

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LC180003-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende,
Oberrichterin Dr. D. Scherrer und Oberrichter Dr. M. Kriech
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. C. Faoro

Urteil vom 26. Februar 2018

in Sachen

A. _____,

Beklagter und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt X. _____

gegen

B. _____,

Klägerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwältin Y. _____

betreffend **Abänderung Scheidungsurteil**

**Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen
Verfahren am Bezirksgericht Bülach vom 24. November 2017 (FP160003-C)**

Erwägungen:

I.

1.a) Am 17. Februar 2016 (Datum des Poststempels: 15. Februar 2016) ging bei der Vorinstanz die Klage auf Abänderung des Scheidungsurteils vom 14. Dezember 2010 nach Art. 129 ZGB ein. Die Klägerin stellte gleichzeitig den prozessualen Antrag, ihr sei die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen und in der Person von Rechtsanwältin Y._____ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen (Urk. 1, Urk. 2 und Urk. 3/1-39). Mit Schreiben vom 29. Februar 2016 wurden die Parteien zur Einigungsverhandlung vom 15. April 2016 vorgeladen (Urk. 5). Mit Eingabe vom 7. April 2016 reichte der Beklagte ebenfalls ein Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege ein (Urk. 10). Anlässlich der Einigungsverhandlung stellte der Beklagte eigene Anträge und legte weitere Unterlagen ins Recht (Urk. 16 S. 2 und Urk. 17/1-15). Mit Verfügung vom 19. August 2016 wies die Vorinstanz die Gesuche beider Parteien um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ab (Urk. 20). Da zwischen den Parteien im Rahmen der Einigungsverhandlung keine Einigung hatte erzielt werden können, wurde der Klägerin mit Verfügung vom 20. September 2016 Frist zur Einreichung der Klagebegründung angesetzt (Urk. 22). Nach zweimaliger Erstreckung dieser Frist zog die Klägerin die Klage mit Eingabe vom 22. November 2016 (Datum des Poststempels) zurück (Urk. 24, Urk. 25 und Urk. 26). Mit Verfügung vom 23. November 2016 wurde dem Beklagten von der Vorinstanz Frist angesetzt, um sich zur rechtlichen Qualifikation seiner anlässlich der Einigungsverhandlung vom 15. April 2016 gestellten Begehren zu äussern sowie zu den Kosten- und Entschädigungsfolgen Stellung zu nehmen (Urk. 27). Die als (Wider-)Klagebegründung bezeichnete Eingabe des Beklagten ging am 26. Januar 2017 (Datum des Poststempels: 24. Januar 2017) fristgemäss bei der Vorinstanz ein (Urk. 29, Urk. 30, Urk. 31 und Urk. 32). Nachdem die Klägerin fristgerecht ihre Widerklageantwort eingereicht hatte (Urk. 35-37, Urk. 38 und Urk. 39/1-14), wurden die Parteien zu einer Instruktionsverhandlung für den 29. August 2017 vorgeladen (Urk. 40). Zwischen den Parteien konnte keine Einigung gefunden werden, sie vereinbarten jedoch,

bis Ende September 2017 aussergerichtliche Vergleichsgespräche zu führen (Prot. I S. 30 f.). Mit Schreiben vom 26. September 2017 (Datum des Poststempels: 27. September 2017) teilte die Vertreterin der Klägerin dem Vorderrichter mit, dass es ihr aus gesundheitlichen Gründen nicht möglich gewesen sei, um die Vergleichsgespräche besorgt zu sein (Urk. 44A). Sie reichte ein Arztzeugnis ein und ersuchte das Gericht um eine Fristerstreckung von einem Monat bis Ende Oktober 2017 (Urk. 44B). Der Beklagte ersuchte in der Folge die Vorinstanz mit seiner Eingabe vom 12. Oktober 2017 (Datum des Poststempels) aufgrund der langen Verfahrensdauer sowie der Aussichtslosigkeit der aussergerichtlichen Vergleichsgespräche einen prozessleitenden Zwischenentscheid betreffend die Eintretensfrage sowie die Gesuche um unentgeltliche Prozessführung und Rechtsbeistandschaft zu erlassen (Urk. 49).

b) Mit Verfügung vom 24. November 2017 schrieb der Vorderrichter das Verfahren als durch Rückzug der Klage erledigt ab und trat auf die Rechtsbegehren des Beklagten (betreffend Kinderbelange) nicht ein (Urk. 59). Der Vorderrichter ging davon aus, dass die Widerklagebegründung des Beklagten erst am 24. Januar 2017 erfolgt sei und somit nach dem Dahinfallen der Hauptklage infolge Klagerückzugs. Demzufolge sei die Widerklage nicht mehr zulässig (Urk. 59 S. 6 f.).

