



---

Kass.-Nr. AA090034/U/mum

Mitwirkende: die Kassationsrichter Herbert Heeb, Vizepräsident, Bernhard Gehrig, Andreas Donatsch, Paul Baumgartner und Georg Naegeli sowie die juristische Sekretärin Judith Lusser Treyer

**Zirkulationsbeschluss vom 18. März 2009**

in Sachen

**A,**

Beklagter, Appellat und Beschwerdeführer

gegen

**B,**

Klägerin, Appellantin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. ....

betreffend

**Ehescheidung**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen den Beschluss und das Urteil der I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 19. Dezember 2008 (LC080037/U)**

**Das Gericht hat in Erwägung gezogen:**

1. Mit Urteil vom 30. April 2008 wies der Einzelrichter des Bezirksgerichts X die Scheidungsklage der Beschwerdegegnerin ab (OG act. 21). Dagegen führte die Beschwerdegegnerin Berufung (OG act. 22). Mit Urteil und Beschluss vom 19. Dezember 2008 schied das Obergericht die Ehe der Parteien (KG act. 2; OG act. 42). Dieser Entscheid wurde am 31. Dezember 2008 versandt. Nachdem die Abholfrist auf der Post bei der ersten Zustellung an den Beschwerdeführer am 12. Januar abgelaufen war, retournierte die Post die Sendung mit dem Vermerk "nicht abgeholt" (wohl am 15. Januar 2009; dieses Datum ist jedenfalls auf der retournierten Gerichtsurkunde mit einem Stempel rechts von der handschriftlichen Fristvermerkung 12. Jan. angebracht, OG act. 43/2A). Hierauf erfolgte eine zweite Zustellung, welche jedoch wiederum mit dem Vermerk "nicht abgeholt" ans Obergericht retourniert wurde. Auf der Gerichtsurkunde finden sich zwei Stempel: 26. Januar 2009 und 28. Januar 2009 (OG act. 43/2B). Am 30. Januar 2009 holte der Beschwerdeführer offenbar das Urteil persönlich bei der Obergerichtskanzlei ab (OG act. 43/2C). Mit einer Eingabe, die er mit 26. Februar 2009 datierte und gleichentags der Post aufgab, reichte dieser beim Kassationsgericht eine Nichtigkeitsbeschwerde im obergerichtlichen Verfahren LC080037 ein. Auf diesem Schreiben vermerkte der Beschwerdeführer, die Begründung folge später (KG act. 1). Hierauf orientierte ihn die Kanzlei des Kassationsgerichts mit Schreiben vom 27. Februar 2009 über die gesetzlichen Anforderungen an die Begründung einer Nichtigkeitsbeschwerde und dass diese innert der 30-tägigen, nicht erstreckbaren Frist ab Zustellung des angefochtenen Entscheides laufe, wobei das Kassationsgericht erst nach Erhalt der beigezogenen Akten beurteilen könne, ob diese Frist noch laufe (KG act. 5). Mit Schreiben vom 9. März 2009 wurde den Vorinstanzen und der Beschwerdegegnerin Kenntnis von der Einreichung der Nichtigkeitsbeschwerde gegeben (KG act. 8). Weitere Eingaben sind im vorliegenden Verfahren nicht erfolgt.

2. Da sich die Nichtigkeitsbeschwerde sofort als unzulässig erweist (nachfolgend Erw. 3), kann - nach bereits erfolgtem Beizug der vorinstanzlichen Akten - von Weiterungen im Sinne von § 289 ZPO abgesehen, d.h. darauf verzichtet werden, der Vorinstanz Gelegenheit zur Vernehmlassung zu geben und von der Beschwerdegegnerin eine Beschwerdeantwort einzuholen (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3.A., Zürich 1997, N 2 zu § 289 ZPO).

3. a) Eine Nichtigkeitsbeschwerde ist innert 30 Tagen seit der schriftlichen Mitteilung des Entscheids bei der Kassationsinstanz zu erheben (§ 287 ZPO; so lautet auch die vorinstanzliche Rechtsmittelbelehrung KG act. 2 S. 19 Ziff. 10). § 179 Abs. 1 in Verbindung mit § 187 Abs. 1 des Gerichtsverfassungsgesetzes (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. In seinem Entscheid vom 5. September 2005 (RB 2005 Nr. 47) hat das Kassationsgericht offen gelassen, ob an der in ZR 95 Nr. 1 publizierten Praxis, wonach allein aus der zweimaligen erfolglosen postalischen Zustellung nicht auf eine schuldhafte Zustellungsverhinderung im Sinne von § 179 Abs. 2 GVG geschlossen werden könne, vollumfänglich festzuhalten sei. Andere Gerichte des Kantons Zürich gehen bei Vorliegen eines Prozessrechtsverhältnisses ohne weiteres von einer Zustellungsvereitelung aus, wenn weder die erste noch die zweite Zustellung abgeholt werden (vgl. ZR 104 Nr. 5; BGer. 1P.404/2006 vom 12.09.2006 Erw. 3.4 zur Praxis im Kanton Zürich; ferner Kass.-Nr. AA050049 vom 5. September 2005, Erw. II.3.2). Vorliegend kann die Frage ebenfalls offenbleiben. Die erwähnte Zustellungspraxis kommt nämlich unter der Prämisse zum Tragen, dass der jeweilige Empfänger geltend macht, von der Zustellung keine Kenntnis erlangt zu haben. Ein solcher Einwand kann der vorliegenden Beschwerde jedoch nicht entnommen werden. Gegenteilig deutet die Tatsache, dass der Beschwerdeführer wenige Tage nach Ablauf der Abholfrist für die zweite Zustellung persönlich beim Obergericht den angefochtenen Entscheid abholte (KG act. 43/2C), darauf hin, dass er eben von der (versuchten) Zustellung Kenntnis gehabt hatte. Es ist anzunehmen, dass der frühere Stempel auf der zweiten Zustellung die Abholfrist be-

zeichnet, während der Stempel vom 28. Januar 2009 das Datum der Retournierung seitens der Post an das Obergericht betrifft. Die Abholfrist der zweiten Zustellung lief daher vermutlich am 26. Januar 2009 ab und am Folgetag begann die 30-tägige Frist für die Nichtigkeitsbeschwerde zu laufen (§ 191 GVG). Die Frist für eine Nichtigkeitsbeschwerde gegen den dem Beschwerdeführer am 26. Januar 2009 als zugestellt geltenden angefochtenen Entscheid wäre demnach am 25. Februar 2009 abgelaufen und die vom Beschwerdeführer am 26. Februar 2009 verfasste und zur Post gegebene Nichtigkeitsbeschwerde (KG act. 1) verspätet. Damit könnte 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 und N 15 f. zu § 108 ZPO; s.a. BGE 104 Ia 4 f.). Selbst wenn jedoch zu Gunsten des Beschwerdeführers davon ausgegangen würde, die Abholfrist der zweiten Zustellung sei am 28. Januar 2009 abgelaufen (und damit seine Nichtigkeitsbeschwerde rechtzeitig innert der am 27. Februar 2009 ablaufenden Frist erfolgt) oder der angefochtene Entscheid sei dem Beschwerdeführer gar erst am 30. Januar 2009 zugestellt worden (vgl. OG act. 43/2C) und die Frist für die Einlegung einer Nichtigkeitsbeschwerde sei erst am 2. März 2009 abgelaufen, wäre auf die Beschwerde nicht einzutreten, wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen werden.

b) So stellt das Kassationsverfahren seiner besonderen Natur nach keine Fortsetzung des Verfahrens vor dem Sachrichter dar. Zu prüfen ist vielmehr (allein), ob der angefochtene Entscheid aufgrund des bei der Vorinstanz gegebenen Aktenstandes an einem Nichtigkeitsgrund im Sinne von § 281 Ziff. 1-3 der Zivilprozessordnung (ZPO) leidet. Dabei muss der Nichtigkeitskläger, der anzugeben hat, inwieweit er den vorinstanzlichen Entscheid anfechtet und welche Änderungen (in dessen Dispositiv, d.h. Entscheidformel) er beantragt (§ 288 Abs. 1 Ziff. 2 ZPO), den behaupteten Nichtigkeitsgrund in der Beschwerdeschrift selbst nachweisen (§ 288 Abs. 1 Ziff. 3 ZPO). Darauf wurde in der vorinstanzlichen Rechtsmittelbelehrung insofern hingewiesen, als eine Nichtigkeitsbeschwerde dem § 288 der Zivilprozessordnung (ZPO) zu entsprechen habe (KG act. 2 S. 19 Ziff. 10). Um diesen ihm obliegenden Nachweis zu erbringen, hat der Beschwerdeführer

sich konkret mit dem angefochtenen Entscheid (hier: dem obergerichtlichen Beschluss und Urteil vom 19. Dezember 2008) und den darin enthaltenen, den Entscheid tragenden Erwägungen auseinander zu setzen. In der Beschwerdebeurteilung sind die angefochtenen Stellen des vorinstanzlichen Entscheids genau zu bezeichnen und diejenigen Aktenstellen, aus denen sich ein Nichtigkeitsgrund ergeben soll, im Einzelnen anzugeben. Es ist mithin nicht Sache der Kassationsinstanz, in den vorinstanzlichen Akten nach den Grundlagen des geltend gemachten (oder gar eines anderen möglichen) Nichtigkeitsgrundes zu suchen (von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2.A., Zürich 1986, S. 16; Spühler/Vock, Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund, Zürich 1999, S. 56 f., 72 f.; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 4 zu § 288 ZPO; Guldener, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivilsachen nach Zürcherischem Recht, Zürich 1942, S. 80).

Die vorliegende Beschwerde (KG act. 1) vermag den eben skizzierten, zumindest in ihren wesentlichen Grundzügen auch von einer rechtsunkundigen Partei zu beachtenden gesetzlichen Anforderungen an die Begründung einer Nichtigkeitsbeschwerde in keiner Weise zu genügen: So fällt in formeller Hinsicht zunächst auf, dass darin keine konkreten Abänderungs- bzw. Rechtsmittelanträge gestellt werden und auch konkrete Hinweise auf bestimmte Stellen im angefochtenen Entscheid oder auf andere Aktenstellen vollends fehlen. Selbst wenn man davon ausgeht, der Beschwerdeführer verlange sinngemäss die Aufhebung des vorinstanzlichen Beschlusses und Urteils vom 19. Dezember 2008 sowie – letztlich – die Abweisung der Scheidungsklage der Beschwerdegegnerin, enthält sein Schreiben vom 26. Februar 2009 keine Bezugnahme auf die entscheiderelevanten Erwägungen der Vorinstanz. Ebenso wenig wird in der einseitigen Beschwerde auch nur ansatzweise aufgezeigt, dass und inwiefern der angefochtene Entscheid mit einem Nichtigkeitsgrund im Sinne von § 281 Ziff. 1-3 ZPO (Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes, aktenwidrige oder willkürliche tatsächliche Annahme oder Verletzung klaren materiellen Rechts) behaftet wäre. Somit kann auch mangels rechtsgenügender Begründung nicht auf die Beschwerde eingetreten werden (§ 288 ZPO).

4. Gemäss § 64 Abs. 2 ZPO werden die Gerichtskosten der unterliegenden Partei auferlegt. Als unterliegende Partei ist auch der (Rechtsmittel-)Kläger zu behandeln, auf dessen Klage (resp. Rechtsmittel) nicht eingetreten wird (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 18 zu § 64 ZPO). Der Beschwerdeführer unterliegt mit seiner Nichtigkeitsbeschwerde, weshalb ihm die Kosten aufzuerlegen sind.

Nach § 68 Abs. 1 ZPO hat die unterliegende Partei die Gegenpartei in der Regel im gleichen Verhältnis, wie ihr Kosten auferlegt werden, für Kosten und Umtriebe zu entschädigen. Vorliegend ist mangels erheblicher Umtriebe der Beschwerdegegnerin davon abzusehen, ihr eine Prozessentschädigung zuzusprechen.

5. Beim vorliegenden Beschluss handelt es sich um einen Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG in einer nicht vermögensrechtlichen Zivilsache (im Sinne von Art. 72 Abs. 1 BGG). Demzufolge steht gegen den kassationsgerichtlichen Erledigungsentscheid aus den in Art. 95 ff. BGG genannten (Rüge-)Gründen die (ordentliche) Beschwerde in Zivilsachen gemäss Art. 72 ff. BGG an das Bundesgericht offen (vgl. Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG).

Ferner beginnt mit der Zustellung des Beschlusses des Kassationsgerichts (als ausserordentlicher Rechtsmittelinstanz) auch die dreissigtägige Frist zur allfälligen (direkten) Anfechtung des obergerichtlichen Entscheids mittels Beschwerde ans Bundesgericht wegen Mängeln, deren Prüfung dem Kassationsgericht entzogen ist, (neu) zu laufen (Art. 100 Abs. 6 BGG; s.a. KG act. 2 S. 19, Ziff. 10 Abs. 2, und BGer 4A\_216/2008 vom 20.8.2008, Erw. 1.2).

**Das Gericht beschliesst:**

1. Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 300.--.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden dem Beschwerdeführer auferlegt.
4. Der Beschwerdegegnerin wird für das Kassationsverfahren keine Prozessentschädigung 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.  
  
Sodann läuft die Frist von 30 Tagen zur Anfechtung des Beschlusses und des Urteils des Obergerichtes vom 19. Dezember 2008 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 I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich (Prozess-Nr. LC080037) und das Bezirksgericht Zürich (Prozess-Nr. FE080144), je gegen Empfangsschein.

---

**KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH**

Die juristische Sekretärin:

