



Kass.-Nr. AA060144/U/la

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Robert Karrer, Karl Spühler, Paul Baumgartner und die Kassationsrichterin Yvona Griesser sowie die juristische Sekretärin Margrit Scheuber

Zirkulationsbeschluss vom 12. April 2007

in Sachen

A. B.,

geboren ... von ...,

whft. ...,

Beklagter, Rekurrent und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwalt D., substituiert durch Rechtsanwalt E.

gegen

C. B.,

geboren ..., von ...,

whft. ...,

Klägerin, Rekursgegnerin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwältin F.

betreffend

Eheschutzmassnahmen (Unterhaltsbeiträge)

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der I. Zivilkammer des
Obergerichts des Kantons Zürich vom 15. August 2006 (LP050098/U)**

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Im November 2004 machte die Klägerin beim Bezirksgericht G. ein Eheschutzbegehren anhängig, mit welchem die Regelung des Getrenntlebens der Parteien verlangt wurde (ER act. 1). Mit Verfügung des Einzelrichters im summarischen Verfahren des Bezirkes G. vom 3. August 2005 wurde unter anderem der Beklagte verpflichtet, der Klägerin monatlich im Voraus zahlbare Unterhaltsbeiträge von Fr. 2'900.-- für die Zeit vom 1. April 2004 bis 28. Februar 2005, sowie von Fr. 2'300.-- für die Zeit vom 1. März 2004 [recte: 2005] bis 31. Dezember 2005 und von Fr. 1'600.-- für die Zeit ab 1. Januar 2006 zu bezahlen, unter Anrechnung der vom Beklagten bisher bezahlten Unterhaltsbeiträge (ER act. 36, Disp.-Ziff. 5).

2. Gegen diese Verfügung erhob der Beklagte Rekurs und beantragte die Reduktion der an die Klägerin zu bezahlenden Unterhaltsbeiträge auf monatlich Fr. 1'900.-- für die Zeit vom 1. August 2004 bis 28. Februar 2005, bzw. auf Fr. 1'200.-- für die Zeit vom 1. März 2005 bis 31. Dezember 2005, sowie auf Fr. 300.-- für die Zeit ab dem 1. Januar 2006, unter Anrechnung der vom Beklagten bisher bezahlten Unterhaltsbeiträge (OG act. 2, S. 2). Nach einem mehrmaligen Schriftenwechsel setzte die I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich mit Beschluss vom 15. August 2006 die monatlichen Unterhaltsbeiträge an die Klägerin in teilweiser Gutheissung des Rekurses fest auf Fr. 2'900.-- für die Zeit vom 1. April 2004 bis 31. Januar 2005, bzw. Fr. 2'300.-- für die Zeit vom 1. Februar 2005 bis 31. Dezember 2005, bzw. Fr. 1'600.-- für die Zeit ab 1. Januar 2006, unter Anrechnung der vom Beklagten bisher bezahlten Unterhaltsbeiträge. Im Übrigen wurde der Rekurs des Beklagten abgewiesen und die angefochtene Verfügung bestätigt (Disp.-Ziff. 1); die Kosten des Verfahrens wurden dem Beklagten auferlegt (Disp.-Ziff. 3) und dieser wurde verpflichtet, der Klägerin eine Umtriebsentschädigung zu bezahlen (Disp.-Ziff. 4, OG act. 47 = KG act. 2).

3. Am 19. September 2006 ging beim Kassationsgericht des Kantons Zürich die vom Beklagten und Beschwerdeführer (nachfolgend: Beschwerdeführer) ein-

gereichte Nichtigkeitsbeschwerde ein, mit welcher er verlangte, in Aufhebung der Disp.-Ziff. 1, 3 und 4 sei er zu verpflichten, der Klägerin monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 2'200.-- für die Zeit vom 1. April 2004 bis 31. Januar 2005, von Fr. 1'500.-- für die Zeit vom 1. Februar 2005 bis 30. September 2005 und von Fr. 800.-- für die Zeit ab 1. Oktober 2005, unter Anrechnung der bisher bezahlten Unterhaltsbeiträge, zu bezahlen, die Gerichtsgebühren [des Rekursverfahrens] seien hälftig auf die Parteien aufzuteilen und es sei keiner Partei eine Umtriebsentschädigung zuzusprechen (KG act. 1, S. 2). Die dem Beschwerdeführer auferlegte Prozesskaution in der Höhe von Fr. 2'500.-- (KG act. 5) ging innert Frist ein (KG act. 10). Die Vorinstanz hat auf eine Vernehmlassung zur Beschwerde verzichtet (KG act. 9). Die Klägerin und Beschwerdegegnerin (künftig: Beschwerdegegnerin) liess die vollumfängliche Abweisung der Nichtigkeitsbeschwerde beantragen (KG act. 11). Mit Eingabe vom 22. November 2006 nahm der Beschwerdeführer zur Beschwerdeantwort der Beschwerdegegnerin Stellung (KG act. 17). Diese Stellungnahme wurde der Beschwerdegegnerin mit Verfügung vom 24. November 2006 zur freigestellten Stellungnahme zugestellt (KG act. 18 und 19/2). Eine weitere Stellungnahme ging nicht ein.

II.

1.1 Der Beschwerdeführer beanstandet als erstes eine Verletzung seines Anspruches auf das rechtliche Gehör im Sinne von § 281 Ziff. 1 ZPO, indem die Vorinstanz weder auf seine Eingabe vom 7. Februar 2006 (wonach die Beschwerdegegnerin neu am H.weg x in I. wohne; angeblich lebe sie mit einer Freundin zusammen und bezahle nichts) noch auf die undatierte Eingabe der Beschwerdegegnerin in OG act. 26 (in welcher diese den Wohnungswechsel zugebe und einen Mietzins von Fr. 700.-- geltend mache) eingehe. Gegenüber der ursprünglichen Notbedarfsberechnung ergebe sich nach seiner Darstellung eine Reduktion des Bedarfes von Fr. 1'122.-, nach Darstellung der Beschwerdegegnerin zumindest um Fr. 422.--; zudem sei der Bedarf um die Radio/TV-Kosten von

Fr. 180.-- zu reduzieren. Die Vorinstanz habe gegenteils festgestellt, dass im Übrigen der Bedarf der Beschwerdegegnerin unangefochten geblieben sei, was aktenwidrig im Sinne von § 281 Ziff. 3 ZPO sei (KG act. 1, Ziff. IV., S. 3 f.).

1.2 Bereits die Vorinstanz wies zu Recht darauf hin (KG act. 2, S. 3), dass das vorliegende Verfahren betreffend die Unterhaltsbeiträge des Beschwerdeführers an die Beschwerdegegnerin der Verhandlungs- und Dispositionsmaxime gemäss § 54 ZPO untersteht, wobei es den Parteien obliegt, dem Gericht die wesentlichen Tatsachen mitzuteilen und die erforderlichen Beweismittel zu nennen. Neue Tatsachenbehauptungen im Rekursverfahren sind gemäss § 278 ZPO in Verbindung mit § 267 Abs. 1 ZPO nur unter den Voraussetzungen von §§ 115 und 138 ZPO zulässig.

Der Beschwerdeführer beruft sich in seiner Beschwerdeschrift (unter Beilage einer Kopie des Schreibens) nun darauf, er habe bereits mit Eingabe vom 7. Februar 2006 bei der Vorinstanz mitgeteilt, dass die Beschwerdegegnerin neu am H.weg x in I. lebe. Das entsprechende Schreiben ist in den vorinstanzlichen Akten als OG act. 25 enthalten. Der Beschwerdeführer teilte hier der Vorinstanz mit, die Beschwerdegegnerin wohne in einer 2 ½-Zimmerwohnung eines Einfamilienhauses in I., sie sei dort angemeldet und lebe dort zusammen mit einer Freundin von ihr. Allerdings habe der Beschwerdeführer von den Kindern erfahren, dass die Beschwerdegegnerin in Wahrheit bei ihrem Lebenspartner K. L. in M. lebe. Jedenfalls hätten sich die Verhältnisse verändert, wobei es Pflicht der Beschwerdegegnerin sei, solche Veränderungen mitzuteilen (KG act. 3/1 = OG act. 25). Dem Schreiben ist zwar zu entnehmen, dass sich die Wohnverhältnisse der Beschwerdegegnerin verändert hätten, es wird jedoch in keiner Art und Weise dargelegt, dass und inwiefern sich dadurch allenfalls die finanziellen Verhältnisse in Bezug auf die zu bezahlenden Unterhaltsbeiträge verändert haben sollten. Soweit der Beschwerdeführer diesbezüglich in seiner Beschwerdeschrift auch auf die Eingabe der Beschwerdegegnerin vor Vorinstanz (OG act. 26) verweist, wonach diese der Freundin überhaupt nichts bezahlen müsse, dann jedoch gleichwohl einen Mietzins von Fr. 700.-- behaupte, kann er daraus nicht schliessen, der Bedarf der Beschwerdegegnerin sei im Rekursverfahren (neben den Autounkosten; vgl. dazu

nachfolgende Erwägung 2.) bestritten worden. Die Beschwerdegegnerin hat in jener (undatierten) Eingabe explizit verlangt, dass man ihre geänderten Wohnverhältnisse bezüglich der finanziellen Verhältnisse nicht zu berücksichtigen habe: sie habe die bisherige Wohnung wegen ihres geringen Einkommens (ausgebliebene Unterhaltszahlungen des Beschwerdeführers und Lohnreduktion) nicht mehr halten können und sei deshalb bis zur Festlegung und Bezahlung der Unterhaltsbeiträge vorübergehend zu einer Freundin gezogen, welche ihr den Mietzins von Fr. 700.-- gestundet habe (OG act. 26, S. 2 f.). Auf weitere Eingaben im vorinstanzlichen Verfahren verweist der Beschwerdeführer nicht. Somit hat die Vorinstanz weder eine aktenwidrige Annahme getroffen, noch den Anspruch auf das rechtliche Gehör verletzt, indem sie davon ausging, der Bedarf der Beschwerdegegnerin sei (abgesehen von den Autokosten) unangefochten geblieben.

1.3 Nur nebenbei sei bemerkt, dass sich die vom Beschwerdeführer erst im Beschwerdeverfahren geltend gemachte Reduktion des Bedarfs der Beschwerdegegnerin bezüglich deren Mietzinsen und der Radio/TV- Gebühren im Resultat auch nicht auf die Unterhaltsberechnung ausgewirkt hätte. So führt der Beschwerdeführer aus, die Beschwerdegegnerin bezahle für die Wohngelegenheit bei ihrer Freundin gar nichts, gemäss deren Darstellung höchstens Fr. 700.--, was immer noch Fr. 422.-- weniger sei als gemäss den im erstinstanzlichen Verfahren angerechneten Wohnkosten von Fr. 1'122.--, zudem entfielen die Kosten für Radio/TV von Fr. 180.-- im Monat (KG act. 1, S. 4). Diesen Ausführungen ist jedoch entgegen zu halten – wie auch die Beschwerdegegnerin sinngemäss zu Recht geltend machte (OG act. 26, S. 3) –, dass es bei der Festlegung des Unterhaltsbeitrages nicht auf die freiwillig zu tief gehaltenen Wohnungskosten ankommen kann, sondern dass der gebührende Unterhalt geschuldet ist. So verstösst es nicht gegen klares materielles Recht, wenn einer Partei anstelle der durch Einschränkungen freiwillig zu tief gehaltenen Wohnungskosten die ihr zustehenden hypothetischen Kosten im Notbedarf angerechnet werden (so schon ZR 87 Nr. 114, vgl. auch Kass.Nr. 93/442 vom 18. März 1994 i.S. E., Erw. II.2.3). Vorliegend kann denn auch nicht gesagt werden, die der Beschwerdegegnerin angerechneten Wohnungskosten von Fr. 1'122.-- im Monat würden nicht den gebührenden Verhältnisse der Parteien entsprechen, zumal deren Gesamteinkommen

ab 1. Januar 2006 Fr. 13'734.-- beträgt und der Freibetrag sich auf Fr. 3'612.-- im Monat beläuft. Dasselbe gilt im Übrigen bezüglich der vom Beschwerdeführer beanstandeten Radio/TV-Gebühren.

2.1 Der Beschwerdeführer macht sodann geltend, die Vorinstanz befasse sich nur bezüglich des Autos kurz mit dem Bedarf der Beschwerdegegnerin und halte fest, es sei nicht ersichtlich, weshalb die Parteien nicht mehr den gleichen gebührenden Unterhalt weiter führen könnten wie bisher. Dies sei schwer verständlich, nachdem der Beschwerdeführer früher bei der N. gearbeitet habe und heute bei der O. angestellt sei, wobei bei keiner zweiten Firma im Lande ein derart krasser finanzieller Absturz statt gefunden habe. Die Einbussen bei Lohn und Pensionskasse hätten 35% betragen. Zudem habe die Beschwerdegegnerin schon $\frac{3}{4}$ Jahre vor der Trennung kein Auto mehr gehabt, da sie ihres zu Schrott gefahren habe. Es sei damit eine willkürliche tatsächliche Annahme im Sinne von § 281 Ziff. 2 ZPO, wenn die Vorinstanz vom gleichen gebührenden Unterhalt ausgehe [und der Beschwerdegegnerin weiterhin ein Auto anrechne] (KG act. 1, Ziff. V., S. 4 f.).

2.2 Der Beschwerdeführer verweist hier auf keine Aktenstelle des vorinstanzlichen Entscheides und die Beschwerde ist somit an sich ungenügend begründet. Soweit er damit allenfalls auf die Erwägung 5.1 in KG act. 2, S. 11 verweisen wollte, ginge die Rüge jedoch fehl. Hier erwog die Vorinstanz, die Beschwerdegegnerin habe während des Zusammenlebens unbestrittenermassen über ein Auto verfügt und es sei nicht ersichtlich, weshalb auf die bisherige Lebensführung nicht mehr abgestützt werden könne, wie dies der Beschwerdeführer geltend mache, da doch die finanziellen Verhältnisse der Parteien nach wie vor eher günstig seien. Wenn der Beschwerdeführer im Beschwerdeverfahren neu geltend macht, die Beschwerdegegnerin habe schon $\frac{3}{4}$ Jahre vor der Trennung kein Auto mehr gehabt, ist diese Behauptung neu und nicht zu hören; jedenfalls verweist der Beschwerdeführer auf keine Aktenstelle, dass und wo er dies bereits vor Vorinstanzen vorgebracht habe. Sodann ging die Vorinstanz zu Recht von den Verhältnissen der Parteien aus, wie sie zum Zeitpunkt der Trennung im April 2004 und seither bestanden, und hat auch die Lohnreduktion des Beschwerdefüh-

ers per Februar 2005 mitberücksichtigt (vgl. KG act. 2, S. 4 ff.). Wenn die Vorinstanz trotz dieser Lohnreduktion davon ausging, die finanziellen Verhältnisse der Parteien seien nach wie vor eher günstig und es sei nicht ersichtlich, weshalb nicht auf die bisherige Lebensführung abgestützt werden könnte, erscheint dies bei einem Gesamteinkommen ab 1. Januar 2006 von Fr. 13'734.-- und einem Freibetrag von Fr. 3'612.-- nicht willkürlich. Der Bedarf der Parteien ist – inklusive der Fahr-/Autokosten der Beschwerdegegnerin – nach wie vor mehr als gedeckt und die Lohnreduktion ginge zu Lasten einer allfälligen Sparquote. Ein Nichtigkeitsgrund liegt somit nicht vor, soweit auf die Rüge überhaupt einzutreten ist.

3. Welchen Nichtigkeitsgrund der Beschwerdeführer mit seiner weiteren Ausführung in Ziff. VI. geltend machen will, wird aus der Beschwerde nicht klar. Er führt hier lediglich aus, das Einkommen der Beschwerdegegnerin sei bis heute nicht geklärt und sie gebe selber an, die eingereichten Lohnabrechnungen seien fehlerhaft. Es dürfte unbestritten sein, dass die Beschwerdegegnerin seit längerer Zeit voll erwerbstätig sei bzw. sein könne und sie arbeite unter anderem bei der P. etc., der Umfang sei nicht bekannt (KG act. 1, Ziff. VI., S. 5). Weder geht aus der Beschwerde hervor, welche Erwägung der Vorinstanz angefochten werden soll, noch wird auf Vorbringen im vorinstanzlichen Verfahren verwiesen, welche allenfalls in Setzung eines Nichtigkeitsgrundes nicht oder falsch beurteilt worden wären. Auch führt der Beschwerdeführer nicht aus, welche Auswirkung seine Behauptung auf den Entscheid der Vorinstanz haben solle. Auf diese Rüge kann somit gesamthaft nicht eingetreten werden.

4.1 Schliesslich beanstandet der Beschwerdeführer auch die vorinstanzliche Kosten- und Entschädigungsregelung. Zu Unrecht habe die Vorinstanz sämtliche Gerichtskosten dem Beschwerdeführer auferlegt, obwohl die Beschwerdegegnerin mit verschiedenen Anträgen, z.B. jenen in OG act. 26, S. 2 oben, nicht durchgedrungen sei. Dasselbe gelte für die Zusprechung einer Umtriebsentschädigung an die Beschwerdegegnerin. Dadurch entstehe der falsche Eindruck, als wäre die Beschwerdegegnerin mit ihren Anträgen vollumfänglich durchgedrungen, und dass der Beschwerdeführer auf der ganzen Linie verloren habe. Damit habe die

Vorinstanz einen wesentlichen Verfahrensmangel und somit einen Nichtigkeitsgrund gemäss § 281 Ziff. 1 ZPO gesetzt (KG act. 1, Ziff. VII., S. 5).

4.2 Vorauszuschicken ist, dass die Kosten- und Entschädigungsregeln der Zivilprozessordnung (§§ 64 ff. ZPO) materielles Recht darstellen (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). Dies muss namentlich auch dann gelten, wenn die Bemessung der Prozessentschädigung u.a. im Zusammenhang mit der Berechnung der streitigen vermögensrechtlichen Ansprüche angefochten wird. Mithin kommt im Zusammenhang mit der Regelung der Nebenfolgen der Kassationsinstanz auch hinsichtlich der Berechnung des Streitwertes nur eine (auf die Verletzung klaren Rechts) beschränkte Kognition zu (RB 1988 Nr. 40).

4.3 Wie die Vorinstanz in ihrem Entscheid ausführlich festgehalten hat, wurden die von der Beschwerdegegnerin in OG act. 26 gestellten (und in OG act. 39 geänderten) Anträge erst nach Ablauf der Rekurs- bzw. Anschlussrekursfrist und damit verspätet gestellt. Das in § 278 in Verbindung mit § 267 ZPO vorgesehene Novenrecht verweist auf §§ 115 und 138 ZPO, bezieht sich jedoch lediglich auf neue Tatsachenbehauptungen, Bestreitungen und Einreden, nicht jedoch auf neue Rechtsmittelanträge: einmal gestellte Rekursanträge dürfen auch bei Vorliegen echter Noven nicht mehr geändert oder erweitert werden und neue Rekursanträge sind nicht zulässig (KG act. 2, S. 7). Zuvor verlangte die Beschwerdegegnerin mit ihrer rechtzeitig eingereichten Rekursantwort (OG act. 15) grundsätzlich die Abweisung der Rekurses des Beschwerdeführers und – unter Berücksichtigung des terminlichen Versehens – die Bestätigung des erstinstanzlichen Entscheides (OG act. 15, S. 2). Die Vorinstanz ging bei der Kosten- und Entschädigungsregelung zu Recht von diesen rechtzeitig gestellten Anträgen auf Abwei-

sung des Rekurses und Bestätigung des erstinstanzlichen Entscheides (mit Ausnahme der terminlichen Korrektur) und nicht von den später abgeänderten und zum vornherein unzulässigen Anträgen (OG act. 26 und 39) der Beschwerdegegnerin aus. Es verletzt somit kein klares materielles Recht, wenn die Vorinstanz vom fast vollständigen Unterliegen des Beschwerdeführers im Rekursverfahren ausging (KG act. 2, S. 13); ein Nichtigkeitsgrund kann auch bezüglich der Kosten- und Entschädigungsregelung nicht nachgewiesen werden.

5. Zusammenfassend ist daher die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Die der Beschwerde hinsichtlich der Kosten- und Entschädigungsfolgen verliehene aufschiebende Wirkung entfällt damit.

III.

Ausgangsgemäss wird der Beschwerdeführer für das Beschwerdeverfahren kosten- und entschädigungspflichtig (§§ 64 Abs. 2 und 68 ZPO).

Das Gericht beschliesst:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann. Damit entfällt die der Beschwerde teilweise verliehene aufschiebende Wirkung.
 2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf:
Fr. 1'000.-- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 304.-- Schreibgebühren,
Fr. 228.-- Zustellgebühren und Porti.
 3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden dem Beschwerdeführer auferlegt.
 4. Der Beschwerdeführer wird verpflichtet, der Beschwerdegegnerin für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 1'750.-- (inkl. MWSt.) zu entrichten.
 5. Gegen diesen Entscheid kann unter den Voraussetzungen von Art. 90 ff. BGG innert 30 Tagen nach dessen Empfang schriftlich durch eine Art. 42 BGG entsprechende Eingabe Beschwerde gemäss Art. 72 ff. BGG an das Schweizerische Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, erhoben werden. Der Streitwert beträgt Fr. 195'400.--.
- Hinsichtlich des Fristenlaufes gelten die Art. 44 ff. BGG.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich, sowie die Einzelrichterin im summarischen Verfahren des Bezirkes G. (EE040255), je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Die juristische Sekretärin: