

# ZH\_KASSATIONSGERICHT AA070178 vom 22. Dezember 2008

Zh Kassationsgericht, 2008-12-22, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_kassationsgericht\\_AA070178](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_kassationsgericht_AA070178)

FR: ZH\_KASSATIONSGERICHT AA070178 du 22 décembre 2008

IT: ZH\_KASSATIONSGERICHT AA070178 del 22 dicembre 2008

## Erwägungen

### E. 1

Die Beklagte, Appellantin und Beschwerdeführerin (nachfolgend die "Beschwerdeführerin") und der Kläger, Appellat und Beschwerdegegner (nachfolgend der "Beschwerdegegner") sind die geschiedenen Eltern des gemeinsamen Sohnes Z.

### E. 2

Das anstehende Kassationsverfahren geht auf den Rechtsöffnungsentcheid der Einzelrichterin im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Q. vom 13. Mai 2004 zurück, worin die Einzelrichterin in der von der Beschwerdeführerin gegen den Beschwerdegegner angestregten Betreibung in einem (gegenüber dem Zahlungsbefehl reduzierten) Betrag definitive Rechtsöffnung gewährte (vgl. BG act. 2/3).

### E. 3

Die Vorinstanz hat auf die Einreichung einer Vernehmlassung ausdrücklich verzichtet (KG act. 8).

### E. 4

Die Beschwerdeführerin rügt nicht, das Obergericht habe klares materielles Recht verletzt, indem es die von Ingeborg Schwenzer vertretene Auffassung, wonach nachträgliche Abänderungen von Scheidungsrenten durch den Scheidungsrichter genehmigt werden müssen (Schwenzer, FamKomm Scheidung, Bern 2005, N 54 zu Art. 129 ZGB), verworfen habe (KG act. 2 S. 6, Erw. 3.2). Eine solche Rüge wäre angesichts der von der Vorinstanz ausführlich angeführten und zitierten (KG act. 2 S. 6, Erw. 3.2) anderslautenden Mehrheitsmeinung auch nicht begründet.

### E. 5

Der Beschwerdeführerin ist insofern zuzustimmen, dass die Natur einer nachträglichen Abänderung einer Scheidungsrente (sei es eine solche aufgrund eines Urteils oder einer gerichtlich genehmigten Konvention) verlangt, "dass im Lichte von Art. 6 OR kein [recte: ein] strenger Massstab angelegt und mithin eine stillschweigende Annahme einer vom Unterhaltspflichtigen gewünschten Reduktion nicht leichthin angenommen wird" (KG act. 1 S. 6, Ziff. 2.d). Das Bundesgericht hat in seinem Urteil 5C.170/2006 vom 17. Oktober 2006 (Erw. 4) Folgendes festgehalten: "Die Aufhebung des Unterhaltsbeitrags an die geschiedene Ehefrau durch Vereinbarung folgt den allgemeinen Regeln (Art. 115 OR i.V.m. Art. 7 ZGB). Der Wille zur Aufhebung einer Forderung ist nicht zu vermuten und muss klar zum Ausdruck gelangen. Die Aufhebung kann auch stillschweigend, insbesondere konkludent erfolgen, d.h. durch ein Verhalten, das nicht bloss passiv ist, sondern eindeutig und zweifelsfrei den Aufhebungswillen zeigt (BGE 52 II 215 E. 5 S. 220

ff.; D. Piotet, Commentaire romand, 2003, N. 22, und Gonzenbach, Basler Kommentar, 2003, N. 12, je zu Art. 115 OR, je mit Hinweisen; seither, z.B. BGE 129 III 476 E. 1.4 S. 478; 132 III 406 E. 2.6 S. 413 und 460 E. 4.5 S. 469). Für die Aufhebung von rechtskräftig zuerkannten Unterhaltsbeiträgen an den geschiedenen Ehegatten hat das Bundesgericht in seiner nicht veröffentlichten Rechtsprechung mit aller Strenge daran festgehalten, dass eine rein passive Haltung des Unterhaltsgläubigers auch dann keinen endgültigen Verzicht darstellt, wenn sie während langer Zeit eingenommen wird (Bühler/Spühler, Berner Kommentar, Ergänzungsband, 1991, N. 169 zu aArt. 158 ZGB, mit Hinweis; seither, z.B. Urteile 5C.46/1997 vom 24. April 1997, E. 3, und 5C.184/1997 vom 16. Dezember 1997, E. 3)." Im zitierten Entscheid ist das Bundesgericht zur Auffassung gelangt, dass

- 8 - eine unmissverständliche und eindeutige Äusserung der Beklagten, sie wolle auf die ihr gemäss rechtskräftigem Scheidungsurteil zustehenden Unterhaltsbeiträge vollumfänglich und endgültig verzichten, nicht nachgewiesen werden konnte. Es sei deshalb nicht zu beanstanden, dass das Obergericht gestützt auf dieses Be-weisergebnis einen Schulderlass im Sinne von Art. 115 OR verneint habe. Denn aus dem rein passiven Verhalten der Beklagten in der fraglichen Zeit (acht Monate) könne nach dem Gesagten nicht auf einen Verzicht auf Unterhaltsbeiträge geschlossen werden. Der vorliegende Sachverhalt, wie er von der Vorinstanz erstellt und von der Beschwerdeführerin als solcher auch nicht bestritten wird, ist indes gegenüber dem zitierten Entscheid in wesentlichen Punkten ein anderer.

#### **E. 6**

Das Obergericht hat die Annahme einer stillschweigenden Zustimmung zur Reduktion nicht (nur) auf die unwidersprochene Entgegennahme der reduzierten Zahlungen abgestützt, sondern auch darauf, dass der Beschwerdegegner parallel dazu (und wenn nicht auf Initiative der Beschwerdeführerin, so doch mit deren ausdrücklicher Zustimmung) den gemeinsamen Sohn Z. mehr (als in der seinerzeitigen Scheidungskonvention vereinbart) betreute, was auf seiner Seite den Wechsel in eine teurere, näher gelegene Wohnung nach sich zog, wie er der Beschwerdeführerin ausdrücklich mitgeteilt hatte (vgl. KG act. 2 S. 8 f., Erw. 3.3.a). Alle drei Faktoren (Mehrbetreuung, Wohnungswechsel, Entgegennahme reduzierter Beiträge) erfolgten entweder mit der ausdrücklichen Billigung (Mehrbetreuung) resp. im Wissen (Wohnungswechsel) oder (jedenfalls gegenüber dem Beschwerdegegner) widerspruchlos (Entgegennahme reduzierter Zahlungen). Ob ihm der Wohnungswechsel auch aus anderen Gründen gelegen gekommen sei, hat das Obergericht offengelassen.

#### **E. 7**

Die Vorinstanz ist zur Auffassung gelangt, "das [d.h. diese drei Faktoren] ... [könne], auch wenn man einen strengen Massstab anlegt, nach Treu und Glauben nur als Einverständnis mit der Reduktion der Zahlungen verstanden werden" (KG act. 2 S. 9), d.h. es lägen Umstände vor, welche den Beschwerdegegner nach Treu und Glauben berechtigt hätten, das Stillschweigen der Beschwerdeführerin auf den Erhalt der reduzierten Zahlungen als Einverständnis mit der Reduktion zu verstehen.

- 9 -

#### **E. 8**

Die Beschwerdeführerin weist zwar auf diesen Teil der Begründung hin (KG act. 1 S. 6, Ziff. 2.c), setzt sich damit aber nicht im Einzelnen auseinander. Die Beschwerdeführerin stellt der Auffassung der Vorinstanz vielmehr bloss ihre eigene gegenüber, wonach die Beschwerdeführerin "dem Frieden zuliebe und in Rücksicht auf das Kind der offenen Auseinandersetzung zeitweise aus dem Wege zu gehen versucht und einen besser geeigneten späteren Zeitpunkt [ge]wählt [habe], um ihre Unterhaltsansprüche durchzusetzen" (KG act. 1 S. 6, Ziff. 2.d). Sie begründet jedoch nicht, warum die Vorinstanz mit ihrer Auffassung klares materielles Recht verletzt haben soll, indem sie aufgrund dieser drei Faktoren das Stillschweigen der Beschwerdeführerin als Einverständnis mit der Reduktion auffasste. Somit ist nicht rechtsgenügend dargetan, dass die Auffassung der Vorinstanz, es sei gemäss Art. 6 OR eine Vereinbarung betreffend Reduktion der Rente zustande gekommen (KG act. 2 S. 9, Erw. 3.3.a), am Nichtigkeitsgrund gemäss § 281 Ziff. 3 ZPO leide. Zudem erscheint diese (auf die drei genannten Faktoren gestützte) vorinstanzliche Rechtsauffassung aus materiellrechtlicher Sicht keineswegs als unvertretbar, weshalb insoweit zumindest keine Verletzung klaren materiellen Rechts vorliegt.

#### **E. 9**

Mit den Überlegungen, welche die Vorinstanz dazu gebracht haben, nicht eine Stundung des Reduktionsbetrages, sondern einen dauerhaften Verzicht auf diesen Betrag anzunehmen (KG act. 2 S. 9 f., Erw. 3.3.a), setzt sich die Beschwerdeführerin nicht im Einzelnen auseinander, weshalb darauf nicht näher einzugehen ist. Es bestand für den Beschwerdegegner auch nach Treu und Glauben keine Veranlassung, das Verhalten der Beschwerdeführerin im Sinne einer Stundung zu verstehen, da er, wie die Vorinstanz unwidersprochen ausführt, nie eine solche verlangt hat. Ein dahingehendes Verhalten der Beschwerdeführerin hätte vielmehr direkt Treu und Glauben widersprochen, da sie durch ihre unkommentierte Entgegennahme der reduzierten Zahlungen den Beschwerdegegner in Handlungen (Mehrbetreuung von Z., Umzug in eine teurere Wohnung) bestärkte, welche er, nach seinen eigenen vorgängigen Äusserungen, mit einer endgültigen Reduktion der Beiträge verband. Das Stillschweigen der Beschwerdeführerin bloss als Aufschub der Geltendmachung (Stundung) zu verstehen, hatte er keine Veranlassung. Jedenfalls verletzt die vorinstanzliche Auffassung,

- 10 - nach Treu und Glauben (Vertrauensprinzip) sei nicht nur eine Stundung, sondern ein Verzicht vereinbart worden, kein klares materielles Recht im Sinne von § 281 Ziff. 3 ZPO.

#### **E. 10**

Es bleibt die Frage der Dauer des Verzichts, d.h. ob die Beschwerdeführerin auf ihren Anspruch, die monatlichen Rentenzahlungen unreduziert zu erhalten, dauerhaft (d.h. bis zum Eintreten der Rentenreduktion per Ende 2001 gemäss der vom Scheidungsgericht genehmigten Konvention) oder nur auf Zusehen hin verzichtet hat. Die Vorinstanz ist in grösstmöglicher Schonung der Interessen der Beschwerdeführerin von einem Einverständnis auf Zusehen hin (präkaristische Gestattung) ausgegangen. D.h. gemäss der Vorinstanz durfte der Beschwerdegegner das Stillschweigen der Beschwerdeführerin nicht als Einverständnis zu einer Reduktion seiner Beitragspflicht für die ganze Dauer ihres Bestandes bis Ende 2001 auffassen, sondern nur (aber immerhin) als Einverständnis zu einer Reduktion der Beitragspflicht auf Zusehen hin, d.h. bis zum Erhalt einer neuen Erklärung, mit welcher sie ihr Einverständnis widerrufen würde (KG act. 2 S. 10, Erw. 3.3.b). Mit der

Begründung dieser (Rechts-)Auffassung der Vorinstanz, die zumindest nicht klarerweise unzutreffend und damit unter dem beschränkten Gesichtswinkel von § 281 Ziff. 3 ZPO nicht zu beanstanden ist, setzt sich die Beschwerdeführerin nicht auseinander. Durch die Annahme eines Verzichts auf Zusehen hin (statt für eine bestimmte längere Dauer) ist die Beschwerdeführerin unter den gegebenen Umständen (Zustandekommen einer Vereinbarung betreffend Reduktion der Frauenrente) auch nicht beschwert, so dass eine diesbezügliche Rüge ohnehin nicht durchdringen könnte.

## E. 11

Die Rüge der Verletzung klaren materiellen Rechts ist demnach abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. B. Rüge der Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes 1. Die Beschwerdeführerin rügt zudem, die Vorinstanz habe wesentliche Verfahrensgrundsätze verletzt, indem sie von einem Sachverhalt ausgegangen sei, der vom Beschwerdegegner weder behauptet noch bewiesen worden sei (KG

- 11 - act. 1 S. 8, lit. e). Die Beschwerdeführerin beruft sich dabei auf den Nichtigkeitsgrund gemäss § 281 Ziff. 1 ZPO (KG act. 1 S. 7 f., Ziff. 2.e und f). Im Einzelnen wirft die Beschwerdeführerin dem Obergericht eine Verletzung der Verhandlungsmaxime (§ 54 Abs. 1 ZPO) und der Dispositionsmaxime (§ 54 Abs. 2 ZPO) sowie eine Verletzung von Art. 8 ZGB durch unrichtige Verteilung der Behauptungs- und Beweislast vor, indem es dem Beschwerdegegner etwas (eine Reduktion der Rente auf Zusehen hin) zugesprochen habe, was dieser weder behauptet noch gar bewiesen habe. Der Beschwerdegegner habe einzig das Zustandekommen einer ausdrücklichen Vereinbarung am 17. Juli 1998 behauptet, wonach die Unterhaltsrente um Fr. 450.-- pro Monat für die Zeit von August 1998 bis Ende Dezember 2001 reduziert (und auf die Anwendung der Indexierung gemäss Scheidungsurteil verzichtet) worden sei. Der Beschwerdegegner habe demnach nur eine ausdrücklich (nicht eine stillschweigend) zustande gekommene Vereinbarung, und nur eine Vereinbarung mit fest bestimmter Dauer, nicht eine Reduktion auf Zusehen hin, behauptet (KG act. 1 S. 8, Ziff. 2.f). 2. Die Beschwerdeführerin erblickt also eine Verletzung der Dispositionsmaxime (und damit eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes) darin, dass das Obergericht dem Beschwerdegegner weniger (Reduktion während einer durch die Beschwerdeführerin frei zu bestimmenden statt während einer verbindlich festgelegten längeren Dauer) und auf einer anderen rechtlichen Grundlage (ausdrückliche statt stillschweigende Annahme einer Offerte des Beschwerdegegners) zugesprochen habe, als dieser verlangt habe. 3. Die in § 54 Abs. 2 ZPO statuierte Dispositionsmaxime, welche den vorliegenden Streit um eine vermögensrechtliche Nebenfolge der Scheidung (Frauenrente) beherrscht (vgl. BGE 129 III 420, Erw. 2.1.2; Art. 123 und Art. 141 Abs. 3 ZGB sind hier nicht relevant), besagt, dass der Richter einer Partei weder mehr noch anderes zusprechen darf, als sie selbst verlangt, noch weniger, als der Gegner anerkannt hat. In ihrem wesentlichen Kern verbietet die Dispositionsmaxime dem Richter mit anderen Worten, über die Anträge der Parteien hinauszugehen: Er darf dem Kläger mithin nur zusprechen, was dieser verlangt, und er muss ihm das zusprechen, was der Gegner anerkannt hat (einlässlich dazu Wal-

- 12 - der-Richli, Zivilprozessrecht, 4. A., Zürich 1996, § 16 Rz 1 ff.; Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. A., Zürich 1979, S. 148 f.; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 14 ff. zu § 54 ZPO; Vogel/Spühler, Grundriss des Zivilprozessrechts, 8. A., Bern 2006, Kap. 6 Rz 8 ff.). 4. Nach ständiger Praxis des Kassationsgerichts kommt es bei der Beurteilung einer Verletzung der Dispositionsmaxime, mithin beim Vergleich zwischen Klage

(Rechtsbegehren) und Urteil, nicht auf die Begründung an, sondern ausschliesslich auf das Ergebnis (ZR 94 Nr. 16, Erw. V). Auch nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist für die Anwendung der Dispositionsmaxime die Fassung der Rechtsbegehren massgebend. Lauten diese auf Geldzahlung, ist das Gericht nur an den insgesamt eingeklagten Betrag gebunden (BGE 119 II 396 ff.). Die Dispositionsmaxime verbietet dem Gericht nicht, weniger zuzusprechen, als in der Klage verlangt wird, wenn die Voraussetzungen für eine vollumfängliche Gutheissung der Klage nicht erfüllt sind. 5. Gegenüber dem Klagebegehren auf Reduktion während einer vertraglich vereinbarten Zeitdauer (bis Ende Dezember 2001) ist die gerichtlich festgestellte Berechtigung zu einer Reduktion nur während einer von der Beschwerdeführerin auf Zusehen hin frei zu bestimmenden Dauer, die jedenfalls die vom Beschwerdegegner geltend gemachte Dauer nicht übersteigt, kein "aliud", sondern ein "minus". Die Beschwerdeführerin macht nicht geltend, das von der Vorinstanz Zuge-sprochene sei nicht in dem vom Beschwerdegegner Beantragten enthalten gewesen. Es liegt somit keine Verletzung der Dispositionsmaxime vor, und die entsprechende Rüge ist unbegründet. 6. Die Beschwerdeführerin macht auch eine Verletzung der Verhandlungsmaxime gemäss § 54 Abs. 1 ZPO geltend. 7. Nach der Verhandlungsmaxime obliegt es den Parteien, dem Gericht das Tatsächliche des Streites darzulegen. Daraus folgt, dass das Gericht seinem Urteil nur behauptete Tatsachen zugrunde legen darf. Über unbestrittene oder zugestandene Tatsachen hat das Gericht nicht Beweis zu erheben. Nicht behauptet werden müssen allgemein bekannte Tatsachen und Erfahrungen, Indizien und

- 13 - Hilfstatsachen sowie gesetzlich vermutete Tatsachen (vgl. statt vieler Vogel/Spühler, a.a.O., Kap. 6 Rz 26). Die Verhandlungsmaxime steht der Untersuchungsmaxime gegenüber. Jene findet im Ehescheidungsrecht generell Anwendung, soweit sie gesetzlich nicht ausdrücklich ausgeschlossen ist, wie beispielsweise für die die Auflösung der Ehe begründenden Tatsachen (Art. 139 Abs. 2 ZGB) sowie generell für Kinderbelange (Art. 145 ZGB). Für die hier im Streit liegenden vermögensrechtlichen Ansprüche der geschiedenen Ehefrau ist die Verhandlungsmaxime in jedem Fall relevant. 8. Zweifellos oblag dem Beschwerdegegner nach Art. 8 ZGB die Behauptungslast für die rechtshindernden resp. rechtsaufhebenden Tatsachen, aufgrund derer er die Nachzahlung des Betrags verweigerte, um welchen er die (gemäss der Scheidungskonvention an sich geschuldete) Ehegattenrente reduziert hatte (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 3a zu § 113 ZPO). In der erstinstanzlichen Klagebegründung hatte er – neben der Behauptung, es sei am 17. Juli 1998 eine Einigung zwischen den Parteien zustande gekommen – auch behauptet, die Beschwerdeführerin habe sich anschliessend entsprechend dieser Vereinbarung verhalten (BG act. 1 S. 4), d.h. der Beschwerdegegner habe in der Folge Z. einen Abend mit Übernachtung pro Woche zusätzlich betreut, was mit einem Umzug seinerseits in eine teurere Wohnung verbunden gewesen sei, und die darum wissende Beschwerdeführerin habe gegen die Bezahlung reduzierter Beträge nicht protestiert (BG act. 9 S. 3 f.). 9. Damit ist erstellt, dass der Beschwerdegegner alle Tatsachen behauptet hat, auf welche die Vorinstanz ihren Entscheid abgestützt hat. Die daraus gezogenen rechtlichen Folgerungen müssen nicht von den Parteien behauptet werden und sind insofern nicht Gegenstand der Verhandlungsmaxime. Der hypothetische Parteiwille und der normative Konsens, auf den die Vorinstanz aus diesen Tatsachen geschlossen hat, gehören als Rechtsfragen zu den rechtlichen Folgerungen (vgl. BGE 131 III 469 f., Erw. 1.1; 132 III 47 f., Erw. 4). Soweit mit der Nichtigkeitsbeschwerde diesbezüglich eine Verletzung der Verhandlungsmaxime geltend gemacht wird, ist sie somit unbegründet.

- 14 - 10. Die Rüge der Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes ist demnach abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. V. Zum prozessualen Antrag ist festzuhalten, dass die vom erstinstanzlichen Einzelrichter der Beschwerdeführerin gewährte unentgeltliche Prozessführung und Rechtsverteidigung (vgl. BG act. 83) dieser im Rechtsmittelverfahren nicht entzogen wurde, weshalb sie prinzipiell für das vorliegende Kassationsverfahren weiter gilt (§ 90 Abs. 2 ZPO e contrario). Da die Kassationsbeschwerde nicht geradezu aussichtslos erscheint, besteht auch kein Grund, die von der Erstinstanz gewährte unentgeltliche Rechtspflege für das Kassationsverfahren zu widerrufen. Entsprechend gilt die dem Beschwerdegegner vom Einzelrichter am Bezirksgericht Q. mit Verfügung vom 20. Juni 2005 gewährte vollumfängliche Armenrechtspflege (vgl. BG act. 14) für den ganzen kantonalen Instanzenzug, somit auch für das vorliegende Kassationsgerichtsverfahren. Für einen Widerruf besteht keine Veranlassung. VI. Ausgangsgemäss sind die Kosten des Kassationsverfahrens der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (§ 64 Abs. 2 ZPO). Infolge Weitergeltung der unentgeltlichen Prozessführung sind die Kosten dieses Beschwerdeverfahrens einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen (§ 85 Abs. 1 ZPO), wobei eine Nachforderung im Sinne von § 92 ZPO vorbehalten bleibt. Ferner wird die Beschwerdeführerin entschädigungspflichtig (§ 68 Abs. 1 ZPO). Da dem Beschwerdegegner ebenfalls ein unentgeltlicher Rechtsvertreter bestellt wurde, ist die durch die Beschwerdeführerin geschuldete Prozessschädigung direkt dem Rechtsvertreter des Beschwerdegegners zuzusprechen (§ 89 Abs. 1 ZPO). Im Fall der Uneinbringlichkeit wäre dem Rechtsvertreter die Entschädigung aus der Gerichtskasse zu entrichten (§ 89 Abs. 2 ZPO). Weiter ist

- 15 - dem unentgeltlichen Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin für seine Bemühungen und Auslagen im Kassationsverfahren eine Entschädigung aus der Gerichtskasse zuzusprechen (§ 89 Abs. 2 ZPO). VII. Bei einer zivilrechtlichen Streitigkeit mit einem Streitwert von weniger als Fr. 30'000.-- ist, wie bereits in Erw. II.2 hiervoor ausgeführt, eine Beschwerde an das Bundesgericht gemäss Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG nicht zulässig. Eine allfällige auf Art. 74 Abs. 2 lit. a BGG gestützte Beschwerde wegen Beurteilung einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung würde das Bundesgericht auf entsprechendes Vorbringen selbstständig prüfen. Der Beschwerdeführerin steht gestützt auf Art. 113 BGG die Erhebung einer subsidiären Verfassungsbeschwerde zu. Das Gericht beschliesst:

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