

Kass.-Nr. AA060041/U-Verfg./br

17. Oktober 2006

Der Präsident
des Kassationsgerichtes des Kantons Zürich
(Moritz Kuhn)

hat

in Sachen

1. X.,
Gesuchsteller, Rekurrent und Beschwerdeführer
2. Y.,
vertreten durch den Vater X.,
Beschwerdeführer

1 und 2 vertreten durch Rechtsanwältin _____

gegen

Z.,
Gesuchstellerin, Rekursgegnerin und Beschwerdegegnerin
vertreten durch Rechtsanwältin _____

betreffend **Prozessbeistand des Kindes**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der I. Zivilkammer des
Obergerichtes des Kantons Zürich vom 2. März 2006 (LQ060024/U)**

in Erwägung gezogen:

1.a) Mit Eingabe vom 15. September 2005 reichte der Gesuchsteller, Rekurrent und Beschwerdeführer 1 (im Folgenden Beschwerdeführer 1) beim Bezirks-

gericht Q. ein gemeinsames Scheidungsbegehren mit Teileinigung im Sinne von Art. 112 ZGB ein (ER act. 1 und 4). Im Rahmen des damit anhängig gemachten Verfahrens stellte er anlässlich der Hauptverhandlung vom 20. Dezember 2005 (unter anderem) den prozessualen Antrag, für den am 3. April 2000 geborenen gemeinsamen Sohn Y. (nachfolgend Beschwerdeführer 2) gestützt auf Art. 146 ZGB eine Prozessbeistandschaft anzuordnen (ER act. 11 S. 1, Antrag 6; s.a. ER act. 16). Mit Verfügung vom 9. Februar 2006 wies der Einzelrichter im ordentlichen Verfahren des Bezirkes Q. (Erstinstanz) dieses Begehren ab (ER act. 18 = OG act. 3 = KG act. 3). Dagegen erhob der Beschwerdeführer 1 (im eigenen Namen und als gesetzlicher Vertreter des Beschwerdeführers 2) unter dem 23. Februar 2006 Rekurs (OG act. 2), den er mit Eingabe vom 27. Februar 2006 ergänzend begründete (OG act. 6). (Daneben führte er gegen die bezirksgerichtliche Verweigerung der Anordnung einer Kindesvertretung offenbar auch kantonale Nichtigkeitsbeschwerde bei der III. Zivilkammer des Obergerichts [vgl. KG act. 13 S. 2, Ziff. 1], über deren Ausgang die Akten keine Auskunft geben.) Am 2. März 2006 beschloss die I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich (Vorinstanz) ohne vorgängige Weiterungen im Sinne von § 277 ZPO, mangels Rekursfähigkeit der erstinstanzlichen Verfügung unter Kostenfolgen zu Lasten des Beschwerdeführers 1 auf den Rekurs nicht einzutreten (OG act. 8 = KG act. 2).

b) Gegen diesen den Parteien am 3. März 2006 zugestellten (OG act. 9/1-2), als Rekursentscheid im Sinne von § 281 ZPO ohne weiteres beschwerdefähigen (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich 1997, N 9 f. und 26 zu § 281 ZPO) vorinstanzlichen (Nichteintretens-) Beschluss erhob der Beschwerdeführer 1 innert gebotener Frist (vgl. § 287 ZPO) im eigenen sowie ("als gesetzlicher Vertreter des Kindes") im Namen des Beschwerdeführers 2 (vgl. KG act. 1 S. 1) die vorliegende kantonale Nichtigkeitsbeschwerde vom 31. März 2006 (KG act. 1) mit dem Antrag, die Dispositiv-Ziffern 1-3 des angefochtenen Entscheids (betreffend Nichteintreten und Kostenfolgen) aufzuheben und für den Beschwerdeführer 2 eine Kindesvertretung gemäss Art. 146 ZGB anzuordnen; eventualiter sei die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen (KG act. 1 S. 2, Anträge 1-3). Ein Weiterzug des vorin-

stanzlichen Rekursentscheids an das Bundesgericht ist – soweit ersichtlich – nicht erfolgt.

Mit Präsidialverfügung vom 3. April 2006 wurden die vorinstanzlichen Akten beigezogen (KG act. 5; s.a. KG act. 4 und 8). Eine Kautio war den Beschwerdeführern in Anbetracht von § 78 Ziff. 1 ZPO, welche Vorschrift sich unter Berücksichtigung der Marginalien der Art. 111 ff. ZGB auf beide Unterarten der Scheidung auf gemeinsames Begehren (mit umfassender Einigung oder mit Teileinigung) beziehen muss, nicht aufzuerlegen (W. Meyer, Säumnisfolgen und Kostenfragen, in: Bräm [Hrsg.], Anpassung des Zürcher Prozessrechts im Personen- und Familienrecht, Zürich 2001, S. 50; s.a. Frank, Ergänzungsband zu Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., Zürich 2000, N 9 zu § 78 ZPO; ZR 105 Nr. 28; 82 Nr. 21; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 5 zu § 78 ZPO; ferner auch Art. 147 Abs. 3 ZGB, § 64 Abs. 4 ZPO und § 68a Abs. 1 ZPO; W. Meyer, a.a.O., S. 51; Frank, a.a.O., N 216 vor §§ 195 ff. ZPO [mit Bezug auf den Beschwerdeführer 2]).

Währenddem die Vorinstanz ausdrücklich auf Vernehmlassung zur Beschwerde verzichtet hat (KG act. 9), liess die Gesuchstellerin, Rekursgegnerin und Beschwerdegegnerin (im Folgenden Beschwerdegegnerin) in ihrer fristwahrend erstatteten (vgl. KG act. 5, 6/2 und §§ 191-193 GVG) Beschwerdeantwort vom 8. Mai 2006, zu welcher die Beschwerdeführer unter dem 19. Mai 2006 innert hierfür angesetzter Frist Stellung nahmen (KG act. 13), auf vollumfängliche Abweisung der Beschwerde schliessen (KG act. 10, insbes. S. 2).

2. Mit Eingabe vom 4. Oktober 2006 zog die Rechtsvertreterin des Beschwerdeführers 1 die Beschwerde namens und im Auftrag desselben zurück (KG act. 20). Die betreffende Erklärung ist trotz des offensichtlichen Versehens bezüglich der Datierung der Nichtigkeitsbeschwerde in der Rückzugserklärung – die Beschwerdeschrift datiert nicht vom 19. Mai 2006, sondern vom 31. März 2006 (vgl. KG act. 1) – 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 Präsidialverfügung erfolgen kann (s.a. Hauser/Schweri, Kommentar zum zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz, Zürich 2002, N 8 zu § 122 GVG).

3. Da der die Beschwerde zurückziehende Nichtigkeitskläger als (im Kassationsverfahren) unterliegende Partei zu betrachten ist, wird er gemäss der auch im Rechtsmittelverfahren geltenden allgemeinen Regel von § 64 Abs. 2 ZPO grundsätzlich kostenpflichtig (ZR 87 Nr. 37; s.a. Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 18 zu § 64 ZPO). In Anbetracht von Art. 147 Abs. 3 ZGB und § 64 Abs. 4 ZPO sowie § 68a Abs. 1 ZPO, wonach dem Kind im Scheidungsprozess der Eltern (einschliesslich allfälliger Rechtsmittelverfahren) keine Kosten auferlegt werden dürfen und das Kind nicht zur Bezahlung einer Prozessentschädigung verpflichtet werden darf, fällt eine anteilmässige Kostenaufgabe zu Lasten des Beschwerdeführers 2, in dessen Namen die Beschwerde ebenfalls erhoben wurde (vgl. KG act. 1 S. 1), jedoch ausser Betracht. Die Kosten des Kassationsverfahrens sind daher vollumfänglich dem Beschwerdeführer 1 aufzuerlegen (vgl. dazu auch W. Meyer, a.a.O., S. 51 f.).

Bei der Bemessung der Gerichtsgebühr, welche sich grundsätzlich nach § 4 Abs. 1 GGebV richtet, ist neben § 9 Abs. 2 GGebV zu berücksichtigen, dass der Rückzug erst in einem Zeitpunkt erklärt wurde, in dem bereits ein ausformulierter Antrag für den Erledigungsbeschluss zirkulierte und demnach seitens des Gerichts bereits eine inhaltliche Auseinandersetzung mit der Beschwerde bzw. materielle Prüfung der darin erhobenen Rügen stattfand, womit sich unter dem Aspekt von § 5 Abs. 1 GGebV (analog) nur eine geringfügige Reduktion der Gerichtsgebühr rechtfertigt (vgl. ZR 57 Nr. 69; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 18 zu § 64 ZPO).

Da die (in Anwendung von § 87 ZPO unentgeltlich vertretene; vgl. ER act. 15) Beschwerdegegnerin auf entsprechende Fristansetzung (s. KG act. 5) und somit auf begründeten Anlass hin eine Beschwerdeantwort einreichen liess (KG act. 10), ist der Beschwerdeführer 1 zudem zu verpflichten, der unentgeltlichen Rechtsvertreterin der Beschwerdegegnerin (vgl. § 89 Abs. 1 ZPO) eine Prozessentschädigung auszurichten (§ 68 Abs. 1 ZPO; s.a. ZR 87 Nr. 37; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 7 zu § 69 ZPO), deren Höhe im Rahmen der §§ 2 ff. AnwGebV (insbes. § 3 Abs. 1 und § 7 Abs. 1 AnwGebV) nach Ermessen festzusetzen ist (§ 69 ZPO und § 15 Abs. 1 AnwGebV; 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).

Der Präsident verfügt:

1. Das Kassationsverfahren wird als durch Rückzug der Nichtigkeitsbeschwerde erledigt abgeschlossen.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf:
Fr. 500.-- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 275.-- Schreibgebühren,
Fr. 247.-- Zustellgebühren und Porti.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden dem Beschwerdeführer 1 auferlegt.
4. Der Beschwerdeführer 1 wird verpflichtet, der unentgeltlichen Rechtsvertreterin der Beschwerdegegnerin, Rechtsanwältin _____, für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 600.-- (Mehrwertsteuer inbegriffen) zu bezahlen.

Im Falle der Uneinbringlichkeit würde Rechtsanwältin _____ die Entschädigung aus der Gerichtskasse entrichtet.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich und den Einzelrichter im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Q. (ad FE050348), je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär:

(Markus Nietlispach)