Gegen diese Verfügung erhob der Beklagte mit Eingabe vom 16. Januar 2018 rechtzeitig Berufung und beantragte primär, dass Dispositivziffer 2 der Abschreibungsverfügung aufzuheben und die Klage an die Vorinstanz zwecks Behandlung der Rechtsbegehren des Beklagten zurückzuweisen sei (Urk. 58 S. 2). Gleichzeitig stellte er für das Berufungsverfahren ein Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege (Urk. 58 S. 2). Da sich die Berufung - wie nachstehend zu zeigen sein wird - sogleich als offensichtlich unbegründet erweist, kann auf die Einholung einer Berufungsantwort verzichtet werden (Art. 312 Abs. 1 ZPO).

2.a) Der Beklagte erklärte in seiner Berufungsbegründung, dass er mit seiner Eingabe vom 24. Januar 2017 (Urk. 31) an seinen eigenen (in der Einigungsverhandlung) gestellten Anträgen festgehalten habe. Daran ändere nichts, dass in der Eingabe selbst aufgrund eines Missverständnisses auf eine actio duplex ver-

wiesen worden sei (Urk. 58 S. 3). Die Frage der Qualifikation der Anträge des Beklagten stehe insofern nicht im Fokus, als es sich bei der (fälschlicherweise) als *actio duplex* bezeichneten Widerklage vom 24. Januar 2017 aufgrund des eigenständigen Charakters der Anträge um gar keine doppelseitige Klage handeln könne. Zu diesem Schluss sei auch die Vorinstanz gekommen. Die Bezeichnung der Rechtschrift könne für die Qualifikation der Klage nicht entscheidend sein, sondern nur deren Inhalt. Dies gelte um so mehr, als die initial eingereichten und begründeten Anträge für eine Widerklage sprechen würden, da jede andere Qualifikation offenbar schon inhaltlich ausgeschlossen sei. Auch die modifizierten Rechtsbegehren, die im konkreten Fall aufgrund des Verzichts auf eine Rückwirkung in erster Linie zugunsten der Klägerin ausfielen, würden nichts an der Ursprünglichkeit des am 5. April 2016 schriftlich eingereichten und im Rahmen der Einigungsverhandlung auch mündlich ausgeführten Klagebegehrens ändern. Bei den am 24. Januar 2017 modifiziert eingereichten Begehren handle es sich mithin nicht um eine erstmalige Begründung, sondern um eine Klageänderung nach Art. 227 ZPO, die bis zum zweiten Schriftenwechsel resp. zugunsten der beklagten Partei selbst darüber hinaus noch möglich sei. Die Schlussfolgerung der Vorinstanz, wonach die Widerklagebegründung erst am 24. Januar 2017 und somit nach dem Klagerückzug vom 22. November 2016 eingereicht worden sei, sei angesichts dessen unzutreffend und widerspreche dem bisherigen Verhalten der Vorinstanz, welche nie einen Zweifel an der Behandlung des inhaltlich nicht einmal bestrittenen Rechtsbegehrens habe aufkommen lassen (Urk. 59 S. 5).

b) Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden. Der Vorderrichter hegte sehr wohl Zweifel, wie die vom Beklagten gestellten Rechtsbegehren zu verstehen seien. Wie der Vorderrichter zutreffen ausführte, kann die beklagte Partei im Rahmen einer doppelseitigen Klage (sog. *actio duplex*) eigene Anträge stellen, die über den blossen Antrag auf Klageabweisung hinausgehen, ohne deswegen Widerklage zu erheben (Urk. 59 S. 5 mit entsprechenden Verweisen auf die Literatur). Sie kann jedoch auch förmlich Widerklage erheben. Im Weiteren ist es im Rahmen der Einigungsverhandlung auch möglich, der klägerischen Partei gegenüber einen Rechtsstandpunkt einzunehmen, der lediglich dazu dient, die eigene Position darzulegen und für die Einigungsverhandlung eine (Diskussions)Basis zu bieten, ohne sich bereits auf die rechtliche Qualifikation der Anträge festzulegen

und allenfalls später im Hauptverfahren an diesen festzuhalten. Sofern die im Rahmen der Einigungsverhandlung gestellten Rechtsbegehren - wie vorliegend - nicht formell als das eine oder das andere bezeichnet werden oder aus ihnen klar hervorgeht, was gemeint ist, kann daher nicht abschliessend beurteilt werden, wie die Begehren zu verstehen sind. Dies ergibt sich aus der Rechtsnatur der Einigungsverhandlung. Zweck der Einigungsverhandlung ist nämlich einerseits die Abklärung, ob bei einer Abänderungsklage die Abänderungsvoraussetzungen vorliegen, und andererseits der Versuch, zwischen den Parteien eine Einigung über die allfällige Abänderung des Scheidungsurteils herbeizuführen. Dem Zweck der Einigungsverhandlung entsprechend sollten in analoger Anwendung von Art. 205 Abs. 1 ZPO die Aussagen der Parteien weder protokolliert noch später im Entscheidungsverfahren verwendet werden (KUKO ZGB-Fankhauser, Anh. ZPO Art. 291, N 4 f.). Die Einigungsverhandlung weist von ihrem Inhalt bzw. Charakter her Parallelen zu einer Schlichtungsverhandlung und zu einer Instruktionsverhandlung auf. Mit Ersterer teilt sie die Funktion, auf eine gütliche Einigung zwischen den Parteien hinzuwirken, mit Letzterer die Möglichkeit, den Prozessstoff mit den Parteien zu erörtern und gleichsam vorzubereiten. Formell ist die Einigungsverhandlung aber weder das eine noch das andere, sind die Parteien doch nicht gezwungen, ihre Anträge und insbesondere ihre Beweismittel auf die Einigungsverhandlung hin einzureichen. Findet anlässlich der Einigungsverhandlung keine oder nur eine teilweise Vereinbarung statt, setzt das Gericht der klagenden Partei eine Frist zur Nachreichung einer schriftlichen Klagebegründung hinsichtlich der (noch) streitigen Punkte an. Dies gilt auch, wenn die klagende Partei bereits eine "Kurz-begründung" eingereicht hatte. Weiter erscheint es als zulässig, dem Kläger bei einer schon umfassend begründeten Klage das Recht zur Ergänzung der Klage einzuräumen (BK ZPO-Spycher, Art. 291 N 12 ff.). Das an der Einigungsverhandlung Vorgebrachte hat demgemäss keinen abschliessenden Charakter. Gemäss Auffassung des Bundesgerichts lässt sich aus Art. 291 Abs. 3 ZPO ableiten, dass der eigentliche Schriftenwechsel erst nach der Einigungsverhandlung stattfinden soll. Gemäss dieser Bestimmung setze das Gericht der klagenden Partei eine Frist zur schriftlichen Klagebegründung an, sofern zuvor in der Einigungsverhandlung keine Einigung zustande gekommen sei. Dies gelte grundsätzlich auch dann, wenn die Scheidungsklage bereits eine Begründung enthalte, denn es könne

sein, dass die klagende Partei diese nicht als abschliessend verstanden habe und sie diese - gerade im Lichte des in der Einigungsverhandlung Diskutierten - ergänzen möchte. Der beklagten Partei könne es nicht verwehrt sein, vor (und demgemäss auch in) der Einigungsverhandlung durch eine schriftliche Eingabe von sich aus zur Klage Stellung zu nehmen, eigene Unterlagen einzureichen und Anträge zu stellen. Das Gericht müsse eine solche Eingabe in der Einigungsverhandlung berücksichtigen. Das Gericht dürfe die Klage der beklagten Partei auch mit dem Hinweis zustellen, dass ihr die Stellungnahme zur Klage freigestellt sei. Hingegen dürfe die beklagte Partei nicht zur Abgabe einer solchen Stellungnahme gezwungen werden. Folglich dürfe weder die Einholung einer Klageantwort angeordnet noch dafür Frist angesetzt werden (BGE 138 III 372). Aus diesen Ausführungen geht klar hervor, dass Anträge, welche in der Einigungsverhandlung vorgebracht und dort nicht schon klar z.B. als Widerklage bezeichnet werden, im nachfolgenden (schriftlichen) Verfahren zu präzisieren sind bzw. erkennbar gemacht werden muss, ob daran festgehalten wird.

Am 23. November 2016 erliess der vorinstanzliche Richter daher eine Verfügung, worin er zutreffend ausführte, dass sich der Beklagte bislang nicht dazu geäussert habe, ob die von ihm anlässlich der Einigungsverhandlung gestellten Anträge betreffend Aufhebung der Kinderunterhaltsbeiträge für die Tochter C._____ als eigenständige Widerklage zu behandeln seien. Dem Beklagten wurde daher Frist angesetzt, um sich dazu zu äussern (Urk. 27). In seiner darauf erfolgten Eingabe vom 24. Januar 2017 stellte der Beklagte neue, in Bezug auf die in der Einigungsverhandlung geltend gemachten Rechtsbegehren geänderte Anträge betreffend die Kinderbelange und behielt sich eine Klageerweiterung auf andere Abänderungsanträge wiederum vor (Urk. 31). Der Beklagte erklärte, dass die Parteien der Klarheit halber als Klägerin/Widerbeklagte resp. als Beklagter/Widerkläger bezeichnet würden, auch wenn es sich formell nicht um widerklageweise eingebrachte Anträge, sondern um eine actio duplex handle (Urk. 31 S. 3). Die Rechtsschrift ist denn auch korrespondierend mit diesen Vorbringen mit dem Titel "(Wider-)Klagebegründung" versehen (Urk. 31 S. 2). Da der Beklagte somit auf konkrete Aufforderung der Vorinstanz ausdrücklich klarstellte, dass es sich bei seinen Rechtsbegehren formell nicht um eine Widerklage, sondern um Anträge im Rahmen einer actio duplex handle, besteht kein Anlass für eine Aus-

legung dieser - notabene - von einem Rechtsanwalt abgegebenen Willenserklärung. Diese ist gemäss ihrem Wortlaut klar und eindeutig. Der Beklagte hat damit bestätigt, dass seine im Rahmen der Einigungsverhandlung gestellten Rechtsbegehren nicht als Widerklage zu qualifizieren sind. Darauf ist der Beklagte zu behaften. Von einem Missverständnis, wie es der Beklagte im Berufungsverfahren suggerieren will (Urk. 58 S. 3), kann keine Rede sein. Der Vorderrichter hatte aufgrund des klaren Wortlauts - entgegen der Auffassung des Beklagten (Urk. 59 S. 4) - keine Veranlassung für die Ansetzung einer (weiteren) Frist an den Beklagten. Die Vorinstanz ist ihrer gerichtlichen Fragepflicht in genügendem Umfang nachgekommen, zumal der Beklagte rechtskundig vertreten ist. Da der Beklagte somit keine formgültige Widerklage erhoben hat, weshalb eine solche nie rechtshängig wurde, ist die Vorinstanz im Ergebnis zutreffend zum Schluss gekommen, dass das Verfahren als durch Rückzug der Klage beendet worden (Art. 241 Abs. 2 und 3 ZPO) und auf die Rechtsbegehren des Klägers damit nicht einzutreten ist. Die Widerklage hätte - um als selbständige Klage weiterzubestehen - vor Rückzug der Klage erhoben werden müssen. Die Berufung des Beklagten ist somit abzuweisen.

II.

1. Der Beklagte stellte für das Berufungsverfahren ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (Urk. 58 S. 5). Gemäss Art. 117 ZPO hat eine Person Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint. Die Berufung war, wie aufgezeigt, von vorneherein aussichtslos, weshalb dem Beklagten für das zweitinstanzliche Verfahren die von ihm beantragte unentgeltliche Rechtspflege nicht gewährt werden kann.

2.a) Vorliegend handelt es sich um eine nicht vermögensrechtliche Streitigkeit, bei welcher die Gebühr nach dem tatsächlichen Streitinteresse, dem Zeitaufwand des Gerichts und der Schwierigkeit des Falles bemessen wird (§ 5 Abs. 1, § 12 Abs. 1 und 2 GebVO). Es erscheint angemessen, die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr auf Fr. 1'500.-- festzusetzen. Ausgangsgemäss ist diese dem Beklagten aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

b) Parteientschädigungen sind für das Berufungsverfahren nicht zuzusprechen. Der Klägerin sind im Berufungsverfahren keine entschädigungspflichtigen Kosten entstanden (Art. 95 Abs. 3 ZPO), der Beklagte hat aufgrund seines Unterliegens keinen Anspruch auf Entschädigung (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen und Dispositivziffer 2 des vorinstanzlichen Urteils wird bestätigt.
2. Das Gesuch des Beklagten um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Berufungsverfahren wird abgewiesen.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird festgesetzt auf Fr. 1'500.--.
4. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird dem Beklagten auferlegt.
5. Für das zweitinstanzliche Verfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Klägerin unter Beilage des Doppels von Urk. 58, sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.
7. Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.
8. 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, 26. Februar 2018

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. L. Hunziker Schnider

lic. iur. C. Faoro

versandt am:
bz