



Kass.-Nr. AA050095/U/cap

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Robert Karrer, Alfred Keller, Karl Spühler und die Kassationsrichterin Yvona Griesser sowie der Sekretär Roland Götte

Zirkulationsbeschluss vom 15. November 2005

in Sachen

1. **A.X.**,
2. **B.X.**,
3. **C.X.**,
4. **D.X.**,

Kläger, Rekurrenten und Beschwerdeführer

2, 3, 4 vertreten durch A.X.

gegen

Y.,

Beklagter, Rekursgegner und Beschwerdegegner

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. U.

betreffend **Durchführung einer öffentlichen Hauptverhandlung**

Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 13. Mai 2005 (LN050031/U)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Im Rahmen des im März 2002 beim Bezirksgericht Zürich eingeleiteten Forderungsprozesses zwischen A.X. und B.X (künftig: Beschwerdeführer) und Y. (künftig: Beschwerdegegner) wies das Bezirksgericht Zürich in seinem Beschluss vom 17. Dezember 2004 ein Gesuch der Beschwerdeführer um Bestellung eines Rechtsvertreters i.S.v. § 29 Abs. 2 ZPO ab. Im selben Beschluss wurde sodann angeordnet, dass der Prozess im schriftlichen Verfahren fortgesetzt werde (BG act. 169). Mit Eingabe vom 31. Dezember 2004 stellten die Beschwerdeführer den Antrag, es sei dieser Beschluss in Wiedererwägung zu ziehen, wobei sie weiterhin die Bestellung eines rechtlichen Vertreters und die mündliche Fortsetzung des Verfahrens verlangten (BG act. 173). Dieses Gesuch bekräftigten die Beschwerdeführer mit Schreiben vom 12. Februar 2005 (BG act. 189) bzw. 11. März 2005 (BG act. 198), doch trat das Bezirksgericht Zürich in seinem Beschluss vom 22. März 2005 darauf nicht ein (BG act. 199).

2. Gegen diesen Beschluss haben die Beschwerdeführer beim Obergericht rekurriert (OG act. 2). Soweit sich die Beschwerdeführer dabei gegen das Nichteintreten auf ihr Wiedererwägungsgesuch wendeten, trat das Obergericht auf den Rekurs mit Beschluss vom 13. Mai 2005 nicht ein (OG act. 11 = KG act. 2; künftig: KG act. 2). Dabei hielt es fest, dass gegen einen Entscheid, mit welchem auf ein Wiedererwägungsgesuch nicht eingetreten werde bzw. mit welchem ein solches abgewiesen werde, kein Rechtsmittel zur Verfügung stehe, wenn sich die Verhältnisse seit Erlass des in Wiedererwägung zu ziehenden Entscheides nicht geändert hätten. Die Beschwerdeführer hätten weder hinsichtlich der Verfahrensart (mündlich oder schriftlich) noch hinsichtlich der Bestellung eines Vertreters nach § 29 Abs. 2 ZPO dargelegt, inwiefern sich die Verhältnisse seit dem 17. Dezember 2004 geändert hätten. So hätten weder die Frage, ob die Beschwerdeführer zu kautionsieren seien noch die Frage, ob deren Prozessführung als rechtsmissbräuchlich zu bezeichnen sei, einen Einfluss darauf, ob das

Verfahren mündlich oder schriftlich fortzusetzen sei oder ob den Beschwerdeführern ein Rechtsvertreter nach § 29 ZPO zu bestellen sei. Die Argumentation der Beschwerdeführer, wonach die Beantwortung ihrer umfangreichen Replik nach Meinung des Beschwerdegegners einen Zeitbedarf von über 100 Stunden nach sich ziehe, weshalb aus prozessökonomischen Gründen eine mündliche Verhandlung angezeigt sei, wurde vom Obergericht verworfen: Die 376seitige Replik vom 4. Oktober 2004 sei bereits vor dem fraglichen Beschluss vom 17. Dezember 2004 erstattet worden, womit bei der Fällung des Entscheides bekannt gewesen sei, dass die Erstattung der Duplik einen aussergewöhnlich hohen Zeitaufwand erfordern würde. Der Umstand, dass der Beschwerdegegner den Zeitbedarf in der Zwischenzeit auf über 100 Stunden beziffert habe, stelle keine Veränderung der Verhältnisse dar, welche eine neue Beurteilung rechtfertigen könnte (KG act. 2 S. 4-6 [Ziff. 5]).

5. Gegen diesen Nichteintretensentscheid haben die Beschwerdeführer rechtzeitig kantonale Nichtigkeitsbeschwerde ergriffen. Sie stellen sinngemäss den Antrag, es sei der angefochtene Beschluss aufzuheben und die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen (vgl. KG act. 1 S. 2).

Die den Beschwerdeführern mit Präsidialverfügung vom 6. Juli 2005 auferlegte Prozesskaution von Fr. 4'000.-- (KG act. 8) wurde fristgerecht geleistet (KG act. 11).

Die Vorinstanz hat ausdrücklich auf Vernehmlassung verzichtet (KG act. 10), der Beschwerdegegner hat innert der ihm gesetzten Frist keine Beschwerdeantwort eingereicht.

II.

1. Das Obergericht hat festgehalten, dass die beiden Söhne der Beschwerdeführer aus dem Prozess ausgeschieden seien (KG act. 2 S. 3/4 [Ziff. 3]); sie werden im Rubrum des Rekursentscheides auch nicht mehr aufgeführt. Diese Feststellung wird nicht angefochten und es werden diesbezüglich auch keine Nichtigkeitsgründe geltend gemacht (vgl. KG act. 1 S. 14). Soweit die beiden

Söhne dennoch als Partei in der Beschwerdeschrift aufgeführt werden, ist auf deren Beschwerde somit mangels Legitimation nicht einzutreten.

Der Umstand, dass der Beschwerdeführer 2 seine ihm gegenüber dem Beschwerdegegner zustehenden Rechte in einer mit "Zession (Abtretungsvertrag)" betitelten Urkunde vom 3. Juli 2005 an die Beschwerdeführerin 1 abgetreten hat (KG act. 3/4), ändert nichts daran, dass er vom angefochtenen Rekursentscheid - zumindest hinsichtlich der Regelung der Kostenfolgen - betroffen ist. In dieser Hinsicht steht einem Eintreten auf seine Beschwerde folglich nichts entgegen. Weil besagte Urkunde auch mit "Vollmacht" betitelt ist, ist davon auszugehen, dass sich der Beschwerdeführer 2 im vorliegenden Beschwerdeverfahren durch die Beschwerdeführerin 1 vertreten lässt.

2. Die Beschwerdeführer sind sodann darauf hinzuweisen, dass sich die Vorinstanz im angefochtenen Rekursentscheid in keiner Weise zur Frage geäußert hat, ob der Beschwerdegegner die Beschwerdeführer beim Vergleichsabschluss falsch beraten hat und deshalb schadenersatzpflichtig ist - diese Frage bildet Gegenstand des Hauptprozesses. Soweit in der Beschwerdeschrift entsprechende Ausführungen gemacht werden (vgl. KG act. 1 S. 4-10), sind diese für das vorliegende Nichtigkeitsverfahren irrelevant, und es ist darauf nicht weiter einzugehen.

3. Die Beschwerdeführer wehren sich dagegen, dass das Obergericht auf ihren Rekurs gegen den Nichteintretensentscheid betreffend ihr Wiedererwägungsgesuch nicht eingetreten ist. Soweit die Beschwerdeführer damit sinngemäss eine Verletzung des rechtlichen Gehörs rügen, vermögen sie allerdings keinen Nichtigkeitsgrund darzutun:

3.1 Auch wenn dies in der ZPO nicht explizit festgehalten wird, kann das Gericht seine prozessleitenden Entscheide bis zum Endentscheid in Wiedererwägung ziehen. Die Parteien haben allerdings keinen Anspruch auf Wiedererwägung; ebenso stehen ihnen gegen Entscheide, mit welchen ihre Wiedererwägungsgesuche abgewiesen werden bzw. mit welchen darauf nicht eingetreten wird, keine Rechtsmittel zur Verfügung (RB 1999 Nr. 96; Frank/Sträuli/Messmer,

Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich 1997, N 4 zu § 190 ZPO). Das Gesagte gilt allerdings nur dort, wo sich die massgeblichen Umstände seit Erlass des in Wiedererwägung zu ziehenden Entscheides nicht verändert haben. Haben sich die Verhältnisse, die dem ersten Entscheid zugrunde lagen, in der Zwischenzeit geändert und beantragt eine Partei gestützt darauf die Überprüfung bzw. Neufassung des Entscheides, hat sie einen Anspruch auf die erneute Überprüfung. Bei richtiger Betrachtung handelt es sich in einem solchen Fall allerdings nicht um ein Wiedererwägungsgesuch im eigentlichen Sinne, sondern um ein neues Gesuch bzw. Begehren, welches gleich wie ein erstmals gestelltes zu behandeln ist. Das Gericht ist in einem solchen Falle verpflichtet, die Tragweite der inzwischen erfolgten Veränderungen zu würdigen und erneut darüber zu entscheiden, ob die Voraussetzungen für die Gutheissung des Begehrens vorliegen. Entsprechend stehen der Partei auch die üblichen Rechtsmittel gegen die Ablehnung ihres Gesuchs zur Verfügung (Kass.-Nr. AA040074, Entscheid vom 6. Juli 2004, i.S. S., Erw. II.2.1.a, mit Verweisen [insb. auf ZR 79 Nr. 66, ZR 68 Nr. 121 und ZR 41 Nr. 68]).

3.2 Die Beschwerdeführer behaupten sinngemäss, die Verhältnisse hätten sich in Bezug auf die Frage nach der Bestellung eines Rechtsvertreters nach § 29 Abs. 2 ZPO seit dem 17. Dezember 2004 verändert. Zur Begründung verweisen sie lediglich auf das am 25. Januar 2005 gestellte Kautionsgesuch des Beschwerdegegners (KG act. 1 S. 16 unten). Es ist jedoch nicht ersichtlich, inwiefern sich der beschwerdegegnerische Antrag betreffend Kautionsleistung (BG act. 176) auf die Fähigkeit der Beschwerdeführer, ihre Sache gehörig zu führen, hätte auswirken sollen. Eine Veränderung der massgeblichen Verhältnisse ist damit jedenfalls nicht dargetan, weshalb der angefochtene Rekursentscheid in dieser Hinsicht nicht zu beanstanden ist.

3.3 Die Beschwerdeführer machen im Weiteren geltend, die Verhältnisse hätten sich auch in Bezug auf die Verfahrensart (mündlich oder schriftlich) verändert. Der Umfang ihrer schriftlichen Replik habe den Beschwerdegegner dazu bewogen, ein Kautionsgesuch zu stellen, habe er in diesem Gesuch vom 25. Januar 2005 doch zum Ausdruck gebracht, dass die Erstattung der Duplik ei-

nen übermässigen Aufwand nach sich ziehe, weil die Replik zu umfangreich sei und sich nicht auf das Notwendige beschränke. Diese Reaktion des Beschwerdegegners stelle entgegen der Ansicht der Vorinstanz eine Veränderung der Verhältnisse dar, denn im Rahmen einer mündlichen Verhandlung würde die Möglichkeit bestehen, das Wesentliche vom Unwesentlichen zu trennen (KG act. 1 S. 11 ff.). Mit diesen Ausführungen wiederholen die Beschwerdeführer lediglich die bereits vor Obergericht vorgetragene Argumentation. Da der Nichtigkeitskläger den behaupteten Nichtigkeitsgrund in der Beschwerdeschrift selbst nachweisen muss (§ 288 Ziff. 3 ZPO) und gemäss § 290 ZPO lediglich die geltend gemachten Nichtigkeitsgründe überprüft werden, kann er sich aber nicht auf appellatorische Kritik beschränken, sondern hat sich konkret mit dem angefochtenen Entscheid bzw. den darin enthaltenen Erwägungen auseinanderzusetzen. Weil sich die Beschwerdeführer mit der Erwägung des Obergerichtes, wonach die Replik im Zeitpunkt des Erlasses des Beschlusses (17. Dezember 2004) bereits eingegangen sei, womit bekannt gewesen sei, dass die Erstattung der Duplik einen aussergewöhnlich hohen Zeitaufwand in Anspruch nehmen würde, in keiner Weise auseinandersetzen, ist auf die Rüge in dieser Hinsicht folglich nicht einzutreten.

4.1 In der Beschwerdeschrift wird im Weiteren vorgebracht, dass das Obergericht den Rekursentscheid ohne Einholung einer Rekursantwort gefällt habe. Damit - so die Beschwerdeführer - habe die Vorinstanz den Grundsatz der Rechtsgleichheit verletzt, weil es "plausibel" gewesen wäre, die Meinung der einflussreichen Gegenpartei zu hören. Aus diesem Grunde sei die Sache zurückzuweisen und das Obergericht anzuweisen, eine Rekursantwort einzuholen (KG act. 1 S. 13 unten).

4.2 Es ist nicht nachvollziehbar, weshalb die Beschwerdeführer unter dem Aspekt der Rechtsgleichheit einen Anspruch darauf haben sollten, dass sich der Beschwerdegegner zu ihrer Rekurschrift äussert. In dieser Hinsicht erweist sich die Rüge jedenfalls als unbegründet. Sollten die Beschwerdeführer allenfalls eine Verletzung von § 277 ZPO rügen wollen, sind sie zur Beschwerdeführung sodann gar nicht legitimiert: Diese Bestimmung, wonach das Gericht unter Um-

ständen eine Rekursantwort einzuholen hat, schützt lediglich den Anspruch des Rekursgegners auf Gewährung des rechtlichen Gehörs. Dem Rekurrenten (vorliegend: die Beschwerdeführer) steht es jedenfalls nicht zu, im Rahmen eines Nichtigkeitsverfahrens die Verletzung des rechtlichen Gehörs der Gegenpartei zu rügen. In dieser Hinsicht wäre auf die Rüge nicht einzutreten.

5.1 Nicht einverstanden sind die Beschwerdeführer schliesslich mit dem Umstand, dass ihnen die Kosten des Rekursverfahrens auferlegt wurden. Sie rügen sinngemäss eine Verletzung von § 64 Abs. 3 ZPO und bringen zur Begründung vor, sie hätten sich in guten Treuen zur Prozessführung gezwungen gesehen, weil der Beschwerdegegner bis anhin ein persönliches Gespräch zwecks Erzielung einer friedlichen und effizienten Lösung des Falles verweigert habe (KG act. 1 S. 17/18).

5.2 Aufgrund der besonderen Natur des Beschwerdeverfahrens haben die Nichtigkeitskläger genau darzulegen, woraus sich ein Nichtigkeitsgrund ergeben soll; es ist nicht Sache des Kassationsgerichtes, in den Akten nach den Grundlagen des geltend gemachten Nichtigkeitsgrundes zu suchen (vgl. von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen, 2. A., Zürich 1986, S. 18; Spühler/Vock, Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund, Zürich 1999, S. 72 f.). Nachdem die Beschwerdeführer gar nicht darlegen, welche konkreten Gesprächsangebote der Beschwerdegegner denn überhaupt ausgeschlagen haben soll, erscheint es fraglich, ob auf dieses Vorbringen überhaupt einzutreten ist. Doch selbst wenn man darauf eintreten wollte und der Beschwerdegegner vor der Ergreifung des Rekurses tatsächlich wenig Gesprächs- bzw. Vergleichsbereitschaft gezeigt hätte, so wäre trotzdem nicht einzusehen, inwiefern ein solches Verhalten hätte Anlass bieten sollen, gegen den bezirksgerichtlichen Entscheid vom 22. März 2005 zu rekurrieren. Die Rüge erwiese sich somit ohnehin als unbegründet.

III.

Die Kosten des vorliegenden Verfahrens sind ausgangsgemäss den Beschwerdeführern 1-4 unter solidarischer Haftbarkeit aufzuerlegen (§ 64 Abs. 2 ZPO). Der Beschwerdegegner hat die Beschwerde nicht beantwortet und gilt damit nicht als obsiegende Partei i.S.v. § 68 Abs. 1 ZPO, weshalb ihm keine Prozessentschädigung zuzusprechen ist.

Das Gericht beschliesst:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf:
Fr. 1'300.-- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 197.-- Schreibgebühren,
Fr. 133.-- Zustellgebühren und Porti.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden den Beschwerdeführern 1-4 unter solidarischer Haftbarkeit auferlegt.
4. Es wird keine Prozessentschädigung zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons und die 7. Abteilung des Bezirksgerichts Zürich, je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär: