



Kass.-Nr. AA100108-P/U/ys

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Bernhard Gehrig, Paul Baumgartner, die Kassationsrichterin Yvona Griesser und der Kassationsrichter Matthias Brunner sowie die juristische Sekretärin Judith Lusser Treyer

Zirkulationsbeschluss vom 21. Juli 2011

in Sachen

A,

Kläger, Appellat und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. ...

gegen

B,

Beklagte, Appellantin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. ...

betreffend

Abänderung des Scheidungsurteils

Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 1. Juli 2010 (LC100002/U)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Mit Urteil des Einzelrichters des Bezirksgerichts _____ vom 10. März 2009 wurde die Ehe der Parteien geschieden. Die beiden damals noch minderjährigen Kinder K (geboren am xx.xx.xxxx) und T (geboren am xx.xx.xxxx) wurden unter die elterliche Sorge der Beklagten, Appellantin und Beschwerdegegnerin (nachfolgend Beschwerdegegnerin) gestellt. Gemäss Ziff. 4 der gerichtlich genehmigten Scheidungskonvention verpflichtete sich der Kläger, Appellant und Beschwerdeführer (nachfolgend Beschwerdeführer) der Beschwerdegegnerin monatliche, indexierte Kinderunterhaltsbeiträge für die beiden Kinder K und T von je Fr. 900.-- (zuzüglich gesetzlicher oder vertraglicher Kinderzulagen) zu bezahlen. Weiter verpflichtete er sich gemäss Ziff. 5 der Vereinbarung, der Beschwerdegegnerin persönlich ebenfalls indexierte Unterhaltsbeiträge von monatlich Fr. 1'340.-- ab Rechtskraft des Scheidungsurteils bis Januar 2013 und von Fr. 500.-- von Februar 2013 bis zum Eintritt des AHV-Alters der Beschwerdegegnerin zu bezahlen. Mit Eingabe vom 29. September 2009 ersuchte der Beschwerdeführer um Abänderung des Scheidungsurteils mit Bezug auf die Unterhaltsbeiträge an die Beschwerdegegnerin. Gleichzeitig ersuchte er um Anordnung vorsorglicher Massnahmen. Anlässlich der Hauptverhandlung sowie Verhandlung betreffend vorsorgliche Massnahmen vom 2. Dezember 2009 stellte der Beschwerdeführer zusätzlich den Antrag, die Kinderunterhaltsbeiträge für die Zeit vom 1. Oktober 2009 bis zum 30. Juni 2010 auf je Fr. 790.-- herabzusetzen. Zur Begründung machte der Beschwerdeführer im Wesentlichen geltend, sein Bedarf sei aufgrund des Auszuges der Konkubinatspartnerin aus der gemeinsamen Wohnung Ende September 2009 und der Auflösung des Konkubinats neu zu berechnen. Mit Urteil vom 23. Dezember 2009 hiess der Einzelrichter am Bezirksgericht die Klage ohne Durchführung eines Beweisverfahrens teilweise gut und hob die an die Beschwerdegegnerin zu bezahlenden Unterhaltsbeiträge für die Zeit von Oktober 2009 bis April 2010 auf, für die Zeit von Mai 2010 bis Januar 2013 reduzierte er den nachehelichen Unterhalt für die Beschwerdegegnerin auf mo-

natlich Fr. 650.--. Das Begehren um Herabsetzung der Kinderunterhaltsbeiträge wurde abgewiesen. Mit Verfügung desselben Tages wurde über die beantragten vorsorglichen Massnahmen im selben Sinn wie in der Hauptsache entschieden (angefochtener Entscheid = KG act. 2 S. 4 f.).

2. Mit Eingabe vom 6. Januar 2010 erhob die Beschwerdegegnerin Berufung gegen das Abänderungsurteil, wobei die Regelung der vorsorglichen Massnahmen unangefochten blieb. Am 13. April 2010 fand die Berufungsverhandlung statt. Mit Beschluss vom 1. Juli 2010 merkte die I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vor, dass das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 2. Abteilung, Einzelrichter, vom 23. Dezember 2009 mit dem 30. März 2010 in Rechtskraft erwachsen sei, insoweit als das Begehren betreffend die Herabsetzung der Kinderunterhaltsbeiträge abgewiesen worden sei und insoweit, als damit eine Herabsetzung der Unterhaltsbeiträge an die Beschwerdegegnerin persönlich für die Zeit von Mai 2010 bis Januar 2013 von weniger als Fr. 650.-- pro Monat abgewiesen worden sei (Dispositiv-Ziffer 1). In Dispositiv-Ziffer 2 hob die Vorinstanz das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 2. Abteilung, Einzelrichter, vom 23. Dezember 2009 im Übrigen auf und wies den Prozess zur Durchführung eines Beweisverfahrens im Sinne der Erwägungen und zu neuer Entscheidung an die Erstinstanz zurück (KG act. 2 S. 5 f., S. 17 f.).

3. Dagegen liess der Beschwerdeführer am 17. September 2010 rechtzeitig Nichtigkeitsbeschwerde erheben (OG act. 32/2; Beschwerdeschrift = KG act. 1). Mit dieser lässt er die Aufhebung von Ziff. 2 des angefochtenen Beschlusses und den neuen Entscheid über die Punkte, über welche die Vorinstanz selbständig entschieden hat (Frage des frühesten Zeitpunkts der Anrechnung der vollen Miete beim Beschwerdeführer nach Auszug der Konkubinatspartnerin; Zuschlag für auswärtige Verpflegung), eventualiter die Anweisung der Vorinstanz, den Prozess auch diesbezüglich zu neuer Entscheidung an die Erstinstanz zurückzuweisen, beantragen (KG act. 1 S. 2). Mit Verfügung vom 20. September 2010 wurde die Beschwerdeschrift der Vorinstanz zur freigestellten Vernehmlassung bzw. der Beschwerdegegnerin zur freigestellten schriftlichen Beantwortung zugestellt (KG act. 4), welche darauf verzichteten (KG act. 8 bzw. KG act. 9). Mit

derselben Verfügung wurde der Beschwerde auch aufschiebende Wirkung verliehen (KG act. 4). Weitere Eingaben der Parteien in diesem Verfahren erfolgten nicht.

II.

1. Seit dem 1. Januar 2011 steht die Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (ZPO) in Kraft. Für Verfahren, die bei deren Inkrafttreten bereits rechtshängig sind, gilt gemäss Art. 404 Abs. 1 ZPO das bisherige Verfahrensrecht bis zum Abschluss vor der betreffenden Instanz weiter. Für das vorliegende Beschwerdeverfahren gelangen daher die Bestimmungen der (auf den 31. Dezember 2010 aufgehobenen) zürcherischen ZPO vom 13. Juni 1976 (ZPO ZH) wie auch des Gerichtsverfassungsgesetzes vom 13. Juni 1976 (GVG) weiterhin zur Anwendung. Ebenso ist mit Bezug auf die Beurteilung der erhobenen Rügen das bisherige Prozessrecht heranzuziehen, weil im Beschwerdeverfahren zu prüfen ist, ob der angefochtene Entscheid im Zeitpunkt der Fällung mit einem der in § 281 ZPO ZH bezeichneten Nichtigkeitsgründe behaftet war. Dementsprechend richten sich auch die Nebenfolgen (Gerichtsgebühr und Prozessentschädigung) des Beschwerdeverfahrens betragsmässig nach dem bisherigen Recht, d.h. nach den obergerichtlichen Verordnungen über die Gerichtsgebühren vom 4. April 2007 (GGebV) bzw. über die Anwaltsgebühren vom 21. Juni 2006 (aAnwGebV) (vgl. § 23 der Gebührenverordnung des Obergerichts [GebV OG] vom 8. September 2010 und § 25 der Verordnung über die Anwaltsgebühren [AnwGebV] vom 8. September 2010).

2. Gegen Entscheide, die dem Weiterzug an das Bundesgericht unterliegen, ist die Nichtigkeitsbeschwerde nicht zulässig (§ 285 Abs. 1 ZPO ZH). Ein solcher Weiterzug an das Bundesgericht gilt als gegeben, wenn das Bundesgericht frei überprüfen kann, ob der geltend gemachte Mangel vorliege (§ 285 Abs. 2 ZPO ZH). Diese Kompetenzausscheidung gilt auch für Zwischenentscheide, insbesondere für Rückweisungsbeschlüsse (ZR 107 Nr. 42).

Der angefochtene Rückweisungsbeschluss unterliegt unter den Voraussetzungen von Art. 93 BGG auch der Beschwerde in Zivilsachen ans Bundesgericht im Sinne von Art. 72 ff. BGG (vgl. auch die entsprechende vorinstanzliche Rechtsmittelbelehrung KG act. 2 S. 18). Mit dieser kann die Verletzung von Bundesrecht inkl. Bundesverfassungsrecht gerügt werden (Art. 95 lit. a BGG). Ob eine solche Verletzung vorliegt, prüft das Bundesgericht auf entsprechende Rüge frei (vgl. z.B. Seiler/von Werdt/Güngerich, BGG, Bern 2007, N 10 zu Art. 95 BGG).

Kann vorliegend auf eine Rüge in Anwendung von § 285 ZPO ZH nicht eingetreten werden, so wird dies anlässlich der nachfolgend unter III. erfolgenden Prüfung der Rügen ausgeführt.

III.

1. a) Die Vorinstanz führt auf Seite 13 des angefochtenen Entscheides aus, soweit die Beschwerdegegnerin die Veränderung der wirtschaftlichen Verhältnisse des Beschwerdeführers bestreite (Urk. 22 S. 7 f.), sei mit Bezug auf den Mietzins - bei einem Nachweis der Auflösung des Konkubinats - frühestens ab Dezember 2009 im Bedarf des Beschwerdeführers der volle bisherige Mietzins von Fr. x'xxx.-- zu berücksichtigen. Für die bisherige Freundin des Beschwerdeführers, die am 27. August 2009 einen neuen Mietvertrag unterzeichnet habe, sei nämlich der mit dem Beschwerdeführer gemeinsam unterzeichnete Mietvertrag bloss kündbar mit einer dreimonatigen Kündigungsfrist auf jedes Monatsende (Urk. 8/8) (KG act. 2 S. 13).

b) Der Beschwerdeführer wirft der Vorinstanz diesbezüglich eine aktenwidrige und willkürliche tatsächliche Annahme im Sinne von § 281 Ziff. 2 ZPO ZH vor. Zur Begründung führt er aus, die Vorinstanz nehme an, die frühere Konkubinatspartnerin des Beschwerdeführers habe gegenüber ihm den Mietvertrag intern erst mit Unterzeichnung ihres neuen Mietvertrags am 27. August 2009 gekündigt. Er habe jedoch dem Einwand der Beschwerdegegnerin vor Vorinstanz, die Ex-Freundin habe nur dann entschädigungslos Ende September 2009 ausziehen

können, wenn dies ein "zulässiger Kündigungstermin" gewesen sei, entgegen lassen, im Kanton Zürich sei Ende September ein ortsüblicher Kündigungstermin. Seine ehemalige Partnerin habe ihm den Auszug aus der Wohnung rechtzeitig angezeigt und habe den neuen Mietvertrag bereits am 27. August 2009 unterzeichnet. Damit sei sie ohne Weiteres berechtigt gewesen, die Wohnung per 30. September 2009 ohne Verpflichtungen zu verlassen (OG act. 24 S. 7). Er habe schon vor der Erstinstanz ausgeführt, dass für seine Lebensverhältnisse seine frühere Konkubinatspartnerin als Zeugin vorgeladen werden könne und dass er die Wohnkosten seit dem Auszug der vormaligen Konkubinatspartnerin voll zu tragen habe. Er habe aber gerade nicht ausgeführt, die frühere Konkubinatspartnerin habe das Mietverhältnis intern erst mit dem Vertragsabschluss vom 27. August 2009 gekündigt, weshalb die Auslegung der Vorinstanz aktenwidrig und willkürlich sei und den Anspruch des Beschwerdeführers auf Beweisführung verletze.

Auch verletze es die Dispositionsmaxime und damit einen Verfahrensgrundsatz, wenn die Vorinstanz dem Entscheid nicht substantiierte Behauptungen der Beschwerdegegnerin zugrundelege. Diese habe nämlich gerade nicht behauptet, die Ex-Partnerin habe unter Nichteinhaltung einer Kündigungsfrist die Wohnung verlassen, sondern nur pauschal darauf hingewiesen, das Konkubinat sei nach den Bestimmungen der einfachen Gesellschaft aufzulösen, so der Beschwerdeführer weiter (KG act. 1 S. 3 ff.).

c) Im Hinblick auf die Subsidiarität der Nichtigkeitsbeschwerde (oben II.2) und die Frage der Zulässigkeit der Rüge der Verletzung des Beweisführungsanspruchs ist zu beachten, dass nebst § 133 ZPO ZH auch Art. 8 ZGB im Bereich des Bundesprivatrechts der beweisbelasteten Partei einen Anspruch darauf gibt, für rechtserhebliche Vorbringen zum Beweis zugelassen zu werden. Art. 8 ZGB ist daher insbesondere verletzt, wenn der kantonale Richter unbewiesene Parteibehauptungen unbekümmert darum, dass sie von der Gegenseite bestritten worden sind, als richtig hinnimmt, oder über rechtserhebliche Tatsachen überhaupt nicht Beweis führen lässt. (BGE 133 III 295, E. 7.1, 130 III 591 E. 5.4 mit Hinweisen; Schmid in: BSK-ZGB I, 3. A., Basel 2006, N 6 ff. zu Art. 8 ZGB). Mit anderen Worten bestimmt Art. 8 ZGB dass, aber nicht wie bzw. in welchem Umfang die

Partei zum Beweis zuzulassen ist. Art. 8 ZGB ist immer dann verletzt, wenn der kantonale Richter über eine für seine Entscheid massgebliche und bestrittene Parteibehauptung überhaupt keinen Beweis führen lässt und diese als richtig hin- nimmt, während die Abnahme einzelner (aber nicht aller angerufenen) Beweise, d.h. die blosser Verkürzung der prozessualen Rechte, nicht unter Art. 8 ZGB fällt, sondern kantonales Recht bzw. Verfassungsrecht (Art. 29 Abs. 2 BV) betrifft (vgl. Schmid, a.a.O., N 12 zu Art. 8 ZGB). Soweit sich die Bestimmung von § 133 ZPO ZH mit dem Gehalt von Art. 8 ZGB deckt, kommt ihr keine selbständige Bedeu- tung zu; die Verletzung des Beweisführungsanspruchs ist in diesem Fall als Ver- letzung von Art. 8 ZGB mit dem bundesrechtlichen Rechtsmittel vor Bundesge- richt zu rügen, und auf die Rüge der Verletzung von § 133 ZPO ZH ist insoweit gemäss ständiger Rechtsprechung im kantonalen Beschwerdeverfahren nicht einzutreten (ZR 106 Nr. 32; ZR 95 Nr. 73 E. b; vgl. Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 1 vor §§ 133 ff. ZPO; zum Ganzen Viktor Lieber, Die neuere kassationsgericht- liche Rechtsprechung zum Beweisrecht im Zivilverfahren, in: Festschrift 125 Jahre Kassationsgericht des Kantons Zürich, Zürich 2000, S. 221 ff., 224 mit Hinwei- sen). Im Lichte der vorstehenden Erwägungen besteht im vorliegenden Verfahren, in welchem bisher überhaupt keine beweismässigen Abklärungen getroffen wur- den, kein Raum für eine Überprüfung der Rüge der Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes durch Verletzung des Beweisführungsanspruchs, sodass auf diese nicht eingetreten werden kann (oben II.2).

Aktenwidrig ist eine Feststellung, wenn sie den Inhalt der Akten oder die Parteivorbringen unrichtig wiedergibt, also z.B. eine bestrittene Tatsache als un- bestritten bezeichnet oder wenn ein Bestandteil der Akten nicht in seiner wahren Gestalt, z.B. nicht mit dem richtigen Wortlaut einbezogen worden ist und sich deshalb die angefochtene tatsächliche Feststellung als "blanker Irrtum" erweist (von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zür- cherischem Recht, 2.A., Zürich 1986, S. 27 mit Verweis auf ZR 55 Nr. 115). Die Auslegung prozessualer Erklärungen stellt ebenso wenig wie die Würdigung des Beweisergebnisses eine aktenwidrige tatsächliche Annahme dar, vielmehr liegt eine solche erst vor, wenn der Richter bei der Aktenwürdigung von falschen tat- sächlichen Voraussetzungen ausgeht (Guldener, Die Nichtigkeitsbeschwerde in

Zivilsachen nach Zürcherischem Recht, Zürich 1942, S. 131). Wird Aktenwidrigkeit einer tatsächlichen Annahme behauptet, so sind die Bestandteile der Akten, die nicht oder nicht in ihrer wahren Gestalt in die Beweiswürdigung einbezogen worden sein sollen, genau anzugeben (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 4 zu § 288 ZPO; Spühler/Vock, Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund, Zürich 1999, S. 72 f.; von Rechenberg, a.a.O., S. 16 ff., S. 27 f.). Der Beschwerdeführer hat vor den Vorinstanzen keine Ausführungen zum Zeitpunkt der Kündigung des Mietverhältnisses seitens seiner Konkubinatspartnerin gemacht; jedenfalls zeigt er eine solche Aktenstelle nicht auf. Er hat lediglich behauptet, seine frühere Partnerin habe ihm den Auszug aus der Wohnung rechtzeitig angezeigt (OG act. 24 S. 7). Die (implizite) vorinstanzliche Feststellung, die frühere Partnerin habe das Mietverhältnis intern am 27. August 2009 mit einer dreimonatigen Kündigungsfrist auf Ende November 2009 gekündigt, stellt gegenüber dieser Behauptung keinen blanken Irrtum im Sinne einer Aktenwidrigkeit dar. Die entsprechende Rüge geht daher fehl.

Soweit der Beschwerdeführer moniert, die Vorinstanz habe auf nicht *substanzierte* Behauptungen der Beschwerdegegnerin abgestellt und damit die Dispositionsmaxime verletzt, so kann darauf ebenfalls gestützt auf § 285 ZPO ZH nicht eingegangen werden (oben II.2), wird doch die Frage, ob die Sachvorbringen einer Partei ein genügendes Mass an Substanziierung aufweisen, um eine Beurteilung ihrer Rechtsbehauptung nach den anspruchsbegründenden bundesrechtlichen Vorschriften zu ermöglichen, vom Bundesrecht beantwortet (BGE 98 II 117; 108 II 339 ff.; 123 III 188; 127 III 365 ff.; ZR 107 Nr. 79, Erw. 4.2e mit Hinweisen; ZR 102 Nr. 8; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 1 zu § 113 ZPO, N 13d zu § 285 ZPO; Messmer/Imboden, Die eidgenössischen Rechtsmittel in Zivilsachen, Zürich 1992, RZ 87).

Die Dispositionsmaxime untersagt es dem Gericht, einer Partei mehr oder anderes zuzusprechen, als sie selbst verlangt, bzw. weniger, als der Gegner anerkannt hat (§ 54 Abs. 2 ZPO ZH; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 14 ff. zu § 54 ZPO). Der Beschwerdeführer macht mit seiner Rüge der Verletzung der Dispositionsmaxime nicht geltend, die Vorinstanz habe einer Partei mehr oder ande-

res zugesprochen als verlangt bzw. weniger als anerkannt. Seine Ausführungen zielen vielmehr auf die Rüge der Verletzung der *Verhandlungsmaxime* ab, welche besagt, dass es Sache der Parteien ist, dem Gericht das Tatsächliche des Rechtsstreits darzulegen und dass das Gericht seinem Verfahren nur behauptete Tatsachen zugrunde legt (§ 54 Abs. 1 ZPO ZH; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 1 ff. zu § 54 ZPO). Da es jedoch reicht, wenn der Beschwerdeführer in seiner Beschwerde die konkreten Umstände nennt, welche seiner Auffassung nach einen Nichtigkeitsgrund setzen, und die Subsumtion der gerügten Mängel von Amtes wegen erfolgt (vgl. ZR 109 Nr. 52 Erw. II.3.2c; ZR 106 Nr. 8 Erw. II.5b, je mit Hinweisen), ist zu prüfen, ob die Vorinstanz die Verhandlungsmaxime verletzt, d.h. ihrem Verfahren Tatsachen zugrunde gelegt habe, die nicht behauptet worden sind, wie das der Beschwerdeführer (nebst Abstellen auf nicht substantiierte Behauptungen) ebenfalls geltend macht. Diese kommt im vorinstanzlichen Verfahren, in dem die Abänderung von Kinderunterhaltsbeiträgen nicht mehr Verfahrensgegenstand bildete (KG act. 2 S. 17, Dispositiv-Ziffer 1 und KG act. 1 S. 2 Ziffer 1), zur Anwendung (§ 54 Abs. 3 ZPO ZH i.V.m. Art. 129 ZGB und Art. 145 ZGB [in der bis 31. Dezember 2010 gültigen Fassung] bzw. Art. 296 Abs. 1 ZPO). Keine Partei hat im vorliegenden Verfahren behauptet, die frühere Konkubinatspartnerin des Beschwerdeführers habe diesem gegenüber den Mietvertrag betreffend die gemeinsame Wohnung am 27. August 2009 gekündigt. Die Ausführungen des Beschwerdeführers lauteten, seine ehemalige Partnerin habe ihm den Auszug aus der Wohnung rechtzeitig angezeigt und habe den neuen Mietvertrag bereits am 27. August 2009 unterzeichnet (OG act. 24 S. 7). Damit behauptete er jedoch nicht, seine ehemalige Partnerin habe ihm den Auszug aus der Wohnung am 27. August 2009 angezeigt. Die Vorinstanz nahm jedoch bei der Erwägung, dass dem Beschwerdeführer bei Nachweis der Auflösung des Konkubinats der volle Mietzins zufolge im Mietvertrag vorgesehener dreimonatiger Kündigungsfristen erst ab Dezember 2009 anzurechnen sein würde (KG act. 2 S. 13), an, dass die Kündigung seitens der früheren Partnerin am 27. August 2009 erfolgt sei. Damit verletzte sie die Verhandlungsmaxime und damit einen wesentlichen Verfahrensgrundsatz im Sinne von § 281 Ziff. 1 ZPO ZH (Frank/Sträuli/Messmer,

a.a.O. N 37 zu § 281 ZPO). Der angefochtene Entscheid ist daher aufzuheben und im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen.

2. a) Was die Position "auswärtige Verpflegung" im Notbedarf des Beschwerdeführers anbelangt, so führte die Vorinstanz aus, die Beschwerdegegnerin habe im erstinstanzlichen Verfahren auch den bisher dafür im Bedarf des Beschwerdeführers aufgeführten Betrag von Fr. 300.-- bestritten und geltend gemacht, dass Lunchchecks abgegeben würden und Verpflegungsmöglichkeiten am Unispital bestünden. Sinngemäss habe sie damit geltend gemacht, es seien keine Mehrkosten für auswärtige Verpflegung mehr zu berücksichtigen. Die Erstinstanz habe denn auch den bisher berücksichtigten Betrag auf Fr. 200.-- pro Monat reduziert. Im Berufungsverfahren halte die Beschwerdegegnerin jedoch daran fest, dass der Beschwerdeführer verbilligte Mahlzeiten beziehen könne, weshalb keine Mehrkosten zu berücksichtigen seien. Dies werde vom Beschwerdeführer mit dem Hinweis, dass das Universitätsspital keine Lunchchecks abgebe, bestritten. Mit der Replik halte die Beschwerdegegnerin fest, dass im Grundbetrag Fr. 10.-- für Mittagessen enthalten seien, was seitens des Beschwerdeführers unbestritten geblieben sei. Er habe allerdings unter Hinweis auf die effektiven Kosten tägliche Auslagen von Fr. 15.-- bis Fr. 18.-- geltend gemacht, worauf die Beschwerdegegnerin habe entgegnen lassen, es könne auch Wasser zum Menu von Fr. 8.70 getrunken werden, womit (sinngemäss) keine Mehrkosten anfallen würden. Es sei jedoch aufgrund der Belege des Beschwerdeführers von täglichen Mehrkosten von Fr. 5.-- auszugehen, was unter dem Titel auswärtige Verpflegungskosten einen Betrag von Fr. 100.-- rechtfertige. Ein Beweisverfahren erübrige sich in diesem Punkt (KG act. 2 S. 14).

b) Der Beschwerdeführer erachtet die Herabsetzung des Zuschlags für auswärtige Verpflegung auf Fr. 100.-- (gegenüber Fr. 200.-- durch die Erstinstanz) als willkürlich. Dies mit der Begründung, gemäss den Richtlinien für die Berechnung des betriebsrechtlichen Existenzminimums bestehe Anspruch auf Ersatz der auswärtigen Verpflegungskosten im Betrag von täglich Fr. 5.-- bis Fr. 15.--. Schon nur der tiefste Zuschlag von Fr. 5.-- nach diesen Richtlinien ergäbe bei durchschnittlich 21.7 Arbeitstagen einen monatlichen Zuschlag von Fr. 108.50. Zudem

habe das Obergericht bei ähnlichen wirtschaftlichen Verhältnissen einem ETH-Mitarbeiter für die vergünstigte Mittagsverpflegung in der ETH-Mensa einen Zuschlag von Fr. 140.-- berücksichtigt. Die Anpassung des Kreisschreibens an die Teuerung und Erhöhung der Grundbeträge könne nicht zur Folge haben, dass die Rechtsprechung diese Kosten in anderen Bedarfspositionen einbehalte, indem sie dort nur noch ungenügende Zuschläge berücksichtige. Die Herabsetzung auf Fr. 100.-- sei auch deswegen unsachlich, weil das Abänderungsurteil nicht eine vollständige Neufestsetzung der Unterhaltsrente sei. Sei im Scheidungsurteil ein relativ grosszügiger Verpflegungszuschlag gewährt worden, könne dieser im Abänderungsurteil nicht unter das betriebsrechtliche Existenzminimum angesetzt werden, sondern es sei dem Beschwerdeführer gleichbleibend zuzubilligen, sich angemessen zu verpflegen. Die Erstinstanz habe mit Fr. 200.-- (täglich Fr. 9.20) das ihr zustehende Ermessen nicht überschritten (KG act. 1 S. 6 f.).

c) Eine willkürliche tatsächliche Annahme betrifft den Fall, dass das Gericht den Akteninhalt unvertretbar würdigt. Willkür in der Beweiswürdigung liegt nur vor, wenn der vom Sachrichter gezogene Schluss für einen unbefangenen Denkenden als unhaltbar erscheint. Eine vertretbare Beweiswürdigung ist daher noch nicht willkürlich, auch wenn die Kassationsinstanz an der Stelle des Sachrichters allenfalls anders entschieden hätte. Wer die vorinstanzliche Beweiswürdigung als willkürlich rügt, muss in der Beschwerde genau darlegen, welche tatsächlichen Annahmen des angefochtenen Entscheides auf Grund welcher Aktenstellen willkürlich sein sollen (ZR 81 Nr. 88; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 4 zu § 288 ZPO; Spühler/Vock, a.a.O., S. 72 f.; von Rechenberg, a.a.O., S. 16 ff., S. 27 f.).

Soweit die Ausführungen des Beschwerdeführers überhaupt den soeben dargestellten Substanziierungsanforderungen der Willkürzüge genügen, sind sie nicht geeignet, Willkür hinsichtlich der vorinstanzlichen Festsetzung von Fr. 100.-- als Zuschlag für Mehrkosten der auswärtigen Verpflegung aufzuzeigen. Was den Betrag von Fr. 108.50 anbelangt, der sich gemäss Beschwerdeführer bei Fr. 5.-- multipliziert mit 21.7 Arbeitstagen ergebe, so übersieht er, dass während den Ferien keine auswärtige Verpflegung erfolgt und damit auch keine entsprechende Mehrkosten entstehen. Die Vorinstanz hat ihm den Zuschlag von Fr. 100.-- jedoch

für jeden Monat des Jahres berechnet, weshalb sich die von ihm angeführte "Rundungsdifferenz" von Fr. 8.50 monatlich durchaus im Rahmen des Vertretbaren hält und für einen unbefangenen Denkenden nicht als unhaltbar erscheint. Die Willkürüge geht fehl, soweit überhaupt darauf eingetreten werden kann.

IV.

1. Der Beschwerdeführer stellte das Gesuch, ihm sei auch für das Kassationsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren (KG act. 1 S. 2). Zu- folge seines Obsiegens im vorliegenden Kassationsverfahren erweist sich sein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung im Kassationsverfahren als hinfällig.

2. Gemäss der auch im Rechtsmittelverfahren geltenden allgemeinen Regel von § 64 Abs. 2 ZPO ZH werden die Gerichtskosten der unterliegenden Partei auferlegt. Da sich die Beschwerdegegnerin am vorliegenden Kassationsverfahren nicht beteiligt und insbesondere weder Anträge gestellt noch sich mit dem (fehlerhaften) Entscheid der Vorinstanz identifiziert hat, kann sie nicht als vor Kassationsgericht unterliegende Partei betrachtet werden. Dementsprechend können ihr auch keine Kosten auferlegt werden. Diese sind vielmehr auf die Gerichtskasse zu nehmen (§ 66 Abs. 2 ZPO ZH; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 5 zu § 66 ZPO; von Rechenberg, a.a.O., S. 52; Spühler/Vock, a.a.O., S. 80 f.).

3. Mangels Kostenaufgabe (sowie mangels Unterliegens) kann die Beschwerdegegnerin auch nicht verpflichtet werden, der unentgeltlichen Rechtsvertreterin des im Kassationsverfahren obsiegenden Beschwerdeführers (vgl. § 89 Abs. 1 ZPO ZH) eine Prozessentschädigung zu bezahlen. Hingegen ist der unentgeltlichen Rechtsvertreterin des Beschwerdeführers für ihre Bemühungen und Auslagen im Kassationsverfahren eine Entschädigung aus der Gerichtskasse auszurichten. Die Höhe derselben richtet sich nach den Vorschriften der aAnwGebV vom 21. Juni 2006 (insbes. § 4 Abs. 1, § 3 Abs. 5, § 3 Abs. 4 und § 12 Abs. 1 aAnwGebV; oben II.1; § 89 Abs. 2 ZPO ZH und § 16 aAnwGebV; s.a. Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 9 zu § 89 ZPO) und ist unter Beachtung des

Streitwertes, der Verantwortung, der Schwierigkeit des Falles und des (geschätzten - die Rechtsvertreterin des Beschwerdeführers hat keine Aufstellung eingereicht) Zeitaufwandes auf insgesamt Fr. 1'000.-- zuzüglich 7,6% Mehrwertsteuer festzusetzen. Zugleich ist der Beschwerdeführer auf § 92 ZPO ZH hinzuweisen, wonach er zur Nachzahlung dieser Entschädigung verpflichtet werden kann, sollte er später in günstige wirtschaftliche Verhältnisse kommen.

V.

Beim vorliegenden Beschluss handelt es sich um einen Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG. Demnach ist gegen ihn die Beschwerde in Zivilsachen gemäss Art. 72 ff. BGG an das Bundesgericht nur unter den in Art. 93 BGG genannten Voraussetzungen zulässig. Ob diese erfüllt sind, entscheidet das Bundesgericht.

Das Gericht beschliesst:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird der Beschluss der I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 1. Juli 2010 aufgehoben und die Sache im Sinne der Erwägungen zur Neu beurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 1'000.--.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden auf die Gerichtskasse genommen.
4. Rechtsanwältin lic.iur. ..., wird für ihre Bemühungen im Kassationsverfahren eine Entschädigung von Fr. 1'000.-- zuzüglich 7.6% MWST aus der Gerichtskasse entrichtet.
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. 47'400.--.

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

6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an das Obergericht des Kantons Zürich (Proz.-Nr. LC100002) und das Bezirksgericht Zürich (Proz.-Nr. FP090226), je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Die juristische Sekretärin