



Kass.-Nr. AA050036/U/mb

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Dieter Zobl, Alfred Keller, Karl Spühler und Reinhard Oertli sowie die Sekretärin Margrit Scheuber

Zirkulationsbeschluss vom 23. Dezember 2005

in Sachen

A. B.,

geboren ..., von..., whft.,

Kläger, Rekursgegner und Beschwerdeführer

vertreten durch Fürsprecherin D.E. in

gegen

C. B.,

geboren ..., von.... whft.,

Beklagte, Rekurrentin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt F.G. in

betreffend

Abänderung Eheschutzmassnahmen

(Verfügungsbeschränkung),

Kosten - und Entschädigungsfolgen

Nichtigkeitsbeschwerde gegen Beschlüsse der I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 10. Februar 2005 (LP040035/U)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Im März 2003 machte der Kläger beim Bezirksgericht H. ein Eheschutzgesuch anhängig, mit welchem er die Anordnung der Gütertrennung beantragte sowie die superprovisorische Untersagung der Verfügung der Beklagten über das Grundstück I.strasse 40 in K., GBBi Nr. 1784, Kat.Nr. 3801, ohne die Zustimmung des Klägers, im Sinne einer vorsorglichen Massnahme (ER act. 1). Bereits mit einer Verfügung vom 8. August 2002 waren die Parteien vom Einzelrichter im summarischen Verfahren des Bezirkes H. zum Getrenntleben berechtigt erklärt worden und eine Vereinbarung der Parteien über die Nebenfolgen des Getrenntlebens (Zuteilung Wohnung und Hausrat, Unterhaltsbeiträge bis zum 31. März 2003) war genehmigt worden (ER act. 3/8). Mit Verfügung vom 28. Januar 2004 hat der Einzelrichter im summarischen Verfahren des Bezirkes H. angeordnet, dass die mit (superprovisorischer) Verfügung vom 23. März 2003 erlassene Verfügungssperre, wonach die Beklagte nicht ohne die Zustimmung des Klägers über die Liegenschaft I.strasse 40 in K. verfügen könne, bestehen bleibe (Disp.-Ziff. 1); das Grundbuchamt L. wurde angewiesen, die Anordnung im Grundbuch anzumerken (Disp.-Ziff. 2). Ferner wurde das Begehren um Abhängigmachung des Fortbestandes der angeordneten Verfügungsbeschränkung von der Leistung einer Kautions in der Höhe von Fr. 100'000.-- (Disp.-Ziff. 3), wie auch das Begehren um Abänderung der Eheschutzverfügung vom 8. August 2002 hinsichtlich der Unterhaltsbeiträge (Disp.-Ziff. 4) abgewiesen. Sodann ordnete der Eheschutzrichter die Gütertrennung per 24. März 2003 an (Disp.-Ziff. 5; ER act. 46).

2. Gegen diese Verfügung erhob die Beklagte Rekurs bei der I. Zivilkammer des Obergerichts und beantragte die Aufhebung von Disp.-Ziff. 1 und 2 der angefochtenen Verfügung, sowie die Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und die Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters (OG act. 2 und 7). Der Kläger beantragte die Abweisung des Rekurses. Mit (erstem) Beschluss vom 10. Februar 2005 wurde der Beklagten für das Rekursverfahren die unentgeltliche

Prozessführung bewilligt und Rechtsanwalt F. G. als unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt. Mit (zweitem) Beschluss ebenfalls vom 10. Februar 2005 wurde sodann in Gutheissung des Rekurses der Beklagten die mit Verfügung vom 27. März 2003 erlassene Anordnung einer Verfügungssperre aufgehoben und das Grundbuchamt L. angewiesen, die vorgenommene Anmerkung im Grundbuch zu löschen (OG act. 31 = KG act. 2).

3. Gegen diese Beschlüsse erhob der Kläger und Beschwerdeführer (nachfolgend: Beschwerdeführer) kantonale Nichtigkeitsbeschwerde und beantragte die Aufhebung der Beschlüsse vom 10. Februar 2005 und die Abweisung des Rekurses sowie die Gewährung der aufschiebenden Wirkung (KG act. 1, S. 2). Mit Verfügung des Vizepräsidenten vom 21. März 2005 wurde der Beschwerde die aufschiebende Wirkung verliehen und der Beschwerdeführer verpflichtet, im Sinne von § 75 ZPO eine Prozesskaution in der Höhe von Fr. 7'000.-- zu leisten (KG act. 5). Mit Eingabe vom 6. April 2005 stellte der Beschwerdeführer daraufhin das Gesuch um unentgeltliche Prozessführung und um Bestellung einer unentgeltlichen Rechtsvertreterin, eventuell sei er von der Leistung der Prozesskaution gemäss der Verfügung vom 21. März 2005 zu befreien (KG act. 10). Mit Zwischenbeschluss vom 8. August 2005 wurde dem Beschwerdeführer sodann teilweise – nämlich soweit er den zweiten Beschluss der Vorinstanz vom 10. Februar 2005 anfocht – unentgeltliche Prozessführung gewährt und mit Wirkung ab dem 6. April 2005 eine unentgeltliche Rechtsvertreterin bestellt. Soweit sich die Beschwerde gegen den ersten Beschluss der Vorinstanz vom 10. Februar 2005 richtete, wurde die unentgeltliche Prozessführung und Rechtsverteiständung verweigert und dem Beschwerdeführer erneut Frist zur Leistung einer auf Fr. 1'400.-- reduzierten Prozesskaution angesetzt (KG act. 28). Nachdem diese reduzierte Kautionsfrist fristgerecht eingegangen war, wurde Frist zur Beantwortung der Beschwerde angesetzt. Mit Eingabe vom 25. September 2005 beantragte sodann die Beschwerdegegnerin die Abweisung der Beschwerde, sofern überhaupt auf diese eingetreten werden könne (KG act. 34). Die Vorinstanz hat auf eine Vernehmlassung zur Beschwerde verzichtet (KG act. 9).

II.

1.1 Der Beschwerdeführer beanstandet mit seiner Nichtigkeitsbeschwerde, die Vorinstanz sei auf Grund aktenwidriger und willkürlicher tatsächlicher Annahmen und unter Verletzung klaren materiellen Rechts davon ausgegangen, es liege eine güterrechtlich relevante Forderung des Beschwerdeführers in der Höhe von nur Fr. 7'460.—vor. So sei entgegen der Ansicht der Vorinstanz von der Bestandteilqualität der Wandplastik und des Tresors auszugehen, da Bestandteil einer Sache nicht nur sei, was ohne deren Zerstörung nicht entfernt werden könne; Bestandteil liege vielmehr auch dann vor, wenn dieser von der Hauptsache zwar ohne Zerstörung, Beschädigung oder Veränderung eines Sachteils, aber nur mit unverhältnismässig grossem Arbeitsaufwand und Auslagen abgetrennt werden könne. Diese Voraussetzung liege hier vor, da die Demontage der Wandplastik möglicherweise zwar bis auf einige Bohrlöcher keine Schäden hinterlassen würde, jedoch die Entfernung der Plastik vom Grundstück, welches nur über mehrere Aussentreppen oder einen unterirdischen Tunnel von ca. 30 m Länge und 1.60 m Breite ab der Garage zugänglich sei, nur mit einem speziellen Hebewerkzeug und damit mit unverhältnismässigem Aufwand verbunden möglich sei. Zudem würde die Entfernung der Wandplastik vom Haus die Kunst am Bau zerstören. Mit dem Tresor, welcher kaum weniger als 500 kg wiege, verhalte es sich ähnlich, und dessen Wegnahme bedürfe eines Spezialtransportes, weshalb ihm ebenfalls Bestandteilqualität zuzusprechen sei (KG act. 1, S. 6 f.).

1.2 Die Vorinstanz ging in ihrem Entscheid davon aus, auf Grund der eingereichten Fotos sei glaubhaft gemacht worden, dass die Wandplastik ohne grössere Probleme von der Hauswand abmontiert werden könnte und am Haus – bis auf einige Bohrlöcher – durch die Demontage keine Schäden hinterlassen würde. Die Plastik sei nicht direkt mit dem Haus verbunden, sondern mit Hilfe von Trägern durch Schrauben an der Hauswand befestigt und daher ohne grösseren Aufwand vom Haus entfernbar (KG act. 2, S. 10). Unter Hinweis auf im Rekursverfahren eingereichte Fotos (OG act. 9/32-35) erachtet die Vorinstanz auch weitere, in einer vom Beschwerdeführer eingereichten Beilage (ER act. 33/1/4) aufgezählte Gegenstände (darunter ein Tresor) nicht als Bestandteile des Hauses; vielmehr

könnten diese von ihm aus der Liegenschaft entfernt werden und auch anderswo gebraucht werden (KG act. 2, S. 10).

1.3 Der Kassationsgrund der Verletzung klaren materiellen Rechts (§ 281 Ziff. 3 ZPO) ist nur dann gegeben, wenn die Rechtsauffassung der Vorinstanz direkt unvertretbar ist und ein grober Verstoss oder Irrtum bei der Anwendung des materiellen Rechts vorliegt. Eine Aufhebung des angefochtenen Entscheides kann deshalb nur erfolgen, wenn über die Auslegung einer Rechtsregel kein begründeter Zweifel bestehen kann (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen ZPO, 3. Auflage, Zürich 1997, N 51 zu § 281; von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. Auflage, Zürich 1986, S. 28; Spühler/Vock, Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund, Zürich 1999, S. 69).

1.4 Gemäss Art. 642 Abs. 2 ZGB ist Bestandteil einer Sache alles, was nach der am Orte üblichen Auffassung zu ihrem Bestande gehört und ohne ihre Zerstörung, Beschädigung oder Veränderung nicht abgetrennt werden kann. Über die Frage, ob Bestandteilqualität auch gegeben ist, wenn die Trennung zwar ohne Zerstörung, Beschädigung oder Veränderung, aber nur mit unverhältnismässiger Arbeit und Auslagen verbunden möglich ist, herrscht dagegen keine Einigkeit. Meier-Hayoz führt im Berner Kommentar aus, die dem Recht der Bestandteile zugrunde liegende ratio lasse eine analoge Heranziehung dieses in Art. 727 Abs. 1 ZGB vorgesehenen Gesichtspunktes auch im Rahmen von Art. 642 ZGB als angezeigt erscheinen (Meier-Hayoz, Berner Kommentar, 5. Aufl., Bern 1981, N 23 zu Art. 642 ZGB, unter Hinweis auf BGE 76 II 30). Derselben Meinung ist offenbar Rey (Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, 2. Aufl., Bern 2000, N 437). Wiegand sieht demgegenüber weder Veranlassung noch Raum für eine analoge Anwendung von Art. 727 ZGB, weil der Tatbestand von dessen Abs. 2 nur dann Anwendung finde, wenn durch die Verbindung eine neue Sache entstanden sei und nunmehr ein „nebensächlicher Bestandteil“ entfernt werden solle. Verliere die neue Sache durch die Entfernung dieses Bestandteils ihre Identität und Funktionsweise, so spiele das Kriterium des Arbeitsaufwandes keine Rolle, da auf jeden Fall eine Veränderung der Hauptsache vorliege. Wenn es jedoch

nicht zur Veränderung der Hauptsache komme, so liege von vornherein kein Bestandteil vor (Wiegand, Basler Kommentar, 2. Aufl., Basel 2003, N 17 zu Art. 642 ZGB). Diese unterschiedlichen Ansätze lassen es sehr fraglich erscheinen, ob bezüglich der analogen Anwendung von Art. 727 Abs. 1 ZGB auf die Bestimmung der Bestandteileigenschaft nach Art. 642 ZGB klares materielles Recht besteht. Die Frage kann hier letztlich offen bleiben. Der Beschwerdeführer macht mit seiner Beschwerdeschrift geltend, die Wandplastik könne nur verbunden mit unverhältnismässig grossem Aufwand und Auslagen entfernt werden, weil sich diese zwar möglicherweise ohne grössere Probleme von der Hauswand abmontieren lasse und am Haus bis auf wenige Bohrlöcher keine Schäden hinterlasse, jedoch auf Grund des schwierigen Zuganges zur Liegenschaft (über mehrere Aussentreppe oder einen unterirdischen Tunnel von 30 m Länge und 1.60 m Breite) und der Grösse und Gewichts der Plastik diese nur mit einem Kran vom Grundstück entfernt werden könne. Auch für die Wegnahme des kaum weniger als 500 kg wiegenden Tresors bedürfe es eines Spezialtransportes (KG act. 1, S. 7). Aus diesen Ausführungen geht jedoch klar hervor, dass es bei den vom Beschwerdeführer als unverhältnismässig hoch bezeichneten Auslagen nicht direkt um die Kosten der Aufhebung der Verbindung bzw. der Abtrennung des angeblichen Bestandteiles (Wandplastik, Tresor) mit/von der Hauptsache (Haus bzw. Grundstück) geht, sondern vielmehr um den nachfolgenden Abtransport der Sachen. Die Abtrennung an sich ist weder für die Wandplastik, welche mit einigen Schrauben an der Hauswand verankert ist, noch für den Tresor, welcher offenbar gar nicht fest mit dem Haus verbunden ist (vgl. Foto in OG act. 9/35 unten), mit aussergewöhnlich viel Arbeit oder hohen Auslagen verbunden. Zudem fragt sich, ob die Auslagen durch allfällige Spezialtransporte – selbst wenn diese insgesamt einige Tausend Franken betragen würden – angesichts der geltend gemachten Werte der Wandplastik von Fr. 45'000.-- und des Tresors von Fr. 5'000.-- (ER act. 33/1/4) tatsächlich unverhältnismässig hoch wären. Zusammenfassend wurde jedenfalls vorliegend durch die Vorinstanz kein klares materielles Recht verletzt, indem sie (auch) für die Wandplastik und den Tresor die Bestandteileigenschaft verneinte.

2.1 Im weiteren beanstandet der Beschwerdeführer, die Parteien hätten beim Abschluss des Schenkungsvertrages über die Fr. 700'000.-- nicht zwischen Immobilie, Bestandteilen und Zugehör oder etwa Kaufkosten im weitesten Sinne unterschieden. Nur weil die Schenkungserklärung vom 6. August 2001 öffentlich beurkundet gewesen sei, dürfe nicht gefolgert werden, der Betrag von Fr. 700'000.-- sei ausschliesslich für Grundeigentum im Sinne von Art. 655 ZGB, über das rechtsgeschäftliche Verpflichtungsgeschäfte einer qualifizierten Form bedürfen, verwendet worden. Eine solche Interpretation widerspreche der Aktenlage und bedeute eine willkürliche Beweiswürdigung im Sinne von § 281 Ziff. 2 ZPO. Vielmehr habe die Schenkungserklärung vom 6. August 2001 Beweiszwicken gegenüber den Nachkommen des Beschwerdeführers aus erster Ehe gedient. Die Vorinstanz wolle – anders als noch die erste Instanz – die Hingabe von Fr. 100'000.-- für die Parkplätze nicht als mit dem Kauf zusammenhängende Kosten gelten lassen (unter Hinweis auf den vorinstanzlichen Entscheid S. 11). Jedoch stehe auch die Hingabe des Geldwertes für den Rechtserwerb weiterer Parkplätze im Jahr 1998 aufgrund der Regelung im Kaufvertrag vom 18. Oktober 1996 in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Liegenschaftserwerb. Deshalb seien zu den glaubhaft anerkannten Investitionen aus Eigengut des Beschwerdeführers mindestens Fr. 178'000.-- für Bestandteile und Zugehör sowie für Parkplatzzrechte hinzuzuzählen (KG act. 1, Ziff. 10 und 11, S. 8 f.).

2.2 Trotz Aktenhinweis auf S. 11 des angefochtenen Entscheides bleibt un-erfindlich, auf welche konkrete Stelle des vorinstanzlichen Entscheides sich die Beanstandung des Beschwerdeführers bezieht. Bei den Ausführungen der Vorinstanz auf S. 11 ihres Entscheides geht es um eine güterrechtliche Ersatzforderung des Beschwerdeführers mit Mehrwertbeteiligung von Fr. 30'000.--, welche aufgrund einer Zahlung des Beschwerdeführers an Dr. M. N. für dessen Bemühungen anlässlich des Kaufes der Liegenschaft entstanden sein soll. Die Beschwerdegegnerin bestritt eine Zahlung in diesem Umfang als absolut unüblich. Die Vorinstanz ging schliesslich davon aus, die umstrittenen Fr. 30'000.-- seien geeignet, zu einer güterrechtlichen Ersatzforderung des Beschwerdeführers gegenüber der Beschwerdegegnerin zu führen (KG act. 2, S. 11). Welchen Zusammenhang diese Erwägungen mit der vom Beschwerdeführer gerügten angebli-

chen Folgerung, der Betrag von Fr. 700'000.-- sei ausschliesslich für Grundeigentum hingegeben worden, haben soll, ist nicht nachvollziehbar. Zudem stehen die Erwägungen der Vorinstanz in keinem Zusammenhang mit allfälligen Zahlungen in der Höhe von Fr. 100'000.-- für Parkplätze. Diesbezüglich ist der Beschwerdeführer zudem darauf hinzuweisen, dass die Vorinstanz durchaus in seinem Sinne einen Betrag von Fr. 100'000.-- für die Bezahlung von Parkplätzen als Investition des Beschwerdeführers berücksichtigt hat (durch Verweis auf die übrigen unbestritten gebliebenen Positionen der ersten Instanz: KG act. 2, S. 16 oben und OG act. 3, lit. g, S. 10). Ein Nichtigkeitsgrund kann mit diesen nicht nachvollziehbaren Beanstandungen jedenfalls nicht nachgewiesen werden.

3.1 Der Beschwerdeführer rügt weiter eine Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes dadurch, dass die Vorinstanz die richterliche Fragepflicht missachtet habe. Auf S. 15 ihrer Erwägungen stelle sie fest, dass der Beschwerdeführer die Investition von Fr. 31'010.-- in den Kauf der Liegenschaft nicht glaubhaft gemacht habe, weil er vom Kontoauszug betreffend die Periode 1. April 1997 bis 30. Juni 1997 nur die erste Seite des Auszuges eingereicht habe. Da das Fehlen der zweiten Seite auf einem offensichtlichen Versehen des Beschwerdeführers beruht haben müsse, hätte die richterliche Fragepflicht geboten, den Beschwerdeführer zur Nachreichung der zweiten Seite aufzufordern (KG act. 1, Ziff. 12, S. 9).

3.2 Die Vorinstanz ging betreffend der Zahlung von Fr. 31'010.-- für den Kauf der beschwerdegegnerischen Liegenschaft davon aus, der Beschwerdeführer habe diese Investition nicht glaubhaft gemacht. Er habe eine Rechnung des Notariats und Grundbuchamtes L. vom 10. April 1997 an die Beschwerdegegnerin mit einer Kopie eines entsprechenden Einzahlungsempfangsscheins eingereicht (ER act. 33/1/14), wobei auf beiden Papieren mit einem Stempel der Vermerk "Bezahlt" angebracht gewesen, und darunter handschriftlich je "SBG Kto. B & P AG 5.97" geschrieben worden sei. Bei einem Vergleich mit dem Auszug des Kontokorrentkontos der B & P AG bei der Schweizerischen Bankgesellschaft (Kto.-Nr. XXX.XXX.XX P) falle auf, dass der Auszug grundsätzlich die Periode vom 1. April 1997 bis zum 30. Juni 1997 umfasse, der Beschwerdeführer jedoch

nur die erste Seite des Auszuges eingereicht habe, welche am 1. Mai 1997 ende (ER act. 33/1/12). Da der Beschwerdeführer offensichtlich über den Kontoauszug verfüge, sei davon auszugehen, dass er auch die zweite Seite hätte einreichen können, woraus im Monat Mai (= 5.97) der Bezug von Fr. 31'010.-- ersichtlich gewesen wäre. Auch auf dem Auszug über das SBG-Kontokorrentkonto des "Treuhandbüros Rudolf B & P (Kto.Nr. YYY.YYY.YY X) sei im Mai 1997 kein solcher Bezug ersichtlich (ER act. 33/1/10); andere SBG-Konten, die auf die B & P AG lauteten, seien nicht ersichtlich (KG act. 2, S. 15).

3.3 Die richterliche Fragepflicht gemäss § 55 ZPO greift dann, wenn ein Vorbringen einer Partei unklar, unvollständig oder unbestimmt geblieben ist. Die Fragepflicht bezieht sich nicht nur auf das Hauptverfahren, sondern erfasst grundsätzlich sämtliche Stadien des Prozesses. Reicht eine Partei eine als Beweismittel (oder Glaubhaftmachungsmittel) bezeichnete Urkunde versehentlich (und entgegen § 186 ZPO) unvollständig ein, so hat das Gericht sie auf den Mangel hinzuweisen und Gelegenheit zur Einreichung der vollständigen Urkunde einzuräumen, bevor daraus Nachteile abgeleitet werden dürfen (V. Lieber, Zur richterlichen Fragepflicht gemäss § 55 der zürcherischen Zivilprozessordnung, in: FS von Castelberg, Zürich 1997, S. 176; Kass.Nr. 97/151, Beschluss vom 6. April 1998 i.S. I. AG, Erw. 4). Der Beschwerdeführer wurde im bisherigen Verfahren nicht darauf hingewiesen, dass er die Urkunde ER act. 33/1/12 unvollständig eingereicht habe. Der erstinstanzliche Richter ging hinsichtlich der vom Beschwerdeführer behaupteten Investition von Fr. 31'010.-- (für Handänderungssteuern und Notariatsgebühr) davon aus, die Bezahlung durch den Beschwerdeführer (bzw. die B & P AG) sei glaubhaft gemacht worden (OG act. 3, S. 9), weshalb kein Anlass bestand, auf die unvollständig eingereichte Urkunde hinzuweisen. Die Vorinstanz hat hingegen entscheidend darauf abgestellt, dass die Urkunde nicht vollständig eingereicht wurde und zu Ungunsten des Beschwerdeführers daraus geschlossen, er habe nicht glaubhaft gemacht, die Handänderungssteuern und Notariatsgebühren bezahlt zu haben. Diese Rüge der Verletzung der Fragepflicht durch die Vorinstanz ist damit begründet.

4.1 In einem weiteren Punkt rügt der Beschwerdeführer die Verletzung seines Anspruches auf das rechtliche Gehör durch die Vorinstanz, indem diese auf verschiedene seiner Vorbringen nicht eingegangen sei. So sei die Vorinstanz auf sein Vorbringen der Gefährdung der wirtschaftlichen Situation beider Ehegatten für den Fall der 'unterpreislichen' Abtretung der Liegenschaft an den Sohn der Beschwerdegegnerin und auf seine Ausführungen zum Wert der Liegenschaft – insbesondere im Hinblick auf die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege an die Beschwerdegegnerin – überhaupt nicht eingegangen. Sodann habe der Beschwerdeführer die Erwähnung der Verletzung familienrechtlicher Pflichten als Widerrufsgrund für die Schenkung vor dem erstinstanzlichen Richter mit Beispielen wie der Verweigerung der ehelichen Beistandspflicht, Fürsorge für die Pflege sowie Verweigerung der Zuneigung hinreichend dargetan (unter Verweis auf ER act. 1, S. 5), und nur schon die Tatsache, dass der Beschwerdeführer gegenüber seiner Ehefrau die Schenkung widerrufen und Klage eingeleitet habe, müsse Zweifel an der Gültigkeit der Schenkung hervorrufen. Sodann handle es sich bei der Liegenschaft trotz Bewilligung des Getrenntlebens immer noch um die Familienwohnung im Sinne von Art. 169 ZGB und die versuchte Abtretung der Liegenschaft an den Sohn der Beschwerdegegnerin sowie deren arglistiges Verschweigen, dass es sich um die Familienwohnung handle, sei eine Verletzung familienrechtlicher Pflichten im Sinne von Art. 249 Ziff. 2 [gemeint wohl: OR] (KG act. 1, Ziff. 13, S. 10 f.).

4.2 Soweit der Beschwerdeführer eine Verletzung seines Anspruches auf das rechtliche Gehör durch Nichtberücksichtigung seiner Vorbringen zum Liegenschaftswert hinsichtlich der vorinstanzlichen Erwägungen zur Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege an die Beschwerdegegnerin geltend macht, ist auf die nachfolgende Erwägung 5 zu verweisen.

4.3 Soweit der Beschwerdeführer ausführt, sein Anspruch auf das rechtliche Gehör sei verletzt worden, indem die Vorinstanz seine Vorbringen zur Gefährdung der wirtschaftlichen Situation der Ehegatten durch eine Abtretung der Liegenschaft unter Preis nicht berücksichtigt habe und seine Vorbringen zur Verletzung familienrechtlicher Pflichten als Widerrufsgrund der Schenkung nicht beachtet ha-

be, wird nicht näher dargelegt, zu welchen Erwägungen im (umfangreichen) vorinstanzlichen Entscheid er diese Nichtigkeitsgründe vorbringt.

Sollte der Beschwerdeführer mit seinen Vorbringen allenfalls die vorinstanzliche Erwägung 3.b/bb (KG act. 2, S. 17) beanstanden wollen, ginge diese Rüge fehl. Die Vorinstanz erwog an angegebener Stelle, ein Widerruf der Schenkung sei gemäss Art. 249 Ziff. 2 OR möglich, wenn der Beschenkte gegenüber dem Schenker oder einem von dessen Angehörigen die ihm obliegenden familienrechtlichen Pflichten schwer verletzt habe. Eine Scheidung an sich sei noch kein Grund, welcher zum Widerruf und damit zur Rückforderung berechtige und der Beschwerdeführer begnüge sich in Bezug auf die Verletzung familienrechtlicher Pflichten auf den Hinweis, dafür gebe es einige Beispiele aufzuzählen, was hingegen nicht zur Glaubhaftmachung eines begründeten Widerrufsgrundes genüge (KG act. 2, S. 17). Soweit der Beschwerdeführer geltend macht, er habe bereits mit seiner ersten Eingabe im Gesuch um Erlass von Eheschutzmassnahmen mit den Beispielen der Verweigerung der ehelichen Beistandspflicht, Fürsorge für die Pflege sowie der Verweigerung der Zuneigung hinreichende Beispiele dargetan (KG act. 1, S. 10), kann dieser Argumentation nicht gefolgt werden. In der genannten Eingabe (ER act. 1, S. 5) führte der Beschwerdeführer lediglich aus, *"3. Nachdem nun die Beklagte keinerlei Interesse mehr an einer ehelichen Gemeinschaft mit dem Kläger zeigt, ihm jegliche Zuwendung und Unterstützung auch in persönlichen und gesundheitlichen Bereichen versagt und um Bewilligung für das Getrenntleben ersuchte, kündigte der Kläger seine Verpflichtung aus dem Kreditvertrag gegenüber der Bank, was jedoch aufgrund des Kreditvertrages nicht möglich war. ..."*. Diese erstinstanzlich in einem gänzlich anderen Zusammenhang gemachten Ausführungen sind völlig pauschal und allgemein geblieben und beinhalten keinerlei konkrete Begebenheiten. Sodann hat bereits die Vorinstanz in ihrer Erwägung auf verschiedene Bundesgerichtsentscheide (BGE 85 II 70 ff. = Pra 48 Nr. 100 S. 296; BGE 113 II 252 E. 2b S. 255 = Pra 77 Nr. 39 E. 2b S. 157) hingewiesen. Insbesondere im zweiten Entscheid BGE 113 II 252 E. 4 wird ausgeführt, dass ein Schenkungswiderruf gemäss Art. 249 Ziff. 2 OR dann möglich sei, wenn der Beschenkte die gesetzlichen Pflichten, die er gegenüber dem Schenker oder seiner Familie hat, schwer verletzt. Damit werde der Enterbungs-

grund gemäss Art. 477 Ziff. 2 ZGB aufgegriffen, was heisse, dass die Schwere der Verfehlung von allen objektiven und subjektiven Umständen des einzelnen Falles abhängen würde. Zur Beurteilung müsse namentlich das Verhalten und eine eventuelle Mitschuld des Schenkers, das Milieu der Beteiligten und dessen Massstäbe sowie das Ausmass gewürdigt werden, in dem die Gefühle des Schenkenden und die Familien- und Ehegemeinschaft verletzt worden seien (Pra 77 Nr. 39, Erw. 4, S. 159). Die vom Beschwerdeführer geltend gemachten Ausführungen in seiner Eingabe vom 21. März 2003 (ER act. 1) beim erstinstanzlichen Richter erscheinen nicht geeignet, entsprechende Umstände hinreichend darzulegen, weshalb die Vorinstanz zu Recht nicht näher darauf eingegangen ist. Es liegt weder eine Verletzung des Anspruches auf das rechtliche Gehör noch eine Verletzung von klarem materiellem Recht vor.

Schliesslich macht der Beschwerdeführer auch geltend, es wäre von der Vorinstanz zu beachten gewesen, dass es sich bei der Liegenschaft immer noch um die Familienwohnung gehandelt habe und die Beschwerdegegnerin mit ihrem Vorgehen (versuchte Abtretung der Liegenschaft an ihren Sohn) Art. 169 ZGB und damit die familienrechtlichen Pflichten verletzt habe (KG act. 1, S. 11). An welcher Stelle der Beschwerdeführer dies bereits im vorinstanzlichen Verfahren im Zusammenhang mit der Frage des Widerrufs der Schenkung vorgebracht hätte, führt er nicht aus. Auf diese Beanstandung ist daher nicht weiter einzugehen. Nur nebenbei sei darauf hingewiesen, dass es im vorliegenden Fall unwahrscheinlich erscheint, dass die von der Beschwerdegegnerin bewohnte und in deren Alleineigentum stehende Liegenschaft an der I.strasse 40 in K. noch als Familienwohnung angesehen werden könnte, nachdem der nicht berechtigte Beschwerdeführer gemäss der Vereinbarung der Parteien und der Eheschutzverfügung vom 8. August 2002 die Wohnung der Beschwerdegegnerin zur alleinigen Benutzung überliess und diese auch verlassen hat (ER act. 17/15) (vgl. dazu BGE 114 II 399 f. und Bräm/Hasenböhler, Zürcher Kommentar zum ZGB, Zürich 1997, N 36 zu Art. 169 ZGB).

5.1 Zuletzt beanstandet der Beschwerdeführer die Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und die Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsver-

treters für die Beschwerdegegnerin im Rekursverfahren. Er ficht damit auch explizit den ersten Beschluss der Vorinstanz vom 10. Februar 2005 an (KG act. 2, S. 23). Der Beschwerdeführer bringt diesbezüglich vor, die Vorinstanz habe sich mit der von ihm ins Recht gelegten Verkehrswertschätzung der Liegenschaft nicht auseinandergesetzt und diese gar nicht beachtet. Weder habe die Vorinstanz berücksichtigt, dass die Beschwerdegegnerin die Liegenschaft teilweise vermieten, noch dass sie ohne weiteres ein weiteres Hypothekendarlehen aufnehmen könnte. Zudem sei die Begründung unhaltbar, wonach der Sohn der Beschwerdegegnerin als Wochenaufenthalter im Kanton Graubünden an seinem Wochenend-Wohnsitz bei der Beschwerdegegnerin keine Miete zu bezahlen habe (KG act. 1, Ziff. 14, S. 11 f.).

5.2 Bereits im Zwischenbeschluss des Kassationsgerichts vom 8. August 2005 wurde darauf hingewiesen, dass es dem Beschwerdeführer mit Bezug auf die Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters für die Gegenseite an der Beschwer und damit an der Rechtsmittellegitimation fehlt (unter Hinweis auf Kass.Nr. 98/115 vom 2. Juni 1998 i.S. P., Erw. II.1/b). Auch bezüglich der Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung wurde im erwähnten Zwischenbeschluss bereits ausgeführt, es fehle dem Beschwerdeführer an der erforderlichen Beschwer, nachdem er im Rekursverfahren dadurch keiner Sicherstellung einer allfälligen Prozesskaution verlustig ging und auch keine stichhaltigen Gründe darlegte, dass das gegen ihn eingeleitete (Rekurs-)Verfahren mutwillig oder aussichtslos gewesen wäre und er deshalb gezwungen gewesen wäre, auf eigene Kosten und ohne Aussicht auf deren Ersatz zu prozessieren (vgl. zum Ganzen Zwischenbeschluss des Kassationsgerichts vom 8. August 2005 = KG act. 28, Erw. 2.5/c, S. 12). Soweit sich die Beschwerde damit gegen den ersten Beschluss der Vorinstanz vom 10. Februar 2005 richtet, ist auf diese nicht einzutreten.

6. Zusammenfassend erweist sich die Beschwerde in einem Punkt als begründet. Da sich der festgestellte Nichtigkeitsgrund auf den gesamten Entscheid im zweiten Beschluss der Vorinstanz vom 10. Februar 2005 auswirkt und die Vorinstanz nach Ausübung der Fragepflicht diesbezüglich neu zu entscheiden haben wird, ist in teilweiser Gutheissung der Beschwerde der zweite Beschluss vom

10. Februar 2005 vollumfänglich aufzuheben. Auf die Beschwerde gegen den ersten Beschluss ist nicht einzutreten.

III.

Entsprechend der im Zwischenbeschluss vom 8. August 2005 getroffenen Gewichtung der Anfechtung der beiden Beschlüsse der Vorinstanz vom 10. Februar 2005 und der Reduktion der Prozesskaution für die Anfechtung des ersten Beschlusses auf einen Fünftel der ursprünglichen Kautions, wird der diesbezüglich unterliegende Beschwerdeführer im Beschwerdeverfahren zu einem Fünftel, die die Abweisung (bzw. das Nichteintreten) der Beschwerde beantragende Beschwerdegegnerin zu vier Fünfteln kostenpflichtig.

Der Beschwerdegegnerin ist im Rekursverfahren die unentgeltliche Prozessführung bewilligt und ein unentgeltlicher Rechtsvertreter bestellt worden (KG act. 2, S. 23). Auf die vom Beschwerdeführer gegen diesen Beschluss erhobene Nichtigkeitsbeschwerde ist nicht einzutreten (oben Erw. II/5). Da vorliegend kein Anlass besteht, um im Beschwerdeverfahren einen eigenen Entscheid zu treffen oder die Bewilligung zu entziehen (vgl. § 90 Abs. 2 und § 91 ZPO), gilt diese Rechtswohltat für die Beschwerdegegnerin auch im Beschwerdeverfahren. Der auf sie entfallende Teil der Gerichtskosten von 4/5 ist daher auf die Gerichtskasse zu nehmen. Im Gegensatz dazu ist der auf den Beschwerdeführer entfallende Teil der Gerichtskosten von 1/5 im Bereich (Anfechtung des ersten Beschlusses vom 10. Februar 2005 betreffend Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und Rechtsvertretung an die Beschwerdegegnerin) entstanden, in welchem ihm mit Zwischenbeschluss des Kassationsgerichts vom 8. August 2005 die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege verweigert wurde (Nichteintreten auf die Beschwerde gegen den ersten Beschluss der Vorinstanz vom 10. Februar 2005); die entsprechenden Kosten sind daher dem Beschwerdeführer aufzuerlegen und grundsätzlich aus der von ihm geleisteten Prozesskaution zu beziehen.

Bezüglich der Prozessentschädigungen ist Folgendes anzumerken: Wegen der (beim Beschwerdeführer teilweisen) Gewährung der unentgeltlichen Rechtsvertretung und der daraus folgenden unterschiedlichen Folgen bei Nichtbezahlung kommt vorliegend keine Verrechnung der Prozessentschädigungen in Frage. Demgemäss ist der Beschwerdeführer zu verpflichten, dem unentgeltlichen Rechtsvertreter der Beschwerdegegnerin eine auf 1/5 reduzierte Prozessentschädigung von Fr. 500.-- (inkl. Mehrwertsteuer) zu bezahlen; diese Prozessentschädigung kann vorweg aus der vom Beschwerdeführer geleisteten Prozesskaution geleistet werden. Dem unentgeltlichen Rechtsvertreter der Beschwerdegegnerin ist sodann für seine weiteren Bemühungen und Auslagen im Beschwerdeverfahren eine Entschädigung von Fr. 2'000.-- (inkl. Mehrwertsteuer) aus der Gerichtskasse auszurichten, der Anspruch (gegenüber der Beschwerdegegnerin) geht auf die Gerichtskasse über (§ 89 Abs. 2 und 3 ZPO).

Ferner ist die Beschwerdegegnerin zu verpflichten, dem Beschwerdeführer bzw. dessen (teilweise) unentgeltlichen Rechtsvertreterin eine auf 4/5 reduzierte Prozessentschädigung von Fr. 2'000.-- (inkl. Mehrwertsteuer) zu bezahlen (Fr. 1'500.-- an den Beschwerdeführer, Fr. 500.-- an die unentgeltliche Rechtsvertreterin). Im Umfang, in welchem der Beschwerdeführer unterlegen ist, wird weder eine Prozessentschädigung zugesprochen noch eine Entschädigung aus der Gerichtskasse ausgerichtet, da diesbezüglich keine unentgeltliche Rechtsvertretung gewährt wurde (vgl. Zwischenbeschluss vom 8. August 2005, Disp.-Ziff. 2). Sollte die zugesprochene Prozessentschädigung von der Beschwerdegegnerin nicht erhältlich sein, wird der ab dem 6. April 2005 bestellten unentgeltlichen Rechtsvertreterin des Beschwerdeführers für deren Bemühungen und Auslagen ab jenem Datum (zur Stellung des Gesuches um unentgeltliche Prozessführung und um unentgeltliche Rechtsvertretung im Beschwerdeverfahren) ein Betrag von Fr. 500.-- (inkl. Mehrwertsteuer) aus der Gerichtskasse ausbezahlt, wobei der Anspruch (gegenüber der Beschwerdegegnerin) auf die Gerichtskasse übergeht (§ 89 Abs. 2 und 3 ZPO). Für die zuvor gemachten Bemühungen der Rechtsvertreterin des Beschwerdeführers (Begründung der Nichtigkeitsbeschwerde: KG act. 1) kommt eine Ausrichtung der allenfalls nicht erhältlichen Prozessentschädigung

aus der Gerichtskasse allerdings nicht in Frage, da sie für jene Zeit noch nicht als unentgeltliche Rechtsvertreterin bestellt war.

Das Gericht beschliesst:

1. a) In teilweiser Gutheissung der Nichtigkeitsbeschwerde wird der zweite Beschluss der I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 10. Februar 2005 aufgehoben und die Sache im Sinne der Erwägungen zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen.
b) Auf die Nichtigkeitsbeschwerde gegen den ersten Beschluss der I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 10. Februar 2005 wird nicht eingetreten.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf:
Fr. 2'500.-- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 821.-- Schreibgebühren,
Fr. 418.-- Zustellgebühren und Porti.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden dem Beschwerdeführer zu 1/5, der Beschwerdegegnerin zu 4/5 auferlegt. Zuzug der ihr gewährten unentgeltlichen Prozessführung wird der Anteil der Beschwerdegegnerin einstweilen auf die Gerichtskasse genommen, unter Vorbehalt der Nachzahlungspflicht gemäss § 92 ZPO.
4. Der Beschwerdeführer wird verpflichtet, dem unentgeltlichen Rechtsvertreter der Beschwerdegegnerin, Rechtsanwalt F.G., für das Kassationsverfahren eine reduzierte Prozessentschädigung von Fr. 500.-- (inkl. MWSt.) zu entrichten; diese Entschädigung ist vorweg aus der Prozesskaution zu leisten.
5. Der unentgeltliche Rechtsvertreter der Beschwerdegegnerin, Rechtsanwalt F. G., wird ferner für seine weiteren Bemühungen und Auslagen im Beschwerdeverfahren mit Fr. 2'000.-- (inkl. MWSt.) aus der Gerichtskasse entschädigt. Der Anspruch geht auf die Gerichtskasse über.

6. a) Die Beschwerdegegnerin wird sodann verpflichtet, dem Beschwerdeführer eine reduzierte Prozessentschädigung von Fr. 1'500.-- (inkl. MWSt.) und der unentgeltlichen Rechtsvertreterin des Beschwerdeführers, Rechtsanwältin D. E., eine Prozessentschädigung von Fr. 500.-- (inkl. MWSt.) zu bezahlen.
b) Sollte der Anteil der unentgeltlichen Rechtsvertreterin von der Beschwerdegegnerin nicht erhältlich sein, würde Rechtsanwältin D. E. eine Entschädigung von Fr. 500.-- (inkl. MWSt.) aus der Gerichtskasse ausgerichtet, wobei der Anspruch auf die Gerichtskasse übergeht. Die Beschwerdegegnerin wird auf die Nachzahlungspflicht gemäss § 92 ZPO hingewiesen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich, sowie den Einzelrichter im summarischen Verfahren des Bezirkes H. (EE030031), je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Die juristische Sekretärin: