



Kass.-Nr. AA080087/U

Mitwirkende: der Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, sowie der juristische Sekretär Markus Nietlispach

Erledigungs-Verfügung vom 9. September 2008

in Sachen

X.

...,

Beklagter, Rekursgegner, Anschlussrekurrent und Beschwerdeführer
vertreten durch Fürsprecherin _____

gegen

Y.

...,

Klägerin, Rekurrentin, Anschlussrekursgegnerin und Beschwerdegegnerin
vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. _____

betreffend

Eheschutz (Unterhaltsbeiträge)

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der I. Zivilkammer des
Obergerichts des Kantons Zürich vom 15. April 2008 (LP070010/U)**

Der Präsident hat in Erwägung gezogen:

1.a) Mit Eingabe vom 19. Oktober 2006 ersuchte die Beschwerdegegnerin (Klägerin, Rekurrentin und Anschlussrekursgegnerin) den Einzelrichter der 5. Abteilung des Bezirksgerichts Zürich (Eheschutzrichter) um Erlass von Eheschutzmassnahmen (ER act. 1). Im Anschluss an die am 24. November 2006 durchgeführte Hauptverhandlung schlossen die Parteien eine Trennungsvereinbarung (vgl. ER Prot. S. 3 ff. und ER act. 6). In der Folge fällte der Einzelrichter (Erstinstanz) am 17. Januar 2007 seinen (Erledigungs-)Entscheid. Darin nahm er davon Vormerk, dass die Parteien seit 15. Januar 2007 für zwei Jahre getrennt leben, und er teilte die Obhut über die im Jahre 1998 geborene gemeinsame Tochter A. für die Dauer des Getrenntlebens der Beschwerdegegnerin zu. Ferner genehmigte er die zwischen den Parteien geschlossene Vereinbarung hinsichtlich der Kinderbelange teilweise, und er nahm von ihr Vormerk, soweit sie nicht der Offizialmaxime unterliegende Punkte betraf. Im Weiteren verpflichtete er den Beschwerdeführer (Beklagter, Rekursgegner und Anschlussrekurrent), der Beschwerdegegnerin für die Dauer des Getrenntlebens monatliche Kinderunterhaltsbeiträge von Fr. 320.-- (zuzüglich allfälliger Kinderzulagen) zu bezahlen. Schliesslich wurde beiden Parteien die unentgeltliche Prozessführung bewilligt und der Beschwerdegegnerin in der Person ihrer Rechtsvertreterin eine unentgeltliche Rechtsbeiständin bestellt (ER act. 18 = OG act. 3).

b) Hiegegen reichte die Beschwerdegegnerin unter dem 1. Februar 2007 rechtzeitig Rekurs ein mit den Anträgen auf Vormerknahme der Trennung auf unbestimmte Zeit, Zusprechung von Unterhaltsbeiträgen an sie persönlich, Erhöhung der erstinstanzlich festgesetzten Kinderunterhaltsbeiträge sowie auf Anordnung der Gütertrennung per 15. Januar 2007 (OG act. 2, insbes. S. 2), den sie mit Eingabe vom 22. Februar 2007 ergänzte (OG act. 9). Im Rahmen seiner Rekursantwort vom 22. März 2007 liess der Beschwerdeführer Anschlussrekurs mit dem Antrag auf Befreiung von der Pflicht zur Leistung von Kinderunterhaltsbeiträgen erheben (OG act. 15, insbes. S. 2). Nach Abschluss des weiteren Schriftenswechsels (vgl. OG act. 20, 23, 25 und 31) beschloss die I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich (Vorinstanz) am 15. April 2008, auf die klägerischen

Anträge betreffend Anordnung des Getrennlebens auf unbestimmte Zeit, Anordnung der Gütertrennung sowie Zusprechung von Ehegattenunterhaltsbeiträgen nicht einzutreten. Ferner erhöhte sie die vom Beschwerdeführer zu bezahlenden Kinderunterhaltsbeiträge in teilweiser Gutheissung des Rekurses auf Fr. 900.-- pro Monat (zuzüglich allfälliger Kinderzulagen). Im Übrigen wurde der Anschlussrekurs abgewiesen und die erstinstanzliche Verfügung bestätigt. Zudem bestellte die Vorinstanz (auch) dem Beschwerdeführer für das Rekursverfahren eine unentgeltliche Rechtsvertreterin (OG act. 35 = KG act. 2).

c) Gegen diesen ihm am 21. April 2008 zugestellten (OG act. 36/2) obergerichtlichen Beschluss erhob der Beschwerdeführer mit fristwahrender Eingabe vom 21. Mai 2008 (vgl. § 287 ZPO und §§ 191-193 GVG) kantonale Nichtigkeitsbeschwerde (KG act. 1). Damit verlangt(e) er die Aufhebung von Dispositiv-Ziffer 4 des vorinstanzlichen Entscheids, die Abweisung des Rekurses in diesem Punkt und die Befreiung von der dort statuierten Pflicht zur Bezahlung von Kinderunterhaltsbeiträgen; eventualiter sei die Sache zur diesbezüglichen Neu Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen (KG act. 1 S. 2).

Mit Präsidialverfügung vom 23. Mai 2008 wurden die vorinstanzlichen Akten beigezogen (KG act. 4; s.a. KG act. 3 und 6). Eine Kautionsurkunde wurde dem Beschwerdeführer angesichts der ihm von den Vorinstanzen bewilligten unentgeltlichen Prozessführung nicht auferlegt (vgl. § 75 Abs. 1 und § 85 Abs. 1 ZPO). Währenddem die Vorinstanz ausdrücklich auf Vernehmlassung zur Beschwerde verzichtet hat (KG act. 8), ging seitens der Beschwerdegegnerin innert der ihr angesetzten (KG act. 4), bis am 26. September 2008 erstreckten (vgl. KG act. 11) und am 4. September 2008 wieder abgenommenen (KG act. 14) Frist keine Beschwerdeantwort ein.

2. Mit Eingabe vom 3. September 2008 zog der Beschwerdeführer die Nichtigkeitsbeschwerde unter Hinweis auf das zwischenzeitlich anhängig gemachte Scheidungsverfahren, anlässlich dessen die Frage des Kinderunterhalts im Einverständnis beider Parteien einer neuen Prüfung unterzogen werde, zurück (KG act. 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).

Anzumerken bleibt, dass der Abschreibungsentscheid in die sachliche Kompetenz des Gerichtspräsidenten fällt (§ 122 Abs. 3 GVG; von Rechenberg, a.a.O., S. 50), weshalb er mittels (einsprachefähiger; vgl. § 122 Abs. 4 GVG) Präsidialverfügung erfolgen kann (s.a. Hauser/Schweri, Kommentar zum zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz, Zürich 2002, N 8 zu § 122 GVG).

3.a) Wie bereits erwähnt, wurde dem Beschwerdeführer von der Vorinstanz die unentgeltliche Rechtspflege im Sinne von §§ 84/87 ZPO bzw. Art. 29 Abs. 3 BV gewährt (s. KG act. 2 S. 23, Erw. III/2, und S. 24). Grundsätzlich gilt eine einmal erteilte Bewilligung des prozessualen Armenrechts nicht nur für die angerufene Instanz, sondern auch für allfällige Rechtsmittelverfahren. Immerhin kann die Rechtsmittelinstanz für ihr Verfahren einen selbstständigen Entscheid treffen (§ 90 Abs. 2 ZPO; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 3 zu § 90 ZPO; ZR 97 Nr. 28, Erw. 10/b; s.a. § 91 ZPO). Dazu besteht jedoch kein Anlass:

Einerseits enthalten die Akten keine Hinweise, dass sich an der von den Vorinstanzen festgestellten Mittellosigkeit des Beschwerdeführers inzwischen etwas geändert hätte. Andererseits darf die Beschwerde aufgrund der bei der Beurteilung der Armenrechtsfrage vorzunehmenden summarischen Prüfung auch nicht als von vornherein aussichtslos im Sinne von § 84 Abs. 1 ZPO bzw. Art. 29 Abs. 3 BV gelten (vgl. dazu Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 21a zu § 84 ZPO; BGE 129 I 135 f.; 128 I 236; 125 II 275 m.w.Hinw.; ZR 101 Nr. 14, Erw. 3; 69 Nr. 29). Daran vermag auch der Rückzug der Beschwerde nichts zu ändern, sind deren Erfolgsaussichten doch nicht ex post (aufgrund des Verfahrensausgangs), sondern vielmehr (ex ante) nach den Verhältnissen zu beurteilen, wie sie sich im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs oder – bei bereits von der unteren Instanz erteilter Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege – des Rechtsmittels präsen-

tierten (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 21b zu § 84 ZPO; RB 1997, Nr. 76; ZR 98 Nr. 12, Erw. 3/b; BGE 129 I 136; 128 I 236; 125 II 275; 124 I 307). Ausserdem liefe im vorliegenden Fall ein Entzug des prozessualen Armenrechts im Kassationsverfahren (wegen der mit dem Rückzug einhergehenden Verwirkung der Erfolgsaussichten der Beschwerde) darauf hinaus, den Beschwerdeführer gleichsam für seine Bereitschaft zu bestrafen, auf die (materielle) Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zu verzichten und einer Neubeurteilung der (Kinder-)Unterhaltspflicht (lediglich) im Rahmen des zwischenzeitlich eingeleiteten Scheidungsverfahrens (auf gemeinsames Begehren) zuzustimmen (vgl. KG act. 13), was als äusserst stossend erschiene. Schliesslich ist auch die sachliche Notwendigkeit rechtlicher Verbeiständung des über keine juristischen Kenntnisse verfügenden Beschwerdeführers im Kassationsverfahren zu bejahen, zumal Letzteres wegen der gesetzlichen Anforderungen an die Begründung einer Nichtigkeitsbeschwerde und des im Beschwerdeverfahren geltenden Rügeprinzips (§ 288 Ziff. 3 und § 290 ZPO) mit besonderen Schwierigkeiten verbunden ist, denen eine nicht rechtskundige Person nicht ohne weiteres gewachsen ist. Die dem Beschwerdeführer von der Vorinstanz gewährte unentgeltliche Rechtspflege gilt somit auch für das Kassationsverfahren. Eines speziellen Antrags (vgl. KG act. 1 S. 2, Antrag 5) oder Entscheids bedarf es dazu nicht.

b) Gleiches gilt mit Bezug auf die Beschwerdegegnerin, welche in ihrer Eingabe vom 19. Juni 2008 (ebenfalls) ausdrücklich am Gesuch um Gewährung des prozessualen Armenrechts festhält (vgl. KG act. 9 S. 2). Auch für sie gilt die von der Erstinstanz erteilte und bis anhin nicht entzogene (vgl. KG act. 2 S. 23, Erw. III/2) Bewilligung der (umfassenden) unentgeltlichen Rechtspflege im Kassationsverfahren weiter.

4.a) Die Kosten des Kassationsverfahrens sind in Anwendung der auch im Rechtsmittelverfahren geltenden allgemeinen Regel (§ 64 Abs. 2 ZPO) dem als (im Kassationsverfahren) unterliegende Partei zu betrachtenden Beschwerdeführer aufzuerlegen (ZR 87 Nr. 37; s.a. Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 18 zu § 64 ZPO). Zufolge der ihm gewährten unentgeltlichen Prozessführung sind sie aber einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen. Zugleich ist der Beschwerdeführer

auf § 92 ZPO hinzuweisen, wonach das Gericht eine Partei zur Nachzahlung der ihr nach §§ 84/87 ZPO erlassenen Gerichtskosten und Auslagen für ihre Vertretung verpflichten kann, sollte sie später in günstige wirtschaftliche Verhältnisse kommen.

Bei der Bemessung der Gerichtsgebühr, die gemäss § 2 Abs. 3 GGebV sämtliche Kosten abdeckt und deren Höhe sich grundsätzlich nach § 5 Abs. 3 in Verbindung mit § 4 Abs. 3 GGebV richtet (vgl. § 13 Abs. 1 GGebV), ist zu berücksichtigen, dass der Rückzug in einem Zeitpunkt erklärt wurde, in dem seitens des Gerichts noch keine inhaltliche Auseinandersetzung mit der Beschwerde bzw. materielle Prüfung der darin erhobenen Rügen erfolgt ist, was zu einer erheblichen Reduktion der Gerichtsgebühr führt (§ 10 Abs. 1 GGebV analog).

b) Da die Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege nicht von der Pflicht zur Leistung einer Prozessentschädigung an die Gegenpartei befreit (vgl. § 85 ZPO; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 2 zu § 84 ZPO, N 1 zu § 85 ZPO und N 14b zu § 68 ZPO), ist der (für kostenpflichtig erklärte) Beschwerdeführer ausserdem zu verpflichten, der unentgeltlichen Rechtsvertreterin der Beschwerdegegnerin (vgl. § 89 Abs. 1 ZPO) für die (auch ohne Beantwortung der Beschwerde) durch das Kassationsverfahren verursachten Kosten und Umtriebe eine Prozessentschädigung auszurichten (§ 68 Abs. 1 ZPO), welche im Rahmen der §§ 3 ff. AnwGebV (insbes. § 4 Abs. 3 in Verbindung mit § 3 Abs. 4 und 5, § 12 Abs. 1 AnwGebV) sowie unter Berücksichtigung der von der klägerischen Rechtsanwältin eingereichten Honorarnote (KG act. 16) nach Ermessen festzusetzen ist (§ 69 ZPO; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 2 zu § 69 ZPO [und N 13 zu § 68 ZPO]). Im Falle der Uneinbringlichkeit wäre diese Entschädigung aus der Gerichtskasse zu leisten (§ 89 Abs. 2 ZPO), und der Anspruch ginge auf die Gerichtskasse über (§ 89 Abs. 3 ZPO).

c) Schliesslich ist der unentgeltlichen Rechtsvertreterin des Beschwerdeführers für ihre Bemühungen und Auslagen im vorliegenden Kassationsverfahren eine nach denselben Vorschriften (der AnwGebV) zu bemessende Entschädigung aus der Gerichtskasse auszurichten (§ 89 Abs. 2 ZPO sowie § 16 AnwGebV; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 9 zu § 89 ZPO).

5. Zwar handelt es sich bei der vorliegenden (Abschreibungs-)Verfügung, die das (Eheschutz-)Verfahren als Ganzes abschliesst, um einen Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG (BGE 133 III 395 f., Erw. 4). Sie stellt jedoch keinen (kantonal) letztinstanzlichen Entscheid im Sinne von Art. 75 bzw. Art. 113 BGG dar, wäre gegen sie doch zunächst Einsprache nach § 122 Abs. 4 GVG zu erheben (ZR 95 Nr. 9; Hauser/Schweri, a.a.O., N 9 zu § 122 GVG; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., Anh. II, N 2 zu § 122 GVG). Folglich steht gegen die vorliegende Verfügung weder die (ordentliche) Beschwerde in Zivilsachen gemäss Art. 72 ff. BGG (insbes. Art. 72 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 74 Abs. 1 lit. b sowie Art. 51 Abs. 1 lit. a und Abs. 4 BGG; vgl. BGE 133 III 395, Erw. 2) noch die subsidiäre Verfassungsbeschwerde nach Art. 113 ff. BGG offen.

Indessen beginnt gemäss Art. 100 Abs. 6 BGG mit der Zustellung des Entscheids des Kassationsgerichts (als ausserordentlicher Rechtsmittelinstanz) grundsätzlich die dreissigtägige Frist zur Anfechtung des obergerichtlichen Rekursentscheids beim Bundesgericht (neu) zu laufen (s.a. KG act. 2 S. 25, Disp.-Ziff. 9 Abs. 2 a.E.). Dabei ist jedoch zu beachten, dass nach höchstrichterlicher Praxis eine direkter Weiterzug von Entscheiden des zürcherischen Obergerichts betreffend Eheschutzmassnahmen an das Bundesgericht nicht oder jedenfalls nur in Ausnahmefällen möglich ist, da es derartigen Entscheiden angesichts der bloss beschränkten bundesgerichtlichen Kognition (Art. 98 BGG), welche kaum weitergehe als diejenige des Kassationsgerichts nach § 281 Ziff. 1-3 ZPO, regelmässig am Erfordernis der Letztinstanzlichkeit (Art. 75 Abs. 1 bzw. Art. 113 BGG) fehle (vgl. BGE 133 III 585 ff.; BGer 5A_117/2007 vom 11.10.2007, Erw. 3.2). Zudem könnten im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Art. 100 Abs. 6 BGG allenfalls Zweifel aufkommen, ob diese Vorschrift auch dann Anwendung findet, wenn das ausserordentliche Rechtsmittel zurückgezogen wird (vgl. dazu BGer 4A_216/2008 vom 20.8.2008, Erw. 1.2; ferner auch BGE 134 III 92 ff., Erw. 1.2 und 1.4; Rüetschi, Wann gilt Art. 100 Abs. 6 BGG?, AnwRev 2008, S. 158 ff.; Jent-Sørensen/Reiser, Kantonal-zürcherische Nichtigkeitsbeschwerde und Beschwerde in Zivilsachen ans Bundesgericht, SJZ 2008, S. 367/368). Darüber hätte gegebenenfalls das Bundesgericht zu entscheiden.

Der Präsident verfügt:

1. Das Kassationsverfahren wird als durch Rückzug der Beschwerde erledigt abgeschlossen.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 600.--.
3. Die Gerichtsgebühr wird dem Beschwerdeführer auferlegt, zufolge der ihm gewährten unentgeltlichen Prozessführung aber einstweilen auf die Gerichtskasse genommen.
Die Nachzahlungspflicht gemäss § 92 ZPO bleibt vorbehalten.
4. Der Beschwerdeführer wird verpflichtet, der unentgeltlichen Rechtsvertreterin der Beschwerdegegnerin, Rechtsanwältin lic. iur. _____, für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von insgesamt Fr. 490.55 (Fr. 455.90 zuzüglich 7,6% Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
Im Falle der Uneinbringlichkeit würde Rechtsanwältin lic. iur. _____ die Entschädigung aus der Gerichtskasse entrichtet.
5. Die unentgeltliche Rechtsvertreterin des Beschwerdeführers, Fürsprecherin _____, wird für ihre Bemühungen und Auslagen im Kassationsverfahren mit insgesamt Fr. 1'183.60 (Fr. 1'100.-- zuzüglich 7,6% Mehrwertsteuer) aus der Gerichtskasse entschädigt.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich und den Einzelrichter am Bezirksgericht Zürich, 5. Abteilung (Proz.-Nr. EE060626), je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär: