



---

Kass.-Nr. AA050027/U/cap

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Robert Karrer, Hans Michael Riemer, Dieter Zobl und Reinhard Oertli sowie der Sekretär Christof Tschurr

## **Zirkulationsbeschluss vom 20. Mai 2005**

in Sachen

X.,

Beklagter, Rekursgegner und Beschwerdeführer  
vertreten durch Rechtsanwalt

gegen

Y.,

Klägerin, Rekurrentin und Beschwerdegegnerin  
vertreten durch Rechtsanwalt

betreffend **Eheschutz**

**(Unterhaltsbeiträge, Kosten- und Entschädigungsfolgen)**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der I. Zivilkammer des  
Obergerichts des Kantons Zürich vom 27. Januar 2005 (LP040040/U)**

**Das Gericht hat in Erwägung gezogen:**

**I.**

1. In einem Eheschutzverfahren verpflichtete die Einzelrichterin am Bezirksgericht Zürich den Beschwerdeführer mit Verfügung vom 3. März 2004 unter anderem, der Beschwerdegegnerin mit Wirkung ab 17. November 2003 einen monatlichen Unterhaltsbeitrag von Fr. 2'152.-- zu bezahlen (einzelrichterliche Verfügung OG act. 3 S. 18). In teilweiser Gutheissung eines von der Beschwerdegegnerin dagegen erhobenen Rekurses verpflichtete das Obergericht, I. Zivilkammer, den Beschwerdeführer mit Beschluss vom 27. Januar 2005 in Dispositiv Ziffer 5, der Beschwerdegegnerin ab dem 1. Juli 2004 zusätzlich Fr. 1'725.-- (insgesamt somit Fr. 3'877.--) monatlich zu bezahlen. In Dispositiv Ziffer 7 auferlegte es die Kosten des Rekursverfahrens den Parteien je zur Hälfte. In Dispositiv Ziffer 8 beschloss es, keine Prozessentschädigungen zuzusprechen (angefochtener Beschluss KG act. 2 S. 14 f.).

2. Gegen diesen obergerichtlichen Beschluss erhob der Beschwerdeführer rechtzeitig Nichtigkeitsbeschwerde (KG act. 1). Damit beantragt er hauptsächlich, Dispositiv Ziffern 5, 7 und 8 des angefochtenen Beschlusses aufzuheben, die Kosten des Rekursverfahrens der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen und sie zu verpflichten, ihm für das Rekursverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 2'000.-- zu bezahlen. Ferner beantragt der Beschwerdeführer, es sei ihm die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren und ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen (Beschwerde KG act. 1 S. 2).

3. Antragsgemäss wurde der Beschwerde aufschiebende Wirkung verliehen (KG act. 5). Im Hinblick auf das vom Beschwerdeführer gestellte Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und die der Beschwerdegegnerin bereits von der Vorinstanz gewährte unentgeltliche Rechtspflege wurde von einer Kautonierung des Beschwerdeführers abgesehen.

4. Die Vorinstanz verzichtete auf eine Vernehmlassung zur Beschwerde (KG act. 9). Innert Frist reichte die Beschwerdegegnerin am 22. März 2005 eine Beschwerdeantwort ein (KG act. 10). Damit beantragt sie die Abweisung der Beschwerde und des Antrages des Beschwerdegegners auf Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (KG act. 10 S. 1). Ferner ersucht sie darum, ihr ihrerseits die unentgeltliche Rechtspflege für das Beschwerdeverfahren zu gewähren (KG act. 10 S. 5).

## II.

1. Neben anderen Rügen (vgl. dazu nachfolgend) macht der Beschwerdeführer geltend, sein Bedarf habe sich gemäss ursprünglichen Berechnungen der Eheschutzrichterin auf Fr. 8'861.15 belaufen. Nach Wegfall der hohen Wohnkosten und Reduktion der Steuern habe sich sein Bedarf nach dem Umzug gemäss Darstellung in der Eingabe an die Vorinstanz vom 18. November 2004 und den entsprechenden Belegen auf Fr. 5'892.-- belaufen. Darauf sei die Vorinstanz nicht eingegangen. Liesse man die von ihm geltend gemachten Noven nicht zu, sei auf die ursprüngliche Bedarfsberechnung der Eheschutzrichterin abzustellen, unter Korrektur der Wohnkosten. Bei einem Bedarf von Fr. 5'892.-- resultiere nach Bezahlung der ursprünglichen (eheschutzrichterlich verfügten) Unterhaltsbeiträge eine Unterdeckung seitens des Beschwerdeführers von Fr. 1'862.-- pro Monat. Dies habe die Vorinstanz in willkürlicher Weise ausser Acht gelassen (Beschwerde KG act. 1 S. 6 Ziff. 4).

a) Die Vorinstanz erwog, was den Zeitraum von Mitte November 2003 bis Ende Juni 2004 betreffe, erübrige es sich, näher auf die Bedarfsberechnung des Beschwerdeführers einzugehen (angefochtener Beschluss KG act. 2 S. 6 f.). Was die Zeit ab 1. Juli 2004 angehe, seien hierbei wesentliche und dauerhafte Veränderungen in den tatsächlichen Verhältnissen festzustellen (angefochtener Beschluss KG act. 2 S. 7 Ziff. 5). Was den Beschwerdeführer anging, stellte die Vorinstanz eine Reduktion seines Einkommens auf insgesamt Fr. 7'182.-- fest (Fr. 6'182.-- + Fr. 1'000.--; angefochtener Beschluss KG act. 2 S. 8 f.). Somit (nach der Feststellung eines Einkommens der Beschwerdegegnerin von

Fr. 460.20; angefochtener Beschluss KG act. 2 S. 7 Ziff. 5.a) sei von einem Gesamteinkommen der Parteien ab 1. Juli 2004 von Fr. 7'642.20 auszugehen, was offensichtlich nicht ausreiche, ihren gemeinsamen Notbedarf - geschweige denn den gebührenden Bedarf der Parteien - zu decken (angefochtener Beschluss KG act. 2 S. 9). Der Beschwerdeführer verfüge - neben einem Darlehensguthaben gegenüber der Beschwerdegegnerin - über ein Vermögen von ca. Fr. 110'000.-- (PW Mercedes im Wert von ca. Fr. 80'000.--; Kontoguthaben bei der Migrosbank von rund Fr. 30'000.--). Es erscheine als zumutbar und angemessen, den Beschwerdeführer hinsichtlich der zu leistenden Unterhaltsbeiträge teilweise auf sein Vermögen zu verweisen. Mit den von der Beschwerdegegnerin beantragten und ihr von der Vorinstanz zugesprochenen Unterhaltsbeiträgen (von insgesamt Fr. 3'877.-- monatlich) und ihrem Einkommen werde sie knapp in der Lage sein, ihren Grundbedarf zu decken. Eine konkrete Aufstellung der einzelnen Bedarfsposten könne demnach in diesem summarischen Verfahren - und da die erstinstanzliche Berechnung durch den Beschwerdeführer nicht angefochten worden sei - unterbleiben (angefochtener Beschluss KG act. 2 S. 10).

b) Tatsächlich machte die Vorinstanz damit keine Feststellungen zum Bedarf des Beschwerdeführers. Dabei kann nicht davon ausgegangen werden, dass die Vorinstanz den Bedarf des Beschwerdeführers als für die Berechnung und Bestimmung der Unterhaltsbeiträge völlig irrelevant erachtete. Dies wäre eine Verletzung klaren materiellen Rechts, gemäss welchem sich die Unterhaltsbeiträge nicht nur nach den Einkommens- und Vermögensverhältnissen, sondern auch nach dem Bedarf der Ehegatten richten (Art. 163 Abs. 1 und 3 ZGB, Zürcher Kommentar Bräm/Hasenböhler N 65, N 106 - 110, N 117 und N 118A und 118C zu Art. 163 ZGB, ZR 87 Nr. 111, BGE 114 II 26). Aus den verschiedenen Erwähnungen des Bedarfs (angefochtener Beschluss KG act. 2 S. 5 Ziff. 2, S. 7 oben, S. 9 Absatz 2, S. 10 Absatz 2) ist vielmehr zu schliessen, dass die Vorinstanz (auch) den Bedarf des Beschwerdeführers als für die Unterhaltsberechnung grundsätzlich bedeutsam erachtete.

c) Aufgrund der fehlenden eigenen (anderweitigen) Feststellung der Vorinstanz zum Bedarf des Beschwerdeführers und aufgrund des Hinweises, dass die erstinstanzliche Berechnung des Bedarfs vom Beschwerdeführer nicht angefochten worden sei (angefochtener Beschluss KG act. 2 S. 10 Absatz 2 a.E.), ist bei der Prüfung an sich von dieser erstinstanzlichen Berechnung auszugehen. Diese errechnete einen monatlichen Bedarf des Beschwerdeführers von Fr. 8'861.15 (einzelrichterliche Verfügung OG act. 3 S. 9). Gemäss Vorinstanz verfügt der Beschwerdeführer über ein monatliches Einkommen von 7'182.-- (angefochtener Beschluss KG act. 2 S. 9). Daraus resultierte mithin - vor irgendwelchen Unterhaltsbeiträgen an die Beschwerdegegnerin - ein Manko von Fr. 1'679.15 monatlich.

Die Vorinstanz ging indes davon aus, dass der Beschwerdeführer für die zu leistenden Unterhaltsbeiträge *teilweise* sein Vermögen in Anspruch zu nehmen habe (angefochtener Beschluss KG act. 2 S. 10 Absatz 1 a.E.). Dies impliziert, dass der Beschwerdeführer die Unterhaltsbeiträge *teilweise* auch aus seinen Einkünften bezahlen könne. Dies kann er indes nicht, wenn von einem Bedarf von Fr. 8'861.15 bei Einkünften von Fr. 7'182.-- auszugehen ist.

Der vorinstanzliche Beschluss ist insofern widersprüchlich, zumindest aber nicht nachvollziehbar. Bei den vorinstanzlichen Feststellungen bzw. der fehlenden Feststellung eines von der erstinstanzlichen Feststellung abweichenden Bedarfs des Beschwerdeführers ist die Feststellung nicht haltbar, dass der Beschwerdeführer die zu leistenden Unterhaltsbeiträge nur teilweise aus seinem Vermögen zu bezahlen habe. Der diesbezüglich widersprüchliche, ohne Feststellung eines von der erstinstanzlichen Berechnung abweichenden (wesentlich tieferen) Bedarfs des Beschwerdeführers nicht haltbare angefochtene Beschluss basiert damit auf dem Nichtigkeitsgrund von § 281 Ziff. 2 ZPO und ist aus diesem Grund aufzuheben.

d) Daran ändert nichts, dass die erstinstanzliche Berechnung des Bedarfs des Beschwerdeführers nach der Uebernahme der ehelichen Wohnung durch die Beschwerdegegnerin betreffend Mietkosten und nach der Einkommensreduktion

des Beschwerdeführers betreffend Steuern offensichtlich nicht mehr aktuell, auch nach dem Zugeständnis des Beschwerdeführers (Beschwerde KG act. 1 S. 6 Ziff. 4) erheblich tiefer ist. Es obliegt der Vorinstanz, im Rekursverfahren den gegenüber dem erstinstanzlichen Verfahren veränderten tieferen Bedarf des Beschwerdeführers festzustellen.

e) An der Widersprüchlichkeit bzw. Nicht-Nachvollziehbarkeit des angefochtenen Beschlusses und damit am Nichtigkeitsgrund von § 281 Ziff. 2 ZPO ändern auch die Bemerkungen der Beschwerdegegnerin zu Ziffer 4 der Beschwerde nichts (Beschwerdeantwort KG act. 10 S. 3 unten). Sie gehen daran vorbei, dass die vorinstanzliche nur teilweise Verweisung des Beschwerdeführers hinsichtlich der zu leistenden Unterhaltsbeiträge auf sein Vermögen nicht vereinbar ist mit dem erstinstanzlich festgestellten Bedarf bzw. der fehlenden vorinstanzlichen Feststellung eines anderen Bedarfs.

2. Da der angefochtene Beschluss bereits aus dem vorgenannten Grund aufzuheben ist, ist auf die weiteren Rügen nur noch so weit einzugehen, als dies im Hinblick auf den neuen Entscheid der Vorinstanz als sinnvoll erscheint.

3. Der Beschwerdeführer beanstandet die vorinstanzlichen Feststellungen des Wertes seines PW Mercedes von ca. Fr. 80'000.-- und eines Kontoguthabens von Fr. 30'000.-- und reicht dazu einen Auszug des Depositenkontos der Migrosbank vom 1.11.2004 bis 31.1.2005 sowie eine Gutschriftsanzeige der Mercedes-Benz vom 18.5.2004 ein (Beschwerde KG act. 1 S. 4 f., KG act. 3/1 und 3/2).

a) Der Beschwerdeführer ist vorab auf die Natur des Beschwerdeverfahrens hinzuweisen:

Das Beschwerdeverfahren stellt keine Fortsetzung des Verfahrens vor dem Sachrichter dar. Zu prüfen ist, ob der angefochtene Entscheid auf Grund 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 Be-

schwerdeverfahren 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 ZPO, 3. Auflage, Zürich 1997, N 4 f. zu § 288 ZPO mit Hinweisen; Spühler/Vock, Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund, Zürich 1999, S. 56 f., 72 f.).

Auf die neuen Behauptungen und neuen Unterlagen des Beschwerdeführers könnte deshalb ohnehin nicht eingetreten werden (vgl. aber hinten Ziff. III.2.).

b) Abgesehen davon wird bei allfälliger Geltendmachung dieser Behauptungen und Einreichung dieser Unterlagen im vorinstanzlichen Verfahren nach Rückweisung der Sache an die Vorinstanz diese darüber zu befinden haben, ob es sich um Noven handelt und bejahendenfalls ob diese im Rekursverfahren zulässig sind.

4. Die Behauptung des Beschwerdeführers, dem Bankguthaben ständen auch diverse Passivpositionen entgegen (Beschwerde KG act. 1 S. 5 Ziff. 2 mit Verweisung auf ER act. 12/8), weshalb die vorinstanzliche Begründung willkürlich sei, ist ungenügend substantiiert (vgl. zu den Substantiiierungsanforderungen im Beschwerdeverfahren vorstehend Ziff. 3.a). Darauf könnte nicht eingetreten werden.

5. Der Beschwerdeführer macht geltend, er habe vorab den Aufwand abzudecken, den er für die Erzielung des von der Vorinstanz angerechneten Pauschalentgelts von Fr. 1'000.-- für seine Tätigkeit bei der Z. AG (angefochtener Beschluss KG act. 2 S. 9 oben) betreiben müsse. Dieser belaufe sich kurz nach dem Wegfall aller übrigen Treuhandtätigkeiten auf mehr als Fr. 1'000.--. Dazu habe er vor Vorinstanz eine Kostenaufstellung eingereicht. Die Vorinstanz habe diese und die dazu gehörige Behauptung, wonach das Entgelt von Fr. 1'000.-- einzig den

Aufwand des Beschwerdeführers abdecken würde, als verspätet und im übrigen nicht glaubhaft erachtet. Dies sei willkürlich (Beschwerde KG act. 1 S. 5 Ziff. 3).

a) Dem vorinstanzlichen Entscheid lässt sich nicht entnehmen, weshalb der Beschwerdeführer die Kostenaufstellung OG act. 47/3 verspätet geltend gemacht habe. Sollte die Vorinstanz im neuen Entscheid darauf wegen verspäteter Geltendmachung nicht eintreten wollen, wird sie dies zu begründen haben. Tatsächlich erscheint es zumindest als fragwürdig, auf ein vom Beschwerdeführer vorgebrachtes Novum - das Entgelt von Fr. 1'000.-- monatlich für seine Tätigkeit bei der Z. AG (angefochtener Beschluss KG act. 2 S. 9 mit Verweisung auf OG act. 47/2) - zulasten des Beschwerdeführers (als zusätzliches Einkommen) abzustellen, vom Beschwerdeführer *gleichzeitig* geltend gemachte (OG act. 47/3 und OG act. 45) Einschränkungen desselben wegen Verspätung aber nicht zu berücksichtigen bzw. zulasten des Beschwerdeführers ein Bruttoeinkommen anzurechnen, die Abzüge davon, welche zu einem Nettoeinkommen führten, aber wegen Verspätung nicht zuzulassen (vgl. Beschwerde KG act. 1 S. 6 vor Ziff. 4).

b) Ebensovienig erscheint die vorinstanzliche Erwägung, durch die Kostenaufstellung OG act. 47/3 sei nicht glaubhaft gemacht, dass das Entgelt von Fr. 1'000.-- für die Tätigkeit des Beschwerdeführers einzig seinen Aufwand abdecken würde (angefochtener Beschluss KG act. 2 S. 9 oben), als ausreichend begründet. Der Hinweis, dass diese Kostenaufstellung als Parteibehauptung zu werten sei, genügt als Begründung der mangelnden Glaubhaftigkeit nicht, da im summarischen Verfahren durchaus auch auf blosser Parteibehauptungen abgestellt werden kann, wenn diese als solche als genügend glaubhaft erscheinen (vgl. Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 8 zu § 148).

6. Der Beschwerdeführer bezeichnet es als unzulässig und willkürlich, ihm einerseits zuzumuten, von seinem Vermögen zu zehren, andererseits der Beschwerdegegnerin kein hypothetisches Einkommen anzurechnen. Er habe darauf hingewiesen, dass die Beschwerdegegnerin vor Erstinstanz zu Protokoll gegeben habe, dass sie einen Teil der Wohnung untervermieten und dort auch ein Erwerbseinkommen erzielen könnte, wenn sie die Wohnung nutzen könnte. Darauf sei die Vorinstanz nicht eingegangen (Beschwerde KG act. 1 S. 7 Ziff. 5).

Die Vorinstanz erwog, da die Beschwerdegegnerin wieder über geregelte Wohnverhältnisse verfüge, sei zumindest mittelfristig zu erwarten, dass sie auch im Berufsleben wieder werde Tritt fassen können. Von der Einräumung einer entsprechenden Uebergangsfrist und der nachmaligen Anrechnung eines hypothetischen Einkommens sei jedoch angesichts des bereits hängigen Scheidungsverfahrens abzusehen bzw. ein solches sei dem Scheidungsrichter zu überlassen (angefochtener Beschluss KG act. 2 S. 8).

Die Vorinstanz ging somit durchaus davon aus, dass die Beschwerdegegnerin eine umfangreichere berufliche Tätigkeit ausüben müsse oder ihr ein hypothetisches Einkommen anzurechnen sei. Insoweit geht die Rüge an der Sache vorbei. Im übrigen ist die Einräumung einer Uebergangsfrist bzw. - in Berücksichtigung dieser Uebergangsfrist - der vorinstanzliche Verzicht, der Beschwerdegegnerin im Hinblick auf das bevorstehende Scheidungsverfahren ein hypothetisches Einkommen anzurechnen, ohne weiteres begründet (vgl. auch Zürcher Kommentar Bräm/Hasenböhler N 84 zu Art. 163 ZGB) und damit mit keinem Nichtigkeitsgrund behaftet.

Bei seinem Vergleich der eigenen Verpflichtung, vom Vermögen zu zehren, mit dem vorläufigen Verzicht auf die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens bei der Beschwerdegegnerin (Beschwerde KG act. 1 S. 7 vor lit. B) missachtet der Beschwerdeführer zu Unrecht den wesentlichen Unterschied, dass er gemäss der vorinstanzlichen Feststellung sofort über sein Vermögen verfügen kann, während die Beschwerdegegnerin ohne Uebergangsfrist ihre Erwerbskapazität nicht sofort verwerten kann.

7. Als Verletzung klaren materiellen Rechts rügt der Beschwerdeführer, dass auf sein Argument nicht eingegangen worden sei, wonach die Beschwerdegegnerin nach einer bloss während 1.5 Jahren gelebten Ehe und der im November 2004 bald 2-jährigen Trennung mit laufender Unterhaltsverpflichtung gemäss den auch im Eheschutzverfahren anwendbaren Grundsätzen des Art. 125 ZGB überhaupt keinen Anspruch auf Unterhaltsbeiträge mehr habe (Beschwerde KG act. 1 S. 7 lit. B). Der Beschwerdeführer unterlässt aber sowohl darzulegen, dass und wo er vor den Vorinstanzen dieses Argument vorgetragen hätte, als auch, klares Recht

darzulegen, dass während eines Eheschutzes - also bei bestehender Ehe mit dem eigentlichen Ziel, diese zu schützen - bei einer länger als das frühere Zusammenleben dauernden Trennung der Anspruch auf Unterhaltsbeiträge verwirkte.

8. In Gutheissung der Beschwerde aus dem in vorstehender Ziffer 1 dargelegten Grund ist Dispositiv Ziffer 5 des angefochtenen Beschlusses aufzuheben. Da der neue Entscheid der Vorinstanz Änderungen bezüglich der vorinstanzlichen Kostenaufgabe und der Regelung der Prozessentschädigungen zur Folge haben kann, sind antragsgemäss auch die Ziffern 7 und 8 des angefochtenen Beschlusses aufzuheben. Sodann wird der neue Entscheid der Vorinstanz Änderungen der vorinstanzlichen Gerichtskosten nach sich ziehen können. Deshalb ist als Konsequenz der Aufhebung von Ziffer 5 auch Ziffer 6 des angefochtenen Beschlusses aufzuheben.

9. Der Beschwerdeführer beantragt einen neuen Entscheid des Kassationsgerichts in der Sache selber. Bei Ermessensentscheiden ist indes eher eine Rückweisung an den Sachrichter angezeigt, auch wenn die Sache spruchreif ist und die Kassationsinstanz daher gemäss § 291 ZPO den neuen Entscheid selber fällen könnte (Kass.-Nr. 89/140 vom 28.11.1989). Bei der Frage, ob und allenfalls in welchem Umfang der Beschwerdeführer hinsichtlich der zu leistenden Unterhaltsbeiträge auf sein Vermögen zu verweisen ist, handelt es sich um einen Ermessensentscheid. Dafür ist vorab der Bedarf des Beschwerdeführers nach seinem Auszug aus der früheren ehelichen Wohnung und nach seiner Einkommensreduktion festzustellen. Dies ist nicht vom Kassationsgericht, sondern von der Vorinstanz vorzunehmen. Die Sache ist an die Vorinstanz zurückzuweisen.

### III.

1. Zuzolge der Guttheissung der Beschwerde sind dem Beschwerdeführer keine Kosten für das Beschwerdeverfahren aufzuerlegen. Sein Antrag auf Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung für das Beschwerdeverfahren ist damit gegenstandslos.

2. (Auch) für die Gewährung der beantragten Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes ist die Mittellosigkeit vorausgesetzt (§ 87 i.V. mit § 84 Abs. 1 ZPO). Der Beschwerdeführer macht geltend, sein Vermögen sei längst aufgebraucht (Beschwerde KG act. 1 S. 9). Im Zeitpunkt des Erlasses des vorinstanzlichen Beschlusses habe sich sein Kontostand bei der Migrosbank auf knapp Fr. 10'000.-- belaufen, bei allen übrigen Banken seien noch zusätzlich ca. Fr. 6'000.-- vorhanden gewesen, nachdem er einen Grossteil seines Einkommens seit Sommer 2004 verloren gehabt habe und seither laufend eine Unterdeckung seines Bedarfes unter Berücksichtigung der laufenden Unterhaltsbeiträge aus dem Vermögen habe abdecken müssen (Beschwerde KG act. 1 S. 4).

Einerseits verfügte der Beschwerdeführer gemäss seinen eigenen Behauptungen noch über ca. Fr. 16'000.--, womit er seinen Anwalt für die Aufwendungen im Beschwerdeverfahren bevorschussen konnte. Andererseits erhielt der Beschwerdeführer gemäss seinen Behauptungen im Mai 2004 für den Verkauf eines PW Mercedes Fr. 50'000.-- (Beschwerde KG act. 1 S. 4; KG act. 3/1). Diese wurden offensichtlich nicht auf das Konto bei der Migrosbank bezahlt (Kontoauszüge der Migrosbank von Januar bis Oktober 2004 [OG act. 47/2] sowie vom 31.10.04 - 31.1.05 [KG act. 3/1]). Sodann wird dem Beschwerdeführer die Altersrente nicht auf das Konto bei der Migrosbank, sondern auf ein Konto bei der Zürcher Kantonalbank ausbezahlt (Mitteilung der W. vom 12.1.04, OG act. 47/1). Ueber dieses Konto reichte der Beschwerdeführer keinen Auszug ein. Er machte nicht glaubhaft, dass er die nach seiner Behauptung für den PW Mercedes erhaltenen Fr. 50'000.-- verbraucht hätte und hätte verbrauchen müssen. Er wies keine Mittello-

sigkeit nach. Sein Gesuch um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes für das Beschwerdeverfahren ist abzuweisen.

3. Die Vorinstanz bewilligte der Beschwerdegegnerin für das Rekursverfahren die unentgeltliche Prozessführung und bestellte ihr einen unentgeltlichen Rechtsbeistand (angefochtener Beschluss KG act. 2 S. 14 Ziff. 2). Dies gilt auch für das Rechtsmittelverfahren, wenn die Rechtsmittelinstanz keinen selbständigen Entscheid trifft (§ 90 Abs. 2 ZPO). Für einen solchen besteht betreffend die Beschwerdegegnerin kein Anlass. Ueber ihren auch für das Beschwerdeverfahren gestellten Antrag (Beschwerdeantwort KG act. 10 S. 5) braucht nicht zusätzlich befunden zu werden.

#### IV.

Ausgangsgemäss sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen (§ 64 Abs. 2 ZPO), zufolge der unentgeltlichen Prozessführung jedoch einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen. Die Nachzahlungspflicht gemäss § 92 ZPO bleibt vorbehalten. Ferner ist die Beschwerdegegnerin zu verpflichten, dem Beschwerdeführer für das Beschwerdeverfahren eine angemessene Prozessentschädigung zu bezahlen (§ 68 Abs. 1 ZPO).

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

1. In Gutheissung der Beschwerde werden Dispositiv Ziffern 5. - 8. des Beschlusses der I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich aufgehoben und wird die Sache zur diesbezüglichen neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Der Antrag des Beschwerdeführers auf Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes wird abgewiesen.

3. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf:  
Fr. 500.-- ; die weiteren Kosten betragen:  
Fr. 307.-- Schreibgebühren,  
Fr. 133.-- Zustellgebühren und Porti.
4. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden der Beschwerdegegnerin auferlegt, zufolge der ihr gewährten unentgeltlichen Prozessführung jedoch einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Die Nachzahlungspflicht gemäss § 92 ZPO bleibt vorbehalten.
5. Die Beschwerdegegnerin wird verpflichtet, dem Beschwerdeführer für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 1'100.-- (inkl. MWSt.) zu bezahlen.
6. Der unentgeltliche Rechtsvertreter der Beschwerdegegnerin, Rechtsanwalt V., wird für seine Bemühungen und Aufwendungen im Kassationsverfahren mit Fr. 1'100.-- (inklusive Mehrwertsteuer und Barauslagen) aus der Gerichtskasse entschädigt. Auch diesbezüglich bleibt eine Nachzahlungspflicht der Beschwerdegegnerin gemäss § 92 ZPO vorbehalten.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich und die Einzelrichterin am Bezirksgericht Zürich, 2. Abteilung (ad EE030739), je gegen Empfangsschein.

---

**KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH**

Der juristische Sekretär: