



Kass.-Nr. AA060115/U/la

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Bernhard Gehrig, Andreas Donatsch, Paul Baumgartner und Reinhard Oertli sowie der juristische Sekretär Jürg-Christian Hürlimann

Zirkulationsbeschluss vom 29. März 2007

in Sachen

1. E.J.,
..., gesetzlich vertreten durch die Mutter, ...,
 2. A.J.,
..., gesetzlich vertreten durch die Mutter, ...,
- Klägerinnen, Appellantinnen und Beschwerdeführer
1, 2 vertreten durch Rechtsanwalt ...

gegen

L. J.-J.,
...,
Beklagte, Appellatin und Beschwerdegegnerin
vertreten durch Rechtsanwalt ...

betreffend

Verwandtenunterstützung

Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 16. Juni 2006 (NC050009/U)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Mit Urteil des Einzelrichters im ordentlichen Verfahren vom 10. September 2004 wurde die Ehe von H.SJ und M.J geschieden. Die beiden Kinder (Klägerinnen im vorliegenden Rechtsstreit) E., geb. 1991, und A., geb. 1994, wurden unter die elterliche Sorge ihrer Mutter H.SJ gestellt. In der vom Einzelrichter genehmigten Scheidungskonvention verpflichtete sich der Vater M.J. zur Bezahlung von monatlichen Unterhaltsbeiträgen für die beiden Kinder in Höhe von je Fr. 1'500.-- zuzüglich allfälliger Kinderzulagen. Zusätzlich verpflichtete er sich, je Kind jährlich Fr. 2'000.-- jeweils bis Ende Juni für spezielle Ausgaben wie Zahnkorrekturen, Ausbildung usw. zu bezahlen (BG act. 5/2). Die Klägerinnen machen geltend, ihr Vater M.J. komme seinen Unterhaltsverpflichtungen seit längerer Zeit nicht mehr nach, weshalb die ihnen zustehenden Unterhaltsbeiträge seit dem 1. Juni 2004 durch die zuständige Alimentenhilfe bevorschusst würden. Am 8. August 2004 sei über ihren Vater zudem der Konkurs eröffnet worden. Die Klägerinnen hätten bis vor kurzer Zeit zusammen mit ihrer Mutter H.SJ zur Miete in einem Einfamilienhaus in Bubikon gewohnt, welches L.J.-J., ihrer Grossmutter (der Beklagten im vorliegenden Rechtsstreit), gehöre.

Mit Eingabe vom 8. Dezember 2004 erhoben die Klägerinnen beim Bezirksgericht Zürich Klage mit dem Rechtsbegehren, es sei die Beklagte (unter dem Titel der Verwandtenunterstützung) rückwirkend per 10. November 2003 zu verpflichten, an die Kosten von Unterhalt und Erziehung der Klägerinnen angemessene Unterhaltsbeiträge zu bezahlen (BG act. 2). In der Replik bezifferten die Klägerinnen den geforderten Unterhaltsbeitrag mit Fr. 750.-- pro Kind und Monat (BG act. 34 S. 26).

Die Einzelrichterin an der 7. Abteilung des Bezirksgerichts Zürich wies die Klage mit Urteil vom 19. Juli 2005 ab. Sie hielt fest, eine Leistungspflicht der Beklagten sei zu verneinen. Diese lebe nicht in derart günstigen Verhältnissen, welche die Leistung von Unterstützungsbeiträgen ohne wesentliche Beeinträchtigung einer

wohlhabenden Lebensführung erlauben würden (BG act. 64 = OG act. 69 S. 11 Erw. II/4).

Gegen dieses Urteil erhoben die Klägerinnen Berufung (OG act. 70). Das Obergericht (II. Zivilkammer) wies die Klage mit Beschluss vom 16. Juni 2006 ebenfalls ab (OG act. 89 = KG act. 2). Gegen diesen Beschluss führen die Klägerinnen sowohl Berufung beim Bundesgericht (vgl. OG Prot. S. 11) als auch kantonale Nichtigkeitsbeschwerde beim Kassationsgericht (KG act. 1).

2. Mit ihrer Nichtigkeitsbeschwerde beantragen die Klägerinnen die Aufhebung des obergerichtlichen Beschlusses vom 16. Juni 2006 und Rückweisung der Sache zur Neuurteilung (KG act. 1 S. 2). Die Beklagte beantragt Abweisung der Nichtigkeitsbeschwerde, soweit auf diese einzutreten sei (KG act. 10). Das Obergericht verzichtet auf eine Vernehmlassung (KG act. 9).

Mit Verfügung vom 19. Juli 2005 bewilligte die Einzelrichterin den beiden Klägerinnen die unentgeltliche Prozessführung und bestellte ihnen einen unentgeltlichen Rechtsvertreter (BG act. 64 = OG act. 69 S. 12). Dies gilt auch für die Rechtsmittelverfahren, sofern die Rechtsmittelinstanzen keinen abweichenden Entscheid treffen (§ 90 Abs. 2). Dazu besteht keine Veranlassung. Auf den Antrag der Klägerinnen, im Kassationsverfahren die unentgeltliche Prozessführung und Rechtsvertretung zu gewähren, ist deshalb nicht weiter einzugehen.

II.

1. Das Obergericht zeigt zunächst in Erwägung III/1 des angefochtenen Beschlusses allgemein die Voraussetzungen der Verwandtenunterstützungspflicht im Sinne von Art. 328 ZGB auf und umschreibt insbesondere den Begriff der "günstigen Verhältnisse", welche beim allenfalls Pflichtigen gegeben sein müssen, damit dieser zur Unterstützung verpflichtet werden kann. Es hält unter anderem fest, dass gemäss Thomas Koller im Basler Kommentar und in Anlehnung an den französischen und den italienischen Gesetzestext unter "günstigen Verhältnissen" "Wohlstand" zu verstehen sei (KG act. 2 S. 5 f.). In den nachfolgenden Erwägun-

gen III/2 und 3 prüft das Obergericht, teilweise unter Hinweis auf die Erwägungen der Einzelrichterin, ob das Einkommen der Beschwerdegegnerin unter Berücksichtigung ihres erweiterten Existenzminimums erlaube, einen Lebensstil zu pflegen, der die Umschreibung "im Wohlstand" verdiene, und verneint dies (S. 6 f.). Sodann prüft das Obergericht, wiederum unter teilweise Bezugnahme auf die Erwägungen der Einzelrichterin, ob die Vermögensverhältnisse der Beschwerdegegnerin es zuliessen, sie zu Unterstützungsleistungen an die Beschwerdeführerinnen zu verpflichten, und verneint auch dies (S. 7 - 11, Erw. III/4 und 5).

Die Beschwerdeführer rügen in verschiedener Hinsicht, das Obergericht überschreite mit seiner Beurteilung sein Ermessen bzw. die Erwägungen seien unzutreffend. Dabei machen sie geltend, das Obergericht verletze klares materielles Recht im Sinne von § 281 Ziffer 3 ZPO (KG act. 1 S. 3 - 8 Ziffern 8 und 9).

Die Verwandtenunterstützungspflicht richtet sich nach Art. 328 ff. ZGB und damit nach Bundesrecht. Zur Geltendmachung der Verletzung von Bundesrecht stand den Beschwerdeführerinnen die Berufung an das Bundesgericht offen (Art. 43 OG). Diesbezüglich ist die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde ausgeschlossen (§ 285 ZPO).

2. Das Obergericht hält unter anderem mit der Einzelrichterin fest, es sei für die Beschwerdegegnerin unzumutbar, ihre Liegenschaft zu verkaufen, weil in dem Haus ein Vermächtnis bzw. das Lebenswerk des verstorbenen Ehegatten der Beschwerdegegnerin, welcher bis in die achtziger Jahre zu den bekannten Architekten im Raum Zürich gehört habe, gesehen worden sei (KG act. 2 S. 10 untere Hälfte).

Die Beschwerdeführerinnen rügen neben einer Verletzung klaren materiellen Rechts das Vorliegen einer willkürlichen tatsächlichen Annahme. Es ergäbe sich nicht aus den Akten, dass es sich beim fraglichen Haus tatsächlich um das Lebenswerk des verstorbenen Ehemannes der Beschwerdegegnerin handle. Das Obergericht selbst spreche vielmehr lediglich davon, dass es als Lebenswerk "gesehen werde". Es sei auch nicht bekannt, ob der Architekt J. noch andere, allenfalls zeugnishaftere Gebäude im Sinne eines künstlerischen Vermächtnisses hin-

terlassen habe. Die fragliche Baute bliebe im Übrigen auch dann ein solches Zeugnis, wenn der Grundeigentümer wechsele (KG act. 1 S. 7 Ziffer 9.2.2).

Wie die Beschwerdeführerinnen zutreffend festhalten, spricht das Obergericht davon, dass das Haus als Lebenswerk "gesehen werde". Das Obergericht stellt also nicht fest, das Haus bilde tatsächlich das Lebenswerk bzw. ein künstlerisches Vermächtnis des Architekten W.J.. Inwiefern die Feststellung, das Haus sei als Lebenswerk gesehen worden, willkürlich sein soll, zeigen die Beschwerdeführerinnen nicht auf. Ob und unter welchen Bedingungen es der Beschwerdegegnerin zuzumuten sei, das Haus zu verkaufen, um aus dem Erlös die Beschwerdeführerinnen zu unterstützen, ist eine Frage der Anwendung materiellen Bundesrechts und nicht im kantonalen Kassationsverfahren zu prüfen (Art. 43 OG, § 285 ZPO). Darin eingeschlossen ist, ob das allfällige Vorhandensein anderer zeugnishafter Liegenschaften des Architekten W.J. sowie der Umstand, dass ein Grundeigentümerwechsel nicht den Untergang der Liegenschaft zur Folge hätte, die Frage nach der Zumutbarkeit des Verkaufs der Liegenschaft beeinflusse.

3. Das Obergericht hält dafür, der gesundheitlich angeschlagenen, 77-jährigen Beschwerdegegnerin sei ein höherer Betrag für Gesundheits- und Pflegekosten zuzubilligen. Bekanntlich bewegten sich die monatlichen Kosten für den Aufenthalt in einem Pflegeheim ohne Weiteres in einem Bereich zwischen Fr. 10'000.-- und Fr. 20'000.--. Zu einer wohlhabenden Lebensführung gehöre, dass die Beschwerdegegnerin Mittel für einen allfälligen Aufenthalt in einem Pflegeheim reservieren dürfe (KG act. 2 S. 11 Mitte).

Die Beschwerdeführerinnen rügen, das Obergericht führe nicht aus, unter welchen konkreten gesundheitlichen Problemen die Beschwerdegegnerin leide, und verweise nicht auf entsprechende aktenmässige Belege. Die Beschwerdegegnerin selbst habe diesbezüglich nur sehr vage Behauptungen aufgestellt und nicht einmal Beweise offeriert. Das Obergericht leite daraus jedoch einen erhöhten Gesundheits- und Pflegebedarf der Beschwerdegegnerin ab. Diese Argumentation ohne beweismässige Stütze beruhe auf einer willkürlichen tatsächlichen Annahme (KG act. 1 S. 8 Ziffer 9.3). Zu beachten sei weiter, dass die Beschwerdegegnerin bis heute keinen Pflegefall darstelle und sich ein solcher nicht abzeichne. Die oh-

nehin bestrittenen psychischen Probleme der Beschwerdegegnerin hätten jedenfalls keine Einweisung in ein Pflegeheim zur Folge. Vielmehr führe die Beschwerdegegnerin ihren eigenen Haushalt. Das Urteil habe von den tatsächlichen Verhältnissen im Zeitpunkt des Endentscheids auszugehen. Irgendwelche Hypothesen, deren Eintritt ungewiss sei, wie etwa ein allfälliger Aufenthalt in einem Pflegeheim, seien nicht zu berücksichtigen. Dies umso mehr, als die Beschwerdegegnerin ohnehin bei veränderten tatsächlichen Voraussetzungen eine Abänderung des Urteils verlangen könne. Der angefochtene Beschluss verletze in diesem Punkt einen wesentlichen Verfahrensgrundsatz (KG act. 1 S. 8 Ziffer 9.4).

Das Argument der Beschwerdeführerinnen, die Beschwerdegegnerin könne bei veränderten tatsächlichen Voraussetzungen eine Abänderung des Urteils verlangen, geht offensichtlich fehl. Das Obergericht hält dafür, die Beschwerdegegnerin dürfe Mittel für einen allfälligen Aufenthalt in einem Pflegeheim reservieren. Sollte die Beschwerdegegnerin zu Unterstützungsleistungen an die Beschwerdeführerinnen verpflichtet werden, so stehen die dafür aufgebrauchten Mittel im Moment des möglichen Eintritts in ein Pflegeheim nicht zur Verfügung und es ändert daran nichts, wenn die Beschwerdegegnerin dann eine Abänderung des Urteils verlangen und von der Verpflichtung zu weiteren Unterstützungsleistungen entbunden werden könnte.

Das Obergericht stellt nicht fest, die Gesundheit der Beschwerdegegnerin sei gegenwärtig derart angeschlagen, dass sich ein Pflegefall oder eine Eintritt ins Pflegeheim in absehbarer Zeit abzeichne. Entsprechend erübrigten sich genauere diesbezügliche Abklärungen. Ob und in welchem Masse einer 77-jährigen Frau zusteht, für einen allfälligen späteren Aufenthalt in einem Pflegeheim Rückstellungen zu bilden, bevor sie zur Unterstützung von Verwandten verpflichtet werden kann, und ob solche Rückstellungen nur anrechenbar seien, wenn sich ein Eintritt ins Pflegeheim konkret abzeichnet, richtet sich nach Bundesrecht und ist nicht im kantonalen Kassationsverfahren zu prüfen (Art. 43 OG, § 285 ZPO). Eine Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes oder eine willkürliche tatsächliche Annahme seitens des Obergerichts ist in diesem Zusammenhang nicht ersichtlich.

4. Im Berufungsverfahren stellten die Beschwerdeführerinnen den Eventualantrag, es seien die Kosten- und Entschädigungsregelung des erstinstanzlichen Entscheids aufzuheben und die Sache diesbezüglich an die Einzelrichterin zurückzuweisen zur Festsetzung einer verhältnismässigen Verteilung der Kosten- und Entschädigungsfolgen auf die Parteien (OG act. 76 S. 2).

Das Obergericht erachtet diesen Eventualantrag für unbegründet. Gemäss § 64 Abs. 2 ZPO werde die unterliegende Partei kostenpflichtig. § 64 Abs. 3 ZPO sehe eine Abweichung von diesem Grundsatz vor, wenn sich die unterliegende Partei in guten Treuen zur Prozessführung veranlasst gesehen habe oder wenn dem Kläger die genaue Bezifferung seines Anspruchs nicht möglich gewesen sei und seine Klage im Grundsatz gutgeheissen worden sei. Da die Klage abgewiesen werde, könnten sich die Beschwerdeführerinnen nur darauf berufen, sie hätten sich in guten Treuen zur Prozessführung veranlasst gesehen. Ein solcher Sachverhalt sei jedoch vorliegend nicht gegeben: Wenn die Beschwerdeführerinnen ohne sichere Kenntnis der finanziellen Verhältnisse der Beschwerdegegnerin gegen diese einen Prozess anstrebten, trügen sie allein das Prozess- und damit das Kostenrisiko (KG act. 2 S. 12 f. Erw. III/7).

Die Beschwerdeführerinnen widersprechen dieser Auffassung. Die Beschwerdegegnerin habe die vorprozessualen Auskunftsbeglehen der Beschwerdeführerin zurückgewiesen. Sie habe auch bei der Friedensrichterverhandlung keinerlei Hinweise auf ihre Einkommens- und Vermögenslage gemacht. Vielmehr sei sie unentschuldigt nicht zur Verhandlung erschienen. Durch dieses Verhalten habe sie nicht nur Mitwirkungspflichten (insbesondere Auskunftspflichten, z.B. solche gemäss § 96 ZPO) verletzt, sondern die Beschwerdeführerinnen in ihrer Vermutung bestärkt, dass sie aufgrund ihrer finanziellen Situation sehr wohl zu Unterstützungsleistungen verpflichtet sein könnte. Die Beschwerdegegnerin habe den Prozess geradezu provoziert. Der Hinweis des Obergerichts auf das übliche Prozess- und Kostenrisiko sei bei dieser Ausgangslage völlig verfehlt und stelle eine Verletzung klaren materiellen Rechts dar (KG act. 1 S. 9 Ziffer 10).

Aus dem Nichterscheinen einer beklagten Partei zur Sühnverhandlung lässt sich nicht auf eine Anerkennung der Klagegründe schliessen. Entsprechend ergibt sich

daraus im vorliegenden Fall auch keine rechtlich relevante Vermutung, die Beschwerdeführerin sei in der Lage und verpflichtet, Unterstützungsleistungen an die Beschwerdeführerinnen zu erbringen. Eine Verpflichtung zu vorprozessualer Auskunftserteilung an die Gegenpartei besteht ebenfalls nicht. Zwar sollen nach § 96 Abs. 1 ZPO die Parteien die Urkunden, welche sie im Prozess einreichen wollen, schon im Sühnverfahren vorlegen. Dies ist eine Sollvorschrift, deren Nichtbeachtung in der Tat Kostenaufgabe nach § 66 ZPO zur Folge haben kann. Eine Vorlegungspflicht, deren Verletzung prozessrechtliche Nachteile zur Folge haben kann, besteht jedoch erst im gerichtlichen Beweisverfahren (Frank / Sträuli / Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 1997, N 1 zu § 96 ZPO). Diese Sollvorschrift geht jedoch nicht so weit, dass eine beklagte Partei alle allenfalls zur Abwehr des klägerischen Anspruchs nützlichen oder in Frage kommenden Urkundenbeweise bereits zur Sühnverhandlung mitzubringen und anlässlich dieser vorzulegen habe. Das Nichterscheinen der beklagten Partei zur Sühnverhandlung und das Nichtvorlegen allenfalls dem Klageanspruch entgegenstehender Urkunden gibt der klagenden Partei nicht grundsätzlich Veranlassung, eine Klage beim zuständigen Sachrichter zu erheben und entbindet insbesondere nicht vom Kostenrisiko im Fall des Unterliegens im gerichtlichen Verfahren.

Die Einzelrichterin und mit ihr das Obergericht bestimmten die Kosten- und Entschädigungsfolgen entsprechend der gesetzlichen Regel von § 64 Abs. 2 ZPO und § 68 Abs. 1 ZPO, wonach die unterliegende Partei die Verfahrenskosten zu tragen und die obsiegende Partei zu entschädigen habe. Dass die Vorinstanzen vorliegend nicht im Sinne von § 64 Abs. 3 ZPO von dieser Regelung abweichen, verletzt jedenfalls kein *klares* materielles Recht.

5. Zusammenfassend erweist sich die Nichtigkeitsbeschwerde, soweit überhaupt auf sie eingetreten werden kann, als unbegründet.

III.

Ausgangsgemäss sind die Kosten des Kassationsverfahrens den beiden Beschwerdeführerinnen je zur Hälfte aufzuerlegen, jedoch infolge bewilligter unent-

geltlicher Prozessführung einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen (64 Abs. 2 ZPO, § 85 Abs. 1 ZPO). Weiter haben die Beschwerdeführerin die Beschwerdegegnerin für deren Kosten und Umtriebe zu entschädigen (§ 68 Abs. 1 ZPO). Es ist für Kosten und Entschädigungen solidarische Haftung beider Beschwerdeführerinnen anzuordnen (§ 70 Abs. 2 ZPO).

Dem unentgeltliche Rechtsvertreter der Beschwerdeführerinnen ist für seine Bemühungen und Barauslagen eine Entschädigung aus der Gerichtskasse zuzusprechen (§ 89 Abs. 2 ZPO).

Eine Nachforderung für die Gerichtskosten und die Kosten der Vertretung der Beschwerdeführerinnen, sollten diese in günstige wirtschaftliche Verhältnisse kommen, ist vorzubehalten (§ 92 ZPO).

Das Gericht beschliesst:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf:
Fr. 2'000.-- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 293.-- Schreibgebühren,
Fr. 228.-- Zustellgebühren und Porti.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden den Beschwerdeführerinnen je zur Hälfte auferlegt, unter solidarischer Haftbarkeit für den gesamten Betrag, jedoch zufolge gewährter unentgeltlicher Prozessführung einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Eine Nachzahlung gemäss § 92 ZPO bleibt vorbehalten.
4. Die Beschwerdeführerinnen werden solidarisch verpflichtet, der Beschwerdegegnerin für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 3'000.-- (inkl. MWSt.) zu entrichten.

5. Dem unentgeltlichen Rechtsvertreter der Beschwerdeführerinnen, Rechtsanwalt Dr. Beat Sigel, wird für dessen Bemühungen und Barauslagen im Kassationsverfahren eine Entschädigung von Fr. 3'000.-- (inkl. MWSt.) aus der Gerichtskasse zugesprochen. Eine Nachzahlung durch die Beschwerdeführerinnen gemäss § 92 ZPO bleibt vorbehalten.
6. 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 erhoben werden. Der Streitwert beträgt Fr. 130'125.--.

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

7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich, das Bezirksgericht Zürich (Einzelrichterin der 7. Abteilung) und das Schweizerische Bundesgericht, je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär: