

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LC200034-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 22. September 2021

in Sachen

A._____, Dr. oec. HSG,
Kläger und Berufungskläger

gegen

B._____, lic. phil.,
Beklagte und Berufungsbeklagte

betreffend **Abänderung Scheidungsurteil**

**Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen
Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 2. Abteilung, vom 20. Oktober 2020
(FP190103-L)**

Rechtsbegehren:

(Urk. 1 S. 1 f.)

- "1. Es sei die gemeinsame Tochter C._____, tt.mm.2004, derzeit wohnhaft bei der Mutter, unter die Obhut des Klägers und Vaters zu stellen. Der Beklagten sei ein Besuchs- und Ferienrecht im richterlichen Ermessen einzuräumen. Eventualiter sei dem Kläger wieder ein Besuchsrecht von Dienstag 18 Uhr bis Donnerstag 18 Uhr, sowie an jedem zweiten und vierten Wochenende von Freitag 18 Uhr bis Sonntag 18 Uhr, sowie für sechs Wochen Ferien im Jahr einzuräumen;
2. Tochter C._____ sei wieder unter die gemeinsame elterliche Sorge zu stellen, eventualiter sei das Sorgerecht dem Vater zuzuweisen;
3. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger als Kindesunterhalt monatlich vorschüssig Fr. 1000.- zu bezahlen, dies bis zum vollendeten 18. Lebensjahr oder dem späteren Abschluss einer Erstausbildung von Tochter C._____."

Verfügung des Einzelgerichts am Bezirksgericht Zürich, 2. Abteilung,

vom 20. Oktober 2020:

(Urk. 71 S. 5)

1. Auf die Klage auf Abänderung des Scheidungsurteils des Bezirksgerichts March/SZ wird nicht eingetreten.
2. Die Entscheidungsbüher wird festgesetzt auf Fr. 1'000.– und dem Kläger auferlegt.
3. Der Beklagten wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
4. (Schriftliche Mitteilung)
5. (Berufung)

Berufungsanträge:

Des Klägers und Berufungsklägers (Urk. 70 S. 1):

"[D]er Beschluss sei aufzuheben und das Bezirksgericht sei anzuweisen, auf die Klage zur Abänderung des Scheidungsurteils einzutreten."

Erwägungen:

I.

1. Nach einem langjährigen Scheidungsverfahren wurde die Ehe der Parteien mit Urteil des Bezirksgerichts March/SZ vom 30. Dezember 2016 geschieden. Die Tochter C.____, geb.tt.mm.2004, wurde unter die alleinige elterliche Sorge und Obhut der Beklagten und Berufungsbeklagten (fortan Beklagte) gestellt, wobei dem Kläger und Berufungskläger (fortan Kläger) kein Besuchsrecht eingeräumt wurde. Den vom Kläger dagegen 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).

2. Am 26. Juni 2019 reichte der Kläger bei der Vorinstanz eine Klage 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 erkennende Kammer abwies, soweit sie darauf eintrat (*OGer ZH PC190037 vom 18. März 2020*).

3.1. Mit Schreiben vom 15. November 2019 erhob der Kläger bei der Vorinstanz erneut Klage auf Abänderung des oberwähnten Scheidungsurteils gegen die Beklagte (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*).

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 Verfügung 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).

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 = Urk. 71, Dispositiv eingangs wiedergegeben).

4. Gegen diesen Nichteintretensentscheid erhob der Kläger mit Eingabe vom 30. November 2020 (Datum Poststempel: 1. Dezember 2020; hierorts eingegangen am 2. Dezember 2020) Berufung (Urk. 70). Mit Beschluss vom 7. Januar 2021 wurde dem Kläger der Hauptbeweis dafür auferlegt, dass die Berufungsschrift am 30. November 2020 der Schweizerischen Post übergeben worden war (Urk. 76). Am 9. Februar 2021 wurde das Kreisgericht Rheintal um die rechtshilfweise Einvernahme des im Hinblick auf die Frage der rechtzeitigen Berufungserhebung als Zeugen benannten D._____ ersucht (Urk. 77). Das Protokoll der Einvernahme vom 6. Mai 2021 ging am 20. Mai 2021 bei der Kammer ein (Urk. 82-A). Mit Beschluss vom 25. Mai 2021 wurde den Parteien Frist zur Stel-

lungnahme zur Zeugeneinvernahme angesetzt und der Antrag des Klägers vom 30. April 2021 um vorsorgliche Beweiserhebung (Einholen eines Gutachtens im Hinblick auf die beantragte Neuregelung der Obhut und des Besuchsrechts; Urk. 80 und 81) abgewiesen (Urk. 83). Mit Eingabe vom 4. Juni 2021 beantragte der Kläger, es sei ihm und seiner Tochter superprovisorisch ein Ferienbesuchsrecht für die Zeit ab 9. August 2021 bis 21. August 2021 einzuräumen (Urk. 84). Mit Beschluss vom 16. Juni 2021 wurde vorgemerkt, dass die Berufung des Klägers rechtzeitig erhoben worden war, das Gesuch des Klägers um Erlass superprovisorischer Massnahmen abgewiesen und der Beklagten Frist zur Stellungnahme zum Massnahmebegehren des Klägers sowie zur Erstattung der Berufungsantwort angesetzt (Urk. 85). Mit Eingabe vom 23. Juni 2021 nahm die Beklagte zum Massnahmebegehren Stellung (Urk. 86) und erstattete tags darauf die Berufungsantwort (Urk. 87). Mit Beschluss vom 7. Juli 2021 wurde die Anhörung der Tochter C. _____ angeordnet (Urk. 88), welche nach einer Verschiebung zufolge Ferienabwesenheit schliesslich am 29. Juli 2021 stattfinden konnte (Urk. 89, 90 und 91 sowie Prot. II S. 9). Am selben Tag wurde den Parteien Frist zur Stellungnahme zur Kinderanhörung angesetzt (Urk. 95). Mit Beschluss vom 27. August 2021 wurde das Massnahmebegehren des Klägers betreffend Einräumung eines Ferienbesuchsrechts abgewiesen (Urk. 97).

II.

1. Die Vorinstanz führt zur Begründung ihres Nichteintretensentscheids aus, der Kläger habe den eingeforderten Kostenvorschuss auch innert der ihm mit Verfügung vom 1. Oktober 2020 angesetzten Nachfrist nicht geleistet. Zwar habe er mit Eingabe vom 14. Oktober 2020 (während laufender Nachfrist) erneut ein Gesuch um Abnahme der Frist zur Leistung des Kostenvorschusses (Urk. 61) gestellt. Dieses Ersuchen sei jedoch bereits mit Verfügung vom 23. September 2020 beurteilt und abgewiesen worden (Urk. 50). Auf das neuerliche (sinngemässe) Gesuch um Wiedererwägung sei daher nicht einzutreten. Der Kläger sei bereits in der Verfügung vom 1. Oktober 2020 darauf hingewiesen worden, dass weder ein gesetzlicher noch ein verfassungsmässiger Anspruch auf Beurteilung des Wiedererwägungsgesuchs bestehe (Urk. 56). Das gelte umso mehr, als das Gericht

in seinem früheren Entscheid den vom Kläger in seinem Wiedererwägungsgesuch vorgebrachten Grund (Beschwerde ans Bundesgericht) bereits beurteilt habe. Vor allem aber habe das Bundesgericht zwischenzeitlich geurteilt und sei auf die Beschwerde nicht eingetreten (Urk. 63). Das derzeit noch hängige Rechtsmittel am Obergericht (so namentlich gegen die Verfügung betreffend Kostenvorschuss) habe in aller Regel keine aufschiebende Wirkung, worauf der Kläger im Übrigen bereits hingewiesen worden sei (Urk. 50). Mangels Leistung des eingeforderten Kostenvorschusses sei androhungsgemäss auf die Abänderungsklage nicht einzutreten (Urk. 71 S. 2 ff.).

2. Der Kläger rügt, das Obergericht habe der Vorinstanz mit Verfügung vom 23. Oktober 2020 im Verfahren PC200036 untersagt, einen Nichteintretensentscheid zu fällen. Der angefochtene Entscheid verstosse gegen diese Verfügung. Die Vorinstanz sei ausserdem nicht mehr zuständig gewesen, da seine Beschwerde gegen die zweite Fristansetzung zur Leistung des Kostenvorschusses seit dem 19. Oktober 2020 und damit vor Erlass des angefochtenen Entscheids bei der Kammer hängig gewesen sei und der Beschwerde aufschiebende Wirkung erteilt worden sei (Urk. 70).

3. Die Beklagte äussert sich in der Berufungsantwort nicht dazu, sondern bringt lediglich vor, das Abänderungsbegehren des Klägers sei offensichtlich unbegründet, zumal sich seit der Scheidung nichts verändert habe (Urk. 87).

4. Die Vorinstanz hatte dem Kläger vor Erlass des angefochtenen Entscheids mit Verfügung vom 1. Oktober 2020 eine Nachfrist zur Leistung des Kostenvorschusses von Fr. 3'600.– angesetzt (Urk. 56). Der vom Kläger dagegen erhobene Beschwerde wurde mit Verfügung vom 23. Oktober 2020 einstweilen aufschiebende Wirkung zuerkannt (Urk. 68 S. 5 Dispositiv-Ziff. 2). Dieser Vollstreckungsaufschub wirkte ex tunc, also rückwirkend auf den Zeitpunkt der Ausfällung des angefochtenen Entscheids (ZK ZPO-Freiburghaus/Afheldt, Art. 325 N 4; BSK ZPO-Spühler, Art. 325 N 3; BGE 127 III 569 E. 4b = Pra 91/2002 Nr. 58), weshalb die von der Vorinstanz angesetzte Nachfrist zur Leistung des Kostenvorschusses im Zeitpunkt des Erlasses des angefochtenen Entscheids noch nicht abgelaufen war. Insofern erweist sich die Berufung als begründet. In der Folge ist der ange-

fochtene Entscheid aufzuheben und die Sache zur Fortsetzung des Verfahrens an die Vorinstanz zurückzuweisen, wobei zwecks Beschleunigung dem Kläger die Nachfrist gemäss vorinstanzlicher Verfügung vom 1. Oktober 2020 bereits mit dem vorliegenden Beschluss neu anzusetzen ist.

III.

1. Bei diesem Ausgang des Verfahrens ist lediglich eine Entscheidgebühr für das Rechtsmittelverfahren festzusetzen und die Verteilung der zweitinstanzlichen Gerichtskosten sowie der Entscheid über eine allfällige Parteientschädigung dem neuen Entscheid der Vorinstanz zu überlassen, d.h. (grundsätzlich) vom definitiven Ausgang des Abänderungsverfahrens abhängig zu machen (Art. 104 Abs. 4 ZPO).
2. 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. 2'000.– festzusetzen.

Es wird beschlossen:

1. In Gutheissung der Berufung wird die Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 2. Abteilung, vom 20. Oktober 2020 aufgehoben und die Sache zur Fortsetzung des Verfahrens und zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Dem Kläger wird eine nicht erstreckbare Nachfrist von 7 Tagen ab Zustellung dieses Entscheids angesetzt, um für die erstinstanzlichen Gerichtskosten bei der Bezirksgerichtskasse Zürich, Postkonto Nr. 1, IBAN Nr. 2, einen Kostenvorschuss von Fr. 3'600.– zu leisten.

Wird der Vorschuss innert dieser Nachfrist nicht geleistet, so tritt das Gericht auf die Klage nicht ein.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 2'000.– festgesetzt.

4. Der Entscheid über eine allfällige Parteientschädigung im Berufungsverfahren und die Verteilung der Prozesskosten des Berufungsverfahrens wird dem neuen Entscheid der Vorinstanz vorbehalten.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Kläger unter Beilage des Doppels von Urk. 87, sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.
Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.
6. 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. 93 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, 22. September 2021

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. M. Hochuli

versandt am:
Im