



Kass.-Nr. AA050006/U/mb

Mitwirkende: die Kassationsrichter Herbert Heeb, Vizepräsident, Robert Karrer, Hans Michael Riemer, Dieter Zobl und Reinhard Oertli sowie der Sekretär Roland Götte

Zirkulationsbeschluss vom 2. September 2005

in Sachen

A. X.,

Gesuchstellerin, Appellantin und Beschwerdeführerin
vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. U.

gegen

B. X.,

Gesuchsteller, Appellat und Beschwerdegegner
vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. V.

betreffend

Ehescheidung

Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Urteil der I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 22. November 2004 (LC030077/U)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Mit Urteil des Einzelrichters des Bezirksgerichtes Zürich (4. Abteilung) vom 26. September 2003 wurde die Ehe zwischen A.X. und B.X. (Beschwerdeführerin bzw. Beschwerdegegner) gestützt auf Art. 112 und 111 Abs. 2 ZGB geschieden. Dabei wurde der Beschwerdegegner unter anderem verpflichtet, der Beschwerdeführerin folgende monatliche Unterhaltsbeiträge zu bezahlen: Fr. 1'400.- (bis Ende Juli 2006) bzw. Fr. 950.-- (bis Ende Dezember 2008) für die Beschwerdeführerin persönlich sowie je Fr. 1'100.-- für den Unterhalt und die Erziehung der gemeinsamen Kinder C. und D. (ER act. 108).

2. Gegen dieses Urteil hat die Beschwerdeführerin Berufung erklärt (OG act. 114). Sie verlangte eine Erhöhung der persönlichen monatlichen Unterhaltsbeiträge auf Fr. 2'800.--, die Verlängerung der Laufzeit derselben auf 8 Jahre sowie eine Erhöhung der Kinderunterhaltsbeiträge auf Fr. 1'300.--. Zudem beantragte sie eine Aktualisierung des Ausgleichs des Pensionskassenguthabens und eine Abänderung der erstinstanzlichen Kosten- und Entschädigungsregelung (OG act. 119 S. 2; OG Prot. S. 8).

Mit Urteil vom 22. November 2004 wurde der einzelrichterliche Entscheid mit Ausnahme der beantragten Aktualisierung des Ausgleichs des Pensionskassenguthabens vollumfänglich bestätigt (OG act. 140 = KG act. 2; künftig: KG act. 2).

3. Gegen diesen Berufungsentscheid hat die Beschwerdeführerin sowohl eidgenössische Berufung (vgl. OG act. 143) wie auch kantonale Nichtigkeitsbeschwerde ergriffen. In ihrer Beschwerdeschrift verlangt sie die Aufhebung des angefochtenen Entscheides und die Rückweisung der Sache zur Neubeurteilung. Zudem stellt sie den Antrag, es sei ihr weiterhin die unentgeltliche Prozessführung bzw. Rechtsverteidigung zu gewähren (KG act. 1 S. 2).

Mit Präsidialverfügung vom 21. Januar 2005 wurde der Beschwerde aufschiebende Wirkung verliehen (KG act. 4).

Sowohl die Vorinstanz wie auch der Beschwerdegegner haben auf Vernehmlassung bzw. Beantwortung der Beschwerde verzichtet (KG act. 6 bzw. 8).

II.

1.1 Bevor auf die Beschwerde im Einzelnen einzugehen ist, ist darauf hinzuweisen, dass das Beschwerdeverfahren keine Fortsetzung des Verfahrens vor dem Sachrichter darstellt. Aus dieser besonderen Natur des Verfahrens 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.).

1.2 Die Beschwerdeführerin macht an verschiedenen Stellen geltend, es seien von ihr beantragte Beweismittel zu Unrecht nicht abgenommen worden. Soweit die Beschwerdeführerin dabei nicht darlegt, an welcher Stelle und zu welchem Beweisthema sie das betreffende Beweismittel beantragt habe, ist darauf nach dem oben Gesagten nicht einzutreten (vgl. etwa KG act. 1 S. 5 [Edition der Kontenauszüge E.] oder KG act. 1 S. 5 bzw. 14 [Befragung des Zeugen F.]). Im Weiteren ist es nicht Aufgabe des Kassationsgerichtes, in den relativ umfangreichen Vorakten bzw. dem angefochtenen 65-seitigen Entscheid nach denjenigen Stellen zu suchen, an welchen die Beweismittel abgelehnt worden sind. Somit ist etwa auf die Rüge, wonach die beantragte Beweisaussage des Beschwerdegegners "zu sämtlichen Themata" abgelehnt worden sei (KG act. 1 S. 5 unten), nicht einzutreten, soweit die Beschwerdeführerin die angefochtenen Stellen später nicht noch im Einzelnen bezeichnet.

In der Beschwerdeschrift werden sodann zum Teil Ausführungen gemacht, welche nicht eindeutig einer bestimmten Rüge zugeordnet werden können. Dies gilt etwa für die Ausführungen auf den S. 8-11, wo die Beschwerdeführerin darlegt, inwiefern der Beschwerdegegner in der Vergangenheit widersprüchliche Angaben hinsichtlich der Herkunft der Mittel zur Deckung seiner bisherigen Anwalts- und Gerichtskosten gemacht haben soll. Auf solche Vorbringen ist im vorliegenden Verfahren nicht einzugehen.

2.1 Die Beschwerdeführerin macht geltend, es sei vor dem Hintergrund der Akten und Fakten willkürlich, wenn das Obergericht auf S. 9 des angefochtenen Urteils erkläre, es bestehe überhaupt kein Anlass, an der Glaubhaftigkeit der Zeugenaussagen von G. auch nur den geringsten Zweifel zu haben. Zur Begründung ihrer Rüge verweist die Beschwerdeführerin auf verschiedene (angeblich) unwahre Aussagen der Zeugin G., welche deren mangelnde Glaubwürdigkeit aufzeigen würden (KG act. 1 S. 6/7).

2.2 Das Obergericht hat an der zitierten Stelle weniger die allgemeine Glaubwürdigkeit der Zeugin G. beurteilt, sondern vielmehr die Glaubhaftigkeit der konkreten Aussage, wonach sie die Mieterin der Wohnung in Zürich sei und vom Beschwerdegegner quasi einen Untermietzins von Fr. 1'490.-- erhalte, bejaht. Mit

der Erwägung, wonach es nichts Aussergewöhnliches sei, dass die neue Lebenspartnerin den Beschwerdegegner recht günstig in der Wohnung leben lasse und überhaupt keine Anhaltspunkte vorlägen, dass der Beschwerdegegner für den gesamten Mietzins aufkommen würde, setzt sich die Beschwerdeführerin in keiner Weise auseinander. Alleine mit dem Hinweis auf die (angebliche) Unglaubwürdigkeit der Zeugin G. vermag die Beschwerdeführerin die Begründung des Obergerichtes jedenfalls nicht zu entkräften, denn selbst wenn G. tatsächlich als wenig glaubwürdig einzustufen wäre, könnte deswegen nicht zwingend auf die Unglaubhaftigkeit einer jeden ihrer konkreten Aussagen geschlossen werden. Mit ihren Ausführungen vermag die Beschwerdeführerin somit keinen Nichtigkeitsgrund darzutun.

3.1 Die Beschwerdeführerin bringt weiter vor, das Obergericht gehe auf S. 20 des angefochtenen Entscheides davon aus, dass ihr für Restaurierungsarbeiten ein regelmässiges Bruttoeinkommen von Fr. 2'000.-- bzw. ein Nettoeinkommen von Fr. 1'242 bzw. - nach Abzug des Mietanteils für das Atelier von Fr. 500.-- - von Fr. 742.-- anzurechnen sei. Diese Annahme - so die Beschwerdeführerin sinngemäss - sei insofern willkürlich, als sie im Jahr 2004 zwar brutto Fr. 16'000.-- verdient habe, dies jedoch ein einmaliger Auftrag gewesen sei. Unter Berücksichtigung des Umstandes, dass sie im Jahr 2003 nichts verdient habe, entspreche dies einem monatlichen Bruttoeinkommen von lediglich Fr. 667.--. Bringe man von diesem Betrag Fr. 758.-- in Abzug, wie dies das Obergericht getan habe, verbleibe weniger als null. Soweit das Obergericht davon ausgehe, es stünden ihr auch nach Abzug von Fr. 500.-- Ateliermiete noch immer Fr. 742.-- zur freien Verfügung, sei dies folglich unzutreffend, womit das in Dispositivziffer 2. genannte Erwerbseinkommen von Fr. 2'742.-- auf Fr. 2'000.-- zu reduzieren sei (KG act. 1 S. 7/8).

3.2 Das Obergericht beurteilte auf den S. 16-20 (Ziff. III.2.h/aa-ee) die monatlichen Wohnkosten der Beschwerdeführerin und hielt in diesem Zusammenhang fest, die Beschwerdeführerin habe bezüglich der Restaurationsarbeiten eingestanden, in den ersten acht Monaten des Jahres 2004 einen Auftrag in der Höhe von Fr. 16'000 gehabt, also monatlich Fr. 2'000.-- verdient zu haben (KG

act. 2 S. 19 unten). Nach Abzug eines angemessenen Aufwandes von Fr. 758.-- und eines Betrages von Fr. 500.-- für die Ateliermiete verblieben der Beschwerdeführerin Fr. 742.--, welche sie sich als Einkommen anrechnen lassen müsse (KG act. 2 S. 20). Auf den S. 53-56 (Ziff. III.6.a-d) finden sich sodann weitere Erwägungen zum Einkommen der Beschwerdeführerin. In diesem Zusammenhang führte das Obergericht aus, die Beschwerdeführerin habe als selbständige Restauratorin und als teilzeitangestellte Französischlehrerin zwar kein regelmässiges Einkommen, doch müsse beachtet werden, dass sie mit ihren Einkünften nicht nur in der Lage gewesen sei, den eigenen Notbedarf und denjenigen der Kinder zu decken, sondern daneben weitere Ausgaben (Anwaltshonorare, Lebensversicherungsprämien) habe tätigen sowie Fr. 10'000.-- ansparen können. Die Beschwerdeführerin habe nicht substantiiert dargelegt, dass ihre bisherigen Einkommensquellen inskünftig so massiv versiegen würden, dass sie auf einen höheren Unterhaltsbeitrag angewiesen wäre. Zumindest habe es die Beschwerdeführerin unterlassen, ihre Bemühungen um zureichende Beschäftigung im Bereich Restaurationen und Französischunterricht zu begründen, geschweige denn zu belegen. Gegen die Argumentation der Beschwerdeführerin spreche sodann auch der Umstand, dass die Beschwerdeführerin mit Restaurationsarbeiten in den ersten acht Monaten des Jahres 2004 einen monatlichen Gewinn von Fr. 742.-- habe erwirtschaften können; damit liessen sich denn auch zumindest teilweise die aufgezeigten weiteren Ausgaben erklären (KG act. 2 S. 55/56).

3.3 Den vorinstanzlichen Erwägungen kann nicht eindeutig entnommen werden, ob die Beschwerdeführerin nach Ansicht des Obergerichtes mit Restaurationsarbeiten *tatsächlich* ein durchschnittliches monatliches Nettoeinkommen von Fr. 742.-- erzielt oder ob es sich hier um die Annahme eines anrechenbaren *hypothetischen* Einkommens handelt. Die Ausführungen, wonach die Beschwerdeführerin bislang in der Lage gewesen sei, über ihren Notbedarf hinaus diverse Ausgaben zu tätigen, sprechen eher dafür, dass es sich bei den fraglichen Fr. 742.-- um das nach Ansicht der Vorinstanz tatsächlich erzielte Durchschnittseinkommen aus Restaurationsarbeiten handelt. Weil sich die Beschwerdeführerin mit dieser Erwägung nicht auseinandersetzt, ist auf die Rüge nicht einzutreten, soweit sie sich gegen die Annahme eines tatsächlichen Einkommens in der ge-

nannten Höhe richtet (vgl. dazu Ziff. 1.1 vorstehend). Bei der Frage, inwiefern einer Partei im Scheidungsprozess ein hypothetisches Einkommen angerechnet werden kann, handelt es sich sodann um eine solche des Bundesrechts, welche vom Bundesgericht im Rahmen einer eidgenössischen Berufung mit freier Kognition geprüft werden kann. Soweit sich die Beschwerdeführerin gegen die allfällige Annahme eines hypothetischen Einkommens von Fr. 742.-- wendet, ist auf die Rüge folglich aufgrund der Subsidiarität der kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde (§ 285 ZPO) nicht einzutreten.

4.1 Die Beschwerdeführerin führt im Weiteren aus, das Obergericht stimme auf S. 25 ihres Urteils den erstinstanzlichen Erwägungen vorbehaltlos zu, was zunächst die auf S. 23 enthaltene Behauptung betreffe, wonach dem Beschwerdegegner aus dem Nachlass seines Vaters keine Mittel zufließen würden und bisher auch keine zugeflossen seien. Diese Annahme - so die Beschwerdeführerin - sei insofern willkürlich, als sämtliche Beweisofferten, mit welchen diese Behauptung hätte widerlegt werden können, abgewiesen worden seien. Zudem gehe aus den vorliegenden Akten und Zugaben hervor, dass der Beklagte als Verwalter des Nachlasses auch nach 2001 offensichtlich nicht nur Fr. 39'000.-- bezogen, sondern zahlreiche nicht rückzahlbare und nicht verzinsliche Bezüge getätigt habe. Die Annahme, wonach es sich dabei um Darlehen zur Finanzierung der Anwaltskosten über den Nachlass gehandelt habe, sei insofern willkürlich, als sie den Zugaben, dass es sich um nicht rückzahlbare und nicht verzinsliche Bezüge gehandelt habe, widerspreche. Sodann sei das Nichtwissen der Zeugen H. und G. - so die Beschwerdeführerin sinngemäss - kein Beweis dafür, dass der Beschwerdegegner keine Mittel aus dem Nachlass erhalte, zumal H. erklärt habe, dass er den Nachlass seit vielen Jahren nicht mehr verwalte und von den zwischenzeitlichen Abmachungen der Erben nichts wisse. Es bleibe vielmehr unklar, ob der Beschwerdegegner für die Verwaltung des Nachlassvermögens Entschädigungen oder Gegenleistungen erhalten habe bzw. inwieweit der Beschwerdegegner und dessen Schwester Bezüge hätten tätigen dürfen. Gerade deshalb seien die beantragte Beweisaussage und die Editionen nötig (KG act. 1 S. 12/13).

4.2 Das Obergericht äusserte sich auf den S. 23-28 (Ziff. III.3.a-g) ihres Urteils zur Frage, ob der Beschwerdegegner aus dem väterlichen Nachlass Vermögenswerte von über einer Million geerbt habe und daraus einen jährlichen Vermögensertrag von über Fr. 100'000.-- erziele. Dabei verwies es zunächst auf die Erwägungen des Einzelrichters, wonach sich aus dem Testament und der Aussage des Zeugen H. ergäbe, dass die Mutter die volle Nutzniessung am Nachlass habe und wonach sich auch weder den Aussagen der Zeugen H. und G. noch den eingereichten Kontoauszügen entnehmen lasse, dass der Beschwerdegegner Mittel aus dem Nachlass erhalte (KG act. 2 S. 23-25 [Ziff. III.3.c-d]). Soweit die Beschwerdeführerin im Berufungsverfahren erneut verschiedene Beweisanträge stelle, seien diese abzuweisen, weil die Ermittlung des Wertes des Nachlasses insofern irrelevant sei, als dies nichts an der Tatsache zu ändern vermöchte, dass der Beschwerdegegner einstweilen keine finanziellen Beiträge aus dem väterlichen Nachlass beziehe (KG act. 2 S. 25-28 [Ziff. III.3.e-g]).

Sodann befasste sich die Vorinstanz an anderer Stelle mit der Frage, ob der Beschwerdegegner aus dem Nachlass ein Darlehen über Fr. 39'000.-- erhalten habe. Es gelangte dabei zum Schluss, dass nicht geprüft werden müsse, woher der Beschwerdegegner dieses Geld bezogen habe bzw. unter welchem Rechtstitel ihm dieses übergeben worden sei, da seitens der Beschwerdeführerin nie in Abrede gestellt worden sei, dass der Beschwerdegegner dieses Geld zur Bestreitung von Anwaltskosten benutzt habe. Weil die Geldaufnahme eindeutig zweckgebunden gewesen sei, könne es sich nicht um Erwerbseinkommen handeln, womit die Beschwerdeführerin nichts zu ihren Gunsten herleiten könne (S. 42 [Ziff. III.5.i/aa-dd]).

4.3.1 Soweit die Beschwerdeführerin geltend macht, es seien ihre Beweisofferten "allesamt" abgewiesen worden, legt sie zwar nicht dar, welche sie denn überhaupt genannt habe, doch bezieht sich ihr Vorbringen wohl auf die im angefochtenen Entscheid auf S. 25 unter lit. e erwähnten Beweisanträge. Das Obergericht ging offensichtlich davon aus, diese Beweisofferten seien (nur) hinsichtlich der Frage des Wertes des Nachlasses und nicht etwa hinsichtlich der Frage einer allfälligen *Aufteilung* desselben angeboten worden. Dies ergibt sich

daraus, dass die Beweisanträge mit der Begründung abgelehnt wurden, die Bestimmung des Wertes des Nachlasses sei irrelevant, weil der Beschwerdegegner ohnehin keine Beiträge daraus beziehe. Nachdem sich die Beschwerdeführerin mit diesen Überlegungen in keiner Weise auseinandersetzt, kann auf die Rüge, wonach Beweisofferten zu Unrecht abgelehnt worden seien, nicht eingetreten werden (vgl. dazu Ziff. 1.1 vorstehend).

4.3.2 Die Beschwerdeführerin macht geltend, der Beschwerdegegner habe zahlreiche Bezüge - und nicht nur einen solchen über Fr. 39'000.-- - getätigt, doch legt sie weder dar, welche "Akten und Zugaben" im Einzelnen auf solche Bezüge hindeuten würden, noch legt sie dar, welche "Zugaben" darauf hindeuten würden, dass es sich dabei nicht um Darlehen, sondern um nicht rückzahlbare und unverzinsliche Bezüge handeln soll. Sodann gehen diese Ausführungen insofern am angefochtenen Entscheid vorbei, als das Obergericht hinsichtlich der Herkunft der fraglichen Fr. 39'000.-- letztlich überhaupt keine Annahme getroffen hat, sondern diese Frage wegen der Zweckgebundenheit des Betrages offen gelassen hat. Soweit sich die Beschwerdeführerin gegen die Beweiswürdigung des Obergerichts wendet, indem sie die Beweiskraft der Aussagen der Zeugen G. und H. in Frage stellt, ist darauf nicht einzutreten, weil es an einer Auseinandersetzung mit der Argumentation, wonach sich auch aus dem Testament ergebe, dass der Mutter die Nutzniessung am Nachlass zustehe bzw. wonach auch dem Kontoauszug des Beschwerdegegners nicht entnommen werden könne, dass Letzterem Mittel zugeflossen seien, fehlt. Darüber hinaus legt die Beschwerdeführerin auch gar nicht dar, an welcher Stelle H. ausgesagt haben soll, er betreue den Nachlass seit vielen Jahren nicht mehr bzw. er wisse nichts von weiteren Regelungen unter den Erben. Auf die Rüge der willkürlichen Beweiswürdigung i.S.v. § 281 Ziff. 2 ZPO ist damit nicht einzutreten.

5.1 Die Annahme des Obergerichtes - so die Beschwerdeführerin weiter -, wonach die Nutzniesserin das Vermögen im Einverständnis der Erben vermindere, sei willkürlich, da dies eine blosser Behauptung des Beschwerdegegners sei, welche dieser zu beweisen hätte. Im Übrigen sei es völlig weltfremd anzu-

nehmen, der Beschwerdegegner liesse den teilweisen Verzehr seines Vermögens durch die Mutter ohne jede Gegenleistung oder Sicherheit zu (KG act. 1 S. 13).

5.2 Auf dieses Vorbringen ist schon deshalb nicht einzutreten, weil gar nicht dargelegt wird, an welcher Stelle die Vorinstanz die angefochtene Annahme getroffen haben soll (vgl. Ziff. 1.1 vorstehend). Soweit die Beschwerdeführerin sinngemäss geltend macht, das Obergericht habe hier eine Behauptung des Beschwerdegegners unbesehen von deren Bestreitung ohne Durchführung eines entsprechenden Beweisverfahrens als richtig hingenommen, rügt sie eine Verletzung von Art. 8 ZGB (vgl. ZR 95 Nr. 73 [Erw. b/aa]; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 3 Vorbemerkungen zu § 133 ff. ZPO). Weil dieser Vorwurf vom Bundesgericht mit freier Kognition geprüft werden könnte, wäre darauf im vorliegenden Beschwerdeverfahren ohnehin nicht einzutreten (Subsidiarität der kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde, § 285 ZPO).

6.1 Die Beschwerdeführerin führt weiter aus, dass das Obergericht auf S. 25 des angefochtenen Entscheides die beantragten Editionen und die Beweisaussage mit der Begründung abgelehnt habe, es könne dem Beschwerdegegner nicht zugemutet werden, mehr als 100% zu arbeiten. Damit - so die Beschwerdeführerin - würden die Beweisregeln verletzt, weil es bei der Verwaltung des Vermögens nicht um eine unzumutbare oder neue Arbeit gehe - vielmehr besorge der Beschwerdegegner diese seit vielen Jahren. Angesichts des Umstandes, dass es sich um Millionen handle, sei es nur rechtens, dafür ein angemessenes Entgelt zu verlangen. Andernfalls erscheine die Handlungsweise des Beschwerdegegners als Verweigerung eines hypothetischen und zumutbaren Einkommens (KG act. 1 S. 14).

6.2 Wie die Beschwerdeführerin zutreffend vorbringt, hat das Obergericht auf S. 25 auf die Ausführungen des Einzelrichters verwiesen, wonach dem Beschwerdegegner nicht zugemutet werden könne, mehr als 100% zu arbeiten. Weil sich die betreffende einzelrichterliche Erwägung aber nicht auf die Frage nach einem allfälligen Einkommen aus der Verwaltung des Vermögens, sondern auf die Frage nach einem allfälligen Zusatzeinkommen aus privaten Restaurierungsarbeiten (Beweissatz I.2) bezogen hat (vgl. ER act. 108 S. 14), geht das

Vorbringen der Beschwerdeführerin letztlich am angefochtenen Entscheid vorbei. Im Weiteren ist die Frage, ob dem Beschwerdegegner ein Entgelt für die Vermögensverwaltung als hypothetisches Einkommen angerechnet werden müsste, eine solche des Bundesrechts, welche vom Bundesgericht mit freier Kognition geprüft werden kann. Auf diese Rüge wäre damit ohnehin nicht einzutreten (§ 285 ZPO).

7.1 Die Beschwerdeführerin macht sodann geltend, es sei der Beschwerdegegner hinsichtlich der Frage eines allfälligen Nebeneinkommens aus Restaurationsarbeiten zur Beweisaussage anzuhalten, zumal dessen Aussagen in der persönlichen Befragung und jene der Zeugin G. entsprechende Einkünfte offensichtlich nicht ausschliessen würden und die Genannten darüber wiederholt falsch ausgesagt hätten. Das Obergericht verletze die Beweisregeln, wenn es auf S. 39 ausführe, die Beweisaussage könne unterbleiben, weil der Beschwerdegegner schon in der Befragung in Abrede gestellt habe, dass er selber für diese Familie Restaurationsarbeiten ausgeführt habe. Bei dieser Befragung - so die Beschwerdeführerin - habe es sich um die lediglich formlose Befragung auf S. 18 des Protokolls gehandelt. Selbst wenn es sich um eine persönliche Befragung i.S.v. § 149 ZPO gehandelt hätte, wäre dies kein logischer Grund gewesen, von der Beweisaussage Abstand zu nehmen. Ansonsten würde die Bestimmung praktisch ausser Kraft gesetzt, da die Beweisaussage in aller Regel erst nach der entsprechenden persönlichen Befragung erfolge. Es sei sodann grotesk, wenn ihr - der Beschwerdeführerin - vorgeworfen werde, sie habe nicht klar und deutlich erklärt, woher sie eigentlich ihre Kenntnisse habe, nachdem der Beschwerdegegner - wie das Obergericht wisse - während vielen Jahren solche Arbeiten abgestritten habe (KG act. 1 S. 14/15).

7.2 Auf den S. 35-39 (Ziff. III.5.f und g) machte das Obergericht Ausführungen zum behaupteten Nebenverdienst des Beschwerdegegners aus privaten Restaurationsarbeiten, wobei die Frage nach einem entsprechenden regelmässigen Nebeneinkommen letztlich weder bejaht noch verneint wurde: Zunächst wurde in allgemeiner Hinsicht festgehalten, dass der Beschwerdegegner einer 100%igen Erwerbstätigkeit nachgehe und damit ein Einkommen erziele, mit wel-

chem die Notbedarfe beider Parteien gedeckt werden könnten. Bei dieser Sachlage könne der Beschwerdegegner gar nicht verpflichtet werden, noch weitere Einnahmequellen auszuschöpfen oder zu erschliessen (KG act. 2 S. 38 [2. Abs.]). Bezugnehmend auf die umstrittenen Privatarbeiten für Familie J. zog das Obergericht zudem in Erwägung, dass im vorliegenden Verfahren nur das momentane Einkommen des Beschwerdegegners festzustellen sei, wogegen die Beschwerdeführerin diesbezüglich lediglich Einkünfte im Jahre 2000 geltend mache bzw. gar nicht behaupte, dass diese Familie noch immer zur Kundschaft des Beschwerdegegners gehöre. Zudem habe die Beschwerdeführerin gar nie erklärt, woher sie ihre Kenntnisse habe; es gehe nicht an, einfach unsubstanzierte Behauptungen "in die Luft zu setzen".

Gemäss diesen Erwägungen war das Obergericht der Ansicht, allfällige Einkünfte aus privaten Restaurationsarbeiten für Familie J. seien gar nicht zu prüfen. Die in diesem Zusammenhang beantragte Beweisaussage des Beschwerdegegners wurde allerdings mit der Begründung abgelehnt, dieser habe schon in der persönlichen Befragung in Abrede gestellt, für Familie J. Restaurationsarbeiten ausgeführt zu haben (KG act. 2 S. 39 [lit. cc]). Weitere Ausführungen zur beantragten Beweisaussage finden sich sodann auf den S. 45/46 (Ziff. III.5.m/aa-bb). Dort hielt das Obergericht insbesondere fest, es sei nicht ersichtlich, weshalb der Beschwerdegegner im Rahmen einer Beweisaussage von seinen bisherigen Aussagen abweichen sollte, auch wenn diese mit einer strengeren Strafandrohung verbunden sei (KG act. 2 S. 46 [lit. bb]).

7.3 Gemäss § 150 Abs. 1 ZPO kann der Richter eine Partei zur Beweisaussage anhalten, wenn dies nach dem Ergebnis der persönlichen Befragung und des übrigen Beweisverfahrens geboten erscheint. Da es sich hier um eine Kann-Vorschrift handelt, liegt die Anordnung einer Beweisaussage grundsätzlich im Ermessen des Richters. Damit einhergehend ist die Kognition des Kassationsgerichtes bezüglich der Rüge der Verletzung von § 150 ZPO insofern eingeschränkt, als nur eine allfällige Ermessensüberschreitung bzw. ein Ermessensmissbrauch geprüft werden kann. Insoweit fällt die Rüge, eine beantragte Beweisaussage sei zu Unrecht unterblieben, mit dem Beschwerdegrund der will-

kürlichen Beweiswürdigung nach § 281 Ziff. 2 ZPO zusammen (ZR 88 Nr. 56; Kass.-Nr. 2000/177 i.S. T., Entscheid vom 04.03.2001, Erw. II.6.b; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 9 zu § 150 ZPO).

7.4 Während Aussagen, welche im Rahmen der persönlichen Befragung gemacht werden und zugunsten der befragten Partei lauten, keinen Beweis bilden (§ 149 Abs. 3 ZPO), stellt die Beweisaussage i.S.v. § 150 ZPO ein vollwertiges Beweismittel dar, welches auch zugunsten der befragten Partei berücksichtigt werden kann (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 1 zu § 150 ZPO). Vor diesem Hintergrund wird die Abnahme einer Beweisaussage in aller Regel von der zu befragenden Partei verlangt, welche sich eine "Aufwertung" ihrer Aussagen erhofft, indem sie diese im Rahmen einer formellen Zeugenbefragung bestätigen kann. Weil dies nicht im Interesse der Gegenpartei liegt, dürfte es in der Praxis nur selten vorkommen, dass der entsprechende Antrag von der Gegenpartei gestellt wird; soweit ersichtlich, hatte das Kassationsgericht bis anhin denn auch keinen derartigen Fall zu beurteilen. Vorliegendenfalls will die Beschwerdeführerin mit ihrem Antrag allerdings erreichen, dass der Beschwerdeführer - unter dem Eindruck der erhöhten Strafbestimmungen von § 150 Abs. 2 ZPO bzw. Art. 306 StGB - von den in der persönlichen Befragung gemachten Aussagen *abweicht*. Der Wortlaut von § 150 ZPO schliesst die Abnahme einer Beweisaussage auf Antrag der Gegenpartei grundsätzlich nicht aus; zudem gehen auch Frank/Sträuli/Messmer ohne Weiteres davon aus, dass die Beweisaussage auf Antrag der Gegenpartei angeordnet werden kann (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 3a zu § 150 ZPO). Man kann sich jedoch fragen, ob der Gesetzgeber die Beweisaussage für die von der Beschwerdeführerin verfolgten Zwecke vorgesehen hat bzw. ob ein solches Vorgehen überhaupt dem Sinn und Zweck von § 150 ZPO entspricht (*"Das Ziel der Beweisaussage besteht darin, die Partei auch dort zum Beweis durch ihre eigene Aussage zuzulassen, wo sie selber Beweis führt"*, vgl. Hauser, Zivilprozessrecht, 4. A., Zürich 1996, § 29 Rz. 16). Diese Frage braucht letztlich nicht abschliessend beantwortet zu werden, denn auch wenn die Anordnung einer Beweisaussage vorliegendenfalls möglich gewesen wäre, so wäre es noch immer im Ermessen des Gerichts gestanden, von dieser Möglichkeit Gebrauch zu machen oder nicht. Das gegenüber der persönlichen Befragung erhöhte Strafmass bei Falschaussa-

ge stellt jedenfalls keinen zwingenden Grund für die Abnahme einer Beweisaussage dar, zumal solche Strafbestimmungen ohnehin kein Garant für wahrheitsgetreue Aussagen sind. Überdies sollte eine Beweisaussage nur bei grundsätzlich glaubwürdigen Parteien angeordnet werden (Kass.-Nr. 98/309 i.S. C., Entscheid vom 01.03.1999, Erw. III.3.11.c/aa; ZR 82 Nr. 89 [S. 229]; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 3b zu § 150 ZPO). Nachdem die Beschwerdeführerin die Glaubwürdigkeit des Beschwerdeführers gerade stark in Zweifel zieht, kann die Ablehnung des Antrages auch unter diesem Aspekt nicht als willkürlich bezeichnet werden.

8.1 Das Obergericht - so die Beschwerdeführerin weiter - halte auf S. 41 fest, dass seit sieben Jahren keine Zahlungen mehr seitens der Mutter erfolgt seien, und führe zur Begründung aus, es verstehe sich von selbst, dass ein Sohn seiner bereits in die Jahre gekommenen Mutter so weit wie möglich bei der Erledigung gewisser Angelegenheiten behilflich sei, ohne dafür irgend eine Entschädigung zu verlangen - das sei eine ethisch-moralische Pflicht. Diese Auffassung sei willkürlich, weil das Obergericht dabei vergesse, dass der Beschwerdegegner seine Kinder mit ein paar wenigen tausend Franken glücklicher und deren Ausbildung einfacher machen könnte, statt hunderttausende von Franken an eine Mutter zu verschenken, welche ohnehin alles andere als darben müsse. Es sei sodann unverständlich, wenn ihr - der Beschwerdeführerin - vorgeworfen werde, die Bezüge des Beschwerdegegners bräuchten nicht weiter abgeklärt zu werden, weil sie ihr Aussageverhalten geändert habe. Dies stelle insofern eine willkürliche Beweisverweigerung und Verletzung von § 133 ZPO dar, als sie doch alle möglichen Argumente zusammengetragen habe, welche darauf hinweisen würden, dass der Beschwerdegegner über weitere Einnahmen verfüge und insbesondere von seiner Mutter weiterhin Zahlungen erhalte (KG act. 1 S. 15/16).

8.2 Das Obergericht äusserte sich auf den S. 39-42 (Ziff. III.5.h/aa-cc) zur Frage, ob der Beschwerdegegner von seiner Mutter aus dem Nachlass einen monatlichen Betrag von Fr. 1'000.-- erhalte bzw. ob er von dieser für verschiedene Dienstleistungen wie etwa die Verwaltung der Liegenschaften im Kanton Zürich entschädigt werde. Die Beschwerdeführerin - so das Obergericht - habe anfänglich eingestanden, dass die finanziellen Leistungen der Mutter an den Be-

schwerdegegner eingestellt worden seien; sie begründe nicht, weshalb sie ihr Aussageverhalten geändert habe. Ebenso lege sie nicht dar, aufgrund welcher Rechtslage die Mutter überhaupt verpflichtet werden könnte, dem Beschwerdegegner monatlich Fr. 1'000.-- zu bezahlen. Eine solche Pflicht könne denn auch nicht hergeleitet werden, denn es verstehe sich von selbst, dass ein Sohn seiner in die Jahre gekommenen Mutter bei der Erledigung gewisser Angelegenheiten behilflich sei, ohne dafür eine Entschädigung zu verlangen. Bei dieser Sachlage brauche darauf nicht näher eingegangen zu werden (KG act. 2 S. 41 [lit. cc]).

8.3 Die Beschwerdeführerin vermag der Erwägung des Obergerichtes, wonach sie nicht erklärt habe, weshalb sie ihre Meinung hinsichtlich der umstrittenen Zahlungen geändert habe, nichts Stichhaltiges entgegenzuhalten. Insbesondere legt sie nicht dar, welche Argumente sie denn in diesem Zusammenhang vorgebracht habe bzw. weshalb ihr ursprüngliches Zugeständnis nicht mehr beachtlich sein soll. Ob Zahlungen der Mutter aus ethisch-moralischer oder rechtlicher Sicht angebracht wären oder nicht, ist im vorliegenden Verfahren aufgrund von § 285 ZPO (Subsidiarität der Nichtigkeitsbeschwerde) nicht zu beantworten, denn die Frage nach einem anrechenbaren hypothetischen Einkommen könnte vom Bundesgericht mit freier Kognition geprüft werden. Somit vermag die Beschwerdeführerin auch in diesem Zusammenhang keinen Nichtigkeitsgrund darzutun.

9.1 Die Beschwerdeführerin bringt weiter vor, dass das Obergericht ihre Beweisofferten auf S. 45 mit der Begründung abgelehnt habe, der Nachweis einer Nebenbeschäftigung sei nicht gelungen, weil eine solche sowohl durch den Beschwerdegegner wie auch von Frau G. verneint worden sei. Es sei zynisch, wenn dem Obergericht die wenig glaubwürdigen Aussagen des Beklagten und seiner Freundin genügen würden, um die Beweisaussage und weitere Zeugeneinvernahmen zu verweigern, um dann die dadurch verunmöglichte Beweisführung als Begründung für die Nichtzulassung der Beweismittel zu verwenden (KG act. 1 S. 16).

9.2 Das Obergericht hat an der zitierten Stelle ausgeführt, weshalb auf die Behauptung der Beschwerdeführerin, wonach die Fahrzeuge des Beschwer-

degegners auf ein Nebeneinkommen desselben hindeuten würden, nicht weiter einzutreten sei. Zur Begründung hielt es im Wesentlichen fest, dass die Beschwerdeführerin den Aufwand des Beschwerdegegners für sein bzw. seine allfälligen beiden Autos nicht genügend substantiiert habe (KG act. 2 S. 44/45 [Ziff. III.5.k/aa-cc]). Inwiefern das Obergericht an dieser Stelle die von der Beschwerdeführerin erwähnten Beweismittel (Beweisaussage, Zeugenbefragung) abgelehnt haben soll, ist nicht ersichtlich. Damit ist auf dieses Vorbringen nicht weiter einzugehen.

10.1 Die Beschwerdeführerin macht schliesslich geltend, das Obergericht habe die Nichtzulassung von Fragen an die Zeugin G. gar nicht geprüft und zur Begründung auf S. 53 ausgeführt, die Behauptungen über die Zuwendungen von G. für Reisekosten seien nicht näher substantiiert worden. Mit diesem Vorgehen habe die Vorinstanz die Beweisregeln krass verletzt, sei es doch gerade Sache des Beschwerdegegners, hierüber Auskunft zu geben. Woher solle sie - die Beschwerdeführerin - denn Einzelheiten wissen (KG act. 1 S. 16 unten)?

10.2 Auf den S. 52/53 (Ziff. III.5.n/ii/aaa-ccc) machte das Obergericht Ausführungen zur Frage, ob G. dem Beschwerdegegner die Kosten für Auto- und Flugreisen bezahlt habe oder nicht. Weil - so das Obergericht - deren Befragung als Zeugin im Berufungsverfahren nicht wiederholt werden müsse, brauche auch nicht geprüft zu werden, ob die Erstinstanz die entsprechende Zeugenfrage zu Recht nicht zugelassen habe. Zudem wäre es Sache der Beschwerdeführerin gewesen, ihre diesbezüglichen Behauptungen genau zu substantiieren; es genüge nicht, wenn einfach von Auto- und Flugreisen die Rede sei. Bei dieser Sachlage sei darauf nicht weiter einzutreten.

10.3 Der Zweck des Beweisverfahrens liegt darin, behauptete Tatsachen abzuklären. Es dient nicht dazu, eine ungenügende Sachverhaltsdarstellung zu vervollständigen - vielmehr sind die entsprechenden Behauptungen im Hauptverfahren substantiiert aufzustellen (Kass.-Nr. 98/022 i.S. S., Entscheid vom 10.12.98, Erw. II.3.1d; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 5 zu § 133 ZPO, mit Hinweisen). Nachdem die Beschwerdeführerin gar nicht behauptet, hinsichtlich der

fraglichen Reisezuwendungen substantiierte Behauptungen aufgestellt zu haben, ist ein Verstoss gegen § 133 ZPO nach dem Gesagten nicht ersichtlich.

III.

1. Den vorinstanzlichen Erwägungen ist zu entnehmen, dass die Beschwerdeführerin auch im Berufungsverfahren in den Genuss des Armenrechts gekommen ist (vgl. KG act. 2 S. 60/61 [Ziff. V.]). Im vorliegenden Beschwerdeverfahren besteht kein Anlass, vom Grundsatz der Weitergeltung der einmal gewährten unentgeltlichen Prozessführung bzw. Rechtsverteidigung im Rechtsmittelverfahren abzuweichen und dieses gemäss §§ 90 Abs. 2 und 91 ZPO zu entziehen.

2. Nachdem die Beschwerde zusammenfassend abzuweisen ist, soweit darauf eingetreten werden kann, sind die Kosten des vorliegenden Nichtigkeitsverfahrens der Beschwerdeführerin aufzuerlegen, zufolge des ihr gewährten Armenrechts jedoch einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen (§ 64 Abs. 2 i.V.m. § 85 Abs. 1 ZPO).

3. Der Beschwerdegegner hat auf die Beantwortung der Beschwerde verzichtet und gilt damit nicht als obsiegende Partei i.S.v. § 68 Abs. 1 ZPO, weshalb ihm keine Prozessentschädigung zuzusprechen ist.

Der unentgeltliche Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin wird für seinen Aufwand nach Eingang seiner Honorarnote zu entschädigen sein (§ 89 Abs. 2 ZPO).

Das Gericht beschliesst:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann.

Damit entfällt die der Beschwerde verliehene aufschiebende Wirkung.

2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf:
Fr. 1'500.-- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 435.-- Schreibgebühren,
Fr. 152.-- Zustellgebühren und Porti.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden der Beschwerdeführerin auferlegt, zufolge der ihr gewährten unentgeltlichen Prozessführung jedoch einstweilen auf die Gerichtskasse genommen.
4. Es werden keine Prozessentschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich, den Einzelrichter am Bezirksgericht Zürich (4. Abteilung) und das Schweizerische Bundesgericht, je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär: