



---

Kass.-Nr. AA050122/U/mb

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Hans Michael Riemer, Dieter Zobl, die Kassationsrichterin Sylvia Frei und der Kassationsrichter Rudolf Ottomann sowie der Sekretär Christof Tschurr

## **Zirkulationsbeschluss vom 11. Mai 2006**

in Sachen

**A.X.**,

Kläger, Appellant, Rekurrent und Beschwerdeführer  
vertreten durch Rechtsanwalt  
substituiert durch Rechtsanwalt

gegen

**B.X.**,

Beklagte, Appellatin, Rekursgegnerin und Beschwerdegegnerin  
vertreten durch Rechtsanwalt

betreffend

**Abänderung des Scheidungsurteils  
(unentgeltliche Prozessführung und unentgeltliche Rechtsvertretung)**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der I. Zivilkammer des  
Obergerichts des Kantons Zürich vom 21. Juli 2005 (LC040076/Z04)**

**Das Gericht hat in Erwägung gezogen:**

I.

Die Parteien wurden vom Bezirksgericht Horgen mit Urteil vom 20. Juni 2002 geschieden. Mit der dabei genehmigten Teilkonvention verpflichtete sich der Beschwerdeführer u.a., der Beschwerdegegnerin bis zu seinem ordentlichen AHV-Alter Unterhaltsbeiträge von monatlich Fr. 1'000.-- zu bezahlen (BG act. 3/53). Mit Eingabe vom 12. August 2003 an das Bezirksgericht Horgen beantragte er eine "Alimentenkürzung rückwirkend auf den 1. Januar 2002". Ferner ersuchte er um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (unentgeltliche Prozessführung, unentgeltlichen Rechtsbeistand) (BG act. 1).

Mit Verfügung vom 28. Januar 2004 wies die Einzelrichterin in Familiensachen des Bezirkes Horgen das Gesuch des Beschwerdeführers um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ab (BG act. 10). An der erstinstanzlichen Hauptverhandlung vom 25. August 2004 stellte der Beschwerdeführer ein weiteres Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (BG act. 34 S. 2). Die Einzelrichterin wies mit Beschluss vom 30. September 2004 auch dieses Gesuch ab. Mit gleichzeitigem Urteil nahm sie von einem Rückzug betreffend Rückwirkung der Abänderungsklage Vormerk und wies die Klage im Übrigen ab (OG act. 45 S. 16 f.). Ferner erklärte sie, dass die Verfügung betreffend unentgeltlicher Rechtspflege als mitangefochten gelte, wenn gegen das Urteil Berufung erklärt werde (OG act. 45 S. 17 oben).

Gegen das einzelrichterliche Urteil erklärte der Beschwerdeführer Berufung (OG act. 46). Mit Eingabe vom 4. Februar 2005 stellte er die Berufungsanträge und begründete diese. Gleichzeitig "wiederholte" er das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (OG act. 55 S. 2). Mit Verfügung vom 10. Februar 2005 erläuterte die Vorinstanz, dass die erstinstanzliche Rechtsmittelbelehrung, wonach die Verfügung (betreffend unentgeltlicher Rechtspflege) als mitangefochten gelte, wenn gegen das Urteil Berufung erhoben werde, unzutreffend gewesen sei. Sie gab dem Beschwerdeführer jedoch Gelegenheit zu präzisieren,

wie sein Antrag auf Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege zu verstehen sei, insbesondere ob er damit lediglich um Bewilligung des prozessualen Armenrechts für das Berufungsverfahren nachsuche oder ob er auch einen Rekurs gegen die erstinstanzliche Abweisung seines dort gestellten Antrags erheben wolle (OG act. 58). Mit Eingabe vom 17. Februar 2005 erklärte der Beschwerdeführer sinngemäss, er habe auch einen Rekurs gegen die erstinstanzliche Abweisung des Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege erheben wollen, und beantragte, es sei festzustellen, dass die Rekursbegründung fristgerecht erfolgt sei. Eventualiter sei die Frist für die Begründung des Rekurses wiederherzustellen (OG act. 59 S. 2).

Mit Beschluss vom 21. Juli 2005 stellte das Obergericht (I. Zivilkammer) dem Beschwerdeführer die Frist zur Erhebung eines Rekurses gegen die erstinstanzliche Abweisung des Gesuchs um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege wieder her (Dispositiv-Ziffer 1). Sodann wies das Obergericht dieses Gesuch sowohl für das erst- als auch für das zweitinstanzliche Verfahren ab (Dispositiv-Ziffer 2; KG act. 2 S. 9). Gegen diesen Beschluss reichte der Beschwerdeführer rechtzeitig (OG act. 64, ES angeheftet, KG act. 1) eine Nichtigkeitsbeschwerde ein. Mit dieser beantragt er die Aufhebung von Dispositiv-Ziffer 2 des angefochtenen Beschlusses. Ferner beantragt er, es sei ihm sowohl für das erst- als auch für das zweitinstanzliche Verfahren wie auch für dieses Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren (KG act. 1 S. 2). Die Beschwerdegegnerin verzichtete auf eine Beschwerdeantwort (KG act. 8), die Vorinstanz auf eine Vernehmlassung zur Nichtigkeitsbeschwerde (KG act. 10).

## II.

1. Die Vorinstanz wies das Gesuch des Beschwerdeführers um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege sowohl für das erst- wie auch für das vorinstanzliche Verfahren deshalb ab, weil seine Abänderungsklage als aussichtslos erscheine (angefochtener Beschluss KG act. 2 S. 6 - 9). Als aussichtslos erachtete die Vorinstanz die Abänderungsklage aus zwei verschiedenen, alternativen Gründen. Der eine Grund war: Es erscheine fraglich, ob von einer erheblichen Einkommensminderung des Beschwerdeführers ausgegangen werden könne (angefochtener Beschluss KG act. 2 S. 8). Der andere Grund war: Der Beschwerdeführer habe trotz reduzierter Arbeitsfähigkeit im Jahre 2002 noch ein Einkommen erzielen können, das der Grundlage gemäss Scheidungsurteil entsprochen habe. Angesichts seiner selbständigen Tätigkeit sei kaum anzunehmen, dass bereits eine Reduktion des Einkommens im Jahre 2003 für eine Herabsetzung oder gar eine Aufhebung der Unterhaltsrente an die Beschwerdegegnerin herangezogen werden könne. Da er es gänzlich unterlassen habe, über die Erfolgsrechnung für das Jahr 2004 Angaben zu machen, müsse seine Klage auch unter dem Gesichtspunkt der erforderlichen Dauerhaftigkeit der Veränderung als aussichtslos erachtet werden (angefochtener Beschluss KG act. 2 S. 8 f.).

2. Die Ausführungen in der Beschwerde richten sich zur Hauptsache gegen den ersten der beiden von der Vorinstanz angeführten Gründe (Beschwerde KG act. 1 S. 3 - 6, S. 8). Bezüglich des zweiten Grundes wendet der Beschwerdeführer im Wesentlichen nur ein, der Vorwurf, er habe es gänzlich unterlassen, seine Erfolgsrechnung für das Jahr 2004 einzureichen, sei nicht haltbar. Er habe diese Unterlagen gar nicht einreichen können, weil diese bei Klageerhebung am 12.8.2003 und auch bei Erstellen der Berufungsschrift am 4.2.2005 noch gar nicht definitiv vorhanden gewesen seien. Indes zeugten die weiteren, von ihm damals eingereichten Unterlagen davon, dass es ihm nach der Scheidung wirtschaftlich wesentlich schlechter gehe als zum Zeitpunkt der Scheidung. Dies deute bereits darauf hin, dass die Bilanz 2004 einen wesentlich tieferen Gewinn als 2002 bzw. 2001 ausweise. Selbstverständlich werde er die Bilanz und Erfolgsrechnung 2004

im laufenden Verfahren einbringen (Beschwerde KG act. 1 S. 7 f. mit Verweisung auf "Beilagen 9-10").

a) Das Beschwerdeverfahren stellt keine Fortsetzung des Verfahrens vor dem Sachrichter dar. Zu prüfen ist, ob der angefochtene Entscheid auf Grund des bei der Vorinstanz gegebenen Aktenstandes an einem Nichtigkeitsgrund im Sinne von § 281 ZPO leidet. Daher sind neue tatsächliche Behauptungen, Einreden, Bestreitungen und Beweise, die eine Vervollständigung des Prozessstoffes bezwecken, über welchen der erkennende Richter zu entscheiden hatte, im Beschwerdeverfahren nicht zulässig. Gemäss § 290 ZPO werden lediglich die geltend gemachten Nichtigkeitsgründe überprüft. Diese sind nach § 288 Ziff. 3 ZPO in der Beschwerde nachzuweisen; die blosser Verweisung auf frühere Vorbringen genügt daher nicht (vgl. Guldener, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivilsachen nach Zürcherischem Recht, Zürich 1942, S. 67; von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. Auflage, Zürich 1986, S. 16 ff.; Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen ZPO, 3. Auflage, Zürich 1997, N 4 f. zu § 288 ZPO mit Hinweisen; Spühler/Vock, Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund, Zürich 1999, S. 56 f., 72 f.).

Aus der Natur des Beschwerdeverfahrens 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). In der Beschwerdebegründung sind insbesondere die angefochtenen Stellen des vorinstanzlichen Entscheides zu bezeichnen und diejenigen Aktenstellen, aus denen sich ein Nichtigkeitsgrund ergeben soll, im Einzelnen anzugeben. Es ist nicht Sache der Kassationsinstanz, in den vorinstanzlichen Akten nach den Grundlagen des geltend gemachten Nichtigkeitsgrundes zu suchen. Wer die vorinstanzliche Beweiswürdigung als willkürlich rügt, muss in der Beschwerde genau darlegen, welche tatsächlichen Annahmen des angefochtenen Entscheides auf Grund welcher Aktenstellen willkürlich sein sollen. Wird Aktenwidrigkeit einer tatsächlichen Annahme behauptet, so sind ebenfalls die Bestandteile der Akten, die nicht oder nicht in ihrer wahren Gestalt in die Beweis-

würdigung einbezogen worden sein sollen, genau anzugeben. Wer vorbringt, angerufene Beweismittel seien nicht abgenommen worden, hat zu sagen, wo und zu welchen Behauptungen er sich auf diese berufen hat (ZR 81 Nr. 88 Erw. 6; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 4 zu § 288; Spühler/Vock, a.a.O., S. 72 f.; von Rechenberg, a.a.O., S. 16 ff.).

b) Die eingangs dieser Ziffer zitierten Ausführungen des Beschwerdeführers gehen am angefochtenen Beschluss vorbei und damit fehl. Die Vorinstanz warf dem Beschwerdeführer nicht vor, dass er seine Erfolgsrechnung für das Jahr 2004 nicht eingereicht habe. Vielmehr hielt sie ihm vor, er habe es gänzlich unterlassen, über die Erfolgsrechnung für das Jahr 2004 Angaben zu machen. Dies hielt sie ihm deshalb vor, weil er trotz reduzierter Arbeitsfähigkeit im Jahre 2002 noch ein Einkommen habe erzielen können, das der Grundlage gemäss Scheidungsurteil entsprochen habe, und angesichts seiner selbständigen Tätigkeit kaum anzunehmen sei, dass bereits eine Reduktion des Einkommens im Jahre 2003 für eine Herabsetzung oder gar eine Aufhebung der Unterhaltsrente herangezogen werden könne. Damit ging die Vorinstanz davon aus, unter dem Gesichtspunkt der erforderlichen Dauerhaftigkeit der Veränderung der wirtschaftlichen Verhältnisse könnte erst eine (ggfs. andauernde oder weitere) Einkommensreduktion im Jahr 2004 (und evtl. in den folgenden Jahren) für eine Abänderung der Unterhaltsbeiträge genügend (dauerhaft) sein. Damit setzt sich der Beschwerdeführer nicht auseinander. Insbesondere wendet er nichts ein gegen die rechtliche vorinstanzliche Erwägung, dass eine Reduktion des Einkommens im Jahre 2003 (unter dem Aspekt der Dauerhaftigkeit) für eine Herabsetzung oder Aufhebung der Unterhaltsrente (noch) nicht relevant sei. Damit kam es für diesen vorinstanzlichen Grund auf die Höhe des vom Beschwerdeführer im Jahre 2003 erzielten Einkommens gar nicht an, sondern hätte frühestens ein im Jahre 2004 (ebenfalls) reduziertes Einkommen zu einer Herabsetzung oder Aufhebung herangezogen werden können. Da der Beschwerdeführer aber unbestrittenerweise dazu gar keine Angaben machte, ist kein Nichtigkeitsgrund bei der vorinstanzlichen Schlussfolgerung der Aussichtslosigkeit unter dem Gesichtspunkt der erforderlichen Dauerhaftigkeit ersichtlich. Dabei spielte nach der vorinstanzlichen Erwägung der Grund für die Unterlassung von Angaben zur Erfolgsrech-

nung für das Jahr 2004 keine Rolle, sondern allein der Umstand, dass keine solchen Angaben gemacht worden waren und damit nichts für eine Reduktion oder Aufhebung der Unterhaltsrente vorlag. Konnte der Beschwerdeführer dazu keine Angaben machen, weil die Unterlagen noch nicht vorhanden waren, war seine Abänderungsklage nach der vorinstanzlichen Erwägung verfrüht und deshalb zur Zeit der vorinstanzlichen Beurteilung aussichtslos. Das gilt auch bezüglich des Hinweises des Beschwerdeführers, dass er die Bilanz und Erfolgsrechnung 2004 im laufenden Verfahren einbringen werde (Beschwerde KG act. 1 S. 8).

c) Entgegen der Behauptung des Beschwerdeführers (Beschwerde KG act. 1 S. 7) beachtete die Vorinstanz seine Ausführungen zu seiner gesundheitlichen Verschlechterung durchaus, erwog dazu aber, die Erstinstanz habe zu Recht festgehalten, dass eine Verminderung der Arbeitsfähigkeit noch keinen Grund für eine Herabsetzung oder Aufhebung der Unterhaltsbeiträge bilde. Entscheidend sei, ob dem Beschwerdeführer ein wesentlich geringeres Einkommen zur Verfügung stehe als im Zeitpunkt der Scheidung und dass die Einkommensreduktion als dauerhaft anzusehen sei (angefochtener Beschluss KG act. 2 S. 7). Damit ging die Vorinstanz davon aus, dass die geltend gemachte gesundheitliche Verschlechterung des Beschwerdeführers bezüglich Unterhaltsbeiträge nur relevant wäre, wenn sie sich in einer Reduktion des Einkommens auswirkte, und ging deshalb - bzw. mangels Angaben des Beschwerdeführers über sein Einkommen im Jahre 2004 (vorstehend lit. b) - nicht weiter auf seine gesundheitliche Verschlechterung ein. Auch darin liegt kein Nichtigkeitsgrund.

d) Gemäss Beschwerde soll sich aus den "Beilagen 9 - 10" ergeben, dass es dem Beschwerdeführer nach der Scheidung wirtschaftlich wesentlich schlechter gehe als zum Zeitpunkt der Scheidung. Abgesehen davon, dass diese Ausführung den vorstehend (lit. a) dargelegten Substantiierungsanforderungen an die Begründung einer Nichtigkeitsbeschwerde nicht genügt, sind als "Beilagen 9 - 10" lediglich OG act. 56/9 und 56/10 = BG act. 35/9 und 35/10 ersichtlich. Dabei handelt es sich um eine Belastungsanzeige der Sparkasse Y. vom 19. August 2004 (über 5 einzelne Ausgaben) sowie um einen Kontoauszug des Jugendsekretariats Z. per 29. Februar 2004. Weshalb die Vorinstanz aus diesen Unterlagen

eine wesentliche Verschlechterung seiner Einkommenssituation im Jahre 2004 hätte annehmen müssen, erläutert der Beschwerdeführer nicht und ist auch nicht ersichtlich.

e) Mit dem Hinweis, dass die Vorinstanz mit der Begründung, der Prozess sei aussichtslos, den Endentscheid vorwegnehme, verbindet der Beschwerdeführer keine Rüge bzw. keinen Nichtigkeitsgrund (Beschwerde KG act. 1 S. 9). Zu Recht. Die Vorinstanz hatte zum Zeitpunkt des Entscheides über den Antrag auf Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege, deren Voraussetzungen und in diesem Zusammenhang auch die Frage der (Nicht-)Aussichtslosigkeit zu beurteilen.

f) Zusammenfassend wies der Beschwerdeführer bezüglich des zweiten alternativen Grundes des vorinstanzlichen Beschlusses keinen Nichtigkeitsgrund nach. Da dieser Grund den angefochtenen Entscheid für sich allein zu tragen vermag (Fehlen der Voraussetzung der Dauerhaftigkeit), ist die Beschwerde schon deshalb abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann, ohne dass die Ausführungen in der Beschwerde zum ersten Grund noch geprüft werden müssten.

### III.

Der angefochtene vorinstanzliche Beschluss basiert auf zwei verschiedenen alternativen Gründen, welche je den Entscheid selbständig tragen. Bezüglich des zweiten Grundes gehen die Ausführungen des Beschwerdeführers am angefochtenen Beschluss vorbei. Die Nichtigkeitsbeschwerde ist schon deshalb abzuweisen und war deshalb auch von vornherein aussichtslos. Auch das für dieses Beschwerdeverfahren gestellte Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ist deshalb mangels Erfüllung der Voraussetzung der Nicht-Aussichtslosigkeit (§ 84 Abs. 1 a.E. ZPO) abzuweisen.

#### IV.

Ausgangsgemäss sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (§ 64 Abs. 2 ZPO). Die Beschwerdegegnerin verzichtete auf eine Beschwerdeantwort. Damit sind für das Beschwerdeverfahren keine Prozessentschädigungen zuzusprechen.

#### **Das Gericht beschliesst:**

1. Der Antrag des Beschwerdeführers um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (unentgeltliche Prozessführung, unentgeltlicher Rechtsbeistand) für das Kassationsverfahren wird abgewiesen.
2. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann.
3. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf:  
Fr. 500.-- ; die weiteren Kosten betragen:  
Fr. 219.-- Schreibgebühren,  
Fr. 133.-- Zustellgebühren und Porti.
4. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden dem Beschwerdeführer auferlegt.
5. Für das Kassationsverfahren werden keine Prozessentschädigungen zugesprochen.

6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich und die Einzelrichterin in Familiensachen am Bezirksgericht Horgen, je gegen Empfangsschein.

---

**KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH**

Der juristische Sekretär: