

# ZH\_KASSATIONSGERICHT AA060105 vom 27. Februar 2007

Zh Kassationsgericht, 2007-02-27, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_kassationsgericht\\_AA060105](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_kassationsgericht_AA060105)

FR: ZH\_KASSATIONSGERICHT AA060105 du 27 février 2007

IT: ZH\_KASSATIONSGERICHT AA060105 del 27 febbraio 2007

## Erwägungen

### E. 1

Im Dezember 2003 liess Y. beim Bezirksgericht \_\_\_\_ ein Eheschutzverfahren anhängig machen. Mit Verfügung vom 7. April 2004 wurde dieses Verfahren – nachdem sich die Parteien auf eine Eheschutzvereinbarung einigen konnten – abgeschlossen, insbesondere verpflichtete sich X., seiner Ehefrau für sie persönlich sowie für den gemeinsamen Sohn Z. einen monatlichen Unterhaltsbeitrag von insgesamt Fr. 9'000.-- zu bezahlen (ER act. 8/18).

### E. 2

Mit Eingabe vom 28. Januar 2005 liess X. (nachfolgend Beschwerdeführer) beim Bezirksgericht \_\_\_\_ ein Begehren um Abänderung der Eheschutzmassnahmen stellen (ER act. 1). Er begründete dies im Wesentlichen damit, dass sich seine Einkommensverhältnisse grundlegend verändert hätten, weshalb eine neue Unterhaltsregelung zu treffen sei (ER act. 1 S. 2 f.). Mit Verfügung vom 6. Mai 2006 wurde der Beschwerdeführer in Abänderung der bestehenden Regelung zu folgenden Unterhaltszahlungen verpflichtet (ER act. 17 S. 18): - ab 1. Februar 2005 bis 30. September 2005: insgesamt Fr. 3'160.--, nämlich Fr. 1'660.-- für die Beklagte persönlich und Fr. 1'500.--, inkl. Kinderzulage, für das Kind; - ab 1. Oktober 2005; insgesamt Fr. 5'310.--, zuzüglich allfällige gesetzliche oder vertragliche Kinderzulagen, nämlich Fr. 3'810.-- für die Beklagte persönlich und Fr. 1'500.--, zuzüglich allfällige gesetzliche oder vertragliche Kinderzulagen, für das Kind. Beiden Parteien wurde die unentgeltliche Prozessführung gewährt und der Beklagten (nachfolgend Beschwerdegegnerin) zudem ein unentgeltlicher Rechtsvertreter bestellt. Das Gesuch des Beschwerdeführers um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters wurde abgewiesen (ER act. 17 S. 17).

### E. 2.1

a) Der Beschwerdeführer ist der Meinung, vorliegend seien keine Gründe gegeben, die es rechtfertigten, von einem hypothetischen und nicht von seinem effektiven Einkommen auszugehen. Feststellungen tatsächlicher Art darüber, dass er effektiv eine Stelle mit einem Einkommen von Fr. 12'000.-- hätte finden können, mache die Vorinstanz nicht, und sie berufe sich auch nicht auf Erfahrungssätze; weiter behaupte die Vorinstanz auch nicht, es könne dem Beschwerdeführer neben dem Aufbau der eigenen Anwaltspraxis zugemutet werden, zusätzlich noch eine Stelle zu suchen. Ebenso wenig behaupte die Vorinstanz, dass er mit einer Tätigkeit neben derjenigen des Anwaltsberufes insgesamt ein Einkommen erzielen könnte, das auch nur annähernd an das von ihr Angenommene herankomme. Die Vorinstanz habe damit wichtige Voraussetzungen, deren Erfül-

- 9 - lung das Abstellen auf ein hypothetisches Einkommen rechtfertigen könne, nicht geprüft, was bereits willkürlich sei und klarem materiellem Recht widerspreche. Es könne

und werde dem Beschwerdeführer nicht vorgeworfen, er erziele aus bösem Willen, grober Nachlässigkeit, wegen fehlenden Arbeitseinsatzes oder wegen freiwilligen Verzichts einen nur ungenügenden Verdienst. Vielmehr baue der Beschwerdeführer nach einer mehr als einjährigen, erfolglosen Stellensuche seine selbstständige Anwaltstätigkeit auf. Die Vorinstanz verkenne einerseits, dass sich der Beschwerdeführer nicht gleichzeitig noch um andere Tätigkeiten bemühen könne, und andererseits, dass der Aufbau einer selbstständigen Tätigkeit in den Anfangsjahren regelmässig und notorisch zu einem Verlust führe. Es sei zudem nicht so, wie die Vorinstanz suggeriere, dass das Advokaturbüro B. den Beschwerdeführer über das Zurverfügungstellen einer günstigen Infrastruktur und die Unterstützung in prozessualen Fragen hinaus weiter unterstütze, insbesondere überlasse die Kanzlei dem Beschwerdeführer keinen Kundenstamm (KG act. 1 S. 9 f. Ziff. 27 und 28). Im Weiteren wendet der Beschwerdeführer ein, er habe sein tatsächliches Einkommen durch die Einreichung der Abrechnungen der Arbeitslosenversicherung entsprechend den Anforderungen im Eheschutzverfahren genügend glaubhaft gemacht. Die gegenteilige Auffassung der Vorinstanz stelle eine willkürliche Beweiswürdigung dar. Der Beschwerdeführer sei als Bezüger von Arbeitslosengeld gegenüber der Arbeitslosenversicherung zur Wahrheit und Vollständigkeit verpflichtet. Da Zwischenverdienste anrechenbar seien, seien sie vom Beschwerdeführer auch anzugeben. Verstosse er gegen diese Wahrheits- und Vollständigkeitspflicht, begehe er eine Straftat gemäss ALVG, ausserdem würde sein Anspruch auf Versicherungsleistungen eingestellt. Bei dieser Sachlage sei von der Richtigkeit der Abrechnungen der Arbeitslosenversicherung auszugehen, was auch unter Berücksichtigung der weiteren Umstände (Aufnahme der Selbstständigkeit erst im Oktober 2004, fehlender Kundenstamm, Konkurrenzdruck etc.) als naheliegend erscheine. Damit habe der Beschwerdeführer sein Einkommen nicht nur glaubhaft gemacht, sondern vielmehr nachgewiesen (KG act. 1 S. 10 f. Ziff. 29 und 30).

- 10 - b) Verändern sich die Verhältnisse, so passt der Richter auf Begehren eines Ehegatten die Massnahmen an oder hebt sie auf, wenn ihr Grund weggefallen ist (Art. 179 Abs. 1 ZGB). Die Abänderungsvoraussetzungen sind zu verneinen, wenn die Veränderung in rechtsmissbräuchlicher Weise von jenem Ehegatten herbeigeführt worden ist, der die Anpassung der Eheschutzmassnahme verlangt (Hausheer/Reusser/Geiser, Berner Kommentar, Bd. II. 1. Abt., 2. Teilb., 2. Aufl., Bern 1999, N 10 zu Art. 179 ZGB). Hat eine Änderung der Lebensführung eines Ehegatten Einfluss auf jene des anderen, bedarf sie grundsätzlich des gegenseitigen Einverständnisses. Eine Änderung der früher getroffenen Vereinbarung über Unterhaltsleistungen kann aber unter bestimmten Voraussetzungen gegen den Willen des Ehepartners zulässig sein, wenn sich die Verhältnisse wesentlich verändert haben. Das Interesse des einen an der Änderung ist gegen das Interesse des andern am Beharren an der bisherigen Lebensführung abzuwägen (BGE 119 II 317, Hausheer/Reusser/Geiser, a.a.O., N 43 ff. zu Art. 163 ZGB). c) aa) Die Vorinstanz hielt ausdrücklich fest, die Rückkehr des Beschwerdeführers in die Schweiz sei nachvollziehbar und dieser Umstand könne ihm nicht vorgeworfen werden (KG act. 2 S. 7). Vor diesem Hintergrund kann dem Beschwerdeführer demnach nicht vorgehalten werden, er habe sein Einkommen durch die Kündigung der Anstellung in Hong Kong freiwillig vermindert. Dieser Vorwurf wird von der Vorinstanz auch nicht erhoben. Hingegen ist sie der Ansicht, der Beschwerdeführer hätte sich auch ab Herbst 2004 vermehrt bemühen müssen, eine Stelle zu finden, welche mit einem mit seinem früheren Einkommen vergleichbaren Verdienst verbunden wäre (KG act. 2 S. 7). Der vom Beschwerdeführer dagegen erhobene Einwand ist angesichts der vorliegenden Umstände berechtigt. In den

Akten befinden sich, so hielt die Vorinstanz fest, 30 Absage- schreiben an den Beschwerdeführer aus der Zeit von April 2004 bis August 2004. Dass der Arbeitsmarkt auch für gut bzw. sehr gut ausgebildete Stellensuchende schwierig ist, wenn diese - wie der Beschwerdeführer - längere Zeit auf einem sehr speziellen Gebiet tätig waren, kann als notorisch bezeichnet werden. Dies gilt ebenso für den Umstand, dass im Versicherungsbereich eher Stellen gestri- chen als ausgebaut werden. Bei dieser Sachlage erscheint der Entschluss des Beschwerdeführers, den Weg einer selbstständigen Tätigkeit als Fürsprecher zu

- 11 - versuchen als absolut nachvollziehbare Alternative zur bis im August 2004 er- folglos verlaufenen Stellensuche. Stellt man die sich dem Beschwerdeführer bie- tenden Varianten einander gegenüber - einerseits Arbeitslosigkeit mit schwieriger Stellensuche, andererseits "selbstständige" Anwaltstätigkeit mit geringerem Ein- kommen - so erscheint der vom Beschwerdeführer gewählte Weg nahe liegend und vertretbar und ist demzufolge nicht zu beanstanden. Dem Beschwerdeführer ab Herbst 2004 - also nach Aufnahme der Anwaltstätigkeit - Suchbemühungen im selben Umfang wie während vollständiger Arbeitslosigkeit auferlegen zu wollen, wie dies die Vorinstanz offensichtlich tun will, erscheint dabei nicht realistisch. Entsprechend erweist sich die obergerichtliche Annahme, die Dauer der Arbeits- losigkeit des Beschwerdeführers sei selbstverschuldet, weshalb sie als Abände- rungsgrund nicht zu berücksichtigen sei, als unhaltbar. Nur am Rande sei erwähnt, dass die Vorinstanz nicht darlegt, aufgrund wel- cher Überlegungen davon auszugehen wäre, weitere Bemühungen des Be- schwerdeführers bei der Stellensuche hätten tatsächlich zu einer Anstellung bzw. zu einem die Arbeitslosenentschädigung übersteigenden Einkommen geführt. bb) Dies bedeutet jedoch angesichts der vorstehend wiedergegebenen zweifachen (alternativen) obergerichtlichen Begründung noch nicht zwingend, dass der vorinstanzliche Entscheid aufzuheben ist, ging die Vorinstanz doch da- von aus, der Beschwerdeführer habe (auch) seinen Verdienst als selbstständiger Rechtsanwalt nicht glaubhaft gemacht. Zur Glaubhaftmachung einer behaupteten Tatsache genügt es, wenn auf- grund objektiver Anhaltspunkte eine gewisse Wahrscheinlichkeit für die fraglichen Tatsachen besteht, d.h. der Richter braucht von der Richtigkeit nicht restlos über- zeugt zu sein (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 5 zu § 110 und N 8 zu § 148 ZPO, BGE 118 II 376, vgl. Kass.-Nr. 98/408, a.a.O.). Die Anforderungen an den genügenden "Beweis" sind daher im Rahmen des Glaubhaftmachens jedenfalls geringer als wenn ein strikter Beweis verlangt wird. In der Lehre sind verschiede- ne Definitionen hinsichtlich des Beweismasses des "Glaubhaftmachens" zu finden (vgl. Kaufmann, Einstweiliger Rechtsschutz, Bern 1993, S. 56ff.). Gemäss Gulde- ner genügt es, wenn für das Vorhandensein der behaupteten Tatsache eine ge-

- 12 - wisse Wahrscheinlichkeit spricht, auch wenn der Richter damit rechnet, dass sie sich nicht verwirklicht haben könnte (Guldener, Schweizerisches Zivilprozess- recht, 3. Aufl., Zürich 1979, S. 323 N 27). Nach Vogel/Spühler ist eine Behaup- tung dann glaubhaft gemacht, wenn der Richter von ihrer Wahrheit zwar nicht völ- lig überzeugt ist, sie aber überwiegend für wahr hält, obwohl nicht alle Zweifel be- seitigt sind (Vogel/Spühler, Grundriss des Zivilprozessrechts, 8. Aufl., Bern 2006, § 41 N 26). Im Weiteren wird gefordert, auf die Umstände des Einzelfalles abzu- stellen, und ausgeführt, es sei an die Glaubhaftigkeit ein umso strengerer Mass- stab anzulegen, je einfacher es für die behauptende Partei wäre, über das Glaub- haftmachen hinaus sogar den strikten Beweis zu führen (Kass.-Nr. 93/296 Z, Ent- scheid vom 3. Dezember 1993 i.S. K.c.K.-K. mit Verweis

auf ZR 85 Nr. 80). Dem Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung entsprechend - der analog auch gilt, wenn das Prozessrecht keinen strikten Beweis verlangt - ist es dem Gericht sodann überlassen, den Beweiswert eines «Glaubhaftmachungsmittels» nach freier Überzeugung zu bestimmen (Kass.-Nr. 2000/124, Entscheid vom 3. Juli 2000, i.S. B., Erw. II.3.; Kass.-Nr. 99/371, Entscheid vom 12. April 2000, i.S. R., Erw. V.2; Kass.-Nr. 94/085, Entscheid vom 27. Juni 1994 i.S. D., Erw. III.3). Dem Beschwerdeführer ist darin zuzustimmen, dass nicht ohne Weiteres anzunehmen ist, eine Prozesspartei mache gegenüber einer Behörde unwahre Angaben und setze sich somit der Strafverfolgung aus, wie dies bei unzutreffenden Informationen gegenüber der Arbeitslosenkasse der Fall wäre. Insofern könnte nicht gesagt werden, Abrechnungen der Arbeitslosenkasse seien per se - weil auf Angaben des Arbeitslosen basierend - als Glaubhaftigkeitsmittel nicht geeignet. Es ist jedoch nicht zu beanstanden, wenn das Obergericht bei der Würdigung des Glaubhaftmachungsmittels berücksichtigte, dass die Abrechnungen auf Angaben des Beschwerdeführers basierten. Der Beschwerdeführer hat denn auch keinen Anspruch darauf, dass eines von mehreren möglichen oder denkbaren Glaubhaftmachungsmitteln sein Einkommen betreffend vom Gericht als genügend angesehen wird. Er legt nicht dar, dass und weshalb es ihm nicht möglich gewesen wäre, seine Behauptung zum tatsächlichen Einkommen durch weitere Belege - wie von der Vorinstanz erwähnt etwa Banküberweisungsbelege o.ä. (KG act. 2 S. 9) - zu untermauern. Nachdem das Einkommen des Beschwerdeführers im

- 13 - vorliegenden Verfahren ein wesentlicher Streitpunkt zwischen den Parteien bildete und die Beschwerdegegnerin die Behauptungen des Beschwerdeführers auch im Rekursverfahren (vgl. etwa OG act. 2 S. 9 f.) ausdrücklich bestritt, durfte die Vorinstanz ohne in Willkür zu verfallen davon ausgehen, alleine die eingereichten Abrechnungen der Arbeitslosenkasse (und ein von der Beschwerdegegnerin eingereicherter Arbeitsvertrag über drei Monate) genügten nicht, um rechtsgenügend glaubhaft zu machen, dass das tatsächliche Einkommen des Beschwerdeführers aus seiner selbstständigen Tätigkeit als Fürsprecher im Sinne eines Abänderungsgrundes massgeblich tiefer anzusiedeln ist, als das ursprünglichen Unterhaltsregelung zu Grunde gelegte. Der Beschwerdeführer vermag demzufolge durch seinen Hinweis auf die Strafbarkeit unzutreffender Angaben gegenüber der Arbeitslosenkasse keine willkürliche Beweiswürdigung nachzuweisen.

## **E. 2.2**

a) Einen Nichtigkeitsgrund sieht der Beschwerdeführer sodann darin, dass die Vorinstanz behaupte, er habe die Darstellung der Beschwerdegegnerin, er könne Fr. 12'000.-- monatlich verdienen, nicht bestritten. Diese Annahme sei aktenwidrig und die Vorinstanz setze damit den Nichtigkeitsgrund der Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes im Sinne von § 281 Ziff. 1 ZPO (KG act. 1 S. 11 f. Ziff. 31). b) Der Beschwerdeführer verweist auf Ziff. 1.7 des vorinstanzlichen Entscheides, ohne die angefochtene Stelle genauer zu bezeichnen. Unter der genannten Ziffer findet sich jedoch einzig der obergerichtliche Hinweis, dass die plausible Behauptung der Beschwerdegegnerin unbestritten geblieben sei, es sei anzunehmen, dass der Beschwerdeführer mehr verdiene, wenn die Anzahl verrechenbarer Stunden mehr als zehn betragen würden. Damit fehlt es jedoch an der monierten Annahme des Obergerichts, der Beschwerdeführer habe die Behauptung der Beschwerdegegnerin, er könne Fr. 12'000.-- monatlich verdienen, nicht bestritten. Dem Einwand des Beschwerdeführers ist damit von vornherein der Boden entzogen.

- 14 - Als Zwischenergebnis ist demzufolge festzuhalten, dass die Vorinstanz, ohne einen Nichtigkeitsgrund zu setzen, von einem Einkommen des Beschwerdeführers in der Höhe von Fr. 12'000.-- pro Monat ausging. 3. a) Der Beschwerdeführer macht weiter geltend, die Vorinstanz habe den Betrag von Fr. 2'250.-- Hypothekarzinsanteil für die Liegenschaft in E. zu Unrecht in seinem Bedarf nicht berücksichtigt. Die Beschwerdegegnerin bewohne unbestrittenermassen eine Wohnung in dieser - im Miteigentum beider Parteien stehenden - Liegenschaft. Da die Liegenschaft mit zwei Hypothekarkrediten belastet sei und die entsprechenden Zinsen nur durch die Mietzinseinnahmen gedeckt werden könnten, von der Beschwerdegegnerin aber kein Mietzins entrichtet werde, entstehe gegenüber der Hypothekargläubigerin ein Manko, welches der Beschwerdeführer decke. Dies sei in seinem Bedarf zu berücksichtigen (KG act. 1 S. 12 f. Ziff. 33-40). b) Die Vorinstanz hielt fest, aus den Ausführungen des Beschwerdeführers werde nicht klar, um was es sich bei dem von ihm geltend gemachten Betrag von Fr. 2'250.-- handle. Die Frage, wer ein gegenüber der ZKB bestehendes Manko von Fr. 13'000.-- zu tragen habe, wäre im Rahmen der güterrechtlichen Auseinandersetzung zu klären und betreffe nicht den laufenden Unterhalt. Dasselbe sei mit Bezug auf allfällige noch offene Schulden aus der Renovation der Liegenschaft zu sagen. Dass er - an wen auch immer - regelmässige, im Zusammenhang mit der Liegenschaft der Parteien stehende Zahlungen von monatlich Fr. 2'250.-- tätige, welche allenfalls im Rahmen der Unterhaltsberechnung zu berücksichtigen wären, werde vom Beschwerdeführer weder behauptet noch belegt. Der geltend gemachte Betrag sei damit nicht zu berücksichtigen (KG act. 2 S. 12). c) Als Wohnungskosten ist entweder der effektive monatliche Mietzins oder - bei Benutzung einer eigenen Liegenschaft - der Liegenschaftenaufwand zum Grundbetrag hinzuzurechnen. Dieser besteht aus dem Hypothekarzins (ohne Amortisation), den öffentlichrechtlichen Abgaben und den durchschnittlich notwendigen Unterhaltskosten (Ziff. 1 der Richtlinien für die Berechnung des betriebsrechtlichen Existenzminimums vom 23. Mai 2001). Grundsätzlich ist demnach davon auszugehen, dass auch in Konstellationen wie der vorliegenden, in

- 15 - denen eine Partei eine Wohnung in einer beiden Ehegatten gehörenden Liegenschaft bewohnt, allfällige auf die entsprechende Wohnung entfallende Kosten im Bedarf aufzunehmen sind. Voraussetzung ist jedoch selbstverständlich, dass der Liegenschaftenaufwand nicht bereits durch die Mieteinnahmen der weiteren Wohnungen/Räumlichkeiten gedeckt werden kann. Dass sich auf eine allfällige güterrechtliche Auseinandersetzung auswirken kann, wer effektiv für den Hypothekar- oder anderen Liegenschaftenaufwand aufgekommen ist, ändert nichts daran, dass der Liegenschaftenaufwand im geschilderten Rahmen grundsätzlich als Wohnkosten zu berücksichtigen ist. Was der Beschwerdeführer vorbringt genügt nicht, um die vorinstanzliche Auffassung, er habe den geltend gemachten Betrag von Fr. 2'250.--/Monat weder genügend behauptet noch belegt, als unhaltbar erscheinen zu lassen. Allein der Umstand, dass gegenüber der Hypothekargläubigerin ein Manko besteht, weist die auf die von der Beschwerdegegnerin benutzte Wohnung entfallenden Wohnkosten noch nicht nach. Es wäre vielmehr Sache des Beschwerdeführers gewesen, im Rekursverfahren zu belegen, welche konkreten Mietzinseinnahmen welchem Aufwand gegenüber stehen und dass das Manko von Fr. 13'000.-- tatsächlich zu berücksichtigender Liegenschaftenaufwand darstellte und nicht etwa Amortisation. Nur die (wenn auch unbestrittene) Behauptung, die Liegenschaft werfe keinen Gewinn ab, genügt nicht. Daran vermögen auch die vom Beschwerdeführer belegten Hypothekarzinszahlungen nichts zu ändern. 4. a) Unter Litera E der Beschwerdeschrift bemängelt der Beschwerdeführer, die

Vorinstanz habe ihm zu Unrecht die unentgeltliche Rechtspflege aufgrund eines hypothetischen Einkommens von Fr. 12'000.-- verweigert. Die Voraussetzungen, um in Bezug auf die Frage der unentgeltlichen Rechtspflege von einem hypothetischen Einkommen auszugehen, seien vorliegend nicht erfüllt (KG act. 1 S. 16 f.). b) Die Vorinstanz erwog, die Mittellosigkeit beider Parteien sei zu verneinen, da dem Beschwerdeführer ein monatlicher Freibetrag von Fr. 1'443.-- und der Beschwerdegegnerin ein solcher von Fr. 2'885.-- verbleibe, womit sie sowohl für die Prozess- wie auch für ihre Anwaltskosten aufkommen könnten (KG act. 2 S. 20).

- 16 - c) Es trifft zwar zu, dass diese Überlegungen auf dem vom Obergericht angenommenen Einkommen des Beschwerdeführers von Fr. 12'000.-- basieren. Der Beschwerdeführer übersieht jedoch - wie bereits vorstehend dargelegt wurde - dass die Vorinstanz aufgrund zweier selbstständiger Begründungen zum Schluss gelangte, es sei dem Beschwerdeführer ein Einkommen in der genannten Höhe anzurechnen. Ebenfalls bereits erwähnt wurde, dass dem Beschwerdeführer der Nachweis eines Nichtigkeitsgrundes in Bezug auf die obergerichtliche Annahme, der Beschwerdeführer habe das von ihm behauptete tiefere Einkommen nicht genügend glaubhaft gemacht hat, nicht gelungen ist. Damit ist aber auch der Rüge, die Vorinstanz sei im Hinblick auf die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege zu Unrecht von einem hypothetischen Einkommen ausgegangen, der Boden entzogen. 5. Zusammenfassend ergibt sich, dass der Beschwerdeführer keinen Nichtigkeitsgrund nachweist. Die Beschwerde ist demzufolge abzuweisen. Damit entfällt die der Beschwerde - teilweise - verliehene aufschiebende Wirkung. II I. 1. Ausgangsgemäss sind die Kosten des Kassationsverfahrens dem unterliegenden Beschwerdeführer aufzuerlegen (§ 64 Abs. 2 ZPO). Die Beschwerdegegnerin hat auf Stellungnahme verzichtet, weshalb sie praxisgemäss nicht als obsiegende Partei gilt. Prozessentschädigungen sind demzufolge keine zuzusprechen (§ 68 Abs. 1 ZPO). 2. Der Beschwerdeführer beantragt, es sei ihm für das Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen und in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. \_\_\_\_ ein unentgeltlicher Rechtsvertreter zu bestellen (KG act. 1 S. 17 ff.). a) Gemäss § 84 ZPO ist Parteien, welchen die Mittel fehlen, um neben dem Lebensunterhalt für sich und ihre Familie die Gerichtskosten aufzubringen, die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen, wenn der Prozess nicht aussichtslos

- 17 - erscheint. Bei Erfüllung dieser Voraussetzungen kann einer Partei auf deren Gesuch hin ein unentgeltlicher Rechtsvertreter bestellt werden, wenn sie für die gehörige Führung des Prozesses eines solchen bedarf. Festzuhalten ist, dass das Kassationsgericht für seine Entscheidung über die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Kassationsverfahren nicht an die vorinstanzlichen Erwägungen gebunden ist. Vielmehr ist auf die im kassationsgerichtlichen Verfahren geltend gemachten Vorbringen abzustellen. b) Die vorliegende Beschwerde kann nicht als von vornherein aussichtslos bezeichnet werden. Angesichts der vom Beschwerdeführer im Kassationsverfahren eingereichten Unterlagen (KG act. 3/1-10) ist die Mittellosigkeit des Beschwerdeführers in Bezug auf die Frage der Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Kassationsverfahren genügend glaubhaft gemacht. Die Voraussetzungen für die Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung sind somit gegeben. Entsprechend sind die Kosten zwar dem Beschwerdeführer aufzuerlegen, jedoch zufolge bewilligter unentgeltlicher Prozessführung einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen. Der Beschwerdeführer wird darauf hingewiesen, dass er zur Nachzahlung der ihm erlassenen Gerichtskosten

verpflichtet werden kann, wenn er in günstige wirtschaftliche Verhältnisse kommt (§ 92 ZPO). Das Gesuch des Beschwerdeführers um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters ist hingegen abzuweisen. Der Beschwerdeführer ist Fürsprecher und damit rechtskundig. Die Grundzüge des Familien- und insbesondere des Ehrechts bilden Bestandteil der juristischen Ausbildung und dem Beschwerdeführer stand genügend Zeit zur Verfügung, insbesondere während seiner Arbeitslosigkeit, seine diesbezüglichen (Vor-)Kenntnisse aufzufrischen, zu vertiefen und auf den neusten Stand zu bringen. Zudem stellen sich im vorliegenden Eheschutzverfahren - wie schon der erstinstanzliche Richter festhielt (ER act. 17 S. 17) weder in rechtlicher noch in tatsächlicher Hinsicht besondere Schwierigkeiten. Was sodann die persönliche emotionale Betroffenheit anbelangt (KG act. 1 S. 20), so wird diese durch die Besonderheiten des kantonalen Beschwerdeverfahrens relativiert. Einerseits ist das Verfahren schriftlich und andererseits geht es darum, allfällige Mängel des angefochtenen Entscheides nachzuweisen, mithin steht nicht die direkte Konfrontation der Parteien im Vordergrund. Hinzu kommt

- 18 - schliesslich, dass die Beschwerdegegnerin im Beschwerdeverfahren nicht mehr anwaltlich vertreten ist (KG act. 10 und 12), weshalb auch der Grundsatz der Waffengleichheit vorliegend keine (unentgeltliche) Rechtsvertretung auf Seiten des Beschwerdeführers gebietet. IV. Der kassationsgerichtliche Entscheid ergeht nach Inkrafttreten des Bundesgesetzes über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (BGG, SR 173.110). Daher kommt mit Bezug auf die gegen ihn zur Verfügung stehenden (bundesrechtlichen) Rechtsmittel dieses Gesetz zur Anwendung (vgl. Art. 132 Abs. 1 BGG). Da es sich um eine vermögensrechtliche Zivilsache handelt, deren Streitwert über Fr. 30'000.-- liegt, und der Eheschutzentscheid nun gemäss Literatur zum BGG ein Endentscheid darstellt (Christoph Auer, Der Rechtsweg in Zivilsachen, in: Ehrenzeller/Schweizer [Hrsg.], Die Reorganisation der Bundesrechtspflege - Neuerungen und Auswirkungen in der Praxis, St. Gallen 2006, S. 72; Seiler/von Werdt/Güngerich, Bundesgerichtsgesetz [BGG], Bern 2007, N 6 zu Art. 90 BGG; ähnlich Spühler/Dolge/Vock, Bundesgerichtsgesetz Kurzkommentar, Zürich/St. Gallen 2006, N 4 zu Art. 90 BGG) steht gegen den vorliegenden Beschluss unter den Voraussetzungen von Art. 90 ff. BGG die (ordentliche) Beschwerde in Zivilsachen gemäss Art. 72 ff. BGG an das Bundesgericht offen (vgl. Art. 51 Abs. 1 und 4 BGG und Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG). Das Gericht beschliesst:

### **E. 3**

Gegen die Verfügung der Erstinstanz erhoben beide Parteien Rekurs (OG act. 1 und 18/2). Mit Beschluss vom 20. Juli 2005 wurden die Rekursverfahren

- 3 - vereinigt (OG act. 17). Mit Beschluss der I. Zivilkammer des Obergerichts vom 23. Mai 2006 wurde der Rekurs der Beschwerdegegnerin teilweise gutgeheissen und die Unterhaltspflicht des Beschwerdeführers wie folgt geregelt (OG act. 30 bzw. KG act. 2 S. 22): "4.a In Abänderung der mit Dispositivziffer 5 der Verfügung des Einzelrichters im summarischen Verfahren des Bezirksgerichts [\_\_\_\_\_] vom 7. April 2004 genehmigten Ziffer 6 der Vereinbarung der Parteien über die Nebenfolgen des Getrenntlebens wird der Kläger verpflichtet, der Beklagten ab 1. Februar 2005 im Voraus jeweils auf den Ersten eines jeden Monats zahlbare Unterhaltsbeiträge von insgesamt Fr. 5'700.--, zuzüglich allfällige gesetzliche oder vertragliche Kinderzulagen, zu bezahlen, nämlich Fr. 4'200.-- für die Beklagte persönlich und Fr. 1'500.--, zuzüglich allfällige gesetzliche oder vertragliche Kinderzulagen, für das Kind." Im Übrigen wurden die Rekurse beider Parteien

abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden konnte, und die angefochtene Verfügung bestätigt. Zudem wurde beiden Parteien für das Rekursverfahren die unentgeltliche Prozessführung entzogen und der Antrag der Beschwerdegegnerin um Gewährung der unentgeltlichen Rechtsvertretung abgewiesen (OG act. 30 bzw. KG act. 2 S. 22).

#### **E. 4**

Gegen den Beschluss der I. Zivilkammer (Vorinstanz) erhob der Beschwerdeführer rechtzeitig kantonale Nichtigkeitsbeschwerde mit folgenden Rechtsbegehren (KG act. 1 S. 2 f.): "1. Ziff. 3.4.a), 4, 5 und 6 des Beschlusses des Obergerichts des Kantons Zürich, Prozess Nr. LP050059, vom 23. Mai 2006 seien aufzuheben. Ziff. 1 des Beschlusses des Obergerichts des Kantons Zürich, Prozess Nr. LP050059, vom 23. Mai 2006 sei insoweit aufzuheben, als dem Beschwerdeführer die unentgeltliche Prozessführung entzogen und ihm die unentgeltliche Rechtsvertretung verweigert wird. 2. Ziff. 4 der Verfügung des Bezirksgerichts [\_\_\_\_], Prozess Nr. EE050053, vom

#### **E. 6**

Mai 2005 sei wie folgt neu zu fassen (Änderungen unterstrichen): In Abänderung der mit Dispositivziffer 5 der Verfügung des Einzelrichters im summarischen Verfahren des Bezirksgerichts [\_\_\_\_] vom 7. April 2004 genehmigten Ziffer 6 der Vereinbarung der Parteien über die Nebenfolgen des Getrenntlebens

- 4 - wird der Kläger zu folgenden im Voraus jeweils auf den ersten eines jeden Monats zahlbaren Unterhaltsbeiträgen verpflichtet: - ab 1. Februar 2005 bis 30. September 2009; - ab 1. Oktober 2009; insgesamt Fr. 1'504.--, zuzüglich allfällige gesetzliche oder vertragliche Kinderzulagen, nämlich Fr. 504.-- für die Beklagte persönlich und Fr. 1'000.-- zuzüglich allfällige gesetzliche oder vertragliche Kinderzulagen, für das Kind. 3. Dem Beschwerdeführer sei für das Verfahren vor dem Obergericht (...) die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren und A., Rechtsanwalt, \_\_\_\_\_strasse \_\_, 8002 Zürich, für die Verfahren vor dem Bezirksgericht [\_\_\_\_] (...) und dem Obergericht (...) als unentgeltlicher Rechtsvertreter zu bestellen. 4. Eventualiter sei die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. 5. [Kosten- und Entschädigungsfolgen]" Zudem beantragte der Beschwerdeführer, es sei ihm für das kantonale Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren und ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen (KG act. 1 S. 3). Mit Präsidialverfügung vom 10. Juli 2006 wurde der Beschwerde hinsichtlich der Kosten- und Entschädigungsregelung der Vorinstanz aufschiebende Wirkung verliehen (KG act. 5). Die Vorinstanz hat auf Vernehmlassung verzichtet (KG act. 9), ebenso die Beschwerdegegnerin auf Beantwortung der Beschwerde (KG act. 12). II . 1. Mit den Ausführungen unter Litera A der Beschwerdeschrift ("Zusammenfassung der Vorgeschichte" KG act. 1 S. 4-8) werden keine Nichtigkeitsgründe geltend gemacht, Weiterungen hiezu erübrigen sich. 2. a) Unter Litera B der Beschwerde (KG act. 1 S. 8-12) bringt der Beschwerdeführer vor, die von der Vorinstanz vorgenommene Einkommensfestset-

- 5 - zung basiere auf aktenwidrigen und willkürlichen tatsächlichen Annahmen und verletze gleichzeitig klares materielles Recht, womit Nichtigkeitsgründe im Sinne von § 281 Ziff. 2 und 3 ZPO vorlägen. b) Die Vorinstanz erwog, es erscheine als nachvollziehbar, wenn der Beschwerdeführer angebe, dass er seine Stelle in Hong Kong gekündigt bzw. das Angebot für eine andere Stelle in Hong Kong nicht angenommen habe, um den Kontakt mit seinem Sohn zu ermöglichen, der mit der Beschwerdegegnerin in die Schweiz

zurückgekehrt sei. Die Suchbemühungen des Beschwerdeführers nach einer Anstellung mit Verdienst in der Höhe, wie er ihn in Hong Kong erzielt habe, seien jedoch als nur ungenügend zu bezeichnen. Der Beschwerdeführer wolle sich ab Januar 2005 lediglich das Einkommen, welches er aus der Arbeitslosenentschädigung beziehe, anrechnen lassen. In den Akten befänden sich 30 Absageschreiben aus der Zeit von April 2004 bis August 2004, eines datierend vom September 2004 sowie nur gerade acht Absagen aus dem Zeitraum Januar 2005 bis Juni 2005. Dies lege den Schluss nahe, dass sich der Beschwerdeführer ab Herbst 2004 kaum noch darum bemüht habe, eine mit einem seinem früheren Einkommen vergleichbar dotierte Stelle zu suchen, sondern sich vielmehr mit der Arbeitslosenentschädigung und den angeblich nur geringen Einnahmen aus seiner Anwaltstätigkeit begnügt habe. Die Arbeitslosigkeit des Beschwerdeführers bzw. die Dauer derselben erweise sich daher als selbstverschuldet, weshalb sie als Abänderungsgrund nicht zu berücksichtigen sei. Seit Herbst 2004 - so die Vorinstanz weiter - betätige sich der Beschwerdeführer nach eigenen Angaben gelegentlich als selbstständiger Rechtsanwalt in Bern. Im Rahmen des Advokaturbüros B. baue er seither seine Selbstständigkeit aus. Soweit der Beschwerdeführer darauf hinweise, dass der Aufbau einer Anwaltspraxis fünf Jahre in Anspruch nehme und er während dieser Zeit deutlich weniger Einkommen erzielen werde als während seiner Anstellung bei der C., sei festzuhalten, dass er angebe, in einer bereits bestehenden Anwaltskanzlei - wenn auch auf selbstständiger Basis - tätig zu sein, womit er von bestehenden Strukturen profitieren könne. Da der Beschwerdeführer inzwischen seit über einem Jahr als Anwalt tätig sei, erscheine es daher nicht als glaubhaft, dass er ein lediglich 'geringfügiges' bzw. ein sein durchschnittliches Arbeitslosengeld von Fr. 6'443.40

- 6 - unterschreitendes Einkommen erziele. Unterlagen, welche sein aktuelles Einkommen als Rechtsanwalt direkt belegten, lege der Beschwerdeführer denn auch keine vor. Die einzigen Belege, welche über das aus seiner Anwaltstätigkeit erzielte Einkommen vorlägen, seien die Abrechnungen der Arbeitslosenkasse, gemäss welchen er in den Monaten März, April und Mai 2005 ein Einkommen von rund Fr. 1'000.-- erzielt habe, welches von seinem Taggeld abgezogen worden sei. Diese Abrechnungen seien aber letztlich auch nur aufgrund der Angaben des Beschwerdeführers gegenüber der Arbeitslosenversicherung ausgestellt worden und vermöchten daher kein zuverlässiges Bild über das Einkommen aus seiner Anwaltstätigkeit zu zeigen. Weiter befinde sich in den Akten ein von der Beschwerdegegnerin eingereichter Arbeitsvertrag, abgeschlossen zwischen dem Beschwerdeführer und D., gemäss welchem der Beschwerdeführer für seine Tätigkeit als Fürsprecher des Advokaturbüros B. einen monatlichen Bruttolohn von Fr. 1'325.-- erhalte. Aus dem Vertrag gehe hervor, dass dies 10 Stunden entspreche, welche Klienten in Rechnung gestellt werden könnten. Da dieser Arbeitsvertrag befristet für die Zeit vom 1. März 2005 bis 31. Mai 2005 sei, könne er bestenfalls für diesen Zeitraum als Beleg für das klägerische Einkommen dienen. Indessen sei anzufügen, dass die plausible Behauptung der Beschwerdegegnerin unbestritten geblieben sei, es sei anzunehmen, dass der Beschwerdeführer mehr verdiene, wenn die Anzahl verrechenbarer Stunden mehr als zehn betragen würden. Auch der Arbeitsvertrag zwischen dem Beschwerdeführer und D. vermöge daher nicht zu belegen, dass der Beschwerdeführer wie behauptet ein lediglich geringfügiges Einkommen aus seiner Anwaltstätigkeit beziehe. Weitere Belege, insbesondere Steuererklärungen, Banküberweisungsbelege von der Kanzlei an den Beschwerdeführer oder ähnliches, seien nicht eingereicht worden. Zusammenfassend sei zu sagen, dass die Einkommensverminderung gegenüber seinem Einkommen, wie es den

bisher vom Beschwerdeführer geschuldeten Unterhaltsbeiträgen zugrunde liege, vom Beschwerdeführer selbstverschuldet sei, da er sich nur ungenügend um eine neue Stelle mit entsprechendem Verdienst bemüht habe, bzw. dass er letztlich nicht glaubhaft habe darlegen können, dass sich sein Einkommen erheblich und dauernd vermindert habe, da sein Ver-

- 7 - dienst als selbstständiger Rechtsanwalt unklar und unbelegt geblieben sei (KG act. 2 S. 9). c) Mit Blick auf § 285 ZPO ist vorzuschicken, dass Eheschutzentscheide auch unter dem neuen Scheidungsrecht keine Endentscheide im Sinne von Art. 48 Abs. 1 Bundesrechtspflegegesetz (OG) darstellen und ihre Berufungsfähigkeit demnach zu verneinen ist (Praxis 2001 Nr. 152 mit Verweis auf einen Entscheid des Bundesgerichts vom 11. Juni 2001 i.S. X c. Y; 5C.46/2001). Das hat zur Folge, dass im Kassationsverfahren im Rahmen von § 281 Ziff. 3 ZPO auch Rügen zulässig sind, mit denen eine Verletzung materiellen Bundesrechts geltend gemacht wird. Der Vollständigkeit halber ist diesbezüglich anzumerken, dass sich das auf 1. Januar 2007 in Kraft getretene Bundesgesetz über das Bundesgericht (BGG) auf die Kognition im kantonalen Kassationsverfahren vorliegend - der vorinstanzlichen Entscheide erging vor dem 31. Dezember 2006 - nicht auswirkt. Daran ändert nichts, dass - wie nachfolgend unter Ziffer IV. dargelegt wird - gegen den kassationsgerichtlichen Entscheid die Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht erhoben werden kann. Der Übergang vom OG zum BGG bringt die spezielle Konstellation mit sich, dass der obergerichtliche Entscheid zwar nicht berufungsfähig ist, gegen den kassationsgerichtlichen Entscheid aber - soweit derzeit absehbar - ein (ordentliches) Rechtsmittel beim Bundesgericht zur Verfügung steht. Das Kassationsgericht hat im vorgenannten Rahmen allerdings nur zu prüfen, ob klares materielles Bundesrecht verletzt wurde, was dann zutrifft, wenn die Rechtsauffassung der Vorinstanz direkt unvertretbar ist. Eine Aufhebung des angefochtenen Entscheids ist mithin nur möglich, wenn über die Bedeutung bzw. Auslegung der im Streit liegenden Rechtsvorschrift kein begründeter Zweifel bestehen kann. Die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde vermag also lediglich gegen grobe Verstösse und Irrtümer bei der Anwendung materiellen Rechts Abhilfe zu schaffen (Kass.-Nr. 2001/249 Z, Entscheid vom 26. Januar 2002 i.S. K., Erw. I./1.a; von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. Aufl., Zürich 1986, S. 28; Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 1997, N 51 zu

- 8 - § 281 ZPO; Spühler/Vock, Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund, Zürich 1999, S. 68 f.). Die Beschränkung der kassationsgerichtlichen Kognition auf klare Rechtsverstösse zeigt sich insbesondere auch im Zusammenhang mit Entscheiden gemäss Art. 176 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB (Unterhaltsbeitragsregelung im Rahmen des Eheschutzes), welche der Richter nach Recht und Billigkeit zu treffen hat. Hier kann es nicht Aufgabe der Kassationsinstanz sein, ihr Ermessen an die Stelle desjenigen der Vorinstanz zu setzen. Eine Verletzung klaren Rechts liegt vielmehr nur dann vor, wenn der Vorderrichter das ihm zustehende Ermessen überschritten oder missbraucht hat (ZR 90 Nr. 95; zit. Entscheid Kass.-Nr. 2001/249 Z, a.a.O.; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 52 und N 52a zu § 281 ZPO; Spühler/Vock, a.a.O., S. 69 f.; s.a. ZR 99 Nr. 25, Erw. 2.4). Willkür in der Beweiswürdigung (§ 281 Ziff. 2 ZPO) liegt sodann nur vor, wenn der vom Sachrichter gezogene Schluss für einen unbefangenen Denkenden als unhaltbar erscheint. Eine vertretbare Beweiswürdigung ist daher noch nicht willkürlich, auch wenn die

Kassationsinstanz an der Stelle des Sachrichters al- lenfalls anders entschieden hätte (vgl. von Rechenberg, a.a.O., S. 28). Zur Be- gründung der Rüge gehört, dass in der Beschwerde gesagt wird, welcher tatsäch- liche Schluss aufgrund welcher Aktenstelle als willkürlich erscheint (ZR 81 Nr. 88 Erw. 6; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 4 zu § 288).

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