



Kass.-Nr. AA060003/U/dv. AA060007/U/mb

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Hans Michael Riemer, Dieter Zobl, die Kassationsrichterin Sylvia Frei und der Kassationsrichter Rudolf Ottomann sowie die Sekretärin Daniela Brüscheweiler

Zirkulationsbeschluss vom 12. September 2006

in Sachen

X.,

Klägerin, Rekurrentin, Beschwerdegegnerin und Beschwerdeführerin
vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. _____

gegen

Y.,

Beklagter, Rekursgegner, Beschwerdeführer und Beschwerdegegner
vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. _____

betreffend

Revision des Scheidungsurteils

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der I. Zivilkammer des
Obergerichts des Kantons Zürich vom 30. November 2005 (LQ050026/U)**

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Mit Urteil des Bezirksgerichts Horgen vom 20. Dezember 1995 wurde die Ehe zwischen Y. und X. geschieden (ER act. 3/1). Das Scheidungsurteil wurde mit Entscheid des Amtsgerichts ____ vom 18. Dezember 1998 in Bezug auf die Kinderunterhaltsbeiträge abgeändert (ER act. 3/4). Am 23. Juni 2004 liess X. beim Bezirksgericht ____ ein Revisionsbegehren stellen (ER act. 1). Mit Verfügung vom 11. Februar 2005 wies der Einzelrichter im ordentlichen Verfahren (Erstinstanz) das Revisionsbegehren ab (ER act. 13).

2. Mit Eingabe vom 7. März 2005 liess X. gegen den erstinstanzlichen Entscheid Rekurs erheben (OG act. 2). Mit Beschluss vom 30. November 2005 wies die I. Zivilkammer (Vorinstanz) den Rekurs ab (OG act. 18 bzw. KG act. 2).

3. Gegen den Beschluss der I. Zivilkammer erhoben beide Parteien kantonale Nichtigkeitsbeschwerde. X. beantragt die Aufhebung des angefochtenen Entscheides und Rückweisung der Sache an die Vorinstanz, eventualiter Aufhebung des angefochtenen Entscheides und Gutheissung des Rekurses (KG act. 1 S. 2). Der Präsident des Kassationsgerichtes verfügte am 17. Januar 2006, die der Beschwerdeführerin mit Präsidialverfügung vom 11. Januar 2006 auferlegte Kautions von Fr. 11'000.-- werde aus der von der Beschwerdeführerin bei der Bezirksgerichtskasse ____ geleisteten Kautions bezogen, womit die für das Kassationsverfahren auferlegte Kautions als rechtzeitig geleistet gelte (KG act. 11). Am 20. Januar 2006 ging einerseits eine ergänzende Beschwerdebegündung (KG act. 13), andererseits eine Vernehmlassung der Vorinstanz (KG act. 14) ein. Die Vorinstanz verzichtete auf Vernehmlassung zur ergänzenden Beschwerdebegündung (KG act. 17). Der Beschwerdegegner äusserte sich mit der Beschwerdeantwort vom 1. Februar 2006, stellte jedoch keine formellen Anträge (KG act. 20). Die Beschwerdeführerin nahm mit Eingaben vom 3. Februar und 22. Februar 2006 Stellung zur Vernehmlassung der Vorinstanz (KG act. 21) bzw. zur Beschwerdeantwort (KG act. 25). Der Beschwerdegegner verzichtete auf die Einrei-

chung weiterer Eingaben (KG act. 24 und 29). Anzumerken ist, dass - wie sich aus nachfolgenden Erwägungen ergibt - die Beschwerdereplik der Beschwerdeführerin entgegen der Annahme des Beschwerdegegners (KG act. 29) nicht aus dem Recht zu weisen ist. Die Beschwerdeführerin liess auch Berufung an das Bundesgericht einreichen (KG act. 1 S. 3).

Y. lässt mit seiner Nichtigkeitsbeschwerde (KG act. 30/1) beantragen, Ziffer 5 des angefochtenen Beschlusses (Prozessentschädigung) sei aufzuheben und es sei ihm eine solche von Fr. 12'465.-- zuzusprechen; eventualiter sei die Sache zur Neubeurteilung von Ziffer 5 an die Vorinstanz zurückzuweisen (KG act. 30/1 S. 2). Die dem Beschwerdeführer auferlegte Kautions (KG act. 30/4) ging fristgemäss ein (KG act. 30/7). Die Vorinstanz hat auf Vernehmlassung verzichtet (KG act. 30/6). Die Beschwerdegegnerin verzichtete in ihrer Beschwerdeantwort darauf, konkrete Anträge zu stellen (KG act. 30/8 S. 2). Der Beschwerdeführer liess sich zur Eingabe der Beschwerdegegnerin nicht (mehr) vernehmen (KG act. 30/11).

II.

Die beiden Verfahren Kass.-Nr. AA060003 und AA060007 betreffen dieselben Parteien und haben denselben Beschluss der I. Zivilkammer des Obergerichts vom 30. November 2005 zum Gegenstand. Deshalb und da eine allfällige Gutheissung der Beschwerde im Verfahren AA060003 zur Aufhebung des angefochtenen Beschlusses und damit zur Gegenstandslosigkeit der Beschwerde im Verfahren AA060007 führen könnte, sind die beiden Verfahren zu vereinigen und Kass.-Nr. AA060007 als durch Vereinigung erledigt abzuschreiben. Demgemäss werden die Akten von Kass.-Nr. AA060007 als KG act. 30 in Kass.-Nr. AA060003 einakturiert. Der Klarheit halber werden im Beschwerdeverfahren die Bezeichnungen der Parteien wie im vorinstanzlichen Verfahren weitergeführt und die Klägerin, Rekurrentin, Beschwerdeführerin und Beschwerdegegnerin als **Klägerin**, der Beklagte, Rekursgegner, Beschwerdegegner und Beschwerdeführer als **Beklagter** bezeichnet.

III.

Nichtigkeitsbeschwerde der Klägerin

1. Die Klägerin wendet zunächst ein, der Vorinstanz seien bei der Sachverhaltsdarstellung zwei offensichtliche Fehler unterlaufen (KG act. 1 S. 3 f.). Soweit eine unpräzise Formulierung bezüglich der Durchführung eines Beweisverfahrens im früheren Scheidungsverfahren bemängelt wird (KG act. 1 S. 3 f. Ziff. 5.a), legt die Klägerin nicht dar, inwiefern ihr - würde ihre Sachdarstellung zutreffen - ein Nachteil entstanden wäre. Auf die diesbezüglichen Ausführungen ist nicht einzutreten.

Auf den unter Ziff. 5.b erhobenen Einwand ist im Folgenden - zusammen mit der Rüge der Verletzung des rechtlichen Gehörs - einzugehen.

2. a) Die Klägerin bringt vor, die Vorinstanz habe die von ihrem Rechtsvertreter eingereichte Replik zu Unrecht aus dem Recht gewiesen. Zum einen treffe es nicht zu, dass diese Rechtsschrift unaufgefordert eingereicht worden sei, zum andern verletze das Vorgehen des Obergerichts den Anspruch der Klägerin auf rechtliches Gehör. Die Replik sei deshalb entgegenzunehmen und in den Entscheidung zu integrieren (KG act. 1 S. 4 Ziff. 5.b und S. 5 Ziff. 6.a).

b) Die Vorinstanz wies darauf hin, das Rekursverfahren sei ein rein schriftliches Verfahren mit nur einfachem Schriftenwechsel; ein weiterer Schriftenwechsel finde nur statt, wenn in der Rekursantwort (novenrechtlich beachtliche) neue Tatsachen vorgebracht oder Urkunden eingereicht würden, soweit diese überhaupt entscheiderelevant seien. Nachdem solches nicht der Fall gewesen sei, sei die unaufgefordert eingereichte Replik der Klägerin aus dem Recht zu weisen (KG act. 2 S. 4).

c) Richtig ist, dass der obergerichtliche Referent nach Eingang der Rekursantwort (OG act. 12) mit dem Rechtsvertreter der Klägerin am 28. April 2005 telefonisch Kontakt aufnahm und sie vereinbarten, die Rekursantwort samt Beilagen werde dem klägerischen Rechtsvertreter zugestellt und dieser teile bis ca. Mitte Mai [2005] mit, ob er den Rekurs zurückziehe (OG act. 15). In der Folge

ging am 17. Mai 2005 ein Fristerstreckungsgesuch mit folgender Formulierung ein: "Ich darf Sie ersuchen, mir Frist für eine allfällige Replik bzw. Erklärung betreffend weiterem Schicksal des Revisionsverfahrens bis Ende Mai einzuräumen. Die Besprechung des weiteren Vorgehens mit der Klägerin und Rekurrentin benötigt noch etwas Zeit" (OG act. 15A). Dieses Gesuch wurde mit dem Vermerk "i.O." des obergerichtlichen Referenten versehen dem klägerischen Rechtsvertreter zugestellt (OG act. 15A). Am 2. Juni 2006 ging die Replik der Klägerin ein (OG act. 16).

Bei dieser Sachlage erscheint die vorinstanzliche Ansicht, die Klägerin habe die Replikschrift unaufgefordert eingereicht, weder willkürlich noch aktenwidrig. In der Gewährung der beantragten Fristerstreckung kann keine *Aufforderung* zur Einreichung der Replik erblickt werde. Ob die Klägerin aber aus dem Umstand, dass die Vorinstanz das Fristerstreckungsgesuch ohne Einschränkung bewilligte, eine *Ermächtigung* zur Einreichung einer Replik ableiten durfte, kann - wie sich im Folgenden zeigen wird - offen bleiben.

Das Bundesgericht hat seine Rechtsprechung zum Anspruch der Parteien auf rechtliches Gehör in verschiedenen neueren Entscheiden - unter Anlehnung an die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zu Art. 6 EMRK - konkretisiert. Nach dieser Rechtsprechung, so das Bundesgericht, verleihe der in Art. 6 Ziff. 1 EMRK enthaltene Anspruch auf ein faires Verfahren den Parteien das Recht, von sämtlichen dem Gericht eingereichten Eingaben oder Vernehmlassungen Kenntnis zu erhalten und zu diesen Stellung zu nehmen. Unerheblich sei, dass eine Vernehmlassung der Vorinstanz weder Tatsachen noch Begründungen enthalte, die nicht bereits im angefochtenen Urteil aufgeführt gewesen seien und es komme auch auf den möglichen tatsächlichen Einfluss von Bemerkungen der Parteien auf das Urteil nicht an. Ebenso wenig sei von Belang, ob nach (kantonalem) Verfahrensrecht ein zweiter bzw. weiterer Schriftenwechsel vorgesehen sei (vgl. zuletzt Entscheide des Bundesgerichts 5P.385/2005 vom 17. Januar 2006 Erw. 2; 5P.398/2005 vom 23. Dezember 2005 Erw. 2; 1A.92/2005 vom 22. November 2005 Erw. 3.3, je mit Hinweisen; vgl. auch Chri-

stoph Leuenberger, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Zivilprozessrecht im Jahre 2004, in: ZBJV, Band 142, S. 25 ff.).

Angesichts dieser bundesgerichtlichen Rechtsprechung erweist sich die Kritik der Klägerin als begründet. Indem die Vorinstanz die Replik der Klägerin aus dem Recht wies, ist von einer Verletzung ihres Anspruches auf rechtliches Gehör auszugehen. Dass die kantonalrechtlichen Verfahrensvorschriften durch die bundesgerichtliche Rechtsprechung bzw. diejenige des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte damit zur Bedeutungslosigkeit verkommen, liegt in der derogatorischen Natur des übergeordneten Rechts begründet. Es ist demnach auch hinzunehmen, dass diese Rechtsprechung unter Umständen - wenn nämlich nicht ersichtlich ist, inwiefern noch Relevantes vorgebracht werden könnte - wenig sinnvoll erscheint und insbesondere zu einer erheblichen Verfahrensverzögerung führen kann. Diese Überlegungen werden dem Anspruch auf rechtliches Gehör untergeordnet. Die Nichtigkeitsbeschwerde ist deshalb gutzuheissen und der angefochtene Beschluss aufzuheben.

Bei dieser Sachlage - die Vorinstanz wird sich möglicherweise zu Vorbringen der Klägerin in ihrer Replik und Nichtigkeitsbeschwerde im neuen Entscheid äussern - ist von einer Prüfung der weiteren, im Beschwerdeverfahren vorgebrachten Rügen abzusehen.

Nichtigkeitsbeschwerde des Beklagten

a) Der Beklagte macht mit seiner Nichtigkeitsbeschwerde geltend, die Vorinstanz habe bei der Festsetzung der ihm zugesprochenen Prozessentschädigung von Fr. 6'000.-- klares materielles Recht im Sinne von § 281 Ziff. 3 ZPO verletzt (KG act. 30/1 S. 3 ff.).

b) Da mit der Gutheissung der Nichtigkeitsbeschwerde der Klägerin und der Aufhebung des angefochtenen Entscheides das Anfechtungsobjekt der Nichtigkeitsbeschwerde des Beklagten entfallen ist, ist dessen Nichtigkeitsbeschwerde als gegenstandslos geworden abzuschreiben.

IV.

1. Die Klägerin obsiegt in Bezug auf ihre Nichtigkeitsbeschwerde, weshalb ihr diesbezüglich keine Kosten auferlegt werden können (§ 64 Abs. 2 ZPO). Der Beklagte stellt mit seiner Beschwerdeantwort keine formellen Anträge, er äussert sich aber (zumindest teilweise) zur Sache (KG act. 20 S. 2 ff.). In Bezug auf den zur Gutheissung der Beschwerde führenden Punkt kann der Beschwerdeantwort jedoch keine Identifikation mit dem vorinstanzlichen Entscheid entnommen werden (KG act. 2 S. 2 und 3). Es ist deshalb nicht davon auszugehen, der Beklagte bestreite den zur Gutheissung führenden Grund und könne deshalb als unterliegende Partei betrachtet werden, auch wenn er auf die Stellung eines formellen Antrages in diesem Punkt verzichtet hat. Die Kosten sind demzufolge auf die Gerichtskasse zu nehmen. Es ist jedoch der Vollständigkeit halber daran zu erinnern, dass es einen inneren Widerspruch darstellt, auf die Stellung eines Antrages zu verzichten und gleichzeitig Ausführungen darüber zu machen, weshalb die Beschwerde unbegründet sei (Kass.-Nr. 94/513, Entscheid vom 14. Juli 1995 i.S. B.AG, Erw. II.8 m.H.).

2. Die Beschwerde des Beklagten ist zufolge der Gutheissung der Beschwerde der Klägerin aus von keiner Partei zu vertretenden Gründen gegenstandslos geworden. Die Kosten dieses Verfahrens sind somit in Anwendung von § 65 Abs. 1 ZPO ebenfalls auf die Gerichtskasse zu nehmen.

3. Bei dieser Sachlage ist keiner der Parteien eine Prozessentschädigung für die Kassationsverfahren zuzusprechen.

Das Gericht beschliesst:

1. Die Verfahren Kass.-Nr. AA060003 und Kass.-Nr. AA060007 werden unter der Verfahrensnummer AA060003 vereinigt und Kass.-Nr. AA060007 wird als dadurch erledigt abgeschrieben.

2. a) Die Nichtigkeitsbeschwerde der Klägerin wird gutgeheissen und der Beschluss der I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich 30. November 2005 aufgehoben und die Sache im Sinne der Erwägungen zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen.

b) Die Nichtigkeitsbeschwerde des Beklagten wird als gegenstandslos geworden abgeschrieben.
3. Die Gerichtsgebühr für das (vereinigte) Kassationsverfahren fällt ausser Ansatz. Die weiteren Kosten betragen:
Fr. 352.-- Schreibgebühren,
Fr. 532.-- Zustellgebühren und Porti.
4. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden auf die Gerichtskasse genommen.
5. Im vorliegenden Kassationsverfahren werden keine Prozessentschädigungen zugesprochen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich, den Einzelrichter im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht ____ (Proz.-Nr. BR040001) sowie an das Schweizerische Bundesgericht, je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Die juristische Sekretärin: