

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LC120037-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. M. Schaffitz, Vorsitzende, Ersatzoberrichter
Dr. S. Mazan und Ersatzoberrichterin lic. iur. R. Blesi Keller
sowie Gerichtsschreiber lic. iur. A. Baumgartner

Beschluss vom 12. Oktober 2012

in Sachen

A. _____,

Kläger und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Beklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

betreffend **Abänderung des Scheidungsurteils**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am
Bezirksgericht Zürich, 10. Abteilung, vom 10. August 2012 (FP090152)**

Erwägungen:

1. Mit Urteil vom 4. Mai 2006 wurde die Ehe der Parteien gestützt auf Art. 111 ZGB geschieden. Die Kinder C._____, geboren am tt.mm.1991, D._____, geboren am tt.mm.1994, und E._____, geboren am tt.mm.1995, wurden dabei unter der gemeinsamen elterlichen Sorge der Parteien belassen (Urk. 6/14 S. 2 Dispositivziffern 1 f.). Sodann verpflichtete sich der Kläger und Berufungskläger (fortan Kläger), der Beklagten und Berufungsbeklagten (fortan Beklagte) an die Kosten für Unterhalt und Erziehung der Kinder einen im Voraus zahlbaren Unterhaltsbeitrag von Fr. 1'000.– je Kind ab Rechtskraft des Scheidungsurteils bis zur Mündigkeit bzw. Abschluss der Erstausbildung jedes Kindes, jeweils zuzüglich allfällige vertragliche und/oder gesetzliche Kinderzulagen zu bezahlen. Der Kläger verpflichtete sich, die Unterhaltsbeiträge für jedes Kind auch über deren Mündigkeit hinaus weiterhin der Beklagten zuhanden des Kindes zu überweisen, solange sich das Kind in einer angemessenen Erstausbildung befindet, bei der Beklagten wohnhaft ist und nicht selbstständig Ansprüche aus Art. 277 Abs. 2 ZGB gegen den Kläger stellt oder eine andere Zahlstelle bezeichnet (Urk. 6/14 S. 3 Dispositivziffer 3.5 lit. a). Diese Unterhaltsbeiträge wurden indexiert (Urk. 6/14 S. 3 f. Dispositivziffer 3.6). Die Parteien verzichteten gegenseitig auf Unterhaltsansprüche gemäss Art. 125 ZGB (Urk. 6/14 S. 4 Dispositivziffer 3.7). Die Parteien stützten ihre Vereinbarung unter anderem auf folgende Abmachungen (Urk. 6/14 S. 4 Dispositivziffer 3.8): vom Kläger zu erwirtschaftende Mittel: ca. Fr. 9'000.– monatlich netto (Erwerbseinkommen, Kommissionen, VR-Entschädigungen, etc.), von der Beklagten zu erwirtschaftende Mittel: ca. Fr. 7'000.– monatlich netto (Erwerbseinkommen, nebenamtliche Tätigkeiten, Vermögensertrag, Mieteinnahmen, etc.), Bedarf Haushalt Kläger: ca. Fr. 6'000.–, Bedarf Haushalt Beklagte und Kinder: ca. Fr. 10'000.–.

2. a) Die Parteien standen seit dem 26. Juni 2009 vor Erstinstanz in einem Verfahren betreffend Abänderung des Scheidungsurteils (Urk. 1 S. 1).

b) Mit Urteil vom 10. August 2012 erkannte die Vorinstanz das Folgende (Urk. 96 S. 21):

- " 1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr (Pauschalgebühr) wird festgesetzt auf Fr. 11'600.--.
Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
3. Die Kosten werden dem Kläger auferlegt, jedoch zufolge der gewährten unentgeltlichen Prozessführung einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Die Nachzahlungspflicht gemäss § 92 ZPO/ZH bleibt vorbehalten.
4. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten eine Prozessentschädigung von Fr. 16'300.-- (Mehrwertsteuer eingeschlossen) zu bezahlen.
5. (Schriftliche Mitteilung.)
6. (Rechtsmittelbelehrung.)"

3. Mit fristgerechter Eingabe vom 20. September 2012 erhob der Kläger Berufung gegen das Urteil der Vorinstanz vom 10. August 2012 und stellte die folgenden Anträge (Urk. 95 S. 2):

- " 1. Das angefochtene Urteil vom 10. August 2012 des Bezirksgerichts Zürich (Prozess Nr. FP090152-L) sei aufzuheben und die Abänderungsklage sei insofern gutzuheissen, als die in Dispositiv-Ziffer 3.5. des Scheidungsurteils des Bezirksgerichts Zürich vom 4. Mai 2006 festgesetzten Kinderunterhaltsbeiträge angemessen abzuändern seien.
- 1.a) Eventualiter sei das Verfahren im Sinne von Art. 327 Abs. 3 lit. a) ZPO an die Vorinstanz zur Durchführung eines Beweisverfahrens zurückzuweisen.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzügl. MWSt) zulasten der Beklagten."

Sodann stellte er folgenden prozessualen Antrag (Urk. 95 S. 2):

Es sei dem Kläger für das vorliegende Verfahren die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen und es sei Rechtsanwältin lic. iur. X. _____ als unentgeltliche Rechtsbeiständin für den Kläger für das obergerichtliche Verfahren zu bestätigen bzw. im Sinne von Art. 119 Abs. 5 ZPO zu bestellen.

4. Am 1. Januar 2011 ist die Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) in Kraft getreten. Für die Rechtsmittel gilt das Recht, das bei der Eröffnung des Entscheides in Kraft ist (Art. 405 Abs. 1 ZPO). Das vorinstanzliche Urteil wurde am

13. August 2012 versandt und am 21. August 2012 vom Kläger entgegengenommen (Urk. 87). Somit richtet sich das Rechtsmittelverfahren nach der neuen Prozessordnung.

5. a) Ein Rechtsbegehren muss so bestimmt sein, dass es im Falle der Gutheissung der Klage unverändert zum Urteil erhoben werden kann. Aus diesem Prozessgrundsatz folgt, dass die auf Geldzahlung gerichteten Berufungsanträge zu beziffern sind. Zudem ermöglichen erst klare und im Falle von Geldforderungen bezifferte Anträge der Gegenpartei, sich in der Berufungsantwort zu verteidigen und darüber zu entscheiden, ob sie – soweit dies möglich ist – Anschlussberufung erheben will. Im Berufungsverfahren sind sodann auch für den Kinderunterhalt Anträge erforderlich, die den Anforderungen an die Bezifferung genügen müssen (BGE 137 III 617 S. 619 ff. E. 4.3 - 4.5 m.w.H.; vgl. dazu auch Reetz/Theiler, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Zürich/Basel/Genf 2010, Art. 311 N 34 unter Verweis auf Art. 84 Abs. 2 ZPO analog). Ein Begehren um "Festlegung des Geschuldeten" oder "angemessene Reduktion" bzw. "angemessene Erhöhung" ist unstatthaft. Dies gilt ebenfalls im Zusammenhang mit Unterhaltsbegehren; deshalb sind insbesondere auch Anträge auf Festlegung der üblichen, angemessenen oder gesetzlichen Leistungen ungenügend (Urteil des Bundesgerichts 5A_105/2012 vom 9. März 2012, E. 3.2 m.w.H.).

b) Ist es der klagenden Partei unmöglich oder unzumutbar, ihre Forderung bereits zu Beginn des Prozesses zu beziffern, so kann sie eine unbezifferte Forderungsklage erheben. Sie muss jedoch einen Mindestwert angeben, der als vorläufiger Streitwert gilt (Art. 85 Abs. 1 ZPO). Dieser gilt dann als massgeblicher Streitwert zum Beispiel für die Berechnung des Kostenvorschusses (Meier, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zürich/Basel/Genf, S. 224; Bopp/Bessenich, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, a.a.O., Art. 85 N 18).

c) Fehlen genügende Berufungsanträge, so fehlt es an einer Zulässigkeitsvoraussetzung der Berufung. Diese ist durch Nichteintreten zu erledigen, eine Nachfrist darf nicht angesetzt werden (Reetz/Theiler, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, a.a.O., Art. 311 N 35 m.w.H.).

d) Vorliegend unterliess es der Kläger, seinen Berufungsantrag Ziffer 1 zu beziffern, sowohl im Antrag selber wie auch in der Berufungsbegründung. Er verweist zwar in seinen Erwägungen zur Prozessgeschichte darauf, dass der Vorderichter § 61 Abs. 2 ZPO/ZH verletzt habe, da dieser einerseits kein Beweisverfahren durchgeführt und andererseits ihn nie aufgefordert habe, seine Klage zu beziffern (Urk. 95 S. 6). Weiter führt er aus, er habe in den Jahren 2007 bis 2011 durchschnittliche Nettoeinnahmen von jährlich insgesamt (vor AHV-Abzug) Fr. 28'926.73 erzielt (Urk. 95 S. 17 f.). Sodann habe ihm das Betreibungsamt ein betreibungsrechtliches Existenzminimum von Fr. 3'431.80 angerechnet (Urk. 95 S. 18). Wie er diese Beträge zu würdigen gewillt ist, bleibt hingegen unklar. So führt er in seiner Berufungsschrift in fetter Schrift aus, dass die Vorinstanz anzuhalten sei, eine neue Einkommens- und Bedarfsrechnung der involvierten Personen im Sinne der bundesgerichtlichen Vorgaben zu erstellen (Urk. 95 S. 20). Er hielt in seiner Berufungsschrift auch daran fest, dass er eine "angemessene Reduktion" und keine "Abänderung auf Null" beantrage (Urk. 95 S. 6). Der Kläger unterliess es somit, in seinem diesbezüglichen Berufungsantrag und der entsprechenden Begründung auch nur einen Mindestwert anzugeben, der als vorläufiger zweitinstanzlicher Streitwert gelten würde, obwohl ihm bewusst war, dass im Berufungsverfahren die Schweizerische Zivilprozessordnung Anwendung findet (vgl. dazu Urk. 95 S. 3).

Auf die Berufung des Klägers ist daher nicht einzutreten.

6. a) Ist der Kläger nicht in der Lage, seinen Anspruch bei Erhebung der Klage zu beziffern, so hat er dies spätestens nach Durchführung des Beweisverfahrens nachzuholen (§ 61 Abs. 2 ZPO/ZH). In Leistungs- wie in Feststellungsklagen kann eine vom Gericht festzusetzende Leistung eingeklagt werden, wenn der Kläger bei Erhebung der Klage nicht in der Lage ist, seinen Anspruch zu beziffern. Das Bundeszivilrecht erfordert dies hauptsächlich für Ansprüche auf Ersatz ziffernmässig nicht nachweisbaren Schadens (Art. 42 Abs. 2 OR) sowie, wenn das Vorhandensein eines Schadens überhaupt nicht nachweisbar ist, sich aber nach den Umständen mit einer gewissen Überzeugungskraft aufdrängt. So bei Schadenersatz wegen Körperverletzung, Verletzung in den persönlichen Verhältnis-

sen, unlauteren Wettbewerbs, Verletzung eines Alleinverkaufsrechts oder eines Immaterialgüterrechts. Ein unbestimmter vom Gericht festzusetzender Betrag kann ferner eingeklagt werden, wenn die Höhe des Anspruchs erst aufgrund der vom Beklagten zu liefernden Angaben oder weiterer Beweismittel substantiiert werden kann. So im Abrechnungsprozess, bei der güterrechtlichen Auseinandersetzung im Scheidungsprozess, im Erbteilungsprozess, bei Herabsetzungs- oder Ausgleichungsansprüchen sowie wenn vertraglich vereinbart ist, dass die Schadensermittlung durch Schiedsgutachter zu erfolgen hat (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 1997, § 61 N 25a und 25b m.w.H.).

b) Vor Erstinstanz stellte der Kläger mit Eingabe vom 25. Juni 2009 ursprünglich den folgenden Antrag (Urk. 1 S. 2):

" Die in Dispositiv-Ziffer 3.5. des Scheidungsurteils des Bezirksgerichts Zürich vom 4. Mai 2006 festgesetzten Kinderunterhaltsbeiträge seien angemessen abzuändern.
Eine allfällige Bezifferung bleibt bis zum Abschluss des Beweisverfahrens vorbehalten.
Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten."

Der Kläger beantragte die Abänderung, da sein Verdienst weit unter den im Scheidungsurteil festgesetzten Fr. 9'000.– liege und kaum ausreiche, um seinen eigenen Bedarf zu decken, geschweige denn um Kinderunterhaltsbeiträge zu bezahlen. Es sei ihm seit längerer Zeit nicht mehr möglich, Unterhaltsbeiträge zu bezahlen. Er sehe sich gezwungen, vorliegende Abänderungsklage einzureichen (Urk. 1 S. 3). Obwohl aus dieser Begründung zu seinem ursprünglichen Antrag – an dem er auch im Berufungsverfahren festhält (vgl. Urk. 95 S. 6) – klar hervorgeht, dass er davon ausgeht, er könne keine Unterhaltsbeiträge für seine Kinder mehr bezahlen, beantragte er den Vorbehalt einer allfälligen Bezifferung seiner zu leistenden Unterhaltsbeiträge bis zum Abschluss des Beweisverfahrens.

Im vorliegenden Abänderungsverfahren kann § 61 Abs. 2 ZPO/ZH hingegen keine Anwendung finden. Der Kläger kennt seine finanziellen Verhältnisse und damit seine Leistungsfähigkeit sehr wohl. So liess er anlässlich der Fortsetzung

der Hauptverhandlung vom 21. Juni 2012 vorbringen (Urk. 82 S. 6): "Detaillierter als im vorliegenden Prozess kann man Einkünfte gar nicht darlegen. Dem Gericht liegen nunmehr, einschliesslich die jüngste Edition, die folgenden Unterlagen zur lückenlosen Dokumentierung seiner Einkünfte vor (act. 13/1-24, act. 66/1-7):

- Steuererklärungen 2004, 2005, 2006, 2007, 2008, 2009, 2010 des Klägers, einschliesslich Betriebsrechnungen der A._____ & Partner
- Jahresrechnungen F._____ AG 2006, 2007, 2008, 2009, 2010, einschliesslich die Kontoblätter sämtlicher Aufwandspositionen".

Schon früh im erstinstanzlichen Abänderungsverfahren war der Kläger mit Eingabe vom 18. September 2009 sodann im Stande, im Rahmen seines Antrags auf Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege sowohl sein Einkommen wie auch seinen Bedarf zu beziffern (vgl. Urk. 12 S. 2 bis 4 Ziff. 2 und 3). So verwies er zudem selber in seiner Klagebegründung anlässlich der erstinstanzlichen Verhandlung vom 20. Oktober 2009 auf die in seiner Eingabe vom 18. September 2009 präsentierten Lebensbedarfskosten (Urk. 14 S. 3 Ziff. 7). Ebenfalls in der Klagebegründung führte er erneut aus, dass seine erhebliche Einkommensreduktion eine Herabsetzung bzw. gänzliche Aufhebung der Unterhaltsbeiträge für seine drei Kinder rechtfertige (Urk. 14 S. 3 Ziff. 7 und S. 4 Ziff. 10). Er bezifferte sein durchschnittliches monatliches Nettoeinkommen des zurückliegenden Jahres damals auf Fr. 2'306.– pro Monat (Urk. 14 S. 2 Ziff. 3 und S. 4 Ziff. 9).

§ 61 Abs. 2 ZPO/ZH ist nicht dazu da, das prozessuale Risiko des Klägers zu minimieren. Der Kläger hat die Klage zu beziffern, wenn und soweit ihm dies möglich ist, und gegebenenfalls die prozessualen Folgen seines Unterliegens zu tragen. Wie aufgezeigt, war es dem Kläger bereits vor Erstinstanz vor der Durchführung eines allfälligen Beweisverfahrens möglich, sein Begehren auf Abänderung zu beziffern, weshalb § 61 Abs. 2 ZPO/ZH keine Anwendung finden konnte. Eine Partei kann mit der Bezifferung ihrer Anträge nicht so lange zuwarten, bis feststeht, welche Leistungsfähigkeit ihr nachgewiesen werden kann. Dieses Vorgehen darf keinen Schutz finden.

c) Das Gleiche gilt für das vorliegende Rechtsmittelverfahren: Auch hier ist die Anwendung von Art. 85 ZPO ausgeschlossen, da es dem Kläger – wie ausge-

führt – sehr wohl zuzumuten war, bei Einreichung seiner Berufungsschrift die Anträge zu beziffern.

7. Gemäss Art. 117 ZPO hat eine Person Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint.

Als aussichtslos sind nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung Prozessbegehren anzusehen, bei denen die Gewinnaussichten beträchtlich geringer sind als die Verlustgefahren und die deshalb kaum als ernsthaft bezeichnet werden können. Dagegen gilt ein Begehren nicht als aussichtslos, wenn sich Gewinnaussichten und Verlustgefahren ungefähr die Waage halten oder jene nur wenig geringer sind als diese. Massgebend ist, ob eine Partei, die über die nötigen finanziellen Mittel verfügt, sich bei vernünftiger Überlegung zu einem Prozess entschliessen würde; eine Partei soll einen Prozess, den sie auf eigene Rechnung und Gefahr nicht führen würde, nicht deshalb anstrengen können, weil er sie nichts kostet (BGE 129 I 129 E. 2.3.1 m.w.H.; Urteil des Bundesgerichts 5A_265/2012 vom 30. Mai 2012, E. 2.2).

Die vorliegende Berufung war wie aufgezeigt von vornherein aussichtslos, weshalb dem Kläger für das zweitinstanzliche Verfahren die von ihm beantragte unentgeltliche Rechtspflege nicht gewährt werden kann.

8. a) Die Prozesskosten werden der unterliegenden Partei auferlegt. Bei Nichteintreten gilt die klagende Partei bzw. die Partei, welche das Rechtsmittel erhoben hat, als unterliegend (vgl. Art. 106 Abs. 1 ZPO), weshalb dem Kläger die Prozesskosten des Berufungsverfahrens aufzuerlegen sind. Für die Bemessung der Gerichtskosten gelangen § 2, § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 1, § 10 Abs. 1 und § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG vom 8. September 2010 zur Anwendung.

b) Mangels wesentlicher Umtriebe ist der Beklagten für das Berufungsverfahren keine Entschädigung zuzusprechen.

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch des Klägers um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das zweitinstanzliche Verfahren wird abgewiesen.
2. Auf die Berufung des Klägers wird nicht eingetreten.
3. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 1'500.–.
4. Die Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens werden dem Kläger auferlegt.
5. Der Beklagten wird für das zweitinstanzliche Verfahren keine Parteientschädigung zugesprochen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagte unter Beilage der Doppel der Urk. 95 und 97, sowie an das Einzelgericht im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 10. Abteilung, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

7. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid ist innerhalb von 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Streitigkeit. Der Streitwert beträgt Fr. 336'000.–. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 12. Oktober 2012

OBERGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. A. Baumgartner

versandt am:
ss