

ZH_KASSATIONSGERICHT AA040120 vom 15. November 2004

Zh Kassationsgericht, 2004-11-15, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_kassationsgericht_AA040120

FR: ZH_KASSATIONSGERICHT AA040120 du 15 novembre 2004

IT: ZH_KASSATIONSGERICHT AA040120 del 15 novembre 2004

Erwägungen

E. 1

September 2003 das RAV einzuschalten (vgl. ER act. 7/26).

E. 1.1

Der Beschwerdeführer bringt zunächst vor, das Bezirksgericht Bülach habe es in der Verfügung vom 5. Januar 2004 als glaubhaft erachtet, dass sich sein Einkommen seit Oktober 2003 deutlich und dauerhaft auf Fr. 8'948.-- netto (inkl. 13. Monatslohn und Kinderzulagen) verringert habe; dementsprechend sei seine Unterhaltspflicht reduziert worden. Im Rahmen der Rekursbegründung habe kein Anlass bestanden, diese zu seinen Gunsten lautenden Annahmen in Frage zu stellen, geschweige denn neue Dokumente einzureichen. In der An- schlussrekursantwort habe er auf diese Angaben abgestellt und verdeutlicht, dass sich sein Lohn auf Fr. 8'238.85 (zzgl. 13. ML) belaufe und sich ab 1. August 2004 auf Fr. 7'140.33 reduziere. Als Beweis hiefür sei die Lohnabrechnung Mai 2004 ins Recht gelegt worden. Nun mache die Vorinstanz jedoch geltend, er sei den Nachweis über sein Einkommen von Januar bis April 2004 schuldig geblieben, weshalb von keiner dauerhaften Lohnreduktion auszugehen sei, da nur eine dreimonatige Reduktion nachgewiesen sei. Wenn es der Vorinstanz aber wirklich nur darum gegangen sei, Belege über das Einkommen von Januar bis April 2004 vor sich zu haben, so hätte sie - so der Beschwerdeführer - Frist zur Edition die- ser Belege ansetzen müssen, zumal er mit der Einreichung der UBS- Kontoauszüge und der Mai-Abrechnung 2004 bewiesen habe, dass das Einkom- men seit Oktober 2003 einen deutlichen Einbruch erlitten habe. Weil die Vorin- stanz bei dieser Ausgangslage nicht einfach davon habe ausgehen können, dass er seine Lohnbusse dadurch nicht belegt habe, dass er die Monatslohnabrech- nungen Januar bis April 2004 nicht eingereicht habe, habe sie das rechtliche Ge- hör bzw. die richterliche Fragepflicht gemäss § 55 ZPO verletzt und damit den Nichtigkeitsgrund von § 281 Ziff. 1 ZPO gesetzt (KG act. 1 S. 8-11).

E. 1.2

a) Nach § 210 ZPO sind die Beweismittel im summarischen Verfah- ren bereits mit dem Begehren bzw. der Antwort einzureichen oder - wenn dies nicht möglich ist - zumindest zu bezeichnen. Der Richter kann zwar gemäss Satz 2 von § 210 ZPO zur Beibringung von Beweismitteln Nachfrist ansetzen, doch steht es in seinem Ermessen, ob er von dieser Möglichkeit Gebrauch ma- chen will oder nicht (Kass.-Nr. 99/153Z, Entscheid vom 6.12.99 i.S. H., Erw. II.3.b). Bei der Ausübung dieses Ermessens gilt es zunächst den dem summari- schen Verfahren zugrundeliegenden Beschleunigungsgedanken zu beachten,

- 5 - weshalb grundsätzlich Zurückhaltung geboten ist (vgl. Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich 1997, N 2 zu § 210 ZPO).

Andererseits stellt die in § 210 ZPO vorgesehene Möglichkeit zur Ansetzung einer Nachfrist einen konkreten Anwendungsfall der in § 55 ZPO in allgemeiner Form statuierten richterlichen Fragepflicht dar, weshalb gleichzeitig die Grundsätze von § 55 ZPO zu beachten sind (zur richterlichen Fragepflicht bei fehlenden, unzulässigen oder unvollständigen Beweisofferten vgl. Kass.-Nr. 95/374Z, Entscheid vom 6.6.1996 i.S. S., Erw. II.2; Lieber, in: Festschrift zum 70. Geburtstag von Guido von Castelberg, Zürich 1997, S. 174 ff.; Sarbach, Die richterliche Aufklärungs- und Fragepflicht im schweizerischen Zivilprozessrecht, Diss. Bern 2003, S. 216/217). In dieser Hinsicht wäre etwa dann von einer missbräuchlichen Ermessensausübung zu sprechen, wenn der Verzicht auf Ansetzung einer Nachfrist mit Blick auf die Fürsorgefunktion der richterlichen Fragepflicht als geradezu stossend erschiene. b) Die Beschwerdegegnerin verlangte - wie bereits erwähnt - im Rahmen des Anschlussrekurses die Aufhebung der erstinstanzlich verfügten Reduktion der Unterhaltsbeiträge; hinsichtlich der vom Beschwerdeführer geltend gemachten Einkommenseinbusse stellte sie die Aussagekraft der dazu eingereichten Kontoauszüge in Frage und wies insbesondere auch auf die fehlenden aktuellen Lohnbelege hin (vgl. KG act. 2 S. 7 bzw. OG act. 13 S. 10 f. und 17 ff.). Der anwaltlich vertretene Beschwerdeführer hat sich in der Folge in seiner Stellungnahme zum Anschlussrekurs damit begnügt, den Lohnnachweis für den Monat Mai 2004 einzureichen; weshalb er in der konkreten Situation, in welcher er mit der Möglichkeit einer Aufhebung der zu seinen Gunsten lautenden erstinstanzlichen Annahmen rechnen musste, (nur) gerade diese Abrechnung und nicht auch diejenigen für Januar bis April 2004 einreichte, lässt sich der Beschwerdeschrift nicht entnehmen. Insbesondere wird weder geltend gemacht, der Beschwerdeführer sei dazu nicht in der Lage gewesen (vgl. dazu KG act. 2 S. 10, wo die auf S. 5 der Stellungnahme zum Anschlussrekurs gemachte Behauptung, der Beschwerdeführer habe sonst nie Lohnabrechnungen erhalten, als aktenwidrig bezeichnet wurde), noch wird behauptet, es habe sich um ein Versehen gehandelt. Mit Blick auf die unangefochtene Annahme der Vorinstanz, wonach der Beschwerdeführer

- 6 - in den Monaten Januar bis April 2004 (im Gegensatz zum Mai 2004) Pikettdienst geleistet habe (KG act. 2 S. 10), besteht vielmehr der Verdacht, dass bewusst nur diese eine Abrechnung eingereicht wurde, um das in den Monaten Januar bis April 2004 aufgrund der geleisteten Pikettdienste erzielte höhere Einkommen zu kaschieren. Ob dem tatsächlich so war, kann letztlich offenbleiben, denn der Beschwerdeführer hat es jedenfalls versäumt, eine plausible Erklärung für sein Vorgehen zu liefern bzw. Umstände darzulegen, aufgrund welcher das Ansetzen einer Nachfrist geboten gewesen wäre. Von einem Verstoß gegen § 210 bzw. 55 ZPO kann in diesem Zusammenhang folglich nicht die Rede sein.

E. 2

Mit Eingabe vom 2. Oktober 2003 verlangte der Beschwerdeführer die Abänderung/Ergänzung der Vereinbarung bzw. der Verfügung vom 3. März 2003, und beantragte dabei sowohl die Bestellung einer Erziehungs- und Beistandschaft für die beiden Kinder als auch die Entbindung von jeglichen Unterhaltspflichten ab dem 1. Oktober 2003 (ER act. 1 S. 2). Die Beschwerdegegnerin verlangte die Abweisung dieser Abänderungsbegehren und beantragte unter anderem eine Neuformulierung von Ziff. 6 der Vereinbarung (ein Fr. 1'000.-- übersteigendes Einkommen sollte ihr nur noch zur Hälfte an den persönlichen Unterhalt angerechnet werden; zudem sollte die Verpflichtung, eine Arbeitsstelle

- 3 - zu suchen, und die Annahme eines fiktiven Einkommens nicht mehr darin enthalten sein, ER act. 10 S. 1). Mit einzelrichterlicher Verfügung vom 5. Januar 2004 wurde eine Be- suchsbeistandschaft i.S.v. Art. 308 Abs. 2 ZGB angeordnet, und es wurden die monatlichen Unterhaltsbeiträge mit Wirkung ab dem 1. November 2003 auf Fr. 4'562.-- zzgl. Kinderzulagen (Fr. 2'562.-- für die Beschwerdegegnerin persönlich und Fr. 1'000.-- je Kind, zzgl. Kinderzulagen) reduziert. Die weiteren Par- teianträge wurden abgewiesen (ER act. 15).

E. 2.1

Der Beschwerdeführer führt im Weiteren aus, die Beschwerdegeg- nerin habe ihre Vermittlungsunfähigkeit bzw. ihre derzeitige Arbeitslosigkeit vor Erstinstanz mit Fakten begründet, welche bereits zur Zeit der ersten Verfügung vom 3. März 2003 bestanden hätten. So habe die Beschwerdegegnerin zur Be- gründung die angeblich traumatisierenden Ereignisse vom Dezember 2002, die bisher gelebte Rollenverteilung und die Tatsache, dass sie Mutter zweier Kinder sei und als Wiedereinsteigerin auftrete, angeführt (KG act. 1 S. 11-13). Aus dieser gesamten Auswahl von Gründen habe die Vorinstanz lediglich auf die angebliche Krankheit der Beschwerdegegnerin abgestützt und dabei ausser Acht gelassen, dass die eingereichten ärztlichen Zeugnisse für die ausschlaggebende Zeit - den 1. September 2003 (an welchem sich die Beschwerdegegnerin beim RAV habe melden müssen) wie auch für den 21. Mai 2004 (ab welchem die Annahme ge- golten habe, dass die Beschwerdegegnerin Fr. 2'000.-- pro Monat verdienen kön- ne) - gar keine Krankheit bzw. Vermittlungsunfähigkeit bestätigen würden (KG act. 1 S. 13/14). Die beiden Arztzeugnisse seien zudem "schwammig" und stün- den im Widerspruch zur erstinstanzlichen Sachdarstellung der Beschwerdegegne- rin, wo diese noch ganz anderen Umständen Gewicht zugemessen habe. Die Feststellung der Vorinstanz, wonach die unterlassene Stellensuche nicht als durch die Beschwerdegegnerin verschuldet angesehen werden könne, sei damit als willkürliche tatsächliche Annahme i.S.v. Art. 281 Ziff. 2 ZPO zu qualifizieren, denn man könne eine bestrittene und durch nichts belegte Behauptung nicht als erstellt erachten (KG act. 1 S. 15/16).

- 7 - Sodann habe die Erstinstanz - so der Beschwerdeführer weiter - in ih- rer Verfügung vom 5. Januar 2004 auf S. 8/9 (recte: S. 18/19) unter Ziff. 4.2 als den von der Beschwerdegegnerin geltend gemachten Abänderungsgrund nicht primär die Krankheit, sondern die momentane Drucksituation aufgeführt. Ausge- hend von diesen Ausführungen der Erstinstanz habe er in guten Treuen darauf vertrauen dürfen, dass den beiden Zeugnissen keine entscheidende Bedeutung zukomme. Obwohl er sich deshalb gar nicht vertiefter mit den Arztzeugnissen hätte auseinandersetzen müssen, sei er in seiner Anschlussrekursantwort den- noch "kurz" auf dieselben eingegangen, "und zwar immer auf dem Hintergrund der erstinstanzlichen Betrachtungsweise". Bei dieser Ausgangslage - so der Be- schwerdeführer weiter - hätte ihn das Obergericht nach Treu und Glauben darauf aufmerksam machen müssen, dass es den beiden Arztzeugnissen eine besonde- re Bedeutung zumesse, und ihn nochmals zu einer Verdeutlichung seiner Be- streitungen anhalten müssen, was es in Verletzung von § 55 ZPO jedoch nicht getan habe (KG act. 1 S. 15).

E. 2.2

a) Dem Vorwurf, wonach die Vorinstanz zu Unrecht davon ausge- gangen sei, dass die unterlassene Stellensuche der Beschwerdegegnerin unver- schuldet sei, liegt die Rüge der

willkürlichen Sachverhaltsannahme i.S.v. § 281 Ziff. 2 ZPO zugrunde, denn zur Begründung stellt der Beschwerdeführer primär die von der Vorinstanz als glaubhaft erachtete Arbeitsunfähigkeit der Beschwerdegegnerin bzw. die eingereichten Arztzeugnisse in Frage. Dabei setzt er sich mit der Erwägung der Vorinstanz, wonach es nicht angehe, dass er - der Beschwerdeführer - die von verschiedenen Therapeuten ausgestellten Atteste ohne konkret substantiierte Verdachtsmomente als Gefälligkeitszeugnisse darstelle (KG act. 2 S. 12), jedoch in keiner Weise auseinander. Insbesondere legt er nicht dar, inwiefern er im Rekursverfahren - entgegen der Annahme der Vorinstanz - eben doch substantiierte Einwände vorgetragen habe. Aufgrund des im Beschwerdeverfahren herrschenden Novenverbotes (vgl. von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. A., Zürich 1986, S. 17; Spühler/Vock, Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund, Zürich 1999, S. 75) kann die im vorinstanzlichen Verfahren verpasste Substantiierung der Bestreitungen vor dem Kassationsgericht jedenfalls nicht mehr

- 8 - nachgeholt werden. Auf die Argumentation des Beschwerdeführers, wonach die Sachdarstellung der Beschwerdegegnerin vor Erstinstanz gegen die Richtigkeit der Arztzeugnisse spreche, ist somit nicht einzugehen. Ebenso ist auch die neu vorgetragene Behauptung, die Zeugnisse würden für die beiden (angeblich) ausschlaggebenden Daten ohnehin keine Arbeitsunfähigkeit attestieren, nicht mehr zu hören, womit auf die Rüge betreffend Willkür i.S.v. § 281 Ziff. 2 ZPO nicht einzutreten ist. b) Soweit der Beschwerdeführer geltend macht, die Vorinstanz habe in diesem Zusammenhang die richterliche Fragepflicht verletzt bzw. gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstossen, gilt Folgendes: Die Beschwerdegegnerin stellte die zu Gunsten des Beschwerdeführers lautende Annahme der Erstinstanz, wonach keine Veränderung der Verhältnisse stattgefunden habe, weil die Drucksituation für die Beschwerdegegnerin schon bei Abschluss der Vereinbarung bestanden habe, im Rahmen ihres Anschlussrekurses ausdrücklich in Frage. Dabei brachte sie vor, sie sei im Zeitpunkt des Abschlusses der Vereinbarung noch nicht arbeitsunfähig gewesen und habe vielmehr darauf hoffen dürfen, die Situation werde sich in Zukunft entspannen (vgl. KG act. 2 S. 8 bzw. OG act. 13 S. 4 f. und 19 f.). Der Beschwerdeführer musste folglich damit rechnen, dass das Obergericht in diesem Zusammenhang möglicherweise andere Schlüsse ziehen würde als die Erstinstanz. In dieser Situation war es nicht Sache des Obergerichtes, den Beschwerdeführer aufzufordern, Einwände gegen die beschwerdegegnerische Argumentation vorzubringen: Auch im Hinblick auf § 55 ZPO ist es nicht Aufgabe des Richters, einer Partei zu raten, was sie zweckmässigerweise behaupten bzw. bestreiten soll, um den Prozess zu gewinnen, denn er verlöre ansonsten seine Unparteilichkeit und müsste nach § 96 Ziff. 2 GVG in den Ausstand treten (vgl. ZR 90 Nr. 37; RB 1993 Nr. 26; Kass.-Nr. 2002/390Z, Entscheid vom 29.4.2003 i.S. G., Erw. II.3.2). Diese Rüge ist folglich abzuweisen.

E. 3

Gegen diese Verfügung ergriff der Beschwerdeführer Rekurs und hielt dabei an seinem Begehren, wonach er ab dem 1. Oktober 2003 von jeglichen Unterhaltspflichten zu befreien sei, fest (OG act. 2 S. 2). In ihrer Rekursantwort erhob die Beschwerdegegnerin Anschlussrekurs; sie verlangte dabei die Aufhebung der Reduktion der Unterhaltsbeiträge und beantragte erneut die Neuformulierung von Ziff. 6 der Eheschutzvereinbarung (OG act. 13 S. 2/3). Mit Beschluss des Obergerichtes (I. Zivilkammer) vom 21. Juli 2004 wurde der Rekurs des Beschwerdeführers abgewiesen. In teilweiser Gutheissung des

Anschlussrekurses wurde die Reduktion der Unterhaltsbeiträge aufgehoben und Ziff. 6 der Vereinbarung insofern abgeändert, als der Passus betreffend die Annahme eines fiktiven Einkommens ab dem 23. Mai 2004 ersatzlos gestrichen wurde (OG act. 24 = KG act. 2; künftig: KG act. 2).

E. 3.1

Schliesslich führt der Beschwerdeführer aus, gemäss Art. 179 ZGB habe der Richter auf Begehren eines Ehegatten die (Eheschutz-) Massnahmen den veränderten Verhältnissen anzupassen; seien veränderte Verhältnisse eingetreten, habe der Eheschutzrichter alles neu zu betrachten/berechnen, und zwar

- 9 - aufgrund aller Vorgaben (mit Bestimmung des Einkommens der Parteien, der Notbedarfe, etc.). Im vorliegenden Fall habe die Vorinstanz eine Veränderung der Verhältnisse angenommen, indem sie das Vorliegen einer Arbeitsunfähigkeit bejaht habe, doch habe sie es in der Folge unterlassen, eine neue Unterhaltsberechnung vorzunehmen. Dieses Vorgehen verletze eindeutig Art. 179 ZGB, womit der Nichtigkeitsgrund der Verletzung klaren materiellen Rechts i.S.v. § 281 Ziff. 3 ZPO gesetzt worden sei (KG act. 1 S. 17/18).

E. 3.2

a) Der Beschwerdeführer wirft der Vorinstanz eine Falschanwendung einer zivilrechtlichen Norm des Bundesrechts (Art. 179 ZGB) vor, womit sich vorab die Frage stellt, ob diese Rüge nicht auf dem Wege der eidgenössischen Berufung geltend zu machen gewesen wäre. Dies ist zu verneinen, denn gemäss ständiger - wenn auch verschiedentlich kritizierter - Rechtsprechung des Bundesgerichtes stellen letztinstanzliche kantonale Entscheide betreffend die Anordnung/Verweigerung von Eheschutzmassnahmen keine Endentscheide i.S.v. Art. 48 OG dar (BGE 127 III 274; Kass.-Nr. 2003/090, Entscheid vom 22.7.2003 i.S. G., Erw. II.1.c). Hinsichtlich § 285 ZPO (Subsidiarität der kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde) steht einem Eintreten auf die Rüge folglich nichts entgegen. b) 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). Der Nichtigkeitskläger kann sich also nicht damit begnügen, appellatorische Kritik zu üben, ohne auf die Erwägungen im angefochtenen Entscheid einzugehen (vgl. ZR 81 Nr. 88 Erw. 6; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 4 zu § 288 ZPO; Spühler/Vock, a.a.O., S. 72 f.; von Rechenberg, a.a.O., S. 16 ff.). Die Vorinstanz hielt im angefochtenen Entscheid fest, bezüglich der Einkommenssituation der Parteien habe sich nichts geändert. Ebenso mangle es hinsichtlich der Bedarfspositionen an der Voraussetzung eines Abänderungsgrundes, denn während die Beschwerdegegnerin keinen solchen geltend gemacht habe, seien die vom Beschwerdeführer bei der Erstinstanz vorgebrachten neuen Bedarfspositionen in zutreffender Weise abgewiesen worden. Das Oberge-

- 10 - richt verwies dazu in Anwendung von § 161 GVG auf die Erwägungen der Erstinstanz und machte verschiedene ergänzende Ausführungen. Abschliessend hielt das Obergericht fest, es erübrige sich, die gesamte Notbedarfsrechnung - angepasst an die neuen Verhältnisse - neu vorzunehmen, weil weder auf der Einkommens- noch auf der Bedarfsseite ein Abänderungsgrund gegeben sei (KG act. 2 S. 14/15). Mit diesen Erwägungen setzt sich der Beschwerdeführer in keiner Weise auseinander und bringt

lediglich im Sinne einer appellatorischen Kritik vor, das Obergericht habe zu Unrecht keine neue Unterhaltsberechnung vorgenommen. Nach dem vorstehend Gesagten ist auf die Rüge folglich nicht einzutreten.

E. 4

Mithin ist die Beschwerde abzuweisen, soweit auf sie eingetreten werden kann. III. Ausgangsgemäss sind die Kosten des Kassationsverfahrens dem Beschwerdeführer aufzuerlegen, zufolge der ihm bereits vor Erstinstanz gewährten unentgeltlichen Prozessführung (ER act. 15 S. 24) jedoch einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen (§ 64 Abs. 2 i.V.m. § 85 Abs. 1 ZPO). Der Beschwerdeführer ist sodann zu verpflichten, dem unentgeltlichen Rechtsvertreter der Beschwerdegegnerin eine angemessene Prozessentschädigung zu bezahlen; für den Fall der Nichterhältlichkeit ist die Entschädigung aus der Gerichtskasse zu entrichten (§ 68 Abs. 1 i.V.m. § 89 Abs. 1 und 2 ZPO). Das Gericht beschliesst:

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.