



Kass.-Nr. AA040109/U/cap

Mitwirkende: die Kassationsrichter Herbert Heeb, Vizepräsident, Robert Karrer, Dieter Zobl, die Kassationsrichterin Yvona Griesser und der Kassationsrichter Reinhard Oertli sowie die Sekretärin Daniela Brüscheweiler

Zirkulationsbeschluss vom 18. Januar 2005

in Sachen

X.,

Beklagter, Rekurrent und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. _____

gegen

Y.,

Klägerin, Rekursgegnerin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwältin Dr. iur. _____

betreffend **Eheschutz (Anweisung) unentgeltliche Prozessführung**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der I. Zivilkammer des
Obergerichts des Kantons Zürich vom 9. Juni 2004 (LP030179/U)**

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Mit superprovisorischer Verfügung vom 15. September 2003 entsprach der Einzelrichter im summarischen Verfahren des Bezirkes A. dem von Y. (Klägerin und Beschwerdegegnerin; nachfolgend Beschwerdegegnerin) gestellten Begehren (ER act. 1) und wies die Arbeitslosenkasse Gewerkschaft Bau und Industrie, Zahlstelle A., an, ab sofort die monatlichen Kinderzulagen sowie den Fr. 3'260.-- übersteigenden Betrag der Arbeitslosenentschädigung des Beklagten (X.; nachfolgend Beschwerdeführer) direkt an die Beschwerdegegnerin auszu zahlen. Zudem wurde der Beschwerdegegnerin die unentgeltliche Prozessführung gewährt und eine unentgeltliche Rechtsvertreterin bestellt (ER act. 5). Nach Einsprache des Beschwerdeführers (ER act. 9) und nach erfolgter Hauptverhandlung verfügte der Einzelrichter am 22. Oktober 2003, das Begehren des Beschwerdeführers um unentgeltliche Prozessführung werde abgewiesen; überdies wurde die W. GmbH in L. angewiesen, monatlich die Kinderzulagen sowie den Fr. 3'400.-- übersteigenden Betrag des Lohnes des Beschwerdeführers direkt der Beschwerdegegnerin zu überweisen, zudem wurde die Arbeitslosenkasse GBI angewiesen, monatliche allfällige Kinderzulagen sowie die Arbeitslosenentschädigung des Beschwerdeführers, unter Berücksichtigung und Abzug des primär aus dem Lohn zu belassenden Existenzminimums in der Höhe von Fr. 3'400.--, der Beschwerdegegnerin auszubezahlen (ER act. 25).

2. Gegen diese Verfügung vom 22. Oktober 2003 erhob der Beschwerdeführer Rekurs an die I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich (OG act. 2), dessen Abweisung die Beschwerdegegnerin beantragte (OG act. 9). Mit Beschluss vom 9. Juni 2004 schrieb die I. Zivilkammer des Obergerichts (Vorinstanz) das Gesuch des Beschwerdeführers um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung für das Rekursverfahren, soweit es gutzuheissen wäre, als gegenstandslos geworden ab und wies es im Übrigen ab. Zudem wurde das Gesuch des Beschwerdeführers um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters für

das Rekursverfahren abgewiesen (Disp.-Ziff. 1a und 1b, OG act. 23 = KG act. 2). Im Weiteren änderte die Vorinstanz in teilweiser Guttheissung des Rekurses die Verfügung des Einzelrichters vom 22. Oktober 2003 dahingehend ab, dass dem Beschwerdeführer die unentgeltliche Prozessführung bewilligt wurde, dass unter Androhung der doppelten Zahlungspflicht im Unterlassungsfall die B. AG in Zürich angewiesen wurde, monatlich die Kinderzulagen von derzeit Fr. 705.-- und überdies vom Lohn des Beschwerdeführers einen Betrag von Fr. 4'297.-- ab sofort der Beschwerdegegnerin direkt zu überweisen; Disp.-Ziff. 3 (Anweisung der Arbeitslosenkasse GBI) entfalle. Zudem wurden die Kosten- und Entschädigungsfolgen des erstinstanzlichen Verfahrens neu geregelt (OG act. 23 bzw. KG act. 2).

3. Mit Eingabe vom 12. Juli 2004 erhob der Beschwerdeführer kantonale Nichtigkeitsbeschwerde und beantragte, in teilweiser Aufhebung von Disp.-Ziff. 2 des angefochtenen Beschlusses der Vorinstanz vom 9. Juni 2004 sei die B. AG, Zürich, unter Androhung der doppelten Zahlungspflicht im Unterlassungsfall, anzuweisen, die ihm ausbezahlten Kinderzulagen von derzeit Fr. 705.--, und überdies vom Lohn des Beschwerdeführers einen Betrag von Fr. 3'375.-- ab sofort an die Beschwerdegegnerin direkt zu überweisen, zudem sei die B. AG anzuweisen, eine allfällige Gratifikation des Beschwerdeführers direkt an die Beschwerdegegnerin zu überweisen (KG act. 1).

Mit Präsidialverfügung vom 14. Juli 2004 (KG act. 8) wurde dem vom Beschwerdeführer gestellten Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung entsprochen; zudem wurde der Vorinstanz Frist zur freigestellten Vernehmlassung und der Beschwerdegegnerin Frist zur Stellungnahme zum beschwerdeführerischen Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung angesetzt. Die Vorinstanz verzichtete auf Vernehmlassung (KG act. 10), ebenso die Beschwerdegegnerin auf Stellungnahme zum Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege (KG act. 11). Mit Zwischenbeschluss vom 10. September 2004 wurde dem Beschwerdeführer für das Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Prozessführung gewährt und in der Person von Rechtsanwältin ____ eine unentgeltliche Rechtsvertreterin bestellt (KG act. 12). Die Beschwerdegegnerin beantragte mit ihrer in-nerst erstreckter Frist (KG act. 14) eingereichten Beschwerdeantwort, die Be-

schwerde sei vollumfänglich abzuweisen und es sei die Arbeitslosenkasse Gewerkschaft Bau und Industrie, Zahlstelle 040 A., anzuweisen, monatlich allfällige Kinderzulagen für die vier Kinder der Parteien sowie die CHF 2'633.50 übersteigende Arbeitslosenentschädigung des Beschwerdeführers direkt auf das Konto der Beschwerdegegnerin zu überweisen (KG act. 16 S. 2).

Mit Verfügung des Vizepräsidenten vom 2. November 2004 wurde dem Beschwerdeführer Frist eingeräumt, um sich zu seiner - von der Beschwerdegegnerin behaupteten - Entlassung und deren Auswirkungen auf das Kassationsverfahren zu äussern (KG act. 17). Am 17. November 2004 ging die Stellungnahme des Beschwerdeführers ein (KG act. 19). Hierauf wurde den Parteien mit Präsidialverfügung vom 2. Dezember 2004 Gelegenheit gegeben, sich zur Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen des Kassationsverfahrens zu äussern, soweit dieses durch die Entlassung des Beschwerdeführers als gegenstandslos geworden abzuschreiben sein werde (KG act. 21). Die fristwährend erstatteten Stellungnahmen der Parteien datieren vom 15. bzw. 16. Dezember 2004 (KG act. 23 und 24; s.a. KG act. 22/1-2 und §§ 191-193 GVG).

5. a) Die Rechtsmittelinstanz prüft von Amtes wegen, ob die Voraussetzungen für die Zulässigkeit eines Rechtsmittels gegeben sind (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen ZPO, 3. Aufl., Zürich 1997, N 15 f. zu § 108 ZPO). Der Klarheit halber ist festzuhalten, dass für die Beurteilung der Prozessvoraussetzungen im Rechtsmittelverfahren von den Gegebenheiten im Zeitpunkt des Rechtsmittelentscheides auszugehen ist, mithin das für das kantonale Beschwerdeverfahren in der Sache grundsätzlich geltende Novenverbot (vgl. dazu von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. Aufl., Zürich 1986, S. 15 f.) diesbezüglich nicht zur Anwendung gelangt.

b) Die Beschwerdegegnerin liess mit ihrer Beschwerdeantwort u.a. vorbringen, der Beschwerdeführer habe seine Anstellung bei der B. AG per 31. August 2004 verloren, weshalb eine Anweisung dieser Arbeitgeberin zwecklos geworden sei (KG act. 16 S. 5). Der Beschwerdeführer hat die Kündigung in seiner Stellungnahme vom 15. November 2004 insofern bestätigt (und belegt), als die Kün-

digung von der Arbeitgeberin am 30. August 2004 per 30. September 2004 ausgesprochen worden sei (KG act. 19 S. 2; act. 20/1).

Angesichts dieser Sachlage ergibt sich, dass ein rechtlich geschütztes Interesse des Beschwerdeführers an der Nichtigkeitsbeschwerde nicht mehr gegeben ist. Die Anweisung an die ehemalige Arbeitgeberin, und nur diese ist Gegenstand des angefochtenen Entscheides, kann zufolge der Auflösung des Arbeitsverhältnisses mit dem Beschwerdeführer keine Wirkung mehr entfalten. Entsprechend hält auch der Beschwerdeführer fest, die Anweisung an die B. AG greife offensichtlich nicht mehr (KG act. 19 S. 6). Hinzu kommt, dass der Beschwerdeführer selber darlegt, die Beschwerdegegnerin habe im zwischenzeitlich hängigen Scheidungsverfahren vor Bezirksgericht A. im Rahmen der vorsorglichen Massnahmen ein erneutes Begehren um Anweisung an den Arbeitgeber respektive die Arbeitslosenkasse gestellt (KG act. 19 S. 5). Damit bleibt kein Raum für die Behandlung der Nichtigkeitsbeschwerde. Das Beschwerdeverfahren ist gegenstandslos geworden und dementsprechend abzuschreiben.

II.

1. a) Wird der Prozess (bzw. ein Rechtsmittel) gegenstandslos oder entfällt das rechtliche Interesse an der Klage (resp. am Rechtsmittel), hat das Gericht nach (pflichtgemäsem) Ermessen über die Kostenfolge zu entscheiden (§ 65 Abs. 1 ZPO). Nach insoweit einhelliger Lehre und gefestigter Praxis können hierbei namentlich folgende Gesichtspunkte berücksichtigt werden: wer die Gegenstandslosigkeit veranlasst hat, welche Partei vermutlich obsiegt hätte oder welche Partei das gegenstandslos gewordene Verfahren veranlasst hat (vgl. Frank/Sträuli/ Messmer, a.a.O., N 1 zu § 65 ZPO m.w.Hinw.; Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Zürich 1979, S. 406, Anm. 6b; Addor, Die Gegenstandslosigkeit des Rechtsstreits, Bern 1997, S. 227 ff.; Walder, Prozesserledigung ohne Anspruchsprüfung, Zürich 1966, S. 107 f.). Nach neuerer, auch vom Kassationsgericht vertretener Auffassung besteht dabei keine bestimmte Rang-

ordnung zwischen den einzelnen Kriterien. Ebenso wenig brauchen dieselben notwendigerweise stets kumulativ geprüft zu werden. Vielmehr ist die vom Gesetz angestrebte angemessene Lösung je nach den konkreten Umständen des Einzelfalls zu treffen (Addor, a.a.O., S. 228; statt vieler Kass.-Nr. AA030120, Beschluss vom 25. Dezember 2003 i.S. H., Erw. III.2.a; ZR 65 Nr. 119; 82 Nr. 8; 82 Nr. 87). Soweit dabei (überhaupt) auf das Kriterium des mutmasslichen Prozessausgangs abgestellt wird, welches umso bedeutender werden kann, je weiter fortgeschritten das Verfahren bei Eintritt der Gegenstandslosigkeit ist (vgl. Addor, a.a.O., S. 230 [und S. 229 Anm. 995]), kann es jedoch keineswegs darum gehen, die Begründetheit der Klage bzw. des Rechtsmittels (hier: der Beschwerde) umfassend und abschliessend zu beurteilen, ist das Verfahren aufgrund der Gegenstandslosigkeit ja gerade ohne materielle Prüfung zu erledigen (Kass.-Nr. AA030120, Beschluss vom 25. Dezember 2003 i.S. H. c. M., Erw. III.2.a; Kass.-Nr. 98/414, Entscheid vom 10. Oktober 1999 i.S. M.c.M., Erw. II.3; Kass.-Nr. 96/490, Entscheid vom 29. Januar 1998 i.S. M.c.G., Erw. III.1.a).

b) aa) Im vorliegenden Fall kann nicht gesagt werden, die Gegenstandslosigkeit sei von einer der Parteien veranlasst worden. Der Grund für die Gegenstandslosigkeit liegt in der von der ehemaligen Arbeitgeberin des Beschwerdeführers ausgesprochenen Kündigung. Daran vermag nichts zu ändern, wenn die Beschwerdegegnerin in ihrer Stellungnahme ausführen lässt, im hängigen Scheidungsverfahren hätten "erhebliche Zweifel geltend gemacht werden" können, "dass der Beschwerdeführer die Kündigung nicht selbst verschuldet" habe (KG act. 23 S. 3). Dieser Behauptung der Beschwerdegegnerin steht nämlich das Kündigungsschreiben gegenüber, wonach wirtschaftliche Gründe zur Kündigung geführt hätten (KG act. 20/1). Gründe, welche dieses Schreiben der B. AG entkräften würden, werden weder von der Beschwerdegegnerin geltend gemacht, noch sind solche sonst ersichtlich.

bb) Das Kriterium des mutmasslichen Obsiegens im Beschwerdeverfahren erweist sich im vorliegenden Fall nicht als geeignet, da die summarische Prüfung des mutmasslichen Prozessausganges kein eindeutiges Ergebnis ergibt, nachdem die Beschwerde - darauf wurde bereits im Zwischenbeschluss vom

10. September 2004 (KG act. 12 S. 5) hingewiesen - grösstenteils den formellen Anforderungen an die Begründung einer kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde nicht genügt, weshalb darauf nicht eingetreten werden könnte, wobei noch zu prüfen wäre, ob angesichts des beschränkten Umfangs der Akten sowie des angefochtenen Entscheides allenfalls von nicht allzu strengen Eintretensvoraussetzungen auszugehen wäre. Zumindest eine Rüge des Beschwerdeführers (Nichtbeachtung der vom Beschwerdeführer im Rekursverfahren eingereichten Berechnung des Existenzminimums) erscheint aber auch nicht aussichtslos.

cc) Zu prüfen bleibt damit eine Kostenaufgabe nach dem Veranlassungsprinzip. Dabei wird beim Veranlassungsprinzip i.e.S. berücksichtigt, welche Partei den Tatbestand gesetzt hat, auf Grund dessen die richterliche Hilfe angebetet wurde. Dabei setzt die Veranlassung des Verfahrens ein fehlerhaftes oder zumindest ein vorwerfbares (im weitesten Sinn provozierendes) Verhalten voraus (Addor, a.a.O., S. 232). Für das Beschwerdeverfahren erweist sich dieses Kriterium grundsätzlich als wenig adäquat, nachdem zu beurteilen ist, ob der vorinstanzliche Entscheid mit einem Nichtigkeitsgrund behaftet ist, mithin die Vorinstanz den "Tatbestand" für das Ergreifen des Rechtsmittels gesetzt hat. Von einer mutwilligen Beschwerdeerhebung wird in der Regel - so auch vorliegend - nicht gesprochen werden können. Immerhin ist aber darauf hinzuweisen, dass in Anwendung des Veranlassungsprinzips i.e.S. jede Partei diejenigen Kosten zu tragen hat, welche sie durch ihr Verhalten unnötigerweise verursacht oder vermehrt hat (Addor, a.a.O., S. 233). Diesbezüglich ist zu erwähnen, dass der Beschwerdeführer den Erhalt der Kündigung am 31. August 2004 unterschrieben bestätigt hat (KG act. 20/1). Bei umgehender Mitteilung dieses Umstandes hätten die Fristansetzung zur Beschwerdeantwort vom 10. September 2004 (vgl. KG act. 12) und die damit verbundenen Weiterungen vermieden werden können.

Nach dem Gesagten drängt sich eine Kostenaufgabe nach dem Veranlassungsprinzip i.w.S. auf. Dieses Prinzip trägt dem von der Praxis anerkannten Grundsatz Rechnung, wonach das Prozessrisiko vorab bei der klagenden bzw. ein Rechtsmittel ergreifenden Partei liegt, so dass diese auch die Gefahr trägt, bei Gegenstandslosigkeit des (Beschwerde-)Verfahrens für dessen Nebenfolgen auf-

kommen zu müssen, falls die übrigen Kriterien keine anderweitige Verteilung nahe legen (ZR 86 Nr. 67; ZR 76 Nr. 125; ZR 75 Nr. 89). Dem Beschwerdeführer kann zwar die Kündigung nicht im Sinne eines Vorwurfes angelastet werden, doch ist davon auszugehen, dass die Entlassung durch die angewiesene Arbeitgeberin in den Risikobereich jener Partei fällt, die das allgemeine Prozessrisiko zu tragen hat. Somit sind die Kosten des vorliegenden Verfahrens dem Beschwerdeführer aufzuerlegen, wobei sie zufolge der ihm gewährten unentgeltlichen Prozessführung einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen sind. Die Nachzahlungspflicht gemäss § 92 ZPO bleibt vorbehalten.

2. Da die Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege nicht von der Pflicht zur Leistung einer Prozessentschädigung an die Gegenpartei befreit (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 2 zu § 84 ZPO und N 1 zu § 85 ZPO), ist der Beschwerdeführer überdies zu verpflichten, der (ebenfalls) unentgeltlich vertretenen Beschwerdegegnerin bzw. deren Rechtsvertreterin für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung zu entrichten (§ 68 Abs. 1 ZPO). Sollte sich die Prozessentschädigung als uneinbringlich erweisen, wäre sie aus der Gerichtskasse zu entrichten (§ 89 Abs. 2 ZPO). Der Anspruch auf die unerhältliche Prozessentschädigung geht in diesem Fall auf die Gerichtskasse über (§ 89 Abs. 3 ZPO).

3. Der unentgeltlichen Rechtsvertreterin des Beschwerdeführers, Rechtsanwältin _____, ist für ihre Bemühungen und Auslagen im vorliegenden Kassationsverfahren eine nach den Vorschriften der Anwaltsgebührenverordnung (AnwGebV) zu bemessende Entschädigung aus der Gerichtskasse auszurichten (§ 89 Abs. 2 ZPO). Auch diesbezüglich bleibt die Nachzahlungspflicht des Beschwerdeführers gemäss § 92 ZPO vorbehalten.

Das Gericht beschliesst:

1. Die Beschwerde wird als gegenstandslos geworden abgeschrieben.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf:
Fr. 400.-- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 422.-- Schreibgebühren,
Fr. 285.-- Zustellgebühren und Porti.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden dem Beschwerdeführer auferlegt, zufolge der ihm gewährten unentgeltlichen Prozessführung aber einstweilen auf die Gerichtskasse genommen, unter Vorbehalt der Nachzahlungspflicht gemäss § 92 ZPO.
4. Der Beschwerdeführer wird verpflichtet, der Rechtsvertreterin der Beschwerdegegnerin, Rechtsanwältin _____, für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 1'500.-- (inkl. Mehrwertsteuer) zu entrichten.

Im Falle der Uneinbringlichkeit wird die Prozessentschädigung aus der Gerichtskasse ausbezahlt.
5. Die unentgeltliche Rechtsvertreterin des Beschwerdeführers, Rechtsanwältin _____, wird für ihre Bemühungen und Aufwendungen im Kassationsverfahren mit Fr. 1'500.-- (inkl. Mehrwertsteuer und Barauslagen) aus der Gerichtskasse entschädigt. Auch diesbezüglich bleibt eine Nachzahlungspflicht des Beschwerdeführers gemäss § 92 ZPO vorbehalten.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich sowie an das Bezirksgericht A., je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Die juristische Sekretärin: