



---

Kass.-Nr. AA070135/U/la

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Bernhard Gehrig, Andreas Donatsch, Paul Baumgartner und die Kassationsrichterin Yvona Griesser sowie der juristische Sekretär Christof Tschurr

## **Zirkulationsbeschluss vom 25. September 2008**

in Sachen

**X.**

Beklagter, Appellant, Anschlussappellat und Beschwerdeführer  
vertreten durch Rechtsanwalt

gegen

**Z.**

Sohn der  
Kläger, Appellat, Anschlussappellant und Beschwerdegegner  
vertreten durch Rechtsanwalt

betreffend

**Unterhalt**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der II. Zivilkammer des  
Obergerichts des Kantons Zürich vom 7. August 2007 (NC060010/U)**

**Das Gericht hat in Erwägung gezogen:**

**I.**

1. Der Beschwerdeführer ist der Vater des am \_\_\_\_\_ 1997 geborenen Beschwerdegegners (BG act. 6). Am 11. Januar 1999 reichte der Beistand des Beschwerdegegners (BG act. 5) beim Bezirksgericht \_\_\_\_\_ eine Klage gegen den Beschwerdeführer ein mit dem Rechtsbegehren, der Beschwerdeführer sei zu verpflichten, für den Beschwerdegegner monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 1'150.-- zu bezahlen (BG act. 2). Mit Beschluss vom 16. Dezember 1999 bewilligte das Bezirksgericht beiden Parteien die unentgeltliche Rechtspflege (unentgeltliche Prozessführung, unentgeltliche Rechtsbeistände [BG act. 42]). Nach Durchführung eines Beweisverfahrens verpflichtete das Bezirksgericht \_\_\_\_\_ den Beschwerdeführer mit Urteil vom 14. Juli 2006, dem Beschwerdegegner rückwirkend ab 1. Mai 1998 bis zum 18. Lebensjahr monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 900.-- zuzüglich allfällige Kinderzulagen zu bezahlen (BG act. 159). Gegen dieses Urteil erklärte der Beschwerdeführer Berufung (BG act. 161). Er beantragte die ersatzlose Aufhebung der Unterhaltsverpflichtung (OG act. 177 S. 2). Mit Beschluss vom 27. Oktober 2006 wies das Obergericht des Kantons Zürich ein Gesuch des Beschwerdegegners um Entzug der aufschiebenden Wirkung ab, verpflichtete aber den Beschwerdeführer im Sinne einer vorsorglichen Massnahme gemäss Art. 281 Abs. 2 ZGB, dem Beschwerdegegner bis zur rechtskräftigen Erledigung des Prozesses monatlich Fr. 500.-- zu bezahlen (OG act. 179). Mit seiner Berufungsantwort erhob der Beschwerdegegner Anschlussberufung und beantragte, der Beschwerdeführer sei zu verpflichten, ihm bis zum 18. Altersjahr monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 1'150.-- zuzüglich Kinderzulagen zu bezahlen (OG act. 185 S. 2). Mit Beschluss vom 7. August 2007 verpflichtete das Obergericht (II. Zivilkammer) den Beschwerdeführer, dem Beschwerdegegner rückwirkend ab 1. August 1999 bis zur Mündigkeit monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 1'150.-- und für den Juli 1999 Fr. 550.-- zu bezahlen (KG act. 2 S. 16).

2. Gegen den obergerichtlichen Beschluss vom 7. August 2007 erhob der Beschwerdeführer rechtzeitig (OG act. 202/1, KG act. 1) eine Nichtigkeitsbeschwerde. Mit dieser beantragt er in erster Linie die Aufhebung des angefochtenen Beschlusses. In prozessualer Hinsicht stellte er die Anträge, der Beschwerde sei aufschiebende Wirkung zu verleihen und es sei ihm auch für das Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Rechtspflege (unentgeltliche Prozessführung, unentgeltlicher Rechtsbeistand) zu bewilligen (KG act. 1 S. 2 f.). Mit Präsidialverfügung vom 14. September 2007 wurde der Beschwerde aufschiebende Wirkung verliehen mit der Feststellung, dass damit hinsichtlich der Unterhaltsbeiträge einstweilen die Regelung gemäss vorinstanzlichem Beschluss vom 27. Oktober 2006 weiter gilt (KG act. 8). Die Vorinstanz verzichtete explizit auf eine Vernehmlassung zur Beschwerde (KG act. 10). Der Beschwerdegegner erklärte, auf eine Beschwerdeantwort zu verzichten, fügte aber bezüglich der dem Beschwerdeführer gewährten unentgeltlichen Rechtspflege bei, dass dessen Vater verstorben sei, so dass er möglicherweise zu Vermögen gekommen sei (KG act. 11). Innert Frist nahm der Beschwerdeführer dazu Stellung (KG act. 12, 14 und 15/1). Diese Stellungnahme wurde samt Beilage dem Beschwerdegegner zur Kenntnisnahme zugestellt (KG act. 16 und 17/2). Weitere Eingaben erfolgten im vorliegenden Beschwerdeverfahren nicht.

## II.

1. Die von einer Instanz gewährte unentgeltliche Rechtspflege gilt auch für die kantonalen Rechtsmittelverfahren, wenn die Rechtsmittelinstanz nicht für ihr Verfahren einen abweichenden Entscheid trifft (§ 90 Abs. 2 ZPO e contrario; Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 1997, N 3 zu § 90). Die dem Beschwerdeführer vom Bezirksgericht \_\_\_\_\_ gewährte unentgeltliche Rechtspflege (BG act. 42 S. 20) gilt mithin ohne weiteres auch für das vorliegende Beschwerdeverfahren. Der entsprechende Antrag in der Beschwerde (KG act. 1 S. 3 oben) war überflüssig. Für einen Entzug der unentgeltlichen Rechtspflege besteht kein Grund. Insbesondere machte der Beschwerdeführer mit dem Erb- und Erbverzichtsvertrag vom 30. April

2003 (KG act. 15/1) glaubhaft, dass er durch den Nachlass seines verstorbenen Vaters (noch) nicht zu Vermögen gelangt ist.

2. Vor den Vorinstanzen und auch im Beschwerdeverfahren umstritten ist nicht die grundsätzliche Unterhaltspflicht des Beschwerdeführers als Vater für den Beschwerdegegner, sondern umstritten sind die Leistungsfähigkeit des Beschwerdeführers und die Höhe von Unterhaltsbeiträgen, sofern er überhaupt zur Leistung von solchen in der Lage ist. Der Beschwerdeführer ist selbständigerwerbend. Er führt (als Inhaber) die Einzelfirma A. (angefochtener Beschluss KG act. 2 S. 5 unten, S. 7 unten). Vor Erstinstanz reichte er zur Darlegung seiner finanziellen Situation u.a. Jahresabschlüsse 1996, 1997, 1998 (BG act. 28/1 - 28/3) und 1999 (BG act. 50/1) der Firma A. ein. Die Erfolgsrechnungen wiesen Unternehmensgewinne bzw. -verluste von Fr. - 27'062.65 (Verlust 1996; BG act. 28/1 S. 2), Fr. 14'652.80 (Gewinn 1997; BG act. 28/2 S. 2), - Fr. 48'153.05 (Verlust 1998; BG act. 28/3 S. 2) und - Fr. 6'796.60 (Verlust 1999; BG act. 50/1 S. 6) aus. Im Rahmen des Beweisverfahrens reichte er zudem auf entsprechende gerichtliche Aufforderung (BG act. 66 S. 12) Jahresabschlüsse 1992 - 2001 ein (BG act. 80/1 - 10). Zu den Behauptungen des Beschwerdegegners, dass der Beschwerdeführer Privatbezüge tätige, die in der Geschäftsbuchhaltung der Firma A. nicht als solche ausgewiesen würden und so den Gewinnausweis verkleinerten (BG act. 66 S. 6 Beweissatz I.4.a), dass der Beschwerdeführer durch die Bildung von Reserven auf dem Warenlager der Firma A. Waren unter dem Einkaufswert bilanzieren und so den Gewinnausweis verkleinern (BG act. 66 S. 7 Beweissatz I.4.b), dass Abschreibungen auf Liegenschaften bloss fiktiv seien, was den Gewinnausweis angehe, und deshalb bei der Berechnung des Unternehmerlohnes (d.h. des Einkommens des Beschwerdeführers) nicht berücksichtigt werden dürften (BG act. 66 S. 7 Beweissatz I.4.c), und dass die Kosten des Fahrzeugs des Beschwerdeführers, soweit er es aus beruflichen Gründen benötige, durch das Geschäft übernommen würden (BG act. 66 S. 11 Beweissatz II.b), gab das Bezirksgericht ein Gutachten in Auftrag (BG act. 82 S. 2 Ziff. 1, act. 83). Der Gutachter B. prüfte "die buchhalterischen Vorgänge bei der" Firma A. "für die Jahre 1997 bis 1999" (BG act. 95 S. 1) bzw. die Jahresrechnungen 1997 bis 1999 (BG act. 95 S. 2) und gelangte zu den Schlüssen, dass die Buchhaltungen in einzel-

nen Punkten nicht dem "Grundsatz der Ordnungsmässigkeit" entsprächen (BG act. 95 S. 2 Ziff. 3.0), zu Lasten der Jahresrechnungen 1997, 1998 und 1999 diverse Privatbezüge erfolgt seien, die den ausgewiesenen Gewinn verkleinerten (BG act. 95 S. 3 Ziff. 1), das Warenlager korrekt erfasst sei (BG act. 95 S. 4 f. Ziff. 2), die Abschreibungen auf der Liegenschaft berechtigt seien (BG act. 95 S. 5 Ziff. 3) und dass in den Geschäftsjahren 1997 bis 1999 die Kosten der Fahrzeuge des Beschwerdeführers vollumfänglich durch das Geschäft übernommen worden seien (BG act. 95 S. 5 Ziff. 4). Der Gutachter errechnete nach seinen Aufrechnungen interne Reingewinne von Fr. 73'435.20 für das Jahr 1997, Fr. 30'430.89 für das Jahr 1998 und Fr. 96'359.55 für das Jahr 1999 (BG act. 95 S. 6). Auf Einwendungen des Beschwerdeführers (BG act. 126 S. 8 - 10, S. 16 f.) und seines Treuhänders (BG act. 126 S. 9, act. 127/1) und auf entsprechende gerichtliche Aufforderung (BG act. 128) nahm der Gutachter eine "ergänzende Stellungnahme" und in dieser verschiedene Anpassungen seiner Berechnungen zu den Jahresrechnungen 1997 - 1999 vor (BG act. 149). Dabei gelangte er zu (insoweit angepassten bzw. bereinigten) internen Reingewinnen von Fr. 2'198.55 für das Jahr 1997, Fr. 25'100.89 für das Jahr 1998 und Fr. 92'859.55 für das Jahr 1999 (BG act. 149 S. 2 f.). Gestützt darauf legte das Bezirksgericht seinem Urteil einen durchschnittlichen Reingewinn der Firma A. von Fr. 40'053.-- jährlich (Durchschnitt aus Fr. 2'198.55 im Jahr 1997, Fr. 25'100.89 im Jahr 1998 und Fr. 92'859.55 im Jahr 1999) bzw. Fr. 3'337.75 monatlich (BG act. 159 S. 9) zugrunde und ging davon als Einkommen des Beschwerdeführers aus (BG act. 159 S. 11 Erw. 4). Unter Berücksichtigung eines Notbedarfs von Fr. 2'435.-- monatlich gelangte das Bezirksgericht zu den Unterhaltsbeiträgen von Fr. 900.-- monatlich (BG act. 159 S. 12). Auch das Obergericht ging sinngemäss von den gutachterlichen Feststellungen von Reingewinnen von Fr. 2'000.-- für das Jahr 1997, Fr. 25'000.-- für das Jahr 1998 und von Fr. 92'000.-- für das Jahr 1999 aus (KG act. 2 S. 9 f.) sowie gestützt darauf von einem durchschnittlichen Jahreseinkommen des Beschwerdeführers von Fr. 40'000.-- (KG act. 2 S. 11) und berechnete darauf basierend (aber unter Anrechnung tieferer Notbedarfe als das Bezirksgericht) einen monatlichen Unterhaltsbeitrag von Fr. 1'150.-- (KG act. 2 S. 14 Erw. 5).

3. Der Beschwerdeführer macht unter Ziff. 10.2 der Beschwerde geltend, für die Ermittlung seiner Leistungsfähigkeit könnte allenfalls dann auf seinen Lebensaufwand, d.h. seine Lebensstellung abgestellt werden, wenn eine hinreichende Klärung seiner Einkünfte nicht möglich gewesen wäre (Beschwerde KG act. 1 S. 7 Ziff. 10.2). In der Folge trägt der Beschwerdeführer diesbezüglich in zahlreichen Unterziffern (10.2.1 - 10.2.10; Beschwerde KG act. 1 S. 7 - 16) verschiedene Rügen vor, um zum Schluss zu gelangen, dass ihm nicht vorgeworfen werden könne, eine hinreichende Klärung sei nicht möglich gewesen. Es sei deshalb unzulässig, aus seinem Lebensaufwand Schlüsse auf sein Einkommen zu ziehen (Beschwerde KG act. 1 S. 16 Ziff. 10.2.11).

Die Vorinstanz erwog, zur Feststellung der finanziellen Leistungsfähigkeit des Beschwerdeführers (als Selbständigerwerbender) seien grundsätzlich zwei unterschiedliche Methoden möglich, nämlich entweder die Feststellung tatsächlich erhaltener Einkünfte (Lohnerwerb etc.) oder die Feststellung des effektiv betriebenen Lebensaufwandes (angefochtener Beschluss KG act. 2 S. 7 Erw. 3 erster Absatz). In der Folge wandte die Vorinstanz die erstgenannte Methode an (Lohnerwerb etc.), indem sie auf die aus den Buchhaltungsunterlagen des Beschwerdeführers gewonnenen gutachterlichen Feststellungen zu seinem Jahreseinkommen in den Jahren 1997 bis 1999 abstellte (angefochtener Beschluss KG act. 2 S. 11, S. 14 Erw. 5). Sie stellte demnach gar nicht auf die zweitgenannte Methode (Lebensaufwand) ab und zog aus dem Lebensaufwand des Beschwerdeführers gar keine Schlüsse auf sein Einkommen. Die entsprechenden Ausführungen des Beschwerdeführers unter Ziff. 10.2 der Beschwerde gehen am angefochtenen Beschluss vorbei. Soweit die Vorinstanz Erwägungen im Zusammenhang mit der zweitgenannten Methode (Lebensaufwand) anstellte (Privatbezüge und -verbrauch, Lebenshaltungskosten etc., KG act. 2 S. 7 f., S. 11), wirkten sich diese nicht zum Nachteil des Beschwerdeführers aus, da die Vorinstanz schliesslich nicht auf diese, sondern auf die erstgenannte Methode abstellte und der Beschwerdeführer nicht etwa rügt, sie hätte nicht auf die erstgenannte Methode abstellen dürfen, sondern selber davon ausgeht (vgl. Beschwerde KG act. 2

S. 25). Auf diese Rügen ist deshalb nicht einzutreten. Zur Ermittlung der tatsächlichen Einkünfte des Beschwerdeführers stellte die Vorinstanz auf die Feststellungen des gerichtlich bestellten Gutachters ab. Rügen des Beschwerdeführers bezüglich der vorinstanzlichen Feststellungen seines Einkommens haben sich deshalb mit dem Gutachten und den vorinstanzlichen Erwägungen zu diesem auseinanderzusetzen.

4. Der Beschwerdeführer rügt, die Vorinstanz habe einerseits erwogen, in den Jahresabschlüssen könnten überhöhte, aber vom Gutachter nicht bemängelte Positionen enthalten sein. Andererseits habe sie sämtliche Kritik an der Verwertbarkeit des Gutachtens zurückgewiesen. Dies sei widersprüchlich. Deshalb seien die auf das Gutachten gestützten Annahmen willkürlich. Dazu verweist der Beschwerdeführer auf seine Ausführungen unter Ziff. 10.2.3 - 10.2.5 der Beschwerde (Beschwerde KG act. 1 S. 16 Ziff. 11.1).

a) In Ziff. 10.2.3 machte der Beschwerdeführer geltend, die Vorinstanz habe erwähnt, die vom Gutachter errechneten Reingewinne seien zu relativieren. Wenn sie seine Kritik am Gutachten vollumfänglich zurückweise, verwickle sie sich in einen Widerspruch (Beschwerde KG act. 1 S. 9).

Diese Rüge geht fehl.

aa) Wenn die Vorinstanz die Kritik des Beschwerdeführers am Gutachten als unbegründet erachtet, heisst dies nicht, dass sie das Gutachten damit als vollumfänglich überzeugend bezeichnete. Es ist durchaus möglich, dass zwar die Kritik des Beschwerdeführers unbegründet ist, andere Kritik aber berechtigt sein kann. Ein Widerspruch ergibt sich nicht allein daraus.

bb) Die Vorinstanz stellte wie die Erstinstanz basierend auf den Ergebnissen des Gutachters für die Jahre 1997 bis 1999 ein durchschnittliches Jahreseinkommen des Beschwerdeführers von Fr. 40'000.-- fest (angefochtener Beschluss KG act. 2 S. 11). Dies stimmt überein mit dem Durchschnitt der vom Gutachter für die Jahre 1997 bis 1999 zusammengefassten Reingewinne nach Aufrechnungen

(1997 Fr. 2'198.55, 1998 Fr. 25'100.89, 1999 Fr. 92'859.55; total in drei Jahren Fr. 120'159.-- = Fr. 40'000.--/Jahr). Ein Widerspruch ist dabei nicht ersichtlich.

Zwar hielt die Vorinstanz tatsächlich fest, dass die vom Experten errechneten Reingewinne insofern zu relativieren seien, als ungeklärt bleibe, mit welchen Mitteln der Beschwerdeführer über all die Jahre hinweg für seinen persönlichen Lebensbedarf (Mietanteil, Lebensmittel, Kleider etc.) aufgekommen sei. Anhand der Jahresabschlüsse und der erstellten Expertise seien nämlich lediglich diejenigen Auslagen des Beschwerdeführers ausgewiesen, für die Belege vorhanden seien (angefochtener Beschluss KG act. 2 S. 11). Die Erwägung, dass die vom Experten errechneten Reingewinne insofern zu relativieren seien, ist nicht nachvollziehbar. Diese Erwägung wirkte sich indes nicht zum Nachteil des Beschwerdeführers aus. Die Vorinstanz ging nicht von höheren als den vom Gutachter errechneten Reingewinnen aus. Mangels Nachteils für den Beschwerdeführer ist auf diese Rüge nicht weiter einzugehen. Das Fehlen eines Nachteils ergibt sich auch aus der Rüge selber, welche die willkürliche tatsächliche Annahme darauf bezieht, *soweit* die Vorinstanz das Einkommen des Beschwerdeführers nicht als nachgewiesen erachte bzw. erwähne, die vom Experten errechneten Reingewinne seien zu relativieren. Im Umfang des durchschnittlichen Jahreseinkommens von Fr. 40'000.--, auf welchem ihr Entscheid basiert, erachtete die Vorinstanz das Einkommen des Beschwerdeführers als nachgewiesen und relativierte sie die vom Gutachter errechneten Reingewinne nicht.

b) In Ziff. 10.2.4 der Beschwerde bezieht sich der Beschwerdeführer auf die vorinstanzlichen Erwägungen, er habe seinen Privatverbrauch für das Jahr 1998 pauschal mit Fr. 24'500.-- beziffert, und dieser Betrag lasse sich in dieser Form nicht der Erfolgsrechnung entnehmen (Beschwerde KG act. 1 S. 10). Der Beschwerdeführer macht diesbezüglich in diesem Zusammenhang (vgl. Ziff. 11.1 der Beschwerde KG act. 1 S. 16) geltend, die Vorinstanz habe vermutungsweise geäußert, in den Jahresabschlüssen könnten überhöhte Positionen enthalten sein. Solche festzustellen, wäre Aufgabe des Gutachters gewesen. Der Gutachter habe nichts Dergleichen bemängelt. Wenn die Vorinstanz gleichwohl überhöhte Positionen vermute, setze sie sich in Widerspruch zum Gutachten und damit zu

ihrer Feststellung, dass auf das Gutachten abzustellen sei und kein Anlass für die Einholung eines neuen Gutachtens bestehe.

Diese Ausführungen gehen indes schon deshalb fehl, weil der Gutachter durchaus festgestellt hatte, dass zulasten der Jahresrechnungen 1997 - 1999 diverse Privatbezüge erfolgt seien, die den ausgewiesenen Gewinn verkleinerten (vgl. BG act. 95 S. 3 f.). Die Vorinstanz setzte sich mit den vom Beschwerdeführer zitierten Erwägungen in keinen Widerspruch zum Gutachten.

c) Das Gleiche gilt bezüglich Ziff. 10.2.5 der Beschwerde (KG act. 1 S. 10 f.). Der Gutachter stellte durchaus fest, dass als Aufwand verbuchte Privatbezüge auch in den Bereichen Versicherungen und Sozialleistungen erfolgt seien (BG act. 95 S. 3 Ziff. 1). Auch mit den hierunter zitierten Erwägungen setzte sich die Vorinstanz in keinen Widerspruch zum Gutachten.

d) Abgesehen davon bezog sich die Vorinstanz bei ihren Erwägungen auf S. 7 f. des angefochtenen Beschlusses, mit welchen sich die Ziffern 10.2.3 - 10.2.5 der Beschwerde auseinandersetzen, auf die Ausführungen des Beschwerdeführers insbesondere in der Klageantwort zu seinem Privatverbrauch bzw. seinen Lebenshaltungskosten, nicht aber auf das Gutachten. Ein Widerspruch bei der Rückweisung der Kritik des Beschwerdeführers an der Verwertbarkeit des Gutachtens (Beschwerde KG act. 1 S. 16 Ziff. 11.1) kann damit nicht dargetan werden. Die Rüge geht fehl.

5. Die Vorinstanz erwog, die Ergänzung des Gutachtens von B. sei nicht wegen Unvollständigkeit oder Unzulänglichkeit erforderlich gewesen, sondern weil der Beschwerdeführer in seiner Stellungnahme zum "Erstgutachten" nachträglich neue Behauptungen vorgebracht habe (angefochtener Beschluss KG act. 2 S. 10; mit "Erstgutachten" ist das Gutachten von B. vom 6. Juli 2004 [BG act. 95] gemeint, im Unterschied zum "ergänzenden Gutachten" von B. vom 26. Januar 2006 [BG act. 149]). Der Beschwerdeführer sieht dies anders. Seiner Stellungnahme zum "Erstgutachten" hätten Ausführungen der C. GmbH (welche die Jahresabschlüsse 1996 - 1999 erstellt hatte; vgl. BG act. 28/1 - 28/3, act. 50/1) zugrunde gelegen. Diese Ausführungen hätten zur Korrektur des Gutachtens

geführt. Sie (diese Ausführungen der C. GmbH) stellten entgegen den vorinstanzlichen Erwägungen keine ergänzenden Informationen bzw. nachträgliche neue Behauptungen dar. Der Gutachter habe vollumfängliche Einsicht in die Buchhaltung inkl. Belegen gehabt, aus welchen die entsprechenden Angaben ersichtlich gewesen wären. Wenn die Vorinstanz argumentiere, die Ergänzung des "Erstgutachtens" sei von der Erstinstanz nicht aufgrund von Fehlern im Gutachten, sondern aufgrund neuer Erklärungen des Beschwerdeführers in Auftrag gegeben worden, sei dies willkürlich (Beschwerde KG act. 1 S. 17 Ziff. 11.2.1).

a) Die Erstinstanz gab den Parteien Gelegenheit, sich zum "Erstgutachten" zu äussern (BG act. 115). Mit Eingabe vom 14. März 2005 nahm der Beschwerdeführer Stellung zum Beweisergebnis (BG act. 126) und machte unter Bezugnahme auf "Erläuterungen" der C. GmbH geltend, dass der Gutachter grundlegende Fehler gemacht habe (BG act. 126 S. 9, 127/1). Das Bezirksgericht wies den Gutachter darauf hin, dass der Beschwerdeführer in seiner Stellungnahme zum Beweisergebnis geltend mache, die Erklärungen des Treuhänders D. (C. GmbH; vgl. BG act. 127/1 S. 5), die Einzelbelege und Dokumente für die Jahre 1997, 1998 und 1999 und eine CD (BG act. 127/1 - 127/5) zeigten auf, dass keine entsprechenden Fehler in der Buchhaltung des Beschwerdeführers beständen und die im Gutachten angeführten Aufrechnungen deshalb falsch seien. Der Beschwerdeführer beantrage, den Gutachter zur Ergänzung und Erläuterung der Expertise einzuladen. Gestützt darauf ersuchte das Bezirksgericht den Gutachter, das "Erstgutachten" in der gewünschten Art zu ergänzen und zu erläutern (BG act. 128 S. 2). Der Gutachter passte sein "Erstgutachten" darauf in fünf Punkten an, von denen sich ein Punkt ("Unfallversicherung X." Fr. 330.--) auf alle drei Jahre 1997, 1998 und 1999 auswirkte (BG act. 149 S. 2).

aa) Die wesentlichste Anpassung ist eine solche unter dem Titel "AZ Werbemailing (03/96)" im Umfang von Fr. 70'906.55 bezüglich 1997. Im "Erstgutachten" hatte der Gutachter dazu erwähnt, diese Position sei der Jahresrechnung 1997 statt korrekterweise der Jahresrechnung 1996 belastet worden (BG act. 95 S. 3). In den "Erläuterungen" vom 6. November 2004 hatte die C. GmbH dazu bemerkt, dass das Werbemailing 3/96 per Ende 1996 versandt worden sei im

Wissen, damit für das Jahr 1996 keinen oder nur einen kleinen Teil Umsatz zu generieren. Dieser Versand sei eher gedacht gewesen, potenzielle Kunden für das Jahr 1997 zu Käufen zu animieren. Im Wissen, dass mit diesem Mailing erst im Folgejahr Umsatz generiert werden könne, habe mit der AZ-Media eine 6-monatige Zahlungsfrist vereinbart werden können. Die Rechnung sei demnach im entsprechenden Jahr als Aufwand verbucht worden, in welchem der entsprechend generierte Umsatz als Ertrag in die Jahresrechnung Einfluss nehme (BG act. 127/1 S. 3 Bemerkung 12).

In der Ergänzung des Gutachtens korrigierte der Gutachter die entsprechende Aufrechnung von Fr. 70'906.65 bzw. machte sie rückgängig (BG act. 149 S. 2 f.). Dies begründete der Gutachter damit, dass zwar der eigentlichen Argumentation der C. GmbH nicht gefolgt werden könne, dass aber trotzdem auf die Aufrechnung zu verzichten sei, denn es sei eine periodengerechte Abgrenzung erfolgt (BG act. 149, "Ergänzung zur Beilage 2 des Gutachtens [Jahr 1997]" Position 1997.15 und Kommentar 10).

Der Gutachter erläuterte nicht, wie er zu dieser Erkenntnis gelangte bzw. weshalb er nicht bereits im "Erstgutachten" zu diesem Ergebnis gelangt war. Tatsächlich erweckt dies den Anschein, als wenn diese doch ganz erhebliche Position aufgrund einer Unzulänglichkeit im "Erstgutachten" korrigiert wurde. Jedenfalls ist nicht ersichtlich, dass diese Korrektur aufgrund nachträglicher neuer Behauptungen des Beschwerdeführers vorgenommen worden war. Die entsprechende gerügte vorinstanzliche Erwägung ist nicht haltbar.

bb) Das Gleiche gilt für die Position "Verrechnung Gestelle" von Fr. 5'000.-- (BG act. 149 S. 2 Ziff. 3). Offensichtlich wurde die Position "Mehrwertsteuer (Warenlieferung \_\_\_\_\_)" für das Jahr 1998 um Fr. 5'000.-- korrigiert (vgl. diese Positionen in BG act. 95 S. 4 obere Tabelle und BG act. 149 S. 3). Im "Erstgutachten" hatte der Gutachter zu dieser Position erwähnt, die "EP" (wohl Einstandspreise) enthielten keine Mehrwertsteuer. Die nachfolgende Mehrwertsteuer sei jedoch abgerechnet worden. Mit dieser "Begründung" wurden unter diesem Titel Fr. 18'371.-- aufgerechnet (BG act. 95 S. 4 obere Tabelle sowie Beilage 3 S. 9 "Nebenblatt 1998.7 / Mehrwertsteuer [Warenlieferung \_\_\_\_\_]"). Die

Korrektur um Fr. 5'000.-- auf Fr. 13'371.-- in der Ergänzung des Gutachters erfolgte mit der Begründung, die Materiallieferung beinhalte die Verrechnung der Gestelle E. Fr. 2'000.-- und F. Fr. 3'000.--. Diese Gestelle seien bereits anlässlich der Lieferung im Jahr 1997 aufgerechnet worden, daher sei die Summe von Fr. 5'000.-- im Inventar zu korrigieren (BG act. 149 "Ergänzung zur Beilage 3 des Gutachtens [Jahr 1998]" Blatt 1 und Blatt 3 [Kommentar 5]). Diese Ausführungen sind bei den vorhandenen Unterlagen nicht nachvollziehbar. Insbesondere ist nicht verständlich, was diese ursprünglich aufgerechneten Fr. 5'000.-- mit der Mehrwertsteuer zu tun haben und weshalb diese Fr. 5'000.-- im "Erstgutachten" für das Jahr 1998 unter dem Titel "Mehrwertsteuer (Warenlieferung, \_\_\_\_\_)" aufgerechnet wurden, wenn sie doch bereits im Jahre 1997 aufgerechnet worden waren. Noch befremdlicher wird diese Position bei Beachtung der Bezeichnung als "Gestelle E. Fr. 2'000.-- und F. Fr. 3'000.--" und Aufrechnungen im Jahre 1997. Diesbezüglich finden sich im Erstgutachten nur auf S. 8 der Beilage 2 "Notenblatt 1997.6 / Anlagevermögen" Hinweise, nämlich eine Position unter dem 30.9.97 von Fr. 2'000.-- "\_\_\_\_\_ Transport Ladeneinr. \_\_\_\_\_" und eine Position unter dem 25.10.97 von Fr. 3'000.-- "Lagergestelle \_\_\_\_\_". Diese beiden Positionen führten zusammen mit weiteren Positionen zu einem "Total Betriebseinrichtungen \_\_\_\_\_" von Fr. 24'596.10, welches Total unter der Bezeichnung "Korrektur 25 % Abschreibung" zu einer Aufrechnung von Fr. 6'149.-- führte (BG act. 95 Beilage 2 S. 8). Die Fr. 5'000.-- für diese Positionen schlugen sich mithin "nur" mit 25 % bzw. Fr. 1'250.-- in Aufrechnungen nieder. Handelt es sich dabei tatsächlich um die in der Ergänzung des Gutachters erwähnten Gestelle E. und F. (andere Zuordnungen sind nicht ersichtlich), wäre nicht verständlich, weshalb sich deren Korrektur um Fr. 5'000.-- (und nicht ebenfalls "nur" um Fr. 1'250.--) auswirkte.

Im Zusammenhang mit der mit Fr. 5'000.-- berechneten Korrektur "Verrechnung Gestelle" sind sowohl deren Aufrechnung im "Erstgutachten" als auch die Korrektur in dessen Ergänzung als auch der Grund für diese Korrektur nicht nachvollziehbar. Jedenfalls kann auch diesbezüglich nicht gesagt werden, dass die Ergänzung nur wegen neuer Behauptungen, nicht aber wegen Unzulänglichkeiten im "Erstgutachten" erforderlich geworden sei.



cc) Unter dem Titel "Sozialleistungen" wurden im "Erstgutachten" für 1997 bis 1999 je Fr. 330.-- als "private Unfallversicherung X." aufgerechnet (BG act. 95 S. 4 obere Tabelle i.V. mit Beilage 2 S. 3 "Nebenblatt 1997.2 / Sozialleistungen", Beilage 3 S. 3 "Nebenblatt 1998.2 / Sozialleistungen" und Beilage 4 S. 3 "Nebenblatt 1999.2 / Sozialleistungen"). Eine Begründung dafür findet sich nicht, mit Ausnahme der Bemerkung, dass als Aufwand verbuchte Privatbezüge (auch) im Bereich Sozialleistungen erfolgt seien (BG act. 95 S. 3 Ziff. 1). In der Ergänzung wurde diese Aufrechnung rückgängig gemacht bzw. auf eine Aufrechnung der jährlichen Fr. 330.-- für die Unfallversicherung X. verzichtet (BG act. 149 S. 2). Auch dafür findet sich keine Begründung. Es kann auch diesbezüglich nicht gesagt werden, dass die Korrektur ("Ergänzung") wegen neuer Behauptungen, nicht aber wegen Unzulänglichkeiten im "Erstgutachten" erforderlich geworden sei.

dd) Die Korrektur der Position "Essen und Getränke" im Betrag von Fr. 1'998.-- für das Jahr 1999 in der Ergänzung des Gutachtens erfolgte gemäss Gutachter, weil nachträglich Belege über diesen Betrag geliefert worden seien (BG act. 149 "Ergänzung zur Beilage 4 des Gutachtens [Jahr 1999]" Blatt 2 Bemerkung 2). Diese Korrektur erfolgte mithin entsprechend dieser Aussage des Gutachters (die als solche vom Beschwerdeführer nicht in Frage gestellt wird) wegen nachträglicher neuer Behauptungen und nicht wegen Unzulänglichkeiten des "Erstgutachtens".

ee) Schliesslich nahm der Gutachter in der Ergänzung eine Korrektur in der Höhe von Fr. 1'172.-- einer "Abschreibung EDV" für das Jahr 1999 vor (BG act. 149 S. 2). Diese Korrektur begründete er damit, dass der belegmässige Nachweis im Nachhinein habe erbracht werden können (BG act. 149 "Ergänzung zur Beilage 4 des Gutachtens [Jahr 1999]" Blatt 2 Bem. 6). Dazu gilt das Gleiche wie in vorstehender lit. dd ausgeführt.

ff) Die übrigen zahlreichen Einwendungen des Beschwerdeführers und der C. GmbH samt den dazu eingereichten Beilagen (BG act. 126 und 127/1 - 127/5) führten zu keinen weiteren Korrekturen des Gutachtens.

b) Zusammenfassend trifft die vorinstanzliche Erwägung, das ergänzende Gutachten sei wegen neuer Behauptungen und nicht wegen Unzulänglichkeit des "Erstgutachtens" erforderlich geworden, bezüglich einzelner Punkte und damit so umfassend nicht zu und ist die Rüge insoweit begründet. Ob und inwieweit diese vorinstanzliche Erwägung überhaupt Einfluss auf den für den Beschwerdeführer negativen Entscheid hatte, muss nicht geprüft werden, weil der angefochtene Beschluss schon aus andern Gründen aufzuheben ist (vgl. nachfolgend Erw. 8). Bei der neuen Prüfung wird die Vorinstanz nicht mehr davon ausgehen dürfen, dass die Ergänzung des Gutachtens nur wegen neuer Behauptungen des Beschwerdeführers und nicht wegen Unzulänglichkeit des "Erstgutachtens" erforderlich gewesen war.

6. Die Vorinstanz erwog, in seiner Stellungnahme zum Zusatzgutachten bringe der Beschwerdeführer seine eigene, auf der Darstellung seines Treuhänders fussende Sichtweise ein. Diese auf den Ausführungen des Treuhänders gründenden Angaben seien indes reine Parteibehauptungen, die der vom unabhängigen Experten vorgenommenen Prüfung nicht standgehalten hätten und die nicht beweisbildend seien (angefochtener Beschluss KG act. 2 S. 9 f.)

Der Beschwerdeführer wendet dazu ein, seine Kritikpunkte seien nicht blosse Parteibehauptungen. Sie fussten auf einer Analyse durch die Mitarbeiter der C. GmbH, welche strengen gesetzlichen und standesrechtlichen Vorschriften unterstellt seien. Zudem seien die eingereichten Analysen und die darauf gestützten Stellungnahmen durch Belege untermauert worden. Soweit die Vorinstanz von reinen Parteibehauptungen spreche, sei dies eine willkürliche Beweiswürdigung, soweit sie die eingereichten Belege nicht berücksichtige, eine Verletzung des Gehörsanspruchs (Beschwerde KG act. 1 S. 17 Ziff. 11.2.2).

a) Selbst eigentliche Privatgutachten sind keine Beweismittel, sondern haben nur die Bedeutung von Parteibehauptungen (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 4 vor §§ 171 ff., mit Hinweisen; vgl. auch ZR 105 [2006] Nr. 77). Die gerügte vorinstanzliche Erwägung ist diesbezüglich nicht zu beanstanden.

b) Die Rüge der Verletzung des Gehörsanspruchs wird im Zusammenhang mit der gleichen Rüge unter Ziff. 11.2.4 der Beschwerde nachfolgend (Erw. 8) behandelt.

7. Der Beschwerdeführer rügt, dass seine Kritik zum ergänzten Gutachten der Prüfung des Gutachters nicht standgehalten habe, wie die Vorinstanz erwo-gen habe, vermöge deren Unrichtigkeit nicht zu beweisen. Das "Erstgutachten" habe Fehler enthalten. Ein Umkehrschluss "im Sinne der vorinstanzlichen Erwägungen" sei nicht zulässig, sondern willkürlich (Beschwerde KG act. 1 S. 18 Ziff. 11.2.3). Es ist indes nicht ersichtlich, was für einen Umkehrschluss die Vorinstanz gezogen hätte. Die Kritik des Beschwerdeführers am Gutachten wird nachfolgend bei der Rüge der Verletzung des Gehörsanspruchs behandelt.

8. Der Beschwerdeführer weist darauf hin, dass er vor den Vorinstanzen verschiedentlich Kritik am gerichtlich eingeholten Gutachten und an dessen durch den Gutachter vorgenommenen Ergänzung vorgetragen habe (Beschwerde KG act. 1 S. 18 Ziff. 11.2.4 mit Verweisungen auf BG act. 126 Ziff. 14 f., act. 127/1, act. 157 Ziff. 1, act. 157A, OG act. 177 Ziff. 12.2.3, act. 178/3 und 178/4). Die Vorinstanz habe darüber hinweggesehen bzw. die Kritik mit der Erwägung abgetan, es sei nicht ersichtlich, dass das Gutachten B. inhaltlich falsch oder mangelhaft wäre. Dies sei eine Verletzung seines Gehörsanspruchs und der Begründungspflicht (Beschwerde KG act. 1 S. 19 Ziff. 11.2.4).

a) Tatsächlich brachte der Beschwerdeführer an den von ihm bezeichneten Stellen detaillierte Kritiken am gerichtlich eingeholten Gutachten und dessen Ergänzung an. Insbesondere nahm die C. GmbH verschiedentlich Stellung und behauptete detailliert (wenn auch mit etlichen Wiederholungen) Fehler des Gutachtens (BG act. 127/1, 157A, OG act. 178/4). Der Beschwerdeführer berief sich darauf (BG act. 126 S. 8 - 10, act. 157 S. 2 f., OG act. 177 S. 6, S. 8, S. 10 -

12). Die Vorinstanz bezeichnete dies als reine Parteibehauptungen (vgl. dazu auch vorstehend Erw. 6). Dann hätte die Vorinstanz darauf eingehen müssen:

b) Aus Art. 29 Abs. 2 BV (Anspruch auf rechtliches Gehör) folgt die Pflicht der Behörden und der Gerichte, ihre Entscheide zu begründen (BGE 129 I 232 E. 3.2, 126 I 97 E. 2b, je mit Hinweisen). Der Betroffene soll daraus ersehen, dass seine Vorbringen tatsächlich gehört, sorgfältig und ernsthaft geprüft und in der Entscheidungsfindung berücksichtigt wurden. Aus der Begründung müssen sich allerdings nur die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte ergeben; es ist nicht nötig, dass sich der Richter ausdrücklich mit jeder tatbeständlichen Behauptung und mit jedem rechtlichen Argument auseinandersetzt, sondern es genügt, wenn sich aus den Erwägungen ergibt, welche Vorbringen als begründet und welche – allenfalls stillschweigend – als unbegründet betrachtet worden sind (BGE 119 Ia 269 E. d, 112 Ia 109 E. 2b, je mit Hinweisen; G. Müller in: Kommentar [alt]BV, Überarbeitung 1995, Art. 4 Rz 112–114; J.P. Müller, Grundrechte in der Schweiz, 3. Auflage, Bern 1999, S. 535 ff., 539).

c) Aus dem angefochtenen Beschluss geht nicht hervor, dass die Vorinstanz die auf die detaillierten Stellungnahmen der C. GmbH gestützte Kritik des Beschwerdeführers tatsächlich hörte, sorgfältig und ernsthaft prüfte und bei der Entscheidungsfindung berücksichtigte. Der pauschale Hinweis, dass diese Kritik der vom unabhängigen Experten vorgenommenen Prüfung nicht standgehalten habe (KG act. 2 S. 9 unten), genügt dazu ebensowenig wie die Bemerkungen, dass der gerichtlich bestellte Gutachter in seinem ergänzenden Gutachten auf die Angaben der C. GmbH Bezug genommen und diese teilweise auch berücksichtigt, aber auch auf Ungereimtheiten hingewiesen habe, und dass überdies nicht ersichtlich sei, dass das gerichtlich eingeholte Gutachten inhaltlich falsch oder mangelhaft wäre (KG act. 2 S. 10). Die Verweisung auf die Prüfung durch den Gutachter selber zeigt keine eigene Prüfung der Kritik an den gutachterlichen Feststellungen. Überdies konnte der Gutachter die nach der Erstellung seiner Ergänzung (BG act. 149) geäußerte Kritik (BG act. 157A, OG act. 178/4) selbstverständlich nicht berücksichtigen. Dass sich die Vorinstanz selber damit ernsthaft und sorgfältig befasst hätte, lässt sich zumindest ihren Erwägungen im angefochtenen

Entscheid nicht entnehmen. So bedürfte beispielsweise die Darstellung der C. GmbH zur vom Gutachter mit Fr. 14'876.55 aufgerechneten Position Kassaführung

(vgl. BG act. 95 S. 4 [obere Tabelle, unter 1999 letzte Position vor dem Total] sowie Beilage 4 S. 12 [Nebenblatt 1999.10 / Kassaführung], BG act. 127/1 S. 5 Bemerkung 22, BG act. 149 "Ergänzung zur Beilage 4 des Gutachtens [Jahr 1999] Blatt 1 und 2 je Kommentar 9) in den "Erläuterungen" vom 24. März 2006 einer erklärenden Auseinandersetzung, wenn an der vom Gutachter vorgenommenen Aufrechnung festgehalten werden soll (wie die Vorinstanz dies tat). Die C. GmbH machte geltend, die aufgerechneten Beträge seien Privatbezüge des Beschwerdeführers gewesen und als solche und damit erfolgsneutral verbucht worden; der Gewinn sei dadurch nicht verändert worden, weshalb er auch nicht durch eine Aufrechnung korrigiert werden dürfe (BG act. 157A S. 2). Mit dieser nicht zum vornherein abwegigen Erklärung setzte sich die Vorinstanz wie mit zahlreichen weiteren Kritikpunkten nicht erkenntlich auseinander.

d) Die Rüge der Verletzung des Gehörsanspruchs (vgl. auch Beschwerde KG act. 1 S. 19 Ziff. 11.2.5) ist begründet. Der auf dem Gutachten und dessen Ergänzung beruhende angefochtene Beschluss ist deshalb aufzuheben, und die Sache ist an die Vorinstanz zurückzuweisen, damit sich diese im Einzelnen und in erkennbarer Weise mit der Kritik des Beschwerdeführers (bzw. der C. GmbH) am gerichtlich eingeholten Gutachten bzw. den damit vorgenommenen Aufrechnungen auseinandersetzt.

9. Ungenügend substantiiert ist die Rüge der Verletzung des Gehörsanspruchs, die Vorinstanz habe übersehen, dass der Beschwerdeführer die Fähigkeiten des Gutachters insbesondere aufgrund der Kritik seines Treuhänders sowie aufgrund des Umstandes, dass der Gutacher dem Beschwerdeführer in einem Teil der Kritikpunkte Recht gegeben und sein Gutachten überarbeitet habe, in Frage gestellt habe (Beschwerde KG act., 1 S. 20 oben). Der Beschwerdeführer unterlässt den Nachweis, wo er dies (die Fähigkeiten des Gutachters deswegen in Frage gestellt) vor den Vorinstanzen getan habe. Darauf ist nicht weiter einzutreten.

10. Fehlgang geht die Rüge, die lange Dauer, welche die Erstattung des Gutachtens in Anspruch genommen habe, lasse entgegen der als willkürlich bezeichneten vorinstanzlichen Erwägung an der Vertrauenswürdigkeit und Zuverlässigkeit des Gutachtens zweifeln (Beschwerde KG act. 1 S. 20 Ziff. 11.2.6). Inwiefern sich die lange Dauer negativ auf den Inhalt des Gutachtens ausgewirkt haben soll,

erläutert der Beschwerdeführer nicht und ist auch nicht ersichtlich. Ob ein neues Gutachten einzuholen ist (Beschwerde KG act. 1 S. 20 Ziff. 11.2.7), wird die Vorinstanz bei der vorzunehmenden Prüfung der Kritik des Beschwerdeführers (vorstehend Erw. 8) prüfen. Vorher - d.h. beim jetzt vorhandenen Akten- und Verfahrensstand, in welchem die inhaltliche Prüfung des Gutachtens bzw. der Kritik des Beschwerdeführers erst noch vorzunehmen ist - ist kein Nichtigkeitsgrund daraus ersichtlich, dass die Vorinstanz keinen neuen Gutachter bestellte bzw. kein neues Gutachten einholte. Damit ist auch der Willkür rüge in Ziff. 11.3 der Beschwerde (KG act. 1 S. 20 f.) die Grundlage entzogen.

11. Der Beschwerdeführer rügt überdies, dass die Vorinstanz nur auf die Jahresergebnisse 1997 - 1999 abgestellt und die Jahresergebnisse 1995 und 1996 sowie 2000 - 2005 nicht berücksichtigt habe (Beschwerde KG act. 1 S. 21 - 24 Ziff. 12).

a) Die Vorinstanz erwog u.a., der Beschwerdeführer selber gehe für die Jahre ab 2000 von deutlich besseren Jahresergebnissen aus als in den Jahren zuvor. Dass vor diesem Hintergrund das ihm tatsächlich anzurechnende Einkommen in den Folgejahren tiefer ausfallen sollte als in den Jahren, in denen er einen Verlust ausgewiesen habe, sei nicht plausibel. Weiterungen (so wohl die Einholung eines Gutachtens auch für die Jahre ab 2000; vgl. KG act. 2 S. 11 unten) drängten sich daher nicht auf (angefochtener Beschluss KG act. 2 S. 12 oben).

b) Diese vorinstanzliche Erwägung beinhaltet erkenntlich (der Vorwurf der ungenügenden Begründung [Beschwerde KG act. 1 S. 22 f. Ziff. 12.1.3] geht diesbezüglich fehl) folgende Überlegung: Der Beschwerdeführer wies mit seinen Jahresabschlüssen für die Jahre 1997 - 1999 einen durchschnittlichen Verlust von rund Fr. 13'000.-- jährlich aus (1997 Reingewinn Fr. 14'652.80 [BG act. 80/6 Blatt

6], 1998 Reinverlust Fr. 48'153.05 [BG act. 80/7 Blatt 7 ], 1999 "Gesamtverlust" Fr. 6'796.60 [BG act. 80/8 Blatt 6]). Diese drei Jahresabschlüsse wurden gutachterlich eingehend geprüft. Der Gutachter gelangte aufgrund verschiedener Aufrechnungen statt des ausgewiesenen Verlustes von durchschnittlich Fr. 13'000.-- jährlich zu einem Gewinn von durchschnittlich Fr. 40'000.-- jährlich. Der Beschwerdeführer ging selber (aufgrund der entsprechenden Jahresabschlüsse) für die Jahre ab 2000 von deutlich besseren Jahresergebnissen aus als in den Jahren zuvor. Es dürfe bzw. müsse deshalb, ohne dass auch die Jahresabschlüsse ab 2000 gutachterlich beurteilt würden, davon ausgegangen werden, dass der Beschwerdeführer in den besseren Jahren ab 2000 mindestens die gutachterlich für die schlechteren Jahre festgestellten Einkünfte erzielt habe. Damit nahm die Vorinstanz eine antizipierte Beweiswürdigung in dem Sinne vor, dass sie das Beweisergebnis extrapolierte und aufgrund der gutachterlichen Korrekturen (Aufrechnungen) der Jahresergebnisse 1997 bis 1999 zur Überzeugung gelangte, auch die Jahresergebnisse ab 2000 würden bei einer gutachterlichen Prüfung entsprechend korrigiert bzw. es würden analoge Aufrechnungen vorgenommen. In den Jahren 2000 bis 2005 wiesen die Jahresergebnisse nach der Darstellung des Beschwerdeführers Reingewinne von durchschnittlich Fr. 13'260.-- jährlich aus. Waren die vom Beschwerdeführer ausgewiesenen Jahresergebnisse von durchschnittlich minus Fr. 13'432.-- aufgrund gutachterlicher Prüfungen auf durchschnittlich plus Fr. 40'000.-- zu korrigieren (also um durchschnittlich mehr als Fr. 50'000.-- jährlich), erscheint die antizipierte Beweiswürdigung im Sinne einer Extrapolierung des Beweisergebnisses, dass eine gleiche gutachterliche Prüfung der vom Beschwerdeführer ausgewiesenen Jahresergebnisse 2000 - 2005 von durchschnittlich plus Fr. 13'260.-- nicht zu tieferen Jahresergebnissen als durchschnittlich ebenfalls plus Fr. 40'000.-- (also um durchschnittliche Korrekturen von "nur" rund Fr. 27'000.-- jährlich) führe, nicht als willkürlich, sondern als haltbar.

Eine Entscheidung ist indes offen zu lassen, da die Vorinstanz die gutachterlichen Feststellungen neu zu prüfen haben wird und dabei allenfalls zu anderen Ergebnissen gelangt. Im Hinblick auf den neuen Entscheid kann aber immerhin festgestellt werden, dass eine solche extrapolierende antizipierte Beweiswürdi-

gung aufgrund gutachterlicher Feststellungen in ähnlichem Umfang nicht als von vornherein unzulässig erscheint und als solche ([extrapolierende, antizipierte] Beweiswürdigung) die Officialmaxime im Gegensatz zur entsprechenden Rüge (Beschwerde KG act. 1 S. 23 Ziff. 12.2) nicht verletzt.

12. Die Vorinstanz erwog, das basierend auf den gutachterlichen Feststellungen errechnete durchschnittliche Jahreseinkommen erhalte deshalb eine zusätzliche Plausibilität, weil es sich in der gleichen Grössenordnung bewege wie der monatliche Verdienst der Ehefrau des Beschwerdeführers bei der G. GmbH, welche zwar eine juristisch selbständige Person darstelle und von der Einzelfirma des Beschwerdeführers verschieden, mit dieser aber wirtschaftlich eng verbunden sei (KG act. 2 S. 11 unten). Der Beschwerdeführer rügt dies als die Begründungspflicht verletzend und willkürlich (Beschwerde KG act. 1 S. 21 f. Ziff. 12.1.1). Diese vorinstanzliche Erwägung scheint indes keine selbständige Bedeutung zu haben. Anbetrachts der Notwendigkeit der neuen Prüfung der gutachterlichen Feststellungen zum Jahreseinkommen des Beschwerdeführers braucht auch über diese Rüge nicht entschieden zu werden. Immerhin kann die Vorinstanz im Hinblick auf den neuen Entscheid darauf hingewiesen werden, dass diese Argumentation tatsächlich nicht überzeugt.

13. Der Beschwerdeführer rügt auch als eine Verletzung der Begründungspflicht, dass die Vorinstanz nicht begründet habe, weshalb die Jahresabschlüsse für die Jahre 1995 und 1996 nicht für die Ermittlung seines Einkommens beigezogen worden seien (Beschwerde KG at. 1 S. 24 Ziff. 12.5). Die Vorinstanz wird dies im neuen Entscheid explizit begründen können.

14. Der Beschwerdeführer macht geltend, entgegen den vorinstanzlichen Ausführungen könne von ihm auch nicht erwartet werden, dass er eine unselbständige Tätigkeit aufnehme. Er merkt aber gleich anschliessend an, dass die Vorinstanz aus der entsprechenden Erwägung auch keine konkreten Schlussfolgerungen ziehe (Beschwerde KG act. 1 S. 24 Ziff. 13). Die Vorinstanz zog nicht nur keine konkreten Schlussfolgerungen, sondern sie erwartete vom Beschwerdeführer auch nicht die Aufnahme einer unselbständigen Erwerbstätigkeit. Sie hielt lediglich allgemein fest, dass die Erfüllung der Unterhaltspflicht gegebenenfalls

auch die Aufnahme einer unselbständigen Erwerbstätigkeit verlange (KG act. 2 S. 12 erster Absatz a.E.). Auf diese Rüge ist nicht weiter einzugehen.

15. Die Ausführungen des Beschwerdeführers unter Ziff. 14 und 15 der Beschwerde (KG act. 1 S. 25 - 27) beziehen sich auf einen neuen Entscheid in der Sache selbst. Das Kassationsgericht fällt indes keinen solchen, sondern weist die Sache an die Vorinstanz zurück. Auf diese Ausführungen ist nicht weiter einzugehen.

16. Die Vorinstanz rechnete dem Beschwerdeführer einen Notbedarf von Fr. 2'035.-- bzw. Fr. 2'100.-- ab dem Jahr 2000 an (KG act. 2 S. 14 lit. cc). Dabei berücksichtigte sie im Gegensatz zur Erstinstanz, welche dafür noch Fr. 400.-- eingesetzt hatte, lediglich Fr. 100.-- für Autospesen, und zwar erst ab dem Jahr 2000. Vorher habe der Beschwerdeführer nach seinen Angaben Wohnsitz in Spanien gehabt. Laut Angaben seiner Ehefrau wohnten sie (der Beschwerdeführer und seine Ehefrau) teilweise auch (neben H.) in I. (wo sich das Geschäft des Beschwerdeführers befindet). Die aktuellen Angaben des Handelsregisteramts wiesen I. als Wohnsitz aus. Der Beschwerdeführer habe eingeräumt, die Bestimmung seines Wohnortes sei schwierig resp. er übernachtete unter der Woche mehrmals in I.. Unter diesen Umständen sei die regelmässige Benützung eines Fahrzeuges für den Arbeitsweg nicht ausgewiesen. Nicht zu übersehen sei allerdings, dass der Beschwerdeführer zumindest zu Beginn der Woche an seinen Arbeitsort gelangen und von dort am Ende der Woche wieder an seinen Wohnort in H. zurückkehren müsse. Dies rechtfertige die Berücksichtigung von monatlich Fr. 100.-- Autospesen (KG act. 2 S. 12 f.).

a) Der Beschwerdeführer rügt dabei vorab, bei der von der Vorinstanz zitierten Äusserung seines Rechtsvertreters, sein Wohnsitz befinde sich in Spanien (BG act. 31 S. 2), habe es sich um ein offensichtliches Versehen gehandelt. Auf Seite 10 der gleichen Eingabe sei richtig ausgeführt worden, der Beschwerdeführer habe sich seit 1996 nicht mehr auf \_\_\_\_\_ aufgehalten. Die vorinstanzliche Annahme sei aktenwidrig (Beschwerde KG act. 1 S. 27 f. Ziff. 16.1).

Die Vorinstanz bezeichnete bei der Annahme gleichbleibender Einkünfte für die Zeit vor dem Jahr 2000 keinen höheren Unterhaltsbeitrag als angemessen als für die Zeit ab dem Jahr 2000 (KG act. 2 S. 14 Erw. 5). Die gerügte Erwägung wirkte sich demnach nicht zum Nachteil des Beschwerdeführers aus. Insofern ist auf die Rüge nicht einzutreten. Im Hinblick auf den neuen Entscheid der Vorinstanz kann indes darauf hingewiesen werden, dass die Annahme, der Beschwerdeführer habe im Jahre 1999 deswegen keine Autospesen für den Arbeitsweg gehabt, weil er angegeben habe, sein Wohnsitz befinde sich in Spanien, nicht haltbar ist (vgl. z.B. das erstinstanzliche Rubrum seit Beginn des Prozesses, die friedensrichterliche Weisung vom 29.12.1998 [BG act. 1] und BG act. 31 S. 6 und S. 10).

b) Weiter bemängelt der Beschwerdeführer in diesem Zusammenhang, die Vorinstanz habe stillschweigend angenommen, dass er unter der Woche immer in I. übernachtete. Dies sei willkürlich (Beschwerde KG act. 1 S. 28 Ziff. 16.2). Das hat aber die Vorinstanz nicht angenommen (vgl. KG act. 2 S. 13). Diese Rüge geht fehl.

c) Der Beschwerdeführer macht geltend, die Vorinstanz habe ihm für eine wöchentliche Fahrt von H. nach I. und zurück Fr. 100.-- angerechnet. Berechtigt sei aber die Annahme, er übernachtete unter der Woche ca. gleich oft in I. wie in H., das heisse in den Nächten zwischen Montagabend und Freitagmorgen je zweimal an jedem Ort. Somit fielen pro Woche mindestens sechs Autofahrten zwischen I. und H. an. Der Betrag für Fahrkosten erhöhe sich deshalb auf Fr. 300.-- pro Monat (Beschwerde KG act. 1 S. 28 Ziff. 16.3).

Die Vorinstanz rechnete nicht Fr. 100.-- für eine wöchentliche Fahrt von H. nach I. und zurück, sondern sie berücksichtigte trotz der erwähnten Umstände doch Autospesen von Fr. 100.-- monatlich, weil der Beschwerdeführer "zumindest" zu Beginn der Woche hin- und am Ende der Woche zurückfahren müsse. Eine Willkür zeigt der Beschwerdeführer dabei mit seinen appellatorischen unbelegten Behauptungen nicht auf. Die Rüge geht fehl.

17. Die Vorinstanz erwog, der Beschwerdeführer wolle wegen des zeitweiligen Aufenthaltes in I. (nebst H.) statt des hälftigen (Ehepaar-) Grundbetrages von Fr. 775.-- Fr. 1'000.-- angerechnet haben. Dem könne aber nicht gefolgt werden. Soweit er nicht in H. wohne, falle ihm dort im Rahmen des Grundbetrages kein Mehraufwand an. Hingegen fielen zusätzlich Kosten für Strom und Heizung an. Diese seien auf monatlich Fr. 100.-- zu veranschlagen (KG act. 2 S. 14 lit. aa).

a) Der Beschwerdeführer rügt auch dies als willkürlich. Wenn er über Nacht allein in I. bleibe, müssten sich die Eheleute separat verpflegen. Das führe zu zusätzlichen Mehrkosten. Produkte für die Körper- und Gesundheitspflege benötige er sowohl in H. wie in I., so dass er die entsprechenden Gegenstände regelmässig doppelt anschaffen müsse. Auch gewisse Einrichtungsgegenstände würden doppelt benötigt (Beschwerde KG act. 1 S. 29 f. Ziff. 17.2 und 17.3).

b) Der Beschwerdeführer zeigte nicht konkret auf (auch in BG act. 191 S. 11 f. nicht, worauf er verweist) und wies noch weniger nach, welche Kosten genau ihm dadurch zusätzlich entstünden, dass er teilweise in I. übernachten müsse. Willkür bei den vorinstanzlichen Erwägungen wies er deshalb nicht nach. Die Rüge geht fehl.

18. Die Vorinstanz erwog, der Beschwerdeführer wolle monatlich Fr. 200.-- als Vorsorge berücksichtigt haben. In der Notbedarfsrechnung könnten aber nur solche Positionen angerechnet werden, die der Schuldner oder Verpflichtete auch tatsächlich leiste. Der Beschwerdeführer habe nicht geltend gemacht, monatliche Prämien von Fr. 200.-- zur Äufnung eines Vorsorgekontos einzubezahlen. Im Gegenteil habe er vorgebracht, die entsprechende Police sei aufgelöst worden (KG act. 2 S. 14 lit. bb).

a) Der Beschwerdeführer wendet ein, entgegen den vorinstanzlichen Erwägungen sei die entsprechende Police nicht durch ihn aufgelöst worden, sondern aufgrund einer Kündigung durch die Versicherungsgesellschaft, nachdem er die monatliche Prämie nicht mehr habe bezahlen können. Die vorinstanzlichen Annahmen seien aktenwidrig (Beschwerde KG act. 1 S. 30 Ziff. 18.1).

b) Die Vorinstanz erwog nicht, dass die entsprechende Police durch den Beschwerdeführer aufgelöst wurde. Von einer aktenwidrigen oder willkürlichen Annahme kann keine Rede sein.

c) Weiter wendet der Beschwerdeführer ein, in den Akten sei belegt, dass er im Jahr 1997 Fr. 236.-- monatlich und im Jahr 1998 Fr. 200.-- monatlich tatsächlich leistete. Wenn die Vorinstanz ausführe, es seien nur diejenigen Zahlungen zu berücksichtigen, welche tatsächlich geleistet worden seien, wären zumindest im Notbedarf für die Jahre 1997 und 1998 diese Beträge anzurechnen (Beschwerde KG act. 1 S. 30 Ziff. 18.1).

d) Die Vorinstanz erklärte die Unterhaltsbeiträge zahlbar ab 1. Mai 1998 (KG act. 2 S. 14 Ziff. 5). Der Notbedarf 1997 ist deshalb belanglos. Darauf ist nicht weiter einzugehen. Bezüglich der für das Jahr 1998 geleisteten Prämien (vgl. BG act. 32/18 und 32/19) wird die Vorinstanz beim neuen Entscheid zu prüfen haben, ob diese beim Notbedarf des Beschwerdeführers zu berücksichtigen sind. Zwar ist die Rüge als solche unbegründet. Die Vorinstanz erwog, der Beschwerdeführer habe nicht geltend gemacht, monatliche Prämien einzubezahlen, sondern im Gegenteil, die entsprechende Police sei aufgelöst worden. Der Beschwerdeführer zeigt in der Beschwerde nicht auf, dass er vor Vorinstanz etwas anderes geltend gemacht hätte, insbesondere, dass und wo er geltend gemacht hätte, 1998 die Beträge gemäss BG act. 32/18 und 32/19 bezahlt zu haben. Allerdings sind diese Dokumente aufgrund der Officialmaxime auch ohne entsprechende Behauptungen des Beschwerdeführers zu berücksichtigen. Das heisst aber noch nicht, dass sie in den Notbedarf des Beschwerdeführers einbezogen werden müssten. Aus der vorinstanzlichen Erwägung, in der Notbedarfsrechnung könnten nur solche Positionen angerechnet werden, die der Verpflichtete auch tatsächlich leiste, folgt nicht, dass alle Positionen, die der Verpflichtete tatsächlich leistet, angerechnet werden müssten.

e) Der Beschwerdeführer macht in diesem Zusammenhang überdies geltend, er habe trotz seines Alters von 51 Jahren bis heute keine Altersvorsorge aufbauen können. Er wäre dringend darauf angewiesen. Dadurch, dass er darauf verzichte, vergrössere sich der Gewinn des Unternehmens bzw. vermindere sich

dessen Verlust. Bereits deshalb sei mindestens der geltend gemachte Betrag von Fr. 200.-- im Notbedarf zu berücksichtigen. In herrschender Lehre und Rechtsprechung sei man sich einig, dass sich eine freiwillige Einschränkung gegenüber dem vom Gericht zu berücksichtigenden Existenzminimum nicht zulasten des Unterhaltsverpflichteten auswirken dürfe. Die Ermittlung des Existenzminimums stelle eine Tatfrage dar. Die vorinstanzliche Nicht-Berücksichtigung der Äufnung eines Vorsorgekontos im Notbedarf sei willkürlich im Sinne von § 281 Ziff. 2 ZPO (Beschwerde KG act. 1 S. 31 Ziff. 18.2). Ob einem Unterhaltspflichtigen ein solcher Betrag in seinem Notbedarf anzurechnen ist, auch wenn er tatsächlich keine entsprechenden Zahlungen leistet, ist eine Rechts-, nicht eine Tatfrage. Eine Verletzung klaren materiellen Rechts im Sinne von § 281 Ziff. 3 ZPO legte der Beschwerdeführer indes nicht dar (ebensowenig zeigte er eine willkürliche tatsächliche Annahme im Sinne von § 281 Ziff. 2 ZPO auf). Die Rüge geht fehl.

19. Die weiteren Ausführungen des Beschwerdeführers unter Ziff. 19 - 21 der Beschwerde (KG act. 1 S. 31 f.) beziehen sich auf einen neuen Entscheid in der Sache selbst. Das Kassationsgericht fällt keinen solchen, sondern weist die Sache an die Vorinstanz zurück. Auf die erwähnten Ausführungen ist deshalb nicht weiter einzugehen.

20. Die Vorinstanz berücksichtigte, dass der Beschwerdegegner Unterhaltszahlungen des Beschwerdeführers nach dem 1. Mai 1998 von insgesamt Fr. 15'500.-- anerkannt habe. Deshalb setzte die Vorinstanz unter Verrechnung dieser Zahlungen mit den Unterhaltsbeiträgen ab 1. Mai 1998 den Beginn der Unterhaltsverpflichtung erst auf den 1. August 1999 fest, zuzüglich Fr. 550.-- für den Juli 1999 (KG act. 2 S. 15 Erw. 6).

a) Der Beschwerdeführer macht geltend, er habe vor Erstinstanz weit mehr Zahlungen zugunsten des Beschwerdegegners dargelegt und belegt, nämlich zwischen dem 12. Februar 1997 und 9. August 1997 insgesamt Fr. 18'500.--. Die Nicht-Berücksichtigung dieser Belege durch die Vorinstanz stelle eine Verletzung seines Gehörsanspruchs dar. Soweit die Vorinstanz die vom Beschwerdegegner anerkannten Zahlungen als ausgewiesen erachte, die vom Beschwerdeführer belegten aber nicht, sei dies eine willkürliche tatsächliche Annahme (Beschwerde

KG act. 1 S. 33 Ziff. 22 - 24 mit Verweisungen auf BG act. 31 S. 4 f. und act. 32/3 - 32/5 und 36/15).

b) Mit den Plädoyernotizen zur Hauptverhandlung vom 17. August 1999 vor Erstinstanz hatte der Beschwerdeführer beantragt, es sei davon Vormerk zu nehmen, dass er bereits Unterhaltsleistungen an den Beschwerdegegner in der Höhe von Fr. 24'587.95 erbracht habe (BG act. 31 S. 1). Von diesen "in Anrechnung an allfällige Unterhaltsbeiträge erbrachten Leistungen" sei Vormerk zu nehmen (BG act. 31 S. 3 - 5 mit Beilagen 32/3 bis 32/5). Die Vorinstanz äusserte sich nicht dazu. Die Rüge der Verletzung des Gehörsanspruchs ist auch diesbezüglich begründet. Die Vorinstanz wird sich bei der neuen Prüfung auch damit befassen müssen.

21. Zusammenfassend beruht der angefochtene Beschluss auf den vorstehend dargelegten Verletzungen des Gehörsanspruchs des Beschwerdeführers. Der angefochtene Beschluss ist deshalb aufzuheben. Die Vorinstanz prüfte verschiedene Behauptungen des Beschwerdeführers gar nicht (bzw. äusserte sich nicht genügend dazu), die sie in Wahrung des Gehörsanspruchs hätte prüfen müssen. Deshalb ist die Sache vorab zu dieser Prüfung an die Vorinstanz zurückzuweisen und entgegen dem Antrag des Beschwerdeführers (Beschwerde KG act. 1 S. 2 Anträge Ziff. 1 erster Absatz) nicht direkt durch das Kassationsgericht ein neuer Entscheid zu fällen.

### III.

Mit der antragsgemässen Aufhebung des angefochtenen Beschlusses obsiegt der Beschwerdeführer im Beschwerdeverfahren. Der Beschwerdegegner verzichtete auf eine Beschwerdeantwort, stellte keine Anträge im Beschwerdeverfahren (KG act. 11) und identifizierte sich nicht mit den mit Nichtigkeitsgründen behafteten vorinstanzlichen Erwägungen. Er ist deshalb nicht als unterliegende Partei zu behandeln. Entsprechend diesem Ausgang des Verfahrens sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens keiner Partei aufzuerlegen, sondern auf die Gerichtskasse zu nehmen. Dementsprechend sind für das Beschwerdeverfahren keine Prozessentschädigungen zuzusprechen (§ 68 Abs. 1 ZPO). Dem unentgelt-

lichen Rechtsvertreter des Beschwerdeführers ist eine angemessene Entschädigung für seine Bemühungen im Beschwerdeverfahren aus der Gerichtskasse zu entrichten (§ 89 Abs. 2 ZPO). Der Beschwerdeführer wird hiermit ausdrücklich auf die Nachzahlungspflicht nach § 92 ZPO hingewiesen.

#### **IV.**

Beim vorliegenden Beschluss handelt es sich um einen Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG. Demnach ist gegen ihn die Beschwerde in Zivilsachen gemäss Art. 72 ff. BGG an das Bundesgericht nur unter den in Art. 93 BGG genannten Voraussetzungen zulässig. Ob diese erfüllt sind, entscheidet das Bundesgericht. Der von der Vorinstanz erwähnte Streitwert von Fr. 234'600.-- (KG act. 2 S. 17) wurde nicht beanstandet.

**Das Gericht beschliesst:**

1. In Gutheissung der Beschwerde wird der Beschluss der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 7. August 2007 aufgehoben und die Sache im Sinne der Erwägungen zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen.
  2. Die Kosten für das Beschwerdeverfahren werden auf die Gerichtskasse genommen.
  3. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Prozessentschädigungen zugesprochen.
  4. Der unentgeltliche Rechtsvertreter des Beschwerdeführers, Rechtsanwalt \_\_\_\_\_, wird für seine Bemühungen im Beschwerdeverfahren mit Fr. 7'200.-- zuzüglich 7.6 % Mehrwertsteuer (Fr. 547.20) aus der Gerichtskasse entschädigt.
  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. 234'600.--.
- Hinsichtlich des Fristenlaufes gelten die Art. 44 ff. BGG.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich und an die 1. Abteilung des Bezirksgerichtes \_\_\_\_\_ (Proz. CF990002), je gegen Empfangsschein.

---

**KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH**

Der juristische Sekretär: