

ZH_KASSATIONSGERICHT AA080036 vom 29. Dezember 2008

Zh Kassationsgericht, 2008-12-29, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_kassationsgericht_AA080036

FR: ZH_KASSATIONSGERICHT AA080036 du 29 décembre 2008

IT: ZH_KASSATIONSGERICHT AA080036 del 29 dicembre 2008

Erwägungen

E. 1

Mit Urteil vom 25. April 2007 sprach der Einzelrichter am Bezirksgericht Z. zwischen den Parteien die Scheidung aus und bewilligte dem dann zumal un- vertretenen Gesuchsteller, Zweitappellanten, Anschlussappellanten und Be- schwerdeführer (nachfolgend Beschwerdeführer) mit Verfügung gleichen Datums die unentgeltliche Prozessführung (BG act. 40).

E. 2

Gegen das Urteil haben beide Parteien Berufung eingelegt, welche die Rechtsvertreterin des Beschwerdeführers am 20. Juni 2007 wieder zurückgezo- gen hat. Mit der Berufungsbegründung vom 17. September 2007 beantragte die Gesuchstellerin, Zweitappellantin und Anschlussappellatin (im Nachfolgenden Beschwerdegegnerin) die Abänderung der Unterhaltsverpflichtung gemäss Ziff. 4 des Urteils des Einzelrichters sowie die Abweisung des Begehrens um Gewäh- rung der unentgeltlichen Prozessführung sowie des erstmals für das Berufungs- verfahren gestellten Begehrens um unentgeltliche Rechtsverteidigung des Be- schwerdeführers. Dieser beantragte die Abweisung der Berufung der Beschwer- degegnerin und mit seiner Anschlussberufung die Abänderung von Ziff. 4 und 5 des Urteils des Einzelrichters am Bezirksgericht Z. (angefochtener Beschluss KG act. 2 S. 2). Mit Beschluss vom 28. Januar 2008 hat das Obergericht des Kantons Zürich dem Beschwerdeführer die unentgeltliche Prozessführung entzogen und das Gesuch um Bestellung einer unentgeltlichen Rechtsbeiständin abgewiesen (KG act. 2).

E. 3

a) Den Anspruch des Beschwerdeführers auf rechtliches Gehör und rechtsgleiche Behandlung (Grundsatz der Waffengleichheit) und damit wesentli- che Verfahrensgrundsätze habe die Vorinstanz - so der Beschwerdeführer - da- durch verletzt, dass sie die Beschwerdegegnerin, die nicht Partei des Gesuchs- verfahrens sei und nach § 84 Abs. 2 ZPO nicht einmal Anspruch auf Anhörung als Partei zum Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege der Gegenpartei habe, zwei Mal ausdrücklich aufgefordert habe, zu den Gesuchen des Beschwerdeführers um unentgeltliche Rechtspflege Stellung zu nehmen, während sie ihn zu keinem Zeitpunkt darauf hingewiesen habe, dass sein Gesuch ungenügend substantiiert oder dokumentiert sei und ihm auch keine Gelegenheit eingeräumt habe, sich zur separaten Rechtseingabe der Beschwerdegegnerin betreffend unentgeltliche Rechtspflege vom 17. September 2007 (OG act. 54) zu äussern, sodass ihm Ge- legenheit geboten worden wäre, seine Anträge mit Einschluss der einschlägigen Beweismittel zu Bedingungen zu präsentieren, die keinen wesentlichen Nachteil gegenüber der Gegenpartei darstellen würden (KG act. 1 S. 6 f. RZ 3).

- 5 - b) aa) Gemäss § 56 ZPO haben die Parteien nach Massgabe des Gesetzes Anspruch auf rechtliches Gehör. Der Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV) sowie der Anspruch auf ein faires Verfahren gemäss Art. 6 Ziff. 1 EMRK (von dem auch das Prinzip der Waffengleichheit ein Bestandteil ist, BGE 133 I 100 Erw. 4.3 unter Verweis auf die Rechtsprechung des EGMR) verleihen der Prozesspartei (ausgenommen zum Schutz überwiegender öffentlicher Interessen oder berechtigter Interessen Dritter) Anspruch, in alle für den Entscheid wesentlichen Akten Einsicht zu nehmen und sich dazu zu äussern, was bedeutet, dass ein Gericht jede bei ihm eingereichte Stellungnahme den Beteiligten zur Kenntnis zu bringen hat (BGer 5A_151/2007 vom 22.01.2008, Erw. 3.2; BGE 132 I 42 Erw. 3.3. m.w.H.; Pra 2006 Nr. 126 Erw. 2 mit zahlreichen Hinweisen auf Entscheide des EGMR). Wollen Verfahrensbeteiligte, die vom Gericht eine Eingabe zur Kenntnisnahme ohne Fristansetzung zur Stellungnahme erhalten, zur Sache (nochmals) Stellung nehmen, so sollen sie dies umgehend tun, andernfalls davon auszugehen ist, es sei auf Stellungnahme verzichtet worden (BGE 133 I 98, Erw. 2.2; 133 I 100, Erw. 4.8; ZR 106 Nr. 67, Erw. II.1.1). Indem die Vorinstanz dem Beschwerdeführer die Eingabe der Beschwerdegegnerin betreffend unentgeltliche Rechtspflege vom 17. September 2007 (OG act. 54) zwar zur Kenntnisnahme, jedoch ohne explizite Fristansetzung zur Stellungnahme zugestellt hat (OG act. 56), hat sie keine Verfahrensvorschriften verletzt, zumal es nach dem vorstehend Dargestellten dem Beschwerdeführer unbekannt gewesen wäre, sich umgehend zu dieser Eingabe zu äussern oder eine Fristansetzung zur Stellungnahme zu verlangen. Es trifft also nicht zu, dass der Beschwerdeführer keine Gelegenheit erhalten hat, sich zur genannten Eingabe der Beschwerdegegnerin zu äussern, weshalb die Rüge der Verletzung des rechtlichen Gehörs unbegründet ist. bb) Auch der Grundsatz der Gleichbehandlung ist nicht dadurch verletzt, dass die Vorinstanz der Beschwerdegegnerin "zwei Mal" explizit Frist angesetzt hat, sich zu den beiden Gesuchen um unentgeltliche Rechtspflege des Beschwerdeführers zu äussern. Wenn das Gericht gemäss § 84 Abs. 2 ZPO nämlich auch den Prozessgegner (der entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers auch

- 6 - Partei des "Gesuchsverfahrens" ist) zum Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege der Gegenpartei anhören kann, so kann es schon von vorneherein keinen Verfahrensgrundsatz verletzen, indem es diesem Frist ansetzt, sich zum entsprechenden Gesuch zu äussern. Sollte der Beschwerdeführer seine Vorbringen entsprechend verstanden haben wollen, gingen sie demnach ins Leere. Entgegen der Darstellung des Beschwerdeführers hat die Vorinstanz überdies nicht zwei Mal Frist zur Stellungnahme zum gleichen seinerseitigen Gesuch angesetzt: Die Fristansetzung gemäss Beschluss vom 22. Juni 2007 betraf das für die Erstberufung des Beschwerdeführers gestellte Rechtspflegegesuch (OG act. 48 und act. 49), während die Verfügung vom 2. November 2007 (OG act. 61) das mit der Anschlussberufung gestellte Gesuch betrifft (OG act. 58). Die Rüge der Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes als Ausfluss des Anspruches auf ein faires Verfahren gemäss Art. 29 Abs. 1 BV ist auch deshalb unbegründet.

E. 4

a) Den Passus "Gleichzeitig hielt er an seinem Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege fest (Urk 58 S. 3 f.)" im angefochtenen Entscheid hält der Beschwerdeführer für ungenau, aktenwidrig und irreführend, weil diese Formulierung den Eindruck erwecke, der Beschwerdeführer habe sich mehrmals zu seinem Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege geäußert, was aber nicht zutrefte. Er habe lediglich je ein Gesuch für das

Berufungsverfahren und für das Anschlussberufungsverfahren gestellt (KG act. 1 RZ 4). b) Auf diese Rüge kann nur schon deshalb nicht eingetreten werden, weil der Beschwerdeführer es unterlässt, aufzuzeigen, inwiefern sich der beanstandete Passus zu seinem Nachteil ausgewirkt hätte (vgl. § 281 ZPO). Damit kann offenbleiben, ob bezüglich dieser Rüge die Anforderungen an den Nachweis des Nichtigkeitsgrundes gemäss § 288 Abs. 1 Ziff. 3 ZPO erfüllt wären. Dass er in OG act. 58 nicht mehr an seinem Rechtspflegegesuch festgehalten resp. dieses hinsichtlich der Anschlussberufung fallen gelassen hätte, und sich die Feststellung der Vorinstanz somit als blanker Irrtum erweisen würde, macht der Beschwerdeführer nicht geltend, sodass die Rüge auch unbegründet wäre, sofern auf sie eingetreten werden könnte.

- 7 -

E. 5

a)aa) Nach Ansicht des Beschwerdeführers hat die Vorinstanz den Nichtigkeitsgrund der aktenwidrigen und willkürlichen tatsächlichen Annahme gesetzt, indem sie dem Beschwerdeführer im angefochtenen Beschluss vorwerfe, er hätte quasi wissen müssen, dass er Belege über den im Januar 2005 verkauften Audi und die im August 2006 verkaufte Liegenschaft in Oetwil am See einzureichen habe, nachdem die Erstinstanz wie auch die Beschwerdegegnerin davon ausgegangen seien, dass das Vermögen des Beschwerdeführers Fr. 0 betrage. Dies hätten die Parteien auch einvernehmlich in der vom Einzelrichter genehmigten Teilvereinbarung bestätigt. Seit dem erstinstanzlichen Urteil habe sich an der Vermögenssituation des Beschwerdeführers nichts verändert, zumindest nichts verbessert. Die Vorinstanz habe vom Beschwerdeführer keine Ausweise verlangt und ihn auch nicht über seine Verhältnisse einvernommen. Dafür habe der Beschwerdeführer vor dem Einzelrichter des Bezirksgerichts Z. zu Protokoll gegeben, dass er aus dem Verkauf der ehelichen Liegenschaft etwa Fr. 34'000.-- erhalten habe und auf die Frage, ob er über Vermögen verfüge, geantwortet: "Nein, vom Verkaufserlös ist nichts mehr vorhanden" (KG act. 1 RZ 5). bb) Weiter rügt der Beschwerdeführer die Verletzung der richterlichen Fragepflicht, indem die Vorinstanz ohne ihn aufzufordern, zu seinem Gesuch weitere Angaben zu machen oder Unterlagen einzureichen, festhalte: "so hätte der Gesuchsteller auf entsprechenden Vorhalt der Gesuchstellerin zu den entsprechenden finanziellen Mitteln weitere Angaben zum Verbleib der fraglichen Summe machen müssen". Er räumt dabei ein, dass das Obergericht einen selbständigen Entscheid treffen konnte und nicht an die Erkenntnisse der Erstinstanz gebunden war, ist jedoch der Auffassung, dass die Behauptung der Beschwerdegegnerin in OG act. 54, die Vorbringen des Beschwerdeführers hinsichtlich der Verwendung des Verkaufserlöses für die Begleichung von Schulden seien nicht substantiiert, die Fragepflicht des Richters nicht zu ersetzen vermöge, weil sich daraus nicht schliessen lasse, dass der Richter die gleiche Ansicht zum Umfang der Substantiierungspflicht vertrete (KG act. 1 RZ 6). cc) Nach Ansicht des Beschwerdeführers stelle es eine aktenwidrige und willkürliche tatsächliche Annahme dar, wenn das Obergericht festhalte, es sei da-

- 8 - von auszugehen, dass der Gesuchsteller über die erforderlichen Mittel zur Finanzierung des Prozesses verfügen könne, nachdem er vor Erstinstanz zu Protokoll gegeben habe, dass er Schulden habe und vom Verkaufserlös aus dem ehelichen Haus nichts mehr vorhanden sei (KG act. 1 RZ 7). b)aa) Die Vorinstanz spricht an der vom Beschwerdeführer beanstandeten Stelle nur den Anteil des Beschwerdeführers am Verkaufserlös der Liegenschaft von Fr. 30'000.-- an (KG act. 2 S. 5 unten und S. 6 oben), nicht aber

denjenigen des Verkaufs des Audi, sodass die Rüge in diesem Punkt schon von vorneherein am angefochtenen Beschluss vorbeigeht. Der "Quasivorwurf, der Beschwerdeführer hätte wissen müssen, dass ..." (resp. die Erwägung der Vorinstanz, der Beschwerdeführer hätte angesichts des Vorhalts der Beschwerdegegnerin, wonach sie ihr Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und Rechtsverteidigung zurückgezogen habe, weil sie ihren Anteil am Verkaufserlös zur Prozessfinanzierung verwende, weitere Angaben zum Verbleib der fraglichen Summe machen müssen) kann weder eine Tatsachenfeststellung, die mit den Akten in Widerspruch steht, noch eine unhaltbare Beweiswürdigung von Tatsachenbehauptungen, mithin weder aktenwidrig noch willkürlich, sein. Sinngemäss wird mit dieser Rüge eine Falschanwendung der Bestimmungen über die unentgeltliche Rechtspflege und der damit zusammenhängenden richterlichen Abklärungspflicht (§§ 84 ff. ZPO) geltend gemacht. Die unzutreffende Subsumption unter die geltend gemachten Nichtigkeitsgründe schadet dem Beschwerdeführer nicht, da die Subsumption vom Gericht vorzunehmen ist (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 4 zu § 288 ZPO; Spühler/Vock, a.a.O., S. 73). Es ist demnach zu untersuchen, ob die Vorinstanz dem Beschwerdeführer die unentgeltliche Rechtspflege zu Recht verweigert hat, weil dieser auf den Vorhalt der Gegenpartei hin nicht von sich aus detaillierte Angaben über den Verbleib des Verkaufserlöses aus der ehelichen Liegenschaft gemacht hat: Nach § 84 Abs. 1 ZPO (sowie unabhängig davon nach Art. 29 Abs. 3 BV und Art. 6 Ziff. 3 lit. c EMRK) hat eine Partei, der die Mittel fehlen, um neben dem Lebensunterhalt für sich und ihre Familie die Gerichtskosten aufzubringen, in einem für sie nicht aussichtslosen Zivilprozess Anspruch auf unentgeltliche Pro-

- 9 - zessführung (vgl. Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 1ff. zu § 84 ZPO; vgl. BGE 120 Ia 180 Erw. 3; Kass.-Nr. 97/019 Z vom 23.04.1999, i.S. H., Erw. IV.2, m.w.H.). Unter denselben Voraussetzungen wird einer Partei (ebenfalls auf Gesuch hin) ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt, wobei hiefür zusätzlich erforderlich ist, dass sie zur gehörigen Wahrung ihrer Rechte eines solchen bedarf, d.h. dass die Bestellung eines rechtskundigen Vertreters als sachlich notwendig erscheint (§ 87 ZPO und Art. 29 Abs. 3 Satz 2 BV). Aus der verfahrensrechtlichen Natur des Anspruchs auf Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege folgt, dass das Gericht dessen gesetzliche Voraussetzungen grundsätzlich von Amtes wegen zu prüfen hat (vgl. Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 30 zu § 54 ZPO). Die insoweit geltende Offizialmaxime unterliegt allerdings einer doppelten Beschränkung: Einerseits statuiert Abs. 1 von § 84 ZPO das Antragsprinzip und andererseits dessen Abs. 2 die Mitwirkungspflicht der Parteien. Nichts anderes folgt im Übrigen aus den direkt aus Art. 4 aBV bzw. Art. 29 Abs. 3 BV (und Art. 6 Ziff. 3 lit. c EMRK) hergeleiteten Grundsätzen (vgl. Kass.-Nr. 97/019 Z vom 23.04.1999, i.S. H., Erw. IV.2, m.w.H.). Dabei obliegt es grundsätzlich dem Gesuchsteller, insbesondere seine gesamte aktuelle wirtschaftliche Situation vollständig darzustellen und soweit möglich auch zu belegen (ZR 104 Nr. 14; 95 Nr. 92, Erw. II.3.d; BGE 120 Ia 181 f.; 125 IV 164; sog. "beschränkte" Offizialmaxime bei der Abklärung der Voraussetzungen des Armenrechts). Namentlich wenn zu einem noch nicht lange zurückliegenden Zeitpunkt Vermögen vorhanden gewesen ist, obliegt es dem Gesuchsteller, bei der Begründung des Gesuches um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege zumindest glaubhaft zu machen, wie er die Mittel verwendet hat (Kass.-Nr. AA050153 vom 25.09.2006 i.S. M., Erw. II.2.2; Kass.-Nr. AA040050 vom 30.07.2004 i.S. M., Erw. II.3.a; Kass.-Nr. 92/233 Z vom 26.10.1992 i.S. N., Erw. II.1.c). Allerdings braucht der Gesuchsteller die Angaben betreffend die finanziellen Verhältnisse nicht von sich aus einzubringen. Vielmehr dürfen dieselben

(abgesehen von hier nicht interessierenden Ausnahmen, dazu nachfolgend bb) erst im Rahmen seiner Mitwirkungspflichten gemäss § 84 Abs. 2 ZPO, d.h. auf gerichtli-

- 10 - che Aufforderung hin, verlangt werden. Dabei reicht eine einmalige richterliche Fristansetzung zur Darlegung der finanziellen Verhältnisse grundsätzlich aus. Insbesondere besteht keine generelle Pflicht des Gerichts, bei Nichtbefolgung einer solchen Aufforderung oder bei Unvollständigkeit, fehlender Schlüssigkeit oder Unklarheit des auf entsprechende Nachfrage hin Vorgebrachten noch einmal zur Mitwirkung aufzufordern. Erteilt der Ansprecher die zur Beurteilung des Gesuchs bzw. der Anspruchsvoraussetzungen notwendigen Auskünfte nicht oder nicht vollständig, kann ihm die unentgeltliche Rechtspflege wegen Verletzung der Mitwirkungspflicht verweigert werden (ZR 90 Nr. 57, Erw. 6.1.4; 95 Nr. 92, Erw. II.3.d; 104 Nr. 14; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 23a zu § 84 ZPO m.w.H.; Frank, Ergänzungsband zu Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., Zürich 2000, N 4 zu § 84 ZPO; Bühler, Prozessarmut, in: Schöbi [Hrsg.], Gerichtskosten, Parteikosten, Prozesskaution, unentgeltliche Prozessführung, SWR Bd. 3, Bern 2001, S. 188 f.; BGE 120 Ia 182; 125 IV 165; Pra 2003 Nr. 63, Erw. 2.1; BGer 5A_26/2008 vom 4.2.2008, Erw. 3.2; vgl. zum Ganzen auch Meichssner, Das Grundrecht auf unentgeltliche Rechtspflege [Art. 29 Abs. 3 BV], Basel 2008, S. 72 ff., insbes. S. 77 f.). bb) Aus der in § 55 ZPO statuierten richterlichen Fragepflicht ergibt sich nichts über die vorstehend dargestellten Grundsätze Hinausgehendes. Entsprechend dem Prinzip von Treu und Glauben (§ 50 Abs. 1 ZPO), das auch bei Gesuchen betreffend die unentgeltliche Rechtspflege - wie im Verfahrensrecht schlechthin - gilt, kann die Frage- resp. Hinweispflicht entfallen, wenn einer Partei schon aus früheren Verfahren oder aufgrund des vorangehenden Prozessverlaufs bekannt ist, welche Anforderungen an die Begründung eines Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege hinsichtlich der finanziellen Verhältnisse gestellt werden. Diesfalls kann die Aufforderung zur Darlegung der finanziellen Verhältnisse oder der Hinweis auf die ungenügende Substanziierung ohne Verletzung der Abklärungspflicht unterbleiben (ZR 104 Nr. 14; RB 1994 Nr. 65; Kass.-Nr. 2001/194 d.v. 2001/225 vom 11.11.2001 i.S. P., Erw. III.4.d; Kass.-Nr. 97/019 Z vom 23.04.1999 i.S. H., Erw. IV.2, m.w.H.; s.a. Pra 2004 Nr. 110, Erw. 2.4; EVGer U 85/2005 vom 04.05.2006, Erw. 5; Lieber, Zur richterlichen Fragepflicht gemäss § 55 der zürche-

- 11 - rischen Zivilprozessordnung, in: Festschrift zum 70. Geburtstag von Guido von Castelberg, Zürich 1997, S. 171 m.w.H. in Anm. 61). Vorliegend wurde der Beschwerdeführer im bisherigen Verfahrensverlauf nie gerichtlich - zumindest nicht mittels Verfügung oder Beschluss - zur Darlegung seiner finanziellen Verhältnisse aufgefordert und muss sich daher nicht enthalten lassen, dass die richterliche Frage- resp. Hinweispflicht entfalle, weil ihm schon aufgrund des vorangehenden Prozessverlaufs bekannt sei, welche Anforderungen an die Begründung eines Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege hinsichtlich der finanziellen Verhältnisse gestellt würden. Es stellt sich jedoch die Frage, wie es sich verhalte, wenn die gesuchstellende Partei zwar nicht seitens des Gerichts (oder der Gerichte) zur Einreichung von Unterlagen betreffend ihre finanziellen Verhältnisse oder zur Substanziierung der Verwendung von vormals vorhandenen Vermögenswerten aufgefordert wird, aber die Gegenpartei sie auf die mangelnde Substanziierung über den Verbleib von konkret benannten Vermögenswerten (i.c. Anteil am Verkaufserlös der ehelichen Liegenschaft resp. Befristnis aus Güterrecht von Fr. 30'000.--) hinweist, wie durch die Beschwerdegegnerin mit Eingabe an die

Vorinstanz vom 17. September 2007 (OG act. 54) erfolgt. Gemäss Praxis des Kassationsgerichts lässt die Behauptung der Gegenpartei, die Vorbringen der andern Partei seien nicht bzw. nicht genügend substantiiert, die richterliche Fragepflicht nicht entfallen, denn aus der entsprechenden Behauptung der Gegenpartei lässt sich nicht zwingend schliessen, dass der Richter bezüglich des Umfangs der Substanziierungspflicht die gleiche Ansicht vertritt (RB 1991 Nr. 38), worauf der Beschwerdeführer zutreffend hinweist (KG act. 1 RZ 6). Aus dem Gesagten folgt, dass die Vorinstanz einen wesentlichen Verfahrensgrundsatz verletzt hat, indem sie es unterlassen hat, den Beschwerdeführer aufzufordern, über den Verbleib der besagten Summe substantiierte Angaben zu machen, bevor sie dessen Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege mit der Begründung der mangelnden Vermögensarmut abgewiesen hat. Der Entscheid ist daher aufzuheben und das Verfahren an die Vorinstanz zwecks Ausübung der Fragepflicht zurückzuweisen.

- 12 - cc) Unter dem Aspekt des Gebotes des prozessualen Handelns nach Treu und Glauben (§ 50 Abs. 1 ZPO, Art. 9 BV), welches nicht nur die Parteien, sondern auch das Gericht bindet (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 8 zu § 50 ZPO; ZR 96 Nr. 121, Erw. II.3.d; 83 Nr. 104, Erw. 6; 81 Nr. 133, Erw. 3), gelangt man auch aus folgenden Erwägungen zum selben Resultat: Zwar verbietet dieses Gebot einer Rechtsmittelinstanz grundsätzlich nicht, ein bestimmtes Rechtsbegehren – insbesondere auch ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege – auch ohne (im Falle eines Armenrechtsgesuchs erneute) vorgängige Ausübung des Fragerechts aus einem anderen als dem von der ersten Instanz genannten Grund abzuweisen (vgl. ZR 88 Nr. 2; RB 1999 Nr. 65; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 6 zu § 55 ZPO); wenn jedoch die Parteien nicht mit der von der Rechtsmittelinstanz herangezogenen Begründung zu rechnen brauchen, greift vorweg die richterliche Fragepflicht bzw. ist die Rechtsmittelinstanz nach Treu und Glauben verpflichtet, der betroffenen Partei die Möglichkeit zu geben, ihre (allenfalls ungenügenden) Vorbringen entsprechend zu ergänzen (Lieber, a.a.O., S. 174 und S. 178 f.; s.a. Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 6 zu § 55 ZPO und N 15 zu § 56 ZPO; von Rechenberg, a.a.O., S. 27; Spühler/Vock, a.a.O., S. 52, Anm. 269); das muss je nach den konkreten Umständen des Einzelfalls selbst dann gelten, wenn die Fragepflicht (hier: nach § 84 Abs. 2 ZPO) bereits einmal ausgeübt worden ist und die Parteien im Anschluss daran ihr Vorbringen bereits früher einmal vervollständigt haben. In diesem Sinne hat das Kassationsgericht schon entschieden, dass, wenn die erste Instanz bestimmte Vorbringen als hinreichend substantiiert erachtet hat, die betreffende Partei nicht damit rechnen muss, die Rechtsmittelinstanz werde eben diese Vorbringen als nicht genügend substantiiert betrachten; vielmehr müsse die Partei diesfalls vom Gericht auf den Mangel hingewiesen (und ihr Gelegenheit zur Behebung desselben gegeben) werden (RB 2006 Nr. 47; s.a. RB 1999 Nr. 65 a.E.; ZR 90 Nr. 85 a.E.). Vorliegend gab sich der Erstrichter mit der Antwort auf die Frage, ob der Beschwerdeführer über Vermögen verfüge: "Nein, vom Verkaufserlös ist nichts mehr vorhanden" (ER Protokoll S. 15) zufrieden und erteilte die unentgeltliche Pro-

- 13 - zessführung (eine Rechtsverbeiständung war dannzumal nicht verlangt worden) hinsichtlich der Vermögensarmut mit der Begründung "Über realisierbare Vermögenswerte verfügt der Gesuchsteller nicht" (ER act. 37 S. 15 Erw. 5.3). Der Beschwerdeführer brauchte daher auch aus diesem Grunde nicht damit zu rechnen, dass die obere Instanz seine Angabe, wonach er über kein Vermögen verfüge und vom

Verkaufserlös nichts mehr vorhanden sei, als unsubstanziert betrachten würde. Indem die Vorinstanz ohne entsprechende Aufforderung, dass der Beschwerdeführer detaillierte Angaben zum Verbleib dieses Erlöses zu machen (und zu belegen) habe, davon ausging, es seien zufolge Fehlens einer Steuererklärung für das Jahr 2006 sowie detaillierter und belegter Angaben zur Verwendung des fraglichen Erlöses beim Beschwerdeführer die Mittel zur Finanzierung des Prozesses vorhanden, hat sie einen wesentlichen Verfahrensgrundsatz verletzt und es ist der angefochtene Entscheid dementsprechend aufzuheben. Es erübrigt sich daher, auf die Rüge der Aktenwidrigkeit in Zusammenhang mit dieser Feststellung (gegenüber der Protokollstelle in der Erstinstanz) einzugehen.

E. 6

a) Der Beschwerdeführer erblickt den Nichtigkeitsgrund der Aktenwidrigkeit und Willkür ferner darin, dass die Vorinstanz zur erstinstanzlich gewährten unentgeltlichen Prozessführung schreibe "Der Einzelrichter ging dabei davon aus, dass der Gesuchsteller über ein Einkommen von Fr. 7'490.-- verfüge, von dem er monatliche Unterhaltsleistungen im Umfang von insgesamt Fr. 3'330.-- zu bezahlen habe. Damit ist er nicht in der Lage, für die Kosten des Prozesses aufzukommen (Urk. 40 Seite 15)" und damit die einzelrichterliche Erkenntnis nur unvollständig zitiere, da der Einzelrichter in seiner Verfügung fortfahre, dass der Gesuchsteller nicht über realisierbare Vermögenswerte verfüge (KG act. 1 RZ 8). b) Aktenwidrig ist eine Feststellung, wenn sie den Inhalt der Akten oder die Parteivorbringen unrichtig wiedergibt, also z.B. eine bestrittene Tatsache als unbestritten bezeichnet oder wenn ein Bestandteil der Akten nicht in seiner wahren Gestalt, z.B. nicht mit dem richtigen Wortlaut einbezogen worden ist und sich deshalb die angefochtene tatsächliche Feststellung als "blanker Irrtum" erweist (von Rechenberg, a.a.O., S. 27 mit Verweis auf ZR 55 Nr. 115). Die Auslegung prozessualer Erklärungen stellt ebenso wenig wie die Würdigung des Beweiser-

- 14 - gebnisses eine aktenwidrige tatsächliche Annahme dar, vielmehr liegt eine solche erst vor, wenn der Richter bei der Aktenwürdigung von falschen tatsächlichen Voraussetzungen ausgeht (Guldener, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivilsachen nach Zürcherischem Recht, Zürich 1942, S. 131). Eine willkürliche tatsächliche Annahme betrifft den Fall, dass das Gericht eine beweisbedürftige Tatsache als bewiesen annimmt, obwohl die Akten darüber keinen Aufschluss geben (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 45 zu § 281 ZPO). In diesem Fall wird im Gegensatz zur aktenwidrigen tatsächlichen Annahme zwar der Akteninhalt richtig wiedergegeben, seine Würdigung ist jedoch unvertretbar (von Rechenberg, a.a.O., S. 27 f.; ZR 81 Nr. 88). Aus dem Gesagten erhellt, dass es weder Aktenwidrigkeit noch Willkür darstellt, wenn die Vorinstanz nicht alle Ausführungen aus dem erstinstanzlichen Urteil zur Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung zitiert. Dass die vorstehend kursiv gehaltene Wiedergabe der Ausführungen des Erstrichters im angefochtenen Entscheid nicht korrekt wäre resp. sich als blanker Irrtum erweisen würde oder dass die Vorinstanz ein Beweismittel zu einer bestrittenen Tatsachenaussage willkürlich gewürdigt hätte, macht der Beschwerdeführer nicht geltend. Die Rüge ist daher unbegründet.

E. 7

a) Die Einschätzung des beschwerdeführerischen Antrages im Rahmen der Anschlussberufung auf Reduktion des Unterhaltsbeitrages als "wenig Aussichten auf Erfolg" habend durch die Vorinstanz, beanstandet der Beschwerdeführer als Verletzung

seines rechtlichen Gehörs. Dies deshalb, weil die Vorinstanz bei der Prüfung der Aussichtslosigkeit sein Argument ausser Acht gelassen habe, dass er sich deshalb zur Anschlussberufung entschlossen habe, um die Aufnahme der Mehrverdienstklausel aus der Position des Anschlussberufungsklägers beantragen zu können. In Anbetracht dessen, dass in der Erstinstanz die Mehrverdienstklausel effektiv von keiner Partei beantragt worden sei, wäre der Antrag auf Aufnahme derselben als Berufungsbeklagter mit dem Risiko verbunden gewesen, dass dieser Antrag als unzulässiges Novum oder gar als Klageänderung ungehört bleibe, zumal die noch strittigen Ansprüche unter den Ehegatten

- 15 - nach Rechtskraft der Scheidung vollumfänglich der Dispositionsmaxime unterliegen (KG act. 1 RZ 9). b) Im Beschwerdeverfahren muss der Nichtigkeitskläger den behaupteten Nichtigkeitsgrund in der Beschwerdeschrift selbst nachweisen (§ 288 Abs. 1 Ziff. 3 ZPO). Um diesen ihm obliegenden Nachweis zu erbringen, hat sich der Nichtigkeitskläger konkret mit dem angefochtenen Entscheid und den darin enthaltenen, den Entscheid tragenden Erwägungen auseinander zu setzen und hierbei darzulegen, inwiefern diese mit einem Mangel im Sinne von § 281 ZPO behaftet seien. Die blosser Verweisung auf frühere Vorbringen oder deren blosser Wiederholung genügen hierfür nicht. Ebenso wenig lässt sich ein Nichtigkeitsgrund rechtsgenügend dartun, indem bloss die Richtigkeit der vorinstanzlichen Auffassung in Abrede gestellt (und dieser allenfalls die eigene, abweichende Ansicht entgegengesetzt) wird (einlässlich zum Ganzen von Rechenberg, a.a.O., S. 16 ff.; Spühler/Vock, a.a.O., S. 56 f., 72 f.; s.a. Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 4 zu § 288 ZPO). Soweit die Beschwerde oder einzelne der darin erhobenen Rügen diese Begründungsanforderungen nicht erfüllen, kann auf die entsprechenden Vorbringen nicht eingetreten werden. Durch blosser Anführung der bereits erwähnten Argumentationsweise (Erhebung der Anschlussberufung im Hinblick auf die Aufnahme der Mehrverdienstklausel im Urteil) und mit dem Vorwurf an die Vorinstanz, sie sei im angefochtenen Entscheid nicht darauf eingegangen, setzt sich der Beschwerdeführer mit den Erwägungen der Vorinstanz nicht auseinander. Diese hat begründet, weshalb zumindest sein Antrag auf Herabsetzung der Unterhaltsbeiträge um Fr. 65.-- pro Monat aussichtslos sei (nämlich weil die Steuerlast voll berücksichtigt worden sei, obwohl gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung diese bei knappen finanziellen Verhältnissen nicht oder nur zurückhaltend einzurechnen sei, weiter weil der Beschwerdeführer im Jahre 2006 über ein Nettoeinkommen von Fr. 7'659.90 pro Monat verfügt habe und nicht bloss Fr. 7'532.--, KG act. 2 S. 6 Erw. 3.c). Aus diesem Grunde ist auf die Rüge nicht einzutreten, sofern sie die Feststellung der Aussichtslosigkeit bezüglich der beantragten Reduktion des Unterhaltsbeitrages für die Beschwerdegegnerin persönlich betreffen sollte. Im Übrigen ist sie unbe-

- 16 - gründet, da es sich für die Vorinstanz erübrigt hat, sich zu den Aussichten der Anschlussberufung zu äussern, nachdem sie bereits eine der kumulativen Voraussetzungen (Mittellosigkeit) der unentgeltlichen Rechtspflege verneint hatte. Die Vorinstanz wird sich zu den Aussichten des noch nicht behandelten Teils der Anschlussberufungsanträge des Beschwerdeführers äussern können, sofern sie bei ihrer neuen Entscheid nach Ausübung der Abklärungspflicht die Mittellosigkeit des Beschwerdeführers bejaht. Immerhin ist im Hinblick auf eine allfällige erneute Nichtigkeitsbeschwerde festzuhalten, dass der Beschwerdeführer die vorinstanzliche Einstufung seines Antrages auf Herabsetzung der Unterhaltsbeiträge als aussichtslos nicht (genügend) angefochten hat. Diese hat damit Bestand, wobei die Vorinstanz ihren neuen Entscheid nach Massgabe der dann- zumaligen

(wirtschaftlichen) Situation zu treffen haben wird.

E. 8

Was die Ausführungen in RZ 10 der Beschwerde anbelangt, so ist nicht ersichtlich, was der Beschwerdeführer damit vorbringen will. Die Vorinstanz hat im angefochtenen Beschluss die unentgeltliche Prozessführung für das gesamte Berufungsverfahren entzogen und die unentgeltliche Rechtsverteidigung verweigert (und nicht, wie man etwa anhand der Formulierung in der Beschwerde annehmen könnte, "im Berufungsverfahren" bewilligt und "gleichzeitig im Anschlussberufungsverfahren" entzogen resp. verweigert, KG act. 2 S. 8). Die Ausführungen gehen damit am angefochtenen Beschluss vorbei und es ist nicht näher darauf einzugehen.

E. 9

Zusammengefasst erweist sich die Beschwerde insofern als begründet, als die Vorinstanz wesentliche Verfahrensgrundsätze (Abklärungspflichten in Zusammenhang mit §§ 84 ff. ZPO) verletzt hat, indem sie es unterliess, den Beschwerdeführer aufzufordern, über den Verbleib seines Anteils am Verkaufserlös an der ehelichen Liegenschaft (Fr. 30'000.--) substantiierte Angaben zu machen und diese zu belegen (vgl. vorne II.5.b).

- 17 - II I. 1. Der Beschwerdeführer beantragt auch für das vorliegende Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Rechtspflege (KG act. 1 S. 3). Er obsiegt im Kassationsverfahren, weshalb ihm keine Kosten aufzuerlegen sind (§ 64 Abs. 2 ZPO). Das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung ist demzufolge gegenstandslos geworden. Die Beschwerdegegnerin hat sich am Kassationsverfahren nicht beteiligt, weshalb sie praxismässig nicht als unterliegende Partei gilt und ihr somit keine Kosten auferlegt werden können (§ 64 Abs. 2 ZPO; RB 1981 Nr. 19; 1975 Nr. 20). Die Kosten des Kassationsverfahrens sind demnach auf die Gerichtskasse zu nehmen. 2. Hingegen wird der Antrag des Beschwerdeführers um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtsvertretung als Folge seines Obsiegens nicht gegenstandslos. Weil der Beschwerdegegnerin keine Kosten aufzuerlegen sind (vgl. vorstehend III.1.), kann sie auch nicht zur Bezahlung einer Prozessentschädigung an den Beschwerdeführer verpflichtet werden (§ 68 Abs. 1 ZPO). Im Falle der Gewährung der unentgeltlichen Rechtsvertretung wäre die Rechtsvertreterin des Beschwerdeführers demzufolge gemäss § 89 Abs. 1 ZPO aus der Gerichtskasse zu entschädigen. Ob die Voraussetzungen der unentgeltlichen Rechtsverteidigung erfüllt sind, ist daher nachfolgend zu prüfen (vgl. dazu auch oben II.5.b.aa). 3. a) Mit der Vorinstanz ist ohne weiteres davon auszugehen, dass es dem Beschwerdeführer nicht möglich ist, mit seinem Einkommen nebst dem Lebensunterhalt für sich und seine Familie Gerichts- und Anwaltskosten zu finanzieren (KG act. 2 S. 4 f.). Zu prüfen bleibt daher lediglich noch der Aspekt der Vermögensarmut im Hinblick auf den im Raum stehenden Erlösanteil aus dem Verkauf der ehelichen Liegenschaft von Fr. 30'000.--. Der Beschwerdeführer hatte dem Einzelrichter gegenüber angegeben, er habe kein Vermögen und von seinem Anteil am Verkaufserlös sei nichts mehr vorhanden (ER Protokoll S. 15). Dem Kassationsgericht hat er überdies Steuererklärungen mit Lohnausweisen für die Jahre 2006 und 2007 sowie Bankauszüge der UBS von 03.01.2005 bis 31.01.2008 eingereicht, wobei in der Vermögensaufstellung der Steuererklärungen

- 18 - jeweils lediglich Schulden figurieren und in den Bankauszügen die Kontobewegungen in der gesamten obgenannten Zeit ersichtlich sind (KG act. 3/2-3/6). Ferner liess er grössere Kontobewegungen erläutern resp. hat auf den Kontoauszügen der UBS

handschriftlich Bemerkungen zu grösseren Beträgen angebracht (KG act. 1 RZ 11, KG act. 3/6). Was die vorliegend interessierende Transaktion von rund Fr. 30'000.-- anbelangt, so hat der Beschwerdeführer gemäss seinen handschriftlichen Notizen auf dem Buchungsdetailausdruck der Gutschrift vom 09.10.2006 von Rechtsanwalt ... (somit wohl im Auftrag der Vertreterin der Beschwerdegegnerin) Fr. 30'000.-- als Saldo des Erlöses vom Hausverkauf überwiesen erhalten (nach Abzug der Unterhaltsbeiträge von Fr. ... sowie eines Anteils an Möbelentsorgung von rund Fr. ...), dann innert der darauffolgenden Tage seine Kreditkartenschulden von Fr. 3'000.-- bezahlt (wobei allerdings nicht dargetan wird, wofür diese Kreditschulden eingegangen wurden), am 12.10.2006 einen Privatkredit bei A. im Umfang von Fr. 14'000.-- saldiert (welchen er am 10. März 2006 im Betrag von Fr. 15'000.-- zur Bezahlung laufender Rechnungen aufgenommen habe) und ein Darlehen von B. im Umfang von Fr. 10'100.-- zurückbezahlt (KG act. 3/6, S. 27 sowie drei vor S. 28 eingelebte Ausdrucke der Buchungsdetails; KG act. 1 RZ 11). Weiter habe C. im November 2007 telefonisch um Rückzahlung des am 27. Oktober 2005 gegebenen Darlehens über Fr. 15'000.-- (für ausstehende Mieten und Rechnungen) in fortlaufenden Raten gebeten, wobei jedoch nicht behauptet (geschweige denn belegt) wird, dass der Beschwerdeführer dieses Darlehen auch ratenweise zurückbezahlen würde (KG act. 1 RZ 11). Der Beschwerdeführer konnte trotz eher spärlicher Begründung über die Verwendung der fraglichen Summe glaubhaft dartun, dass vom Betrag von Fr. 30'000.-- nichts mehr verbleibt, um die Kosten des vorliegenden Verfahrens (insbesondere Anwaltskosten) zu finanzieren (was sich auch aus dem Saldo seines Bankkontos bei der UBS per 31.01.2008 von Fr. 450.-- ergibt, KG act. 3/6 S. 43). Seine Mittellosigkeit ist daher zu bejahen. b) Dass der nicht rechtskundige Beschwerdeführer zur Führung des vorliegenden Verfahrens mit seiner Beschränkung auf die Nichtigkeitsgründe gemäss § 281 ZPO sowie den Anforderungen an die Begründung der Beschwerde (vgl.

- 19 - § 288 Abs. 1 Ziff. 3 ZPO) auf einen Rechtsvertreter angewiesen ist, ist nicht von der Hand zu weisen. c) Nachdem die Beschwerde nicht aussichtslos ist, erscheint es daher als angezeigt, dem Beschwerdeführer für das Kassationsverfahren die unentgeltliche Rechtsverteidigung zu bewilligen und in der Person von Fürsprecherin ... eine unentgeltliche Rechtsvertreterin zu bestellen. Der Beschwerdeführer wird gleichzeitig auf die Nachzahlungspflicht gemäss § 92 ZPO hingewiesen, für den Fall, dass er wieder in günstige wirtschaftliche Verhältnisse kommen sollte. 4. a) 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. b) Mit Bezug auf die den Parteien zu erteilende Rechtsmittelbelehrung (Art. 112 Abs. 1 lit. d BGG) - welche allerdings unter dem Vorbehalt des vorstehend III.4.a Ausgeführten steht - stellt sich die Frage, ob angesichts der Tatsache, dass vorliegend lediglich noch vermögensrechtliche Aspekte des Scheidungsverfahrens strittig sind, der erforderliche Streitwert (vgl. BGE 133 III 393, Erw. 2, BGer. 5A_108/2007 vom 11.05.2007; Erw. 1.2; 5A_673/2008 vom 24.04.2008; Erw. 1.1; 5A_329/2008 vom 06.08.2008, Erw. 1.1) gemäss Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG von Fr. 30'000.-- erreicht sei - was auch beim vorliegenden Zwischenentscheid gilt, folgt doch der Rechtsweg bei Zwischenentscheiden jenem der Hauptsache (BGer. 5D_119/2007 vom 11.03.2008, Erw. 2.2) und handelt es sich bei der vorliegenden Sache betreffend Ehegattenrente um eine Zivilsache gemäss Art. 72 Abs. 1 BGG. Die Beschwerdegegnerin beantragte vor Vorinstanz die Verpflichtung des Beschwerdeführers zu monatlichen Unterhaltszahlungen an sie

persönlich von Fr. 2'500.-- (OG act. 51 S. 2), der Beschwerdeführer beantragte vor Vorinstanz die Abweisung der Anträge der Beschwerdegegnerin und mit seiner Anschlussberufung die Verpflichtung zur Zahlung von monatlichen Unterhaltsbeiträgen bis zum Eintritt der Beschwerdegegnerin ins ordentliche AHV-Alter von Fr. 865.-- (KG - 20 - act. 58 S. 2 f.). Der Streitwert von Fr. 30'000.-- ist aufgrund der Kapitalisierung gemäss Art. 51 Abs. 4 BGG damit ohne weiteres erreicht. Das Gericht beschliesst:

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.