

# ZH\_OBERGERICHT LT100003 vom 10. November 2011

ZH Obergericht, 2011-11-10, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_LT100003](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LT100003)

FR: ZH\_OBERGERICHT LT100003 du 10 novembre 2011

IT: ZH\_OBERGERICHT LT100003 del 10 novembre 2011

## Erwägungen

### E. 1

Die Parteien durchliefen im Sommer 2005 ein Eheschutzverfahren vor der Vorinstanz (Geschäfts-Nr. EE050070-E), das gestützt auf eine Parteivereinbarung am 15. Juli 2005 erledigt wurde (Urk. 10/5/11). Seit dem 27. April 2007 stehen die Parteien in einem Scheidungsprozess vor dem Einzelrichter im ordentlichen Verfahren (heute Einzelgericht in Zivil- und Strafsachen) des Bezirkes Hinwil (Geschäfts-Nr. FE070109-E). Nachdem sie sich über die Folgen der Scheidung vollständig geeinigt hatten, blieb in der Folge seitens der Klägerin sowie Erst- und Zweit-Rekurrentin die Bestätigung in Bezug auf die Scheidungsfolgen aus (Art. 111 Abs. 2 aZGB; Urk. 29/21). Anlässlich der Hauptverhandlung über die Scheidungsfolgen stellte die Klägerin ein Gesuch um vorsorgliche Massnahmen (Urk. 29/31) bzw. um Abänderung der Eheschutzmassnahmen gemäss Verfügung vom 15. Juli 2005 (Urk. 10/2/2). Nach erfolglosen Vergleichsverhandlungen darüber stellte die Klägerin mit Eingabe vom 28. Juli 2008 ein Revisionsbegehren betreffend die Eheschutzverfügung vom 15. Juli 2005 (Urk. 10/1).

### E. 1.1

Vorauszuschicken ist, dass an eine Revision eines Gerichtsentscheid des allgemein hohe Anforderungen gestellt werden. Dies liegt u. a. daran, dass neben der Forderung nach einem 'richtigen' Entscheid auch das Bedürfnis der Rechtsordnung nach Rechtssicherheit steht. Zur Rechtsstaatlichkeit gehört nicht nur die materielle Gerechtigkeit, sondern auch die Rechtssicherheit (Rechtsbeständigkeit). Entscheide als Feststellung eines rechtsgemässen Zustandes müssen davor verschont werden, immer wieder in Frage gestellt werden zu können. Nur in Fällen, in denen die Ungerechtigkeit allzu krasse Formen annehmen würde, erheischt einerseits die Billigkeit der betroffenen Partei gegenüber und andererseits das Ansehen und die Würde des Gerichts die Beseitigung eines (allenfalls) ungerechten und die Ausfällung eines neuen, richtigen Entscheids (Balz Rust, Die Revision im Zürcher Zivilprozess, Diss. Zürich 1981, S. 14 m.w.H.).

### E. 1.2

Nach § 293 Abs. 2 ZPO/ZH kann gegen einen Endentscheid, der aufgrund eines Vergleichs ergangen ist, Revision verlangen, wer nachzuweisen vermag, dass die Parteierklärung zivilrechtlich unwirksam ist. Bei summarischen Ver-

- 10 - fahren kommen zu den in § 293 ZPO/ZH genannten noch weitere Revisionsgründe hinzu: irrtümliche tatsächliche Annahmen, die dem Entscheid zugrunde gelegt sind, sowie formelle oder materielle Unrichtigkeit (§ 299 ZPO/ZH).

### E. 1.3

Im Rahmen des Eheschutzes ist eine richterliche Genehmigung einer Vereinbarung weder erforderlich noch zulässig, soweit es sich – wie im hier interessierenden Verfahren zwischen den Parteien (Urk. 10/5: Prot. S. 3 f.) – um Belange handelt, welche der freien Disposition der Parteien unterliegen. Auch eine Prüfung auf Angemessenheit entfällt in diesen Fällen. Eine solche Parteivereinbarung hat somit den Charakter eines gerichtlichen Vergleichs und ist daher unter dem Gesichtspunkt der zivilrechtlichen Unwirksamkeit (namentlich Willensmangel) zu prüfen (ZR 103 Nr. 22; ZR 91/92 Nr. 93). Vorliegend wird denn auch eine absichtliche Täuschung (Art. 28 OR) resp. ein wesentlicher Irrtum (Art. 23 i.V.m. Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR) geltend gemacht (Urk. 2 S. 3, Rz 21; Urk. 10/1 S. 14).

#### **E. 1.4**

Es seien die Straftaten des Verfahrens gegen Bezirksrichter C.\_\_\_\_\_ sowie die Unterlagen betreffend die Einstellung im Amt von Bezirksrichter C.\_\_\_\_\_ beizuziehen und der Rekurrentin sei nach erfolgter Einsichtnahme, eine Frist zur Ergänzung des vorliegenden Rekurses anzusetzen.

#### **E. 1.5**

Dispositivziffern 2, 3 und 4 der angefochtenen Verfügung seien aufzuheben.

#### **E. 2**

Das am 26. Juli 2008 gestellte Revisionsbegehren sei einer/einem unbefangenen, ausserordentlichen Ersatzrichterin/einem ausserordentlichen Ersatzrichter zur materiellen Beurteilung und Durchführung einer mündlichen Verhandlung im Revisionsverfahren zuzuweisen.

#### **E. 2.1**

Parteien, denen die Mittel fehlen, um neben dem Lebensunterhalt für sich und ihre Familie die Gerichtskosten aufzubringen, wird auf Gesuch hin die unentgeltliche Prozessführung bewilligt, sofern der Prozess nicht als aussichtslos erscheint (Art. 29 Abs. 3 Satz 1 BV; § 84 Abs. 1 ZPO/ZH, neuerdings in Art. 117 ZPO geregelt). Unter den gleichen Voraussetzungen kann einer Partei überdies eine unentgeltliche Rechtsvertretung bestellt werden, wobei dafür noch zusätzlich erforderlich ist, dass sie zur gehörigen Wahrung ihrer Rechte einer solchen be-

- 24 - darf, d. h. dass die Bestellung einer rechtskundigen Vertreterin oder eines Vertreters als sachlich notwendig erscheint (Art. 29 Abs. 3 Satz 2 BV; § 87 ZPO/ZH, neu in Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO).

#### **E. 2.2**

Bedürftig ist ein Gesuchsteller, wenn er die Leistung der erforderlichen Prozess- und Parteikosten nur erbringen kann, indem er die Mittel angreift, deren er zur Deckung des Grundbedarfs für sich und seine Familie bedarf (BGE 120 Ia 181 mit Hinweisen). Für die Bestimmung der Bedürftigkeit sind nicht nur die Mittel des Gesuchstellers selbst, sondern auch die Mittel der ihm gegenüber unterstützungspflichtigen Personen zu berücksichtigen, namentlich jene des Ehepartners.

#### **E. 2.3**

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung muss der leistungsfähige Ehegatte "als Ausfluss der eherechtlichen Pflichten" seinen bedürftigen Partner im Rahmen des

Möglichen unterstützen. Nach der konstanten Praxis der beschliessenden Kammer gründet die Pflicht zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses in der allgemeinen ehe-lichen Beistandspflicht nach Art. 159 Abs. 3 ZGB (ZR 85 Nr. 32 und zahlreiche unveröffentlichte Entscheide, z. B. LQ100059-O vom 2. März 2011). So oder anders geht der betreffende Anspruch auf Unterstützung demjenigen gegenüber dem Staat auf unentgeltliche Rechtspflege vor (Bger 5A\_170/2011, E. 4.3). Die eheliche Beistandspflicht gilt indes nicht unbeschränkt; sie geht nur so weit, wie die Unterstützung dem pflichtigen Ehegatten möglich und zumutbar ist (vgl. statt vieler ZK-Bräm, N 110 ff. zu Art. 159 ZGB, m.w.H.).

#### **E. 2.4**

Die Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses setzt in finanzieller Hinsicht einerseits Leistungsfähigkeit des angesprochenen und andererseits Bedürftigkeit des ansprechenden Ehegatten voraus (ZK-Bräm, N 135 zu Art. 159 ZGB). Die Bedürftigkeit ist gleich zu beurteilen wie bei der unentgeltlichen Prozessführung. Weitere (kumulative) Voraussetzungen sind, dass der Prozess nicht als aussichtslos erscheint und dass die ansprechende Partei für die gehörige Führung des Prozesses eines Rechtsvertreters bedarf (vgl. § 84 Abs. 1 und § 87 ZPO/ZH; BK-Bühler/Spühler, N 265 zu Art. 145 aZGB).

- 25 - Gemäss konstanter Praxis der Kammer besteht für die Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses im Endentscheid kein Raum mehr (BK-Bühler/Spühler, N 280 zu Art. 145 aZGB; so schon die Vorinstanz in Urk. 10/3 S. 2). Hingegen kann die angesprochene Partei gestützt auf Art. 159 Abs. 3 ZGB verpflichtet werden, der ansprechenden Partei – unter den gleichen Voraussetzungen wie für den Prozesskostenvorschuss – die Aufwendungen des Verfahrens zu ersetzen (ZR 85 Nr. 32).

#### **E. 2.5**

Begehren sind dann als aussichtslos zu betrachten, wenn bei einer summarischen Vorabbeurteilung die Gewinnaussichten erheblich geringer sind als die Verlustgefahren und deshalb kaum mehr als ernsthaft bezeichnet werden können, nicht aber, wenn die Gewinnaussichten und die Verlustgefahren sich ungefähr die Waage halten oder wenn jene nur wenig geringer sind als diese (BGE 133 III 614 E. 5 = Pra 5/2008 Nr. 50 S. 339 ff.; Bger 5A\_206/2009 vom 23. April 2009, E. 3.1.; Meichssner, Das Grundrecht auf unentgeltliche Rechtspflege [Art. 29 Abs. 3 BV], Basel 2008, S. 106). Entscheidend ist, ob sich eine Partei mit ausreichenden Mitteln bei vernünftiger Überlegung zum Prozess entschliessen würde. Massgebend für die Beurteilung der Erfolgchancen des Begehrens ist grundsätzlich der Zeitpunkt seiner Einreichung bzw. Begründung (ZR 98 Nr. 12; 96 Nr. 50, E. II/2 m.w.H.) resp. der Stellung des Armenrechtsgesuchs (ZR 106 Nr. 21, Erw. 5/c/bb; RB 1997 Nr. 76; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., § 84 N 21b; Meichssner, a.a.O., S. 108 f. und 112). Ein entsprechender Entscheid darf mithin nicht erst aufgrund einer ex post-Betrachtung im Rahmen des Endentscheids bzw. nach Massgabe des Prozessausgangs erfolgen (vgl. Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., § 84 N 2 und § 87 N 4; ZR 106 Nr. 21, E. 5/c/bb). Als formell aussichtslos werden Begehren bezeichnet, wenn eine oder mehrere Prozessvoraussetzungen fehlen, wenn bspw. – wie hier – Fristen verpasst wurden (Meichssner, a.a.O., S. 101). 3. Zwar handelt es sich bei der Revisionsfrist insofern um eine spezielle Frist, als die Feststellung des Beginns des Fristenlaufs bei ihr besondere Probleme aufwerfen kann. Wer aber mit Unterlagen, die schon erheblich länger als 30 Tage in den Händen der eigenen Partei liegen, eine Revision anstrengt, dessen

- 26 - Unterfangen ist von allem Anfang an zum Scheitern verurteilt. Als chancenlos zu bezeichnen ist namentlich auch der Standpunkt, dass es bei der Entdeckung des Revisionsgrundes auf ein rein subjektives Erkennen der Rechtsvertreterin an- komme. Dass die Vorinstanz das Revisionsbegehren als aussichtslos eingestuft hat (Urk. 30/3 S. 2), ist nach dem Gesagten nicht zu beanstanden. Damit erweist sich auch der dagegen erhobene Rekurs insgesamt als von Anfang an aussichts- los. 4. Fehlt es demnach an einer der kumulativen Voraussetzungen für die Leistung eines Prozesskostenvorschusses und für die Gewährung der unentgeltli- chen Rechtspflege, ist der Rekurs der Klägerin vom 21./25. Mai 2010 abzuweisen und die angefochtene Verfügung vom 7. Mai 2010 zu bestätigen. Die Gesuche um Leistung eines Prozesskostenvorschusses bzw. - beitrages und um unentgelt- liche Rechtspflege für die Rekursverfahren sind zufolge Aussichtslosigkeit ebenso abzuweisen. VI. Kosten- und Entschädigungsfolgen im Rekursverfahren 1. Am 1. Januar 2011 sind die Gebührenverordnung des Obergerichts (GebV OG; LS 211.11) und die Verordnung über die Anwaltsgebühren (Anw- GebV; LS 215.3), je vom 8. September 2010, in Kraft getreten. Als Folge dessen, dass das bisherige Verfahrensrecht gilt, sind indes noch die Verordnung des Obergerichts über die Gerichtsgebühren vom 4. April 2007 (GerGebV) und die Verordnung des Obergerichts über die Anwaltsgebühren (aAnwGebV) vom 21. Juni 2006 anwendbar (§ 23 GebV OG, § 25 AnwGebV). 2. In Bezug auf die zweitinstanzlichen Kosten- und Entschädigungsfolgen ist zunächst das Streitinteresse im Rekursverfahren (sog. Rechtsmittelstreitwert, vgl. § 13 Abs. 2 GerGebV und § 12 Abs. 3 aAnwGebV) zu ermitteln. Für die Fest- setzung der Gebühren weiter relevant sind der Zeitaufwand des Gerichts und die Schwierigkeit des Falls (§ 2 Abs. 1 GerGebV, § 202 Abs. 1 GVG). Der Klägerin ging es darum, den im Eheschutzverfahren vereinbarten ehe- lichen Unterhaltsbeitrag von monatlich Fr. 1'500.– rückwirkend ab Mai 2005 auf

- 27 - neu Fr. 3'334.– festsetzen zu lassen (Urk. 10/1 S. 8). Überdies wollte sie die An- ordnung der Gütertrennung rückgängig gemacht haben. Insgesamt rechtfertigt sich, von einem Streitwert von mindestens Fr. 445'160.– auszugehen (Fr. 1'834.– x 12 x 20 = [§ 21 ZPO/ZH] zuzüglich Fr. 5'000.– [Prozesskostenvorschuss]). Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr ist in Anwendung von § 2 Abs. 1 sowie § 13 Abs. 1 in Verbindung mit § 4 Abs. 3, § 5 Abs. 1 und 3 sowie § 7 GerGebV auf Fr. 3'000.– festzusetzen. Die Klägerin unterliegt, weshalb die Gerichtskosten ihr aufzuerlegen sind (§ 64 Abs. 2 ZPO/ZH). 3. Entsprechend der Regel von § 68 Abs. 1 ZPO/ZH ist die Klägerin zu verpflichten, dem Beklagten für die beiden Rekursantworten eine Prozessent- schädigung zu bezahlen. Gestützt auf § 2 Abs. 2, § 12 Abs. 2 i.V.m. § 3 Abs. 1, 2 und 4, § 7 und § 6 sowie § 12 i.V.m. § 6 aAnwGebV erscheint eine Prozessent- schädigung von Fr. 4'000.– zuzüglich 7,6% Mehrwertsteuer angemessen. Es wird beschlossen:

## **E. 2.6**

In Bezug auf die Kenntnisnahme fragt sich, auf wessen Kenntnis es ankommt und welcher Art bzw. Intensität diese Kenntnis sein muss. Aus den Akten geht hervor, dass die Revisionsklägerin wie folgt von Rechtsanwälten vertreten war: Ab 23. Juni 2005 (Urk. 10/5/7) bis mindestens 18. April 2006 (Urk. 10/5/13) durch Rechtsanwältin I.\_\_\_\_\_; ab 22. Januar 2007 (Urk. 10/5/ 17) bis 2. Oktober 2007 (Urk. 29/21) durch Rechtsanwalt H.\_\_\_\_\_; ab

## **E. 2.7**

Auch das klägerische Vorbringen, Rechtsanwältin I.\_\_\_\_\_ bzw. Rechtsanwalt H.\_\_\_\_\_ hätten trotz Besitz der (möglicherweise) zu einer Revision berechtigenden Beweismittel keine Revisionsgründe entdeckt, hilft der Klägerin nicht weiter: Spätestens mit der E-Mail des Beklagten an Rechtsanwältin I.\_\_\_\_\_ vom 11. Dezember 2005 (tatsächlich wahrscheinlich schon früher) erlangte Rechtsanwältin I.\_\_\_\_\_ Kenntnis von der Tatsache, dass der Jahreslohn 2005 des Beklagten höher als zuvor angenommen ausgefallen sein musste. In der E-Mail beantwortete der Beklagte verschiedene (in die E-Mail eingefügte) Fragen,

- 16 - die ihm zuvor von Rechtsanwältin I.\_\_\_\_\_ gestellt sein müssen. Wörtlich heisst es (Urk. 29/69 S. 2): "3. Optionen: Offenbar wurden die Optionen in den Jahren 2004 und 2005 ausgeübt. Gibt es dazu detaillierte Belege? Im Jahre 2004 konnte ich keine Optionen ausüben da der Aktienpreis zu tief war. Die Dokumente habe ich Ihnen in den Briefkasten gelegt. Für die Optionen 2005 welche ich dieses Jahr ausgeübt habe, habe ich Ihnen ebenfalls die Abrechnung erstellt. 4. Steuern: Können Sie mir bitte das Warum und die Höhe des Postens "Nachsteuern auf Optionsumwandlung" bei den Passiven näher erläutern. Der Erlös der Optionsumwandlung wird im Lohnausweis 2005 direkt zum Jahreslohn dazu addiert. Den entsprechenden Lohnausweis erhalte ich Anfangs 2006. Das bedeutet, dass nach Einreichen der Steuererklärung im nächsten März die Nachsteuer für dieses Jahr erhoben wird. [...]" Rechtsanwältin I.\_\_\_\_\_ bestätigte den Empfang dieser Nachricht mit E-Mail-Antwort vom 13. Dezember 2005 (Urk. 29/69 S. 1). Darin heisst es: "[...] Besten Dank für die Zustellung Ihrer Unterlagen. Ich werde mich nach Rücksprache mit Frau A.\_\_\_\_\_ wieder bei Ihnen melden. [...]" Nachdem die Information eines höheren Jahreslohns 2005 damit zweifelsfrei in den Machtbereich von Rechtsanwältin I.\_\_\_\_\_ gelangt war, braucht nicht – noch weitergehend – erstellt zu werden, ob Rechtsanwältin I.\_\_\_\_\_ tatsächlich Kenntnis von der Information genommen hat und ob sie die richtigen Schlüsse daraus zog. Dies liegt im Risiko der Informationsempfängerin und letztlich der Klägerin (gl. M. der Beklagte, Urk. 21 S. 9). Man kann dies als Anwendungsfall der sog. Empfangstheorie bezeichnen (dazu BK-Kramer, N 83 f. zu Art. 1 OR, mit weiteren Hinweisen). Damit steht rechtsgenügend fest, dass Rechtsanwältin I.\_\_\_\_\_ und damit (vermutungsweise) auch die Revisionsklägerin ein auf sicherer Grundlage fussendes Wissen über die fragliche Tatsache hatte, und zwar zweifelsfrei länger als 30 Tage vor Einreichung des Revisionsgesuchs. Dasselbe gilt selbstredend (mutatis mutandis) auch für Informationen, die sich aus lange zurückliegenden Eingaben des eigenen Rechtsvertreters ergeben, nämlich der effektiven Steuerbelastung, welche Rechtsanwalt H.\_\_\_\_\_ am 19.

- 17 - Juni 2007 in den Scheidungsprozess einreichte (Urk. 10/1 S. 3 unten i.V.m. Urk. 29/14 und 29/15/2).

## **E. 2.8**

Ergänzend ist die Klägerin darauf hinzuweisen, dass daraus keineswegs der Schluss gezogen werden kann, dass der Eheschutzentscheid vom

## **E. 2.9**

Die Klägerin resp. Rechtsanwältin Z.\_\_\_\_\_ irrt, wenn sie annimmt, man könne (z. B. zur Wahrung der anwaltlichen Sorgfaltspflicht) ein Revisionsbegehren einmal einreichen und sich erst später im Verfahren (definitiv) festlegen, ob bzw. worin man einen Revisionsgrund sehen will (Urk. 2 S. 14, Rz 85; Urk. 10/1 S. 15). Nach § 296 Abs. 1 Ziff. 3 ZPO/ZH sind mit dem Revisionsbegehren die einzelnen Revisionsgründe unter Bezeichnung der

entsprechenden Beweismittel zu nennen. Auf die Revision ist nicht einzutreten, wenn das Gesuch nicht der in § 296 ZPO/ ZH vorgeschriebenen Form entspricht (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., § 297 N 1). Eine Fristansetzung zur Nachbesserung gebietet sich eigentlich nicht (Spühler/ Vock, Rechtsmittel, Zürich 1999, S. 93). Dass die Vorinstanz der Klägerin dennoch Gelegenheit gab, nach Einsicht ins Handprotokoll über die Eheschutzverhandlung vom 15. Juli 2005 ihre Revisionschrift zu ergänzen (Urk. 10/7), muss von daher als Entgegenkommen aus Gründen der Prozess-

- 18 - ökonomie gewertet werden. Zu Gunsten der Klägerin lässt sich daraus jedenfalls nichts ableiten.

### **E. 2.10**

Die Klägerin lässt ausführen, dass eine Strafanzeige wegen Urkundenfälschungen und Prozessbetrugs eingereicht worden sei, worauf sie schon im Revisionsbegehren hingewiesen habe (Urk. 2 S. 15, Rz 93 f; Urk. 10/1 S. 12). Nebst den erwähnten werden weitere strafbare Handlungen ins Feld geführt (Urk. 2 S. 17, Rz 111-113). Offenbar geht es der Klägerin darum darzutun, dass die Revisionsfrist vorliegend wegen § 295 Abs. 2 ZPO/ZH noch nicht ablaufen können. Gesetztensfalls, es würde dereinst aus einem rechtskräftigen Strafentscheid hervorgehen, dass durch ein Verbrechen oder Vergehen auf den Eheschutzentscheid vom 15. Juli 2005 eingewirkt wurde, so würde dann eine neue Revisionsfrist zu laufen beginnen. In der heutigen Situation aber, in der niemand behauptet, dass ein solcher rechtskräftiger Strafentscheid bereits vorliege, liegt der Ausnahmetatbestand von § 295 Abs. 2 ZPO/ZH nicht vor, weshalb es zurzeit unbehelflich ist, sich darauf zu stützen.

### **E. 2.11**

Aus dem Vorstehenden ergibt sich, dass die 30-tägige Frist gemäss § 299 ZPO/ZH am 26. Juli 2008 (Urk. 10/1) bereits abgelaufen war. IV. Verfahrensrechtliche Rügen 1. Die Klägerin rügt, dass ihr Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV) verletzt sei, da die Vorinstanz nicht alle angebotenen Beweismittel abgenommen hat, indem bspw. darauf verzichtet wurde, Rechtsanwältin I. \_\_\_\_\_ als Zeugin zu befragen (Urk. 2 S. 15, Rz 87, und S. 18 f., Rz 114 ff.). Aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör gemäss Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 8 ZGB ergibt sich der Anspruch der Parteien, Beweis zu rechtlich relevanten Tatsachen zu beantragen (BGE 108 Ia 294). Daraus erwächst jedoch kein uneingeschränktes Recht auf Beweisabnahme. Art. 8 ZGB bestimmt nicht, mit welchen Mitteln Beweise zu führen und wie diese zu würdigen sind (BGE 122 III 223 f.

- 19 - m.w.H.). Er schliesst insbesondere die vorweggenommene Beweiswürdigung und Indizienbeweise nicht aus. Das Gericht kann einem beantragten Beweismittel die Erheblichkeit oder Tauglichkeit absprechen (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., vor § 133 ff. N 2 und 4). So darf das Gericht von beantragten Beweiserhebungen absehen, weil es sie zum vornherein nicht für geeignet hält, die behaupteten Tatsachen zu beweisen oder weil es die richterliche Überzeugung bereits aus andern Beweisen gewonnen hat und davon ausgeht, dass weitere Abklärungen am massgeblichen Beweisergebnis nichts mehr zu ändern vermöchten (Pra 2001 Nr. 67 E. 3). Die antizipierte Beweiswürdigung ist mithin zulässig, wenn mit Sicherheit gesagt werden kann, dass die Abnahme des Beweismittels auch dann an der richterlichen Überzeugung nichts ändern könnte, wenn das Ergebnis die geltend gemachten Behauptungen stützen würde (ZR 87 Nr. 125 und ZR 90 Nr. 76). Ferner ist darauf hinzuweisen, dass es im Revisionsverfahren einer Beweisauflassungsverfügung nicht

bedarf, da die Beweismittel bereits im Revisionsbegehren abschliessend zu nennen sind (§ 296 Abs. 1 Ziff. 3 ZPO/ZH; Rust, a.a.O., S. 175). Es stimmt zwar, dass auch über die Zulässigkeitsvoraussetzungen eines Revisionsbegehrens bezüglich eines Summarentscheids formell Beweis erhoben werden kann. Ob dies notwendig ist, liegt bis zu einem gewissen Grad im Ermessen des entscheidenden Gerichts. Vorliegend gilt zu beachten, dass es inhaltlich um ein Eheschutzverfahren im Sinne von Art. 172 ff. ZGB ging, dessen Ziel es ist, möglichst rasch eine Regelung des Getrenntlebens zu ermöglichen, und wo die entscheiderelevanten Tatsachen lediglich glaubhaft zu machen sind, diese also nicht strikt bewiesen sein müssen. Dass im Sommer 2005 auch den (anwaltlich vertretenen) Parteien an einer raschen Klärung der Situation gelegen war, zeigt sich mitunter daran, dass an der Eheschutzverhandlung vom 15. Juli 2005 in Absprache mit den Parteien direkt eine einvernehmliche Lösung durch Vergleich gesucht (und gefunden) wurde, ohne dass zuvor kontradiktorisch die Standpunkte dargelegt worden wären (Urk. 10/5: Prot. S. 3). Wenn vor diesem Hintergrund der Vorderrichter im Revisionsprozess kein Beweisverfahren mit Beweisabnahmeverfügung (analog § 141 ZPO/ZH) durchgeführt hat, steht dies im Einklang mit der summarischen Natur des Verfahrens und ist nicht zu beanstanden.

- 20 - Aus dem vorliegenden Prozessstoff ergab sich bereits eindeutig, dass die Revisionsfrist schon lange abgelaufen war. An diesem Ergebnis hätte auch eine Einvernahme von Rechtsanwältin I. \_\_\_\_\_ als Zeugin nichts ändern können, zumal es bei der Frage der Entdeckung eines Revisionsgrundes wie erwähnt nicht darauf ankommt, ob sie aus der ihr vorliegenden Information die allenfalls richtigen Schlüsse zog, sondern bloss darauf, dass ihr die neuen Beweismittel bzw. neuen Tatsachen zur Kenntnis gebracht wurden. Der Zeitpunkt der Kenntnisnahme aber liess sich bereits aus den vorliegenden Urkunden zweifelsfrei erstellen, weshalb es sich um eine zulässige antizipierte Beweiswürdigung handelt. 2. Es fragt sich allerdings, ob die Vorinstanz verfahrensrechtlich korrekt vorging, als sie bereits am Folgetag nach Eingang der Revisionsantwort den Endentscheid fällte und der Klägerin das Doppel der Revisionsantwort zusammen mit dem Endentscheid zustellte (vgl. Urk. 10/17 und Urk. 10/19). Die Klägerin impliziert in Urk. 2 S. 18, Rz 114, dass sie sich zumindest zum Beweisergebnis vorgängig hätte äussern können müssen. Demgegenüber vertritt der Beklagte den Standpunkt, der Vorwurf gehe fehl, da § 297 ZPO/ZH lediglich einen einfachen Schriftenwechsel vorsehe (Urk. 21 S. 7). Die Rechtsprechung leitet aus dem verfassungs- und konventionsrechtlich geschützten Anspruch auf ein faires Verfahren (Art. 29 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK) ab, dass die Parteien einerseits Anspruch haben, von jedem Aktenstück und von jeder Stellungnahme der Gegenpartei Kenntnis zu nehmen; andererseits haben sie Anspruch darauf, sich dazu zu äussern, sofern sie es für erforderlich halten, und zwar ungeachtet davon, ob die Eingabe neue Tatsachen und Argumente enthält (BGE 133 I 100 E. 4.3 und E. 4.6, mit Verweis auf die Rechtsprechung des EGMR). Den Gerichten ist es daher nicht gestattet, einer Partei das Äusserungsrecht bezüglich eingegangener Stellungnahmen abzuschneiden. Die Partei ist vom Gericht nicht nur über den Eingang solcher Eingaben zu orientieren; es muss ihr ausserdem die Möglichkeit zur Replik eingeräumt werden (BGE 133 I 98 E. 2.1 S. 99 m.w.H.). Dabei genügt, neu eingegangene Eingaben den übrigen Verfahrensbeteiligten zur Kenntnisnahme zuzustellen. Wünscht einer von ihnen, sich dazu zu äussern, hat er es ohne Verzug zu tun oder zumindest

- 21 - umgehend um die Ansetzung einer entsprechenden Frist nachzusuchen; unterlässt er dies, ist davon auszugehen, er verzichte auf weitere Äusserungen (BGE 133 I 98 E. 2.2).

Diese Grundsätze gelten selbstverständlich auch für das Revisionsverfahren nach ZPO/ZH, unabhängig davon, ob dieses einen einfachen oder doppelten Schriftenwechsel vorsieht. Dass die Vorinstanz nach Eingang der Revisionsantwort nicht zumindest einige Tage verstreichen liess, bevor sie ihren Entscheid fällte, stellt nach dem Gesagten einen Mangel des erstinstanzlichen Verfahrens dar, weil der Klägerin dadurch verunmöglicht wurde, allenfalls unaufgefordert im Sinne der dargelegten Grundsätze zu reagieren. Nach der Rechtsprechung kann jedoch eine nicht besonders schwerwiegende Verletzung des rechtlichen Gehörs geheilt werden, wenn die betroffene Person die Möglichkeit erhält, sich vor einer Rechtsmittelinstanz zu äussern, die sowohl den Sachverhalt wie die Rechtslage frei überprüfen kann. Von einer Rückweisung der Sache ist selbst bei einer schwerwiegenderen Verletzung des rechtlichen Gehörs dann abzusehen, wenn und soweit die Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen würde, die mit dem Interesse an einer beförderlichen Erledigung der Sache nicht vereinbar wäre (BGE 133 I 201 E. 2.2 m.w.H.). Beim Rekurs nach § 271 ff. ZPO/ZH handelt es sich um ein ordentliches Rechtsmittel – der Rekursinstanz steht im Rahmen der Rekursanträge eine uneingeschränkte Überprüfung des angefochtenen Entscheides zu. Der nicht besonders schwerwiegende Mangel des erstinstanzlichen Revisionsverfahrens wurde deshalb durch den Umstand, dass sich die Klägerin im Rekursverfahren äussern konnte, geheilt.

### **E. 3**

Eventuell seien in Gutheissung des Revisionsbegehrens Dispositivziffern 2 und 3 der Verfügung des Bezirksgerichts Hinwil vom 15. Juli 2005 und Ziff. 2 und 3 der dieser zugrunde liegenden Vereinbarung aufzuheben und das Eheschutzverfahren sei zur Wiederholung in den aufgeführten Punkten und Durchführung einer mündlichen Verhandlung einer unbefangenen, erstinstanzlichen, ausserordentlichen Ersatzrichterin/einem ausserordentlichen Ersatzrichter zuzuteilen.

#### **E. 3.1**

Weiter rügt die Klägerin, es seien ihre Begehren und Anträge im erstinstanzlichen Entscheid teilweise unbeurteilt und mehrere Vorbringen unberücksichtigt geblieben (Urk. 2 S. 18 f.).

#### **E. 3.2**

Diese Rüge war insoweit berechtigt, als sie sich darauf bezog, dass über den an die Vorinstanz gerichteten Antrag betreffend Prozesskostenvorschuss / unentgeltliche Rechtspflege nicht formell entschieden worden war. Die Vorinstanz wurde mit Präsidialverfügung vom 3. Mai 2010 (Urk. 11) darauf hingewiesen, worauf diese den Entscheid darüber mit Verfügung vom 7. Mai 2010

- 22 - (Urk. 30/3) nachholte (siehe bereits vorn S. 5, E. I/3). Der Mangel ist damit behoben. Zur Thematik Prozesskostenvorschuss / unentgeltliche Rechtspflege wird unter Ziffer V. näher eingegangen.

#### **E. 3.3**

Aus Art. 29 Abs. 2 BV (Anspruch auf rechtliches Gehör) folgt die Pflicht der Behörden und der Gerichte, ihre Entscheide zu begründen (BGE 134 I 88 E. 4.1, 129 I 232 E. 3.2, 126 I 97 E. 2b, je m.w.H.). Der Betroffene soll daraus ersehen, dass seine Vorbringen tatsächlich gehört, sorgfältig und ernsthaft geprüft und in der Entscheidungsfindung berücksichtigt wurden.

Aus der Begründung müssen sich allerdings nur die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte ergeben; es ist nicht nötig, dass sich das Gericht ausdrücklich mit jeder tatbeständlichen Behauptung und mit jedem rechtlichen Argument auseinandersetzt, sondern es genügt, wenn sich aus den Erwägungen ergibt, welche Vorbringen als begründet und welche – allenfalls stillschweigend – als unbegründet betrachtet worden sind (BGE 119 Ia 269 E. 4d, 112 Ia 109 E. 2b, je m.w.H.; G. Müller, in: Kommentar [alt]BV, Überarbeitung 1995, Art. 4 Rz 112-114; J.P. Müller, Grundrechte in der Schweiz, 3. Auflage, Bern 1999, S. 535 ff., 539). Über diese Grundsätze geht auch das kantonale Verfahrensrecht nicht hinaus (ZR 81 Nr. 88 E. 2; Kass.-Nr. AA100093-P vom 8. September 2011, E. II/4). Entscheidend ist, dass der Betroffene zu erkennen vermag, welche Erwägungen dem Entscheid zugrunde liegen (Hauser/Schweri, Kommentar zum zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz, Zürich 2002, § 161 N 2). Vorliegend genügte es, sich mit den Zulässigkeitsvoraussetzungen, namentlich der Rechtzeitigkeit des Revisionsbegehrens, und mit den Nebenfolgen näher auseinanderzusetzen. Dies wurde ausreichend getan, weshalb kein Grund zur Beanstandung besteht. 4. Als ungültiges Argument erweist sich auch die Rüge der Klägerin, es sei wegen einer Verletzung des Beschleunigungsgebots (Art. 29 Abs. 1 BV, Art. 18 Abs. 1 KV, § 53 ZPO/ZH) der angefochtene Entscheid aufzuheben (Urk. 2 S. 21, Rz 149). Zwar war die Zeit zwischen Entscheidungsfällung und Entscheidungsgründung von über 15 Monaten tatsächlich aussergewöhnlich lang, was mit Fug kritisiert werden kann. Weshalb dies aber ein Grund sein soll, die angefochtene

- 23 - Verfügung aufzuheben, bleibt unerfindlich, würde doch damit das Verfahren – gerade entgegen der Intention des Beschleunigungsgebots – noch länger dauern. Bloss weil eine Begründung spät kommt, ist sie noch nicht fehlerhaft. 5. Demzufolge ist der Rekurs der Klägerin vom 26. März 2010 abzuweisen und die angefochtene Verfügung vom 27. November 2008 zu bestätigen. V. Unentgeltliche Rechtspflege, Prozesskostenvorschuss 1. Die Vorinstanz hat das Gesuch der Klägerin um Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses bzw. eventualiter um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege mit Verfügung vom 7. Mai 2010 abgewiesen (Urk. 30/3). Der Vorderrichter erwoog zusammengefasst, dass nach der Begründung des Revisionsbegehrens keine weiteren Prozesshandlungen mehr notwendig gewesen seien, weshalb kein Anlass mehr für die Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses bestanden habe. Die unentgeltliche Rechtspflege sei zu verweigern, da das Revisionsbegehren offensichtlich verspätet gestellt worden sei und sich damit als aussichtslos im Sinne von § 84 Abs. 1 und § 87 ZPO/ZH erweise (Urk. 30/3 S. 2 f.). Die Klägerin macht in ihrer Rekurschrift geltend, das Rekursverfahren werde zeigen, dass der Prozess nicht aussichtslos sei, so dass dieses materiell zu beurteilen und gutzuheissen sei. Ferner ergebe sich ihre Mittellosigkeit einerseits aus den bisherigen Akten, andererseits allein schon daraus, dass ihr aus der bisherigen Rechtsvertretung Anwaltskosten von rund Fr. 168'000.– entstanden seien, wovon sie erst den kleinsten Teil habe bezahlen können (Urk. 30/7 S. 3 f.).

#### **E. 4**

Es sei die Einleitung eines Strafverfahrens gegen Bezirksrichter C.\_\_\_\_\_ und Gerichtsssekretärin D.\_\_\_\_\_ zu prüfen.

#### **E. 5**

Es sei eine Administrativuntersuchung gegen Bezirksrichter C.\_\_\_\_\_ und Gerichtssekretärin D.\_\_\_\_\_ durchzuführen.

#### **E. 6**

Der Ehemann der Rekurrentin sei zu verpflichten, ihr für die Führung des vorliegenden Verfahrens einen angemessenen Prozesskostenvorschuss von Fr. 10'000.00 und weitere Fr. 3'589.55 für die Führung des Verfahrens vor dem Bezirksgericht Hinwil zu bezahlen, falls er dazu in der Lage ist. Seine finanziellen Verhältnisse seien von Amtes wegen abzuklären. Die Institute, mit denen er eine Geschäftsbeziehung pflegt, seien zur Edition detaillierter Kontoauszüge seine sämtlichen Konti zu Händen der Rekurrentin zu verpflichten. Der Rekurrentin sei nach erfolgter Einsichtnahme Frist zur Ergänzung des vorliegenden Rekurses anzusetzen.

#### **E. 7**

Der Rekurrentin sei eine angemessene Entschädigung für die Führung des vorliegenden Verfahrens wie auch für des Verfahrens vor der Vorinstanz zuzusprechen.

- 4 -

#### **E. 8**

Bis zum Abschluss des soeben erwähnten kassationsgerichtlichen Verfahrens war das vorliegende Rekursverfahren sistiert (Beschluss vom 1. September 2010, Urk. 24; vgl. auch Urk. 28). Der Prozess ist spruchreif. Auf die Vorbringen der Parteien ist insoweit einzugehen, als dies für die Entscheidungsfindung notwendig ist. II. Prozessuale Vorfragen 1. Auf den 1. Januar 2011 ist die neue Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO, SR 272) in Kraft getreten. Gemäss Art. 404 Abs. 1 ZPO gilt indes für Verfahren, die bei Inkrafttreten dieses Gesetzes bereits rechtshängig waren, das bisherige Verfahrensrecht bis zum Abschluss vor der betroffenen Instanz. Damit sind für das Verfahren vor Obergericht weiterhin die bisherigen Verfahrensbestimmungen (ZPO/ZH, GVG) anzuwenden. 2. Da die Klägerin bereits anwaltlich vertreten ist, besteht kein Grund, ihr einen Rechtsvertreter gemäss § 29 Abs. 2 ZPO/ZH zu bezeichnen. Auf diesen Antrag ist daher nicht einzutreten. Abgesehen davon ist auch in Fällen, in denen eine Person im Sinne von § 29 Abs. 2 ZPO offensichtlich unfähig ist, ihre Sache selbst gehörig zu vertreten, nur dann die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren und ein unentgeltlicher Prozessbeistand beizugeben, wenn die Klage nicht (von vornherein) als aussichtslos zu qualifizieren ist (Kass.-Nr. AA050093 vom 18. Oktober 2005). 3. Die Klägerin beantragt, es seien nebst der Vorakten auch die Akten der erwähnten Verfahren betr. Ablehnung und weiterer, angeblich damit zusammenhängender Verfahren beizuziehen (Urk. 2 S. 25). Die I. Zivilkammer ist weder für die Durchführung einer Straf- noch einer Administrativuntersuchung zuständig. Es geht vorliegend im Wesentlichen um die Frage, ob die Frist zur Einreichung des Revisionsbegehrens nach § 295 Abs. 1 ZPO/ZH eingehalten wurde oder nicht. Die Ablehnungsbegehrens wurden rechts-

- 9 - kräftig abgewiesen, womit sie für das vorliegende Verfahren ohnehin ohne Belang sind. Insoweit ist der entsprechende Antrag deshalb abzuweisen. Demgegenüber sind die Akten des erstinstanzlichen Revisionsverfahrens (Nr. BR080001-E, samt den darin beigezogenen Akten des Eheschutzverfahrens Nr. EE050070-E) als Urk. 10 und jene des hängigen Scheidungsprozesses (Nr. FE070109-E, samt Akten des Massnahmeverfahrens) als Urk. 29 beigezogen. Diese Akten sind für die Überprüfung des angefochtenen

Entscheid von Bedeutung (vgl. § 279 ZPO/ZH). 4. Da sich die beiden Rekurse der Klägerin gegen zwei Verfügungen der Vorinstanz im selben Verfahren richten (Geschäfts-Nr. BR080001-E), sind sie zu vereinigen (§ 58 Abs. 2 Satz 2 ZPO/ZH). Das Rekursverfahren LT100004-O ist als dadurch erledigt abzuschreiben; dessen Akten sind als Urk. 30 zu den Akten des vorliegenden Verfahrens LT100003-O zu nehmen. III. Nichteintreten auf Revisionsbegehren

#### **E. 10**

Oktober 2007 (Urk. 29/23) bis 21. Mai 2010 (Urk. 15) durch Rechtsanwältin Z.\_\_\_\_\_ und schliesslich seit 25. Mai 2010 durch Rechtsanwalt Dr. X.\_\_\_\_\_ (Urk. 18). Aus den Anwaltsvollmachten geht sodann hervor, dass die Vertreter zu allen Rechtshandlungen eines Generalbevollmächtigten ermächtigt waren/sind. Sie fungier(t)en damit als direkte Stellvertreter im Sinne von Art. 32 Abs. 1 OR. Wenn bei Obligationen Rechtswirkungen vom Wissen oder Nichtwissen, vom Kennen

- 15 - oder Nichtkennen einer Tatsache abhängig sind, ist – abgesehen von hier nicht gegebenen Ausnahmen – die Person des Vertreters massgebend. Dies gilt (zu- mindest analog) im ganzen Zivilrecht so (Art. 7 ZGB; BK-Zäch, Vorbem. zu Art. 32-40 OR N 81). Das Wissen des Vertreters wird dem Vertretenen zugerechnet, und sämtliche Rechtswirkungen treten unmittelbar beim Vertretenen ein (BK- Zäch, N 144 und 148 zu Art. 32 OR). Selbstredend gilt dies auch für den Beginn von prozessualen Fristen, was im Übrigen einer forensisch tätigen Anwältin aus ihrem beruflichen Alltag bestens bekannt sein dürfte und immer dann vor Augen geführt wird, wenn ihr ein Gerichtsentscheid zukommt, mit dem ihrer Klientschaft eine Frist angesetzt wird: Die Frist läuft auch dann schon, wenn von ihr die Klient- schaft selber tatsächlich noch keine Kenntnis hat. Aus dem Vorstehenden erhellt, dass sämtliche Kenntnisse über Revisions- gründe, die Rechtsanwältin I.\_\_\_\_\_ oder Rechtsanwalt H.\_\_\_\_\_ im Rahmen ihrer Mandatsführung zukamen, der Kenntnis der Revisionsklägerin gleichzusetzen sind (so auch die Vorinstanz in Urk. 2 S. 8 und der Beklagte in Urk. 21 S. 4 f.). Es ist daher in diesem Zusammenhang auch irrelevant, in welchem psychischen Zu- stand sich die Klägerin im fraglichen Zeitpunkt befunden hat, da auf das Wissen ihrer Vertreter abzustellen ist. Insoweit die Klägerin vorbringt, sie sei im Sommer 2005 nicht verhandlungs- fähig gewesen und habe daher ihre Rechtsvertreterin nicht instruieren können (Urk. 2 S. 32, Rz 54; Urk. 10/1 S. 6, Urk. 10/9 S. 7), ist es offensichtlich verspätet, wenn man sich mehr als drei Jahre nach der fraglichen Verhandlung noch darauf berufen will.

#### **E. 15**

Juli 2005 revidiert worden wäre, wenn das Revisionsbegehren rechtzeitig gestellt worden wäre. Höchst unsicher ist dies einmal, weil es sich beim Erlös aus den Optionsumwandlungen möglicherweise um eine nicht wiederkehrende aus- serordentliche Einkunft handelte, welche bei der Festsetzung des unterhaltsrele- vantem Einkommens des Beklagten nicht (voll) berücksichtigt würde. Überdies gab die Klägerin selber an, damals (immerhin) gewusst zu haben, dass der Be- klagte leistungsabhängige Lohnanteile empfangen habe (Urk. 2 S. 15, Rz 90 a.E.). Damit muss sie sich vorwerfen lassen, der Sorgfalt nicht Genüge getan zu haben, wenn sie trotzdem, ohne weitere Erkundigungen einzuholen, einen Ver- gleich abschloss (siehe schon E. III/2.5). Anzumerken bleibt ferner, dass der Ver- bleib der Einkünfte (behauptete Investition ins Haus) möglicherweise güter- rechtliche Fragen aufwirft, für die Festsetzung des unterhaltsrelevanten Einkom- mens

jedoch irrelevant ist.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.