



Kass.-Nr. AA080194/U/mum

Mitwirkende: der Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, die Kassationsrichterin Sylvia Frei, die Kassationsrichter Reinhard Oertli, Matthias Brunner und Georg Naegeli sowie der juristische Sekretär Jürg-Christian Hürlimann

Zirkulationsbeschluss vom 13. Februar 2009

in Sachen

W,

...,

Kläger, Appellant und Beschwerdeführer

gegen

E,

...,

Beklagte, Appellatin und Beschwerdegegnerin
vertreten durch Rechtsanwältin ...

betreffend

Abänderung des Unterhaltsvertrages

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der II. Zivilkammer des
Obergerichts des Kantons Zürich vom 24. November 2008 (NC080015/U)**

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

1. Der Kläger (Beschwerdeführer) ist der Vater der 2002 geborenen Beklagten (Beschwerdegegnerin). Am 16. August 2004 schlossen der Kläger und die Mutter der Beklagten eine Vereinbarung über gemeinsame elterliche Sorge, in deren Ziffer 2 der Unterhalt geregelt wurde. Der Kläger verpflichtete sich, für die Beklagte monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 1'200.-- zuzüglich allfälliger Kinderzulagen zu bezahlen, zahlbar ab Geburt der Beklagten bis zu deren Mündigkeit bzw., sollte sie bis dahin noch keine angemessene Ausbildung abgeschlossen haben, bis zu deren Abschluss. Dieser Unterhaltsbeitrag soll jährlich entsprechend der Veränderung des Landesindexes der Konsumentenpreise angepasst werden (BG act. 3/1, Anhang Ziffern 2/1 und 2/2). Die Vormundschaftsbehörde der Stadt Zürich genehmigte diese Vereinbarung mit Beschluss vom 30. September 2004 (BG act. 3/1).

Mit Eingabe vom 8. November 2007 an das Bezirksgericht Zürich erhob der Kläger Klage auf Abänderung (Reduktion) des Unterhaltsbeitrags (BG act. 1). Anlässlich der Hauptverhandlung vom 26. Juni 2008 schlossen die Parteien eine Vereinbarung, wonach der monatlich vom Kläger zu bezahlende Unterhaltsbeitrag rückwirkend per 1. Dezember 2007 auf Fr. 600.-- zuzüglich allfälliger Kinderzulagen festgesetzt wurde. Weiter wurde die Indexklausel der ursprünglichen Vereinbarung neu formuliert (BG act. 26; BG Prot. S. 27). Mit Urteil vom 7. Juli 2008 genehmigte die Einzelrichterin der 4. Abteilung des Bezirksgerichts Zürich diese Vereinbarung (BG act. 32 = OG act. 41). Gegen dieses Urteil erhob der Kläger Berufung beim Obergericht (OG act. 42).

Das Obergericht (II. Zivilkammer) hielt die Berufung für aussichtslos im Sinne von § 84 Abs. 1 ZPO und entzog dem Kläger für das Berufungsverfahren die seinerzeit von der Einzelrichterin genehmigte unentgeltliche Prozessführung und Vertretung (Beschluss vom 16. Oktober 2008, OG act. 44 Dispositiv Ziffer 2). Der Kläger zog mit Eingabe vom 10. November 2008 die Berufung zurück (OG act. 49).

Mit Beschluss vom 24. November 2008 schrieb das Obergericht das Verfahren als durch Rückzug der Berufung erledigt ab. Es setzte die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren auf Fr. 2'850.-- fest und auferlegte die Kosten dem Kläger. Weiter verpflichtete es den Kläger, der Rechtsvertreterin der Beklagten eine Prozessentschädigung von Fr. 266.-- zu bezahlen (OG act. 52 = KG act. 2).

2. Der Kläger erhob mit Eingabe vom 24. Dezember 2008 Nichtigkeitsbeschwerde beim Kassationsgericht mit dem Antrag, es sei die Gerichtsgebühr des Berufungsverfahrens auf Fr. 285.-- zu reduzieren sowie Dispositiv Ziffer 4 des obergerichtlichen Beschlusses vom 24. November 2008, die Verpflichtung zur Leistung einer Prozessentschädigung an die Rechtsvertreterin der Beklagten, als nichtig zu erklären (KG act. 1).

Das Kassationsgericht zog die vorinstanzlichen Akten bei. Eine Beschwerdeantwort der Beklagten und eine Vernehmlassung des Obergerichts wurden nicht eingeholt.

3. Die Festsetzung der Gerichtsgebühr ist eine Verwaltungssache. Sie unterliegt nicht der Nichtigkeitsbeschwerde, sondern der Kostenbeschwerde nach § 206 GVG (Diether von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. Aufl., Zürich 1986, S.28 unten). Die Kostenbeschwerde kann entsprechend § 108 ff. GVG geführt werden. Zuständig zum Entscheid ist die Aufsichtsbehörde (§ 108 Abs. 1 GVG). Aufsichtsbehörde über die Kammern des Obergerichts ist nicht das Kassationsgericht, sondern das Gesamtobergericht (§ 8 Abs. 1 lit. d der Verordnung des Obergerichts über die Organisation des Obergerichts vom 22. Juni 2005, LS 212.51).

Soweit sich die vorliegende Nichtigkeitsbeschwerde gegen die Festsetzung der Gerichtsgebühr im angefochtenen Entscheid richtet, ist auf sie wegen fehlender sachlicher Zuständigkeit des Kassationsgericht nicht einzutreten. Da eine Aufsichtsbeschwerde und damit auch eine Kostenbeschwerde nach § 206 GVG innert zehn Tagen seit der Mitteilung des anzufechtenden Entscheids zu erheben ist (§ 109 Abs. 1 GVG), der Beschluss des Obergerichts vom 24. November 2008 dem Kläger am 2. Dezember 2008 zugestellt wurde (OG act. 54/1) und die vorlie-

gende Nichtigkeitsbeschwerde am 24. Dezember 2008 und damit mehr als zehn Tage später erhoben wurde, erübrigt sich die Weiterleitung der Nichtigkeitsbeschwerde als Kostenbeschwerde an das Obergericht im Sinne von § 194 Abs. 2 GVG).

4. Da das obergerichtliche Verfahren wegen Rückzugs der Berufung durch den Kläger abgeschlossen wurde, ist dieser die unterlegene Partei und für das Berufungsverfahren kosten- und entschädigungspflichtig (§ 64 Abs. 2 ZPO, § 68 Abs. 1 ZPO). Die vom Kläger in der Nichtigkeitsbeschwerde geltend gemachte schlechte finanzielle Situation (KG act. 1) entbindet ihn nicht von der Pflicht, die Beklagte bzw. deren unentgeltliche Rechtsvertreterin (im Sinne von § 89 Abs. 1 ZPO) für deren Kosten und Umtriebe im Berufungsverfahren zu entschädigen.

Die Kosten- und Entschädigungsregeln der Zivilprozessordnung (§§ 64 ff. ZPO) stellen materielles Recht dar (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen ZPO, 3. Auflage, Zürich 1997, N 16 zu § 64 und N 47a zu § 281; vgl. schon Guldener, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivilsachen nach Zürcherischem Recht, Zürich 1942, S. 144). Bei der Beurteilung von Entscheidungen über die Kosten- und Entschädigungsfolgen steht der Kassationsinstanz daher nach § 281 Ziff. 3 ZPO lediglich eine auf die Verletzung klaren Rechts beschränkte Überprüfungs-befugnis zu (von Rechenberg, a.a.O., S. 28).

Die Rechtsvertreterin der Beklagten reichte dem Obergericht am 17. November 2008 eine Honorarnote für ihre Bemühungen ab dem 10. Juli 2008, also nach Empfang des ursprünglich unbegründeten erstinstanzlichen Entscheids vom 7. Juli 2008, ein (OG act. 50 und 51/2). Diese belief sich auf Fr. 687.15 (Arbeitsaufwand 3.10 Stunden à Fr. 200.--, Spesen Fr. 18.60 sowie Mehrwertsteuer). Das Obergericht setzte die Prozessentschädigung ohne nähere Begründung auf Fr. 266.-- (inklusive Mehrwertsteuer) fest (KG act. 2, Dispositiv Ziffer 4) und sprach somit der Rechtsvertreterin der Beklagten nur einen Bruchteil der verlangten Entschädigung zu. Es berücksichtigte also, dass die Rechtsvertreterin der Beklagten die Berufung des Klägers nicht zu beantworten hatte und deshalb ihr vom Kläger verursachter und zu entschädigender Aufwand im Berufungsverfahren relativ klein war. Eine Verletzung klaren Rechts zum Nachteil des Klägers ist bei der Bemes-

sung dieser Prozessentschädigung nicht ersichtlich und wird insbesondere vom Kläger nicht aufgezeigt. Diesbezüglich ist die Beschwerde abzuweisen.

5. Ausgangsgemäss sind die Kosten des Kassationsverfahrens dem Kläger (Beschwerdeführer) aufzuerlegen (§ 64 Abs. 2 ZPO). Das Gesuch des Beschwerdeführers um unentgeltliche Prozessführung (KG act. 1 unten) ist abzuweisen, da die Voraussetzung, dass das Kassationsverfahren nicht als aussichtslos erscheint (§ 84 Abs. 1 ZPO) offensichtlich nicht erfüllt ist.

Mangels erheblicher Umtriebe ist der Rechtsvertreterin der Beklagten für das Kassationsverfahren keine Prozessentschädigung zuzusprechen.

Das Gericht beschliesst:

1. Das Gesuch des Beschwerdeführers um Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung für das Kassationsverfahren wird abgewiesen.
2. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann.
3. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 300.--.
4. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden dem Beschwerdeführer auferlegt.
5. Der Beschwerdegegnerin und ihrer Rechtsvertreterin werden für das Kassationsverfahren keine Prozessentschädigungen zugesprochen.
6. Gegen diesen Entscheid kann unter den Voraussetzungen von Art. 90 ff. BGG innert 30 Tagen nach dessen Empfang schriftlich durch eine Art. 42 BGG entsprechende Eingabe subsidiäre Verfassungsbeschwerde gemäss Art. 113 ff. BGG an das Schweizerische Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, erhoben werden. Ferner ist nach Massgabe von Art. 74 Abs. 2 lit. a BGG (Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung) allenfalls die ordentliche Beschwerde gemäss Art. 72 ff. BGG an das Bundesgericht zuläs-

sig. Werden beide Beschwerden erhoben, sind sie in der gleichen Rechtschrift einzureichen (Art. 119 Abs. 1 BGG). Der Streitwert beträgt 2'831.--.

Hinsichtlich des Fristenlaufes gelten die Art. 44 ff. BGG.

7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich und die Einzelrichterin an der 4. Abteilung des Bezirksgerichts Zürich, je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär: