



---

Kass.-Nr. AA060118/U/mb

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Hans Michael Riemer, Dieter Zobl, Karl Spühler und Reinhard Oertli sowie die Sekretärin Margrit Scheuber

**Zirkulationsbeschluss vom 3. Oktober 2006**

in Sachen

**A. B.**,

geboren ..., von ..., Beruf: ..., whft.: ...,  
Kläger, Rekursgegner und Beschwerdeführer

gegen

**C. B.**,

geboren ..., von ..., whft. in ...,  
Beklagte, Rekurrentin und Beschwerdegegnerin

betreffend

**Eheschutz, Kostenfolgen**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der I. Zivilkammer des  
Obergerichts des Kantons Zürich vom 30. Juni 2006 (LP060032/U)**

**Das Gericht hat in Erwägung gezogen:**

1. Am 12. April 2005 ging beim Bezirksgericht D. das Eheschutzbegehren des Klägers ein, mit welchem er im Wesentlichen die Regelung des Getrenntlebens verlangte (ER act. 1). Am 25. August 2005 fand der erste Teil der Hauptverhandlung statt (ER Prot. S. 2 ff.), anlässlich welcher die Parteien ihre Anträge stellten (Obhutszuteilung, Besuchsrechtsregelung, Wohnungszuteilung, Herausgabe verschiedener Gegenstände sowie Verpflichtung zur Leistung von Unterhaltsbeiträgen); am 31. August 2005 wurde eine Kinderanhörung mit der Tochter der Parteien durchgeführt (ER act. 15 und 16). Nach der Vorladung der Parteien zur Fortsetzung der Hauptverhandlung (Replik/Duplik) auf den 24. November 2005 (ER act. 20), reichte die Beklagte des Eheschutzverfahrens mit Schreiben vom 31. Oktober 2005 beim Bezirksgericht D. die Scheidungsklage ein (ER act. 21). Daraufhin trat der Einzelrichter im summarischen Verfahren des Bezirkes D. mit Verfügung vom 8. November 2005 auf die Anträge betreffend Obhutszuteilung über die Tochter E., Regelung des Besuchsrechts, Wohnungszuteilung und Herausgabe von Gegenständen nicht ein und überwies das Begehren in diesem Umfang an die Einzelrichterin im ordentlichen Verfahren; für die Replik und Duplik des Eheschutzverfahrens (bezüglich Unterhaltsbeiträge bis 31. Oktober 2005) wurde sodann das schriftliche Verfahren angeordnet (ER act. 22). Mit Verfügung vom 9. Februar 2006 nahm sodann der Einzelrichter im summarischen Verfahren des Bezirkes D. davon Vormerk, dass die Parteien getrennt leben (Disp.-Ziff. 1). Weiter wies er den Antrag des Klägers, die Beklagte zu verpflichten, ihm Fr. 10'183.60 an den Unterhalt für die Zeit vom 1. April 2005 bis 31. Oktober 2005 zu bezahlen, vollumfänglich ab (Disp.-Ziff. 2) und merkte vor, dass im Übrigen das Eheschutzverfahren durch die rechtskräftige Verfügung vom 8. November 2005 erledigt worden sei (Disp.-Ziff. 3). Die Kosten wurden den Parteien je zur Hälfte auferlegt, wobei der Anteil des Klägers zufolge der Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung einstweilen auf die Gerichtskasse genommen wurde; es wurden keine Prozessentschädigungen zugesprochen (Disp.-Ziff. 5 und 6; ER act. 28 = OG act. 3).

2. Gegen die Kosten- und Entschädigungsfolgen der Verfügung vom 9. Februar 2006 erhob die Beklagte und Rekurrentin Rekurs an die I. Zivilkammer des Obergerichts und beantragte sinngemäss, die Kosten des Eheschutzverfahrens seien allein dem Kläger aufzuerlegen (OG act. 2). Der Kläger beantragte sinngemäss die Abweisung des Rekurses (OG act. 8). Mit Beschluss vom 30. Juni 2006 hob die I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich in Gutheissung des Rekurses die Disp.-Ziff. 5 und 6 der erstinstanzlichen Verfügung auf, auferlegte die Kosten des Eheschutzverfahrens dem Kläger, nahm diese jedoch einstweilen auf die Gerichtskasse, und verpflichtete den Kläger, der Beklagten eine Prozessentschädigung von Fr. 2'500.-- zuzüglich Fr. 190.-- Mehrwertsteuer zu bezahlen. Sodann wurden dem Kläger auch die Kosten des Rekursverfahrens auferlegt und er wurde verpflichtet, der Beklagten eine Umtriebsentschädigung von Fr. 100.-- zu bezahlen (OG act. 11 = KG act. 2).

3. Mit Eingabe vom 3. August 2006 erhob der Kläger und Beschwerdeführer (nachfolgend: Beschwerdeführer) kantonale Nichtigkeitsbeschwerde und beantragte sinngemäss die Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheides, sowie die Beibehaltung der Kostenteilung des Eheschutzverfahrens und den Verzicht auf gegenseitige Prozessentschädigungen [gemeint wohl: gemäss dem Entscheid des Einzelrichters im summarischen Verfahren vom 9. Februar 2006] (KG act. 1). Mit Schreiben des Kassationsgerichts vom 10. August 2006 wurde den Parteien und der Vorinstanz der Eingang der Nichtigkeitsbeschwerde angezeigt. Weitere prozessuale Anordnungen (Einholung einer Beschwerdeantwort bzw. einer Vernehmlassung der Vorinstanz) wurden nicht getroffen, da sich die Beschwerde sofort als unbegründet erweist (§ 289 ZPO).

4. Die Vorinstanz führte in ihrem Entscheid aus, im vorliegenden Eheschutzverfahren sei (vor erster Instanz) materiell nur über den Unterhaltsanspruch des Beschwerdeführers entschieden worden, wobei die Beschwerdegegnerin in diesem Punkt obsiegt habe; auf die übrigen Begehren des Beschwerdeführers sei der erstinstanzliche Richter nicht eingetreten. Dieser habe die hälftige Kostenaufgabe damit begründet, dass die Beschwerdegegnerin, welche zwar für den Entscheid bezüglich der Unterhaltsbeiträge wegen ihres Obsiegens nicht kosten-

pflichtig werde, durch Einreichung der Scheidungsklage den Nichteintretensentscheid veranlasst habe und ihr daher für diesen grundsätzlich ein höherer Anteil der Kosten aufzuerlegen wäre. Da über die Kinderbelange – in welchen die Kosten in der Regel hälftig geteilt würden – im Scheidungsverfahren noch zu entscheiden sein werde, rechtfertige es sich gesamthaft betrachtet, die Kosten den Parteien je zu Hälfte aufzuerlegen. Die Vorinstanz folgte diesen Erwägungen des erstinstanzlichen Richters nicht, sondern erwog, die Kostenfolgen eines Nichteintretensentscheides seien grundsätzlich vom Kläger zu tragen. Ein Abweichen von diesem Grundsatz gemäss § 64 Abs. 3 ZPO erscheine vorliegend nicht gerechtfertigt, da keine nachteiligen Folgen an die – nicht rechtsmissbräuchliche – Ausübung eines Rechtes geknüpft werden dürften und der Beschwerdegegnerin das Recht zugestanden habe, auch während laufendem Eheschutzverfahren das Scheidungsverfahren einzuleiten. Zudem hätten die Kinderbelange nur einen Teil der Parteianträge dargestellt, weshalb es sich auch unter diesem Titel nicht rechtfertige, vom Grundsatz der Kostenaufgabe gemäss Obsiegen und Unterliegen abzuweichen (KG act. 2, S. 3 f.).

5. Die Kosten- und Entschädigungsregeln der Zivilprozessordnung (§§ 64 ff. ZPO) stellen materielles Recht dar (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen ZPO, 3. Auflage, Zürich 1997, N 16 zu § 64 und N 47a zu § 281; vgl. schon Guldener, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivilsachen nach Zürcherischem Recht, Zürich 1942, S. 144). Bei der Beurteilung von Entscheidungen über die Kosten- und Entschädigungsfolgen steht der Kassationsinstanz daher nach § 281 Ziff. 3 ZPO lediglich eine beschränkte Überprüfungsbefugnis zu (von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. Auflage, Zürich 1986, S. 28). Zudem stellt das Beschwerdeverfahren 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 Beschwerdeverfahren 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, a.a.O., S. 67; von Rechenberg, a.a.O., S. 16 ff.; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., 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.).

6.1 Der Beschwerdeführer begründet seine Nichtigkeitsbeschwerde insbesondere damit, dass gar nie untersucht worden sei, ob die Beschwerdegegnerin im Oktober 2004 [recte: Oktober 2005] berechtigt gewesen sei, das Scheidungsverfahren einzuleiten. Bei der Fortsetzung des Scheidungsverfahrens am 19. Juli 2006 vor Bezirksgericht D. sei diese Frage völlig übergangen worden. Die Beschwerdegegnerin behaupte, die Parteien hätten seit Juli 2003 getrennt gelebt, was jedoch nicht stimme. Die Trennung habe erst im Oktober 2004 stattgefunden; zuvor habe man im Frühjahr 2004 noch zusammen neue Matratzen für das Ehebett gekauft, im Winter 2003/2004 verschiedene Objekte zum Kauf einer Eigentumswohnung angesehen sowie im August 2004 zusammen einen Swingerclub aufgesucht. Erst im Oktober 2004 habe er im Nachttisch der Beschwerdegegnerin Liebesbriefe von deren Freund gefunden, weshalb die Streitereien begonnen hätten. Deshalb hätte das Scheidungsverfahren erst im Oktober 2006 angehoben werden dürfen (KG act. 1, S. 2 f.).

6.2 Sinngemäss will der Beschwerdeführer mit diesen Ausführungen wohl geltend machen, die Einleitung des Scheidungsverfahrens durch die Beschwerdegegnerin im Oktober 2005 sei entgegen den Erwägungen der Vorinstanz rechtsmissbräuchlich gewesen. Wie bereits ausgeführt wurde, sind im Beschwerdeverfahren neue tatsächliche Vorbringen, welche eine Vervollständigung des vor Vorinstanz vorzubringenden Prozessstoffes bezwecken, nicht zulässig. Der Beschwerdeführer führt nicht aus – und solches ist auch nicht ersichtlich –, dass und wo er vor Vorinstanzen bereits vorgebracht hätte, die Beschwerdegegnerin sei zur Einleitung des Scheidungsverfahrens im Oktober 2005 nicht berechtigt gewesen. Die neuen Vorbringen hinsichtlich des Trennungstermins und die diesbezüglichen neu eingereichten Unterlagen (KG act. 3/1-2) können im Beschwerdeverfahren nicht mehr berücksichtigt werden. Zudem führt der Beschwerdeführer nicht aus,

dass er im Scheidungsverfahren entsprechende Vorbringen gemacht und den von der Beschwerdegegnerin angegebenen Trennungstermin sowie deren Berechtigung zur Einleitung des Scheidungsverfahrens gemäss Art. 114 ZGB bestritten hätte. Im Gegenteil führt er aus, er habe am 19. Juli [2006] vor Bezirksgericht D. "Grünes Licht" zur gütlichen Regelung der Scheidung gegeben (KG act. 1, S. 2). Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass allenfalls auch ohne Ablauf der zweijährigen Trennungsfrist gemäss Art. 114 ZGB eine Scheidung auf einseitiges Begehren gemäss Art. 115 ZGB möglich wäre, wenn die Fortsetzung der Ehe aus schwerwiegenden Gründen nicht zugemutet werden könnte. Schliesslich sind gemäss Art. 116 ZGB die Bestimmungen über die Scheidung auf gemeinsames Begehren sinngemäss anwendbar, wenn der andere Ehegatte einer Scheidung nach Getrenntleben oder wegen Unzumutbarkeit zustimmt oder Widerklage erhebt. Deshalb kann allein daraus, dass allenfalls die zweijährige Trennungsfrist gemäss Art. 114 ZGB noch nicht abgelaufen war, ohnehin nicht auf eine rechtsmissbräuchliche Einleitung des Scheidungsverfahrens geschlossen werden.

6.3 Der Beschwerdeführer bringt sodann weiter vor, er habe bei der Scheidungsverhandlung durchaus nicht nur als "Unterliegender" den Gerichtssaal verlassen, sondern die Frage des Besuchsrechts der Tochter und der Herausgabe von Möbelstücken sei für ihn positiv geregelt worden. Er macht weiter geltend, diese Fragen hätten schon vom Eheschutzrichter [so] geregelt werden sollen und die Beschwerdegegnerin wäre dann nicht als 100% Obsiegende dagestanden (KG act. 1, S. 2).

Der Eheschutzrichter hatte bei der Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen von den damals vorliegenden Tatsachen und damit auch von der Erledigung verschiedener Anträge durch Nichteintreten mit der Verfügung vom 8. November 2005 (ER act. 22) auszugehen. Insbesondere kann bei einem (teilweisen) Nichteintretensentscheid nicht berücksichtigt werden, wie über die Anträge, auf welche nicht eingetreten wurde, bei einer allfälligen Behandlung zu entscheiden gewesen wäre.

6.4 Jedenfalls kann aus den vom Beschwerdeführer geltend gemachten Gründen – soweit auf die Vorbringen im Beschwerdeverfahren eingetreten wer-

den kann – gesamthaft gesehen keine Verletzung von klarem materiellem Recht durch die Vorinstanz abgeleitet werden, indem diese die Kosten- und Entschädigungsfolgen des erstinstanzlichen Verfahrens gemäss der allgemeinen Regelung von § 64 Abs. 2 ZPO festlegte. Die Beschwerde ist daher abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.

7. Ausgangsgemäss wird der Beschwerdeführer im Beschwerdeverfahren grundsätzlich kostenpflichtig (§ 64 Abs. 2 ZPO). Ihm wurde von den Vorinstanzen die unentgeltliche Prozessführung gewährt, zu deren Entzug im Beschwerdeverfahren kein Anlass besteht (§ 91 ZPO). Damit sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen. Der Beschwerdeführer ist jedoch auf die Nachzahlungspflicht gemäss § 92 ZPO hinzuweisen, falls er wieder in günstigere wirtschaftliche Verhältnisse kommen sollte. Mangels erheblicher Umtriebe im Beschwerdeverfahren ist der Beschwerdegegnerin keine Umtriebs- bzw. Prozessentschädigung zuzusprechen.

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

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf:  
Fr. 500.-- ; die weiteren Kosten betragen:  
Fr. 176.-- Schreibgebühren,  
Fr. 76.-- Zustellgebühren und Porti.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden dem Beschwerdeführer auferlegt, jedoch zufolge der ihm gewährten unentgeltlichen Prozessführung einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Die Nachzahlungspflicht gemäss § 92 ZPO bleibt vorbehalten.
4. Im vorliegenden Beschwerdeverfahren werden keine Prozessentschädigungen zugesprochen.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich, sowie den Einzelrichter im summarischen Verfahren des Bezirkes D. (EE050067), je gegen Empfangsschein.

---

**KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH**

Die juristische Sekretärin: