

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LZ200012-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. D. Scherrer, Vorsitzende, Oberrichter  
Dr. M. Kriech und Oberrichterin lic. iur. Ch. von Moos Würgler  
sowie Gerichtsschreiber MLaw M. Wild

## **Beschluss vom 6. August 2020**

in Sachen

**A.**\_\_\_\_\_,

Kläger und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X.\_\_\_\_\_

gegen

**B.**\_\_\_\_\_,

Beklagter und Berufungsbeklagter

vertreten durch Inhaberin der elterlichen Sorge C.\_\_\_\_\_,

vertreten durch Rechtsanwältin Dr. iur. Y.\_\_\_\_\_

betreffend **Abänderung Unterhalt**

**Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren am Bezirksgericht Affoltern vom 10. Februar 2020 (FK200002-A)**

**Erwägungen:**

1.1. Der Kläger und Berufungskläger (fortan Kläger) stellte am 18. September 2019 ein Schlichtungsgesuch beim Friedensrichteramt D.\_\_\_\_\_. Er beantragte darin in Abänderung des Urteils des Obergerichts des Kantons Zürich vom 7. Mai 2019 die Anpassung von Kinderunterhaltsbeiträgen an seinen minderjährigen Sohn, Beklagten und Berufungsbeklagten (fortan Beklagter; Urk. 1). Nach Erhalt der Klagebewilligung vom 29. Oktober 2019 reichte der Kläger innert Frist am 8. Januar 2020 bei der Vorinstanz eine Klage betreffend Abänderung des Urteils des Obergerichts des Kantons Zürich vom 7. Mai 2019 ein (Urk. 2). In der Folge trat die Vorinstanz mit Verfügung vom 10. Februar 2020 auf die Klage nicht ein mit der Begründung, das Schlichtungsverfahren sei nicht gültig durchgeführt worden (Urk. 6 = Urk. 11).

1.2. Hiergegen erhob der Kläger innert Frist Beschwerde (recte: Berufung, vgl. E. 2.1.) mit dem nachfolgenden Antrag (Urk. 10 S. 2):

- "1. In Gutheissung der Beschwerde sei die angefochtene Verfügung des Bezirksgerichts Affoltern, Einzelgericht, vom 10. Februar 2020 aufzuheben, und die Vorinstanz sei gerichtlich anzuweisen, das mit Klage vom 8. Januar 2020 angehobene Verfahren fortzusetzen/durchzuführen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Bezirksgerichts Affoltern/der Staatskasse, eventualiter zu Lasten des Beklagten und Beschwerdegegners."

1.3. Nach fristgerechtem Eingang des Kostenvorschusses (Urk. 15 und 16) wurde der Beklagte mit Verfügung vom 5. Juni 2020 aufgefordert, die Berufung schriftlich zu beantworten (Urk. 17). In seiner fristgerechten Berufungsantwort beantragt er die Abweisung der Berufung unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Klägers und stellt ein Gesuch um unentgeltliche Prozessführung sowie unentgeltliche Rechtsverteidigung (Urk. 18 S. 2). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (Urk. 1-9). Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

2.1. Zunächst ist festzuhalten, dass entgegen der Rechtsmittelbelehrung in Dispositiv-Ziffer 5 des vorinstanzlichen Entscheids gegen diesen nur das Rechtsmittel der Berufung zulässig gewesen wäre (vgl. Urk. 11 S. 6 Dispositiv-Ziffer 5). So handelt es sich beim vorliegenden Verfahren um Abänderung von Kinderunterhalt um eine vermögensrechtliche Streitigkeit mit einem Streitwert von Fr. 40'100.– (vgl. Urk. 2). Der vorinstanzliche Entscheid würde das Verfahren abschliessen und stellt damit ein einzig mit Berufung anfechtbarer Endentscheid mit Streitwert von mindestens Fr. 10'000.– im Sinne von Art. 308 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 ZPO dar. Der Kläger hat dementsprechend mit seiner Eingabe das falsche Rechtsmittel der Beschwerde erhoben (vgl. Urk. 10). Die bundesgerichtliche Rechtsprechung leitet nun aber aus Art. 4 BV ein Recht auf Vertrauensschutz ab, das unter anderem beinhaltet, dass falsche Auskünfte von Behörden unter bestimmten Voraussetzungen eine vom materiellen Recht abweichende Behandlung des Rechtssuchenden gebieten. Ein wichtiger Anwendungsfall dieses verfassungsmässigen Rechts besteht darin, dass einer Partei aus einer fehlerhaften Rechtsmittelbelehrung grundsätzlich kein Nachteil erwachsen darf (vgl. BGE 115 Ia 12 E. 4a; BGE 114 Ia 105 E. 2a m.w.H.). Auch wenn der anwaltlich vertretene Kläger die Unrichtigkeit des Rechtsmittels hätte erkennen müssen und die Konversion eines unzulässigen in ein zulässiges Rechtsmittel nur mit Zurückhaltung zuzulassen ist (vgl. Reetz in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO-Komm., Vorbemerkungen zu Art. 308-318 N 51), rechtfertigt es sich, dessen Eingabe als Berufung entgegen zu nehmen, da sie innert Berufungsfrist gemäss Art. 311 Abs. 1 ZPO einging, die übrigen Zulässigkeitsvoraussetzungen der Berufung erfüllt sind und der Gegenseite dadurch kein Nachteil erwächst.

2.2. Mit der Berufung kann eine unrichtige Rechtsanwendung und eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt über unbeschränkte Kognition bezüglich Tat- und Rechtsfragen, einschliesslich der Frage richtiger Ermessensausübung (Angemessenheitsprüfung; BGer 5A\_184/2013 vom 26. April 2013, E. 3.1). Bei Verfahren betreffend Kinderbelange können die Parteien im Berufungsverfahren auch dann neue Tatsachen und Beweismittel vorbringen, wenn die Voraussetzungen nach Art. 317 Abs. 1 ZPO nicht erfüllt sind (BGE 144 III 349 E. 4.2.1).

2.3. Der Kläger reichte als neues Beweismittel ein Schreiben der Rechtsvertreterin des Beklagten, Rechtsanwältin Dr. iur. Y. \_\_\_\_\_, vom 14. Oktober 2019 an das Friedensrichteramt D. \_\_\_\_\_ ins Recht (Urk. 13/2). Aufgrund der vorgenannten Rechtsprechung und da dem Kläger vor Vorinstanz nie die Gelegenheit gegeben wurde, zu einem allfälligen Nichteintretensentscheid aufgrund eines nicht ordnungsgemäss durchgeführten Schlichtungsverfahrens Stellung zu nehmen und er damit bei der Einleitung der Klage nicht rechnen musste, ist die Eingabe im Berufungsverfahren ohne weiteres zulässig, zumal er die Urkunde auch direkt mit seiner Rechtsmittelschrift einreichte (vgl. Urk. 10). Sodann konnte der Beklagte in seiner Berufungsantwort hierzu Stellung nehmen (vgl. Urk. 18).

2.4. Die vom Beklagten in der Berufungsantwort eingereichten Urkunden betreffen einzig sein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege für das Berufungsverfahren (vgl. Urk. 21/2-12), weshalb sie im Zusammenhang mit diesem Begehren vollumfänglich zu berücksichtigen sind (vgl. E. 8.1 und 8.2).

3. Die Vorinstanz führte in ihrem Nichteintretensentscheid mit Verweis auf die zutreffende Lehre und Rechtsprechung aus, dass das Gericht von Amtes wegen das Vorliegen einer gültigen Klagebewilligung prüfen müsse (Urk. 11 S. 3). In der Klagebewilligung vom 29. Oktober 2019 sei festgehalten, dass der Beklagte und seine gesetzliche Vertreterin, C. \_\_\_\_\_, "entschuldigt" nicht an der Schlichtungsverhandlung erschienen seien (Urk. 11 S. 3). Obwohl die Parteien gemäss Art. 204 Abs. 1 ZPO persönlich an der Schlichtungsverhandlung teilzunehmen hätten, sei der gesetzlichen Vertreterin des Beklagten ohne Angabe von Gründen das persönliche Erscheinen erlassen worden (Urk. 11 S. 4). Da die gesetzliche Vertreterin des Beklagten von der Schlichtungsverhandlung dispensiert worden sei, könne der Beklagte nicht als säumig im Sinne von Art. 206 Abs. 2 ZPO gelten. Aufgrund des entschuldigtem Nichterscheinens des Beklagten sei das Schlichtungsverfahren inkorrekt durchgeführt worden, weshalb es an einer gültigen Klagebewilligung fehle. Die Prozessvoraussetzungen seien nicht gegeben und auf die Klage sei nicht einzutreten (Urk. 11 S. 5).

4.1. Der Kläger rügt zunächst, dass die Vorinstanz die Klagebewilligung als öffentliche Urkunde ohne entsprechenden Einwand der Gegenseite inhaltlich nicht

hätte von Amtes wegen überprüfen dürfen und dass die Klage nicht hätte zurückgewiesen, sondern zur Nachholung der Schlichtungsverhandlung sistiert werden müssen (Urk. 10 S. 5; vgl. E. 4). Der Beklagte führt dagegen aus, dass das Bestehen einer gültigen Klagebewilligung eine Prozessvoraussetzung bilde und deshalb das Gericht diese habe von Amtes wegen überprüfen müssen (Urk. 18 S. 3).

4.2. In Bestätigung der vorinstanzlichen Ausführungen ist festzuhalten, dass das Vorliegen einer gültigen Klagebewilligung der Schlichtungsbehörde nach Art. 209 ZPO eine Prozessvoraussetzung ist, die das Gericht gemäss Art. 60 ZPO von Amtes wegen zu prüfen hat (BGE 141 III 159 E. 2.1; BGE 140 III 227 E. 3.2, BGE 310 E. 1.3.2; BGE 139 III 273 E. 2.1). Die Pflicht, Tatsachen nachzugehen oder von Amtes wegen zu berücksichtigen, betrifft aber lediglich Umstände, welche die Zulässigkeit der Klage hindern und ein Nichteintreten begründen können, wobei, soweit für das Verfahren nicht generell die uneingeschränkte Untersuchungsmaxime gilt, das Gericht allerdings nicht zu ausgedehnten Nachforschungen verpflichtet ist (BGer 4A\_229/2017 vom 7. Dezember 2017, E. 3.4.2 m.w.H.). Fehlt eine gültige Klagebewilligung, ist auf die Klage nicht einzutreten (BGE 140 III 70 E. 5; BGE 139 III 273 E. 2.1). Entsprechend war die Vorinstanz grundsätzlich berechtigt, auch ohne entsprechende Rüge des Beklagten die Klagebewilligung auf ihre Gültigkeit zu überprüfen. Eine Sistierung des erstinstanzlichen Verfahrens und eine Nachholung der Schlichtungsverhandlung kam unter Hinweis auf die zitierte Rechtsprechung nicht in Frage, zumal das Schlichtungsverfahren mit Ausstellung der Klagebewilligung abgeschlossen worden war (Art. 209 ZPO). Diese Rüge des Klägers ist nicht stichhaltig.

5.1. Mit Verweis auf das Schreiben vom 14. Oktober 2019 (Urk. 13/2) macht der Kläger sodann geltend, dass Rechtsanwältin Dr. iur. Y.\_\_\_\_\_ den Beklagten vertreten habe und in dessen Namen der Schlichtungsbehörde mitteilen liess, dass dieser respektive dessen gesetzliche Vertreterin nicht an der Schlichtungsverhandlung teilnehmen würde (Urk. 10 S. 5 f.). Da anders als die klagende Partei die beklagte Partei gemäss Art. 206 Abs. 2 ZPO nicht verpflichtet sei, an einer Schlichtungsverhandlung persönlich beizuwohnen, sei es bedeutungslos, dass

die beklagte Partei ihre Nichtteilnahme vorgängig der Schlichtungsbehörde mitteilte und diese dann das Nichterscheinen auf der Klagebewilligung mit "unentschuldigt" oder "entschuldigt" vermerkte. Entgegen den vorinstanzlichen Ausführungen sei die Klagebewilligung gültig (Urk. 10 S. 6 f.). Der Beklagte bestätigt in der Berufungsantwort, dass weder er noch die Inhaberin der elterlichen Sorge oder die Rechtsvertreterin an der Schlichtungsverhandlung teilgenommen hätten (Urk. 18 S. 3). In Wiederholung der vorinstanzlichen Argumentation führt er aus, dass Art. 206 ZPO nicht zur Anwendung gelange, da eine Dispensation vorgelegen und der Beklagte deshalb nicht als säumig zu gelten habe. Das Schlichtungsverfahren sei nicht korrekt durchgeführt worden, weshalb der angefochtene Entscheid zu schützen sei (Urk. 18 S. 3 f.).

5.2. Das Gericht hat im Rahmen der Klärung der Prozessvoraussetzungen zu prüfen, ob ein Mangel des Schlichtungsverfahrens die Ungültigkeit einer nach Art. 209 Abs. 2 ZPO formell korrekten Klagebewilligung bewirkt. Neben dem Fall der offensichtlichen Unzuständigkeit der Schlichtungsbehörde (vgl. BGE 139 III 273 E. 2.1 und 2.2) wäre dies nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts etwa dann denkbar, wenn wegen der Mitwirkung einer befangenen Schlichterin die Möglichkeit einer Einigung der Parteien illusorisch war und das Schlichtungsverfahren dadurch seines Zweckes beraubt wurde (vgl. BGer 4A\_131/2013 vom 3. September 2013, E. 2.2.2.1) oder wenn die Schlichtungsbehörde mangels persönlichen Erscheinens der klagenden Partei (Art. 204 Abs. 1 ZPO) das Verfahren wegen Säumnis hätte abschreiben müssen (BGE 140 III 70 E. 5).

5.3. Dem Entscheidverfahren geht nach Art. 197 ZPO grundsätzlich ein Schlichtungsversuch vor einer Schlichtungsbehörde voraus. Es gilt das Prinzip "Zuerst schlichten, dann richten" (Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO] vom 28. Juni 2006, BBl 2006 S. 7221 ff., S. 7328). Im Schlichtungsverfahren müssen die Parteien nach Art. 204 Abs. 1 ZPO grundsätzlich persönlich zur Schlichtungsverhandlung erscheinen. Durch die Pflicht zum persönlichen Erscheinen soll mithin ein persönliches Gespräch zwischen den Parteien vor der allfälligen Klageeinreichung ermöglicht werden (BGE 140 III 70 E. 4.3). Diesem Grundsatz entsprechend sieht die Zivilprozessordnung in Art. 204 Abs. 3 ZPO le-

diglich in bestimmten, abschliessend geregelten Fällen eine Ausnahme von dieser Teilnahmepflicht vor (BGer 4C\_1/2013 vom 25. Juni 2013, E. 4.3). Die Schlichtungsbehörde hat an der Schlichtungsverhandlung zu prüfen, ob die Voraussetzung des persönlichen Erscheinens nach Art. 204 Abs. 1 ZPO erfüllt ist. Von dieser Frage hängt das weitere Vorgehen ab: Erscheint eine Partei nicht persönlich, ohne dass ein Dispensationsgrund nach Art. 204 Abs. 3 ZPO vorliegt, so ist sie säumig (BGE 141 III 159 E. 2.4). Die Säumnisfolgen sind für Kläger und Beklagten in Art. 206 ZPO unterschiedlich geregelt: Ist der Kläger säumig, gilt das Schlichtungsgesuch als zurückgezogen; das Verfahren wird als gegenstandslos abgeschlossen (Art. 206 Abs. 1 ZPO). Bei Säumnis des Beklagten verfährt die Schlichtungsbehörde gemäss Art. 206 Abs. 2 ZPO, wie wenn keine Einigung zu Stande gekommen wäre, das heisst nach den Artikeln 209 - 212 der Zivilprozessordnung. Sie hat somit in der Regel die Klagebewilligung zu erteilen (Art. 209 ZPO).

5.4. Unbestrittenermassen fand am 29. Oktober 2019 eine Schlichtungsverhandlung beim Friedensrichteramt D. \_\_\_\_\_ statt, an welcher der Kläger persönlich teilnahm. Nicht anwesend waren der Beklagte und seine gesetzliche oder anwaltliche Vertreterin, wobei der Beklagte und seine gesetzliche Vertreterin in der Klagebewilligung als "Entschuldigt" aufgeführt wurden (vgl. Urk. 1 S. 2, Urk. 18 S. 3). Sodann belegt das im Berufungsverfahren neu eingereichte Schreiben von Rechtsanwältin Dr. iur. Y. \_\_\_\_\_ an das Friedensrichteramt D. \_\_\_\_\_ vom 14. Oktober 2019 ihre Mandatierung als Rechtsvertreterin sowie die Mitteilung, dass der Beklagte respektive die gesetzliche Vertreterin des Beklagten nicht an der Schlichtungsverhandlung teilnehmen würden (Urk. 13/2). Weitere sachrelevanten Urkunden liegen nicht vor.

5.5. Entgegen der Argumentation der Vorinstanz und der Behauptung des Beklagten in seiner Berufungsantwort lässt sich aus den vorgenannten Beweismitteln nicht rechtsgenügend erstellen, dass der Beklagte von der Schlichtungsbehörde für die Schlichtungsverhandlung formell dispensiert worden wäre. Insbesondere die Bezeichnung "Entschuldigt" in der Klagebewilligung auf Seite des Beklagten belegt dies noch nicht, zumal die Erwähnung, ob eine Partei am

Schlichtungsverfahren teilgenommen hat oder nicht, eine reine Ordnungsvorschrift ist und für sich alleine nicht die Ungültigkeit der Klagebewilligung mit sich zieht (BSK ZPO-Infanger, Art. 209 N 19 m.w.H.). So lässt sich denn auch aus dem Schreiben vom 14. Oktober 2019 nicht herauslesen, dass der Beklagte eine Dispensation von der Schlichtungsverhandlung beantragt haben soll (vgl. Urk. 13/2). Vielmehr handelt es sich beim Schreiben um eine blosser Mitteilung des Verzichts der Teilnahme des Beklagten respektive der gesetzlichen Vertreterin des Beklagten am Schlichtungsverfahren. Das Schreiben lässt zudem offen, ob die Rechtsvertreterin selber an der Schlichtungsverhandlung teilnehmen wollte. Art. 204 Abs. 3 ZPO regelt die Möglichkeit der Dispensation von der Schlichtungsverhandlung nun aber abschliessend (BGer 4C\_1/2013 vom 25. Juni 2013, E. 4.3). Ohne einen entsprechenden Grund ist die Dispensation nicht möglich. Da wie vorgehend aufgeführt das Gericht im Zusammenhang mit dem Vorliegen von Prozessvoraussetzungen den Sachverhalt von Amtes wegen abklären muss (vgl. E. 4.2.), hätte die Vorinstanz sämtlichen Tatsachen nachgehen müssen, welche die Gültigkeit der Klagebewilligung und damit die Zulässigkeit der Klage beeinflussen könnten. Zumindest hätte sie vor der Entscheidung im Rahmen des rechtlichen Gehörs die Parteien und die Schlichtungsbehörde zu einer Stellungnahme zur Frage des Dispositionsgrundes auffordern müssen. Vorliegend kann auf eine Rückweisung und Einholung einer entsprechenden Stellungnahme unter dem Aspekt der Verfahrensbeschleunigung jedoch verzichtet werden, konnten sich die Parteien doch im Rahmen des Berufungsverfahrens umfassend äussern.

5.6. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung darf die Schlichtungsbehörde ausserhalb von Art. 204 Abs. 3 ZPO eine Partei nicht einmal dann von der Schlichtungsverhandlung dispensieren, wenn die Gegenseite vorgängig erklärt, sie werde an der Schlichtungsverhandlung nicht teilnehmen. Sie hat vielmehr am bereits angesetzten Termin festzuhalten und die Parteien allenfalls erneut auf die Erscheinungspflicht aufmerksam zu machen (BGer 4A\_416/2019 vom 5. Februar 2020, E. 4.2.3). Entsprechend ist nach Art. 147 Abs. 1 ZPO eine Partei auch nicht schon säumig, wenn sie erklärt, sie werde an der Schlichtungsverhandlung nicht teilnehmen, sondern erst dann, wenn sie (tatsächlich) "zu einem Termin nicht erscheint". Aus diesem Grund kann die klagende Partei vor der Schlichtungsver-

handlung auch nicht endgültig davon ausgehen, dass die beklagte Partei nicht erscheint und die Einigungsverhandlung nicht durchgeführt wird (BGer 4A\_416/2019 vom 5. Februar 2020, E. 4.4.3). Erscheint eine Partei trotz ungerechtfertigter Dispensation durch die Schlichtungsbehörde nicht an der Schlichtungsverhandlung, hat sie als säumig zu gelten und die Schlichtungsbehörde hat das Verfahren nach den Regeln von Art. 206 ZPO abzuschliessen (vgl. BGer 4A\_416/2019 vom 5. Februar 2020, E. 4.5 und E. 5).

5.7. Der Beklagte macht im Berufungsverfahren nicht geltend, dass ein Dispositionsgrund nach Art. 204 Abs. 3 ZPO vorgelegen habe, sondern betont, dass es eben gerade keinen Grund für eine Dispensation gegeben habe (vgl. Urk. 18 3 f.). Dies deckt sich mit den vorhandenen Beweismitteln (vgl. Urk. 1 und 13/2). Ohne das Vorbringen und auch Vorliegen eines gesetzlichen Dispositionsgrundes nach Art. 204 Abs. 3 ZPO wurde der Beklagte säumig, als weder er noch seine gesetzliche oder anwaltliche Vertreterin zur Schlichtungsverhandlung vom 29. Oktober 2019 erschienen. Dies hätte auch dann zu gelten, wenn die Schlichtungsbehörde den Beklagten **vor** der Schlichtungsverhandlung grundlos vom Erscheinen dispensiert hätte. Sodann geht die Argumentation der Vorinstanz und des Beklagten fehl, wonach der Zweck des Schlichtungsverfahrens, namentlich der Versuch der Aussöhnung, nicht habe erfüllt werden können, da der Beklagte trotz allfälliger ungerechtfertigter Dispensation an der Schlichtungsverhandlung hätte teilnehmen können. Darauf verzichtete er bewusst, weshalb er daraus nun nicht einen Nachteil für sich behaupten kann. Die Schlichtungsverhandlung hätte durchgeführt werden können, wenn der Beklagte nicht grundlos auf deren Teilnahme verzichtet hätte. Daraus lässt sich kein Mangel am Schlichtungsverfahren ableiten.

5.8 Da der Beklagte an der Schlichtungsverhandlung säumig war, hatte die Schlichtungsbehörde gemäss Art. 206 Abs. 2 ZPO so zu verfahren, wie wenn keine Einigung zu Stande gekommen wäre. Indem sie dem Kläger die Klagebewilligung erteilte, handelte sie korrekt. Das Schlichtungsverfahren wurde korrekt durchgeführt und die Klagebewilligung ist gültig zustande gekommen. Entsprechend ist die Berufung des Klägers gutzuheissen.

6. Die Vorinstanz hat die Ansprüche des Klägers materiell nicht geprüft, da sie zum Schluss gekommen ist, es fehle an einer gültigen Klagebewilligung. Wurden die materiellen Ansprüche noch nicht geprüft, stellt sich die Frage einer Rückweisung des Verfahrens an die Vorinstanz (Art. 318 lit. c ZPO). Entsprechend lautet auch der Antrag des Klägers sinngemäss auf Rückweisung des Verfahrens (vgl. Urk. 10 S. 2). Es rechtfertigt sich, in Gutheissung der Berufung den vorinstanzlichen Entscheid aufzuheben und die Sache zur Durchführung des Verfahrens im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen.

7.1. Der Kläger beantragt, dass die Kosten des Berufungsverfahrens der Vorinstanz aufzuerlegen respektive auf die Staatskasse zu nehmen seien und ihm eine angemessene Parteientschädigung aus der Gerichtskasse auszurichten sei; eventualiter seien die Kosten des Berufungsverfahrens dem Beklagten aufzuerlegen und sei dieser zu verpflichten, ihm eine angemessene Parteientschädigung zu bezahlen (vgl. Urk. 10 S. 2). Der Beklagte beantragt, dass der Kläger die Kosten zu tragen habe und dass dieser ihm eine Entschädigung zu entrichten habe (Urk. 18 S. 2).

7.2. Die Höhe der Gerichtsgebühr richtet sich für das vorliegende Berufungsverfahren nach § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 2 und § 4 Abs. 1 bis 3 der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV OG). Unter Berücksichtigung des Streitwerts von Fr. 40'100.– (Urk. 11 S. 2), des Zeitaufwands des Gerichts sowie des beschränkten Prozessgegenstands erscheint eine Gerichtsgebühr von Fr. 1'600.– als angemessen.

7.3. Der Kläger dringt mit seinem Antrag auf Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheids und Rückweisung der Sache an die erste Instanz durch und obsiegt daher mit seiner Berufung vollständig, so dass ihm keine Kosten für das Berufungsverfahren auferlegt werden können. Der Beklagte hingegen unterliegt mit seinem Antrag auf Abweisung der Berufung, weshalb er grundsätzlich kosten- und entschädigungspflichtig wird (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Nach Praxis der entscheidenden Kammer in Verfahren der vorliegenden Art werden Kindern keine Prozesskosten auferlegt (vgl. *OGer ZH LZ190022 vom 20.11.2019, E. D.2*). Da beiden Parteien keine Gerichtskosten auferlegt werden können, sind diese zulass-

ten der Gerichtskasse abzuschreiben (Art. 107 Abs. 2 ZPO). Es ist vorzumerken, dass der Kläger einen Kostenvorschuss von Fr. 1'600.– geleistet hat. In Bezug auf die dem Kläger zustehende Parteientschädigung ist festzuhalten, dass die schweizerische Zivilprozessordnung keine Grundlage dafür bietet, einen Kanton zur Tragung einer Parteientschädigung zu verpflichten. Wie ausgeführt kann auch der unterliegende Beklagte nicht dazu verpflichtet werden. Dementsprechend sind keine Parteientschädigungen zuzusprechen.

8.1. Der Beklagte stellt ein Gesuch um unentgeltliche Prozessführung und um unentgeltliche Rechtsverbeiständung im Berufungsverfahren (Urk. 18 S. 2). Nach Art. 117 ZPO hat eine Person Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt (lit. a) und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (lit. b). Wer diese Bedingungen erfüllt, hat ausserdem Anspruch auf einen unentgeltlichen Rechtsbeistand, soweit dies zur Wahrung seiner Rechte notwendig ist (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO).

8.2. Der sich in der Lehre befindende Beklagte bringt zusammengefasst vor, dass seinem monatlichen Nettoeinkommen von Fr. 1'750.– ein monatlicher Bedarf von Fr. 1'595.– entgegenstehe. Der Überschuss von Fr. 155.– pro Monat reiche nicht aus, um die mutmasslichen Prozesskosten zu decken (Urk. 18 S. 8). Dabei weist er seine Mittellosigkeit im Sinne von Art. 117 lit. a ZPO mit diversen Urkunden zu seinen Einkommens- und Bedarfsverhältnissen knapp, aber hinreichend aus (Urk. 21/2-12). Seine Anträge sind unter Berücksichtigung des vorinstanzlichen Entscheids nicht als aussichtslos zu betrachten und eine anwaltliche Verbeiständung erscheint notwendig, insbesondere da der Kläger ebenfalls anwaltlich vertreten ist (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO). Weil dem Beklagten für das Berufungsverfahren keine Gerichtskosten auferlegt werden, ist dessen Gesuch um unentgeltliche Prozessführung gegenstandslos und entsprechend abzuschreiben. Dem Beklagten ist jedoch in der Person von Rechtsanwältin Dr. iur. Y. \_\_\_\_\_ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin für das Berufungsverfahren zu bestellen.

**Es wird beschlossen:**

1. Die Verfügung des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren am Bezirksgericht Affoltern vom 10. Februar 2020 wird aufgehoben und die Sache zur Durchführung des Verfahrens im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Das Gesuch des Beklagten um Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung für das Berufungsverfahren wird abgeschrieben.
3. Dem Beklagten wird für das Berufungsverfahren Rechtsanwältin Dr. iur. Y. \_\_\_\_\_ als unentgeltliche Rechtsbeiständin bestellt.
4. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'600.– festgesetzt.
5. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden auf die Gerichtskasse genommen.  
Es wird vorgemerkt, dass der Kläger einen Kostenvorschuss von Fr. 1'600.– geleistet hat.
6. Für das zweitinstanzliche Verfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Kläger unter Beilage von Doppel der Urk. 18-21, sowie die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

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 Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 40'100.—.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 6. August 2020

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

MLaw M. Wild

versandt am:  
sl