

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LC130014-O/U.doc

Mitwirkend: die Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Dr. G. Pfister und
Oberrichterin Dr. M. Schaffitz sowie Gerichtsschreiber lic. iur.
H. Dubach

Urteil vom 12. April 2013

in Sachen

A. _____,

Kläger und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Beklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y. _____

betreffend **Abänderung Scheidungsurteil**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am
Bezirksgericht Zürich, 10. Abteilung, vom 18. Dezember 2012 (FP110052-L)**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 1 f.)

1. Die Unterhaltsbeiträge gemäss Dispositiv Ziffer 2 des Urteils des Kantonsgerichts Wallis vom 13. März 1996 (bestätigt mit Urteil des Bundesgerichts vom 30. Oktober 1996) seien mit Wirkung ab 1. Februar 2009 aufzuheben, evtl. angemessen zu reduzieren.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten.

Anträge der Beklagten:

(act. 26 S. 1)

1. Die Klage sei vollumfänglich abzuweisen.
2. Die Unterhaltsbeiträge seien ab Rechtskraft des vorliegenden Urteils gerichtsüblich zu indexieren.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten.

Urteil des Bezirksgerichtes Zürich (10. Abteilung - Einzelgericht) vom 18. Dezember 2012:

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Widerklage wird abgewiesen.
3. Die Entscheidgebühr (Pauschalgebühr) wird festgesetzt auf:
Fr. 9'000.– ; die weiteren Auslagen betragen:
Fr. 297.50 Dolmetscherkosten
Fr. 150.– diverse Kosten
Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
4. Die Gerichtskosten werden dem Kläger zu 3/4 und der Beklagten zu 1/4 auferlegt. Der Kostenvorschuss der Beklagten für das Beweisverfahren (betr. örtliche Zuständigkeit) in der Höhe von Fr. 1'200.– wird mit ihrem Kostenanteil verrechnet.

5. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 9'450.– (inkl. Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
6. (Schriftliche Mitteilung)
7. (Berufung)

Berufungsanträge:

Des Klägers und Berufungsklägers (Urk. 174):

1. Dispositiv Ziffern 1, 4 und 5 des Urteils des Bezirksgerichts Zürich vom 18. Dezember 2012 bzw. die Unterhaltsbeitragspflicht des Klägers gemäss Dispositiv Ziffer 2 des Urteils des Kantonsgerichts Wallis vom 13.3.1996 seien mit Wirkung ab 1. Februar 2009 aufzuheben, evtl. angemessen zu reduzieren.

2. Es sei dem Kläger eine Nachfrist anzusetzen, um die Beweismittel gemäss Verfügung des Bezirksgerichts Zürich vom 16. Juni 2011 (act. 103) zu bezeichnen bzw. einzureichen.

Eventualiter :

Das Beweisverfahren sei durchzuführen, beschränkt auf die Beweismittel, welche per Datum Rückweisungsbeschluss des Obergerichts vom 2. Dezember 2010 bereits "zu den Akten erhoben" wurden (Urkunden act. 1-85; persönliche Befragung (Prot. I (1. Instanz); Prot. Obergericht act. 44) und im Urteil entsprechend zu berücksichtigen.

3. Dem Kläger sei auch in diesem Berufungsverfahren die unentgeltliche Prozessführung und Rechtsvertretung zu bewilligen.

4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten.

Erwägungen:

1. Am 24. Februar 2009 reichte der Kläger und Berufungskläger (nachfolgend nur noch Kläger) bei der Vorinstanz Klage auf Abänderung des Scheidungsurteils des Kantonsgerichts Wallis vom 13. März 1996 ein. Er machte geltend, dass er seit der Scheidung nie in der Lage gewesen sei und nie mehr sein werde, das ihm

damals angerechnete hypothetische Einkommen von Fr. 8'000.- zu erzielen. Daher seien die Unterhaltsbeiträge für die Beklagte und Berufungsbeklagte (nachfolgend nur noch Beklagte) aufzuheben, eventuell angemessen zu reduzieren (Urk. 1).

Am 21. September 2009 hiess die Vorinstanz die Klage gut, wogegen die Beklagte Berufung bei der vorliegend entscheidenden Kammer einreichte. Der Berufung wurde mit Beschluss vom 2. Dezember 2010 in dem Sinne Folge gegeben, dass das Verfahren an die Vorinstanz zurückgewiesen wurde zur Durchführung eines Beweisverfahrens, einerseits zu den Behauptungen des Klägers zu seinen (ungezüglichen) Einkünften, andererseits zu den Behauptungen der Beklagten, mit denen sie diese Einkommensangaben des Klägers bestritt bzw. anzweifelte (Urk. 93).

Mit Verfügung vom 16. Juni 2011 erliess die Vorinstanz die Beweisauflageverfügung im geforderten Beweisverfahren und setzte den Parteien eine Frist von 20 Tagen zur Nennung ihrer Beweismittel an (Urk. 103). Der Kläger verpasste die Einhaltung dieser Frist unbestrittenermassen um 17 Tage, weil seine Vertreterin "aus (mir) schleierhaften Gründen" die Frist falsch berechnet und notiert hatte. Dem darauf gestellten Gesuch um Wiederherstellung der Frist widersetzte sich die Gegenpartei. Im Endentscheid vom 18. Dezember 2012 beurteilte die Vorinstanz die Fristversäumnis als grob schuldhaft, gewährte keine Fristwiederherstellung, ging in ihrem Urteil von der Säumnis des hauptbeweispflichtigen Klägers bei der Nennung seiner Beweismittel aus und verzichtete auf die Abnahme der Beweise der Beklagten zu ihren Gegenbehauptungen (Urk. 175 S. 18ff). Dies führte schliesslich zur Abweisung der Abänderungsklage.

2. Der Kläger hat gegen das Urteil der Vorinstanz vom 18. Dezember 2012 rechtzeitig Berufung erhoben mit den eingangs erwähnten Anträgen (Urk. 174). Er verlangt damit nicht mehr eine Wiederherstellung der versäumten Frist zur Nennung der Beweismittel und ficht die Würdigung der Säumnis als grobes Verschulden nicht an. Er verlangt vielmehr die Ansetzung einer prozessual selbständigen Nachfrist zur Beweismittelnennung. Weiter verlangt er die Berücksichtigung der

bereits früher zu den Akten eingereichten Urkunden und früherer persönlicher Befragungen als Beweismittel (Urk. 174).

3. Die vorliegende Klage wurde im Februar 2009 noch unter der Geltung der zürcherischen Zivilprozessordnung bei der Vorinstanz rechtshängig gemacht und unter deren Geltung am 21. September 2009 ein erstes Mal durch Urteil erledigt. Nach Aufhebung des Urteils und Rückweisung durch das Obergericht ging das Verfahren im April 2011 erneut bei der Vorinstanz ein, somit nach Inkrafttreten der schweizerischen Zivilprozessordnung. Da eine Rückweisung das Verfahren indessen in den Stand unmittelbar vor der Urteilsfällung zurückversetzt, hat die Vorinstanz zurecht auf das an die Rückweisung anschliessende (Beweis-)Verfahren noch die Zürcher Zivilprozessordnung angewandt (Sutter-Somm/Seiler, in Sutter-Somm/Hasenböhler/ Leuenberger, ZPO Komm., 2.A. 2013, Art. 404 N 11a mit weiteren Hinweisen).

Inhaltlich hat die Berufungsinstanz das vorinstanzliche Verfahren daher auf die Einhaltung der dafür noch geltenden zürcherischen Zivilprozessbestimmungen zu überprüfen. Der Ablauf des vorliegenden Berufungsverfahrens folgt hingegen den Regeln der schweizerischen Zivilprozessordnung, da das angefochtene Urteil erst nach deren Inkrafttreten erging (Art. 405 Abs. 1 ZPO/CH).

Erweist sich eine der Schweizerischen Zivilprozessordnung unterliegende Berufung als offensichtlich unbegründet, was hier der Fall ist, kann auf prozessuale Weiterungen und insbesondere die Einholung einer Berufungsantwort verzichtet werden (Art. 312 ZPO/CH).

4. Der Kläger beruft sich bei seinem Begehren um Ansetzung einer Nachfrist auf eine generelle Regel, wonach bei Säumnis mit Prozesshandlungen von grosser Tragweite stets eine Nachfrist anzusetzen sei (Urk. 174 S. 3).

Soweit sich der Kläger dabei auf Art. 132, Art. 147 und Art. 223 der schweizerischen Zivilprozessordnung beruft, so ist dies zum vorneherein unbehelflich, da die vorinstanzliche Säumnis vorliegend nach den Regeln der zürcherischen Zivilprozessordnung zu beurteilen ist und die vorgenannten Bestimmungen keine Anwendung finden. Kommt dazu, dass sich auch aus den vorgenannten Bestimmungen der schweizerischen Zivilprozessordnung kein allgemeiner und verbindli-

cher Grundsatz im klägerischen Sinn ableiten liesse. Art. 147 Abs. 1 ZPO/CH bestimmt gegenteils ausdrücklich, dass bei Säumnis mit einer Prozesshandlung das Verfahren ohne diese fortzusetzen ist, dass somit keine Nachbesserung innert einer Nachfrist erfolgen kann. Auch der vom Kläger dazu zitierte Kommentator A. Staehelin (a.a.O. Art. 147 N 7) betont klar den Grundsatz, dass zur Vermeidung von Prozessverschleppung Säumnis den Ausschluss mit der versäumten Handlung zur Folge hat, es sei denn, das Gesetz sehe *ausdrücklich* etwas anderes vor. Zu den nachfolgend in N 8 zitierten gesetzlichen Ausnahmebestimmungen gehört die Säumnis mit der Beweismittelnennung nicht. Die Bestimmung von Art. 223 ZPO/CH (Nachfrist bei Säumnis mit der Klageantwort) ist eine jener ausdrücklich geregelten Ausnahmefälle, vorliegend aber nicht einschlägig. Art. 132 ZPO/CH befasst sich mit in der mangelhaften äusseren Form von Prozesseingaben, ist für die Säumnis mit Beweisschriften somit ebenfalls nicht einschlägig.

Ein allgemeines Recht auf Wiederholung versäumter wichtiger Prozesshandlungen kannte auch das zürcherische Zivilprozessrecht nicht. Gemäss § 196 GVG traten bei Säumnis entweder die ausdrücklich geregelten gesetzlichen Folgen ein oder bei einem Fehlen solcher die vom Richter an die Säumnis geknüpften Folgen. Letztere mussten sich innerhalb des Rahmens des ordnungsgemässen Fortgangs des Prozesses bewegen. Im Beweisverfahren entsprach es gefestigter Lehre und Rechtsprechung, bei Säumnis mit der Beweismittelbezeichnung gerichtlich Beweislosigkeit anzudrohen und eintreten zu lassen (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, § 137 N 6 und 6a). Eine Milderung dieser Strenge sah einzig § 138 ZPO/ZH vor, welcher unter den Voraussetzungen von § 115 ZPO/ZH eine nachträgliche Beweismittelbezeichnung noch zuliess. Diese Spezialbestimmung schliesst umgekehrt ein voraussetzungsloses "Nachbesserungsrecht", wie es der Kläger postuliert, aus. Vorliegend hat die Vorinstanz in ihrer Beweisauflageverfügung gesetzeskonform und ausdrücklich den Ausschluss mit der Beweismittelbezeichnung bei Säumnis angedroht (Urk. 103 S. 18). Ein Irrtum hinsichtlich des Fristenlaufs fällt offensichtlich nicht unter die Ausnahmegründe von § 115 ZPO/ZH, welche eine nachträgliche Beweismittelbezeichnung erlauben würden. Der Vorwurf des Klägers, die Vorinstanz

hätte ihm eine Nachfrist zur Bezeichnung der Beweismittel einräumen müssen, ist daher unbegründet.

5. Der Kläger rügt weiter, die Vorinstanz hätte wenigstens seine bereits vor der Beweisauflageverfügung eingereichten Urkunden und die zuvor stattgefundenen persönlichen Befragungen als Beweismittel für die Urteilsfindung berücksichtigen müssen (Urk. 174 S. 3ff).

Dazu ist vorweg auf das erste Urteil der Vorinstanz vom 21. September 2009 und den Rückweisungsbeschluss der entscheidenden Kammer vom 2. Dezember 2010 zu verweisen. In diesen Entscheiden wurden die Behauptungen des Klägers zu seinen Einkommensverhältnissen seit der Scheidung und die Bestreitungen der Beklagten anhand der vor beiden Instanzen ergangenen Rechtsschriften, der damit eingereichten Urkunden, der Befragungen und der Aktenlage per 16. September 2010 gewürdigt. Die Rechtsmittelinstanz kam dabei zum Schluss, dass diese Grundlage für den Beweis der klägerischen Behauptungen nicht genüge und ein einlässliches Beweisverfahren dazu durchzuführen ist. Der im vorliegenden Berufungsverfahren erhobene Einwand, die klägerischen Behauptungen liessen sich anhand der bereits vorhandenen Akten beweisen, ist durch die Feststellungen der Berufungsinstanz vom 2. Dezember 2010 daher bereits widerlegt. Es kann vollumfänglich auf die damaligen Erwägungen verwiesen werden (Urk. 93 S. 13ff), Weiterungen erübrigen sich.

Damit kann offen bleiben, ob die als Beilagen zu den jeweiligen Rechtsschriften eingereichten Urkunden und die Befragungsprotokolle "zu den Akten erhoben" oder bloss "bezeichnet" wurden (Urk. 174 S. 5) und worin der Unterschied liegt. Sodann ist der Vollständigkeit halber nochmals auf die ausdrückliche Auflage der Vorinstanz in der Beweisauflageverfügung zu verweisen, wonach auch bereits in den Rechtsschriften offerierte und bereits eingereichte Beweismittel ausdrücklich nochmals als Beweismittel aufzuführen sind (Urk. 103 S. 17). Diese Auflage dient der Klarstellung, welche Aktenstücke und wie weit zu welchem Beweissatz als Beweismittel dienen sollen bzw. ob und wie weit eine Prozesspartei diese zu ihren Gunsten überhaupt (noch) berücksichtigt haben will. Die Behauptung des Klägers, es sei keine solche Aufforderung erfolgt (Urk. 174 S. 4), ist aktenwidrig.

Ergibt sich aus den Erwägungen des Rückweisungsentscheides vom 2. Dezem-

ber 2010, dass die massgeblichen Behauptungen des Klägers aufgrund des damaligen Aktenstands unbewiesen sind, erweisen sich die gegenteiligen Ausführungen des Klägers in der vorliegenden Berufung ohne weiteres als unbegründet, und die Klage ist mit der Vorinstanz abzuweisen.

6. Ist die Berufung offensichtlich unbegründet, so ist das Berufungsverfahren für den Kläger auch im Sinne von Art. 117 lit. b ZPO aussichtslos. Das Begehren um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Berufungsverfahren ist daher abzuweisen.

7. Bei diesem Ausgang des Berufungsverfahrens wird der Kläger dafür kostenpflichtig. Mangels wesentlicher Umtriebe ist der Gegenpartei hingegen keine Parteientschädigung zuzusprechen.

Die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen des vorinstanzlichen Entscheides wurde im Berufungsverfahren nicht substantiiert angefochten und ist daher zu bestätigen.

Es wird erkannt:

1. Das Gesuch des Klägers und Berufungsklägers um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege im Berufungsverfahren wird abgewiesen.
2. Die Klage wird abgewiesen.
3. Das erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsdispositiv (Dispositiv-Ziffer 3 - 5) wird bestätigt.
4. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird festgesetzt auf Fr. 4'000.-
5. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Kläger und Berufungskläger auferlegt.
6. Es werden für das Berufungsverfahren keine Parteientschädigungen zugesprochen.

7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagte und Berufungsbeklagte unter Beilage des Doppels von Urk. 174 und 176, sowie an das Bezirksgericht Zürich (10. Abteilung, Einzelgericht), und die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

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

8. Eine bundesrechtliche 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 Angelegenheit. Der Streitwert beträgt ca. Fr. 300'000.--.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 12. April 2013

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

Dr. R. Klopfer

lic. iur. H. Dubach

versandt am: js