

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LZ230029-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. A. Huizinga, Vorsitzender, Oberrichterin
Dr. D. Scherrer und Oberrichter lic. iur. M. Spahn sowie
Gerichtsschreiber MLaw D. Valsangiacomo

Beschluss vom 23. Mai 2024

in Sachen

A. _____,

Beklagter und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Klägerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y. _____

betreffend **Unterhalt (vorsorgliche Massnahmen)**

**Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im summarischen
Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 7. Abteilung, vom 13. Juli 2023
(FK230012-L)**

Rechtsbegehren:

der Klägerin und Berufungsbeklagten (Urk. 4/1 S. 3):

- "1. Der Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin für die Dauer des Prozesses monatlich CHF 4'065.00, zuzüglich Kinderzulagen, zu bezahlen, zahlbar im Voraus auf den Ersten eines jeden Monats.
2. Die Klägerin sei für das Verfahren von der Pflicht, einen Gerichtskostenvorschuss zu leisten, zu befreien und der entsprechende Kostenvorschuss sei beim Beklagten einzufordern.
3. Eventualiter zu vorstehend Ziff. 2 sei der Klägerin für das Verfahren die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen.
4. Der Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin einen Parteikostenbeitrag von CHF 6'000.00 zu bezahlen.
5. Eventualiter zu vorstehend Ziff. 4 sei der Klägerin für das Verfahren unentgeltliche Rechtsverteidigung zu bewilligen und es sei ihr der unterzeichnende Rechtsanwalt als Offizialanwalt bereitzustellen."

des Beklagten und Berufungsklägers (Urk. 4/33 S. 1):

"Es sei das Begehren der Klägerin um Erlass vorsorglicher Massnahmen abzuweisen."

Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 7. Abteilung, vom 13. Juli 2023:

(Urk. 2 S. 11 f. = Urk. 4/36 S. 11 f.)

1. Der Antrag der Klägerin, der Beklagte sei zu verpflichten, Prozesskostenvorschuss von Fr. 6'000.– zu leisten, wird abgewiesen.
2. Der Klägerin wird die unentgeltliche Rechtspflege gewährt. Der Klägerin wird Rechtsanwalt Dr. iur. HSG Y. _____ als unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt.
3. Der Beklagte wird vorläufig verpflichtet, rückwirkend ab 1. Februar 2023, für die Dauer des Verfahrens Unterhaltsbeiträge für C. _____, geboren am tt.mm.2022, von monatlich Fr. 4'065.– zu hinterlegen. Die Unterhaltsbeiträge sind zahlbar monatlich im Voraus auf den Ersten eines jeden Monats an die

Bezirksgerichtskasse (Bezirksgericht Zürich, Badenerstrasse 90, 8004 Zürich, IBAN: CH..., Verwendungszweck: FK230012).

Über die endgültige Zahlungspflicht wird im Endentscheid entschieden.

4. Über die Kosten dieses Entscheids wird zusammen mit dem Endentscheid entschieden.
5. [Schriftliche Mitteilung.]
6. [Rechtsmittelbelehrung: Berufung, Frist 10 Tage.]

Berufungsanträge:

des Beklagten und Berufungsklägers (Urk. 1 S. 2):

- "1. Es sei Ziffer 3 des angefochtenen Entscheides aufzuheben und das Begehren der Klägerin um Erlass vorsorglicher Massnahmen abzuweisen.
2. Eventualiter sei Ziffer 3 des angefochtenen Entscheides aufzuheben und der Beklagte zu verpflichten, für die Dauer des Verfahrens Unterhaltsbeiträge für C._____, geb. tt.mm.2022, von monatlich CHF 1'108.00 zu hinterlegen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzügl. MwSt) zu Lasten der Klägerin."

der Klägerin und Berufungsbeklagten (Urk. 8 S. 2):

- "1. Es sei die Berufung vollumfänglich abzuweisen.
2. Es sei der Klägerin die unentgeltliche Prozessführung und Rechtspflege zu gewähren.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich Mehrwertsteuer) zu Lasten des Beklagten."

Erwägungen:

1. Sachverhalt/Prozessgeschichte

1.1. Am 1. Februar 2023 erhob die Klägerin und Berufungsbeklagte (fortan Klägerin) eine Klage auf Feststellung der Vaterschaft und Leistung von Unterhalt für die am tt.mm.2022 geborene C._____. Gleichzeitig liess sie die eingangs aufgeführten Anträge betreffend Erlass vorsorglicher Massnahmen stellen (Urk. 1 S. 3). Am 13. Juli 2023 fällte die Vorinstanz den eingangs zitierten Entscheid betreffend vorsorgliche Massnahmen (Urk. 2 = Urk. 4/36).

1.2. Hiergegen erhob der Beklagte und Berufungskläger (fortan Beklagter) mit Eingabe vom 27. Juli 2023 innert Frist Berufung mit den vorstehend wiedergegebenen Anträgen (Urk. 1). Der einverlangte Kostenvorschuss ging fristgerecht ein (Urk. 5 und Urk. 6). Mit Verfügung vom 27. September 2023 wurde Frist zur Erstattung der Berufungsantwort angesetzt (Urk. 7). Am 18. Oktober 2023 reichte die Klägerin die Berufungsantwort (Urk. 8) und am 19. Oktober 2023 ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege (Urk. 12) ein, welche dem Beklagten zur Kenntnisnahme zugestellt wurden (Urk. 16), worauf dieser am 30. November 2023 eine weitere Eingabe ans Gericht machte (Urk. 17). Diese wurde der Gegenpartei am 9. Januar 2024 zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 17).

1.3. Die vorinstanzlichen Akten (Urk. 4/1-36) wurden beigezogen. Das Verfahren erweist sich als spruchreif, was den Parteien mit Verfügung vom 18. April 2024 mitgeteilt wurde (Urk. 19). Auf die Vorbringen der Parteien ist nachfolgend nur insoweit einzugehen, als dies zur Entscheidungsfindung notwendig erscheint.

2. Vorinstanzlicher Entscheid

2.1. Die Vorinstanz kam zum Schluss, der Klägerin gelinge der Beweis des Beischlafs nicht, womit es an der Voraussetzung der Vaterschaftsvermutung fehle (Art. 303 Abs. 2 lit. b ZPO). Der Beklagte könne somit nicht zur vorläufigen Leistung von Unterhalt verpflichtet werden. Die Vorinstanz erwog sodann, nach Art. 303 Abs. 2 lit. a ZPO habe der Beklagte die Entbindungskosten und angemessene Beiträge an den Unterhalt von Mutter und Kind zu hinterlegen, wenn die Vaterschaft

glaubhaft gemacht sei. Die Klägerin beantrage lediglich die vorläufige Zahlung von Unterhaltsbeiträgen. Art. 303 ZPO setze grundsätzlich voraus, dass die klagende Partei ein Gesuch stelle. Allerdings stehe es dem Gericht frei, in Anwendung des Officialgrundsatzes (Art. 296 Abs. 3 ZPO) notwendige Massnahmen von Amtes wegen anzuordnen. Dies habe *a maiore ad minus* umso mehr zu gelten, wenn die zu prüfenden Massnahmen weniger einschneidend seien, als die beantragten. Es sei deshalb nachfolgend zu prüfen, ob vorliegend die Voraussetzungen für die Hinterlegung von Unterhaltsbeiträgen erfüllt seien (Urk. 2 E. 3.2.1).

2.2. In der Folge kam die Vorinstanz zum Schluss, es erscheine aufgrund der Gesamtumstände glaubhaft, dass es während des Empfängniszeitraums zwischen der Klägerin und dem Beklagten zum Beischlaf gekommen sei (Urk. 2 E. 3.2.2. und E. 3.2.3).

2.3. Des Weiteren erwog die Vorinstanz, die Klägerin übernehme die Betreuung für C. _____ alleine. Sie leiste ihren Beitrag somit vollständig in natura. Der Beklagte hingegen übernehme derzeit keine Betreuung, weshalb er für den finanziellen Unterhalt von C. _____ aufzukommen habe (Urk. 2 E. 3.2.4.). Den Bedarf von C. _____ bezifferte die Vorinstanz auf monatlich Fr. 1'108.–. Familienzulagen rechnete sie aufgrund eines fehlenden Anspruchs keine an (Urk. 2 E. 3.2.5.). Den Bedarf der Klägerin setzte sie auf Fr. 2'957.– fest, ein Einkommen rechnete sie ihr nicht an (Urk. 2 E. 3.2.6.). In Bezug auf den Beklagten ging sie von einer Leistungsfähigkeit von mindestens Fr. 4'065.– aus (Urk. 2 E. 3.2.7.). Im Zusammenhang mit dem Betreuungsunterhalt hielt die Vorinstanz fest, dass in Berücksichtigung des Schulstufenmodells die Klägerin aufgrund des Alters von C. _____ derzeit nicht verpflichtet werden könne, einer Erwerbstätigkeit nachzugehen. Zudem – so die Vorinstanz weiter – erscheine es nachvollziehbar, dass es für die Klägerin aufgrund ihrer Umstände (Flucht aus der Ukraine, mangelnde Sprachkenntnisse) schwierig wäre, eine Anstellung zu finden (Urk. 2 E. 3.2.8.).

2.4. Im Ergebnis verpflichtete die Vorinstanz den Beklagten, der Klägerin für den Unterhalt von C. _____ – ab Rechtshängigkeit des Massnahmebegehrens, mithin ab 1. Februar 2023 – für die Dauer des Verfahrens einen Betrag von monatlich Fr. 4'065.– zu hinterlegen (Urk. 2 E. 3.2.9.).

3. Fehlender Antrag auf Hinterlegung der Unterhaltsbeiträge

3.1. Der Beklagte bringt vor, die Vorinstanz sei zunächst zu Recht zum Schluss gekommen, dass die Voraussetzungen für die Verpflichtung zur vorläufigen Zahlung von Unterhaltsbeiträgen nicht erfüllt seien. In der Folge habe sie jedoch die Voraussetzungen für die Hinterlegung von Unterhaltsbeiträgen geprüft, obschon Art. 303 ZPO ausdrücklich ein entsprechendes Gesuch voraussetze und die anwaltlich vertretene Klägerin keinen diesbezüglichen Antrag gestellt habe. Dem Gericht sei es – auch gestützt auf die *Offizialmaxime* – nicht freigestanden, diese Massnahme von Amtes wegen zu prüfen bzw. anzuordnen. Auch habe keine Dringlichkeit bestanden, wie sie bei vorsorglichen Massnahmen immer gegeben sein müsse. Diese würde vorliegend darin bestehen, dass die Klägerin für den Unterhalt ihrer Tochter nicht aufkommen könne und daher dringlich auf Unterhalt angewiesen wäre. Bei einer Hinterlegung komme der Mutter dieses Geld nicht zu, weshalb diese Massnahme gar nicht geeignet sei, einer allfälligen Dringlichkeit zu begegnen. Die Klägerin habe die Dringlichkeit aber auch nicht näher dargelegt. Wenn das Gericht von Amtes wegen diese Massnahme anordne, so wäre es zumindest an diesem gewesen aufzuzeigen, inwiefern diese vorsorgliche Massnahme vorliegend derart dringlich sei, dass sie von Amtes wegen – ohne entsprechendes Gesuch – angeordnet werden müsse. Denn über die Vaterschaft – und damit über eine Unterhaltspflicht – werde letztlich im Hauptverfahren zu entscheiden sein. Werde die Vaterschaft bejaht, so könne der Unterhalt auch rückwirkend zugesprochen werden, weshalb die angeordnete Hinterlegung umso weniger nachvollzogen werden könne. Darauf gehe die Vorinstanz jedoch mit keinem Wort ein (Urk. 1 Rz. 5 f.).

3.2. Die Klägerin schliesst sich der Argumentation der Vorinstanz an, wonach Art. 303 Abs. 2 lit. a ZPO nicht zwingend ein entsprechendes Gesuch voraussetze, vielmehr die Hinterlegung von Unterhaltsbeiträgen unter Beachtung des *Offizialgrundsatzes* auch von Amtes wegen angeordnet werden könne. Daraus folge, dass die Vorinstanz nicht an die Parteianträge gebunden gewesen sei und von diesen habe abweichen dürfen (Urk. 8 Rz. 18). Zur Voraussetzung der Dringlichkeit macht die Klägerin geltend, dass die Hinterlegung von Unterhaltsleistungen nicht voraussetze, dass das Kind auf den Unterhalt dringlich angewiesen sei. Insbesondere

stehe der Umstand, dass der Unterhalt des Kindes von anderen Personen oder Behörden sichergestellt werde, der Hinterlegung nicht entgegen. Eine Auslegung in die Richtung, dass für die Hinterlegung von Unterhaltsleistungen eine Dringlichkeit im Sinne einer akut gefährdeten Existenz des Kindes gefordert wäre, würde den Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung gänzlich aushöhlen (Urk. 8 Rz. 25).

3.3. Art. 296 Abs. 3 ZPO statuiert die *Offizialmaxime* für Verfahren betreffend Kinderbelange in familienrechtlichen Angelegenheiten, d.h. das Gericht entscheidet ohne Bindung an die Parteianträge. Wie bereits dem Wortlaut des altrechtlichen Art. 281 aZGB ist nun auch Art. 303 Abs. 2 ZPO klar zu entnehmen, dass die klagende Partei ein Gesuch um vorsorgliche Massnahmen zu stellen hat. Dies sieht ein Teil der Lehre als eine Einschränkung der "Allgemeinen Bestimmungen" der Art. 295 ZPO und Art. 296 ZPO, weshalb dieser daraus schliesst, dass im Bereich der vorsorglichen Massnahmen von Unterhalts- und Vaterschaftsklagen trotz herrschender *Offizialmaxime* ein entsprechendes Gesuch durch die klagende Partei gestellt werden müsse (Pfänder, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], ZPO Schweizerische Zivilprozessordnung, Art. 303 N 4; a.M. BSK ZPO-Moret/Steck, Art. 303 N 16). Einigkeit herrscht in der Lehre jedoch darüber, dass aufgrund der allgemein herrschenden *Offizialmaxime* das Gericht nach einem entsprechenden Gesuch um vorläufige Zahlung und/oder Hinterlegung nicht an die Parteianträge gebunden ist. Dies betrifft zum einen die Höhe der geforderten Unterhaltsbeiträge, welche höher oder tiefer als beantragt festgesetzt werden können, zum anderen aber auch die Art (vorläufige Zahlung oder Hinterlegung oder beides für Teilbeiträge) der vorsorglichen Massnahme (Pfänder, a.a.O., Art. 303 N 5; BK-ZPO-Spycher, Art. 303 N 14 m.w.H.; BSK ZPO-Moret/Steck, Art. 303 N 16).

3.4. Die Klägerin hat mit ihrem Antrag um vorsorgliche Massnahmen vom 1. Februar 2023 ein Gesuch im Sinne von Art. 303 Abs. 2 ZPO gestellt. In Anwendung der *Offizialmaxime* war die Vorinstanz frei zu prüfen, ob Unterhaltsbeiträge vorläufig zu bezahlen (Art. 303 Abs. 2 lit. b ZPO) oder zu hinterlegen (Art. 303 Abs. 2 lit. a ZPO) sind. Da die Vorinstanz die Voraussetzung zur vorläufigen Bezahlung von Unterhaltsbeiträgen für nicht erfüllt erachtete, war es daher zulässig und auch geboten, die Voraussetzungen der Hinterlegung zu prüfen.

3.5. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung erachtete unter altem Recht die Dringlichkeit als keine eigenständige Voraussetzung, um vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 281 aZGB anzuordnen (BGE 117 II 127 E. 4 = Pra 82 (1993) Nr. 91; vgl. auch BK ZPO-Spycher, Art. 303 N 13). Eine Dringlichkeit kann zumindest entgegen der Ansicht des Beklagten nicht darin liegen, dass die Klägerin dringlich auf die Bezahlung von Kindesunterhalt angewiesen ist. Diesfalls würde eine Hinterlegung nie Abhilfe schaffen. Vielmehr muss – wenn überhaupt vorausgesetzt – eine gewisse Dringlichkeit im Hinblick darauf bestehen, dass die Unterhaltspflicht gesichert werden muss. Im vorliegenden Fall erweist sich die Hinterlegung in dieser Hinsicht als dringlich, da sich das Verfahren aufgrund des internationalen Sachverhalts in die Länge zu ziehen droht. So hat der Beklagte bereits bekanntgegeben, sich einer freiwilligen Abgabe einer DNA-Probe zu widersetzen (Urk. 4/34). Erste Abklärungen der Vorinstanz haben sodann ergeben, dass die rechtshilfweise Abnahme einer DNA-Probe in den USA ein langwieriger Prozess sein könne (Urk. 4/32). Je länger das Verfahren dauert, desto grösser wird das Inkassorisiko für nachträglich zu bezahlende Unterhaltsbeiträge, weshalb sich die Hinterlegung des voraussichtlich geschuldeten Kindesunterhalts als dringlich erweist. Hinzu kommt, dass der Beklagte keinerlei Belege zu seiner Leistungsfähigkeit eingereicht hat, weshalb sich die Sicherung der Unterhaltsbeiträge weiter auch in dieser Hinsicht aufdrängt.

3.6. Im Hinblick auf die geforderte Verhältnismässigkeit gilt es mit der Vorinstanz festzuhalten, dass die Hinterlegung verglichen mit der Bezahlung von Unterhaltsbeiträgen eine Massnahme mit einer geringeren Eingriffstiefe darstellt. Kann der Beklagte im laufenden Vaterschaftsprozess als Vater von C._____ ausgeschlossen werden, so werden ihm die hinterlegten Unterhaltszahlungen zurückerstattet.

3.7. Im Ergebnis war die Vorinstanz berechtigt, die Voraussetzungen zur Hinterlegung von Unterhaltsbeiträgen im Sinne von Art. 303 Abs. 2 lit. a ZPO zu prüfen, obwohl von der Klägerin einzig die vorläufige Bezahlung von Unterhaltsbeiträgen im Sinne von Art. 303 Abs. 2 lit. b ZPO verlangt worden ist.

4. Glaubhaftmachung der Vaterschaft

4.1. Der Beklagte macht geltend, dass es, selbst wenn an die Glaubhaftmachung keine allzu hohen Anforderungen gestellt würden, nicht sein könne, dass die spärlichen Textnachrichten, welche zwischen der Klägerin und ihm ausgetauscht worden seien, ausreichen würden, um seine Vaterschaft glaubhaft zu machen. Aus den Nachrichten lasse sich nichts Konkretes entnehmen, ausser, dass die Parteien sich am 12. Mai 2021 getroffen hätten. Daraus direkt auf den Vollzug des Beischlafs zu schliessen, sei eine sehr weite Interpretation (Urk. 1 Rz. 7). Der Beklagte führt weiter aus, wenn die behaupteten Schilderungen der Klägerin stimmen würden, würde sich auch die Frage stellen, mit wie vielen anderen Männern die Klägerin derart schnell im fraglichen Zeitraum intim geworden sei. Letztlich würden diese ebenfalls als Vater in Frage kommen. Inwiefern nur gestützt auf die im Recht liegenden spärlichen Textnachrichten seine Vaterschaft glaubhaft sein solle, erhelle sich nicht (Urk. 1 Rz. 8).

4.2. Die Klägerin macht zusammenfassend geltend, dass durch die eingereichten WhatsApp-Nachrichten zwischen den Parteien belegt sei, dass die Parteien vom 11. Mai 2021 bis zum 13. Mai 2021 ein Hotelzimmer geteilt hätten. So habe der Beklagte ihr namentlich am 12. Mai 2021 um 20.18 Uhr geschrieben: "Wo bist du?" Hierauf habe sie geantwortet, dass sie sich in der Umkleidekabine aufhalte. Der Beklagte habe daraufhin verlauten lassen: "Ok. Ich bin im Zimmer". Sie habe geantwortet: "Ok 5 Minuten bin da". Der Beklagte habe ihr keine Wegbeschreibung oder Zimmernummer durchgeben müssen, da der Standort des Zimmers beiden Parteien offensichtlich bekannt gewesen sei. Weiter werde – wie bereits im vorinstanzlichen Verfahren – eine Auskunftsanfrage an das Hotel D. _____ in E. _____ [Stadt in der Ukraine] beantragt, welche darüber Aufschluss geben werde, dass die Parteien zusammen die Zeit vom 11. Mai 2021 bis zum 13. Mai 2021 im besagten Hotel verbracht hätten. Zusätzlich habe sie an der Verhandlung vor Vorinstanz kohärent geschildert, wie sie den Beklagten anlässlich eines gemeinsamen Abendessens bzw. einer Party kennengelernt habe und wie die gemeinsame Zeit im Hotel des Weiteren verlaufen sei. Insgesamt sei die Vaterschaft des Beklagten ausreichend glaubhaft gemacht (Urk. 8 Rz. 4 ff.).

4.3. Der Beklagte moniert, dass es sich bei den WhatsApp-Nachrichten vom 12. Mai 2021 um eine zwanglose Terminabsprache ohne jeglichen sexuellen Kontext handle. Weitere Hinweise auf einen Beischlaf zwischen den Parteien würden – mit Ausnahme der blossen Behauptungen der Klägerin – keine bestehen. Dabei spiele es auch keine Rolle, ob die Aussagen der Klägerin glaubhaft wirken würden. Es würden schlichtweg überzeugende und stützbare Erkenntnisse fehlen, welche auf einen sexuellen Kontakt zwischen den Parteien hinweisen würden. Auch der Umstand, dass dem Chatverlauf nichts über die Zimmernummer oder eine Wegbeschreibung zu entnehmen sei, lasse keinen sexuellen Kontakt zwischen den Parteien vermuten. Einerseits habe sich die Klägerin offenbar beim Hotelempfang darüber erkundigt und andererseits dürfte sich eine eigentliche Wegbeschreibung zu einem Hotelzimmer in den meisten Fällen erübrigen (Urk. 17 Rz. 2).

4.4. Die Verpflichtung zur Hinterlegung der Entbindungskosten sowie angemessener Unterhaltsbeiträge für Mutter und Kind gemäss Art. 303 Abs. 2 lit. a ZPO wird davon abhängig gemacht, dass die Vaterschaft glaubhaft gemacht ist (BSK ZPO-Moret/Steck, Art. 303 N 13). Glaubhaftmachen einer Vaterschaft verlangt weniger als deren Vermutung. Eine Vaterschaftsvermutung gemäss Art. 262 ZGB basiert auf nachgewiesenem oder zugestandenem Geschlechtsverkehr. Glaubhaftmachung verlangt hingegen nur, Anhaltspunkte beizubringen, welche die Beiwohnung und somit die Vaterschaft wahrscheinlich erscheinen lassen, so beispielsweise bei Zusammenwohnen, bei einer gewissen Bekanntschaftsdauer mit gemeinsamen Ferien, aber auch bloss bei regelmässigen gemeinsamen Freizeitaktivitäten, oder aber auch selbst bei triftigen Anhaltspunkten für die Beiwohnung bei kurzfristigem/einmaligem Kontakt (vgl. dazu Schweighauser, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], Art. 303 N 34; BSK ZGB I-Breitschmid, 4. Aufl., Art. 282/283 N 2). Die Vaterschaft wird somit dann als glaubhaft gemacht betrachtet, wenn Anhaltspunkte für die Beiwohnung des Beklagten bestehen oder diese nach Ort, Zeit und weiteren Umständen dargetan ist und ihr Zeitpunkt mit der Möglichkeit einer Konzeption ernstlich zu rechnen erlaubt (BGE 109 II 199 E. 2).

4.5. Die Klägerin wurde anlässlich der Verhandlung vor Vorinstanz am 31. Mai 2023 als Partei befragt und in Anwendung von Art. 191 Abs. 1 ZPO zur Wahrheit ermahnt (vgl. Prot. I S. 11). Die Klägerin hat aufgrund ihrer Parteirolle klarerweise ein Interesse, die Lage in einem für sie günstigen Licht darzustellen. Für die Richtigkeit einer Aussage ist jedoch nicht in erster Linie die prozessuale Stellung und Motivlage der Befragten, sondern die Aussage der Befragten selbst bzw. deren Aussageverhalten massgebend. Zu prüfen sind Aussagen daher unter den Gesichtspunkten von sog. Realitätskriterien, welche deren Glaubhaftigkeit belegen, sowie auf ihre Übereinstimmung mit bereits anderweitig ermittelten Sachverhalten, die als bewiesen gelten (vgl. zum Ganzen: Schumacher, Die Würdigung von Zeugen- und Parteiaussagen, insbesondere im Zivilprozess, AJP 2000, S. 1451 ff.; Bender, Die häufigsten Fehler bei der Beurteilung von Zeugenaussagen, in SJZ 81 [1985] S. 54 ff.).

4.6. Es ist der Vorinstanz zuzustimmen, dass die Klägerin kohärent geschildert hat, wie sie den Beklagten kennengelernt hat und wie die gemeinsame Zeit im Hotel des Weiteren verlief (Urk. 36 E. 3.2.3.). Auf diese Erwägungen kann verwiesen werden. In Ergänzung dazu ist zu betonen, dass die Aussage der Klägerin mehrere Realitätskriterien aufweist. Die Schilderung des gesamten Ablaufs der Bekanntschaft der Klägerin mit dem Beklagten und der gemeinsam verbrachten Zeit innert dieser zwei Tage (Prot. I S. 12 f.), erscheint aufgrund der zahlreich erwähnten Details und des logischen Ablaufs glaubhaft. Hätte die Klägerin lediglich plausibel machen wollen, dass es mit dem Beklagten zu Geschlechtsverkehr gekommen sei, wäre es nicht erforderlich gewesen, eine eher romantisch anmutende Geschichte zu erfinden, mit einer geplanten Partnermassage, einem Abendessen in einem schicken Restaurant und dem grosszügigen Angebot, dass die Klägerin in der Abwesenheit des Beklagten das Spa besuchen und sich mit dem ihr überlassenen Geld etwas kaufen solle. Hinzu kommt, dass sich Teile ihrer Aussage mit Hilfe der übersetzten WhatsApp-Nachrichten überprüfen lassen. Den WhatsApp-Nachrichten lässt sich entnehmen, dass sich die Parteien am 12. Mai 2021 für eine Massage treffen wollten (Urk. 4/25 S. 1). Nachdem die Klägerin alleine zur Massage gegangen war, teilte der Beklagte der Klägerin mit, dass er sich in seinem Hotelzimmer aufhalte, worauf die Klägerin ihm antwortete, dass sie in fünf Minuten bei ihm sei

(Urk. 4/25 S. 2). Diese Unterhaltung lässt den Schluss zu, dass die Klägerin den genauen Standort des Hotelzimmers gekannt hat. Es ist lebensfremd anzunehmen, dass sie sich zuerst am Hotelempfang nach der Zimmernummer des Beklagten erkundigte, wie dies der Beklagte vorbringt (Urk. 17 Rz. 2). Wäre es in einer laufenden WhatsApp-Unterhaltung doch naheliegender und einfacher, sogleich nach der Zimmernummer zu fragen, wenn diese unbekannt wäre. Unbestritten ist, dass die Klägerin den Beklagten während der Schwangerschaft und nach der Niederkunft kontaktierte, wobei dieser ihre Nachrichten ignorierte (vgl. Urk. 4/33 S. 3 Rz. 9). Hätte der Beklagte der Klägerin im fraglichen Zeitraum nie beigewohnt, wäre es gemäss der allgemeinen Lebenserfahrung naheliegender gewesen, sie ausdrücklich auf diesen Umstand und auf die Unmöglichkeit seiner Vaterschaft hinzuweisen, statt die Nachrichten einfach zu ignorieren. Dies gilt umso mehr, als es sich bei der Klägerin nicht um eine für den Beklagten wildfremde Person handelt, hat er doch zugegebenermassen die Klägerin in E. _____ kennengelernt, mit ihr zu Abend gegessen und sich mit ihr über WhatsApp ausgetauscht.

4.7. Der Klägerin gelingt es mit ihren Aussagen und den übersetzten WhatsApp-Nachrichten eine allfällige Beiwohnung des Beklagten am 12. Mai 2021 glaubhaft zu machen. Die Klägerin hat ihre Tochter am tt.mm.2022 geboren. Da dieser Zeitpunkt mit der Möglichkeit einer Empfängnis am 12. Mai 2021 ernstlich zu rechnen erlaubt, ist somit zusätzlich zur Beiwohnung auch die Vaterschaft im Sinne von Art. 303 Abs. 2 lit. a ZPO glaubhaft gemacht. Damit erübrigt sich auch die von der Klägerin beantragte Auskunftsanfrage an das Hotel D. _____ in E. _____.

4.8. Das Argument des Beklagten, die Klägerin könnte in der fraglichen Zeit auch mit anderen Männern Geschlechtsverkehr gehabt haben (Urk. 1 Rz. 8), ist zwar zutreffend, vermag aber nichts daran zu ändern, dass die Vaterschaft aus den dargelegten Gründen hinreichend glaubhaft erscheint. An die Glaubhaftmachung dürfen nicht zu hohe Anforderungen gestellt werden, weshalb es nicht angeht, auf die blosser Behauptung des Vaterschaftsbeklagten, die Kindsmutter habe in der kritischen Zeit auch mit Dritten verkehrt, abzustellen, ohne dass hierfür konkrete Anhaltspunkte oder Indizien vorliegen (BGE 117 II 374; BSK ZPO-Moret/Steck, Art. 303 N 19).

4.9. Im Ergebnis ist die Würdigung der Vorinstanz, die Klägerin habe die Vaterschaft des Beklagten glaubhaft gemacht, nicht zu beanstanden.

5. Betreuungsunterhalt

5.1. Der Beklagte anerkennt die vorinstanzliche Berechnung des Barbedarfs von C._____ in der Höhe von Fr. 1'108.-. Ein darüber hinausgehender Betreuungsunterhalt sei jedoch nicht geschuldet. Sinn und Zweck des Betreuungsunterhalts sei, dass der Elternteil, welcher das Kind betreut und aus just diesem Grund nicht in der Lage sei, ein Erwerbseinkommen zu erzielen, seinen Lebensbedarf mittels Betreuungsunterhalt decken könne. Die Klägerin bringe selber vor, dass sie aufgrund mangelnder Sprachkenntnisse und fehlender Bewilligung in der Schweiz gar nicht berufstätig sein könne. Somit sei die Betreuung der Tochter gerade nicht kausal für ihr fehlendes Erwerbseinkommen, weshalb entsprechend auch kein Betreuungsunterhalt geschuldet sei (Urk. 1 Rz. 10 ff.).

5.2. Die Klägerin stellt sich auf den Standpunkt, dass für die Berechnung des Betreuungsunterhalts das Schulstufenmodell zur Anwendung gelange. Aktuell sei C._____ 20 Monate alt und stehe unter ihrer alleinigen Obhut. Aufgrund des Alters der Tochter sei diese auf eine Rund-um-die-Uhr-Betreuung durch sie angewiesen. Das finanzielle Manko, welches ihr entstehe, sei direkt-kausal durch die geleistete Betreuungsarbeit. Weiter bestreitet die Klägerin, dass sie auch ohne Kind keinerlei Erwerbseinkommen erzielen würde (Urk. 8 Rz. 29 f.).

5.3. Betreuungsunterhalt setzt voraus, dass das Kind der Betreuung bedarf. Ob das Kind persönlicher Betreuung durch einen Elternteil bedarf oder aber eine Betreuung durch andere Personen (Grosseltern, Tagesmutter, Krippe usw.) erfolgen soll, ist eine Entscheidung der Eltern. Der Gesetzgeber gibt keinem der Betreuungsmodelle den Vorzug, sondern setzt lediglich die Vorgabe, dem Kind sei die bestmögliche Betreuung zu gewähren (BSK ZGB I-Fountoulakis, Art. 285 N 37 f.; BGE 144 III 481 E. 4.5). Die Zusprechung eines Betreuungsunterhalts setzt jedoch voraus, dass die eigene Leistungsfähigkeit wegen der Betreuung des Kindes reduziert bzw. nicht vorhanden ist. Es bedarf folglich eines Kausalzusammenhangs zwi-

schen Kindesbetreuung und fehlender Leistungsfähigkeit (BSK ZGB I-Fountoulakis, Art. 285 N 39).

5.4. C._____ ist aufgrund ihres jungen Alters klarerweise auf Betreuung angewiesen. Die Klägerin ist am 13. März 2022 in die Schweiz eingereist (Prot. I S. 11) und verfügt über den Aufenthaltsstatus S (Urk. 4/4/2), weshalb sie gemäss Art. 75 AsylG eine Arbeitsbewilligung beantragen kann. Weiter gibt es in der Schweiz viele Berufstätigkeiten, welche ohne gute Deutschkenntnisse ausgeführt werden können. Es liegt daher keine objektive Unmöglichkeit vor, einer Erwerbstätigkeit nachzugehen. Des Weiteren liegt es in der persönlichen Entscheidung der Klägerin als Kindsmutter und Inhaberin der elterlichen Sorge, wer die Betreuung der Tochter C._____ wahrnimmt. Dass sie die Betreuung selbst übernimmt, ist ihr daher nicht vorzuwerfen. Insgesamt ist damit der Kausalzusammenhang zwischen der Kindesbetreuung und der fehlenden Leistungsfähigkeit gegeben, weshalb auch ein Betreuungsunterhalt geschuldet ist.

5.5. Im Ergebnis ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz der Klägerin einen Betreuungsunterhalt zugestanden hat. Die Berechnung und die Höhe des Betreuungsunterhalts wurde sodann nicht angefochten und gibt zu keinen weiteren Bemerkungen Anlass.

6. Fazit

Zusammengefasst kann der Vorinstanz weder eine unrichtige Rechtsanwendung noch eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts vorgeworfen werden. Die Berufung des Beklagten ist damit abzuweisen und die angefochtene Verfügung ist zu bestätigen.

7. Kosten- und Entschädigungsfolgen

7.1. Die Vorinstanz hielt fest, dass über die erstinstanzlichen Kosten- und Entschädigungsfolgen im Endentscheid befunden werde (Urk. 2 Dispositiv-Ziffer 4). Dies blieb unangefochten und ist zu bestätigen (Art. 104 Abs. 3 ZPO).

7.2. Die Entscheidgebühr für das zweitinstanzliche Verfahren ist in Anwendung von § 12 Abs. 1 und Abs. 2 i.V.m. § 2, § 5 sowie § 8 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 3'000.– festzusetzen und ausgangsgemäss dem Beklagten aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Zudem ist er zu verpflichten, der Klägerin eine volle Parteientschädigung zu bezahlen. Diese ist in Anwendung von § 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV i.V.m § 2 Abs. 2 lit. a, § 5 und § 9 AnwGebV auf Fr. 1'700.– festzusetzen. Die Mehrwertsteuer für im Jahr 2023 erbrachte Leistungen beträgt 7.7 % (Art. 115 Abs. 1 i.V.m. Art. 112 Abs. 2 i.V.m. aArt. 25 Abs. 1 MWSTG), mithin Fr. 130.90. Der Beklagte ist somit zu verpflichten, der Klägerin bzw. ihrem unentgeltlichen Rechtsvertreter (vgl. E. 7.4) eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 1'830.90 zu bezahlen.

7.3. Die Klägerin stellt ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege sowie ein Gesuch um unentgeltliche Rechtsverbeiständung (Urk. 12 und Urk. 13). Gemäss 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). Sofern es zur Wahrung der Rechte notwendig ist, besteht darüber hinaus ein Anspruch auf einen unentgeltlichen Rechtsbeistand (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO).

7.4. Gerichtskosten hat die Klägerin keine zu tragen. Sodann ist der Beklagte zur Leistung einer vollen Parteientschädigung von Fr. 1'700.– zu verpflichten. Angesichts der fehlenden Unterlagen zur Leistungsfähigkeit des Beklagten und somit auch der fraglichen Solvenz des Beklagten ist indessen über das Gesuch um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes zu entscheiden (vgl. BGer 5A_407/2014 vom 7. Juli 2014, E. 2.2). Die Klägerin wird vom Sozialamt unterstützt, hat keine liquiden Vermögenswerte und gilt deshalb als mittellos (vgl. Urk. 15/1-5). Zudem ist sie rechtsunkundig und für die sachgerechte Wahrung ihrer Rechte auf anwaltlichen Beistand angewiesen. Es ist ihr daher für das Berufungsverfahren in der Person ihres Rechtsvertreters ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen. Ist die Parteientschädigung uneinbringlich, so bleibt mit der Bestellung des unentgeltlichen Rechtsbeistands gewährleistet, dass der Anwalt der Klägerin nötigenfalls durch den Staat entschädigt werden kann. Diesfalls geht mit der Zahlung der An-

spruch auf den Kanton Zürich über (Art. 122 Abs. 2 ZPO). Im Mehrumfang ist das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege als gegenstandslos abzuschreiben.

Es wird beschlossen:

1. Der Klägerin wird für das Berufungsverfahren in der Person von Rechtsanwalt Dr. iur. Y. _____ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt. Im Übrigen wird das Gesuch der Klägerin um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege abgeschrieben.
2. Die Berufung wird abgewiesen und die Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 7. Abteilung, vom 13. Juli 2023 wird bestätigt.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'000.– festgesetzt.
4. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Beklagten auferlegt und mit dem geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
5. Der Beklagte wird verpflichtet, dem unentgeltlichen Rechtsvertreter der Klägerin, Rechtsanwalt Dr. iur. Y. _____, für das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 1'830.90 zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

7. 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 über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit.

Der Streitwert übersteigt Fr. 30'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 23. Mai 2024

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

MLaw D. Valsangiacomo

versandt am:
st