



Kass.-Nr. AA050072/U/cap

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Robert Karrer, Alfred Keller, Karl Spühler und die Kassationsrichterin Yvona Griesser sowie der Sekretär Markus Nietlispach

Zirkulationsbeschluss vom 09. Juni 2005

in Sachen

X.,

Rekurrent und Beschwerdeführer

gegen

Y.,

Rekursgegnerin und Beschwerdegegnerin

betreffend **Besuchsregelung**

Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 23. November 2004 und einen Entscheid des Generalsekretärs des Obergerichts des Kantons Zürich vom 09. Mai 2005 (NX040059/U)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

1.a) Die Parteien wurden mit Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 14. Mai 2002 geschieden, wobei die damals 11-jährige Tochter P. unter die elterliche Sorge der Beschwerdegegnerin (Rekursgegnerin) gestellt, dem Beschwerdeführer (Rekurrent) ein (bis zur Vollendung des 13. Altersjahres der Tochter begleitetes) Besuchsrecht eingeräumt und zur konkreten Regelung der Ausgestaltung und Durchführung desselben eine Erziehungsbeistandschaft im Sinne von Art. 308 Abs. 2 ZGB angeordnet bzw. die bereits mit Verfügung vom 1. April 1997 für die Dauer des Scheidungsverfahrens errichtete Beistandschaft weitergeführt wurde (KG act. 3/1).

b) Mit Eingabe vom 2. Januar 2004 (und anlässlich seiner Anhörung vom 17. März 2004) beantragte der Beschwerdeführer bei der Vormundschaftsbehörde A. sinngemäss die Aufhebung der Beistandschaft für seine Tochter und des Begleitungserfordernisses bei den Besuchen sowie die Einräumung eines erweiterten Besuchs- und Ferienbesuchsrechts. Gegen den seine Begehren weitgehend ablehnenden Beschluss der Vormundschaftsbehörde A. vom 29. Juni 2004 erhob der Beschwerdeführer Beschwerde beim Bezirksrat B., welche mit Beschluss vom 7. Oktober 2004 abgewiesen wurde, soweit darauf einzutreten war (OG act. 4). Hiegegen rekurrierte der Beschwerdeführer beim Obergericht des Kantons Zürich (OG act. 2 = KG act. 3/5). Am 23. November 2004 beschloss dessen II. Zivilkammer, wegen verspäteter Erhebung auf den Rekurs nicht einzutreten, wobei sie die Kosten des Rekursverfahrens – anders als zuvor der Bezirksrat, der die Kosten des Beschwerdeverfahrens auf die Staatskasse genommen hatte – dem Beschwerdeführer auferlegte (OG act. 8 = KG act. 2/1).

c) In der Folge stellte der Beschwerdeführer, nachdem er bereits unter dem 25. Februar 2005 erfolglos um Kostenübernahme auf die Staatskasse ersucht hatte (vgl. KG act. 3/3), mit Schreiben vom 28. April 2005 beim Obergericht ein Gesuch um Erlass der Kosten des Rekursverfahrens. Mit Schreiben vom 2. Mai 2005 lehnte die Obergerichtskasse, Zentrales Inkasso, dieses Kostenerlassgesuch ab, wobei sie dem Beschwerdeführer bewilligte, die Rechnung in monatli-

chen Raten von mindestens Fr. 30.-- abzuzahlen (vgl. OG act. 11 = KG act. 2/2 = KG act. 3/2). Gleich entschied auch der Generalsekretär des Obergerichts, dem das vom Beschwerdeführer (auch) an die II. Zivilkammer des Obergerichts gerichtete Kostenerlassgesuch (OG act. 10) zuständigkeitshalber überwiesen worden war (KG act. 2/2).

d) Mit an das Kassationsgericht gerichteter Eingabe vom 24. Mai 2005 erhebt der Beschwerdeführer Nichtigkeitsbeschwerde sowohl gegen den obergerichtlichen Erledigungsbeschluss vom 23. November 2004 als auch gegen den sein Kostenerlassgesuch abweisenden Entscheid des Generalsekretärs des Obergerichts (KG act. 1). Damit verlangt er die Aufhebung ("Nichtigerklärung") dieser beiden Entscheide und die Beurteilung seiner Anträge durch das Kassationsgericht.

e) Wie die nachstehenden Erwägungen (insbes. Erw. 3 und 4) zeigen, erweist sich die Beschwerde sofort als unzulässig. Deshalb kann – nach bereits erfolgtem Beizug der vorinstanzlichen Akten (vgl. KG act. 4 und 6) – von Weiterungen im Sinne von § 289 ZPO abgesehen werden. (Mit Blick auf den Einwand des Beschwerdeführers, wonach sich das Begehren um Änderung der Besuchsrechtsregelung nicht gegen seine geschiedene Ehefrau, sondern gegen die mit der Ausgestaltung der Modalitäten der Besuchsrechtsausübung betrauten vormundschaftlichen Organe [Vormundschaftsbehörde und Beistand] gerichtet habe [vgl. KG act. 1 S. 1], bleibt immerhin anzumerken, dass – nachdem im Rekursverfahren einzig der Beschwerdeführer und die Beschwerdegegnerin als Parteien aufgeführt waren und der Vormundschaftsbehörde mit Recht keine Parteistellung eingeräumt worden war [vgl. Frank, Ergänzungsband zu Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, Zürich 2000, N 34 zu § 280e ZPO] – auch das vorliegende, gegen den Rekursentscheid angehobene Kassationsverfahren [nur] zwischen diesen beiden Parteien zu führen ist bzw. geführt wird.)

2. Aus denselben, sogleich im Einzelnen darzulegenden Gründen muss die Beschwerde als von Anfang an aussichtslos im Sinne von § 84 Abs. 1 ZPO und

Art. 29 Abs. 3 BV (bzw. der aus Art. 4 aBV abgeleiteten Grundsätze) betrachtet werden (vgl. dazu Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich 1997, N 21a zu § 84 ZPO; BGE 129 I 135 f.; 128 I 236; 125 II 275 m.w.Hinw.; ZR 101 Nr. 14, Erw. 3; 69 Nr. 29; s.a. RB 1997 Nr. 76; ZR 98 Nr. 12; Urteil des Bundesgerichts 1P.345/2004 vom 1.10.2004, Erw. 4.3). Damit fehlt es an einer der beiden (kumulativen) Grundvoraussetzungen für die Gewährung des prozessualen Armenrechts (Mittellosigkeit der Gesuch stellenden Partei und genügende Erfolgsaussichten des ergriffenen Rechtsmittels). Dem Gesuch des Beschwerdeführers um Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung und um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistands für das Kassationsverfahren (KG act. 1 S. 2) kann deshalb – unabhängig von der offensichtlich angespannten finanziellen Situation des Beschwerdeführers – nicht entsprochen werden.

3. Soweit mit der Beschwerde der Beschluss der II. Zivilkammer des Obergerichts vom 23. November 2004 (KG act. 2/1) angefochten wird, gilt Folgendes:

a) Nach § 287 ZPO ist die schriftlich einzureichende (§ 288 ZPO) Nichtigkeitsbeschwerde (unter Vorbehalt einer hier nicht vorliegenden und vom Beschwerdeführer auch nicht geltend gemachten Ausnahme; vgl. § 287 Satz 2 ZPO) innert dreissig Tagen seit der schriftlichen Eröffnung des damit anzufechtenden Entscheids bei der Kassationsinstanz zu erheben, wobei der Tag der Mitteilung bei der Fristberechnung nicht mitgezählt wird (§ 191 GVG). Hinsichtlich der Fristwahrung bestimmt § 193 Satz 1 GVG sodann, dass eine Handlung rechtzeitig erfolgt, wenn sie vor Ablauf der Frist vorgenommen wird. Konkret müssen schriftliche Eingaben spätestens am letzten Tag der Frist an die Bestimmungsstelle gelangt oder für sie der schweizerischen Post übergeben sein (§ 193 Satz 2 GVG). Handelt es sich beim letzten Tag der Frist um einen Samstag oder öffentlichen Ruhetag, endigt dieselbe (erst) am nächsten Werktag (§ 192 GVG).

Gemäss Empfangsbestätigung hat der Beschwerdeführer den Beschluss der II. Zivilkammer des Obergerichts vom 23. November 2004 (KG act. 2/1) am 26. November 2004 in Empfang genommen (OG act. 9/1). Nach den eben dargeleg-

ten Grundsätzen lief die dreissigtägige Beschwerdefrist demnach am Montag, den 27. Dezember 2004, oder – geht man in Anbetracht von § 140 Abs. 3 GVG zugunsten des Beschwerdeführers vom Stillstand der Frist während der Gerichtsferien aus (vgl. § 140 Abs. 1 und 2 GVG) – am Montag, den 17. Januar 2005, ab. Damit erweist sich die erst am 25. Mai 2005 zur Post gegebene Beschwerde, soweit sie sich gegen den obergerichtlichen Beschluss vom 23. November 2004 richtet, als offensichtlich verspätet. Insoweit kann schon mangels Wahrung der Beschwerdefrist, bei der es sich um eine von Amtes wegen zu prüfende Rechtsmittelvoraussetzung handelt, nicht auf die Beschwerde eingetreten werden (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 4 vor §§ 259 ff. ZPO).

b) Die Beschwerde wäre im Übrigen auch dann von der Hand zu weisen, wenn sie rechtzeitig eingereicht worden wäre. Gemäss § 284 Ziff. 5 ZPO ist die Nichtigkeitsbeschwerde (unter anderem) nämlich nicht zulässig gegen Rekursentscheide des Obergerichts über Entscheide des Bezirksrates in Familienrechtssachen (§§ 280a-j ZPO), sofern der Bezirksrat – wie hier – als *Beschwerdeinstanz* (und das Obergericht demnach funktionell als obere kantonale Aufsichtsbehörde) entschieden hat (vgl. hiezu Frank, a.a.O., N 1 ff. zu § 284 ZPO [und N 10a vor §§ 280a ff. ZPO]). Zutreffenderweise enthält der angefochtene Rekursentscheid (KG act. 2/1) denn auch keine dahingehende Rechtsmittelbelehrung (welche bei Zulässigkeit der Nichtigkeitsbeschwerde obligatorisch wäre; vgl. § 157 Ziff. 12 i.V.m. § 188 GVG). Mithin kann auch mangels Beschwerdefähigkeit des angefochtenen Beschlusses (vom 23. November 2004) nicht auf die Beschwerde eingetreten werden (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 4 vor §§ 259 ff. ZPO).

4. Auch insoweit, als sich die Beschwerde gegen den Entscheid des Generalsekretärs des Obergerichts vom 9. Mai 2005 (KG act. 2/2) richtet, ist sie der kassationsgerichtlichen Beurteilung entzogen:

a) Abgesehen davon, dass die Nichtigkeitsbeschwerde an das Kassationsgericht gemäss der gesetzlichen Kompetenzordnung (§ 69a Abs. 1 GVG) in Zivilsachen von vornherein nur gegen Entscheide des Obergerichts, des Handelsgerichts (je als Kollegialbehörde) sowie des obergerichtlichen und handelsgerichtli-

chen Einzelrichters offen steht, handelt es sich beim Entscheid über den Erlass der einer Partei rechtskräftig auferlegten Verfahrenskosten der Sache nach um einen Nachtragsentscheid (betreffend Kostenbezug) zum das Verfahren erledigenden Endentscheid. Es versteht sich von selbst, dass im Falle der Unzulässigkeit der Nichtigkeitsbeschwerde gegen den Erledigungsentscheid einer bestimmten Instanz (hier: des Obergerichts als Rekursinstanz über einen Beschwerdeentscheid des Bezirksrates in Familienrechtssachen) auch ein im Kontext mit dem betreffenden (hier: Rekurs-)Verfahren (nach §§ 280a ff. ZPO) ergangener prozessleitender, Nebenfolgen- oder Nachtragsentscheid nicht beschwerdefähig ist (vgl. Spühler/Vock, Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund, Zürich 1999, S. 64). Oder genereller formuliert: Ist die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde in einem bestimmten Verfahren "in der Sache selbst" ausgeschlossen (d.h. kann der Endentscheid in der Sache selbst nicht an die Kassationsinstanz weitergezogen werden), ist sie es nach feststehender Praxis auch hinsichtlich allfälliger Neben- oder Inzidentverfahren (z.B. bezüglich Entscheiden betreffend Ablehnung, unentgeltliche Rechtspflege, Fristwiederherstellung, Kosten- und Entschädigungsfolgen usw., die innerhalb eines solchen Verfahrens ergehen); denn im Inzidentverfahren können den Parteien nicht mehr Rechtsmittel zur Verfügung stehen als im betreffenden Hauptverfahren selbst (vgl. insbes. RB 1989 Nr. 22; 1997 Nr. 88; Kass.-Nr. AA040037 vom 24.3.2004 i.S. Z.c.B., Erw. 2/c, und Kass.-Nr. 2001/139 vom 10.6.2001 i.S. B.c.K., Erw. 4/b [je m.w.Hinw.]; s.a. BGE 119 Ib 412 ff. ["Einheit des Prozesses"] mit Anmerkung Schwander in AJP 1994, S. 390 ff.). Demzufolge ist die gegen den Entscheid des obergerichtlichen Generalsekretärs vom 9. Mai 2005 erhobene Nichtigkeitsbeschwerde schon unter dem Aspekt von § 284 Ziff. 5 ZPO unzulässig.

b) Überdies stellt der im Rahmen des Kostenbezugs ergehende und im vorliegenden Fall in die Zuständigkeit des Generalsekretärs des Obergerichts fallende (vgl. § 5 der Verordnung des Obergerichts über das Rechnungswesen der Bezirksgerichte, des Obergerichts und der angegliederten Gerichte sowie über das zentrale Inkasso vom 9.4.2003 [LS 211.14] i.V.m. § 32 der obergerichtlichen Verordnung über die Organisation des Obergerichts vom 8.12.1999 [LS 212.51]) Ent-

scheid betreffend Kostenerlass (oder Bewilligung von Ratenzahlungen) keinen Akt der Rechtsprechung bzw. der Zivilrechtspflege, sondern einen solchen der Justizverwaltung dar (vgl. Hauser/Schweri, Kommentar zum zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz, Zürich 2002, N 15 zu § 42 GVG). Gegen Akte der Justizverwaltung ist die Nichtigkeitsbeschwerde jedoch – wie aus § 284 Ziff. 2 ZPO abgeleitet wird – generell unzulässig (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 3 zu § 284 ZPO; Spühler/Vock, a.a.O., S. 58; von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. A., Zürich 1986, S. 7; Hauser/Schweri, a.a.O., N 2 a.E. zu § 105 GVG), weshalb allfällige Mängel derartiger Entscheide nicht im Kassationsverfahren gerügt werden können. Damit ergibt sich die Unzulässigkeit der Nichtigkeitsbeschwerde gegen den Entscheid des obergerichtlichen Generalsekretärs auch aus § 284 Ziff. 2 ZPO.

5. Zusammenfassend bleibt festzuhalten, dass mit der vorliegenden Nichtigkeitsbeschwerde – soweit sie nicht ohnehin verspätet erhoben wurde – zwei nicht beschwerdefähige Entscheide angefochten werden. Folglich kann auf die Beschwerde gesamthaft nicht eingetreten werden.

6. Bei diesem Ausgang sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens in Anwendung der auch im Rechtsmittelverfahren geltenden allgemeinen Regel (§ 64 Abs. 2 ZPO) dem mit seinen (Rechtsmittel-)Anträgen (auf Aufhebung der angefochtenen Entscheide) unterliegenden Beschwerdeführer aufzuerlegen (Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. A., Zürich 1979, S. 406, Anm. 6/a). Da der Beschwerdegegnerin vor Kassationsgericht keine entschädigungspflichtigen Kosten und Umtriebe (im Sinne von § 68 Abs. 1 ZPO) entstanden sind, fällt die Zurechnung einer Prozessentschädigung ausser Betracht.

Das Gericht beschliesst:

1. Das Gesuch des Beschwerdeführers um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters für das Kassationsverfahren wird abgewiesen.
2. Auf die Nichtigkeitsbeschwerde wird nicht eingetreten.
3. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf:
Fr. 100.-- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 184.-- Schreibgebühren,
Fr. 95.-- Zustellgebühren und Porti.
4. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden dem Beschwerdeführer auferlegt.
5. Für das Kassationsverfahren werden keine Prozessentschädigungen zugesprochen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die II. Zivilkammer und den Generalsekretär des Obergerichts des Kantons Zürich sowie den Bezirksrat B., je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär: