



---

Kass.-Nr. AA080150/U/mum

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Herbert Heeb, Vizepräsident, Bernhard Gehrig, Andreas Donatsch und Reinhard Oertli sowie der juristische Sekretär Christof Tschurr

**Zirkulationsbeschluss vom 24. August 2009**

in Sachen

X.,

Beklagter, Appellant und Beschwerdeführer

gegen

Z.,

verbeiständet durch

Klägerin, Appellatin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch

betreffend

**Unterhalt**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der II. Zivilkammer des  
Obergerichts des Kantons Zürich vom 22. August 2008 (NC080007/U)**

**Das Gericht hat in Erwägung gezogen:**

**I.**

1. Der Beschwerdeführer ist der Vater der am \_\_\_\_\_ 2006 geborenen Beschwerdegegnerin. Diese (resp. ihr Vertreter) beantragte dem Einzelrichter des Bezirkes Zürich, der Beschwerdeführer sei zu verpflichten, ihr monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 1'200.-- bis 30. Juni 2018 und Fr. 1'600.-- vom 1. Juli 2018 bis zum Abschluss einer Ausbildung zu bezahlen (ER act. 11). An der Hauptverhandlung vom 12. September 2007 beantragte der Beschwerdeführer die Abweisung der Klage. Ferner ersuchte er um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (unentgeltliche Prozessführung, unentgeltlicher Rechtsbeistand) (ER Prot. S. 3). Mit Eingabe vom 10.12.2007 stellte der Beschwerdeführer ein Ablehnungsbegehren gegen den erstinstanzlichen Einzelrichter Dr. A. (ER act. 22). Mit Verfügung und Urteil vom 18. April 2008 gab der Einzelrichter A. die gewissenhafte Erklärung im Sinne von § 100 Abs. 1 GVG ab, dass kein Ablehnungsgrund im Sinne von § 96 Ziff. 4 GVG vorliege, überwies das Ablehnungsbegehren der Verwaltungskommission des Obergerichts, gewährte der Beschwerdegegnerin die unentgeltliche Rechtspflege, wies das Gesuch des Beschwerdeführers um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ab und verpflichtete diesen, der Beschwerdegegnerin monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 1'200.-- bis zum Abschluss einer angemessenen Erstausbildung, mindestens aber bis zur ihrer Mündigkeit zu bezahlen (ER act. 27).

2. Gegen das einzelrichterliche Urteil erklärte der Beschwerdeführer Berufung (OG act. 34). Gegen die einzelrichterliche Verfügung betreffend unentgeltliche Rechtspflege reichte er einen Rekurs ein (OG act. 39/1). Mit Beschluss vom 4. Juni 2008 trat die Verwaltungskommission des Obergerichts des Kantons Zürich auf das Ablehnungsbegehren nicht ein, sondern überwies dieses der II. Zivilkammer des Obergerichts (OG act. 36). Mit Beschluss vom 6. Juni 2008 vereinigte das Obergericht das Rekursverfahren mit dem Berufungsverfahren (OG act. 39/8). Mit Beschluss vom 22. August 2008 trat das Ober-

gericht (II. Zivilkammer) auf das Ausstandsbegehren gegen den Einzelrichter A. nicht ein, wies das vom Beschwerdeführer auch für das Rekurs- und Berufungsverfahren gestellte Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ab, wies den Rekurs ab und verpflichtete den Beschwerdeführer ebenfalls, der Beschwerdegegnerin bis zum Abschluss einer angemessenen Erstausbildung, mindestens jedoch bis zu ihrer Mündigkeit monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 1'200.-- zu bezahlen (KG act. 2).

3. Gegen den obergerichtlichen Beschluss vom 22. August 2008 reichte der Beschwerdeführer innert der Beschwerdefrist (OG act. 47/1, KG act. 1) eine Nichtigkeitsbeschwerde ein. Mit dieser beantragt er im Wesentlichen die Aufhebung des angefochtenen Beschlusses und die Abweisung der Klage der Beschwerdegegnerin. In prozessualer Hinsicht beantragte er die Sistierung des kassationsgerichtlichen Verfahrens, bis über das Ausstandsbegehren durch die Verwaltungskommission des Obergerichts entschieden worden sei. Ferner sei ihm (auch) für das Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren, und der Beschwerde sei aufschiebende Wirkung zu erteilen (KG act. 1 S. 2). Mit Verfügung vom 29. September 2008 wurde der Antrag auf Sistierung des Beschwerdeverfahrens abgewiesen, aber der Beschwerde aufschiebende Wirkung verliehen (KG act. 3). Die Vorinstanz verzichtete auf eine Vernehmung zur Nichtigkeitsbeschwerde (KG act. 7), die Beschwerdegegnerin auf eine Beschwerdeantwort (KG act. 8).

## II.

1. Vorab beanstandet der Beschwerdeführer, dass die II. Zivilkammer des Obergerichts und nicht die Verwaltungskommission als Aufsichtsbehörde im Sinne von § 101 GVG über sein Ausstandsbegehren gegen Bezirksrichter A. befunden habe (KG act. 1 S. 3).

1.1. Entscheide der Verwaltungskommission des Obergerichts betreffend Ausstandsbegehren gegen erstinstanzliche Justizbeamte stellen im erstinstanzlichen Verfahren ergangene prozessleitende Entscheide dar. Im Rahmen eines

Rechtsmittelverfahrens gegen erstinstanzliche Endentscheide können solche Entscheide der Verwaltungskommission des Obergerichts von der mit der Sache befassten Kammer des Obergerichts auf ihre Rechtmässigkeit überprüft werden (RB 1996 Nr. 68; Kass.-Nr. AA040113 vom 7.10.2004 Erw. 6.3).

1.2. Die Berufungsinstanz überprüft Verfahren und Entscheid der ersten Instanz im Rahmen der Berufungsanträge (§ 269 Abs. 1 ZPO). Dabei ist die Berufungsinstanz nicht auf die Beurteilung des erstinstanzlichen Prozessstoffs beschränkt. Sie prüft insbesondere auch Angriffs- und Verteidigungsmittel, auf welche die Erstinstanz nicht eingetreten ist (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 1997, N 3 zu § 269). Die Berufungsinstanz überprüft mithin auch im erstinstanzlichen Verfahren ergangene prozessleitende Entscheide und fällt einen neuen Endentscheid (§ 270 ZPO). Aus Gründen der raschen Prozesserledigung und der Kostenersparnis ist im Allgemeinen von einer Rückweisung abzusehen, wenn der Prozess ohne wesentliche Weiterungen von der Berufungsinstanz erledigt werden kann. Erachtet die Berufungsinstanz eine Verfahrensrüge als begründet, so ist dieser Mangel soweit zweckmässig von ihr selbst zu beheben (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 4 zu § 270).

1.3. Die Vorinstanz, die II. Zivilkammer des Obergerichts, war damit als Berufungsinstanz durchaus befugt, den Nichteintretensentscheid der Verwaltungskommission auf das Ausstandsbegehren als erstinstanzlichen prozessleitenden Entscheid im Berufungsverfahren selber zu überprüfen und als Berufungsinstanz (auch im Fall der Unrichtigkeit des Nichteintretensentscheides) auf eine Rückweisung zu verzichten und selber über das Ausstandsbegehren zu entscheiden. Die Rüge geht fehl.

2. Der Beschwerdeführer rügt, auch ein Ausstandsverfahren unterstehe Art. 6 Ziff. 1 EMRK. Es hätte deshalb öffentlich beurteilt und der Entscheid öffentlich verkündet werden müssen (KG act. 1 S. 3 f.). Das trifft nicht zu (vgl. RB 2006 Nr. 1 = Kass.-Nr. AA060103 vom 21.12.2006 Erw. 2.2). Auch diese Rüge geht fehl.

3. Die Vorinstanz erachtete das Ausstandsbegehren aus zwei verschiedenen (alternativen) Gründen als unbegründet. Einerseits sei deshalb nicht darauf einzutreten, weil der Beschwerdeführer keine konkreten Ausstandsgründe namhaft gemacht habe oder solche aktenkundig wären (KG act. 2 S. 4 f.). Damit setzt sich der Beschwerdeführer überhaupt nicht auseinander, weshalb es dabei zu bleiben hat.

Auch bezüglich der zweiten Begründung wies der Beschwerdeführer keinen Nichtigkeitsgrund nach. Die Vorinstanz erwog andererseits, ein allfälliger Ablehnungsanspruch wäre verwirkt. Der behauptete Ausstandsgrund gegen Einzelrichter A. sei dem Beschwerdeführer schon längst bekannt gewesen. Er hätte deshalb Einzelrichter A. spätestens in der mündlichen Verhandlung am 12. September 2007 ablehnen müssen. Als der Beschwerdeführer dies zwei Monate später getan habe, sei sein Einwand verwirkt gewesen (KG act. 2 S. 5). Der Beschwerdeführer wendet ein, ein Ausstandsbegehren könne gemäss § 98 GVG während des ganzen Verfahrens bis zum Beginn einer öffentlichen Urteilsberatung gestellt werden. Er habe sein Ausstandsbegehren innert dieser "Frist" am 10. Dezember 2007 gestellt. Das erstinstanzliche Urteil datiere erst vom 18. April 2008. Sein Begehren sei deshalb rechtzeitig gestellt worden (KG act. 1 S. 4).

Ein Ablehnungsbegehren muss nach Treu und Glauben *unverzüglich* nach Kenntnisnahme des Ausstandsgrundes gestellt werden, ansonsten das Ablehnungsrecht verwirkt ist bzw. Verzicht auf dasselbe angenommen wird (vgl. neben den von der Vorinstanz zitierten Entscheiden Kass.-Nr. AA060192 vom 25.7.2007 Erw. III.2.5 mit verschiedenen Hinweisen). § 98 GVG steht dem nicht entgegen, sondern regelt eine andere Frage, nämlich von wem und bis zu welchem Verfahrensstadium spätestens grundsätzlich ein Ausstandsbegehren gestellt werden kann. Zum Zeitpunkt der Stellung des Ablehnungsbegehrens vom 10. Dezember 2007 war ein Ablehnungsrecht mithin tatsächlich verwirkt; selbst wenn der Beschwerdeführer noch von weiteren Ablehnungsgründen durch Beschlüsse vom 24. September 2007 erfahren hätte, wie er geltend macht (KG act. 1 S. 4 Ziff. 6). Die Rüge geht fehl.

4. Die Vorinstanz erwog, der Einzelrichter habe dem Beschwerdeführer vorgehalten, im Jahr 2006 seien ihm Fr. 552'000.-- zugeflossen, und habe ihm Frist angesetzt, um einen lückenlosen Nachweis über die Herkunft und die Verwendung dieser Fr. 552'000.-- zu erbringen. Der Beschwerdeführer habe dazu (einzig) erklären lassen, es sei richtig, dass er im Frühsommer 2006 in den Genuss einer Kapitalabfindung gekommen sei. Über das Geld verfüge er schon längst nicht mehr. Er habe es schenkungshalber einer Institution im Ausland überwiesen (KG act. 2 S. 6 f.). Der Beschwerdeführer habe (so die weiteren vorinstanzlichen Erwägungen) über den Verbleib dieses Kapitals nur ausweichend und unvollständig Auskunft gegeben. Es müsse davon ausgegangen werden, dass er über die rund Fr. 550'000.-- nach wie vor verfügen könne. Der Pflichtige müsse sein Vermögen angreifen, wenn er anders nicht zur Leistung des Kindesunterhalts in der Lage sei. Der Beschwerdeführer mache selber nicht geltend, er sei für seinen eigenen Unterhalt oder für seine Altersvorsorge auf das Geld angewiesen. Damit könne und müsse er soweit nötig aus diesem Kapital die Unterhaltsbeiträge für die Beschwerdegegnerin bestreiten. Dieses Geld reiche dafür bei weitem aus (KG act. 2 S. 10). Unter diesen Umständen komme es nicht darauf an, ob der Einzelrichter dem Beschwerdeführer zu Recht ein hypothetisches Einkommen angerechnet habe. Der Beschwerdeführer kritisiere den Einzelrichter freilich auch in diesem Punkt zu Unrecht. Der Einzelrichter habe kein Beweisverfahren durchführen können und müssen, weil der Beschwerdeführer nicht behauptet habe, er habe sich erfolglos um Arbeit als Arzt bemüht. Der Einzelrichter sei deshalb zutreffend davon ausgegangen, der Beschwerdeführer habe keine Bemühungen um eine Anstellung unternommen und müsse sich deshalb ein hypothetisches Einkommen anrechnen lassen. Die Höhe eines solchen könne nur grob geschätzt werden (KG act. 2 S. 11). Der Einzelrichter habe eine Statistik der FMH von 2007 als Ausgangspunkt genommen und diese für den Kanton Zürich nach unten korrigiert, was Werte für die Jahre 2003 und 2004 von rund Fr. 148'000.-- resp. 136'500.-- ergebe. Dem Einzelrichter sei dabei zu folgen, dass er diese Vergleichszahlen grob halbiert habe (auf Fr. 74'000.-- resp. Fr. 68'250.--), um den Erschwernissen Rechnung zu tragen, welche sich dem Beschwerdeführer bei einer Arbeitssuche unzweifelhaft stellen würden. Nach seiner eigenen

Rechnung betrage der Bedarf des Beschwerdeführers Fr. 5'800.-- pro Monat. Seinen anderen drei Kindern zahle er aber zur Zeit keinen Unterhalt. Solange das so sei, könne er diese Beiträge nicht zu seinem Bedarf rechnen. Sei dieser demnach nach den Angaben des Beschwerdeführers selbst mit Fr. 4'200.-- einzusetzen, müsse er ein jährliches Einkommen von Fr. 50'400.-- erzielen, um der Beschwerdegegnerin Fr. 1'200.-- monatlich zahlen zu können. Das sei realistisch, ohne Berücksichtigung seines Vermögens (KG act. 2 S. 11 - 13).

4.1. Der Beschwerdeführer wendet vorab ein, die Vorinstanz gehe einerseits davon aus, dass er auf seinem Beruf arbeite. Es sei aber unbestritten, dass ihm seine Bewilligung, freiberuflich als Arzt zu arbeiten, entzogen worden sei. Er habe immer ausgeführt, er könne als freiberuflicher Arzt kein Einkommen erzielen. Auch habe er stets betont, dass er auch keine Praxisvertretungen machen könne, es für ihn extrem schwierig sei, anderweitig eine Anstellung zu finden, und er noch keine gefunden habe. Er habe durch seine eigene Sachdarstellung ausdrücklich bestritten, dass er als Arzt arbeite. Die vorinstanzlichen Erwägungen, er habe nicht bestritten, dass er sich weiterhin als Arzt empfehle und Patienten betreue, seien tatsachen- und aktenwidrig, willkürlich und überspitzt formalistisch (KG act. 1 S. 5).

a) Bezüglich der tatsächlichen Arbeitstätigkeit des Beschwerdeführers als Arzt erwog die Vorinstanz, der Einzelrichter habe festgestellt, dass sich der Beschwerdeführer trotz Entzuges der Praxisbewilligung nach wie vor als Arzt empfehle, und er habe das durch seinen juristischen Sekretär verifizieren lassen. Dieser habe die auf der Internet-Seite [www.\(X\).ch](http://www.(X).ch) angegebene Telefonnummer angerufen. Es sei mit "Praxis Dr." X. ... geantwortet worden. Die Dame habe dem Anrufenden erklärt, Dr. X. sei gerade nicht zu sprechen, da er einen Patienten betreue. Sie habe ferner nachgefragt, ob er bereits Patient oder "neu" sei. Der Einzelrichter habe in seinem Urteil auf diese Tatsachen hingewiesen. Der Beschwerdeführer habe in seiner Berufungsbegründung dazu knapp ausführen lassen, seit dem Praxisentzug dürfe er keine PatientInnen mehr betreuen. Deshalb könne er freiberuflich kein Einkommen mehr erzielen. Daran ändere auch die von der Erstinstanz erwähnte Aktennotiz oder der Eintrag im Internet nichts

(KG act. 2 S. 7). Die Vorinstanz erwog dazu, an diesen Ausführungen dürfte richtig sein, dass der Beschwerdeführer kein legales freiberufliches Einkommen mehr erzielen könne. Er bestreite aber nicht, dass er sich weiterhin als Arzt empfehle, und auch nicht, dass er tatsächlich weiterhin Patienten betreue, wie das dem erstinstanzlichen Gerichtssekretär mitgeteilt worden sei. Dass er das unentgeltlich täte, behaupte er nicht und sei nicht zu vermuten. Ob er das freiberuflich tue oder als Angestellter der Mutter seiner Kinder, welche nach seiner Darstellung die Aktiengesellschaft beherrsche, für welche er jedenfalls früher tätig gewesen sei, sei nicht von Bedeutung. Es stehe fest, dass er weiterhin als Arzt tätig sei (KG act. 2 S. 8).

b) Die Behauptungen des Beschwerdeführers, wegen des Entzugs der Praxisbewilligung könne er nicht freiberuflich als Arzt arbeiten und keine Praxisvertretungen machen, es sei für ihn sehr schwierig, anderweitig eine Anstellung zu finden, er habe noch keine gefunden, er habe auch nicht behauptet, er würde als Angestellter in der " \_\_\_\_\_ " arbeiten (KG act. 1 S. 5), Internet-einträge seien häufig nicht aktuell (KG act. 1 S. 6), bedeuten keine Bestreitung dieser erst- und vorinstanzlichen Feststellungen, sondern gehen daran vorbei. Die Rüge geht fehl.

c) Der Beschwerdeführer rügt, die Vorinstanz hätte keine Vermutungen anstellen dürfen. Insbesondere sei die vorinstanzliche Erwägung willkürlich, es sei nicht zu vermuten, dass er unentgeltlich arbeite (KG act. 1 S. 5 sechster Absatz).

Diese Rüge ist nicht nachvollziehbar. Die Vorinstanz erklärte explizit, *nicht* zu vermuten (nach der Feststellung, der Beschwerdeführer habe nicht behauptet, dass er unentgeltlich Patienten betreue). Die Rüge geht fehl. Nach der allgemeinen Lebenserfahrung ging die Vorinstanz davon aus, dass der Beschwerdeführer die Patientenbetreuung nicht unentgeltlich ausübe. Schlüsse aus der allgemeinen Lebenserfahrung prüft das Bundesgericht im Rahmen einer gegen den angefochtenen Beschluss möglichen Beschwerde in Zivilsachen nach Art. 72 ff. BGG wie Rechtssätze mit freier Kognition (vgl. z.B. Kass.-Nr. AA070061 vom 12.2.2008 Erw. II.4.2 mit weiteren Hinweisen). Auf entsprechende Rügen könnte im vorliegenden Verfahren deshalb nicht eingetreten werden (§ 285 ZPO).

4.2. Weiter rügt der Beschwerdeführer, die Vorinstanz habe festgestellt, dass er über das AHV-Alter hinaus arbeiten werde (KG act. 1 S. 6 Ziff. 9 mit Bezug auf KG act. 2 S. 9). Das trifft nicht zu. Die Vorinstanz erwog, für einen Arzt sei der Eintritt ins AHV-Alter erfahrungsgemäss nur einer unter mehreren Faktoren, welche die Reduktion oder die Aufgabe der Erwerbstätigkeit beeinflussten. Es sei daher weder sinnvoll möglich noch zweckmässig, eine Veränderung der wirtschaftlichen Situation des Beschwerdeführers wegen Aufgabe der Erwerbstätigkeit heute schon vorweg nehmen zu wollen. Eine Abänderung der Unterhaltsbeiträge unter diesem Titel werde durch den vorinstanzlichen Entscheid nicht ausgeschlossen (KG act. 2 S. 9). Daran geht auch diese Rüge vorbei und damit fehl.

4.3. Der Beschwerdeführer erklärt, die Rechtmässigkeit der Anrechnung eines hypothetischen Einkommens sei grundsätzlich eine Rechtsfrage und werde mit einer Beschwerde an das Bundesgericht gerügt (KG act. 2 S. 6 Ziff. 10).

Der Beschwerdeführer ist sich bewusst, dass Fragen der Anwendung des Bundesrechts im vorliegenden Verfahren nicht geprüft werden können (§ 285 ZPO, Art. 95 lit. a BGG). Auf seine gleichwohl (KG act. 1 S. 6 f. Ziff. 10, S. 7) vorgetragene diesbezüglichen Rügen kann nicht eingetreten werden.

Der Beschwerdeführer macht in diesem Zusammenhang aber auch eine Verletzung seines Gehörsanspruchs geltend, indem sich die Vorinstanz nicht mit seinen Argumenten dazu auseinandergesetzt habe, weshalb es für ihn unrealistisch sei, eine Anstellung zu finden (KG act. 1 S. 7). Diese Ausführungen gehen an der vorinstanzlichen Feststellung vorbei, dass der Beschwerdeführer nicht einmal behauptet hatte, er habe sich erfolglos um Arbeit als Arzt bemüht, und dass der Einzelrichter deshalb auch kein Beweisverfahren dazu habe durchführen können und müssen (KG act. 2 S. 11). Damit erachtete die Vorinstanz behauptete Erschwernisse bei der Arbeitssuche für die grundsätzliche Frage der Anrechnung eines hypothetischen Einkommens (für die Frage der Höhe des hypothetischen Einkommens berücksichtigte sie solche Erschwernisse durchaus [KG act. 2 S. 12; vgl. nachfolgend Erw. 4.4]) als irrelevant, weil der Beschwerdeführer nicht einmal behauptet habe, Arbeit als Arzt gesucht zu haben. Mit nach ihrer Rechts-

auffassung irrelevanten Argumenten musste sie sich nicht weiter auseinandersetzen, und sie verletzte nicht den Gehörsanspruch des Beschwerdeführers, indem sie die das nicht tat.

4.4. Der Beschwerdeführer bezieht die vorstehend behandelte Rüge auch auf die Höhe des vorinstanzlich angenommenen hypothetischen Einkommens und bezeichnet es als willkürlich, einfach auf die Hälfte des Lohnes eines freiberuflichen Arztes abzustellen (KG act. 1 S. 7 f. Ziff. 11).

Die grobe Schätzung (KG act. 2 S. 11) der Vorinstanzen und die grobe Halbierung der Vergleichszahlen, um den Erschwernissen Rechnung zu tragen, welche sich dem Beschwerdeführer bei der Arbeitssuche stellten (KG act. 2 S. 12), beruhen auf der allgemeinen Lebenserfahrung. Auf diese Rüge kann im vorliegenden Verfahren nicht eingetreten werden (vorstehend Erw. 4.1.c). Das gilt auch für die Rüge, die Vorinstanz habe bei der Annahme eines zumutbaren hypothetischen Verdienstes nicht oder zu wenig berücksichtigt, dass der Beschwerdeführer bereits vor dem Entzug der Praxisbewilligung nur wenig habe verdienen können (KG act. 1 S. 8 Ziff. 12).

4.5. Der Beschwerdeführer postuliert, die Vorinstanz hätte ihm Gelegenheit geben müssen, seine Behauptung, er könne keine Anstellung finden, zu beweisen (KG act. 1 S. 8 f. Ziff. 12).

Die Vorinstanz begründete, weshalb kein Beweisverfahren habe durchgeführt werden können und müssen (KG act. 2 S. 11). Mit dieser Begründung setzt sich der Beschwerdeführer in keiner Weise auseinander und kann deshalb diesbezüglich auch keinen Nichtigkeitsgrund nachweisen. Im Übrigen ist die Frage der Durchführung eines Beweisverfahrens eine bundesrechtliche (Art. 8 ZGB; vgl. z.B. Kass.-Nr. AA080079 vom 13.2.2009 Erw. II.2.2), worauf im vorliegenden Verfahren nicht eingetreten werden kann.

4.6. Der Beschwerdeführer macht geltend, die Vorinstanz hätte ihm bei der Berechnung seines Bedarfs (und dem daraus abgeleiteten hypothetischen [Mindest-]Einkommen) auch die Leistung von Unterhaltsbeiträgen für seine

anderen Kinder anrechnen müssen (KG act. 1 S. 9). Auch dabei (wie bei der vom Beschwerdeführer in Ziff. 14 der Beschwerde [KG act. 1 S. 9 f.] vorgetragene Frage) handelt es sich um eine Frage der Anwendung des Bundesrechts, worauf im vorliegenden Verfahren nicht eingetreten werden kann.

4.7. Bezüglich des Kapitalbetrages von rund Fr. 550'000.-- macht der Beschwerdeführer geltend, er habe amtliche Beweise (Steuerauszüge, Pfändungsverlustschein) dafür eingereicht, dass er dieses Geld nicht mehr habe. Die gegenteilige Feststellung der Vorinstanz sei willkürlich (KG act. 1 S. 10).

Die Vorinstanz erwog, die Umstände, dass der Beschwerdeführer dieses Geld in den Steuererklärungen nicht deklarierte, dass er anlässlich einer Pfändung erklärt habe, er besitze kein Vermögen, und dass das Sozialamt vom Verbleib des Kapitals keine Kenntnis habe, seien keine Indizien für seinen Standpunkt. Es läge einzig an ihm, Klarheit zu schaffen. Das habe er nicht gemacht (KG act. 2 S. 7). Diese Erwägungen treffen zu und sind nicht willkürlich. Dem Beschwerdeführer wurde Gelegenheit gegeben, den Verbleib der unbestrittenermassen erhaltenen Fr. 552'000.-- darzutun (vgl. KG act. 2 S. 6; ER act. 14). Wenn er in der Folge dazu lediglich die Behauptung vorträgt (ohne irgendeinen Beleg dafür einzureichen), er habe dieses Geld schenkungshalber einer Institution im Ausland überwiesen (KG act. 2 S. 6; ER act. 16), missachtet er die Ernsthaftigkeit des Gerichtsverfahrens und des Themas der Unterhaltsbeiträge für seine 2006 geborene Tochter und handelt wider Treu und Glauben, wenn er der Vorinstanz in despektierlichem Tonfall (sie habe eine bösgläubige Richterphantasie und "unkt lediglich" [KG act. 1 S. 10]) vorwirft, in diesem Zusammenhang einen Nichtigkeitsgrund gesetzt zu haben, indem sie seine völlig unsubstantiierte Behauptung nicht übernommen habe. Daran ändern die Hinweise auf einen Pfändungsverlustschein, auf Steuererklärungen der Jahre 2004 und 2005 (der Beschwerdeführer erklärte, die Kapitalabfindung im Frühsommer 2006 erhalten zu haben [KG act. 2 S. 6 mit Verweisung auf ER act. 16]) und auf Zahlungen des Fürsorgeamtes nichts, welche Dokumente, wie die Vorinstanz zutreffend feststellte, in erster Linie auf den Erklärungen des Beschwerdeführers selber beruhen und aus welchen (ER act. 4, act. 13/1 und 13/2, OG act. 39/3/5) nicht ersichtlich ist, dass der Beschwer-

deführer den Vermögensempfang von rund Fr. 550'000.-- im Jahr 2006 den entsprechenden Behörden bekanntgegeben hatte. Diese Position des Beschwerdeführers erscheint als mutwillig. Die Rüge geht fehl, soweit überhaupt darauf einzutreten ist.

5. Auch bei der Prüfung der vom Beschwerdeführer sowohl für das erstinstanzliche wie auch für das zweitinstanzliche Verfahren angebehrten unentgeltlichen Rechtspflege (unentgeltliche Prozessführung, unentgeltlicher Rechtsbeistand) ging die Vorinstanz davon aus, dass er nach wie vor über die Fr. 552'000.-- verfügen kann (KG act. 2 S. 7), und wies das Begehren (auch) deshalb mangels Bedürftigkeit ab (KG act. 2 S. 8). Der Beschwerdeführer erhebt die gleichen Rügen wie bezüglich der Anrechnung der Fr. 552'000.-- bei der Bemessung der Unterhaltsbeiträge (KG act. 1 S. 12). Dazu kann auf die vorstehende Erwägung 4.7. verwiesen werden. Die Rügen gehen fehl, soweit überhaupt darauf einzutreten ist. Bezüglich der Annahme, nach wie vor über diese Fr. 552'000.-- verfügen zu können, wies der Beschwerdeführer keinen Nichtigkeitsgrund nach, was zur Begründung der Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege genügt. Ob noch weitere Gründe für eine solche Verweigerung vorliegen, wie die Vorinstanz annahm, und ob diese vorinstanzlichen Annahmen mit einem Nichtigkeitsgrund behaftet sind, wie der Beschwerdeführer geltend macht (KG act. 1 S. 12 f. Ziff. 18), ist deshalb nicht mehr relevant. Darauf muss nicht weiter eingegangen werden.

6. Zusammenfassend ist die Beschwerde abzuweisen, soweit überhaupt darauf einzutreten ist.

7. Der Beschwerdeführer beantragt auch für das Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Rechtspflege (KG act. 1 S. 2, S. 13). Er verletzte seine Mitwirkungspflicht (vgl. bereits zutreffend KG act. 2 S. 6 f.), indem er bezüglich der Verwendung der mehrfach erwähnten rund Fr. 550'000.-- keine Auskunft gab (ausser der unsubstantiierten, unbelegten und bloss schnippischen Behauptung, er habe sie einer Institution im Ausland überwiesen). Sein Gesuch ist schon wegen dieser Verletzung abzuweisen.

### III.

Ausgangsgemäss sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens dem Beschwerdeführer aufzuerlegen. Der Beschwerdegegnerin ist mangels erheblichen Aufwandes im Beschwerdeverfahren keine Umtriebs- bzw. Prozessentschädigung zuzusprechen.

#### **Das Gericht beschliesst:**

1. Der Antrag des Beschwerdeführers auf Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (unentgeltliche Prozessführung, unentgeltlicher Rechtsbeistand) für das Kassationsverfahren wird abgewiesen.
2. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann. Damit entfällt die der Beschwerde verliehene aufschiebende Wirkung.
3. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 6'000.--.
4. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden dem Beschwerdeführer auferlegt.
5. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Prozess- bzw. Umtriebsentschädigungen zugesprochen.
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, 1000 Lausanne 14, erhoben werden. Der Streitwert beträgt 259'000.--.

Sodann läuft die Frist von 30 Tagen zur Anfechtung des Urteils des Obergerichtes vom 22. August 2008 mit Beschwerde an das Bundesgericht neu ab Empfang des vorliegenden Entscheides (Art. 100 Abs. 1 und 6 BGG).

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

7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich und das Bezirksgericht Zürich, 6. Abteilung (Proz.-Nr. FP070104), je gegen Empfangsschein.

---

**KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH**

Der juristische Sekretär: