



Kass.-Nr. AA080133/U/la

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Andreas Donatsch, Paul Baumgartner, die Kassationsrichterin Yvona Griesser und der Kassationsrichter Georg Naegeli sowie der juristische Sekretär Jürg-Christian Hürlimann

Zirkulationsbeschluss vom 1. Dezember 2008

in Sachen

K,

...,

Beklagter, Rekurrent, Anschlussrekursgegner und Beschwerdeführer

gegen

K-S,

...,

Klägerin, Rekursgegnerin, Anschlussrekurrentin und Beschwerdegegnerin
vertreten durch Rechtsanwältin ...

betreffend

Eheschutz

(Getrenntleben, Obhut, eheliche Liegenschaft, Unterhaltsbeiträge etc.)

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der I. Zivilkammer des
Obergerichts des Kantons Zürich vom 17. Juli 2008 (LP080002/Z11)**

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

1. Vor Obergericht (I. Zivilkammer) ist ein Rekurs des Beschwerdeführers gegen eine Verfügung der Einzelrichterin im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Y vom 20. Dezember 2007 betreffend Eheschutzmassnahmen hängig. Mit Beschluss vom 22. April 2008 entzog das Obergericht dem Rekurs bezüglich verschiedener angefochtener Punkte ganz oder teilweise (in Form von Neuumschreibungen) die aufschiebende Wirkung (im Zusammenhang mit dem Kinderbesuchsrecht, der Errichtung einer Besuchsrechtsbeistandschaft samt Umschreibung der Aufgabe der Beiständin bzw. des Beistandes, und der Höhe der Unterhaltsbeiträge des Beschwerdeführers für die Beschwerdegegnerin und die gemeinsamen Kinder). Mit gleichem Beschluss wies das Obergericht ein Gesuch des Beschwerdeführers um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und Rechtsvertretung und um Erlass superprovisorischer Massnahmen ab, soweit das Obergericht auf solche eintrat. Das Kassationsgericht trat mit Beschluss vom 5. September 2008 auf eine gegen den genannten obergerichtlichen Beschluss erhobene Nichtigkeitsbeschwerde nicht ein (Kassationsverfahren AA080077). Gegen diesen Beschluss ist eine Beschwerde beim Bundesgericht hängig.

Im Rahmen des Kassationsverfahrens AA080077 stellte der Beschwerdeführer zweimal ein Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen. Diese Gesuche wurden zuständigkeitshalber an das Obergericht überwiesen. Weitere zwei Gesuche um Erlass vorsorglicher Massnahmen reichte der Beschwerdeführer direkt beim Obergericht ein. Das Obergericht wies diese Gesuche mit Beschluss vom 17. Juli 2008 ab, soweit es auf diese eintrat (KG act. 2). Dagegen richtet sich die vorliegende Nichtigkeitsbeschwerde (KG act. 1). Die Beschwerdegegnerin verzichtet auf eine materielle Stellungnahme zur Nichtigkeitsbeschwerde (KG act. 20), ebenso das Obergericht auf eine Vernehmlassung (KG act. 13).

2. Aus der Natur des Beschwerdeverfahrens, das keine Fortsetzung des Verfahrens vor dem Sachrichter darstellt, folgt, dass sich der Nichtigkeitskläger konkret mit dem angefochtenen Entscheid auseinandersetzen und den behaupteten Nichtigkeitsgrund in der Beschwerdeschrift selbst nachweisen muss (§ 288 Ziff. 3

ZPO). In der Beschwerdebegründung sind insbesondere die angefochtenen Stellen des vorinstanzlichen Entscheides zu bezeichnen und diejenigen Aktenstellen, aus denen sich ein Nichtigkeitsgrund ergeben soll, im Einzelnen anzugeben. Es ist nicht Sache der Kassationsinstanz, in den vorinstanzlichen Akten nach den Grundlagen des geltend gemachten Nichtigkeitsgrundes zu suchen. 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. Wird Aktenwidrigkeit einer tatsächlichen Annahme behauptet, so sind ebenfalls die Bestandteile der Akten, die nicht oder nicht in ihrer wahren Gestalt in die Beweiswürdigung einbezogen worden sein sollen, genau anzugeben. Wer vorbringt, angerufene Beweismittel seien nicht abgenommen worden, hat zu sagen, wo und zu welchen Behauptungen er sich auf diese berufen hat (ZR 81 Nr. 88 Erw. 6; Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3.A., Zürich 1997, N 4 zu § 288; Spühler/Vock, Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund, Zürich 1999, S. 72 f.; von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2.A., Zürich 1986, S. 16 ff.)..

3. a) Mit seiner Nichtigkeitsbeschwerde beantragt der Beschwerdeführer, es seien seine Begehren um Erlass vorsorglicher Massnahmen gutzuheissen. Wo eine Umsetzung nicht mehr möglich sei, sei eine entsprechende Entschädigung zuzusprechen. Weiter sei eine Verfügung (der Präsidentin des Bezirksgerichts Y) vom 28. August 2007 für nichtig zu erklären. Sodann sei der willkürlich verhinderte Kontakt des Beschwerdeführers zu seinen beiden Kindern und die verhinderten Sommerferien mit den Kindern angemessen zu entschädigen. Die Erziehungsfähigkeiten der beiden Parteien seien zu überprüfen und betreffend des Kindeswohls gegeneinander abzuwägen. Dabei habe die bisherige willkürliche Zuteilung unberücksichtigt zu bleiben. Sodann sei die gemäss Feststellung des Bundesgerichts die leerstehende eheliche Liegenschaft dem Beschwerdeführer zuzuweisen. Die durch die Kantonspolizei verhinderte Nutzung sei angemessen zu entschädigen, wobei ein monatlicher Nutzungsausfall von Fr. 4'500.-- zu veranschlagen sei (KG act. 1 S. 1 f.).

b) Das Obergericht hält fest, der Rekurs richte sich gegen das Dispositiv einer Verfügung. Was nicht Eingang ins Dispositiv gefunden habe, könne nicht angefochten werden, und es könnten auch keine entsprechenden Anträge gestellt werden bzw. auf solche Anträge könne von vornherein nicht eingetreten werden. Das Obergericht führt in Folge aus, auf welche Anträge (Massnahmebegehren) des Beschwerdeführers mangels Gegenstand des Rekursverfahrens bzw. mangels Zuständigkeit nicht eingetreten werden könne (KG act. 2 S. 4 Erw. 3.2).

Der Beschwerdeführer rügt diese Erwägung des Obergerichts als willkürlich. Er macht in seiner Anfechtung unter anderem Verweigerung des rechtlichen Gehörs geltend, indem das Bezirksgericht wesentliche Tatsachen nicht berücksichtigt habe. Somit hätten die meisten Argumente und Anträge des Beschwerdeführers nicht den rechtskonformen Weg ins Dispositiv gefunden. Das Obergericht schütze somit das willkürliche Vorgehen des Bezirksgerichts, indem es die gerügte Rechtsverweigerung nicht überprüfe, sondern die Willkür des Bezirksgerichts von vornherein gut heisse und dadurch selber der Willkür ver falle. So seien die Erziehungsfähigkeit der Beschwerdegegnerin nie in Frage gestellt worden, obwohl sich eine Begutachtung aufdränge, und unberücksichtigt geblieben seien

- das Kindeswohl und die Beurteilung der Erziehungsfähigkeit des Beschwerdeführers;

- dass der Beschwerdeführer in seinen Parteirechten schwerwiegend benachteiligt gewesen sei, indem er seine Rechtsmaterialien und sein Büro nicht habe gebrauchen dürfen und keinen Zugang zu seinen Akten und Beweismitteln erhalten habe;

- dass die Beschwerdegegnerin nicht über ihr Vermögen Auskunft zu erteilen gehabt habe;

- dass während der Arbeitstätigkeit der Beschwerdegegnerin fremde Dritte die Kinder für Fr. 800.-- pro Monat zu Lasten des Beschwerdeführers angeblich betreut hätten, obwohl diese Betreuung auch vom Beschwerdeführer hätte übernommen werden können;

- dass die Kinder als tschechische Staatsangehörige entwurzelt worden seien, indem ihnen jeglicher tschechischer Kontakt verboten worden sei;
- dass der Hausrat für eine Partei völlig überdimensioniert gewesen sei;
- und dass die Verfügung (der Bezirksgerichtspräsidentin) vom 28. August 2009 eine "Parteifreundegefälligkeitsverfügung" gewesen sei, die jeglicher Rechtsstaatlichkeit entbehrt und offensichtlich rassistisch begründet gewesen sei (KG act. 1 S. 5 f. Ziffer IV/1).

Der Beschwerdeführer unterlässt es, für die von ihm vorgebrachten angeblichen Unterlassungen und Verweigerungen des rechtlichen Gehörs durch die Einzelrichterin Aktenstellen zu nennen, also anzugeben, wo er entsprechende Tatsachenbehauptungen aufgestellt habe bzw. wo im Rekursverfahren er die angeblichen Unterlassungen und Gehörsverweigerungen gerügt habe und auf Grund welcher Aktenstellen sich diese ergeben. Er weist somit nicht nach, dass die entsprechenden Behauptungen Anfechtungsgegenstand des Rekurses bilden und damit Gegenstand vorsorglicher Massnahmen sein können. Die Vorbringen des Beschwerdeführers in diesem Zusammenhang im Kassationsverfahren entsprechen nicht den oben unter Ziffer 2 genannten Anforderungen an eine Beschwerdebegründung.

c) In den nachfolgenden Ausführungen (KG act. 1 S. 6 - 13, Ziffern IV/2 - 12) gibt der Beschwerdeführer den eigenen Prozessstandpunkt zu den vom Obergericht in den Erwägungen 3.2 - 3.5 des angefochtenen Beschlusses (KG act. 2 S. 5 - 8) behandelten Prozessthemen wieder. Dies erfolgt in weiten Teilen in rüdem Ton, indem der Beschwerdeführer Entscheidungen der Einzelrichterin bzw. der Bezirksgerichtspräsidentin als rassistisch und "über die SVP-Beziehungen seitens der Familie der Beschwerdegegnerin in die Wege geleitet" bezeichnet und der Beschwerdegegnerin krankhafte Zustände (Alkoholismus, Depression, schwere Angstzustände), Egoismus (Verweigerung des Stillens) sowie in verschiedener Hinsicht Lügen vorwirft. Er macht wiederholt geltend, die Einzelrichterin habe seine Argumente nicht gehört und das Obergericht stütze seinen Entscheid auf erstinstanzliche Erwägungen, welche eben auf Verweigerung des rechtlichen Ge-

hörs beruhten. Indem das Obergericht seine Argumente ebenfalls nicht höre, ergäbe sich eine doppelte Gehörsverweigerung.

Auf diese Vorbringen kann nicht weiter eingegangen werden. Wiederum ist festzuhalten, dass der Beschwerdeführer es unterlässt, für die von ihm vorgebrachten angeblichen Unterlassungen und Verweigerungen des rechtlichen Gehörs durch die Einzelrichterin und durch das Obergericht Aktenstellen zu nennen, also anzugeben, wo er entsprechende Tatsachenbehauptungen aufgestellt habe bzw. wo im Rekursverfahren er die angeblichen Unterlassungen und Gehörsverweigerungen gerügt habe und auf Grund welcher Aktenstellen sich diese ergeben. Auch bezüglich der weiteren Rügen (Willkür usw.) nennt der Beschwerdeführer, abgesehen vom Hinweis auf einen Bundesgerichtsentscheid, den er zu seinen Gunsten interpretiert, keine Aktenstellen. Die Vorbringen des Beschwerdeführers entsprechen somit nicht den oben unter Ziffer 2 genannten Anforderungen an eine Beschwerdebeurteilung.

Soweit der Beschwerdeführer im Kassationsverfahren Tatsachenbehauptungen aufstellt, ist mangels Angabe von Aktenstellen nicht durchwegs klar, ob es sich hierbei Wiederholungen von vor den Vorinstanzen vorgebrachten Behauptungen handelt oder um ergänzende neue Behauptungen. Letztere wären im Kassationsverfahren nicht zulässig, da das Kassationsgericht nur zu prüfen hat, ob der angefochtene Entscheid nach der bei der Vorinstanz gegebenen Aktenlage unter einem Nichtigkeitsgrund leidet (von Rechenberg, a.a.O., S. 17 Ziffer 3).

Unter diesen Umständen ist auch nicht weiter zu prüfen, wie weit die Anträge des Beschwerdeführers Gegenstand eines Massnahmeverfahrens und eines damit im Zusammenhang stehenden Kassationsverfahrens bilden können.

d) Zusammenfassend ergibt sich, dass auf die Nichtigkeitsbeschwerde nicht eingetreten werden kann.

4. Ausgangsgemäss sind die Kosten des Kassationsverfahrens dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (§ 64 Abs. 2 ZPO).

Die Beschwerdegegnerin verzichtete auf eine materielle Stellungnahme zur Nichtigkeitbeschwerde. Immerhin gab das vorliegende Kassationsverfahren ihrer Rechtsvertreterin Anlass zu zwei Eingaben (KG act. 14 und 20), so dass ein vom Beschwerdeführer zu entschädigender Aufwand entstand (§ 68 Abs. 1 ZPO).

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. Mit der Beschwerde gegen Entscheide über vorsorgliche Massnahmen kann zudem nur die Verletzung verfassungsmässiger Rechte gerügt werden (Art. 98 BGG).

Das Gericht beschliesst:

1. Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 1'500.--.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden dem Beschwerdeführer auferlegt.
4. Der Beschwerdeführer wird verpflichtet, der Beschwerdegegnerin für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 400.-- zu entrichten.
5. Gegen diesen Entscheid kann unter den Voraussetzungen von Art. 90 ff. BGG innert 30 Tagen nach dessen Empfang schriftlich durch eine Art. 42 BGG entsprechende Eingabe Beschwerde gemäss Art. 72 ff. BGG an das Schweizerische Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, erhoben werden.

Sodann läuft die Frist von 30 Tagen zur Anfechtung des Beschlusses des Obergerichtes vom 17. Juli 2008 mit Beschwerde an das Bundesgericht neu ab Empfang des vorliegenden Entscheides (Art. 100 Abs. 1 und 6 BGG).

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

6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und die I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich, je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär: