

ZH_KASSATIONSGERICHT AA080087 vom 9. September 2008

Zh Kassationsgericht, 2008-09-09, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_kassationsgericht_AA080087

FR: ZH_KASSATIONSGERICHT AA080087 du 9 septembre 2008

IT: ZH_KASSATIONSGERICHT AA080087 del 9 settembre 2008

Erwägungen

E. 4

September 2008 wieder abgenommenen (KG act. 14) Frist keine Beschwerde-antwort ein. 2. Mit Eingabe vom 3. September 2008 zog der Beschwerdeführer die Nichtigkeitsbeschwerde unter Hinweis auf das zwischenzeitlich anhängig gemachte Scheidungsverfahren, anlässlich dessen die Frage des Kinderunterhalts im Einverständnis beider Parteien einer neuen Prüfung unterzogen werde, zurück (KG act. 13). Die betreffende Erklärung ist zulässig und klar, weshalb das Kassationsverfahren als durch Rückzug der Beschwerde erledigt abzuschreiben ist (vgl.

- 4 - § 188 Abs. 3 ZPO; s.a. von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. A., Zürich 1986, S. 17; Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich 1997, N 11 vor §§ 259 ff. ZPO; Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. A., Zürich 1979, S. 499/500; Walder-Richli, Zivilprozessrecht, 4. A., Zürich 1996, § 39 Rz 19). Anzumerken bleibt, dass der Abschreibungsentscheid in die sachliche Kompetenz des Gerichtspräsidenten fällt (§ 122 Abs. 3 GVG; von Rechenberg, a.a.O., S. 50), weshalb er mittels (einsprachefähiger; vgl. § 122 Abs. 4 GVG) Präsidialverfügung erfolgen kann (s.a. Hauser/Schweri, Kommentar zum zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz, Zürich 2002, N 8 zu § 122 GVG). 3.a) Wie bereits erwähnt, wurde dem Beschwerdeführer von der Vorinstanz die unentgeltliche Rechtspflege im Sinne von §§ 84/87 ZPO bzw. Art. 29 Abs. 3 BV gewährt (s. KG act. 2 S. 23, Erw. III/2, und S. 24). Grundsätzlich gilt eine einmal erteilte Bewilligung des prozessualen Armenrechts nicht nur für die angerufene Instanz, sondern auch für allfällige Rechtsmittelverfahren. Immerhin kann die Rechtsmittelinstanz für ihr Verfahren einen selbstständigen Entscheid treffen (§ 90 Abs. 2 ZPO; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 3 zu § 90 ZPO; ZR 97 Nr. 28, Erw. 10/b; s.a. § 91 ZPO). Dazu besteht jedoch kein Anlass: Einerseits enthalten die Akten keine Hinweise, dass sich an der von den Vorinstanzen festgestellten Mittellosigkeit des Beschwerdeführers inzwischen etwas geändert hätte. Andererseits darf die Beschwerde aufgrund der bei der Beurteilung der Armenrechtsfrage vorzunehmenden summarischen Prüfung auch nicht als von vornherein aussichtslos im Sinne von § 84 Abs. 1 ZPO bzw. Art. 29 Abs. 3 BV gelten (vgl. dazu Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 21a zu § 84 ZPO; BGE 129 I 135 f.; 128 I 236; 125 II 275 m.w.Hinw.; ZR 101 Nr. 14, Erw. 3; 69 Nr. 29). Daran vermag auch der Rückzug der Beschwerde nichts zu ändern, sind deren Erfolgsaussichten doch nicht ex post (aufgrund des Verfahrensausgangs), sondern vielmehr (ex ante) nach den Verhältnissen zu beurteilen, wie sie sich im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs oder – bei bereits von der unteren Instanz erteilter Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege – des Rechtsmittels präsen-

- 5 - tierten (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 21b zu § 84 ZPO; RB 1997, Nr. 76; ZR 98 Nr. 12, Erw. 3/b; BGE 129 I 136; 128 I 236; 125 II 275; 124 I 307). Ausserdem liefe im vorliegenden Fall ein Entzug des prozessualen Armenrechts im Kassationsverfahren (wegen der mit dem Rückzug einhergehenden Verwirkung der Erfolgsaussichten der Beschwerde) darauf hinaus, den Beschwerdeführer gleichsam für seine Bereitschaft zu bestrafen, auf die (materielle) Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zu verzichten und einer Neuurteilung der (Kinder-)Unterhaltspflicht (lediglich) im Rahmen des zwischenzeitlich eingeleiteten Scheidungsverfahrens (auf gemeinsames Begehren) zuzustimmen (vgl. KG act. 13), was als äusserst stossend erschiene. Schliesslich ist auch die sachliche Notwendigkeit rechtlicher Verbeiständung des über keine juristischen Kenntnisse verfügenden Beschwerdeführers im Kassationsverfahren zu bejahen, zumal Letzteres wegen der gesetzlichen Anforderungen an die Begründung einer Nichtigkeitsbeschwerde und des im Beschwerdeverfahren geltenden Rügeprinzips (§ 288 Ziff. 3 und § 290 ZPO) mit besonderen Schwierigkeiten verbunden ist, denen eine nicht rechtskundige Person nicht ohne weiteres gewachsen ist. Die dem Beschwerdeführer von der Vorinstanz gewährte unentgeltliche Rechtspflege gilt somit auch für das Kassationsverfahren. Eines speziellen Antrags (vgl. KG act. 1 S. 2, Antrag 5) oder Entscheidsbedarf es dazu nicht. b) Gleiches gilt mit Bezug auf die Beschwerdegegnerin, welche in ihrer Eingabe vom 19. Juni 2008 (ebenfalls) ausdrücklich am Gesuch um Gewährung des prozessualen Armenrechts festhält (vgl. KG act. 9 S. 2). Auch für sie gilt die von der Erstinstanz erteilte und bis anhin nicht entzogene (vgl. KG act. 2 S. 23, Erw. III/2) Bewilligung der (umfassenden) unentgeltlichen Rechtspflege im Kassationsverfahren weiter. 4.a) Die Kosten des Kassationsverfahrens sind in Anwendung der auch im Rechtsmittelverfahren geltenden allgemeinen Regel (§ 64 Abs. 2 ZPO) dem als (im Kassationsverfahren) unterliegende Partei zu betrachtenden Beschwerdeführer aufzuerlegen (ZR 87 Nr. 37; s.a. Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 18 zu § 64 ZPO). Zuzüglich der ihm gewährten unentgeltlichen Prozessführung sind sie aber einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen. Zugleich ist der Beschwerdeführer

- 6 - auf § 92 ZPO hinzuweisen, wonach das Gericht eine Partei zur Nachzahlung der ihr nach §§ 84/87 ZPO erlassenen Gerichtskosten und Auslagen für ihre Vertretung verpflichten kann, sollte sie später in günstige wirtschaftliche Verhältnisse kommen. Bei der Bemessung der Gerichtsgebühr, die gemäss § 2 Abs. 3 GGebV sämtliche Kosten abdeckt und deren Höhe sich grundsätzlich nach § 5 Abs. 3 in Verbindung mit § 4 Abs. 3 GGebV richtet (vgl. § 13 Abs. 1 GGebV), ist zu berücksichtigen, dass der Rückzug in einem Zeitpunkt erklärt wurde, in dem seitens des Gerichts noch keine inhaltliche Auseinandersetzung mit der Beschwerde bzw. materielle Prüfung der darin erhobenen Rügen erfolgt ist, was zu einer erheblichen Reduktion der Gerichtsgebühr führt (§ 10 Abs. 1 GGebV analog). b) Da die Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege nicht von der Pflicht zur Leistung einer Prozessentschädigung an die Gegenpartei befreit (vgl. § 85 ZPO; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 2 zu § 84 ZPO, N 1 zu § 85 ZPO und N 14b zu § 68 ZPO), ist der (für kostenpflichtig erklärte) Beschwerdeführer ausserdem zu verpflichten, der unentgeltlichen Rechtsvertreterin der Beschwerdegegnerin (vgl. § 89 Abs. 1 ZPO) für die (auch ohne Beantwortung der Beschwerde) durch das Kassationsverfahren verursachten Kosten und Umtriebe eine Prozessentschädigung auszurichten (§ 68 Abs. 1 ZPO), welche im Rahmen der §§ 3 ff. AnwGebV (insbes. § 4 Abs. 3 in Verbindung mit § 3 Abs. 4 und 5, § 12 Abs. 1 AnwGebV) sowie unter Berücksichtigung der von der klägerischen Rechtsanwältin eingereichten Honorarnote (KG act. 16) nach Ermessen

festzusetzen ist (§ 69 ZPO; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 2 zu § 69 ZPO [und N 13 zu § 68 ZPO]). Im Falle der Uneinbringlichkeit wäre diese Entschädigung aus der Gerichtskasse zu leisten (§ 89 Abs. 2 ZPO), und der Anspruch ginge auf die Gerichtskasse über (§ 89 Abs. 3 ZPO). c) Schliesslich ist der unentgeltlichen Rechtsvertreterin des Beschwerdeführers für ihre Bemühungen und Auslagen im vorliegenden Kassationsverfahren eine nach denselben Vorschriften (der AnwGebV) zu bemessende Entschädigung aus der Gerichtskasse auszurichten (§ 89 Abs. 2 ZPO sowie § 16 AnwGebV; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 9 zu § 89 ZPO).

- 7 -

E. 5

Zwar handelt es sich bei der vorliegenden (Abschreibungs-)Verfügung, die das (Eheschutz-)Verfahren als Ganzes abschliesst, um einen Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG (BGE 133 III 395 f., Erw. 4). Sie stellt jedoch keinen (kantonal) letztinstanzlichen Entscheid im Sinne von Art. 75 bzw. Art. 113 BGG dar, wäre gegen sie doch zunächst Einsprache nach § 122 Abs. 4 GVG zu erheben (ZR 95 Nr. 9; Hauser/Schweri, a.a.O., N 9 zu § 122 GVG; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., Anh. II, N 2 zu § 122 GVG). Folglich steht gegen die vorliegende Verfügung weder die (ordentliche) Beschwerde in Zivilsachen gemäss Art. 72 ff. BGG (insbes. Art. 72 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 74 Abs. 1 lit. b sowie Art. 51 Abs. 1 lit. a und Abs. 4 BGG; vgl. BGE 133 III 395, Erw. 2) noch die subsidiäre Verfassungsbeschwerde nach Art. 113 ff. BGG offen. Indessen beginnt gemäss Art. 100 Abs. 6 BGG mit der Zustellung des Entscheids des Kassationsgerichts (als ausserordentlicher Rechtsmittelinstanz) grundsätzlich die dreissigtägige Frist zur Anfechtung des obergerichtlichen Rekursentscheids beim Bundesgericht (neu) zu laufen (s.a. KG act. 2 S. 25, Disp.-Ziff. 9 Abs. 2 a.E.). Dabei ist jedoch zu beachten, dass nach höchstrichterlicher Praxis eine direkter Weiterzug von Entscheiden des zürcherischen Obergerichts betreffend Eheschutzmassnahmen an das Bundesgericht nicht oder jedenfalls nur in Ausnahmefällen möglich ist, da es derartigen Entscheiden angesichts der bloss beschränkten bundesgerichtlichen Kognition (Art. 98 BGG), welche kaum weitergehe als diejenige des Kassationsgerichts nach § 281 Ziff. 1-3 ZPO, regelmässig am Erfordernis der Letztinstanzlichkeit (Art. 75 Abs. 1 bzw. Art. 113 BGG) fehle (vgl. BGE 133 III 585 ff.; BGer 5A_117/2007 vom 11.10.2007, Erw. 3.2). Zudem könnten im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Art. 100 Abs. 6 BGG allenfalls Zweifel aufkommen, ob diese Vorschrift auch dann Anwendung findet, wenn das ausserordentliche Rechtsmittel zurückgezogen wird (vgl. dazu BGer 4A_216/2008 vom 20.8.2008, Erw. 1.2; ferner auch BGE 134 III 92 ff., Erw. 1.2 und 1.4; Rüetschi, Wann gilt Art. 100 Abs. 6 BGG?, AnwRev 2008, S. 158 ff.; Jent-Sørensen/Reiser, Kantonal-zürcherische Nichtigkeitsbeschwerde und Beschwerde in Zivilsachen ans Bundesgericht, SJZ 2008, S. 367/368). Darüber hätte gegebenenfalls das Bundesgericht zu entscheiden.

- 8 - Der Präsident verfügt:

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