

# ZH\_KASSATIONSGERICHT AA050128 vom 17. Mai 2006

Zh Kassationsgericht, 2006-05-17, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_kassationsgericht\\_AA050128](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_kassationsgericht_AA050128)

FR: ZH\_KASSATIONSGERICHT AA050128 du 17 mai 2006

IT: ZH\_KASSATIONSGERICHT AA050128 del 17 maggio 2006

## Erwägungen

### E. 1

Mit Urteil des Einzelrichters am Bezirksgericht Zürich, 6. Abteilung, vom 30. Juni 2004 wurde die Ehe der Parteien geschieden. Das gemeinsame Kind N..., geboren ... 1995, wurde unter die elterliche Sorge der Beschwerdegegnerin gestellt, unter gleichzeitiger Regelung des Besuchsrechts des Beschwerdeführers. Der Beschwerdeführer wurde sodann verpflichtet, an die Kosten des Unterhalts und der Erziehung des Kindes monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 550.-- (ab Rechtskraft des Scheidungsurteils bis zum zurückgelegten 12. Altersjahr) bzw. Fr. 650.-- (ab zurückgelegtem 12. Altersjahr bis zum ordentlichen Abschluss einer angemessenen Ausbildung, auch über die Mündigkeit hinaus) zu bezahlen. Ferner wurde er verpflichtet, der Beschwerdegegnerin persönlich monatliche Unterhaltsbeiträge im Sinne von Art. 125 ZGB in indexgebundener Höhe von Fr. 610.--, ab Rechtskraft des Scheidungsurteils bis zum 31. Dezember 2011, zu bezahlen. Weitere Punkte des Urteils sind hier nicht von Interesse.

### E. 2

Mit seiner Berufung vom 27. August 2004 beantragte der Beschwerdeführer im wesentlichen die Herabsetzung bzw. Aufhebung der Verpflichtung zur Leistung von Unterhaltsbeiträgen; insbesondere sei der Beschwerdegegnerin persönlich kein Unterhaltsbeitrag zuzusprechen. Mit Beschluss des Obergerichts vom 23. Dezember 2004 wurde davon Vormerken genommen, dass das erstinstanzliche Urteil im Scheidungspunkt, hinsichtlich der Zuteilung der elterlichen Sorge und der Regelung des Besuchsrechts sowie bezüglich weiterer Punkte in Rechtskraft erwachsen ist (Prot. OG S. 5 f.). Mit Urteil vom 14. Juni 2005 wurde der Beschwerdeführer (u.a.) wiederum dazu verpflichtet, der Beschwerdegegnerin persönlich monatliche Unterhaltsbeiträge im Sinne von Art. 125 ZGB in der Höhe von Fr. 610.-- (indexiert) ab Rechtskraft des Urteils bis zum 31. Dezember 2011 zu bezahlen (KG act. 2, Dispositiv-Ziff. 2 und 3).

- 3 -

### E. 2.1

Die Nichtigkeitsbeschwerde richtet sich gegen die Zusprechung eines persönlichen nahehelichen Unterhaltsbeitrages an die Beschwerdegegnerin und in diesem Zusammenhang gegen die Berechnung der finanziellen Leistungsfähigkeit des Beschwerdeführers durch die Vorinstanz. Das Obergericht hat dem Beschwerdeführer, der seit August 2000 bei der z... AG (seit September 2003 als Geschäftsführer) tätig ist, angesichts mangelnder (zumutbarer) Bemühungen, ein höheres Einkommen zu erzielen, anstelle des tatsächlichen Verdienstes von Fr. 4'640.-- ein hypothetisches Einkommen von Fr. 6'000.-- monatlich (Fr. 5'800.-- hypothetisches Erwerbseinkommen und Fr. 200.-- Leibrente) angerechnet (Urteil S. 12/13). Es hat in diesem Zusammenhang festgehalten, die

finanziellen Verhältnisse und die Erwerbsmöglichkeiten des Beschwerdeführers bei der z... AG seien trotz der ergänzenden persönlichen Befragung im Berufungsverfahren unklar geblieben (Urteil S. 14). In einer weiteren Erwägung hat das Obergericht zudem festgehalten, angesichts der Stundung der Unterhaltsbeiträge an die beiden Kinder aus erster Ehe (monatlich insgesamt Fr. 1'200.--) sei es dem Beschwerdeführer auch aufgrund der tatsächlichen gegenwärtigen finanziellen Lage möglich, die in Frage stehenden Unterhaltsbeiträge an die Beschwerdegegnerin (und die gemeinsame Tochter) zu bezahlen (Urteil S. 16).

- 5 - Der Beschwerdeführer beruft sich auf die Nichtigkeitsgründe der Verletzung wesentlicher Verfahrensgrundsätze sowie der willkürlichen tatsächlichen Annahme im Sinne von § 281 Ziff. 1 und 2 ZPO (Beschwerde S. 4, Ziff. 5).

## **E. 2.2**

Stützt sich ein Entscheid auf mehrere selbständige Begründungen, kann ein dagegen erhobenes Rechtsmittel nur Erfolg haben, wenn sämtliche entscheidungsrelevante Begründungen erfolgreich angefochten werden (vgl. BGE 131 III 598; 130 III 328; Pra 2002 Nr. 113). Ficht der Beschwerdeführer nur eine von mehreren Begründungen an, ist mangels rechtlich schützenswerten Interesses auf die Beschwerde daher grundsätzlich nicht einzutreten (zuletzt Kass.-Nr. AA050203 v. 10. Februar 2006, Erw. 3 m.w.H.). Der Beschwerdeführer ficht im vorliegenden Verfahren allein die Hauptbegründung (Annahme eines hypothetischen Einkommens) an. Dennoch ist auf die Nichtigkeitsbeschwerde einzutreten, weil der Beschwerdeführer im Rahmen der parallelen Berufung beim Bundesgericht auch die Eventualbegründung anführt (vgl. KG act. 4 Ziff. 6, S. 9 ff.) und somit nicht auszuschliessen ist, dass die Eventualbegründung im Rahmen jenes Verfahrens zu Fall gebracht wird.

## **E. 3**

Gegen dieses Urteil richtet sich die vorliegende, rechtzeitig erhobene Nichtigkeitsbeschwerde, mit welcher der Beschwerdeführer beantragt, es sei in Abänderung von Ziff. 2 des Urteilsdispositivs festzustellen, dass der Beschwerdeführer an die Beschwerdegegnerin persönlich keine Unterhaltsbeiträge zu leisten habe; eventualiter sei Ziff. 2 aufzuheben und die Sache zur Durchführung des Beweisverfahrens und neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Ferner sei dem Beschwerdeführer die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen (bzw. weiterhin zu gewähren) und ein unentgeltlicher Rechtsvertreter für das vorliegende Verfahren zu bestellen (KG act. 1 S. 2). Die Beschwerdegegnerin beantragt vollumfängliche Abweisung der Beschwerde, soweit darauf eingetreten werden könne; ferner ersucht sie ebenfalls um Weiterführung des Armenrechts für das Kassationsverfahren (KG act. 11). Die Beschwerdeantwort wurde dem Beschwerdeführer zugestellt (KG act. 12, 13). Die Vorinstanz hat auf Vernehmlassung zur Beschwerde verzichtet (KG act. 9).

### **E. 3.1**

Vorab macht der Beschwerdeführer eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör sowie eine falsche Beweislastverteilung geltend, indem die Vorinstanz (wie zuvor schon der Einzelrichter) über die strittige Frage, ob er genügende Anstrengungen unternommen habe, um seinen familienrechtlichen Verpflichtungen nachkommen zu können, ohne Durchführung eines Beweisverfahrens entschieden bzw. ihm die Folgen der Beweislosigkeit überbunden habe (Beschwerde S. 4 ff., 7). Das Obergericht gehe - so der

Beschwerdeführer - von tatsächlichen Annahmen aus (wie: es wäre ihm zuzumuten gewesen, weitere Anstrengungen zu unternehmen, um eine besser bezahlte Stelle zu finden), ohne ihm Gelegenheit geboten zu haben, das Gegenteil zu beweisen (Beschwerde Ziff. 5a, S. 4 ff.). Wie er weiter ausführt, habe er stets substantiiert bestritten, mehr verdienen zu können. Er verweist namentlich auf seine Vorbringen zum beruflichen Werdegang, auf seine 1998 eingetretene Arbeitslosigkeit und seine nachfolgenden, zunächst fruchtlosen Bemühungen, wieder eine Stelle zu finden, seine Anstellung beim - 6 - heutigen Arbeitgeber, seine Kontakte mit dem RAV (wonach die Aussichten, eine bessere Anstellung zu finden, inexistent seien), sein Alter und seinen Gesundheitszustand sowie seine teilweise veralteten Kenntnisse im Bereich Programmierung etc. Der Beschwerdeführer habe vor erster wie auch vor zweiter Instanz in prozessrechtskonformer Weise, jedoch ohne Erfolg den Antrag auf Einholung eines Berichts beim kantonalen Amt für Wirtschaft und Arbeit betreffend seine objektiven Chancen auf dem Arbeitsmarkt gestellt. Nachdem die Vorinstanz kein Beweisverfahren durchgeführt habe, sei auch nicht ersichtlich, wie sie die Beweislast verteilt hätte; sie sei offenbar davon ausgegangen, dass der Beschwerdeführer die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen habe, habe sie ihm doch ein hypothetisches Einkommen angerechnet, was Art. 8 ZGB verletze.

### **E. 3.2**

Ob das Obergericht von einer zutreffenden Beweislastverteilung ausgegangen ist, beurteilt sich - wovon auch der Beschwerdeführer ausgeht - ausschliesslich nach Art. 8 ZGB und unterliegt somit als bundesrechtliche Frage hier nicht der Überprüfung durch das Kassationsgericht (§ 285 ZPO; vgl. FRANK/STRÄULI/MESSMER, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 1997, N 13c zu § 285). Aus dem eben genannten Art. 8 ZGB ergibt sich - neben der Beweislastverteilung - auch der Anspruch der beweisbelasteten Partei, zur Beweisführung zugelassen zu werden (FRANK/STRÄULI/MESSMER, a.a.O., N 1 vor § 133 ff., mit Hinweisen). Das Bundesgericht leitet aus Art. 8 ZGB als Korrelat zur Beweislast nach dem Gesagten das Recht der beweisbelasteten Partei ab, zum ihr obliegenden Beweis zugelassen zu werden (BGE 126 III 315 E. 4a). Diese allgemeine Beweisvorschrift des Bundesrechts ist insbesondere dann verletzt, wenn der Richter Behauptungen einer Partei unbekümmert darum, dass sie von der Gegenpartei bestritten worden sind, als richtig hinnimmt oder über rechtserhebliche Tatsachen überhaupt nicht Beweis führen lässt (zum Ganzen BSK ZGB I-SCHMID, 2. Auflage 2002, Art. 8 N 6 ff.). Wird somit - wie der Beschwerdeführer geltend macht - zu rechtserheblichen und bestrittenen Tatsachenvorbringen überhaupt kein Beweis abgenommen, so stellt sich nicht die Frage einer Verletzung von kantonalem - 7 - Verfahrensrecht oder des Gehörsanspruchs, sondern nach einer Verletzung von Art. 8 ZGB, worauf hier wiederum nicht einzutreten ist (vgl. ZR 95 Nr. 73 Erw. b/aa und ständige Rechtsprechung; vgl. auch SPÜHLER/VOCK, Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund, Zürich 1999, S. 59 f.). Der Beschwerdeführer hat denn auch im Verfahren der eidgenössischen Berufung eine entsprechende Rüge erhoben (KG act. 4 S. 13 ff.). Beigefügt sei, dass es zudem mindestens in einzelnen Punkten als fraglich erscheint, ob die Vorinstanz tatsächlich auf vom Beschwerdeführer bestrittene Behauptungen abgestellt hat; vielmehr scheint, dass das Obergericht im wesentlichen die Sachdarstellung des Beschwerdeführers zwar übernimmt, daraus aber andere rechtliche Schlüsse (im Hinblick auf die Zumutbarkeit weiterer Anstrengungen) zieht als der Beschwerdeführer. Insofern ist die Nichtigkeitsbeschwerde ohnehin nicht zulässig (§ 285 ZPO). 3.3a) Im

gegebenen Zusammenhang macht der Beschwerdeführer sodann eine Verletzung der Dispositionsmaxime geltend (Beschwerde S. 7 f.). Dazu führt er aus, die Vorinstanz werfe ihm vor, sich nicht genügend um ein höheres Einkommen bemüht zu haben, wogegen er der Ansicht sei, dass er sich nicht auf dem Arbeitsmarkt habe bewerben müssen, da dies offensichtlich zwecklos gewesen wäre. Um diese Zwecklosigkeit beweisen zu können, wäre das von ihm verlangte Gutachten des Amtes für Wirtschaft und Arbeit (AWA) erforderlich gewesen. Hunderte eingereichte abschlägig beantwortete Bewerbungen seien gleich aussagekräftig wie ein entsprechendes amtliches Gutachten. Im übrigen habe der Beschwerdeführer den Vorinstanzen mitgeteilt, dass er versucht habe, ein solches Gutachten selber beim zuständigen Amt in Auftrag zu geben, dieses sich indessen geweigert und einen entsprechenden gerichtlichen Auftrag verlangt habe. Das Scheidungsverfahren - so der Beschwerdeführer weiter - unterliege hinsichtlich der persönlichen Unterhaltsbeiträge der Beschwerdegegnerin der Dispositionsmaxime. Es obliege damit den Parteien, den Prozessstoff zu bestimmen und die Beweismittel zu benennen, und es stehe nicht dem Gericht zu, zu bestimmen, wie der Beschwerdeführer den Gegenbeweis zu führen habe. Die Vorinstanz habe daher die Dispositionsmaxime verletzt, indem sie dem Beschwerde-

- 8 - führer vorwerfe, sich nicht um eine besser bezahlte Stelle bemüht zu haben und ihn aus diesem Grund nicht zum Gegenbeweis zugelassen habe. b) Die in § 54 Abs. 2 ZPO verankerte Dispositionsmaxime besagt, dass das Gericht einer Partei weder mehr noch anderes zusprechen darf, als sie selbst verlangt, noch weniger, als der Gegner anerkannt hat. Darum geht es hier nicht, denn diese Maxime bezieht sich auf die Grenzen dessen, was das Gericht einer Partei zusprechen darf. Insoweit als sich der Beschwerdeführer auf den Prozessstoff bezieht, könnte man sich fragen, ob er stattdessen die in § 54 Abs. 1 ZPO statuierte Verhandlungsmaxime anrufen will; danach ist es Sache der Parteien, dem Gericht das Tatsächliche des Rechtsstreits darzulegen, und dieses legt seinem Verfahren nur behauptete Tatsachen zugrunde. Auch darum geht es hier jedoch nicht: Die Verhandlungsmaxime bezieht sich auf das Behauptungsverfahren; vorliegend geht es indessen um das Beweisverfahren und darum, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen das Gericht die Abnahme eines von einer Partei offerierten Beweismittels ablehnen darf. Die unzutreffende Bezeichnung des geltend gemachten Nichtigkeitsgrundes schadet dem Beschwerdeführer jedoch nicht, soweit sich aus seinen Vorbringen ergibt, welchen Mangel er rügt (FRANK/STRÄULI/MESSMER, a.a.O., N 4 zu § 288 ZPO). Insofern ist auf die Rüge einzutreten. c) Wie bereits zuvor (Erw. 3.1) erwähnt, hat das Obergericht den (bereits im erstinstanzlichen Verfahren gestellten) Antrag des Beschwerdeführers, beim AWA ein Gutachten betreffend seine Chancen auf dem Arbeitsmarkt einzuholen, abgelehnt, und zwar mit der Begründung, es sei nicht Aufgabe des Gerichts, ein solches Gutachten einzuverlangen. Entscheidend sei, so das Obergericht (Urteil S. 13), dass der Beschwerdeführer fast keinerlei Bemühungen unternommen habe, um ein angemessenes und seinen Fähigkeiten entsprechendes Einkommen zu erzielen. Mit diesem Gutachten wollte der Beschwerdeführer den Beweis dafür antreten, dass es im Hinblick auf die konkrete Situation zwecklos gewesen sei, weitere Anstrengungen zu unternehmen; in diesem Sinne hatte er vor Obergericht ausgeführt, die Begutachtung durch das AWA werde ergeben, dass er "auf dem

- 9 - Arbeitsmarkt ... weder eine reelle Chance für eine andere Vollzeitstelle, noch eine Teilzeitstelle oder eine Free-Lance-Tätigkeit" habe (OG act. 63 S. 21). Wenn es das

Obergericht als entscheidend erachtete, dass der Beschwerdeführer fast keinerlei Bemühungen unternommen hatte, um ein höheres Einkommen zu erzielen, und wenn es sich in diesem Zusammenhang weigerte, Beweis darüber zu erheben, ob derartige Bemühungen überhaupt reelle Erfolgchancen gehabt hätten, so bedeutet dies, dass es das Beweisthema (keine realen Erfolgchancen) für rechtlich unerheblich hielt und davon ausging, der Beschwerdeführer hätte ohne Rücksicht auf die Erfolgchancen mehr Bemühungen unternehmen müssen; insofern musste es auch keinen Beweis erheben (§ 133 ZPO). Zur Frage, ob reelle Erfolgchancen bestanden oder nicht, hat sich das Obergericht auch gar nicht geäußert. Ob diese Rechtsauffassung - nämlich: es komme für die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens ungeachtet der Erfolgchancen einzig darauf an, dass der Beschwerdeführer praktisch nichts unternommen habe - zutrifft, ist im vorliegenden Verfahren nicht zu beurteilen (§ 285 ZPO). Dass im übrigen der Beschwerdeführer ein derartiges Gutachten (wie sich aus dem Schreiben des AWA vom 3. September 2004 [OG act. 65] ergibt) nicht selber beibringen konnte, ändert nach dem Gesagten nichts, weil das Obergericht dieser Frage von vornherein keine Bedeutung beimass.

### **E. 3.4**

Unter dem Titel "Verletzung des rechtlichen Gehörs" (Beschwerde Seite 8) erhebt der Beschwerdeführer inhaltlich keine neue Rüge. Soweit er sich auf den bundesrechtlichen Anspruch, mit erheblichen Beweisanträgen gehört zu werden beruft, kann auf das oben Gesagte verwiesen werden.

### **E. 4**

Schliesslich macht der Beschwerdeführer in verschiedenen Punkten den Nichtigkeitsgrund der willkürlichen tatsächlichen Annahme geltend (Beschwerde Ziff. 5b, Seite 8 ff.).

#### **E. 4.1**

Im Zusammenhang mit der Feststellung der Vorinstanz, der Beschwerdeführer könnte noch heute einen Lohn von Fr. 5'800.-- erzielen, zumal er bei der z... AG dieses Einkommen anfänglich effektiv erzielt habe, macht der Beschwer-

- 10 - deführer geltend, über diese tatsächliche Annahme sei nie Beweis geführt worden, weshalb sie willkürlich sei. Wenn der Beschwerdeführer somit beanstandet, die Vorinstanz stelle ohne Durchführung eines Beweisverfahrens auf bestimmte (seitens des Beschwerdeführers bestrittene) Vorbringen ab, so handelt es sich nicht um die Frage der willkürlichen tatsächlichen Annahme, sondern (erneut) um eine Frage des Rechts auf Beweisführung. Insofern geht es in der Sache also auch hier um Art. 8 ZGB, worauf nach dem Gesagten nicht einzutreten ist. Soweit der Beschwerdeführer im übrigen geltend macht, entgegen den Feststellungen im angefochtenen Urteil habe sein anfänglicher Lohn - wie er immer vorgebracht und mittels Lohnausweisen auch belegt habe - ab 2002 weniger als Fr. 5'800.-- betragen, übersieht er, dass das Obergericht den genannten Anfangslohn auf den Zeitpunkt August 2000 bezieht (Urteil S. 12). Insofern sind seine Vorbringen auch nicht geeignet, den Nichtigkeitsgrund von § 281 Ziff. 2 ZPO nachzuweisen.

#### **E. 4.2**

Mit seinen weiteren Vorbringen zum hypothetischen Einkommen weist der Beschwerdeführer ebenfalls keinen im vorliegenden Verfahren zu hörenden Mangel nach. Insbesondere macht er weder geltend, noch weist er nach, dass die vorinstanzlichen

Feststellungen zum Sachverhalt willkürlich seien; seine Vorbringen erschöpfen sich in der (rechtlichen) Kritik daran, dass die Vorinstanz ihm aufgrund des festgestellten Sachverhaltes ein hypothetisches Einkommen von Fr. 5'800.-- angerechnet hat, womit er aber hier nicht zu hören ist. Insbesondere ist es eine Rechtsfrage, ob vom Beschwerdeführer unter den gegebenen Umständen verlangt werden kann, dass er sich um eine neue Stelle bemüht und ob im Vergleich zum tatsächlichen Einkommen die Erzielung eines um Fr. 1'160.-- höheren hypothetischen Einkommens zugemutet werden darf (vgl. BGE 128 III 7 E. 4c/ bb). Auf die Beschwerde kann insoweit nicht eingetreten werden.

#### **E. 4.3**

Unbegründet ist die abschliessende Rüge (Beschwerde S. 10/11), wonach die Vorinstanz in unzulässiger antizipierter Beweiswürdigung verfahe, wenn sie davon ausgehe, dass der Beschwerdeführer offerierte Beweis des Gutachtens die Sachlage nicht verändern könne. Die Vorinstanz hat in diesem Zusammenhang keine antizipierte Beweiswürdigung vorgenommen, denn sie hat nicht - was

- 11 - Kennzeichen antizipierter Beweiswürdigung ist - bestimmte (erst bezeichnete, aber noch nicht erhobene) Beweismittel von vornherein als ungeeignet für die weitere Abklärung des Sachverhaltes bezeichnet. Vielmehr hat sie, wie bereits ausgeführt (Erw. 3.3), ein Gutachten des AWA aus rechtlichen Gründen unerheblich bezeichnet und hat im übrigen von der Abnahme von Beweisen generell abgesehen. Insoweit stellt sich, wie ebenfalls ausgeführt, allenfalls die Frage einer Verletzung von Art. 8 ZGB.

#### **E. 5**

Zusammenfassend erweist sich die Nichtigkeitsbeschwerde als unbegründet, soweit darauf eingetreten werden kann. Sie ist insoweit abzuweisen. 6.1 Ausgangsgemäss sind die Kosten des Verfahrens (einschliesslich diejenigen seiner unentgeltlichen Rechtsvertretung) dem Beschwerdeführer aufzuerlegen, zufolge der ihm weiterhin bewilligten unentgeltlichen Prozessführung jedoch einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen, unter Vorbehalt der Nachzahlungspflicht gemäss § 92 ZPO. Das Gesuch der Beschwerdegegnerin um Bewilligung bzw. Weiterführung der unentgeltlichen Prozessführung ist damit gegenstandslos. 6.2 Dem unentgeltlichen Rechtsvertreter des Beschwerdeführers ist sodann für seine Bemühungen im vorliegenden Verfahren eine Entschädigung von Fr. 2'150.-- (7,6% MWST inbegriffen) aus der Gerichtskasse zuzusprechen. 6.3 Schliesslich ist der Beschwerdeführer zu verpflichten, dem unentgeltlichen Rechtsvertreter der Beschwerdegegnerin, RA \_\_\_\_\_, für das vorliegende Verfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 1'615.-- (7,6 MWST inbegriffen) zu bezahlen. Zuzufolge offensichtlicher Unerhältlichkeit der Prozessentschädigung ist diese gestützt § 89 Abs. 2 ZPO dem unentgeltlichen Rechtsvertreter der Beschwerdegegnerin aus der Gerichtskasse auszubezahlen; der Anspruch auf Prozessentschädigung geht damit auf die Gerichtskasse über (§ 89 Abs. 3 ZPO).

- 12 - Das Gericht beschliesst:

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