

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LZ190026-O/U

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

Beschluss vom 4. Juni 2020

in Sachen

A._____,

Klägerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Inhaberin der elterlichen Sorge B._____,

gegen

C._____,

Beklagter und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y._____,

betreffend **Unterhalt**

**Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im vereinfachten
Verfahren am Bezirksgericht Pfäffikon vom 1. Oktober 2019 (FK180007-H)**

Rechtsbegehren:

(Urk. 1 S. 2 und Urk. 13 S. 1)

"1. Der Beklagte sei zu verpflichten, für seine Tochter A. _____, rückwirkend ab 1. Mai 2017, seinen Einkommens- und Vermögensverhältnisse angemessene Unterhaltsbeiträge zu bezahlen, ab 1. Mai 2018 zahlbar je monatlich und zum Voraus bis zur Mündigkeit der Tochter oder über das Mündigkeitsalter hinaus bis zum ordentlichen Abschluss einer Erstausbildung, an die jeweilige gesetzliche Vertreterin der Tochter, nach Eintritt der Mündigkeit der Tochter an diese persönlich.

Bereits geleistete Zahlungen seien anzurechnen.

Für die allfällige Nachzahlung bereits fällig gewordener Unterhaltsbeiträge sei dem Beklagten eine angemessene Zahlungsfrist anzusetzen.

2. Die Unterhaltsbeiträge seien gerichtsüblich zu indexieren.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten des Beklagten."

Verfügung des Einzelgerichts am Bezirksgericht Pfäffikon vom 1. Oktober 2019:

1. Auf die Klage wird nicht eingetreten.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 2'000.-; die weiteren Auslagen betragen:
Fr. 881.25 Dolmetscherkosten.
3. Die Gerichtskosten werden der Klägerin auferlegt, jedoch zufolge der ihr bewilligten unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Staatskasse genommen. Die Klägerin wird auf die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO hingewiesen.
4. Dem Beklagten wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
5. (Mitteilung)
6. (Rechtsmittel)

Berufungsanträge:

der Klägerin und Berufungsklägerin (Urk. 75 S. 2):

- "1. Die Verfügung des Bezirksgerichts Pfäffikon ZH, Einzelgericht im vereinfachten Verfahren, vom 1. Oktober 2019, sei vollumfänglich aufzuheben und die Vorinstanz sei anzuweisen, das Verfahren FK180007 weiterzuführen.
2. Eventuell sei Ziffer 3 des angefochtenen Entscheids aufzuheben und die Kosten seien auf die Staatskasse zu nehmen, soweit sich die Gegenseite nicht mit dem Eintretensentscheid solidarisiert. Sollte die Gegenpartei die Abweisung der Berufung beantragen, seien die Kosten ihr aufzuerlegen.

Im Berufungsverfahren alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Staates Zürich, eventuell zulasten der Gegenpartei."

Prozessualer Antrag (Urk. 75 S. 2 sinngemäss)

Es sei der Klägerin die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen und es sei ihr in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. X. _____ ein unentgeltlicher Rechtsvertreter zu bestellen.

des Beklagten und Berufungsbeklagten (Urk. 85):

(Verzicht auf die Erstattung einer Berufungsantwort)

Erwägungen:

I.

1. B. _____ und C. _____ (nachfolgend: Beklagter) sind die unverheirateten Eltern der Klägerin und Berufungsklägerin (nachfolgend: Klägerin), geboren am tt. mm. 2011 (Urk. 8). Mit Eingabe vom 30. April 2018 machte die Klägerin gegen

den Beklagten eine Unterhaltsklage bei der Vorinstanz anhängig (Urk. 1). Der weitere Prozessverlauf kann, soweit nicht unter nachfolgender Erwägung II/5 zu finden, der eingangs wiedergegebenen und am 1. Oktober 2019 erlassenen erstinstanzlichen Verfügung entnommen werden (Urk. 76 S. 2 f.).

2. Mit Eingabe vom 19. November 2019 erhob die Klägerin fristgerecht Berufung mit den vorstehend aufgeführten Anträgen (Urk. 72/2 und Urk. 75). Unter dem 26. März 2020 informierte Rechtsanwalt lic. iur. X. _____ über das Ende seines Mandatsverhältnisses (Urk. 82), woraufhin das Rubrum entsprechend angepasst wurde. Der Beklagte liess innert der ihm mit Verfügung vom 3. April 2020 angesetzten Frist (Urk. 84) seinen Verzicht auf die Erstattung einer Berufungsantwort mitteilen (Urk. 85).

3. Nachdem die vorinstanzlichen Akten beigezogen worden sind (Urk. 1-74), erweist sich das Verfahren als spruchreif. Hinsichtlich der vorliegend geltend gemachten und nachfolgend abgehandelten unrichtigen Rechtsanwendung verfügt die Berufungsinstanz über unbeschränkte Kognition. Sie ist weder an die in einer Parteieingabe geltend gemachten Argumente noch an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden (BGer 2C_124/2013 vom 25. November 2013, E. 2.2.2; Reetz/Hilber, in: Sutter-Somm et al., ZPO-Komm., Art. 318 N 21; Seiler, Die Berufung nach ZPO, Zürich 2013, N 1507). Abgesehen von offensichtlichen Mängeln ist die Beurteilung indes auch im Anwendungsbereich der Untersuchungsmaxime auf die formgerecht gegen den erstinstanzlichen Entscheid erhobenen Beanstandungen zu beschränken (vgl. BGE 142 III 413 E. 2.2.4 mit weiteren Hinweisen).

II.

1. Nach Ansicht der Vorinstanz bedarf es zumindest eines minimalen vermittelnden Elements im Sinne eines Vermittlungsversuchs, damit das Anrufen der Kinderschutzbehörde gemäss Art. 198 lit. b^{bis} ZPO eine Schlichtungsverhandlung entfallen lässt. Weil der regionale Rechtsdienst des Amts für Jugend und Berufsberatung mit Schreiben vom 29. September 2017 die Ausarbeitung eines Unterhaltsvertrags aufgrund der komplexen Verhältnisse abgelehnt habe, sei es vorlie-

gend nie zu einem Vermittlungsversuch im vorerwähnten Sinne gekommen. Die Klägerin wäre demnach gemäss Art. 197 ZPO gehalten gewesen, vor Klageeinleitung die Schlichtungsbehörde anzurufen. Es fehle aufgrund dessen an einer gehörigen Verfahrenseinleitung, weshalb auf die Klage nicht einzutreten sei. Entgegen der Klägerin stehe dem auch der Grundsatz von Treu und Glaube nicht entgegen, zumal die Prozessvoraussetzungen im Urteilszeitpunkt vorzuliegen hätten und es keinen Anspruch auf deren Vorabprüfung gebe (Urk. 76 S. 6 f. und S. 9 ff.).

2. Die Durchführung eines Schlichtungsverfahrens vor Einleitung der Klage bei Gericht und die Vorlage der daraus resultierenden gültigen Klagebewilligung sind von Amtes wegen zu beachtende Prozessvoraussetzungen (Art. 59 in Verbindung mit Art. 60 in Verbindung mit Art. 197 ZPO; BGE 139 III 273 E. 2.1). Vorbehalten bleiben die in Art. 198 und Art. 199 ZPO vorgesehenen Ausnahmen. Wurde das Schlichtungsverfahren zu Unrecht nicht durchgeführt, fehlt es an einer gehörigen Verfahrenseinleitung und das Gericht hat auf die dennoch erhobene Klage nicht einzutreten (BK ZPO-Zingg, Art. 59 N 161 und Art. 60 N 52).

3. Diese von der Vorinstanz zutreffend festgehaltene Rechtsfolge (vgl. Urk. 76 S. 11) wird von der Klägerin nicht grundsätzlich in Frage gestellt. Sofern nicht vom Ausnahmetatbestand von Art. 198 lit. b^{bis} ZPO ausgegangen werde, vertritt sie jedoch die Ansicht, aufgrund des weit fortgeschrittenen Stadiums des vorliegenden Prozesses verkomme die Pflicht zur Neueinleitung der Klage bei der Schlichtungsbehörde zu einem blossen Formalismus ohne schutzwürdige Zwecke. Die durch den angefochtenen Nichteintretensentscheid verursachte Rechtsfolge lasse sich aufgrund dessen nicht rechtfertigen und führe einzig zur Verschleuderung von Ressourcen. Es dränge sich deshalb eine Verfeinerung der Rechtsprechung zu den Prozessvoraussetzungen auf. Aufgrund des Prozessverlaufs habe sie überdies in guten Treuen von einer Vorabprüfung der Prozessvoraussetzungen ausgehen dürfen, zumal sie die entsprechende Frage in ihrer Klage explizit aufgeworfen habe (Urk. 75 S. 10 ff.).

4. Im Allgemeinen gilt, dass die Prozessvoraussetzungen spätestens zum Zeitpunkt der Urteilsfällung vorzuliegen haben (BSK ZPO-Gehri, Art. 59 N 3). Der

Prüfungszeitpunkt ist gesetzlich nicht geregelt, sondern ins Ermessen der Prozessleitung gestellt. Es ist dem Gericht mithin grundsätzlich nicht untersagt, seine von Amtes wegen zu prüfende Zuständigkeit erst in einem fortgeschritteneren Prozessstadium zu überprüfen (BGE 140 III 355 E. 2.4; BGer 4A_291/2015 vom 3. Februar 2016, E. 3.4; Zürcher, in: Sutter-Somm et al., ZPO-Komm., Art. 60 N 13; BK ZPO-Zingg, Art. 60 N 47). Dabei ist indes stets der Grundsatz von Treu und Glaube im Auge zu behalten (Art. 52 ZPO), welcher Rechtsmissbrauch und überspitzten Formalismus verbietet. Namentlich verdient die strikte Anwendung prozessualer Regeln keinen Rechtsschutz, soweit sie sich nicht durch ein schutzwürdiges Interesse rechtfertigt und die Durchsetzung des materiellen Rechts dadurch nicht in unhaltbarer Weise erschwert wird (BGer 4C.17/2004 vom 2. Juni 2004, E. 3.3.2). So ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung die nach zweijähriger Prozessdauer durch eine Partei erhobene Einrede der mangelhaften Verfahrenseinleitung als rechtsmissbräuchlich zu qualifizieren und auch der amtswegigen Beachtung dieser Eintretensvoraussetzung steht unter diesen Umständen das Verbot des überspitzten Formalismus entgegen (BGer 4C.347/2000 vom 6. April 2001, E. 2; zum Ganzen: CPC-Bohnet, Art. 59 N 68).

5. Nachdem die Klägerin ihre Klage am 30. April 2018 bei der Vorinstanz anhängig gemacht und darin explizit auf das ihrer Ansicht nach vorliegend nicht notwendige Schlichtungsverfahren hingewiesen hatte (Urk. 1 S. 3 f.), wurden die Parteien auf den 19. Juni 2018 zur Hauptverhandlung vorgeladen (Urk. 5). Nach durchgeführter Hauptverhandlung (Parteivorträge und persönliche Befragung; Prot. VI S. 3 ff.) wurde den Parteien mit Schreiben vom 29. August 2018 ein Vereinbarungsvorschlag unterbreitet (Urk. 25-27), welcher indes keinen Zuspruch fand (Urk. 32 und Urk. 38). Nach weiteren Stellungnahmen (Urk. 40 und Urk. 48) wurde anlässlich der Instruktionsverhandlung vom 18. März 2019 und im Nachgang aussergerichtlich erneut erfolglos nach einer Einigung gesucht (Prot. VI S. 43 sowie Urk. 57 und Urk. 59). Schliesslich wurde den Parteien mit Verfügung vom 20. August 2019 Frist angesetzt, um sich zur Prozessvoraussetzung der gehörigen Verfahrenseinleitung (Fehlen des Schlichtungsverfahrens) zu äussern (Urk. 62), und danach am 1. Oktober 2019 die angefochtene Verfügung erlassen (Urk. 76). Unter Bezugnahme auf die zitierte bundesgerichtliche Rechtsprechung

ist es als überspitzt formalistisch zu qualifizieren, dass die Vorinstanz nach vorstehend dargelegtem Verfahrensgang rund eineinhalb Jahre nach Klageeinreichung aufgrund einer mangelhaften Verfahrenseinleitung auf die Klage nicht eintrat. Diese Prozessvoraussetzung verkommt unter den konkreten Umständen zu einer Formalie ohne schutzwürdige Interessen. Es erscheint sinnwidrig auf eine Klage nach zahlreichen Prozesshandlungen nicht einzutreten, nur damit vor erneuter Klageeinreichung ein Schlichtungsverfahren durchgeführt werden muss und in der Folge das bereits durchlaufene Verfahren zu wiederholen ist. Eine derartige Vorgehensweise läuft dem Sinn und Zweck des Schlichtungsobligatoriums diametral zuwider (vgl. Botschaft ZPO, BBl 2006 S. 7223) und ist als treuwidrig zu beurteilen. Die Berufung erscheint demnach als begründet und ist gutzuheissen. Die angefochtene Verfügung ist aufzuheben und die Vorinstanz anzuweisen, das Verfahren fortzusetzen. Auf die von der Klägerin weiter vorgebrachten Einwendungen muss unter diesen Umständen nicht eingegangen werden.

III.

1. Bei diesem Ausgang des Verfahrens rechtfertigt es sich, lediglich eine Entscheidegebühr für das Berufungsverfahren festzusetzen und die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen der Vorinstanz zu überlassen, d.h. vom definitiven Ausgang des Verfahrens abhängig zu machen (Art. 104 Abs. 4 ZPO; KUKO ZPO-Schmid Art. 104 N 7).
2. Die Höhe des klageweise geltend gemachten Unterhaltsanspruchs wurde bislang nie beziffert, weshalb die Vorinstanz den Streitwert zu Recht nach eigenem Ermessen festlegte (Urk. 76 S. 11 f.). Die dabei angestellten Überlegungen sind klar und überzeugend und sie stehen im Einklang mit den bei den Akten liegenden Berechnungen (vgl. Urk. 25). Nichts anderes wird durch die von der Klägerin vorgenommene Berechnung aufgezeigt (Urk. 75 S. 3). Auch dem Berufungsverfahren ist deshalb ein Streitwert von Fr. 60'000.– zugrunde zu legen. Am Umstand, dass bislang die Höhe des Unterhaltsbeitrags nicht beziffert wurde, ändert auch die berufsweise geäußerte Ansicht der Klägerin nichts. Indem ausgeführt wird, der Beklagte wäre jedenfalls bis vor kurzem in der Lage gewesen,

deutlich höhere Kinderunterhaltsbeiträge als lediglich Fr. 400.– pro Monat zu bezahlen (Urk. 75 S. 15), wird das Rechtsbegehren weiterhin nicht beziffert, geschweige denn die vorinstanzlich ermittelte Höhe des Streitwerts substantiiert in Frage gestellt.

3. Ausgehend von vorerwähntem Streitwert ist die zweitinstanzliche Entscheidunggebühr in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG in Verbindung mit § 2 Abs. 1 lit. a, § 4 und § 10 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 2'000.– festzusetzen.

4. Unentgeltliche Rechtspflege

4.1 Die Klägerin ersucht für das Berufungsverfahren um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege. Zur Begründung ihrer Mittellosigkeit verweist sie auf die vom Sozialdienst der Gemeinde D._____ für sie und ihre gesetzliche Vertreterin geleisteten Unterstützungsleistungen (Urk. 75 S. 2 und S. 15).

4.2 Nach Art. 117 ZPO hat eine Person Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint. Wenn dies zur Wahrung ihrer Rechte notwendig ist, insbesondere wenn die Gegenpartei anwaltlich vertreten ist, besteht darüber hinaus ein Anspruch auf unentgeltliche Verbeiständung (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO). Hervorzuheben ist jedoch die Subsidiarität der unentgeltlichen Rechtspflege gegenüber der elterlichen Unterhaltspflicht (Art. 276 ZGB), welche auch Vorschusspflichten für Prozess- und Anwaltskosten mitumfasst (BGE 119 Ia 135 E. 4). Die Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege für ein minderjähriges Kind bedingt demzufolge, dass der beklagte Elternteil nicht in der Lage ist, einen Prozesskostenvorschuss zu bezahlen. Sofern die Ausrichtung eines Prozesskostenvorschusses nicht beantragt wird, sind im Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege zumindest die Gründe für den Verzicht auf einen solchen Antrag darzulegen. Es liegt sodann bei Fehlen entsprechender Ausführungen nicht am Gericht, in den Rechtsschriften der ersuchenden Partei oder in den vorinstanzlichen Akten nach impliziten Hinweisen und Anhaltspunkten zu suchen, die darauf schliessen lassen könnten, dass ein Anspruch auf einen Prozesskostenvorschuss nicht besteht. Mithin ist von einer anwaltlich vertretenen Partei zu verlangen, dass sie in ihrem

Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege explizit darlegt, weshalb die Leistung eines Prozesskostenvorschusses durch die Gegenpartei nicht in Frage kommt. Fehlt diese Begründung, ist das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege nur dann nicht ohne weiteres abzuweisen, wenn die Mittellosigkeit der verpflichteten Partei evident ist (BGer 5A_49/2017 vom 18. Juli 2017, E. 3.1. und E. 3.2.; BGer 5A_244/2019 vom 15. April 2019, E. 4).

4.3 Die Klägerin hat vor Obergericht weder einen Antrag auf Ausrichtung eines Prozesskostenvorschusses gestellt noch dargelegt, weshalb vorliegend auf einen solchen Antrag verzichtet werden könnte. Bereits aufgrund des Umstands, dass der Beklagte Eigentümer mehrerer Liegenschaften ist (vgl. Urk. 24), kann vorliegend nicht von offensichtlicher Mittellosigkeit gesprochen werden. Das Armenrechtsgesuch ist daher aufgrund der Subsidiarität der unentgeltlichen Rechtspflege abzuweisen.

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch der Klägerin um unentgeltliche Rechtspflege für das Berufungsverfahren wird abgewiesen.
2. Die Verfügung des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren am Bezirksgericht Pfäffikon vom 1. Oktober 2019 wird aufgehoben und die Sache zur Durchführung des Verfahrens und zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidegebühr wird auf Fr. 2'000.– festgesetzt.
4. Die Regelung der Prozesskosten des vorliegenden Berufungsverfahrens wird dem neuen Entscheid der Vorinstanz vorbehalten.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Klägerin unter Beilage des Doppels von Urk. 85, 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 vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert übersteigt Fr. 30'000.–. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 4. Juni 2020

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

MLaw H. Schinz

versandt am:
sn