



Kass.-Nr. AA100045/U/mum

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Andreas Donatsch, Paul Baumgartner, die Kassationsrichterin Yvona Griesser und der Kassationsrichter Matthias Brunner sowie der juristische Sekretär Christof Tschurr

Zirkulationsbeschluss vom 2. Juni 2010

in Sachen

X.,

Kläger, Rekurrent und Beschwerdeführer
vertreten durch Rechtsanwalt

gegen

Z.,

Beklagte, Rekursgegnerin und Beschwerdegegnerin
vertreten durch Rechtsanwalt

betreffend

**Abänderung Scheidungsurteil / Prozesskaution /
unentgeltliche Prozessführung / unentgeltliche Rechtsvertretung**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der I. Zivilkammer des
Obergerichts des Kantons Zürich vom 4. März 2010 (LQ090080/U d.v.
LQ090089)**

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

1. Mit Urteil vom 15. August 2008 schied der Einzelrichter im ordentlichen Verfahren des Bezirkes Affoltern die Ehe der Parteien und verpflichtete den Beschwerdeführer, der Beschwerdegegnerin einen nahehelichen monatlichen Unterhaltsbeitrag von Fr. 2'000.-- bis zu ihrem Eintritt ins ordentliche AHV-Alter zu bezahlen (BG act. 3/2). Auf eine Berufung des Beschwerdeführers verpflichtete ihn auch das Obergericht des Kantons Zürich mit Urteil vom 4. Mai 2009 zur gleichen Unterhaltsleistung an die Beschwerdegegnerin (BG act. 3/3). Am 15. Juni 2009 reichte der Beschwerdeführer beim Bezirksgericht Zürich eine Klage betreffend Abänderung des Scheidungsurteils ein und beantragte insbesondere, dieses sei dahingehend seinen Einkommensverhältnissen anzupassen, dass sein Existenzminimum gewahrt werde. Ferner ersuchte er um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (BG act. 1 S. 2).

2. Mit Verfügung vom 7. September 2009 setzte der Einzelrichter an der 6. Abteilung des Bezirksgerichts Zürich dem Beschwerdeführer eine Frist von 10 Tagen zur Leistung einer Prozesskaution von Fr. 6'000.-- an unter der Androhung, dass bei Säumnis auf die Klage nicht eingetreten werde (BG act. 11). Dagegen reichte der Beschwerdeführer einen Rekurs an das Obergericht des Kantons Zürich ein mit den Anträgen, die einzelrichterliche Verfügung sei aufzuheben und er sei wegen Mittellosigkeit von Prozesskautionen oder anderen Zahlungen zu befreien. Ferner sei ihm auch für das Rekursverfahren "die vollumfängliche Rechtswohltat" (offensichtlich gemeint: der unentgeltlichen Rechtspflege) zu bewilligen (OG act. 2 S. 2). Mit Verfügung vom 28. September 2009 ersuchte das Obergericht mit der Feststellung, in der angefochtenen einzelrichterlichen Verfügung vom 7. September 2009 werde erwogen, dass das Armenrechtsgesuch abzuweisen sei, der Verfügung sei indes keine diesbezügliche Dispositiv-Ziffer zu entnehmen, den Einzelrichter um Erlass einer ergänzenden Verfügung betreffend formelle Erledigung des Armenrechtsgesuchs (OG act. 7). Mit Verfügung vom 1. Oktober 2009 wies der Einzelrichter das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ab (OG act. 8). Auch gegen diese Verfügung reichte der Beschwerdeführer einen Rekurs ein mit demselben Rechts-

begehren (OG act. 10/2). Das Obergericht (dessen I. Zivilkammer) vereinigte die beiden Rekursverfahren (OG act. 9, act. 10/6, act. 11) und wies mit Beschluss vom 4. März 2010 sowohl die Gesuche um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Rekursverfahren als auch die Rekurse des Beschwerdeführers ab, bestätigte die angefochtenen einzelrichterlichen Verfügungen vom 7. September 2009 und vom 1. Oktober 2009 und setzte dem Beschwerdeführer eine neue Frist zur Leistung der Prozesskaution von Fr. 6'000.-- an (OG act. 15 = KG act. 2).

3. Gegen den obergerichtlichen Beschluss vom 4. März 2010 reichte der Beschwerdeführer innert der 30-tägigen Beschwerdefrist (OG act. 16/2, KG act. 1) eine Nichtigkeitsbeschwerde ein mit dem Antrag, der obergerichtliche Beschluss sei aufzuheben und das Verfahren sei an die Vorinstanz zurückzuweisen. Ferner sei dem Beschwerdeführer auch für das Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Rechtspflege (unentgeltliche Prozessführung, unentgeltlicher Rechtsbeistand) zu gewähren (KG act. 1 S. 2). Mit Schreiben vom 7. April 2010 wurde den Parteien und den Vorinstanzen vom Eingang der Beschwerde Kenntnis gegeben (KG act. 5). Am 8. April 2010 gingen die vorinstanzlichen Akten ein (KG act. 6/1 - 2).

4. Da sich die Nichtigkeitsbeschwerde sofort als unbegründet erweist (vgl. die nachfolgenden Erwägungen), kann von Weiterungen im Sinne von § 289 ZPO abgesehen, d.h. darauf verzichtet werden, der Vorinstanz Gelegenheit zur Vernehmlassung und der Beschwerdegegnerin zur Beschwerdeantwort zu geben (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 1997, N 2 zu § 289).

5. Die Vorinstanz erwog, gemäss Art. 129 Abs. 1 ZGB könne eine Rente bei erheblicher oder dauernder Veränderung der Verhältnisse herabgesetzt, aufgehoben oder für eine bestimmte Zeit eingestellt werden. Grundvoraussetzung für eine Urteilsabänderung sei eine nach dem Scheidungsurteil eingetretene Veränderung der Verhältnisse zumindest einer Partei. Eine solche Veränderung liege nur dann vor, wenn sie im Zeitpunkt der Urteilsfällung nicht voraussehbar gewesen sei. Vorhersehbaren Entwicklungen sei bereits im Scheidungsurteil Rechnung zu tragen. In diesem Sinne könne das Abänderungsverfahren nicht zu

einer Berichtigung des Scheidungsurteils, sondern nur zur Beurteilung neuer tatsächlicher Verhältnisse führen (KG act. 2 S. 6 Erw. 5 mit Verweisung auf Sutter/Freiburghaus, Kommentar zum neuen Scheidungsrecht [Zürich 1999], Art. 129 N 12 und N 15). Der Beschwerdeführer mache keine Veränderung der Verhältnisse geltend, die nach dem Scheidungsurteil eingetreten sei. Nicht näher einzugehen sei auf die umfangreichen Ausführungen betreffend die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens und die in diesem Zusammenhang vom Beschwerdeführer zitierte bundesgerichtliche Rechtsprechung zum Existenzminimum der unterhaltsverpflichteten Person. Der Einzelrichter habe bereits zutreffend ausgeführt, dass allfällige Einwände gegen das Scheidungsurteil auf dem ordentlichen Instanzenweg zu rügen gewesen wären, worauf der Beschwerdeführer, wie er selber ausführe, verzichtet habe. Noch einmal festzuhalten sei - so die Vorinstanz -, dass das Abänderungsverfahren nicht zu einer Berichtigung des Scheidungsurteils, sondern nur zur Beurteilung neuer tatsächlicher Verhältnisse führen könne (KG act. 2 S. 7 f.). Zusammenfassend sei festzuhalten, dass der Beschwerdeführer auch im Rekursverfahren keine Abänderungsgründe geltend mache. Folglich sei die Einschätzung des Einzelrichters zu bestätigen, wonach die Rechtsbegehren als aussichtslos im Sinne der Rechtsprechung zum prozessualen Armenrecht zu bezeichnen seien (KG act. 2 S. 8 Erw. 7).

6. In seiner Nichtigkeitsbeschwerde macht der Beschwerdeführer geltend, die Vorinstanz stelle sich mit der von ihr zitierten Lehre auf den Standpunkt, wegen den nicht ergriffenen Rechtsmitteln gegen den obergerichtlichen Entscheid vom 4. Mai 2009 bestünden keinerlei Abänderungsmöglichkeiten, um die Unterhaltspflicht aufzuheben respektive den gegebenen Tatsachen anzupassen. Seines - bzw. seines Rechtsvertreters - Erachtens sei diese Rechtsauffassung, selbst wenn die Lehrbücher etwas anderes besagen sollten, falsch, da das Bundesgericht in unabänderlicher Rechtsprechung dem Rentenschuldner das Existenzminimum stets belassen habe. Dem Beschwerdeführer werde seit Jahren von seinen monatlichen Invalidenrenten ein Betrag weggepfändet (KG act. 1 S. 3). Da seine Leistungsschwäche offenkundig sei, entspreche die obergerichtliche Rechtsauffassung einer nicht nur falschen, sondern auch böswilligen Unterstellung ihm gegenüber, laufe der bundesgerichtlichen Rechtsprechung in krasser

Weise zuwider und komme damit einer materiellen Rechtsverletzung gleich. Es möge zwar sein, dass allfällige Einwände gegen das Scheidungsurteil auch auf dem ordentlichen Instanzenweg zu rügen gewesen wären. Dem Beschwerdeführer bleibe aber unter den gegebenen Umständen nichts anderes übrig, als dieses Mal den Instanzenweg auszureizen, bevor überhaupt an ein Revisionsbegehren gedacht sein solle, in welchem wohl wieder dieselben Rügen gehört würden. Zweifellos bestehe ein Risiko, dass sich etwelche mit diesem Fall zu befassenden Richter erneut auf einen überspitzt formalistischen Standpunkt stellen. Es sollte aber doch dem gesunden Menschenverstand entspringen, dass ein ausgewiesener unrechtmässiger Zustand nicht aus formalistischen Gründen noch über eine Dauer von ca. sechs Jahren aufrechterhalten werden könne. Der Beschwerdeführer erwarte deshalb mit dem kassationsgerichtlichen Entscheid, ob dieser nun zu seinen Gunsten oder zu seinen Ungunsten ausfalle, zumindest einen Hinweis darauf, wie im Falle der Abweisung weiterzuvorgehen sei (KG act. 1 S. 4).

7. Der schon damals anwaltlich vertretene Beschwerdeführer ergriff gegen das obergerichtliche Urteil vom 4. Mai 2009 kein Rechtsmittel; und zwar nach Darstellung seines Rechtsvertreters bewusst, weil er sich in einem Rechtsmittelverfahren kaum Erfolgchancen ausrechnete (BG act. 1 S. 3). Der Beschwerdeführer bzw. sein Vertreter waren sich bewusst, dass das obergerichtliche Urteil in der Woche vor Einreichung der Abänderungsklage "in sämtlichen Punkten rechtskräftig geworden" ist (BG act. 1 S. 3). Dabei wird dem Beschwerdeführer nach der Darstellung in der Nichtigkeitsbeschwerde seit Jahren von seinen monatlichen Invalidenrenten ein Betrag weggepfändet (KG act. 1 S. 3). Das war mithin bereits zum Zeitpunkt des Erlasses des bezirksgerichtlichen Scheidungsurteils vom 15. August 2008 und des obergerichtlichen Berufungsurteils vom 4. Mai 2009 der Fall. Diese rechtskräftigen Urteile umfassen also diesen Sachverhalt.

Zumindest jedem patentierten Anwalt müssen die Wirkungen der Rechtskraft klar sein. Die Anordnungen und Feststellungen im Dispositiv eines Urteils binden die Gerichte in einem späteren Prozess zwischen den gleichen Parteien (§ 191 Abs. 1 ZPO). Nach Eintritt der Rechtskraft ist es (abgesehen von gewis-

sen, vorliegend entweder offensichtlich nicht vorhandenen oder zumindest nicht vorgebrachten Ausnahmen [erst nachträglich entdeckter Nichtigkeits- oder Revisionsgrund]) nicht mehr möglich, dieselben Fragen zwischen den gleichen Parteien beim gleichen Sachverhalt noch einmal gerichtlich (und wiederholt) beurteilen zu lassen. Es bleibt beim einmal erlassenen rechtskräftig gewordenen Urteil; selbst wenn dieses falsch sein und/oder einer gerichtlichen, auch höchst-richterlichen Praxis diametral widersprechen sollte.

Eine Besonderheit besteht gemäss spezieller gesetzlicher Vorschrift bei einer rechtskräftig beurteilten und festgesetzten Scheidungsrente. Eine solche kann gemäss ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift *bei erheblicher und dauernder Veränderung der Verhältnisse* abgeändert werden (Art. 129 Abs. 1 ZGB). Voraussetzung für eine solche Abänderung ist, wie bereits aus dem völlig klaren, unzweifelhaften Gesetzeswortlaut hervorgeht und in Literatur und Gerichtspraxis immer wieder betont wird (vgl. etwa, wie bereits von der Vorinstanz zitiert, Sutter/Freiburghaus, a.a.O., N 12 und N 15 zu Art. 129; Bundesgerichtsentscheid vom 27. Februar 2002 5C.15/2002, publiziert und kommentiert in FamPra 2002 Nr. 79, Bundesgerichtsentscheid vom 29. Mai 2007 5A_721/2007, publiziert in FamPra 2008 Nr. 97), eine dauernde und im Scheidungszeitpunkt nicht voraussehbare Änderung der wirtschaftlichen Verhältnisse. Grundlage können nur echte Noven sein. Keinesfalls kann das Abänderungsverfahren nach Art. 129 Abs. 1 ZGB der Korrektur des Scheidungsurteils dienen. In diesem Abänderungsverfahren kann nicht nachgeholt werden, was im Scheidungsprozess versäumt wurde; noch weniger selbstverständlich, worauf im Scheidungsprozess (inkl. Rechtsmittelverfahren) bewusst verzichtet wurde.

Gleichwohl machte der Beschwerdeführer mit der kurz nach Eintritt der Rechtskraft des Berufungsurteils geltend gemachten Abänderungsklage keine anderen Verhältnisse geltend als diejenigen, welche bereits vor Eintritt der Rechtskraft vorhanden und bekannt waren. Er möchte mit der angestregten Abänderungsklage mehr oder weniger explizit (vgl. OG act. 2 S. 4) eine Korrektur des rechtskräftig gewordenen Scheidungsurteils, bezüglich welchem er bewusst mangels Erfolgsaussichten auf die Einreichung weiterer Rechtsmittel verzichtet

hatte. Das ist nach der ganz klaren Rechtslage ausgeschlossen. Offensichtlich zu Recht erachteten die Vorinstanzen diese Abänderungsklage als aussichtslos und verweigerten dem Beschwerdeführer dafür unentgeltliche Rechtspflege.

8. Ein Nichtigkeitsgrund beim angefochtenen obergerichtlichen Beschluss ist denn auch nicht ersichtlich. Als einzigen Nichtigkeitsgrund behauptet der Beschwerdeführer eine Verletzung klaren materiellen Rechts im Sinne von § 281 Ziff. 3 ZPO (KG act. 1 S. 4). Der Kassationsgrund der Verletzung klaren materiellen Rechts ist nur dann gegeben, wenn die Rechtsauffassung der Vorinstanz direkt unvertretbar ist und ein grober Verstoss oder Irrtum bei der Anwendung des materiellen Rechts vorliegt. Eine Aufhebung des angefochtenen Entscheides kann deshalb nur erfolgen, wenn über die Auslegung einer Rechtsregel kein begründeter Zweifel bestehen kann (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 51 zu § 281; von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. Auflage, Zürich 1986, S. 28). Vorliegend ist gerade das Gegenteil der Fall: Der angefochtene Beschluss entspricht, wie dargelegt, klarem Recht.

Es kommt dazu, dass derjenige, der eine Nichtigkeitsbeschwerde erhebt, den geltend gemachten Nichtigkeitsgrund nachzuweisen hat (§ 281 Ziff. 3 ZPO). Der Beschwerdeführer macht in seiner Beschwerde gerade das Gegenteil. Nicht nur legt er nicht dar, inwiefern die vorinstanzliche Rechtsanwendung welcher bewährten Lehre und Rechtsprechung widersprechen soll, nicht nur geht er darüber hinweg, dass die vorinstanzliche Rechtsanwendung in offensichtlichem Einklang mit dem Gesetzeswortlaut steht, sondern er erklärt sogar selber, dass die Lehrbücher etwas anderes als seine eigene Auffassung besagten, nämlich das, was die Vorinstanzen anwandten (KG act. 1 S. 3), und erklärt damit implizit, dass die vorinstanzliche Rechtsanwendung gerade nicht klares materielles Recht verletzt. Wenn er in diesem Zusammenhang geltend macht, das Bundesgericht habe in unabänderlicher Rechtsprechung dem Rentenschuldner das Existenzminimum stets belassen (KG act. 1 S. 3), so wäre dieses Argument ggfs. seinerzeit im Scheidungsprozess vorzubringen gewesen, kann aber, wie die Vorinstanzen klar und zutreffend, in Übereinstimmung mit dem Gesetzeswortlaut und der

zitierten Lehre und Rechtsprechung darlegten, ohne Veränderung der Verhältnisse nicht einfach als Korrektur des rechtskräftigen Scheidungsurteils im Abänderungsverfahren vorgebracht werden, sondern geht an dessen Thematik und Voraussetzungen vorbei.

9. Die einzige konkret vorgebrachte Rüge der Verletzung klaren materiellen Rechts geht offensichtlich fehl. Die Beschwerde ist unbegründet und abzuweisen. Sie war von Anfang an aussichtslos, weshalb auch das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Beschwerdeverfahren abzuweisen ist.

10. Der Beschwerdeführer beantragt den Beizug der Akten des Stadtammann- und Betreibungsamtes (KG act. 1 S. 3). Diese Akten sind indes für die Beurteilung der Nichtigkeitsbeschwerde irrelevant. Auch dieser Antrag ist deshalb abzuweisen.

11. Der Beschwerdeführer erwartet vom Kassationsgericht einen Hinweis, wie im Falle der Abweisung der Beschwerde weiter zu verfahren sei (KG act. 1 S. 4). Das Kassationsgericht beurteilt Nichtigkeitsbeschwerden (§ 69a GVG). Dabei überprüft es nur die geltend gemachten Nichtigkeitsgründe (§ 290 ZPO). Ratschläge an die Parteien für ein Verhalten nach einer Abweisung einer Beschwerde hat es nicht zu erteilen.

12. Ausgangsgemäss sind die Kosten dieses Beschwerdeverfahrens dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (§ 64 Abs. 2 ZPO). Das Obergericht verpflichtete den Beschwerdeführer mit Urteil vom 4. Mai 2009, der am 17.12.1952 geborenen Beschwerdegegnerin bis zu ihrem Eintritt ins ordentliche AHV-Alter einen monatlichen Unterhaltsbeitrag von Fr. 2'000.-- zu bezahlen (BG act. 3/3 S. 18). Der Beschwerdeführer beantragte die Herabsetzung dieses Unterhaltsbeitrages auf eine Höhe, dass ihm das Existenzminimum bleibe (BG act. 1 S. 2). Durch Einreichung von Pfändungsprotokollen machte er eine pfändbare Quote von Fr. 414.- monatlich als Betrag geltend, mit bzw. nach welchem ihm das Existenzminimum bleibe (BG act. 3/5 - 3/7). Sinngemäss beantragte er damit eine Reduktion des monatlichen Unterhaltsbeitrages von Fr. 2'000.-- auf Fr. 414.--, d.h. um Fr. 1'586.- monatlich. Kapitalisiert bis zum Eintritt der Beschwerdegegnerin ins ordentliche

AHV-Alter, d.h. bis zum Erreichen ihres 64. Altersjahres (Art. 21 Abs. 1 lit. b AHVG), ergibt das einen Streitwert von rund Fr. 132'000.--. Aus diesem Streitwert resultiert gemäss § 4 Abs. 1 der Verordnung des Obergerichts über die Gerichtsgebühren (GGebV) eine Gerichtsgebühr von Fr. 10'030.--. Diese kann gemäss § 4 Abs. 2 GGebV bei periodisch wiederkehrenden Leistungen um einen Drittel ermässigt werden. Beim Entscheid über die Prozesskaution und über die beantragte unentgeltliche Rechtspflege handelt es sich um einen prozessleitenden Entscheid. Dafür beträgt die GGebV 2/3 bis 3/4 des Betrags, der sich in Anwendung von § 4 GGebV ergibt (§ 7 GGebV). Im Rechtsmittelverfahren bemisst sich die Gebühr grundsätzlich nach den für die Vorinstanz geltenden Regeln (§ 13 Abs. 1 GGebV). Aus den demnach zulässigen Reduktionsmöglichkeiten resultiert eine Gerichtsgebühr von Fr. 4'458.--.

13. Der Beschwerdegegnerin ist mangels erheblicher Aufwendungen im Beschwerdeverfahren keine Prozessentschädigung zuzusprechen.

14. Praxisgemäss ist dem Beschwerdeführer die vorinstanzlich (neu) angesetzte Frist zur Leistung der Prozesskaution neu anzusetzen.

13. Beim vorliegenden Beschluss handelt es sich um einen Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG. Demnach ist gegen ihn die Beschwerde in Zivilsachen gemäss Art. 72 ff. BGG an das Bundesgericht nur unter den in Art. 93 BGG genannten Voraussetzungen zulässig. Ob diese erfüllt sind, entscheidet das Bundesgericht. Das Gleiche gilt bezüglich des obergerichtlichen Beschlusses vom 4. März 2010.

Das Gericht beschliesst:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Das Gesuch des Beschwerdeführers um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Beschwerdeverfahren wird abgewiesen.
3. Der Antrag auf Beizug der Akten des Stadtammann- und Betreibungsamtes wird abgewiesen.
4. Dem Beschwerdeführer wird eine neue Frist von **30 Tagen** ab Zustellung dieses Beschlusses zur Leistung der von der Vorinstanz (neu) festgesetzten Prozesskaution von Fr. 6'000.-- gemäss Dispositiv Ziffer 3 des obergerichtlichen Beschlusses vom 4. März 2010 angesetzt, unter den in der Verfügung des Einzelrichters am Bezirksgericht Zürich, 6. Abteilung, vom 7. September 2009 in Dispositiv-Ziffer 2 aufgeführten Bedingungen und Androhungen.
5. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 4'458.--.
6. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden dem Beschwerdeführer auferlegt.
7. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Prozessentschädigungen zugesprochen.
8. 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 rund Fr. 132'000.--.

Sodann läuft die Frist von 30 Tagen zur Anfechtung des Beschlusses des Obergerichtes vom 4. März 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.

9. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich sowie an den Einzelrichter im ordentlichen Verfahren des Bezirkes Zürich, 6. Abteilung (Proz.- Nr. FP090143), je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär: