



Kass.-Nr. AA040173/Z/cap

Mitwirkende: die Kassationsrichter Herbert Heeb, Vizepräsident, Robert Karrer, Hans Michael Riemer, Dieter Zobl und Reinhard Oertli sowie der Sekretär Lukas Künzli

Zwischenbeschluss vom 02. Februar 2005

in Sachen

A.,

...,

Klägerin, Rekursgegnerin und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwältin X.Y.,...

gegen

A.,

...,

Beklagter, Rekurrent und Beschwerdegegner

vertreten durch Rechtsanwalt ...

betreffend **Eheschutz (Besuchsrecht, Unterhaltsbeiträge),
Kosten- und Entschädigungsfolgen**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der I. Zivilkammer des
Obergerichts des Kantons Zürich vom 11. Oktober 2004 (LP030183/U)**

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

1. Die I. Zivilkammer des Obergerichts verpflichtete den Beklagten mit Beschluss vom 11. Oktober 2004 in teilweiser Gutheissung des Rekurses bzw. in Abänderung der Verfügung der Einzelrichterin der 5. Abteilung des Bezirksgerichts Zürich vom 24. Oktober 2003 (unter anderem), der Klägerin persönlich ab 1. Juni 2002 bis 31. Januar 2004 monatlich Fr. 1'090.– und ab 1. Februar 2004 monatlich Fr. 1'110.– zu bezahlen. Weiter regelte die Rekursinstanz neu die erstinstanzlich festgelegten Kosten- und Entschädigungsfolgen. Im Übrigen wies sie den Rekurs des Beklagten sowie den Anschlussrekurs der Klägerin ab und bestätigte die angefochtene Verfügung (vgl. KG act. 2).

2. a) Gegen den Rekursentscheid erhob die durch RA lic.iur. X.Y. vertretene Klägerin (nachfolgend Beschwerdeführerin) mit Eingabe vom 15. November 2004 (Poststempel) und damit am letzten Tag der 30-tägigen Frist kantonale Nichtigkeitsbeschwerde (vgl. KG act. 1). Sie stellt den Hauptantrag, es seien Dispositivziffern 1 bis und mit 4 des angefochtenen Beschlusses aufzuheben und es sei das Verfahren zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Weiter sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu verleihen, und es sei im Sinne einer Wiederherstellung der Frist eine ergänzende Frist zur weiteren Begründung der Nichtigkeitsbeschwerde bis 23. November zu gewähren.

Das Wiederherstellungsgesuch begründete die Rechtsvertreterin der Beschwerdeführerin wie folgt (KG act. 1 S. 2-3): "*Wegen einer schweren Erkrankung bin ich seit längerem lediglich 50% arbeitsfähig; zudem musste ich mich immer wieder mindestens für Wochenfrist in Spitalpflege begeben, im Verlaufe dieses Jahres bereits acht Mal. Nachdem anfänglich davon auszugehen war, dass die notwendigen Therapien, die im Spital durchgeführt werden mussten, Mitte Oktober 2004 abgeschlossen sein würden, teilte mir der mich behandelnde Professor vor kurzem mit, dass eine weitere Therapie absolviert werden müsse. Mit dieser musste ich heute beginnen und sie hat dazu geführt, dass sich nach Verabreichung der entsprechenden Infusionen und Einnahmen von Medikamenten mein Zustand sofort so verschlechtert hat, dass ich die Arbeit umgehend unterbrechen*

musste. Ich konnte deshalb lediglich noch einen Teil des Entwurfs, den ich schon vorbereitet hatte, durchsehen; es war mir aber unmöglich, die übrigen Punkte, die in der Beschwerde noch zu behandeln sind, im Detail darzulegen. Die Medikamente werde ich voraussichtlich während insgesamt 14 Tagen einnehmen müssen, wobei diese, sollte sich mein Zustand bis Ende dieser Woche nicht bessern, abgesetzt und allenfalls durch andere ersetzt werden müssen. Es ist deshalb davon auszugehen, dass ich ab anfangs der nächsten Woche wieder zu 50% arbeitsfähig sein und damit die fällige Pendeuz erledigen können werde. Aus diesen Gründen ersuch ich Sie höflich, mir im Sinne einer Wiederherstellung der Frist die Ergänzung der Begründung bis am 23. November 2004 zu gestatten, Wiederherstellung deshalb, weil die Gewährung einer Fristerstreckung angesichts der gesetzlich normierten Beschwerdefrist nicht denkbar ist."

b) Der Vizepräsident des Kassationsgerichts stellte hierauf mit Verfügung vom 17. November 2004 fest, dass zunächst über das Gesuch um Wiederherstellung der Begründungsfrist entschieden werden müsse, und liess im Hinblick darauf die Eingabe der Beschwerdeführerin vom 15. November 2004 der Gegenpartei zur Stellungnahme zukommen. Weiter setzte er der Beschwerdeführerin eine 10-tägige Frist an, um eine Prozesskaution von Fr. 3'500.– zu bezahlen, und gewährte der Beschwerde hinsichtlich der Kosten- und Entschädigungsfolgen (Dispositiv-Ziffern 3 und 4 des angefochtenen Entscheids) aufschiebende Wirkung (vgl. KG act. 4).

c) Mit Eingabe vom 23. November 2004 (Poststempel) beantragte RA lic.iur. Z. in Vertretung ihrer Bürokollegin RA X.Y. (Rechtsvertreterin der Beschwerdeführerin), es sei die Frist zur Ergänzung der Beschwerdebegründung im Sinne einer Wiederherstellung der Frist ein weiteres Mal bis zum 1. Dezember 2004 zu erstrecken. Zur Begründung des Gesuchs wies RA Z. unter Einreichung eines Arztzeugnisses darauf hin, dass RA X.Y. ab 1. November 2004 bis 14. November 2004 50%, am 15. November 2004 80% und ab 16. November 2004 bis einstweilen 20. November 2004 100% arbeitsunfähig gewesen sei (vgl. KG act. 9). Weiter wies die Bürokollegin der Rechtsvertreterin der Beschwerdeführerin darauf hin, dass sich der Gesundheitszustand von RA X.Y. nicht verbessert habe und sie

infolge erneuter Infusionen und Medikamenteneinnahmen ab 21. November 2004 bis einstweilen 1. Dezember 2004 vollständig arbeitsunfähig sei. Weiter stellte sie in Aussicht, dass die fällige Pendeuz bis dahin erledigt werden könne, sofern sich der Gesundheitszustand ihrer Kollegin nicht verschlechtere (vgl. KG act. 8).

d) Am 1. Dezember 2004 (Poststempel) ersuchte RA Z. namens ihrer Bürokollegin die Frist zur Ergänzung der Begründung im Sinne einer Fristwiederherstellung unter Hinweis auf den Gesundheitszustand von RA X.Y. ein weiteres Mal bis 9. Dezember 2004 zu erstrecken. Der behandelnde Arzt gehe davon aus, dass sie bis mindestens 8. Dezember 2004 vollständig arbeitsunfähig sei (vgl. KG act. 10). Weiter reichte sie ein Arztzeugnis ein, woraus hervorgeht, dass RA X.Y. vom 21. November 2004 bis 1. Dezember 2004 zu 100% arbeitsunfähig war (vgl. KG act. 11).

e) Mit Eingabe vom 2. Dezember 2004 (KG act. 12) ersuchte RA Z. in Vertretung ihrer Kollegin, es sei der Beschwerdeführerin die Frist zur Leistung der Kautio von Fr. 3'500.– um 20 Tage zu erstrecken, "d.h. unter Berücksichtigung der Gerichtsferien bis Dienstag 11. Januar 2005". Zur Begründung verwies sie auf die Arbeitsunfähigkeit von RA X.Y. (vgl. KG act. 12). Weiter legte sie ein Arztzeugnis bei, worin der behandelnde Arzt die vollumfängliche Arbeitsunfähigkeit von RA X.Y. bis und mit 8. Dezember 2004 attestierte (vgl. KG act. 13).

f) In seiner Stellungnahme vom 2. Dezember 2004, welche am gleichen Tag wie die eben erwähnte Eingabe hierorts eingegangen war, beantragte der Rechtsvertreter des Beschwerdegegners sodann die Abweisung des Fristwiederherstellungsgesuchs. Nach seinem Dafürhalten liege gar kein Wiederherstellungsfall vor, da die Beschwerdeführerin gar keine Frist verpasst habe. Der Sache nach beantrage sie vielmehr eine Nachfrist für eine ergänzende Beschwerdebeurteilung, was - im Gegensatz zum Rekursverfahren - im Verfahren der kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde mangels einer entsprechenden gesetzlichen Regelung nicht möglich sei. Weiter wird darauf hingewiesen, dass die Rechtsvertreterin der Beschwerdeführerin seit längerer Zeit krank sei. Sie habe immer wieder Fristerstreckungsgesuche mit dieser Begründung gestellt. Ihre Kanzlei hätte daher nach so langer Zeit so eingerichtet sein müssen, dass eine solche Eingabe

trotzdem möglich gewesen wäre, zumal es sich bei der Beschwerdefrist nicht um eine kurze Frist handle (vgl. KG act. 14).

g) In der darauf hin ergangenen Verfügung vom 3. Dezember 2004 entsprach der Vizepräsident des Kassationsgerichts der nachersuchten Fristerstreckung betreffend Bezahlung der Kautions nicht vollumfänglich, sondern verlängert die Frist nur um 10 Tage. Dies insbesondere mit der Begründung, dass es RA Z. hätte zugemutet werden können, die Bezahlung der Kautions zu veranlassen, bzw. die Rechtsvertreterin der Beschwerdeführerin gehalten gewesen wäre, ihre Bürokollegin entsprechend zu instruieren oder andere geeignete Massnahmen zu treffen. Weiter wurden dem Rechtsvertreter des Beschwerdegegners die zwischenzeitlich eingegangenen Schriftsätze der Beschwerdeführerin betreffend Fristwiederherstellung (KG act. 8 bis 13) zur Stellungnahme zugestellt (vgl. KG act. 15).

h) RA X.Y. stellte die Ergänzung der Begründung der Nichtigkeitsbeschwerde am 9. Dezember 2004 fertig und übergab sie gleichentags der Post (vgl. KG act. 17). Sie weist darauf hin, dass sie gemäss Arztzeugnis bis und mit 8. Dezember 2004 vollständig arbeitsunfähig gewesen sei und heute - am 9. Dezember 2004 - teilweise die Arbeit wieder aufnehmen können. Sie gehe davon aus, dass die Gründe für eine Wiederherstellung der Frist gegeben seien und die Ergänzung der Beschwerdebegründung berücksichtigt bzw. beurteilt werde (vgl. KG act. 17 S. 2).

i) Die Kautions von Fr. 3'500.- für das Kassationsverfahren wurde am 7. Dezember 2004 bei der Post einbezahlt und damit innert Frist geleistet (vgl. KG act. 19).

j) Schliesslich reichte der Rechtsvertreter des Beschwerdegegners die Stellungnahme zu den weiteren Eingaben der Beschwerdeführerin betreffend Fristwiederherstellung ein. Darin hält er an seinem Antrag auf Abweisung des Gesuchs fest (vgl. KG act. 20).

3. Die Rechtsvertreterin der Beschwerdeführerin hat die versäumte Handlung (Ergänzung der Beschwerdebegründung) nunmehr nachgeholt. Die Kautions für das Kassationsverfahren wurde rechtzeitig bezahlt und die Gegenpartei konnte sich zur Frage der Wiederherstellung äussern. Nachfolgend ist daher über die Wiederherstellung des Begründungsfrist zu befinden, damit der weitere Fortgang des Kassationsverfahrens festgelegt werden kann.

3.1 a) Gemäss § 199 Abs. 1 GVG kann das Gericht auf Antrag der säumigen Partei eine (gesetzliche oder richterliche) Frist wiederherstellen, bei grobem Verschulden der gesuchstellenden Partei oder ihres Vertreters allerdings nur mit Einwilligung der Gegenpartei. Fällt dem Gesuchsteller ein grobes Verschulden zur Last und ist die andere Partei mit der Wiederherstellung nicht einverstanden, so darf diese also nicht erteilt werden. Bei fehlendem oder nur leichtem Verschulden der gesuchstellenden Partei oder ihres Vertreters muss die Wiederherstellung nach konstanter Praxis indessen selbst dann gewährt werden, wenn die Gegenpartei ihre Zustimmung verweigert (ZR 83 Nr. 111 E. 3/b; HAUSER/SCHWERI, Kommentar GVG ZH, Zürich 2002, N 80-83 zu § 199).

Nach § 199 Abs. 3 GVG ist das Wiederherstellungsgesuch sodann spätestens 10 Tage nach dem Wegfall des Hindernisses zu stellen. Die säumige Partei ist nach dieser Bestimmung (anders als nach Art. 35 OG oder einzelnen anderen kantonalen Regelungen) nicht verpflichtet, die versäumte Handlung schon innert der 10-tägigen Frist zur Begründung des Wiederherstellungsgesuchs nachzuholen (vgl. RB 1997 Nr. 57; vgl. auch Kass.-Nr. AA040009, Beschluss vom 24. Februar 2004, in Sachen J., E. II/2c; HAUSER/SCHWERI, a.a.O., N 15f., N 87 und N 102 zu § 199).

b) Da die Rechtsvertreterin der Beschwerdeführerin das Wiederherstellungsgesuch vorweg gestellt hatte, d.h. noch bevor das Hindernis (krankheitsbedingte vollumfängliche Arbeitsunfähigkeit bis 23. November 2004 bzw. 1. Dezember 2004 bzw. 8. Dezember 2004) wegfallen konnte, steht die Wahrung der 10-tägigen Frist nach § 199 Abs. 3 GVG ausser Frage. Das Gesuch gilt als rechtzeitig gestellt, zumal die Rechtsvertreterin der Beschwerdeführerin nicht gehalten war, innert dieser Frist die versäumte Handlung (Ergänzung der Beschwerdebegrün-

dung) nachzuholen. Die formellen Voraussetzungen der Wiederherstellung sind erfüllt.

3.2 a) Bezüglich des Verschuldenskriteriums ist in allgemeiner Hinsicht festzuhalten, dass sich grobe und leichte Nachlässigkeit nur graduell unterscheiden, wobei sich die Begriffsbestimmungen allein nach kantonalem Recht richten und es grundsätzlich Sache des Gesuchstellers ist, darzutun, dass keine grobe Nachlässigkeit vorliegt. Diese Beweislastverteilung folgt aus dem Umstand, dass die säumige Partei den Nachweis erbringen muss, dass zureichende Gründe für eine Restitution vorliegen. Hierzu gehört auch, dass sie darlegt, wie sie nach der Entdeckung des Fehlers bestrebt war, das Versäumnis so bald als möglich nachzuholen (RB 1976 Nr. 18; HAUSER/SCHWERI; a.a.O., N 32 und 50 zu § 199 m.H.). Die (fliessende) Grenze zwischen grobem und leichtem Verschulden ist in jedem konkreten Einzelfall in freier Würdigung der Akten nach pflichtgemäsem richterlichem Ermessen zu bestimmen (ZR 77 Nr. 106; HAUSER/SCHWERI; a.a.O., N 50 zu § 199 m.H.). Entscheidend ist, welches Mass an Sorgfalt unter Berücksichtigung der besonderen Umstände allgemein, d.h. objektiviert, von einem sorgsamem Geschäftsmann verlangt werden kann; der relevante Sorgfaltsmassstab ist mithin ein abstrakter. In diesem Sinne ist die Verletzung einer Sorgfaltspflicht dann als grobes Verschulden zu qualifizieren, wenn deren Beachtung unter den gegebenen Umständen dem durchschnittlich Sorgfältigen zuzumuten bzw. von diesem zu erwarten ist (ZR 89 Nr. 100, E. 4). Dabei sind auch die persönlichen Verhältnisse der gesuchstellenden Partei zu berücksichtigen, wobei einem Rechtskundigen ein grösseres Mass an Sorgfalt zugemutet werden darf als einem Laien (RB 1998 Nr. 57). Ausserdem hängt das Mass an Sorgfalt unter anderem auch wesentlich von der Wichtigkeit der vorzunehmenden Handlung ab (ZR 89 Nr. 100, E. 4; RB 2000 Nr. 48), und es verschärft sich, je kürzer die dazu noch zur Verfügung stehende Zeitspanne ist (vgl. HAUSER/SCHWERI; a.a.O., N 48 zu § 199 m.H.; zum Ganzen auch Kass.-Nr. 98/348 Z, Beschluss vom 26. Januar 2000, in Sachen S., E. II/3b-c). Hat die Partei einen Rechtsvertreter bestellt, dann ist ausschliesslich zu prüfen, ob dieser die Frist versäumt und ob ihm mit Bezug auf die Säumnis ein grobes oder leichtes Verschulden angelastet werden muss (vgl. HAUSER/SCHWERI; a.a.O., N 29 zu § 199 m.H.).

b) Gestützt auf die Akten ist davon auszugehen, dass die Rechtsvertreterin der Beschwerdeführerin im Zeitpunkt des Ablaufs der Begründungsfrist (15. November 2004) bereits seit rund einem Jahr an einer schweren Krankheit litt (vgl. vorstehend E. 2a). Von einem Anwalt, der weiss oder damit rechnen muss, sich aufgrund einer Erkrankung in unregelmässigen Abständen in eine Therapie mit Spitalaufenthalt begeben zu müssen, ist mit Blick auf das Mass der Sorgfaltpflicht zu fordern, dass er die geeigneten Vorkehrungen zur Vermeidung von Versäumnissen als Folge dieser Krankheit trifft. Die Unterlassung entsprechender Massnahmen müsste daher als Vernachlässigung der Pflichten eines Anwaltes betrachtet werden und zur Annahme eines groben Verschuldens an der Versäumnis führen (vgl. HAUSER/SCHWERI; a.a.O., N 60 zu § 199 m.H.; vgl. Kass.-Nr. 92/232 Z, a.a.O.). Nach der Rechtsprechung ist der Anwalt denn auch grundsätzlich verpflichtet ist, seinen Kanzleibetrieb so zu organisieren, dass während seiner Abwesenheit (z.B. infolge Krankheit) den Fristen nachgelebt werden kann (vgl. HAUSER/SCHWERI; a.a.O., N 60 zu § 199 m.H.; vgl. weiter etwa: RB 2000 Nr. 48; Kass.-Nr. 98/199 Z, Beschluss vom 2. November 1998, in Sachen Z., E. 4 und 5; Kass.-Nr. 92/232 Z, Beschluss vom 6. November 1992, in Sachen F., E. II/2).

Im vorliegenden Fall kommen indessen verschiedene entschuldbare Gründe zum Tragen. RA X.Y. durfte gemäss ihrer glaubhaften Darstellung (zumindest anfänglich) damit rechnen, dass die Therapie "Mitte Oktober 2004" abgeschlossen sein würde. Weiter war für sie während der laufenden Rechtsmittelfrist (ab 15. Oktober 2004) die nächste Therapie (ab 15. November 2004) nicht - jedenfalls nicht zuverlässig genug - absehbar. Aus dem eingereichten Arztzeugnis geht hervor, dass sie ab 1. November 2004 bis 14. November 2004 (immerhin) zu 50% und am 15. November 2004 zu 20% arbeitsfähig war. Sie durfte in dieser Situation darauf vertrauen, dass sie in der ihr zur Verfügung stehenden Zeit (rund 2 Wochen) bis zum Ablauf der Begründungsfrist (15. November 2004) bei einer Arbeitsfähigkeit von 50% die Beschwerdebegründung werde bewerkstelligen können. Sie war daher auch nicht gehalten, während der laufenden Frist eine Vertretung für die Ausarbeitung der Begründung zu organisieren und/oder ihrer Mandantin mitzuteilen, sie könne die Beschwerdeschrift voraussichtlich nicht innert Frist erstellen. Schliesslich kam der Bericht des behandelnden Professors, dass

eine weitere Therapie absolviert werden müsse, kurz vor Ablauf der Begründungsfrist. RA X.Y. musste hierauf am letzten Tag der Begründungsfrist mit der Therapie beginnen. Mithin kann auch nachvollzogen werden bzw. es gereicht RA X.Y. jedenfalls nicht im Sinne einer erheblichen Pflichtverletzung zum Vorwurf, dass sie in der ihr verbliebenen kurzen Zeit keine Vertretung suchte oder andere Massnahmen zur Fristwahrung getroffen hatte. Ebenso wenig kann ihr als grobes Verschulden angelastet werden, dass sie nicht gleich nach Wiederaufnahme der Arbeit anfangs November 2004 die Begründung der Beschwerde ausarbeitete bzw. fertig stellte. Es stand ihr offen, die laufende 30-tägige Frist auszuschöpfen, da sie (wie gesagt) nicht - jedenfalls nicht mit ausreichender Gewissheit - damit rechnen musste, dass sie mit Ablauf der Begründungsfrist eine weitere Therapie zu absolvieren hatte. Abgesehen davon dürfte es sich bei der vorliegenden Nichtigkeitsbeschwerde nicht um die einzige fällige Pendeuz der Rechtsvertreterin der Beschwerdeführerin gehandelt haben. Ferner war sie bestrebt, das Versäumnis nach dem Wegfall des Hindernisses so bald als möglich nachzuholen, indem sie am Tag der Wiederaufnahme der Arbeit (9. Dezember 2004) die Ergänzung der Begründung der Nichtigkeitsbeschwerde sogleich fertig stellte und der Post übergab (vgl. KG act. 17). Die Verzögerung des Beschwerdeverfahrens um rund 3 Wochen hielt sich somit in Grenzen, was für die Zulässigkeit der Fristwiederherstellung spricht.

c) Nach dem Gesagten erscheint das Verschulden von RA X.Y. an der Fristversäumnis jedenfalls nicht als derart gross, dass die Wiederherstellung der Frist mangels Einwilligung der Gegenpartei verneint werden müsste.

3.3 Der Beschwerdeführerin ist aus diesen Gründen die Frist zur Einreichung der ergänzenden Beschwerdebegründung wiederherzustellen. Da die Rechtsvertreterin der Beschwerdeführerin das Versäumte mit Eingabe vom 9. Dezember 2004 (KG act. 17) bereits nachgeholt hat, braucht keine neue Begründungsfrist angesetzt zu werden. Es bleibt festzustellen, dass die erstattete Ergänzung der Beschwerdebegründung rechtzeitig (innert wiederhergestellter Frist) eingegangen ist.

4. Die Nichtigkeitsbeschwerde (KG act. 1 und 17) wird der Vorinstanz zur freigestellten Vernehmlassung und das Doppel der Nichtigkeitsbeschwerde (KG act. 1 und 17) wird der Gegenpartei zur freigestellten schriftlichen Beantwortung zugestellt.

5. Die Kosten- und Entschädigungsfolgen werden im Endentscheid festgesetzt.

Das Gericht beschliesst:

1. Das Fristwiederherstellungsgesuch wird gutgeheissen und es wird festgestellt, dass die Ergänzung der Beschwerdebegründung innert Frist eingegangen ist.
2. Die Beschwerdeschrift (KG act. 1 und 17) wird der Vorinstanz zur freigestellten Vernehmlassung zugestellt.
3. Das Doppel der Beschwerdeschrift (KG act. 1 und 17) wird der Gegenpartei zur freigestellten schriftlichen Beantwortung innert **30 Tagen** ab Mitteilung dieses Beschlusses zugestellt.

Eine Fristerstreckung für die Beschwerdeantwort wird nur beim Vorliegen besonderer Gründe gewährt, welche in einem allfälligen Fristerstreckungsgesuch im Einzelnen begründet und belegt werden müssen.

4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und die I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär: