



Kass.-Nr. AA080042/U/mb

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Bernhard Gehrig, die Kassationsrichterin Sylvia Frei, die Kassationsrichter Matthias Brunner und Georg Nägeli sowie der juristische Sekretär Markus Nietlispach

Zirkulationsbeschluss vom 10. April 2008

in Sachen

X.,

Gesuchstellerin, Appellatin, Anschlussappellantin und Beschwerdeführerin
vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. _____

gegen

Y.,

Gesuchsteller, Appellant, Anschlussappellat und Beschwerdegegner
vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. _____

betreffend

Ehescheidung (Entschädigungsfolgen)

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der I. Zivilkammer des
Obergerichts des Kantons Zürich vom 29. Februar 2008 (LC070046/U)**

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

1.a) Mit Urteil des Einzelrichters in Familiensachen am Bezirksgericht Q. vom 22. Februar 2007 wurde die Ehe der Parteien gestützt auf deren am 11. April 2005 gestelltes gemeinsames Scheidungsbegehren im Sinne von Art. 112 ZGB (vgl. ER act. 1 und 2) unter gerichtlicher Regelung der Nebenfolgen (Zuteilung der elterlichen Sorge über die beiden minderjährigen Kinder, Besuchsrecht, Aufrechterhaltung und Modifizierung der bereits früher angeordneten Kinderbeistandschaft nach Art. 308 Abs. 1 und 2 ZGB, Festsetzung der Kinder- und nachehelichen Unterhaltsbeiträge, Übertragung der ehelichen Liegenschaft sowie Festsetzung von güter- und vorsorgerechtlichen Ausgleichszahlungen) geschieden; zugleich wurde das Begehren des Beschwerdegegners (Gesuchsteller, Appellant und Anschlussappellat) um Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses abgewiesen und diesem die unentgeltliche Prozessführung und Rechtsvertretung bewilligt (ER act. 102 = OG act. 114).

b) Gegen die erstinstanzliche Festsetzung der nachehelichen Unterhaltsbeiträge für die Beschwerdeführerin (Gesuchstellerin, Appellatin und Anschlussappellantin) sowie die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen liess der Beschwerdegegner unter dem 13. Juni 2007 rechtzeitig kantonale Berufung erklären (OG act. 115), die er mit Rechtsschrift vom 1. Oktober 2007 begründete (OG act. 119). Anlässlich ihrer Berufungsantwort vom 5. November 2007 erhob die Beschwerdeführerin Anschlussberufung; zudem ersuchte sie für das Berufungsverfahren um Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung und um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters (OG act. 123; s.a. OG act. 121). Nachdem der Beschwerdegegner die Anschlussberufung mit Eingabe vom 10. Januar 2008 beantwortet hatte (OG act. 128), beschloss die I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich (Vorinstanz) am 30. Januar 2008 unter gleichzeitiger Vormerknahme der Rechtskraft der unangefochten gebliebenen erstinstanzlichen Anordnungen, dem Beschwerdegegner die unentgeltliche Rechtspflege für das zweitinstanzliche Verfahren zu entziehen; ferner bewilligte sie der Beschwerdeführerin für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Prozessführung, und sie bestellte ihr in der Person ihres anwaltlichen Vertreters einen unentgeltlichen

Rechtsbeistand (OG act. 131). Alsdann zog der Beschwerdegegner die Berufung mit Eingabe vom 21. Februar 2008 zurück (OG act. 138). In der Folge schrieb die Vorinstanz das Verfahren mit Beschluss vom 29. Februar 2008 als durch Rückzug der Berufung erledigt ab. Dabei verpflichtete sie den Beschwerdegegner, welchem sie auch die Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens auferlegte, dem unentgeltlichen Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin für das Berufungsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 2'500.-- zuzüglich Fr. 190.-- (7,6% Mehrwertsteuer) zu bezahlen (OG act. 141 = KG act. 2).

c) Gegen diesen als Berufungs(end)entscheid ohne weiteres beschwerdefähigen (vgl. § 281 ZPO und Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich 1997, N 9 zu § 281 ZPO; von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. A., Zürich 1986, S. 4; Spühler/Vock, Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund, Zürich 1999, S. 62) vorinstanzlichen Beschluss richtet sich die vorliegende, fristwährend eingereichte (vgl. § 287 ZPO) Nichtigkeitsbeschwerde vom 10. März 2008 (KG act. 1), von deren Eingang den Parteien und der Vorinstanz mit Schreiben vom 11. März 2008 Kenntnis gegeben wurde (KG act. 5). Damit verlangt die Beschwerdeführerin in der Sache selbst, Dispositiv-Ziffer 4 des angefochtenen Entscheids (betreffend Prozessentschädigung) aufzuheben und ihr eine Prozessentschädigung von Fr. 4'213.70 zuzüglich Mehrwertsteuer zuzusprechen (KG act. 1 S. 2, Antrag 1).

d) Wie die nachstehenden Erwägungen (insbes. Erw. 3) zeigen, erweist sich die Beschwerde sofort als unzulässig. Deshalb kann – nach bereits erfolgtem Beizug der vorinstanzlichen Akten (s.a. KG act. 4 und 6) – von Weiterungen im Sinne von § 289 ZPO abgesehen, d.h. darauf verzichtet werden, dem Beschwerdegegner Gelegenheit zur Beantwortung der Beschwerde und der Vorinstanz zur Vernehmlassung zu geben (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 2 zu § 289 ZPO). Auch ist der Beschwerdeführerin für das Kassationsverfahren keine Kautionsaufzuerlegen (vgl. § 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

und auch im Rechtsmittelverfahren gilt: Meyer, Säumnisfolgen und Kostenfragen, in: Bräm [Hrsg.], Anpassung des Zürcher Prozessrechts im Personen- und Familienrecht, Zürich 2001, S. 50; Kass.-Nr. AA060042 vom 6.11.2006 i.S. L. und L.c.L., Erw. I/2; AA070028 vom 3.4.2007 i.S. l.c.l., Erw. 1/d; s.a. ZR 105 Nr. 28; 82 Nr. 21; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 5 zu § 78 ZPO).

2. Die Beschwerdeführerin, der vor Vorinstanz das prozessuale Armenrecht gewährt wurde, ersucht auch für das Kassationsverfahren um Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung und um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistands (KG act. 1 S. 2, Antrag 2).

Zwar gilt eine einmal erteilte Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege grundsätzlich nicht nur für die angerufene Instanz, sondern auch für allfällige (kantonale) Rechtsmittelverfahren, ohne dass es hierfür eines besonderen Antrags bedürfte. Die Rechtsmittelinstanz kann für ihr Verfahren jedoch einen selbständigen Entscheid treffen (§ 90 Abs. 2 ZPO; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 3 zu § 90 ZPO). Insbesondere kann die Bewilligung des prozessualen Armenrechts zurückgezogen werden, wenn dessen Voraussetzungen im Laufe des Prozesses dahinfallen (§ 91 ZPO). Dazu besteht in casu Anlass, nachdem die vorliegende Beschwerde aus den nachstehend darzulegenden Gründen als von Anfang an aussichtslos (vgl. RB 1997 Nr. 76) im Sinne von § 84 Abs. 1 ZPO bzw. Art. 29 Abs. 3 BV zu betrachten ist (vgl. dazu BGE 128 I 236; 125 II 275 m.w.Hinw.; ZR 101 Nr. 14, Erw. 3; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 21a zu § 84 ZPO). Damit fehlt es mit Bezug auf das Kassationsverfahren nämlich an genügenden Erfolgsaussichten der Beschwerde und mithin an einer der beiden (kumulativen) Grundvoraussetzungen für die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege. Deshalb ist der Beschwerdeführerin für das Kassationsverfahren die unentgeltliche Prozessführung und die unentgeltliche Rechtsverteidigung zu entziehen (s.a. ZR 98 Nr. 12; 97 Nr. 28; Frank, Ergänzungsband zu Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., Zürich 2000, N 6 zu § 91 ZPO).

3. Die vorliegende Beschwerde wird (unmissverständlich) im Namen der vor Vorinstanz unentgeltlich vertretenen *Beschwerdeführerin* erhoben (vgl. KG act. 1

S. 1), und es wird beantragt, *dieser* (für das Berufungsverfahren) eine höhere Prozessentschädigung zuzusprechen (KG act. 1 S. 2, Antrag 1).

a) Gemäss § 89 Abs. 1 ZPO wird die Prozessentschädigung bei Obsiegen der unentgeltlich vertretenen Partei (in Abweichung zu § 68 Abs. 1 ZPO) nicht der Partei selbst, sondern (direkt) ihrem Rechtsvertreter zugesprochen. Gläubiger der gerichtlich zugesprochenen Prozessentschädigung ist in diesen Fällen mithin nicht die (obsiegende) Partei, sondern ihr unentgeltlicher Rechtsvertreter. Entsprechend dieser Vorschrift ist die Vorinstanz in casu denn auch vorgegangen (vgl. KG act. 2 S. 3, Disp.-Ziff. 4). Sollte im Antrag der (im Berufungsverfahren als obsiegende Partei zu betrachtenden) Beschwerdeführerin, es sei *ihr* (selbst) eine höhere Prozessentschädigung zuzusprechen, sinngemäss die Rüge enthalten sein, die Prozessentschädigung sei zu Unrecht ihrem unentgeltlichen Rechtsvertreter (statt ihr persönlich) zugesprochen worden (wofür sich der Beschwerdebeurteilung allerdings keine Anhaltspunkte entnehmen lassen), wäre diese daher offensichtlich unbegründet.

b) Mit Bezug auf die (in der Beschwerdeschrift explizit beanstandete) *Entschädigungshöhe* gilt Folgendes: Zwar handelt es sich bei Zusprechung einer Prozessentschädigung nach § 89 Abs. 1 ZPO – im Unterschied zur Festsetzung des Honorars des unentgeltlichen Rechtsvertreters gemäss § 89 Abs. 2 ZPO – nicht um einen (als solcher nicht beschwerdefähigen) Akt der Justizverwaltung, sondern um einen Akt der Rechtsprechung. Dementsprechend ist dagegen die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde grundsätzlich zulässig (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 7 zu § 89 ZPO; Weber, Die Prozessentschädigung mit besonderem Bezug auf ihre Ausgestaltung im zürcherischen Zivilprozess, Diss. Zürich 1990, S. 81 f.). Indessen betrifft die Festsetzung der Höhe der Prozessentschädigung zugunsten des unentgeltlichen Rechtsbeistands nach § 89 Abs. 1 ZPO (wie auch die Festsetzung der Entschädigung nach § 89 Abs. 2 ZPO) nicht (bzw. zumindest nicht direkt) die Rechtsstellung der unentgeltlich vertretenen Partei selbst (vgl. immerhin § 89 Abs. 2 ZPO in Verbindung mit § 92 ZPO), sondern ausschliesslich diejenige des unentgeltlichen Rechtsbeistands (als Gläubiger der Entschädigungsforderung). Dementsprechend ist Letzterer – als Dritter im Sinne von § 283

ZPO in Verbindung mit § 273 ZPO – auch legitimiert, gegen die Festsetzung der ihm zugesprochenen Prozessentschädigung (oder der Entschädigung nach § 89 Abs. 2 ZPO) persönlich, d.h. *im eigenen Namen*, ein Rechtsmittel (und damit – im Falle von § 89 Abs. 1 ZPO – insbesondere auch eine kantonale Nichtigkeitsbeschwerde) zu ergreifen (vgl. Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 1 zu § 89 ZPO und N 2 zu § 273 ZPO; Spühler/Vock, a.a.O., S. 47; Walder-Richli, Zivilprozessrecht, 4. A., Zürich 1996, § 34 Rz 34, Anm. 32; ZR 68 Nr. 124; 94 Nr. 38, Erw. 3/a). Hingegen ist die unentgeltlich vertretene Partei selbst durch eine (behaupteterweise) zu tief festgesetzte Entschädigung (zugunsten ihres Rechtsvertreters) nicht in ihren (eigenen) Rechten betroffen und daher auch nicht beschwert, weshalb es ihr an einem rechtlich geschützten Interesse an der Erhöhung der Prozessentschädigung fehlt (ZR 94 Nr. 38, Erw. 3/a; Walder-Richli, a.a.O., § 34 Rz 34, Anm. 32; s.a. BGer 6B_17/2008 vom 7.3.2008, Erw. 2.2). Anders verhielte es sich lediglich, wenn die Partei Gefahr liefe, von ihrem Rechtsvertreter für einen allfälligen Differenzbetrag (zwischen der zugesprochenen Entschädigung und dessen eigener Kostennote) belangt zu werden, was – nachdem die Einforderung eines über die zugesprochene (volle) Prozessentschädigung hinausgehenden zusätzlichen Honorars durch den Rechtsvertreter unzulässig ist (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 4 zu § 89 ZPO; BGE 108 Ia 11 ff.; 117 Ia 26, Erw. 4/e; 122 I 325/326, Erw. 3/b) – aber gerade nicht zutrifft. Mit Blick auf die in § 92 ZPO statuierte (bedingte) Nachzahlungspflicht der unentgeltlich vertretenen Partei könnte man sich sogar fragen, ob diese nicht im Gegenteil ein Interesse daran habe, dass die ihrem Rechtsvertreter zugesprochene Prozessentschädigung gerade nicht erhöht wird (vgl. ZR 94 Nr. 38, Erw. 3/a).

Hinsichtlich der Anfechtung der Entschädigungshöhe mangelt es der Beschwerdeführerin demnach an der – als Prozess- bzw. Rechtsmittelvoraussetzung von Amtes wegen zu prüfenden – Legitimation zur Beschwerde bzw. an einem rechtlich geschützten Interesse an der Beurteilung ihrer Rügen. Demzufolge ist auf die Beschwerde nicht einzutreten (ZR 84 Nr. 138, Erw. 1; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 21 zu § 51 ZPO und N 4 vor §§ 259 ff. ZPO; Walder-Richli, a.a.O., § 39 Rz 17; Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. A., Zürich

1979, S. 491, 494 und 504; Vogel/Spühler, Grundriss des Zivilprozessrechts, 8. A., Bern 2006, Kap. 13 Rz 49, 55 f. und 58; s.a. § 51 Abs. 2 ZPO).

4. Unter den gegebenen (besonderen) Umständen erscheint es gerechtfertigt, die Kosten des Kassationsverfahrens, die gemäss der am 1. Januar 2008 in Kraft getretenen revidierten Verordnung über die Gerichtsgebühren vom 4. April 2007 (GGebV) in einer sämtliche Kosten umfassenden Gerichtsgebühr bestehen, in Abweichung von der allgemeinen Regel (§ 64 Abs. 2 ZPO) nicht der mit ihrem (Rechtsmittel-)Antrag unterliegenden Beschwerdeführerin (als Prozesspartei), sondern gestützt auf § 66 Abs. 3 ZPO deren Rechtsvertreter aufzuerlegen (welcher nach gefestigter Praxis ebenfalls Dritter im Sinne dieser Bestimmung sein kann; vgl. ZR 101 Nr. 1, Erw. II/3/b m.w.Hinw.; 105 Nr. 7; Kass.-Nr. AA030124 vom 25.12.2003 i.S. W. und N.c.S., Erw. IV/2/c). Denn dieser verfolgt mit der im Namen der Beschwerdeführerin erhobenen und als solche von vornherein aussichtslosen Beschwerde keine Interessen der Beschwerdeführerin (vgl. gegenteils vorstehende Erw. 3/b), sondern *ausschliesslich* seine eigenen (finanziellen) Interessen. Zudem muss er sich den Vorwurf gefallen lassen, die durch die Beschwerdeerhebung entstandenen Kosten des vorliegenden Kassationsverfahrens unnötigerweise (vgl. das Marginale zu § 66 ZPO) und schuldhaft verursacht zu haben, zeigt doch bereits ein Blick in das Standardwerk zur zürcherischen ZPO (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 1 zu § 89 ZPO) und die einschlägige Präjudizienammlung (ZR 94 Nr. 38), dass die unentgeltlich vertretene Partei nicht zur Anfechtung der ihrem Rechtsvertreter zugesprochenen (behaupteterweise zu tief bemessenen) Entschädigung legitimiert ist, und darf von einem sorgfältig bzw. *lege artis* prozessierenden Rechtsanwalt deshalb erwartet werden, dass er um diesen elementaren Grundsatz weiss (vgl. auch ZR 105 Nr. 7 und 101 Nr. 1, Erw. II/3/b [je m.w.Hinw.]; Kass.-Nr. AA030124 vom 25.12.2003 i.S. W. und N.c.S., Erw. IV; RB 1997 Nr. 72; ferner BGer 2D_128/2007 vom 6.12.2007, Erw. 2.2, und BGE 129 IV 207 f. [zu Art. 66 Abs. 3 BGG bzw. Art. 156 Abs. 6 aOG]).

Die Zusprechung einer Prozessentschädigung fällt ausser Betracht, nachdem dem Beschwerdegegner vor Kassationsgericht keine entschädigungspflichtigen Kosten und Umtriebe (im Sinne von § 68 Abs. 1 ZPO) entstanden sind.

5. Beim vorliegenden Beschluss handelt es sich um einen Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG in einer vermögensrechtlichen Zivilsache, deren (Rechtsmittel-)Streitwert bei rund Fr. 1'840.-- (Differenz zwischen zugesprochener und beantragter Prozessentschädigung) und damit weit unter Fr. 30'000.-- liegt (vgl. Art. 51 Abs. 1 lit. a BGG). Folglich ist gegen den kassationsgerichtlichen Erledigungsentscheid die (ordentliche) Beschwerde in Zivilsachen (gemäss Art. 72 ff. BGG) nur unter der Voraussetzung zulässig, dass sich eine (der bundesgerichtlichen Prüfung zugängliche) Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (Art. 74 Abs. 1 lit. b und Abs. 2 lit. a BGG). Andernfalls steht gegen ihn lediglich die subsidiäre Verfassungsbeschwerde im Sinne von Art. 113 ff. BGG offen.

Ob daneben unter den hier gegebenen Umständen (Nichteintreten auf das erhobene ausserordentliche kantonale Rechtsmittel) mit der Zustellung des vorliegenden Entscheids auch die dreissigtägige Frist zur Anfechtung des obergerichtlichen Abschreibungsentscheids beim Bundesgericht (neu) zu laufen beginnt (vgl. Art. 100 Abs. 6 BGG und KG act. 2 S. 3/4, Disp.-Ziff. 6 Abs. 2), ist (höchst) fraglich (vgl. BGE 134 III 94 f., Erw. 1.2 und 1.4) und wäre gegebenenfalls vom Bundesgericht zu entscheiden.

Das Gericht beschliesst:

1. Der Beschwerdeführerin wird für das Kassationsverfahren die unentgeltliche Prozessführung und die unentgeltliche Rechtsvertretung entzogen.
2. Auf die Nichtigkeitsbeschwerde wird nicht eingetreten.
3. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 200.--.
4. Die Gerichtsgebühr wird dem Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin auferlegt.

5. Für das Kassationsverfahren werden 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 zulässig. Werden beide Beschwerden erhoben, sind sie in der gleichen Rechtschrift einzureichen (Art. 119 Abs. 1 BGG). Der Streitwert beträgt rund Fr. 1'840.--.

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

7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich und den Einzelrichter in Familiensachen am Bezirksgericht Q. (ad FE050106), je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär: