



---

Kass.-Nr. AA080163/U/la

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Bernhard Gehrig, Paul Baumgartner, die Kassationsrichterin Yvona Griesser und der Kassationsrichter Matthias Brunner sowie der juristische Sekretär Markus Nietlispach

## **Zirkulationsbeschluss vom 10. November 2008**

in Sachen

X.,

...,

Kläger, Appellant und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. \_\_\_\_\_

gegen

Y.,

...,

Beklagte, Appellatin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. \_\_\_\_\_

betreffend

**Ehescheidung**

**(vorsorgliche Massnahmen)**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der I. Zivilkammer des  
Obergerichts des Kantons Zürich vom 23. September 2008 (LC080049/Z02)**

**Das Gericht hat in Erwägung gezogen:**

1.a) Mit Urteil des Einzelrichters im ordentlichen Verfahren des Bezirks Q. (Erstinstanz) vom 15. August 2008 wurde die Ehe der Parteien geschieden. Zugleich wurde der Beschwerdeführer (Kläger und Appellant) verpflichtet, der Beschwerdegegnerin (Beklagte und Appellatin) ab Rechtskraft des Scheidungsurteils bis zu deren Eintritt in das ordentliche AHV-Alter einen nahehelichen Unterhaltsbeitrag von Fr. 2'000.-- pro Monat zu bezahlen. Weiter stellte der Einzelrichter fest, dass die Parteien güterrechtlich vollständig auseinandergesetzt seien, und er nahm die Teilung der klägerischen Austrittsleistung aus der beruflichen Vorsorge vor (ER act. 100 = OG act. 107 = KG act. 4/1).

b) Gegen das erstinstanzliche Urteil erklärte der Beschwerdeführer rechtzeitig Berufung (ER act. 104 = OG act. 108). Anlässlich der schriftlichen Berufungsbegründung vom 22. September 2008, in welcher er in der Sache selbst die Herabsetzung des nahehelichen Unterhaltsbeitrages (auf das sein Existenzminimum übersteigende Renteneinkommen) beantragte (OG act. 111 S. 2, Berufungsantrag Abs. 1), stellte er sodann das Gesuch um superprovisorische Reduktion seiner Unterhaltsverpflichtung auf den Betrag von Fr. 521.-- (OG act. 111 S. 2, Berufungsantrag Abs. 4), wobei er einerseits auf die Bestimmungen zur Anordnung vorsorglicher Massnahmen (§ 110 ZPO) und andererseits auf diejenigen für das summarische Befehlsverfahren (§ 222 Ziff. 2 und 3 ZPO) verwies (OG act. 111 S. 4). Darauf Bezug nehmend ging die I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich (Vorinstanz) davon aus, dass der Beschwerdeführer eine vorerst im Sinne von § 110 Abs. 2 ZPO ohne vorgängige Anhörung der Gegenpartei anzuordnende vorsorgliche Massnahme anstrebe, wobei offenbar die bisherige, eheschutzrichterlich angeordnete Unterhaltspflicht abgeändert werden solle (OG act. 113 = KG act. 2 S. 2, Erw. 1). Mit Beschluss vom 23. September 2008 (KG act. 2) trat die Vorinstanz auf das so verstandene Begehren um Erlass einer superprovisorischen Massnahme bzw. um Anordnung vorsorglicher Massnahmen nicht ein (Disp.-Ziff. 1); zugleich setzte sie der Beschwerdegegnerin Frist zur Beantwortung der Berufung an (Disp.-Ziff. 2).

c) Gegen Dispositiv-Ziffer 1 dieses den Parteien am 25. September 2008 zugestellten (OG act. 113) obergerichtlichen Beschlusses richtet sich die vorliegende, vom 27. Oktober 2008 datierte, gleichentags zur Post gegebene und damit fristwährend eingereichte (vgl. §§ 287 ZPO und §§ 191-193 GVG) Nichtigkeitsbeschwerde (KG act. 1), von deren Eingang den Parteien und der Vorinstanz mit Schreiben vom 28. Oktober 2008 Kenntnis gegeben wurde (KG act. 5). Damit verlangt der Beschwerdeführer in der Sache selbst die Aufhebung des angefochtenen (Nichteintretens-)Entscheids und die Anweisung an die Vorinstanz, seinem Begehren um unverzügliche Reduktion des Unterhaltsbeitrages stattzugeben (KG act. 1 S. 2, Anträge 1 und 2).

d) Wie die nachstehenden Erwägungen (insbes. Erw. 5) zeigen, erweist sich die Beschwerde sofort als unbegründet, soweit sie den formellen Anforderungen an die Begründung einer Nichtigkeitsbeschwerde überhaupt genügt. Deshalb kann – nach bereits erfolgtem Beizug der vorinstanzlichen Akten (vgl. KG act. 3 und 7) – von Weiterungen im Sinne von § 289 ZPO abgesehen, d.h. darauf verzichtet werden, sie der Beschwerdegegnerin zur freigestellten Beantwortung und der Vorinstanz zur Vernehmlassung zuzustellen (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich 1997, N 2 zu § 289 ZPO).

2. Die Vorinstanz erwog in ihrer Entscheidbegründung im Wesentlichen, dass die Abänderung eheschutzrichterlicher Anordnungen verlangt werden könne, wenn sich die dem früheren Entscheid zugrunde liegenden tatsächlichen Verhältnisse verändert hätten. Erforderlich sei eine erhebliche und dauernde Veränderung der Entscheidungsgrundlagen. Ausserdem sei eine Neuregelung zulässig, wenn der Eheschutzrichter von unrichtigen tatsächlichen Verhältnissen ausgegangen sei. Dabei habe die eine Abänderung früherer Anordnungen im Sinne einer vorsorglichen Massnahme anstrebende Partei diese Voraussetzungen glaubhaft zu machen. Hiezu habe sie sich detailliert mit dem früheren Entscheid auseinandersetzen und die erheblich und dauernd geänderten Verhältnisse glaubhaft zu machen sowie darzulegen, inwiefern ein nicht leicht wiedergutzumachen-

der Nachteil drohe. Werde eine superprovisorische Massnahme beantragt, sei überdies die besondere Dringlichkeit im Sinne von § 110 Abs. 2 ZPO darzutun.

Alsdann führte die Vorinstanz aus, dass ein blosser Verweis auf eine Pfändungsurkunde und der – ohne irgendeinen Beleg erfolgte – Hinweis auf den Verlust der bisherigen Arbeitsstelle in keiner Weise genüge, um den entsprechenden Anspruch auf Erlass einer vorsorglichen Massnahme glaubhaft zu machen. Hiefür müsse vielmehr dargelegt und mit Urkunden belegt werden, dass Abänderungsgründe vorlägen. Dies habe in dem Sinne zu erfolgen, dass die Wahrscheinlichkeit der anspruchsbegründenden Umstände erstellt werde, nämlich unter Hinweis einerseits auf die frühere Situation und andererseits – mit Belegen untermauert – mittels Darlegung der heutigen, veränderten Umstände, insbesondere auch einer Stellungnahme dazu, weshalb kein Ersatzeinkommen möglich und die neuen Umstände auf Dauer sein sollten. Eine solche Auseinandersetzung fehle in der beschwerdeführerischen Eingabe vom 22. September 2008 weitgehend. Damit sei eine Überprüfung der klägerischen (Massnahme-)Begehren nicht möglich, fehle doch sowohl eine entsprechende Substanziierung der Begründung als auch die erforderliche Untermauerung mit Belegen. Daher sei sowohl auf das Gesuch um Anordnung einer superprovisorischen Massnahme als auch auf das damit wohl ebenfalls gemeinte Begehren um Anordnung vorsorglicher Massnahmen nicht einzutreten (KG act. 2 S. 2 f., Erw. 2).

3. Der angefochtene Beschluss (KG act. 2) stellt in der Terminologie des kantonalen Rechts einen (im Rahmen des Scheidungsprozesses ergangenen) prozessleitenden Entscheid dar. Im Interesse einer raschen Prozesserledigung ist ein solcher grundsätzlich erst mit dem Endentscheid anfechtbar. Immerhin lässt § 282 Abs. 1 Ziff. 1 ZPO eine selbstständige Anfechtung derartiger Entscheide zu, wenn ein schwer wiedergutzumachender Nachteil droht. Diese (zusätzliche) Prozess- bzw. Rechtsmittelvoraussetzung ist bei Verweigerung einer superprovisorischen oder vorsorglichen Massnahme praxismässig erfüllt (vgl. Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 5a zu § 282 ZPO; von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. A., Zürich 1986, S. 6; Spühler/Vock, Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund,

Zürich 1999, S. 64). Die (selbstständige) Beschwerdefähigkeit des angefochtenen Entscheids ist somit zu bejahen.

4. Angesichts der Ausgestaltung seiner Beschwerde ist der Beschwerdeführer vorweg auf die besondere Natur des Beschwerdeverfahrens hinzuweisen. Dieses stellt keine Fortsetzung des Verfahrens vor dem Sachrichter (mit umfassender Prüfungsbefugnis und Prüfungspflicht der Rechtsmittelinstanz bezüglich des Prozessstoffes sowohl in rechtlicher wie auch tatsächlicher Hinsicht) dar. Zu prüfen ist vielmehr (allein), ob der angefochtene Entscheid aufgrund des bei der Vorinstanz gegebenen Aktenstandes an einem besonderen Mangel, nämlich einem Nichtigkeitsgrund im Sinne von § 281 Ziff. 1-3 ZPO leidet. Dabei muss der Nichtigkeitskläger den behaupteten Nichtigkeitsgrund in der Beschwerdeschrift selbst nachweisen (§ 288 Abs. 1 Ziff. 3 ZPO); gemäss § 290 ZPO werden lediglich die geltend gemachten Nichtigkeitsgründe überprüft (sog. Rügeprinzip).

Um diesen ihm obliegenden Nachweis zu erbringen, hat sich der Nichtigkeitskläger konkret mit dem angefochtenen Entscheid und den darin enthaltenen, den Entscheid tragenden Erwägungen auseinanderzusetzen und hierbei darzulegen, inwiefern diese mit einem Mangel im Sinne von § 281 ZPO behaftet seien. Die blosser Verweisung auf frühere Vorbringen oder deren blosser Wiederholung genügen hierfür nicht. Ebenso wenig lässt sich ein Nichtigkeitsgrund rechtsgenügend dartun, indem bloss die Richtigkeit der vorinstanzlichen Auffassung in Abrede gestellt (und dieser allenfalls die eigene, abweichende Ansicht entgegengestellt) wird. Vielmehr sind in der Beschwerdebegründung insbesondere die angefochtenen Stellen des vorinstanzlichen Entscheids genau zu bezeichnen und diejenigen Aktenstellen, aus denen sich ein Nichtigkeitsgrund ergeben soll, im Einzelnen anzugeben. Es ist mithin nicht Sache der Kassationsinstanz, in den vorinstanzlichen Akten nach den Grundlagen des geltend gemachten (oder gar eines anderen möglichen) Nichtigkeitsgrundes zu suchen (einlässlich zum Ganzen von Rechenberg, a.a.O., S. 16 ff.; Spühler/Vock, a.a.O., S. 56 f., 72 f.; s.a. Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 4 zu § 288 ZPO). Soweit die Beschwerde oder einzelne der darin erhobenen Rügen diesen Begründungsanforderungen nicht genügen, kann auf die entsprechenden Vorbringen nicht eingetreten werden.

Aus dem Wesen der Nichtigkeitsbeschwerde folgt, dass neue tatsächliche Behauptungen, Einreden, Bestreitungen und Beweise, die eine Vervollständigung des Prozessstoffes bezwecken, über welchen der erkennende (Sach-)Richter (Vorinstanz) zu entscheiden hatte, im Beschwerdeverfahren nicht zulässig sind (sog. Novenverbot); das gilt selbst dann, wenn die Voraussetzungen von § 115 ZPO erfüllt wären (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 4a zu § 288 ZPO [und N 7b zu § 115 ZPO]; Spühler/Vock, a.a.O., S. 75; Walder-Richli, Zivilprozessrecht, 4. A., Zürich 1996, § 39 Rz 65; ZR 76 Nr. 26; RB 1996 Nr. 121).

5.1. Die vorliegende Beschwerde (KG act. 1) vermag diesen gesetzlichen Anforderungen an die Begründung einer Nichtigkeitsbeschwerde kaum zu genügen. Abgesehen davon, dass darin konkrete Verweisungen auf bestimmte Erwägungen im angefochtenen Beschluss oder auf andere Stellen oder Belege in den vorinstanzlichen Akten vollends fehlen, nehmen die Ausführungen in der Beschwerdeschrift auch in inhaltlicher Hinsicht nur ungenügend auf die entscheiderelevanten Ausführungen der Vorinstanz Bezug. Jedenfalls mangelt es an einer hinreichenden argumentativen Auseinandersetzung mit der von der Vorinstanz gegebenen Entscheidbegründung (wonach es dem klägerischen Begehren um Erlass superprovisorischer oder vorsorglicher Massnahmen sowohl an einer genügend substantiierten Begründung für eine dauerhafte und wesentliche Änderung der Verhältnisse als auch an einer Untermauerung mittels Belegen fehle, weshalb darauf nicht eingetreten werden könne). Ebenso wenig wird in der Beschwerde rechtsgenügend dargetan, dass und inwiefern der vorinstanzliche (Nichteintretens-)Beschluss an einem Mangel im Sinne von § 281 Ziff. 1-3 ZPO leiden sollte, d.h. dass und inwiefern er auf einer Verletzung (welcher) wesentlicher Verfahrensgrundsätze oder klaren materiellen Rechts oder auf (welchen) aktenwidrigen oder willkürlichen tatsächlichen Annahmen beruhe (vgl. immerhin auch nachstehende Erw. 5.2). Ein solcher ist insbesondere auch mit dem pauschalen Einwand nicht nachgewiesen, dass "mit den vom Beschwerdeführer eingereichten Urkunden in ausreichender Weise belegt" sei, dass dieser zurzeit sein Existenzminimum nur knapp decken könne (KG act. 1 S. 2 unten).

Statt dessen beschränkt sich der Beschwerdeführer zunächst darauf, bloss die (von der Vorinstanz als unbehelflich erachtete) Behauptung zu wiederholen, dass er seine Arbeitsstelle Ende Februar 2008 verloren habe und deswegen betrieben und "ausgepfändet" worden sei, weshalb er nicht in der Lage sei, den festgesetzten Unterhaltsbeitrag von Fr. 2'000.-- zu bezahlen, wobei er sich mitunter auf erstmals vor Kassationsgericht vorgebrachte, den Prozessstoff erweiternde und daher im Beschwerdeverfahren unzulässige neue Behauptungen und Belege (insbes. KG act. 4/3) stützt. Insoweit erschöpft sich die Beschwerde in rein appellatorischer und als solcher nicht zu hörender Kritik am vorinstanzlichen Entscheid, weshalb mangels rechtsgenügender Begründung nicht auf sie eingetreten werden kann (§ 288 ZPO).

5.2. Selbst wenn man die weiteren Rügen des Beschwerdeführers als den formellen Anforderungen genügend betrachten wollte, ist auch bei materieller Prüfung derselben nicht ersichtlich, inwiefern der angefochtene Beschluss bzw. die sowohl in rechtlicher wie auch tatsächlicher Hinsicht zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz, auf welche zur Vermeidung von Wiederholungen in Anwendung von § 161 GVG verwiesen werden kann, an einem Nichtigkeitsgrund im Sinne von § 281 Ziff. 1-3 ZPO leiden sollten:

a) Wenn der Beschwerdeführer zunächst beanstandet, sein Begehren vom 22. September 2008 habe sich entgegen vorinstanzlicher Auffassung nicht auf die Abänderung des eheschutzrichterlichen Entscheids, sondern auf die (unverzügliche) Abänderung der im *erstinstanzlichen Scheidungsurteil* festgesetzten Unterhaltsbeiträge bezogen (so KG act. 1 S. 3, Mitte), ist dem schon aus verfahrensrechtlichen bzw. -technischen Gründen zu widersprechen. Denn wie auch der Wortlaut von Dispositiv-Ziffer 2 dieses Urteils klarstellt, wird die darin statuierte Unterhaltsverpflichtung erst nach Eintritt der Rechtskraft des Scheidungsurteils rechtswirksam (s. ER act. 100 S. 15). Da die Rechtskraft durch die (hauptsächlich die Unterhaltspflicht betreffende) Berufung des Beschwerdeführers (kraft der diesem Rechtsmittel von Gesetzes wegen zukommenden aufschiebenden Wirkung) aber gerade gehemmt ist (vgl. § 260 Abs. 1 ZPO), stand die im erstinstanzlichen Urteil festgesetzte Unterhaltsregelung im Zeitpunkt der Einreichung des Begeh-

rens um unverzügliche Reduktion des Unterhaltsbeitrags noch gar nicht in Kraft. Folglich konnte sie auch (noch) nicht abgeändert werden, und das Gesuch um superprovisorische Abänderung konnte sich (ungeachtet seines Wortlauts) von vornherein nicht auf diese Verpflichtung beziehen. Sodann versteht sich von selbst, dass der (im Wesentlichen einziger) Gegenstand der Appellation selbst bildende (Rechtsmittel- bzw. Berufungs-)Antrag auf Herabsetzung der im erstinstanzlichen Urteil festgesetzten Unterhaltsbeträge als solcher nicht superprovisorisch, d.h. ohne Anhörung der Gegenpartei gutgeheissen werden kann, sondern im gesetzlich vorgesehenen (Berufungs-)Verfahren mit Schriftenwechsel (vgl. insbes. §§ 264 ff. ZPO) zu beurteilen ist. Und solange dieser Entscheid nicht gefällt, d.h. das Berufungsurteil nicht ergangen ist, kann mit der Nichtigkeitsbeschwerde an das Kassationsgericht auch nicht geltend gemacht werden, die (erstinstanzlich angeordnete) Unterhaltsverpflichtung verletze klares materielles Recht (so aber offenbar KG act. 1 S. 3, Mitte), zumal nach der gesetzlichen Kompetenzordnung (§ 69a Abs. 1 GVG) in Zivilsachen nur Entscheide des Obergerichts (sowie des Handelsgerichts und des ober- und handelsgerichtlichen Einzelrichters) und nicht auch solche der Bezirksgerichte beim Kassationsgericht zur Prüfung gestellt werden können.

Vielmehr ergibt eine Auslegung des beschwerdeführerischen Begehrens um superprovisorische Reduktion der Unterhaltsbeiträge nach dem Grundsatz von Treu und Glauben (vgl. dazu Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 10 zu § 50 ZPO, N 16 zu § 54 ZPO und N 15 zu § 100 ZPO; Vogel/Spühler, Grundriss des Zivilprozessrechts, 8. A., Bern 2006, Kap. 1 Rz 79 f. und Kap. 7 Rz 8; ZR 107 Nr. 25, Erw. II/3.3/c/cc; BGer 4P.163/2006 vom 20.7.2006; BGer 1C\_339/2008 vom 24.9.2008, Erw. 1.2; Pra 2007 Nr. 22, Erw. 4.2 [je m.w.Hinw.]), dass damit – im Unterschied zu Abs. 1 des Berufungsantrags (OG act. 111 S. 2) – um Herabsetzung derselben bereits für die weitere Dauer des Scheidungsverfahrens nachgesucht wird, was rechtstechnisch nur durch Erlass superprovisorischer oder vorsorglicher Massnahmen (gemäss Art. 137 Abs. 2 ZGB) möglich ist. Dass der Beschwerdeführer derartige Massnahmen verlangt bzw. seinem Gesuch diesen Sinn beigemessen hat, erhellt zweifelsfrei auch aus seinen Hinweisen auf § 110 Abs. 2 bzw. § 222 Ziff. 3 ZPO in der Begründung dieses Antrags (OG act. 111 S. 4; s.a.

BGer 4D\_102/2008 vom 21.10.2008, Erw. 2.3). Berücksichtigt man weiter, dass die vom Beschwerdeführer zurzeit zu bezahlenden Unterhaltsbeiträge bereits vor Anhängigmachung des Scheidungsverfahrens durch den Eheschutzrichter autoritativ festgesetzt worden sind (vgl. ER act. 4/3, Disp.-Ziff. 2/1) und dessen (unbefristete) Anordnungen nach Lehre und gefestigter Praxis bis zu einem allfälligen abweichenden Massnahmeentscheid des (allenfalls auch zweitinstanzlichen) Scheidungsrichters als vorsorgliche Massnahmen während der (Dauer der) Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens in Kraft bleiben, lässt sich deren (unverzögliche) Reduktion nur auf dem Wege einer (vom Scheidungsrichter als Massnahmerichter gestützt Art. 137 Abs. 2 ZGB zu treffenden) Abänderung der bestehenden Eheschutzmassnahmen erwirken (vgl. BGE 129 III 61 f., Erw. 2 [und 64, Erw. 4.2 a.E.]; 101 II 2 f.; Six, Eheschutz, Bern 2008, Rz 1.62 f. und 4.06; Vetterli, in: Schwenzer [Hrsg.], FamKomm Scheidung, Bern 2005, N 20 Vorbem. zu Art. 175-179 ZGB; Leuenberger, ebd., N 8 zu Art. 137 ZGB; Sutter/Freiburghaus, Kommentar zum neuen Scheidungsrecht, Zürich 1999, N 12 zu Art. 137 ZGB; Maier, Aspekte bei der Festsetzung von Unterhaltsbeiträgen im Familienrecht, AJP 2007, S. 1226; Bräm/Hasenböhler, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Teilbd. II 1c, 3. A., Zürich 1998, N 41 zu Art. 179 ZGB; Hausheer/

Reusser/Geiser, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. II, 1. Abt., 2. Teilbd., 2. A., Bern 1999, N 17 zu Art. 179 ZGB; Hegnauer/Breitschmid, Grundriss des Eherechts, 4. A., Bern 2000, Rz 12.71 und 21.08; Bachmann, Die Regelung des Getrenntlebens nach Art. 176 und 179 ZGB sowie nach zürcherischem Verfahrensrecht, Diss. St. Gallen 1995, S. 250; s.a. Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 57 zu § 110 ZPO). Eine solche setzt aber, wie die Vorinstanz zutreffend erwogen hat, eine erhebliche und dauernde Veränderung der dem Eheschutzentscheid zugrunde liegenden tatsächlichen Verhältnisse voraus (Vetterli, a.a.O., N 21 Vorbem. zu Art. 175-179 ZGB; Bräm, in: Amstutz et al. [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Zürich/Basel/Genf 2007, N 1 zu Art. 179 ZGB; Hasenböhler/Opel, in: Honsell/Vogt/Geiser [Hrsg.], Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch I, 3. A., Basel/Genf/München 2006, N 3 zu Art. 179 ZGB; Schmid, in: Kren Kostkiewicz/Schwander/Wolf [Hrsg.], ZGB,

Handkommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Zürich 2006, N 3 f. zu Art. 179 ZGB; Six, a.a.O., Rz 4.02; Maier, a.a.O., S. 1226; Bräm/Hasenböhler, a.a.O., N 42 zu Art. 179 ZGB; Hausheer/Reusser/Geiser, a.a.O., N 10 [und 17] zu Art. 179 ZGB; Bachmann, a.a.O., S. 250 [und 225 ff.]; Dolder/Diethelm, Ehe-schutz [Art. 175 ff. ZGB] – ein aktueller Überblick, AJP 2003, S. 668; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 57 zu § 110 ZPO; ZR 82 Nr. 22, Erw. 2; 84 Nr. 76, Erw. 3/b), welche (zumindest dann, wenn – wie hier – eine Abänderung der Ehegattenunterhaltsbeiträge beantragt wird, deren Festsetzung der Dispositions- und Verhandlungsmaxime unterliegt [vgl. § 204 und § 215 Ziff. 7 ZPO in Verbindung mit § 54 ZPO; BGE 128 III 414, Erw. 3.2.2; 129 III 420, Erw. 2.1.1 a.E.; BGer 5A\_525/2007 vom 28.2.2008, Erw. 4]) vom Gesuchsteller darzutun und glaubhaft zu machen ist (Hasenböhler/Opel, a.a.O., N 5 zu Art. 179 ZGB; Bräm, a.a.O., N 2 zu Art. 179 ZGB; Schmid, a.a.O., N 2 zu Art. 179 ZGB; Hausheer/Reusser/Geiser, a.a.O., N 10a zu Art. 179 ZGB; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 16 zu § 110 ZPO). Insoweit ist der angefochtene Entscheid nicht zu bemängeln.

b) Sodann mag eine Pfändungsurkunde über eine vollzogene Einkommenspfändung zwar gewisse Anhaltspunkte zur finanziellen (Einkommens-)Situation des Schuldners geben und allenfalls sogar die Vermutung nahelegen, dass dieser zurzeit nicht über genügend liquide Mittel verfügt, um seinen Verpflichtungen (freiwillig) nachzukommen (vgl. KG act. 1 S. 3, untere Hälfte). Mit den darin enthaltenen Angaben allein ist indessen weder rechtsgenügend dargelegt noch glaubhaft gemacht, dass die finanzielle Situation des Schuldners eine erhebliche Veränderung gegenüber den einem früheren eheschutz- oder massnahmerichterlichen Entscheid zugrunde gelegten finanziellen Verhältnissen erfahren hat. Noch weniger lässt sich allein aus den Angaben in einer Pfändungsurkunde ableiten, dass eine allfällige Veränderung von Dauer sei. Vielmehr folgt aus einer vollzogenen Pfändung einzig, dass der Schuldner zurzeit nicht in der Lage oder nicht gewillt ist, die in Betreuung gesetzte Forderung zu erfüllen. Schon unter diesem Gesichtspunkt ist die blosser Einreichung einer Pfändungsurkunde über eine vollzogene Einkommenspfändung nicht geeignet, die zur Begründung des Massnahme(abänderungs)anspruchs erforderliche und – wie die Vorinstanz zutreffend ausgeführt hat – substantiiert darzulegende dauerhafte und erhebliche

Veränderung der finanziellen Verhältnisse glaubhaft zu machen. Auch insofern ist kein Nichtigkeitsgrund erkennbar.

5.3. Zusammenfassend bleibt somit festzuhalten, dass in der Beschwerdeschrift nicht nachgewiesen wird, dass der angefochtene (Nichteintretens-)Entscheid mit einem Mangel im Sinne von § 281 ZPO behaftet sei. Daher ist die Beschwerde abzuweisen, soweit unter dem Aspekt von § 288 ZPO überhaupt auf sie eingetreten werden kann.

6. Der Beschwerdeführer stellt in der Beschwerde das prozessuale Gesuch, ihm für das Kassationsverfahren die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen und in der Person seines Rechtsvertreters einen unentgeltlichen Rechtsbeistand zu bestellen (KG act. 1 S. 2).

a) Dem Beschwerdeführer wurde bereits mit erstinstanzlicher Verfügung vom 22. April 2008 mit Wirkung ab 29. Februar 2008 das prozessuale Armenrecht (im Sinne von § 84 und § 87 ZPO) gewährt (ER act. 89). Ein Entzug desselben ist bisher nicht erfolgt.

b) Zwar gilt eine einmal erteilte Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege grundsätzlich nicht nur für die angerufene Instanz, sondern auch für allfällige Rechtsmittelverfahren, ohne dass es hierfür eines besonderen Antrags oder Entscheids bedürfte. Die Rechtsmittelinstanz kann für ihr Verfahren jedoch einen selbstständigen Entscheid treffen (§ 90 Abs. 2 ZPO; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 3 zu § 90 ZPO). Insbesondere kann die Bewilligung des prozessualen Armenrechts zurückgezogen werden, wenn dessen Voraussetzungen im Laufe des Prozesses dahinfallen (§ 91 ZPO).

Dazu besteht in casu Anlass: Nachdem die vorliegende Beschwerde aus den eben genannten Gründen als von Anfang an aussichtslos (vgl. RB 1997 Nr. 76; ZR 98 Nr. 12) im Sinne von § 84 Abs. 1 ZPO bzw. Art. 29 Abs. 3 BV betrachtet werden muss (vgl. dazu BGE 129 I 135 f.; 128 I 236; 125 II 275 m.w.Hinw.; ZR 101 Nr. 14, Erw. 3; 69 Nr. 29; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 21a zu § 84 ZPO), fehlt(e) es bezüglich des Beschwerdeverfahrens am Erfordernis genügender Er-

folgsaussichten des Rechtsmittels und damit an einer für die Bewilligung bzw. Aufrechterhaltung des prozessualen Armenrechts unabdingbaren Grundvoraussetzung. Deshalb ist dem Beschwerdeführer – unabhängig von dessen finanzieller Situation – für das Kassationsverfahren die Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung und der unentgeltlichen Rechtsvertretung zu entziehen (s.a. ZR 98 Nr. 12 und 97 Nr. 28; BGer 4P.300/2005 vom 15.12.2005, Erw. 3.1).

7. Ausgangsgemäss sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens, welche sich nach den Ansätzen der Verordnung über die Gerichtsgebühren vom 4. April 2007 richten (vgl. § 19 GGebV) und in einer sämtliche Kosten abdeckenden Gerichtsgebühr bestehen (§ 2 Abs. 3 GGebV), in Anwendung der auch im Rechtsmittelverfahren geltenden allgemeinen Regel (§ 64 Abs. 2 ZPO) dem Beschwerdeführer aufzuerlegen, der mit seinem (Rechtsmittel-)Antrag (auf Aufhebung des angefochtenen Entscheids) unterliegt. Da der Beschwerdegegnerin vor Kassationsgericht keine entschädigungspflichtigen Kosten und Umtriebe (im Sinne von § 68 Abs. 1 ZPO) entstanden sind, fällt die Zusprechung einer Prozessentschädigung ausser Betracht.

8. Beim vorliegenden Beschluss, der das Verfahren betreffend vorsorgliche Massnahmen im Scheidungsprozess abschliesst, handelt es sich nach bundesgerichtlicher Praxis um einen Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG über eine vermögensrechtliche Zivilsache, deren (Rechtsmittel-)Streitwert über Fr. 30'000.-- liegen dürfte (vgl. Art. 51 Abs. 1 lit. a und Abs. 4; s.a. Pra 2007 Nr. 137, Erw. 1; BGer 5A\_98/2007 vom 8.6.2007, Erw. 2.1; 5D\_63/2007 vom 23.11.2007, Erw. 1; 5A\_253+254/2007 vom 26.11.2007, Erw. 4.1). Folglich steht gegen ihn die (ordentliche) Beschwerde in Zivilsachen gemäss Art. 72 ff. BGG an das Bundesgericht offen (vgl. Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG), wobei allerdings nur die Verletzung verfassungsmässiger Rechte gerügt werden kann (Art. 98 BGG). Sollte das Bundesgericht demgegenüber zum Schluss kommen, der Streitwert liege unter Fr. 30'000.--, wäre die Beschwerde in Zivilsachen nur unter der Voraussetzung von Art. 74 Abs. 2 lit. a BGG zulässig (d.h. wenn sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt); andernfalls stünde lediglich die subsidiäre Ver-

fassungsbeschwerde nach Art. 113 ff. BGG offen (was wegen Art. 98 BGG jedoch keinen Unterschied bezüglich der zulässigen Rügegründe macht).

Zudem beginnt gemäss Art. 100 Abs. 6 BGG (allenfalls in Verbindung mit Art. 117 BGG) mit der Zustellung des Entscheids des Kassationsgerichts (als ausserordentlicher Rechtsmittelinstanz) grundsätzlich auch die dreissigtägige Frist zur allfälligen Anfechtung des obergerichtlichen Beschlusses beim Bundesgericht wegen Mängeln, deren Prüfung dem Kassationsgericht entzogen ist, (neu) zu laufen (s.a. KG act. 2 S. 5, Disp.-Ziff. 4 a.E.; ferner auch BGer 4A\_216/2008 vom 20.8.2008, Erw. 1). Dabei ist jedoch fraglich, inwieweit eine solche (direkte) Anfechtung angesichts der bloss beschränkten bundesgerichtlichen Kognition (Art. 98 BGG oder allenfalls Art. 116 BGG), welche nach höchstrichterlicher Praxis kaum weitergehe als diejenige des Kassationsgerichts nach § 281 Ziff. 1-3 ZPO, unter dem Aspekt des Erfordernisses der (kantonalen) Letztinstanzlichkeit (Art. 75 Abs. 1 bzw. Art. 113 BGG) in casu überhaupt möglich ist (vgl. BGE 133 III 585 ff.; BGer 5A\_117/2007 vom 11.10.2007, Erw. 3.2; Jent-Sørensen/Reiser, Kantonalzürcherische Nichtigkeitsbeschwerde und Beschwerde in Zivilsachen ans Bundesgericht, SJZ 2008, S. 368).

**Das Gericht beschliesst:**

1. Dem Beschwerdeführer wird für das Kassationsverfahren die Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung und die unentgeltliche Rechtsverbeiständung entzogen.
2. Die Nichtigkeitsbeschwerde wird abgewiesen, soweit auf sie eingetreten wird.
3. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 500.--.
4. Die Gerichtsgebühr wird dem Beschwerdeführer auferlegt.
5. Für das Kassationsverfahren werden keine Prozessentschädigungen zugesprochen.
6. Gegen diesen Entscheid kann unter den Voraussetzungen von Art. 90 ff. BGG innert 30 Tagen nach dessen Empfang schriftlich durch eine Art. 42 BGG entsprechende Eingabe Beschwerde gemäss Art. 72 ff. BGG an das Schweizerische Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, erhoben werden. Der Streitwert liegt über Fr. 30'000.--.

Sodann läuft die Frist von 30 Tagen zur Anfechtung des Beschlusses des Obergerichts vom 23. September 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.

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

---

**KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH**

Der juristische Sekretär: