



---

Kass.-Nr. AA050076/U/mb

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Robert Karrer, Bernhard Gehrig, die Kassationsrichterin Sylvia Frei und der Kassationsrichter Rudolf Ottomann sowie die Sekretärin Daniela Brüscheweiler

## **Zirkulationsbeschluss vom 28. Februar 2006**

in Sachen

**X.**

Beklagter, Appellant und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. \_\_\_\_\_

gegen

**Politische Gemeinde Y.**

Klägerin, Appellatin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Sozialbehörde Y. (Vormundschaftsbehörde),

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. \_\_\_\_\_

betreffend **Unterhaltsklage**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 20. April 2005 (NE040006/U)**

**Das Gericht hat in Erwägung gezogen:**

**I.**

1. Mit Eingabe vom 29. Mai 2003 (ER act. 2) liess die Sozialbehörde Y. 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 A., geboren am 25. Dezember 1991, zu verpflichten.
2. Es sei der Beklagte rückwirkend ab 15. April 2002 zur Zahlung angemessener Unterhaltsbeiträge für seinen Sohn B., geboren am 25. Dezember 1991, zu verpflichten;

alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten des Beklagten."

Mit Urteil der Einzelrichterin im ordentlichen Verfahren des Bezirkes \_\_\_\_\_ (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 Zürich-Versicherung entsprechend Frist zur Erklärung anzusetzen sei, ob sie als Nebenintervenientin dem Prozess beitrete (ER act. 16).

Mit Beschluss der II. Zivilkammer des Obergerichts vom 12. März 2004 wurde das Rubrum in dem Sinn berichtigt, als die Politische Gemeinde Y. (nachfolgend Beschwerdegegnerin), vertreten durch die Sozialbehörde, als Partei aufzunehmen sei (OG act. 23). Die Streitverkündung des Beschwerdeführers an die C.-Versicherung wurde mit Beschluss vom 31. März 2004 vorgemerkt (OG act. 29).

Mit Schreiben vom 15. April 2004 teilte die C.-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) 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 B. und A. einerseits die unentgeltliche Prozessführung (Disp.-Ziff. 3) und andererseits die unentgeltliche Rechtsverteistandung 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 kantonale Nichtigkeitsbeschwerde einreichen. Diese wurde mit Zirkulationsbeschluss vom 15. November 2004 abgewiesen (OG act. 45). Auf die

dagegen erhobene staatsrechtliche Beschwerde trat die II. Zivilabteilung des Bundesgerichts mit Urteil vom 16. Februar 2005 nicht ein (OG act. 48).

4. Mit Beschluss der II. Zivilkammer des Obergerichts vom 20. April 2005 (OG act. 50 bzw. KG act. 2) wurde der Beschwerdeführer rückwirkend für den Zeitraum vom 16. April 2002 bis 15. November 2002 verpflichtet, für den Sohn A. monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 880.-- zuzüglich Fr. 170.-- Kinderzulage an die Beschwerdegegnerin zu entrichten (Disp.-Ziff. 1). Für den Sohn B. wurde der Beschwerdeführer rückwirkend für den Zeitraum vom 16. April 2002 bis 15. November 2002 zu monatlichen Unterhaltszahlungen in der Höhe von Fr. 880.-- (zuzüglich Fr. 170.-- Kinderzulagen), und ab 16. November 2002 zu solchen in der Höhe von Fr. 1'530.-- (zuzüglich allfälliger Kinderzulagen) verpflichtet. Die Unterhaltszahlungen ab 16. November 2002 wurden einer Indexierung unterstellt (Disp.-Ziff. 2). Die Arbeitgeberin des Beschwerdeführers wurde sodann angewiesen, ab Rechtskraft des Urteils vom Lohn des Beschwerdeführers monatlich Fr. 1'530.-- zuzüglich Kinderzulage der Beschwerdegegnerin direkt zu überweisen (Disp.-Ziff. 3). Im Weiteren regelte die Vorinstanz die Kosten- und Entschädigungsfolgen des erst- und zweitinstanzlichen Verfahrens (Disp.-Ziff. 4-8).

5. Gegen den Entscheid des Obergerichts vom 20. April 2005 liess der Beschwerdeführer mit Eingabe vom 30. Mai 2005 fristgemäss kantonale Nichtigkeitsbeschwerde erheben (KG act. 1). Er beantragt, der angefochtene Beschluss sei aufzuheben und die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen (KG act. 1 S. 2).

Mit Präsidialverfügung vom 7. Juni 2005 wurde der Beschwerde (antragsgemäss) die aufschiebende Wirkung verliehen (KG act. 8; vgl. auch KG act. 1 S. 2). Die Vorinstanz hat auf Vernehmlassung verzichtet (KG act. 11). Die Beschwerdegegnerin äusserte sich nicht.

6. Der Beschwerdeführer hat gegen den vorinstanzlichen Beschluss vom 20. April 2005 sowohl staatsrechtliche Beschwerde (vgl. KG act. 7) als auch eidgenössische Berufung (vgl. KG act. 10) eingereicht.

## II.

1. Der Beschwerdeführer macht zusammengefasst geltend, die Vorinstanz habe in verschiedener Hinsicht wesentliche Verfahrensgrundsätze verletzt, sie habe willkürliche und aktenwidrige Annahmen getroffen sowie klares materielles Recht missachtet. Damit behauptet der Beschwerdeführer Nichtigkeitsgründe im Sinne von § 281 Ziff. 1 - 3 ZPO.

a) Mit seiner ersten Rüge macht der Beschwerdeführer eine Verletzung seines Anspruches auf rechtliches Gehör geltend. Er wendet ein, gemäss Praxis des Bundesgerichtes müssten den Parteien sämtliche Eingaben und Vernehmlassungen der Gegenpartei zur Kenntnis gebracht und ihnen die Möglichkeit zur Stellungnahme eingeräumt werden. Die Berufungsantwort der Beschwerdegegnerin (OG act. 42) sowie die Aktenstücke OG 49/1 und 49/2 seien dem Beschwerdeführer nicht zur Stellungnahme zugestellt worden. Damit liege eine Verletzung von § 56 ZPO, Art. 29 Abs. 2 BV sowie Art. 6 Ziff. 1 EMRK vor, weshalb ein Nichtigkeitsgrund im Sinne von § 281 Ziff. 1 ZPO gegeben sei (KG act. 1 S. 3).

b) Es trifft zu, dass das Bundesgericht seine Rechtsprechung zum Anspruch der Parteien auf rechtliches Gehör in verschiedenen neueren Entscheiden konkretisiert hat. Dabei hielt das Bundesgericht fest, Umfang und Tragweite des Anspruchs gemäss Art. 29 Abs. 2 BV seien anhand der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zu Art. 6 EMRK auszulegen. Nach dieser Rechtsprechung verleihe der in Art. 6 Ziff. 1 EMRK enthaltene Anspruch auf ein faires Verfahren den Parteien das Recht, von sämtlichen dem Gericht eingereichten Eingaben oder Vernehmlassungen Kenntnis zu erhalten und zu diesen Stellung zu nehmen. Unerheblich sei, dass eine Vernehmlassung der Vorinstanz weder Tatsachen noch Begründungen enthalte, die nicht bereits im angefochtenen Urteil aufgeführt gewesen seien und es komme auch auf den möglichen tatsächlichen Einfluss von Bemerkungen der Parteien auf das Urteil nicht an. Ebenso wenig sei von Belang, ob nach (kantonalem) Verfahrensrecht ein zweiter bzw. weiterer Schriftenwechsel vorgesehen sei (vgl. zuletzt Entscheide des Bundesgerichts 5P.385/2005 vom 17. Januar 2006 Erw. 2; 5P.398/2005 vom 23. Dezember

2005 Erw. 2; 1A.92/2005 vom 22. November 2005 Erw. 3.3, je mit Hinweisen; vgl. auch Christoph Leuenberger, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Zivilprozessrecht im Jahre 2004, in: ZBJV, Band 142, S. 25 ff.).

c) Das Obergericht behauptet nicht, dass dem Beschwerdeführer die Berufungsantwort vor dem angefochtenen Beschluss zugestellt worden ist, und Entsprechendes lässt sich auch den Akten nicht entnehmen. Angesichts der vorstehend wiedergegebenen bundesgerichtlichen Rechtsprechung wurde der Anspruch des Beschwerdeführers auf rechtliches Gehör bzw. auf ein faires Verfahren damit verletzt. Die Nichtigkeitsbeschwerde ist deshalb gutzuheissen und der angefochtene Beschluss aufzuheben.

Bei dieser Sachlage ist von einer Prüfung der weiteren, im Beschwerdeverfahren vorgebrachten Rügen abzusehen. Insbesondere kann offen bleiben, ob der Gehörsanspruch des Beschwerdeführers auch im Hinblick auf die von der Vorinstanz beigezogenen Handelsregisterauszüge (OG act. 49/1 und 49/2) verletzt wurde. Der Beschwerdeführer wird sich im ohnehin weiterzuführenden obergerichtlichen Verfahren dazu äussern können.

2. Der Beschwerdeführer beantragt - wie vorstehend bereits erwähnt -, es sei ihm für das Kassationsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren.

a) Die erst- bzw. vorinstanzliche Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege gilt im Rechtsmittelverfahren grundsätzlich weiter, soweit die Rechtsmittelinstantz nicht einen selbstständigen Entscheid fällt (§ 90 Abs. 2 ZPO). Praxisgemäss ist ein die eine bereits gewährte unentgeltliche Rechtspflege entziehender oder einschränkender Entscheid der Rechtsmittelinstantz nur in denjenigen Fällen angezeigt, in denen sich die Verhältnisse gegenüber dem vorinstanzlichen Entscheid eindeutig geändert haben und die Voraussetzungen für die früher gewährte unentgeltliche Rechtspflege klarerweise nicht mehr erfüllt sind.

b) Das Obergericht hielt in seinem Beschluss vom 21. Mai 2004 in Bezug auf das damalige Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege fest, soweit der Beschwerdeführer den Grundsatz der Unterhaltspflicht in Abrede stel-

le, sei die Berufung als aussichtslos einzustufen. Dies gelte jedoch nicht hinsichtlich der Höhe der Unterhaltsleistungen, weshalb dem Beschwerdeführer in diesem Umfang die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen sei. Der Beschwerdeführer sei fremdsprachig und mit den formellen und materiellen Rechtssätzen der Schweiz nicht vertraut. Es sei ihm daher - in beschränktem Umfang - auch die unentgeltliche Rechtsvertretung zu bewilligen (OG act. 36 S. 4 f.).

c) Der Beschwerdeführer obsiegt im Kassationsverfahren vollumfänglich, weshalb ihm keine Kosten aufzuerlegen sind. Das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung ist demzufolge jedenfalls gegenstandslos geworden. Hingegen wird der Antrag um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters als Folge des Obsiegens nicht gegenstandslos. Die Beschwerdegegnerin hat sich am Kassationsverfahren nicht beteiligt, weshalb sie praxismässig nicht als unterliegende Partei gilt und somit weder kosten- noch entschädigungspflichtig wird (§ 64 Abs. 2 und § 68 Abs. 1 ZPO). Im Falle der Gewährung der unentgeltlichen Rechtsvertretung wäre die Rechtsvertreterin demzufolge aus der Gerichtskasse zu entschädigen.

Angesichts der obergerichtlichen Ausführungen und nachdem die Beschwerde nicht aussichtslos ist, erscheint es als angezeigt, dem Beschwerdeführer für das Kassationsverfahren die unentgeltliche Rechtsverteiständung (vollumfänglich) zu bewilligen und in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. \_\_\_\_\_ eine unentgeltliche Rechtsvertreterin zu bestellen.

3. Die Kosten des Kassationsverfahrens sind auf die Gerichtskasse zu nehmen.

### **Das Gericht beschliesst:**

1. Das Gesuch des Beschwerdeführers um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung wird als gegenstandslos geworden abgeschrieben.

2. Dem Beschwerdeführer wird für das Kassationsverfahren die unentgeltliche Rechtsverteidigung bewilligt und in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. \_\_\_\_ eine unentgeltliche Rechtsvertreterin bestellt.
3. In Gutheissung der Beschwerde wird der Beschluss der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 20. April 2005 aufgehoben und die Sache im Sinne der Erwägungen zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen.
4. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren fällt ausser Ansatz, die weiteren Kosten betragen:  
Fr.           205.--   Schreibgebühren,  
Fr.           152.--   Zustellgebühren und Porti.
5. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden auf die Gerichtskasse genommen.
6. Die unentgeltliche Rechtsvertreterin des Beschwerdeführers, Rechtsanwältin lic. iur. \_\_\_\_, wird für ihre Bemühungen und Aufwendungen im Kassationsverfahren mit Fr. 2'000.-- (inkl. Mehrwertsteuer und Barauslagen) aus der Gerichtskasse entschädigt.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich, das Bezirksgericht \_\_\_\_ sowie an das Schweizerische Bundesgericht (Verfahren 5P.207/2005 und 5C.137/2005), je gegen Empfangsschein.

---

**KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH**

Die juristische Sekretärin: