



Kass.-Nr. AA040111/U/cap

Mitwirkende: die Kassationsrichter Herbert Heeb, Vizepräsident, Robert Karrer, Hans Michael Riemer, Dieter Zobl und Reinhard Oertli sowie die Sekretärin Daniela Brüscheiler

Zirkulationsbeschluss vom 05. November 2004

in Sachen

X.,

Klägerin, Rekurrentin, Anschlussrekursgegnerin und Beschwerdeführerin
vertreten durch Rechtsanwalt _____

gegen

Y.,

Beklagter, Rekursgegner, Anschlussrekurrent und Beschwerdegegner
vertreten durch Rechtsanwältin _____

betreffend **Abänderung von Eheschutzmassnahmen (Unterhaltsbeiträge),
unentgeltliche Prozessführung/unentgeltlicher Rechtsvertreter,
Kosten- und Entschädigungsfolgen**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der I. Zivilkammer des
Obergerichts des Kantons Zürich vom 22. Juni 2004 (LP040030/U)**

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Im März 2002 liess die Klägerin, X., beim Bezirksgericht ____ ein Eheschutzbegehren anhängig machen. Mit Verfügung vom 1. Oktober 2002 wurde das Verfahren vor Bezirksgericht abgeschlossen, insbesondere nahm die Einzelrichterin vom Getrenntleben der Parteien Vormerk, die Tochter S., geb. ____ 1988, wurde unter die Obhut der Klägerin gestellt und die Vereinbarung der Parteien vom 21. Juni 2002 hinsichtlich der Kinderbelange genehmigt bzw. im Übrigen vorgemerkt, und schliesslich wurde zwischen den Parteien die Gütertrennung angeordnet (beigezogene Akten Bezirksgericht ____, ER act. 47).

2. Im Juni 2003 stellte X. (nachfolgend Beschwerdeführerin) beim Bezirksgericht ____ ein Begehren um Abänderung der Eheschutzmassnahmen (ER act. 1/2). Anfangs Juli 2003 stellte Y. (nachfolgend Beschwerdegegner) seinerseits ebenfalls beim Bezirksgericht ____ ein Abänderungsbegehren (ER act. 3). Mit Verfügung vom 15. Oktober 2003 stellte der Einzelrichter im summarischen Verfahren des Bezirks ____ (Erstinstanz) die Tochter der Parteien (neu) unter die Obhut des Beschwerdegegners, unter Verzicht der Regelung eines Besuchsrechts. Der Beschwerdegegner wurde verpflichtet, der Beschwerdeführerin ab 1. Juli 2003 einen monatlichen Unterhaltsbeitrag von Fr. 5'005.-- und von den seitens der Arbeitgeberin an ihn ausgerichteten Bonuszahlungen jeweils zwei Fünftel des Nettobetrages zu bezahlen. Des Weiteren wurde festgehalten, dass die Verfügung vom 1. Oktober 2002 ihre Gültigkeit behalte, und der zwischenzeitliche Verkauf des ehelichen Einfamilienhauses gemäss Trennungsvereinbarung wurde vorgemerkt. Schliesslich wurde der Antrag der Beschwerdeführerin, die Arbeitgeberin des Beschwerdegegners sei anzuweisen, vom monatlichen Einkommen des Beschwerdegegners einen Betrag von Fr. 6'739.45 sowie die Hälfte eines zur Auszahlung gelangenden Nettobonus' auf ein von der Beschwerdeführerin zu bezeichnendes Konto zu überweisen, abgewiesen (ER act. 28).

Mit separater Verfügung vom gleichen Datum wurde im Übrigen der Antrag der Beschwerdeführerin auf Verpflichtung des Beschwerdegegners zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses als gegenstandslos geworden abgeschrieben und ihr Eventualantrag auf Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege abgewiesen (ER act. 28 S. 15).

3. Gegen diese Verfügung erhob die Beschwerdeführerin Rekurs mit den Anträgen, der erstinstanzliche Entscheid sei aufzuheben und das Verfahren zum Neuentscheid zurückzuweisen; eventualiter sei der Beschwerdeführerin ein höherer Unterhaltsbeitrag (Fr. 6'500.--) zuzusprechen; subeventualiter seien die Kosten- und Entschädigungsfolgen im Falle einer Abweisung des Rekurses abzuändern und es sei der Beschwerdeführerin für das erstinstanzliche wie auch für das Rekursverfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren (OG act. 2 und act. 8). Der Beschwerdegegner erhob mit seiner Rekursantwort Anschlussrekurs. Im Wesentlichen beantragte er eine Reduktion der an die Beschwerdeführerin zu leistenden monatlichen Unterhaltsbeiträge auf Fr. 4'400.-- und eine abweichende Aufteilung der von seiner Arbeitgeberin an ihn ausgerichteten Bonuszahlungen (OG act. 12).

Mit Beschluss vom 22. Juni 2004 wies die I. Zivilkammer des Obergerichts (Vorinstanz) das Gesuch der Beschwerdeführerin um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und Rechtsvertretung für das Rekursverfahren ab. In teilweiser Gutheissung des Rekurses sowie des Anschlussrekurses wurde der Beschwerdegegner verpflichtet, der Beschwerdeführerin ab 1. November 2003 einen monatlichen Unterhaltsbeitrag von Fr. 5'032.-- zu bezahlen, zahlbar jeweils monatlich auf den Ersten eines jeden Monats. Zudem wurden der Beschwerdeführerin 1/3 und dem Beschwerdegegner 2/3 der erstinstanzlichen Verfahrenskosten auferlegt und der Beschwerdegegner verpflichtet, der Beschwerdeführerin für das erstinstanzliche Verfahren eine reduzierte Prozessentschädigung von Fr. 1'400.--, zuzüglich 7,6 % Mehrwertsteuer, zu bezahlen. Im Übrigen wurden der Rekurs sowie der Anschlussrekurs abgewiesen und die einzelrichterliche Verfügung bestätigt. Die Kosten des Rekursverfahrens wurden der Beschwerdeführerin zu 3/4 und dem Beschwerdegegner zu 1/4 auferlegt und die Beschwerdeführerin wurde

zur Zahlung einer reduzierten Prozessentschädigung an den Beschwerdegegner verpflichtet (OG act. 18 bzw. KG act. 2).

4. Gegen den Beschluss des Obergerichts vom 22. Juni 2004 erhob die Beschwerdeführerin kantonale Nichtigkeitsbeschwerde, mit welcher sie die Aufhebung des angefochtenen Beschlusses und die Rückweisung der Sache zur Neuurteilung beantragt; zudem ersucht sie um Erteilung der aufschiebenden Wirkung sowie um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung für das Beschwerdeverfahren (KG act. 1). Mit Verfügung des Vizepräsidenten des Kassationsgerichts vom 9. August 2004 wurde u.a. der Beschwerde hinsichtlich der (erst- und zweitinstanzlichen) Kosten- und Entschädigungsfolgen aufschiebende Wirkung verliehen (KG act. 8). Die Vorinstanz verzichtete auf Vernehmlassung (KG act. 10). Der Beschwerdegegner reichte keine Beschwerdeantwort ein.

II.

1. Im ersten Teil der Beschwerdeschrift (KG act. 1 S. 5 bis 8) rügt die Beschwerdeführerin eine Verletzung von § 280 Abs. 2 ZPO. Sie macht geltend, die Vorinstanz hätte den erstinstanzlichen Entscheid aufheben und die Sache zu neuer Entscheidfällung an die Erstinstanz zurückweisen müssen, mithin gehe das Obergericht zu Unrecht davon aus, es sei kein zureichender Grund im Sinne von § 280 Abs. 2 ZPO für eine Rückweisung gegeben.

1.1 Die Beschwerdeführerin begründet ihren Einwand damit, dass ihr vor Erstinstanz in zweierlei Hinsicht der Anspruch auf rechtliches Gehör verweigert worden sei. Zum einen habe der Einzelrichter die Parteien im Rahmen der Fortsetzung der Hauptverhandlung persönlich befragt, ohne ihnen jedoch im Anschluss daran Gelegenheit zur Stellungnahme zur persönlichen Befragung einzuräumen. Einen Verzicht auf Stellungnahme könne dem erstinstanzlichen Protokoll nicht entnommen werden. Zum anderen habe der Beschwerdegegner im Nachgang zur erwähnten Fortsetzung der Hauptverhandlung Unterlagen eingereicht, jedoch sei-

en diese Unterlagen weder der Beschwerdeführerin zur Kenntnis gebracht noch sei ihr Frist zur Stellungnahme dazu angesetzt worden. Zwar anerkenne die Vorinstanz diesen Sachverhalt, doch treffe es entgegen der obergerichtlichen Auffassung nicht zu, dass der "raschen Erledigung" des Verfahrens ein höherer Stellenwert einzuräumen sei als der Wahrung der Parteirechte. Ebenso wenig könne eine Gehörsverweigerung korrigiert werden oder müsse sich die Beschwerdeführerin einen Verstoss gegen den Grundsatz von Treu und Glauben vorwerfen lassen. Schliesslich könne auch der Auffassung der Vorinstanz nicht gefolgt werden, wenn sie ausführe, der Mangel sei geheilt, weil die Beschwerdeführerin die Möglichkeit gehabt habe, sich im Rahmen des Rekursverfahrens mit Novenrecht zu den eingereichten Unterlagen zu äussern. Der Beschwerdegegner hätte die fraglichen Unterlagen bereits anlässlich der erstinstanzlichen Verhandlungen einreichen können. Die von der Vorinstanz herangezogene Literatur ziele ins Leere, da sie sich auf echte Noven beziehe und vorausgesetzt werde, dass die Partei, welcher das rechtliche Gehör verweigert worden sei, "davon, insbesondere durch Verwendung im angefochtenen Entscheid, Kenntnis erhalte". Die vom Beschwerdegegner eingereichten Belege seien jedoch vom erstinstanzlichen Einzelrichter in der Verfügung vom 15. Oktober 2003 weder bezeichnet noch zusammengefasst wiedergegeben worden.

1.2 Die Vorinstanz erwog, die Beschwerdeführerin rüge zu Recht, dass im erstinstanzlichen Entscheid auf vom Beschwerdegegner nachträglich beigebrachte Belege Bezug genommen werde, ohne ihr Gelegenheit zur Stellungnahme dazu eingeräumt zu haben. Dieser Mangel rechtlichen Gehörs werde indes durch die Möglichkeit der Äusserung im vorliegenden Rekursverfahren mit Novenrecht geheilt. Weiter hielt die Vorinstanz fest, auch im summarischen Verfahren hätten die Parteien Anspruch auf Stellungnahme zum Beweisergebnis. Die Parteien seien zunächst am 15. September 2003 nach Erstattung der Klagebegründung und Klageantwort vom Einzelrichter persönlich befragt worden. Die Parteien hätten demnach im Rahmen der Fortsetzung der Hauptverhandlung vom 15. Oktober 2003 betreffend Replik und Duplik hinreichend Gelegenheit gehabt, sich zu dieser Befragung zu äussern, wobei sie hiezu nicht zusätzlich hätten an-

gehalten werden müssen. Von einer Missachtung des rechtlichen Gehörs könne demnach keine Rede sein. Am 15. Oktober 2003 seien die Parteien vom Einzelrichter abermals kurz persönlich befragt worden, wobei die Parteivertreter auf Ergänzungsfragen verzichtet hätten. In der anschliessenden Protokollnotiz sei festgehalten, dass sich die Parteien nicht auf eine Vereinbarung hätten einigen können. Der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin habe das Gericht um einen Entscheid in der Sache ersucht und am Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege festgehalten. Die Rechtsvertreterin des Beschwerdegegners habe bestätigt, dass sie die ausstehenden Belege nachreiche. Die Vorinstanz folgte sodann, das Protokoll enthalte zwar keine Angaben über einen expliziten Verzicht der Parteien auf Stellungnahme zum Beweisergebnis in Gestalt der weiteren persönlichen Befragung der Parteien, allerdings rechtfertige sich die Annahme, die Beschwerdeführerin habe auf eine solche Stellungnahme sinngemäss verzichtet, indem sie selbst das Gericht um Entscheidfällung ersucht habe, ohne sich zur eben erfolgten zweiten persönlichen Parteibefragung geäussert zu haben. Wenn sich die Beschwerdeführerin nunmehr diesbezüglich auf eine Gehörsverweigerung berufen wolle, widerspreche solches dem Grundsatz von Treu und Glauben. Eine Gleichsetzung mit dem von der Beschwerdeführerin angegebenen Entscheid ZR 77 Nr. 138 sei nicht möglich. Auch der Umstand, dass die Beschwerdeführerin nicht gehalten sei, einen Antrag auf Einräumung der Gelegenheit zur Äusserung zum Beweisergebnis zu stellen, sondern sie darauf von Gesetzes wegen Anspruch habe, vermöge nichts daran zu ändern, dass sie vorliegend mit ihrem Antrag um Entscheidfällung sinngemäss kund getan habe, auf Stellungnahme zu verzichten. Ein Verfahrensmangel liege demnach nicht vor. Schliesslich sei es der Beschwerdeführerin unbenommen geblieben, sich im Rekursverfahren mit den fraglichen Parteidepositionen auseinanderzusetzen, was sie denn auch im Rahmen ihres Eventualantrags getan habe. Auch in Bezug auf die zweite persönliche Parteibefragung liege somit keine Gehörsverweigerung vor. Insgesamt kam die Vorinstanz zum Schluss, es gebreche dem Rückweisungsantrag an einer Grundlage (KG act. 2 S. 6 f.).

1.3 a) Nach § 280 Abs. 1 ZPO fällt die Rekursinstanz im Rahmen der Rekursanträge eine neue Entscheidung. Nach Abs. 2 der erwähnten Bestimmung kann die Rekursinstanz die angefochtene Entscheidung aus zureichenden Gründen aufheben und den Prozess zur Ergänzung des Verfahrens an die Erstinstanz zurückweisen. Anders als im Rahmen der Berufung (§ 270 ZPO) erfolgt die Rückweisung hier nicht nach freiem Ermessen der Rechtsmittelinstanz. Vorrang kommt im Rahmen des Rekursverfahrens der raschen Erledigung des Prozesses zu. (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 1997, N 2 zu § 280 ZPO; Spühler/Vock, Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund, Zürich 1999, S. 54; Meyer, Der Rekurs im Zürcher Zivilprozess, Zürich 1985, S. 188 f.). Aus diesen gesetzlichen Vorschriften folgt, dass die (kraft erfolgter Rekuserhebung) mit der Streitsache befasste Rekursinstanz Fehler der Erstinstanz, welche im Rahmen der Rekursanträge und damit ihrer Prüfungsbefugnis liegen, soweit als möglich grundsätzlich selbst zu korrigieren hat und nur ausnahmsweise - nämlich aus zureichenden Gründen - durch die Erstinstanz beheben lassen darf (ZR 103 Nr. 24). Von diesem Grundsatz abzuweichen besteht auch dann kein Anlass, wenn der Erstinstanz eine Verletzung des Gehörsanspruches vorzuwerfen ist. Nach konstanter Praxis des Kassationsgerichts liegt kein Nichtigkeitsgrund vor, wenn eine durch die erste Instanz begangene Verletzung des Gehörsanspruches durch die zweite Instanz nachträglich geheilt wird, denn nach der geltenden Zivilprozessordnung besteht kein Anspruch auf unbedingte Wahrung des Instanzenzuges (vgl. Kass.-Nr. AA040073, Entscheid vom 9. Juni 2004 i.S. v.M., Erw. 8.c; Kass.-Nr. 95/424 Z vereinigt mit 95/422 Z, Beschluss vom 10. September 1996, i.S. E.-Z., Erw. II.1.c; Kass.-Nr. 95/465 Z, Beschluss vom 30. Dezember 1996, i.S. Sch., Erw. II/1/b; je mit Hinweisen; Kass.-Nr. 93/481, Entscheid vom 27. April 1994 i.S. A., Erw. II.2; Kass.-Nr. 149/88 vom 30.9.1988 i.S. L.).

b) Nach dem Gesagten ergibt sich, dass die Kritik der Beschwerdeführerin bereits im Ansatz verfehlt ist, indem sie nämlich die Auffassung vertritt, die Heilung einer Gehörsverletzung sei im Rekursverfahren nicht möglich. Entgegen der beschwerdeführerischen Meinung ging die Vorinstanz zu Recht - und zwar sowohl

im Falle der nachgereichten Unterlagen als auch in Bezug auf die (zweite) persönliche Befragung - davon aus, es genüge, wenn die Beschwerdeführerin ihre Stellungnahme im Rekursverfahren habe vorbringen können und sie dies auch gemacht habe. Dass dies nicht der Fall gewesen wäre, macht die Beschwerdeführerin zu Recht nicht geltend. Das vorliegend gerügte Vorgehen der Vorinstanz ist im Lichte des eben Ausgeführten nicht zu beanstanden.

An diesem Ergebnis vermögen die weiteren Einwendungen der Beschwerdeführerin nichts zu ändern. Zu erwähnen ist, dass bereits in der erstinstanzlichen Verfügung auf die nachgereichten Aktenstücke hingewiesen wurde (ER act. 28 S. 8 und 11). Dass ihr vor der Rekursbegründung die Akteneinsicht verwehrt worden wäre, macht die Beschwerdeführerin nicht geltend. Soweit die Vorbringen sodann das Novenrecht betreffen, so missversteht die Beschwerdeführerin offenbar die vorinstanzliche Erwägung. Wenn das Obergericht nämlich festhielt (KG act. 2 S. 6), der Mangel rechtlichen Gehörs (fehlende Gelegenheit zur Stellungnahme zu den nachgereichten Belegen) werde durch die Möglichkeit der Äusserung im Rekursverfahren mit Novenrecht geheilt, bedeutet dies nicht, dass sie der Meinung wäre, es lägen überhaupt Noven vor. Vielmehr verwies sie - zutreffend - auf die Möglichkeit der Heilung einer Gehörsverweigerung. Eine weitergehende Bedeutung (insbesondere in Bezug auf das Novenrecht im Rekursverfahren) kommt dieser Erwägung nicht zu. Offen bleiben kann sodann bei vorliegender Sachlage, ob das Obergericht davon ausgehen konnte, die Beschwerdeführerin habe angesichts der im angefochtenen Entscheid wiedergegebenen Protokollnotiz (KG act. 2 S. 6) implizit auf Stellungnahme zur persönlichen Befragung verzichtet bzw. die Geltendmachung der Gehörsverletzung widerspreche dem Grundsatz von Treu und Glauben. Selbst wenn nämlich davon ausgegangen würde, ein Verzicht der Beschwerdeführerin (bzw. der Parteien) liege nicht vor, bliebe es bei der vorstehend dargelegten Heilung der Gehörsverletzung. Die Beschwerdeführerin vermag damit keinen Nichtigkeitsgrund nachzuweisen.

2.1 Im zweiten Teil der Beschwerde bringt die Beschwerdeführerin vor, die Vorinstanz gehe im Zusammenhang mit der Bedarfsberechnung einerseits zu Unrecht davon aus, bei Z. handle es sich um den Sohn des Beschwerdegegners.

Die Beschwerdeführerin habe diese Vaterschaft stets bestritten und weder die Erst- noch die Vorinstanz habe dargetan, aufgrund welcher Urkunde sie die Vaterschaft als rechtsgenügend nachgewiesen erachte (KG act. 1 S. 8 f.). Andererseits hätte die Vorinstanz auch nicht annehmen dürfen, die Notwendigkeit des Nachhilfeunterrichts und die damit verbundenen Aufwendungen für die gemeinsame Tochter S. sei vom Beschwerdegegner nachgewiesen (KG act. 1 S. 9).

2.2 Festzuhalten ist, dass es sich bei der Anordnung oder Abänderung von Eheschutzmassnahmen gemäss Art. 172ff. ZGB um ein summarisches Verfahren handelt (vgl. § 215 lit. b Ziff. 7 ZPO), das den besonderen Vorschriften der §§ 204ff. ZPO untersteht. Als solches verfolgt es einerseits das Ziel, möglichst rasch einen richterlichen Entscheid zu ermöglichen. In Einklang damit steht der Grundsatz, dass die entscheiderelevanten Tatsachen von den Parteien lediglich glaubhaft zu machen (und nicht strikte zu beweisen) sind. Neben der (angestrebten) Raschheit zeichnet es sich mithin durch geringere Anforderungen an die Beweisstrenge bzw. -intensität aus, indem die Erbringung eines sog. "prima-facie"-Beweises genügt. Es reicht somit aus, dass aufgrund objektiver Anhaltspunkte eine gewisse Wahrscheinlichkeit für die behaupteten Tatsachen spricht (vgl. Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 5 zu § 110 ZPO; Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Zürich 1979, S. 323, Anm. 27; s.a. Vogel/Spühler, Grundriss des Zivilprozessrechts, 7. Aufl., Bern 2001, Kap. 10 Rz 26). An die Glaubhaftigkeit ist ein um so strengerer Massstab anzulegen, je einfacher es für die behauptende Partei wäre, über die Glaubhaftmachung hinaus sogar den strikten Beweis zu erbringen (ZR 85 Nr. 80).

2.3 a) Die Vorinstanz erwog in Bezug auf Z. unter Hinweis auf die entsprechenden Aktenstücke, gemäss dem Auszug aus dem Anerkennungsregister vom 10. Dezember 2002 und dem Geburtsschein vom 10. März 2003 sei der Beschwerdegegner der Vater des am 1. Februar 2003 von A. geborenen Sohnes Z. (KG act. 2 S. 16).

Angesichts dieser Ausführungen und der eingereichten Belege sind die Vorbringen der Beschwerdeführerin offensichtlich haltlos. Aus der vorinstanzlichen

Erwägung geht - entgegen der Behauptung der Beschwerdeführerin - klar hervor, aufgrund welcher Urkunden die Vaterschaft des Beschwerdegegners als nachgewiesen zu betrachten ist. Unerfindlich ist sodann, inwiefern die eingereichten Belege den Anforderungen nicht genügen sollten. In der Anerkennungsmitteilung (als Auszug aus dem Anerkennungsregister) vom 10. Dezember 2002 ist der Beschwerdegegner als Vater des von A. erwarteten Kindes eingetragen (vgl. zum Anerkennungsregister Art. 102 ff. der Zivilstandsverordnung [ZStV]) und die Anerkennungsmitteilung ist von der Zivilstandsbeamtin-Stellvertreterin unterzeichnet (ER act. 22/1). Der Geburtsschein (Auszug aus dem Geburtsregister) vom 10. März 2003 führt den Beschwerdegegner sodann ebenfalls als Vater des am 1. Februar 2003 geborenen Z. Gossweiler auf, und auch dieser Beleg ist von der Zivilstandsbeamtin unterzeichnet. Damit liegen jedoch die von der Beschwerdeführerin selber geforderten (KG act. 1 S. 8) von einer Amtsstelle ausgestellten Registerauszüge vor. Irgendwelche Zweifel an der Richtigkeit der Belege werden weder in der Beschwerde geltend gemacht noch sind solche sonst ersichtlich. Die Kritik der Beschwerdeführerin ist unbegründet.

b) In Bezug auf die vom Beschwerdegegner geltend gemachten Kosten für Nachhilfestunden von S. verwies die Vorinstanz zunächst im Sinne von § 161 GVG auf die erstinstanzliche Begründung. Der Einzelrichter hatte festgehalten, da sämtliche durch die Ausbildung verursachten Kosten in die Bedarfsberechnung einzusetzen seien und Nachhilfestunden in Absprache und Einwilligung beider Parteien als durch die Ausbildung verursachte Kosten gelten würden, seien diese, soweit ausgewiesen, in die Notbedarfsrechnung einzusetzen. Der Beschwerdegegner habe Belege für die Nachhilfestunden ins Recht gelegt und mache geltend, S. habe vor allem im Fach Französisch erhebliche Schwierigkeiten, was sich in monatlichen Nachhilfekosten von Fr. 200.-- niederschlage. Aus den eingereichten Quittungen gehe hervor, dass für die Periode Dezember 2002 bis Juni 2003 ein Gesamtbetrag von rund Fr. 1'160.--, monatlich Fr. 165.-- für Nachhilfestunden ausgegeben worden seien. Es sei daher davon auszugehen, dass sich die Nachhilfekosten künftig in diesem Rahmen bewegen würden, weshalb der Betrag von Fr. 165.-- zur berücksichtigen sei (ER act. 28 S. 11). Im Rekursverfah-

ren habe der Beschwerdegegner, so die Vorinstanz weiter, diesen Betrag ausdrücklich akzeptiert, während die Beschwerdeführerin dafür halte, es sei nicht rechtsgenügend dargetan worden, dass es sich um einem für die Ausbildung der Tochter notwendigen Betrag handle. Angesichts der Bestätigung von W., Sekundarlehrer, vom 1. November 2003 erscheine indes plausibel, dass S. weiterhin der Unterstützung vor allem im Fach Französisch, eventuell aber auch in anderen Fächern bedürfe (KG act. 2 S. 16).

Inwiefern diese Erwägungen der Vorinstanz(en) mit einem Nichtigkeitsgrund behaftet wären, ist nicht ersichtlich und wird in der Beschwerdeschrift auch nicht dargetan. Aus der Beschwerde geht nicht hervor, dass und welche Aktenstellen zu Zweifeln an den eingereichten Belegen (Quittungen für die Nachhilfestunden sowie Bestätigungsschreiben des Lehrers [ER act. 24/1/1-17; ER act. 25]) oder den Aussagen des Beschwerdegegners Anlass gegeben hätten bzw. geben würden. Es genügt nicht, lediglich auf die eigene Bestreitung hinzuweisen.

3. a) Die von der Beschwerdeführerin im dritten Teil der Beschwerdeschrift erhobenen Rügen beschlagen das Thema der Gewährung bzw. Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege. Zusammengefasst macht sie geltend, der vorinstanzliche Entscheid basiere auf aktenwidrigen oder willkürlichen Annahmen und es sei ihr zudem das rechtliche Gehör verweigert worden (KG act. 1 S. 9 ff.).

b) Bei den Bestimmungen über die unentgeltliche Rechtspflege (§§ 84 ff. ZPO) handelt es sich nach gefestigter Lehre und Praxis um wesentliche Verfahrensgrundsätze im Sinne von § 281 Ziff. 1 ZPO (RB 1977 Nr. 29; Kass.-Nr. 96/263 Z, Entscheid vom 11. März 1997, i.S. W., Erw. IV./2.2; Kass.-Nr. 99/029 Z, Entscheid vom 12. Juni 2000, i.S. S., Erw. II.2.2; Kass.-Nr. 2002/057 Z, Entscheid vom 24. Dezember 2002 i.S. T., Erw. II.3.; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 24 zu § 281 ZPO und N 28 zu § 84 ZPO; von Rechenberg, a.a.O., S. 27). Das Kassationsgericht prüft - unabhängig von der allenfalls unzutreffenden Subsumtion - entsprechende Rügen deshalb sowohl in rechtlicher als auch in tatsächlicher Hinsicht mit freier Kognition (vgl. RB 1987 Nr. 46; Kass.-Nr. 99/009 Z, Entscheid vom 20.

Dezember 1999 i.S. B., Erw. II.2.; Frank/Sträuli/ Messmer, a.a.O., N 15 zu § 281 ZPO).

3.1 a) Die Beschwerdeführerin bringt zunächst vor, es stelle eine aktenwidrige Annahme dar, wenn die Vorinstanz festhalte, sie (die Beschwerdeführerin) habe die Einrichtungskosten für die Wohnung in Zollikon nicht belegt. Eine entsprechende Aufstellung samt Belegen sei im Rahmen der Replik vor Erstinstanz eingereicht und entsprechend akturiert worden (KG act. 1 S. 10).

b) Die Vorinstanz erwog, selbst wenn die Beschwerdeführerin Investitionen in ihre neue Wohnung über rund Fr. 22'000.-- habe tätigen müssen, was der Beschwerdegegner bestritten habe und nicht belegt worden sei, hätte sie jedenfalls über genügend Mittel verfügt, um solches zu finanzieren (KG act. 2 S. 22).

c) Diese vorinstanzlichen Ausführungen sind klarerweise so zu verstehen, dass offen gelassen werden könne, ob die Beschwerdeführerin den genannten Betrag tatsächlich habe aufwenden müssen. Es erscheint deshalb fraglich, ob sich die obergerichtliche Bemerkung, die Ausgaben seien nicht belegt, überhaupt nachteilig auf die beschwerdeführerische Position ausgewirkt hat. Wollte man aber auf die Rüge eintreten, erwiese sich dies als offensichtlich unbegründet. Es trifft zwar zu, wie die Beschwerdeführerin in der Beschwerde ausführen lässt, dass es sich bei Aktorum 19 der erstinstanzlichen Akten um von der Beschwerdeführerin anlässlich der Fortsetzung der Hauptverhandlung eingereichte Unterlagen handelt. Ein Zusammenhang mit allfälligen Investition in die Wohnung der Beschwerdeführerin ist aber nicht ersichtlich. Es handelt sich nämlich bei den fraglichen Aktenstücken um eine Rechnung der Seefeld Automobile AG (ER act. 19/1), zwei Abrechnungen der Condordia (ER act. 19/2 und ER act. 19/4), eine Rechnung von Dr. N. (ER act. 19/3) sowie einen Bundesgerichtsentscheid (ER act. 19/5). Ein Nichtigkeitsgrund läge damit jedenfalls nicht vor.

3.2 a) Ebenfalls als aktenwidrig erachtet die Beschwerdeführerin den Hinweis der Vorinstanz, sie (die Beschwerdeführerin) habe ihre Behauptung, den Verkaufserlös der Liegenschaft zur Schuldentilgung verwendet zu haben, weder substantiiert noch belegt. Auf Seite 9 der Rekursbegründung habe die Beschwer-

deführerin festgehalten, es sei von ihrer Seite dargetan worden, wie der Betrag von Fr. 23'000.--, welcher ihr aus dem Hausverkauf zugeflossen sei, verwendet worden sei. Zudem habe sie bereits in der Klagebegründung ausgeführt, dass ihr aus dem Erlös des Hausverkaufes im besten Falle - ohne Berücksichtigung der Kosten und Gebühren - ein Anteil von Fr. 25'202.95 zustehen werde, also eine Summe, die eindeutig geringer ausfalle als die vorhandenen Passiven. Der Anteil des Verkaufserlöses bilde den Restbetrag des seinerzeitigen Darlehens ihrer Mutter über Fr. 40'000.-- für das Haus. Damit habe die Beschwerdeführerin klar dargetan, wozu sie die Mittel aus dem Hausverkauf verwendet habe. Sodann ergebe sich aus den Akten, dass beide Parteien im externen Verhältnis noch im Umfange von je Fr. 15'000.-- für ein Darlehen der Arbeitgeberin des Beschwerdegegners haften würden, welches ursprünglich durch die Liegenschaft gesichert gewesen sei, und für welches dem Beschwerdegegner nach wie vor auf der Lohnabrechnung ein Zins belastet werde (KG act. 1 S. 10).

b) Auf das letztgenannte Argument der Beschwerdeführerin kann von vornherein nicht eingetreten werden, da jeglicher Hinweis auf diejenigen Aktenstellen, auf welche sich die Behauptung stützen könnte, in der Beschwerde fehlt.

Des weiteren ist weder das Zitat aus der Rekursbegründung noch dasjenige aus der Klagebegründung geeignet, eine Aktenwidrigkeit (oder eine willkürliche Annahme) zu belegen. Eine Behauptung über die Verwendung eines bestimmten Betrages zu substantiieren und zu belegen bedeutet, dass die Partei konkret darlegt, welchen Betrag sie wozu tatsächlich geleistet hat und sie diese Zahlung auch durch entsprechende Quittung(en) belegt. Dass die Beschwerdeführerin in der Rekursbegründung behaupten liess, es sei von ihrer Seite dargetan worden, wie der Betrag aus dem Hausverkauf verwendet worden sei, lässt diese Behauptung weder substantiiert noch belegt erscheinen. Dies gilt umso mehr für die zitierten Ausführungen im Rahmen der Klagebegründung, wo die Beschwerdeführerin angab, der Verkaufserlös werde geringer ausfallen als die vorhandenen Passiven und der Anteil der Beschwerdeführerin bilde den Restbetrag eines Darlehens. Diese Ausführungen der Beschwerdeführerin sagten nichts darüber aus, dass und welche Zahlungen sie tatsächlich geleistet hat. Zu welchen Vorbringen

der Beschwerdeführerin sich die Vorinstanz noch hätte äussern sollen, ist nach den Gesagten nicht ersichtlich.

3.3 a) Schliesslich wendet die Beschwerdeführerin ein, aus der Tatsache, dass sich in den Akten des ursprünglichen Eheschutzverfahrens die Angabe finde, das von der Mutter der Beschwerdeführerin zwecks Anschaffung eines Personenwagens gewährte Darlehen habe sich auf Fr. 15'000.-- belaufen, währenddem im vorliegenden Verfahren von Fr. 13'000.-- die Rede gewesen sei, lasse sich nicht ohne weiteres ableiten, das Darlehensverhältnis sei unglaubwürdig. Die Ziffern 3 und 5 würden bekanntermassen sehr rasch vertauscht. Entsprechend könne eine Zahlendifferenz nicht ohne weitere konkrete Anhaltspunkte per se Zweifel an der Glaubhaftigkeit der behaupteten Darlehensgewährung wecken. Der entsprechende Schluss der Vorinstanz sei eine willkürliche tatsächliche Annahme. Gleich verhalte es sich bezüglich des Darlehens über Fr. 40'000.--. Allein gestützt auf eine verwandtschaftliche Beziehung zwischen Darlehensgeber und -nehmer könne nicht geschlossen werden, es handle sich um ein Gefälligkeitschreiben, wenn die Mutter der Beschwerdeführerin als Darlehensgeberin eine Sicherstellung des Darlehensbetrages verlangt habe. Dies bedeute vielmehr, dass die Beschwerdeführerin als Darlehensnehmerin nicht mehr frei über die Summe verfügen dürfe bzw. könne (KG act. 10 f.).

b) aa) Die Vorinstanz erwog, vor Erstinstanz habe die Beschwerdeführerin Darlehensschulden bei ihrer Mutter im Betrag von insgesamt Fr. 53'000.-- geltend gemacht. Der Einzelrichter habe ausgeführt, aus den von der Beschwerdeführerin eingereichten Belegen lasse sich nicht ersehen, ob es sich beim Betrag von Fr. 40'000.-- und beim Bezug von Fr. 13'000.-- vom Konto der Mutter (betreffend Autokauf) um Darlehen oder um Schenkungen, wie der Beschwerdegegner meine, handle. Bereits im Eheschutzverfahren vom 1. Oktober 2002 habe die Beschwerdeführerin behauptet, von ihrer Mutter einen Kredit von Fr. 15'000.-- zum Erwerb eines Fahrzeuges erhalten zu haben, was vom Beschwerdegegner auch damals schon bestritten worden sei. Im vorliegenden Verfahren sei demgegenüber in diesem Zusammenhang die Rede von einem Darlehen von bloss Fr. 13'000.--. Gemäss Kontoauszug vom 4. Dezember 2001 seien der Beschwer-

deführerin offenbar auch Fr. 13'000.-- ausbezahlt worden. Diese Zahlendifferenz wecke Zweifel an der Glaubhaftigkeit der behaupteten Darlehensgewährung. Auf dem kopierten Kontoauszug sei sodann bloss handschriftlich festgehalten, dass dies ein Darlehen sein solle. Dass die Mutter diesen Betrag bislang je zurückgefordert habe, sei nicht geltend gemacht worden (KG act. 2 S. 21).

bb) In Bezug auf den Betrag über Fr. 40'000.--, hielt die Vorinstanz zudem fest, werde die Beschwerdeführerin im handschriftlichen Schreiben vom 26. Februar 2002 scheinbar von ihrer Mutter gebeten, dieser das seinerzeit gegebene Darlehen in der Höhe von Fr. 40'000.-- sobald wie möglich sicher zu stellen. Aufgrund der verwandtschaftlichen Beziehung sei nicht auszuschliessen, dass es sich dabei um ein Gefälligkeitsschreiben handle. Die Beschwerdeführerin habe denn auch nicht zu belegen vermocht, das vorgebliche Darlehen mit den ihr zugeflossenen Mitteln mittlerweile tatsächlich zumindest teilweise getilgt zu haben (KG act. 2 S. 21 f.).

c) aa) Soweit sich die Kritik der Beschwerdeführerin gegen die vorinstanzlichen Erwägungen zum behaupteten Darlehen über Fr. 15'000.--/Fr. 13'000.-- richtet, vermag sie damit keinen Nichtigkeitsgrund zu belegen. Als wesentlich erweist sich nämlich der obergerichtliche Hinweis, dass die Beschwerdeführerin nicht geltend gemacht habe, ihre Mutter habe diesen Betrag bislang je zurückgefordert. Dass und weshalb dies unzutreffend wäre, wird in der Beschwerde nicht dargetan. Wenn jedoch die Vorinstanz damit davon ausging, selbst wenn es sich um ein Darlehen handeln würde, sei eine Rückforderung nicht geltend gemacht worden, ist nicht ersichtlich, inwiefern sich die Frage nach dem Betrag (Fr. 15'000.-- oder Fr. 13'000.--) und diejenige nach der Glaubhaftigkeit der beschwerdeführerischen Angaben überhaupt zum Nachteil der Beschwerdeführerin auswirken würde. Ein Nichtigkeitsgrund liegt damit nicht vor.

bb) In Bezug auf den Betrag von Fr. 40'000.-- ist zunächst festzuhalten, dass entgegen der Meinung der Beschwerdeführerin auch bei der Würdigung einer schriftlichen Bestätigung - vergleichbar mit einer Zeugenaussage (Schuhmacher, Die Würdigung von Zeugen- und Parteiaussagen, in AJP 2000, S.1454; Hauser,

Der Zeugenbeweis im Strafprozess mit Berücksichtigung des Zivilprozesses, Zürich 1974, S. 314) - die besondere (verwandtschaftliche) Beziehung zwischen der die Bestätigung ausstellenden Person sowie einer Prozesspartei zu berücksichtigen ist. Insofern ist die von der Beschwerdeführerin angefochtene obergerichtliche Erwägung nicht zu beanstanden.

Wenn die Beschwerdeführerin darüber hinaus einwendet, ihre Mutter habe als Darlehensgeberin die Sicherstellung des Darlehensbetrages verlangt, was bedeute, dass sie (die Beschwerdeführerin) über die Summe nicht mehr frei verfügen könne bzw. dürfe, so erscheint zum einen fraglich, ob auf diesen Einwand überhaupt eingetreten werden kann, nachdem jeder Hinweis auf entsprechende Aktenstellen fehlt. Jedenfalls geht jedoch aus der Beschwerde auch nicht hervor, aus welchen Aktenstellen sich ergeben würde, dass die Beschwerdeführerin der Aufforderung ihrer Mutter um Sicherstellung des Darlehensbetrages - wie auch immer eine solche "Sicherstellung" gemeint sein mag - tatsächlich nachgekommen ist. Die Rüge genügt damit den Anforderungen an die Begründung eines Nichtigkeitsgrundes nicht.

Damit ergibt sich, dass die Vorinstanz ohne einen Nichtigkeitsgrund zu setzen davon ausging, die Beschwerdeführerin habe nicht geltend gemacht bzw. nicht belegt, dass sie für die behaupteten Schulden bei ihrer Mutter tatsächlich Rückzahlungen leiste oder sie sonst effektiv bei der Verfügung über finanzielle Mittel eingeschränkt wäre.

4. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Beschwerde keinen Nichtigkeitsgrund im Sinne von § 281 ZPO nachzuweisen vermag, weshalb sie abzuweisen ist, soweit darauf eingetreten werden kann. Damit entfällt die der Beschwerde verliehene aufschiebende Wirkung.

III.

1. Die Beschwerdeführerin stellt im Beschwerdeverfahren den Antrag, es sei ihr die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren und ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen (KG act. 1 S. 2 und 4).

2. Gemäss § 84 Abs. 1 ZPO und § 87 ZPO sowie Art. 29 Abs. 3 BV hat eine Partei, der die Mittel fehlen, um neben dem Lebensunterhalt für sich und ihre Familie die Gerichtskosten aufzubringen, in einem für sie nicht aussichtslosen Zivilprozess Anspruch auf unentgeltliche Prozessführung und auf Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters; letzteres allerdings nur, sofern sie zur gehörigen Führung des Prozesses eines solchen bedarf (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 1 ff. zu § 84 ZPO und N 1 f. zu § 87 ZPO; zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung vgl. statt vieler Kley-Struller, Der Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, AJP 2/95, S. 179 ff. mit weiteren Hinweisen.). Es gilt mit der Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und der Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters zu verhindern, dass jemand aus finanziellen Gründen seine Rechte nicht wahrnehmen kann. Es stellt sich bei der Überprüfung der Mittellosigkeit somit die Frage, ob jemand über die nötigen Mittel verfügt, um für die Kosten des Prozesses aufzukommen. Da diese regelmässig nur während eines beschränkten Zeitraums anfallen, ist es einer Partei zuzumuten, vorübergehend auf den gewohnten Lebensstandard zu verzichten (ZR 96 Nr. 11). Eine Partei muss aber in der Lage sein, die Prozesskosten innert nützlicher Frist - gegebenenfalls in Raten - zu tilgen, ansonsten ihr die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen ist (Kass.-Nr. 99/009 = RB 1999 Nr. 77). Massgebender Zeitpunkt für die Frage der Bedürftigkeit ist derjenige der Entscheidfällung (ZR 98 Nr. 35; Kass.-Nr. 2000/052 Z, Entscheid vom 29. November 2000 i.S. G., Erw. III.7).

3. Im Lichte der vorstehenden Erwägungen (Ziff. II.) hat die vorliegende Nichtigkeitsbeschwerde als von Anfang an (vgl. RB 1997 Nr. 76; s.a. ZR 98 Nr. 12) aussichtslos im Sinne von § 84 Abs. 1 ZPO und Art. 29 Abs. 3 BV zu gelten. Damit gebietet es (auch) bezüglich des Kassationsverfahrens an einer

Grundvoraussetzung für die Gewährung des prozessualen Armenrechts, weshalb dem Gesuch der Beschwerdeführerin nicht entsprochen werden kann.

Allerdings wäre auch die zweite Grundvoraussetzung, die Mittellosigkeit der Beschwerdeführerin, zu verneinen. Aufgrund der vorinstanzlichen Unterhaltsberechnung erhellt, dass der Beschwerdeführerin seit November 2003 ein Freibetrag von Fr. 397.-- zur Verfügung steht, wobei die Steuern im Bedarf nicht einberechnet wurden (KG act. 2 S. 20). Die Vorinstanz stützte sich sodann bei ihrem (abweisenden) Entscheid betreffend den beschwerdeführerischen Antrag um unentgeltliche Rechtspflege auf der Beschwerdeführerin bis Frühjahr 2003 ausgerichtete Zahlungen (anteilmässige Bonuszahlungen sowie Anteil aus dem Hausverkauf) in der Höhe von ca. Fr. 63'000.--, abzüglich allenfalls getätigte Investitionen für die Wohnung der Beschwerdeführerin über Fr. 22'000.-- (KG act. 2 S. 20 f.). Der in der Beschwerde vorgebrachten Begründung betreffend den Antrag auf unentgeltliche Rechtspflege für das Kassationsverfahren kann (ebenfalls) nichts darüber entnommen werden, dass die Beschwerdeführerin mit dem ihr verbleibenden Betrag von Fr. 41'000.-- tatsächlich (behauptete) Schulden getilgt hätte. Nachdem bereits die Vorinstanz der - anwaltlich vertretenen - Beschwerdeführerin unter Hinweis auf die fehlenden Belege über den Verbrauch des erwähnten Betrages das Armenrecht verweigerte, und sie mithin wusste, dass es für die Gewährung des Armenrechts einer solchen Darlegung bedarf, erübrigt sich vorliegend eine entsprechende Aufforderung. Eine Mittellosigkeit ist damit auch im Kassationsverfahren nicht dargetan.

IV.

Ausgangsgemäss wird die Beschwerdeführerin kostenpflichtig (§ 64 Abs. 2 ZPO). Der Beschwerdegegner hat keine Beschwerdeantwort eingereicht und sich damit am Beschwerdeverfahren nicht beteiligt. Demzufolge ist ihm keine Prozessschädigung zuzusprechen.

Das Gericht beschliesst:

1. Das Gesuch der Beschwerdeführerin um Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung und um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes für das Kassationsverfahren wird abgewiesen.
2. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann. Damit entfällt die der Beschwerde verliehene aufschiebende Wirkung.
3. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf:
Fr. 800.-- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 439.-- Schreibgebühren,
Fr. 133.-- Zustellgebühren und Porti.
4. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden der Beschwerdeführerin auferlegt.
5. Für das Kassationsverfahren werden keine Prozessentschädigungen zugesprochen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich sowie den Einzelrichter im summarischen Verfahren am Bezirksgericht _____ (Proz.-Nr. EE030067, je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Die juristische Sekretärin: