



Kass.-Nr. AA060119/U/cap

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Hans Michael Riemer, Dieter Zobl, die Kassationsrichterin Sylvia Frei und der Kassationsrichter Rudolf Ottomann sowie die Sekretärin Margrit Scheuber

Zirkulationsbeschluss vom 22. August 2006

in Sachen

A. B.,

geboren ..., ... Staatsangehöriger, ...,

whft. ...,

Beklagter, Rekurrent, Anschlussrekursgegner und Beschwerdeführer

gegen

C. B.,

geboren ..., ... Staatsangehörige, ..., whft. ...,

Klägerin, Rekursgegnerin, Anschlussrekurrentin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwältin Dr. iur. D.E.

betreffend **Eheschutz**

(Obhut, Besuchsrecht, Beistandschaft, Unterhaltsbeiträge)

Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 29. Juni 2006 (LP050119/U)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

1. Am 13. Juli 2004 ging beim Bezirksgericht F. das Eheschutzbegehren der Klägerin ein (ER act. 1). Am 30. September 2004 fand der erste Teil der Hauptverhandlung, am 3. März 2005 der zweite Teil statt, und am 8. April 2005 wurde eine Kinderanhörung durchgeführt (ER Prot. S. 4 ff., S. 23 ff., S. 41 ff.). Zudem wurde ein Gutachten bezüglich Erziehungsfähigkeit und Obhutszuteilung eingeholt (ER act. 16 und 36/2). Mit Verfügung vom 19. April 2005 bewilligte der Einzelrichter den Parteien das Getrenntleben und nahm davon Vormerk, dass diese seit dem 13. Juli 2004 getrennt lebten. Die drei Kinder der Parteien wurden für die Dauer des Getrenntlebens unter die Obhut der Klägerin gestellt und es wurde das Besuchsrecht des Beklagten geregelt. Weiter wurde die Vormundschaftsbehörde G. angewiesen, eine Besuchsbeistandschaft zu errichten. Der Beklagte wurde verpflichtet, der Klägerin ab 1. Mai 2005 monatliche Kinderunterhaltsbeiträge von Fr. 900.--, d.h. je Fr. 300.-- pro Kind zu bezahlen. Die eheliche Wohnung wurde dem Beklagten zur alleinigen Benutzung zugewiesen und der Beklagte wurde angewiesen, der Klägerin auf erstes Verlangen verschiedene Gegenstände herauszugeben. Zudem wurde die Gütertrennung ab 30. September 2004 angeordnet (ER act. 49). Ebenfalls mit Verfügung vom 19. April 2005 wurde den Parteien die unentgeltliche Prozessführung bewilligt und je ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt (ER act. 49, S. 19).

2. Gegen diese Verfügung erhob der Beklagte Rekurs und beantragte eine hinreichende Begründung bzw. eventualiter die Zuteilung der Obhut über die Kinder an sich selbst, die Festlegung eines Besuchsrechts der Klägerin, die Aufhebung der Besuchsbeistandschaft und die Verpflichtung der Klägerin zur Bezahlung von Kinderunterhaltsbeiträgen von Fr. 600.--, nämlich je Fr. 200.-- pro Kind (OG act. 2, S. 2). Die Klägerin beantragte die Abweisung des Rekurses und erhob Anschlussrekurs, mit welchem sie insbesondere die Verpflichtung des Beklagten zur Bezahlung von Kinderunterhaltsbeiträgen von Fr. 300.-- je Kind, total Fr. 900.-- vom 1. Juli 2004 bis 30. Juni 2005 und ab 1. Juli 2005 von Fr. 240.-- je Kind, total Fr. 720.--, sowie von Fr. 300.-- je Kind, total Fr. 900.-- ab Wiederaufnahme der Erwerbstätigkeit des Beklagten verlangte (OG act. 6). Mit Beschluss vom 29. Juni

2006 setzte die I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich in teilweiser Gutheissung des Rekurses und des Anschlussrekurses die vom Beklagten an die Klägerin ab 1. Mai 2005 zu bezahlenden Kinderunterhaltsbeiträge auf Fr. 600.--, nämlich je Fr. 200.-- pro Kind, solange der Beklagte arbeitsunfähig sei, sowie auf Fr. 900.--, nämlich je Fr. 300.-- pro Kind ab Wiederaufnahme der Erwerbstätigkeit des Beklagten fest (OG act. 21 = KG act. 2). Dieser Beschluss wurde den unentgeltlichen Rechtsvertretern der Parteien jeweils am 3. Juli 2006 zugestellt (OG act. 22/1 und 22/2).

3. Mit Schreiben an das Kassationsgericht vom 2. August 2006 beantragte der Beklagte und Beschwerdeführer persönlich die Erstreckung der Frist zur Einreichung einer kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde, mit der Begründung, sein Rechtsanwalt habe ihm am 25. Juli 2006 mitgeteilt, dass er ihn in dieser Angelegenheit nicht mehr vertreten wolle und er einen andern Rechtsanwalt beauftragen solle (KG act. 1). Das Kassationsgericht teilte dem Beschwerdeführer mit Schreiben vom 3. August 2006 mit, dass eine Fristerstreckung der gesetzlichen Frist nur in ausgesprochenen Ausnahmefällen möglich sei und ein solcher Ausnahmefall nach den heute bekannten Umständen nicht vorliege. Da das Schreiben vom 2. August 2006 keine weitere Begründung enthielt und nicht klar war, ob der Beschwerdeführer tatsächlich kantonale Nichtigkeitsbeschwerde erheben wollte, wurde dieser aufgefordert, zu erklären, ob seine Eingabe vom 2. August 2006 (mit allfälligen Kostenfolgen zu seinen Lasten) als kantonale Nichtigkeitsbeschwerde entgegen zu nehmen und zu behandeln sei (KG act. 3). Mit Schreiben vom 6. August 2006 teilte der Beschwerdeführer daraufhin mit, er wolle, dass seine Eingabe als kantonale Nichtigkeitsbeschwerde entgegen zu nehmen und zu behandeln sei, und unterbreitete dem Gericht eine kurze Stellungnahme (KG act. 5).

4.1 Gemäss § 288 ZPO ist die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde innert der Frist zur Einreichung schriftlich zu begründen. 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 Beschwerdebegrün-

ding 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 (ZR 81 Nr. 88 Erw. 6; Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3.A., 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.A., Zürich 1986, S. 16 ff.). Das vom Beschwerdeführer am 2. August 2006 und damit am letzten Tag der ab dem 4. Juli 2006 laufenden (und in den Gerichtsferien nicht still stehenden) Frist eingereichte Schreiben enthält keine Begründung der Nichtigkeitsbeschwerde, sondern lediglich ein Gesuch um Erstreckung der Frist zur Einreichung der Nichtigkeitsbeschwerde und dessen Begründung. Bereits mit Schreiben des Kassationsgerichts vom 3. August 2006 wurde darauf hingewiesen, dass eine Fristerstreckung zur Begründung der Nichtigkeitsbeschwerde nur in ganz begrenzten Ausnahmefällen (§ 189 GVG) möglich ist, nämlich wenn eine Partei oder deren Vertreter im Lauf der Frist stirbt oder handlungsunfähig wird. Dass diese Voraussetzungen gegeben wären, macht der Beschwerdeführer nicht geltend und ist auch nicht ersichtlich. Der Beschwerdeführer hat zwar mit Eingabe vom 6. August 2006 (KG act. 5) eine Stellungnahme abgegeben und ausgeführt, es müsse insbesondere ein neues Gutachten eingeholt werden. Diese Vorbringen sind jedoch erst nach Fristablauf und damit verspätet erfolgt; darauf kann nicht eingetreten werden. Die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde ist damit innert der Frist gänzlich unbegründet geblieben und darauf kann gesamthaft nicht eingetreten werden.

4.2 Es ist sodann darauf hinzuweisen, dass weder die Eingabe vom 2. August 2006 (KG act. 1) noch jene vom 6. August 2006 (KG act. 5) ein explizites Gesuch um Wiederherstellung der Frist zur Einreichung der kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde enthalten haben, noch darin ein solches als sinngemäss gestellt gesehen werden könnte. Selbst wenn man in der Begründung zum Gesuch um Fristerstreckung allenfalls auch eine Begründung zur Fristwiederherstellung hätte

sehen können, wäre ein solches Gesuch abzuweisen gewesen. Der Beschwerdeführer legte nur dar, dass ihm sein Anwalt am 25. Juli 2006 – mithin eine Woche vor Fristablauf – schriftlich mitgeteilt habe, dass er ihn in dieser Angelegenheit nicht weiter vertrete und er einen andern Anwalt beauftragen solle. Da grundsätzlich das Verhalten des Vertreters dem Vertretenen anzurechnen ist, könnte das allfällige Verschulden des früheren Vertreters wegen später Orientierung über die Mandatsniederlegung nicht als Entschuldigungsgrund des Beschwerdeführers berücksichtigt werden und es wäre davon auszugehen, dass ein grobes Verschulden des Beschwerdeführers (bzw. seines damaligen Vertreters) zur Fristversäumnis führte. Eine Fristwiederherstellung käme in diesem Fall kaum in Frage (vgl. § 199 GVG).

5. Ausgangsgemäss wird der Beschwerdeführer für das vorliegende Beschwerdeverfahren kostenpflichtig (§ 64 Abs. 2 ZPO). Dem Beschwerdeführer wurde von der ersten Instanz mit Verfügung vom 19. April 2005 die unentgeltliche Prozessführung bewilligt und ein unentgeltlicher Rechtsvertreter bestellt (ER act. 49, S. 19). Diese Bewilligung gilt grundsätzlich auch für das Rechtsmittelverfahren weiter; allerdings kann die Rechtsmittelinstanz für ihr Verfahren auch einen eigenen Entscheid treffen (§ 90 Abs. 2 ZPO). Vorliegend würde sich eigentlich ein Entzug der Bewilligung zur unentgeltlichen Prozessführung aufdrängen, da sich die unbegründet eingereichte Beschwerde und die verspätete Nachreichung einer (rudimentären) Begründung als von Anfang an offensichtlich aussichtslos erweisen. Allerdings erscheint dieses Vorgehen in casu deshalb nicht gerechtfertigt, weil das Schreiben des Kassationsgerichts vom 3. August 2006 (KG act. 3) zwar auf die Unmöglichkeit der Fristerstreckung hinwies, jedoch offenbar zu wenig klar aufzeigte, dass die bisher eingereichte Eingabe vom 2. August 2006 in keiner Weise den Anforderungen an die Begründung einer Nichtigkeitsbeschwerde genüge, eine nachträgliche Begründung nicht in Frage komme und die Beschwerde damit aussichtslos sei. Damit erschien die Aufforderung, sich darüber zu äussern, ob die Eingabe vom 2. August 2006 als Nichtigkeitsbeschwerde "zu behandeln" sei, als widersprüchlich, da eine Behandlung der unbegründeten Beschwerde zum vornherein nicht in Frage kommen konnte. Von einem Entzug der Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung ist daher vorliegend abzusehen.

Mangels erheblicher Umtriebe ist der Beschwerdegegnerin keine Prozessentschädigung zuzusprechen.

Das Gericht beschliesst:

1. Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf:
Fr. 500.-- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 132.-- Schreibgebühren,
Fr. 76.-- Zustellgebühren und Porti.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden dem Beschwerdeführer auferlegt, jedoch zufolge der ihm gewährten unentgeltlichen Prozessführung einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Der Beschwerdeführer wird auf § 92 ZPO hingewiesen.
4. Im vorliegenden Beschwerdeverfahren werden keine Prozessentschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich sowie den Einzelrichter im summarischen Verfahren des Bezirkes F. (EE040138), je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Die juristische Sekretärin: