



Kass.-Nr. AA090076/U/mum

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Herbert Heeb, Vizepräsident, Andreas Donatsch, die Kassationsrichterin Yvona Griesser und der Kassationsrichter Reinhard Oertli sowie der juristische Sekretär Jürg-Christian Hürlimann

Zirkulationsbeschluss vom 10. November 2009

in Sachen

K,

....,

Beklagter, Appellant und Beschwerdeführer

gegen

M,

....,

Kläger, Appellat und Beschwerdegegner

vertreten durch Beiständin ...

betreffend

Unterhalt

Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 7. April 2009 (NC080008/U)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Mit Urteil vom 2. April 2008 (Ausfertigung im Dispositiv) bzw. 16. Mai 2008 (Ausfertigung mit Entscheidungsbegründung) stellte der Einzelrichter in Familiensachen am Bezirksgericht Horgen fest, dass der Beklagte (Beschwerdeführer) der Vater des am 21. Dezember 2006 geborenen Klägers (Beschwerdegegners) sei. Der Einzelrichter verpflichtete den Beklagten, der gesetzlichen Vertreterin des Klägers rückwirkend ab 1. November 2007 bis zum ordentlichen Abschluss einer angemessenen Ausbildung monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 200.-- (zuzüglich Kinderzulagen, soweit diese nicht von der Mutter bezogen werden) zu bezahlen. Diese Unterhaltsbeiträge unterstellte der Einzelrichter dem jeweiligen Verlauf des Landesindexes der Konsumentenpreise. Weiter verpflichtete er den Beklagten, den Antritt eines neuen festen, d.h. unbefristeten oder über drei Monate befristeten Arbeitsverhältnisses oder den Eintritt anderer regelmässiger Einkünfte der gesetzlichen Vertreterin des Klägers mitzuteilen (ER act. 13 und ER act. 17 = OG act. 25). Gegen dieses Urteil erhob der Beklagte Berufung (ER act. 19).

Mit Beschluss vom 7. April 2009 merkte das Obergericht (II. Zivilkammer) vor, dass die Dispositiv Ziffern 1 und 4 des einzelrichterlichen Urteils (Feststellung der Vaterschaft; Verpflichtung zur Mitteilung des Antritts einer neuen festen Arbeitsstelle bzw. Eintritt neuer regelmässiger Einkünfte) in Rechtskraft erwachsen seien. Es wies ein Gesuch des Beschwerdeführers um Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung für das erstinstanzliche Verfahren ab, bewilligte ihm aber für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Prozessführung und bestellte ihm ebenfalls für das Berufungsverfahren einen unentgeltlichen Rechtsvertreter. Weiter verpflichtete das Obergericht den Beklagten zur Leistung von monatlichen Unterhaltsbeiträgen von wiederum Fr. 200.-- zuzüglich allfälliger Kinderzulagen an die gesetzliche Vertreterin des Klägers ab 13. November 2007 bis zur Mündigkeit des Klägers. Diese Unterhaltsbeiträge unterstellte das Obergericht dem jeweiligen Verlauf des Landesindexes der Konsumentenpreise (OG act. 61 = KG act. 2).

2. a) Mit Eingabe vom 4. Mai 2009 (Poststempel: 6. Mai 2009) erhob der Beklagte persönlich beim Kassationsgericht "staatsrechtliche Beschwerde wegen Willkür und Verletzung rechtlichen Gehörs" (KG act. 1). Die Kanzlei des Kassationsgerichts wies den Beschwerdeführer mit Schreiben vom 7. Mai 2009 darauf hin, dass seit Inkrafttreten des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) am 1. Januar 2007 das Rechtsmittel der staatsrechtlichen Beschwerde nicht mehr bestehe, und dass eine solche überdies beim Bundesgericht und nicht beim Kassationsgericht zu erheben gewesen wäre. Die Kanzlei des Kassationsgerichts nannte die gegen den angefochtenen Beschluss zulässigen Rechtsmittel, Nichtigkeitsbeschwerde an das Kassationsgericht und Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht, und gab dem Beklagten vor Eröffnung eines Kassationsverfahrens Gelegenheit sich zu äussern, ob er seine "staatsrechtliche Beschwerde" als Nichtigkeitsbeschwerde durch das Kassationsgericht behandelt haben wolle. Sollte keine Mitteilung eingehen, werde die Eingabe des Beklagten als Nichtigkeitsbeschwerde entgegengenommen (KG act. 3). Nachdem sich der Beklagte nicht hierzu äusserte, jedoch neben der Beschwerde an das Kassationsgericht auch eine Beschwerde gegen denselben obergerichtlichen Beschluss an das Bundesgericht richtete (vgl. die bundesgerichtliche Präsidialverfügung vom 19. Mai 2009, KG act. 8), ist davon auszugehen, dass der Beklagte beide ihm offen stehenden Rechtsmittel ergreifen wollte, also seine Eingabe vom 4. Mai 2009 bewusst an das Kassationsgericht richtete und von diesem behandelt haben möchte. Die Eingabe ist somit als kantonale Nichtigkeitsbeschwerde entgegen zu nehmen.

Der Beschwerdegegner bzw. dessen Beiständin beantwortete die Nichtigkeitsbeschwerde innert der mit Verfügung vom 26. Mai 2009 (KG act. 9) angesetzten Frist nicht. Das Obergericht verzichtet auf eine Vernehmlassung (KG act. 11).

Das Bundesgericht sistierte das bei ihm hängige Beschwerdeverfahren bis zum Entscheid des Kassationsgerichts über die vorliegende Nichtigkeitsbeschwerde (Verfügung vom 19. Mai 2009, KG act. 8).

b) Der Beklagte beantragt, es sei ihm die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren (KG act. 1 S. 2). Wie bereits ausgeführt, bewilligte das Obergericht dem Beschwerdeführer mit dem angefochtenen Beschluss die unentgeltliche Prozessfüh-

rung für das Berufungsverfahren (KG act. 2, Dispositiv Ziff. 3). Von einem abweichenden Entscheid im Sinne eines Entzugs der unentgeltlichen Prozessführung für das Kassationsverfahren wird abgesehen, womit diese weiterhin als gewährt gilt (§ 90 Abs. 2 ZPO).

II.

1. Aus der Natur des Beschwerdeverfahrens, das keine Fortsetzung des Verfahrens vor dem Sachrichter darstellt, 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 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.).

2. Soweit der Beschwerdeführer pauschal die Unabhängigkeit und Unbefangenheit der schweizerischen Justiz in Frage stellt (KG act. 1 S. 2), liegt keine konkrete Auseinandersetzung mit den Erwägungen des angefochtenen Urteils vor und ist auf die Beschwerde nicht einzutreten.

Der Hinweis des Beschwerdeführers, dass er als Mittelloser keinen Anwalt beiziehen könne (KG act. 1 S. 6), geht fehl. Die Begründung der Berufung wurde durch einen Rechtsanwalt verfasst (OG act. 41). Dieser Anwalt wurde in der Folge zum unentgeltlichen Rechtsvertreter bestellt (KG act. 2, Dispositiv Ziff. 4). Ein Entzug der unentgeltlichen Rechtsvertretung im Hinblick auf die Ausarbeitung und Einreichung einer Nichtigkeitsbeschwerde beim Kassationsgerichts erfolgte nicht, so dass die Mittellosigkeit des Beschwerdeführer nicht den Grund dafür bildet, dass die vorliegende Beschwerdebegründung nicht durch einen Rechtsanwalt verfasst wurde.

3. Der Beschwerdeführer liess im Berufungsverfahren durch seinen Anwalt mit Eingabe vom 15. September 2008 beantragen, es sei Dispositiv Ziffer 2 des einzelrichterlichen Urteils aufzuheben und festzustellen, dass der Beschwerdeführer momentan nicht in der Lage sei, Kinderunterhalt zu leisten. Eventualiter sei der monatliche Unterhaltsbeitrag auf Fr. 100.-- zu reduzieren. Weiter liess der Beschwerdeführer die Aufhebung von Dispositiv Ziffer 6 des einzelrichterlichen Urteils (Kostenaufgabe), die Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung für das erstinstanzliche Verfahren sowie die Übernahme der Verfahrenskosten auf die Staatskasse beantragen. Sodann liess er die Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und Bestellung seines Anwalts als unentgeltlicher Rechtsvertreter beantragen (OG act. 41 S. 2). Bereits zuvor, mit Eingabe vom 11. Juni 2008 an das Obergericht, erklärte er, dass er die Vaterschaft anerkennen müsse, da diese ihm nachgewiesen sei (OG act. 30 S. 1).

Somit war die Vaterschaft des Beschwerdeführers im Berufungsverfahren unbestritten und nicht angefochten, weshalb das Obergericht zutreffend festhält, neben Dispositiv Ziffer 4 sei Dispositiv Ziffer 1 (Feststellung der Vaterschaft) des erstinstanzlichen Urteils rechtskräftig geworden (KG act. 2, Dispositiv Ziffer 1). Auf die Vorbringen des Beschwerdeführers im Kassationsverfahren, mit welchen er seine Vaterschaft in Frage stellt (KG act. 1 S. 3 untere Hälfte), kann deshalb nicht eingetreten werden. Der Beschwerdeführer hält übrigens in seiner Beschwerdeschrift selber ausdrücklich fest, er habe auf Anraten seines Rechtsvertreters die Anfechtung der Vaterschaft fallen gelassen (KG act. 1 S. 4 oben).

4. a) Der Beschwerdeführer gab vor den Vorinstanzen an, er erziele lediglich ein monatliches Einkommen von rund Fr. 400.-- für gelegentliche Einsätze als DJ.

Das Obergericht setzt sich im angefochtenen Entscheid mit dem Vorbringen des Beschwerdeführers auseinander, es könne ihm nicht vorgeworfen werden, dass er absichtlich keiner Erwerbstätigkeit nachgehe, dass er sich um eine solche Bemühe, jedoch auf Grund seiner ausländischen Herkunft und der fehlenden Berufsausbildung kaum finden könne, wie sich aus den Akten der eingestellten Strafuntersuchung betreffend Vernachlässigung der Unterhaltspflichten ergebe. Das Obergericht hält hierzu fest, es treffe wohl zu, dass die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl die Strafuntersuchung wegen Vernachlässigung von Unterhaltspflichten betreffend seine Tochter S mit Verfügung vom 11. April 2008 (OG act. 42/3) eingestellt habe. Die Staatsanwaltschaft habe diesen Entscheid im Wesentlichen damit begründet, dass dem Beschwerdeführer auf Grund der dokumentierten Stellensuche nicht vorgeworfen werden könne, er hätte es absichtlich unterlassen, einer Erwerbstätigkeit nachzugehen; er habe auch sonst nicht über finanzielle Mittel verfügt, um seiner Unterhaltspflicht nachzukommen. Wie der Beschwerdeführer zutreffend einräume (OG act. 41 S. 5), sei der Zivilrichter an diese Auffassung der Strafbehörden nicht gebunden.

Das Obergericht fährt fort, der Beschwerdeführer verweise bezüglich seiner Bemühungen, eine Arbeitsstelle zu finden, auf die in der Strafuntersuchung eingereichten Unterlagen. Zwar enthalte der entsprechende Ordner (OG act. 53) im Abschnitt "Jobs - bewerben" eine ganze Anzahl von Dokumenten (Stelleninserate, Bewerbungsschreiben, Absagebriefe von Arbeitgebern) aus den Jahren 2007 und 2008 (Januar und Februar), welche die Stellensuche belegten. Auch wenn diese Bemühungen nicht erfolgreich gewesen seien, könne gestützt darauf nicht angenommen werden, es sei für den Beschwerdeführer praktisch ausgeschlossen, eine Arbeitsstelle zu finden und somit ein Erwerbseinkommen zu erzielen. Dabei genüge der Hinweis auf seine ausländische Herkunft und die fehlende Berufsausbildung nicht, gäbe es doch eine grosse Zahl von Personen mit den gleichen Voraussetzungen, die in der Schweiz erwerbstätig seien, insbesondere im Bau-, Gast- oder Reinigungsgewerbe. Der Beschwerdeführer habe in früheren Jahren

Arbeitsstellen gefunden. Schliesslich gelte es festzustellen, dass der Beschwerdeführer nicht sämtliche ihm zumutbaren Anstrengungen unternommen habe, eine Arbeitsstelle zu finden. Dies ergebe sich vor allem daraus, dass er weitere solche Bemühungen zur Arbeitssuche für den Zeitraum nach der Einreichung der erwähnten Unterlagen im März 2008 weder behauptet noch belegt habe. Es sei deshalb davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer mit gutem Willen bzw. zumutbarer Anstrengung in der Lage wäre, eine Stelle als Hilfsarbeiter zu finden, wo er erfahrungsgemäss ein Netto-Einkommen von mindestens Fr. 2'800.-- pro Monat erzielen könnte (KG act. 2 S. 10 f. Erw. II/2).

Das Obergericht beziffert in der Folge den monatlichen Bedarf (Existenzminimum) des Beschwerdeführers auf Fr. 2'500.-- und hält fest, bei einem hypothetischen Einkommen von Fr. 2'800.-- pro Monat sei der Beschwerdeführer in der Lage, den vom Beschwerdegegner beantragten monatlichen Unterhaltsbeitrag von Fr. 200.-- zu bezahlen (KG act. 2 S. 11 Erw. II/3).

b) Der Beschwerdeführer rügt die Bemessung des hypothetischen Einkommens als willkürlich, habe er doch seine Arbeitslosigkeit nicht böswillig oder grob fahrlässig herbeigeführt. Sein Status erschwere es ihm erheblich, eine Arbeit zu finden. Er könne weder lesen noch schreiben. Seine persönlichen Verhältnisse liessen sich auch in der Zukunft nicht wesentlich verbessern. Da Schulbildung, berufliche Qualifikationen, Ausbildung und Arbeitszeugnisse fehlten, könne auch sein ordentlicher Aufenthaltsstatus nicht massgeblich sein. Er könne sich gegen den Verlust seiner kurzfristigen temporären Arbeitseinsätze nicht wehren, da ein Kündigungsschutz fehle.

Er fährt fort, er habe sich ausweislich der vorgelegten Bewerbungen in der ganzen Schweiz um eine Stelle bemüht und sich auch auf Stellenanzeigen gemeldet, die er nicht vom Arbeitsamt oder Jobbörsen erhalten habe. Mit der Vorlage dieser Bewerbungen sei der Beschwerdeführer seiner Darlegungs- und Beweislast nachgekommen. Er könne nicht vom Gericht angehalten werden, Eingangsbestätigungen seiner Bewerbungen bzw. Ablehnungsschreiben zu jeder einzelnen Bewerbung zur Glaubhaftmachung vorzulegen.

Der Beschwerdeführer äussert sich in der Folge zur sozialen Ungleichheit zwischen den verschiedenen ethnischen Gruppen. Angehörige ethnischer Minderheiten seien im schweizerischen System der Status- und Positionszuweisung (Schule, Ausbildungssystem, Arbeitsmarkt, Beschäftigungshierarchie) weniger erfolgreich als Angehörige der ethnischen Mehrheit.

Abschliessend hält der Beschwerdeführer fest, zu wie viel Prozent er arbeitsunfähig sei, lasse sich sicherlich durch einen Facharzt nachträglich noch feststellen. Fakt sei, dass er über keinen Versicherungsschutz verfüge und sich somit kostspieligen Untersuchungen nicht unterziehen könne. So könne er der Aufforderung des Universitätsspitals Zürich, sich einer Kernspintomographie zu unterziehen, nicht Folge leisten. Diese kostspielige Untersuchung würde zeigen, ob sich neue Tumore beim Beschwerdeführer gebildet hätten. Dass er eventuelle Ansprüche auf eine IV-Rente habe, sei ihm nie unterbreitet worden, lasse sich aber auch im Nachhinein bestimmt noch klären (KG act. 1 S. 4 - 6).

c) 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, S. 17 unten).

Das Vorbringen des Beschwerdeführers, er könne weder lesen noch schreiben, ist neu und steht im Widerspruch zu den Angaben in seinem Lebenslauf: gemäss diesen soll er von 1972 bis 1977 die Primarschule und von 1977 bis 1981 die Sekundarschule in Jamaika besucht und 2000/2001 einen sechsmonatigen Deutschkurs an der Benedikt Sprachschule in Zürich absolviert habe. Weiter gibt der Beschwerdeführer im gleichen Lebenslauf mit Bezug auf die deutsche Sprache an, er verfüge über Grundkenntnisse in Schrift (im Ordner OG act. 53). Gemäss dem bereits erwähnten Lebenslauf absolvierte der Beschwerdeführer in Jamaika eine dreijährige Malerlehre. Diese Angabe steht im Einklang mit der Erklärung des Beschwerdeführers gegenüber dem Einzelrichter, er sei gelernter Baumaler und Musiker (ER Prot. S. 3).

Selbst wenn zugunsten des Beschwerdeführers angenommen würde, seine Schul- und Berufsbildung in Jamaika sei mit einer entsprechenden Bildung in der Schweiz nicht gleichzusetzen und werde durch potentielle schweizerische Arbeitgeber nicht vollumfänglich anerkannt, würde dies die Feststellung des Obergerichts, es genüge der Hinweis auf seine ausländische Herkunft und die fehlende Berufsausbildung nicht, um die Unmöglichkeit einer Erwerbstätigkeit des Beschwerdeführers zu begründen, gäbe es doch eine grosse Zahl von Personen mit den gleichen Voraussetzungen, die in der Schweiz erwerbstätig seien, insbesondere im Bau-, Gast- oder Reinigungsgewerbe, nicht erschüttern.

Ob und wie weit die Ansicht des Beschwerdeführers, Angehörige ethnischer Minderheiten seien im schweizerischen System der Status- und Positionszuweisung (Schule, Ausbildungssystem, Arbeitsmarkt, Beschäftigungshierarchie) weniger erfolgreich als Angehörige der ethnischen Mehrheit, zutreffe, kann offen bleiben. Das Obergericht nimmt ein hypothetisches Einkommen des Beschwerdeführers in Höhe von bloss netto Fr. 2'800.-- pro Monat an. Dabei handelt es sich um einen Hilfsarbeiterlohn und nicht um einen solchen eines Arbeitnehmers in mittlerer bis höherer beruflicher Stellung.

Der Beschwerdeführer brachte in der Hauptverhandlung vor dem Einzelrichter vor, im Jahr 2005 sei ihm im Universitätsspital ein Tumor im Rücken bzw. an der Wirbelsäule entfernt worden. Er könne nicht mehr über längere Zeit schwere körperliche Arbeit verrichten. Bei Einsätzen auf einer Baustelle im Jahr 2007 habe er Wände abspitzen müssen, was ihm schwer gefallen sei (ER Prot. S. 4). Zu einem späteren Zeitpunkt in der gleichen Hauptverhandlung hielt der Beschwerdeführer fest, wenn er etwas verdienen würde, würde er gerne den beantragten Unterhaltsbeitrag bezahlen, aber er sei krank (ER Prot. S. 9). In seiner Berufungsbeurteilung (OG act. 41) erwähnte er seine gesundheitlichen Beschwerden nicht und machte somit nicht geltend, er sei aus gesundheitlichen Gründen nicht in der Lage, einer Erwerbsarbeit nachzugehen. Selbst wenn der Beschwerdeführer, wie behauptet, schwere körperliche Arbeit nicht über längere Zeit verrichten könnte, schliesse dies nicht aus, dass ihm eine leichtere Arbeit möglich wäre. Soweit der Beschwerdeführer mit seinem Vorbringen, zu wie viel Prozent er arbeitsunfähig

sei, lasse sich sicherlich durch einen Facharzt nachträglich noch feststellen, sinn- gemäss geltend machen will, er sei auch zu einer seinen gesundheitlichen Ein- schränkungen angemessenen Arbeit nicht vollzeitlich in der Lage, wäre dies ein neues und damit im Kassationsverfahren nicht zu beachtendes Argument.

Das Obergericht stützt seine Annahme, der Beschwerdeführer könnte ein höheres Einkommen als das geltend gemachte erzielen, auf die Möglichkeit, eine Arbeit mit entsprechender Entlohnung zu finden, und nicht auf diejenige, eine IV-Rente erhältlich zu machen. Das Vorbringen des Beschwerdeführers, dass er eventuelle Ansprüche auf eine IV-Rente habe, sei ihm nie unterbreitet worden, lasse sich aber auch im Nachhinein bestimmt noch klären, ist deshalb im vorliegenden Kas- sationsverfahren ohne Belang.

Der in den obergerichtlichen Akten liegende blaue Ordner (OG act. 53) stammt aus den Akten der Strafuntersuchung (vgl. OG act. 52). Diese Strafuntersuchung wurde am 11. April 2008 eingestellt (OG act. 42/3 = OG act. 51/8). Die Beru- fungs begründung im vorliegenden Zivilverfahren datiert vom 15. September 2008 (OG act. 41). In deren Beilage (OG act. 42/1-5) finden sich keine Nachweise für Bemühungen des Beschwerdeführers, Arbeitsstellen zu finden, obwohl der Be- schwerdeführer (bzw. dessen Rechtsvertreter) in der Berufungsbegründung selbst festhält und unter Nennung von BGE 128 II 4 ff. Erw. 4 belegt, dass für die Frage, ob dem Unterhaltsverpflichteten ein hypothetischen Einkommen angerechnet werden könne, von Belang sei, ob er freiwillig auf die Ausübung einer Arbeitstä- tigkeit verzichte, wobei auch die Bemühungen um eine Arbeitsstelle eine wichtige Rolle spielten (OG act. 41 S. 4 Ziff. 1/a/bb). Der Beschwerdeführer wusste also um die Bedeutung solcher Bemühungen. Er macht jedoch solche Bemühungen nach Einstellung der Strafuntersuchung weder in der Berufungsbegründung (OG act. 41) noch in seiner Stellungnahme vom 21. Januar 2009 (OG act. 58) zu den vom Obergericht beigezogenen Strafakten geltend. Die Feststellung des Oberge- richts, der Beschwerdeführer habe weitere Bemühungen zur Arbeitssuche für den Zeitraum nach der Einreichung der Unterlagen im Strafverfahren weder behauptet noch belegt, ist somit nicht zu beanstanden.

5. Das Obergericht nimmt einen monatlichen Bedarf (Existenzminimum) des Beschwerdeführer in Höhe von Fr. 2'500.-- an. Dieses setzt sich wie folgt zusammen: Grundbedarf für einen Alleinstehenden in Haushaltsgemeinschaft Fr. 1'000.--, Anteil Mietzins Fr. 1'000.--, Anteil Heizkosten Fr. 30.--, Unterhaltsbeitrag für die Tochter Sara Fr. 110.--, Krankenkasse Fr. 300.-- und Arbeitswegskosten Fr. 60.-- (KG act. 2 S. 11 Erw. II/3). Der Beschwerdeführer rügt, das Obergericht habe die Steuern vergessen (KG act. 1 S. 4).

Der Beschwerdeführer setzte sich weder im Verfahren vor dem Einzelrichter noch im Berufungsverfahren vor Obergericht mit dem Notbedarf auseinander und machte damit auch nicht geltend, die ihn treffenden Steuern müssten darin berücksichtigt werden. Es bestand somit für das Obergericht keine Veranlassung, die Steuern in den Notbedarf einzuberechnen. Ein entsprechendes Begehren wurde sinngemäss erstmals vor Kassationsgericht gestellt. Da im Kassationsverfahren jedoch nur zu prüfen ist, ob der angefochtene Entscheid nach der vor der Vorinstanz bestehenden Aktenlage unter einem Nichtigkeitsgrund leide, sind neue Begehren ausgeschlossen. Es ist diesbezüglich auf die Beschwerde nicht einzutreten.

6. Zusammenfassend erweist sich die Nichtigkeitsbeschwerde als unbegründet und ist sie abzuweisen, soweit auf sie eingetreten werden kann.

III.

Ausgangsgemäss sind die Kosten des Kassationsverfahren dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (§ 64 Abs. 2 ZPO). Da ihm für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Prozessführung bewilligt wurde und für das Kassationsverfahren diesbezüglich kein anderslautender Entscheid erfolgte, sind diese Kosten einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen (§ 85 Abs. 1 ZPO). Eine Nachzahlungspflicht im Sinne von § 92 ZPO bleibt vorbehalten.

Mangels erheblicher Umtriebe ist dem Beschwerdegegner für das Kassationsverfahren keine Prozessentschädigung zuzusprechen.

Das Gericht beschliesst:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 2'800.--.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden dem Beschwerdeführer auferlegt, jedoch einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Die Nachzahlungspflicht gemäss § 92 ZPO bleibt vorbehalten.
4. Dem Beschwerdegegner wird für das Kassationsverfahren keine Prozessentschädigung 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 33'360.--.

Sodann läuft die Frist von 30 Tagen zur Anfechtung des Beschlusses des Obergerichtes vom 7. April 2009 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 II. Zivilkammer des Obergerichtes des Kantons Zürich, den Einzelrichter in Familiensachen am Bezirksgericht Horgen und das Schweizerische Bundesgericht (II zivilrechtliche Abteilung, 5A_310/2009), je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär:

