

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LC220037-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter Dr. M. Sarbach und Oberrichterin lic. iur. A. Strähl sowie Gerichtsschreiberin MLaw J. Camelin-Nagel

Urteil vom 7. März 2023

in Sachen

A. _____,

Kläger und Berufungskläger

gegen

B. _____,

Beklagte und Berufungsbeklagte

betreffend **Abänderung eines ausländischen Scheidungsurteils**

Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes (10. Abteilung) des Bezirksgerichtes Zürich vom 14. November 2022; Proz. FP220083

Rechtsbegehren:
(act. 1 i.V.m. act. 2/5)

In Abänderung der mit Entscheid des Regionalgerichts Berner Jura-Seeland vom 19. April 2022 genehmigten Vereinbarung seien die Kinderunterhaltsbeiträge für die Kinder C._____, D._____ und E._____ im Betrag von Fr. 525.– pro Kind ab September 2022 aufzuheben.

Verfügung des Einzelgerichtes:
(act. 6 = act. 15)

1. Auf die Abänderungsklage des Klägers wird nicht eingetreten.
2. Es werden keine Kosten erhoben und keine Entschädigungen zugesprochen.
3. [Mitteilungen]
4. [Rechtsmittel]

Berufungsanträge:

des Klägers und Berufungsklägers: (act. 13 sinngemäss)

Die Verfügung der Vorinstanz sei aufzuheben und auf das Abänderungsbegehren sei einzutreten.

der Beklagten und Berufungsbeklagten:

Erwägungen:

1. Ausgangslage und Verfahrensverlauf
 - 1.1. A._____ (Kläger und Berufungskläger, nachfolgend Kläger) und B._____ (Beklagte und Berufungsbeklagte, nachfolgend Beklagte) sind die Eltern von C._____, geb. tt.mm 2007, D._____, geb. tt.mm 2009, und E._____, geb. tt.mm

2009. Ihre Ehe wurde mit Scheidungsurteil des Tribunal de première instance de Kenitra, Marokko, vom 2. Januar 2018 geschieden. Im Rahmen des vor dem Regionalgericht Berner Jura-Seeland durchgeführten Abänderungsverfahrens genehmigte das Gericht mit Entscheid vom 19. April 2022 die Vereinbarung der Parteien und änderte die Kinderunterhaltsbeiträge ab. Dabei wurde von einem effektiven Einkommen des Klägers von Fr. 3'360.– (80 %-Pensum) und ab mm 2022 von einem hypothetischen Einkommen von Fr. 4'100.– (100 % Pensum) ausgegangen. Ausserdem wurde berücksichtigt, dass der Kläger mit seiner neuen Ehefrau eine gemeinsame Tochter und ab mm 2022 ein weiteres Kind hat (act. 2/5).

1.2. Am 10. Oktober 2022 (Datum Poststempel) reichte der Kläger beim Einzelgericht des Bezirksgerichts Zürich (nachfolgend Vorinstanz) eine Abänderungsklage ein, mit dem eingangs erwähnten Rechtsbegehren (act. 1). Mit Verfügung vom 14. November 2022 trat die Vorinstanz auf die Klage nicht ein (act. 6). Gegen diese Verfügung erhob der Kläger mit Eingabe vom 19. Dezember 2022 Berufung beim Obergericht des Kantons Zürich (act. 13). Die Akten des erstinstanzlichen Verfahrens sind von Amtes wegen beigezogen worden (act. 1–11). Mit Verfügung vom 10. Januar 2023 wurde der Beklagten Frist für die Berufungsantwort angesetzt und die Prozessführung wurde delegiert (act. 16). Die Verfügung konnte der Beklagten nicht zugestellt werden; sie wurde von ihr innert der 7-tägigen Frist nicht auf der Post abgeholt (act. 17). Weiterungen erübrigen sich (vgl. nachstehende E. 2.3). Das Verfahren ist spruchreif.

2. Prozessuales

2.1. Nach Eingang der Berufung prüft die Rechtsmittelinstanz von Amtes wegen, ob die Rechtsmittelvoraussetzungen erfüllt sind. Die Berufung richtet sich gegen einen erstinstanzlichen Endentscheid (Art. 308 Abs. 1 lit. a ZPO) und wurde rechtzeitig beim Obergericht eingereicht (Art. 311 Abs. 1 ZPO).

2.2. Die Berufung ist schriftlich und begründet einzureichen (Art. 311 Abs. 1 ZPO). An Rechtsmitteleingaben von juristischen Laien werden nur minimale Anforderungen gestellt. Als Antrag genügt eine Formulierung, aus der sich mit gutem Willen herauslesen lässt, wie das Obergericht entscheiden soll. Als Begründung

reicht aus, wenn (auch nur rudimentär) zum Ausdruck kommt, an welchen Mängeln der angefochtene Entscheid leidet bzw. weshalb der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten unrichtig sein soll (vgl. statt vieler OGer ZH PF170034 vom 9. August 2017, E. 2.1 m.w.H.; OGer ZH NQ110031 vom 9. August 2011, OGer ZH PF110034 vom 22. August 2011, E. 3.2). Bei Unklarheiten entnimmt die Kammer der Rechtsschrift das, was sie bei loyalen Verständnis daraus entnehmen kann (vgl. etwa OGer ZH PS170262 vom 6. Dezember 2017 E. 2.3 mit Verweis auf OGer ZH RB150008 vom 17. April 2015 E. 2.2). Aus der Eingabe des Klägers geht im Sinne eines Antrags hervor, dass er mit der Verfügung der Vorinstanz nicht einverstanden ist; er möchte, dass auf seine Klage eingetreten wird und seine Unterhaltspflicht aufgrund der veränderten finanziellen Lage aufgehoben wird (act. 13). Der Kläger beanstandet in der Berufung einzelne Punkte der erstinstanzlichen Entscheidungsbegründung. Dass er sich dabei nicht mit der Problematik des Rechtsschutzinteresses und des Rechtsmissbrauchs auseinandersetzt, schadet dem rechtsunkundigen Kläger nicht, zumal er ausdrücklich einzelne Tatsachen rügt, auf welche die Vorinstanz ihren Nichteintretensentscheid abstützte. Auf die Berufung ist einzutreten.

2.3. Der Beklagten wurde mit Verfügung vom 10. Januar 2023 Frist für die Berufungsantwort angesetzt. Die Verfügung konnte ihr jedoch nicht zugestellt werden (act. 17). Art. 138 Abs. 1 ZPO regelt die gerichtlichen Zustellungen. Die Zustellung erfolgt durch eingeschriebene Postsendung oder auf andere Weise gegen Empfangsbestätigung. Die Zustellung ist rechtmässig, wenn die Sendung von der Adressatin oder vom Adressaten oder von einer angestellten oder im gleichen Haushalt lebenden, mindestens 16 Jahre alten Person entgegengenommen wurde. Wenn die Person mit einer Zustellung rechnen musste, gilt die Zustellung zudem am siebten Tag nach dem erfolglosen Zustellungsversuch als erfolgt (sog. Zustellfiktion; Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO).

Der Beklagten wurde im erstinstanzlichen Verfahren die Verfügung der Vorinstanz vom 14. November 2022 am 17. November 2022 zugestellt (act. 10). Folglich hatte sie vom Abänderungsverfahren Kenntnis und sie musste aufgrund der für den Kläger nachteiligen Nichteintretensverfügung der Vorinstanz auch mit

Zustellungen der Rechtsmittelinstanz rechnen. Entsprechend gilt die Verfügung vom 10. Januar 2023 mit dem Ablauf der siebentägigen Abholfrist der Post, vorliegend am 18. Januar 2023 (act. 17), als zugestellt. Die 30-tägige Frist für die Berufungsantwort endete folglich am 17. Februar 2023. Die Fristansetzung für die Berufungsantwort erging unter dem Hinweis, dass das Verfahren im Säumnisfall gemäss Art. 147 ZPO ohne die Berufungsantwort weitergeführt wird. Da die Beklagte keine Berufungsantwort einreichte, ergeht der Entscheid gestützt auf Art. 147 Abs. 2 ZPO aufgrund der bisherigen Akten.

2.4. Mit der Berufung kann eine unrichtige Rechtsanwendung sowie die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz überprüft den angefochtenen Entscheid sowohl in rechtlicher als auch in tatsächlicher Hinsicht frei. Sie verfügt über volle Kognition (Art. 310 ZPO) und ist weder an die Argumente der Parteien noch an die Begründung des vorinstanzlichen Entscheides gebunden (vgl. BGE 133 II 249 E. 1.4.1. und 130 III 136 E. 1.4.). Sie kann sich aber darauf beschränken, die Beanstandungen zu beurteilen, welche die Parteien in ihren schriftlichen Begründungen gegen das erstinstanzliche Urteil erheben (BGer 5A_635/2015 vom 21. Juni 2016 E. 5 unter Hinweis auf BGer 4A_619/2015 vom 25. Mai 2016 E. 2.2.4 m.w.H.; REETZ/THEILER, ZK ZPO, 3. Aufl., Art. 310 N 5 und 6; BGE 138 III 374 E. 4.3.1.; OGer ZH NQ110031 vom 9. August 2011 E. 2.2.1. = ZR 110/2011 Nr. 80, S. 246).

2.5. Gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO werden neue Tatsachen und Beweismittel (Noven) im Berufungsverfahren nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten. Art. 317 Abs. 1 ZPO regelt die Voraussetzungen, unter denen Noven ausnahmsweise vorgebracht werden können, abschliessend, ohne danach zu differenzieren, ob ein Verfahren in den Anwendungsbereich der Verhandlungs- oder Untersuchungsmaxime fällt. Zu beachten bleibt jedoch trotz des Ausschlusses von Art. 229 Abs. 3 ZPO für das Berufungsverfahren, dass das Gericht und damit auch die Rechtsmittelinstanz den Sachverhalt bei Kinderbelangen in familienrechtlichen Angelegenheiten von Amtes wegen zu erforschen hat (Art. 296 Abs. 1 ZPO) und daher auch im Rechtsmittelverfahren von sich aus

noch Untersuchungen anstellen kann bzw. muss (vgl. BGer 5A_528/2015 vom 21. Januar 2016 E. 2). Dies führt dazu, dass in Kinderbelangen Noven in Abweichung von Art. 317 Abs. 1 ZPO grundsätzlich auch noch im Berufungsverfahren unbeschränkt bis zum Beginn der Urteilsberatung zuzulassen sind (BGE 144 III 349 E. 4.2.1).

3. Erwägungen der Vorinstanz

Die Vorinstanz verneinte ein schutzwürdiges Interesse des Klägers an der Abänderungsklage. Sie begründete dies damit, dass erst gerade am 19. April 2022 ein Abänderungsverfahren abgeschlossen worden sei und der Kläger nicht – "gewissermassen durch die Hintertüre" – an einem neuen Gericht versuchen könne, die erst kürzlich vom Regionalgericht Berner Jura-Seeland getroffene Regelung zu unterlaufen. Die Regelung sei klar, der Kläger habe sich daran zu halten. Er habe ab mm 2022 das hypothetisch von ihm verlangte Einkommen zu erzielen und die vereinbarten Unterhaltszahlungen zu leisten. Entsprechend verdiene seine Klage keinen Rechtsschutz. Nebenbei erwähnt, habe der Kläger in den Monaten Juni, Juli, August und September 2022 ein durchschnittliches Monatseinkommen von Fr. 6'685.55 erzielt und damit weit mehr verdient, als was ihm vom Regionalgericht Berner Jura-Seeland als Einkommen angerechnet worden sei. Auch vor dem Hintergrund dieses teilweise überschüssenden Einkommens verdiene die Abänderungsklage keinen Rechtsschutz und erweise sich als rechtsmissbräuchlich. Schliesslich hielt die Vorinstanz fest, auch die Beweggründe des Klägers erwiesen sich als nicht schützenswert. Der Umstand, dass ihn offenbar seine jetzige Ehefrau verlassen wolle, weil er zu wenig verdiene, stelle keinen Abänderungsgrund dar. Der Kläger, der mit zwei Frauen fünf Kinder habe, sei für alle Kinder unterhaltspflichtig. Er könne sich seiner Unterhaltspflicht nicht entziehen, weil seine aktuelle Ehefrau offenbar mehr Geld von ihm wolle (act. 15 S. 2 f.).

4. Berufungsgründe

4.1. Der Kläger macht in der Berufung geltend, er habe in den Monaten Juni, Juli und mm 2022 einmalig mittels Temporärarbeit zusätzlich zu seinem Haupteinkommen ein höheres Einkommen erzielen können. Darauf könne aber bei der

Beurteilung seiner finanziellen Verhältnisse nicht abgestellt werden. Er sei bereit, für die Monate Juni bis mm 2022 höhere Zahlungen zu entrichten. Seine Hauptanstellung sei ihm aufgrund interner Restrukturierungen und steigenden wirtschaftlichen Drucks gekündigt worden. Für die Zeit ab September 2022 ersuche er um Neubeurteilung seiner finanziellen Lage basierend auf seiner jetzigen Anstellung als Grenzgänger und Fahrer mit einem Einkommen von Fr. 3'000.– brutto. Zudem sei zu berücksichtigen, dass die zwei jüngsten Söhne D. _____ und E. _____ nur noch am Wochenende bei der Beklagten seien (act. 13).

4.2. Gemäss Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO stellt das Vorliegen eines schutzwürdigen Interesses an einer Klage eine Prozessvoraussetzung dar. Damit will der Gesetzgeber verhindern, dass der Staat mit unnötigen Prozessen belastet wird. Das Interesse kann tatsächlicher oder rechtlicher Natur sein. Ein schutzwürdiges Interesse ist zu bejahen, wenn die Durchsetzung des materiellen Rechts gerichtlichen Rechtsschutz nötig macht. Ob ein Rechtsanspruch besteht, bestimmt sich nach materiellem Recht. Um das Vorliegen eines schutzwürdigen Interesses zu beurteilen, müssen die dem Prozess zugrunde liegenden materiellen Verhältnisse summarisch geprüft werden. Aus rechtsstaatlichen Überlegungen sollte im Zweifelsfall ein Vorliegen des schutzwürdigen Interesses bejaht werden (BSK ZPO-GEHRI, 3. Aufl. 2017, Art. 59 N 5 ff.; ZÜRCHER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], ZPO Kommentar, 3. Aufl., Basel 2016, Art. 59 N 12; BK ZPO-ZINGG, Band I, Bern 2012, Art. 59 N 35). Bei Gestaltungsclagen ergibt sich das schutzwürdige Interesse regelmässig aus ihrer Zielsetzung, ein bestimmtes Recht oder Rechtsverhältnis durch richterliches Urteil begründen, abändern oder aufheben zu lassen (ZÜRCHER, a.a.O., Art. 59 N 13; DOMEJ, in: Oberhammer/Domej/Haas [Hrsg.], Kurzkomentar ZPO, 3. Aufl., 2021, Art. 59 N 24a; BK ZPO-ZINGG, a.a.O., N 39).

4.3. Rechtsmissbräuchliche Klagen werden nicht von Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO erfasst. Vielmehr sieht Art. 132 Abs. 3 ZPO vor, dass rechtsmissbräuchliche Klagen ohne Weiteres zurückgeschickt werden. Der Missbrauch muss wegen der schwerwiegenden Folgen offensichtlich sein, beispielsweise wenn eine Eingabe keinem ernst gemeinten oder offensichtlich keinem schutzwürdigen Anliegen ent-

spricht (MÜLLER, DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl. 2016, Art. 59 N 51; WEBER, in: Oberhammer/Domej/Haas [Hrsg.], Kurzkommentar ZPO, 3. Aufl., 2021, Art. 132 N 19).

4.4. Das Gericht setzt bei erheblicher Veränderung der Verhältnisse den Unterhaltsbeitrag auf Antrag eines Elternteils neu fest oder hebt ihn auf (Art. 286 Abs. 2 ZGB). Liegt ein Abänderungsgrund im Sinne von Art. 286 Abs. 2 ZGB vor, sind die einzelnen Parameter der Unterhaltsbemessung bei der Neufestsetzung der Kinderalimente zu aktualisieren, wobei unter Umständen auch unverändert gebliebene Parameter angepasst werden dürfen (BGer 5A_35/2018 vom 31. Mai 2018 E. 3.1; BGer 5A_513/2014 vom 1. Oktober 2015 E. 5.1).

4.5. Dem Kläger wurde im Entscheid des Regionalgerichts Berner Jura-Seeland vom 19. April 2022 ein hypothetisches Einkommen von Fr. 4'100.– (100 % Pensum) ab mm 2022 angerechnet. Der Kläger begründet seine Abänderungsklage damit, dass ihm seine bisherige Stelle gekündigt worden sei. Er habe ab 15. September 2022 eine neue 100 % Stelle und verdiene Fr. 1'100.– weniger, als was ihm im Urteil angerechnet worden sei. Er könne damit selber nur schwer davon leben (act. 1). Gemäss seinen neuen Ausführungen in der Berufung, welche im Rahmen der Untersuchungsmaxime zu berücksichtigen sind (vgl. vorstehend E. 2.5), soll ihm die Hauptanstellung aufgrund von internen Restrukturierungen und steigendem wirtschaftlichem Druck gekündigt worden sein (act. 13). Aufgrund dieser Angaben ist ohne weiteres von einem schutzwürdigen Interesse des Klägers an einer Abänderungsklage auszugehen. Die von ihm geltend gemachte Einkommensreduktion betrifft die Zeitperiode ab September 2022 und nicht die von der Vorinstanz erwähnte Periode Juni bis mm 2022. Ob tatsächlich ein Abänderungsgrund vorliegt, wird im Rahmen der materiellen Beurteilung der Klage zu prüfen sein. Jedenfalls macht der Kläger eine Veränderung seiner Einkommenssituation als Abänderungsgrund geltend und nicht den Umstand, dass ihn seine jetzige Ehefrau verlassen wolle. Aufgrund des eingereichten Schreibens der Firma F._____ AG (act. 2/1) stellt sich zwar die Frage, ob dem Kläger die Stelle von der Arbeitgeberin gekündigt wurde oder ob er sie selber kündigte. Letzteres würde gegen das Vorliegen eines Abänderungsgrunds sprechen. Dies wie auch die Frage ob bzw. welche Anstrengungen der Kläger als Unterhaltsverpflichteter unter-

nommen hat, um das ihm hypothetisch angerechnete Einkommen zu erzielen, wird im Rahmen der materiell-rechtlichen Beurteilung der Klage zu prüfen sein. Mit der Vorinstanz ist festzuhalten, dass im Verhältnis zu einem minderjährigen Kind besonders hohe Anforderungen an die Ausnützung der Erwerbskraft zu stellen sind, vorab in jenen Fällen, wo wirtschaftlich enge Verhältnisse vorliegen (BGE 137 III 118 E. 3.1). Der Kläger wird – sollte ihm die Stelle bei der Firma F._____ AG gekündigt worden sein – als Abänderungskläger behaupten und belegen müssen, dass er alles in seiner Macht Stehende unternommen hat, um das ihm hypothetisch angerechnete Einkommen zu erzielen. Es ist jedoch nicht nachvollziehbar, weshalb dem Kläger ein schützenswertes Interesse an der von ihm erhobenen Abänderungsklage abgehen soll.

4.6. Die Vorinstanz hat das Vorgehen des Klägers darüber hinaus als rechtsmissbräuchlich taxiert. Wie erwähnt kann ein fehlendes Rechtsschutzinteresse nicht mit einem rechtsmissbräuchlichen Verhalten gleichgesetzt werden. Auch die Tatsache, dass der Kläger in den Monaten Juni bis mm 2022 ein höheres Einkommen erzielte, lässt die Abänderungsklage, mit der er die Aufhebung der Unterhaltsbeiträge ab September 2022 anstrebt, entgegen der Auffassung der Vorinstanz nicht als geradezu rechtsmissbräuchlich erscheinen. Im Rahmen der materiellen Beurteilung der Klage wird im Rahmen der Untersuchungsmaxime selbstverständlich das tatsächlich erzielte (höhere) Einkommen der Monate Juni bis mm 2022 zu berücksichtigen sein.

4.7. Aufgrund des Gesagten ist die Berufung gutzuheissen. Auf die Abänderungsklage des Klägers ist einzutreten. Die Sache ist zur Durchführung des Verfahrens und zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

5. Kosten- und Entschädigungsfolgen

5.1. Da sich die Beklagte im Berufungsverfahren nicht mit der Nichteintretensverfügung der Vorinstanz identifiziert hat, fallen die Kosten für das Berufungsverfahren ausser Ansatz.

5.2. Aus dem gleichen Grund kann die Beklagte nicht zu einer Parteientschädigung für das Berufungsverfahren verpflichtet werden, wobei der Kläger ohnehin keinen Antrag auf eine Parteientschädigung gestellt hat und ihm, soweit ersichtlich, auch keine entschädigungspflichtigen Aufwendungen entstanden sind. Es ist daher keine Parteientschädigung zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird gutgeheissen und die Verfügung des Einzelgerichts des Bezirksgericht Zürich, 10. Abteilung, vom 14. November 2022 wird aufgehoben. Die Sache wird zur Durchführung des Verfahrens im Sinne der Erwägungen und zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die Kosten fallen ausser Ansatz.
3. Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Zürich, 10. Abteilung, Einzelgericht, je gegen Empfangsschein.

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

5. 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 Zwischenentscheid im Sinne von Art. 92 BGG.
Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 79'800.-.
Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw J. Camelin-Nagel

versandt am: