



---

Kass.-Nr. AA050041/U/cap

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Dieter Zobl, Alfred Keller, Karl Spühler und die Kassationsrichterin Yvona Griesser sowie der Sekretär Jürg-Christian Hürlimann

## Zirkulationsbeschluss vom 22. Dezember 2005

in Sachen

M. K.-B.,

...,

Beklagte, Rekursgegnerin und Beschwerdeführerin  
vertreten durch Rechtsanwalt ...

gegen

H. K.,

...,

Kläger, Rekurrent und Beschwerdegegner  
vertreten durch Rechtsanwalt ...

betreffend **Befehl / Feststellung Bedingungseintritt**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der II. Zivilkammer des  
Obergerichts des Kantons Zürich vom 22. Februar 2005 (NL040139/U)**

**Das Gericht hat in Erwägung gezogen:**

**I.**

1. Die Parteien wurden mit Urteil der Einzelrichterin im ordentlichen Verfahren des Bezirkes Winterthur vom 21. August 2003 auf gemeinsames Begehren geschieden. In der richterlich genehmigten Scheidungskonvention verpflichtete sich der Kläger, der Beklagten (a) eine monatliche Rente von Fr. 800.-- ab Rechtskraft des Urteils bis 31. August 2008 und (b) anschliessend eine solche von Fr. 500.-- bis 31. August 2010 zu bezahlen. Die Regelung wurde ergänzt durch folgende Bestimmung (ER act. 2 S. 5 f., Ziff. 5 lit. b):

"Lebt die Gesuchstellerin länger als sechs Monate mit einem Mann zusammen, reduziert sich die Rente bis zum 24. Monat auf die Hälfte und entfällt vom 25. Monat an während der restlichen Dauer einer solchen Wohngemeinschaft gänzlich. Die Gesuchstellerin verpflichtet sich, dem Gesuchsteller den Beginn eines Zusammenlebens unverzüglich mitzuteilen. "

Mit Eingabe vom 30. Juni 2004 an den Einzelrichter im summarischen Verfahren des Bezirkes Winterthur stellte der Kläger folgendes Begehren:

"Es sei festzustellen, dass die Rente gemäss Ziff. 5 lit. b/a des Scheidungsurteils des Bezirksgerichts Winterthur vom 21. August 2003 seit 1. September 2003 zur Hälfte suspendiert ist, weil die Beklagte damals länger als 6 Monate mit einem Mann zusammenlebte und weiterhin zusammenlebt."

Mit Verfügung vom 17. September 2004 wies der Einzelrichter das klägerische Feststellungsbegehren ab (ER act. 10 = OG act. 2). Dagegen erhob der Kläger Rekurs beim Obergericht (OG act. 1). Streitig zwischen den Parteien ist, welche Anforderungen an eine Wohngemeinschaft gemäss der zitierten Klausel zu stellen seien. Das Obergericht (II. Zivilkammer) hält in seinem Beschluss vom 22. Februar 2005 dafür, dass nach der Darstellung der Beklagten vor dem Einzelrichter zwischen ihr und D.J. eine Wohngemeinschaft im Sinne der Klausel bestehe. Jedoch habe es der Einzelrichter unterlassen, die Beklagte darüber zu befragen, seit wann die von ihr geschilderten Wohnverhältnisse andauerten. Dieser Zeit-

punkt sei jedoch entscheidend relevant, da das Zusammenleben nach der Klausel zumindest sechs Monate angedauert haben müsse. Der Kläger habe zum Beweis dafür, dass das Zusammenleben seit April 2003 andauere, weitere Beweismittel angeboten, welche allenfalls - soweit zulässig und notwendig - abzunehmen und zu würdigen seien (OG act. 17 = KG act. 2 S. 7 Erw. II/7 und 8). Das Obergericht hiess in der Folge den Rekurs teilweise gut, hob vier Ziffern des Dispositivs der angefochtenen Verfügung auf und wies die Sache zur Ergänzung des Verfahrens und zu neuem Entscheid an den Einzelrichter zurück.

2. Mit ihrer rechtzeitig erhobenen kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde beantragt die Beklagte, es sei der genannte Beschluss vom 22. Februar 2005 aufzuheben und die Sache an das Obergericht zurückzuweisen (KG act. 1). Der Kläger beantragt Abweisung der Nichtigkeitsbeschwerde (KG act. 11). Das Obergericht verzichtet auf einen Vernehmlassung (KG act. 9).

Der Präsident des Kassationsgerichts verlieh der Nichtigkeitsbeschwerde mit Verfügung vom 5. April 2005 aufschiebende Wirkung (KG act. 5).

Mit Verfügung vom 17. September 2004 gewährte der Einzelrichter beiden Parteien die unentgeltliche Prozessführung und bestellte ihnen in den Personen der sie bereits vertretenden Rechtsanwälte je einen unentgeltlichen Rechtsbeistand (OG act. 2 Dispositiv Ziff. 2). Für einen abweichenden Entscheid im Sinne von § 90 Abs. 2 ZPO besteht keine Veranlassung. Somit gilt die Gewährung der umfassenden unentgeltlichen Rechtspflege auch für das Kassationsverfahren.

## II.

1. a) Das Obergericht hält fest, die Parteien schwiegen sich darüber aus, unter welchen genauen Umständen die betreffende Klausel (als Teil einer umfassenden Vereinbarung) zustande gekommen sei. Über die damalige konkrete Interessenlage der Parteien sei nichts bekannt. Ausführungen machten die Parteien aber über den allgemeinen Sinn und Zweck der Regelung (Beschluss S. 5 oben).

Die Beschwerdeführerin rügt, diese Feststellung sei aktenwidrig und nicht zutreffend. Ihr Rechtsvertreter habe in der Rekursantwort (OG act. 13 S. 5 Ziffer 3) Ausführungen über die Interessenlage der Parteien gemacht. Als Rechtsanwalt der Beschwerdeführerin habe dieser der Konkubinatsklausel klar den Sinn gegeben, dass eine umfassende Lebensgemeinschaft mit einem Mann eingegangen werden müsse, die auch eine wirtschaftliche Komponente aufweise, wie in der einzelrichterlichen Verfügung vom 17. September 2004 festgehalten sei. Wie einer früheren Verfügung des Einzelrichters vom 4. Oktober 2001 entnommen werde könne, habe der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin im Jahre 2001 ein analoges Feststellungsbegehren wie der Beschwerdegegner gestellt und der gleiche Einzelrichter habe ihm das gleiche Urteil des Obergerichts vom 27. März 1995 (LC940068) entgegengehalten. Aufgrund dieser Erfahrung im Rahmen des Vollstreckungsverfahrens vom 4. Oktober 2001 habe der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin der Konkubinatsklausel natürlich die Bedeutung beigemessen, dass nur eine umfassende Lebensgemeinschaft mit einem andern Mann, die auch eine wirtschaftliche Komponente habe, die Unterhaltspflicht des geschiedenen Ehemanns zum Ruhen bringe. Entgegen den Behauptungen des Beschwerdegegners komme es aufgrund der Kenntnisse des genannten Urteils des Obergerichts eben nicht auf das rein äusserliche Zusammenleben mit einem Mann an, sondern es werde eine umfassende Lebensgemeinschaft mit wirtschaftlicher Komponente verlangt. Nie habe der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin nach der Verfügung vom 4. Oktober 2001 je eine Partei so beraten, dass es nur auf das rein äussere Zusammenleben ankomme. Das Wissen des Rechtsvertreters der Beschwerdeführerin sei damit dieser zuzurechnen, da er diese auch so instruiert habe. Weiter habe der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin ausgeführt (OG act. 13 S. 6 oben): "Sollte das Obergericht diesen Rekurs gutheissen und sich der Ansicht des Regkurrenten anschliessen und der gewählten Formulierung der Parteien die Bedeutung begeben, es komme nur auf das äusserliche Zusammenleben mit einem Manne an, so müsste ich namens der Rekursgegnerin klar einen Grundlagenirrtum betreffend der Konvention geltend machen, die dem Urteil vom 21. August 2003 zugrunde liegt." Die Beschwerdeführerin habe sich in Anlehnung an die Instruktion ihres Rechtsvertreters auf die damalige Rechtsprechung des Obergerichts verlassen, wie im Urteil des Obergerichts vom 27. März

1995 festgehalten, auf der auch die zitierte Verfügung des Einzelrichters im summarischen Verfahren vom 4. Oktober 2001 beruhe. Gemäss Urteil des Obergerichts vom 27. März 1995 bestehe der Sinn einer Konkubinatsklausel darin, dass die Beklagte nicht für den Verlust der ehelichen Unterhaltsleistungen des Klägers entschädigt werden soll, solange sie mit einem andern Mann eine Beziehung unterhalte, in der die Frau ähnliche Vorteile genieße wie in einer Ehe. Wohne die Frau aber nur mit einem Mann zusammen, ohne dass sie daraus weitere, insbesondere wirtschaftliche Vorteile ziehe, bestehe gemäss dem zitierten Urteil kein Grund, die Verpflichtung zur Bezahlung von Unterhaltsbeiträgen aufzuheben. Die Interessenlage der Beschwerdeführerin sei somit klar gewesen. Sie sei eine Beziehung mit einem Mann eingegangen, der fünf Mal pro Woche bei ihr geschlafen habe, von dem sie dafür aber aufgrund der mangelnden finanziellen Leistungsfähigkeit keine Geldleistungen habe erwarten können und dürfen und der seine eigene Wohnung behalten habe (Beschwerdeschrift S. 4 - 6, Ziff. C.1.1.).

b) Soweit die Beschwerdeführerin den Beizug der Akten des Bezirksgerichts Winterthur bzw. des dortigen Einzelrichters im summarischen Verfahren im Geschäft EU050032 verlangt (vgl. Beschwerdeschrift S. 5 Mitte), ist ihr nicht zu folgen. Es handelt sich hierbei um die Akten des summarischen Verfahrens nach der heute angefochtenen Rückweisung durch das Obergericht (vgl. KG act. 3/4). Die Kassationsinstanz hat nur zu prüfen, ob der angefochtene Entscheid nach der bei der Vorinstanz gegebenen Aktenlage an einem Nichtigkeitsgrund leidet. Neue Behauptungen und Beweismittel, welche eine Vervollständigung des vor der Vorinstanz vorzubringenden Prozessstoffes bezwecken, sind unzulässig. Es gibt im Kassationsverfahren kein Novenrecht (Diether von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. Aufl., Zürich 1986, S. 17 unten). Somit sind die einzelrichterlichen Akten aus der Zeit nach Ergehen des angefochtenen Rückweisungsentscheids nicht zu beachten, da sie naturgemäss dem Obergericht nicht vorgelegen haben.

Dem anonymisierten Rubrum der zitierten Verfügung des Einzelrichters im summarischen Verfahren des Bezirkes Winterthur vom 4. Oktober 2001 ist zu entnehmen, dass sich dieser Entscheid nicht auf die Parteien des vorliegenden Ver-

fahrens bezieht, jedoch eine Partei durch den Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin vertreten wurde (OG act. 14/2). In dieser Verfügung (S. 8 f.) nahm der Einzelrichter Bezug auf den unveröffentlichten Obergerichtsentscheid vom 27. März 1995, auf den die Beschwerdeführerin in der Rekursbegründung und nun auch wieder in der Beschwerdebegründung hinweist. Das Obergericht geht im heute angefochtenen Beschluss ebenfalls auf den genannten Obergerichtsentscheid ein. Es hält jedoch fest, seit diesem Entscheid sei das neue Scheidungsrecht in Kraft getreten. Neu sei unter anderem, dass bei erheblicher und dauernder Veränderung der Verhältnisse die Rente für eine bestimmte Zeit eingestellt werden könne (Art. 129 Abs. 1 ZGB). Verbesserten sich in diesem Sinne die finanziellen Verhältnisse der unterhaltsberechtigten Partei, könne neu die Rente schon von Gesetzes wegen sistiert werden. Einer speziellen Vereinbarung der Parteien hierzu bedürfe es - im Gegensatz zu früher, wo gesetzlich nur die Reduktion oder Aufhebung der Rente vorgesehen gewesen sei - nicht mehr. Vor Inkrafttreten des neuen Scheidungsrechts möge eine solche Klausel dahingehend im Interesse der unterhaltsberechtigten Partei gelegen haben, als dass die Rente bloss eingestellt werden konnte und bei einer Auflösung des Konkubinats wieder auflebte. Heute bestehe an einer solchen Klausel dieses Interesse nach dem Gesagten nicht mehr (Beschluss S. 5 f.).

Das Obergericht zeigt damit auf, dass aus seiner Sicht die Interessenlage der damaligen Parteien, welche der im unveröffentlichten Entscheid von 1995 behandelten Konkubinatsklausel zugrunde gelegen sei, wegen der Revision des Scheidungsrechts nicht diejenige sein könne, welche der entsprechenden Klausel der Scheidungskonvention im Scheidungsverfahren der heutigen Parteien von 2003 zugrunde liege. Somit sind aus der Sicht des Obergerichts Ausführungen der Parteien, welche sich auf einen vor der Gesetzesrevision ergangenen, andere Parteien betreffenden Entscheid beziehen, nicht geeignet, die konkrete Interessenlage der heutigen Parteien zum Zeitpunkt ihrer Scheidung darzulegen. Dass die Beschwerdeführerin im Verfahren vor dem Einzelrichter im summarischen Verfahren und vor dem Obergericht weitere Ausführungen, die konkret auf die persönliche Situation und Interessenlage der Parteien im Jahre 2003 Bezug nehmen, machte, bringt sie nicht vor.

Das Obergericht unterscheidet in der gerügten Erwägung klar zwischen der konkreten Interessenlage der Parteien zum Zeitpunkt des Abschlusses der Scheidungskonvention, welche nicht bekannt sei, und dem allgemeinen Sinn und Zweck der Regelung, wozu Ausführungen der Parteien vorlägen. Es gibt die Ausführungen der Beschwerdeführerin, insbesondere ihren Hinweis auf den Obergerichtsentscheid von 1995, wieder. Wie sinnvoll die Unterscheidung zwischen konkreter Interessenlage und Sinn und Zweck der Regelung ist, kann dahingestellt bleiben. Jedenfalls liegt weder ein "blanker Irrtum" noch ein Nichteinbeziehen eines Aktenbestandteils oder Einbeziehen eines solchen mit unrichtigem Wortlaut seitens des Obergerichts (von Rechenberg, a.a.O., S. 27 unten) und damit keine Aktenwidrigkeit vor.

2. a) Das Obergericht hält fest, es scheine, als sei die streitige Klausel im Interesse des Beschwerdegegners vereinbart worden und verfolge im Weiteren insbesondere auch den Zweck, aufwändigen Abänderungsverfahren zu vermeiden und die Sistierung der Unterhaltsbeiträge an einfach erkennbare, äussere Umstände zu knüpfen, unter gleichzeitiger Vereinbarung einer entsprechenden Informationspflicht der Beschwerdeführerin (Beschluss S. 6 f.).

Die Beschwerdeführerin rügt diese Feststellung als aktenwidrige Spekulation. Gerade das Gegenteil sei der Fall. Die Beschwerdeführerin und ihr Rechtsvertreter hätten sich vollumfänglich auf die damalige Rechtsprechung gemäss Urteil des Obergerichts vom 27. März 1995 verlassen. In jenem Entscheid sei eine Konkubinatklausele mit dem exakt gleichen Wortlaut beurteilt worden wie im vorliegenden. Nur schon die im Scheidungsurteil vom 21. August 2003 auf Seite 5 festgehaltenen Einkommens- und Notbedarfszahlen, die der Unterhaltsrente zugrunde gelegen seien, zeigten klar auf, dass der Notbedarf der Beschwerdeführerin damals nicht gedeckt gewesen sei. Die Aufhebung der Ehegattenrente aufgrund eines rein äusserlichen Anscheins eines Zusammenlebens mit einem andern Mann könne so sicher nicht im Interesse der Beschwerdeführerin gelegen haben. Lege das Obergericht dem angefochtenen Beschluss die Erkenntnis zugrunde, es scheine, als sei die streitige Klausel im Interesse des Beschwerdegegners vereinbart worden, so sei dadurch ein Beweisverfahren umgangen und damit ein we-

sentlicher Verfahrensgrundsatz verletzt worden. Mit dieser Annahme habe das Obergericht auch die Regeln über die Beweislastverteilung verletzt. Es gehe nicht an, eine solche Annahme für die beweisbelastete Partei zu treffen, ohne dass darüber ein Beweisverfahren durchgeführt worden sei. Diese klar unrichtige Beweislastverteilung verstosse gegen Art. 8 ZGB und sei eine Verletzung klaren materiellen Rechts (Beschwerdeschrift S. 6 f. Ziff. C.1.2.)

b) Das unveröffentlichte Urteil des Obergerichts vom 27. März 1995 liegt nicht in den Akten. Woraus sich ergeben soll, dass das Obergericht darin eine Konkubinatsklausel mit exakt demselben Wortlaut wie demjenigen der Klausel in der Scheidungskonvention der Parteien beurteilt haben soll, zeigt die Beschwerdeführerin nicht auf. Aus den Akten ergibt sich lediglich, dass der Einzelrichter im summarischen Verfahren des Bezirkes Winterthur in einer Verfügung vom 4. Oktober 2001 eine im Wesentlichen gleich lautende Konkubinatsklausel beurteilte und dabei auf das genannte Obergerichtsurteil vom 27. März 1995 Bezug nahm (OG act. 14/2). Selbst wenn die dem Urteil von 1995 und dem heute angefochtenen Beschluss vom 22. Februar 2002 zugrundeliegenden Scheidungskonventionen gleichlautende Konkubinatsklauseln enthalten sollten, ist damit nicht gesagt, dass diese aufgrund der sich aus den Akten ergebenden konkreten Umstände und auch dem Zeitablauf - zwischen den beiden Obergerichtsentscheiden liegt eine umfassende Revision des Scheidungsrechts - gleich zu verstehen seien. Die Beschwerdeführerin zeigt auch nicht auf, dass der Beschwerdegegner und sein Rechtsvertreter im Zeitpunkt des Abschlusses der Scheidungskonvention Kenntnis vom obergerichtlichen Urteil vom 27. März 1995 und von der darauf Bezug nehmenden einzelrichterlichen Verfügung vom 4. Oktober 2001 hatten - beide Entscheide sind unveröffentlicht und betreffen nicht die Parteien des vorliegenden Rechtsstreits - und ihnen deshalb solches Wissen anzurechnen sei.

Gemäss § 209 ZPO sind im summarischen Verfahren als Beweismittel die persönliche Befragung der Parteien, schriftliche Auskünfte, Augenschein und Urkunden zulässig. Die Beweismittel sind mit dem Begehren oder der Antwort einzureichen oder, wenn dies nicht möglich ist, zu bezeichnen (§ 210 ZPO). Die Beschwerdeführerin zeigt nicht auf, dass sie im einzelrichterlichen Verfahren Be-

weismittel eingereicht oder bezeichnet habe, welche von den Vorinstanzen nicht abgenommen oder nicht beachtet worden seien.

Es ist nicht zu beanstanden, dass das Obergericht sich bei der Auslegung der besagten Konkubinatsklausel auf die vorliegenden Akten und die Aussagen der Parteien stützt. Für die Durchführung eines diesbezüglichen Beweisverfahrens bestand keine Veranlassung. Die gerügte Annahme, es scheine, als sei die streitige Klausel im Interesse des Beschwerdegegners vereinbart worden und verfolge im Weiteren den Zweck, aufwändige Abänderungsverfahren zu vermeiden und die Sistierung der Unterhaltsbeiträge an einfach erkennbare äusserliche Umstände zu knüpfen (Beschluss S. 6 unten), steht im Zusammenhang mit den vorangegangenen und denn nachfolgenden Ausführungen der betreffenden rund drei Seiten umfassenden Erwägung II/6 des angefochtenen Beschlusses, in welcher das Obergericht auch auf das von der Beschwerdeführerin zitierte unveröffentlichte Urteil von 1995 eingeht (S. 4 - 7). Ein blanker Irrtum oder ein Unterlassen des Einbezugs eines Aktenbestandteils mit dem richtigen Wortlaut und damit eine Aktenwidrigkeit liegt offensichtlich nicht vor.

3. a) Das Obergericht hält fest, D.J. übernachtete mindestens fünf Mal pro Woche bei der Beschwerdeführerin in deren Bett und er verbringe "viel, aber nicht alle Freizeit" mit ihr. Es könne im Einzelnen auf die Sachverhaltsdarstellung des Einzelrichters und auf dessen Protokoll verwiesen werden (OG act. 2 S. 4, ER Prot. S. 3 ff.). Damit stehe fest, dass nach der Darstellung der Beschwerdeführerin vor dem Einzelrichter zwischen ihr und D.J. eine Wohngemeinschaft im Sinne der Klausel bestehe. Dass D.J. daneben ein Zimmer bei seinem Onkel gemietet habe, ändere hieran nichts (Beschluss S. 7 Erw. II/7).

Die Beschwerdeführerin macht geltend, entgegen den Ausführungen des Obergerichts werde nach wie vor bestritten, dass sie mit D.J. zusammenlebe. Sie zitiert aus ihrer Befragung durch den Einzelrichter (ER Prot. S. 3 und 4): D.J. wohne nicht bei ihr, er habe kein eigenes Zimmer und keine eigenen Möbel bei ihr, übernachtete etwa fünf Mal pro Woche bei ihr, verbringen die Freizeit, aber nicht alle, bei ihr, zahle nichts an die Wohnung. Er beteilige sich nur an den Essen, an denen er teilnehme. Die Beschwerdeführerin habe ausgeführt: "Gerade wegen den

finanziellen Problemen will ich nicht mit ihm zusammenleben." Sie rügt, es sei un-  
erfindlich, wie das Obergericht ohne Durchführung eines Beweisverfahrens und  
einzig aufgrund der Zugabe der Beschwerdeführerin, D.J. übernachtete ca. fünfmal  
pro Woche bei ihr, auf ein Zusammenleben schliessen wolle. In der Rekursant-  
wort habe die Beschwerdeführerin auch klar ein Beweisverfahren verlangt, mit der  
Anmerkung, sollte das Obergericht davon ausgehen, D.J. bezahle nicht seinen  
Anteil an den Kosten der Rekursgegnerin, so wäre dieser notwendigerweise als  
Zeuge einzuvernehmen (OG act. 13 S. 8; Beschwerdeschrift S. 7 Ziff. C.1.3.)

b) Zwar hält die Beschwerdeführerin dafür, sie lebe mit D.J. nicht zusammen und  
wolle dies auch wegen seiner finanziellen Situation nicht. Jedoch erklärte sie ge-  
mäss einzelrichterlichem Protokoll (S. 3 f.), worauf das Obergericht verweist,

- dass D.J. einen Parkplatz in der Tiefgarage benutze und sich dessen  
Miete mit der Tochter der Beschwerdeführerin teile;
- dass am Briefkasten ein Aufkleber mit dem Namen von D.J. angebracht  
sei;
- dass D.J. beim Strassenverkehrsamt unter der Adresse der Beschwer-  
deführerin registriert sei;
- dass D.J. die Post nach T (Wohnort der Beschwerdeführerin) umleiten  
lasse;
- dass D.J. mindestens fünf Mal pro Woche bei der Beschwerdeführerin  
übernachte, und zwar in ihrem Bett;
- dass D.J. viel, aber nicht alle Freizeit mit der Beschwerdeführerin ver-  
bringe;
- dass D.J. nichts an die Wohnung bezahle, jedoch die Mehrauslagen für  
die Mahlzeiten, an denen er teilnehme, begleiche;

- dass D.J. jeweils das Abendessen und manchmal, wenn er in der Gegend arbeite, auch das Mittagessen bei der Beschwerdeführerin einnehme;
- dass D.J. ein eigenes Tablar für seine Unterwäsche und T-Shirts habe.

Es ist nicht willkürlich, aus der Gesamtheit dieser von der Beschwerdeführerin selbst geschilderten oder bestätigten Umstände auf eine Wohngemeinschaft zu schliessen. Das Obergericht hält dafür, es bedürfe nach der fraglichen Klausel weder einer umfassenden Lebensgemeinschaft noch einer wirtschaftlichen Komponente des Zusammenlebens. Demnach erübrigte sich auch ein Beweisverfahren darüber, wie weit sich D.J. an den Kosten der Beschwerdeführerin beteilige. Die Rüge ist unbegründet.

c) Unter Ziffer C.2 der Beschwerdeschrift (S. 8 oben) wiederholt die Beschwerdeführerin die Rüge, es sei im Zusammenhang mit der Frage des Zusammenlebens mit D.J. kein Beweisverfahren durchgeführt worden. Weitere, nicht schon in den bisherigen Ausführungen enthaltene Argumente bringt die Beschwerdeführerin nicht vor, so dass ohne weiteres auf die vorstehende Erwägung lit. b verwiesen werden kann.

Unter Ziffer C.3.1. rügt die Beschwerdeführerin eine Verletzung der Beweislastverteilung ebenfalls im Zusammenhang mit der Frage ihres Zusammenlebens mit D.J.. Die Beweislast für die Aufhebung der Rentenpflicht treffe klar den Beschwerdegegner. Dieser Beweislast habe er nicht entsprochen (Beschwerdeschrift S. 8 Mitte). Wie vorne unter lit. b aufgezeigt, stützt sich die Feststellung des Obergerichts, es liege ein Zusammenleben zwischen der Beschwerdeführerin und D.J. vor, auf die entsprechenden Aussagen der Beschwerdeführerin selbst vor dem Einzelrichter. Ihre eigene Sachdarstellung muss die Beschwerdeführerin gegen sich gelten lassen. Deren Richtigkeit bedarf keines Beweises durch den Beschwerdegegner. Die Rüge zielt somit ins Leere.

4. a) Unter dem Titel der Verletzung des Vertrauensprinzips nimmt die Beschwerdeführerin eine vielfältige Kritik der obergerichtlichen Auslegung der fraglichen Konkubinatsklausel vor (Beschwerdeschrift S. 8 - 11, Ziff. C.3.2). Sie rügt zu-

nächst, das Obergericht habe das Vertrauensprinzip unzulässig angewandt, indem es festhalte, Voraussetzung sei nach dem Text der Vereinbarung allein, dass eine Wohngemeinschaft mit einem Mann von gewisser Dauer vorliege. Es sei keine Rede davon, dass der Beschwerdeführerin dadurch ein wirtschaftlicher Vorteil erwachsen müsse. Ebenso wenig werde eine umfassende Lebensgemeinschaft verlangt. Bei diesen Ausführungen, so die Beschwerdeführerin, habe das Obergericht seine eigene bekannte Rechtsprechung zur Konkubinatsklausel vernachlässigt und auch die gesamte bundesgerichtliche Rechtsprechung zu dieser Frage ausser Acht gelassen (Beschwerdeschrift S. 9 Mitte).

Unzweifelhaft drücke das Obergericht, so die Beschwerdeführerin weiter, sehr viel Verständnis für den Beschwerdegegner aus, wenn es auf Seite 6 unten des angefochtenen Beschlusses ausführe, es sei nachvollziehbar, dass der Beschwerdegegner nicht Ausgabenposten der Beschwerdeführerin finanzieren wolle, von denen direkt der Wohnpartner der Beschwerdeführerin profitiere, ohne jedoch zu deren Finanzierung beizutragen (z.B. Wohnungsmiete, Telekommunikation). Gerade hier hätte das Obergericht zuerst einmal feststellen müssen, weshalb D.J. zur Finanzierung dieser Ausgabenposten hätte beitragen müssen. Das Obergericht habe mit diesen Äusserungen keinesfalls das Vertrauensprinzip angewandt; eine objektive Auslegung nach Treu und Glauben hätte dazu geführt, dass das Obergericht seiner früheren Rechtsprechung hätte folgen müssen, da sich die Beschwerdeführerin auf diese verlassen habe (Beschwerdeschrift S. 11 obere Hälfte).

Aus dem Umstand, dass das Obergericht in einem Urteil vom 27. März 1995 an das Dahinfallen bzw. die Sistierung einer Rentenverpflichtung erhöhte Anforderungen hinsichtlich des Zusammenlebens der rentenberechtigten Partei mit einer Drittperson stellte, ergibt sich nicht zwingend, dass dieselben Bedingungen auch rund zehn Jahre später mit Bezug auf andere Parteien mit nicht ohne weiteres deckungsgleichen Lebensumständen anzunehmen seien. Inwiefern das Obergericht mit der gerügten Feststellung die bundesgerichtliche Rechtsprechung ausser Acht gelassen bzw. einen dieser entgegenstehenden Entscheid getroffen haben

soll, ist nicht ersichtlich und wird von der Beschwerdeführerin auch nicht begründet.

b) Das Obergericht hält fest, in der besagten Klausel werde gesagt, dass das Zusammenleben im Sinne einer (blossen) Wohngemeinschaft zu verstehen sei (Beschluss S. 4 f.). Die Beschwerdeführerin rügt, es sei unerfindlich, wie das Obergericht zu diesem Schluss gelange. Die Klausel sage nirgends aus, dass eine blossen Wohngemeinschaft genüge (Beschwerdeschrift S. 9, untere Hälfte).

In der betreffenden Erwägung geht das Obergericht vom Wortlaut der Klausel aus, wonach sich die Unterhaltsbeiträge reduzieren, wenn die Beschwerdeführerin länger als sechs Monate mit einem Mann zusammenlebe, und diese vom 25. Monat an während der restlichen Dauer einer solchen Wohngemeinschaft entfallen. Voraussetzung nach diesem Text sei allein, dass eine Wohngemeinschaft von einer gewissen Dauer vorliege. Es sei keine Rede davon, dass der Beschwerdeführerin dadurch ein wirtschaftlicher Vorteil erwachsen müsse. Ebenso wenig werde verlangt, dass eine umfassende Lebensgemeinschaft vorliege (Beschluss S. 4 Erw. II/6). Tatsächlich werden im Wortlaut der Klausel ausser der Dauer keine weiteren Voraussetzungen an das Zusammenleben bzw. die Wohngemeinschaft formuliert, unter welchen die Rente sich reduziert oder sistiert wird. Es ist nicht willkürlich und verletzt kein klares Recht, daraus die Aussage zu schliessen, das Zusammenleben in einer blossen Wohngemeinschaft sei gemeint.

c) Unerfindlich sei, so die Beschwerdeführerin weiter, weshalb das Obergericht anführe: "Vor Inkrafttreten des neuen Scheidungsrechts mag eine solche Klausel dahingehend im Interesse der unterhaltsberechtigten Partei gelegen haben, als dass die Rente bloss eingestellt werden konnte und bei einer Auflösung des Konkubinats wieder auflebte. Heute besteht an einer solchen Klausel dieses Interesse nach dem Gesagten nicht mehr." (Beschluss S. 6) oben. Diese Anmerkung des Obergerichts sei zuerst einmal aktenwidrig, da ohne Beweisverfahren keine Aussage über die Interessenlage der Parteien möglich sei. Weiter sei die Anmerkung unrichtig, denn es mache einen grossen Unterschied, ob auf Abänderung der veränderten Verhältnisse geklagt, oder nur der Eintritt einer bereits vereinbarten Bedingung festgestellt werden müsse. Eine Klage auf Abänderung finde im ordentli-

chen Verfahren statt, währenddem der Eintritt einer Bedingung im summarischen Verfahren festgestellt werden könne. Es bestehe somit auch heute nach Inkrafttreten des neuen Scheidungsrechts sehr wohl ein Interesse an einer solchen Klausel. Die im Scheidungsurteil vom 21. August 2003 auf Seite 5 festgehaltenen Einkommens- und Notbedarfszahlen, die der Unterhaltsrente zu Grunde gelegt hätten, zeigten klar auf, dass der Notbedarf der Beschwerdeführerin damals nicht einmal gedeckt gewesen sei. Es sei klar im Interesse der Beschwerdeführerin gewesen, dass eine Aufhebung dieser Rente nur sehr zurückhaltend in Frage komme (Beschwerdeschrift S. 9 f.).

Die gerügte Feststellung des Obergerichts bezieht sich auf die nach neuem Recht gegebene, im alten Recht nicht vorgesehene Möglichkeit, die Rente im Falle der Verbesserung der finanziellen Verhältnisse der Unterhaltsbeiträge (zum Beispiel infolge Senkung der Lebenskosten bei einer Wohngemeinschaft) für eine gewisse Zeit einzustellen (Art. 129 Abs. 1 ZGB). Einer speziellen Vereinbarung der Parteien hierzu, d.h. zur Ermöglichung einer solchen Sistierung, bedürfe es im Gegensatz zu früher, als gesetzlich nur die Reduktion oder Aufhebung der Rente vorgesehen gewesen sei, nicht mehr (Beschluss S. 5 f.). Das Obergericht hält damit nicht fest, eine Konkubinatsklausel sei in jedem Fall sinnlos. Im Gegenteil hält das Obergericht fest, die streitige Klausel verfolge unter anderem den Zweck, aufwendige Abänderungsverfahren zu vermeiden und die Sistierung der Unterhaltsbeiträge an einfach erkennbare, äusserliche Umstände zu knüpfen, unter gleichzeitiger Vereinbarung einer entsprechenden Informationspflicht der Beschwerdeführerin, Dies liege auch im Interesse derselben (Beschluss S. 6 f.). Damit gibt das Obergericht das Argument wieder, das die Beschwerdeführerin im Kassationsverfahren vorbringt, nämlich das Interesse der Parteien, nicht einen ordentlichen Abänderungsprozess führen zu müssen, sondern den Eintritt einer vorher vereinbarten Bedingung in einem summarischen Verfahren feststellen lassen zu können.

Da das Obergericht in der gerügten Erwägung keine konkrete tatsächliche Annahme trifft, sondern sich allgemein zum Interesse an einer Konkubinatsklausel im Hinblick auf die Möglichkeit der vorübergehenden Einstellung der Rente nach

neuem Recht äussert, geht die Rüge der aktenwidrigen tatsächlichen Annahme zum vornherein fehl.

Es trifft zu, dass in der Scheidungskonvention die Nettoerwerbseinkommen und Lebenshaltungskosten der Parteien, auf welchen die Höhe der vereinbarten Rente basiert, festgehalten sind und dass das damalige Nettoerwerbseinkommen der Beschwerdeführerin bei weitem nicht ausreichte, um aus eigener Kraft die Lebenshaltungskosten zu decken (ER act. 2 S. 5 lit. b). Daraus ergibt sich jedoch nicht ohne weiteres ein ausserordentliches Interesse an einer Erschwerung der Aufhebung der Rente. Immerhin enthält die Scheidungskonvention auch eine Regelung der Reduzierung der Rente im Falle eines Anstiegs des Nettoerwerbseinkommens der Beschwerdeführerin. Die Parteien scheinen also zum Zeitpunkt des Abschlusses der Konvention eine Verbesserung der Einkommenssituation und damit auch des Verhältnisses zwischen Einkommen und Lebenshaltungskosten der Beschwerdeführerin zumindest nicht ausgeschlossen haben.

Zweck der Konkubinatsklausel ist es unter anderem, wie das Obergericht zutreffend festhält, aufwändige Abänderungsverfahren zu vermeiden. Es gibt wenig Sinn, wenn statt dessen das summarische Verfahren betreffend Feststellung, ob die in der Konkubinatsklausel genannte Bedingung erfüllt sei, mit einem Beweisverfahren über die Motivation der Parteien zum Abschluss der Konvention und zur Aufnahme der Konkubinatsklausel bzw. zu deren konkreten Formulierung belastet würde. Es ist nicht zu beanstanden, wenn der Einzelrichter und das Obergericht ohne Durchführung eines Beweisverfahrens auf den Wortlaut der fraglichen Konvention, in dem vermutungsweise die Interessen beider anwaltlich vertretenen Parteien ihren Ausgleich gefunden haben, sowie auf die weitere Aktenlage und die Vorbringen der Parteien im Feststellungsverfahren abstellen.

Die in diesem Zusammenhang angebrachten Rügen erweisen sich als unbegründet.

d) Das Obergericht hält fest, es sei den Parteien unbenommen, soweit im Rahmen von Art. 140 Abs. 2 ZGB eine richterliche Genehmigung erfolgen könne, von der gesetzlichen Regelung abzuweichen und weitere Sistierungs- oder Aufhe-

bungsgründe vorzusehen (Beschluss S. 6 Mitte). Die Beschwerdeführerin erachtet diese Feststellung als unverständlich. Gerade was die Parteien unter Anwendung des Vertrauensprinzips hätten vereinbaren wollen, habe das Obergericht nicht herausgefunden. Aufgrund der Mankosituation seitens der Beschwerdeführerin, die im Scheidungsurteil offensichtlich sei, wäre eine weitere Reduktion des Ehegatten-Unterhaltsbeitrags nicht bewilligungsfähig gewesen und hätte gut begründet werden müssen. Desgleichen komme ein einfaches Dahinfallen dieses Unterhaltsbeitrags nicht in Frage und wäre ebenfalls nicht bewilligungsfähig gewesen (Beschwerdeschrift S. 10 f.).

Die Einzelrichterin im ordentlichen Verfahren hatte zu prüfen, ob die Scheidungskonvention auf Grund der damals bestehenden persönlichen und wirtschaftlichen Situation der Parteien zu genehmigen sei. Sie konnte dabei naturgemäss nicht jede denkbare Variante künftiger Veränderungen der Verhältnisse mit deren jeweils konkreter Ausgestaltung berücksichtigen. Für eine Anpassung der Regelungen des Scheidungsurteils an veränderte Verhältnisse steht deshalb grundsätzlich der Abänderungsprozess offen. Treffen die Parteien in der Scheidungskonvention Regelungen für nicht im einzelnen absehbare Veränderungen der Verhältnisse, so kann die richterliche Überprüfung der Angemessenheit ("nicht offensichtlich unangemessen", Art. 140 Abs. 2 ZGB) nur eine rudimentäre sein. Im Zeitpunkt des Abschlusses und der Genehmigung der Scheidungskonvention wohnte D.J. nicht bei der Beschwerdeführerin. Die Beschwerdeführerin macht auch nicht geltend, es sei schon damals absehbar und für den Beschwerdegegner und die Scheidungsrichterin erkennbar gewesen, dass die heutige Wohnsituation mit der gegenwärtigen konkreten Ausgestaltung der Aufnahme D.J.s durch die Beschwerdeführerin in deren Wohnung eintreten werde. Somit war und ist irrelevant, ob eine Reduktion der Rente oder ein Wegfall derselben genehmigungsfähig gewesen wäre, wenn diese Situation schon während des Scheidungsverfahrens bestanden hätte oder eingetreten wäre. Für von der Beschwerdeführerin selbst herbeigeführte Veränderungen ihrer Lebenssituation nach erfolgter Scheidung und für die sich daraus auch im Hinblick auf die abgeschlossene Scheidungskonvention ergebenden rechtlichen Konsequenzen zeichnet die Beschwerdeführerin verantwortlich.

5. Die Beschwerdeführerin rügt, indem das Obergericht den Ehemann vom Beweis einer umfassenden Lebensgemeinschaft entbinde, weil es beim Zusammenwohnen nur auf den äusseren Sachverhalt ankomme, verstosse es gegen die Fürsorgepflicht für die schwächere Partei. Wie bereits ausgeführt, handle es sich der Beschwerdeführerin gemäss Scheidungsurteil vom 21. August 2003 um einen Mankofall. Für die Bemessung und Aufhebung der dringend benötigten Ehepaarunterhaltsrente seien strenge Anforderungen anzuwenden. Richtig sei, dass die Rentenregelung frei disponibel sei. Dies sei bereits unter dem alten Scheidungsrecht so gewesen. Aber die Gerichte hätten damals und heute trotzdem eine gewisse Fürsorgepflicht für den schwächeren Teil. Deshalb seien Konventionen auch heute noch in allen Punkten zu genehmigen. An die Aufhebung einer Ehegattenunterhaltsrente seien strenge Massstäbe anzulegen, weil diese Aufhebung regelmässig den wirtschaftlich schwächeren Teil treffe. Auch aus diesem Grund könne das Obergericht nicht einfach den Wortlaut der Vereinbarung heranziehen und die gesamte eigene und bundesgerichtliche Rechtsprechung zu dieser Problematik vergessen. Das Urteil des Obergerichts vom 27. März 1995 nehme auch Bezug auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung, die in BGE 118 II 235 eine umfassende Lebensgemeinschaft mit Ausschliesslichkeitscharakter verlange, eine Lebensgemeinschaft, die sowohl eine geistig-seelische und körperliche als auch eine wirtschaftliche Komponente aufweise. Diese Rechtsprechung sei vom Bundesgericht dahingehend "aufgeweicht" worden, als dass heute auch von einem Zusammenleben ausgegangen werden könne, wenn die wirtschaftliche Komponente aus irgendeinem Grund fehle (Urteile vom 4. März 2002, 5P.409/2001, und vom 2. Juni 2003, 5C.70/2003). Aufgrund dieser neuen Urteile müssten dazu aber trotzdem andere Komponenten eines Zusammenlebens vorhanden sein. Diese andern notwendigen Komponenten habe das Obergericht gar nicht gesucht (Beschwerdeschrift S. 11 f. Ziff. C.3.4).

Wie die Beschwerdeführerin durch Hinweis auf zwei Bundesgerichtsentscheide aus den Jahren 2002 und 2003 selbst aufzeigt, hat sich die bundesgerichtliche Rechtsprechung seit dem BGE 118 II 235 (vom 16. Januar 1992), auf welchen das Obergericht in seinem Urteil vom 27. März 1995 Bezug nimmt (vgl. einzelrichterliche Verfügung vom 4. Oktober 2001, OG act. 14/2 S. 7), etwas gewandelt.

Das Bundesgericht hält in seiner Entscheidung vom 4. März 2002 (5P.409/2001; kann unter [www.bger.ch](http://www.bger.ch) eingesehen werden) fest, indem ein Konkubinat verneint werde, weil der Lebenspartner der rentenberechtigten Partei nicht in der Lage sei, diese zu unterstützen, werde die Beistandspflicht willkürlich auf die finanzielle Komponente reduziert und verkannt, dass für die Bejahung der Frage, ob eine Lebensgemeinschaft als stabiles Konkubinat qualifiziert werden dürfe, die gegenseitige Zuneigung und die Qualität der Schicksalsgemeinschaft nicht weniger entscheidend seien. Bloss der Umstand, dass die Konkubinatspartner sich gegenseitig finanziell nicht unterstützen könnten, reiche zur Verneinung eines Konkubinats nicht aus (Erw. 2b).

Das besagte Urteil des Bundesgerichts vom 4. Oktober 2001 handelt von vorsorglichen Massnahmen im laufenden Scheidungsprozess (vgl. Erw. 1). Das ebenfalls zitierte Urteil des Bundesgerichts vom 2. Juni 2003 (5C.70/2003) betrifft ein Verfahren auf Abänderung des Scheidungsurteils (Erw. A). In beiden Fällen waren somit richterlich getroffene Regelungen und nicht, wie im vorliegenden Fall, eine von den Parteien selbst vereinbarte und richterlich genehmigte Konkubinatsklausel in einer Scheidungskonvention zu beurteilen. Wie das Obergericht zutreffend festhält (Beschluss S. 3 unten), unterliegt die Regelung des nahehelichen Unterhaltsbeitrags im Sinne von Art. 125 ZGB grundsätzlich der Privatautonomie der Parteien. Die richterliche Genehmigung einer aus freiem Willen und nach reiflicher Überlegung getroffenen Vereinbarung der Parteien betreffend die Nebenfolgen der Ehescheidung, so auch betreffend Scheidungsrenten, ist nur zu verweigern, wenn die getroffene Regelung offensichtlich unangemessen ist (Art. 140 Abs. 2 ZGB). Eine solche Vereinbarung kann somit auch dann genehmigungsfähig sein, wenn sie nicht mit der Regelung übereinstimmt, welche der Richter anstelle einer Scheidungskonvention treffen würde. Bei der Prüfung der Angemessenheit mag die von der Beschwerdeführerin angerufene Fürsorgepflicht für die schwächere Partei Platz greifen.

Ob der Grad des Zusammenlebens der Beschwerdeführerin mit D.J. im Sinne der bundesgerichtlichen Anforderungen genügen würde, um in einem ordentlichen Abänderungsprozess - ohne Vorliegen einer geltenden Konkubinatsklausel - eine

Einstellung der Zahlungspflicht des Beschwerdegegners zu erreichen, ist nicht entscheidend. Die Vorinstanzen hatten nicht über die Abänderung eines Scheidungsurteils zu befinden, sondern lediglich, ob eine Bedingung gemäss einer von der Scheidungsrichterin mit in Rechtskraft erwachsenem Urteil genehmigten Konkubinatsklausel eingetreten sei. Für einen Ermessensentscheid zugunsten einer angeblich schwächeren Partei bestand in diesem summarischen Verfahren kein Raum. Die Rüge der Verletzung der Fürsorgepflicht und damit klaren materiellen Rechts ist unbegründet.

6. Zusammenfassend erweist sich die Nichtigkeitsbeschwerde in allen Teilen als unbegründet und ist sie abzuweisen.

### III.

Ausgangsgemäss wird die Beschwerdeführerin für das vorliegende Kassationsverfahren kosten- und entschädigungspflichtig (§ 64 Abs. 2 ZPO, § 68 Abs. 1 ZPO). Infolge bewilligter unentgeltlicher Prozessführung sind die Kosten jedoch einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen, wobei eine Nachzahlungspflicht der Beschwerdeführerin für den Fall, dass sie in günstige wirtschaftliche Verhältnisse kommt, vorbehalten bleibt (§ 92 ZPO).

Die Prozessentschädigung ist dem unentgeltlichen Rechtsvertreter des Beschwerdegegners zuzusprechen (§ 89 Abs. 1 ZPO).

Der unentgeltliche Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin ist aus der Gerichtskasse zu entschädigen. Ebenfalls ist dem unentgeltlichen Rechtsvertreter des Beschwerdegegners für den Fall der Unerhältlichkeit der Prozessentschädigung eine Entschädigung aus der Gerichtskasse zuzusprechen (§ 89 Abs. 2 ZPO).

**Das Gericht beschliesst:**

1. Die Nichtigkeitsbeschwerde wird abgewiesen.  
Damit entfällt die der Beschwerde verliehene aufschiebende Wirkung.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf:  
Fr. 700.-- ; die weiteren Kosten betragen:  
Fr. 461.-- Schreibgebühren,  
Fr. 152.-- Zustellgebühren und Porti.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden der Beschwerdeführerin auferlegt, jedoch infolge bewilligter unentgeltlicher Prozessführung auf die Gerichtskasse genommen. Eine Nachzahlungspflicht im Sinne von § 92 ZPO bleibt vorbehalten.
4. Die Beschwerdeführerin wird verpflichtet, Rechtsanwalt ... für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 800.-- (inkl. MWSt.) zu entrichten.  
Im Fall der Uneinbringlichkeit dieser Prozessentschädigung wird Rechtsanwalt ... für seine Bemühungen und Auslagen als unentgeltlicher Rechtsvertreter des Beschwerdegegners mit Fr. 800.-- (inkl. MWSt.) aus der Gerichtskasse entschädigt.
5. Rechtsanwalt ... wird für seine Bemühungen und Auslagen als unentgeltlicher Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin mit Fr. 1'200.-- (inkl. MWSt.) aus der Gerichtskasse entschädigt.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich und den Einzelrichter im summarischen Verfahren des Bezirkes Winterthur (ad EU040081), je gegen Empfangsschein.

---

**KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH**

Der juristische Sekretär:

