

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RU210097-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. R. Bantli Keller und Ersatzrichterin lic. iur.
N. Jeker sowie Gerichtsschreiberin MLaw R. Schneebeili

Beschluss vom 26. Oktober 2021

in Sachen

A. _____,

Beklagter und Beschwerdeführer

gegen

1. **B.** _____,

2. **C.** _____,

Kläger- und Beschwerdegegnerinnen

beide gesetzlich vertreten durch D. _____, diese vertreten durch Rechtsanwalt
MLaw X. _____

betreffend **Unterhalt**

Beschwerde gegen eine Verfügung des Friedensrichteramtes der Stadt Zürich,
Kreise 11 + 12, vom 4. Oktober 2021 (GV.2021.00265)

Erwägungen:

1.

1.1 B._____ und C._____ (Klägerinnen und Beschwerdegegnerinnen, fortan Klägerinnen) sind die noch minderjährigen Kinder der unverheirateten Eltern A._____ (Beklagter und Beschwerdeführer, fortan Beklagter) und D._____ (act. 3/2).

1.2 Mit Eingabe vom 21. September 2021 machten die Klägerinnen beim Friedensrichteramt der Stadt Zürich, Kreise 11 + 12, ein Schlichtungsverfahren mit den folgenden Rechtsbegehren anhängig (act. 1 S. 2):

"1. Die Obhut über die Klägerinnen B._____, geboren tt.mm.2011, und C._____, geboren tt.mm.2012, sei der Kindsmutter, D._____, zuzuteilen.

2. Der Beklagte sei zu verpflichten, den Klägerinnen folgende monatlichen Kinderunterhaltsbeiträge, zuzüglich gesetzlicher und vertraglicher Familienzulagen, zu bezahlen:

ab 1. Oktober 2021 bis 31. Juli 2024:

für B._____: CHF 1'000.– (davon CHF 0.– als Betreuungsunterhalt)

für C._____: CHF 2'500.– (davon CHF 1'400.– als Betreuungsunterhalt)

ab 1. August 2024 bis zum Abschluss einer angemessenen Erstausbildung auch über die Volljährigkeit hinaus:

für B._____: CHF 1'000.– (davon CHF 0.– als Betreuungsunterhalt)

für C._____: CHF 1'100.– (davon CHF 0.– als Betreuungsunterhalt)

3. Die Unterhaltsbeiträge seien an die Kindsmutter, D._____, zahlbar und zwar monatlich im Voraus auf den Ersten eines jeden Monats.

4. Die Kinderunterhaltsbeiträge seien zu indexieren.

5. Es sei ein allfälliges Manko festzuhalten.

6. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. Mehrwertsteuer) zu Lasten des Beklagten."

1.3 Mit Eingangsanzeige / Vorladung vom 23. September 2021 wurden die Parteien vom Friedensrichteramt der Stadt Zürich, Kreise 11 + 12, zur Schlichtungsverhandlung auf den Freitag, 29. Oktober 2021, 09:00 Uhr, vorgeladen (act. 4).

Mit Eingabe vom 27. September 2021 stellte der Rechtsvertreter der Klägerinnen ein Gesuch um Erlass des persönlichen Erscheinens für die Klägerinnen gestützt auf Art. 204 Abs. 3 lit. b ZPO. Zur Begründung brachte er vor, beide Klägerinnen seien noch minderjährig (neun bzw. zehn Jahre alt) und könnten nichts Zweckdienliches zu einer Einigung hinsichtlich der Unterhaltsverpflichtungen Ihrer Eltern beitragen. Zudem stelle der direkte Einbezug in den Konflikt der Eltern eine grosse Belastung für die beiden Klägerinnen dar, was nicht dem Kindeswohl entspreche (act. 7). Das entsprechende Gesuch hiess das Friedensrichteramt der Stadt Zürich, Kreise 11 + 12, zunächst telefonisch (act. 8) und anschliessend mit Verfügung vom 4. Oktober 2021 gut und erliess den Klägerinnen das persönliche Erscheinen zur Schlichtungsverhandlung (act. 9 = act. 13 [Aktenexemplar] = act. 15, fortan zit. als act. 13). Die Verfügung vom 4. Oktober 2021 wurde dem Beklagten am 12. Oktober 2021 zugestellt (act. 9/2).

1.4 Mit Eingabe vom 16. Oktober 2021 (Datum Poststempel) hat der Beklagte gegen die Verfügung des Friedensrichtersamtes rechtzeitig Beschwerde erhoben.

1.5 Die vorinstanzlichen Akten wurden von Amtes wegen beigezogen (act. 1–11). Auf das Einholen einer Beschwerdeantwort kann verzichtet werden, da sich die Beschwerde – wie sogleich aufzuzeigen ist – sofort als unzulässig erweist (Art. 322 Abs. 1 ZPO). Die Sache ist spruchreif.

2.

2.1 Das Gericht bzw. die Schlichtungsbehörde leitet den Prozess. Es erlässt die notwendigen prozessleitenden Verfügungen zur zügigen Vorbereitung und Durchführung des Verfahrens (vgl. Art. 124 Abs. 1 ZPO). Eine Verfügung, die sich – wie die hier angefochtene – nicht auf den Streitgegenstand an sich bezieht und sich nicht zur Begründetheit der Klage äussert, betrifft die Prozessleitung im Sinne von Art. 124 Abs. 1 ZPO (vgl. BGer 4A_105/2016 vom 13. September 2016, E. 3.4.1; BGer 5D_160/2014 vom 26. Januar 2015, E. 2.3 je m.w.H.). Bei der angefochtenen Verfügung handelt es sich somit um eine prozessleitende Verfügung. Gegen prozessleitende Verfügungen ist die Beschwerde – von den hier nicht einschlägigen, im Gesetz explizit vorgesehenen Fällen (Art. 319 lit. b Ziff. 1 ZPO) abgese-

hen – nur zulässig, wenn durch sie der Beschwerde führenden Partei ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht (Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO). Ein drohender, nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil ist ohne Weiteres anzunehmen, wenn er auch durch einen für den Ansprecher günstigen Endentscheid nicht mehr beseitigt werden kann. Indes ist bei der Annahme eines solchen Nachteils grundsätzlich Zurückhaltung angebracht. Der Gesetzgeber hat die selbstständige Anfechtung gewöhnlicher Inzidenzentscheide absichtlich erschwert, denn der Gang des Prozesses sollte nicht unnötig verzögert werden (Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 28. Juni 2006, BBI 2006, S. 7377). Das Vorliegen der Rechtsmittelvoraussetzungen (Zulässigkeitsvoraussetzungen des Rechtsmittels) ist von Amtes wegen zu prüfen, doch, wie allgemein bei der Prüfung von Prozessvoraussetzungen, nur auf Basis des dem Gericht vorgelegten Tatsachenmaterials (DIKE Komm ZPO-MÜLLER, Art. 60 N 1). Sofern der drohende nicht leicht wiedergutzumachende Nachteil nicht offensichtlich ist, obliegt es deshalb der betroffenen Partei, einen solchen darzutun (BK ZPO-STERCHI, Art. 319 N 15 m.w.H.). Fehlt die Rechtsmittelvoraussetzung des drohenden, nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils, so ist auf die Beschwerde nicht einzutreten. Die entsprechende prozessleitende Verfügung kann in diesem Fall erst zusammen mit dem Endentscheid angefochten werden.

2.2 Der Beklagte bringt in seiner Beschwerde vor, mit dem Erlass des persönlichen Erscheinens seiner beiden Töchter (Klägerinnen) an der Schlichtungsverhandlung vom 29. Oktober 2021 nicht einverstanden zu sein, da ihre Befragung für die Meinungsbildung der Friedensrichterin unerlässlich sei. Ohne die Aussagen der Klägerinnen würden nur Unwahrheiten erzählt. Er habe sehr gute Kontakte zu seinen beiden Töchtern und sie wüssten auch alles über ihn. Er habe nichts zu verbergen und wenn dies auch auf D._____ und ihren Anwalt zutreffe, so sollten sie nichts gegen die Befragung seiner Töchter haben. Es gehe hier (gemeint wohl: im vorinstanzlichen Verfahren) in Tat und Wahrheit nicht um Unterhalt, sondern um etwas anderes, was er aber nicht in nur drei Sätzen erzählen könne (act. 14).

2.3 Der Beklagte macht somit zumindest sinngemäss geltend, dass ihm durch die Dispensation der Klägerinnen von der Schlichtungsverhandlung ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil drohe bzw. entstehe, da die Klägerinnen so von der Friedensrichterin an der Verhandlung nicht persönlich befragt werden könnten und dadurch bei der Friedensrichterin ein unzutreffender, unvollständiger Eindruck über ihn erweckt werden könnte.

Naturgemäss ist eine persönliche Befragung der Klägerinnen anlässlich der Schlichtungsverhandlung tatsächlich nicht möglich, wenn diese an der Verhandlung nicht teilnehmen werden. Soweit der Beklagte befürchtet, durch den Dispens bzw. die daraus folgende Unmöglichkeit der Befragung der Klägerinnen anlässlich der Schlichtungsverhandlung könnte bei der Friedensrichterin ein falscher, unvollständiger Eindruck über ihn erweckt werden, ist vorab klarzustellen, dass der Friedensrichterin in der vorliegenden Streitsache keinerlei Entscheidungsbefugnis zukommt (Art. 212 Abs. 1 ZPO). Kommt es zwischen den Parteien anlässlich der Schlichtungsverhandlung vom 29. Oktober 2021 zu keiner Einigung, hat die Friedensrichterin dies im Protokoll entsprechend festzuhalten und den Klägerinnen die Klagebewilligung auszustellen (Art. 209 Abs. 1 ZPO). Damit vermöchte selbst ein tatsächlich unzutreffender, unvollständiger Eindruck der Friedensrichterin vom Beklagten keinen nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil im Sinne von Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO zu begründen.

Eine persönliche Befragung der Klägerinnen an der Schlichtungsverhandlung vom 29. Oktober 2021 kommt jedoch auch aus dem folgenden Grund zum Vornherein nicht in Frage, weshalb auch der Dispens an sich für den Beklagten keinen nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil im Sinne von Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO zu begründen vermag:

Bei den Klägerinnen handelt es sich um zwei noch minderjährige Kinder im Alter von neun bzw. zehn Jahren. Ihnen steht zwar formell der Unterhaltsanspruch zu (vgl. Art. 279 Abs. 1 ZGB und Art. 289 Abs. 1 ZGB), doch sind sie zufolge Minderjährigkeit nicht prozessfähig und werden – solange sie minderjährig sind – im vorinstanzlichen Verfahren durch ihre Mutter (D._____) als gesetzliche Vertreterin vertreten (Art. 304 Abs. 1 ZGB; ZOGG, Das Kind im familienrechtlichen

Zivilprozess, in: FamPra.ch 2017, S. 424 mit weiteren Hinweisen und Verweisen). Diese wiederum hat die Vertretung der Klägerinnen Rechtsanwalt MLaw X. _____ übertragen (act. 2). Sowohl hinsichtlich der Regelung der Obhut als auch hinsichtlich der Festsetzung der Unterhaltsbeiträge für die Klägerinnen hat der Beklagte deshalb anlässlich der Schlichtungsverhandlung vom 29. Oktober 2021 nicht mit den Klägerinnen persönlich, sondern mit deren gesetzlicher Vertreterin bzw. deren gewillkürtem Vertreter eine Einigung zu erzielen. Die Klägerinnen selbst sollen und können sich zum Streitgegenstand mangels Prozessfähigkeit hingegen nicht äussern, weshalb eine diesbezügliche persönliche Befragung der Klägerinnen durch die zuständige Friedensrichterin selbst bei Verpflichtung der Klägerinnen zur persönlichen Teilnahme an der Schlichtungsverhandlung zum Vornherein weder zulässig noch sachdienlich wäre.

Selbstverständlich ist es möglich und haben die beiden Klägerinnen von Gesetzes wegen einen grundsätzlichen Anspruch darauf, von der entscheidenden Behörde persönlich angehört zu werden, sofern nicht wichtige Gründe dagegen sprechen (Art. 298 Abs. 1 ZPO und Art. 12 KRK [Kinderrechtskonvention]). Da das Schlichtungsverfahren jedoch formlos ist und insbesondere keine Beweiserhebungen stattfinden (sofern der Schlichtungsbehörde wie hier keine Entscheidungskompetenz zukommt, Art. 212 Abs. 1 ZPO), wird eine Anhörung der Klägerinnen im Sinne von Art. 298 Abs. 1 ZPO frühestens in einem allfälligen auf das (nicht erfolgreiche) Schlichtungsverfahren folgenden *gerichtlichen* Verfahren stattzufinden haben. Es wird die Aufgabe des dannzumal zuständigen Gerichtes sein, über eine allfällige Anhörung der Klägerinnen zu entscheiden. Insbesondere hinsichtlich der zu treffenden Obhutsregelung werden die beiden Klägerinnen in einem solchen Verfahren persönlich anzuhören sein, wenn sie dies wünschen oder aber dies für die Entscheidungsfindung wichtig erscheint und nicht ausnahmsweise wichtige Gründe dagegen sprechen. Eine solche sogenannte Kindesanhörung findet jedoch nicht in Form einer formellen gerichtlichen (Partei-)Befragung statt; vielmehr werden die Wünsche und Bedürfnisse des Kindes im Rahmen eines kindsgerechten Gespräches angehört und gegebenenfalls erfragt.

Schliesslich bleibt trotz des Dispenses der Klägerinnen von der Schlichtungsverhandlung deren Sinn und Zweck gewahrt: Sinn und Zweck eines dem gerichtlichen Verfahren vorgeschalteten Schlichtungsverfahrens ist es, die Parteien mittels eines sach- und bedürfnisgerechten Vergleichs im Rahmen einer formlosen Verhandlung zu versöhnen. Da eine einvernehmliche Streitschlichtung naturgemäss in der Regel nur dann möglich ist, wenn alle am Konflikt beteiligten Parteien anwesend sind, statuiert das Gesetz eine grundsätzliche Pflicht zum persönlichen Erscheinen der Parteien an der Schlichtungsverhandlung (Art. 204 Abs. 1 ZPO). Da die Klägerinnen selbst wegen fehlender Prozessfähigkeit jedoch zur Streitbeilegung nichts beitragen können, sondern vielmehr ihre gesetzliche Vertreterin bzw. deren gewillkürter Vertreter, ist das persönliche Erscheinen der Klägerinnen hier ausnahmsweise zum Erreichen des Zwecks der Schlichtungsverhandlung nicht erforderlich, sodass dem Beklagten aus dem für die Klägerinnen verfügbaren Dispens auch unter diesem Aspekt kein nicht leicht wiedergutmachender Nachteil erwächst.

2.4 Insgesamt ist nicht ersichtlich, dass bzw. inwiefern dem Beklagten hier aus der Dispensation der Klägerinnen von der Schlichtungsverhandlung ein nicht leicht wiedergutmachender Nachteil entstehen oder drohen könnte. Auf die Beschwerde des Beklagten ist deshalb mangels Rechtsschutzinteresse nicht einzutreten.

3.

Bei diesem Verfahrensausgang würde grundsätzlich der Beklagte kostenpflichtig (vgl. Art. 106 Abs. 1 ZPO). Auf die Erhebung von Kosten ist vorliegend jedoch umständehalber zu verzichten. Entschädigungen sind keine zuzusprechen; dem Beklagten nicht, weil er unterliegt, den Klägerinnen nicht, weil ihnen im Beschwerdeverfahren keine Umtriebe entstanden sind, die zu entschädigen wären.

Es wird beschlossen:

1. Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.
2. Es werden keine Kosten erhoben.
3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Klägerinnen und Beschwerdegegnerinnen unter Beilage eines Doppels von act. 14, sowie an das Friedensrichteramt der Stadt Zürich, Kreise 11 + 12 (unter sofortiger Rücksendung der vorinstanzlichen Akten), je gegen Empfangsschein.
5. 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 teilweise vermögensrechtliche Angelegenheit (Unterhalt). Der Streitwert beträgt mehr als Fr. 30'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

M^{Law} R. Schneebeili

versandt am:
26. Oktober 2021