

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LZ120008-O/U

Mitwirkend: Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Oberrichter Dr. G. Pfister
und Ersatzoberrichter Dr. S. Mazan sowie Gerichtsschreiber lic. iur.
F. Rieke

Beschluss und Urteil vom 22. Mai 2012

in Sachen

A. _____,

Kläger und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Beklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____

betreffend **Abänderung Kinderunterhalt**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren am
Bezirksgericht Zürich vom 19. März 2012 (FP100053)**

Rechtsbegehren:

Gemäss Klageschrift (Urk. 1):

- "1. Es sei die Unterhaltspflicht rückwirkend ab tt.mm.2005 auf den Betrag CHF 0 (null) zu setzen.
2. Es sei *aufschiebende* Wirkung beizufügen.
3. Es sei *unentgeltlich* Prozessführung & *unentgeltlich* Prozessvertretung zu gewähren.
4. Es sei kostendeckende Prozessentschädigung und angemessene Genugtuung zu Gunsten des Gesuchstellers zu gewähren.
5. Es sei ein Verfahren gem. Art. 6-1/2/3 EMRK zu gewährleisten und zu verwirklichen."

Gemäss Modifikation an Fortsetzung der Hauptverhandlung (Urk. 56):

- "1. Die Unterhaltszahlungen des Gesuchstellers an die Gesuchsgegnerin seien per 4. Juli 2006 bzw. per 22. Februar 2010 aufzuheben.
Eventualiter sei dem Gesuchsteller unter Aufhebung der finanziellen Unterhaltspflicht die persönliche Kinderbetreuung von B._____ angemessen zu übertragen.
2. Die Niederschrift der audiomechanischen Datei (Tonband) durch den Gesuchsteller sei zum alleinigen Gerichtsprotokoll der Verhandlung vom 19. November 2010 zu erheben.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich 8% Mehrwertsteuer zulasten der Gesuchsgegnerin bzw. der Staatskasse."

Urteil des Bezirksgerichts Zürich:

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 5'000.-- (Pauschalgebühr). Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
3. Die Kosten werden dem Kläger auferlegt.
4. Der Kläger wird verpflichtet, der unentgeltlichen Rechtsvertreterin der Beklagten eine Prozessentschädigung von Fr. 5563.40 (inkl. Mehrwertsteuer) zu bezahlen. Diese Entschädigung wird Rechtsanwältin lic.iur. Y._____ aus der Gerichtskasse geleistet. Der Anspruch von Rechtsanwältin lic.iur. Y._____ geht vollumfänglich auf die Gerichtskasse über (§ 89 Abs. 2 und 3 ZPO/ZH).
5. [Schriftliche Mitteilung]
6. [Berufung 30 Tage]

Berufungsanträge:

- "1. Es seien die Ziffern 1, 2, 3 und 4 des Dispositivs des Urteils des Bezirksgerichts Zürich, 4. Abteilung, Einzelgericht, vom 19. März 2012 (Prozess-Nr. FP100053-L/U) aufzuheben und im Sinne der vorinstanzlichen Rechtsbegehren (Ziffern 1, 2 und 3 sowie die wiederholt gestellten Anträge auf Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und Prozessverbeiständung zu entscheiden.

Eventualiter sei die Sache der Vorinstanz zur Neuurteilung zurückzuweisen.
2. Desweiteren sei die Vorinstanz anzuweisen, das Protokoll der Hauptverhandlung vom 9. Februar 2012 im Sinne der Erwägungen zu berichtigen und gemäss audiomechanischer Aufzeichnung zu ergänzen.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (inkl. 8% MWST) zulasten der Beklagten bzw. der Gerichtskasse."

Erwägungen:

I.

1. a) Der Kläger ist der Vater der Beklagten. Mit Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 18. April 2008 wurde der Kläger (damals Beklagte) verpflichtet, der Beklagten (damals Klägerin) ab deren Geburt bis zum Abschluss einer angemessenen Erstausbildung, mindestens jedoch bis zu ihrer Mündigkeit, Unterhaltsbeiträge von monatlich Fr. 1'200.-- (indexiert), zuzüglich Kinderzulagen, zu bezahlen (Urk. 2/27). Auf vom Kläger dagegen erhobene Berufung hin wurde dieser Entscheid mit Beschluss der II. Zivilkammer des Obergerichts Zürich vom 22. August 2008 bestätigt; die dagegen erhobene kantonale Nichtigkeitsbeschwerde wurde vom Kassationsgericht des Kantons Zürich mit Beschluss vom 24. August 2009 abgewiesen, ebenso die bundesrechtliche Beschwerde vom Bundesgericht mit Urteil vom 27. Januar 2010 (nach Urk. 2/31).

b) Bereits am 22. Februar 2010 reichte der Kläger bei der Vorinstanz eine Klage auf rückwirkende Abänderung bzw. Aufhebung der Unterhaltsbeiträge für die Beklagte ein (Urk. 1). Für den Prozessverlauf vor Vorinstanz kann auf die Aus-

führungen derselben (Urk. 68 S. 3 f.) verwiesen werden. Die Vorinstanz wies schliesslich mit Urteil vom 19. März 2012 die Klage (Urk. 68, Dispositiv eingangs wiedergegeben) und mit Verfügung vom gleichen Tag ein Protokollberichtigungsbegehren des Klägers und dessen Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ab (Urk. 68 S. 11).

2. Gegen das Urteil hat der Kläger am 3. Mai 2012 fristgerecht (vgl. Vi-Urk. 64) Berufung mit den eingangs wiedergegebenen Berufungsanträgen erhoben (Urk. 67).

3. Bereits zuvor, am 13. April 2012, hatte der Kläger (selbst, d.h. ohne einen Rechtsvertreter) Beschwerde erhoben, welche hierorts unter der Verfahrensnummer RZ120002 angelegt wurde. Mit Urteil vom 26. April 2012 wurde jene Beschwerde abgewiesen, soweit darauf eingetreten wurde.

4. Da sich die Berufung sogleich als offensichtlich unbegründet bzw. unzulässig erweist, kann auf die Einholung einer Berufungsantwort der Gegenpartei verzichtet werden (Art. 312 Abs. 1 ZPO).

II.

1. Vorab drängen sich einige Bemerkungen in prozessualer Hinsicht auf.

a) Am 1. Januar 2011 ist die neue Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) in Kraft getreten. Gemäss deren Übergangsbestimmungen war das vorinstanzliche Verfahren nach den bisherigen zürcherischen Zivilprozessgesetzen (ZPO/ZH und GVG/ZH) zu führen, während für die Zulässigkeit und das Verfahren von Rechtsmitteln, mithin auch für das vorliegende Berufungsverfahren, das neue Recht zur Anwendung kommt (Art. 404 f. ZPO).

b) Mit der Berufung können unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Der Berufungsentscheid ist zu begründen (Art. 318 Abs. 2 ZPO in Verbindung mit Art. 112 BGG), wobei die Begründung kurz ausfallen darf, wenn der angefochtene Ent-

scheid bestätigt wird (Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur schweizerischen Zivilprozessordnung, N. 54 zu Art. 318 ZPO); insbesondere ist es zulässig, auf die Begründung des zu bestätigenden erstinstanzlichen Entscheides zu verweisen (BGE 126 III 353 Erw.1 m. Hinw.).

c) Mit seinem Berufungsantrag Ziffer 2 will der Kläger eine Berichtigung des vorinstanzlichen Protokolls erreichen. Vor Vorinstanz hatte der Kläger das Begehren gestellt, seine Niederschrift der Verhandlung vom 19. November 2010 sei zum Protokoll zu erheben; hierüber hatte die Vorinstanz mit Verfügung vom 19. März 2012 entschieden und die dagegen vom Kläger erhobene Beschwerde wurde abgewiesen (oben Erw. I.3). Berufungsantrag Ziffer 2 des Klägers zielt nun auf den die Verhandlung vom 9. Februar 2012 betreffenden und damit auf einen anderen Teil des vorinstanzlichen Protokolls ab. Ein solches, neues Protokollberichtigungsbegehren ist aber nicht von der Rechtsmittelinstanz, sondern vom erkennenden Gericht zu entscheiden (§ 154 Abs. 2 GVG/ZH, Art. 235 Abs. 3 ZPO). Daher ist insoweit auf die Berufung nicht einzutreten.

Ohnehin wäre ein rechtlich schutzwürdiges Interesse an der Protokollberichtigung nicht zu erkennen. Nach den Ausführungen des Klägers selber hat die Vorinstanz eine gütliche Einigung lediglich "in Aussicht gestellt" (Urk. 67 S. 7); eine Pflicht dazu bestand nicht. Die Durchführung von Vergleichsverhandlungen liegt im Ermessen des Gerichts (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, N 1 zu § 62 ZPO), weshalb die Vorinstanz selbst dann nicht verpflichtet war, nach der Fortsetzung der Hauptverhandlung eine Vergleichsverhandlung durchzuführen, wenn sie zuvor eine solche angekündigt hatte, denn es kann sich in der Zwischenzeit ergeben haben, dass eine Vergleichsverhandlung unnötig oder unzweckmässig erscheint. Daher würde auch ein im klägerischen Sinne geändertes Protokoll nicht zu einem anderen Ergebnis führen.

d) Der Kläger macht auch im Berufungsverfahren wiederum geltend, es stehe ihm das Recht zu, den Unterhaltsbedarf der Beklagten in Form von persönlicher Betreuung zu leisten (Urk. 67 S. 6 f.). Bereits die Vorinstanz hat zutreffend dargelegt, dass sie – da der Kläger mit der Mutter der Beklagten nicht verheiratet war und ist – für Anordnungen über den persönlichen Verkehr zwischen Kläger

und Beklagter, wozu auch die Betreuung gehört, nicht zuständig ist (Urk. 68 S. 5), worauf verwiesen werden kann. Entsprechend ist auch diesbezüglich auf die Berufung nicht einzutreten.

2. Die Vorinstanz erwog zusammengefasst, gemäss dem abzuändernden Entscheid sei dem Kläger, der nach dem Entzug seiner Praxisbewilligung als angestellter Arzt arbeiten könne und müsse, ein hypothetisches Einkommen anzurechnen, womit er die Unterhaltsbeiträge von monatlich Fr. 1'200.-- erbringen könne. Der Kläger begründe seine Klage ausschliesslich mit der Problematik rund um den Entzug seiner Praxisbewilligung, doch sei diese Problematik bereits bei der Festlegung der Unterhaltsbeiträge gebührend berücksichtigt worden. Damit mache der Kläger gar keine seit der Festsetzung der Unterhaltsbeiträge veränderten Verhältnisse geltend, weshalb die Abänderungsklage abzuweisen sei. Eine, vom Kläger ebenfalls geltend gemachte, allfällige Uneinbringlichkeit der Unterhaltsbeiträge vermöge selbstverständlich deren materiellrechtlichen Bestand nicht aufzuheben (Urk. 68 S. 8-10).

3. a) Der Kläger macht dagegen berufsweise geltend, mit auch für die Schweiz verbindlichem Urteil vom 3. Dezember 2009 habe der EGMR festgestellt, dass das gemeinsame Sorgerecht auch dem Vater eines unehelichen Kindes zustehe. Dass er von der elterlichen Sorge über die Beklagte ausgeschlossen werde, sei eine Verletzung von Art. 8 Ziff. 1 und 14 EMRK (Urk. 67 S. 4 f.).

Thema des vorinstanzlichen und damit auch des Berufungsverfahrens ist nicht ein allfälliger Bestand der elterlichen Sorge, sondern die Unterhaltspflicht des Klägers. Unter Hinweis auf bereits Gesagtes (oben Erw. II.1.d) braucht hierauf nicht weiter eingegangen zu werden.

b) Der Kläger macht weiter geltend, es sei ihm mit Verfügung der Gesundheitsdirektion des Kantons Zürich vom 12. September 2005 die Berufsbewilligung zur selbständigen ärztlichen Tätigkeit entzogen worden. Dieser (widerrechtliche) Entzug der Praxisbewilligung habe seine Existenz zerstört; seither drehe sich sein Lebensinhalt in umfassender Weise darum, die Praxisbewilligung wiederzuerlangen. Da er kein Einkommen erzielen könne, sei es ihm verunmöglicht,

Unterhaltszahlungen zu leisten; es könne nicht angehen, das ihm zustehende Recht auf Selbstverteidigung zu untergraben, indem man ihm ein hypothetisches Einkommen anrechne. Es komme dazu, dass die Einforderung dieses hypothetischen Einkommens [gemeint wohl: der aus diesem zu erbringenden Unterhaltsbeiträge] ebenso hypothetisch sei; nicht vollstreckbare richterliche Anordnungen würden gegen Treu und Glauben verstossen. Zwangsarbeit, auch hypothetischer Natur, verletze Art. 4 EMRK (Urk. 67 S. 5 f.).

Wie schon die Vorinstanz korrekt dargelegt hat, sind die Grundlagen der Festsetzung der Unterhaltspflicht des Klägers auch heute noch gültig und haben sich bereits die damaligen Gerichte mit der Problematik um den Entzug der Praxisbewilligung und der Anrechnung eines hypothetischen Einkommens ausführlich auseinandergesetzt (Urk. 68 S. 7 ff.); auf diese Ausführungen kann verwiesen werden. Voraussetzung für eine Abänderung dieser rechtskräftigen Unterhaltsfestsetzung ist eine seither eingetretene, wesentliche, dauernde und unvorhersehbare Veränderung der Verhältnisse (Art. 286 Abs. 2 ZGB). Abzuändernder Entscheid ist der Beschluss der II. Zivilkammer des Obergerichts Zürich vom 22. August 2008 (unakturiert nach Urk. 2/31), der Kläger macht aber auch im Berufungsverfahren, wie schon im vorinstanzlichen Verfahren, gar keine seither veränderten Verhältnisse geltend.

Dass eine allfällige Uneinbringlichkeit der Unterhaltsbeiträge für deren Festsetzung (und Abänderung) irrelevant ist, hat ebenfalls bereits die Vorinstanz dargelegt (Urk. 68 S. 10); auch darauf kann verwiesen werden.

Die Anrechnung desjenigen Einkommens, das bei gutem Willen zur Erfüllung der Unterhaltspflicht gegenüber den eigenen Kindern erzielt werden könnte, als hypothetisches Einkommen, stellt offenkundig keine von Art. 4 EMRK verbotene Zwangsarbeit dar (vgl. Art. 4 Abs. 3 lit. d EMRK). Dieses Vorgehen entspricht vielmehr Art. 6 Abs. 2 der UN-Kinderrechtskonvention vom 20. November 1989, wonach die Vertragsstaaten in grösstmöglichem Umfang das Überleben der Kinder zu gewährleisten haben.

c) Nach dem Gesagten ist die Klage auf Abänderung bzw. Aufhebung der Unterhaltspflicht des Klägers gegenüber der Beklagten abzuweisen.

4. Die erstinstanzliche Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen (Dispositiv Ziffern 2 bis 4) wurde mit Berufungsantrag 1 zwar angefochten, jedoch mit keinem Wort begründet. Die Höhe der erstinstanzlichen Gerichtsgebühr erscheint denn auch korrekt und die Kostenverlegung entspricht den gesetzlichen Vorgaben (§ 64 Abs. 2, § 68 Abs. 1 i.V.m. § 89 Abs. 2-4 ZPO/ZH).

III.

1. Der Kläger hat für das Berufungsverfahren ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Rechtsvertretung gestellt (Urk. 67 S. 3). Dieses ist jedoch zufolge Aussichtslosigkeit der Berufung (vgl. vorstehende Erwägungen) abzuweisen (Art. 117 lit. b ZPO). Damit braucht nicht geprüft zu werden, ob beim Kläger, der offenbar im Jahre 2006 eine Kapitalzahlung von Fr. 552'100.-- erhalten und über deren Verbleib keine bzw. nur ungenügende Angaben gemacht hatte (Urk. 2/27 S. 8 f. und S. 11 f.), überhaupt eine Prozessarmut vorliegt.

2. Die Vorinstanz und die Parteien haben sich zum Streitwert nicht geäußert. Angesichts der abzuändernden Unterhaltsbeiträge von Fr. 1'200.-- pro Monat und der voraussichtlichen Dauer der Unterhaltspflicht von zumindest 18 Jahren (der Kläger hat die rückwirkende Aufhebung seit Geburt der Beklagten verlangt) ist von einem Streitwert von rund Fr. 260'000.-- auszugehen.

3. Die Gerichtskosten für das Berufungsverfahren sind ausgangsgemäss dem unterliegenden Kläger aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

4. Der Beklagten ist mangels relevanter Umtriebe im Beschwerdeverfahren keine Parteientschädigung zuzusprechen (vgl. Art. 95 Abs. 3 ZPO).

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch der Klägers um unentgeltliche Rechtspflege und Rechtsvertretung wird abgewiesen.
2. Auf das Protokollberichtigungsbegehren des Klägers und dessen Begehren auf Übertragung der persönlichen Betreuung der Beklagten wird nicht eingetreten.
3. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Sodann wird erkannt:

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Regelung der erstinstanzlichen Kosten- und Entschädigungsfolgen (Dispositiv-Ziffern 2 bis 4 des angefochtenen Urteils) wird bestätigt.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 5'000.-- festgesetzt.
4. Die Gerichtskosten für das Berufungsverfahren werden dem Kläger auferlegt.
5. Für das Berufungsverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagte unter Beilage des Doppels von Urk. 67, sowie an das Bezirksgericht Zürich, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten 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 Be-

schwerde 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 vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 260'000.--.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 22. Mai 2012

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

Dr. R. Klopfer

lic. iur. F. Rieke

versandt am:
ss