



Kass.-Nr. AA080066/U/mum

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Bernhard Gehrig, die Kassationsrichterin Sylvia Frei, die Kassationsrichter Matthias Brunner und Georg Naegeli sowie der juristische Sekretär Jürg-Christian Hürlimann

Zirkulationsbeschluss vom 16. Februar 2009

in Sachen

M,

...

Kläger, Appellant und Beschwerdeführer

gegen

M-J,

...,

Beklagte, Appellatin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Rita Wenger-Lenherr, Entress Wenger Bommer, Wiesentalstr. 27, Postfach 222, 8355 Aadorf

betreffend

Abänderung Scheidungsurteil

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss und Urteil der I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 7. März 2008
(LC070072/U)**

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

Mit Scheidungsurteil vom 16. Mai 2000 verpflichtete das Obergericht des Kantons C den Kläger, der Beklagten folgende monatliche Unterhaltsbeiträge zu bezahlen: bis zu seinem Eintritt in die AHV-Berechtigung Fr. 1'700.--, hernach bis zum Eintritt der Beklagten in die AHV-Berechtigung Fr. 1'400.--. Diese Unterhaltsbeiträge sind jeweils der Veränderung des Landesindexes der Konsumentenpreise anzupassen (BG act. 2/1.1 S. 2). Mit Eingabe vom 10. Januar 2003 erhob der Kläger beim Bezirksgericht A Klage auf Herabsetzung der Unterhaltsbeiträge (BG act. 1).

Der Einzelrichter am Bezirksgericht A wies mit Urteil vom 28. September 2007 die Klage ab und stellte fest, dass das Urteil des Obergerichts des Kantons C vom 16. Mai 2000 weiterhin vollumfänglich Gültigkeit habe (BG act. 102 = OG act. 108). Dagegen erhob der Kläger Berufung an das Obergericht (OG act. 109). Mit Urteil vom 7. März 2008 wies das Obergericht (I. Zivilkammer) die Klage erneut ab. Mit gleichzeitig ergangenem Beschluss entzog das Obergericht dem Kläger die unentgeltliche Prozessführung (OG act. 124 = KG act. 2).

Der Kläger führt mit zwei Rechtsschriften sowohl gegen das Urteil wie gegen den Beschluss Nichtigkeitsbeschwerde beim Kassationsgericht mit den Anträgen, es sei das Urteil aufzuheben und die Sache zur Neuurteilung an das Obergericht zurückzuweisen (KG act. 1a S. 2) bzw. es sei dem Kläger für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Prozessführung zu belassen (KG act. 1b S. 2).

Die Beklagte und das Obergericht verzichteten auf eine Beantwortung der Nichtigkeitsbeschwerde bzw. auf eine Vernehmlassung (KG act. 8 und 13).

II.

1. a) Aus der Natur des Beschwerdeverfahrens, das keine Fortsetzung des Verfahrens vor dem Sachrichter darstellt, folgt, dass sich der Nichtigkeitskläger kon-

kret mit dem angefochtenen Entscheid auseinandersetzen und den behaupteten Nichtigkeitsgrund in der Beschwerdeschrift selbst nachweisen muss (§ 288 Ziffer 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 Beweiswürdigung 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, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3.A., Zürich 1997, N 4 zu § 288; Spühler/Vock, Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund, Zürich 1999, S. 72 f.; von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2.A., Zürich 1986, S. 16 ff.).

Der Beschwerdeführer erklärt die Berufungsbegründung vom 11. (recte: 12.) November 2007 (OG act. 112) zum integrierten Bestandteil der Nichtigkeitsbeschwerde (KG act. 1a S. 12). Dies ist nach dem Gesagten nicht zulässig, weil die Berufungsbegründung schon aus zeitlichen Gründen keine konkrete Auseinandersetzung mit den Erwägungen des nachfolgenden Urteils enthalten kann und im übrigen die Nichtigkeitsgründe in der Beschwerdeschrift selbst nachgewiesen werden müssen.

Da die Kassationsinstanz nur zu prüfen hat, ob der angefochtene Entscheid nach der bei der Vorinstanz gegebenen Aktenlage an einem Nichtigkeitsgrund leidet, sind im Kassationsverfahren neue Behauptungen oder Beweismittel, welche eine Vervollständigung des vor der Vorinstanz vorzubringenden Prozessstoffes bezwecken, unzulässig (von Rechenberg, a.a.O., S. 17). Die vom Beschwerdeführer

in Beilage zur Nichtigkeitsbeschwerde eingereichten Unterlagen sind deshalb nicht zu beachten, soweit sie nicht bereits in den vorinstanzlichen Akten liegen.

2. Gegen das angefochtene Urteil ist die Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht möglich. Dabei kann unter anderem die Verletzung von Bundesrecht gerügt werden (Art. 95 lit. a BGG). In dem Umfang als die Beschwerde an das Bundesgericht offen steht, ist die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde nicht zulässig (§ 285 Abs. 1 und 2 ZPO). Soweit der Beschwerdeführer die Verletzung von Bundesrecht rügt, ist auf die Nichtigkeitsbeschwerde nicht einzutreten.

3. Das Obergericht gibt in Erwägung II/2.2. des angefochtenen Entscheids zusammenfassend die Darstellung der eigenen wirtschaftlichen Situation durch den Beschwerdeführer wieder. Unter anderem hält es fest, der Beschwerdeführer habe ausgeführt, das ganze Vermögen habe er anfangs 2001 seiner Lebenspartnerin übergeben zur Deckung seiner Schulden für seinen vergangenen und künftigen Lebensunterhalt von 1997 bis 2003, da sie seit 1997 für seinen Lebensunterhalt aufgekommen sei und auch Prozesskosten für ihn bezahlt habe, und weil er einfach eine Wut im Bauch habe wegen des ungerechten Scheidungsurteils hinsichtlich Teilung des Pensionskassenguthabens zuzüglich naheheulicher Unterhaltspflicht (KG act. 2 S. 7 unter Verweisung auf BG Prot. S. 15 und BG act. 18 und 19).

Der Beschwerdeführer rügt diese Wiedergabe als aktenwidrig. Er zitiert aus dem bezirksgerichtlichen Protokoll, wonach er in der persönlichen Befragung anlässlich der Hauptverhandlung 23. Juni 2003 folgendes ausführte (S. 15):

"Am 21. Dezember 2000 liess ich mein BVG-Kapital in der Höhe von über Fr. 380'000.-- auf mein [Bank]-Konto auszahlen. Fr. 28'000.-- der ursprünglichen Fr. 380'000.-- wurden alleine für Steuern aufgewendet. Mit dem Restbetrag von zirka Fr. 356'000.-- bezahlte ich unter anderem die Anwaltskosten, aber auch die Schulden bei meiner Lebenspartnerin. Seit 1997 wurde mein Lebensunterhalt durch meine Lebenspartnerin bestritten. Ich habe weder eine Aufstellung bezüglich der Schulden noch einen Darlehensvertrag mit meiner Lebenspartnerin. Die aufgelaufenen wie auch die zukünftigen Kosten, die meiner Lebenspartnerin entstehen, habe ich ihr bezahlt. Ich hab ihr mein ganzes Vermögen. Ich ging von Fr. 2'000.-- Lebensunterhaltskosten im Monat aus, welche auch meinem Eigenbedarf im Scheidungsurteil entsprechen."

Mit Verfügung vom 21. November 2003 berichtigte der Einzelrichter das Protokoll und ersetzt die beiden letzten Sätze durch folgende Fassung (BG act. 33 S. 2):

"... Ich gab ihr mein restliches Vermögen. Ich ging von Fr. 2'000.-- Lebenshaltungskosten im Monat aus, welche ich auch im heutigen Verfahren geltend gemacht habe ..."

Der Beschwerdeführer rügt, vom Hinweis auf den zeitlichen Rahmen "anfangs 2001" sei nirgends die Rede (KG act. 1a S. 5 f. Ziffer 1).

Es mag zutreffen, dass das Obergericht den Beschwerdeführer ungenau zitiert und interpretiert, indem es die Übergabe des Restvermögens des Beschwerdeführers an seine Lebenspartnerin auf anfangs 2001 datiert. Ob es sich hierbei um eine Aktenwidrigkeit im Sinne eines blanken Irrtums (vgl. von Rechenberg, a.a.O., S. 27 unten) handelt, kann offen bleiben. Ein Nichtigkeitsgrund führt nur zur Gutheissung der Beschwerde und zur Aufhebung des angefochtenen Beschlusses, wenn sich dieser zum Nachteil des Beschwerdeführers ausgewirkt hat (§ 281 ZPO). Inwiefern eine allfällige falsche oder ungenaue Ansetzung der Übergabe des Restvermögens durch das Obergericht den Beschwerdeführer beschwert, ist nicht ersichtlich und wird von diesem auch nicht erläutert. Selbst wenn diese Datierung falsch wäre, änderte dies nichts daran, dass der Beschwerdeführer sein Restvermögen auf seine Lebenspartnerin übertrug.

4. Das Obergericht hält fest, der Beschwerdeführer habe ausgeführt, vom übergebenen Vermögen habe sich seine Lebenspartnerin mit Fr. 100'000.-- in ihrer Pensionskasse höher eingekauft, wovon er allenfalls einmal in Form einer Partnerrente profitieren könne (KG act. 2 S. 7 untere Hälfte).

Der Beschwerdeführer bringt vor, den Akten sei zu entnehmen, dass sich seine Lebenspartnerin mit einem Betrag von Fr. 100'000.-- in ihre Pensionskasse höher einkaufen können. Den späteren Akten sei zu entnehmen, dass es sich hierbei um ein "Geschenk" gehandelt habe. Der Beschwerdeführer weist in diesem Zusammenhang auf ein Schreiben an das Gerichtspräsidium A hin, worin er die Aussage bezüglich des Vorhandenseins von etwa Fr. 100'000.-- präzisiert habe, und hält fest, es sei schwierig, den Kontext zu finden, weil die Fragen des Ge-

richtspräsidenten (Einzelrichters) nicht protokolliert worden seien (KG act. 1a S. 6 Ziffer 2.1).

Inwiefern in diesem Zusammenhang das angefochtene Urteil unter einem Nichtigkeitsgrund leiden soll, führt der Beschwerdeführer nicht aus und ist nicht ersichtlich.

5. Das Obergericht hält weiter fest, der Beschwerdeführer habe ausgeführt, die restlichen ca. Fr. 250'000.-- seien durch den aufwändigen Lebensstil, unter anderem für Weltreisen, zwischenzeitlich vollständig verbraucht worden (KG act. 2 S. 7 unten unter Hinweis auf BG Prot. S. 15/5 und BG Prot. S. 16).

Der Beschwerdeführer zitiert das bezirksgerichtliche Protokoll (S. 16): "Die restlichen zirka Fr. 250'000.-- sind verbraucht worden. Wir verwendeten das Geld unter anderem auch, um Reisen zu machen...". Er macht geltend, es sei nicht dasselbe, ob geschrieben sei "unter anderem für Weltreisen" oder "unter anderem auch, um Reisen zu machen" (KG act. 1a S. 6 f. Ziffer 2.2).

Das Obergericht stützt seine Wiedergabe der Vorbringen des Beschwerdeführers nicht bloss auf das erstinstanzliche Protokoll, sondern auch auf eine in den Akten liegende Erklärung des Beschwerdeführers, in welcher dieser festhält: "Inzwischen ist das Geld aufgebraucht, denn wir haben, um endlich den aktenkundigen Vorwürfen gerecht zu werden, einen aufwändigen Lebensstil geführt (mit ausgedehnten Ferien und Weltreisen, Spielkasinobesuchen, usw.)" (BG act. 15/5 S. 2). Nachdem der Beschwerdeführer selbst aktenkundig von "Weltreisen" spricht, ist nicht zu beanstanden, dass das Obergericht diesen Begriff wiedergibt.

6. Der Beschwerdeführer bringt weiter vor, das Obergericht erwähne auf Seite 8 des angefochtenen Entscheids, seine Lebenspartnerin habe unter dem Druck einer paulianischen Anfechtungsklage insgesamt Fr. 100'000.-- aus den ihr übergebenen Vermögensgeldern zurückgezahlt, wovon Fr. 83'800.-- auf das Bankkonto des Beschwerdeführers. Die rechnerische Differenz zu Fr. 100'000.--, so der Beschwerdeführer, habe seine Partnerin bereits im Jahr 2003 der Beschwerdegegnerin überwiesen (Unterhaltsbeiträge bis September 2003), ebenfalls unter An-

drohung einer paulianischen Klage. Richtig sei, weil das "Geschenk" des Beschwerdeführers an seine Lebenspartnerin von Fr. 100'000.-- in die Pensionskasse einbezahlt worden sei, dass die Rückzahlung aus dem Privatvermögen der Lebenspartnerin und nicht aus den übergebenen Vorsorgegeldern gestammt habe, was wiederum den Eindruck erwecken könnte, es seien bei seiner Lebenspartnerin noch Gelder vorhanden (KG act. 1a S. 7 Ziffer 2.3).

Der Beschwerdeführer gibt hier ergänzende Erklärungen zu den Umständen der Rückzahlung von Fr. 100'000.-- durch seine Lebenspartnerin ab. Das Vorliegen eines Nichtigkeitsgrundes macht er aber nicht geltend.

7. Das Obergericht hält fest, es sei zu prüfen, ob sich der Beschwerdeführer darauf berufen könne, dass heute kein Kapital der 2. Säule mehr da sei und er ausschliesslich über AHV-Leistungen von knapp Fr. 2'100.-- pro Monat verfüge, womit die Rentenzahlung von Fr. 1'400.-- in seinen Existenzbedarf eingreifen würde. Dazu sei vorweg festzustellen, dass sich der Beschwerdeführer im Hinblick auf seine Einkommens- und Vermögenssituation während des Scheidungsverfahrens und danach in höchstem Mass böswillig und missbräuchlich verhalten habe. Nachdem er im Januar 1997 seine gut dotierte Kaderstellung aufgegeben habe, habe er in keinem Zeitpunkt Arbeitslosenentschädigung bezogen. Er habe es vorgezogen, arbeits- und einkommenslos zu bleiben (KG act. 21 S. 14 Erw. II/2.2.2).

Der Beschwerdeführer macht geltend, er erkenne nicht, was das heutige Verfahren mit dem Scheidungsverfahren zu tun habe. Die Eigenschaftswörter "böswillig und missbräuchlich" seien völlig deplaziert. Er verweist bezüglich der Leistungen der Arbeitslosenversicherung auf das Protokoll der Hauptverhandlung und gibt im übrigen seinen Standpunkt wieder (KG act. 1a S. 7 f. Ziffer 2.4).

Das pauschale Verweisen auf ein vorinstanzliches Plädoyer stellt keine Auseinandersetzung mit dem angefochtenen Entscheid dar. Soweit der Beschwerdeführer der gerügten Feststellung des Obergerichts seinen Standpunkt entgegensetzt, nennt er keine Belegstellen in den vorinstanzlichen Akten und weist nicht nach, dass die gerügte Feststellung aktenwidrig oder willkürlich sei.

8. Das Obergericht hält fest, der Beschwerdeführer habe sich seines wesentlichen Aktivums, des Vorsorgeguthabens, durch formelle Übertragung auf seine Lebenspartnerin entledigt (KG act. 2 S. 16 oben). Der Beschwerdeführer hält dem entgegen, er habe sich nichts entledigt, sondern seine seit 1997 bei der Lebenspartnerin aufgelaufenen Schulden beglichen. Einmal mehr liege willkürliches Beurteilen vor, zum Teil wider besseres Wissens gemäss Akten (KG act. 1a S. 8 Ziffer 2.5).

Unbestritten ist, dass der Beschwerdeführer sein Vorsorgeguthaben auf seine Lebenspartnerin übertragen hat. Inwiefern die vom Obergericht in diesem Zusammenhang getroffene Wortwahl "entledigen" willkürlich und in Widerspruch zu den Akten stehen soll, zeigt der Beschwerdeführer nicht auf.

9. Das Obergericht hält fest, es handle sich vorliegend nicht um eine einfache Bösgläubigkeit in dem Sinne, dass jemand im Wissen um seine Unterhaltspflicht sein Einkommen oder Vermögen mindere, sondern es handle sich hier um eine zielgerichtete Vermögensentäusserung mit dem einzigen Zweck, die Durchsetzung rechtskräftiger Unterhaltsbeiträge zu vereiteln (KG act. 2 S. 16 Mitte).

Der Beschwerdeführer rügt, diese Beurteilung halte einer genauen Prüfung anhand der Akten und der Gegenargumente nicht stand. Tatsache sei, dass der Beschwerdeführer seit Ende Januar 1997, mit Ausnahme einer kurzen Beschäftigung im Jahre 2000, kein Einkommen gehabt habe, somit mittellos gewesen sei. Deshalb habe er Ende 2000 sein BVG-Guthaben bezogen, vorab um seinen Lebensunterhalt zu bestreiten und die Schulden zu begleichen. Lediglich Fr. 100'000.-- seien unentgeltlich übergeben worden, jedoch unter dem Gesichtspunkt einer höheren Altersrente und somit auch der Erhöhung der Partnerrente inklusive Einkauf eines Wohnrechts für die Liegenschaft der Partnerin im Todesfall. Der Vorwurf der zielgerichteten Vermögensentäusserung entbehre somit jeder Grundlage. Ein solcher Vorwurf ziele wohl anderswo hin und widerspreche Art. 6 ZGB bzw. einer Entscheidung nach Recht und Billigkeit (KG act. 1a S. 8 f. Ziffer 2.6).

Der Beschwerdeführer gibt seinen eigenen Standpunkt wieder, ohne diesen durch Nennung entsprechender Stellen der vorinstanzlichen Akten zu belegen. Art. 6 ZGB betrifft das öffentliche Recht der Kantone. Vermutlich will sich der Beschwerdeführer auf Art. 4 ZGB berufen. Danach hat das Gericht seine Entscheidung nach Recht und Billigkeit zu treffen, wo das Gesetz es auf sein Ermessen, die Würdigung der Umstände oder auf weitere wichtige Gründe verweist. Ob diese Bestimmung verletzt sei, ist eine der Beschwerde an das Bundesgericht unterliegende Frage der Anwendung von Bundesrecht und nicht im kantonalen Kassationsverfahren zu prüfen. Sollte der Beschwerdeführer mit dieser Verweisung auf das ZGB sinngemäss eine Willkürüge gemäss § 281 Ziffer 2 ZPO anbringen wollen, so wäre diese mangels Auseinandersetzung mit den Gründen, welche das Obergericht zur gerügten Feststellung veranlassten, ungenügend vorgebracht. Der Beschwerdeführer weist jedenfalls keinen Nichtigkeitsgrund nach.

10. Der Beschwerdeführer rügt, das Obergericht erwähne auf Seite 17 unten erneut akten- und beweiswidrig, dass er im Jahre 2001 seiner Lebenspartnerin sein gesamtes Vermögen übereignet habe (KG act. 1a S. 9 Ziffer 2.7). Inwiefern dies nicht zutrifft, zeigt der Beschwerdeführer nicht auf. Der Umstand, dass die Aussage des Beschwerdeführers in der persönlichen Befragung "Ich gab ihr mein ganzes Vermögen." (BG Prot. S. 15) später berichtigt wurde in "Ich gab ihr mein restliches Vermögen." (BG act. 33 S.2) ändert am Ergebnis nichts, da auch die korrigierte Fassung das Zugeständnis des Beschwerdeführers enthält, dass er sein gesamtes im Zeitpunkt der Übergabe verbliebenes Vermögen seiner Partnerin übergab und sich damit selbst vermögenslos machte.

11. a) Das Obergericht führt aus, sei mit Heinz Hausheer / Annette Spycher (Handbuch des Unterhaltsrechts, Bern 1997, S. 52, Rz 01.63) die Unumkehrbarkeit des Einkommensverzichts und der Vermögensentäusserung bei Böswilligkeit besonders kritisch zu prüfen, so könne man auch unter diesem Aspekt die langjährige und andauernde Lebensgemeinschaft des Beschwerdeführers nicht ausser Acht lassen. Der Beschwerdeführer führe selber aus, die Vermögensübertragung an seine Partnerin sei auch für seinen künftigen Unterhalt gedacht gewesen und er habe sich damit ein Wohnrecht bei ihr erkaufte. Dies impliziere aber die

sukzessive gegenseitige Verrechnung des übertragenen Vermögens mit dem laufenden und künftigen Unterhalt des Beschwerdeführers und damit eine laufende, tatsächliche Realisierung der eigenen Vermögenswerte. Es läge damit eine Art von informellem, leibrentenähnlichem Verhältnis einschliesslich dessen Absicherung im Todesfall der Partnerin vor. Er selber spreche diesbezüglich von einer "privaten Fürsorge". In diesem Sinne könne daher auch nicht von einer absoluten Unumkehrbarkeit der Vermögensentäusserung gesprochen werden (KG act. 2 S. 18 Erw. III/4).

Der Beschwerdeführer rügt die Feststellung, dies impliziere die sukzessive gegenseitige Verrechnung des übertragenen Vermögens mit dem laufenden und künftigen Unterhalt des Beschwerdeführers und damit eine laufende, tatsächliche Realisierung der eigenen Vermögenswerte als willkürlich. Die Einsicht in das bezirksgerichtliche Protokoll (S. 16) beweise zumindest die Aussage des Beschwerdeführers, wonach die restlichen ca. Fr. 250'000.-- verbraucht worden seien. Weiter unten auf Seite 16 des Protokolls stehe sodann, dass der Beschwerdeführer ab "nächsten März" (2004) nur noch die AHV-Rente haben werde. Es liege nichts Beweisartiges oder sonst Ähnliches vor, das für die Annahme hinsichtlich einer laufenden tatsächlichen Realisierung der eigenen Vermögenswerte sprechen würde. Dies sei ein reines Konstrukt. Auch die Feststellung oder Auslegung des Obergerichts, es könne nicht von einer absoluten Unumkehrbarkeit der Vermögensentäusserung gesprochen werden, entbehre jeglicher Grundlage. Der Beschwerdeführer macht weiter geltend, dass die Beschwerdegegnerin am 30. Oktober 2003 "Klage" (Beschwerde gegen das zuständige Betreibungsamt) eingereicht habe mit dem Begehren, in Aufhebung eines Verlustscheins sei "die Vorinstanz" (das Betreibungsamt) anzuweisen, das bei der Lebenspartnerin des Beschwerdeführers vorhandene Guthaben zu pfänden. Ein Rückforderungsrecht seitens des Beschwerdeführers gegenüber seiner Lebenspartnerin habe sich nicht nachweisen lassen. Im entsprechenden Beschluss (des Bezirksgerichts A vom 28. Januar 2004, KG act. 4/8) sei nachzulesen, dass die Beschwerdegegnerin nicht geltend mache, es seien andere Vermögenswerte der Lebenspartnerin des Beschwerdeführers mit Pfändungsbeschluss zu belegen (KG act. 4/8 S. 7 Erw. III/5, 2. Absatz). Die Tatsache, dass die Beschwerdegegnerin keine anderen

Vermögenswerte zur Belegung aufgeführt habe, lasse den Schluss zu, dass dies im Wissen um die Tatsache geschehen sei, dass bei der Lebenspartnerin des Beschwerdeführers keine anderen finanziellen Mittel "parkiert" gewesen seien (KG act. 1a S. 9 f. Ziffer 2.9).

Im Rahmen des Rechtsstreits betreffend Abänderung des Scheidungsurteils reicht der Beschwerdeführer den Beschluss des Bezirksgerichts A als untere Aufsichtsbehörde für Schuldbetreibung und Konkurs vom 28. Januar 2004, soweit ersichtlich, erstmals im vorliegenden Kassationsverfahren ein. Es handelt sich dabei also um ein neues, im Kassationsverfahren unzulässiges und nicht zu beachtendes Vorbringen, weshalb offen gelassen werden kann, ob dieses überhaupt geeignet wäre, die gerügte Feststellung des Obergerichts zu widerlegen.

Die Vorbringen des Beschwerdeführers in der persönlichen Befragung vor Bezirksgericht bilden, soweit sie zugunsten des Beschwerdeführers lauten, keinen Beweis (§ 149 Abs. 3 ZPO). Im übrigen ändern die Umstände, dass der Beschwerdeführer rund Fr. 250'000.-- verbraucht hat und seit März 2004 nur noch die AHV-Rente bezieht, nichts daran, dass er seiner Lebenspartnerin Fr. 100'000.-- und sein Restvermögen übergab unter anderem für den künftigen Unterhalt, zum Zweck der Erhöhung einer auch ihm zukommenden Paarrente und zum Erwerb eines Wohnrechts. Ob ein solches Vorgehen einer sukzessiven gegenseitigen Verrechnung des übertragenen Vermögens mit dem laufenden und künftigen Unterhalt des Beschwerdeführers und damit einer laufenden Realisierung der eigenen Vermögenswerte gleichzusetzen sei, ob sich daraus die Annahme, es liege nicht eine absolute Unumkehrbarkeit der Vermögensentäusserung vor, ergibt und ob sich dies der Beschwerdeführer anrechnen lassen muss, ist Rechtsfrage und nicht im Kassationsverfahren zu prüfen.

12. Das Obergericht hält abschliessend und zusammenfassend fest, die finanzielle Situation des Beschwerdeführers könne nicht zu einer Abänderung der Unterhaltsverpflichtung gegenüber der Beschwerdegegnerin, wie sie im Scheidungsurteil festgelegt worden sei, führen. Bei Einleitung der vorliegenden Abänderungsklage im Januar 2003 bis zum Eintritt des Beschwerdeführers ins AHV-Alter sei eine unvorhersehbare wesentliche Einkommensverminderung nicht er-

wiesen und auch nicht deren Unumkehrbarkeit. Für die Zeit ab dem Eintritt des Beschwerdeführers ins AHV-Alter liege zufolge der freiwilligen Entäusserung des gesamten Vorsorgekapitals eine wesentliche Veränderung der erwarteten Einkommenssituation zwar vor. Da diese Entäusserung jedoch rechtsmissbräuchlich erfolgt sei, nicht absolut unumkehrbar sei, indem der Beschwerdeführer noch heute davon profitiere, und ihre Nichtbeachtung die Sicherung des Existenzbedarfs des Beschwerdeführers nicht tangiere, sei sie nicht beachtlich. Dies führe zur Abweisung von Klage und Berufung (KG act. 2 S. 18 Erw. III/5).

Der Beschwerdeführer verweist auf seine Mittellosigkeit und die Resultate von drei Pfändungen sowie die Tatsache, dass sein BVG-Guthaben seit 1997 für seinen eigenen Lebensunterhalt habe Verwendung finden müssen und inzwischen aufgebraucht sei. Es treffe sodann nicht zu, dass bei Einleitung des Verfahrens eine unvorhersehbare wesentliche Einkommensverminderung nicht erwiesen sei und auch nicht deren Unumkehrbarkeit. Das Scheidungsgericht habe die Tatsache nicht vorausgesehen, dass dem Beschwerdeführer weder ein hypothetisches Einkommen zur Verfügung gestanden sei, noch dass ihm ab Alter 65 das BVG-Guthaben nicht mehr zur Verfügung stehe, weil er sein BVG-Guthaben vor Erreichen des AHV-Alters zur Sicherung seiner Existenz benötigt habe. Der Beschwerdeführer bestreitet, rechtsmissbräuchlich gehandelt zu haben, indem er sein BVG-Guthaben im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen abgehoben habe und über die restliche Hälfte seines BVG-Guthabens als Besitzer verfügt habe, sowie indem er damit seinen Lebensunterhalt bestritten und die aufgelaufenen Schulden bezahlt habe. Von freiwilliger Entäusserung könne nicht die Rede sein. Es sei reine Willkür anzunehmen, ihm würde nicht in sein Existenzminimum eingegriffen, wenn er von seiner AHV von aktuell Fr. 2'086.-- künftig Fr. 1'400.-- an die Beschwerdeführerin überweisen würde, denn schliesslich habe ihm die Partnerin im gefestigten Konkubinat Beistand zu gewähren. Diese Konstruktion sei völlig absurd (KG act. 1a S. 11 f. Ziffer 10).

Die gerügte Erwägung ist, wie gesagt, eine Zusammenfassung der vorangegangenen Erwägungen des angefochtenen Urteils und enthält somit keine neuen und selbständigen Feststellungen. In dem Sinne wiederholt der Beschwerdeführer mit

den zu dieser Erwägung vorgebrachten Rügen die bereits zu den vorangegangenen Erwägungen vorgebrachten, weshalb darauf nicht noch einmal eingegangen werden muss. Ob das Verhalten des Beschwerdeführers gesamthaft als rechtsmissbräuchlich zu betrachten sei und welche Folgen daraus zu ziehen seien, ist im übrigen eine Frage der Anwendung von Art. 2. Abs. 2 ZGB und damit von Bundesrecht. Diesbezüglich steht die Beschwerde an das Bundesgericht offen, weshalb darauf im kantonalen Kassationsverfahren nicht einzutreten ist.

13. Der Beschwerdeführer bringt vor, bezüglich Erw. I/2 des angefochtenen Entscheids verstehe er nicht, dass es in Gerichtsverfahren zwei Parteien gebe, eine durch einen Rechtsanwalt vertretene und eine andere, nicht durch einen Rechtsanwalt vertretene. Zwar sollten alle vor dem Gesetz gleich behandelt werden, doch hier würden unplausible Unterschiede gemacht, die mit der Bundesverfassung nicht im Einklang stünden (KG act. 1a S. 12 unten).

Diese Rüge ist unverständlich. Gegenstand der Erwägung I/2 des angefochtenen Entscheids ist die vom Beschwerdeführer im Berufungsverfahren erhobene Rüge einer Verletzung des rechtlichen Gehörs, indem das Bezirksgericht ihm kein einziges Schriftstück der Beschwerdegegnerin zugestellt habe (KG act. 2 S. 4). Von der bestehenden oder nicht bestehenden Rechtsvertretung der Parteien im vorliegenden Rechtsstreit ist in dieser Erwägung nicht die Rede.

14. Der Einzelrichter am Bezirksgericht A auferlegte dem Beschwerdeführer die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens, befreite jedoch den Beschwerdeführer zufolge Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung einstweilen von der Kostentragungspflicht (OG act. 108 S. 10, Urteilsdispositiv Ziffer 4). Das Obergericht hält in Erwägung IV/4 seines Entscheids fest, beim vorliegenden Ausgang des Verfahrens werde der Beschwerdeführer für beide Gerichtsinstanzen kosten- und entschädigungspflichtig. Die erstinstanzliche Kostenregelung (Dispositiv Ziffern 3 - 5) sei nicht angefochten und zu bestätigen (KG act. 2 S. 19).

Der Beschwerdeführer weist in seiner zweiten Beschwerdeschrift (bezüglich unentgeltliche Prozessführung) darauf hin, dass das Obergericht mit Beschluss vom 15. Dezember 2006 (im Verfahren LQ060097) dem Beschwerdeführer die unent-

geltliche Prozessführung zugestanden habe. Es stelle sich die Frage, unter welchem Titel das Obergericht sich nun mit seinem Beschluss über das Urteil des Vorrichters hinwegsetze (KG act. 1b S. 4 oben).

Mit Verfügung vom 25. Januar 2006 entzog der Einzelrichter dem Beschwerdeführer die zuvor gewährte unentgeltliche Prozessführung, nachdem sich aus Gutachtenanzeigen ergeben hat, dass dem Bankkonto des Beschwerdeführers Fr. 83'800.-- gutgeschrieben worden sind (BG act. 72). Das Obergericht (I. Zivilkammer) hiess mit dem vom Beschwerdeführer erwähnten Beschluss einen gegen die einzelrichterliche Verfügung erhobenen Rekurs gut und hob die Verfügung auf (BG act. 82). Entsprechend befreite der Einzelrichter in seinem Urteil den Beschwerdeführer einstweilen von der Pflicht, die ihm ausgangsgemäss auferlegten Kosten zu tragen. Daran änderte sich mit dem angefochtenen Entscheid des Obergerichts nichts, bestätigte dieses doch ausdrücklich das erstinstanzliche Kostendispositiv und damit auch die einstweilige Befreiung des Beschwerdeführers von der Kostentragungspflicht für das erstinstanzliche Verfahren (KG act. 2 S. 20 Urteilsdispositiv Ziffer 2; OG act. 108 S. 10, Urteilsdispositiv Ziffer 4). Der Entzug der unentgeltlichen Prozessführung durch das Obergericht erfolgte lediglich für das Berufungsverfahren (KG act. 2 S. 19 Beschlussesdispositiv Ziffer 1).

Somit setzte sich das Obergericht mit dem heute angefochtenen Entscheid weder über die Kostenregelung des erstinstanzlichen Urteils noch über seinen eigenen Rekursentscheid vom 15. Dezember 2006 betreffend die Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung im erstinstanzlichen Verfahren hinweg. Die Rüge zielt ins Leere.

15. a) Parteien, denen die Mittel fehlen, um neben dem Lebensunterhalt für sich und ihre Familie die Gerichtskosten aufzubringen, wird auf Gesuch die unentgeltliche Prozessführung bewilligt, sofern der Prozess nicht als aussichtslos erscheint (§ 84 Abs. 1 ZPO). Das Obergericht hält fest, da sich die Berufung bereits aufgrund der Berufungsbegründung ohne Weiteres als unbegründet erweise, sei dem Beschwerdeführer für das Berufungsverfahren wegen Aussichtslosigkeit die unentgeltliche Prozessführung zu entziehen (KG act. 2 S. 19 Erw. IV).

Unter Ziffer 3.1 seiner zweiten Beschwerdeschrift (bezüglich unentgeltliche Prozessführung) hält der Beschwerdeführer zunächst dafür, die Tatsache, dass das Obergericht 15 Seiten benötigt habe, um zu begründen, dass die Berufung unbegründet und aussichtslos sei, lasse die Sache differenzierter erscheinen. Immerhin hätten Bundesgerichtsentscheide ihm Gewissheit verschafft, dass seine Berufung nicht chancenlos sein könne (KG act. 1b S. 4). Weiter liege bereits ein weiterer Verlustschein vor, womit der Beschwerdeführer weiterhin als mittellos zu betrachten sei (a.a.O., Ziffer 3.2). Der Beschwerdeführer hält dafür, die Betrachtungsweise des Obergerichts werde Art. 129 ZGB nicht gerecht (a.a.O. S. 5 Ziffer 3.3). Als Nichtigkeitsgründe rügt er folgendes (a.a.O., Ziffern 4/4.1 bis 4.8):

- Den Erwägungen des Obergericht lägen irgendwelche Sätze aus dem Protokoll der erstinstanzlichen Hauptverhandlung zugrunde, ohne die Aussagen im Kontext z.B. im "Frageverfahren" durch den Einzelrichter zu würdigen.

- Es werde das Verhalten des Beschwerdeführers zitiert, um in unsachlicher Weise gegen ihn Stimmung zu machen.

- Es würden nicht erwiesene Fakten verwendet, obwohl kein Beweisverfahren durchgeführt worden sei.

- Tatsachen, die bewiesen worden seien, wie z.B. die Verwendung der BVG-Gelder durch den Beschwerdeführer, seien nicht berücksichtigt worden.

- Zum Teil seien aktenwidrige Behauptungen und Rückschlüsse in den Beschluss eingeflossen, verbunden mit nicht erwiesenen Qualifikationen auf Seite des Beschwerdeführers.

- Es seien zum Teil beweiswürdige Tatsachen als bewiesen angenommen worden, obwohl die Akten darüber keinen Aufschluss gäben.

- Es sei zum Teil materielles Recht verletzt worden. So sei es, was die Leistungsfähigkeit des Pflichtigen bei der Festsetzung von Unterhaltsbeiträgen angehe, unzulässig, auf einen hypothetischen Betrag abzustellen, wenn die Schmälerung der Leistungsfähigkeit durch den Beitragspflichtigen nicht mehr be-

hoben werden könne (ZR 84 [1985] Nr. 42). Massgebend sei die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Pflichtigen; ob er aus bösem Willen oder aus anderen Gründen eine Schmälerung des Einkommens in Kauf nehme, sei unerheblich (ZR 87[1988] Nr. 36). Das Bundesgericht habe sich in BGE 117 II 16 zu dieser Frage auch schon geäussert. Der Beschwerdeführer habe aber nicht böswillig auf sein BVG-Guthaben zugegriffen, sondern zur Sicherung seines existenziellen Lebens seit 1997.

Der Beschwerdeführer hält abschliessend fest, die vorliegende Nichtigkeitsbeschwerde betreffend unentgeltliche Prozessführung müsse im Lichte der Nichtigkeitsbeschwerde bezüglich Abweisung von Klage und Berufung gesehen werden. Die dort vorzufindenden Begründungen träfen auch auf den Verlust der unentgeltlichen Prozessführung zu.

b) Ob der angefochtene Entscheid des Obergerichts in der Hauptsache materielles Bundesrecht verletzt, wird abschliessend das Bundesgericht zu beurteilen haben, sofern der Beschwerdeführer gegen diesen eine Beschwerde in Zivilsachen erhebt (Art. 95 lit. a BGG). Auf die entsprechenden Rügen ist deshalb hier nur unter dem Gesichtswinkel der Frage der Prozessaussicht im Berufungsverfahren einzugehen.

Der vom Beschwerdeführer zitierte Bundesgerichtsentscheid BGE 117 II 16 betrifft zwar die Festsetzung der Unterhaltsbeiträge bei Aufhebung des gemeinsamen Haushalts (Art. 176 Abs. 1 Ziffer 1 ZGB) und nicht diejenigen im Fall einer Scheidung bzw. bei Abänderung des Scheidungsurteils. Die Anwendung der vom Bundesgericht genannten Grundsätze auch auf den vorliegenden Fall ist jedoch nicht zum vornherein ausgeschlossen. Das Bundesgericht hält fest, habe der Unterhaltspflichtige - sei es unverschuldetermassen oder gar aus bösem Willen - sich seines Vermögens entäussert, und könne der Vermögensschwund nicht rückgängig gemacht werden, so müsse auf die verbleibende effektive Leistungsfähigkeit abgestellt werden (BGE 117 II 17 f. Erw. 1b). Die beiden vom Beschwerdeführer zitierten Entscheide des Kassationsgerichts betreffen die Festsetzung von Unterhaltsbeiträgen im Eheschutzverfahren (ZR 84 [1985] Nr. 42) und im Rahmen vorsorglicher Massnahmen im Ehescheidungsprozess (ZR 87 [1988] Nr.

36) unter früherem Eherecht. Der Beschwerdeführer gibt in seiner Nichtigkeitsbeschwerde die Leitsätze der beiden Entscheide richtig wieder: es ist grundsätzlich auf die tatsächlichen und nicht auf hypothetische finanziellen Verhältnisse des Pflichtigen abzustellen, wenn die Schmälerung der Leistungsfähigkeit nicht mehr behoben werden kann, und es ist unerheblich, ob diese Schmälerung aus bösem Willen oder aus anderen Gründen erfolgt.

Es mag zutreffen, dass der Beschwerdeführer auf Grund der Umstände der Überlassung seiner Vermögenswerte an seine Lebenspartnerin einen Rückforderungsanspruch oder einen Anspruch auf Unterhalt gegen diese geltend machen könnte und dass damit nicht absolut ausgeschlossen ist, dass er die Schmälerung seiner Leistungsfähigkeit zum Teil rückgängig machen könnte. Doch liegt dies jedenfalls nicht zwingend auf der Hand. Weiter sind die Anforderungen an die Annahme eines offensichtlichen Rechtsmissbrauchs im Sinne von Art. 2 Abs. 2 ZGB hoch.

Unter diesen Umständen war die jedenfalls für einen Laien recht sorgfältig und klar begründete Berufung des Beschwerdeführers gegen das erstinstanzliche Urteil nicht offensichtlich aussichtslos im Sinne von § 84 Abs. 1 ZPO. Dies führt mit Bezug auf den Entzug der unentgeltlichen Prozessführung für das Berufungsverfahren zur Gutheissung der Nichtigkeitsbeschwerde wegen Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes (§ 281 Abs. 1 Ziffer 1 ZPO). Der angefochtene Beschluss ist ersatzlos aufzuheben und Dispositiv Ziffer 4 des obergerichtlichen Urteils in dem Sinne neu zu fassen, als die Kosten des Berufungsverfahrens dem Beschwerdeführer aufzuerlegen sind, jedoch infolge bewilligter unentgeltlicher Prozessführung einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen sind, unter Vorbehalt der Nachzahlungspflicht gemäss § 92 ZPO.

III.

Die Nichtigkeitsbeschwerde ist teilweise - mit Bezug auf die Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung für das Berufungsverfahren - gutzuheissen, im übr-

gen - mit Bezug auf die Hauptsache - jedoch abzuweisen, soweit auf sie eingetreten werden kann. Entsprechend sind die Kosten des Kassationsverfahrens teilweise, zu drei Vierteln, dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (§ 64 Abs. 2 ZPO). Da die Beschwerdegegnerin im Kassationsverfahren keinen Antrag stellte und auch den nun aufzuhebenden Beschluss des Obergerichts nicht veranlasste, wird sie nicht kostenpflichtig und es ist der restliche Viertel der Kosten des Kassationsverfahrens auf die Gerichtskasse zu nehmen.

Nachdem dem Beschwerdeführer für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Prozessführung wieder eingeräumt ist und kein Anlass für einen abweichenden Entscheid im Sinne von § 90 Abs. 2 ZPO besteht, gilt die Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung auch für das Kassationsverfahren. Somit sind die dem Beschwerdeführer auferlegten Kosten einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen sind, unter Vorbehalt der Nachzahlungspflicht gemäss § 92 ZPO.

Der Beschwerdegegnerin ist für das Kassationsverfahrens mangels erheblicher Umtriebe keine Prozessentschädigung zuzusprechen.

Das Gericht beschliesst:

1. In teilweiser Gutheissung der Nichtigkeitsbeschwerde werden der Beschluss der I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 7. März 2008 ersatzlos aufgehoben und Dispositiv Ziffer 4 des gleichzeitig ergangenen Urteils durch folgende Fassung ersetzt:

"Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Kläger auferlegt, jedoch infolge bewilligter unentgeltlicher Prozessführung einstweilen auf die Gerichtskasse genommen; die Nachzahlungspflicht gemäss § 92 ZPO bleibt vorbehalten."

Im Übrigen wird die Nichtigkeitsbeschwerde abgewiesen, soweit auf sie eingetreten wird.

2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 7'900.--.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden dem Beschwerdeführer zu drei Vierteln auferlegt und zu einem Viertel auf die Gerichtskasse genommen.
Die dem Beschwerdeführer auferlegten Kosten werden infolge bewilligter unentgeltlicher Prozessführung einstweilen auf die Gerichtskasse genommen; die Nachzahlungspflicht gemäss § 92 ZPO bleibt vorbehalten.
4. Der Beschwerdegegnerin wird für das Kassationsverfahren keine Prozessschädigung zugesprochen.
5. 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 beträgt Fr. 176'700.--.

Sodann läuft die Frist von 30 Tagen zur Anfechtung des Urteils des Obergerichtes vom 7. März 2008 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.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich und das Bezirksgericht A, je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär: