



Kass.-Nr. AA090008/U/mum

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Bernhard Gehrig, die Kassationsrichterin Sylvia Frei, die Kassationsrichter Reinhard Oertli und Georg Naegeli sowie der juristische Sekretär Markus Nietlispach

Zirkulationsbeschluss vom 23. Februar 2009

in Sachen

X.,

....,

Gesuchsteller, Rekurrent, Anschlussrekursgegner und Beschwerdeführer
vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. _____

gegen

Y.,

....,

Gesuchstellerin, Rekursgegnerin, Anschlussrekurrentin und Beschwerdegegnerin
vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. _____

betreffend

vorsorgliche Massnahmen (Unterhaltsbeiträge)

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der I. Zivilkammer des
Obergerichts des Kantons Zürich vom 18. November 2008 (LQ070073/U)**

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

1.a) Am 21. April 2006 reichten die Parteien bei der Einzelrichterin im ordentlichen Verfahren des Bezirks Q. (Erstinstanz) ein gemeinsames Scheidungsbegehren im Sinne von Art. 112 ZGB ein (ER act. 1). Anlässlich der erstinstanzlichen Anhörung mit anschliessender Hauptverhandlung über die Nebenfolgen der Scheidung stellte der Beschwerdeführer (Gesuchsteller, Rekurrent und Anschlussrekursgegner) ein Begehren um Anordnung vorsorglicher Massnahmen; zugleich ersuchte er um Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung und Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters (ER act. 9). Mit Verfügung vom 18. Juli 2007 (OG act. 3 = KG act. 3/1) wies die Erstinstanz das Armenrechtsgesuch ab (Disp.-Ziff. 1), und sie erliess für die Dauer des Verfahrens vorsorgliche Massnahmen. Konkret stellte sie die Kinder A. (geboren 1994) und B. (geboren 1997) für diesen Zeitraum unter die Obhut der Beschwerdegegnerin (Gesuchstellerin, Rekursgegnerin und Anschlussrekurrentin) (Disp.-Ziff. 2). Weiter wurde dem Beschwerdeführer ein Besuchsrecht eingeräumt (Disp.-Ziff. 3) und dieser zur Zahlung monatlicher (Ehegatten- und Kinder-)Unterhaltsbeiträge von insgesamt Fr. 3'150.-- (für die Zeit vom 5. bis zum 30. September 2006) bzw. von Fr. 2'750.-- (für die Zeit ab 1. Oktober 2006) zuzüglich Kinderzulagen sowie zur Übernahme der Hälfte der (nicht durch Dritte gedeckten) Kosten für Kieferkorrekturen der beiden Kinder an die Beschwerdegegnerin (Disp.-Ziff. 4) verpflichtet.

b) Die bezirksrichterliche Festsetzung der Unterhaltsbeiträge focht der Beschwerdeführer unter dem 3. September 2007 mit Rekurs an (OG act. 2 = KG act. 3/2), den er mit Eingabe vom 26. September 2007 (OG act. 8) ergänzend begründete. In ihrer Rekursantwortschrift vom 1. November 2007 erhob die Beschwerdegegnerin Anschlussrekurs (OG act. 12). Nach Abschluss des Schriftenwechsels (s.a. OG act. 17 und 20) beschloss die I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich (Vorinstanz) am 18. November 2008 in teilweiser Gutheissung des Rekurses, Dispositiv-Ziffer 4 der angefochtenen Verfügung aufzuheben und die Unterhaltsbeiträge auf insgesamt Fr. 2'840.-- (für die Zeit vom 5. bis zum 30. September 2006) bzw. Fr. 2'660.-- (für die Zeit ab 1. Oktober 2006) zuzüglich Kinderzulagen festzusetzen; im Übrigen wurde der Rekurs und der Anschlussre-

kurs abgewiesen und der erstinstanzliche Entscheid bestätigt (OG act. 22 = KG act. 2).

c) Gegen diesen obergerichtlichen Rekursentscheid richtet sich die vorliegende Nichtigkeitsbeschwerde vom 13. Januar 2009 (KG act. 1), deren Eingang den Parteien und den Vorinstanzen mit Schreiben vom 14. Januar 2009 angezeigt wurde (KG act. 5). Damit verlangt der Beschwerdeführer die Aufhebung des angefochtenen Beschlusses und die Rückweisung der Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz (KG act. 1 S. 2). Mit Eingabe vom 16. Januar 2009, welche dem Beschwerdeführer unter dem 19. Januar 2009 zur Kenntnisnahme zugestellt wurde (KG act. 10 und 11/1), liess die Beschwerdegegnerin spontan, d.h. ohne vom Gericht zur Beantwortung der Beschwerde aufgefordert worden zu sein, auf die Unzulässigkeit der Beschwerde hinweisen (KG act. 9). Dazu nahm der Beschwerdeführer seinerseits mit fristgerechter Eingabe vom 30. Januar 2009 Stellung (KG act. 14; s.a. ZR 107 Nr. 22, Erw. II/3), wobei er die Auffassung vertritt, die Beschwerde müsse im vorliegenden Fall zulässig sein.

d) Da sich die Beschwerde entgegen dieser Auffassung sofort als unzulässig erweist (vgl. nachstehende Erw. 2), kann – nach bereits erfolgtem Beizug der vorinstanzlichen Akten (vgl. KG act. 4, 6 und 12) – von Weiterungen im Sinne von § 289 ZPO abgesehen, d.h. darauf verzichtet werden, der Beschwerdegegnerin Gelegenheit zur Beantwortung der Beschwerde (und zur beschwerdeführerischen Stellungnahme vom 30. Januar 2009) und der Vorinstanz zur Vernehmlassung zu geben (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich 1997, N 2 zu § 289 ZPO). Auch ist dem Beschwerdeführer für das Kassationsverfahren keine Kautionsaufzuerlegen (vgl. § 78 Ziff. 1 ZPO, welche Vorschrift sich auf beide Unterarten der Scheidung auf gemeinsames Begehren [mit umfassender Einigung oder mit Teileinigung] bezieht und auch im Rechtsmittelverfahren gilt; vgl. Meyer, Säumnisfolgen und Kostenfragen, in: Bräm [Hrsg.], Anpassung des Zürcher Prozessrechts im Personen- und Familienrecht, Zürich 2001, S. 50; Kass.-Nr. AA060042 vom 6.11.2006 i.S. L. und L.c.L., Erw. I/2; AA070028 vom 3.4.2007 i.S. I.c.I., Erw. 1/d; ZR 105 Nr. 28; 82 Nr. 21; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 5 zu § 78 ZPO).

2.a) Gegenstand des vorliegend angefochtenen Rekursentscheids bilden (einzig) die im Rahmen des vor Erstinstanz hängigen Scheidungsverfahrens gestützt auf Art. 137 ZGB verfügten vorsorglichen Massnahmen (konkret: die für die Dauer des Prozesses zu leistenden Unterhaltsbeiträge). Demnach handelt es sich beim angefochtenen Beschluss um einen Rekursentscheid betreffend vorsorgliche Massnahmen. Dies kommt im Übrigen auch im Rubrum des vorinstanzlichen Beschlusses zum Ausdruck, wo als Betreffnis "vorsorgliche Massnahmen (Unterhaltsbeiträge)" genannt wird (vgl. KG act. 2 S. 2 oben).

b) Zwar unterliegen grundsätzlich 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 Ausschlussvorschrift von § 284 Ziff. 7 ZPO ist gegen Rekursentscheide betreffend vorsorgliche Massnahmen die Nichtigkeitsbeschwerde jedoch nicht zulässig, wobei der Ausschluss sowohl für im Rahmen eines hängigen Prozesses erlassene Massnahmentscheide (d.h. Entscheide im Sinne von § 110 ZPO bzw. – hier – Art. 137 ZGB) als auch für Entscheide betreffend den vorprozessualen einstweiligen Rechtsschutz (d.h. Entscheide im Sinne von § 222 Ziff. 3 ZPO) gilt (vgl. ZR 105 Nr. 18, Erw. II/3/b/cc m.Hinw.).

Dass gegen den vorinstanzlichen Rekurs(end)entscheid keine kantonale Nichtigkeitsbeschwerde erhoben werden kann, war für den Beschwerdeführer im Übrigen auch daraus ersichtlich, dass darin keine dahingehende Rechtsmittelbelehrung enthalten ist (vgl. KG act. 2 S. 44, Disp.-Ziff. 6), welche bei Zulässigkeit der Nichtigkeitsbeschwerde obligatorisch wäre (vgl. § 157 Ziff. 12 GVG in Verbindung mit § 188 GVG).

c) An der Unzulässigkeit der vorliegenden Beschwerde vermag auch die Argumentation des Beschwerdeführers in der Eingabe vom 30. Januar 2009 (KG act. 14) nichts zu ändern. Dort wird vorgebracht, es ergebe sich ungeachtet der Vorschrift von § 284 Ziff. 7 ZPO sowohl aus Art. 76 KV wie auch aus Art. 138 ZGB

und Art. 148 ZGB, dass das kantonale Recht auch gegen Entscheide betreffend vorsorgliche Massnahmen im Scheidungsverfahren ein Rechtsmittel mit umfassender Prüfungsmöglichkeit bezüglich Rechtsfragen und mindestens beschränkter Kognition hinsichtlich Tatfragen zur Verfügung stellen müsse (sog. Prinzip der "double instance"). Vor diesem Hintergrund könne § 284 Ziff. 7 ZPO die Nichtigkeitsbeschwerde nur so weit ausschliessen, als es darin um schon vor Bezirksgericht beurteilte Fragen gehe. Solche Fragen seien mit dem Rekursentscheid nämlich schon in zweiter Instanz beurteilt worden; im Sinne von § 284 Ziff. 7 ZPO solle es in derartigen Fällen keine dritte Instanz geben. Soweit die Nichtigkeitsbeschwerde aber Streitfragen betreffe, mit denen sich das Bezirksgericht nicht befasst habe, die also (im Rahmen des Rekursverfahrens) vom Obergericht als erste Instanz beurteilt worden seien, könne § 284 Ziff. 7 ZPO eine Überprüfung durch das Kassationsgericht umgekehrt nicht ausschliessen. Ein solcher Ausschluss widerspräche vielmehr der Kantonsverfassung und dem Bundesrecht. Da mit der vorliegenden Nichtigkeitsbeschwerde die Höhe des Einkommens des Beschwerdeführers ab dem 1. Januar 2008 und damit gerade eine Streitfrage zur Prüfung gestellt werde, die in der erstinstanzlichen Verfügung vom 18. Juli 2007 noch nicht beurteilt worden sei und mangels Kenntnis der (erst nach Fällung des erstinstanzlichen Massnahmeentscheids ausgesprochenen) Kündigung der Arbeitsstelle des Beschwerdeführers in diesem Zeitpunkt auch noch gar nicht beurteilt werden können, und da sich somit die Vorinstanz (Obergericht) als bisher einziges Gericht mit der Höhe des Lohns des Beschwerdeführers ab dem 1. Januar 2008 befasst habe, müsse es Letzterem (trotz der insoweit nicht anwendbaren Ausschlussvorschrift von § 284 Ziff. 7 ZPO) auch möglich sein, die diesbezügliche Auffassung der Vorinstanz durch das Kassationsgericht überprüfen zu lassen.

Diese Ansicht geht fehl: Abgesehen davon, dass keineswegs Einhelligkeit darüber besteht, ob das Bundesrecht (Art. 138 und 148 ZGB) gegen einen erstinstanzlichen Entscheid betreffend vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 137 ZGB überhaupt ein ordentliches kantonales Rechtsmittel vorschreibe (vgl. Leuenberger, in: Honsell/Vogt/Geiser [Hrsg.], Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch I, 3. A., Basel/Genf/München 2006, N 3 zu Art. 138

ZGB m.w.Hinw.), verkennt diese Argumentation, dass sich die Frage nach der (zumindest von Art. 76 KV verlangten) Existenz zweier Instanzen (bzw. einer kantonalen Rechtsmittelmöglichkeit gegen den erstinstanzlichen Massnahmeentscheid) nach rein formalen Gesichtspunkten beantwortet. Danach verlangt der Grundsatz der "double instance" nur, dass gegen einen (formell) erstinstanzlichen Entscheid ein (ordentliches) Rechtsmittel zur Verfügung steht. Mit der (vom Beschwerdeführer in casu ergriffenen) gesetzlichen Möglichkeit, gegen einen bezirksgerichtlichen Massnahmeentscheid Rekurs zu erheben, ist diesem verfassungsmässigen (oder allenfalls auch bundesrechtlichen) Gebot Genüge getan. Der obergerichtliche Rekursentscheid, der wegen der devolutiven und reformatorischen Natur des Rekurses (vgl. § 280 Abs. 1 ZPO) den erstinstanzlichen Massnahmeentscheid (bezüglich der angefochtenen Punkte) ersetzt, stellt somit in jedem Fall einen *zweit*instanzlichen Entscheid bezüglich Anordnung und Inhalt vorsorglicher Massnahmen dar. Demgegenüber spielt es beim Prinzip der "double instance" keine Rolle, welche konkreten Fragen die zweite Instanz im Rahmen des Rechtsmittelentscheids materiell beurteilt und ob sie sich als erstes Gericht mit denselben auseinandergesetzt hat. Andernfalls hinge die Zulässigkeit einer Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Rekursentscheid betreffend vorsorgliche Massnahmen letztlich davon ab, ob die Rekursinstanz bloss die bereits von der Erstinstanz beurteilten Fragen überprüft oder ob sie ihren (Rekurs-)Entscheid – möglicherweise auch wegen des Novenrechts (vgl. § 278 ZPO in Verbindung mit § 267 ZPO) – auf eine neue (tatsächliche oder rechtliche) Grundlage gestellt hat. Dass die Rechtsmittelmöglichkeit gegen einen Rekursentscheid betreffend vorsorgliche Massnahmen bzw. deren Ausschluss nach § 284 Ziff. 7 ZPO jedoch nicht von den konkreten Fragestellungen im Rekursverfahren oder von dessen Ausgang bzw. von den konkreten Grundlagen des Rekursentscheids abhängen kann, versteht sich von selbst und bedarf keiner weiteren Erörterung. Die gegenteilige Ansicht des Beschwerdeführers scheint auf einer Vermengung des Begriffs der Rechtsmittelinstanz mit den Instituten des Novenrechts oder der Abänderbarkeit von Massnahmeentscheiden bei veränderten Verhältnissen zu beruhen. Jedenfalls verknüpft sie diese Begriffe und Institute in einer Weise, wie sie von

Art. 76 KV (oder den Bestimmungen des ZGB) nicht vorgesehen und auch nicht verlangt wird.

Demzufolge verstösst der generelle, von den im Rekursentscheid (inhaltlich) beurteilten Fragestellungen unabhängige Ausschluss der Nichtigkeitsbeschwerde nach § 284 Ziff. 7 ZPO weder gegen die kantonale Verfassung (Art. 76 KV) noch gegen Bundesrecht (Art. 138/148 ZGB), und es bleibt auch im Lichte des Prinzips der "double instance" bei der Unzulässigkeit der Beschwerde.

d) Handelt es sich beim obergerichtlichen Beschluss vom 18. November 2008 somit um einen nicht beschwerdefähigen Entscheid, fehlt es vorliegend an einer (von Amtes wegen zu prüfenden) Prozess- bzw. Rechtsmittelvoraussetzung, weshalb auf die gegen ihn gerichtete Nichtigkeitsbeschwerde nicht eingetreten werden kann (ZR 84 Nr. 138, Erw. 1; Spühler/Vock, a.a.O., S. 79; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 4 vor §§ 259 ff. ZPO [sowie N 15 und 22 zu § 108 ZPO]; s.a. Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. A., Zürich 1979, S. 491, 494 und 504; Vogel/Spühler, Grundriss des Zivilprozessrechts, 8. A., Bern 2006, Kap. 13 Rz 49).

3. Ausgangsgemäss sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens, welche gemäss § 2 Abs. 3 GGebV in einer sämtliche Kosten abdeckenden Gerichtsgebühr bestehen, in Anwendung der auch im Rechtsmittelverfahren geltenden allgemeinen Regel (§ 64 Abs. 2 ZPO) dem Beschwerdeführer aufzuerlegen, der mit seinem (Rechtsmittel-)Antrag (auf Aufhebung des angefochtenen Entscheids) unterliegt. Da die Beschwerdegegnerin mangels entsprechender gerichtlicher Aufforderung keine begründete Veranlassung hatte, die Beschwerde zu beantworten, ist ihr für ihre (anwaltlichen) Aufwendungen im Zusammenhang mit der spontanen bzw. freiwilligen Eingabe vom 16. Januar 2009 (KG act. 9) keine Prozessentschädigung zuzusprechen (vgl. ZR 104 Nr. 79, insbes. Erw. 6/b/dd).

4. Der vorliegende Beschluss schliesst das Verfahren betreffend vorsorgliche Massnahmen im Scheidungsprozess ab. Deshalb und weil im Rechtsmittelverfahren nur finanzielle Fragen strittig waren, handelt es sich nach bundesgerichtlicher Praxis um einen Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG über eine

vermögensrechtliche Zivilsache, deren (Rechtsmittel-)Streitwert über Fr. 30'000.-- liegen dürfte (vgl. Art. 51 Abs. 1 lit. a und Abs. 4 BGG; s.a. Pra 2007 Nr. 137, Erw. 1; BGer 5A_98/2007 vom 8.6.2007, Erw. 2.1; 5D_63/2007 vom 23.11.2007, Erw. 1; 5A_253+254/2007 vom 26.11.2007, Erw. 4.1). Folglich steht gegen ihn die (ordentliche) Beschwerde in Zivilsachen gemäss Art. 72 ff. BGG an das Bundesgericht offen (vgl. Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG), wobei allerdings nur die Verletzung verfassungsmässiger Rechte gerügt werden kann (Art. 98 BGG). Sollte das Bundesgericht demgegenüber zum Schluss kommen, der Streitwert liege unter Fr. 30'000.--, wäre die Beschwerde in Zivilsachen nur unter der Voraussetzung von Art. 74 Abs. 2 lit. a BGG zulässig, d.h. wenn sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt; andernfalls stünde lediglich die subsidiäre Verfassungsbeschwerde nach Art. 113 ff. BGG offen (was wegen Art. 98 BGG jedoch keinen Unterschied bezüglich der zulässigen Rügegründe macht).

Die Vorschrift von Art. 100 Abs. 6 BGG betreffend den Fristbeginn für die Anfechtung des obergerichtlichen Beschlusses beim Bundesgericht findet im vorliegenden Fall mangels Zulässigkeit der kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde keine Anwendung (BGE 134 III 92 ff.).

Das Gericht beschliesst:

1. Auf die Nichtigkeitsbeschwerde wird nicht eingetreten.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 500.--.
3. Die Gerichtsgebühr wird dem Beschwerdeführer auferlegt.
4. Für das Kassationsverfahren werden keine Prozessentschädigungen zugesprochen.
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 liegt über Fr. 30'000.--.

Hinsichtlich des Fristenlaufes gelten die Art. 44 ff. BGG.

6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien (an die Beschwerdegegnerin unter Beilage von KG act. 14), die I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich und die Einzelrichterin im ordentlichen Verfahren des Bezirks Q. (Proz.-Nr. FE060169), je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär: