

ZH_OBERGERICHT LZ210024 vom 25. Januar 2022

ZH Obergericht, 2022-01-25, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LZ210024

FR: ZH_OBERGERICHT LZ210024 du 25 janvier 2022

IT: ZH_OBERGERICHT LZ210024 del 25 gennaio 2022

Erwägungen

E. 1

Die Parteien sind die unverheirateten Eltern von C._____, geboren am tt.mm.2007. Der Kläger und Berufungskläger (fortan Kläger) anerkannte C._____ als sein Kind am 19. März 2007. Für den Fall der Trennung wurde die Obhut über C._____ vereinbarungsgemäss - genehmigt von der Vormundschaftsbehörde D._____ - der Beklagten und Berufungsbeklagten (fortan Beklagte) zugewiesen und es wurden abgestufte Unterhaltsbeiträge festgelegt. Die Parteien trennten sich im Oktober 2009 (Urk. 1 S. 3 ff.; Urk. 3/2). In der Folge wurden die Unterhaltsbeiträge einvernehmlich mit Genehmigung der KESB Winterthur-Andelfingen zweimal (2013 und 2017) erhöht (Urk. 3/3, /4). Seit Juni 2021 lebt C._____ beim Kläger. Kontakte mit der KESB Winterthur-Andelfingen brachten offenbar keine Lösung (Urk. 1 S. 5 ff.).

E. 2

Mit Eingabe vom 26. August 2021 machte der Kläger bei der Vorinstanz eine Klage betreffend Kindesunterhalt und Obhutsumteilung hängig (Urk. 1). Mit Verfügung vom 15. September 2021 setzte die Vorinstanz dem Kläger Frist an, um in Anwendung von Art. 198 ZPO und Art. 132 Abs. 1 ZPO analog die Klagebewilligung oder die Bestätigung der KESB über die Durchführung des erforderlichen Vorverfahrens einzureichen, dies unter Androhung, dass im Säumnisfall auf die Klage nicht eingetreten werde (Urk. 6). Mit Zuschrift vom 27. September 2021 liess der Kläger eine Klagebewilligung der KESB Winterthur vom 23. September 2021 nachreichen (Urk. 8 und 9). Mit Verfügung vom 1. Oktober 2021 trat die Vorinstanz alsdann auf die Klage nicht ein, wies das Gesuch des Klägers um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege ab und auferlegte die Gerichtskosten (Fr. 600.-) dem Kläger. Parteientschädigungen wurden nicht zugesprochen (Urk. 13 S. 6).

E. 3

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen, auch für das erstinstanzliche Verfahren, zu Lasten des Berufungsklägers." Die Berufungsantwortschrift samt Beilagen (Urk. 22, 24 und 25/2-13) kann dem Kläger, dessen Berufung gutzuheissen ist (vgl. sogleich), mit dem vorliegenden Endentscheid zugestellt werden.

E. 4

Weil sich die Berufung und die Beschwerde gegen den nämlichen erstinstanzlichen Entscheid vom 1. Oktober 2021 richten und die unentgeltliche Rechtspflege dem Kläger durch die Vorinstanz zufolge Aussichtslosigkeit verweigert

- 4 - gert wurde (Urk. 17 S. 5), rechtfertigt es sich, das Beschwerdeverfahren Prozess- Nr. RZ210012 mit dem vorliegenden Berufungsverfahren zu vereinigen und als dadurch

erledigt abzuschreiben. Die Akten des Beschwerdeverfahrens sind als Urk. 26/1-20 zu den vorliegenden Akten zu nehmen. 5.1. Die Vorinstanz begründet ihren Nichteintretensentscheid damit, dass das Vermittlungsverfahren bei der KESB - genauso wie das Schlichtungsverfahren vor dem Friedensrichter - vor der Klageeinleitung beim Gericht zu erfolgen habe. Aus der Klagebewilligung der KESB Winterthur-Andelfingen vom 23. September 2021 gehe indessen hervor, dass sich die Rechtsvertreterin des Klägers erst nach Klageeinleitung beim Gericht - und nachdem der Kläger zur Einreichung einer Klagebewilligung durch das Gericht aufgefordert worden sei - an die KESB gewandt habe. Darüber hinaus ergebe sich aus der Klagebewilligung auch, dass kein Vermittlungsversuch der KESB stattgefunden habe. Dies erhelle zunächst aus dem zeitlichen Ablauf. Danach habe sich der Kläger offenbar erst mit Schreiben vom 20. September 2021 an die KESB gewandt. Bereits am 23. September 2021 sei indessen die "Klagebewilligung" ausgestellt worden. In so kurzer Zeit könne kein Vermittlungsverfahren durchgeführt worden sein. Im Weiteren ergebe sich dies auch aus dem Inhalt der "Klagebewilligung": Die KESB stütze sich bei der Ausstellung der Klagebewilligung nämlich einzig auf die Angabe des Klägers, die Eltern hätten sich über den Unterhalt nicht einigen können, ohne dass sich die KESB selbst im Rahmen eines Vermittlungsversuches von der angeblichen Uneinigkeit der Eltern ein Bild gemacht oder versucht hätte, zwischen den Eltern zu vermitteln. Die eingereichte "Klagebewilligung" entspreche damit gleich unter mehreren Gesichtspunkten nicht den Anforderungen von Art. 198 lit. bbis ZPO, da das Vermittlungsverfahren einerseits erst nach Klageeinleitung eingeleitet worden sei und sodann gar kein eigentliches Vermittlungsverfahren stattgefunden habe (Urk. 17 S. 4). 5.2. Der Kläger rügt, entgegen der aktenwidrigen Annahme der Vorinstanz sei das Vermittlungsverfahren bei der KESB bereits anfangs Juni 2021 und damit fast drei Monate vor der Klageeinreichung initiiert worden und nicht erst mit seinem Schreiben vom 20. September 2021. Er habe im Rahmen seiner Klage vom

- 5 - 26. August 2021 auf das Verfahren bei der KESB hingewiesen und den Beizug der Verfahrens-akten der KESB beantragt. Er habe ausgeführt, dass die Streitigkeiten der Parteien auch unter Mithilfe der KESB nicht hätten beigelegt werden können und man zuletzt eine Mediation empfohlen habe, was vorausgegangene Vergleichsbemühungen indiziere. Die erfolglosen Vermittlungsbemühungen der KESB würden erneut mit Schreiben vom 8. Oktober 2021 bestätigt, aus welchem sich unmissverständlich entnehmen lasse, dass bereits im Juni 2021 und damit weit vor Klageeinreichung gemeinsame Gespräche zwischen den Parteien im Beisein von Behördenmitgliedern stattgefunden hätten. Eine Klagebewilligung hätte demzufolge bereits im Juni 2021 ausgestellt werden können, womit die Voraussetzungen für die Klageeinreichung klar vorlägen. Dies gelte umso mehr, als die Anforderungen für die Klageerhebung praxisgemäss gering seien und lediglich ein minimales vermittelndes Element für ausreichend erachtet werde. Auf wann die Klagebewilligung datiert sei, sei unerheblich, sofern Vermittlungsbemühungen stattgefunden hätten, weil der Klagebewilligung lediglich eine Nachweisfunktion zukomme. Dementsprechend sei auch die Abweisung seines Armenrechtsgesuchs zufolge angeblicher Aussichtslosigkeit unbegründet (Urk. 16 S. 3 f.). 5.3. Die Beklagte führt aus, sie habe am 2. Juni 2021 eine Gefährdungsmeldung bei der KESB platziert, weil der Beklagte C._____ zu sich genommen habe. Der Kläger habe die KESB kontaktiert, um sicherzustellen, "dass er sich mit dem faktisch vollzogenen Obhutswechsel im Juni 2021 nicht strafbar mache". Aufgrund der erstinstanzlichen Akten sei nicht ersichtlich (gewesen), ob die KESB zwischen den Parteien tatsächlich vermittelt habe. Die Ausführungen in der

Klagebegründung vom 26. August 2021 liessen lediglich Vermutungen, aber keine eindeutigen Schlüsse zu. Es gehe namentlich nicht klar hervor, ob an der Befragung der Beklagten beide Parteien gleichzeitig anwesend gewesen seien und anlässlich dieser auch Einigungsgespräche durchgeführt worden seien. Die KESB solle aufgefordert werden, ein verbessertes Schreiben nachzureichen oder zu erklären, weshalb gleichwohl von einem vorangegangenen abgeschlossenen Vermittlungsverfahren auszugehen sei. In dem erst im Berufungsverfahren nachgereichten Schreiben vom 8. Oktober 2021 bestätigte die KESB Winterthur-Andelfingen, "dass zwischen den Eltern Vermittlungsversuche stattgefunden haben". Damit lä-

- 6 - gen ein formeller Beweis der KESB und ein zulässiges Novum vor. Es werde daher aus prozessökonomischen Gründen beantragt, den vorinstanzlichen Nichteintretensentscheid aufzuheben. Für das Malheur seien die Kosten- und Entschädigungsfolgen nicht zu ihren Lasten zu regeln. Solches wäre unbillig, zumal sie im erstinstanzlichen Verfahren keine Möglichkeit zur Äusserung gehabt habe (Urk. 22 S. 4 ff.). 5.4. Laut Art. 198 lit. bbis ZPO entfällt das Schlichtungsverfahren bei Klagen über den Unterhalt des Kindes und weitere Kinderbelange, wenn vor der Klage ein Elternteil die Kindesschutzbehörde angerufen hat. Der Wortlaut dieser Norm lässt offen, welche Anforderungen erfüllt sein müssen, um von einer gehörigen Verfahrenseinleitung im Sinne dieser Bestimmung auszugehen. Beim Vermittlungsverfahren vor der KESB handelt es sich um ein gesetzlich weitgehend nicht geregeltes informelles Verfahren. In der Lehre wird vorgebracht, dass nach der ratio legis von Art. 198 lit. bbis ZPO, welche in der Vermeidung von Doppelspurigkeiten liegt, ein minimales vermittelndes Element zu verlangen ist, das wenigstens darin bestehen muss, dass der andere Elternteil (vergeblich) zur Teilnahme an einem Vermittlungsversuch aufgefordert wurde (BGer 5A_459/2019 vom 26. November 2019, E. 3.3.1 m. H. insbes. auf Eva Senn, Verfahrensrechtliche Streiflichter zur Revision der elterlichen Sorge und des Kindesunterhaltsrechts, in: FamPra.ch 2017 S. 992, und Samuel Zogg, Selbständige Unterhaltsklagen mit Annexentscheid über weitere Kinderbelange - verfahrensrechtliche Fragen, in: FamPra.ch 2019 S. 9). Sodann muss das Vermittlungsverfahren erfolglos abgeschlossen worden sein. Wird eine Unterhaltsklage während eines laufenden Vermittlungsverfahrens eingereicht, etwa zwischen zwei Verhandlungsterminen, so kann dies den Anforderungen von Art. 198 lit. bbis ZPO nicht genügen. Erforderlich ist weiter, dass vor der KESB zumindest ein Vermittlungsversuch im Unterhaltspunkt stattgefunden hat. Waren dort ausschliesslich nicht finanzielle Kinderbelange Thema, ist der Ausnahmetatbestand von Art. 198 lit. bbis ZPO nicht erfüllt (Zogg, a.a.O., S. 10; OGer ZH RZ170004 vom 20.07.2017, E. 3.3-3.4). In welcher Form der Nachweis eines genügenden Vermittlungsverfahrens vor der KESB zu erbringen ist, schreibt das Gesetz nicht vor. Im Zweifelsfall sind amtliche Erkundigungen bei der

- 7 - zuständigen KESB einzuholen, da das Gericht die sachliche Zuständigkeit von Amtes wegen zu prüfen hat (Art. 60 ZPO; Senn, a.a.O., S. 970). Der Kläger wies bereits in seinem bei der Vorinstanz mit Eingabe vom 26. August 2021 eingereichten Klagebegehren darauf hin, dass ein Verfahren bei der KESB in Winterthur anhängig sei, in dessen Rahmen eine Mediation zwischen den Parteien angestrebt werde (Urk. 1 S. 3). Im Zusammenhang mit dem Umzug des gemeinsamen Sohnes C._____ zum Kläger im Juni 2021 beantragte er den Beizug der Verfahrensakten der KESB (Urk. 1 S. 5). Am Schluss seiner Eingabe führte er aus, erste Kontakte mit der KESB hätten keine Lösung über die Frage der Obhut und insbesondere den Unterhalt versprochen (Urk. 1 S. 8). Es trifft somit gerade nicht zu, dass

das Vermittlungsverfahren bei der KESB erst nach Klageeinleitung erfolgte, wie die Vorinstanz dies mit Blick auf die nachgereichte, nachträglich erstellte "Klagebewilligung betreffend Unterhalt" der KESB Winterthur und Andelfingen vom 23. September 2021 und das dort erwähnte klägerische Schreiben vom 20. September 2021 schloss (Urk. 17 S. 4). Der Kläger spricht in seiner Klage von einem bei der KESB Winterthur und Andelfingen "anhängigen" Verfahren (vgl. Urk. 1 S. 3). Gemäss Schreiben der KESB Winterthur und Andelfingen vom 8. Oktober 2021 (Urk. 19/2), bei welchem es sich um ein echtes zulässiges Novum im Sinne von Art. 317 Abs. 1 ZPO handelt, fand im Juni 2021 eine gemeinsame Anhörung der Eltern statt. Anlässlich dieser Anhörung habe sich abgezeichnet, dass die Eltern massiv zerstritten seien, ihre Standpunkte weit auseinanderlägen und eine Einigung in diesem Rahmen nicht möglich sei. Zur Klärung der Differenzen sei daher eine Mediation angeregt worden, welche bis zum heutigen Zeitpunkt jedoch nicht umgesetzt worden sei (Urk. 19/2). Weil es sich beim Vermittlungsverfahren bei der KESB im Sinne von Art. 198 lit. bbis ZPO um ein informelles Verfahren handelt und die Mediation (vgl. Art. 213 ff. ZPO) von diesem Verfahren klar abzugrenzen ist, kann davon ausgegangen werden, dass vorliegend das Vermittlungsverfahren bei der KESB Winterthur und Andelfingen mit dem gescheiterten Vermittlungsversuch anlässlich der Anhörung der Parteien im Juni 2021 abgeschlossen war (vgl. Urk. 19/2). Im Rahmen der im

- 8 - Nachhinein ausgestellten und nachträglich beigebrachten Klagebewilligung betreffend Unterhalt der KESB Winterthur und Andelfingen vom 23. September 2021 (Urk. 9) wurde denn auch festgehalten, dass sich die Eltern leider über den Unterhalt für ihren Sohn C._____ nicht hätten einigen können, und dementsprechend die Klagebewilligung ausgestellt (Urk. 9). Sodann kann auch von einem genügenden Vermittlungsversuch der KESB ausgegangen werden. So stellte die KESB Winterthur und Andelfingen die "Klagebewilligung betreffend Unterhalt" aus (Urk. 9) und bestätigte mit ihrem Schreiben vom 8. Oktober 2021, dass sie mit den Parteien eine Anhörung durchgeführt hat und eine Einigung nicht möglich war (Urk. 19/2). In dieser Bestätigung heisst es, es sei darum gegangen, insbesondere die Frage der Obhut über C._____ zu klären. Ein allfälliger Unterhalt kann aber erst festgesetzt werden, wenn die Obhut geregelt ist. Das Vorgehen der KESB ist daher nachvollziehbar. Ein weiterer Vermittlungsversuch ist obsolet, selbst wenn im Anhörungsprotokoll die Unterhaltfrage nicht erwähnt würde. Die KESB geht selbst davon aus, dass diesbezüglich keine Einigung möglich war (Urk. 9). Anzumerken ist, dass die Beklagte selbstredend weiss, ob bei der Anhörung der KESB beide Parteien gleichzeitig anwesend waren oder nicht und ob Einigungsgespräche stattfanden (vgl. demgegenüber: Urk. 22 S. 7 f.). Beides bestreitet sie nicht, jedenfalls nicht explizit, und lässt denn auch die Aufhebung (und nicht etwa Bestätigung) des angefochtenen Entscheids beantragen. 5.5. Im Ergebnis hat die Vorinstanz das Verfahren weiterzuführen. Entsprechend ist ihr Nichteintretensentscheid vom 1. Oktober 2021 somit in Gutheissung der Berufung (und im Einklang mit der Berufungsantwort) aufzuheben und das Verfahren an die Vorinstanz zurückzuweisen (Art. 318 Abs. 1 lit. c Ziff. 1 ZPO). 6.1. Nach Art. 117 ZPO hat eine Person Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt (lit. a) und ihr Rechtsgehren nicht aussichtslos erscheint (lit. b). 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).

- 9 - 6.2. Die Vorinstanz wies das Begehren des Klägers um unentgeltliche Rechtspflege ab, weil auf die Klage mangels (gültiger) Klagebewilligung nicht einzutreten sei, womit die Klage aussichtslos sei (Urk. 17 S. 5). Nachdem die angefochtene Verfügung aufzuheben ist und die Vorinstanz das Verfahren weiterzuführen hat, ist den erstinstanzlichen Ausführungen zur (anfänglichen) Aussichtslosigkeit des Armenrechtsgesuchs der Boden entzogen. Der Kläger verdient rund Fr. 5'000.– netto pro Monat (Fr. 1'837.– durchschnittliches Einkommen als selbstständiger Altstoffhändler + Fr. 3'194.– coronabedingte Erwerbsersatzentschädigung SVA Aargau; Urk. 1 S. 7; Urk. 3/8). Sein zivilprozessualer Notbedarf (die den Sohn C. _____ betreffenden Positionen sind bei der Beurteilung der Mittellosigkeit nicht zu berücksichtigen, vgl. BGer 5A_726/2017 vom 23. Mai 2018, E. 4.4.2, allerdings aber ein Betrag für die laufenden Steuern und Schuldverpflichtungen, vgl. BK ZPO-Bühler, Art. 117 N 117 ff.) präsentiert sich folgendermassen: Fr. 1'350.– Grundbetrag Alleinerziehende Fr. 338.– 25 %-Zuschlag Fr. 1'430.– 2/3 Wohnkostenanteil von Fr. 2'145.– (Urk. 3/10) Fr. 430.– Krankenkassenprämien (KVG, Urk. 3/11) Fr. 597.– Firmenleasing (Urk. 3/12) Fr. 220.– Berufsauslagen gerichtsüblich Fr. 500.– laufende Steuern geschätzt Fr. 4'865.– total Damit gilt der Kläger einkommensmässig als mittellos, zumal er mit einem monatlichen Überschuss von Fr. 135.– nicht in der Lage ist, die Prozesskosten innert angemessener Frist zu bezahlen (Art. 117 lit. a ZPO). Was das Vermögen anbelangt, befand sich auf seinem Privatkonto bei der E. _____ per 21. August 2021 ein Guthaben von Fr. 4'040.66 (Urk. 3/13). Der Kläger liess sich seine 2. Säule per 11. April 2019 auszahlen, wobei das ihm ausbezahlte Guthaben von ursprünglich Fr. 175'216.45 auf rund Fr. 38'000.– geschrumpft ist (Urk. 1 S. 7; Urk. 3/9; Urk. 5/1, /2). Der Kapitalbezug der beruflichen Vorsorge nach Eintritt des Versicherungsfalls ist bei der Ermittlung der Mittellosigkeit nach Art. 117 lit. a ZPO dem Vermögen des Gesuchstellers anzurechnen (BGE 144 III 531 E. 2-4). Damit liegt das Vermögen des Klägers, selbst unter Be-

- 10 - rücksichtigung der rückständigen Alimentenschulden über Fr. 8'147.– (vgl. Urk. 3/7), zurzeit deutlich über einem ihm zu belassenden Notgroschen, womit seine vermögensmässige Mittellosigkeit aktuell zu verneinen ist. Dementsprechend ist die Beschwerde des Klägers hinsichtlich der Verweigerung der unentgeltlichen Rechtsvertretung durch die Vorinstanz abzuweisen.

E. 7

Die Kosten des Berufungsverfahrens sind in Anwendung von Art. 107 Abs. 2 ZPO auf die Staatskasse zu nehmen, zumal sich die Beklagte nicht mit dem angefochtenen Entscheid identifiziert hat. Die schweizerische Zivilprozessordnung bietet hingegen keine Grundlage dafür, einen Kanton zur Tragung einer Parteientschädigung zu verpflichten (vgl. BGE 140 III 385 E. 4.1). Damit ist vorliegend keiner der Parteien eine Parteientschädigung zuzusprechen.

E. 8

Beide Parteien ersuchen im Berufungsverfahren um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (einschliesslich unentgeltliche Rechtsvertretung; Urk. 16 S. 2; Urk. 22 S. 2). Weil den Parteien im Berufungsverfahren keine Verfahrenskosten auferlegt werden, erweisen sich ihre Gesuche hinsichtlich der unentgeltlichen Prozessführung im Berufungsverfahren als gegenstandslos; nicht jedoch die Gesuche um Bestellung der unentgeltlichen Rechtsvertretungen. Beide Parteistandpunkte haben sich als aussichtsreich

erwiesen. Die Mittellosigkeit des Klägers ist jedoch mit Blick auf sein Vermögen auch im Berufungsverfahren zu verneinen (vgl. Urk. 16 S. 4; Urk. 19/3; vgl. auch Saldo Privatkonto E._____: Fr. 4'590.51 per 20. Oktober 2021 [Urk. 19/8]). Damit ist sein Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Prozessvertretung im Berufungsverfahren abzuweisen. Die Beklagte verdient monatlich Fr. 3'080.– brutto bzw. (abzüglich Kinderzulagen) Fr. 2'655.45 netto bei der F._____. Ihren Bedarf (ohne Steuern) beziffert und belegt sie mit Fr. 3'469.35 (Urk. 22 S. 11; Urk. 25/9-11). Damit ist ihre einkommensmässige Bedürftigkeit ausgewiesen. Zwar versteuerte die Beklagte per 31. Dezember 2020 noch ein Vermögen von Fr. 15'000.– (Urk. 25/12) und wies per 26.

- 11 - Dezember 2021 auf ihrer Kreditkarte bei der G._____ einen Saldo zu ihren Gunsten von Fr. 7'674.75 aus (Urk. 25/13). Angesichts ihres monatlichen Mankos (rund Fr. 800.–) und mit Blick auf den ihr praxisgemäss zu belassenden Notgroschen hat sie jedoch gleichwohl auch vermögensmässig als mittellos zu gelten. Dementsprechend ist das Gesuch der Beklagten um Gewährung der unentgeltlichen Rechtsvertretung im Berufungsverfahren gutzuheissen und ihr in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. Y._____ eine unentgeltliche Rechtsvertreterin zu bestellen. Es wird beschlossen:

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.