



Kass.-Nr. AA100131-P/U/ys

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Herbert Heeb, die Kassationsrichterin Sylvia Frei, die Kassationsrichter Reinhard Oertli und Georg Naegeli sowie die juristische Sekretärin Margrit Scheuber

Sitzungsbeschluss vom 23. März 2012

in Sachen

A. C.,

geboren ..., von ...,

whft. ...,

Kläger, Appellant und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. D.,

gegen

B. C.,

geboren ..., Staatsangehörige von ...,

whft. ...,

Beklagte, Appellatin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. E.

betreffend

Abänderung des Scheidungsurteils

Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Urteil der I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 21. Oktober 2010 (LC090072/U)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Die Parteien wurden mit Urteil vom 19. Mai 2005 vom Einzelrichter des Bezirkes F. geschieden. Gemäss der mit Hilfe des Richters geschlossenen und genehmigten Vereinbarung war der (heutige) Kläger verpflichtet, für die Tochter der Parteien (G., geb. xx. 2000) nach Alter abgestufte Unterhaltsbeiträge (zwischen Fr. 1'500.-- bis 1'750.-- monatlich) und für die (heutige) Beklagte abgestufte Unterhaltsbeiträge (zwischen Fr. 4'900.-- bis 1'050.-- monatlich bis April 2016) zu bezahlen. Auch die finanziellen Grundlagen dieser Parteivereinbarung (Einkommen und Vermögen beider Parteien) waren festgehalten worden (ER act. 3/2, S. 3 und ER act. 4/47). Zum Zeitpunkt der Scheidung lebte der Kläger mit seiner neuen Lebenspartnerin und dem gemeinsamen Kind (geb. xy. 2003) zusammen.

Mit Eingabe vom 28. November 2008 beantragte der Kläger die Abänderung der Scheidungsfolgen bzw. die angemessene Herabsetzung der von ihm zu leistenden Unterhaltsbeiträge an die Tochter G. und an die Beklagte (ER act. 2). Dieses Begehren präziserte er anlässlich der Hauptverhandlung vom 6. Mai 2009 dahingehend, dass er zu verpflichten sei, an den Unterhalt und die Erziehung seiner Tochter Fr. 500.-- monatlich bis zum ordentlichen Abschluss einer Erstausbildung und an die Beklagte Unterhaltsbeiträge in der Höhe von Fr. 300.-- monatlich bis April 2016 zu bezahlen (ER act. 21). Er begründete sein Begehren im Wesentlichen mit seiner veränderten Lebenssituation (Heirat, im August 2006 Geburt eines zweiten Kindes mit seiner neuen Ehefrau) und der erheblichen Verminderung seines Vermögens und damit verbunden seiner monatlichen Einkünfte. Die Beklagte machte geltend, der Vermögenszerfall sei nicht substantiiert und auf Vermögensverschiebungen oder einen übermässigen Verbrauch zurückzuführen, weshalb keine Reduktion der Unterhaltsbeiträge erfolgen dürfe. Der erstinstanzliche Richter ging im Wesentlichen davon aus, dass beim Kläger zwar wesentliche Veränderungen in den familiären Verhältnissen und damit auch bezüglich seinem

Bedarf vorliegen würden, er jedoch die Veränderung der finanziellen Verhältnisse nicht substantiiert dargelegt habe und auch bei einer summarischen Prüfung der ins Recht gelegten Unterlagen nicht nachvollzogen werden könne. Trotz seines erhöhten Bedarfes sei er mit seinem derzeitigen Einkommen und den (hypothetischen) Vermögenserträgen und allenfalls in geringem Umfang unter Rückgriff auf seine Vermögenssubstanz in der Lage, die aktuell geschuldeten Unterhaltsbeiträge zu bezahlen. Die Abänderungsklage wurde abgewiesen (ER act. 46 = OG act. 53, S. 26 ff.).

2. Gegen dieses Urteil erhob der Kläger Berufung an die I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich und beantragte die Aufhebung und die Rückweisung der Sache zur neuen Entscheidung an den erstinstanzlichen Richter, eventualiter die Gutheissung der Klage (OG act. 58). Die Beklagte beantragte die Abweisung der Berufung und die Bestätigung des Urteils des Einzelrichters (OG act. 63). Mit Urteil vom 21. Oktober 2010 wies die I. Zivilkammer des Obergerichts die Klage ab und bestätigte die erstinstanzlichen Kosten- und Entschädigungsfolgen (OG act. 68 = KG act. 2).

3. Gegen dieses Urteil erhob der Kläger und Beschwerdeführer (fortan: Beschwerdeführer) sodann kantonale Nichtigkeitsbeschwerde an das Kassationsgericht des Kantons Zürich. Er beantragte wiederum die Aufhebung des Urteils und die Rückweisung der Sache zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz, eventualiter die Gutheissung der Klage (KG act. 1, S. 2). Die ihm mit Präsidialverfügung vom 25. November 2010 auferlegte Prozesskaution in der Höhe von Fr. 16'000.-- leistete er innert angesetzter Frist (KG act. 9). Zudem wurde der Beschwerde die aufschiebende Wirkung verliehen (KG act. 7). Die Vorinstanz hat auf eine Vernehmlassung zur Beschwerde verzichtet (KG act. 10). Die Beklagte und Beschwerdegegnerin (nachfolgend: Beschwerdegegnerin) liess mit Eingabe vom 17. Januar 2011 die Abweisung der Beschwerde und die Bestätigung des angefochtenen Urteils beantragen (KG act. 11).

4. Seit dem 1. Januar 2011 steht die Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (ZPO) in Kraft. Für Verfahren, die bei deren Inkrafttreten bereits rechtshängig sind, gilt gemäss Art. 404 Abs. 1 ZPO das bisherige Verfah-

rensrecht bis zum Abschluss vor der betreffenden Instanz weiter. Für das vorliegende Beschwerdeverfahren gelangen daher die Bestimmungen der (auf den 31. Dezember 2010 aufgehobenen) zürcherischen ZPO vom 13. Juni 1976 (ZPO ZH) wie auch des Gerichtsverfassungsgesetzes vom 13. Juni 1976 (GVG) weiterhin zur Anwendung. Ebenso ist mit Bezug auf die Beurteilung der erhobenen Rügen das bisherige Prozessrecht heranzuziehen, weil im Beschwerdeverfahren zu prüfen ist, ob der angefochtene Entscheid im Zeitpunkt der Fällung mit einem der in § 281 ZPO ZH bezeichneten Nichtigkeitsgründe behaftet war. Dementsprechend richten sich auch die Nebenfolgen (Gerichtsgebühr und Prozessentschädigung) des Beschwerdeverfahrens betragsmässig nach dem bisherigen Recht, d.h. nach den obergerichtlichen Verordnungen über die Gerichtsgebühren vom 4. April 2007 (GGebV) bzw. über die Anwaltsgebühren vom 21. Juni 2006 (aAnwGebV) (vgl. § 23 der Gebührenverordnung des Obergerichts [GebV OG] vom 8. September 2010 und § 25 der Verordnung über die Anwaltsgebühren [AnwGebV] vom 8. September 2010).

II.

1.1 Der Beschwerdeführer beanstandet vorerst, vorliegend greife die Untersuchungsmaxime gemäss Art. 280 Abs. 2 ZGB. Daher sei die Vorinstanz zu Unrecht von einer ungenügenden Substantiierung hinsichtlich der von ihm geltend gemachten Vermögensverminderung ausgegangen und habe auch die Bestimmungen über die Behauptungslast verletzt. Er habe im erst- und vorinstanzlichen Verfahren verschiedentlich seine Vermögensentwicklung beziffert (per Ende Mai 2009, per Ende Juni 2009 und per Ende 2009) und auch seine Schulden mit den Schuldenverzeichnissen per Ende 2007 und Ende 2008 (Beilagen der Steuererklärungen) offen dargelegt. Er habe den Wertzerfall seines Vermögens konkret und aktualisiert beziffert behauptet und begründet, sowie Beweise offeriert. Die Vorinstanzen hätten nicht dargelegt, weshalb eine Beweisabnahme zu diesen Behauptungen unterblieben sei. Damit seien wesentliche Verfahrensgrundsätze (§§ 54 Abs.1 und 113 ZPO ZH) verletzt worden. Zudem seien sein Anspruch auf

das rechtliche Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV und § 56 Abs. 1 ZPO ZH), die richterliche Fragepflicht (§ 55 ZPO ZH) und sein Recht auf Beweisabnahme (§ 133 ZPO ZH) verletzt worden. Im selben Zusammenhang macht der Beschwerdeführer weiter geltend, er könne nicht nachvollziehen, wie die Vorinstanz zur Auffassung gelangte, er habe in Bezug auf die Kontobewegungen allein auf das Konto xyz verwiesen; er habe seine Überlegungen zu den willkürlichen Feststellungen des erstinstanzlichen Richters (zu den "Vermögensbezügen") ganz anders abgestützt. Weiter habe die Vorinstanz neu die Frage nach der Erwirtschaftung zusätzlicher Vermögenserträge unabhängig von den eigenen Vermögensaktiven gestellt, was unsachgemäss sei, da Verlustgeschäfte einfach ausgeklammert würden. Auch gebe es keine "nicht dem Beschwerdeführer gehörende" Aktiven, mit welchen er Geschäfte mache, was durch die eingereichten Steuererklärungen belegt sei. Sollte dem Beschwerdeführer damit unterstellt werden, es bestehe Schwarzgeld, seien damit der Untersuchungsgrundsatz, die richterliche Fragepflicht, und die Substantiierungspflicht verletzt worden. Auch der Hinweis der Vorinstanz, er habe sich die Frage gefallen zu lassen, welche zusätzliche Rendite er mit aufgenommenen kurzfristigen Krediten erzielt habe, gehe fehl: er habe keine ausgewiesenen "Renditen" erzielt, sondern die Vermögenserträge seien deklariert worden und Kapitalgewinne habe es im Gesamten nicht gegeben, da sich das Vermögen ja vermindert habe. Die Vorinstanz sei zu Unrecht mit diesen Begründungen von der mangelnden Substantiierung der Vermögensverminderung ausgegangen, da er die Vermögensverluste beziffert und belegt habe und es auf die Gründe der Vermögensverluste nicht ankomme (KG act. 1, S. 9 - 14 oben). Ebenfalls im selben Zusammenhang mit der Darlegung des Vermögens macht der Beschwerdeführer geltend, die Vorinstanz habe ihre Fragepflicht gemäss § 55 ZPO verletzt, indem sie ihn nicht mit konkreten Hinweisen auf die ungenügende Substantiierung hingewiesen habe. Sie habe zwar auf die Vorhalte der Beschwerdegegnerin verwiesen, aus diesen sei jedoch nicht konkret und sachgerecht hervorgegangen, welche Parteibehauptung des Beschwerdeführers auf welche Elemente zusätzlich und in welcher Form zu konkretisieren gewesen wären, sie habe nie konkret Bezug auf die von ihm dargestellte Vermögensentwicklung genommen, worauf er in seiner Berufungsbegründung und Berufungsreplik auch hingewiesen habe. Es sei

offensichtlich haltlos und verletze die Untersuchungsmaxime und die richterliche Fragepflicht, vom Beschwerdeführer zu verlangen, er hätte die unsubstantiierte Behauptung der Beschwerdegegnerin, er habe eine Vermögensverschiebung vorgenommen, konkret zu behandeln und er habe darzulegen, inwiefern sich der Wert seiner Anlagen vermindert und inwiefern er Bezüge von seinem Vermögen getätigt habe. Die Fragestellung sei nicht konkret und es fehle die Angabe eines Stichtages, zumal der Buch- (und vor allem der Handels-)Wert der Wertpapiere dauernden Veränderungen und Schwankungen unterworfen sei (KG act. 1, Ziff. 3.1.3, S. 14 - 16). Der Beschwerdeführer führt weiter aus, dieselben Überlegungen würden auch für die Frage der "Bezüge" gelten, welche nicht konkret bezeichnet würden; es würden auch diesbezüglich keine konkreten Substantiierungshinweise bestehen. Zudem sei er vor dem Hintergrund von Art. 129 Abs. 1 und Art. 286 Abs. 2 ZGB sowie § 54 ZPO ZH der Auffassung, dass es nicht darauf ankommen könne, jede einzelne Kontobewegung zu behaupten, da es beim Vermögensverlust nicht auf den Grund der Vermögensminderung ankomme. Damit wäre grundsätzlich über den Vermögensverlust Beweis abzunehmen gewesen; bei anderer Auffassung hätte die Vorinstanz ihre Fragepflicht auszuüben gehabt (KG act. 1, S. 16 f.).

1.2 Die Vorinstanz hat in ihrem Entscheid ausgeführt, der Beschwerdeführer rüge eine Verletzung der Untersuchungsmaxime, indem ihm der erstinstanzliche Richter nicht aufgezeigt habe, inwieweit er seine Behauptungen zum Vermögenszerfall zu detaillieren gehabt hätte. Auf Grund des umfassenden Novenrechts hätte der Beschwerdeführer jedoch im Berufungsverfahren die unterlassene Substantiierung nachzuholen gehabt und ein allfälliges Nichtanhalten zur Substantiierung und eine allfällige Verletzung der Untersuchungsmaxime durch die erste Instanz könne damit im Berufungsverfahren geheilt werden. Auf die Verletzung dieser Prozessmaxime sei daher nicht weiter einzugehen. Immerhin sei darauf hinzuweisen, dass die Beschwerdegegnerin bereits in der Duplik klar darauf hingewiesen habe, dass auf Grund der vom Beschwerdeführer vorgelegten Unterlagen der geltend gemachte konjunkturelle Wertzerfall seiner Vermögensanlagen nicht nachvollziehbar sei und vielmehr ein Geldbezug anzunehmen sei. Der Beschwerdeführer sei in seiner Stellungnahme zur Duplik nicht darauf eingegangen, son-

dern habe lediglich weitere Portfolio-Auszüge zu seinen Wertschriftendepots eingereicht, ohne die Veränderungen und deren Grund näher zu erläutern. Unter diesen Umständen habe der erstinstanzliche Richter den rechtskundig vertretenen Beschwerdeführer nicht mehr auf seine Substantiierungspflichten hinweisen müssen (KG act. 2, S. 11 f.).

1.3 Das vorliegend angefochtene Urteil der I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich unterliegt neben der kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde gemäss Art. 72 ff. BGG auch der zivilrechtlichen Beschwerde an das Bundesgericht, zumal die Streitwertgrenze von Art. 74 BGG bei weitem übertroffen wird. Das Bundesgericht behandelt auf zivilrechtliche Beschwerde hin Rügen der Verletzung des materiellen Bundesrechts, wozu unter anderem auch bundesrechtliche Verfahrensvorschriften gehören. Beim Bundesgericht kann somit auch die Verletzung der *Offizialmaxime* gemäss Art. 145 und Art. 280 ZGB gerügt werden. Die kantonale Fragepflicht (§ 55 ZPO ZH) geht sodann in der bundesrechtlichen *Untersuchungsmaxime* gemäss Art. 158 Ziff. 1 aZGB bzw. Art. 139 Abs. 2 revZGB sowie Art. 280 Abs. 2 ZGB auf (RB 1999 Nr. 64). Weiter bestimmt das materielle Bundesrecht, wieweit ein Sachverhalt zu substantieren ist, damit er unter die Bestimmungen des Bundesrechtes subsumiert werden kann (BGE 127 III 368 E. 2b, 123 III 188, 116 I 219 E. 4a; Messmer/Imboden, Die eidgenössischen Rechtsmittel in Zivilsachen, Zürich 1992, Rz 87, S. 121). Dies gilt auch in Bezug auf die Frage, ob der Anspruch im Hinblick auf die beweismässige Abklärung genügend substantiiert wurde (ZR 102 Nr. 8). Gemäss § 285 ZPO sind Rügen, welche auch vor Bundesgericht vorgebracht und von diesem mit freier Kognition beurteilt werden können, im kantonalen Beschwerdeverfahren nicht zulässig. Dies gilt auch für die Rüge, die Ausführungen der Vorinstanz zur ungenügenden Substantiierung verletzen auch den Anspruch auf das rechtliche Gehör und die richterliche Fragepflicht gemäss Art. 29 BV und § 55 ZPO ZH, da dieser Rüge im Zusammenhang mit der mangelnden Substantiierung und der geltend gemachten Verletzung der *Untersuchungsmaxime* keine selbständige Bedeutung zukommt. Auf diese Rügen des Beschwerdeführers ist daher nicht einzutreten.

1.4 Ebenfalls im Zusammenhang mit der dem Beschwerdeführer vorgeworfenen mangelnden Substantiierung seines Vermögenszerfalls macht dieser geltend, die Vorinstanz habe den wesentlichen Verfahrensgrundsatz seines Rechts auf Abnahme von Beweisen und den Anspruch auf Gewährung des rechtlichen Gehörs verletzt (Art. 29 Abs. 2 BV und § 56 ZPO ZH sowie § 133 ZPO ZH), da sie zu Unrecht angenommen habe, er habe ungenügend substantiiert (KG act. 1, Ziff. 3.1.4, S. 18). Auch auf diese Rüge kann nicht eingetreten werden, soweit sie sich gegen die unterlassene Beweisabnahme auf Grund der ungenügenden Substantiierung wendet, da diese Beanstandung ebenfalls vor Bundesgericht vorgebracht werden kann.

1.5 Soweit der Beschwerdeführer allerdings im Weiteren geltend macht, die Vorinstanz habe ohne die Durchführung eines Beweisverfahrens unzutreffende unzulässige Annahmen aus dem Hauptverfahren getroffen, was die §§ 136 und 137 ZPO ZH verletze, und damit verhindert, dass er eine umfassende Beweisantwortung unter Nennung der ihm offen stehenden Beweise habe führen können (KG act. 1, Ziff. 3.1.4, S. 18 unten), macht der Beschwerdeführer damit die Verletzung von kantonalrechtlichen Vorschriften über die Durchführung des Beweisverfahrens geltend. Diese Vorschriften gehen nicht (wie beispielsweise die Verletzung der richterlichen Fragepflicht im Rahmen eines nach bundesrechtlich geregelter Offizialmaxime durchzuführenden Verfahrens) in bundesrechtlichen Verfahrensvorschriften auf, weshalb darauf im kantonalen Beschwerdeverfahren grundsätzlich eingetreten werden kann.

Allerdings führt der Beschwerdeführer an dieser Stelle in seiner Beschwerdeschrift nicht konkret aus, welche wesentlichen tatsächlichen Annahmen die Vorinstanz auf Grund bestrittener Behauptungen ohne die Durchführung eines Beweisverfahrens getroffen haben soll, sondern er verweist einfach auf die zuvor von ihm gemachten Ausführungen in Ziff. 3.1.1 - 3.1.3 (welche immerhin 11 Seiten umfassen) und auf die nachfolgenden Ausführungen in Ziff. 3.2, 3.3. und 3.4. Insoweit erweist sich die Rüge im Beschwerdeverfahren als zu wenig begründet und darauf kann ebenfalls nicht eingetreten werden. Vorbehalten bleiben die wei-

teren Erwägungen, soweit der Beschwerdeführer in den nachfolgenden Ausführungen weitere Rügen dazu erhebt und diese konkret begründet.

2.1 Der Beschwerdeführer beanstandet willkürliche und aktenwidrige Annahmen im Zusammenhang mit der Vermögensquantifizierung durch die Vorinstanz. Er macht geltend, die Vorinstanz habe sein Vermögen per Ende 2008 mit Fr. 1'822'637.-- und per Ende 2009 mit Fr. 1'800'000.-- beziffert; sie sei für das Jahr 2008 von aufzurechnenden "Vermögensbezügen" von Fr. 1'251'775.-- und für das Jahr 2009 von Fr. 1'250'000.-- ausgegangen, denn es sei "anzunehmen, dass auch im Jahre 2009 noch die vorgenannten, anderweitigen Vermögenswerte" "vorhanden waren". Die Vorinstanz habe ohne jeden Beleg angenommen, der Beschwerdeführer besitze neben den in der Steuererklärung 2009 ausgewiesenen Vermögenswerten noch weiteres Vermögen. Weiter sei die Vorinstanz – obwohl sie die Steuererklärung als relevant erachte – aktenwidrig davon ausgegangen, der Beschwerdeführer verfüge "vorbehältlich der anderweitigen Vermögenswerte" über ein Vermögen von Fr. 507'779.--, obwohl die Steuererklärung 2009 (OG act. 66/1) ein massgebliches Netto-Vermögen per 31.12.2009 von Fr. 535'118.-- ausweise. Zwar verkenne er nicht, dass er durch diese aktenwidrige Annahme nicht beschwert sei, doch zeige sich darin, dass er sich um Transparenz bemüht und dass er seine Vermögenslage als vollständig belegt betrachtet habe, sowie dass die Vorinstanzen ihm durch die Verletzung von Verfahrensgrundsätzen ein falsches Vermögen angerechnet hätten (KG act. 1, Ziff. 3.2, S. 19 f.).

Die Auffassung der Vorinstanz, wonach mit den dargelegten Überweisungen und Tilgungen des festen Vorschusses eine Vermögensumschichtung nicht substantiiert und belegt sei, sei zudem aktenwidrig und willkürlich: die Kontoübertragungen wie auch die Saldomeldung betreffend fester Vorschuss seien dokumentiert worden (OG act. 60/1-9). Er habe mit seiner Berufung gerügt, dass der Einzelrichter zu Unrecht verschiedene willkürlich ausgewählte Portfoliobewegungen als Vermögensbezüge betrachtet habe und im Umfang von Fr. 1'106'200.-- nachgewiesen, dass es sich um Überträge gehandelt habe (OG act. 58, 60/1-5). Die Vorinstanz habe denselben Fehler gemacht und die Kontoüberträge zu Unrecht

als Vermögensbezüge betrachtet und aufgerechnet, obwohl diese vermögensneutral seien. Entgegen der Darstellung der Vorinstanz habe er nicht die Vermögensentwicklung bis Ende 2008 dargelegt, sondern nur für den Zeitraum vom 3. März 2008 bis 3. November 2008 und er habe nicht behauptet, Ende des Jahres 2008 gegenüber der Bank von den Kreditschulden befreit gewesen zu sein. Er habe mit seiner Darlegung im Berufungsverfahren nur zeigen wollen, wie willkürlich der erstinstanzliche Richter in Bezug auf die Überträge argumentiert habe. Weiter beanstandet der Beschwerdeführer auch eine Erwägung betreffend Überträgen bezüglich der Konto-Nummern, welche er anders angegeben und auch belegt habe. Damit sei die Feststellung der Vorinstanz, wonach seine Vorbringen nicht stimmig seien und die Amortisation und den Vermögensrückgang nicht zu substantiieren und zu belegen vermöchten, willkürlich und aktenwidrig (KG act. 1, Ziff. 3.2, S. 22). Schliesslich treffe auch nicht zu, dass die Vorschussabzahlungen nicht ausgewiesen seien. Die Kontoüberträge seien jeweils anfangs Monat zeitnah zu den Vorschusssaldobestätigungen per Ende des Vormonats erfolgt. Die Daten (OG act. 58 S. 32 Tabelle) seien konkret behauptet und belegt (OG act. 60/6-9) worden. Die Vorinstanz habe ihm somit zu Unrecht ein um Fr. 1'251'775.-- zu grosses Vermögen "angedichtet" und daraus eine zu hohe Rendite berechnet (KG act. 1, Ziff. 3.2, S. 23).

2.2 Die Vorinstanz führte zum Einwand des Beschwerdeführers, die in den Portfolio-Auszügen vermerkten Einlagen und Rückzüge resultierten u.a. aus seinen Lohnzahlungen und den Unterhaltszahlungen an die Beschwerdegegnerin im Betrag von Fr. 66'708.-- im Jahr 2008 und aus der Bestreitung seines eigenen Lebensunterhalts von mindestens Fr. 89'712.-- im Jahr 2008, aus, entgegen den Hinweisen der Beschwerdegegnerin habe der Beschwerdeführer auch in der Berufungsreplik den Zahlungsverkehr auf seinen Bankkonti weder aufgezeigt noch durch entsprechende Bankauszüge belegt (KG act. 2, Erw. 4.3.3., S. 22 f.).

Die weiteren Erwägungen stellte die Vorinstanz zur Verdeutlichung an, dass und weshalb sie auch im Berufungsverfahren noch von der fehlenden Substantiierung des behaupteten Vermögensrückganges durch Wertschriftenverluste ausging. Soweit sie dabei tatsächliche Annahmen getroffen hat, können diese mit

kantonaler Nichtigkeitsbeschwerde beim Kassationsgericht beanstandet werden. Nicht darauf eingetreten werden kann jedoch im vorliegenden Beschwerdeverfahren, soweit geltend gemacht würde, die Vorinstanz sei auf Grund der getroffenen tatsächlichen Annahmen zu Unrecht von der fehlenden Substantiierung ausgegangen (vgl. vorstehende Erw. 1.4).

Die Vorinstanz listete für das Jahr 2008 die Einkünfte des Beschwerdeführers auf und erwog, dass die Lohnzahlungen der H. gemäss Lohnabrechnungen auf das Konto, welches mit der Stammnummer des Wertschriftendepots xy.01 verbunden sei, bis November 2008 mit den dort gutgeschriebenen Einzahlungen weitgehend übereinstimmen würden. Jedoch sei im Dezember 2008 offenbar eine Einzahlung von Fr. 81'223.-- erfolgt, welche sich nicht mit Lohnzahlungen erklären lasse. Zusammenfassend geht die Vorinstanz davon aus, der Beschwerdeführer habe tatsächlich seine Lohnzahlungen und die Bedürfnisse seines Bedarfes sowie die Unterhaltszahlungen über diese Konti getätigt, wobei einem Einkommen aus Lohn und Lohnersatzsteinkünften von Fr. 108'253.-- netto Unterhaltszahlungen von Fr. 66'708.-- an die Beschwerdegegnerin und vermutungsweise Unterhalt für seine zweite Familie von Fr. 96'000.-- gegenüberstünden, womit (für das Jahr 2008) ein Minus auf den Konti von Fr. 54'455.-- (ohne Berücksichtigung von zusätzlichen Zinserträgen, Dividenden und Kapitalgewinnen) erklärbar sei. Hinzu komme der Erwerb einer Liegenschaft in I., wofür er aus seinem Vermögen ein Eigenkapital von Fr. 98'200.-- eingebracht habe, jedoch dafür auch einen zusätzlichen Vermögenssachwert erhalten habe. Zähle man von den gemäss erster Instanz unerklärlichen Vermögensbezügen die beiden Beträge von Fr. 54'455.-- und Fr. 98'200.-- ab, verblieben immer noch nicht nachvollziehbare, von der Negativperformance der Wertschriften gemäss Portfolioauszügen klar zu unterscheidende Vermögensbezüge von Fr. 1'251'775.-- im Jahr 2008, deren Verbleib auch im Berufungsverfahren ungeklärt geblieben sei. Da offenbar die Ehefrau des Beschwerdeführers über ein nicht in der Steuererklärung deklariertes Konto in I. verfüge und der Beschwerdeführer trotz Kenntnis der erstinstanzlichen Berechnungsweise und trotz Hinweisen der Beschwerdegegnerin auch im Berufungsverfahren keine Auszüge über den Zahlungsverkehr auf seinen diversen Bankkonti eingereicht habe, aus denen die Zahlungs- und Vermögensflüsse zur Untermaue-

zung eines effektiv eingetretenen Vermögensverlustes bzw. zum Ausschluss einer blossen Mittelverschiebung auf andere Konti ersichtlich wäre, könne nicht von einem ausreichend substantiierten und konjunkturell bedingten Vermögensschwund im Umfang von Fr. 1'251'775.-- ausgegangen werden (KG act. 2, S. 23 ff.).

2.3 Wie der Beschwerdeführer selber ausführt, ist er durch allfällige von ihm monierten willkürlichen tatsächlichen Annahmen in Bezug auf sein angegebenes Vermögen per Ende 2008 (und per Ende 2009) gar nicht beschwert, da die Vorinstanz diesbezüglich – vorbehältlich der "anderweitigen Vermögenswerte" – von einem tieferen Betrag (Fr. 507'779.--) ausgegangen sei, als er selbst in der Steuererklärung (Fr. 535'118.--) deklariert habe. Insofern kann er damit keinen Nichtigkeitsgrund nachweisen. Soweit er schliesslich geltend macht, dieser Vorgang sei deswegen relevant, weil er belege, dass er sich bemüht habe, transparent und offen zu argumentieren, und dass das ihm entgegengebrachte Misstrauen nicht gerechtfertigt sei, wird nicht ersichtlich, welchen Nichtigkeitsgrund die Vorinstanz damit gesetzt haben sollte.

2.4 Weiter beanstandet der Beschwerdeführer, die Vorinstanz habe aktenwidrig und willkürlich erwogen, mit den in der Berufungsbegründung dargelegten Überweisungen und Tilgungen des festen Vorschusses sei eine Vermögensumschichtung nicht substantiiert und belegt. Er habe in der Berufungsbegründung im Gegenteil nachgewiesen, dass es sich bei den vom erstinstanzlichen Richter als nicht nachvollziehbar bezeichneten Vermögensbezügen in der Höhe von Fr. 1'106'200.-- um blosser Überträge gehandelt habe (OG act. 58, S. 29/30 und OG act. 60/1-5). Solche Kontoüberträge seien keine Vermögensbezüge und verhielten sich vermögensneutral (KG act. 1, S. 21 f.).

Soweit der Beschwerdeführer ausführt, er habe im Gegensatz zur Begründung der Vorinstanz nirgends behauptet, ab dem Konto xy.01 seien auf das Konto xz.01 Fr. 67'000.-- übertragen worden, sondern er habe immer ausgeführt, dass dies auf das Konto xz.03 geschehen sei, ist dem Beschwerdeführer beizupflichten (vgl. dazu OG act. 58, S. 31). Dementsprechend geht der Hinweis der Vorinstanz, es sei auf dem Depotauszug Nr. xz.01 für September 2008 kein Niederschlag der Überweisung von Fr. 67'000.-- als Vermögenszugang ersichtlich, unter Hinweis

auf BG act. 39/10i [recte: 38/10i] fehl, da BG act. 38/10i nur das Portfolio xz.01 zeigt. Im Folgenden wirkt sich diese willkürliche Annahme der Vorinstanz jedoch nicht auf deren Schlussfolgerung (dass die Aufstellung des Beschwerdeführers weder betrags- noch datummässig übereinstimme) aus. Die weiteren Einwände des Beschwerdeführers gehen nämlich fehl: so bleibt mit der Vorinstanz unerklärlich, wie der Beschwerdeführer am 3. September 2008 insgesamt Fr. 338'000.-- an den Vorschuss hätte abzahlen können, wenn er am 3. September 2008 eine Überweisung von nur Fr. 190'000.-- getätigt haben wolle (KG act. 2, S. 26 Mitte). Die Ausführungen des Beschwerdeführers, wonach eben am 3. März 2008 Fr. 190'000.-- übertragen wurden, wovon mit Fr. 183'000.-- der Vorschuss amortisiert worden sei, und im September 2008 weitere Fr. 164'000.-- übertragen worden seien, wovon mit Fr. 155'000.-- der Vorschuss amortisiert worden sei (KG act. 1, S. 22 unten), sind nicht schlüssig. Die Überweisung von Fr. 164'000.-- im September geschah nämlich erst am 15. September 2008 und nicht bereits am 3. September 2008 (OG act. 60/2a und 60/2b). Sodann hat die Vorinstanz entgegen der Rüge des Beschwerdeführers nicht angenommen, er habe im Berufungsverfahren behauptet, Ende 2008 von Kreditschulden befreit gewesen zu sein (so der Beschwerdeführer in KG act. 1, S. 22, zweiter Abschnitt oben). Vielmehr führte die Vorinstanz aus, der Beschwerdeführer habe behauptet, am 3. November 2008 den Vorschuss vollständig zurückbezahlt und am 15. November 2008 keine Schulden aus Vorschüssen mehr gehabt zu haben, während der 1. Depotauszug für die Steuerbehörden auf Seite 16 auf einen am 3. November 2008 gewährten und am 3. Dezember 2008 zurückbezahlten Vorschuss von Fr. 642'000.-- hinweise, dafür aber einen anschliessend am 3. Dezember 2008 erneut gewährten festen Vorschuss von Fr. 690'000.-- verzeichne. Die Berufungsvorbringen des Beschwerdeführers zur ratenweisen Abzahlung eines (einmaligen) festen Vorschusses im Jahre 2008 seien daher nicht stimmig und vermöchten den behaupteten Vermögensrückgang nicht zu substantzieren (KG act. 2, S. 26 unten). Dass der Beschwerdeführer – wie er im Beschwerdeverfahren ausführt (KG act. 1, S. 22) – im Berufungsverfahren bezüglich Kontoüberträge "nur den Zeitraum 3. März 2008 bis 3. November 2008" dargestellt habe, ändert nichts an der Feststellung der Vorinstanz, wonach die geltend gemachten Überträge weder datummässig noch

in den Beträgen mit den geltend gemachten Amortisationsbeträgen des Kredites übereinstimmten und zudem Ende 2008 wiederum eine Kreditschuld (von Fr. 690'000.--) bestand, wobei nicht klar wurde, wozu diese Summe verwendet worden war (vgl. dazu die nachfolgende Erwägung der Vorinstanz: KG act. 2, S. 27). Dem Beschwerdeführer ist zwar insofern zuzustimmen, als reine Kontoüberträge allein die Aktivseite nicht verändern, und dass die Amortisation von Krediten durch Kontoüberträge den Vermögensbestand nicht verändern würden (vgl. dazu KG act. 1, S. 23), jedoch hat die Vorinstanz diesbezüglich auch ausgeführt, dass parallel zur Amortisation des Kredites auf dem Konto xy.01 ab November 2008 offenbar gemäss Beilagen zur Steuererklärung 2008 wiederum ein fester Vorschuss (Ende 2008 in der Höhe von Fr. 690'000.--) gewährt wurde (BG act. 22/5, Beilagen zum Wertschriftenverzeichnis; Portfolio Nr. xz.01, S. 16). Der Beschwerdeführer äussert sich dazu nicht. Auch zur weiteren Erwägung der Vorinstanz, wonach sich im vorliegenden Prozess neu die Frage nach der Erwirtschaftung zusätzlicher Vermögenserträge und Kapitalgewinne aus der Differenz zwischen Anlagegewinn und Kreditkosten, unabhängig von den eigenen Vermögensaktiven, stelle (KG act. 2, S. 27 unten), äussert er sich bloss dahingehend, dass diese "Behauptung" der Vorinstanz banken- und anlagetechnisch als unsachgemäss zu qualifizieren sei, weil die Verlustgeschäfte einfach ausgeklammert würden, und dass es beim Beschwerdeführer keine nicht ihm gehörenden Aktiven gäbe. Sollte ihm unterstellt werden, dass Schwarzgelder bestünden, wäre er zwingend dazu zu befragen und darüber Beweis zu erheben gewesen (KG act. 1, S. 12 f.). Damit macht der Beschwerdeführer jedoch wiederum im Zusammenhang mit der ihm vorgeworfenen mangelnden Substantiierung seines Vermögensverlustes geltend, die Vorinstanz habe ihre richterlicher Fragepflicht verletzt und hätte ein Beweisverfahren durchführen sollen. Wie bereits erwähnt, sind diese Beanstandungen im Verfahren vor Bundesgericht vorzubringen (vgl. Erw. 1.3 f.).

2.5 Schliesslich ist der Beschwerdeführer darauf hinzuweisen, dass die Vorinstanz keine tatsächliche Annahme des Inhaltes getroffen hat, im Umfang von Fr. 1'251'775.-- sei ein Vermögensschwund nicht gegeben (KG act. 1, S. 23 Mitte). Die Vorinstanz hat an den vom Beschwerdeführer angegebenen Stellen vielmehr ausgeführt, der Beschwerdeführer habe – unter anderem da er keine Aus-

züge über den Zahlungsverkehr auf seinen diversen Bankkonti eingereicht habe – einen konjunkturell bedingten Vermögensschwund nicht ausreichend substantiiert dargetan (KG act. 2, S. 25, KG act. 2, Ziff. 4.3.5 a.E., S. 28 Mitte). Eine eigentliche tatsächliche Annahme wurde somit nicht getroffen, sondern nur die fehlende Substantiierung der tatsächlichen Behauptung festgehalten. Wie ebenfalls bereits ausgeführt wurde (vgl. Erw. 1.3), ist die Frage, ob ein (nach Bundesrecht zu beurteilender) Sachverhalt genügend substantiiert dargetan wurde, bundesrechtlicher Art und damit sind entsprechende Rügen beim Bundesgericht zu erheben. Dasselbe gilt für die Beanstandung, die Vorinstanz habe die Durchführung eines Beweisverfahrens unterlassen (KG act. 1. S. 24), soweit dies von der Vorinstanz mit der mangelnden Substantiierung begründet wurde.

2.6 Weiter beanstandet der Beschwerdeführer, die Vorinstanz (KG act. 2, S. 28 unten) habe eine willkürliche tatsächliche Annahme getroffen, indem ihm "zusätzlich zum Erwerbs- bzw. Erwerb ersatzeinkommen im Jahre 2008 von Fr. 108'253.-- netto (Urk. 22/5)" [...] "für das Jahr 2008 monatliche Einkünfte von netto Fr. 13'000.-- anzurechnen" seien. Dies würde bei einer (unzulässigen) Rendite-Aannahme von 2,5% einem Vermögen von Fr. 6'240'000.-- entsprechen, was in Widerspruch zu den ebenfalls falschen, zuvor gemachten Vermögensberechnungen der Vorinstanz stehe (KG act. 1, S. 23 f.).

Die Vorinstanz fasste in Erwägung 4.3.6 zusammen, dass gemäss den vorherigen Erwägungen per Ende 2008 von einem Vermögen des Beschwerdeführers von total netto Fr. 1'822'637.-- auszugehen sei. Da das Wertschriftenvermögen aktiv und unter Einsetzung zusätzlicher Kredite offensiv verwaltet werde, sei auch unter den heutigen wirtschaftlichen Verhältnissen von einer erzielten bzw. hypothetisch erzielbaren Eigenkapitalrendite von allermindestens 2,5% auszugehen und somit von einem Vermögensertrag für das Jahr 2008 von rund Fr. 48'000.--. Zusätzlich zum Erwerbs- bzw. Erwerb ersatzeinkommen im Jahre 2008 von Fr. 108'253.-- netto (BG act. 22/5) seien dem Beschwerdeführer für das Jahr 2008 monatliche Einkünfte von netto Fr. 13'000.-- anzurechnen (KG act. 2, S. 28 unten).

Aus dieser Erwägung geht an sich klar hervor, dass der letzte Satz insofern missverständlich formuliert ist, als die Vorinstanz nicht zusätzlich zum Erwerbs- bzw. Erwerbsersetzeinkommen von jährlich Fr. 108'253.-- netto noch ein Einkommen aus Vermögensertrag von monatlich Fr. 13'000.-- anrechnen wollte, sondern dass sie zum Erwerbs- bzw. Erwerbsersetzeinkommen von Fr. 108'253.-- netto jährlich (bzw. Fr. 9'021.-- monatlich) einen Vermögensertrag von Fr. 48'000.-- jährlich (bzw. Fr. 4'000.-- monatlich) hinzurechnete, was ein Einkommen von insgesamt Fr. 156'253.-- d.h. eben rund Fr. 13'000.-- monatlich ergibt. Dies bestätigt sich auch in der zusammenfassenden Tabellen-Aufstellung der Vorinstanz auf S. 30 oben ("Einkünfte Kläger" im Jahr "2008: Fr. 13'000.-- "; KG act. 2, S. 30). Die Vorinstanz hat somit diesbezüglich keine widersprüchlichen willkürlichen tatsächlichen Annahmen getroffen.

2.7 Schliesslich beanstandet der Beschwerdeführer auch, die Vorinstanz gehe völlig willkürlich und ohne jede Berechnung davon aus, er verfüge über "anderweitige Vermögenswerte" im Betrag von Fr. 1'250'000.--, obwohl die Steuererklärung 2009 – welche von der Beschwerdegegnerin als korrekt bezeichnet worden sei – keinen solchen Vermögensbestand ausweise. Im Rahmen des Untersuchungsgrundsatzes hätte die Vorinstanz auch darüber ein Beweisverfahren durchführen müssen. Selbst wenn die Vorinstanz ohne Verletzung von wesentlichen Verfahrensgrundsätzen von diesem Vermögen in der Höhe von Fr. 1'800'000.-- ausgegangen wäre, stünde dieser Betrachtung die klare gegenteilige Aussage des Beschwerdeführers über den Vermögensstand und -entwicklung gegenüber, weshalb über diese umstrittene Tatsache ein Beweisverfahren durchzuführen gewesen wäre; die Vorinstanz verletze damit den Untersuchungsgrundsatz (Art. 280 Abs. 2 ZGB, § 56 Abs. 3 ZPO) sowie das Recht auf Beweisabnahme (§ 133 ZPO i.V.m. Art. 29 Abs. 2 BV, § 56 Abs. 2 ZPO, § 142 ZPO) (KG act. 1, S. 24 f.).

Die Vorinstanz führte in ihrer Erwägung 4.4 aus, der Beschwerdeführer habe eine gemäss § 115 ZPO ZH zu beachtende Steuererklärung für das Jahr 2009 eingereicht, in welcher er ein Vermögen von Fr. 507'779.-- ausweise (Eigenkapital Liegenschaft I. Fr. 45'275.--, Kunst Fr. 200'000.--, Portfolio 0591.2514 netto Fr.

264'233.--, Portfolio 0302.1239 netto ./ Fr. 1'729.--). Es könne von einem Vermögen von mindestens Fr. 550'000.-- ausgegangen werden, da es sich dabei um Steuerwerte handle und der effektive Verkehrswert zumindest der Kunstgegenstände und insbesondere der Liegenschaft höher liegen dürfte. Weiter sei anzunehmen, dass auch im Jahr 2009 noch die vorgenannten, anderweitigen Vermögenswerte im Betrag von Fr. 1'250'000.-- vorhanden seien, womit das Vermögen im Jahr 2009 analog zur vorstehenden Erwägung 4.3.6 auf Fr. 1'800'000.-- zu beziffern sei (KG act. 2, Erw. 4.4, S. 29).

Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers hat die Vorinstanz damit betreffend der "anderweitigen Vermögenswerte" nicht "keinerlei Berechnungen" aufgestellt, sondern sie hat auf die vorstehenden Erwägungen zum Vermögen im Jahr 2008 verwiesen, in welchem dem Beschwerdeführer mangels Substantiierung des behaupteten Vermögensabflusses die nicht erklärbaren Vermögensbezüge aufgerechnet wurden. Dass die Vorinstanz kein Beweisverfahren durchgeführt hat, erklärt sich aus den zuvor aufgestellten Erwägungen, in denen die Vorinstanz davon ausging, der Beschwerdeführer habe den Vermögensschwund ungenügend substantiiert. Auf diese Rüge (wie auch auf jene der Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes) kann – wie bereits ausgeführt wurde – vorliegend nicht eingetreten werden.

3.1 Als weiteren Punkt beanstandet der Beschwerdeführer, die Vorinstanz habe ausgeführt, in der Scheidungskonvention sei man von einem Mindestvermögensertrag von Fr. 5'000.-- im Monat ausgegangen, nicht von einer Rendite von 1,71% auf dem Gesamtvermögen. Sie sei sodann ohne Begründung von einem erzielbaren Vermögensertrag von 2,5% ausgegangen. Bezüglich Vermögensertrag im Jahr 2009 habe sie aktenwidrig ausgeführt, ein Ertrag gemäss Steuererklärung von Fr. 4'339.-- entspreche einem Wertschriftenvermögensertrag von ca. 1,65% bei einem Wertschriftenvermögen per Ende 2009 von Fr. 264'504.--. Dahingegen sei in der Steuererklärung ein Wertschriftenbestand per Ende 2009 von Fr. 1'077'259.-- (Wertschriften und Guthaben) ausgewiesen worden, was einer Vermögensrendite von 0,4% entspreche. Der Vermögensertrag sei auf dem Gesamtvermögen, nicht nur auf einem Teilvermögen zu berech-

nen. Die Annahme der Vorinstanz sei daher aktenwidrig und willkürlich. Es sei unverständlich, wie die Vorinstanz mit der mit nichts begründeten Behauptung eines verfolgten "Hebeleffektes" zu einer Eigenkapitalrendite von "allermindestens 2,5%" kommen solle; diese Behauptung sei anlagetechnisch und vermögensverwaltungstechnisch haltlos ("BO: Gerichtsnotorietät, Expertise"). Die in den Steuererklärungen ausgewiesenen Bankwerte würden das Gegenteil belegen. Die Annahme von erzielten Vermögenserträgen von Fr. 48'000.-- im Jahr 2008 und von Fr. 45'000.-- im Jahr 2009 sei damit aktenwidrig und willkürlich und die Vorinstanz verletze mit ihrem Vorgehen den Untersuchungsgrundsatz, die Substantiierungs- und Behauptungslast und das Recht des Beschwerdeführers auf Beweisführung (KG act. 1, Ziff. 3.3, S. 25 ff.).

3.2 Soweit der Beschwerdeführer mit seiner Nichtigkeitsbeschwerde zu seiner Aussage, die Annahme der Vorinstanz einer Eigenkapitalrendite von allermindestens 2,5% unter Zugrundelegung eines "Hebeleffektes" sei anlage- wie auch vermögensverwaltungstechnisch haltlos, implizit den Beizug einer Expertise beantragt (KG act. 1, S. 27), ist darauf im Beschwerdeverfahren nicht weiter einzutreten. Das Beschwerdeverfahren ist keine Fortsetzung des vorinstanzlichen Verfahrens, sondern es ist zu prüfen, ob der angefochtene Entscheid nach der bei der Vorinstanz gegebenen Aktenlage an einem Nichtigkeitsgrund leidet. Dementsprechend sind im Kassationsverfahren neue Behauptungen oder Beweismittel unzulässig (von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. Aufl., Zürich 1986, S. 17).

3.3 Die Vorinstanz erwog zum erzielten bzw. erzielbaren Vermögensertrag, es sei für das Jahr 2008 (nach Aufrechnung der Vermögensbezüge) von einem Vermögen von total netto Fr. 1'822'637.-- auszugehen, welches offenkundig aktiv verwaltet werde, in Verfolgung einer offensiven Strategie unter Einsetzung von zusätzlichen Krediten zur Erzielung eines "Hebeleffektes". Deshalb sei auch unter den heutigen wirtschaftlichen Verhältnissen von einer erzielten bzw. hypothetisch erzielbaren Eigenkapitalrendite von allermindestens 2,5% auszugehen, was einen Vermögensertrag für das Jahr 2008 von Fr. 48'000.-- ergebe (KG act. 2, S. 28 unten). Für das Jahr 2009 bezifferte die Vorinstanz unter Hinzurechnung derselben

"anderweitigen Vermögenswerte" von Fr. 1'250'000.-- das Vermögen auf Fr. 1'800'000.--. Setze man den steuerlich deklarierten Vermögensertrag von Fr. 4'339.-- zum Ende Jahr ausgewiesenen Wertschriftenvermögen von Fr. 262'504.-- in Beziehung, ergebe sich ein Ertrag von ca. 1,65%. Hinzu kämen noch die nicht steuerbaren Kapitalgewinne, weshalb auch für das Jahr 2009 von einem erzielbaren Vermögensertrag von insgesamt 2,5% auszugehen sei. Hochgerechnet auf das Vermögen von Fr. 1'800'000.-- ergebe dies einen Ertrag von Fr. 45'000.-- bzw. Fr. 3'750.-- im Monat (KG act. 2, S. 29).

3.4 Zuerst fragt sich wiederum, ob die Rüge des Beschwerdeführers eine Tat- oder eine Rechtsfrage betrifft. Letztere wäre mit Beschwerde in Zivilsachen beim Bundesgericht zu erheben, währenddem allfällige Beanstandungen tatsächlicher Feststellungen mit kantonaler Nichtigkeitsbeschwerde geltend gemacht werden können. Nachdem die Vorinstanz in ihren Erwägungen hinsichtlich Vermögensertrag im Jahr 2008 von einer "erzielten bzw. hypothetisch erzielbaren Eigenkapitalrendite von allermindestens 2,5%" (KG act. 2, S. 28) und für das Jahr 2009 von einem "erzielbaren Vermögensertrag von insgesamt 2,5%" (KG act. 2, S. 29) ausging, hat sie erkennbar auf ein hypothetisches Einkommen aus Vermögensertrag abgestellt. Im Zusammenhang mit der Anrechnung eines hypothetischen Einkommens eines Unterhaltsschuldners hat das Bundesgericht festgehalten, ein solches könne angerechnet werden, wenn die Erzielung möglich und zumutbar sei. Soweit es um die "Zumutbarkeit" gehe, liege eine Rechtsfrage vor, welche vom Bundesgericht überprüft werden könne. Was die "Möglichkeit" betreffe, sei zu unterscheiden, ob die vorinstanzlichen Annahmen auf konkreten Anhaltspunkten oder auf allgemeiner Lebenserfahrung beruhten. Während Schlussfolgerungen aus allgemeiner Lebenserfahrung im bundesgerichtlichen Verfahren geprüft werden können, bilden solche aus Indizien Ergebnis der Beweiswürdigung, gegen welche vorliegend die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde gegeben ist (vgl. dazu BGE 5C.304/2005 vom 28. März 2006, in: SZPP 2006, S. 397).

3.5 Es fragt sich somit, ob und inwieweit die Begründung der Vorinstanz auf Indizien bzw. auf allgemeiner Lebenserfahrung beruht. Die Vorinstanz hat bezüglich der Möglichkeit zur Erzielung eines Einkommens aus Vermögensertrag einer-

seits auf das Indiz abgestellt, dass per Ende 2008 von einem Vermögen des Beschwerdeführers von netto Fr. 1'822'637.-- auszugehen sei (KG act. 2, S. 28; vgl. dazu vorstehende Erwägung 2). Andererseits ging sie davon aus, der Beschwerdeführer habe das Wertschriftenvermögen "offenkundig" [Hervorhebung durch das Kassationsgericht] aktiv verwaltet, in Verfolgung einer offensiven Strategie unter Einsetzung von zusätzlichen Krediten zur Erzielung eines "Hebeleffektes". Daher sei auch unter heutigen wirtschaftlichen Verhältnissen von einer erzielten bzw. hypothetisch erzielbaren Eigenkapitalrendite von allermindestens 2,5% auszugehen (KG act. 2, S. 28). Die Annahme einer Eigenkapitalrendite von "allermindestens 2,5%" beruht damit offenbar auf allgemeiner Lebenserfahrung und basiert auf weiteren solchen Annahmen ("aktive Verwaltung"; "offensive Strategie"; "Erzielung eines Hebeleffektes"; "heutige wirtschaftliche Verhältnisse"), welche deshalb nicht weiter erläutert werden. Diese Annahme kann somit auch nicht im kantonalen Beschwerdeverfahren überprüft werden, sondern sie wäre mit Beschwerde beim Bundesgericht anzufechten.

Im Übrigen führt der Beschwerdeführer zwar aus, die Annahme einer Eigenkapitalrendite von allermindestens 2,5% sei anlagetechnisch und vermögensverwaltungstechnisch haltlos, führt diese Behauptung jedoch nicht weiter aus, sondern verweist (im Beschwerdeverfahren unzulässigerweise; vgl. dazu oben Erw. 3.2) auf eine Expertise bzw. auf Gerichtsnotorietät, was aber nicht weiter begründet wird. Der weitere Hinweis des Beschwerdeführers auf die in den Steuererklärungen ausgewiesenen Bankwerte, welche das Gegenteil beweisen würden, greift ebenfalls zu kurz. Die Vorinstanz hat klarerweise nicht (allein) auf diese Werte abgestellt, sondern dem Beschwerdeführer einen Teil (im Jahr 2008 Fr. 1'251'775.--) des von ihm behaupteten Vermögensschwundes als Vermögensbezüge aufgerechnet, weil der Verbleib dieser Vermögenswerte im Berufungsverfahren – mangels Behauptungen und Belegen des Beschwerdeführers – ungeklärt geblieben sei. Damit wäre die Rüge der willkürlichen tatsächlichen Annahme im Zusammenhang mit der angenommenen Eigenkapitalrendite aber auch ungenügend begründet und darauf könnte auch aus diesem Grund nicht eingetreten werden.

Soweit der Beschwerdeführer im selben Zusammenhang eine aktenwidrige tatsächliche Annahme durch die Vorinstanz rügt, indem sie für das Jahr 2009 von einem Wertschriftenvermögen von Fr. 264'504.-- ausgegangen sei, obwohl die Steuererklärung einen Wertschriftenbestand per Ende 2009 von Fr. 1'077'259.-- ausweise (KG act. 1, S. 26), ist die Rüge unbegründet. Einerseits ging die Vorinstanz nicht von einem Wertschriftenvermögen von Fr. 264'504.--, sondern von einem Netto-Wertschriftenvermögen von Fr. 262'504.-- aus. Andererseits geht aus der Begründung der Vorinstanz hervor, dass sie die Nettobeträge der beiden Portfolio (xy: Fr. 264'233.-- und xz: ./ Fr. 1'729.--) errechnet (KG act. 2, S. 29) und damit die auch in der Steuererklärung aufgeführten Schulden aus den kurzfristigen Krediten (OG act. 66/1) mitberücksichtigt hat, worauf sie beim Portfolio xz auch hingewiesen hat ("resultierend aus Fr. 813'026.-- Wertschriftenbestand, abzgl. Fr. 811'297.-- Sollsaldo"; KG act. 2, Erw. 4.4, S. 29). Eine Aktenwidrigkeit liegt diesbezüglich nicht vor. Dass die Vorinstanz mit ihrer Argumentation betreffend Vermögensrendite vom Netto-Wertschriftenvermögen ausgegangen ist, erscheint sodann auch nicht willkürlich, wurde doch auch bei der Bewertung des restlichen Vermögens jeweils von den Netto-Werten ausgegangen (vgl. dazu die Aufstellungen der Vorinstanz bezüglich der Liegenschaften, bei denen jeweils nur das investierte Eigenkapital berücksichtigt wurde: KG act. 2, S. 28 f.). Einen Nichtigkeitsgrund kann der Beschwerdeführer auch hier nicht nachweisen, soweit auf seine Beschwerde überhaupt eingetreten werden kann.

4.1 Schliesslich beanstandet der Beschwerdeführer, die Vorinstanz habe bei der Berechnung seines Bedarfes willkürlich und auf Grund einer willkürlichen Argumentation seine Autounkosten für den Arbeitsweg nicht berücksichtigt. Zwar sei von ihr nicht verkannt worden, dass er bis zu 60% seiner Arbeitszeit im Ausland verbringe, jedoch sei sie willkürlich davon ausgegangen, dass zu den Fahrzeiten noch 17 Minuten pro Fahrt für Parkieren und wegen der Verkehrsdichte dazuzuzählen seien und er auf seinem Arbeitsweg "um die Stadt Zürich" fahren müsse; dies sei aber auf Grund der neuen Westumfahrung kein Problem mehr. Bei dieser Berechnungsart dürfe die Vorinstanz sodann beim öffentlichen Verkehr nicht bloss von den Fahrplanzeiten ausgehen, sondern müsse dort auch Zuschläge für Verkehrsstörungen, die laufend vorkämen, berechnen. Die tatsächliche Annahme,

der Beschwerdeführer spare (mit dem Auto) nicht mehr als eine Stunde, sei damit willkürlich. Zudem widerspreche es einer angemessenen Lebenshaltung für den Beschwerdeführer und seine Familie, wenn ihm bei einem Arbeitsweg von über 100 km täglich kein Auto zugestanden werde (KG act. 1, Ziff. 3.3 S. 28 f.).

4.2 Die Vorinstanz erwog in ihrem Entscheid, die erste Instanz habe dem Beschwerdeführer für den [neuen] Arbeitsweg J. nach K. zusätzlich zu den im Scheidungsurteil vorgesehenen Fr. 50.-- im Monat einen Betrag von Fr. 148.-- angerechnet für die Kosten des öffentlichen Verkehrs. Der Beschwerdeführer mache im Berufungsverfahren Kosten von Fr. 550.-- zusätzlich (insgesamt Fr. 600.-- /Monat) für die Benutzung des Autos geltend, da er mit diesem über eine Stunde weniger pro Tag für den Arbeitsweg brauche. Mit dem öffentlichen Verkehr benötige er nach seinen eigenen Angaben 1 Stunde und 13 Minuten pro Weg, dazu komme noch je 5 Minuten Gehzeit ab Haus bis zur Busstation und ab Bahnhof K. zum Arbeitsplatz. Gemäss Routenplaner betrage die Distanz J. nach K. 50,5 km und könne in 38,5 Minuten bewältigt werden. Rechne man einen Zeitzuschlag für das Aus- und Einparkieren und den Weg vom Parkplatz bis zum Arbeitsplatz, ergäben sich 45 Minuten pro Weg bzw. gegen 90 Minuten pro Tag. Dies beziehe sich aber auf optimale Verhältnisse und könne in Stosszeiten und insbesondere für Strecken ausserhalb der Autobahn und rund um die Stadt Zürich nie eingehalten werden. Wenn man mit einer Verlängerung von mindestens 10 Minuten pro Fahrt rechne, betrage die Zeitersparnis bei einer Fahrt mit dem Auto gegenüber der Benützung des öffentlichen Verkehrs nicht mehr als eine Stunde und die Zubilligung der höheren Kosten rechtfertige sich daher nicht (KG act. 2, S. 17 f.).

4.3 Willkür in der Beweiswürdigung (§ 281 Ziff. 2 ZPO) liegt nur vor, wenn der vom Sachrichter gezogene Schluss für einen unbefangenen Denkenden als unhaltbar erscheint. Eine vertretbare Beweiswürdigung ist daher noch nicht willkürlich, auch wenn die Kassationsinstanz an der Stelle des Sachrichters allenfalls anders entschieden hätte (vgl. von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. Auflage, Zürich 1986, S. 28). Zur Begründung der Rüge gehört, dass in der Beschwerde gesagt wird, welcher tatsächliche Schluss aufgrund welcher Aktenstelle als willkürlich erscheint

(ZR 81 Nr. 88 Erw. 6; Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 1997, N 4 zu § 288).

Unter diesem Aspekt der Überprüfung auf Willkür hin, kann nicht von einem Nichtigkeitsgrund gesprochen werden. Zwar erscheint die Berechnungsweise der Vorinstanz nicht in allen Teilen völlig nachvollziehbar. Insbesondere erscheint die Anrechnung einer zusätzlichen Zeitspanne von 10 Minuten pro Autofahrt für Unwägbarkeiten der Verkehrssituation nicht restlos nachvollziehbar, und es bleibt fraglich, ob die Zeitersparnis des Beschwerdeführers mit dem Auto gegenüber dem öffentlichen Verkehr nun wenig über oder wenig unter einer Stunde beträgt. Nachdem der Vorinstanz jedoch beim Entscheid über die Anrechnung der Kosten eines Autos für den Arbeitsweg ebenfalls ein gewisser Ermessensspielraum zukommt und zudem zum Scheidungszeitpunkt offenbar ebenfalls kein Auto im Bedarf des Beschwerdeführers angerechnet worden war, kann dennoch nicht von einem geradezu willkürlichen Entscheid gesprochen werden, selbst wenn das Kassationsgericht hier allenfalls anders entschieden hätte. Daran ändert auch nichts, soweit der Beschwerdeführer geltend macht, ein Auto gehöre zu seiner angemessenen Lebenshaltung, zumal offenbar auch bei der Ehescheidung nur die Kosten des öffentlichen Verkehrs angerechnet wurden. Bezüglich Autounkosten-Anrechnung kann somit kein Nichtigkeitsgrund nachgewiesen werden.

5. Zusammenfassend konnte der Beschwerdeführer mit seiner Beschwerde keinen Nichtigkeitsgrund nachweisen und diese ist abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.

III.

Ausgangsgemäss wird der Beschwerdeführer für das Beschwerdeverfahren kosten- und entschädigungspflichtig (§§ 64 Abs. 2 und 68 ZPO ZH).

Das Gericht beschliesst:

1. Die Nichtigkeitsbeschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann. Damit entfällt die der Beschwerde verliehene aufschiebende Wirkung.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 4'000.--.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden dem Beschwerdeführer auferlegt.
4. Der Beschwerdeführer wird verpflichtet, dem unentgeltlichen Rechtsvertreter der Beschwerdegegnerin für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 4'320.-- (inkl. 8% MWST) zu entrichten.
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 über Fr. 30'000.--.

Sodann läuft die Frist von 30 Tagen zur Anfechtung des Urteils des Obergerichtes vom 21. Oktober 2010 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.

6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich, sowie den Einzelrichter im ordentlichen Verfahren des Bezirkes F. (FP080046), je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

juristische Sekretärin