

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LC220002-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. D. Scherrer, Vorsitzende, Oberrichter Dr. M. Kriech
und Oberrichter lic. iur. A. Huizinga sowie Gerichtsschreiber
lic. iur. M. Hochuli

Beschluss vom 10. Februar 2022

in Sachen

A. _____,

Kläger und Berufungskläger

gegen

B. _____,

Beklagte und Berufungsbeklagte

betreffend **Abänderung Scheidungsurteil**

Berufung gegen die Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 2. Abteilung, vom 28. Oktober 2021 (FP210105-L)

Erwägungen:

1.1. Nach einem langjährigen Scheidungsverfahren wurde die Ehe zwischen den Parteien mit Urteil des Bezirksgerichts March/SZ vom tt. Dezember 2016 geschieden. Den vom Kläger und Berufungskläger (fortan Kläger) gegen die gerichtliche Regelung der Nebenfolgen erhobenen Rechtsmitteln an das Kantonsgericht und das Bundesgericht war kein Erfolg beschieden (Urk. 63 S. 2 mit Verweis auf BGer 5A_98/2019 vom 28. Februar 2019).

1.2. Am 26. Juni 2019 reichte der Kläger bei der Vorinstanz eine Klage gegen die Beklagte und Berufungsbeklagte (fortan Beklagte) auf Abänderung des Scheidungsurteils ein (Geschäfts Nr. FP190059-L). Die Vorinstanz schrieb das Verfahren schliesslich mit Verfügung vom 15. Oktober 2019 zufolge Gegenstandslosigkeit ab. Hiergegen erhob der Kläger eine Rechtsverweigerungsbeschwerde, welche die Kammer abwies, soweit sie darauf eintrat (*OGer ZH PC190037 vom 18. März 2020*).

1.3.1. Mit Schreiben vom 15. November 2019 erhob der Kläger bei der Vorinstanz erneut Klage auf Abänderung des oberwähnten Scheidungsurteils (Urk. 1). Mit Verfügung vom 9. Dezember 2019 sistierte die Vorinstanz das Verfahren wegen noch fraglicher (und damit anderweitiger) Rechtshängigkeit des Abänderungsbegehrens vom 26. Juni 2019 (Urk. 3). Mit Verfügung vom 1. April 2020 setzte die Vorinstanz dem Kläger Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses von Fr. 3'600.– an (Urk. 12). Mit Eingabe vom 30. April 2020 ersuchte der Kläger um unentgeltliche Rechtspflege (Urk. 14). Dieses Gesuch wies die Vorinstanz mit Verfügung vom 2. Juni 2020 ab und setzte dem Kläger erneut Frist zur Leistung des Kostenvorschusses an (Urk. 24). Die dagegen erhobene Beschwerde wies die Kammer am 24. August 2020 ab (Urk. 45; *OGer ZH PC200027*).

1.3.2. Mit Verfügung Z06 vom 7. September 2020 setzte die Vorinstanz dem Kläger wiederum Frist zur Leistung des Kostenvorschusses an (Urk. 46). Am 22. September 2020 erkundigte sich der Kläger bei der Vorinstanz, ob mit der Einforderung des Kostenvorschusses zugewartet werden könne, bis rechtskräftig über das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege befunden sei (Urk. 49). Mit Ver-

fügung Z07 vom 23. September 2020 wies die Vorinstanz das tags zuvor sinngemäss gestellte Gesuch des Klägers um Fristerstreckung resp. Abnahme der Frist zur Leistung des Kostenvorschusses, eventualiter um Ratenzahlung, ab und hielt fest, es bleibe bei der Fristansetzung zur Leistung des Kostenvorschusses gemäss Verfügung vom 7. September 2020 (Urk. 51).

1.3.3. Mit Schreiben vom 28. September 2020 ersuchte der Kläger um (a) Zuwarten mit Ansetzen einer Zahlungsfrist bis zum rechtskräftigen Entscheid über die Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege, (b) Bewilligung von Ratenzahlung, (c) Erstreckung der Zahlungsfrist, bis er wieder in die Schweiz einreisen könne, sowie (d) Wiedererwägung des Entscheids betreffend unentgeltliche Rechtspflege (Urk. 54). Mit Verfügung Z08 vom 1. Oktober 2020 wies die Vorinstanz das Wiedererwägungsbegehren ab und setzte dem Kläger eine Nachfrist zur Leistung des Kostenvorschusses an (Urk. 56). Hiergegen erhob der Kläger mit Eingabe vom 19. Oktober 2020 Beschwerde, welcher mit Verfügung vom 23. Oktober 2020 einstweilen aufschiebende Wirkung zuerkannt wurde (Urk. 68 S. 5 Dispositiv-Ziff. 2; Geschäfts-Nr. PC200036). In der Zwischenzeit war die Vorinstanz mit Verfügung vom 20. Oktober 2020 auf die Klage nicht eingetreten (Urk. 64).

1.3.4. Mit Beschluss vom 22. September 2021 hob die Kammer den Nichteintretensentscheid der Vorinstanz vom 20. Oktober 2020 auf und setzte dem Kläger eine Nachfrist von sieben Tagen zur Leistung des Kostenvorschusses in Höhe von Fr. 3'600.– an (Urk. 74 S. 7 f.). Binnen dieser Nachfrist ersuchte der Kläger mit Eingabe vom 8. Oktober 2021 bei der Vorinstanz erneut um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (Urk. 76). Auf die gleichentags gegen den Beschluss der Kammer vom 22. September 2021 erhobene Beschwerde trat das Bundesgericht mit Urteil vom 19. Oktober 2021 nicht ein (Urk. 75). Mit Verfügung vom 28. Oktober 2021 trat die Vorinstanz auf das Gesuch des Klägers um unentgeltliche Rechtspflege sowie dessen Abänderungsklage nicht ein (Urk. 82 S. 13 f. = Urk. 93 S. 13 f.).

1.4. Hiergegen erhob der Kläger mit Eingabe vom 18. Januar 2022 Berufung, welche mit Bezug auf die angefochtene Verweigerung der unentgeltlichen

Rechtspflege als Beschwerde entgegengenommen wurde (vgl. Art. 121 ZPO) und Gegenstand des Beschwerdeverfahrens PC220004-O ist.

2. Die Vorinstanz erwog, der Kläger mache zwar geltend, die Nachfristansetzung zur Leistung des einverlangten Kostenvorschusses gemäss Beschluss der Kammer vom 22. September 2021 sei nichtig gewesen. Allerdings sei mit der damaligen Berufung des Klägers vom 30. November 2020 (Urk. 70) gegen ihren Nichteintretensentscheid vom 20. Oktober 2020 die gesamte Zuständigkeit auf das Obergericht übergegangen. Es sei daher nicht ersichtlich, weshalb das Obergericht nicht für die prozessleitende Nachfristansetzung zuständig gewesen sein und deshalb eine nichtige Anordnung getroffen haben sollte. Des Weiteren habe das Bundesgericht in seinem Urteil 5A_841/2021 vom 19. Oktober 2021 explizit verneint, dass vor dem Hintergrund der Beschwerde des Klägers an das Bundesgericht der Grundsatz von Treu und Glauben das Ansetzen einer weiteren Nachfrist gebieten würde, und habe entsprechend davon abgesehen. Auch in der vorliegenden Konstellation sei keine weitere Nachfrist zur Leistung des Kostenvorschusses anzusetzen. Ein schlichtes Wiedererwägungsgesuch während laufender Nachfrist zur Leistung des Kostenvorschusses habe keine aufschiebende Wirkung (*OGer ZH PS180092 vom 13. Juli 2018, E. 3.3*). Eine erneute Nachfrist wäre auch dann nicht anzusetzen gewesen, wenn das vorliegende Gesuch inhaltlich zu beurteilen und abzuweisen gewesen wäre, denn es genüge, wenn die betroffene Partei einmal im Lauf des Zivilprozesses die Gelegenheit erhalte, die unentgeltliche Rechtspflege zu erlangen. Ebenso müsse genügen, dass sie diesbezüglich einmal die Gelegenheit erhalten habe, im Falle einer Beschwerdeerhebung nach Erlass eines abweisenden Beschwerdeentscheides den Kostenvorschuss innert einer anzusetzenden Nachfrist zu bezahlen. Wäre bei Abweisung neuerlicher Gesuche um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege stets erneut eine Nachfrist anzusetzen, würde dies den Prozess unnötig verzögern, denn diesfalls könnte eine Partei jedes Mal ein neues Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege stellen, um die Zahlungsfrist zu erstrecken (*OGer ZH NE200008 vom 23. April 2021, E. 5.2*). Dem Kläger sei bereits mehrfach Nachfrist zur Leistung des Kostenvorschusses angesetzt worden, so zuletzt im obergerichtlichen Rückweisungsentscheid. Vor diesem Hintergrund sei eine erneute Nachfristan-

setzung nicht erforderlich. Das gelte umso mehr, als der Kläger weiterhin Mittellosgigkeit geltend mache und sein neuerliches Gesuch offensichtlich nicht darauf gerichtet sei, den Kostenvorschuss doch noch leisten zu können, sondern im Gegenteil diesen zu umgehen, ohne dabei den ernsthaften Versuch zu unternehmen, seine Bedürftigkeit nachzuweisen. Derartiges Verhalten sei rechtsmissbräuchlich und verdiene keinen Rechtsschutz (BGer 5D_63/2017 vom 27. April 2017, E. 3; OGer ZH NE200008 vom 23. April 2021, E. 5.4). Weil auch innert obergerichtlich angesetzter Nachfrist kein Kostenvorschuss eingegangen sei, könne der abschlägige Entscheid über das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege direkt zusammen mit dem Nichteintretensentscheid auf die Klage selbst erfolgen (OGer ZH PS180092 vom 13. Juli 2018, E. 3.3). Der Kläger habe nach dem Gesagten den eingeforderten Kostenvorschuss auch innert Nachfrist nicht geleistet. Daher sei androhungsgemäss auf die Abänderungsklage nicht einzutreten (Urk. 93 S. 11 ff.).

3.1. Das Berufungsverfahren stellt keine Fortsetzung des erstinstanzlichen Verfahrens dar, sondern ist nach der gesetzlichen Konzeption als eigenständiges Verfahren ausgestaltet (BGE 142 III 413 E. 2.2.1 m.H. auf die Botschaft zur Schweizerischen ZPO, BBI 2006, S. 7374). Mit der Berufung können unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). In der schriftlichen Berufungsbegründung (Art. 311 ZPO) ist hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten als fehlerhaft zu betrachten ist bzw. an einem der genannten Mängel leidet. Das setzt (im Sinne einer von Amtes wegen zu prüfenden Eintretensvoraussetzung) voraus, dass der Berufungskläger die vorinstanzlichen Erwägungen bezeichnet, die er anführt, sich argumentativ mit diesen auseinandersetzt und mittels genügend präziser Verweisungen auf die Akten aufzeigt, wo die massgebenden Behauptungen, Erklärungen, Bestreitungen und Einreden erhoben wurden bzw. aus welchen Aktenstellen sich der geltend gemachte Berufungsgrund ergeben soll. Die pauschale Verweisung auf frühere Vorbringen oder deren blosser Wiederholung genügen nicht (vgl. BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGer 5A_751/2014 vom 28. Mai 2015, E. 2.1; BGer 5A_247/2013 vom 15. Oktober 2013, E. 3.2). Was nicht oder nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanfor-

derungen entsprechender Weise beanstandet wird, braucht von der Rechtsmittelinstanz nicht überprüft zu werden; diese hat sich – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – grundsätzlich auf die Beurteilung der Beanstandungen zu beschränken, die in der schriftlichen Begründung formgerecht gegen den erstinstanzlichen Entscheid erhoben werden (vgl. BGE 142 III 413 E. 2.2.4 m.w.H.; BGer 5A_111/2016 vom 6. September 2016, E. 5.3; BGer 4A_258/2015 vom 21. Oktober 2015, E. 2.4.3; BGer 4A_290/2014 vom 1. September 2014, E. 3.1 und E. 5).

3.2. Diesen Anforderungen genügt die Berufungsschrift nicht. Der Kläger rügt darin – nebst der seiner Ansicht nach zu Unrecht verweigerten unentgeltlichen Rechtspflege, welche Beschwerde allerdings mit heutiger Entscheid im Verfahren PC220004-O abgewiesen wird – bloss, er bleibe dabei, dass das Obergericht nicht für Kostenvorschussfragen des Bezirksgerichts zuständig sein könne (Urk. 92 S. 2). Mit diesem Vorbringen setzt er sich allerdings nicht einmal ansatzweise mit den diesbezüglichen Erwägungen der Vorinstanz im angefochtenen Entscheid (Urk. 93 S. 5 f. E. 2) auseinander. Damit genügt der Kläger seiner Begründungsobliegenheit (vgl. oben Ziff. 3.1) nicht, weshalb auf die Berufung nicht einzutreten ist.

4. Der Kläger ersucht um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das zweitinstanzliche Verfahren (Urk. 92 S. 5). Dieses Gesuch ist jedoch zufolge Aussichtslosigkeit der Berufung (vgl. vorstehende Erwägungen) abzuweisen (Art. 117 lit. b ZPO).

5.1. Die Entscheidgebühr für das zweitinstanzliche Verfahren ist in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 5 Abs. 1 und § 6 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 1'500.– festzusetzen. Die Kosten sind ausgangsgemäss dem Kläger aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

5.2. Für das Berufungsverfahren sind keine Parteientschädigungen zuzusprechen, dem Kläger zufolge seines Unterliegens (Art. 106 Abs. 1 ZPO), der Beklagten mangels relevanter Umtriebe (Art. 95 Abs. 3 ZPO).

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch des Klägers um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Berufungsverfahren wird abgewiesen.
2. Auf die Berufung wird nicht eingetreten.
3. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 1'500.–.
4. Die Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens werden dem Kläger auferlegt.
5. Für das Berufungsverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagte unter Beilage der Doppel von Urk. 92 und 94, sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

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

7. Eine **Beschwerde** gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert **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 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG. Es handelt sich um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 10. Februar 2022

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. M. Hochuli

versandt am:
Im