



Kass.-Nr. AA050077/U/cap

Mitwirkende: die Kassationsrichter Herbert Heeb, Vizepräsident, Robert Karrer, Hans Michael Riemer, die Kassationsrichterin Yvona Griesser und der Kassationsrichter Reinhard Oertli sowie der Sekretär Lukas Künzli

Sitzungsbeschluss vom 05. September 2005

in Sachen

A.,

Beklagter, Rekursgegner, Anschlussrekurrent und Beschwerdeführer
vertreten durch Rechtsanwalt ...

gegen

B.,

Klägerin, Rekurrentin, Anschlussrekursgegnerin und Beschwerdegegnerin
vertreten durch Rechtsanwalt ...

betreffend **Eheschutz**

(Unterhaltsbeiträge), Kosten- und Entschädigungsfolgen, Berichtigungen

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der I. Zivilkammer des
Obergerichts des Kantons Zürich vom 17. Mai 2005 (LP040050/U)**

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

1. Die Einzelrichterin im summarischen Verfahren des Bezirks Meilen hat das Eheschutzverfahren mit Verfügung vom 31. März 2004 (OG act. 4) erstinstanzlich erledigt und dabei (u.a.) den Beklagten verpflichtet, der Klägerin ab 1. April 2003 monatliche Unterhaltsbeiträge von insgesamt Fr. 3'552.– (Fr. 2'552.– für sie persönlich und Fr. 1'000.– für die Tochter S.) zu bezahlen (vgl. Disp.-Ziff. 8 und 9). Weiter wies die Einzelrichterin (u.a.) die X. AG mit sofortiger Wirkung an, monatlich vom Lohnguthaben des Beklagten Fr. 3'552.– zuzüglich gesetzliche oder vertragliche Kinderzulagen auf das Konto der Klägerin bei der ZKB (unter Androhung doppelter Zahlungspflicht im Unterlassungsfall) einzubezahlen (vgl. Disp.-Ziff. 12).

2. a) Gegen diesen Entscheid erhob die Klägerin Rekurs und der Beklagte Anschlussrekurs. Mit Verfügung vom 22. Juni 2004 (OG act. 17) merkte der Präsident der I. Zivilkammer des Obergerichts (u.a.) vor, dass die von der Einzelrichterin mit Wirkung ab 1. April 2003 zugesprochenen monatlichen Unterhaltsbeiträge von insgesamt Fr. 3'552.– in Rechtskraft erwachsen und vollstreckbar seien (Disp.-Ziff. 2). Dem Rekurs der Klägerin gegen die erstinstanzliche Unterhaltsregelung entzog sie weiter die aufschiebende Wirkung und nahm entsprechend vom Dahinfallen der von der Vorinstanz für die Dauer des Verfahrens gemäss Verfügung vom 23. Juni 2003 vorsorglich zugesprochenen Unterhaltsbeiträge Vormerk (Disp.-Ziff. 3).

b) Mit Beschluss vom 17. Mai 2005 (OG act. 55 = KG act. 2) hob die I. Zivilkammer des Obergerichts in teilweiser Gutheissung des Rekurses der Klägerin (u.a.) Disp.-Ziff. 8 und 9 der einzelrichterlichen Verfügung auf und verpflichtete den Beklagten neu, der Klägerin für die Tochter S. ab 1. April 2003 monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 1'500.– (zuzüglich allfällige gesetzliche oder vertragliche Kinderzulagen) und der Klägerin persönlich Fr. 4'130.– von 1. April 2003 bis 28. Februar 2005 bzw. Fr. 4'865.– von 1. März 2005 bis 30. Juni 2005 bzw. Fr. 3'610.– ab 1. Juli 2005 zu bezahlen (Disp.-Ziff. 4 bzw. dortige Disp.-Ziff. 8 und 9). Entsprechend der Neuregelung wies die Rekursinstanz die X. AG mit soforti-

ger Wirkung an, monatlich vom Lohn Guthaben des Beklagten Fr. 6'365.– und ab 1. Juli 2005 Fr. 5'110.– zuzüglich gesetzliche oder vertragliche Kinderzulagen auf das Konto der Klägerin bei der ZKB einzubezahlen (Disp.-Ziff. 4 bzw. dortige Disp.-Ziff. 12). Sodann gewährte die Vorinstanz der Klägerin die unentgeltliche Prozessführung und bestellte ihr in der Person ihres bisherigen Rechtsanwaltes ein unentgeltlicher Rechtsvertreter. Dem Beklagten entzog die Vorinstanz indes die unentgeltliche Prozessführung für das Rekursverfahren und (ab Datum des Rekursentscheids) die unentgeltliche Rechtsvertretung (Disp.-Ziff. 1 und 2).

3. a) Der Beklagte nahm den Rekursentscheid am 20. Mai 2005 in Empfang (vgl. OG act. 56/2). Mit Eingabe vom 31. Mai 2005 (Poststempel) und damit während der laufenden 30-tägigen Frist nach § 287 ZPO erhob der Beklagte (nachfolgend Beschwerdeführer) gegen diesen Entscheid kantonale Nichtigkeitsbeschwerde mit den Haupt-Anträgen, Disp.-Ziff. 2 (Entzug unentgeltliche Rechtspflege), Disp.-Ziff. 4 (Neuregelung Unterhaltsbeiträge) und Disp.-Ziff. 6-7 (Kosten- und Entschädigungsfolgend im Rekursverfahren) des angefochtenen Entscheids seien aufzuheben. Weiter ersuchte er um Gewährung der aufschiebenden Wirkung und (für das Kassationsverfahren) um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege (vgl. KG act. 1 S. 2-3).

b) Das Kassationsgericht zog die vorinstanzlichen Akten bei, welche hierorts am 3. Juni 2005 eingingen (vgl. KG act. 4 und 8). Tags zuvor, am 2. Juni 2005, überbrachte die Klägerin bzw. deren Rechtsvertreter dem Kassationsgericht eine Eingabe vom 2. Juni 2005 (vgl. KG act. 5), in welcher er sich auf die vom Beschwerdeführer eingereichte Nichtigkeitsbeschwerde bezog und den "Gegenantrag" stellte, es sei der Antrag des Beschwerdeführers um Gewährung der aufschiebenden Wirkung abzuweisen. Ferner verlangte er, es sei der Klägerin (nachfolgend Beschwerdegegnerin) für das Kassationsverfahren die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren und ihr in der Person des Unterzeichneten ein unentgeltlicher Rechtsbeistand beizugeben (vgl. KG act. 5 S. 2). Zur Begründung des vorab gestellten "Gegenantrages" brachte die Beschwerdegegnerin hauptsächlich vor, dass die Nichtigkeitsbeschwerde die gesetzlichen Begründungsanforderungen im Sinne von § 288 Abs. 1 Ziff. 3 ZPO nicht erfülle. Daneben weist

die Beschwerdegegnerin darauf hin, dass der Beschwerdeführer seit April 2004 keine Unterhaltsbeiträge mehr bezahle. Nur einzelne Beträge hätten auf dem Beibringungswege mit mehreren Monaten Verspätung erhältlich gemacht werden können. Sie habe inzwischen den Gang auf das Sozialamt antreten müssen (vgl. KG act. 5 S. 2-4).

c) Mit Verfügung vom 6. Juni 2005 wies der Vizepräsident des Kassationsgerichts das Gesuch des Beschwerdeführers, es sei der Nichtigkeitsbeschwerde die aufschiebende Wirkung zu gewähren, ab (KG act. 9). Diese Präsidialverfügung blieb unangefochten, und der Beschwerdeführer verzichtete auch darauf, die Nichtigkeitsbeschwerde innert der laufenden Frist (bis 20. Juni 2005) zu ergänzen und/oder zu bereinigen.

4. Nachfolgend ist somit über die Nichtigkeitsbeschwerde des Beschwerdeführers vom 31. Mai 2005 (KG act. 1) zu befinden.

4.1 Da der Beschwerdeführer die Verweigerung bzw. den Entzug der unentgeltlichen Prozessführung/Rechtsvertretung durch die Rekursinstanz angefochten hat (vgl. KG act. 1 S. 2), ist ihm in Anwendung von § 75 Abs. 2 ZPO keine Kautionsaufzuerlegen. Das Kassationsgericht hat nach § 289 ZPO zudem von der Einholung einer Beschwerdeantwort der Beschwerdegegnerin und einer Vernehmlassung der Vorinstanz abgesehen.

4.2 a) Der Beschwerdeführer ist auf die Begründungsanforderungen der Nichtigkeitsbeschwerde hinzuweisen: Das Vorliegen eines allenfalls vorhandenen Nichtigkeitsgrundes muss in der Beschwerdeschrift selbst nachgewiesen werden (vgl. § 288 Abs. 1 Ziff. 3 ZPO). Dies bedingt, dass sich die Beschwerde führende Partei konkret mit dem angefochtenen Entscheid bzw. den darin enthaltenen Erwägungen auseinandersetzt und unter Bezugnahme auf die vor Rekursinstanz bestandene Aktenlage aufzeigt, weshalb der geltend gemachte Nichtigkeitsgrund bestehen soll. Neue Behauptungen, Beweismittel etc., welche eine Vervollständigung des vor der Vorinstanz vorzubringenden Prozessstoffes bezwecken, sind im Kassationsverfahren unzulässig. Es gibt kein Novenrecht, und zwar auch nicht nach § 115 ZPO. Sodann genügt es nicht, in der Beschwerdeschrift einfach eine

eigene (naturgemäss) gegenteilige Sicht der Dinge aufzuzeigen und derjenigen des Sachrichters gegenüberzustellen, wie dies in einem appellatorischen Verfahren mit freier Rechts- und Tatsachenüberprüfung möglich wäre. In der Beschwerdebegründung sind auch die angefochtenen Stellen des vorinstanzlichen Entscheids zu bezeichnen und diejenigen Aktenstellen, aus denen sich ein Nichtigkeitsgrund ergeben soll, im Einzelnen anzugeben. Der Kassationsinstanz ist es verwehrt, nach den Grundlagen des geltend gemachten (oder gar eines anderen) Nichtigkeitsgrundes zu suchen (vgl. § 290 ZPO). Die unangefochten gebliebenen Entscheidungsgründe des vorinstanzlichen Richters haben im Kassationsverfahren Bestand, und die Kassationsinstanz darf die Tatsachenbehauptungen in der Beschwerde nicht von sich aus ergänzen (VON RECHENBERG, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. Auflage, Zürich 1986, S. 16ff.; SPÜHLER/VOCK, Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund, Zürich 1999, S. 56f. und 72f.; FRANK/STRÄULI/MESSMER, Kommentar ZPO ZH, Zürich 1997, N 4f. zu § 288 ZPO mit Hinweisen; vgl. auch ZR 59 Nr. 84). Die Nicht-Erfüllung der Begründungsanforderungen hat zur Folge, dass auf die entsprechenden Beschwerdepunkte nicht eingetreten werden kann.

b)aa) Der Beschwerdeführer wendet sich mit seiner Nichtigkeitsbeschwerde vom 31. Mai 2005 gegen die vorinstanzliche Berechnung seines Einkommens (vgl. KG act. 1 S. 4, Ziffer 3). Er macht geltend, dass die Vorinstanz willkürliche tatsächliche Annahmen getroffen habe und beruft sich im Rahmen der Begründung vor allem auf die im Kassationsverfahren eingereichten Unterlagen (vgl. KG act. 1 S. 5ff., act. 3/2 bis 3/10). Der Beschwerdeführer belegt aber nicht mit den erforderlichen Aktenzitataten - von einer Ausnahme abgesehen (vgl. dazu nachstehend E. bb) -, dass die angerufenen Dokumente bereits Bestandteil der vorinstanzlichen Akten bildeten bzw. der Rekursinstanz vorlagen. Wie gesagt muss der Nachweis des Nichtigkeitsgrundes unter Bezugnahme auf die vor Vorinstanz bestandene Aktenlage erfolgen und das Kassationsgericht darf nicht nach den Grundlagen des geltend gemachten Nichtigkeitsgrundes suchen, zumal es sich vorliegend um umfangreiche Vorakten handelt. Auf die entsprechenden Beschwerdepunkte kann daher aller allein schon deshalb nicht eingetreten werden (vgl. KG act. 1 S. 5-6, Ziffer 5; S. 7, Ziffern 6-7; S. 8-9, Ziffer 8; S. 9-11, Ziffern 9-

10; S. 12-13, Ziffer 14). Soweit der Beschwerdeführer den Nachweis eines Nichtigkeitsgrundes mittels Anrufung eines neuen Beweismittels erbringen will, scheidet das Vorhaben am Novenverbot. Auf die fraglichen Punkte in der Beschwerde kann daher ebenfalls nicht eingetreten werden (vgl. KG act. 1 S. 11-12, Ziffer 12; S. 12-13, Ziffer 14; S. 13-14, Ziffern 15-17).

bb) Sodann macht der Beschwerdeführer - um auf die erwähnte Ausnahme zurückzukommen - unter Bezugnahme auf die vorinstanzlichen Akten geltend, die Annahme der Vorinstanz, die Firma X. habe zugunsten der Privatbezüge des Beschwerdeführers einen Geschirrspüler angeschafft, sei unzutreffend, bzw. es sei unerfindlich, woher die Annahme der Anschaffung eines Geschirrspülers komme. Zur Begründung führt er an, dass die Firma X. nie einen Geschirrspüler angeschafft habe. Vermutlich handle es sich beim betreffenden Elektrogerät um den Kühlschrank, welcher sich in den Räumlichkeiten der X. finde und welcher für die X. selber angeschafft worden sei, so der Beschwerdeführer weiter (vgl. KG act. 1 S. 12, Ziffer 13).

Die Vorinstanz stützt ihre Annahme, dass die X. einen Geschirrspüler angeschafft habe, auf "Urk. 21/14 S. 37, Konto 6100" (vgl. KG act. 2 S. 29). Dort findet sich aber tatsächlich einen Aufwandposten für einen Geschirrspüler im Betrag von Fr. 700.-. Inwiefern die Vorinstanz dabei einen Nichtigkeitsgrund gesetzt haben soll, ist nicht ersichtlich. Die in diesem Zusammenhang von der Vorinstanz getroffene weitere Annahme, wonach diese über die X. für den Kauf des Geschirrspülers (Fr. 700.-) verbuchten Aufwendungen dem Beschwerdeführer als Privatbezug anzurechnen seien, wird in der Beschwerde nicht weiter substantiiert angefochten. Somit erweist sich die Rüge als unbegründet, soweit auf diesen Beschwerdepunkt überhaupt eingetreten werden konnte.

4.3 Nach dem Gesagten vermochte der Beschwerdeführer keinen Nichtigkeitsgrund nachzuweisen. Dies führt zur Abweisung der Beschwerde, soweit darauf eingetreten werden konnte.

5. a) Das Gesuch des Beschwerdeführers um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung/Rechtsvertretung für das Kassationsverfahren ist abzuwei-

sen, da sich die Nichtigkeitsbeschwerde als von vornherein aussichtslos erwiesen hat (vgl. §§ 84/87 ZPO; KG act. 9).

b) Die der Beschwerdegegnerin für das Rekursverfahren gewährte unentgeltliche Prozessführung/Rechtsvertretung (vgl. KG act. 2 S. 49-51, S. 53) gilt auch für das vorliegende Verfahren der kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde, da das Kassationsgericht keine Anhaltspunkte für einen Entzug des gewährten Armenrechts sieht (vgl. KG act. 5 S. 3-4; § 90 Abs. 2 ZPO; FRANK/STRÄULI/MESSMER, a.a.O., N 3 zu § 90 ZPO). Eines ausdrücklichen Entscheids bedarf es hierfür nicht.

6. a) Die Kosten des Kassationsverfahrens werden ausgangsgemäss dem Beschwerdeführer auferlegt (vgl. § 64 Abs. 2 ZPO).

b)aa) Der Rechtsvertreter der Beschwerdegegnerin reichte (wie einleitend in der Darstellung der Prozessgeschichte erwähnt [E. 3b]) dem Kassationsgericht spontan (oder freiwillig), d.h. ohne vom Gericht formell aufgefordert worden zu sein, die Eingabe vom 2. Juni 2005 betreffend (Nicht-)Gewährung der aufschiebenden Wirkung ein (vgl. KG act. 5). Dies geschah offensichtlich, nachdem er vom Rechtsvertreter des Beschwerdeführers mittels Zusendung einer Kopie der Nichtigkeitsbeschwerde über das bevorstehende Kassationsverfahren in Kenntnis gesetzt worden war (vgl. KG act. 5 S. 2 oben). In der Eingabe vom 2. Juni 2005 bezog sich denn auch der Rechtsvertreter der Beschwerdegegnerin auf die vom Beschwerdeführer eingereichte Nichtigkeitsbeschwerde und stellte den "Gegenantrag", es sei der (dort gestellte) Antrag des Beschwerdeführers um Gewährung der aufschiebenden Wirkung abzuweisen (vgl. KG act. 5 S. 2).

Der Vizepräsident des Kassationsgericht wies den Antrag des Beschwerdeführers um Gewährung der aufschiebenden Wirkung mit Verfügung vom 6. Juni 2005 ab (KG act. 9). Es stellt sich daher die Frage, ob der unterliegende Beschwerdeführer die Beschwerdegegnerin für die Kosten und Umtriebe nach der allgemeinen Regel gemäss § 68 Abs. 1 ZPO zu entschädigen hat, welche ihr im Zusammenhang mit der von ihrem Rechtsvertreter spontan (oder freiwillig) eingereichten Eingabe vom 2. Juni 2005 (KG act. 5) entstanden sind.

bb) Der präsidiale Entscheid hinsichtlich der Frage der Gewährung der aufschiebenden Wirkung hat rasch zu erfolgen, weshalb (von Amtes) wegen einer bloss summarischen Prüfung der Aussichten der Nichtigkeitsbeschwerde statt findet. Auch ergeht der Entscheid im Regelfall ohne Anhörung der Gegenpartei und ohne Begründung (vgl. VON CASTELBERG, Zur aufschiebenden Wirkung bei der Zürcher Kassationsbeschwerde, in FS Walder, Zürich 1994, S. 300ff.; VON RECHENBERG, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. Auflage, Zürich 1986, S. 20f.).

Wird der Nichtigkeitsbeschwerde die aufschiebende Wirkung ohne Anhörung der Gegenpartei erteilt, kann die beschwerdegegnerische Partei mit einem Wiedererwägungsgesuch Entzug der aufschiebenden Wirkung beantragen. Dabei haben die Parteien Anspruch auf einen wenigstens summarisch begründeten Präsidialentscheid über ihren Antrag (vgl. VON CASTELBERG, a.a.O., S. 303). Statt dessen steht der beschwerdegegnerischen Partei gegen eine Präsidialverfügung betreffend Gewährung der aufschiebenden Wirkung auch die Einsprache an das Kassationsgericht offen (vgl. § 122 Abs. 4 GVG).

cc) Wartet eine Partei, welche von der beschwerdeführenden Partei über das bevorstehende Kassationsverfahren in Kenntnis gesetzt wurde, den präsidialen Entscheid über die Gewährung der aufschiebenden Wirkung ab, riskiert sie, dass die auf bloss summarischer Prüfung beruhende Präsidialverfügung wesentliche Aspekte, die nicht ohne weiteres erkennbar sind, ausser Acht lässt und zu ihrem Nachteil aufschiebende Wirkung gewährt wird. Auch wenn der Präsidialentscheid nicht endgültig ist und auf den beschriebenen Wegen gegebenenfalls korrigiert werden kann, schliesst eine solche Korrektur einen Nachteil für die beschwerdegegnerische Partei nicht aus: Sie kann beispielsweise Zwangsvollstreckungsmassnahmen erst später einleiten, was, gerade bei strittigen Unterhaltsbeiträgen, zu dauernden Nachteilen führen kann.

Dies bedeutet, dass die beschwerdegegnerische Partei, die gleichzeitig mit dem Kassationsgericht von der Nichtigkeitsbeschwerde erfährt, ein legitimes Interesse an einer spontanen Stellungnahme zu einem Gesuch um aufschiebende Wirkung haben kann, was im Einzelfall zu prüfen ist. Ist ein solches legitimes In-

teresse gegeben, ist der Aufwand für eine solche spontane Eingabe als durch das Beschwerdeverfahren verursacht zu entschädigen, wenn die Beschwerde (allenfalls in Anwendung von § 289 ZPO ohne Einholung einer Beschwerdeantwort) abgewiesen wird oder nicht darauf eingetreten werden kann und deshalb die Kosten dem Beschwerdeführer auferlegt werden.

dd) Besteht ein legitimes Interesse an einer spontanen Eingabe nicht, ist diese nicht zu entschädigen. Dies würde in der Regel wohl insbesondere dann gelten, wenn eine vom Beschwerdeführer mit der Beschwerdeschrift bediente Partei diese ohne entsprechende Fristansetzung durch das Gericht beantwortet, da die beschwerdegegnerische Partei im Blick auf ihren Gehörsanspruch davon ausgehen kann, dass das Gericht die Beschwerde ohne Einholung ihrer Stellungnahme nicht gutheissen wird.

ee) Im vorliegenden Fall kann ein legitimes Interesse der Beschwerdegegnerin an der sofortigen Verweigerung der aufschiebenden Wirkung durch Präsidialverfügung bejaht werden, da die - auch nur vorübergehende - Gewährung der aufschiebenden Wirkung bedeutet hätte, dass die Beschwerdegegnerin während einer gewissen Zeit lediglich reduzierte Unterhaltsbeiträge hätte durchsetzen können und es erfahrungsgemäss oft mit dem Zeitablauf schwierig oder unmöglich wird, ausstehende Unterhaltsbeiträge noch erhältlich zu machen.

ff) Der Beschwerdeführer ist nach dem Gesagten zur Bezahlung einer Prozessentschädigung an die Beschwerdegegnerin zu verpflichten, welche direkt ihrem unentgeltlichen Rechtsvertreter zuzusprechen ist (§ 89 Abs. 1 ZPO).

Das Gericht beschliesst:

1. Das Gesuch des Beschwerdeführers um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung/Rechtsvertretung für das Kassationsverfahren wird abgewiesen.

2. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann.
3. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf:
Fr. 600.-- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 241.-- Schreibgebühren,
Fr. 171.-- Zustellgebühren und Porti.
4. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden dem Beschwerdeführer auferlegt.
5. Der Beschwerdeführer wird verpflichtet, dem unentgeltlichen Rechtsvertreter der Beschwerdegegnerin für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 400.– (inkl. MWSt.) zu entrichten.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich, die Einzelrichterin im summarischen Verfahren des Bezirksgerichts Meilen sowie im Dispositivauszug an die Softcom Consulting Services AG, Dufourstr. 181, 8008 Zürich und das Betreibungsamt Russikon, Grubenstr. 26, 8322 Madetswil, je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär: