



Kass.-Nr. AA040186/U/mb

Mitwirkende: die Kassationsrichter Herbert Heeb, Vizepräsident, Robert Karrer, Hans Michael Riemer, Dieter Zobl und Reinhard Oertli sowie der Sekretär Markus Nietlispach

Zirkulationsbeschluss vom 30. Dezember 2004

in Sachen

X.

Gesuchstellerin, Rekursgegnerin und Beschwerdeführerin
vertreten durch Rechtsanwältin _____

gegen

Y.

Gesuchsteller, Rekurrent und Beschwerdegegner
vertreten durch Rechtsanwältin _____

betreffend

**vorsorgliche Massnahmen (Prozesskostenvorschuss),
unentgeltliche Prozessführung/Rechtsvertretung**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der I. Zivilkammer des
Obergerichts des Kantons Zürich vom 2. November 2004 (LQ040051/U)**

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

1.a) Im Rahmen des von der Beschwerdeführerin (Gesuchstellerin und Rekursgegnerin) mit Eingabe vom 12. September 2003 beim Einzelrichter im ordentlichen Verfahren des Bezirkes Winterthur (Erstinstanz) anhängig gemachten Scheidungsverfahrens nach Art. 112 ZGB (vgl. ER act. 1 und 3) stellte der Beschwerdegegner (Gesuchsteller und Rekurrent) am 20. November 2003 das Gesuch, die Beschwerdeführerin zu verpflichten, ihm einen angemessenen Prozesskostenvorschuss (für die Kosten des Scheidungsverfahrens) zu bezahlen; eventualiter sei ihm die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen und in der Person seiner Rechtsvertreterin eine unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen (ER act. 7; s.a. ER act. 12 S. 1, Ziff. 3 und 4). Mit Verfügung vom 7. Juli 2004 (ER act. 30 = OG act. 3) wies die Erstinstanz sowohl den Antrag auf Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses (Disp.-Ziff. 1) wie auch die (Eventual-)Gesuche um Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung und um Bestellung einer unentgeltlichen Rechtsvertreterin (Disp.-Ziff. 2) wegen fehlender Mittellosigkeit des Beschwerdegegners ab.

b) Dagegen rekurrierte der Beschwerdegegner rechtzeitig mit dem (Haupt-)Antrag auf Aufhebung der angefochtenen Verfügung und Zusprechung eines angemessenen Prozesskostenvorschusses für das hängige Scheidungsverfahren; eventualiter verlangte er die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (OG act. 2 und 8). Mit Datum vom 2. November 2003 (recte: 2004) beschloss die I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich (Vorinstanz) in Gutheissung des Rekurses, die Dispositiv-Ziffern 1 und 2 der einzelrichterlichen Verfügung aufzuheben und die Beschwerdeführerin zu verpflichten, dem Beschwerdegegner für die im erstinstanzlichen Verfahren anfallenden Anwaltskosten einen Prozesskostenvorschuss von insgesamt Fr. 5'000.-- zu leisten; das beschwerdegegnerische Eventualbegehren um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege im Verfahren vor Erstinstanz erachtete sie unter diesen Umständen – ebenso wie das Begehren des Beschwerdegegners um Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses

für das Rekursverfahren sowie das Eventualbegehren um Gewährung des prozessualen Armenrechts vor Zweitinstanz – als gegenstandslos geworden. Die Kosten des Rekursverfahrens wurden (vollumfänglich) der Beschwerdeführerin auferlegt; zudem wurde diese verpflichtet, dem Beschwerdegegner für das Rekursverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 1'000.-- (zuzüglich Mehrwertsteuer) zu bezahlen (OG act. 18 = KG act. 2).

c) Gegen diesen den Parteien am 5. November 2004 zugestellten (OG act. 19/1-2) obergerichtlichen Rekursentscheid richtet sich die vorliegende, fristwahrend eingereichte (vgl. § 287 ZPO und §§ 191-193 GVG) Nichtigkeitsbeschwerde vom 6. Dezember 2004. Darin beantragt die Beschwerdeführerin die Aufhebung des angefochtenen Beschlusses und die Rückweisung der Sache zur Neubeurteilung der Kosten- und Entschädigungsregelung an die Vorinstanz (KG act. 1, insbes. S. 2). Inhaltlich richtet sich die Beschwerde somit einzig gegen die vorinstanzliche Festsetzung der Nebenfolgen (KG act. 2, Disp.-Ziff. 3 und 4).

d) Wie die nachstehenden Erwägungen (Erw. 2) zeigen, erweist sich die Beschwerde sofort als unzulässig. Deshalb kann – nach bereits erfolgtem Beizug der vorinstanzlichen Akten (vgl. KG act. 3 und 5) – von Weiterungen im Sinne von § 289 ZPO abgesehen, d.h. darauf verzichtet werden, dem Beschwerdegegner Gelegenheit zur Beantwortung der Beschwerde und der Vorinstanz zur Vernehmlassung zu geben. Nachdem es sich vorliegend um ein Verfahren betreffend Scheidung auf gemeinsames Begehren handelt, ist von der Beschwerdeführerin auch keine Kautionsforderung (§ 78 Ziff. 1 ZPO).

2.a) Gegenstand des vorliegend angefochtenen Rekursentscheids bildet ausschliesslich die (von der Erstinstanz verneinte, von der Vorinstanz jedoch bejahte) Frage, ob und – wenn ja – in welcher Höhe die Beschwerdeführerin dem Beschwerdegegner einen (Anwalts-)Kostenvorschuss für das Verfahren vor Erstinstanz zu bezahlen habe; andere Fragen (insbesondere diejenige nach der Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege) wurden nicht entschieden, waren mit anderen Worten nicht Thema des Rekursentscheids.

b) Wie bereits in der vorinstanzlichen Präsidialverfügung vom 20. Juli 2004 (OG act. 6) zutreffend ausgeführt wurde, stellt ein solcher Entscheid (betreffend Prozesskostenvorschuss für den Scheidungsprozess) gemäss einhelliger Ansicht der Sache nach einen Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 137 ZGB dar (Sutter/Freiburghaus, Kommentar zum neuen Scheidungsrecht, Zürich 1999, N 40 zu Art. 137 ZGB; Leuenberger, in: Schwenzer [Hrsg.], Praxis-kommentar Scheidungsrecht, Basel/Genf/München 2000, N 53 zu Art. 137 ZGB; Gloor, in: Honsell/Vogt/Geiser [Hrsg.], Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch I, 2. A., Basel/Genf/München 2002, N 13 zu Art. 137 ZGB; Bräm/Hasenböhler, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Teilbd. II 1c, 3. A., Zürich 1998, N 134 zu Art. 159 ZGB; Frei, Prozesskostenvorschuss: eheliche Beistands- oder Unterhaltspflicht?, in: Rechtsschutz, Festschrift zum 70. Geburtstag von Guido von Castelberg, Zürich 1997, S. 51; Czitron, Die vorsorglichen Massnahmen während des Scheidungsprozesses..., Diss. St. Gallen 1995, S. 116 [und 118]; Bühler/Spühler, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. II, 1. Abt., 1. Teilbd., 3. A., Bern 1980, N 259 zu Art. 145 [a]ZGB; Hinderling/Steck, Das schweizerische Ehescheidungsrecht, 4. A., Zürich 1995, S. 540 und 554; Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich 1997, N 54 zu § 110 ZPO; ZR 90 Nr. 82; Kass.-Nr. 2001/267 i.S. S.c.S., Zwischenbeschluss vom 27.10.2001, Erw. II/2/d). Dies wird im Übrigen auch im Rubrum des vorinstanzlichen Beschlusses zum Ausdruck gebracht, wenn dort als Betreffnis "vorsorgliche Massnahmen (Prozesskostenvorschuss)" genannt wird (vgl. KG act. 1 S. 1 unten). Beim angefochtenen Beschluss handelt es sich mithin um einen Rekursentscheid betreffend vorsorgliche Massnahmen.

c) Grundsätzlich unterliegen (auch) Rekursentscheide, die wegen eines prozessleitenden Entscheids der Erstinstanz ergangen sind, der Nichtigkeitsbeschwerde (vgl. § 281 ZPO; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 10 zu § 281 ZPO; von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. A., Zürich 1986, S. 5; s.a. Spühler/Vock, Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund, Zürich 1999, S. 62). Gemäss der am 1. Juli 2003 in Kraft getretenen Ausschlussvorschrift von § 284 Ziff. 7 ZPO ist ge-

gen Rekursentscheide betreffend vorsorgliche Massnahmen die Nichtigkeitsbeschwerde jedoch nicht zulässig. Steht aber gegen den vorinstanzlichen Entscheid in der Hauptsache die Nichtigkeitsbeschwerde nicht offen, ist sie auch gegen die darin festgesetzte, mit vorliegender Beschwerde angefochtene Kosten- und Entschädigungsregelung nicht möglich. Denn der Ausschluss der Nichtigkeitsbeschwerde in der Hauptsache gilt auch für die Nebenfolgenregelung (Kass.-Nr. 98/099 vom 30.3.1998 i.S. N.c.F., Erw. 3 m.w.Hinw.; 2001/332 vom 15.1.2002 i.S. Z.c.V., Erw. 6; s.a. RB 1994 Nr. 109 [betreffend die parallele strafprozessuale Vorschrift von § 428a StPO]) sowie für allfällige Neben- oder Inzidentverfahren (z.B. betreffend Ablehnung von Richtern, Fristwiederherstellung, unentgeltliche Rechtspflege, vorsorglichen Rechtsschutz für die Dauer des [Hauptsachen-]Verfahrens usw.; vgl. RB 1989 Nr. 22; 1997 Nr. 88; statt vieler auch etwa Kass.-Nr. AA040037 vom 24.3.2004 i.S. Z.c.B., Erw. 2/c; AA040146 vom 20.10.2004 i.S. N., Erw. 6). Mit anderen Worten: ist die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde in einem bestimmten Verfahren "in der Sache selbst" ausgeschlossen (d.h. kann der Entscheid in der Sache selbst nicht an die Kassationsinstanz weitergezogen werden), kann nach gefestigter Praxis auch der Entscheid über die Kosten- und Entschädigungsfolgen (oder ein Entscheid über einen Nebenpunkt) nicht Gegenstand einer Nichtigkeitsbeschwerde an die Kassationsinstanz sein. Hinsichtlich der Festsetzung der Nebenfolgen (und auch im Inzidentverfahren) können den Parteien nämlich nicht mehr Rechtsmittel zur Verfügung stehen als im betreffenden Hauptverfahren selbst.

d) Demnach handelt es sich beim vorinstanzlichen Beschluss vom 2. November 2003 (recte: 2004) um einen nicht beschwerdefähigen Entscheid. Damit fehlt es an einer (von Amtes wegen zu prüfenden) Prozess- bzw. Rechtsmittelvoraussetzung, weshalb auf die dagegen (bzw. gegen die darin geregelten Nebenfolgen) gerichtete Nichtigkeitsbeschwerde nicht eingetreten werden kann (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 4 vor §§ 259 ff. ZPO [und N 15 f. zu § 108 ZPO]).

3. Bei diesem Ausgang (Nichteintreten) sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens in Anwendung der allgemeinen, auch für das Rechtsmittelverfahren geltenden Regel (§ 64 Abs. 2 ZPO) der mit ihren (Rechtsmittel-)Anträgen unter-

liegenden Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. A., Zürich 1979, S. 406, Anm. 6/a). Da dem Beschwerdegegner vor Kassationsgericht keine entschädigungspflichtigen Kosten und Umtriebe (im Sinne von § 68 Abs. 1 ZPO) entstanden sind, fällt die Zusprechung einer Prozessentschädigung ausser Betracht.

Das Gericht beschliesst:

1. Auf die Nichtigkeitsbeschwerde wird nicht eingetreten.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf:
Fr. 100.-- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 96.-- Schreibgebühren,
Fr. 76.-- Zustellgebühren und Porti.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden der Beschwerdeführerin auferlegt.
4. Für das Kassationsverfahren werden keine Prozessentschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich und den Einzelrichter im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Winterthur (ad FE030328), je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär: