

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LZ170005-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende,  
Oberrichterin Dr. D. Scherrer und Oberrichter Dr. M. Kriech  
sowie Gerichtsschreiberin Dr. D. Oser

## Beschlüsse und Teil-Urteil vom 22. August 2017

in Sachen

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

Beklagter und Berufungskläger

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

gegen

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

Kläger und Berufungsbeklagter

vertreten durch Beiständin X1. \_\_\_\_\_,

Soziale Dienste, Fachstelle Elternschaft und Unterhalt,

substituiert durch Rechtsanwältin lic. iur. X2. \_\_\_\_\_,

Soziale Dienste Zürich, Fachstab Kinder- und Jugendhilfe,

substituiert durch Rechtsanwalt Dr. iur. X3. \_\_\_\_\_, Soziale Dienste Zürich, Fach-  
stab Kinder- und Jugendhilfe,

betreffend **Vaterschaft und Unterhalt**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren am  
Bezirksgericht Zürich vom 2. September 2016 (FP150114-L)**

**Rechtsbegehren (Urk. 1 S. 2; Prot. I S. 7):**

1. Es sei festzustellen, dass der Beklagte der Vater des Klägers ist.
2. Der Beklagte sei zu verpflichten:
  - für den Kläger monatliche Unterhaltsbeiträge in der Höhe von Fr. 840.– ab 1. Juni 2015 bis zum 30. April 2020; Fr. 970.– vom 1. Mai 2020 bis zum 30. April 2026 sowie Fr. 1'480.– vom 1. Mai 2026 bis zum ordentlichen Abschluss einer angemessenen Ausbildung, mindestens aber bis zur Volljährigkeit des Klägers zu bezahlen;
  - darüber hinaus die gesetzlichen und vertraglichen Kinder- und Ausbildungszulagen geltend zu machen, soweit sie ihm zustehen, und zusätzlich zu den Unterhaltsbeiträgen zu bezahlen.

Die Unterhaltsbeiträge sowie die Kinder- oder Ausbildungszulagen seien monatlich im Voraus an die gesetzliche Vertreterin des Klägers, nach Erreichen der Volljährigkeit an den Kläger persönlich oder an eine von ihm ermächtigte Person zu zahlen.

Die beantragten Unterhaltsbeiträge basieren auf dem Landesindex der Konsumentenpreise des Bundesamtes für Statistik (BfS) vom April 2015 von 98.1 Punkten (Basis Dezember 2010 = 100). Sie seien jährlich auf den 1. Januar wie folgt an den Indexstand per Ende November des Vorjahres anzupassen, erstmals per Januar 2016:

Unterhaltsbeitrag x neuer Indexstand

-----  
alter Indexstand

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Beklagten, wobei die Prozessentschädigung den Sozialen Diensten der Stadt Zürich zuzusprechen sei.

**Urteil des Einzelgerichts am Bezirksgericht Zürich, 10. Abteilung, vom 2. September 2016 (Urk. 21 S. 8 f. = Urk. 28 S. 8 f.):**

1. Es wird festgestellt, dass der Beklagte der Vater des am tt.mm. 2014 von C.\_\_\_\_\_ geborenen Kindes B.\_\_\_\_\_ ist.
2. Der Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger wie folgt monatliche Unterhaltsbeiträge zuzüglich Familien-, Kinder- und/oder Ausbildungszulagen zu leisten, zahlbar monatlich im Voraus an die gesetzliche Vertreterin des Klägers

resp. nach Erreichen der Volljährigkeit an den Kläger persönlich oder an eine von ihm ermächtigte Person:

- Fr. 840.– ab 1. Juni 2015 bis 30. April 2020,
- Fr. 970.– ab 1. Mai 2020 bis 30. April 2026,
- Fr. 1'480.– ab 1. Mai 2026 bis zum ordentlichen Abschluss einer angemessenen Ausbildung des Sohnes (auch über die Volljährigkeit hinaus).

Es wird auf die Möglichkeit der Abänderung gemäss Art. 286 Abs. 2 ZGB und auf allfällige weitere Ansprüche des Kindes gemäss Art. 277 Abs. 2 ZGB hingewiesen.

3. Die Festsetzung der Unterhaltsbeiträge gemäss Ziffer 2 vorstehend basiert auf folgenden Grundlagen:

- Erwerbseinkommen des Beklagten: Fr. 4'000.– (hypothetisch);
- Bedarf des Beklagten: Fr. 2'500.–.

4. Die Unterhaltsbeiträge gemäss Ziffer 2 basieren auf dem Landesindex der Konsumentenpreise des Bundesamtes für Statistik, Stand Ende Mai 2016 von 100.6 Punkten (Basis Dezember 2015 = 100 Punkte). Sie sind jeweils auf den 1. Januar eines jeden Jahres, erstmals auf den 1. Januar 2017, dem Stand des Indexes per Ende November des Vorjahres anzupassen. Die Anpassung erfolgt nach folgender Formel:

$$\text{Neuer Unterhaltsbeitrag} = \frac{\text{alter Unterhaltsbeitrag} \times \text{neuer Index}}{100.6}$$

5. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'000.– festgesetzt.

6. Die Kosten des begründeten Entscheides werden dem Beklagten auferlegt.

7. Der Beklagte wird verpflichtet, Rechtsanwältin lic. iur. X2.\_\_\_\_\_, Soziale Dienste der Stadt Zürich, eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 875.– zu bezahlen.

8. [Schriftliche Mitteilung]

9. [Rechtsmittelbelehrung]

### **Berufungsanträge:**

des Beklagten und Berufungsklägers (Urk. 27 S. 2 f.):

1. Es sei das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 10. Abteilung, Einzelgericht, vom 2. September 2016 (Geschäfts-Nr. FP150114-L/U) vollumfänglich (das heisst in seinen Ziff. 1 - 7) aufzuheben und die Sache an die Vorinstanz zur Durchführung eines Beweisverfahrens und zur anschliessenden Neuentscheidung im Sinne der nachfolgenden Begründung zurückzuweisen.  
Eventualiter:
2. Es sei ein DNA Gutachten in Auftrag zu geben und nach dessen Eingang die Berufungsverhandlung durchzuführen.
3. Es sei in Aufhebung von Ziff. 2 des angefochtenen Urteils, wie obgenannt, der Beklagte und Appellant mangels Leistungsfähigkeit von jeglicher Unterhaltszahlungsverpflichtung zu befreien.
4. Es seien demzufolge die erstinstanzlichen Kosten- und Entschädigungsfolgen neu zu verlegen.
5. Alles unter gesetzlicher Kosten- und Entschädigungsfolge.

Prozessualer Antrag:

1. Es sei dem Beklagten und Appellanten die unentgeltliche Rechtspflege für das Berufungsverfahren zu gewähren.
2. Es sei dem Beklagten und Appellanten demzufolge die unentgeltliche Prozessführung und der unentgeltliche Rechtsbeistand in meiner Person zuzubilligen.
3. Es sei von der Ansetzung einer Gerichtskostenkaution für das Berufungsverfahren abzusehen.

des Klägers und Berufungsbeklagten (Urk. 36 S. 2):

Die Berufung sei vollumfänglich abzuweisen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Beklagten/Berufungsklägers, wobei die Prozessentschädigung den Sozialen Diensten der Stadt Zürich zuzusprechen sei.

Prozessualer Antrag

Dem Kläger/Berufungsbeklagten sei für das vorliegende Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren.

### **Erwägungen:**

#### **I.**

1. Der Kläger und Berufungsbeklagte (fortan Kläger) wurde am tt.mm. 2014 geboren. Die Mutter des Klägers, C.\_\_\_\_\_, und der Beklagte und Berufungsbeklagte (fortan Beklagter) waren nie miteinander verheiratet, führten aber eine Beziehung miteinander und waren nach Brauch ihres Heimatstaates religiös miteinander 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 gesetzlichen Empfängniszeit intime Kontakte mit der Kindsmutter gehabt habe, folgendermassen: "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 Verhandlung abgebrochen, um ein DNA-Gutachten einzuholen (Prot. I S. 5). Mit Eingabe 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 erübrige (Urk. 5). Auf Grund aussergerichtlicher Vergleichsbemühungen im Zusammenhang 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 unentschuldigt nicht zur Verhandlung (Prot. I S. 6). Androhungsgemäss wurde daher auf die vorhandenen Akten sowie die Vorbringen des Klägers abgestellt. In Anwendung 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 beantragte er eine Fristerstreckung für die Einreichung von Unterlagen oder eine neue Vorladung (Urk. 12). Mit Eingabe vom 15. August 2016 teilte der Beklagte dem

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 posttraumatischen 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 Schreiben vom 14. September 2016 verlangte der nunmehr vertretene Beklagte die Begründung des Urteils (Urk. 18 und 19).

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 Entscheidungsfindung notwendig ist.

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.

4. Überdies ist in prozessualer Hinsicht zu beachten, dass gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO neue Tatsachen und Beweismittel (Noven) im Berufungsverfahren nur noch berücksichtigt werden, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden (lit. a) und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (lit. b). Dies gilt auch in Verfahren, die der Untersuchungsmaxime unterstehen (BGer 4D\_8/2015 vom 21. April 2015, E. 2.2; BGE 138 III 625 E. 2.1 f.). Unechte Noven, die bei zumutbarer Sorgfalt bereits vor erster Instanz hätten geltend gemacht werden können, können daher grundsätzlich nicht mehr vorgebracht werden, es sei denn, eine Partei rüge, die Vorinstanz habe eine bestimmte Tatsache in Verletzung der Untersuchungsmaxime nicht beachtet (vgl. statt vieler OGer ZH LE150006 vom 04.03.2015, E. 4.1).

## II.

1. Der Beklagte macht zunächst geltend, es gehe vorliegend ausschliesslich um Kinderbelange, weshalb die Official- und Untersuchungsmaxime vollumfänglich greife. Daher könnten seine vorinstanzlichen Handlungen und seine Abwesenheit an der Hauptverhandlung vom 16. Juni 2016 prozessual nur von untergeordneter Bedeutung sein (Urk. 27 S. 5).

Diese Ansicht trifft nicht zu. Die Official- und Untersuchungsmaxime entbindet die Parteien nicht von einer aktiven Mitwirkung am Verfahren. Insbesondere müssen die Parteien die prozessualen Vorschriften einhalten, und es sind die in der Prozessordnung vorgesehenen Rechtsfolgen (insbesondere Säumnisfolgen) anzuwenden. Zudem dient das Berufungsverfahren nicht dazu, prozessuale Versäumnisse zu korrigieren.

2. Weiter bringt der Beklagte vor, dass er seit dem 6. Juni 2016 im ZADZ (Zentrum für Angst und Depressionsbehandlung Zürich) psychiatrisch behandelt werde, welches ihm am 20. Juni 2016 eine posttraumatische Belastungsstörung attestiert habe. Daraus folge, dass er zum Zeitpunkt des erstinstanzlichen Verfahrens "prozessual nicht handlungsfähig" gewesen sei (Urk. 27 S. 5 mit Hinweis auf Urk. 30/3).

Zu unterscheiden ist zwischen dem Vaterschaftsprozess, der im Oktober 2015 stattfand, und dem Unterhaltsprozess, der ab Juni 2016 durchgeführt wurde. Für den Vaterschaftsprozess ergibt sich Folgendes aus den Akten: Der Beklagte nahm persönlich an der Hauptverhandlung vom 22. Oktober 2015 teil und verfasste am 25. Oktober 2015 eine Eingabe an das Gericht. An der Hauptverhandlung gab es keine Anzeichen für eine Einschränkung der Prozessfähigkeit des Beklagten (Prot. I S. 3 ff.). Die von ihm am 25. Oktober 2015 mit der Überschrift: "Geschäfts-Nr.: FP150114 Rückzug des Antrags auf Einholung eines DNA-Gutachtens zur Klärung der Frage der Vaterschaft" verfasste und unterschriebene Eingabe lautet wie folgt (Urk. 5):

"Sehr geehrter Herr Bezirksrichter

Nach nochmaligem Überdenken der gesamten Situation bin ich zum Schluss gekommen, dass die Einholung eines DNA-Gutachtens vorliegend nicht nötig ist, da ich mir zu 100% sicher bin, der Vater von B.\_\_\_\_\_, geboren tt.mm. 2014, zu sein. Ich ziehe meinen anlässlich der Verhandlung vom 22. Oktober 2015 gestellten Antrag somit zurück. Ich entschuldige mich für den entstandenen Mehraufwand und verbleibe mit freundlichen Grüßen

A.\_\_\_\_\_ "

Diese fehlerfrei und eindeutig verfasste Eingabe enthält keine Hinweise auf eine beschränkte Prozessfähigkeit des Beklagten.

Richtig ist zwar, dass im neu im Berufungsverfahren eingereichten ärztlichen Bericht vom 20. Juni 2016 dem Beklagten eine posttraumatische Belastungsstörung mit depressiven Anteilen und starken Ängsten attestiert wird (Urk. 30/3). Diese sei die Folge eines traumatischen Ereignisses als Taxifahrer: Am 23. November 2015 seien seine Gäste und er gewaltsam überfallen worden. Es werde eine spezifische psychotherapeutische Traumatherapie, eventuell unterstützt mit einer medikamentösen Therapie, empfohlen. Aussagen zur Prozessfähigkeit des Beklagten im Zeitpunkt des Statusprozesses, d.h. im Oktober 2015, enthält der Arztbericht nicht. Bei diesem Arztbericht handelt es sich um ein unechtes Novum im Sinne von Art. 317 Abs. 1 ZPO, da er vom 20. Juni 2016 datiert und somit vor Erlass des vorinstanzlichen Entscheids verfasst wurde. Da er aber ohne Relevanz für die Frage der Prozessfähigkeit des Beklagten im Zeitpunkt des strittigen Vaterschaftsprozesses ist, kann es für die Beurteilung der Statusfrage offen bleiben, ob es sich dabei um ein zulässiges Novum handelt (vgl. vorne E. I. 4.).

3. Der Beklagte beanstandet sodann Folgendes: Sein Verhalten während des ganzen erstinstanzlichen Verfahrens sei äusserst auffällig gewesen. Zuerst habe er anlässlich der Hauptverhandlung vom 22. Oktober 2015 die Vaterschaft "ziemlich dezidiert bestritten" und nachher offiziell und schriftlich anerkannt. Daher hätte ihm die Vorinstanz einen Prozessbeistand begeben müssen. Die erstin-



stanzlichen Versäumnishandlungen seien folglich "ohne prozessuale Bedeutung" (Urk. 27 S. 5 f., S. 12).

Dieser Ansicht ist nicht zuzustimmen. Vielmehr ist es nicht ungewöhnlich, dass in einem Vaterschaftsprozess die Vaterschaft zunächst vom (Putativ-)Vater bestritten und erst im weiteren Verlauf des Verfahrens anerkannt wird. Auch indiziert eine Änderung eines Prozessstandpunktes per se keine eingeschränkte oder fehlende Prozessfähigkeit der Verfahrenspartei. Zudem hat der Beklagte die Vaterschaft nicht "ziemlich dezidiert bestritten" (Urk. 27 S. 12). Er hat nur Zweifel daran geäußert, dass er "vielleicht nicht der einzige" Geschlechtspartner der Mutter des Klägers gewesen sei (Prot. I S. 4). Dass er drei Tage später seine Vaterschaft vorbehaltlos anerkannte (Urk. 5), bildete somit keinen Anlass für eine Rückfrage durch das Gericht zu den subjektiven Beweggründen der Anerkennung. Die Untersuchungsmaxime gebietet es nicht, ein DNA-Gutachten einzuholen, wenn eine eindeutige Anerkennung der Vaterschaft erfolgt. Auch der Beklagte stellte seine Anerkennung bis zur Einreichung der Berufung nicht in Frage. Vor diesem Hintergrund musste die Vorinstanz zu Recht nicht an der Postulations- bzw. Prozessfähigkeit des Beklagten in Bezug auf das Statusverfahren zweifeln.

Der Beklagte behauptet neu, er habe bereits zu diesem Zeitpunkt unter einer schweren depressiven Phase gelitten, weshalb er nicht fähig gewesen sei, seinen diesbezüglichen Willen frei zu bilden. Der Druck der Familie des Beklagten, ihr keine Schande zu machen und das Kind nicht vaterlos aufwachsen zu lassen, sei so gross gewesen, dass ihm nichts anderes übrig geblieben sei, als die Vaterschaft schriftlich anzuerkennen. Das sei jedoch nicht sein wirklicher Wille gewesen. Er wisse nicht einmal, ob er tatsächlich in der Konzeptionszeit mit der Kindsmutter den Beischlaf vollzogen habe (Urk. 27 S. 10 ff., S. 12).

Die Behauptung einer schweren Depression des Beklagten im Zeitpunkt des ersten Teils der Hauptverhandlung vom 22. Oktober 2015 oder am 25. Oktober 2015, als er die Vaterschaftsanerkennung verfasste, ist neu. Der Beklagte bringt keinen Grund vor, weshalb er sie nicht rechtzeitig im vorinstanzlichen Verfahren vorgebracht hat (Art. 317 Abs. 1 ZPO, Art. 229 Abs. 3 ZPO). Es handelt sich folglich um ein unzulässiges Novum. Im Übrigen ergeben sich aus den Akten keine

objektiven Anhaltspunkte für diese neue Behauptung der Prozessunfähigkeit (Prot. I S. 3 ff.; Urk. 6-8). Der gewaltsame, traumatisierende Überfall, der die post-traumatische Depression auslöste (Urk. 30/3; 30/5), ereignete sich erst am 23. November 2015 und damit rund einen Monat später. Sein Vaterschaftsanerkennungsschreiben vom 25. Oktober 2015 ist klar formuliert. Das Vorbringen des Beklagten, wonach seine Familie von ihm verlangt habe, ihr keine Schande zu machen und das Kind nicht vaterlos aufwachsen zu lassen, stellt ebenfalls eine neue Parteibehauptung dar. Diese hätte der Beklagte bei zumutbarer Sorgfalt rechtzeitig im vorinstanzlichen Verfahren vorbringen können und müssen. Es handelt sich folglich um ein unzulässiges Novum. Im Übrigen wird sie durch keine objektiven Anhaltspunkte oder Belege gestützt. Entscheidend ist zudem, dass der Beklagte bereits an der Verhandlung vom 22. Oktober 2015 zu Protokoll gab, dass er während der gesetzlichen Empfängniszeit den Beischlaf vollzogen hatte (Prot. I S. 4). Es besteht kein Grund, den Beklagten nicht auf dieser Protokollausgabe zu behaften.

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.

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

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.

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.

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.).

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.

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

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 jeder 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 Vervollständigung des Sachverhalts und zur neuen Entscheidung im Sinne dieser Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen.

### 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 Entscheidegebühr 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 vorbehältlich 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:**

1. Beiden Parteien wird die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt.
2. Dem Beklagten wird Rechtsanwalt lic. iur. X. \_\_\_\_\_ als unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt.
3. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Erkenntnis.

**Sodann wird erkannt:**

1. Es wird festgestellt, dass der Beklagte der Vater des am tt.mm. 2014 von C.\_\_\_\_\_ geborenen Kindes B.\_\_\_\_\_ ist.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'000.– festgesetzt.
3. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an das Migrationsamt des Kantons Zürich und an die Vorinstanz sowie nach Eintritt der Rechtskraft an das jeweils für die Stadt Zürich und E.\_\_\_\_\_ zuständige Zivilstandsamt (im Dispositiv-Auszug gemäss Ziffer 1) und an die Kindesschutzbehörde Luzern-Land, je gegen Empfangsschein.
4. 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 nicht vermögensrechtliche Angelegenheit.

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

**Weiter wird beschlossen:**

1. Die Dispositivziffern 2-7 des Urteils des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 10. Abteilung, vom 2. September 2016 werden aufgehoben, und die Sache wird zur Sachverhaltsergänzung und zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.

2. Die Verteilung der Gerichtskosten sowie die Regelung der Parteientschädigung des vorliegenden Berufungsverfahrens wird dem neuen Entscheid der Vorinstanz vorbehalten.
3. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an das Migrationsamt des Kantons Zürich, an die Kinderschutzbehörde Luzern-Land und an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Die erst- und zweitinstanzlichen Akten gehen nach Ablauf der Beschwerdefrist an die Vorinstanz.

4. 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 über Fr. 30'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 22. August 2017

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. L. Hunziker Schnider

Dr. D. Oser

versandt am:  
bz