



Kass.-Nr. AA090006/U/Np

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Paul Baumgartner, die Kassationsrichterin Yvona Griesser, die Kassationsrichter Reinhard Oertli und Georg Naegeli sowie der juristische Sekretär Markus Nietlispach

Zirkulationsbeschluss vom 26. Februar 2009

in Sachen

X.,

...,

Kläger, Widerbeklagter, Rekurrent und Beschwerdeführer

gegen

Y.,

...,

Beklagte, Widerklägerin, Rekursgegnerin und Beschwerdegegnerin
vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. _____

betreffend

**Eheschutz (Besuchsrecht, Unterhaltsbeiträge),
Kosten- und Entschädigungsfolgen**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der I. Zivilkammer des
Obergerichts des Kantons Zürich vom 8. Dezember 2008 (LP070072/U)**

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

1.a) Mit Eingabe vom 2. März 2007 ersuchte der Beschwerdeführer (Kläger, Widerbeklagter und Rekurrent) die Einzelrichterin im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Q. (Erstinstanz) um Erlass von Eheschutzmassnahmen (ER act. 1). Die Beschwerdegegnerin (Beklagte, Widerklägerin und Rekursgegnerin) ihrerseits liess unter dem 7. März 2007 beim gleichen Gericht ebenfalls ein Eheschutzbegehren stellen (Proz.-Nr. EE070049 act. 1), welches sie anlässlich der gemeinsamen Hauptverhandlung vom 25. Mai 2007 wieder zurückzog (ER Prot. S. 29). Am 6. Juli 2007 erging die bezirksrichterliche Erledigungsverfügung (ER act. 16 = OG act. 3). Damit schrieb die Erstinstanz das durch die Beschwerdegegnerin anhängig gemachte Verfahren als durch Rückzug des Begehrens erledigt ab (Disp.-Ziff. 1). Sodann bewilligte sie beiden Parteien die unentgeltliche Prozessführung und bestellte ihnen in der Person ihrer jeweiligen Rechtsvertreterin je eine unentgeltliche Rechtsbeiständin (Disp.-Ziff. 2). Weiter entschied die Erstinstanz unter anderem, dem Beschwerdeführer ein (auf einen Nachmittag pro Monat beschränktes) Besuchsrecht für den unter die Obhut der Beschwerdegegnerin gestellten gemeinsamen Sohn A. zu gewähren (Disp.-Ziff. 6 und 8), und sie verpflichtete den Beschwerdeführer, der Beschwerdegegnerin ab 1. März 2007 monatliche Unterhaltsbeiträge von insgesamt Fr. 1'480.-- (Fr. 800.-- für die Beschwerdegegnerin und Fr. 680.-- für das Kind) zuzüglich Kinderzulagen zu entrichten (Disp.-Ziff. 9). Die Kosten des Verfahrens wurden den Parteien je zur Hälfte auferlegt, zufolge Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung jedoch einstweilen auf die Gerichtskasse genommen (Disp.-Ziff. 11).

b) Die erstinstanzliche Festsetzung des Besuchsrechts, der Unterhaltsbeiträge und der Kostenfolgen liess der Beschwerdeführer mit Eingabe vom 27. Juli 2007 rechtzeitig mit Rekurs anfechten (OG act. 2). Nach Eingang der Rekursantwort (OG act. 13) und weiteren Stellungnahmen der Parteien (vgl. OG act. 11, 20, 24, 28, 31, 32, 35, 39, 43, 46, 48 und 54) beschloss die I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich (Vorinstanz) am 8. Dezember 2008, den Antrag des Beschwerdeführers auf Errichtung einer Beistandschaft gemäss Art. 308 Abs. 1 und 2 ZGB für den gemeinsamen Sohn A. abzuweisen. Zugleich hob sie in teil-

weiser Gutheissung des Rekurses die Dispositiv-Ziffern 8 und 9 der erstinstanzlichen Verfügung auf, und sie setzte das Besuchsrecht und die vom Beschwerdeführer zu leistenden Unterhaltsbeiträge neu fest. Im Übrigen wies sie den Rekurs des Beschwerdeführers in Bestätigung der angefochtenen Verfügung sowie unter verhältnismässiger Verteilung der Nebenfolgen ab, soweit darauf einzutreten war (OG act. 56 = KG act. 2).

c) Gegen diesen den Parteien am 11. Dezember 2008 zugestellten (OG act. 57/1-2), als (im summarischen Verfahren ergangener) Rekursentscheid ohne weiteres beschwerdefähigen (vgl. § 281 ZPO und Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich 1997, N 9 f. zu § 281 ZPO; von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. A., Zürich 1986, S. 4 f.; s.a. Spühler/Vock, Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund, Zürich 1999, S. 62) vorinstanzlichen Beschluss richtet sich die innert gebotener Frist vom Beschwerdeführer persönlich eingereichte, an das Kassationsgericht adressierte, als "Rekurs" bezeichnete und unter den gegebenen Umständen als Nichtigkeitsbeschwerde nach §§ 281 ff. ZPO entgegenezunehmende Eingabe vom 10. Januar 2009 (KG act. 1), von deren Eingang den Parteien sowie den Vorinstanzen mit Schreiben vom 12. Januar 2009 Kenntnis gegeben wurde (KG act. 4). Am 16. Januar 2009 ging alsdann eine korrigierte Version der Beschwerde ein (KG act. 9). Da diese erst nach Ablauf der bis am 12. Januar 2009 dauernden (dreissigtägigen) Beschwerdefrist (vgl. § 287 ZPO und §§ 191-193 GVG) zur Post gebracht wurde, muss sie bei der Entscheidungsfindung jedoch von vornherein unberücksichtigt bleiben.

d) Wie die nachstehenden Erwägungen (Erw. 3) zeigen, erweist sich die Beschwerde sofort als den formellen Anforderungen an die Begründung einer solchen nicht genügend und insoweit unzulässig. 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, der Beschwerdegegnerin Gelegenheit zur Beantwortung der Beschwerde und der Vorinstanz zur Vernehmlassung zu geben (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 2 zu § 289 ZPO).

2. Die Vorinstanz legte in ihrer einlässlichen Entscheidungsbegründung in der Sache selbst zunächst die verfahrensrechtlichen Grundsätze des Eheschutzverfahrens dar. In diesem Zusammenhang zeigte sie insbesondere auch auf, weshalb der vom Beschwerdeführer im Rekursverfahren gestellte Antrag auf Durchführung eines Vaterschaftstests im Rahmen des vorliegenden Verfahrens (betreffend Eheschutzmassnahmen) nicht weiter behandelt werden könne (KG act. 2 S. 5-7, Erw. II/A). Alsdann begründete sie im Einzelnen, weshalb dem Beschwerdeführer zwar ein gegenüber der von der Erstinstanz getroffenen Regelung erweitertes Besuchsrecht einzuräumen (KG act. 2 S. 7-20, Erw. II/B), von der klägerischerseits beantragten Anordnung einer Beistandschaft im Sinne von Art. 308 Abs. 1 und 2 ZGB für den Sohn A. jedoch abzusehen sei (KG act. 2 S. 20-33, Erw. II/C). Im Anschluss daran widmete sich die Vorinstanz der Unterhaltsregelung, in deren Rahmen sie sich detailliert mit dem klägerischen und dem beklagischen Einkommen und den Bedarfspositionen der Parteien befasste (KG act. 2 S. 34-56, Erw. II/D). Schliesslich prüfte sie die Kostenfolgen des erstinstanzlichen Verfahrens auf ihre Rechtmässigkeit (KG act. 2 S. 57-58, Erw. II/E), ehe sie – wiederum mit einlässlicher Begründung – über die Kosten- und Entschädigungsfolgen des Rekursverfahrens entschied (KG act. 2 S. 59-61, Erw. IV).

3.a) Angesichts der Ausgestaltung seiner dagegen gerichteten Beschwerde ist der Beschwerdeführer auf die besondere Natur des Kassationsverfahrens hinzuweisen. Dieses stellt keine Fortsetzung des Verfahrens vor dem Sachrichter (mit umfassender Prüfungsbefugnis und Prüfungspflicht der Rechtsmittelinstanz bezüglich des gesamten 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, der anzugeben hat, inwieweit er den vorinstanzlichen Entscheid anfechtet und welche Änderungen (in dessen Dispositiv, d.h. Entscheidformel) er beantragt (§ 288 Abs. 1 Ziff. 2 ZPO), den behaupteten Nichtigkeitsgrund in der Beschwerdeschrift selbst nachweisen (§ 288 Abs. 1 Ziff. 3 ZPO), wobei neue tatsächliche Behauptungen, Einreden, Bestreitungen und Beweise, die eine Vervollständigung des Prozessstoffes bezwecken, über welchen

der erkennende (Sach-)Richter zu entscheiden hatte, im Beschwerdeverfahren (selbst bei Vorliegen der Voraussetzungen von § 115 ZPO) nicht zulässig sind (sog. Novenverbot; vgl. 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); 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 (hier: Rekurs-)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 in appellatorischer Weise 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. So muss beispielsweise, wer die vorinstanzliche Beweiswürdigung als willkürlich rügt, in der Beschwerde genau darlegen, welche tatsächlichen Annahmen des angefochtenen Entscheids auf Grund welcher (präzis zu nennenden) Aktenstellen willkürlich sein sollen, wobei es hierfür nicht ausreicht, tatsächliche Annahmen der Vorinstanz bloss zu bestreiten oder der vorinstanzlichen Beweiswürdigung einfach die eigene gegenüberzustellen. 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. 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 erhob-

benen Rügen diese Begründungsanforderungen nicht erfüllen, kann auf die entsprechenden Vorbringen nicht eingetreten werden.

b) Die vorliegende Beschwerde (KG act. 1) vermag den eben skizzierten, zumindest in ihren wesentlichen Grundzügen auch von einer rechtsunkundigen Partei zu beachtenden gesetzlichen Anforderungen an die Begründung einer Nichtigkeitsbeschwerde nicht zu genügen: So werden darin zunächst keine Rechtsmittelanträge gestellt, d.h. es wird nicht gesagt, inwiefern der angefochtene Entscheid der Vorinstanz abzuändern sei. Selbst wenn man davon ausgeht, der Beschwerdeführer verlange dessen Aufhebung und die Rückweisung der Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz, fehlen sodann – mit Ausnahme der beiden zu pauschalen und in dieser Form unbehelflichen Verweisungen auf die Seiten 36 ff. und 48 ff. des angefochtenen Entscheids – konkrete Hinweise auf bestimmte Erwägungen im (umfangreichen) Beschluss der Vorinstanz oder auf andere Stellen in den vorinstanzlichen Akten vollends. Schliesslich lassen die Ausführungen in der Beschwerdeschrift auch in inhaltlicher Hinsicht eine hinreichende argumentative Auseinandersetzung mit der vorinstanzlichen Entscheidung bzw. mit den vom Beschwerdeführer kritisierten Erwägungen der Vorinstanz vermissen. Ebenso wenig wird rechtsgenügend aufgezeigt, inwiefern der angefochtene Beschluss in den beanstandeten Punkten zum Nachteil des Beschwerdeführers 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 auf (welchen) aktenwidrigen oder willkürlichen tatsächlichen Annahmen beruhe oder klares materielles Recht verletze.

Statt dessen beschränkt sich der Beschwerdeführer im Wesentlichen darauf, einen Teil seiner bereits vor der Vorinstanz vorgetragenen Einwände zu wiederholen und den entsprechenden Ausführungen im angefochtenen Entscheid seine eigene Auffassung entgegenzustellen, ohne sich in rechtsgenügender Weise mit den Erwägungen auseinanderzusetzen, mit denen die Vorinstanz diese argumentativ entkräftet hat. Überdies stützt er sich dabei auf erstmals im Kassationsverfahren vorgetragene neue Vorbringen; zumindest legt er nicht dar, dass und wo (Aktenstelle) er die betreffenden Behauptungen bereits vor den Vorinstanzen

aufgestellt habe, weshalb sie als im Kassationsverfahren unzulässige Noven zu gelten haben. Der Sache nach erschöpft sich die Beschwerde somit in rein appellatorischer und in dieser Form nicht zu hörender Kritik am vorinstanzlichen Entscheid. Deshalb kann mangels rechtsgenügender Begründung nicht auf die Beschwerde eingetreten werden (§ 288 ZPO).

c) Bloss ergänzend sei angemerkt, dass auch unter materiellen Gesichtspunkten nicht evident ist, dass und inwiefern der angefochtene Beschluss an einem Nichtigkeitsgrund gemäss § 281 Ziff. 1-3 ZPO leiden sollte, wobei zur Vermeidung unnötiger Wiederholungen im Sinne von § 161 GVG auf die im Wesentlichen zutreffenden bzw. – in materiellrechtlicher Hinsicht – zumindest nicht gegen klares Recht (im Sinne von § 281 Ziff. 3 ZPO) verstossenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden kann. Auch ist ein kantonales Kassationsverfahren betreffend den Entscheid über Eheschutzmassnahmen nicht der richtige Ort, um die Vaterschaft zu bestreiten und diesbezügliche Beweise zu verlangen (vgl. KG act. 1 S. 2 und dazu auch KG act. 2 S. 6 f., Erw. II/A/4).

4. Dem Beschwerdeführer wurde mit erstinstanzlicher Verfügung vom 6. Juli 2007 das prozessuale Armenrecht (im Sinne von §§ 84 und 87 ZPO) gewährt (ER act. 16). Ein Entzug desselben ist bisher nicht erfolgt.

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 Erfolgsaussichten 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 zu entziehen (s.a. ZR 98 Nr. 12; BGer 4P.300/2005 vom 15.12.2005, Erw. 3.1).

5. Ausgangsgemäss sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens in Anwendung der auch im Rechtsmittelverfahren geltenden allgemeinen Regel (§ 64 Abs. 2 ZPO) dem als unterliegende Partei zu betrachtenden (und im Kassationsverfahren nicht mehr im Genuss der unentgeltlichen Prozessführung stehenden) Beschwerdeführer aufzuerlegen (vgl. Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. A., Zürich 1979, S. 406, Anm. 6/a). Sie bestehen in einer sämtliche Kosten abdeckenden (§ 2 Abs. 3 GGebV), nach § 5 Abs. 3 in Verbindung mit § 13 GGebV zu bemessenden und gemäss § 10 Abs. 1 GGebV (analog) erheblich zu reduzierenden Gerichtsgebühr. Da der Beschwerdegegnerin vor Kassationsgericht keine entschädigungspflichtigen Kosten und Umtriebe (im Sinne von § 68 Abs. 1 ZPO) entstanden sind, ist ihr bzw. ihrer unentgeltlichen Rechtsvertreterin (vgl. § 89 Abs. 1 ZPO) keine Prozessentschädigung zuzusprechen.

6. Da die Beschwerde nicht nur die Unterhaltsbeiträge, sondern auch die Modalitäten des Besuchsrechts zum Gegenstand hat, handelt es sich beim vorliegenden Beschluss um einen Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG über eine nicht vermögensrechtliche Zivilsache (vgl. statt vieler BGer 5D_119/2007 vom 11.3.2008, Erw. 2.3 m.Hinw.; 5A_693/2007 vom 18.2.2008, Erw. 1; 5A_293/2007 vom 31.10.2007, Erw. 2.1; 5A_117/2007 vom 11.10.2007, Erw. 1.2). Folglich steht gegen ihn die (ordentliche) Beschwerde in Zivilsachen gemäss Art. 72 ff. BGG an das Bundesgericht offen. Da die bundesgerichtliche Praxis Eheschutzentscheide grundsätzlich Entscheiden über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG gleichstellt (BGE 133 III 396 f., Erw. 5), kann er allerdings nur wegen Verletzung verfassungsmässiger Rechte angefochten werden.

Sodann beginnt gemäss Art. 100 Abs. 6 BGG mit der Zustellung des Entscheids des Kassationsgerichts (als ausserordentlicher Rechtsmittelinstanz) grundsätzlich auch die dreissigtägige Frist zur allfälligen Anfechtung des obergerichtlichen Rekursentscheids beim Bundesgericht wegen Mängeln, deren Prüfung dem Kassationsgericht entzogen ist, (neu) zu laufen (s.a. KG act. 2 S. 62, Disp.-Ziff. 7 Abs. 2 a.E.). Dabei ist jedoch zu beachten, dass nach höchstrichterlicher Praxis eine direkte Anfechtung von Entscheiden des zürcherischen Obergerichts betreffend Eheschutzmassnahmen nicht oder jedenfalls nur in Ausnahmefällen möglich ist, da es derartigen Entscheiden angesichts der bloss beschränkten Kognition des Bundesgerichts (Art. 98 BGG), welche kaum weitergehe als diejenige des Kassationsgerichts nach § 281 Ziff. 1-3 ZPO, regelmässig am Erfordernis der (kantonalen) Letztinstanzlichkeit (Art. 75 Abs. 1 BGG) fehle (vgl. BGE 133 III 585 ff.; BGer 5A_117/2007 vom 11.10.2007, Erw. 3.2; Jent-Sørensen/Reiser, Kantonal-zürcherische Nichtigkeitsbeschwerde und Beschwerde in Zivilsachen ans Bundesgericht, SJZ 2008, S. 368). Die den Parteien nach Art. 112 Abs. 1 lit. d BGG zu erteilende Rechtsmittelbelehrung steht unter diesem Vorbehalt.

Das Gericht beschliesst:

1. Dem Beschwerdeführer wird für das Kassationsverfahren die Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung entzogen.
2. Auf die Nichtigkeitsbeschwerde wird nicht eingetreten.
3. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 300.--.
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. Es handelt sich um eine nicht vermögensrechtliche Zivilsache.

Sodann läuft die Frist von 30 Tagen zur allfälligen Anfechtung des Beschlusses des Obergerichtes vom 8. Dezember 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, die I. Zivilkammer des Obergerichtes des Kantons Zürich und die Einzelrichterin im summarischen Verfahren (Eheschutz) am Bezirksgericht Q. (Proz.-Nr. EE070047), je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär: