



---

Kass.-Nr. AA080081/U/la

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Bernhard Gehrig, Andreas Donatsch, die Kassationsrichterin Yvona Griesser und der Kassationsrichter Reinhard Oertli sowie die juristische Sekretärin Michaela Bürger

## Zirkulationsbeschluss vom 5. Februar 2009

in Sachen

X.,

...

Beklagte, Appellantin und Beschwerdeführerin  
vertreten durch Rechtsanwalt

gegen

Y.,

...

Kläger, Appellat und Beschwerdegegner  
vertreten durch Rechtsanwalt

betreffend

**Abänderung Scheidungsurteil (Entzug unentgeltliche Rechtspflege)**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der I. Zivilkammer des  
Obergerichts des Kantons Zürich vom 16. April 2008 (LC080010/Z02)**

**Das Gericht hat in Erwägung gezogen:**

**I.**

1. Mit Urteil vom 20. Dezember 2007 des Einzelrichters im ordentlichen Verfahren des Bezirkes \_\_\_\_\_ wurde das am 8. Dezember 1997 zwischen den Parteien ergangene Scheidungsurteil (ER act. 2/1) dahingehend abgeändert, als der Sohn A. unter die elterliche Sorge des Klägers gestellt wurde, der Beklagten ein Besuchsrecht zugesprochen wurde und sie überdies verpflichtet wurde, ab 1. Januar 2006 Unterhaltsbeiträge von Fr. 500.– (bis 31. Dezember 2007) bzw. danach Fr. 800.– an den Unterhalt des Sohnes zu bezahlen. Weiter wurde die Pflicht des Klägers zu Bezahlung persönlicher Unterhaltsbeiträge an die Beklagte mit Wirkung ab 1. Juli 2006 aufgehoben (ER act. 47 = OG act. 53 S. 14 f.). Der Beklagten war im Übrigen im erstinstanzlichen Verfahren mit Verfügung des Einzelrichters vom 29. September 2006 die unentgeltliche Prozessführung bewilligt und ihr ein unentgeltlicher Rechtsvertreter bestellt worden (ER act. 15).

2. a) Gegen das Urteil vom 20. Dezember 2007 erhob die Beklagte rechtzeitig Berufung (OG act. 54).

b) Mit Verfügung vom 28. Februar 2008 setzte die Vorinstanz (I. Zivilkammer des Obergerichts) der Beklagten Frist an, um ihre Berufungsanträge zu nennen und in kurzer schriftlicher Form bekannt zu geben, mit welchen Argumenten sie ihre Berufung zu begründen gedenke. Dies, um prüfen zu können, ob reale Aussichten für eine Gutheissung der Berufung vorhanden seien, was wiederum für eine Weitergeltung des erstinstanzlich bewilligten Armenrechtes im Berufungsverfahren Voraussetzung bilde (OG act. 57 S. 3).

c) Die entsprechende Rechtsschrift ging bei der Vorinstanz am 10. April 2008 ein (OG act. 61). In der Folge entzog die Vorinstanz der Beklagten mit Beschluss vom 16. April 2008 für das Berufungsverfahren aufgrund Aussichtslosigkeit die unentgeltliche Prozessführung und die unentgeltliche Verbeiständung hinsichtlich der Prozessthemen elterliche Sorge, Besuchsrecht, grundsätzliche

Unterhaltspflicht gegenüber dem Sohn ab 1. Januar 2006 sowie Überprüfung des nahehelichen Unterhalts mit Wirkung per 1. Juli 2006 (OG act. 64 = KG act. 2).

3. a) Gegen diesen Beschluss richtet sich die vorliegende, vom 14. Mai 2008 datierte, gleichentags zur Post gegebene und damit rechtzeitig (vgl. § 287 ZPO und §§ 191 - 193 GVG) erhobene Nichtigkeitsbeschwerde mit dem Antrag, es sei Dispositivziffer 1 des Beschlusses der I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 16. April 2008 aufzuheben und die Frage des teilweisen Entzuges des Armenrechts an die Vorinstanz zurückzuweisen. Darüber hinaus stellte die Beklagte (fortan Beschwerdeführerin) das Gesuch, es sei ihr auch für das kantonale Beschwerdeverfahren das Armenrecht zu gewähren (KG act. 1 S. 2).

b) Mit Präsidialverfügung vom 15. Mai 2008 wurden die vorinstanzlichen Akten beigezogen (KG act. 4 S. 2). Eine Kautionsleistung war der Beschwerdeführerin nicht aufzuerlegen (vgl. § 75 Abs. 2 ZPO). Dem Kläger (fortan Beschwerdegegner) wurde mit vorgenannter Präsidialverfügung Frist zur freigestellten schriftlichen Beantwortung der Beschwerde angesetzt (KG act. 4 S. 2). Innert Frist teilte der Beschwerdegegner dem Gericht mit, dass er auf die Beantwortung der Beschwerde verzichte (KG act. 9). Auch die Vorinstanz hat auf Vernehmlassung zur Beschwerde ausdrücklich verzichtet (KG act. 8).

## II.

1. a) Das Beschwerdeverfahren stellt keine Fortsetzung des Verfahrens vor dem Sachrichter dar. Zu prüfen ist, ob der angefochtene Entscheid aufgrund des bei der Vorinstanz gegebenen Aktenstandes an einem Nichtigkeitsgrund im Sinne von § 281 ZPO leidet. Daher sind neue tatsächliche Behauptungen, Einreden, Bestreitungen und Beweise, die eine Vervollständigung des Prozessstoffes bezwecken, über welchen der erkennende Richter zu entscheiden hatte, im Beschwerdeverfahren nicht zulässig. Gemäss § 290 ZPO werden lediglich die geltend gemachten Nichtigkeitsgründe überprüft. Diese sind nach § 288 Ziff. 3 ZPO in der Beschwerde nachzuweisen; die blosser Verweisung auf frühere Vorbringen genügt daher nicht (vgl. Guldener, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivilsachen

nach Zürcherischem Recht, Zürich 1942, S. 67; von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. Auflage, Zürich 1986, S. 16 ff.; Frank/ Sträuli/ Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 1997, N 4 f. zu § 288 mit Hinweisen; Spühler/ Vock, Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund, Zürich 1999, S. 56 f. und S. 72 f.).

b) Gemäss bundesgerichtlicher und kantonaler Praxis gelten Rechtsbegehren als aussichtslos, bei denen die Gewinnaussichten beträchtlich geringer sind als die Verlustgefahren und deshalb kaum als ernsthaft bezeichnet werden können, nicht aber, wenn sich die Gewinnaussichten und die Verlustgefahren ungefähr die Waage halten, oder wenn jene nur wenig geringer sind als diese. Es soll verhindert werden, dass eine Partei auf Staatskosten einen Prozess führt, den eine nicht mittellose Person auf eigene Kosten vernünftigerweise nicht einleiten würde. Ob genügende Erfolgsaussichten bestehen, beurteilt sich nach den Verhältnissen im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs. Das bedeutet insbesondere, dass die Prozesschancen im Voraus, d.h. aufgrund der einstweilen noch unvollständigen Aktenlage, abzuschätzen sind und der (unpräjudizielle) Entscheid ohne vorgängiges bzw. ohne vollständig durchgeführtes Beweisverfahren zu fällen ist; es besteht keine Pflicht des Richters zur Beweiserhebung bzw. zur Vervollständigung derselben. Bei der richterlichen Prüfung der Erfolgsaussichten im Sinne von § 84 Abs. 1 ZPO geht es also nicht darum, den Prozessstoff umfassend zu würdigen, die materielle Begründetheit der Klage praktisch definitiv zu beurteilen und so gleichsam das Erkenntnisverfahren vorwegzunehmen (Frank/ Sträuli/ Messmer, a.a.O. N 21 ff. zu § 84).

Ein Rechtsbegehren, das nur in einem kleinen Teil die Möglichkeit eines Erfolges offen lässt, darf nicht als offenbar aussichtslos betrachtet werden. In einem solchen Fall ist es aber zulässig, die unentgeltliche Prozessführung auf den nicht aussichtslosen Teil des Rechtsbegehrens zu beschränken (Frank/ Sträuli/ Messmer, a.a.O., N 22 zu § 84, Kass.-Nr. AA040101 vom 15. November 2004 i.S. W., Erw. II.4.a - d, mit zahlreichen Hinweisen).

2. a) Zusammengefasst begründete die Vorinstanz ihren Entscheid wie folgt: Es sei unbestritten, dass die Beschwerdeführerin nicht über die nötigen Mittel verfüge, um das Verfahren vor Vorinstanz zu führen. Zu prüfen bleibe aber, ob ihr Berufungsstandpunkt Erfolg versprechend erscheine. In der Folge kam die Vorinstanz zum Schluss, dass die Berufung der Beschwerdeführerin hinsichtlich der elterliche Sorge, das Besuchsrecht, die grundsätzliche Unterhaltspflicht gegenüber dem Sohn ab 1. Januar 2006 und die Überprüfung des nahehelichen Unterhalts mit Wirkung per 1. Juli 2006 betreffenden Anträge aussichtslos sei. Somit wurde der Beschwerdeführerin für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Prozessführung und die unentgeltliche Verbeiständung für die genannten Prozessthemen entzogen (KG act. 2 S. 3 ff.).

b) Die Beschwerdeführerin rügt zusammengefasst, die Vorinstanz habe im Rahmen der Prüfung der Aussichtslosigkeit des Prozesses die Nichtigkeitsgründe von § 281 Ziff. 1, 2 und 3 ZPO gesetzt.

c) Vorliegend lautet die Hauptfrage, ob die Vorinstanz zu Unrecht Aussichtslosigkeit des Prozesses angenommen habe (§ 84 und § 87 ZPO). Die Vorschriften über die unentgeltliche Prozessführung und die unentgeltliche Rechtsvertretung gehören zu den wesentlichen Verfahrensgrundsätzen im Sinne von § 281 Ziff. 1 ZPO (RB 1977 Nr. 29; Frank/ Sträuli/ Messmer, a.a.O., N 24 zu § 281). Die sich dabei stellenden bundesrechtlichen Fragen stellen Vorfragen dar, welche vom Kassationsgericht wie die Hauptfrage frei überprüft werden (also nicht nur unter dem Gesichtspunkt des klaren Rechts; vgl. Frank/ Sträuli/ Messmer, a.a.O., N 15 zu § 281; Kass.-Nr. AA040126 vom 17. Februar 2005 i.S. M., Erw. II.4; Kass.-Nr. AA030070 vom 25. Dezember 2003 i.S. C, Erw. II.2.a). Die Subsumtion der geltend gemachten Tatsachen unter die zutreffende Rechtsnorm ist Aufgabe des Kassationsgerichts (Frank/ Sträuli/ Messmer, a.a.O., N 4 zu § 288).

3. a) In Bezug auf die elterliche Sorge führte die Vorinstanz aus, der 17-jährige Sohn A. lebe seit dem 1. August 2004 beim Vater und habe sich vor Erstinstanz klar für einen Verbleib beim Vater ausgesprochen. Nachdem die Beschwerdeführerin am 27. Juli 2004 dem Umzug des Sohnes ausdrücklich zuge-

stimmt habe, sich die Regelung bewährt und sich auch der Sohn für eine Umteilung der elterlichen Sorge an den Vater ausgesprochen habe, bestehe kein Anlass für einen entgegengesetzten Entscheid. Solange der Sohn noch nicht volljährig sei, bestehe ein beachtliches rechtliches Interesse an einer rechtlichen Absicherung der bisherigen faktischen Regelung des Betreuungsverhältnisses. Somit sei der Antrag der Beschwerdeführerin im Rahmen der Berufung, es sei die elterliche Sorge ihr zu belassen, als aussichtslos zu beurteilen (KG act. 2 S. 4).

b) Hinsichtlich dem von der Vorinstanz als aussichtslos beurteilten Antrag der Beschwerdeführerin, es sei ihr die elterliche Sorge zu belassen, führt die Beschwerdeführerin aus, der gemeinsame Sohn A. werde bereits am 30. März 2009 mündig. Eine Sorgerechtsumteilung würde daher nur einen sehr begrenzten Zeitraum betreffen. Hinzu komme, dass die Beschwerdeführerin ihre formelle Rechtsstellung als alleinige Inhaberin der elterlichen Sorge nie auch nur im Geringsten dazu missbraucht habe, berechtigten Anliegen des Sohnes oder auch des Vaters entgegen zu treten. So hätten wichtige Entscheidungen wie die gegenwärtigen Betreuungsverhältnisse betreffend oder Absprachen im Hinblick auf den Abschluss des Lehrvertrages einvernehmlich getroffen werden können. All dies spreche klar gegen das von der Vorinstanz ohne weitere Begründung unterstellte rechtliche Absicherungsinteresse. Im Übrigen habe sich die tatsächlich praktizierte Regelung - A. wohne seit bald vier Jahren beim Beschwerdegegner - in allen Teilen bewährt. Auch vor diesem Hintergrund sei die Umteilung des Sorgerechts nicht notwendig. Dem Beschwerdegegner gehe es sowieso nicht um die mit dem Sorgerecht verbundene Rechtsstellung bzw. die damit einhergehenden Entscheidungsbefugnisse, sondern einzig und alleine um einen finanziellen Vorteil. Somit erscheine der Prozessstandpunkt der Beschwerdeführerin die elterliche Sorge betreffend entgegen der vorinstanzlichen Auffassung alles andere als aussichtslos (KG act. 1 S. 4 f.).

c) Gemäss Art. 134 Abs. 1 ZGB ist auf Begehren eines Elternteils, des Kindes oder der Vormundschaftsbehörde die Zuteilung der elterlichen Sorge neu zu regeln, wenn dies wegen wesentlicher Veränderung der Verhältnisse zum Wohl des Kindes geboten ist. Nicht umstritten ist vorliegend, dass sich die Ver-

*hältnisse* seit dem Scheidungsurteil mit dem Obhutswechsel von der Mutter zum Vater *erheblich und dauernd verändert* haben. Die Beschwerdeführerin ist aber der Ansicht, dass eine Neuregelung *zum Wohl des Kindes* nicht erforderlich sei, einerseits, weil das Kind bald mündig werde, andererseits, weil sich die Beschwerdeführerin stets "dem Wohl des Kindes" gemäss verhalten habe. Mit diesen Argumenten vermag sie die Beurteilung der Prozessaussichten durch die Vorinstanz jedoch nicht zu entkräften.

Zuerst einmal kann die Beschwerdeführerin in ihrer Meinung nach fehlendes rechtliches Absicherungsinteresse hinsichtlich der elterlichen Sorge nicht damit begründen, dass der Sohn bereits in Kürze mündig werde. Mündig ist, wer das 18. Lebensjahr vollendet hat (Art. 14 ZGB), zuvor ist ein Kind unmündig, und zwar unabhängig davon, ob es sechs oder 16 Jahre alt ist. Es kann folglich nicht gesagt werden, dass die allfällige Neuregelung der elterlichen Sorge bei einem "sehr unmündigen" 7-jährigen mehr geboten wäre, als bei einem 17 ½-jährigen, "bald mündigen" Teenager. Folglich zielt das Argument der Beschwerdeführerin, A. sei bald volljährig, weshalb sich eine Neuregelung erübrige, ins Leere.

Wenn die Beschwerdeführerin weiter sinngemäss ausführt, sich stets dem Wohle von A. entsprechend verhalten zu haben, indem sie ihre formelle Rechtsstellung als alleinige Inhaberin der elterlichen Sorge nie auch nur im Geringsten missbraucht habe, so verkennt sie die generelle Natur des Kindesinteresses. Dieses ist grundsätzlich auf beständige und ungestörte Erziehungs- und Pflege- sowie sonstige Lebensverhältnisse gerichtet (BK-Bühler/ Spühler, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bern 1980, N 76 zu Art. 157 ZGB). Am ungestörtesten sind die Erziehungs-, Pflege- und sonstigen Lebensverhältnisse mit Sicherheit dann, wenn die elterliche Sorge bei jenem Elternteil liegt, welcher in der Tat auch die Obhut über das unmündige Kind ausübt. Somit entspricht im Rahmen eines Abänderungsverfahrens eine Umteilung der elterlichen Sorge dem Kindeswohl durchaus auch dann, wenn bislang Entscheidungen einvernehmlich getroffen werden konnten.

Nicht von Belang ist sodann, ob es dem Beschwerdegegner um die mit dem Sorgerecht verbundene Rechtsstellung bzw. die damit einhergehenden Entscheidungsbefugnisse oder einzig und alleine um einen finanziellen Vorteil geht (KG act. 1 S. 4 f.). Die Interessen der Eltern haben in den Hintergrund zu treten, massgebend ist das Kindeswohl (FamKommentar Scheidung, Schwenger [Hrsg.], Bern 2005, N 5 zu Art. 133, mit Verweisen). Richtigerweise äusserte sich die Vorinstanz denn auch nicht zu allfälligen, irrelevanten Elterninteressen. Damit geht die Argumentation der Beschwerdeführerin aber an den Ausführungen der Vorinstanz vorbei.

Zusammengefasst kann festgehalten werden, dass in concreto durchaus ein rechtliches Interesse daran besteht, die elterliche Sorge zum Wohle des Kindes neu zu regeln. Da zudem verschiedene gewichtige Faktoren für eine Umteilung der elterlichen Sorge an den Beschwerdegegner sprechen, durfte die Vorinstanz die Berufung der Beschwerdeführerin hinsichtlich ihres Antrags, es sei ihr die elterliche Sorge zu belassen, als aussichtslos bezeichnen. Wesentliche Verfahrensgrundsätze im Sinne von § 281 Ziff. 1 ZPO verletzte sie damit keine. Die Beschwerdeführerin vermag demnach mit ihren Vorbringen keinen Nichtigkeitsgrund darzutun.

4. a) Die Vorinstanz führte sodann aus, dass als Folge einer neuen Sorgerechtsregelung auch die Beitragspflicht der nicht mehr sorgeverpflichteten Beschwerdeführerin an die Kosten des Kinderunterhalts festzulegen sei. Dies sei Ausfluss der gesetzlichen Unterhaltspflicht gemäss Art. 276 Abs. 2 ZGB und davon könne die Beschwerdeführerin nicht befreit werden. Die Höhe des Unterhaltsbeitrages sei stets ein Ermessensentscheid und der mutmassliche Ausgang des Berufungsverfahrens diesbezüglich noch nicht mit der notwendigen Sicherheit abzusehen. Aussichtslos erscheine es aber, wenn die Beschwerdeführerin den Grundsatzentscheid der Erstinstanz, wonach Unterhaltsbeiträge für den Sohn A. ab 1. Januar 2006 bezahlt werden müssten, anfechte. Die Parteien hätten im Vorfeld des Abänderungsverfahrens aussergerichtliche Vergleichsgespräche geführt. Dabei habe der (damalige) Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin dem Beschwerdegegner rechtsverbindlich zugesichert, dass Kinderunterhaltsbeiträge

durch die Beschwerdeführerin allenfalls rückwirkend ab 1. Januar 2006 bezahlt werden müssten. Damit sei das erstinstanzliche Urteil insoweit begründet, als es Unterhaltsbeiträge der Beschwerdeführerin für den Sohn A. ab 1. Januar 2006 festgelegt habe (KG act. 2 S. 4 f.).

b) Die Beschwerdeführerin hält dem entgegen, Rechtsanwalt B. - ihr damaliger Rechtsvertreter - habe zwar tatsächlich zugesagt, "dass allenfalls festzulegende Unterhaltsbeiträge im Falle einer Umteilung der elterlichen Sorge von A. ab Januar 2006 geschuldet seien". Doch betreffe die Zusage den Zeitpunkt von "allenfalls" festzulegenden Unterhaltsbeiträgen im Falle einer Umteilung der elterlichen Sorge. Damit sei aber entgegen der aktenwidrigen und unhaltbaren Interpretation der Vorinstanz keine verbindliche Zusage zur Leistung von Kinderalimenten erteilt worden. Vielmehr sei es um den Versuch gegangen, im Rahmen aussergerichtlicher Vergleichsverhandlungen zu klären, ob im Falle einer Umteilung der elterlichen Sorge Kinderalimente festzulegen wären; sollten solche Kinderalimente in einer Vereinbarung festgelegt werden, so sollte die Zahlungspflicht ab Januar 2006 gelten. Hinzu komme, dass es stets darum gegangen sei, alle pendenten Fragen (Betreuung, Kinderunterhalt, Frauenunterhalt) umfassend zu regeln, eine unbedingte isolierte Zusage im Hinblick auf Kinderalimente sei die Erklärung Rechtsanwalts B. mitnichten gewesen (KG act. 1 S. 6 f.).

c) Die Kritik der Beschwerdeführerin geht auch hier an den obergerichtlichen Erwägungen vorbei. Die Vorinstanz hat nicht ausgeführt, dass eine verbindliche Zusage zur Leistung von Kinderalimenten erteilt worden sei. Vielmehr hielt die Vorinstanz fest, dass Rechtsanwalt B. dem Beschwerdegegner rechtsverbindlich zugesichert habe, dass Kinderunterhaltsbeiträge durch die Beschwerdeführerin, *allenfalls* rückwirkend, ab 1. Januar 2006 bezahlt würden (KG act. 2 S. 5). Es mag sein, dass im von der Vorinstanz zitierten Schreiben von Rechtsanwalt B. das Wort "allenfalls" an einer anderen Stelle des Satzgefüges stand ("Ich habe Verständnis für Ihre Anliegen, eine schriftliche Zusage betreffend einer möglichen Rückwirkung der Unterhaltsbeiträge auf Januar 2006 und gebe Ihnen deshalb die förmliche Zusage ab, dass *allenfalls* festzulegende Unterhaltsbeiträge im Falle einer Umteilung der elterlichen Sorge von A. ab Januar 2006

geschuldet sind"; vgl. ER act. 2/3 S. 1) als im Entscheid der Vorinstanz. Dies tut aber nichts zur Sache, bleibt doch der Sinn des Satzes auch bei leicht abweichender Schreibweise der Vorinstanz der gleiche. Die Vorinstanz vertrat folgerichtig die Meinung, dass das erstinstanzliche Urteil insoweit begründet sei, als es Unterhaltsbeiträge für A. ab 1. Januar 2006 festgelegt habe; die Höhe des Unterhaltsbeitrages sei - da ein Ermessensentscheid - heute aber noch nicht abzusehen.

Die Vorinstanz wird somit prüfen müssen, in welcher Höhe ab 1. Januar 2006 durch die Beschwerdeführerin grundsätzlich Unterhaltsbeiträge bezahlt werden müssen. Kommt sie zum Schluss, dass die Beschwerdeführerin nicht leistungsfähig sei, wird sie entsprechende Unterhaltsbeiträge mit Null beziffern bzw. allenfalls erst ab einem späteren Zeitpunkt Unterhaltsbeiträge in heute noch nicht absehbarer Höhe festlegen können.

Das Ausgeführte kann mit anderen Worten wie folgt zusammengefasst werden: Wenn die Beschwerdeführerin die Ausführungen der Vorinstanz dahingehend verstand, dass Letztere von einer rechtsverbindlichen Zusicherung zur Zahlung von Kinderunterhaltsbeiträgen ausgegangen war, so handelt es sich dabei lediglich um eine Interpretation der Beschwerdeführerin, die im Wortlaut der vorinstanzlichen Erwägungen keine Stütze findet. Die Vorinstanz hat nichts anderes zum Ausdruck gebracht, als dass allfällige Unterhaltsbeiträge für die Zeit ab 1. Januar 2006 zu prüfen sind. Zur Höhe der Unterhaltsbeiträge ab 1. Januar 2006 äusserte sich die Vorinstanz explizit nicht. Aus diesem Grund erweist sich der Einwand der Beschwerdeführerin als unbegründet.

5. a) Die Vorinstanz entzog der Beschwerdeführerin für das Berufungsverfahren auch hinsichtlich des Prozessthemas "Überprüfung des nahehelichen Unterhalts mit Wirkung per 1. Juli 2006/ Zeitpunkt (1. Juli 2006) einer eventuellen Abänderung des nahehelichen Unterhalts" die unentgeltliche Prozessführung bzw. Verbeiständung (KG act. 2 S. 6). Die Höhe von Unterhaltsbeiträgen sei stets ein Ermessensentscheid und der mutmassliche Ausgang des Berufungsverfahrens sei in diesem Punkt noch nicht mit der notwendigen Sicherheit absehbar, dies gelte auch für die Frage, ob der Beschwerdegegner noch bis März 2007 (wie

dies seinerzeit im Scheidungsurteil festgelegt wurde) persönliche Unterhaltsbeiträge für die Beschwerdeführerin zu bezahlen habe. Fest stehe jedoch, dass eine allfällige Abänderung der persönlichen Unterhaltsregelung praxismässig mit Eintritt der Rechtshängigkeit des Abänderungsbegehrens, somit per 1. Juli 2006, zu erfolgen habe (KG act. 2 S. 5).

b) Die Beschwerdeführerin zitiert die Vorinstanz, wonach durch den Wegfall der Betreuungspflicht eine grundlegende Änderung der Verhältnisse eingetreten sei, die eine grundsätzliche Neuurteilung des nahehelichen Unterhalts (Frauenalimente) zur Folge habe. Die Vorinstanz habe weiter oben in ihrer Begründung selbst eingeräumt, dass die Verhältnisse (insbesondere die finanziellen Verhältnisse) allenfalls nochmals zu überprüfen seien. Damit sei sehr wohl auch die grundsätzliche Frage, ob eine naheheliche Unterhaltspflicht weiterhin bestehe oder nicht, tangiert. Je nach den tatsächlichen aktuellen Verhältnissen sei ein Weiterbestehen der nahehelichen Unterhaltspflicht möglich. Indem die Vorinstanz gleichwohl der Beschwerdeführerin das Armenrecht für die Frage des Bestands der nahehelichen Unterhaltspflicht mit Wirkung per 1. Juli 2006 entzogen habe, verletzte sie in unvertretbarer Weise § 84 Abs. 1 ZPO und setze den Nichtigkeitsgrund von § 281 Ziff. 3 sowie Ziff. 2 ZPO.

c) Auch hier interpretiert die Beschwerdeführerin die Ausführungen der Vorinstanz nicht richtig, führte Letztere doch gerade eben explizit aus, es sei gegebenenfalls nochmals zu überprüfen, ob der Beschwerdegegner noch bis Ende März 2007 (wie seinerzeit im Scheidungsurteil festgelegt) persönliche Unterhaltsbeiträge für die Beschwerdeführerin zu bezahlen habe. Die Vorinstanz entzog der Beschwerdeführerin in der Folge nicht hinsichtlich des Prozessthemas "grundsätzlicher Bestand einer nahehelichen Unterhaltspflicht" das Armenrecht, sondern hinsichtlich des Prozessthemas "Zeitpunkt (nämlich 1. Juli 2006) einer eventuellen Abänderung der nahehelichen Unterhaltspflicht". Dies, weil eine allfällige Abänderung der persönlichen Unterhaltsregelung praxismässig mit Eintritt der Rechtshängigkeit des Abänderungsbegehrens zu erfolgen habe.

Die Beschwerdeführerin hatte vor Vorinstanz den Berufungsantrag gestellt, dass Dispositivziffer 2 des erstinstanzlichen Urteils vom 20. Dezember 2007

aufzuheben sei (OG act. 61). In dieser Dispositivziffer des Urteils des Einzelrichters im ordentlichen Verfahren des Bezirkes \_\_\_\_\_ wurde die Verpflichtung des Beschwerdegegners zur Leistung von Unterhaltsbeiträgen an die Beschwerdeführerin mit Wirkung per 1. Juli 2006 aufgehoben (OG act. 53 S. 15). Wenn nun die Beschwerdeführerin vor Vorinstanz die Aufhebung der genannten Dispositivziffer verlangt, so richtet sich ihre Berufung auch gegen den darin genannten Zeitpunkt. Wie aufgezeigt durfte die Vorinstanz annehmen, dass die Berufung hinsichtlich dieses Antrags aussichtslos sei, und der Beschwerdeführerin in Bezug auf das betreffende Prozessthema die unentgeltliche Prozessführung bzw. Rechtsverbeiständung entziehen. Damit gelingt es der Beschwerdeführerin auch hier nicht, einen Nichtigkeitsgrund aufzuzeigen.

6. a) In Dispositivziffer 1 des Beschlusses vom 16. April 2008 (KG act. 2 S. 6) entzog die Vorinstanz der Beschwerdeführerin auch hinsichtlich des Prozessthemas "Besuchsrecht" die unentgeltliche Prozessführung und die unentgeltliche Verbeiständung.

b) Ihr sei - so die Beschwerdeführerin - hinsichtlich des Prozessthemas "Besuchsrecht" die unentgeltliche Rechtspflege zu Unrecht entzogen worden, denn irgendeine Begründung hierfür fehle vollständig. Damit verletzte der Entscheid der Vorinstanz den wesentlichen Verfahrensgrundsatz der Gewährung des Gehörsanspruchs (§ 281 Ziff. 1 ZPO).

c) Die Beschwerdeführerin liess im Berufungsverfahren (unter anderem) beantragen, es sei Dispositivziffer 1 des Urteils des Bezirksgerichts \_\_\_\_\_ (OG act. 53 S. 14 f.), in welcher sich unter Ziffer 2 auch eine Regelung des Besuchsrechts findet, aufzuheben. Die Beschwerdeführerin führte in ihrer Eingabe vom 9. April 2008 - in welcher sie auf Aufforderung der Vorinstanz hin ihre Berufungsanträge nannte und in Kürze bekannt gab, wie sie die Berufung zu begründen gedenke - aus, dass angesichts des Alters von A. keine Besuchsrechtsregelung notwendig sei, A. habe zu beiden Elternteilen guten Kontakt (OG act. 61 S. 5). Zu den Prozessaussichten hinsichtlich dieses Berufungsantrags äussert sich die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid in keiner Weise, dennoch entzog sie der Beschwerdeführerin in Dispositivziffer 1 des angefochtenen Entscheids das

Armenrecht hinsichtlich des Prozessthemas "Besuchsrecht". Damit verletzte die Vorinstanz den Gehöranspruch der Beschwerdeführerin, weshalb sich die Rüge der Beschwerdeführerin als begründet erweist.

7. Dies führt zur teilweisen Gutheissung der Nichtigkeitsbeschwerde und zur Aufhebung von Dispositivziffer 1 des angefochtenen Beschlusses, soweit damit der Beschwerdeführerin für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Prozessführung und die unentgeltliche Verbeiständung hinsichtlich des Prozessthemas Besuchsrecht entzogen wurde. Die anderen Rügen haben sich als unbegründet erwiesen, weshalb die Nichtigkeitsbeschwerde im Übrigen abzuweisen ist, soweit darauf eingetreten werden kann. Die Sache ist somit in Bezug auf die unentgeltliche Prozessführung bzw. die unentgeltliche Verbeiständung hinsichtlich des Prozessthemas Besuchsrecht an die Vorinstanz zurückzuweisen.

### III.

1. Zu prüfen ist schliesslich das Gesuch der Beschwerdeführerin um Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung bzw. unentgeltlichen Verbeiständung für das Kassationsverfahren (KG act. 1 S. 2 f.).

2. a) Grundsätzlich gilt die von einer Instanz gewährte unentgeltliche Rechtspflege auch für die Rechtsmittelinstanz (§ 90 Abs. 2 ZPO; Frank/ Sträuli/ Messmer, a.a.O., N 3 zu § 90), so dass bei einer von einer Instanz gewährten unentgeltlichen Rechtspflege keine Notwendigkeit besteht, im (kantonalen) Rechtsmittelverfahren auch einen entsprechenden Antrag zu stellen. Der Beschwerdeführerin war vom Einzelrichter die unentgeltliche Rechtspflege gewährt worden (ER act. 15). Diese wurde aber von der Vorinstanz "für das Berufungsverfahren" hinsichtlich gewisser Prozessthemmen entzogen (KG act. 2 S. 6).

b) Die Vorinstanz hielt ausdrücklich fest, dass der Beschwerdeführerin die unentgeltliche Rechtspflege "für das Berufungsverfahren" entzogen wurde. Somit gilt im Beschwerdeverfahren - in welchem sich im Lichte der vorstehenden Erwägungen der Standpunkt der Beschwerdeführerin nicht in allen Punkten als offensichtlich aussichtslos erweist (vgl. oben Ziff. II.6) - die erstinstanzlich ge-

währte unentgeltliche Rechtspflege weiter und wurde von der Vorinstanz durch den angefochtenen Beschluss nur und ausschliesslich für das Berufungsverfahren aufgehoben. Mithin kann davon ausgegangen werden, dass die Bestellung von Rechtsanwalt \_\_\_\_\_ als unentgeltlicher Rechtsbeistand der Beschwerdeführerin (ER act. 15) bis heute wirkt.

#### IV.

1. Die sich als begründet erweisende Rüge beschlägt nur einen Teil des angefochtenen Entscheids, nämlich eines von vier Prozessthemen, hinsichtlich welcher der Beschwerdeführerin die unentgeltliche Prozessführung bzw. die unentgeltliche Verbeiständung entzogen wurde. Der Beschwerdegegner hat sich am Kassationsverfahren insofern nicht beteiligt, als er weder Anträge gestellt noch sich mit dem Entscheid der Vorinstanz identifiziert hat. Er ist damit weder als teilweise unterliegende noch als teilweise obsiegende Partei zu behandeln. Entsprechend diesem Ausgang des Verfahrens sind die Kosten des Kassationsverfahrens der Beschwerdeführerin zu 3/4 aufzuerlegen (wobei die ihr aufzuerlegenden Kosten in diesem Umfang zufolge der ihr gewährten unentgeltlichen Prozessführung einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen sind, unter Hinweis auf § 92 ZPO). Zu 1/4 sind die Kosten definitiv auf die Gerichtskasse zu nehmen.

2. Prozessentschädigungen sind demzufolge keine zuzusprechen (§ 68 Abs. 1 ZPO).

3. Dem unentgeltlichen Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin ist eine angemessene Entschädigung für seine Bemühungen im Beschwerdeverfahren aus der Gerichtskasse zu entrichten (§ 89 Abs. 2 ZPO). Die Beschwerdeführerin wird hiermit ausdrücklich auf die Nachzahlungspflicht nach § 92 ZPO hingewiesen.

#### V.

1. Beim vorliegenden Beschluss handelt es sich um einen Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG. Demnach ist gegen ihn die Beschwerde in Zi-

vilsachen gemäss Art. 72 ff. BGG an das Bundesgericht nur unter den in Art. 93 BGG genannten Voraussetzungen zulässig. Ob diese erfüllt sind, entscheidet das Bundesgericht.

2. Es handelt sich, da neben anderem die Zuteilung der elterlichen Sorge betroffen ist, um eine nichtvermögensrechtliche Streitigkeit.

### **Das Gericht beschliesst:**

1. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde wird Dispositivziffer 1 des Beschlusses der I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 16. April 2008 insoweit aufgehoben, als damit der Beschwerdeführerin für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Prozessführung und die unentgeltliche Verbeiständung hinsichtlich des Prozessthemas Besuchsrecht entzogen wurde. In diesem Umfang wird die Sache im Sinne der Erwägungen zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen.

Im Übrigen wird die Nichtigkeitsbeschwerde abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann.

2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 1'500.–.

3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden der Beschwerdeführerin zu 3/4 auferlegt, jedoch zufolge der ihr gewährten unentgeltlichen Prozessführung einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Die Nachzahlungspflicht gemäss § 92 ZPO bleibt vorbehalten.

Zu 1/4 werden die Kosten definitiv auf die Gerichtskasse genommen.

4. Es werden keine Prozessentschädigungen für das Kassationsverfahren zugesprochen.

5. Der unentgeltliche Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin, Rechtsanwalt \_\_\_\_\_, wird für seine Bemühungen im Beschwerdeverfahren mit Fr. 1'400.– zuzüglich 7.6% Mehrwertsteuer (Fr. 106.40) aus der Gerichtskasse entschädigt. Die Beschwerdeführerin wird auf die Nachzahlungspflicht gemäss § 92 ZPO hingewiesen.
  
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 Beschwerde gemäss Art. 72 ff. BGG an das Schweizerische Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, erhoben werden. Es handelt sich um eine nicht vermögensrechtliche Zivilsache.  
  
Sodann läuft die Frist von 30 Tagen zur Anfechtung des Beschlusses der I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 16. April 2008 mit Beschwerde an das Bundesgericht neu ab Empfang des vorliegenden Entscheides (Art. 100 Abs. 1 und 6 BGG).  
  
Hinsichtlich des Fristenlaufes gelten die Art. 44 ff. BGG.
  
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und an die I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich, je gegen Empfangsschein.

---

**KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH**

Die juristische Sekretärin: