



Kass.-Nr. AA100064-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

Zirkulationsbeschluss vom 6. September 2011

in Sachen

A. B.,

geboren ..., von ...,

whft. ...,

Kläger, Appellat und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. C.

substituiert durch Rechtsanwältin lic. iur. D.

gegen

E. F.,

geboren ..., von ...,

whft. ...,

Beklagte, Appellantin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. G.

betreffend

Ehescheidung

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der I. Zivilkammer des
Obergerichts des Kantons Zürich vom 23. April 2010 (LC090053/U)**

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Im Februar 2009 machte der Rechtsvertreter des Klägers beim Bezirksgericht H. eine Scheidungsklage anhängig und verlangte die Auflösung der Ehe der Parteien nach Art. 112, eventuell gestützt auf Art. 114 ZGB (ER act. 1). Die Beklagte sandte die Vorladung zur Hauptverhandlung vom 23. April 2009 am 15. Februar 2009 zusammen mit vier Beilagen und dem Vermerk "zu meiner Entlastung zurück (siehe Beilagen)" an das Bezirksgericht H. zurück (ER act. 7). Aus den beigelegten Beilagen ging hervor, dass die Beklagte am 23. Dezember 2008 beim Gericht in I. das Scheidungsverfahren anhängig gemacht hatte (BG act. 8/2-4). Mit Verfügung vom 19. Februar 2009 entschied der Einzelrichter des Bezirkes H., dass er für das vorliegende Scheidungsverfahren örtlich zuständig sei und die Hauptverhandlung vom 23. April 2009 gemäss der Vorladung stattfinden werde; diese Verfügung wurde der Beklagten zugestellt (ER act. 10). Die Beklagte erschien zur Hauptverhandlung nicht (ER Prot. S. 3, 4). Mit Urteil vom 11. Mai 2009 schied der Einzelrichter des Bezirkes H. die Ehe der Parteien gestützt auf Art. 114 ZGB. Er sprach keine nachehelichen Unterhaltsbeiträge zu, nahm Vormerk vom Rückzug des klägerischen Rechtsbegehren auf Herausgabe einer Uhr im Gegenzug zur Rückgabe eines Bildes und stellte fest, dass die Parteien in güterrechtlicher Hinsicht vollständig auseinander gesetzt seien. Weiter wurde keine Teilung der Austrittsleistungen der beruflichen Vorsorge vorgenommen und die festgesetzten Gerichtsgebühren wurden der Beklagten auferlegt und diese verpflichtet, dem Kläger eine Prozessentschädigung zu bezahlen (ER act. 18). Auf Verlangen der Beklagten bzw. deren Rechtsvertreter (ER act. 21 und 23) wurde den Parteien am 9. September 2009 das begründete Urteil zugestellt (ER act. 33), nachdem zuvor mit Verfügung vom 4. August 2009 das Gesuch der Beklagten um Wiederherstellung der Tagfahrt vom 23. April 2009 abgewiesen worden war (ER act. 31).

2. Mit Eingabe vom 18. November 2009 beantragte der Rechtsvertreter der Beklagten beim Obergericht des Kantons Zürich, das Urteil vom 11. Mai 2009 sei vollumfänglich aufzuheben und die Sache zur vollständigen neuen Durchführung eines Scheidungsverfahrens an die Vorinstanz zurückzuweisen (OG act. 44). Der Kläger beantragte die Abweisung der Berufung und die Bestätigung des angefochtenen Urteils (OG act. 55). Mit Beschluss vom 23. April 2010 hob die I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich das Urteil des Einzelrichters im ordentlichen Verfahren des Bezirkes H. vom 11. Mai 2009 auf und wies den Prozess zur korrekten Durchführung des Verfahrens an die Vorinstanz zurück; zugleich wurde das Begehren der Beklagten um Verpflichtung des Klägers zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses, eventualiter um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege, an die Vorinstanz zur Beurteilung und Entscheidung überwiesen und die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen wurden dem neuen Entscheid der Vorinstanz vorbehalten (OG act. 59 = KG act. 2).

3. Gegen diesen Beschluss erhob der Kläger und Beschwerdeführer (nachfolgend: Beschwerdeführer) kantonale Nichtigkeitsbeschwerde und beantragte die Aufhebung des Beschlusses vom 23. April 2010 und die Bestätigung des Urteils des Einzelrichters des Bezirkes H. vom 11. Mai 2009, eventualiter sei Ziff. 1 des Beschlusses des Obergerichts vom 23. April 2010 aufzuheben und das Verfahren an die Erstinstanz zur Durchführung der persönlichen Befragung der Beklagten zum Scheidungspunkt und zur Teilung der Austrittsleistung zurückzuweisen, subeventualiter sei das Verfahren an die Erstinstanz zurückzuweisen zur persönlichen Befragung der Beklagten bezüglich des Scheidungspunktes und der Nebenfolgen der Scheidung (KG act. 1, S. 2). Die dem Beschwerdeführer mit Präsidialverfügung vom 31. Mai 2010 im Sinne von § 75 ZPO ZH auferlegte Prozesskaution in der Höhe von Fr. 6'000.-- wurde innert Frist geleistet (KG act. 5 und 10). Die Vorinstanz hat auf eine Vernehmlassung zur Beschwerde verzichtet (KG act. 9). Die Beklagte und Beschwerdegegnerin (künftig: Beschwerdegegnerin) liess mit ihrer Beschwerdeantwort die Abweisung der Nichtigkeitsbeschwerde beantragen (KG act. 11).

II.

1. 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 Verfahrensrecht 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).

2.1 Der erstinstanzliche Richter hatte das Scheidungsurteil im Abwesenheitsverfahren erlassen, nachdem die Beschwerdegegnerin bereits zur Friedensrichterverhandlung vom 30. Januar 2009 nicht erschienen war (ER act. 2) und auch der Hauptverhandlung vom 23. April 2009 ferngeblieben war. Sie hatte die Vorladung "zu meiner Entlastung" am 15. Februar 2009 wieder an das Bezirksgericht H. zurückgesandt zusammen mit vier Beilagen, aus denen sich ergab, dass sie bereits am 23. Dezember 2008 bei der Pretura del Distretto di I. die Scheidungsklage eingereicht hatte (ER act. 7 und 8/1-4). Mit Verfügung vom 19. Februar hielt der Einzelrichter des Bezirkes H. fest, dass die Scheidungsklage des Beschwerdeführers vor jener der Beschwerdegegnerin rechtshängig gewesen sei und er deshalb örtlich zuständig sei; entsprechend hielt er fest, dass die Hauptverhandlung gemäss der Vorladung stattfinden werde (ER act. 9). Diese Verfü-

gung wurde nicht angefochten und der erstinstanzliche Richter ging in der Hauptverhandlung vom 23. April 2009 von einem unentschuldigtem Säumnis der Beschwerdegegnerin aus, liess den Vertreter des Beschwerdeführers zum einseitigen Vortrag zu und befragte den Beschwerdeführer ergänzend (Prot. ER S. 3 ff.). Vor dem Erlass des Urteils holte der erstinstanzliche Richter ohne Orientierung der Parteien Auskünfte bei der Auffangeinrichtung BVG und bei der Zentralstelle 2. Säule Sicherheitsfond BVG über allfällige Vorsorgeguthaben der Beklagten ein, mit negativem Bescheid (ER act. 15 – 17).

2.2 Nach Versand des Dispositivs des erstinstanzlichen Urteils beantragte der heutige Rechtsvertreter der Beschwerdegegnerin Akteneinsicht und wies darauf hin, dass er die Beschwerdegegnerin bereits im Eheschutzverfahren vertreten habe und sich eigentlich eine Vollmacht bereits bei den Eheschutz-Akten befinden sollte (ER act. 22A). Das Gesuch des Rechtsvertreters der Beschwerdegegnerin um Wiederherstellung der Tagfahrt vom 23. April 2009 (ER act. 24), weil sie nicht transport- und verhandlungsfähig gewesen sei, wies der Einzelrichter des Bezirkes H. mit Verfügung vom 4. August 2009 ab (ER act. 31); diese Verfügung blieb unangefochten. Hingegen erhob die Beschwerdegegnerin gegen das Urteil vom 11. Mai 2009 Berufung an das Obergericht und machte insbesondere geltend, der erstinstanzliche Richter habe unter Missachtung des dem Gericht bekannten zwischen ihr und ihrem Rechtsvertreter bereits seit dem Eheschutzverfahren bestehenden Vertretungsverhältnisses ein Abwesenheitsverfahren durchgeführt, ohne den Rechtsvertreter der Beschwerdegegnerin in irgend einer Weise zu kontaktieren oder von der Klage zu benachrichtigen, obwohl dem Gericht – zumindest in Beachtung von § 55 ZPO ZH – aus dem Eheschutzverfahren hätte bewusst sein müssen, dass die Beschwerdegegnerin den Prozess nicht allein führen könne, weshalb das Urteil aufzuheben und das Verfahren erneut durchzuführen sei (OG act. 44, S. 4 ff.).

2.3 Die Vorinstanz führte in ihrem Entscheid vom 23. April 2010 aus, es stelle sich in der Tat die Frage, ob der erstinstanzliche Richter nicht die Bevollmächtigung der Beschwerdegegnerin hätte prüfen müssen, nachdem sich in den beigezogenen Eheschutzakten der Parteien aus dem Jahre 2005 eine von der Be-

schwerdegegnerin auf den heute auftretenden Rechtsvertreter ausgestellte Vollmacht "betreffend Ehe" befunden habe. Zwar habe die Beschwerdegegnerin entgegen § 108 ZPO ZH zu Beginn des Verfahrens keine Prozessvollmacht eingereicht und auch weder vor Friedensrichter noch vor dem erstinstanzlichen Richter einen Hinweis auf ein (noch) bestehendes Vertretungsverhältnis gegeben, jedoch hätte dies die Vorinstanz angesichts der zwar weit zurückdatierten, aber doch die "Ehe" betreffenden Vollmacht in den beigezogenen Eheschutzakten hinterfragen und klären müssen, zumal kein Widerruf vorgelegen habe. Eine Klärung hätte sich jedenfalls vor dem Hintergrund der nachfolgend anzustellenden Überlegungen zu § 198 ZPO ZH aufgedrängt (KG act. 2, S. 6 f.).

Zu § 198 ZPO ZH führte die Vorinstanz aus, die Parteien würden ungeachtet des Beizuges eines Vertreters in der Regel persönlich befragt, wobei die bundesrechtliche Minimalanforderung gemäss Art. 139 ZGB betreffend Befragung zu dem Untersuchungsgrundsatz unterliegenden Themen ausgeweitet werde und nicht nur für den Scheidungspunkt und Kinderbelange, sondern für sämtliche durch das Scheidungsurteil zu regelnden Aspekte gelte. Demzufolge habe die Beschwerdegegnerin Anspruch darauf, persönlich angehört zu werden. Zwar gelte dieser nicht absolut, aber Ausnahmen seien nur zurückhaltend anzunehmen, beispielsweise bei Geisteskrankheit oder unbekannter Abwesenheit, während blosses Ausbleiben von der Hauptverhandlung erst recht Anstrengungen zur Befragung nötig mache. Es hätte zudem umso mehr Anlass zur Konfrontation der Beschwerdegegnerin mit den Vorbringen des Beschwerdeführers zum nahehelichen Unterhalt bestanden, als auf Grund der beigezogenen Eheschutzakten bekannt gewesen sei, dass der Beschwerdeführer ab August 2005 zur Bezahlung von Unterhaltsbeiträgen von Fr. 2'750.-- im Monat verpflichtet worden war; zudem sei in der Klagebegründung ausgeführt worden, dass die Beschwerdegegnerin einen schweren Autounfall erlitten habe und möglicherweise einen dauernden Erwerbsausfall habe und der Beschwerdeführer habe keine Auskunft über die wirtschaftlichen Verhältnisse der Beschwerdegegnerin geben können. Auch zum Güterrecht sei die Situation unklar gewesen, indem der Beschwerdeführer selbst von noch behaupteten offenen Ansprüchen der Beschwerdegegnerin gesprochen habe. Zudem hätte sich auch zum Aspekt der allfälligen Vorsorgekapitalien eine An-

hörung der Beschwerdegegnerin aufgedrängt. Schliesslich herrsche bezüglich Scheidungspunkt die Officialmaxime und die Vorinstanz habe diesbezüglich nicht einfach von einer Anerkennung der tatsächlichen Klagegründe und Verzicht auf Einreden ausgehen dürfen. Zwar sei klar, dass die Zweijahresfrist nach Art. 114 ZGB ausgehend vom Eheschutzentscheid aus dem Jahr 2005 abgelaufen war, jedoch könne nicht als erstellt gelten, dass die Trennung der Parteien auch tatsächlich ununterbrochen gelebt worden sei (KG act. 2, S. 7 f.).

Insgesamt sah das Obergericht das Verfahren des erstinstanzlichen Richters als nicht korrekt durchgeführt an, hob das Urteil vom 11. Mai 2009 auf und wies das Verfahren zur korrekten Durchführung und zu neuem Entscheid an den erstinstanzlichen Richter zurück (KG act. 2, S. 8).

3.1 Der Beschwerdeführer beanstandet mit seiner Nichtigkeitsbeschwerde einerseits, die Vorinstanz sei in Verletzung wesentlicher Verfahrensgrundsätze davon ausgegangen, dass die erste Instanz allfällige Vertretungsverhältnisse der Beschwerdegegnerin von sich aus abzuklären gehabt hätte. Andererseits beanstandet er, dass die Vorinstanz gestützt auf § 198 Abs. 1 ZPO ZH von einer "auf sämtliche mit dem Scheidungsurteil zu regelnden Aspekte" ausgedehnten Anhörungspflicht der säumigen Beschwerdegegnerin ausgegangen sei, ohne die – mit Ausnahme von bundesrechtlich geregelten Bereichen (Scheidungspunkt, Kinderbelange), wo die Untersuchungsmaxime zum Zuge kommt – allgemein geltende Dispositions- und Verhandlungsmaxime zu beachten.

3.2 Die Vorinstanz führte zur Frage, ob die erste Instanz die Frage der Bevollmächtigung durch die Beschwerdegegnerin hätte prüfen müssen, aus, eine solche Klärung hätte sich angesichts der sich in den beigezogenen Eheschutzakten befindlichen – nicht widerrufenen – Vollmacht betreffend "Ehe" und insbesondere vor dem Hintergrund der nachfolgenden Überlegungen zu § 198 ZPO ZH aufgedrängt (KG act. 2, Erw. 3.a, S. 6 f.). Vorweg sind daher insbesondere die von der Vorinstanz gemachten Überlegungen und die dazu geltend gemachten Nichtigkeitsgründe des Beschwerdeführers zu § 198 ZPO ZH zu prüfen.

3.3 a) Im Hinblick auf § 285 ZPO ZH ist vorerst zu prüfen, ob der beanstandete Mangel nicht mit einem Rechtsmittel beim Bundesgericht geltend gemacht werden könnte, nachdem das vorliegende Ehescheidungsverfahren grundsätzlich der zivilrechtlichen Beschwerde gemäss Art. 72 ff. BGG unterliegt. Diesbezüglich ist darauf hinzuweisen, dass zum Zeitpunkt des Erlasses des angefochtenen Urteils der Vorinstanz verschiedene das Scheidungsverfahren regelnde Verfahrensvorschriften des ZGB in Kraft standen (Art. 135 bis 149 ZGB, welche nunmehr im Zuge der Einführung der eidgenössischen Zivilprozessordnung durch entsprechende Bestimmungen ersetzt und daher im ZGB per 1. Januar 2011 aufgehoben wurden). Unter anderem enthielt Art. 139 ZGB im 2. Absatz die Bestimmung, wonach das Gericht Tatsachen, die zur Begründung einer Klage auf Ehescheidung dienen, nur dann als erwiesen annehmen darf, wenn es sich von deren Vorhandensein überzeugt hat. Sodann sieht das Bundesrecht die Untersuchungsmaxime auch in Kinderbelangen vor (Art. 145 Abs. 1 ZGB). Bereits vor der Revision des Scheidungsrechtes, welche am 1. Januar 2000 in Kraft trat, enthielt das Schweizerische Zivilgesetzbuch für das Scheidungsverfahren verschiedene Verfahrensbestimmungen, so unter anderem den Art. 158 aZGB, der in Ziff. 1 bestimmte, dass der Richter Behauptungen und Tatsachen, die zur Begründung der Klage dienen, nur dann als richtig annehmen darf, wenn er sich durch ein Beweisverfahren von ihrem Vorhandensein überzeugt hat. Auch bezüglich der Regelung der Kinderbelange galt bereits damals die Oficialmaxime (Art. 156 aZGB). § 198 ZPO ZH stand seit der Einführung der zürcherischen Zivilprozessordnung vom 13. Juni 1976 unverändert in Kraft. Demnach kann die bisher zu diesen Bestimmungen ergangene Rechtsprechung für die Beurteilung der vorliegenden Frage ebenfalls herangezogen werden.

Das Kassationsgericht hat in seiner bisherigen Rechtsprechung zur Rüge der Verletzung von § 198 ZPO ZH bzw. der Verletzung des Anspruches auf das rechtliche Gehör, indem entgegen dieser Bestimmung keine persönliche Befragung der Partei durchgeführt wurde, stets darauf verwiesen, dass die im Scheidungsverfahren (teilweise) vorgesehene Oficialmaxime vom Bundesrecht geregelt werde, und ist auf entsprechende Rügen nicht eingetreten (Kass.Nr. 133/81, Beschluss vom 31. August 1981 i.S. D. c. D., Erw. 2; Kass.Nr. 96/067, Beschluss

vom 19. November 1996 i.S. H. c. H. = RB 1996 Nr. 30). Nach Bundesrecht beurteile sich folglich auch, unter welchen Umständen ausnahmsweise von einer persönlichen Befragung der Scheidungspartei abgesehen werden könne bzw. welche Anstrengungen der Scheidungsrichter zu unternehmen habe, um die Partei persönlich befragen zu können. Insofern bleibe sodann kein Raum für die Anwendung gleichlautender kantonaler Verfahrensvorschriften (wie § 142 und 198 ZPO ZH) (RB 1996 Nr. 30). Diese Rechtsprechung impliziert allerdings, dass die kantonale Verfahrensvorschrift von § 198 ZPO ZH nicht weiter geht als die entsprechenden Verfahrensvorschriften des ZGB zur Geltung der Officialmaxime im Scheidungsverfahren. Dies entspricht der allgemeinen Regelung von § 54 ZPO ZH, wonach grundsätzlich die Parteien dem Gericht das Tatsächliche des Rechtsstreites darzulegen haben und das Gericht seinem Verfahren nur behauptete Tatsachen zugrunde legt (§ 54 Abs. 1 ZPO ZH); vorbehalten werden in Abs. 3 von § 54 ZPO ZH lediglich Rechtsverhältnisse, über welche die Parteien nicht frei verfügen können. Damit wird auf das materielle Recht Bezug genommen (Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Zürich 1979, S. 170 f.; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N. 24 ff. zu § 54 ZPO ZH), welches – wie oben dargelegt wurde – im Ehescheidungsrecht die Officialmaxime bezüglich der Tatsachen für die Begründung einer Scheidungsklage und die Gestaltung der Elternrechte vorsieht (Art. 139 und 145 ZGB). Soweit im Beschwerdeverfahren somit geltend gemacht würde, der Anspruch auf rechtliches Gehör sei verletzt worden, indem entgegen der Bestimmung von § 198 ZPO ZH keine Anhörung (einer) der Parteien stattgefunden habe, könnte darauf im Hinblick auf § 285 ZPO ZH und Art. 72 ff. BGG nicht eingetreten werden. Allerdings wird vorliegend nicht eine Verletzung des Anspruches auf rechtliches Gehör geltend gemacht, weil keine Anhörung stattgefunden habe, sondern im Gegenteil, die Vorinstanz sei zu Unrecht davon ausgegangen, dass eine solche Anhörung anzuordnen sei. Soweit sich die Vorinstanz dabei auf die Bestimmungen des ZGB (insbesondere Art. 139 ZGB) stützt, kann auf die Rüge im kantonalen Beschwerdeverfahren nicht eingetreten werden. Soweit die Vorinstanz allerdings ausführt, die Minimalanforderung gemäss Art. 139 Abs. 2 ZGB sei durch das kantonale Recht (§ 198 ZPO ZH) zulässigerweise ausgeweitet worden, indem der Untersuchungsgrundsatz für sämt-

liche mit dem Scheidungsurteil zu regelnden Aspekte gelte (KG act. 2, S. 7), wird kantonales Recht angewendet und die Rüge der falschen Anwendung kann mit kantonalen Nichtigkeitsbeschwerden überprüft werden.

b) Bisher sehen weder die Lehre noch die kantonalzürcherische Praxis in der Bestimmung gemäss § 198 ZPO ZH eine Ausdehnung der Offizial- und Untersuchungsmaxime in Ehescheidungsprozessen auf weitere Regelungsbelange (z.B. Unterhaltsbeiträge an Ehegatten, Güterrecht). Daran ändert auch der vorinstanzliche Hinweis auf den Basler Kommentar (Leuenberger, in: BSK ZGB-I, 3. Aufl., Basel 2006, N 15 und 19 zu Art. 139 ZGB) nichts, wonach das kantonale Verfahren den Scheidungsprozess auch vollständig unter den Untersuchungsgrundsatz stellen könne. Dass dies im Kanton Zürich (entgegen der allgemeinen Bestimmung von § 54 Abs. 1 ZPO ZH) gemacht worden wäre, wird auch von Leuenberger nicht vertreten. Er beschränkt sich vielmehr auf den Hinweis auf den Berner Kommentar von Bühler/Spühler (Bern 1980), welcher in N 47 zu Art. 158 aZGB den Kanton Zürich ausdrücklich unter den Kantonen aufführt, die es bei der (Minimal-)Regelung gemäss Bundesrecht belassen (sowie auf die St. Gallische Zivilprozessordnung, welche offenbar für das Ehescheidungsverfahren einen speziellen "Instruktionsprozess" vorsieht). Dies hat sich auch bei der Einführung des neuen Ehescheidungsrechtes und des kantonalen Angleichungsgesetzes im Jahr 2000 nicht geändert; insbesondere behielt damals § 198 ZPO ZH denselben Wortlaut wie bereits zuvor. Im vorinstanzlichen Entscheid wird nunmehr ohne Begründung von der langjährigen kantonalen Praxis zur Auslegung und Bedeutung von § 198 ZPO ZH abgewichen, was insofern kantonales Prozessrecht verletzt.

c) Zu prüfen bleibt, ob sich die oben festgestellte Verletzung von kantonalem Prozessrecht (§ 198 ZPO ZH) zu Lasten des Beschwerdeführers auf den vorinstanzlichen Entscheid ausgewirkt hat. Wie ausgeführt wurde, kann im kantonalen Beschwerdeverfahren nicht überprüft werden, ob die Vorinstanz allenfalls Bundesrecht verletzt hat. Wird nun ein Entscheid mit verschiedenen, den Entscheid selbständig tragenden Begründungen versehen, die zum Teil auf Bundesrecht beruhen, kann nur jener Teil überprüft werden, der auf kantonalem Recht beruht. Grundsätzlich wirkt sich somit ein allfälliger Nichtigkeitsgrund in der auf

kantonalem Recht beruhenden Begründung nicht aus, da der Entscheid in der kassationsgerichtlichen Überprüfung gestützt auf die bundesrechtliche Begründung Bestand hat. Im Hinblick auf eine mögliche (spätere) Anfechtung des Entscheides vor Bundesgericht ist der Beschwerdeführer durch einen allfälligen Nichtigkeitsgrund jedoch trotzdem beschwert, da es bei einer allfälligen Aufhebung der Begründung, die auf Bundesrecht beruht, darauf ankommt, ob die kantonale Begründung weiterhin Bestand hat oder nicht. Dies muss auch gelten, wenn wie vorliegend der angefochtene Entscheid im Ergebnis in einer Rückweisung des Obergerichts an die erste Instanz besteht und daher eine Anfechtung an das Bundesgericht meist erst mit dem Endentscheid in Frage kommt (vgl. dazu Art. 93 BGG). In diesem Fall fällt zwar eine Aufhebung des angefochtenen Entscheides ausser Betracht, weil die vom Kassationsgericht nicht zu überprüfende Hauptbegründung bestehen bleibt, jedoch ist die mit einem Nichtigkeitsgrund behaftete Eventualbegründung zu streichen. Dies muss auch bei der Anfechtung eines obergerichtlichen Rückweisungsentscheides gelten (vgl. dazu schon Kass. Nr. 91/085Z, Beschluss vom 2. September 1991 i.S. B. c. B., Erw. II.2.).

Demnach ist aus dem vorinstanzlichen Entscheid die Erwägung 3.b teilweise zu streichen, d.h. von Seite 7: "b) Nach § 198 Abs. 1 ZPO werden...." bis S. 8, 10. Zeile: "...der Beklagten aufgedrängt.". Die restliche Erwägung enthält die bundesrechtliche Begründung, kann daher nicht überprüft werden und hat weiterhin Bestand. Zu streichen ist auch der letzte Satz in Erw. 3.a, Seite 7 oben: "Aufgedrängt hätte sich die Klärung ... zu § 198 ZPO", da sich dieser Satz auf die mehrheitlich zu streichende Erwägung 3.b bezieht.

4.1 Der Beschwerdeführer macht mit seiner Beschwerde auch geltend, die Vorinstanz sei zu Unrecht davon ausgegangen, dass der erstinstanzliche Richter nach Beizug der Eheschutzakten die sich darin befindliche Vollmacht hätte hinterfragen müssen und allfällige Vertretungsverhältnisse der Beschwerdegegnerin abzuklären gehabt hätte, nachdem diese selbst in ihren Eingaben keine Angaben gemacht habe und im beigelegten eigenen deutschsprachigen Scheidungsbegehren an die Pretura del Distretto di I. unter der Rubrik "Vertreter" in der italienischen Fassung "nessuno", also "keinen" ausgefüllt habe. Gemäss § 108 ZPO ZH

müsse bei jedem (neuen) Verfahren eine Vollmacht zu den Akten gereicht werden, welche dann für den jeweiligen Prozess (inkl. Instanzenzug) gelte. Es sei jedoch nicht Sache des Gerichts nachzufragen, ob frühere Vertretungsverhältnisse weiter geltend würden. Obwohl die Beschwerdegegnerin nach der Vorladung über zwei Monate Zeit bis zur Hauptverhandlung gehabt habe, habe sie offenbar ihren heutigen Vertreter erst nach Erhalt des erstinstanzlichen Urteils beigezogen und ein Vertretungsverhältnis habe erst seit der Unterzeichnung der Vollmacht am 9. Juni 2009 bestanden. Die Vorinstanz habe wesentliche Verfahrensgrundsätze verletzt, indem es in falscher Anwendung von §§ 38 und 198 ZPO ZH eine Pflicht des Gerichtes zur Nachfrage statuiere (KG act. 1, S. 8 f.).

4.2 Die Vorinstanz führte aus, die erste Instanz hätte die Frage der Bevollmächtigung durch die Beschwerdegegnerin hinterfragen und klären müssen, nachdem sich in den Akten des beigezogenen Eheschutzverfahrens aus dem Jahr 2005 eine Vollmacht an den heute auftretenden Rechtsvertreter "betreffend Ehe" befunden habe und kein Widerruf vorgelegen habe. Diese Klärung hätte sich jedenfalls vor dem Hintergrund der Überlegungen zu § 198 ZPO ZH aufgedrängt (KG act. 2, S. 6 f.).

4.3 Wie sich zuvor gezeigt hat (Erw. 3), erwiesen sich allerdings die vorinstanzlichen Überlegungen zu § 198 ZPO ZH als nicht der kantonalen Praxis entsprechend und sind zu streichen. Somit kann im Hinblick auf die Erwägung zur allfälligen Vollmachtüberprüfung nicht (mehr) auf diese Erwägungen abgestellt werden.

Zu prüfen bleibt, ob die Vorinstanz davon ausgehen konnte, die erste Instanz hätte auf Grund der bei den beigezogenen Eheschutzakten liegenden Vollmacht aus dem Jahr 2005 "betreffend Ehe" bei der Beschwerdegegnerin oder deren (früheren) Rechtsvertreter Abklärungen über ein allfälliges (weiterbestehendes) Vertretungsverhältnis machen müssen. Der Beschwerdegegner macht diesbezüglich geltend, der Hinweis auf den Kommentar Frank/Sträuli/Messmer zu N 4 § 38 ZPO ZH sei nicht einschlägig, da dieser nur gelte, wenn zu Beginn oder während eines Verfahrens eine weit zurückdatierte Vollmacht eingereicht werde, nicht jedoch, wenn ohne Hinweis auf ein allfälliges Vertretungsverhältnis gar keine

Vollmacht eingereicht werde (KG act. 1, S. 8). Im vorliegenden Fall lag eine weit zurückdatierte Vollmacht mit dem Betreff "Ehe" und damit auch ein Hinweis auf ein Vertretungsverhältnis vor. Diese Vollmacht wurde zwar von der Beschwerdegegnerin nicht im vorliegenden Ehescheidungsverfahren eingereicht, sondern befand sich in den vom Gericht beigezogenen Eheschutzakten. In Anbetracht des engen Zusammenhangs zwischen Eheschutz- und späteren Scheidungsverfahren war aber diese Vollmacht vom Gericht zu beachten; zumindest wären die Beschwerdegegnerin und allenfalls auch ihr aus der früheren Vollmacht hervorgehender Rechtsvertreter anzufragen gewesen, ob das Vertretungsverhältnis weiter bestehe. Dies ergibt sich schon aus dem Grundsatz, wonach alle Beteiligten eines Prozesses (und damit auch das Gericht; vgl. Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 8 f. zu § 50 ZPO ZH) nach dem Grundsatz von Treu und Glauben zu handeln haben (§ 50 Abs. 1 ZPO ZH) und somit auch unabhängig von der (vorinstanzlichen) Auslegung von § 198 ZPO ZH. Die Nachfrage drängte sich umso mehr auf, als das Verhalten der Beschwerdegegnerin, die sich der Teilnahme am erstinstanzlichen Verfahren komplett verweigert hatte, in Anbetracht der auf dem Spiel stehenden Interessen wenig nachvollziehbar erschien und sich die Nachfrage des Gerichts nicht zuletzt auch im Hinblick auf die Frage aufdrängte, ob die Beschwerdegegnerin fähig sei, ihre Sache selbst gehörig zu führen (vgl. § 29 Abs. 2 ZPO ZH). Ob sich die Zulässigkeit des Vorgehens der Vorinstanz auf § 38 ZPO ZH oder eher auf § 50 i.V.m. § 29 Abs. 2 ZPO ZH stützen liess, kann dahin gestellt bleiben; jedenfalls liegt diesbezüglich keine Verletzung wesentlicher Verfahrensgrundsätze vor und konnte die Vorinstanz auch hinsichtlich der Nichtbeachtung der Vollmacht von der nicht korrekten Durchführung des erstinstanzlichen Verfahrens ausgehen.

5. Zusammenfassend ist damit in teilweiser Gutheissung der Nichtigkeitsbeschwerde ein Teil der vorinstanzlichen Begründung zu streichen (vgl. Erw. 4 hier-
vor).

III.

Der Beschwerdeführer verlangte mit seinem Hauptantrag die Aufhebung des angefochtenen Entscheides und die Bestätigung des erstinstanzlichen Urteils vom 11. Mai 2009 (KG act. 1, S. 2). Die Beschwerdegegnerin hat die vollumfängliche Abweisung der Beschwerde beantragt (KG act. 11, S. 2). Die Beschwerde führt zwar nicht zur Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheides, jedoch zur Streichung einer Begründung. Im Ergebnis obsiegen und unterliegen die Parteien damit je zur Hälfte, weshalb die Gerichtskosten den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen und die Prozessentschädigungen gegenseitig wettzuschlagen sind.

Beim vorliegenden Beschluss handelt es sich um einen Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG. Demnach ist gegen ihn die Beschwerde in Zivilsachen gemäss Art. 72 ff. BGG an das Bundesgericht nur unter den in Art. 93 BGG genannten Voraussetzungen zulässig. Ob diese erfüllt sind, entscheidet das Bundesgericht.

Das Gericht beschliesst:

1. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde wird im Sinne der Erwägungen ein Teil der Erwägungen 3a und 3b des Urteils der I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 23. April 2010 gestrichen. Im übrigen wird die Beschwerde abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 3'000.--.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt.
4. Die Prozessentschädigungen werden wettgeschlagen.
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.

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 H. (ad FE090044), je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Die juristische Sekretärin: