

# ZH\_OBERGERICHT LZ170005 vom 22. August 2017

ZH Obergericht, 2017-08-22, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_LZ170005](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LZ170005)

FR: ZH\_OBERGERICHT LZ170005 du 22 août 2017

IT: ZH\_OBERGERICHT LZ170005 del 22 agosto 2017

## Erwägungen

### E. 1

Der Kläger und Berufungsbeklagte (fortan Kläger) wurde am tt.mm. 2014 geboren. Die Mutter des Klägers, C.\_\_\_\_\_, und der Beklagte und Berufungsbe- klagte (fortan Beklagter) waren nie miteinander verheiratet, führten aber eine Be- ziehung miteinander und waren nach Brauch ihres Heimatstaates religiös mitei- nander verheiratet (Urk. 28 S. 4). Mit Eingabe vom 29. Juni 2015 machte die Rechtsvertreterin des Klägers eine Klage bei der Vorinstanz mit dem eingangs genannten Rechtsbegehren anhängig (Urk. 1). An der Hauptverhandlung vom 22. Oktober 2015 antwortete der Beklagte auf die Frage, ob er während der ge- setzlichen Empfängniszeit intime Kontakte mit der Kindsmutter gehabt habe, fol- gendmassen: "Ja also, ich hatte während dieser Zeit intimen Kontakt mit der Kindsmutter. Trotzdem halte ich daran fest, dass ein Gutachten gemacht wird – vielleicht war ich ja nicht der einzige." Darauf hielt der Einzelrichter fest, dass die Vaterschaft einstweilen bestritten sei (Prot. I S. 3 f.). In der Folge wurde die Ver- handlung abgebrochen, um ein DNA-Gutachten einzuholen (Prot. I S. 5). Mit Ein- gabe vom 25. Oktober 2015 erklärte der Beklagte, er sei sich nun zu 100 % sicher, dass er der Vater des Klägers sei, weshalb sich ein DNA-Gutachten erüb- rige (Urk. 5). Auf Grund aussergerichtlicher Vergleichsbemühungen im Zusam- menhang mit den Kinderunterhaltsbeiträgen (vgl. Urk. 6-8) wurden die Parteien erst wieder am 11. Februar 2016 auf den 16. Juni 2016 zur Fortsetzung der Hauptverhandlung vorgeladen (Urk. 9). Diese Vorladung konnte dem Beklagten ordnungsgemäss zugestellt werden (Urk. 9/3). Indes erschien der Beklagte un- entschuldigt nicht zur Verhandlung (Prot. I S. 6). Androhungsgemäss wurde daher auf die vorhandenen Akten sowie die Vorbringen des Klägers abgestellt. In An- wendung von Art. 296 Abs. 1 ZPO wurde dem Beklagten mit Verfügung vom 30. Juni 2016 aber dennoch Gelegenheit gegeben, seine finanziellen Verhältnisse mittels Urkunden darzulegen (Urk. 10). Mit Schreiben vom 11. Juli 2016 beantrag- te er eine Fristerstreckung für die Einreichung von Unterlagen oder eine neue Vorladung (Urk. 12). Mit Eingabe vom 15. August 2016 teilte der Beklagte dem - 6 - Gericht mit, er sehe sich ausser Stande, seine finanzielle Situation ausführlich zu schildern. Er habe momentan kein Einkommen, welches sein Existenzminimum decke. Er leide aufgrund eines Vorfalls im November 2015 an einer posttraumati- schen Belastungsstörung und sei in psychologischer Behandlung. Er wünsche persönlich vorgeladen und angehört zu werden (Urk. 14). Am 2. September 2016 erliess die Vorinstanz das unbegründete Urteil in der Sache (Urk. 16). Mit Schrei- ben vom 14. September 2016 verlangte der nunmehr vertretene Beklagte die Be- gründung des Urteils (Urk. 18 und 19).

### E. 2

Gegen das begründete Urteil (Urk. 21) erhob der Beklagte am 8. März 2017 rechtzeitig Berufung und stellte die eingangs wiedergegebenen Anträge (Urk. 27). Die Berufungsantwort des Klägers datiert vom 16. Mai 2017 und wurde der Gegenseite zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 36; Urk. 39). Auf die Parteivorbringen ist nachfolgend nur insoweit einzugehen, als dies für die Entscheidung notwendig ist.

### **E. 3**

Mit der Berufung kann eine unrichtige Rechtsanwendung und eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt über eine vollständige Überprüfungsbefugnis der Streitsache, d.h. über unbeschränkte Kognition bezüglich Tat- und Rechtsfragen.

### **E. 4**

Weiter argumentiert der Beklagte, dass auch der Kläger ein Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung habe, weswegen es sich aufdränge, von Amtes wegen ein DNA-Gutachten in Auftrag zu geben (Urk. 27 S. 13). Dieses Argument verfängt nicht: Ob der Kläger in einem positiven Abstammungsverfahren sein Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung durchsetzen kann, ist nicht Berufungsgegenstand.

### **E. 5**

Der Beklagte behauptet ferner Folgendes: Die Kindsmutter habe ihm gegenüber in einem Gespräch am 1. Februar 2015 in D. \_\_\_\_\_ [Ortschaft] zugegeben, dass sie nicht sicher sei, ob der Kläger wirklich der Sohn des Beklagten sei, da sie während den jeweiligen Trennungen auch noch Fremdkontakte gehabt habe (Urk. 27 S. 9, S. 13). Diese neue, vom Kläger bestrittene Tatsachenbehauptung (Urk. 36 S. 7), ist verspätet. Sie hätte problemlos bereits vor Vorinstanz vorgebracht werden können und ist daher im Berufungsverfahren nicht mehr zu beachten (Art. 317 Abs. 1 ZPO, Art. 229 Abs. 3 ZPO). Abgesehen davon hat der Beklagte auch nach seiner Anerkennung vom 25. Oktober 2015 keinerlei Zweifel an seiner Vaterschaft gegenüber der Vorinstanz geäußert. So bezogen sich die

- 11 - Telefonate mit der Gerichtsschreiberin vom 12. November 2015 (Urk. 6) und 1. Dezember 2015 (Urk. 7) sowie die beiden Eingaben an die Vorinstanz vom 11. Juli 2016 (Urk. 12) und 15. August 2016 (Urk. 14) ausschliesslich auf seine finanziellen Verhältnisse.

### **E. 6**

Nach dem Gesagten erweisen sich die Rügen im Zusammenhang mit dem Statusprozess als unbegründet, weshalb die Berufung diesbezüglich abzuweisen ist. Der vorinstanzliche Entscheid betreffend die Feststellung der Vaterschaft des Beklagten ist somit zu bestätigen.

### **E. 7**

Zu prüfen ist sodann die Festsetzung der Kinderunterhaltsbeiträge an den Kläger. Der Beklagte beanstandet zunächst, die Vorinstanz habe seine wirtschaftlichen Verhältnisse trotz Untersuchungsmaxime zu wenig untersucht. Entgegen der Annahme der Vorinstanz erziele er kein Einkommen. Er unterstehe der Quellensteuerverpflichtung und habe im Jahr 2013 insgesamt Fr. 6'081.– und in den Jahren 2014 bis 2015 nichts verdient (mit Hinweis auf Urk. 28/9 und 10 [Bestätigung der Finanzdirektion des Kantons Zürich vom 3./10. Oktober 2016]). Auch im Jahr 2016 habe er nichts verdient, weil er arbeitsunfähig

gewesen sei. Seine Arbeitsversuche hätten mehr gekostet, als sie eingebracht hätten. Er wohne bei seinen Eltern, da er nicht mehr in der Lage sei, einen eigenen Verdienst zu erzielen und eine eigene Wohnung zu finanzieren. Zwar versuche er derzeit, mit einem Schreibbüro ein gewisses Einkommen zu generieren, was aber nicht funktioniere. Als Taxichauffeur könne er nach einem schweren Motorradunfall kaum noch tätig sein. Das Schreibbüro habe vor allem therapeutische Zwecke. Es resultiere ein Verlust und kein Gewinn. Er habe Schulden von über Fr. 30'000.–. Die Vorinstanz hätte die Überschuldung und Leistungsunfähigkeit von Amtes wegen feststellen müssen. Das unentschuldigte Fernbleiben von der Hauptverhandlung sei auf seine Krankheit zurückzuführen. Weiter rügt der Beklagte, dass er nicht bereits an der ersten Hauptverhandlung über seine persönlichen Verhältnisse befragt worden sei. Der Sachverhalt müsse schon an der ersten Hauptverhandlung von Amtes wegen eruiert werden. Die Sache sei zur Durchführung eines Beweisverfahrens an die Vorinstanz zurückzuweisen (Urk. 27 S. 13 ff.).

- 12 -

### **E. 8**

Vorliegend lag eine objektive Häufung der Vaterschaftsklage des Kindes mit einer selbständigen Unterhaltsklage gegen den Beklagten im Sinne von Art. 90 ZPO vor. An der Hauptverhandlung vom 22. Oktober 2015 hielt der Einzelrichter fest, die Vaterschaft sei einstweilen bestritten (Prot. I S. 4). Es mache daher mehr Sinn, zuerst ein DNA-Gutachten einzuholen und im Falle der Bestätigung der Vaterschaft des Beklagten die übrigen Rechtsfolgen erst im Rahmen einer neuen Verhandlung zu regeln (Prot. I S. 5). Keine Partei opponierte. Es ist daher nicht zu beanstanden, dass das Sachgericht, dem die Prozessführung oblag, zwecks Klärung der Vaterschaft des Beklagten die Verhandlung unterbrach. Diese Beschränkung auf die Klärung der Statusfrage drängte sich sogar aus Gründen der Prozessökonomie auf.

### **E. 9**

Hingegen ist zu prüfen, ob die Vorinstanz bei der Festsetzung der Kinderunterhaltsbeiträge die Untersuchungsmaxime genügend beachtet hat. Sind Anordnungen über die Kinder zu treffen, ist der Sachverhalt von Amtes wegen zu erforschen (Art. 296 Abs. 1 ZPO). Das Gericht hat alle Tatsachen, die für die Anordnungen für die Kinder von Bedeutung sind, von Amtes wegen zu ermitteln, wobei es die ihm bedeutsam erscheinenden Gegebenheiten frei würdigt (BGer 5A\_416/2008 vom 25. August 2008, E. 4; BGE 128 III 411 E. 3.2.1). Die Vorinstanz wusste seit der Eingabe vom 11. Juli 2016, dass der Beklagte nach eigenen Angaben aus gesundheitlichen Gründen nicht zur Fortsetzung der Hauptverhandlung am 16. Juni 2016 erschienen war. In derselben Eingabe hatte der Beklagte sodann die Vorinstanz gebeten, ihn erneut vorzuladen. Er habe keine Kenntnis von der Vorladung für den 16. Juni 2016 gehabt, da seine Eltern diese entgegengenommen hatten (Urk. 12; Urk. 9/3). Mit Schreiben vom 15. August 2016 bat der Beklagte die Vorinstanz sodann ein zweites Mal um eine Vorladung, um seine jetzige Lage und seine Zukunftsperspektiven darlegen zu können. Momentan sei er nicht fähig, seine Situation schriftlich ausführlich zu schildern, da er unter einer posttraumatischen Belastungsstörung leide und sich in psychologischer Behandlung befinde (Urk. 14). Bei dieser Sachlage hätten sich nähere Abklärungen aufgedrängt. So hätte die Vorinstanz den damals anwaltlich nicht vertretenen Beklagten antragsgemäss

- 13 - erneut vorladen und ihn damit erstmals zu seinen finanziellen Verhältnissen und seiner Leistungsfähigkeit befragen müssen. Dies gilt insbesondere, da die Vorinstanz in der Folge ein hypothetisches Einkommen von Fr. 4'000.– annahm, obschon gemäss der von der Vorinstanz eingeholten Angabe des kantonalen Steueramtes in den Jahren 2014 und 2015 weder ein Einkommen noch ein Vermögen deklariert worden waren (Urk. 15). Ein hypothetisches Einkommen ist stets nur zurückhaltend festzulegen, um so den je- der Voraussage und Schätzung innewohnenden Unabwägbarkeiten gerecht zu werden. Ausserdem ist stets das volle Existenzminimum der unterhaltsverpflichteten Partei zu gewährleisten (BGE 135 III 66 Regeste und E. 10) und die Einschätzung muss dem Umstand gerecht werden, dass mit der Anrechnung eines hypothetischen Einkommens eine strafbewehrte Pflicht festgelegt wird (Art. 217 StGB). Die Vorinstanz erwog jedoch einzig, dass der Kläger davon ausgehe, der junge, ehrgeizige und sprachgewandte Beklagte könne mühelos Fr. 4'000.– netto pro Monat verdienen (mit Hinweis auf Prot. I S. 7). Diese Einschätzung erscheine – auch angesichts seines [20-minütigen] Auftretens in der ersten Hauptverhandlung – als durchaus realistisch, weshalb ohne Weiteres beim Beklagten von einem (hypothetischen) Einkommen in dieser Grössenordnung auszugehen sei (Urk. 21 S. 6 E. III.2.). Damit hat die Vorinstanz in Verletzung der Untersuchungsmaxime gemäss Art. 296 Abs. 1 ZPO nicht die notwendigen und geeigneten Abklärungen vorgenommen, um den Gesundheitszustand, das (hypothetische) Einkommen sowie den Bedarf des Beklagten zu ermitteln. Der Sachverhalt erweist sich in wesentlichen Teilen als unvollständig. Es ist grundsätzlich nicht Aufgabe der Berufungsinstanz, den Sachverhalt anstelle der ersten Instanz zu erstellen (ZK ZPO-Reetz/ Hilber, Art. 318 N 35), zumal die Parteien dadurch auch um eine Instanz gebracht würden (OGer ZH LE130028 vom 26.11.2013, E. 3.5; LY140031 vom 19.12.2014, E. 5e). Folglich rechtfertigt es sich vorliegend, die Sache in Bezug auf die Kinderunterhaltsbeiträge in Anwendung von Art. 318 Abs. 1 lit. c Ziff. 2 ZPO zur Vollständigung des Sachverhalts und zur neuen Entscheidung im Sinne dieser Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen.

- 14 - III. 1. Da ein erheblicher Teil des Verfahrens zurückgewiesen wird, können die Kosten- und Entschädigungsfolgen für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren noch nicht abschliessend geregelt werden. Es sind daher zwar für das Berufungsverfahren Kosten festzusetzen, doch der Entscheid über die Kostenaufgabe und die Regelung der Entschädigungsfolgen sind – trotz Erlass eines Teilurteils – dem Entscheid der Vorinstanz vorzubehalten (Art. 104 Abs. 4 ZPO). Die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren ist in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG in Verbindung mit § 5 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 3'000.– festzusetzen. 2. Beide Parteien ersuchen für das Berufungsverfahren um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Bestellung einer unentgeltlichen Rechtsvertretung (Urk. 27 S. 3; Urk. 36 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). Die Mittellosigkeit der Parteien ist aufgrund der Akten belegt (Urk. 30/13-17; Urk. 38/1). Die Rechtsstandpunkte beider Parteien können sodann nicht als aussichtslos bezeichnet werden. Folglich ist ihnen gestützt auf Art. 117 ZPO und vorbehaltlich der Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO die unentgeltliche Prozessführung für das Berufungsverfahren zu gewähren. Da eine rechtskundige Vertretung zur gehörigen Wahrung der Rechte des Beklagten im Rechtsmittelverfahren sachlich notwendig war (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO), ist ihm antragsgemäss Rechtsanwalt lic. iur. X. \_\_\_\_\_ als unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen. Es wird beschlossen:

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