



Kass.-Nr. AA090101/U/mum

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

Zirkulationsbeschluss vom 18. Dezember 2009

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 / Rückweisung

**Nichtikeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der II. Zivilkammer des
Obergerichts des Kantons Zürich vom 25. Mai 2009 (NC080014/U)**

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Der Beschwerdeführer ist der Vater des am _____ 1997 geborenen Beschwerdegegners. Am 11. Januar 1999 reichte der Beistand des Beschwerdegegners 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. Mit Beschluss vom 16. Dezember 1999 bewilligte das Bezirksgericht beiden Parteien die unentgeltliche Rechtspflege (unentgeltliche Prozessführung, unentgeltliche Rechtsbeistände). 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. Gegen dieses Urteil erklärte der Beschwerdeführer Berufung. Er beantragte die ersatzlose Aufhebung der Unterhaltsverpflichtung. 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. 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. 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 (vgl. Beschluss des Kassationsgerichts vom 25. September 2008 Kass.-Nr. AA070135 = OG act. 220 Erw. I.1. mit Hinweisen).

2. Das Kassationsgericht hiess eine erste Nichtigkeitsbeschwerde des Beschwerdeführers gegen den obergerichtlichen Entscheid vom 7. August 2007 mit Beschluss vom 25. September 2008 gut und wies die Sache im Sinne der Erwägungen zur Neuurteilung an das Obergericht zurück (OG act. 220). Mit Beschluss vom 25. Mai 2009 entschied das Obergericht neu und verpflichtete den Beschwerdeführer, dem Beschwerdegegner rückwirkend ab 1. September 1999 bis zur Mündigkeit monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 1'000.-- zuzüglich Kinderzulagen und für den August 1999 Fr. 500.-- zu bezahlen (KG act. 2 S. 22).

3. Auch gegen den neuen Beschluss des Obergerichts vom 25. Mai 2009 reichte der Beschwerdeführer rechtzeitig (OG act. 224/1, KG act. 1) eine Nichtigkeitsbeschwerde ein. Mit dieser beantragt er wiederum in erster Linie die Aufhebung des angefochtenen Beschlusses (KG act. 1). Antragsgemäss (KG act. 1 S. 2) 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. 5). Die Vorinstanz verzichtete auf eine Vernehmlassung zur Beschwerde (KG act. 9). Der Beschwerdegegner verzichtete auf eine Beschwerdeantwort (KG act. 10). Neben einer Aufstellung der Aufwendungen des Vertreters des Beschwerdeführers vom 27. Juli 2009 (KG act. 11) erfolgten keine weiteren Eingaben im vorliegenden Beschwerdeverfahren.

II.

1. Im Entscheid vom 7. August 2007 hatte die Vorinstanz erwogen, die Erstinstanz habe ihrem Entscheid ein durchschnittliches monatliches Einkommen des Beschwerdeführers von Fr. 3'337.75 zugrunde gelegt. Dabei habe sie sich massgeblich auf die Ergebnisse des Experten B. gestützt, welcher die Buchhaltung der vom Beschwerdeführer geführten Einzelfirma A. für die Jahre 1997 - 1999 analysiert habe (OG act. 201 S. 5). Basierend auf den Ergebnissen der beiden Gutachten des Experten B. für die Jahre 1997 bis 1999 habe die Erstinstanz ein durchschnittliches Jahreseinkommen des Beschwerdeführers von Fr. 40'000.-- resp. von monatlich rund Fr. 3'300.-- errechnet (OG act. 201 S. 11; nämlich Durch-

schnitt der gemäss Gutachter effektiv massgebenden Jahresergebnisse bzw. bereinigten internen Reingewinne von Fr. 2'198.55 1997, Fr. 25'100.89 1998 und Fr. 92'859.55 1999 [OG act. 166 S. 9; vgl. auch OG act. 201 S. 9]). Die Vorinstanz legte dies ihrerseits ihrem Entscheid zugrunde (OG act. 201 S. 11 f., S. 14 Erw. 5).

2. Im Beschluss vom 25. September 2008 hielt das Kassationsgericht fest, die Vorinstanz habe den Gehörsanspruch des Beschwerdeführers verletzt, indem sie sich nicht mit seiner Kritik an den gutachterlichen Feststellungen auseinandergesetzt habe. Der auf dem Gutachten und dessen Ergänzung beruhende obergerichtliche Beschluss sei deshalb aufzuheben, und die Sache sei an die Vorinstanz zurückzuweisen, damit sich diese im Einzelnen und in erkennbarer Weise mit der Kritik des Beschwerdeführers am gerichtlich eingeholten Gutachten bzw. den damit vorgenommenen Aufrechnungen auseinandersetze (OG act. 220 S. 16 f.).

3. Im neuen Beschluss vom 25. Mai 2009 setzte sich die Vorinstanz nicht mit der Kritik des Beschwerdeführers am gerichtlich eingeholten Gutachten auseinander. Vielmehr erwog sie, es könne dahingestellt bleiben, welche der beiden buchhalterischen Berechnungen resp. Bewertungen (diejenige des gerichtlich beauftragten Gutachters oder diejenige des Buchhalters des Beschwerdeführers) einer neuerlichen Expertise standzuhalten vermöchte. Denn es sei nicht zu erwarten, dass sich mit weiteren Abklärungen überzeugend erklären liesse, aus welchen Mitteln der Beschwerdeführer seit vielen Jahren seinen persönlichen Lebensunterhalt bestreite, zumal er einzig aus seiner Tätigkeit für die Firma A. ein Einkommen erziele und keine anderweitigen Einkünfte habe (KG act. 2 S. 15). Die in den Jahresabschlüssen ausgewiesenen Einkünfte seien unplausibel. Es könne nicht unbesehen auf sie abgestellt werden (KG act. 2 S. 16). Ausgehend von den vom Beschwerdeführer behaupteten praktisch vernachlässigbaren Einkünften sei unerklärlich, wie er im Jahre 1998, als er das grösste Minuseinkommen verzeichnet habe und aus wirtschaftlichen Gründen habe Mitarbeiter entlassen müssen, in der Lage gewesen sein wolle, nebst verschiedenen Anschaffungen für den Beschwerdegegner diesem auch Unterhaltsbeiträge in Höhe von Fr. 9'000.-- zu

bezahlen. Die Herkunft dieser Gelder ergebe sich jedenfalls nicht aus der Jahresrechnung 1998. Da die Jahresrechnung 1998 insgesamt einen Privatverbrauch von Fr. 27'500.-- ausweise und der Beschwerdeführer darüber hinaus knapp Fr. 10'000.-- für den Beschwerdegegner bezahlt habe, habe er in jenem Jahr offensichtlich über rund Fr. 37'500.-- oder monatlich rund Fr. 3'100.-- verfügt (KG act. 2 S. 13). Der Beschwerdeführer habe in der Klageschrift die Privatbezüge für das Jahr 1998 mit monatlich knapp Fr. 2'300.-- beziffert. Dies entspreche einer Summe von Fr. 27'500.--. In der Anschlussberufungsantwort habe der Beschwerdeführer sein monatliches Existenzminimum auf rund Fr. 2'700.-- beziffert und angefügt, es scheine einigermaßen realistisch, dass er von entsprechenden Mitteln leben könne. Dieser Betrag entspreche einem Jahresbezug von Fr. 32'400.--. Darauf sei der Beschwerdeführer zu behaften (KG act. 2 S. 16 f.). Nachdem es ihm im Jahre 1998 möglich gewesen sei, ausserhalb der deklarierten privaten Bezüge zusätzlich knapp Fr. 10'000.-- als Einkünfte zu generieren und dem Beschwerdegegner zukommen zu lassen und die ab den Jahren 2000 ausgewiesenen Privatbezüge deutlich geringer seien als seine eigenen Angaben zu den von ihm getätigten privaten Geldbezügen, sei davon auszugehen, dass er auch in den Jahren ab 1998 nebst den eingeräumten Einkünften durchschnittlich weitere Fr. 10'000.-- an Einkommen gehabt habe. Für das Jahr 1998, als er monatlich Fr. 2'300.-- bezogen habe und darüber hinaus rund Fr. 10'000.-- dem Beschwerdegegner habe bezahlen können, habe er demnach über Einkünfte von rund Fr. 37'600.-- verfügt. Für jene Jahre, in denen er monatlich Fr. 2'700.-- bezogen habe und sich zudem weitere Fr. 10'000.-- als Einkommen anrechnen lassen müsse - da nicht anzunehmen sei, er habe in diesen Jahren über geringere Einkünfte verfügt -, habe er über Einnahmen von rund Fr. 42'400.-- verfügt. Diese Beträge seien zwar mit verschiedenen Unschärfen verbunden, da einerseits nur für das Jahr 1998 einigermaßen gesicherte Unterlagen vorlägen und andererseits für das Jahr zuvor und die Jahre danach wenig präzise und auch nicht vollständige Angaben gemacht worden seien. Der Beschwerdeführer wolle jedoch explizit auch seine finanziellen Verhältnisse ab den Jahren 2000 berücksichtigt wissen, die sich offenkundig gegenüber dem Jahr 1998 verbessert hätten. Bei dieser Sachlage rechtfertige es sich, als Basis den Durchschnitt der genannten

Einkünfte von Fr. 37'600.-- und Fr. 42'400.-- zu veranschlagen, mithin Fr. 40'000.--. Dies entspreche einem monatlichen Einkommen von rund Fr. 3'300.-- (KG act. 2 S. 17). Auf einem solchen Monatseinkommen beruhen die monatlichen Unterhaltsbeiträge von Fr. 1'000.--, zu deren Leistung die Vorinstanz den Beschwerdeführer verpflichtete (KG act. 2 S. 20 Erw. 4).

4. Der Beschwerdeführer rügt die Feststellung betreffend seine Einkünfte als willkürlich. Er habe belegt, dass er am 14. September 1997 ein Darlehen von Fr. 30'000.-- erhalten habe mit dem Zweck, dem Beschwerdegegner Unterhaltsbeiträge ausrichten zu können. Dieser Geldbetrag habe es ihm ermöglicht, dem Beschwerdegegner im Jahre 1998 Unterhaltsbeiträge zu bezahlen (KG act. 1 S. 7 mit Verweisung auf BG act. 32/10). Er betreibe ein nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe und sei buchführungspflichtig. In der Berufungsbegründung habe er die Jahresergebnisse der Firma A. aufgelistet und sämtliche Jahresabschlüsse sowie die Kontobelege für das Konto Privatverbrauch für die Zeit seit 1992 eingereicht. Der Gutachter habe zudem vollumfängliche Einsicht in seine Buchhaltungsunterlagen gehabt (KG act. 1 S. 7 f.). Seine tatsächlichen Einkünfte seien danach zu ermitteln. Allfällige überhöhte Positionen hätte der vom Gericht bestellte Gutachter ermitteln müssen (KG act. 1 S. 8). Soweit die Vorinstanz (erneut) über die detaillierte und belegte Kritik des Beschwerdeführers am gerichtlichen Gutachten hinwegsehe, sei dies eine Verletzung des Gehörsanspruchs. Da der Vorinstanz auch das nötige Fachwissen fehle, um beurteilen zu können, ob eine neue Expertise zur Klärung der finanziellen Verhältnisse führen könnte oder nicht, sei die entsprechende Erwägung willkürlich. Dass die Vorinstanz keinen neuen Sachverständigen bestellt habe, verletze § 181 Abs. 2 ZPO (KG act. 1 S. 10). Die vom Beschwerdeführer im Jahre 1998 an den Beschwerdegegner bezahlten Leistungen seien nicht durch seine Firma, sondern durch das erwähnte Darlehen finanziert worden. Dass die Vorinstanz den Beleg dafür (BG act. 32/10) nicht berücksichtigt habe, bedeute eine Verletzung des Gehörsanspruchs bzw. eine aktenwidrige tatsächliche Annahme (KG act. 1 S. 10). Dass die in den Jahresabschlüssen ausgewiesenen Einkünfte unplausibel seien, sei eine ohne das nötige Fachwissen getroffene willkürliche tatsächliche Annahme (KG act. 1 S. 11). Das Einkommen eines Selbständigerwerbenden entspreche nicht dem

Total seiner Privatbezüge, sondern ergebe sich (so sinngemäss) aus der Buchhaltung (KG act. 1 S. 12).

5. Die Vorinstanz hat bezüglich der Leistungsfähigkeit des Beschwerdeführers einen Methodenwechsel vorgenommen. Sowohl im Beschluss vom 7. August 2007 als auch im Beschluss vom 25. Mai 2009 hat die Vorinstanz erwogen, um ein einigermaßen zuverlässiges Bild über die finanziellen Mittel des Beschwerdeführers zu erhalten, liessen sich grundsätzlich zwei unterschiedliche Methoden anwenden: Entweder liesse sich dieses Bild direkt über eine zumindest plausible Aufstellung tatsächlich erhaltener Einkünfte (Lohnerwerb aus selbständiger oder unselbständiger Berufstätigkeit, andere entgeltliche Entschädigungen etc.) erhalten oder indirekt über eine gleichermassen realistische Darstellung des effektiv betriebenen Lebensaufwandes (OG act. 201 S. 7 Erw. 3, KG act. 2 S. 9 Erw. 3). Während die Vorinstanz - wie die Erstinstanz - im Beschluss vom 7. August 2007 die erstgenannte Methode angewandt hatte (Prüfung der tatsächlichen Einkünfte des Beschwerdeführers aus seiner selbständigen Erwerbstätigkeit durch Prüfung seiner Buchführung), wandte sie im Beschluss vom 25. Mai 2009 die zweitgenannte Methode an, indem sie grundsätzlich von den Angaben des Beschwerdeführers zu seinen Privatbezügen bzw. zu seinem Lebensaufwand ausging (KG act. 2 S. 16 mit Verweisungen auf BG act. 31 S. 10 f. [wo der Beschwerdeführer von einer Übersicht über seine Lebenshaltungskosten sprach und erklärte, aus den angeführten Zahlen ergebe sich, dass er durchschnittlich nicht einmal Fr. 2'300.-- monatlich für sich selber ausgeben] und auf OG act. 191 S. 15 [wo der Beschwerdeführer seinen Notbedarf zusammenfasste, auf Fr. 2'726.25 bezifferte und erklärte, es scheine einigermaßen realistisch, dass er von entsprechenden Mitteln leben könne]). Die Vorinstanz ging davon aus, dass die Buchhaltungsunterlagen des Beschwerdeführers nicht seine vollständigen Einkünfte enthielten, weshalb nicht darauf abgestellt werden könne, sondern von seinem Lebensaufwand auszugehen sei, der sich insbesondere aus den zugestandenen Privatbezügen zeige (KG act. 2 S. 16).

6. Den vorinstanzlichen Wechsel der Methode als solchen beanstandet der Beschwerdeführer nicht, ebensowenig grundsätzlich die Anwendung der zweit-

genannten Methode (indirekte Feststellung der finanziellen Mittel des Beschwerdeführers über seinen effektiv betriebenen Lebensaufwand [statt direkte Feststellung über seine Erwerbseinkünfte]). Insbesondere beanstandet der Beschwerdeführer die vorinstanzliche Erwägung nicht, dass er auf seinen Ausführungen in der Anschlussberufungsantwort zu behaften sei, wonach er - so die Vorinstanz sinngemäss und im Ergebnis (KG act. 2 S. 16 f.) - monatlich Fr. 2'700.-- bzw. Fr. 32'400.-- jährlich bezogen habe. Seine Ausführungen zu seinen tatsächlichen Einkünften aus seiner selbständigen Erwerbstätigkeit (KG act. 1 S. 7 - S. 14) gehen daran vorbei und können deshalb nicht dartun, dass der angefochtene Beschluss auf einem Nichtigkeitsgrund beruht.

7. Demgegenüber ist die Rüge bezüglich der vorinstanzlichen Hinzurechnung von jährlich Fr. 10'000.-- als zusätzliche Einkünfte des Beschwerdeführers begründet. Die Vorinstanz begründete ihre Erwägung nicht explizit, dass es dem Beschwerdeführer im Jahre 1998 möglich gewesen sei, ausserhalb der deklarierten Bezüge zusätzlich knapp Fr. 10'000.-- "als Einkünfte zu generieren" (KG act. 2 S. 17). Offenbar gelangte sie ausschliesslich deshalb zu diesem Schluss, weil es unerklärlich geblieben sei, wie der Beschwerdeführer im Jahre 1998 in der Lage gewesen sein wolle, nebst verschiedenen Anschaffungen dem Beschwerdegegner auch Unterhaltsbeiträge in Höhe von Fr. 9'000.-- zu bezahlen (KG act. 2 S. 13 mit Verweisung auf BG act. 31 S. 3 f.). Tatsächlich erklärte (bzw. behauptete) der Beschwerdeführer dies aber durchaus (BG act. 31 S. 9). Er machte nicht nur geltend, dass er im September 1997 bei seiner Tante K. ein Darlehen über Fr. 30'000.-- aufgenommen habe, einerseits damit er für den Beschwerdegegner Unterhaltsbeiträge bezahlen könne, andererseits für sein Geschäft (BG act. 31 S. 9), sondern er belegte diese Behauptung auch, indem er eine Kopie des Darlehensvertrages vom 14.9.1997 einreichte (BG act. 32/10; vgl. KG act. 1 S. 7, S. 10 f.). Damit ist die vorinstanzliche (soweit ersichtlich auf keine anderen Umstände gestützte) Annahme nicht haltbar, dem Beschwerdeführer sei es im Jahre 1998 möglich gewesen, zusätzlich knapp Fr. 10'000.-- als Einkünfte zu generieren. Ohne Prüfung der mit einer Kopie des Darlehensvertrages vom 14.9.1997 untermauerten Behauptung, die im Jahre 1998 für den Beschwerdegegner geleisteten Unterhaltszahlungen und Sachleistungen von knapp Fr. 10'000.-- stammten

aus dem Darlehen von K. vom 14.9.1997, ist die Annahme nicht zulässig, sondern willkürlich, diese Fr. 10'000.-- stammten aus anderweitig generierten Einkünften. Noch weniger zulässig ist die offenbar darauf gestützte Annahme (eine andere Grundlage dafür wird im angefochtenen Entscheid nicht erwähnt), auch in den folgenden Jahren habe der Beschwerdeführer nebst den eingeräumten Einkünften durchschnittlich weitere Fr. 10'000.-- an Einkommen gehabt. Der darauf gestützte angefochtene Beschluss ist aufzuheben.

8. Im Beschluss vom 7. August 2007 hatte die Vorinstanz erwogen, der Beschwerdeführer wolle in seinem Notbedarf monatlich Fr. 200.-- Vorsorge berücksichtigt haben. In der Notbedarfsrechnung könnten nur jene Positionen angerechnet werden, die der Schuldner oder Verpflichtete auch tatsächlich leiste. Dass der Beschwerdegegner monatliche Prämien in Höhe von Fr. 200.-- zur Öffnung eines Vorsorgekontos einbezahlt habe, mache er gerade nicht geltend. Im Gegenteil bringe er vor, die entsprechende Police sei aufgelöst worden. Die Vorinstanz rechnete dem Beschwerdeführer deshalb bei der Berechnung seines Notbedarfs für die Zeit ab 2000 keine Position für die berufliche Vorsorge ein (OG act. 201 S. 14). Dagegen brachte der Beschwerdeführer in seiner ersten Nichtigkeitsbeschwerde verschiedene Rügen vor (vgl. OG act. 217/1 S. 30 f.). Dass sich die Vorinstanz in diesem Zusammenhang nicht dazu geäußert habe, was er in seiner Anschlussberufungsantwort geltend gemacht habe, und dass die Vorinstanz damit die Begründungspflicht und seinen Gehörsanspruch verletzt habe, machte er nicht geltend. Dies macht er erstmals in der neuen Beschwerde vom 3. Juli 2009 geltend (KG act. 1 S. 15 Ziff. 2.3.1).

Auf die in einem früheren Nichtigkeitsbeschwerdeverfahren nicht erhobenen Rügen tritt die Kassationsinstanz in der gleichen Sache nicht mehr ein (§ 104a Abs. 2 GVG). Auf die erstmals in der neuen Beschwerde erhobene Rüge ist deshalb nicht einzutreten. Ein Ausnahmefall im Sinne von § 104a Abs. 3 GVG liegt bezüglich dieser Rüge nicht vor.

9. Die Vorinstanz erwog unter dem Titel "Rückstandsberechnung", der Beschwerdegegner habe anerkannt, dass der Beschwerdeführer ihm nach dem 1. Mai 1998 teilweise Unterhalt bezahlt habe. Ausdrücklich habe er die Leistung

von 9 x Fr. 500.--, mithin Fr. 4'500.-- anerkannt. Soweit der Beschwerdeführer dem Beschwerdegegner vor dem 1. Mai 1998 Zahlungen geleistet habe oder geleistet haben wolle, seien diese nicht zu berücksichtigen, da erst ab dem genannten Datum Unterhaltsbeiträge verlangt würden, der Beschwerdeführer aber grundsätzlich mit der Geburt des Beschwerdegegners unterhaltspflichtig geworden sei. Im Übrigen seien die Quittungen gemäss BG act. 32/3-5 undatiert, so dass unbelegt sei, wann die Zahlungen getätigt worden seien. Denkbar sei, dass die Quittungen gemäss BG act. 32/3 und 32/4 die Zahlungen aus dem Jahr 1997 betreffen, wobei die erste Zahlung über Fr. 1'000.-- offenbar für erste Anschaffungen bestimmt gewesen sei und daher ohnehin nicht an Unterhaltsbeiträge angerechnet werden könne. Ferner habe der Beschwerdegegner vom Beschwerdeführer in der Zeit vom 1. November 2004 bis 31. August 2006 Fr. 11'000.-- Unterhalt erhalten. Dies sei bei Festlegung des Beginns der Unterhaltsverpflichtung ebenfalls zu berücksichtigen. Insgesamt habe der Beschwerdeführer anrechenbare Fr. 15'500.-- geleistet (KG act. 2 S. 20 f.).

a) Der Beschwerdeführer macht geltend, er habe vor Erstinstanz weit mehr Zahlungen zugunsten des Beschwerdegegners dargelegt. Belegt dabei seien zumindest Zahlungen von Fr. 1'000.-- gemäss BG act. 32/3, von Fr. 5'000.-- und Fr. 3'000.-- gemäss BG act. 32/4, eine Zahlung vom 8. März 1998 über Fr. 5'000.-- (BG act. 32/5) sowie eine solche vom 9. August 1997 von Fr. 4'500.-- (BG act. 36/12), insgesamt Fr. 18'500.--. Die Vorinstanz wolle die Zahlungen vor dem 1. Mai 1998 nicht berücksichtigen, da erst für die Zeit ab 1. Mai 1998 Unterhalt geltend gemacht worden sei. In BG act. 32/4 und 32/5 werde aber ausdrücklich festgehalten, dass die geleisteten Zahlungen auf später geschuldete Unterhaltsbeiträge anzurechnen seien. In BG act. 36/12 werde der geleistete Betrag als Vorschussalimente bezeichnet. Dazu habe sich die Vorinstanz nicht geäussert. Soweit sie dies übersehen habe, seien das aktenwidrige Annahmen. Es sei mindestens ein zusätzlicher Betrag von Fr. 17'500.-- an einen allfällig geschuldeten Unterhalt anzurechnen, das heisse, bei der Rückstandsberechnung sei ein Betrag von mindestens Fr. 33'000.-- zu berücksichtigen (KG act. 1 S. 17).

b) Die Vorinstanz beachtete die Quittungen BG act. 32/3-5 (KG act. 2 S. 21 mit dem Vermerk, dass diese Quittungen undatiert seien). Es kann ausgeschlossen werden, dass sie dabei den jeweiligen Passus "in Anrechnung auf später zu zahlende Alimente" (BG act. 32/3 - 5) übersah. Vielmehr ging sie davon aus, dass alle vom Beschwerdeführer vor dem 1. Mai 1998 geleisteten Zahlungen (unbesehen um den erwähnten Passus auf den Quittungen) nicht zu berücksichtigen seien, weil erst ab diesem Datum Unterhaltsbeiträge verlangt würden. Dies ist eine Frage der Anwendung des Bundesrechts. Rügen der Verletzung von Bundesrecht können im kantonalen Beschwerdeverfahren aufgrund der Ausschlussvorschrift von § 285 ZPO bei vorinstanzlichen Entscheiden, die der Beschwerde an das Bundesgericht im Sinne von Art. 72 ff. BGG unterliegen, nicht vorgebracht werden (vgl. Kass.-Nr. AA090126 vom 30.9.2009 Erw. 6 mit Hinweisen auf Kass.-Nr. AA080021 vom 31.12.2008 Erw. II.1 und ZR 107 [2008] Nr. 59). Gegen den angefochtenen Beschluss ist auch eine Beschwerde an das Bundesgericht im Sinne von Art. 72 ff. BGG zulässig. Auf die Rügen unter dem Titel "Rückstandsberechnung" kann deshalb nicht eingetreten werden.

10. Der Beschwerdeführer ersucht mit dem sinngemässen Antrag, die Klage sei abzuweisen (KG act. 1 S. 2 Ziff. 1 erster Absatz), um einen Entscheid des Kassationsgerichts in der Sache selbst (so auch in KG act. 1 S. 16 Ziff. 2.4). Das könnte das Kassationsgericht nur, wenn die Sache spruchreif wäre (§ 291 ZPO zweiter Satz). Das ist sie aber nicht. Mit dem Beschluss vom 25. September 2008 wies das Kassationsgericht die Sache an die Vorinstanz zurück, u.a. 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 (OG act. 220 S. 17 lit. d). Das machte die Vorinstanz indes wiederum nicht. Stattdessen wechselte sie die Methode. Die mit diesem Methodenwechsel verbundene Feststellung eines durchschnittlichen monatlichen Einkommens von Fr. 3'300.-- beruht aber auf der - beim jetzigen Aktenstand - unhaltbaren Annahme, dass der Beschwerdeführer die knapp Fr. 10'000.--, welche er im Jahre 1998 dem Beschwerdegegner zukommen liess, aus nicht deklarierten Einkünften (und nicht, wie vom Beschwerdeführer geltend gemacht, aus einem Darlehen) generiert hatte und deshalb auch weiter-

hin solche Einkünfte (neben den in der Buchhaltung enthaltenen Einkünften) habe generieren können. Der angefochtene Beschluss muss deshalb aufgehoben werden. Das Verfahren befindet sich damit wieder dort, wo es sich nach dem kassationsgerichtlichen Rückweisungsbeschluss vom 25. September 2008 befunden hatte. Die Sache ist deshalb wiederum an die Vorinstanz zurückzuweisen, damit diese das tut, was ihr bereits mit dem Beschluss vom 25. September 2008 aufgegeben worden war (oder ggfs. einen anderen haltbaren Weg zur Entscheidung findet).

III.

Wiederum obsiegt der Beschwerdeführer im Beschwerdeverfahren mit der antragsgemässen Aufhebung des angefochtenen Beschlusses und verzichtete der Beschwerdegegner auf eine Beschwerdeantwort, stellte keine Anträge im Beschwerdeverfahren, identifizierte sich nicht mit den mit Nichtigkeitsgründen behafteten vorinstanzlichen Erwägungen und ist deshalb nicht als unterliegende Partei zu behandeln. Entsprechend diesem Ausgang des Verfahrens sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens erneut keiner Partei aufzuerlegen, sondern auf die Gerichtskasse zu nehmen. Dementsprechend sind für das Beschwerdeverfahren keine Prozessentschädigungen zuzusprechen. Dem unentgeltlichen Rechtsvertreter des Beschwerdeführers ist unter Berücksichtigung seiner Aufwandaufstellung (KG act. 11) eine angemessene Entschädigung für seine Bemühungen im Beschwerdeverfahren aus der Gerichtskasse zuzusprechen. Der Beschwerdeführer wird wiederum 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.

Das Gericht beschliesst:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird der Beschluss der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 25. Mai 2009 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. 4'535.10 zuzüglich 7.6 % Mehrwertsteuer (Fr. 344.65) 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: