Zürcherischem Recht, Zürich 1942, S. 67; von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. Aufl., Zürich 1986, S. 16 ff.; Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen ZPO, 3. Aufl., Zürich 1997, N 4 f. zu § 288 ZPO mit Hinweisen; Spühler/Vock, Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund, Zürich 1999, S. 56 f., 72 f.).

2. Die Vorinstanz erwog, die Gerichtsurkunde, enthaltend den Beschluss der Kammer vom 15. Dezember 2006, sei der gesetzlichen Vertreterin der Beschwerdeführerin ein erstes Mal am 18. Dezember 2006 von der Post avisiert worden. Die gesetzliche Vertreterin habe indessen die Postsendung nicht abgeholt, so dass die Sendung mit dem Vermerk „Nicht abgeholt“ am 29. Dezember 2006 wieder an die Kammer zurückgegangen sei. In der Folge habe die Kammer einen zweiten Zustellversuch unternommen. Dieses Mal sei die Sendung der gesetzlichen Vertreterin der Beschwerdeführerin am 3. Januar 2007 von der Post avisiert worden. Die gesetzliche Vertreterin habe indessen auch diese Postsendung nicht abgeholt, so dass auch diese Sendung mit dem Vermerk „Nicht abgeholt“ wieder an die Kammer zurückgegangen sei, und zwar am 12. Januar 2007 (KG act. 2 S. 2).

Weiter führte die Vorinstanz aus, die Beschwerdeführerin stehe angesichts des Umstandes, dass ihre gesetzliche Vertreterin gegen den erstinstanzlichen Entscheid am 1. Dezember 2006 die Berufung erklärt habe, in einem Prozessrechtsverhältnis. Sie habe daher dafür zu sorgen, dass ihr gerichtliche Sendungen ordnungsgemäss zugestellt werden könnten. Wenn ein gerichtlicher Entscheid nicht zugestellt werden könne, sei die Zustellung gemäss § 187 Abs. 1 in Verbindung mit § 179 Abs. 1 GVG zu wiederholen. Werde aber der Adressat anlässlich einer versuchten Zustellung nicht angetroffen und daher, wie hier zweimal, eine Abholeinladung in seinen Briefkasten oder sein Postfach gelegt, so gelte nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung die Sendung in jenem Zeitpunkt als zugestellt, in dem sie auf der Post abgeholt werde; geschehe das nicht binnen der Abholfrist, die sieben Tage betrage, so gelte die Sendung (bei Vorliegen eines Prozessrechtsverhältnisses) als am letzten Tag dieser Frist zugestellt. Damit stehe fest, dass der Beschluss der Kammer vom 15. Dezember 2006 mit dem 10. Januar 2007 der Beschwerdeführerin als zugestellt gelte. Die Frist für die Begründung der Berufung habe damit an diesem Tag zu laufen begonnen und daher am 30. Januar 2007 geendet. Diese Frist habe die Beschwerdeführerin bzw. die gesetzliche Vertreterin unbenutzt verstreichen lassen. Da auch die Berufungserklärung keine Berufungsanträge enthält, sei auf die Berufung androhungsgemäss und in Anwendung von § 264 Abs. 2 ZPO nicht einzutreten (KG act. 2 S. 3).

3. Die Beschwerdeführerin lässt von ihrer gesetzlichen Vertreterin einwenden, die Schulpflicht der Beschwerdeführerin und die in der Stadt ____ festgelegten Schulferien hätten dem Obergericht zumindest bekannt sein müssen. Die beiden Zustellungsversuche seien gerade und nacheinander (ohne ein paar Tage Pause) im Zeitraum vom 19. Dezember 2006 bis 10. Januar 2007 unternommen worden. Es könne somit davon ausgegangen werden, dass das Obergericht die Schulfrientage der Beschwerdeführerin zu ihren Ungunsten auszunutzen beabsichtigte und darauf gehofft habe, dass die Beschwerdeführerin während der Feiertage keine Zeit bzw. in der Eile hätte handeln müssen. Dazu komme, dass die gesetzliche Vertreterin der Beschwerdeführerin als allein erziehende Mutter rund um die Uhr für die Beschwerdeführerin gesorgt und deren Bedürfnisse befriedigt und deswegen zeitlich oder auch gesundheitlich mal verhindert sei. In der Ferien-

zeit werde eine allein erziehende Mutter besonders stark vom Kind beansprucht. Hinzu komme, dass die Beschwerdeführerin nur einen engen Kontakt zur Familie der Mutter habe und deshalb die Familienfesttage meistens (so auch diesmal) im Ausland verbringe.

Angenommen, so die Beschwerdeführerin weiter, sie hätte das Einschreiben am 19. Dezember 2006 abholen können, dann hätte sie die angesetzte Frist von 20 Tagen ab Zustellung sicher versäumen müssen, weil es unmöglich gewesen wäre, eine ganze Menge von Unterlagen gemäss dem Beschluss vom 15. Dezember 2006 während der Feiertage nachzureichen. Auch die einmalige Erstreckung dieser Frist wäre fraglich gewesen. Unter den gegebenen Umständen könne beim besten Willen nicht nachvollzogen werden, warum die zwei Zustellungsversuche des Obergerichts gerade nacheinander und während der Feiertage unternommen worden seien. Die Vorinstanz hätte, nachdem die Gerichtsurkunde nach dem ersten Zustellversuch mit dem Vermerk „nicht abgeholt“ zurückgekommen sei, annehmen müssen, dass die Beschwerdeführerin die schulfreien Tage in Anspruch genommen und mit ihrer Mutter abwesend gewesen sei. Die Beschwerdeführerin habe zudem nach ihrer Erfahrung am Bezirksgericht darauf vertrauen dürfen, dass das Berufungsverfahren erst nach den Feiertagen in Gang komme. Es sei seitens des Obergerichts eine grosse Zumutung gegenüber der Beschwerdeführerin, während der Feiertage und Schulferien, welche man üblicherweise familiär und erholsam verbringe, die Begründung mit vielen neuen Unterlagen für das Berufungsverfahren zu verlangen (KG act. 1 Ziff. I.).

4. Zunächst ist festzuhalten, dass eine Art "Sperrfrist" für die Zustellung von Entscheidungen oder Vorladungen gesetzlich nicht vorgesehen ist. Den besonderen Verhältnissen während der üblichen Ferienzeiten oder Feiertage wird nur, aber immerhin, durch die Einräumung der sogenannten Gerichtsferien Rechnung getragen. Während dieser Zeit stehen zwar gesetzliche und richterliche Fristen in der Regel still (vgl. § 140 GVG), es erfolgen jedoch ohne Weiteres Zustellungen von Prozessschriften, Vorladungen, Mitteilungen und Entscheidungen, d.h. die Gerichtsferien bedeuten kein eigentliches Ruhen des Gerichtsbetriebes und der einzelnen Verfahren (vgl. Hauser/Schweri, Kommentar zum zürcherischen Ge-

richtsverfassungsgesetz, Zürich 2002, N 9 zu § 140 GVG). Hinzu kommt, dass der Gesetzgeber für bestimmte Verfahren - zu welchen auch das vorliegende gehört - ausdrücklich einen Vorbehalt statuiert und damit die Möglichkeit eingeräumt hat, von einem Friststillstand abzusehen, um einen beförderlichen Prozessgang sicherzustellen (§ 140 Abs. 2 GVG).

§ 179 Abs. 1 in Verbindung mit § 187 Abs. 1 GVG sieht die Wiederholung der Zustellung vor, wenn die erste Zustellung scheitert. Nach Abs. 2 von § 179 GVG gilt die Vorladung bzw. der Entscheid als zugestellt, wenn der Adressat die Zustellung schuldhaft verhindert. Nach der in ZR 95 Nr. 1 zusammengefassten Rechtsprechung des Kassationsgerichts kann allein aus der zweimaligen erfolglosen postalischen Zustellung nicht auf eine schuldhafte Zustellungsverhinderung im Sinne von § 179 Abs. 2 GVG geschlossen werden. Es darf nämlich nicht einfach vermutet werden, dass die von der Post verteilte Abholungseinladung den Adressaten erreicht hat, sondern dem Gericht müsste der Beweis dafür vorliegen. Das Kassationsgericht ging weiter davon aus, wenn eine Zustellung durch die Post nicht möglich sei und sich nicht klar nachweisen lasse, dass die Partei oder eine sonst zur Entgegennahme berechtigte Person die Abholungseinladung erhalten und zur Kenntnis genommen habe, dürfe keine Zustellungsverweigerung angenommen werden.

In seiner Entscheidung vom 5. September 2005 (RB 2005 Nr. 47) hat das Kassationsgericht offen gelassen, ob an der in ZR 95 Nr. 1 publizierten Praxis vollumfänglich festzuhalten sei. Gleiches gilt auch für den vorliegend zu beurteilenden Fall. Die erwähnte Zustellungspraxis kommt nämlich unter der Prämisse zum Tragen, dass der jeweilige Empfänger geltend macht, von der Zustellung keine Kenntnis erlangt zu haben. Einen solchen Einwand kann der vorliegenden Beschwerde jedoch nicht entnommen werden. Vielmehr ist die Beschwerdeführerin der Auffassung, die Zustellung einer fristauslösenden Verfügung im Zeitraum Weihnachten/Neujahr sei grundsätzlich unzumutbar, dies umso mehr unter Berücksichtigung der Schulferien der noch schulpflichtigen Beschwerdeführerin. Damit macht die Beschwerdeführerin aber selber nicht geltend, sie habe von der (versuchten) Zustellung keine Kenntnis gehabt, weshalb nicht dargetan ist, aus

welchem Grund die Vorinstanz nicht von einer Zustellungsverweigerung hätte ausgehen dürfen. Daran ändert auch die Bemerkung der Beschwerdeführerin nichts, sie habe die Familienfesttage im Ausland verbracht.

Zusammengefasst ergibt sich somit, dass die Beschwerdeführerin im Zusammenhang mit der Zustellungsfrage keinen Nichtigkeitsgrund darzutun vermag.

5. Nach dem Gesagten bleibt es beim vorinstanzlichen Nichteintretensentscheid. Auf die weiteren Ausführungen in der Beschwerdeschrift (KG act. 1 Ziff. II. - IV), welche sich einerseits gegen den erstinstanzlichen Entscheid in der Sache bzw. gegen das erstinstanzliche Verfahren an sich, andererseits zumindest sinngemäss gegen den vorinstanzlichen Beschluss vom 15. Dezember 2006 richten, kann nicht eingetreten werden, soweit die Vorbringen die Anforderungen an die Begründung einer Nichtigkeitsbeschwerde überhaupt genügen.

6. Die Beschwerdeführerin stellt (auch) im Beschwerdeverfahren ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege (KG act. 1 Ziff. V.). Mangels anwaltlicher Vertretung der Beschwerdeführerin ist von einem Gesuch um unentgeltliche Prozessführung auszugehen.

Die unentgeltliche Prozessführung wurde der Beschwerdeführerin bereits im erstinstanzlichen Verfahren bewilligt (ER act. 15) und seither nicht entzogen. Die Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung gilt im Rechtsmittelverfahren grundsätzlich weiter, soweit die Rechtsmittelinstanz nicht einen selbstständigen Entscheid fällt (§ 90 Abs. 2 ZPO). Vorliegend sind keine Gründe ersichtlich, diesbezüglich einen solchen Entscheid zu fällen.

Ausgangsgemäss wird die Beschwerdeführerin kostenpflichtig (§ 64 Abs. 2 ZPO). Zuzugleich der ihr gewährten unentgeltlichen Prozessführung sind die Kosten jedoch einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen. Die Nachzahlungspflicht gemäss § 92 ZPO bleibt vorbehalten.

Der Beschwerdegegner äusserte sich im Beschwerdeverfahren nicht, weshalb er praxisgemäss nicht als obsiegende Partei gilt. Prozessentschädigungen sind demzufolge keine zuzusprechen (§ 68 Abs. 1 ZPO).

Das Gericht beschliesst:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf:
Fr. 300.-- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 218.-- Schreibgebühren,
Fr. 171.-- Zustellgebühren und Porti.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden der Beschwerdeführerin auferlegt, jedoch zufolge der ihr gewährten unentgeltlichen Prozessführung einstweilen auf die Gerichtskasse genommen, unter dem Vorbehalt der Nachzahlungspflicht gemäss § 92 ZPO.
4. Prozessentschädigungen werden keine zugesprochen.
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 über Fr. 30'000.--.

Sodann läuft die Frist von 30 Tagen zur Anfechtung des Beschlusses des Obergerichtes vom 2. Februar 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, die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich sowie die Einzelrichterin am Bezirksgericht _____ (2. Abteilung; Proz.-Nr.FP050290), je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Die juristische Sekretärin: