



---

Kass.-Nr. AA070151/U/la

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Bernhard Gehrig, die Kassationsrichterinnen Sylvia Frei und Yvona Griesser und der Kassationsrichter Georg Naegeli sowie die juristische Sekretärin Margrit Scheuber

## **Zirkulationsbeschluss vom 15. September 2008**

in Sachen

**A.**

geboren ..., von ...,

whft. ...,

Gesuchsteller, Erstappellant und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. C.

gegen

**B.**

geboren ..., von ...,

whft. ...,

Gesuchstellerin, Zweitappellantin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. D.

betreffend

**Ehescheidung / Unterhaltsbeiträge**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Urteil der I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 28. August 2007 (LC050050/U)**

**Das Gericht hat in Erwägung gezogen:**

I.

1. Die Parteien heirateten im März 1992 und haben einen gemeinsamen Sohn E., geboren am 20. Oktober 1993. Der Gesuchsteller und Beschwerdeführer (nachfolgend: Beschwerdeführer) arbeitete als Psychiatriepfleger mit unterschiedlichen Pensen und war im Jahr 2005 ein halbes Jahr arbeitslos. Zum Zeitpunkt des vorinstanzlichen Urteils war der Beschwerdeführer als Psychiatriepfleger mit einem 30%-igen Pensum bei der Klinik für Suchttherapien "S." in F. angestellt (OG act. 99/1), arbeitete jedoch teilweise bis zu 80%. Die Gesuchstellerin und Beschwerdegegnerin (künftig: Beschwerdegegnerin) ist gemäss einer Verfügung der Eidgenössischen Invalidenversicherung vom 30. April 2004 zu 51% invalid. Sie erhält von der IV eine halbe Invalidenrente von Fr. 733.-- im Monat zuzüglich einer Kinderrente für E. von Fr. 294.-- im Monat. Seit Januar 2001 lebten die Parteien getrennt. Gemäss einer ersten Eheschutzverfügung vom 5. April 2001 hatte der Beschwerdeführer der Beschwerdegegnerin für sich und den Sohn der Parteien einen Unterhaltsbeitrag von monatlich Fr. 2'850.-- (Fr. 850.-- für den Sohn, Fr. 2'000.-- für die Beschwerdegegnerin persönlich) zuzüglich Kinderzulagen zu bezahlen (ER act. 8/7/5/8); nach einem Abänderungsbegehren des Beschwerdeführers einigten sich die Parteien am 7. März 2002 unter anderem für die Zeit ab 1. April 2002 neu auf einen Unterhaltsbeitrag von Fr. 1'431.-- für die Beschwerdegegnerin persönlich (ER act. 8/7/18, S. 2).

2. Am 27. Mai 2004 reichte der Beschwerdeführer gestützt auf eine Vereinbarung der Parteien das Gesuch um Scheidung der Ehe und gerichtliche Regelung der Nebenfolgen ein (ER act. 1 und 3). Mit Teilvereinbarung vom 1. Mai 2005 einigten sich die Parteien insbesondere über die elterliche Sorge für E., das Besuchsrecht und weitgehend über das Güterrecht. Die Regelung der Unterhaltspflicht des Beschwerdeführers blieb umstritten und die Einzelrichterin am Bezirksgericht G., Y. Abteilung verpflichtete den Beschwerdeführer mit Urteil vom 13. Juni 2005 unter anderem, monatliche Kinderunterhaltsbeiträge von Fr. 1'200.- zuzüglich allfälliger Kinderzulagen sowie an die Beschwerdegegnerin persönlich

einen Unterhaltsbeitrag im Sinne von Art. 125 ZGB in der Höhe von Fr. 1'070.-- bis und mit Oktober 2009 zu bezahlen. Sodann wurde dem Beschwerdeführer die unentgeltliche Prozessführung gewährt und ein unentgeltlicher Rechtsbeistand beigegeben. Schliesslich hat die Einzelrichterin mit Verfügung ebenfalls vom 13. Juni 2005 die eheschutzrichterliche Unterhaltsregelung ersetzt und im Rahmen vorsorglicher Massnahmen die Unterhaltsbeiträge für den Sohn E. ab 1. April 2005 bis 31. Juli 2005 neu auf Fr. 700.-- im Monat und ab dann auf Fr. 1'200.--, sowie für die Beschwerdegegnerin persönlich ab 1. August 2005 auf Fr. 830.-- im Monat festgelegt (ER act. 44). Einen gegen diese Verfügung vom Beschwerdeführer erhobenen Rekurs hiess die I. Zivilkammer des Obergerichts mit Beschluss vom 13. Dezember 2005 insofern gut, als die Unterhaltsbeiträge für E. auf Fr. 500.-- im Monat vom 1. April 2005 bis 31. Juli 2005, bzw. Fr. 850.-- im Monat ab 1. August 2005, und für die Beschwerdegegnerin auf Fr. 590.-- monatlich ab 1. August 2005 festgesetzt wurden (OG act. 73/11).

3. Gegen das Urteil der Einzelrichterin erhoben beide Parteien Berufung und fochten insbesondere die Unterhaltsregelung an (OG act. 46 und 50; 47 und 51). Mit Beschluss vom 12. Januar 2006 stellte die I. Zivilkammer des Obergerichts die Rechtskraft verschiedener Punkte des Scheidungsurteils vom 13. Juni 2005 fest (Scheidungs punkt, elterliche Sorge für E., Besuchsrecht, soweit zugestanden, Genehmigung der Teilvereinbarung, Abweisung der Anweisung an die Arbeitslosenkasse, Regelung betreffend Familiengarten, Steuerschulden, Gerichtsgebühren) und lud gleichzeitig die Parteien zu einer ergänzenden persönlichen Befragung vor. Zudem wurde der Beschwerdegegnerin die unentgeltliche Prozessführung gewährt und ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt (OG act. 71). Anlässlich der Berufungsverhandlung vom 19. Juni 2006 einigten sich die Parteien mit Bezug auf den Ausgleich des Freizügigkeitsanspruches und betreffend einem erweiterten Besuchsrecht (Prot. OG S. 35 ff.). Nach Durchführung eines Beweisverfahrens, insbesondere zu den Einkommensmöglichkeiten des Beschwerdeführers, hat die I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich mit Urteil vom 28. August 2007 den Beschwerdeführer verpflichtet, der Beschwerdegegnerin an die Kosten und den Unterhalt des Sohnes E. einen monatlichen Unterhaltsbeitrag von Fr. 1'200.-- zuzüglich allfälliger Kinderzulagen, sowie der Beschwerdegegner-

rin persönlich gestützt auf Art. 125 ZGB einen monatlichen Unterhaltsbeitrag von Fr. 400.-- bis und mit Oktober 2009 zu bezahlen. Sie legte diesem Urteil ein Erwerbseinkommen des Beschwerdeführers von Fr. 5'200.-- netto, inkl. 13. Monatslohn, zuzüglich Kinderzulagen sowie ein Einkommen der Beschwerdegegnerin von Fr. 1'027.-- aus IV-Renten und Fr. 603.-- netto im Monat aus Teilverdienst, sowie fehlendes Vermögen bei beiden Parteien zugrunde (OG act. 102 = KG act. 2).

4. Mit Eingabe vom 2. Oktober 2007 erhob der Beschwerdeführer gegen dieses Urteil die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde und beantragte, er sei in Abänderung von Disp.-Ziff. 2 des Urteils zu verpflichten, der Beschwerdegegnerin an die Kosten des Unterhalts des Sohnes E. monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 650.--, eventualiter Fr. 850.--, zuzüglich allfälliger Kinderzulagen, zu bezahlen. Weiter sei er in Neufassung von Disp.-Ziff. 3 des Urteils von der Verpflichtung zur Leistung von nahehelichem Unterhalt im Sinne von Art. 125 ZGB zu entbinden, eventualiter zu einem monatlichen Unterhaltsbeitrag an die Beschwerdegegnerin vom Fr. 200.-- monatlich bis und mit Oktober 2009 zu verpflichten. Weiter seien in Abänderung von Disp.-Ziff. 5 des Urteils die diesem zugrunde gelegten finanziellen Verhältnisse der Parteien gemäss der Begründung der Beschwerde neu festzulegen (KG act. 1, S. 2 f.). Der Beschwerdeführer verlangte auch die Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und die Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes für das Beschwerdeverfahren. Die vom Beschwerdeführer beantragte aufschiebende Wirkung der Beschwerde wurde dieser mit Präsidialverfügung vom 5. Oktober 2007 verliehen. Gleichzeitig wurde der Antrag des Beschwerdeführers um Abänderung der vorsorglichen Massnahmen für die Dauer des Verfahrens (Herabsetzung der von ihm an den Unterhalt des Sohnes zu bezahlenden Unterhaltsbeiträge ab 1. Oktober 2007 auf Fr. 650.-- im Monat zuzüglich Kinderzulagen sowie Entbindung von der Pflicht auf Bezahlung von Unterhaltsbeiträgen an die Beschwerdegegnerin; KG act. 1, S. 3) im Sinne von § 286 Abs. 2 ZPO an das Obergericht des Kantons Zürich überwiesen. Die Beschwerdegegnerin hat mit Beschwerdeantwort vom 8. November 2007 die Abweisung der Nichtigkeitsbeschwerde und für sich die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Beschwerdeverfahren beantragt. Weiter stellte sie den An-

trag, das entsprechende Gesuch des Beschwerdeführers um unentgeltliche Prozessführung und um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsvertreter sei nicht zu bewilligen (KG act. 11, S. 2). Mit Beschluss vom 16. April 2008 hat die I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich sodann das Begehren des Beschwerdeführers um Abänderung der vorsorglichen Massnahmen gemäss Beschluss des Obergerichts vom 13. Dezember 2005 abgewiesen und ihm für das Verfahren betreffend Abänderung der vorsorglichen Massnahmen die unentgeltliche Prozessführung und ab dem Zeitpunkt des Entscheides die unentgeltliche Rechtsverteidigung entzogen. Zudem belegte sie den Beschwerdeführer mit einer Ordnungsbusse von Fr. 500.-- (KG act. 23).

## II.

1. Der Beschwerdeführer beanstandet mit seiner Nichtigkeitsbeschwerde, die Vorinstanz sei in Bezug auf seine finanziellen Verhältnisse von willkürlichen tatsächlichen Annahmen im Sinne von § 281 Ziff. 2 ZPO in Verbindung mit Art. 9 BV ausgegangen, welche einseitig nicht die Gesamtsituation berücksichtigt hätten. So sei für die Vorinstanz massgebend gewesen, dass der Beschwerdeführer bei der Klinik für Suchttherapien "S." seit September 2006 als Psychiatriepfleger in einem unbefristeten Arbeitsverhältnis stehe und trotz des Beschäftigungsgrades von ursprünglich 30% und nachher von 50% in den Monaten Februar 2007 ein Pensum von 75% und im März 2007 ein solches von 80% habe erfüllen können, was zu monatlichen Einkünften von Fr. 4'814.50 geführt habe. Unter Berücksichtigung des 13. Monatslohnes sei die Vorinstanz sodann von einem gerundeten Nettoeinkommen von Fr. 5'200.-- im Monat ausgegangen und habe sich dazu auch auf Aussagen des Beschwerdeführers abgestützt. Dieser habe jedoch im Rahmen seiner persönlichen Befragung ausgeführt, dass er das erhöhte Pensum von 80% nur vorübergehend während der Erkrankung einer Kollegin innehabe. Willkürlich habe die Vorinstanz nicht auf die sich bei den Akten befindlichen Verträge abgestellt, wonach dem Beschwerdeführer nur ein Vertrag über ein Pensum von 50% offeriert worden sei. Auch wenn er ausgesagt habe, er würde gerne zu 80% arbeiten, sei es ihm nicht gelungen, einen solche Anstellung zu finden. Die Vorinstanz hätte damit nicht einfach auf die Monate Februar und März 2007 ab-

stellen dürfen, sondern hätte von den Verträgen mit der Klinik S. mit einem 50%-Pensum ausgehen müssen. Zudem hätte die in der Hauptverhandlung vom 19. Juni 2006 vorgetragene veränderte Situation berücksichtigt werden müssen, wonach in der Zeit vom Juli bis Dezember 2005 nur ein Einkommen von monatlich Fr. 2'353.-- erzielt worden sei und anfangs 2006 ein solches von Fr. 3'947.45. Selbst wenn die Vorinstanz bei Urteilsfindung von den aktuellen Verhältnisse hätte ausgehen wollen, hätte sie nicht nur den Märzlohn 2007 berücksichtigen dürfen, sondern hätte den Durchschnitt der Lohnauszahlungen von Januar bis und mit März 2007 als Ausgangspunkt nehmen müssen, was ohne Kinderzulagen und 13. Monatslohn monatlich netto Fr. 4'074.40 ergeben hätte (KG act. 1, S. 4 - 7).

2. a) Nach allgemeinen Erwägungen zum Kinderunterhaltsbeitrag führte die Vorinstanz bezüglich Unterhaltspflicht des einen gegenüber dem anderen Ehegatten aus, Voraussetzung und Grenze der Beitragspflicht sei auf der einen Seite der Bedarf des auf den Unterhaltsbeitrag angewiesenen Gatten, auf der anderen Seite die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Beitragspflichtigen. Der Richter habe bei der Festsetzung des Betrages von den nicht abschliessenden Kriterien des Art. 125 Abs. 2 ZGB auszugehen, wobei ihm im Einzelfall ein gewisses Ermessen zustehe. Bei den verfügbaren Mitteln sei auf das tatsächliche und mit gutem Willen erzielbare Einkommen abzustellen. So sei grundsätzlich vom tatsächlich erzielten Einkommen auszugehen, jedoch könne unter Umständen der pflichtigen Person auch ein höheres Einkommen angerechnet werden, wenn dessen Erzielung möglich und zumutbar erscheine (KG act. 2, S. 15 f.).

b) Die Vorinstanz führte im Urteil aus, es sei im Grundsatz unbestritten geblieben, dass der Beschwerdeführer zu verpflichten sei, an die Kosten des Unterhalts des Sohnes E. Unterhaltsbeiträge zu bezahlen bis zum ordentlichen Abschluss einer angemessenen Ausbildung. Weiter sei unbestritten geblieben, dass allfällige Unterhaltsbeiträge an die Beschwerdegegnerin persönlich grundsätzlich bis und mit Oktober 2009 zu leisten wären. Dem Urteil sei sodann der Sachverhalt zu Grund zu legen, wie er im Zeitpunkt der Urteilsfindung bestehe (unter Hinweis auf § 188 Abs. 1 ZPO).

c) Diesbezüglich führt die Vorinstanz zur Einkommenssituation des Beschwerdeführers weiter aus, dieser sei seit dem 1. September 2006 als Psychiatriepfleger in einem unbefristeten Arbeitsverhältnis bei der Klinik für Suchttherapie "S." angestellt, bei einem vermerkten Anstellungsgrad von 30%. Jedoch sei er seither mit einem höheren Beschäftigungsgrad eingesetzt gewesen, nämlich ab Februar 2007 mit einem zugesicherten Beschäftigungsgrad von 50%. Im Februar 2007 habe er ein Pensum von 75% und im März ein solches von 80% geleistet, wobei er gemäss Lohnabrechnung vom 20. März 2007 ein monatliches Nettoeinkommen von Fr. 4'814.50 (Fr. 4'558.50 abzüglich Fr. 190.-- Kinderzulagen, zuzüglich Fr. 446.-- Abgabe an Jugendsekretariat) erzielt habe. Da ein Anspruch des Beschwerdeführers auf einen 13. Monatslohn bestehe, die Betreuungszulage von Fr. 160.-- jedoch nur 12 Mal jährlich ausbezahlt werde, sei von einem massgeblichen Nettolohn und damit von einer entsprechenden Leistungsfähigkeit von Fr. 5'200.-- monatlich auszugehen. Das Ziel des Beschwerdeführers sei denn auch eine Arbeitstätigkeit im erlernten Beruf mit einem Beschäftigungsgrad von 80% (KG act. 2, S. 18 f.).

d) Im Folgenden begründete die Vorinstanz, weshalb entgegen der Auffassung der Beschwerdegegnerin dem Beschwerdeführer kein höheres hypothetisches Einkommen bzw. kein höheres Pensum anzurechnen sei. Es sei dabei zu prüfen, ob es für den Beschwerdeführer möglich sei, innert kürzerer Frist eine entsprechende Anstellung zu finden. Nach Würdigung der Aussage einer Zeugin (Geschäftsführerin eines Spitex) führte die Vorinstanz aus, es könne nicht angenommen werden, dem Beschwerdeführer sei es ohne Weiteres möglich, eine 100%-Anstellung zu finden. Vom Beschwerdeführer könne auch nicht verlangt werden, er müsse in den Raum Zürich zurück kehren, weil hier etwas höhere Löhne bezahlt würden. Damit müsse es bei einem anrechenbaren Einkommen des Beschwerdeführers von netto Fr. 5'200.-- pro Monat sein Bewenden haben (KG act. 2, S. 19 f.).

3. a) Vorauszuschicken ist vorerst, dass Willkür in der Beweiswürdigung (§ 281 Ziff. 2 ZPO) nur vorliegt, wenn der vom Sachrichter gezogene Schluss für einen unbefangenen Denkenden als unhaltbar erscheint. Eine vertretbare Beweiswür-

digung ist daher noch nicht willkürlich, auch wenn die Kassationsinstanz an der Stelle des Sachrichters allenfalls anders entschieden hätte (vgl. von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. Auflage, Zürich 1986, S. 28). Zur Begründung der Rüge gehört, dass in der Beschwerde gesagt wird, welcher tatsächliche Schluss aufgrund welcher Aktenstelle als willkürlich erscheint (ZR 81 Nr. 88 Erw. 6; Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 1997, N 4 zu § 288).

b) Die Beanstandung des Beschwerdeführers betreffend der willkürlichen Annahme im Hinblick auf seine Leistungsfähigkeit gehen an den Erwägungen der Vorinstanz vorbei. Zwar hat die Vorinstanz letztlich für die Leistungsfähigkeit auf den vom Beschwerdeführer im März 2007 erzielten Lohn abgestellt, jedoch zuvor durchaus auch darauf Bezug genommen, dass sein Anstellungsgrad gemäss Vertrag nur 30% bzw. ab Februar 2007 50% betragen hatte. Allerdings hat die Vorinstanz zu Recht ausgeführt, er habe seither ein höheres Pensum erfüllt. Nicht weiter berücksichtigt wurde zwar der Einwand des Beschwerdeführers, er habe bereits anlässlich der persönlichen Befragung ausgeführt, dass er das höhere Pensum von 80% nur während der Krankheit einer Kollegin ausüben könne. Letztlich ausschlaggebend ist jedoch die Erwägung der Vorinstanz, wonach zwar grundsätzlich von den tatsächlichen Verhältnissen auszugehen ist, dass aber auch ein höheres Einkommen anzurechnen ist, wenn dessen Erzielung möglich und zumutbar erscheint. Die Vorinstanz ist somit davon ausgegangen, dass – nachdem es das Ziel des Beschwerdeführers sei, eine Arbeitstätigkeit in seinem erlernten Beruf mit einem Beschäftigungsgrad von 80% auszuüben – die Leistungsfähigkeit des Beschwerdeführers in der Höhe des von ihm bei einem 80%-Pensum bei seinem damaligen Arbeitgeber (Klinik "S.") erzielten Lohnes gegeben sei (KG act. 2, S. 19). Implizit ging sie somit davon aus, es sei dem Beschwerdeführer möglich und zumutbar, ein solches Einkommen mit einem Pensum von 80% in seinem erlernten Beruf zu erzielen. Diese Einschätzung wird nicht schon dadurch willkürlich, dass der Beschwerdeführer vor Vorinstanz ausführte, das 80%-Pensum bei der Klinik "S." sei nur vorübergehend möglich, solange eine Kollegin krank sei, da sich die Einschätzung nicht allein auf die damals aktuelle Arbeitsstelle des Beschwerdeführers bezog, sondern allgemein – nach Würdigung

der Aussage der Zeugin H., Geschäftsführerin des Spitex-I. – von der Möglichkeit und Zumutbarkeit einer Anstellung als Psychiatriepfleger mit einem Pensum von 80% ausgegangen wurde (vgl. dazu die Erwägungen der Vorinstanz KG act. 2, S. 19 f.). Daran ändern im Übrigen auch die Vorbringen des Beschwerdeführers bezüglich des im Juli bis Dezember 2005 und anfangs 2006 erzielten Einkommens nichts, geht es bei der Beurteilung der Leistungsfähigkeit doch um künftige Verdienstmöglichkeiten des Beschwerdeführers. Auch die Beanstandung des Beschwerdeführers, wonach die Vorinstanz zu berücksichtigen gehabt hätte, dass er im Januar 2007 bis März 2007 durchschnittlich nur Fr. 4'074.40 netto monatlich verdient habe, gehen an den Erwägungen der Vorinstanz, wonach es dem Beschwerdeführer möglich und zumutbar sei, netto Fr. 5'200.-- monatlich bei einem Pensum von 80% als Psychiatriepfleger zu verdienen, vorbei. Die Vorinstanz ging ohne in Willkür zu verfallen auch auf Grund der Zeugenaussagen von H. davon aus, es sei dem Beschwerdeführer möglich, innert einer angemessenen Frist in seinem erlernten Beruf als Psychiatriepfleger eine Stelle mit einer 80%-Pensum zu einem Lohn wie er ihn in der Klinik "S." im März 2007 erhalten hatte, zu finden. Dies geht implizit aus den Erwägungen der Vorinstanz hervor, wonach ihm kein höheres hypothetisches Einkommen auf der Grundlage einer 100%-Anstellung angerechnet werden könne (KG act. 2, S. 19 unten, S. 20 oben). Schliesslich kann der Beschwerdeführer auch keine willkürliche tatsächliche Annahme durch die Vorinstanz nachweisen, indem er ausführt (vgl. KG act. 1, S. 6 oben), im Zusammenhang mit der Annahme einer 80%-igen Stelle sei die Würdigung der Zeugenaussage von Frau H. durch die Vorinstanz "interessant", wo festgehalten werde, dass der Grossteil der Krankenpfleger mit einem Pensum von rund 60% erwerbstätig sei. Eine eigentliche Beanstandung bzw. eine genügende Rügebeurteilung im Sinne von § 288 ZPO kann darin nicht gesehen werden.

c) Zusammenfassend ist auszuführen, dass der Beschwerdeführer hinsichtlich der vorinstanzlichen Erwägung, wonach von einer Leistungsfähigkeit des Beschwerdeführers von (gerundet) netto Fr. 5'200.-- im Monat auszugehen sei, keine willkürliche Beweiswürdigung betreffend dieser Verdienstmöglichkeit nachweisen kann. Soweit der Beschwerdeführer allenfalls auch die Zumutbarkeit zur Erzielung des angerechneten Verdienstes in Frage stellen wollte, würde es sich um

eine Rechtsfrage handeln, welche vom Bundesgericht in freier Kognition überprüft und somit im kantonalen Beschwerdeverfahren nicht aufgeworfen werden kann (§ 285 ZPO; BGE 126 III 10, Erw. 2.b).

### III.

1. Der Beschwerdeführer stellt für das Beschwerdeverfahren den Antrag, es sei ihm die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen und ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen (KG act. 1, Ziff. 7, S. 3 und S. 9 f.). Diese Rechtswohlthat war dem Beschwerdeführer bereits vor Vorinstanzen gewährt worden (Verfügung der Einzelrichterin am Bezirksgericht G. vom 13. Juni 2005: ER act. 44 = OG act. 49). Grundsätzlich gilt diese auch für das Rechtsmittelverfahren weiter, wenn kein Grund zu deren Entzug vorliegt (§ 91 ZPO). Allerdings hat die I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich mit Beschluss vom 16. April 2008 einerseits das Gesuch um Abänderung der vorsorglichen Massnahmen abgewiesen und andererseits für das Verfahren betreffend Abänderung der vorsorglichen Massnahmen die unentgeltliche Prozessführung sowie mit Wirkung ab 16. April 2008 die Bestellung des unentgeltlichen Rechtsvertreters entzogen (KG act. 23, Disp.-Ziff. 2, S. 16). Zudem hat die Beschwerdegegnerin in ihrer Beschwerdeantwort vom 8. November 2007 beantragt, das Gesuch des Beschwerdeführers um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und unentgeltliche Rechtsverteidigung sei für das Beschwerdeverfahren nicht zu bewilligen (KG act. 11, S. 2), was auch als Gesuch um Entzug der unentgeltlichen Prozessführung und der unentgeltlichen Rechtsvertretung des Beschwerdeführers aufgefasst werden kann. Dem Beschwerdeführer war daraufhin Gelegenheit zur Stellungnahme zu seiner finanziellen Situation im Hinblick auf die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege gegeben worden (KG act. 13), welche am 20. November 2007 erstattet wurde (KG act. 18).

2. Gemäss § 84 ZPO kann einer Partei, der die Mittel fehlen, um neben dem Lebensunterhalt für sich und ihre Familie die Gerichtskosten aufzubringen, die unentgeltliche Prozessführung bewilligt werden, wenn der Prozess nicht aussichtslos erscheint. Zudem kann ihr unter denselben Voraussetzungen auf Ge-

such hin gemäss § 87 ZPO ein unentgeltlicher Rechtsvertreter bestellt werden. Nach § 91 ZPO kann die Bewilligung zur unentgeltlichen Prozessführung oder Vertretung entzogen werden, wenn die Voraussetzungen im Laufe des Prozesses dahinfallen. Zudem kann die Rechtsmittelinstanz für ihr Verfahren auch einen eigenen Entscheid fällen (§ 90 Abs. 2 ZPO).

a) Die Beschwerdegegnerin macht mit ihrer Beschwerdeantwort sinngemäss geltend, die Voraussetzungen zur Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und Verbeiständung seien beim Beschwerdeführer nicht (mehr) erfüllt. So habe dieser im Berufungsverfahren falsche Angaben über seine finanziellen Verhältnisse gemacht und es unterlassen, das Gericht von der wesentlichen Verbesserung seiner Verhältnisse zu unterrichten. So sei erst nach Versand des vorinstanzlichen Urteils vom Obergericht mitgeteilt worden, dass der Beschwerdeführer sich offenbar in treuwidriger Weise nach Abgabe der Erklärung vom 19. Juni 2006 und Verpflichtung zur Überweisung von Fr. 21'000.-- an Vorsorgegeldern am 1. September 2006 einen Betrag von rund Fr. 58'000.-- habe auszahlen lassen. Der Beschwerdeführer habe das Gericht anlässlich der Verhandlung vom 18. April 2007 auf die Frage nach dem Verbleib der Vorsorgegelder belogen, da nur Fr. 9'728.70 an die Berner Pensionskasse vergütet worden seien. Zudem habe die Beschwerdegegnerin erst nach Abschluss des Berufungsverfahrens erfahren, dass der Beschwerdeführer am 6. Februar 2006 eine Einzelfirma "K." mit Sitz in L. im Handelsregister habe eintragen lassen. Es sei davon auszugehen, dass er mit dieser Einzelfirma ein Einkommen erziele. Der Beschwerdeführer habe weder die Vorinstanz noch das Kassationsgericht über seine finanziellen Verhältnisse informiert und diese stellten sich insgesamt als intransparent dar. Zudem habe er keine Auskunft über den Verbleib des Vorsorgekapitals von Fr. 58'000.-- gemacht. Ausserdem sei die Beschwerde als aussichtslos zu beurteilen (KG act. 11, S. 10 ff.).

b) In seiner Stellungnahme vom 20. November 2007 führte der Beschwerdeführer hierzu aus, er habe mit Eingabe vom 12. November 2007 an das Obergericht zu seiner aktuellen finanziellen Situation Stellung genommen, wobei aufgezeigt worden sei, dass er aktuell über ein monatliches Nettoeinkommen von Fr. 4'045.85 verfüge und sein Kontostand per Ende September 2007 einen Mi-

nussaldo von Fr. 327.90 aufweise. Zudem seien beim Obergericht die Bankbelege eingereicht worden, aus welchen hervorgehe, dass das Pensionskassenguthaben vom September 2006 bis und mit März 2007 mit Bezügen von der Bank abgehoben und verbraucht worden sei; auf jene Eingabe werde verwiesen. Zudem legte der Beschwerdeführer die vor Obergericht eingereichten Belege auch beim Kassationsgericht ein (KG act. 19/1-2). Aus der eingereichten Liste sei zu entnehmen, wozu der Beschwerdeführer das Geld gebraucht habe (Gründung und Führung der Einzelfirma; Bezahlung von Versicherungs- und Krankenkassenkosten, Begleichung der Steuerrechnung, Werbematerial, Krankenpflegematerial, Miete von Fahrzeugen, Umzug vom Berner Oberland nach M. und Lebensunterhalt). Zwar stelle der Bezug des Vorsorgekapitals ohne Information der Beteiligten einen Vertrauensbruch dar, jedoch verfüge der Beschwerdeführer nunmehr entgegen den Vorbringen der Beschwerdegegnerin über keine liquiden Mittel mehr (KG act. 18).

c) Nachdem dem Beschwerdeführer vor Vorinstanzen die unentgeltliche Prozessführung gewährt und ein unentgeltlicher Rechtsvertreter bestellt worden war und diese Bewilligung mit Beschluss vom 16. April 2008 von der I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich (nur) für das Verfahren betreffend Abänderung der vorsorglichen Massnahmen (für die Dauer des Beschwerdeverfahrens) entzogen wurde, ist vorliegend darüber zu entscheiden, ob ihm allenfalls auch für das Beschwerdeverfahren selbst diese Bewilligung zu entziehen ist. Vorauszuschicken ist, dass das vorliegende Beschwerdeverfahren nicht als zum Vornherein aussichtslos bezeichnet werden kann, auch wenn die Beschwerde letztlich abzuweisen ist. Der Beschwerdeführer erhebt grundsätzlich im Beschwerdeverfahren vor Kassationsgericht geltend zu machende Rügen und begründet diese mehrheitlich auch in einer der Vorschrift von § 288 ZPO genügenden Weise. Damit kommt auch kein rückwirkender Entzug ab dem Zeitpunkt der Einreichung der Nichtigkeitsbeschwerde in Frage (vgl. dazu ZR 97 Nr. 28).

d) Zu prüfen bleibt demnach, ob allenfalls die gegenwärtigen finanziellen Verhältnisse des Beschwerdeführers einen Entzug der unentgeltlichen Prozessführung und der unentgeltlichen Rechtsvertretung erfordern würde. Der Be-

schwerdeführer reichte mit seiner Stellungnahme vom 20. November 2007 (KG act. 18) auch verschiedene vor Vorinstanz betreffend Abänderung der vorsorglichen Massnahmen eingereichte Unterlagen ein (KG act. 19/2), aus welchen hervorgeht, dass er seit September 2007 eine neue Stelle als Brockenstubenmitarbeiter mit einem Monatslohn von brutto Fr. 4'200.-- innehabe (KG act. 19/1 und 19/2/3). Weiter reichte er Auszüge aus einem Bankkonto XXX bei der N. für den Zeitraum vom 1. August 2006 bis 31. März 2007 und vom 1. August 2007 bis 30. September 2007 ein, aus welchen insbesondere hervorgeht, dass am 31. August 2006 ein Betrag von Fr. 58'136.85 gutgeschrieben wurde und in der folgenden Zeit immer wieder auch grössere Beträge (bis Fr. 8'000.--) abgehoben wurden. Per Ende September 2007 wies das Konto einen Minussaldo von Fr. 327.90 auf (KG act. 19/2/5, letzte Seite). Er behauptet dazu, dass er das Geld gemäss einer von ihm zusammengestellten Liste (KG act. 19/2/6) – jeweils ohne Angaben von Daten – verbraucht habe für die Gründung der Firma K., Versicherungen, AHV-Ausgleichskasse, Steuern, Werbematerial, Krankenpflegematerial, Fahrzeugmiete, Umzug nach M. und für den Lebensunterhalt. Diese Angaben sind in keiner Art und Weise durch Urkunden belegt worden. Auch geht aus den Bankauszügen lediglich hervor, dass – z.T. grössere – Geldbeträge abgehoben worden sind, jedoch sind keine Zahlungen an die vom Beschwerdeführer erwähnten Stellen ersichtlich. Der vollständige Verbrauch des im August 2006 ausbezahlten Vorsorgeguthabens blieb damit mehrheitlich unbelegt. Letztlich kann jedoch offen bleiben, ob der Beschwerdeführer die abgehobenen Beträge tatsächlich verbraucht oder allenfalls anderweitig wieder angelegt hat. Sollte das im Jahr 2006 bezogene Vorsorgeguthaben im September 2007 tatsächlich noch (zumindest zum Teil) vorhanden gewesen sein, hätte der Beschwerdeführer dieses Guthaben zufolge der (von ihm letztlich selbst herbeigeführten) Einkommensreduktion seither zur Bestreitung des Unterhalts seiner Familie (vgl. die Verpflichtung zur Bezahlung von Unterhaltsbeiträgen in der Höhe von monatlich Fr. 500.-- für den Sohn E. und Fr. 850.-- für die Beschwerdegegnerin ab 1. August 2005 für die Dauer des Verfahrens; OG act. 43, S. 20 ff.) und sich selbst aufbrauchen müssen. Dem monatlichen Einkommen von netto Fr. 3'665.85 (ohne Kinderzulagen, ohne allfälliger 13. Monatslohn) (vgl. KG act. 19/2/3) steht gemäss dem angefochtenen

Entscheid ein Grundbedarf des Beschwerdeführers von Fr. 3'559.-- (ohne Steuern: Fr. 3'436.50) (vgl. KG act. 2, S. 23 f.) gegenüber, hinzu kommen die oben erwähnten Unterhaltsverpflichtungen, welche sich nach Rechtskraft des angefochtenen Urteils noch erhöhen (KG act. 2, Disp.-Ziff. 2 und 3, S. 29 f.). Im Gegensatz zur Festlegung von Unterhaltsbeiträgen im Rahmen vorsorglicher Massnahmen oder im Rahmen einer nahehelichen Unterhaltspflicht kann sodann dem Gesuchsteller im Verfahren betreffend Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung und der unentgeltlichen Rechtsvertretung kein hypothetisches Einkommen angerechnet werden, selbst wenn er selbstverschuldet kein für den Unterhalt für sich und die Familie genügendes Einkommen erzielt (BGE 108 Ia 108 ff. (= Pr 71 Nr. 233), 104 Ia 34; Kass.-Nr. 94/218 v. 12.9.94 i.S. B., Erw. II.4; Kass.-Nr. 94/375 v. 22.11.94 i.S. H., Erw. II.5a; Kass.-Nr. 94/284 v. 6.2.95 i.S. C., Erw. II.3b). In dieser Situation müsste der Beschwerdeführer – selbst wenn er das bezogene Vorsorgevermögen noch nicht vollständig aufgebraucht hätte – dieses in absehbarer Zeit für den Lebensunterhalt für sich und die Familie aufwenden. Auch wenn das Verhalten des Beschwerdeführers hinsichtlich der (eigenmächtigen) Auszahlung des Vorsorgevermögens äusserst fragwürdig erscheint und er dessen Verbrauch nicht belegt hat, kann ihm für das vorliegende Verfahren die unentgeltliche Prozessführung und unentgeltliche Rechtsverteidigung nicht entzogen werden, da die Voraussetzungen gemäss §§ 84 und 87 ZPO weiterhin gegeben sind.

#### IV.

Ausgangsgemäss wird der Beschwerdeführer für das Beschwerdeverfahren kosten- und entschädigungspflichtig (§§ 64 Abs. 2 und 68 ZPO). Zuzugabe der ihm gewährten unentgeltlichen Prozessführung werden die Gerichtskosten einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Sodann wird – da die vom Beschwerdeführer dem unentgeltlichen Rechtsvertreter der Beschwerdegegnerin geschuldete Prozessentschädigung aller Voraussicht nach nicht erhältlich sein wird – dem unentgeltlichen Rechtsvertreter der Beschwerdegegnerin in Anwendung von § 89 Abs. 2 ZPO eine Entschädigung aus der Gerichtskasse ausbezahlt; der Anspruch

geht auf die Gerichtskasse über (§ 89 Abs. 3 ZPO). Dem unentgeltlichen Rechtsvertreter des Beschwerdeführers wird in Anwendung von § 89 Abs. 2 ZPO ebenfalls eine Entschädigung aus der Gerichtskasse ausgerichtet. Der Beschwerdeführer wird auf die Nachzahlungspflicht gemäss § 92 ZPO hingewiesen, für den Fall, dass er wieder in günstige wirtschaftliche Verhältnisse kommen sollte.

### **Das Gericht beschliesst:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann. Damit entfällt die der Beschwerde verliehene aufschiebende Wirkung.
2. Der Antrag um Entzug der unentgeltlichen Prozessführung und der unentgeltlichen Rechtsvertretung des Beschwerdeführers wird abgewiesen.
3. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 2'000.--.
4. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden dem Beschwerdeführer auferlegt, jedoch zufolge der ihm gewährten unentgeltlichen Prozessführung einstweilen auf die Gerichtskasse genommen.
5. Der Beschwerdeführer wird verpflichtet, dem unentgeltlichen Rechtsvertreter der Beschwerdegegnerin, Rechtsanwalt D., für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 1'858.75 (zuzüglich 7,6% MWST = Fr. 141.25) zu entrichten. Diese Entschädigung wird Rechtsanwalt Amsler direkt aus der Gerichtskasse ausgerichtet. Der Anspruch geht auf die Gerichtskasse über.
6. Rechtsanwalt C. wird für seine Bemühungen und Auslagen im Beschwerdeverfahren eine Entschädigung von Fr. 1'838.65 (zuzüglich 7,6% MWST = Fr. 139.75) aus der Gerichtskasse ausbezahlt.

7. Gegen diesen Entscheid kann unter den Voraussetzungen von Art. 90 ff. BGG innert 30 Tagen nach dessen Empfang schriftlich durch eine Art. 42 BGG entsprechende Eingabe Beschwerde gemäss Art. 72 ff. BGG an das Schweizerische Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, erhoben werden. Der Streitwert übersteigt Fr. 30'000.--.

Sodann läuft die Frist von 30 Tagen zur Anfechtung des Urteils des Obergerichtes vom 28. August 2007 mit Beschwerde an das Bundesgericht neu ab Empfang des vorliegenden Entscheides (Art. 100 Abs. 1 und 6 BGG).

Hinsichtlich des Fristenlaufes gelten die Art. 44 ff. BGG.

8. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich, sowie die Einzelrichterin am Bezirksgericht Zürich, 4. Abteilung (FE040721), je gegen Empfangsschein.

---

**KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH**

Die juristische Sekretärin: