



Kass.-Nr. AA040129/U/cap

Mitwirkende: die Kassationsrichter Herbert Heeb, Vizepräsident, Robert Karrer, Hans Michael Riemer, Dieter Zobl und Reinhard Oertli sowie der Sekretär Markus Nietlispach

Zirkulationsbeschluss vom 18. Januar 2005

in Sachen

X.,

Klägerin, Rekursgegnerin und Beschwerdeführerin
vertreten durch Rechtsanwalt _____

gegen

Y.,

Beklagter, Rekurrent und Beschwerdegegner
vertreten durch Rechtsanwalt _____

betreffend **Eheschutz (Unterhaltsbeiträge)**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der I. Zivilkammer des
Obergerichts des Kantons Zürich vom 27. Juli 2004 (LP030158/U)**

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

1.a) Mit Eingabe vom 1. November 2001 ersuchte die Beschwerdeführerin (Klägerin und Rekursgegnerin) den Einzelrichter im summarischen Verfahren (Eheschutz) am Bezirksgericht Meilen (Erstinstanz) um Erlass von Eheschutzmassnahmen (ER act. 1). Mit Erledigungsverfügung vom 14. Oktober 2003 (ER act. 153 = OG act. 3) bewilligte dieser den Parteien das Getrenntleben, und er regelte dessen Folgen (Obhut über die beiden minderjährigen Kinder, Besuchsrecht, Unterhaltsbeiträge, Zuweisung von Hausrat und Mobiliar, Gütertrennung).

b) Gegen die erstinstanzliche Festsetzung der vom Beschwerdegegner (Beklagter und Rekurrent) für die Beschwerdeführerin persönlich und die beiden gemeinsamen Kinder zu bezahlenden Unterhaltsbeiträge (sowie den einzelrichterlichen Entscheid, auf einen bestimmten Antrag des Beschwerdegegners nicht einzutreten) rekurrierte der Beschwerdegegner rechtzeitig (OG act. 2 und 9), worauf die I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich (Vorinstanz) mit Beschluss vom 27. Juli 2004 die Unterhaltsbeiträge in teilweiser Gutheissung des Rekurses reduzierte und entsprechend neu festsetzte; im Übrigen wies sie den Rekurs unter Bestätigung der erstinstanzlichen Verfügung ab (OG act. 40 = KG act. 2).

c) Gegen diesen den Parteien am 29. Juli 2004 zugestellten (vgl. OG act. 42/2-3) obergerichtlichen Rekursentscheid erhob die Beschwerdeführerin mit vom 30. August 2004 datierter, gleichentags zur Post gegebener und damit fristwahrend eingereichter Eingabe (vgl. § 287 ZPO und § 140 Abs. 2 GVG sowie §§ 191-193 GVG) kantonale Nichtigkeitsbeschwerde mit dem (Haupt-)Antrag auf Aufhebung der Dispositiv-Ziffern 1, 3 und 4 des angefochtenen Entscheids (betreffend Unterhaltsbeiträge sowie Kosten- und Entschädigungsfolgen des zweitinstanzlichen Verfahrens) und Neufestsetzung der Unterhaltsbeiträge; eventualiter sei die Sache zur diesbezüglichen Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen (KG act. 1, insbes. S. 2). Daneben stellt sie das prozessuale Begehren, ihr für das Kassationsverfahren die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen und in der

Person ihres Vertreters einen unentgeltlichen Rechtsbeistand zu bestellen (KG act. 1 S. 3).

Mit Präsidialverfügung vom 2. September 2004 wurden die vorinstanzlichen Akten beigezogen (s.a. KG act. 11/1-2) und dem Beschwerdegegner Gelegenheit zur Stellungnahme zum beschwerdeführerischen Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege gegeben (KG act. 7). Nachdem dieser innert erstreckter (vgl. KG act. 12) Frist die Abweisung des Gesuchs beantragt hatte, weil die Beschwerdeführerin seiner Meinung nach noch über Geld und damit Vermögen (insbesondere aus dem Verkauf der ehelichen Liegenschaft) verfügen müsse (KG act. 14, insbes. S. 2), wurde der Beschwerdeführerin unter dem 29. September 2004 in Anwendung von § 84 Abs. 2 ZPO Frist angesetzt, um ihre gesamten Vermögensverhältnisse umfassend und möglichst detailliert darzulegen und soweit möglich durch Urkunden zu belegen (KG act. 16). Mit fristwahrender (vgl. KG act. 18) Eingabe vom 3. November 2004 äusserte sich die Beschwerdeführerin daraufhin näher zu ihren finanziellen Verhältnissen, und sie reichte zahlreiche Belege ein (KG act. 20 und 21/1-40). Dabei machte sie geltend, dass sie die (vom Gericht explizit einverlangte) Steuererklärung 2003 einstweilen nicht einreichen könne, da sie diese noch nicht ausgefüllt habe; sie stellte jedoch in Aussicht, besagte Steuererklärung bis Mitte November 2004 zu erstellen und dem Gericht nachzureichen (KG act. 20 S. 5 [Ziff. 10] und 6). Alsdann wurde die Beschwerdeführerin mit Präsidialverfügung vom 5. November 2004 aufgefordert, dem Gericht bis am 17. November 2004 eine Kopie der Steuererklärung 2003 (mit Beilagen) nachzureichen; zugleich wurde dem Beschwerdegegner Frist angesetzt, um zu den beigebrachten Unterlagen Stellung zu nehmen (KG act. 22). Am 3. Dezember 2004 verzichtete der Beschwerdegegner ausdrücklich darauf, zur Frage der Mittellosigkeit der Beschwerdeführerin Stellung zu nehmen (KG act. 29).

Die Vorinstanz hat ausdrücklich auf Vernehmlassung zur Beschwerde verzichtet (KG act. 9).

2. Mit Eingabe vom 2. Dezember 2004 liess die Beschwerdeführerin ihre Nichtigkeitsbeschwerde zurückziehen (KG act. 26), nachdem die Parteien im parallel pendenten Scheidungsverfahren vor Bezirksgericht Zürich ein gemeinsames

Scheidungsbegehren mit vollständiger Einigung hinsichtlich der Nebenfolgen im Sinne von Art. 111 ZGB eingereicht und sich in dessen Rahmen insbesondere auch bezüglich der Unterhaltsbeiträge, welche Gegenstand der Nichtigkeitsbeschwerde bilden, geeinigt hatten (vgl. KG act. 27, insbes. Ziff. 12 und 13). Die betreffende Erklärung ist zulässig und klar, weshalb das Kassationsverfahren als durch Rückzug der Beschwerde erledigt abzuschreiben ist (vgl. § 188 Abs. 3 ZPO; s.a. von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. A., Zürich 1986, S. 17; Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich 1997, N 11 vor §§ 259 ff. ZPO; Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. A., Zürich 1979, S. 499/500; Walder-Richli, Zivilprozessrecht, 4. A., Zürich 1996, § 39 Rz 19).

3. Die Beschwerdeführerin hält ungeachtet des Rückzugs der Beschwerde an ihren Gesuchen um Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung und um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistands fest (KG act. 26 S. 2), weshalb darüber zu entscheiden ist.

a) Gemäss § 84 Abs. 1 und § 87 ZPO (sowie nach Art. 29 Abs. 3 BV) 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 (auf entsprechendes Gesuch hin) Anspruch auf unentgeltliche Prozessführung und auf Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters; Letzteres allerdings nur, sofern sie zur gehörigen Führung des Prozesses eines solchen bedarf (eingehend zum Ganzen Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 1 ff. zu § 84 ZPO und N 1 ff. zu § 87 ZPO; zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung [zu Art. 4 aBV] statt vieler Kley-Struller, Der Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, AJP 2/95, S. 179 ff. m.w.Hinw.). Die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ist mithin an zwei kumulative Grundvoraussetzungen geknüpft: Mittellosigkeit der Gesuch stellenden Partei und Nichtaussichtslosigkeit ihres Prozessstandpunktes (bzw. – im Rechtsmittelverfahren – ihrer Rechtsmittelanträge).

aa) Mittellosigkeit bzw. Bedürftigkeit, welche ihrerseits sowohl Einkommens- wie auch Vermögensarmut voraussetzt, ist dann zu bejahen, wenn der Ansprecher sämtliche eigenen Hilfsmittel zur Finanzierung des Prozesses erschöpft hat,

wie beispielsweise Bargeld, die eigene Arbeitskraft und den Kredit, den er aufgrund seiner Vermögenslage erwarten darf (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 11 zu § 84 ZPO; s.a. ZR 101 Nr. 14, Erw. 4). Dabei kann das Gericht vom Gesuchsteller Ausweise verlangen, ihn (auch) über seine finanziellen Verhältnisse befragen und auch den Prozessgegner anhören (§ 84 Abs. 2 ZPO).

bb) Als aussichtslos im Sinne des zweitgenannten Erfordernisses sind nach gefestigter Lehre und Praxis solche Rechtsbegehren (bzw. – bezüglich des Rechtsmittelverfahrens – Rechtsmittelanträge) zu betrachten, bei denen die Gewinnaussichten beträchtlich geringer sind als die Verlustgefahren und deshalb kaum mehr als ernsthaft bezeichnet werden können. Dabei wird massgeblich auf die hypothetische Frage abgestellt, ob eine Partei, die über die nötigen finanziellen Mittel verfügt, sich bei vernünftiger Überlegung zum betreffenden Prozess entschliessen oder davon absehen würde. Damit soll verhindert werden, dass eine Partei auf Staatskosten einen Prozess führt, den eine vermögende Person auf eigene Kosten vernünftigerweise nicht einleiten würde (Vogel/Spühler, Grundriss des Zivilprozessrechts, 7. A., Bern 2001, Kap. 11 Rz 68 f.; Kley-Struller, a.a.O., S. 181 f.; BGE 128 I 236; 125 II 275; 124 I 306; 122 I 271; ZR 101 Nr. 14, Erw. 3; 69 Nr. 29). In diesem Sinne dürfen Rechtsbegehren (oder Rechtsmittelanträge) dann nicht als aussichtslos betrachtet werden, wenn sich Gewinnaussichten und Verlustgefahren ungefähr die Waage halten oder wenn jene nur wenig geringer sind als diese (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 21a zu § 84 ZPO; Kley-Struller, a.a.O., S. 182; BGE 128 I 236; 125 II 275; 124 I 306; 122 I 271).

Ob genügende Erfolgsaussichten bestehen, beurteilt sich nach den Verhältnissen im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs (RB 1997 Nr. 76; BGE 128 I 236; 125 II 275; 124 I 307; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 21b zu § 84 ZPO). Aus diesem Grund (ex ante- bzw. Vorab-Beurteilung der Prozess- resp. Rechtsmittelaussichten) schliesst allein der Umstand, dass die vorliegende Beschwerde zurückgezogen wurde, die Gewährung des prozessualen Armenrechts nicht ohne weiteres aus (vgl. Kass.-Nr. 96/384 vom 4.12.1996 i.S. U. c. U., Erw. 3).

b) Aus der verfahrensrechtlichen Natur des Anspruchs auf unentgeltliche Rechtspflege folgt sodann, dass das befassende Gericht dessen gesetzliche Vo-

raussetzungen – unabhängig davon, ob diese bestritten sind oder nicht – grundsätzlich von Amtes wegen zu prüfen hat (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 30 zu § 54 ZPO). Die insoweit geltende Oficialmaxime unterliegt allerdings einer doppelten Beschränkung. Diese ergibt sich einerseits aus dem in § 84 Abs. 1 ZPO und § 87 ZPO statuierten Antragsprinzip und andererseits aus der in § 84 Abs. 2 ZPO vorgesehenen Mitwirkungspflicht der Parteien (vgl. im Einzelnen zur Ausgestaltung der "beschränkten" Oficialmaxime ZR 90 Nr. 57; s.a. ZR 95 Nr. 92, Erw. II/3/d; s.a. Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., Ergänzungsband, Zürich 2000, N 4 f. zu § 84 ZPO).

In Anbetracht der Mitwirkungspflicht obliegt es grundsätzlich dem Gesuchsteller, insbesondere seine gesamte aktuelle wirtschaftliche Situation vollständig darzustellen und soweit möglich auch zu belegen (ZR 95 Nr. 92, Erw. II/3/d; BGE 120 Ia 181 f.; 125 IV 164). Dabei werden umso höhere Anforderungen an eine umfassende und klare Darstellung der finanziellen Situation durch den Gesuchsteller selbst gestellt, je komplexer sich diese Verhältnisse präsentieren (BGE 120 Ia 182; 125 IV 164 f.). Erteilt der Ansprecher die zur Beurteilung des Gesuchs bzw. der Anspruchsvoraussetzungen notwendigen Auskünfte nicht oder nicht vollständig, kann ihm – wie aus § 84 Abs. 2 ZPO gefolgert und auch aus Art. 29 Abs. 3 BV abgeleitet wird – die unentgeltliche Rechtspflege wegen Verletzung der Mitwirkungspflicht verweigert werden (ZR 90 Nr. 57, Erw. 6.1.4; 95 Nr. 92, Erw. II/3/d; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 23a zu § 84 ZPO m.w.Hinw; Bühler, Prozessarmut, in: Schöbi [Hrsg.], Gerichtskosten, Parteikosten, Prozesskaution, unentgeltliche Prozessführung, SWR Bd. 3, Bern 2001, S. 188 f.; BGE 120 Ia 182; 125 IV 165; Pra 92 Nr. 63, Erw. 2.1). Kommt der Gesuchsteller seiner Beweisführungs- bzw. Mitwirkungspflicht dagegen hinreichend nach, genügt es, dass er seine Mittellosigkeit mit seinen Angaben und Belegen glaubhaft macht (BGE 104 Ia 326 f.; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., Ergbd., N 5 zu § 84 ZPO).

Immerhin setzt eine Verweigerung des prozessualen Armenrechts wegen Verletzung der Mitwirkungspflicht in der Regel voraus, dass der Gesuchsteller, wenn er die notwendigen Angaben nicht von sich aus macht, zuvor vom Richter zur Darlegung seiner finanziellen Verhältnisse (oder – mit Blick auf die Beurtei-

lung der Prozessaussichten – notwendigenfalls seiner Angriffs- oder Verteidigungsmittel) und zur Einreichung entsprechender Belege aufgefordert wird, wobei eine einmalige richterliche Fristansetzung grundsätzlich ausreicht; insbesondere besteht keine generelle Pflicht des Gerichts, bei Nichtbefolgung einer solchen Aufforderung oder bei Unvollständigkeit, fehlender Schlüssigkeit oder Unklarheit des auf entsprechende Nachfrage hin Vorgebrachten noch einmal zur Mitwirkung aufzufordern (Kass.-Nr. 97/315 vom 17.12.1997 i.S. K. c. S., Erw. II/4/b m.w. Hinw.; AA040075 vom 15.9.2004 i.S. P. und P. c. B., Erw. II/1/d).

c) Im vorliegenden Fall behauptete der Beschwerdegegner in seiner Stellungnahme zum klägerischen Armenrechtsgesuch, dass die Beschwerdeführerin noch über erhebliche finanzielle Mittel verfügen müsse, nachdem ihr zusätzlich zu den von ihm in der Zeit zwischen dem 1. Oktober 2001 und dem 1. September 2004 geleisteten Unterhaltsbeiträgen von insgesamt Fr. 232'900.-- im Juli 2003 Fr. 235'000.-- aus dem Verkauf der ehelichen Liegenschaft zugeflossen seien und ihr Bedarf in dieser Zeitspanne weit unter der Summe dieser Beträge gelegen habe (KG act. 14 S. 3 ff.). Unter Hinweis auf diese beklagte Behauptung wurde die Beschwerdeführerin daraufhin mit Präsidialverfügung vom 29. September 2004 gerichtlich aufgefordert, in Ergänzung zu ihren Angaben im Armenrechtsgesuch (KG act. 1 S. 15), die zu pauschal gehalten und überdies nur unzureichend mit Belegen dokumentiert waren und deshalb keine schlüssige Beurteilung ihrer Vermögensverhältnisse zuließen, ihre gesamten Vermögensverhältnisse umfassend und möglichst detailliert darzulegen und soweit möglich durch Urkunden zu belegen. Zu diesem Zweck wurden von ihr ausdrücklich auch die Einreichung ihrer aktuellsten Steuererklärungen (mit Wertschriftenverzeichnissen) sowie schlüssige Angaben zu Verbleib und Verwendung des ihr aus dem Verkauf der ehelichen Liegenschaft zugeflossenen Betrages von Fr. 235'000.-- verlangt (KG act. 16).

Anlässlich ihrer Eingabe vom 3. November 2004, mit welcher sie nähere Angaben zu ihrer finanziellen Situation (insbesondere zu ihren Aufwendungen während der letzten 15 Monate) machte und zahlreiche diesbezügliche Belege beibrachte, erklärte die Beschwerdeführerin, die (neueste) Steuererklärung 2003

(noch) nicht einreichen zu können, da sie sie noch nicht erstellt habe. Sie stellte jedoch in Aussicht, diese bis Mitte November 2004 zu erstellen und nachzureichen (KG act. 20 S. 5 [Ziff. 10] und 6).

Diese Steuererklärung (und insbesondere das dazugehörige Wertschriftenverzeichnis) könnte für die Beurteilung des Armenrechtsgesuchs insoweit wesentlich sein, als sie möglicherweise sachdienliche Angaben zu den (zumindest per 31. Dezember 2003 vorhandenen) Vermögenswerten der Beschwerdeführerin enthält. Jedenfalls wäre anhand derselben schlüssiger nachprüfbar, ob die Beschwerdeführerin – wie sie behauptet (vgl. KG act. 1 S. 15 und KG act. 20 S. 4 [Ziff. 8]) – ihr gesamtes (am 31. Dezember 2003 noch vorhandenes) Vermögen aufgebraucht habe bzw. der Verbrauch sämtlicher damals verfügbaren Vermögenswerte glaubhaft gemacht sei (oder ob die Beschwerdeführerin vor Jahresfrist noch über Vermögenswerte verfügt habe, über deren Verbleib sie in ihrer Eingabe vom 3. November 2004 keine Auskunft erteilt hat). Aus diesem Grund wurde die Beschwerdeführerin mit Präsidialverfügung vom 5. November 2004 aufgefordert, dem Kassationsgericht bis am 17. November 2004 eine Kopie der Steuererklärung 2003 (samt Beilagen) nachzureichen; dies unter der ausdrücklichen Androhung, dass bei Säumnis die Abweisung des Armenrechtsgesuchs wegen Verletzung der Mitwirkungspflicht drohe (KG act. 22, Disp.-Ziff. 3).

d) Die Beschwerdeführerin hat auf diese (zweite) Fristansetzung nicht reagiert: Weder hat sie innert Frist (bzw. bis heute) die einverlangte Kopie ihrer Steuererklärung 2003 eingereicht, noch hat sie geltend gemacht, dass (und gegebenenfalls weshalb) sie nicht in der Lage sei, der gerichtlichen Aufforderung nachzukommen. Damit ist ihr eine Verletzung der Mitwirkungspflicht bei der Eruierung ihrer finanziellen Verhältnisse anzulasten. Wegen dieser Unterlassung ist auch nicht hinreichend schlüssig dargetan und kann daher nicht mit genügender Wahrscheinlichkeit davon ausgegangen werden, dass die Beschwerdeführerin im Verlaufe der vergangenen eineinhalb Jahre ihr gesamtes Vermögen, welches im Juli 2003 (jedenfalls vorübergehend) immerhin mindestens Fr. 230'000.-- betrug (vgl. KG act. 21/2), verbraucht hat. Mithin vermochte sie nicht glaubhaft zu machen, dass sie mittellos im Sinne von § 84 ZPO resp. Art. 29 Abs. 3 BV, d.h. ausser-

stande ist, neben dem Lebensunterhalt für sich und ihre Kinder die Mittel aufzubringen, um die (verhältnismässig bescheidenen) Kosten des vorliegenden Kassationsverfahrens sowie das Honorar ihres Rechtsvertreters zu bezahlen. Dementsprechend ist das Gesuch, ihr im Kassationsverfahren die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen und ihren Rechtsvertreter zu ihrem unentgeltlichen Rechtsbeistand zu bestellen, androhungsgemäss wegen Verletzung der Mitwirkungspflicht abzuweisen.

4. Bei diesem Ausgang (in der Sache selbst und hinsichtlich des Gesuchs um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege) sind die Kosten des Kassationsverfahrens gemäss der allgemeinen Regel (§ 64 Abs. 2 ZPO) der als (im Kassationsverfahren) unterliegende Partei zu betrachtenden Beschwerdeführerin aufzuerlegen (ZR 87 Nr. 37; s.a. Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 18 zu § 64 ZPO; KG act. 27 S. 6, Ziff. 13). Bei der Bemessung der Gerichtsgebühr, welche sich grundsätzlich nach § 3 Abs. 1 GGebV richtet, ist neben § 6 Abs. 1 GGebV und § 9 Abs. 2 GGebV insbesondere zu berücksichtigen, dass der Rückzug in einem Zeitpunkt erfolgte, in dem seitens des Kassationsgerichts noch keine inhaltliche Auseinandersetzung mit der Beschwerde stattgefunden hat, was zu einer weiteren (erheblichen) Reduktion der Gerichtsgebühr führt (§ 5 Abs. 1 GGebV analog).

Von der Zusprechung einer Prozessentschädigung an den Beschwerdegegner ist ungeachtet des Verfahrensausgangs schon deshalb abzusehen, weil die Parteien in der Vereinbarung vom 26./30. November 2004 ausdrücklich "in allen Verfahren" (und damit auch im vorliegenden Kassationsverfahren) auf die Zusprechung von Prozessentschädigungen verzichtet haben (KG act. 27 S. 6, Ziff. 13; s.a. KG act. 29) und kein Grund ersichtlich ist, von dieser einvernehmlichen Regelung abzuweichen.

Das Gericht beschliesst:

1. Das Kassationsverfahren wird als durch Rückzug der Nichtigkeitsbeschwerde erledigt abgeschlossen.
2. Die Gesuche der Beschwerdeführerin um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters im Kassationsverfahren werden abgewiesen.
3. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf:
Fr. 700.-- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 346.-- Schreibgebühren,
Fr. 323.-- Zustellgebühren und Porti.
4. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden der Beschwerdeführerin auferlegt.
5. Für das Kassationsverfahren werden keine Prozessentschädigungen zugesprochen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich und den Einzelrichter im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Meilen (ad EE010089), je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär: