



Kass.-Nr. AA080164/U/mum

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Herbert Heeb, Vizepräsident, die Kassationsrichterin Sylvia Frei, die Kassationsrichter Reinhard Oertli und Georg Naegeli sowie die juristische Sekretärin Margrit Scheuber

## **Zirkulationsbeschluss vom 9. September 2009**

in Sachen

**A.**,

Geb. ..., von ..., whft. ...,

Klägerin, Rekursgegnerin und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. E.

gegen

**B.**,

geboren ..., von ...,

whft. ...,

Beklagter, Rekurrent und Beschwerdegegner

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. F..

sowie

1. **C.**,

geboren ..., von ...,

whft. ...,

2. **D.**,

geboren ..., von ...,

whft. ...,

Verfahrensbeteiligte

1 und 2 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. G.

betreffend

**Eheschutz (Prozesskostenvorschuss, unentgeltliche Rechtspflege,  
Kosten- und Entschädigungsfolgen)**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der I. Zivilkammer des  
Obergerichts des Kantons Zürich vom 25. September 2008 (LP080055/U)**

**Das Gericht hat in Erwägung gezogen:**

**I.**

1.1 Die Parteien stehen seit August 2006 in einem Eheschutzverfahren. Mit Verfügung vom 2. Oktober 2006 nahm die Einzelrichterin im summarischen Verfahren des Bezirkes H. Vorwerk vom Getrenntleben der Parteien und von einer von den Parteien anlässlich der Hauptverhandlung geschlossenen Vereinbarung, unter Genehmigung der Kinderbelange (ER act. 23). Nach Erhalt der begründeten Verfügung rekurrierte der Beklagte und focht insbesondere die Obhutszuteilung an die Klägerin, sowie die an diese zu bezahlenden Unterhaltsbeiträge an (OG LP080055 act. 4/2 = LP060112 act. 2). Den Kindern wurde am 6. Dezember 2006 von der Sozialbehörde I. ein Rechtsbeistand bestellt (ER act. 32). Zudem hatte der Beklagte am 21. November 2006 bei der Einzelrichterin das Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen gestellt, u.a. mit dem Antrag, die Kinder seien unter seine elterliche Obhut zu stellen; mit Verfügung vom 26. Februar 2007 stellte die Einzelrichterin im summarischen Verfahren die Kinder für die Dauer des Eheschutzverfahrens unter die Obhut der Klägerin und trat u.a. auf ein Gesuch der Klägerin bezüglich Prozesskostenvorschuss nicht ein (OG act. 4/22). Die gegen diese Verfügung vom Beklagten bei der III. Zivilkammer des Obergerichts erhobene Nichtigkeitsbeschwerde wurde mit Beschluss vom 29. Mai 2007 mit dem Rekursverfahren vor der I. Zivilkammer des Obergerichts vereinigt (OG act. 4/30). Mit Beschluss vom 21. August 2007 trat die I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich auf den Antrag der Klägerin betreffend Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses bzw. auf den Eventualantrag betreffend Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege nicht ein (Disp.-Ziff. 1), stellte die Kinder C. und D. in Gutheissung des Rekurses des Beklagten unter dessen Obhut (Disp.-Ziff. 2.1), regelte das Besuchsrecht der Klägerin (Disp.-Ziff. 2.2) und setzte die vom Beklagten an die Klägerin zu bezahlenden Unterhaltsbeiträge (für drei Zeitabschnitte) neu fest (Disp.-Ziff. 2.3); zudem wurde die Klägerin verpflichtet, dem Beklagten die Pässe bzw. Identitätskarten der Kinder herauszugeben (Disp.-Ziff. 2.4). Im Übrigen wurde die Vereinbarung der Parteien genehmigt und die angefochtene Ver-

fügung bestätigt, die Kosten (mit Ausnahme der Kosten der Kinderprozessbeistandschaft, die den Parteien je hälftig auferlegt wurden; Disp.-Ziff. 6) wurden der Klägerin zu 7/10, dem Beklagten zu 3/10 auferlegt (Disp.-Ziff. 5) und die Klägerin wurde zur Bezahlung einer reduzierten Prozessentschädigung verpflichtet (Disp.-Ziff. 7; OG act. 4/49).

1.2 Die Klägerin hatte gegen diesen Beschluss der I. Zivilkammer des Obergerichts vom 21. August 2007 kantonale Nichtigkeitsbeschwerde erhoben und dessen Aufhebung verlangt (KG AA070139 = OG act. 3). Mit Beschluss vom 2. Juli 2008 hob das Kassationsgericht des Kantons Zürich in teilweiser Gutheissung der Beschwerde die Dispositiv-Ziffern 1, 2./2.3 (Unterhaltsbeiträge für die Klägerin persönlich), Dispositiv-Ziffer 2. letzter Satz ("Im Übrigen wird die Vereinbarung der Parteien genehmigt und die angefochtene Verfügung bestätigt") sowie Dispositiv-Ziffern 4, 5 und 7 des angefochtenen Beschlusses vom 21. August 2007 auf und wies die Sache insoweit zur allfälligen Ergänzung des Verfahrens und zur neuen Entscheidung an die I. Zivilkammer des Obergerichts zurück (OG act. 2 = act. 3/35). Mit Beschluss vom 25. September 2008 (KG act. 2) trat die I. Zivilkammer des Obergerichts auf den Antrag auf Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses bzw. auf den Eventualantrag betreffend Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege nicht ein (Disp.-Ziff. 1) und setzte in Gutheissung des Rekurses die vom Beklagten an die Klägerin zu leistenden monatlichen Unterhaltsbeiträge auf Fr. 3'600.-- ab 1. Januar 2007 bis 31. Dezember 2008, Fr. 2'300.-- ab 1. Januar 2009 bis 31. März 2009 und auf Fr. 1'650.-- ab 1. April 2009 fest; im Übrigen wurde die Vereinbarung der Parteien genehmigt und die angefochtene Verfügung bestätigt (Disp.-Ziff. 2./2.3). Die Kosten des Rekursverfahrens wurden zu 7/10 der Klägerin und zu 3/10 dem Beklagten auferlegt und die Klägerin zur Bezahlung einer auf 2/5 reduzierten Prozessentschädigung an den Beklagten verpflichtet (Disp.-Ziff. 4 und 5). Zudem wurde in Disp.-Ziff. 6 die Entschädigung an den Prozessbeistand der Kinder festgelegt.

2. Mit Eingabe vom 27. Oktober 2008 erhob die Klägerin und Beschwerdeführerin (nachfolgend: Beschwerdeführerin) gegen den Beschluss der I. Zivilkammer des Obergerichts vom 25. September 2008 kantonale Nichtigkeitsbe-

schwerde und beantragte die Aufhebung der Disp.-Ziff. 1, 4, 5 und 6 und die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz, damit diese den Beschwerdegegner verpflichte, die der Beschwerdeführerin auferlegten Gerichtskosten und Prozessentschädigungen aus dem ehelichen Vermögen zu bezahlen, einschliesslich der Kosten des Kinderbeistandes; allenfalls sei er zur Bezahlung eines Prozesskostenvorschusses zu verpflichten; eventualiter sei ihr für das vorinstanzliche Verfahren die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren und in der Person ihres Anwaltes ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen (KG act. 1, S. 2). Mit Verfügung des Präsidenten des Kassationsgerichts vom 28. Oktober 2008 wurde der Beschwerde die aufschiebende Wirkung verliehen (KG act. 5). Die Vorinstanz hat auf eine Vernehmlassung zur Beschwerde verzichtet (KG act. 9). Der Beklagte und Beschwerdegegner (künftig: Beschwerdegegner) lässt die Abweisung der Beschwerde beantragen (KG act. 10).

## II.

1. Die Vorinstanz führte in ihrem Beschluss vom 25. September 2008 aus, die Beschwerdeführerin habe in ihrer Rekursantwort die Zusprechung eines angemessenen Prozesskostenvorschusses beantragt, eventualiter die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege. Da es sich bei der Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses um eine vorsorgliche Massnahme für die Dauer des Prozesses handle, bleibe zur Zusprechung eines solchen im Endentscheid kein Raum. Indessen könne die angesprochene Partei gestützt auf die eheliche Beistandspflicht gemäss Art. 159 Abs. 3 ZGB unter denselben Voraussetzungen wie für den Prozesskostenvorschuss zum Ersatz der Aufwendungen für das Verfahren verpflichtet werden, wenn dem Ansprecher die Mittel fehlten, um neben dem Lebensunterhalt die Gerichtskosten bzw. die Kosten für den Rechtsvertreter aufzubringen und das Verfahren nicht aussichtslos sei. Allerdings habe die anwaltlich vertretene Beschwerdeführerin ihren Antrag auf Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses in der Rekursantwortsschrift nicht einmal ansatzweise begründet und insbesondere keine Ausführungen zu ihren finanziellen (Vermögens-) Ver-

hältnissen oder zu jenen des Beschwerdegegners gemacht. Weil die Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses der Pflicht des Staates zur Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege vorgehe und die Official- bzw. Untersuchungsmaxime nur in Bezug auf das Armenrecht gelte, seien keine Weiterungen zu tätigen und es könne auf den Antrag betreffend Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses nicht eingetreten werden (KG act. 2, S. 14 f.). In Dispositiv-Ziffer 1 trat die Vorinstanz sodann auch auf den Eventualantrag betreffend Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege nicht ein (KG act. 2, S. 17).

2. Die Beschwerdeführerin beanstandet mit ihrer Nichtigkeitsbeschwerde, dass die Vorinstanz in ihrem Entscheid vom 25. September 2008 wiederum auf ihren Antrag auf Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses bzw. auf den Eventualantrag auf Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege nicht eingetreten sei. Willkürlich setze sie sich über die Erwägungen des Kassationsgerichts im Beschluss vom 28. August 2008 hinweg, in welchem ihr die unentgeltliche Prozessführung bewilligt und ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt worden sei. Die Verhältnisse hätten sich seit damals nicht verändert. Die Vorinstanz lasse die Erwägungen des Kassationsgerichts explizit unberücksichtigt und räume der Beschwerdeführerin keine Gelegenheit ein, sich zur aktuellen Arbeitsfähigkeit vernehmen zu lassen. Auch sei vor Vorinstanz bekannt gewesen, dass sie längst ohne Arbeit sei, was in Verweigerung des rechtlichen Gehörs ausgeklammert werde. Nachdem sich die Vorinstanz mit den finanziellen Verhältnissen der Parteien auseinander gesetzt habe und der Beschwerdeführerin nicht einmal das Existenzminimum zugesprochen worden sei, sei es überspitzter Formalismus und eine Verletzung des Anspruches auf das rechtliche Gehör, wenn die Vorinstanz unter Hinweis auf die Dispositionsmaxime davon ausgehe, die Beschwerdeführerin habe den Antrag gestellt, aber diesen nicht begründet. Die Vorinstanz habe – wenn wie vorliegend die finanziellen Verhältnisse auf dem Tisch liegen würden – auf die beiden Anträge der Beschwerdeführerin betreffend Prozessfinanzierung (eheliche Beistandspflicht) und jenen auf unentgeltliche Prozessführung einzugehen. Durch die Unterlassung habe die Vorinstanz einen wesentlichen Verfahrensgrundsatz verletzt (KG act. 1, S. 2 - 4).

3.1 Bereits in ZR 90 Nr. 82 wurde ausgeführt, dass es sich beim Anspruch auf Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses einerseits und beim Anspruch auf Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege andererseits nicht um identische Ansprüche handle. Der Anspruch auf Einräumung eines Prozesskostenvorschusses ergibt sich aus dem materiellen Zivilrecht und richtet sich gegen den Ehegatten. Entsprechend unterliegt dieser Anspruch der Verhandlungs- und Dispositionsmaxime gemäss § 54 ZPO und es ist Sache der Parteien, dem Gericht das Tatsächliche des Rechtsstreites darzulegen. Der Anspruch auf Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und Rechtsvertretung ist hingegen verfahrensrechtlicher Natur und richtet sich in erster Linie gegen den Staat (ZR 90 Nr. 82, Erw. II.1.2.3 m.w.H.). Auch ist der Begriff der "Beistandsbedürftigkeit" im Sinne des Familienrechts nicht identisch mit dem Begriff der "Mittellosigkeit" im Sinne des prozessualen Armenrechts. Vor allem aber herrscht auf Grund der verfahrensrechtlichen Natur der Ansprüche auf unentgeltliche Rechtspflege eine (zumindest beschränkte) Officialmaxime und die Voraussetzungen sind grundsätzlich von Amtes wegen zu prüfen. Eingeschränkt wird die Officialmaxime vom Grundsatz, dass gemäss § 84 Abs. 1 und § 87 ZPO das Antragsprinzip gilt und die Gewährung der prozessualen Armenrechts somit nur auf Antrag zu prüfen ist, und durch die in § 84 Abs. 2 ZPO vorgesehene Mitwirkungspflicht, wonach die unentgeltliche Rechtspflege verweigert werden kann, wenn der Gesuchsteller die verlangten Auskünfte nicht erteilt oder die verlangten Ausweise nicht beibringt. Diese beschränkte Officialmaxime gilt auch bezüglich der Vorfragen, ob und wieweit die Prozesskosten im Rahmen des erweiterten Bedarfs (im Rahmen von Unterhaltsansprüchen) hätten geltend gemacht werden können, ob der Gesuchsteller den verbleibenden Betrag aus seinem eigenen Vermögen aufbringen könnte und ob er letztlich nicht gestützt auf die allgemeine eheliche Beistandspflicht vom Ehepartner einen angemessenen Prozesskostenvorschuss erhältlich machen könnte (ZR 90 Nr. 82 Erw. II.1.2.2. a.E. m.w.H.).

Nachfolgend ist daher gesondert zu prüfen, ob die Vorinstanz einerseits zu Recht auf das Gesuch um Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses (bzw. auf Verpflichtung des Beschwerdegegners auf Übernahme der Aufwendungen für den Prozess gemäss Art. 159 Abs. 3 ZGB) nicht eintrat und ob sie andererseits zu

Recht auf das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes für das Rekursverfahren nicht eintrat.

3.2 Zu prüfen ist vorerst, ob die Vorinstanz zu Recht auf das in der Rekursantwortschrift gestellte Gesuch der Beschwerdeführerin um Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses (bzw. gemäss Praxis der Vorinstanz umgedeutet in ein Gesuch um Verpflichtung des Beschwerdegegners zum Ersatz der Aufwendungen für das Verfahren im Sinne von Art. 159 Abs. 3 ZGB) nicht eingetreten ist. Wie die Vorinstanz zu Recht ausführte, machte die Beschwerdeführerin im Rekursverfahren weder Angaben zu ihren eigenen finanziellen Verhältnissen noch zu denjenigen des Beschwerdegegners. Neben der Offenlegung der Einkommensverhältnisse wären im Hinblick auf die allfällige Gewährung eines Prozesskostenvorschusses auch Angaben zu den Vermögensverhältnissen zu machen gewesen, was die Beschwerdeführerin jedoch ebenfalls unterliess. Sie hat weder in ihren Rekurseingaben (OG act. 4/18, 4/37 und 4/43) bis zum ersten Rekursentscheid vom 21. August 2007 noch nach der Rückweisung der Sache durch das Kassationsgericht an die Vorinstanz mit Beschluss vom 2. Juli 2008 (OG act. 2) im Rekursverfahren irgendwelche Angaben zu den finanziellen Verhältnisse der Parteien gemacht. Die Beschwerdeführerin hat auch in ihrer Beschwerdeschrift nicht auf konkrete Angaben ihrerseits verwiesen, sondern nur pauschal ausgeführt, die Vorinstanz habe sich mit den dargelegten finanziellen Verhältnisse der Parteien [im Rahmen des Entscheides über die Unterhaltsbeiträge; Anmerk. Kassationsgericht] auseinandergesetzt. Auf Grund der bezüglich Prozesskostenvorschuss herrschenden Verhandlungsmaxime (§ 54 ZPO) war die Vorinstanz nicht gehalten, die Beschwerdeführerin zur Begründung ihres Begehrens um Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses anzuhalten. Ebenso wenig hatte das Gericht hinsichtlich der Frage des Prozesskostenvorschusses von den Parteien allenfalls in anderen Verfahren (z.B. im Kassationsverfahren AA070139) eingereichte Unterlagen zu berücksichtigen und tatsächliche Vorbringen in anderen Verfahren zu beachten. Sodann ist auch zu berücksichtigen, dass es bei der Frage, ob ein Prozesskostenvorschuss zu leisten sei, nicht nur – wie vordringlich bei der Regelung eines Unterhaltsbeitrages – auf die Einkommensverhältnisse, sondern

insbesondere auch auf die Vermögensverhältnisse der Parteien ankommt und diese offen zu legen sind. Die Beschwerdeführerin machte schliesslich auch keine Verletzung der Fragepflicht durch die Vorinstanz geltend. Eine solche erschiene auch fraglich, da diese nur bei unklaren, unvollständigen oder unbestimmten Vorbringen zum Tragen kommt, jedoch vorliegend jegliche Begründung des Antrages auf Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses unterlassen wurde. Insbesondere bei einer rechtskundigen Vertretung der Partei erscheint die Annahme gerechtfertigt, dass nicht vorgetragene rechtsbegründende Tatsachen deshalb nicht vorgebracht wurden, weil sie sich auch nicht verwirklicht haben (ZR 81 Nr. 118). Soweit die Vorinstanz im angefochtenen Beschluss vom 25. September 2008 auf das Begehren um Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses nicht eingetreten ist, kann von der Beschwerdeführerin kein Nichtigkeitsgrund nachgewiesen werden.

3.3 Anders präsentiert sich die Rechtslage bezüglich des von der Beschwerdeführerin im Rekursverfahren (eventualiter) ebenfalls gestellten Gesuches um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters.

Zuerst ist zu bemerken, dass der Entscheid der Vorinstanz keine Begründung dafür enthält, dass auf dieses (eventualiter) gestellte Gesuch nicht eingetreten wird. Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege wird lediglich im Titel zu Erwägung II.2.3 erwähnt. Die Beschwerdeführerin rügt mit ihrer Beschwerde sinngemäss auch, die Vorinstanz habe ihren Anspruch auf das rechtliche Gehör verletzt, indem sie auf das Gesuch nicht eingetreten sei (KG act. 1, Ziff. 6 und 7, S. 3 f.). Darunter kann auch die Rüge verstanden werden, dass das rechtliche Gehör mangels Begründung des Nichteintretensentscheides verletzt worden sei. Diese Rüge erscheint vorliegend berechtigt. Disp.-Ziff. 1 des vorinstanzlichen Entscheides ist daher aufzuheben, soweit die Vorinstanz auf das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters nicht eintritt. Die Sache ist an die Vorinstanz zurückzuweisen, welche ihren Entscheid vorerst zu begründen haben wird.

Bereits heute ist diesbezüglich auf Folgendes hinzuweisen: Bezüglich des Gesuches um unentgeltliche Rechtspflege herrscht eine (eingeschränkte) Officialmaxime (vgl. auch Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 1997, N 30 zu § 54; ZR 90 Nr. 82). Selbst wenn auf das Gesuch um Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses zu Recht nicht eingetreten worden ist (vgl. vorn Erw. 3.2), ist im Rahmen des Gesuches um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege die Frage nach der Möglichkeit eines Prozesskostenvorschusses bzw. der Übernahme der Kosten durch die Gegenpartei im Rahmen der ehelichen Beistandspflicht bei der Frage des Vorliegens der Voraussetzung der Mittellosigkeit vorfrageweise zu prüfen. Wie oben (Erw. 3.1) ausgeführt wurde, gilt die Officialmaxime auch bezüglich dieser Vorfrage, ob die ansprechende Partei allenfalls einen – der unentgeltlichen Rechtspflege vorgehenden – Prozesskostenvorschuss hätte erhältlich machen können. Würde dies zutreffen, hätte die Beschwerdeführerin keinen Anspruch auf unentgeltliche Prozessführung; ihr prozessuales Versäumnis würde keinen Anspruch auf unentgeltliche Prozessführung entstehen lassen. Die Vorinstanz könnte sich somit in casu nicht damit begnügen auf die fehlenden Angaben der Beschwerdeführerin zu den finanziellen (Vermögens-)Verhältnissen zu verweisen und mangels Begründung nicht auf das Gesuch einzutreten. Vielmehr wäre auf Grund der (beschränkten) Officialmaxime einerseits auch auf Angaben und Unterlagen einzugehen, welche von den Parteien im laufenden Verfahren zu den finanziellen Verhältnisse gemacht und so zum Bestandteil der Akten wurden, selbst wenn diese Angaben nicht im Rekursverfahren selbst gemacht wurden (sondern beispielsweise im letzten Beschwerdeverfahren vor Kassationsgericht und mit der Rückweisung der Sache an die Vorinstanz dieser bekannt geworden sind; diesbezüglich ist auch darauf hinzuweisen, dass sich in den vorinstanzlichen Akten zudem der Nachtragsbeschluss des Kassationsgerichts vom 28. August 2008 AA070139/U2 betreffend Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Beschwerdeverfahren AA070139 befindet: OG act. 8). Andererseits hätte die Vorinstanz die Beschwerdeführerin – falls sie die Vorbringen im Hinblick auf die Vorfrage eines Prozesskostenvorschusses als ungenügend erachten würde – zur Mitwirkung im Sinne von § 84 Abs. 2 ZPO aufzufordern. Jedenfalls würde von der Vorinstanz mit

dem Nichteintreten auf das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ohne Auseinandersetzung mit bisher bekannten Tatsachen bezüglich der finanziellen Verhältnisse bzw. ohne vorherige weitere Abklärungen und ohne Aufforderung der Beschwerdeführerin zur Mitwirkung im Sinne von § 84 Abs. 2 ZPO der Anspruch auf das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerin bzw. ein wesentlicher Verfahrensgrundsatz verletzt.

4.1 Die Beschwerdeführerin ficht im Weiteren auch die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen durch die Vorinstanz an. Sie macht geltend, sie erhalte gegenüber Ziff. 2.3 nicht nur bis am 31. März 2007 Fr. 3'600.-- für sich persönlich, sondern bis am 31. Dezember 2008, also 24 Monate statt 3. Entgegen der Begründung der Vorinstanz sei sie hier nicht vollständig unterlegen. Zudem sei die Herausgabe der Pässe eine Nebensache; die Kosten seien dem Beschwerdegegner zu 7/10 aufzuerlegen (KG act. 1, S. 4).

4.2 Grundsätzlich wird die Vorinstanz nach ihrem neuen Entscheid zum beschwerdeführerischen Gesuch um unentgeltliche Prozessführung und um unentgeltliche Rechtsvertretung für das Rekursverfahren allenfalls neu über die Kosten- und Entschädigungsregelung zu entscheiden haben, weshalb auch die Disp.-Ziff. 4 und 5 aufzuheben sind. Dabei wird die Vorinstanz auch beachten können, dass tatsächlich der Beschwerdegegner im Rekursverfahren den Antrag stellte, er sei höchstens zu verpflichten, der Beschwerdeführerin persönlich bis 31. März 2007, event. bis 1. Juli 2007 Fr. 3'600.--, ab 1. April 2007 Fr. 2'300.-- und ab 1. Juli 2007 Fr. 1'650.-- zu bezahlen (OG act. 4/9, S. 2), währenddem die Beschwerdeführerin die Abweisung des Rekurses (und damit die Bestätigung der Regelung der ersten Instanz gemäss der Vereinbarung der Parteien: Unterhaltsbeiträge von Fr. 3'600.- im Monat ab dem 1. Januar 2007; vgl. OG act. 4/3, S. 4) beantragte (OG act. 4/18). Im Rekursentscheid vom 25. September 2008 wurde der Beschwerdegegner schliesslich verpflichtet, der Beschwerdeführerin monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 3'600.-- vom 1. Januar 2007 bis 31. Dezember **2008** [Hervorhebung durch das Kassationsgericht], Fr. 2'300.-- ab 1. Januar 2009 bis 31. März 2009 und von Fr. 1'650.-- ab 1. April 2009 zu bezahlen, womit die Beschwerdeführerin

im Rekursverfahren zumindest zu einem Teil mit ihrem Antrag betreffend Unterhaltsbeitrag durchgedrungen ist.

4.3 Der Vollständigkeit halber sei noch erwähnt, dass auf den Antrag der Beschwerdeführerin, es sei Disp.-Ziff. 6 des vorinstanzlichen Entscheides betreffend Entschädigung des Kinderprozessbeistandes aufzuheben und der Beschwerdegegner zu verpflichten, (auch) diese Kosten aus dem ehelichen Vermögen zu bezahlen (vgl. KG act. 1, Antrag 1, S. 2), nicht weiter einzugehen ist. Soweit die Beschwerdeführerin damit die hälftige Kostenaufgabe an sie anfechten wollte, könnte darauf nicht eingetreten werden, weil die Vorinstanz bereits mit Beschluss vom 21. August 2007, Disp.-Ziff. 6, darüber entschieden hatte und diese Dispositiv-Ziffer mit Beschluss des Kassationsgerichts vom 2. Juli 2008 explizit nicht aufgehoben wurde, da diese nicht beanstandet worden war (Kass.Nr. AA070139, Beschluss vom 2. Juli 2008 = OG act. 2, Erw. II.7, S. 20). Dass die Beschwerdeführerin allenfalls die Höhe der (neu im vorinstanzlichen Beschluss 25. September 2008 festgelegten) Entschädigung an den Kinderprozessbeistand beanstanden wollte, geht aus der vorliegenden Nichtigkeitsbeschwerde in keiner Weise hervor. Überdies wäre die Festlegung der Höhe der Entschädigung als Akt der Justizverwaltung nicht mit Nichtigkeitsbeschwerde beim Kassationsgericht anfechtbar und auch diesbezüglich könnte darauf nicht eingetreten werden.

### III.

1. Ausgangsgemäss wird der Beschwerdegegner, welcher die Abweisung der Nichtigkeitsbeschwerde beantragt hat (KG act. 10), kosten- und entschädigungspflichtig. Damit wird das Gesuch der Beschwerdeführerin, es sei ihr für das Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren (KG act. 1, Antrag 2, S. 2), gegenstandslos.

2.1 Nicht gegenstandslos wird der Antrag um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes für das Beschwerdeverfahren, weil diesem die zugesprochene Prozessentschädigung von der Gegenpartei direkt zuzusprechen wäre und

– falls sie nicht erhältlich sein sollte – er allenfalls gemäss § 89 Abs. 2 ZPO (vor-erst) aus der Gerichtskasse entschädigt würde.

2.2 Zur Frage der Mittellosigkeit der Beschwerdeführerin kann vorab auf die Erwägungen des Kassationsgerichts im Nachtragsbeschluss AA070139/U2 vom 28. August 2008 verwiesen werden (OG act. 8, Erw. 4 bis 6, S. 3 ff.). Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Verhältnisse hätten sich seither nicht verändert (KG act. 1, S. 2). Zudem hat die Vorinstanz im Beschluss vom 25. September 2008 die vom Beschwerdegegner an die Beschwerdeführerin persönlich zu bezahlenden Unterhaltsbeiträge unter Anrechnung eines Arbeitseinkommens von monatlich Fr. 2'700.-- ab dem 1. Januar 2009 bis 31. März 2009 auf Fr. 2'300.-- und ab dem 1. April 2009 auf Fr. 1'650.-- herabgesetzt (KG act. 2, S. 13), was unangefochten geblieben ist. Selbst wenn die Beschwerdeführerin nunmehr wieder arbeitstätig sein sollte, hätte sie das Einkommen somit für ihren Lebensunterhalt zu verwenden. Es ist damit weiterhin von der Mittellosigkeit der Beschwerdeführerin auszugehen. Angesichts der Gutheissung der Beschwerde kann das Beschwerdeverfahren nicht als aussichtslos angesehen werden. Sodann erscheint klar, dass die Beschwerdeführerin im Sinne von § 87 ZPO für die Ausarbeitung der Nichtigkeitsbeschwerde auf den Beistand eines Rechtsvertreters angewiesen war. Ihr ist somit für das vorliegende Beschwerdeverfahren in der Person von Rechtsanwalt lic.iur. E. ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen.

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

#### **Das Gericht beschliesst:**

1. Der Beschwerdeführerin wird für das vorliegende Beschwerdeverfahren in der Person von Rechtsanwalt lic.iur. E. ein unentgeltlicher Rechtsvertreter bestellt.

2. In Gutheissung der Beschwerde werden Disp.-Ziff. 1, soweit damit auf das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege nicht eingetreten wurde, sowie Disp.-Ziff. 4 und 5 des Beschlusses der I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 25. September 2008 aufgehoben und die Sache im Sinne der Erwägungen zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen.
3. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 2'500.--.
4. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden dem Beschwerdegegner auferlegt.
5. Der Beschwerdegegner wird verpflichtet, dem unentgeltlichen Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin, Rechtsanwalt lic.iur. E., für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 2'500.-- (inkl. MWST) zu entrichten.
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.  
  
Hinsichtlich des Fristenlaufes gelten die Art. 44 ff. BGG.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, den Prozessbeistand der Kinder, sowie an die I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich und an die Einzelrichterin im summarischen Verfahren des Bezirkes H. (EE060137), je gegen Empfangsschein.

---

**KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH**

Die juristische Sekretärin:

