



Kass.-Nr. AA070182/U/mb

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Bernhard Gehrig, die Kassationsrichterin Sylvia Frei, die Kassationsrichter Reinhard Oertli und Georg Naegeli sowie die juristische Sekretärin Daniela Brüscheweiler

Zirkulationsbeschluss vom 18. März 2008

in Sachen

X.

Beklagter, Rekurrent und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. _____

gegen

Y.

Klägerin, Rekursgegnerin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. _____

betreffend

Eheschutz

(Obhut, Besuchsrecht, Beistand, Unterhaltsbeiträge)

unentgeltliche Prozessführung/unentgeltliche Rechtsvertretung

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der I. Zivilkammer des
Obergerichts des Kantons Zürich vom 5. November 2007 (LP070094/U)**

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Y. (nachfolgend Beschwerdegegnerin) liess mit Eingabe vom 16. Dezember 2005 beim Bezirksgericht ____ ein Eheschutzverfahren anhängig machen (ER act. 1). Dabei erwähnte die Beschwerdegegnerin, ihr Ehemann X. (nachfolgend Beschwerdeführer) habe eine Stelle als Pilot bei der ____ Airways angetreten und sich ohne Adressangabe ins Ausland abgemeldet (ER act. 1 S. 5). Die Beschwerdegegnerin vermerkte jedoch eine Zustelladresse (c/o Z.) in ihrer Eingabe (ER act. 1 S. 1). Nachdem eine erste Verfügung über superprovisorische Massnahmen dem Beschwerdeführer nicht zugestellt werden konnte (vgl. ER act. 3), meldete sich Rechtsanwalt Dr. ____ als Rechtsvertreter des Beschwerdeführers (ER act. 5). Mit Eingabe vom 2. Februar 2006 gab Rechtsanwalt ____ dem Gericht die Adresse des Beschwerdeführers in Doha, Katar, bekannt (ER act. 9). Nach der Mandatsniederlegung von Rechtsanwalt ____ (vgl. ER act. 12 und 18) übernahm Fürsprecher Prof. Dr. ____ die Vertretung des Beschwerdeführers (ER act. 23, 24). Mit Verfügung vom 12. April 2006 wurde von der Vertretung durch Rechtsanwalt ____ Vormerk genommen und dieser als Zustellungsempfänger des Beschwerdeführers aufgenommen. Zudem wurde darauf hingewiesen, dass der Beschwerdeführer sofort einen neuen Zustellungsempfänger zu bezeichnen habe, sollte Rechtsanwalt ____ die Annahme gerichtlicher Sendungen verweigern, sein Mandat niederlegen oder würde ihm im Verlaufe des Verfahrens das Mandat entzogen. Komme der Beschwerdeführer dieser Verpflichtung nicht nach, so könnten Vorladungen und Entscheide des Gerichts künftig durch Veröffentlichung im kantonalen Amtsblatt mitgeteilt werden mit der Wirkung, dass sie als zugestellt gelten würden, oder es könne von einer Mitteilung mit gleicher Wirkung ganz abgesehen werden (ER act. 25). Am 10. Juli 2006 erging der erstinstanzliche Eheschutzentscheid im Dispositiv (ER act. 31). Seitens des Beschwerdeführers wurde in der Folge die Zustellung der Entscheidungsbegründung verlangt (ER act. 34). Mit Eingabe vom 22. September 2006 teilte der Beschwerdeführer mit, er habe der Advokatur Prof. Dr. ____ das Mandat mit sofortiger Wirkung ent-

zogen (ER act. 36). Die begründete Ausfertigung des Eheschutzentscheides wurde der Beschwerdegegnerin am 27. Oktober 2006 zugestellt (ER act. 41), das Exemplar für den Beschwerdeführer wurde am 26. Oktober 2006 zu den Akten genommen (ER act. 39 S. 29).

2. X. liess gegen den Entscheid der Einzelrichterin mit Eingabe vom 15. Januar 2007 Rekurs erheben und stellte vorsorglicherweise den Antrag, es sei ihm die Rekursfrist wiederherzustellen. Ausserdem stellte der Beschwerdeführer ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (OG act. 4/2 S. 5). Mit Beschluss vom 27. April 2007 wies die I. Zivilkammer des Obergerichts das Gesuch des Beschwerdeführers um unentgeltliche Rechtspflege ab und trat auf den Rekurs nicht ein (OG act. 4/16).

Die vom Beschwerdeführer gegen den obergerichtlichen Rekursentscheid erhobene Nichtigkeitsbeschwerde wurde vom Kassationsgericht mit Zirkulationsbeschluss vom 27. September 2007 gutgeheissen, der angefochtene Entscheid aufgehoben und die Sache im Sinne der Erwägungen zur Neu beurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen. Zur Gutheissung gelangte das Kassationsgericht, weil dem Beschwerdeführer die Eingabe der Beschwerdegegnerin zum Fristwiederherstellungsgesuch des Beschwerdeführers nicht zur Kenntnis gebracht und damit der Anspruch des Beschwerdeführers auf Gewährung des rechtlichen Gehörs bzw. auf ein faires Verfahren missachtet worden sei. Die weiteren Vorbringen des Beschwerdeführers wurden als unbegründet verworfen (OG act. 2).

3. Mit Beschluss vom 5. November 2007 (OG act. 10 bzw. KG act. 2) trat die I. Zivilkammer auf den Rekurs erneut nicht ein (Disp.-Ziff. 2) und das Gesuch des Beschwerdeführers um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege wurde wiederum abgewiesen (Disp.-Ziff. 1). Gegen diesen Entscheid richtet sich die fristgerecht (vgl. § 287 ZPO; OG act. 11/2) eingereichte Nichtigkeitsbeschwerde, mit welcher der Beschwerdeführer beantragen lässt, der angefochtene Beschluss sei aufzuheben und die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen. Zudem ersucht der Beschwerdeführer um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Kassationsverfahren (KG act. 1).

Mit Präsidialverfügung vom 11. Dezember 2007 wurde der Beschwerde - antragsgemäss – aufschiebende Wirkung verliehen (KG act. 7). Die Beschwerdegegnerin verzichtete auf Beantwortung der Beschwerde (KG act. 9), ebenso die Vorinstanz auf Vernehmlassung (KG act. 10).

II.

1. a) Aus der Natur des Beschwerdeverfahrens, das keine Fortsetzung des Verfahrens vor dem Sachrichter darstellt, folgt, dass sich der Nichtigkeitskläger konkret mit dem angefochtenen Entscheid auseinandersetzen und den behaupteten Nichtigkeitsgrund in der Beschwerdeschrift selbst nachweisen muss (§ 288 Ziff. 3 ZPO). In der Beschwerdebegründung sind insbesondere die angefochtenen Stellen des vorinstanzlichen Entscheides zu bezeichnen und diejenigen Aktenstellen, aus denen sich ein Nichtigkeitsgrund ergeben soll, im Einzelnen anzugeben. Es ist nicht Sache der Kassationsinstanz, in den vorinstanzlichen Akten nach den Grundlagen des geltend gemachten Nichtigkeitsgrundes zu suchen. Wer die vorinstanzliche Beweiswürdigung als willkürlich rügt, muss in der Beschwerde genau darlegen, welche tatsächlichen Annahmen des angefochtenen Entscheides auf Grund welcher Aktenstellen willkürlich sein sollen. Wird Aktenwidrigkeit einer tatsächlichen Annahme behauptet, so sind ebenfalls die Bestandteile der Akten, die nicht oder nicht in ihrer wahren Gestalt in die Beweiswürdigung einbezogen worden sein sollen, genau anzugeben. Wer vorbringt, angerufene Beweismittel seien nicht abgenommen worden, hat zu sagen, wo und zu welchen Behauptungen er sich auf diese berufen hat (ZR 81 Nr. 88 Erw. 6; Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 1997, N 4 zu § 288; Spühler/Vock, Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund, Zürich 1999, S. 72 f.; von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. Aufl., Zürich 1986, S. 16 ff.). Die Nichtigkeitsgründe sind ihrer tatsächlichen Grundlage nach anzugeben. Die Subsumtion unter den zutreffenden Nichtigkeitsgrund von § 281 ZPO ist Aufgabe des Gerichts; die Anrufung eines unrichtigen Nichtigkeitsgrundes schadet dem Nichtig-

keitskläger daher nicht. Ebenso wenig schadet ihm, wenn er sich in der Begründung seiner Beschwerde nicht auf die zutreffende gesetzliche Bestimmung berufen hat (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 4 zu § 288 ZPO).

b) Anzumerken ist im Weiteren, dass die Kassationsinstanz gemäss § 104a Abs. 2 GVG auf die in einem früheren Nichtigkeitsbeschwerdeverfahren nicht erhobenen oder damals als unzulässig oder unbegründet verworfenen Rügen in der gleichen Sache nicht mehr eintritt.

2. a) Der Beschwerdeführer rügt zunächst das Vorgehen der Vorinstanz als willkürlich, indem sie es nämlich unterlassen habe, sich im angefochtenen Beschluss mit den Vorbringen des Beschwerdeführers in der Rekurschrift vom 15. Januar 2007 erneut und "im Sinne der kassationsgerichtlichen Erwägungen" auseinanderzusetzen oder sie zum Inhalt der neuen Urteilsbegründung zu erheben. Es fehle im angefochtenen Beschluss jede Neufassung der Begründung, weshalb die Rügen des Beschwerdeführers nicht stichhaltig sein sollen, was eine Verletzung des rechtlichen Gehörs zum Nachteil des Beschwerdeführers darstelle. Durch dieses Vorgehen sei dem Beschwerdeführer der Rechtsweg an das Bundesgericht für die Überprüfung des Beschlusses vom 9. November 2007 (recte wohl 5. November 2007) bezüglich der vom Kassationsgericht im Zirkulationsbeschluss vorgebrachten Erwägungen abgeschnitten, da sie im angefochtenen Urteil fehlten. Die Vorinstanz verletze damit ihre Begründungspflicht, der angefochtene Beschluss sei mit einem Nichtigkeitsgrund im Sinne von § 281 Ziff. 3 ZPO behaftet (KG act. 1 S. 2 Ziff. 2 – 4).

b) Im Sinne einer Vorbemerkung ist darauf hinzuweisen, dass das Bundesgericht im Zusammenhang mit dem Inkrafttreten des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz [BGG]) entschieden hat (vgl. etwa BGE 133 III 393 E. 5.2), Eheschutzmassnahmen nach Art. 172 ff. ZGB seien grundsätzlich den vorsorglichen Massnahmen nach Art. 98 BGG gleichzustellen, weshalb mit der Beschwerde in Zivilsachen nur die Verletzung verfassungsmässiger Rechte gerügt werden könne (Art. 98 BGG). Dies bedeutet für das kantonale Beschwerdeverfahren, dass es – trotz der subsidiären Natur der kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde gegenüber den eidgenössischen Rechtsmitteln - nicht zu einer

Einschränkung der Kognition kommt, mithin die Verletzung von bundesrechtlichen Vorschriften im kantonalen Beschwerdeverfahren geprüft werden kann.

c) Als unzutreffend erweist sich zunächst die Auffassung des Beschwerdeführers, er könne die Erwägungen des Rückweisungsbeschlusses des Kassationsgerichtes vom 27. September 2007 vom Bundesgericht nicht mehr überprüfen lassen, sofern diese Erwägungen nicht in den neuen Entscheid des Obergerichtes Eingang gefunden hätten. Mit der Beschwerde in Zivilsachen gegen den Endentscheid können nämlich gemäss Art. 93 Abs. 3 BGG auch Vor- und Zwischenentscheide angefochten werden, soweit sie sich auf den Inhalt des Endentscheides ausgewirkt haben und sie nicht die Zuständigkeit und den Ausstand gemäss Art. 92 BGG betreffen. Der dem angefochtenen Entscheid vorausgegangene Rückweisungsentscheid des Kassationsgerichts ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung als Zwischenentscheid gemäss Art. 93 Abs. 3 BGG zu qualifizieren. Soweit in jenem Entscheid Begehren des Beschwerdeführers abgewiesen wurden, kann er mit der Beschwerde gegen den Endentscheid auch den Rückweisungsentscheid des Kassationsgerichts mitanfechten (BGer 4A_51/2007 vom 11. September 2007, E. 1.3). Im Übrigen hat die Vorinstanz verschiedentlich auf den Entscheid des Kassationsgerichts verwiesen (KG act. 2 S. 4 und S. 5) und damit klar zum Ausdruck gebracht, dass sich der neue Entscheid an jene Erwägungen anlehnt.

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung war die Verweisung auf einen früheren Entscheid unter dem Geltungsbereich von Art. 51 OG grundsätzlich zulässig (BGE 119 II 478). An dieser Rechtsprechung hält das Bundesgericht auch nach Inkrafttreten des BGG fest (so etwa BGer 4A_267/2007 vom 24. Oktober 2007). Das Kassationsgericht hat sodann bereits in seinem Entscheid vom 4. März 1991 (publiziert in ZR 90 Nr. 50) festgehalten, es sei sogar zulässig, auf die Erwägungen eines von der Rechtsmittelinstanz aufgehobenen Urteils zu verweisen, soweit diese vom Entscheid der Rechtsmittelinstanz nicht betroffen seien. Eine solche Verweisung verstosse weder gegen kantonale Vorschriften (§§ 160 und 161 GVG) noch gegen den verfassungsrechtlichen Gehörsanspruch (damals Art. 4 BV). Das Bundesgericht hielt in seinem – gegen den kassationsgerichtli-

chen Beschluss gerichteten – Entscheid fest, der kassationsgerichtlichen Auffassung, wonach jede andere Lösung ein formalistischer Leerlauf darstellte, sei beizupflichten (nicht veröffentlichter Entscheid des Bundesgerichts vom 27. November 1991). Eine Verletzung der kantonalen oder bundesrechtlichen Begründungspflicht bzw. des Anspruches des Beschwerdeführers auf rechtliches Gehör ist damit zu verneinen.

3. Das Kassationsgericht hat in seinem Entscheid vom 27. September 2007 zu dem vom Beschwerdeführer behaupteten Antrag auf Zustellung über die schweizerische Botschaft in Kuwait Stellung genommen (OG act. 2 S. 8 f.). Ebenso hat sich das Kassationsgericht zur Thematik des "zu den Akten Legens" geäußert (OG act. 2 S. 11). Auf die in diesem Zusammenhang erneut vorgebrachte Kritik (KG act. 1 S. 5-8) ist im vorliegenden Verfahren unter Hinweis auf § 104a GVG nicht mehr einzutreten. Hinzu kommt, dass die Beschwerdeschrift im Übrigen den Anforderungen an die Begründung einer Nichtigkeitsbeschwerde nicht genügt, fehlen ihr nicht nur die konkrete Bezeichnung der angefochtenen Erwägungen, sondern grösstenteils auch die Bezeichnung derjenigen Aktenstellen, auf welche sich der Beschwerdeführer stützen will. Ebenso wenig setzt sich die Beschwerde in erforderlichem Ausmass mit den vorinstanzlichen Erwägungen auseinander. Allein eine der obergerichtlichen Auffassung entgegenstehende Behauptung genügt zum Nachweis eines Nichtigkeitsgrundes nicht.

4. Der Klarheit halber ist schliesslich (nochmals) Folgendes anzumerken: Angesichts seiner Ausführungen unter Ziffer 8 der Beschwerdeschrift (KG act. 1 S. 8 ff.) verkennt der Beschwerdeführer offensichtlich die Bedeutung des Übereinkommens über die Zustellung gerichtlicher und aussergerichtlicher Schriftstücke im Ausland in Zivil- und Handelssachen (HZÜ65; SR 0.274.131). Dieses Übereinkommen regelt (zwingend; vgl. dazu wie in der Beschwerde erwähnt BGE 129 III 750), wie vorzugehen ist, wenn eine Zustellung im Ausland erfolgt bzw. erfolgen soll (Art. 1 Abs. 1: Dieses Übereinkommen ist in Zivil- oder Handelssachen in allen Fällen anzuwenden, in denen ein gerichtliches oder aussergerichtliches Schriftstück zum Zweck der Zustellung ins Ausland zu übermitteln ist) und ersetzt die früher geltenden Art. 1-7 der Haager Übereinkunft von 1954 (SR 0.274.12;

Paul Volken, Die internationale Rechtshilfe in Zivilsachen, Zürich 1996, S. 44 f.) Im Übereinkommen sind insbesondere die Zustellungswege, die Formen der Zustellung und der Zustellungsnachweis, die Verpflichtung zur Zustellung und die Sanktionen bei nicht gehöriger Zustellung, die Verkehrssprache, die Ablehnungsgründe sowie die Kostenfrage geregelt (Volken, a.a.O., S. 46). Es kann jedoch keine Rede sein davon, dass irgend eine Bestimmung des Übereinkommens einem Schweizer Bürger einen Anspruch auf Zustellung am ausländischen Aufenthalts- oder Wohnort einräumen würde. Vielmehr wurde bereits im kassationsgerichtlichen Entscheid vom 27. September 2007 darauf hingewiesen, dass § 30 der zürcherischen Zivilprozessordnung nicht gegen übergeordnetes Recht verstosse und deshalb nach der Aufforderung, einen Zustellungsempfänger in der Schweiz zu bezeichnen, kein Anlass für eine Zustellung an die ausländische Adresse des Beschwerdeführers mehr bestand (OG act. 2 S. 6 ff.; vgl. überdies zum Verhältnis von § 30 ZPO zur [damals geltenden] Haager Übereinkunft betreffend Zivilprozessrecht vom 1. März 1954: ZR 84 Nr. 25). Die Berufung des Beschwerdeführers auf das HZÜ65 geht deshalb ins Leere.

5. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Beschwerdeführer mit seinen Vorbringen keinen Nichtigkeitsgrund nachzuweisen vermag, soweit darauf überhaupt eingetreten werden kann. Damit entfällt die der Beschwerde verliehene aufschiebende Wirkung.

Soweit der Beschwerdeführer die Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Rekursverfahren mitanfechten wollte, fehlen der Beschwerde - neben den Vorbringen in der Sache - separate Ausführungen dazu, weshalb die Vorinstanz zu Unrecht von der Aussichtslosigkeit des Rekurses ausgegangen wäre. Weitere Ausführungen erübrigen sich angesichts des Verfahrensausgangs.

III.

1. Der Beschwerdeführer beantragt, es sei ihm die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen und in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. ____ eine unentgeltlicher Rechtsvertreterin zu bestellen. Nach dem Gesagten muss die Be-

schwerde als von vornherein aussichtslos betrachtet werden (vgl. § 84 Abs. 1 ZPO und Art. 29 Abs. 3 BV), weshalb das Gesuch des Beschwerdeführers um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Kassationsverfahren abzuweisen ist.

2. Ausgangsgemäss sind die Kosten des Kassationsverfahrens dem unterliegenden Beschwerdeführer aufzuerlegen (§ 64 Abs. 2 ZPO). Die Beschwerdegegnerin hat auf Stellungnahme verzichtet, weshalb sie praxismässig nicht als obsiegende Partei gilt. Prozessentschädigungen sind demzufolge keine zuzusprechen (§ 68 Abs. 1 ZPO).

3. Das Bundesgericht hielt in seiner Entscheidung vom 11. Mai 2007 (BGer 5A_108/2007 Erw. 1.2) fest, wie schon unter der Herrschaft des Bundesrechtspflegegesetzes würden familienrechtliche Klagen mit den finanziellen Nebenfolgen als nicht vermögensrechtliche Streitigkeiten gelten, wenn die Regelung dieser Folgen notwendiger Bestandteil des Entscheides über die nicht vermögensrechtliche Streitigkeit sei. Da der Beschwerdeführer im Rekursverfahren (auch) beantragte, für die Dauer des Getrenntlebens sei – abweichend vom erstinstanzlichen Entscheid - ihm die Obhut über die Kinder A. und B. einzuräumen (OG act. 4/2 S. 2 f.), ist vorliegend in Bezug auf eine allfällige Beschwerde in Zivilsachen vor Bundesgericht von einer nicht vermögensrechtlichen Streitigkeit auszugehen.

Das Gericht beschliesst:

1. Das Gesuch des Beschwerdeführers um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege wird abgewiesen.
2. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann. Damit entfällt die der Beschwerde verliehene aufschiebende Wirkung.

3. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 600.--.
4. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden dem Beschwerdeführer auferlegt.
5. Für das Kassationsverfahren 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.

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

7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich, das Bezirksgericht _____ (Einzelrichterin im summarischen Verfahren; Proz.-Nr. EE050228), je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Die juristische Sekretärin: