



Kass.-Nr. AA040101/U/mb

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Hans Michael Riemer, Dieter Zobl, Alfred Keller und Reinhard Oertli sowie die Sekretärin Daniela Brüsweiler

Zirkulationsbeschluss vom 15. November 2004

in Sachen

X.

Beklagter, Appellant und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwältin _____

sowie

Y. Versicherung,

Streitberufene

gegen

Politische Gemeinde S.,

Klägerin, Appellatin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Sozialbehörde (Vormundschaftsbehörde),

vertreten durch Rechtsanwalt _____

betreffend

Unterhaltsklage

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der II. Zivilkammer des
Obergerichts des Kantons Zürich vom 21. Mai 2004 (NE040006/Z03)**

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Mit Eingabe vom 29. Mai 2003 (ER act. 2) liess die Sozialbehörde S. Unterhaltsklage gegen X. mit folgendem Rechtsbegehren erheben:

- "1. Es sei der Beklagte rückwirkend für den Zeitraum vom 15. April 2002 bis 15. November 2002 zur Zahlung angemessener Unterhaltsbeiträge für seinen Sohn G., geboren am ____ 1991, zu verpflichten.
2. Es sei der Beklagte rückwirkend ab 15. April 2002 zur Zahlung angemessener Unterhaltsbeiträge für seinen Sohn S., geboren am ____ 1991, zu verpflichten;

alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten des Beklagten."

Dieser Unterhaltsklage gingen verschiedene Anordnungen der Sozialbehörde S., insbesondere Fremdplatzierungsentscheide über die Kinder G. und S., voraus, welche auch Gegenstand diverser Beschwerde- und Rekursverfahren sowie eines Kassationsverfahrens bildeten (vgl. Beschlüsse der II. Zivilkammer vom 16. Dezember 2002 [ER act. 10/5 bzw. 12/3a] und vom 24. Juli 2003 [ER act. 10/23]; Kass.-Nr. AA030124, Entscheid vom 25. Dezember 2003).

Mit Urteil der Einzelrichterin im ordentlichen Verfahren des Bezirkes Winterthur (Erstinstanz) vom 21. November 2003 wurde X. (nachfolgend: Beschwerdeführer) zur Leistung von Unterhaltsbeiträgen verpflichtet (ER act. 14 S. 23 f.). Das Gesuch des Beschwerdeführers um Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung und der unentgeltlichen Rechtsvertretung wurde mit Verfügung vom gleichen Tag abgewiesen (ER act. 14 S. 23).

2. Gegen den Entscheid der Einzelrichterin erhob der Beschwerdeführer Berufung (ER act. 16). Gleichzeitig beantragte er, es sei davon Vormerk zu nehmen, dass dem Berufshaftpflicht-Versicherer der beschwerdeführerischen Rechtsvertreterin der Streit verkündet worden und der Y.-Versicherung entsprechend Frist zur Erklärung anzusetzen sei, ob sie als Nebenintervenientin dem Prozess beitrete (ER act. 16).

Mit Beschluss der II. Zivilkammer vom 12. März 2004 wurde das Rubrum in dem Sinn berichtigt, als die politische Gemeinde S. (nachfolgend Beschwerdeführerin), vertreten durch die Sozialbehörde, als Partei aufzunehmen sei (OG act. 23). Die Streitverkündung des Beschwerdeführers an die Y.-Versicherung wurde mit Beschluss vom 31. März 2004 vorgemerkt (OG act. 29). Mit Schreiben vom 15. April 2004 teilte die Y.-Versicherung mit, sie werde dem Prozess nicht beitreten (OG act. 31).

Mit seiner Berufungsbegründung vom 12. Mai 2004 liess der Beschwerdeführer folgende Anträge stellen (OG act. 34 S. 2 ff.):

- "1.a) Es sei in Gutheissung der Berufung das angefochtene Urteil der Vorinstanz aufzuheben und die Klage vollumfänglich abzuweisen
- b) Beim Entscheid über den Antrag 1 a) sei vorfrageweise die Verletzung der Art. 6 Ziff. 1 EMRK und Art. 8 EMRK zu prüfen
2. eventuell
Es sei das Verfahren zu sistieren
3. subeventuell
Es sei das angefochtene Urteil aufzuheben und das Verfahren zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

in prozessualer Hinsicht:

[4. - 8. ... (diverse Akteneditions- bzw. -beizugsbegehren)]

sowie

9. Es sei dem Beklagten ab 12.10.03 die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen und es sei ihm in meiner Person [RAin ____] ein unentgeltlicher Rechtsvertreter zu bestellen

alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Kläger und Berufungsbeklagten"

Mit Beschluss vom 21. Mai 2004 (OG act. 36 bzw. KG act. 2) wies die II. Zivilkammer (Vorinstanz) den beschwerdeführerischen Antrag auf Sistierung des Verfahrens ebenso ab wie den Antrag auf Aktenbeizug. Dem Beschwerdeführer wurde ab 12. Oktober 2003 bezüglich der Frage nach der Höhe des Unterhaltsbeitrages für S. und G. einerseits die unentgeltliche Prozessführung (Disp.-Ziff. 3) und andererseits die unentgeltliche Rechtsverteidigung bewilligt und in

der Person von Rechtsanwältin lic. iur. _____ eine unentgeltliche Rechtsvertreterin ernannt (Disp.-Ziff. 4).

3. Gegen den obergerichtlichen Beschluss vom 21. Mai 2004 liess der Beschwerdeführer rechtzeitig (§ 287 ZPO; vgl. OG act. 37/1) kantonale Nichtigkeitsbeschwerde mit folgenden Anträgen einreichen (KG act. 1 S. 2 ff.):

- I. Es seien die Ziff. 3 und 4 des angefochtenen Beschlusses aufzuheben und durch folgende Fassung zu ersetzen:
'3. Dem Beklagten wird ab 12. Oktober 2003 die unentgeltliche Prozessführung bewilligt.'
'4. Dem Beklagten wird ab 12. Oktober 2003 die unentgeltliche Rechtsverteidigung bewilligt und in der Person von RA _____ eine unentgeltliche Rechtsvertreterin ernannt'.
- II. Eventuell
Es sei der angefochtene Beschluss in Ziff. 3 und 4 aufzuheben und es sei das Verfahren zur Neuentscheidung über die umfassende unentgeltliche Rechtspflege und den umfassenden unentgeltlichen Rechtsvertreter für den Nichtigkeitsbeschwerdeführer an die Vorinstanz zurückzuweisen
- III. Es sei dem Nichtigkeitsbeschwerdeführer für das vorliegende Verfahren die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen und es sei ihm in der Person von RA _____ ein unentgeltlicher Rechtsvertreter zu bestellen
- IV. Es sei der Nichtigkeitsbeschwerde die aufschiebende Wirkung im Sinne von § 286 ZPO zu erteilen"

Mit Präsidialverfügung vom 5. Juli 2004 wurde die Beschwerdeschrift der Vorinstanz zur freigestellten Vernehmlassung und der Beschwerdegegnerin zur freigestellten Beantwortung zugestellt. Des Weiteren wurde der Beschwerde hinsichtlich Disp.-Ziff. 3 und 4 des angefochtenen Beschlusses aufschiebende Wirkung verliehen (KG act. 5).

Die Vorinstanz hat auf Vernehmlassung verzichtet (KG act. 7). Von der Beschwerdegegnerin ging keine Beschwerdeantwort ein.

II.

1. Beim vorliegend angefochtenen Beschluss handelt es sich um einen prozessleitenden Entscheid. Im Interesse einer raschen Prozesserledigung ist ein

solcher grundsätzlich erst mit dem Endentscheid anfechtbar. Immerhin lässt § 282 Abs. 1 Ziff. 1 ZPO eine selbstständige Anfechtung derartiger Entscheide (ausnahmsweise) zu, wenn ein schwer wiedergutzumachender Nachteil droht. Diese (zusätzliche) Prozessvoraussetzung ist bei Beschlüssen der vorliegenden Art (Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege) erfüllt (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 1997, N 5b zu § 282 ZPO; von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. Aufl., Zürich 1986, S. 6; Spühler/Vock, Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund, Zürich 1999, S. 64). Die Beschwerdefähigkeit des vorinstanzlichen Entscheids ist demnach zu bejahen.

2. Nach Ansicht des Beschwerdeführers ist der vorinstanzliche Entscheid über die (teilweise) Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege mit verschiedenen Nichtigkeitsgründen behaftet. Der Beschwerdeführer moniert die Verletzung wesentlicher Verfahrensgrundsätze im Sinne von § 281 Ziff. 1 ZPO sowie die Verletzung materiellen Rechts im Sinne von § 281 Ziff. 3 ZPO (KG act. 1 S. 3 ff.).

3. Im Zusammenhang mit der Prüfung des beschwerdeführerischen Gesuches um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege erwog die Vorinstanz, vorliegend sei die Frage nach der Unterhaltspflicht resp. deren Höhe strittig. Soweit die Rechtsvertreterin des Beschwerdeführers den Grundsatz der Unterhaltspflicht in Abrede stelle, sei die Berufung als aussichtslos einzustufen, da der Beschwerdeführer Vater der beiden Knaben G. und S. zu sein behaupte und als solcher von Gesetzes wegen zu Unterhaltsleistungen verpflichtet sei, soweit ihm die Obhut entzogen sei. Ein Ermessen bestehe jedoch hinsichtlich der Höhe der Unterhaltsleistungen; massgebend seien die anrechenbaren Bedarfszahlen des Beschwerdeführers und seine Einkünfte. Die Rechtsvertreterin des Beschwerdeführers stelle in ihren Berufungsanträgen keinen konkreten Antrag bezüglich der Höhe des Unterhaltsbeitrages, sondern vertrete die Auffassung, es sei überhaupt kein Unterhaltsbeitrag geschuldet. Hingegen liste sie die ihrer Meinung nach von der Vorderrichterin zu Unrecht nicht berücksichtigten Ausgaben des Beschwer-

deführers detailliert auf und habe dazu zahlreiche Belege eingereicht. Gegenüber dem erstinstanzlichen Entscheid veränderte, d.h. tiefere Unterhaltsbeiträge für die Kinder G. und S. liessen sich nicht a priori ausschliessen. Insoweit sei die Berufung nicht als aussichtslos zu bezeichnen, so dass dem Beschwerdeführer in diesem Umfang die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen sei. In diesem beschränkten Umfang sei dem Gesuch auch für das Verfahren vor Erstinstanz ab 12. Oktober 2003 stattzugeben, was im Rahmen des Entscheides über die Kostenregelung für das erstinstanzliche Verfahren im Sachentscheid zu berücksichtigen sein werde. Zudem sei der Beschwerdeführer fremdsprachig und mit den formellen und materiellen Rechtssätzen der Schweiz nicht vertraut. Es sei ihm daher auch die unentgeltliche Rechtsvertretung ab dem 12. Oktober 2003 zu bewilligen, beschränkt auf den skizzierten Umfang (KG act. 2 S. 4 f.).

4. a) Die Vorschriften über die unentgeltliche Prozessführung zählen zu den wesentlichen Verfahrensvorschriften der Zivilprozessordnung im Sinne von § 281 Ziff. 1 ZPO (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 24 zu § 281 ZPO; von Rechenberg, a.a.O., S. 27). Ob eine Beschwerde diesbezüglich begründet ist, prüft das Kassationsgericht mit freier Kognition (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 15 zu § 281 ZPO).

b) Gemäss § 84 Abs. 1 und § 87 ZPO hat eine Partei, der die Mittel fehlen, um neben dem Lebensunterhalt für sich und ihre Familie die Gerichtskosten aufzubringen, in einem für sie nicht aussichtslosen Zivilprozess Anspruch auf unentgeltliche Prozessführung und, sofern sie zur gehörigen Führung des Prozesses eines solchen bedarf, auf Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters. Die Gewährung des prozessualen Armenrechts setzt demnach kumulativ Mittellosigkeit (Einkommens- und Vermögensarmut) der gesuchstellenden Partei und die Verneinung der Aussichtslosigkeit des von ihr vertretenen Prozessstandpunktes voraus.

c) Gemäss bundesgerichtlicher und kantonaler Praxis gelten Rechtsbegehren als aussichtslos, bei denen die Gewinnaussichten beträchtlich geringer sind als die Verlustgefahren und deshalb kaum als ernsthaft bezeichnet werden können. Aussichtslosigkeit ist nicht gegeben, wenn sich die Gewinnaussichten und

die Verlustgefahren ungefähr die Waage halten, oder wenn jene nur wenig geringer sind als diese. Es soll verhindert werden, dass eine Partei auf Staatskosten einen Prozess führt, den eine vermögliche Person auf eigene Kosten vernünftigerweise nicht einleiten würde (BGE 119 Ia 253; 105 Ia 113; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 21a zu § 84 ZPO). Ob genügende Erfolgsaussichten bestehen, beurteilt sich nach den Verhältnissen im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs (BGE 101 Ia 37; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 21b zu § 84 ZPO). Das bedeutet insbesondere, dass die Prozesschancen im voraus, d.h. aufgrund der einstweilen noch unvollständigen Aktenlage, abzuschätzen sind und der (unpräjudizielle) Entscheid ohne vorgängiges bzw. ohne vollständig durchgeführtes Beweisverfahren zu fällen ist; es besteht keine Pflicht des Richters zur Beweiserhebung bzw. zur Vervollständigung derselben. Auch wenn der Richter dabei Argumente und Gegenargumente aufgrund der Beweislage im Zeitpunkt der Gesuchstellung mit Sorgfalt gegeneinander abzuwägen hat, kann es keineswegs darum gehen, bereits bei der Prüfung der Erfolgsaussichten im Sinne von § 84 Abs. 1 ZPO den Prozessstoff umfassend zu würdigen, die materielle Begründetheit der Klage praktisch definitiv zu beurteilen und so gleichsam das Erkenntnisverfahren vorwegzunehmen (Kass.-Nr. 97/234 Z, Beschluss vom 22. September 1997 i.S. S. g. S. AG, Erw. II.4c).

d) Ein Rechtsbegehren, das nur zu einem kleinen Teil die Möglichkeit eines Erfolges offen lässt, darf nicht als offenbar aussichtslos betrachtet werden. In einem solchen Fall ist es aber zulässig, die unentgeltliche Prozessführung auf den nicht aussichtslosen Teil des Rechtsbegehrens zu beschränken (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 22 zu § 84 ZPO; Wamister, Die unentgeltliche Rechtspflege, die unentgeltliche Verteidigung und der unentgeltliche Dolmetscher unter dem Gesichtspunkt von Art. 4 BV und Art. 6 EMRK, Basel 1983, S. 42 f.; RB 1971 Nr. 12, ZR 50 Nr. 8).

5.1 a) Unter den Titeln "A. unentgeltliche Prozessführung" und "B. unentgeltlicher Rechtsvertreter" erhebt der Beschwerdeführer den Vorwurf, die Vorinstanz verweigere ihm die unentgeltliche Rechtspflege, obschon alle Voraussetzungen gemäss §§ 84 ff. ZPO, Art. 29 BV sowie Art. 6 Ziff. 1 EMRK erfüllt seien, mithin

die Vorinstanz selber festhalte, die Berufung des Beschwerdeführers sei nicht als aussichtslos zu bezeichnen (KG act. 1 S. 4 bis 8).

b) Der Einwand des Beschwerdeführers geht offensichtlich an den vorinstanzlichen Erwägungen vorbei. Aus den vorstehend wiedergegebenen obergerichtlichen Ausführungen geht klar hervor, dass die Vorinstanz von einer teilweisen Aussichtslosigkeit ausging. Davon, dass die Vorinstanz die Voraussetzungen der Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege insgesamt bejaht, diese dem Beschwerdeführer aber trotzdem verweigert hätte, kann keine Rede sein.

5.2 a) Der Beschwerdeführer wendet weiter ein, die Beurteilung der Vorinstanz, im Umfang der Bestreitung des Grundsatzes der Unterhaltspflicht sei die Berufung aussichtslos, sei willkürlich. Die Prozesschancen, so der Beschwerdeführer unter Hinweis auf BGE 128 I 235, seien als Ganzes zu beurteilen (KG act. 1 S. 8 f.).

b) Soweit der Beschwerdeführer mit seinem Vorbringen geltend macht, eine teilweise Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege sei nicht zulässig, so kann auf vorstehenden Ausführungen unter Ziff. II.4.d verwiesen werden. Unerfindlich ist, inwiefern sich aus dem aufgeführten Entscheid des Bundesgerichts (BGE 128 I 225, insb. Erw. 2.5.3 S. 235) etwas anderes ergeben würde.

Wollte der Beschwerdeführer darüber hinaus einwenden, es sei willkürlich davon auszugehen, er bestreite eine grundsätzliche Unterhaltspflicht, so erwiese sich eine solche Rüge als ungenügend substantiiert, da aus der Beschwerde nicht ersichtlich ist, auf welche Aktenstellen der Beschwerdeführer sein Vorbringen stützen wollte bzw. könnte.

5.3 a) Der Beschwerdeführer vertritt sodann die Auffassung, die Berufung sei auch deshalb zu Unrecht als aussichtslos beurteilt worden, weil er in der Berufungsbegründung detailliert dargetan habe, dass er in der fraglichen Zeitspanne stets unter dem Existenzminimum gelebt habe, sodass die Klage schon wegen mangelnder Leistungsfähigkeit abzuweisen wäre. Indem die Vorinstanz die Aus-

sichtslosigkeit ohne materielle Prüfung bereits im jetzigen Verfahrensstadium behaupte, verletze sie den Grundsatz des rechtlichen Gehörs (KG act. 1 S. 9 f.).

b) Der Beschwerdeführer übersieht bei seiner Argumentation, dass es gerade die noch zu beurteilende Frage nach der Leistungsfähigkeit des Beschwerdeführers ist, welche zum vorinstanzlichen Schluss führte, dass die Berufung des Beschwerdeführers hinsichtlich der Höhe der Unterhaltsleistungen nicht als aussichtslos betrachtet und dem Beschwerdeführer in diesem Umfang die unentgeltliche Rechtspflege gewährt wurde. Die Vorinstanz hat dabei auch ausdrücklich darauf hingewiesen, dass der Beschwerdeführer in der Berufungsbegründung die Auffassung vertrete, es sei überhaupt kein Unterhaltsbeitrag geschuldet (KG act. 2 S. 4). Der Beschwerdeführer vermag demnach mit seinem Vorbringen keinen Nichtigkeitsgrund darzutun.

5.4 a) Der Beschwerdeführer verweist schliesslich auf Ausführungen in seiner Berufungsbegründung, mit denen er die Nichtigkeit von Anordnungen vorbringe, da diese Anordnungen mit massiven Verfahrensfehlern und "schweren Verletzungen von EMRK-Rechten" behaftet seien. Es werde auf die Amtspflicht des Richters hingewiesen, die Nichtigkeit jeder Anordnung vorfrageweise von Amtes wegen zu überprüfen. Das Begehren einer Partei an den Richter zur Vornahme einer ihm von Amtes wegen auferlegten Amtspflicht könne nie als aussichtslos qualifiziert werden (KG act. 1 S. 10).

b) Richtig ist, dass der Beschwerdeführer - wie vorstehend bereits wiedergegeben - mit seiner Berufungsbegründung unter Antrag 1b das Begehren stellte, beim Entscheid über den Antrag 1a) sei vorfrageweise die Verletzung der Art. 6 Ziff. 1 EMRK und Art. 8 EMRK zu prüfen (OG act. 34 S. 2). Allerdings überzeugt die Kritik des Beschwerdeführers nicht. Ein "Antrag auf Prüfung" oder eine "Klage auf Prüfung" ist nämlich dem zürcherischen Prozessrecht nicht bekannt. Bei dem fraglichen Antrag des Beschwerdeführers handelt es sich inhaltlich denn auch - trotz anderslautender Formulierung - um ein Feststellungsbegehren, zielt doch das Begehren darauf ab, die Nichtigkeit der Anordnungen der Vormundschaftsbehörde feststellen zu lassen. Damit ist es aber für die Frage der Gewinnchancen bzw. der Aussichtslosigkeit entgegen der Darstellung in der Beschwerdeschrift ir-

relevant, ob die Vorinstanz diese Prüfung bzw. Feststellung von Amtes wegen vorzunehmen hätte. Der Einwand des Beschwerdeführers geht deshalb von vorneherein an der Sache vorbei.

6. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Beschwerdeführer keinen Nichtigkeitsgrund nachzuweisen vermochte. Die Beschwerde ist demzufolge abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Damit entfällt die ihr verliehene aufschiebende Wirkung.

III.

1. Zu prüfen ist schliesslich das Gesuch des Beschwerdeführers um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Kassationsverfahren. Dabei gelten die unter vorstehender Ziff. II.4 dargelegten Grundsätze.

Im Lichte der vorstehenden Erwägungen erweist sich der Standpunkt des Beschwerdeführers im Kassationsverfahren als offensichtlich aussichtslos. Ausführungen zu den in der Beschwerdeschrift dargelegten finanziellen Verhältnissen des Beschwerdeführers (KG act. 1 S. 12 ff.) erübrigen sich somit. Demzufolge ist das Gesuch des Beschwerdeführers um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung wie auch der unentgeltlichen Rechtsvertretung für das Kassationsverfahren abzuweisen.

2. Ausgangsgemäss sind dem Beschwerdeführer die Kosten des Kassationsverfahrens aufzuerlegen (§ 64 Abs. 2 ZPO). Die Beschwerdegegnerin hat sich am Kassationsverfahren nicht beteiligt, weshalb sie praxisgemäss nicht als obsiegende Partei gilt. Prozessentschädigungen sind demzufolge keine zuzusprechen (§ 68 Abs. 1 ZPO).

Das Gericht beschliesst:

1. Das Gesuch des Beschwerdeführers um Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung und um Bestellung einer unentgeltlichen Rechtsvertreterin für das Kassationsverfahren 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. 500.-- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 263.-- Schreibgebühren,
Fr. 133.-- Zustellgebühren und Porti.
4. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden dem Beschwerdeführer auferlegt.
5. Es werden keine Prozessentschädigungen für das Kassationsverfahren zugesprochen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich, je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Die juristische Sekretärin: