

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LZ150010-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende,
Oberrichterin Dr. M. Schaffitz und Oberrichter lic. iur. M. Spahn
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. N. Gerber

Beschlüsse vom 9. Dezember 2015

in Sachen

A. _____,

Klägerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Inhaberin der elterlichen Sorge B. _____,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____,

gegen

C. _____,

Beklagter und Berufungsbeklagter

betreffend **Unterhalt**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren am
Bezirksgericht Bülach vom 2. Juni 2015 (FK150004-C)**

Rechtsbegehren (Urk. 2):

"Der Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin einen angemessenen monatlichen Unterhaltsbeitrag zu bezahlen, gerichtsüblich indexiert, zahlbar monatlich im Voraus auf den ersten eines jeden Monats, rückwirkend ab ein Jahr vor Klageeinreichung, bis zu einer angemessenen Erstausbildung der Klägerin.

Vorsorgliche Massnahmen:

Der Beklagte sei im Sinne einer vorsorglichen Massnahme zu verpflichten, der Klägerin einen monatlichen Unterhaltsbeitrag in Höhe von CHF 1'000.00 zu bezahlen, zahlbar auf den ersten eines jeden Monats.

Prozessualer Antrag:

Der Klägerin sei die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren und in der Person von Dr. RA X. _____ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beklagten."

anlässlich der Verhandlung vom 13. April 2015 abgeändertes bzw. konkretisiertes Rechtsbegehren (Urk. 10):

"Der Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin einen angemessenen monatlichen Unterhaltsbeitrag in der Höhe von CHF 1'290.00 bzw. ab 30.05. 2017 einen solchen von CHF 1'407.00 zu bezahlen, gerichtsüblich indexiert, zahlbar monatlich im Voraus auf den ersten eines jeden Monats, rückwirkend ab ein Jahr vor Klageeinreichung, bis zu einer angemessenen Erstausbildung der Klägerin. Die Klägerin behält sich vor, nach Kenntnis der finanziellen Verhältnisse des Beklagten den geforderten Unterhaltsbeitrag genauer zu beziffern.

Vorsorgliche Massnahmen:

Der Beklagte sei im Sinne einer vorsorglichen Massnahme zu verpflichten, der Klägerin einen monatlichen Unterhaltsbeitrag in Höhe von CHF 1'000.00 zu bezahlen, zahlbar auf den ersten eines jeden Monats.

Prozessualer Antrag:

Der Klägerin sei die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren und in der Person von Dr. RA X. _____ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beklagten."

Urteil des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren
am Bezirksgericht Bülach vom 2. Juni 2015:
(Urk. 25 = 28)

1. Es wird festgestellt, dass der Beklagte, C._____, geboren tt.mm.1961, von Mazedonien, der Vater der Klägerin, A._____, geboren tt.mm.2004, von Albanien, ist.
2. Es wird kein Unterhalt zugesprochen.
3. Die Entscheidegebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 1'500.- ; die Barauslagen betragen:
Fr. 1'197.- DNA-Abstammungsgutachten
Fr. 300.- Übersetzung

Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
4. Die Gerichtskosten werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt, der Anteil der Klägerin jedoch einstweilen auf die Staatskasse genommen. Die Klägerin wird auf die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO hingewiesen.
5. Es werden keine Parteienschädigungen zugesprochen.
6. (Mitteilungssatz)
7. (Rechtsmittelbelehrung)

Berufungsanträge:

der Klägerin und Berufungsklägerin (Urk. 27 S. 2):

- "1.1. In Aufhebung von Ziff. 2 des Urteils sei der Berufungsbeklagte zu verpflichten, der Berufungsklägerin einen angemessenen monatlichen Unterhaltsbeitrag in der Höhe von CHF 1290.00 bzw. ab 30.05.2017 einen solchen in Höhe von CHF 1'407.00 zu bezahlen, gerichtsüblich indexiert, zahlbar monatlich im Voraus auf den ersten eines jeden Monats, rückwirkend ab ein Jahr vor Klageeinreichung bis zu einer angemessenen Erstausbildung der Berufungsklägerin.

- 1.2. Eventualiter sei der Berufungsbeklagte in Aufhebung von Ziff. 2 des Urteils zu verpflichten, der Berufungsklägerin einen angemessenen monatlichen Unterhaltsbeitrag in Höhe von CHF 1'000.00 zu bezahlen, gerichtsüblich indexiert, zahlbar monatlich im Voraus auf den ersten eines jeden Monats, rückwirkend ab ein Jahr vor Klageeinreichung bis zu einer angemessenen Erstausbildung der Berufungsklägerin.
- 1.3. Subeventualiter sei der Berufungsbeklagte in Aufhebung von Ziff. 2 des Urteils zu verpflichten, der Berufungsklägerin einen angemessenen monatlichen Unterhaltsbeitrag von CHF 548.95 zu bezahlen, gerichtsüblich indexiert, zahlbar monatlich im Voraus auf den ersten eines jeden Monats, rückwirkend ab ein Jahr vor Klageeinreichung bis zu einer angemessenen Erstausbildung der Berufungsklägerin.
2. In Aufhebung von Ziff. 4 des Urteils seien die Gerichtskosten vollumfänglich dem Berufungsbeklagten aufzuerlegen.
3. Eventualiter sei die Sache zur Vervollständigung und Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren zulasten des Berufungsbeklagten (inkl. MwSt.).

Prozessualer Antrag:

Der Berufungsklägerin sei die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren und in der Person von RA Dr. X. _____ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen."

des Beklagten und Berufungsbeklagten:

keine

Erwägungen:

I.

1. Die Klägerin und Berufungsklägerin (fortan Klägerin) wurde am tt.mm.2004 geboren. Die Mutter der Klägerin, B. _____, geb. tt.mm.1964 (Urk. 4/1 und Urk. 4/5), und der Beklagte und Berufungsbeklagte (fortan Beklagte) waren nie miteinander verheiratet und haben nie zusammen gewohnt (Urk. 10 S. 3; Prot. I. S. 6). Mit Eingabe vom 30. Januar 2015 (Urk. 2) reichte die Klägerin bei der Vorinstanz eine Unterhaltsklage ein. Nachdem der Beklagte im Rahmen der Verhandlung vom 13. April 2015 betreffend die Klägerin seine Vaterschaft in Frage stellte (Prot. I. S. 6 ff.), wurde mit Verfügung vom 22. April 2015 (Urk. 14) ein DNA-Gutachten

zur Abklärung der Vaterschaft des Beklagten eingeholt. Für den Verlauf des erstinstanzlichen Verfahrens kann im Übrigen auf das angefochtene Urteil verwiesen werden (Urk. 25 E. I.). Mit Urteil vom 2. Juni 2015 (Urk. 25 = 28) stellte die Vorinstanz die Vaterschaft des Beklagten zur Klägerin fest und sah von der Zusprechung von Unterhaltsbeiträgen ab. Mit Verfügungen vom gleichen Datum gewährte sie der Klägerin überdies die unentgeltliche Rechtspflege und wies das Gesuch der Klägerin um Erlass vorsorglicher Massnahmen ab (Urk. 21).

2. Die Klägerin hat gegen das erstinstanzliche Urteil fristgerecht Berufung mit den eingangs erwähnten Anträgen erhoben (Urk. 27). Der Beklagte hat innert der ihm mit Verfügung vom 26. August 2015 (Urk. 32) angesetzten Frist keine Berufungsantwort eingereicht.

3. Die Berufung hemmt die Rechtskraft des angefochtenen Entscheides im Umfang der Anträge (Art. 315 Abs. 1 ZPO). Dispositiv-Ziffer 1 (Feststellung der Vaterschaft des Beklagten) wurde von keiner Partei angefochten, weshalb das angefochtene Urteil in diesem Umfang mit Ablauf der Anschlussberufungsfrist, d.h. am 2. Oktober 2015, in Rechtskraft erwachsen ist. Dies ist vorzumerken. Dispositiv-Ziffer 3 (Festsetzung der Entscheidgebühr) wurde zuvor von keiner Partei angefochten. Da allerdings - wie noch zu zeigen sein wird (E. II) - eine Rückweisung des Verfahrens an die Vorinstanz erfolgt, ist sie nicht als rechtskräftig zu erklären.

II.

1. Gegenstand des vorliegenden Berufungsverfahrens bilden die Kinderunterhaltsbeiträge an die Klägerin (Urk. 28 Dispositiv-Ziffer 2) sowie die erstinstanzlichen Kosten- und Entschädigungsfolgen (Urk. 28 Dispositiv-Ziffern 4 und 5).

2.1. Die Vorinstanz sah von der Zusprechung eines Unterhaltsbeitrages an die Klägerin ab, nachdem sie zum Schluss gekommen war, dass der Beklagte nicht leistungsfähig sei (Urk. 28 E. II. 4.c und d). Neben den Ausführungen des Beklagten anlässlich der Verhandlung, wonach der Mietzins für die von ihm gemeinsam

mit seiner Ehefrau bewohnten Wohnung übernommen werde und er zusätzlich Sozialhilfe von Fr. 800.– bis Fr. 1'000.– erhalte, stütze sie sich auf eine Bescheinigung der Sozialen Dienste der Stadt D._____ (Urk. 12), wonach der Beklagte seit 2013 von der öffentlichen Hand unterstützt wird, sowie auf eine Veranlagungsverfügung vom 4. Mai 2015 (Urk. 17/5/1-2).

2.2. Die Klägerin macht im Rahmen der Berufung geltend, die Feststellung der Vorinstanz, dass der Beklagte nicht leistungsfähig sei, basiere auf einem nicht genügend festgestellten Sachverhalt und sei geradezu willkürlich. Das Schreiben der Sozialen Dienste D._____ bestätige lediglich, dass der Beklagte und seine Ehefrau seit Dezember 2013 von den Sozialen Diensten D._____ unterstützt würden, sage aber nichts über die finanziellen Verhältnisse des Beklagten oder über den Grund der Unterstützung aus. Aus der Veranlagungsverfügung könne nichts über das tatsächliche Vermögen des Beklagten abgeleitet werden, da sich der Beklagte offenbar der Taktik bedient habe, nichts einzureichen und darauf zu hoffen, dass nichts abgeklärt werde. Tatsache sei, dass der Beklagte gut gebildet sowie gesund und arbeitsfähig sei. Ein Sozialhilfeempfänger sei nicht mit einem arbeitsunfähigen Invaliden gleichzusetzen. Dass der Beklagte auf dem Arbeitsmarkt keine Chance habe, sei vom Beklagten weder geltend gemacht worden noch rechtsgenügend belegt. Wäre der Beklagte tatsächlich aus gesundheitlichen Gründen arbeitsunfähig, hätte er sich schon längst eine Invalidenrente zusprechen lassen. Vor diesem Hintergrund sei dem Beklagten ein hypothetisches Einkommen in der Höhe von Fr. 5'000.– anzurechnen. Die Vorinstanz sei auf diese Vorbringen der Klägerin ohne weitere Abklärungen gar nicht erst eingegangen. Mangels anderslautender Belege müsse ferner davon ausgegangen werden, dass der Beklagte genügend Vermögen habe, um Unterhaltszahlungen zu leisten. Insbesondere sei mangels Bestreitung davon auszugehen, dass der Beklagte Vermögen in Form von teuren Büchern habe. Ausgehend von einem Bedarf der Klägerin von aktuell Fr. 1'925.– und ab 30. Mai 2017 von Fr. 2'100.–, einem Einkommen der Kindesmutter von Fr. 2'500.– und einem hypothetischen Einkommen des Beklagten von Fr. 5'000.–, ergebe sich bei einer Quote von 67% (Beklagter) und 33% (Kindesmutter) ein Unterhaltsanspruch der Klägerin gegenüber dem Beklag-

ten von Fr. 1'289.75 beziehungsweise ab 30. Mai 2017 von Fr. 1'407.– (Urk. 27 S. 5 ff.).

2.3. Nach Art. 276 Abs. 1 ZGB haben die Eltern für den Unterhalt des Kindes aufzukommen. Steht das Kind nicht in der Obhut eines Elternteils, so hat dieser seinen Beitrag durch Geldleistungen zu erbringen (Art. 276 Abs. 2 ZGB). Der Beitrag bemisst sich nach den Bedürfnissen des Kindes sowie der Lebensstellung und Leistungsfähigkeit der Eltern, und es sind die Einkünfte und das Vermögen des Kindes sowie der Beitrag des nicht obhutsberechtigten Elternteils an der Betreuung des Kindes zu berücksichtigen (Art. 285 Abs. 1 ZGB; BGE 135 III 66 E. 4). Dabei ist grundsätzlich vom tatsächlich erzielten Einkommen des Unterhaltspflichtigen auszugehen. Soweit dieses Einkommen allerdings nicht ausreicht, um den ausgewiesenen Bedarf zu decken, kann ein hypothetisches Einkommen angerechnet werden, soweit dies zu erreichen zumutbar und möglich ist (BGE 128 III 4 E. 4a). Dabei handelt es sich um zwei Voraussetzungen, die kumulativ erfüllt sein müssen. Damit ein Einkommen überhaupt oder ein höheres Einkommen als das tatsächlich erzielte, angerechnet werden kann, genügt es nicht, dass der betroffenen Partei weitere Anstrengungen zugemutet werden können. Vielmehr muss es auch möglich sein, aufgrund dieser Anstrengungen ein höheres Einkommen zu erzielen. Mit Bezug auf das hypothetische Einkommen ist Rechtsfrage, welche Tätigkeit aufzunehmen als zumutbar erscheint. Tatfrage bildet hingegen, ob die als zumutbar erkannte Tätigkeit möglich und das angenommene Einkommen effektiv erzielbar ist (BGE 128 III 4 E. 4c/bb; BGer 5A_388/2010 vom 29. September 2010 E. 1). Gemäss Rechtsprechung werden besonders hohe Anforderungen an die Ausnützung der Erwerbskraft gestellt, wenn es um Kinderunterhalt geht und - wie vorliegend voraussichtlich der Fall - wirtschaftlich enge Verhältnisse vorliegen (BGE 137 III 118 E. 3.1).

2.4. Die Unterhaltsklage des Kindes gegen einen Elternteil wird durch die ZPO dem vereinfachten Verfahren zugewiesen (Art. 295 ZPO i.V.m. Art. 243 ff. ZPO). Gemäss Art. 296 Abs. 1 ZPO gilt für kinderrechtliche Belange und damit auch die Festsetzung von Kinderunterhaltsbeiträgen in familienrechtlichen Angelegenheiten die uneingeschränkte Untersuchungsmaxime, d.h. das Gericht erforscht den

Sachverhalt von Amtes wegen (BK-Spycher, Art. 296 N 5). Die Sammlung des Prozessstoffes obliegt neben den Parteien somit auch dem Gericht. Trotz der Untersuchungsmaxime haben die Parteien das Tatsächliche des Streites vorzutragen. Das Gericht hat aber sowohl behauptete unbestrittene oder anerkannte Tatsachen zu überprüfen als auch relevanten Tatsachen nachzugehen, die von den Parteien nicht ausdrücklich behauptet wurden. Das Gericht fragt die Parteien nach Beweismitteln, die ihm im Hinblick auf die rechtliche Subsumtion als wichtig erscheinen. Bei Unterhaltsklagen haben die Gerichte auch Nachforschungen zur Einkommenssituation der Pflichtigen zu treffen (Pfänder Baumann, in: Brunner/Gasser/Schwander, ZPO Kommentar, 2011, Art. 296 N 3).

2.5. Mit Verfügung vom 5. Februar 2015 setzte die Vorinstanz dem Beklagten gestützt auf Art. 296 Abs. 1 ZPO und Art. 244 Abs. 3 lit. c ZPO Frist an, um diverse Belege zu seinen finanziellen Verhältnissen einzureichen (Urk. 6). Dieser Aufforderung kam der Beklagte - angeblich aus gesundheitlichen Gründen (Prot. I. S. 5) - nicht nach. An der Verhandlung vom 13. April 2015 brachte er einzig eine Unterstützungsbestätigung der Sozialen Dienste der Stadt D. _____ bei (Urk. 12; Prot. I. S. 15). Im Anschluss an die Verhandlung vom 13. April 2015 bat der Beklagte um Angabe dessen, was er einzureichen habe, worauf ihm eine Kopie der Verfügung vom 5. Februar 2015 übergeben und beschieden wurde, es gehe um die in dieser Verfügung aufgeführten Unterlagen (Prot. I. S. 17). Am 5. Mai 2015 reichte der Beklagte die bereits erwähnte Unterstützungsbestätigung, einige Belege zu seinen Auslagen (Swisscom, Heiz- und Nebenkosten, Krankenkasse) und eine Veranlagungsverfügung vom 4. Mai 2015 (Ergänzende ordentliche Veranlagung zur Quellensteuer des Jahres 2014) ein (Urk. 17/1-5).

2.6. Der 54-jährige Beklagte führte anlässlich der Verhandlung vom 13. April 2015 aus, er habe Biologie studiert. Seit er 1988 in die Schweiz gekommen sei, habe er auf dem Bau und zuletzt bei einer Tankstelle gearbeitet. Seit 2006 sei er nicht mehr erwerbstätig. Zu seinem Gesundheitszustand wollte der Beklagte in Anwesenheit der Klägerin keine genaueren Angaben machen, führte aber zumindest aus, er habe zwei schwere Operationen hinter sich und sei psychisch sehr belastet. Aktuell befände er sich in der ...-Klinik in Rehabilitation. Pro Monat erhal-

te er von der Sozialhilfe Fr. 1'072.– für die Miete und zudem Fr. 800.– bis Fr. 1'000.– (Prot. I. S. 5 ff.). Alleine gestützt auf diese - auf einfache gerichtliche Befragung (Art. 56, Art. 247 Abs. 1 ZPO) hin gemachten - Ausführungen, die vom Beklagten eingereichte Unterstützungsbestätigung der Sozialen Dienste der Stadt D._____ (Urk. 12) und die Veranlagungsverfügung vom 4. Mai 2015 (Urk. 17/5/1-2) erachtete die Vorinstanz den Beklagten für leistungsunfähig (Urk. 28 E. II. 4.c und 4.d).

Vorliegend hätten sich aber nähere Abklärungen aufgedrängt, um den gesundheitlichen Zustand des Beklagten und das Ausmass einer allfällig bestehenden Arbeitsfähigkeit zu eruieren. Offenbar lag dem Gericht ein Reha-Plan vor, welcher aber nicht zu den Akten genommen wurde (Prot. I. S. 15). Der Beklagte hat im Übrigen auch einen entsprechenden Beweisantrag gestellt, indem er offeriert hat, dass das Gericht bei der Rehabilitationsklinik, in der er sich zurzeit befinde, Informationen zu seiner Krankheit einholen könne (Prot. I. S. 6). Des weiteren wäre durch die Vorinstanz abzuklären gewesen, ob der Beklagte allenfalls noch Erwerb ersatzeinkommen, das heisst Taggelder von Sozialversicherungen wie Arbeitslosen-, Kranken- oder Unfalltaggelder, erhält. Der Beklagte wies denn auch darauf hin, dass das Gericht sich bei Fragen in Zusammenhang mit seinen Einkünften mit dem Sozialamt D._____ in Verbindung setzen könne und gab die Telefonnummer einer Kontaktperson bekannt (Urk. 17/2). Gerade da der Vorinstanz offenbar auch ein Aktenstück betreffend eine IV-Abklärung vom Sommer 2014 vorlag, welches aber keinen Eingang in die Akten fand (vgl. Prot. I. S. 15), wäre zu prüfen gewesen, ob eine IV-Anmeldung pendent ist, in welchem Stadium sich ein entsprechendes Verfahren gegebenenfalls befindet und ob allenfalls schon eine IV-Rente zugesprochen wurde. Falls dem Beklagten bereits eine IV-Rente zugesprochen wurde, wären deren Höhe sowie die Höhe einer allfälligen Kinderrente in Erfahrung zu bringen gewesen. Keine Sachverhaltsabklärungen erfolgten im Übrigen betreffend den Lebenslauf des Beklagten. Im Hinblick auf die allfällige Anrechnung eines hypothetischen Einkommens (im Umfang einer bestehenden Erwerbsfähigkeit) wäre die Vorinstanz gehalten gewesen, die Ausbildung, den beruflichen Werdegang, allfällige Unterbrüche der Erwerbstätigkeit, die Sprachkenntnisse sowie den Aufenthaltsstatus des Beklagten in Erfahrung zu bringen.

Fast gänzlich fehlen schliesslich Angaben zum Bedarf des Beklagten und - abgesehen von einer Versicherungspolice für die Krankenkassenprämie des Beklagten (Urk. 17/4) sowie einer Einzahlungsbestätigung zugunsten der Swisscom AG (Urk. 17/2) - entsprechende Belege.

Auch ergibt sich - entgegen der Auffassung der Vorinstanz - aus der Veranlagungsverfügung (Urk. 17/5/1-2) die Vermögenslosigkeit des Beklagten nicht, enthält diese nämlich gerade den Hinweis, dass inskünftig sämtliche Konti im In- und Ausland unter Beilage entsprechender Kontoauszüge zu belegen seien.

Die Vorinstanz hat insofern die Untersuchungsmaxime verletzt, als sie es unterlassen hat, alle notwendigen und geeigneten Abklärungen, auch bei behandelnden Ärzten, IV-Stellen, Sozial- und Steuerbehörden, vorzunehmen, um den rechtlich relevanten Sachverhalt zu ermitteln.

Es sind demnach vorliegend neue, von der Vorinstanz nicht vorgenommene Sachverhaltsabklärungen zum Einkommen und zum Bedarf des Beklagten nötig. Weil sich der Sachverhalt damit in wesentlichen Teilen als unvollständig erweist und es grundsätzlich nicht Aufgabe der Berufungsinstanz ist, den Sachverhalt anstelle der ersten Instanz zu erstellen (Reetz/Hilber, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., 2013, Art. 318 N 35), zumal die Parteien dadurch auch um eine Instanz gebracht würden (OGer ZH, LE130028 vom 26. November 2013, E. 3.5; OGer ZH, LY140031 vom 19. Dezember 2014, E. 5e), rechtfertigt es sich vorliegend, die Sache in Bezug auf die Kinderunterhaltsbeiträge (Dispositiv-Ziffer 2) 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.

3. Die Klägerin beantragt schliesslich die Aufhebung der in den Dispositiv-Ziffern 4 und 5 des angefochtenen Entscheides enthaltenen Kosten- und Entschädigungsfolgen und verlangt die Auferlegung der Gerichtskosten zulasten des Beklagten sowie die Zusprechung einer Parteientschädigung an die Klägerin (Urk. 27 S. 3).

Die Vorinstanz begründete die hälftige Kostenauflegung und dementsprechend das Absehen von der Zusprechung einer Parteientschädigung damit, dass der Beklagte hinsichtlich der Feststellung der Vaterschaft unterliege, indessen bezüg-

lich des Unterhalts obsiege (Urk. 28 E. III.).

Die Klägerin rügt in der Berufung die falsche Anwendung von Art. 107 Abs. 1 ZPO, wonach ein Gericht in familienrechtlichen Verfahren (lit. a) sowie wenn besondere Umstände vorliegen, die eine Verteilung der Kosten nach dem Ausgang des Verfahrens als unbillig erscheinen lassen (lit. c), von den Verteilungsgrundsätzen abweichen und die Gerichtskosten nach Ermessen verteilen kann. Es handle sich vorliegend um ein familienrechtliches Verfahren und es müsse einem Kind erlaubt sein, seinen ihm vom Vater verweigerten Unterhalt ohne Kostenrisiko gerichtlich geltend zu machen, da es selbst über kein Geld verfügen könne. Die hälftige Kostenteilung sei auch völlig unbillig, als der Beklagte im Vorfeld der Klage jegliche Auskunft über seine finanziellen Verhältnisse verweigert habe, sodass der Klägerin nichts anderes übrig geblieben sei, als ihren Anspruch gerichtlich einzuklagen. Die Kosten seien somit vor allem durch den Beklagten verursacht worden, insbesondere was die Kosten des DNA-Gutachtens für die unnötig bestrittene Vaterschaft anbelange (Urk. 27 S. 9).

Ist der angefochtene Entscheid hinsichtlich der Unterhaltsverpflichtung des Beklagten aufzuheben, ist auch der Kostenpunkt auszusetzen. Die Vorinstanz wird im Rahmen der Rückweisung über die Kostenverteilung neu zu entscheiden haben. Dabei wird sie zu berücksichtigen haben, dass dem Gericht für die Kostenverteilung bei familienrechtlichen Streitigkeiten ein erhöhter Ermessensspielraum belassen wird (Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO). Neben dem Ausgang des Verfahrens können daher weitere Umstände wie namentlich das Interesse der Parteien an einer gerichtlichen Regelung und die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Parteien berücksichtigt werden (Fischer, Stämpfli Handkommentar ZPO, 2010, Art. 107 N 7; Urteil des Kantonsgerichts Graubünden, ZK1 13 29 vom 26. August 2013 E. 6.a; vgl. auch OGer ZH, LZ130007 vom 23. August 2013, E. III 2b; OGer ZH, LZ130009 vom 8. Oktober 2013, E. III 1.2). Da der Beklagte bezüglich Vaterschaft unterliegt, wird er jedenfalls die Kosten für das Abstammungsgutachten vollumfänglich zu übernehmen haben.

4. Abschliessend bleibt darauf hinzuweisen, dass der Beklagte anlässlich der Verhandlung vom 13. April 2015 um Bestellung bzw. "Zuweisung" eines unentgeltlichen Rechtsvertreters ersucht hat (Prot. I. S. 11 und 16). Der Beklagte muss-

te die Person des Rechtsvertreters in seinem Gesuch nicht bezeichnen; er hat lediglich das Recht dazu (Art. 119 Abs. 2 Satz 2 ZPO). Im Übrigen hat das Gericht einen geeigneten Anwalt auszuwählen (BK-Bühler, Art. 118 N 66 f.). Die Vorinstanz wird insofern - nach erfolgter Rückweisung - das Gesuch des Beklagten um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters zu prüfen und dem Beklagten bei Bejahung der Voraussetzungen im Sinne von Art. 117 ZPO (Mittellosigkeit und fehlende Aussichtslosigkeit) umgehend einen Rechtsvertreter zu bestellen haben, welcher diesen bei den weiteren Verfahrensschritten begleitet.

III.

1. Im Falle eines Rückweisungsentscheides kann sich die Rechtsmittelinstanz damit begnügen, lediglich ihre Gerichtskosten festzusetzen und deren Verteilung sowie den Entscheid über die Parteientschädigung der Vorinstanz überlassen; d.h. vom definitiven Ausgang des Verfahrens abhängig zu machen (Art. 104 Abs. 4 ZPO; Schmid, in: Oberhammer/Domej/Haas, KUKO ZPO, 2 Aufl., Art. 104 N 7).
2. Der Streitwert beträgt rund Fr. 140'000.-. Die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren ist in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 3 sowie § 12 Abs. 1 und 2 GebV auf Fr. 3'000.- festzusetzen.
- 3.1 Die Klägerin ersucht darum, es sei ihr für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und in der Person von Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen (Urk. 27 S. 3).
- 3.2. 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). Sofern 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).

3.3. Die Mittellosigkeit wird gemeinhin dann bejaht, wenn der Aufwand des notwendigen Lebensunterhalts (sog. "zivilprozessualer Notbedarf") das massgebliche Einkommen übersteigt bzw. aus der Differenz nur ein kleiner Überschuss resultiert, welcher es dem Gesuchsteller nicht erlauben würde, die Prozesskosten innert nützlicher Frist zu bezahlen. Ein allfälliger Überschuss zwischen dem Einkommen und dem Zwangsbedarf ist mit den im konkreten Fall zu erwartenden Gerichts- und Anwaltskosten zu vergleichen. Der monatliche Überschuss sollte es dabei möglich machen, die Prozesskosten bei weniger aufwendigen (d.h. kostspieligen) Prozessen innert eines Jahres und in den anderen Fällen innert zwei Jahren zu tilgen. Die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege hängt damit massgeblich auch von der Höhe der zu erwartenden Verfahrenskosten ab (Emmel, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, a.a.O., Art. 117 N 12 mit Hinweisen). Unter Vorbehalt der Fälle von Rechtsmissbrauch ist im Übrigen jede Auf- und Anrechnung von hypothetischen Einkommen unzulässig (BK ZPO I-Bühler, Art. 117 N 9).

Bei der Klägerin handelt es sich um ein einkommens- und vermögensloses Kind. Die elterliche Unterhaltspflicht (Art. 276 Abs. 1 und 2 ZGB) umfasst grundsätzlich auch die Übernahme von Prozesskosten des Kindes, da die familienrechtliche Unterstützungspflicht der staatlichen Pflicht zur Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege vorgeht. Das unmündige Kind ist deshalb nur insoweit mittellos, als es auch beide Eltern sind, auch derjenige Elternteil, dem die elterliche Obhut oder Sorge entzogen ist (BGE 119 Ia 134 E. 4; BK ZPO I-Bühler, Art. 117 N 47). Die Klägerin hat kein Gesuch gestellt, es sei der Beklagte zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses bzw. -beitrages zu verpflichten (vgl. Urk. 27 S. 2). Mit Blick auf die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege handelt es sich bei der Geltendmachung des Anspruchs auf Prozesskostenbevorschussung um eine Obliegenheit, deren Verletzung dazu führen kann, dass die unentgeltliche Rechtspflege verweigert wird (vgl. BGer 4A_412/2008 vom 27. Oktober 2008 E. 4.1 mit weiteren Hinweisen). Mit anderen Worten kann einem Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege nur entsprochen werden, wenn glaubhaft gemacht wird, dass ein Gesuchsteller von seinen Eltern keinen Prozesskostenvorschuss verlangen kann. Die Klägerin verwies bezüglich der finanziellen Verhältnisse der Mutter der Kläge-

rin auf die vorinstanzlichen Ausführungen und Belege, da sich diese seit dem vorinstanzlichen Entscheid nicht verändert hätten (Urk. 27 S. 10). Die Mutter der Klägerin ist arbeitslos. In den Monaten Februar 2015 und März 2015 wurden ihr von der ... Arbeitslosenkasse Taggelder in der Höhe von Fr. 2'424.20 beziehungsweise von Fr. 2'666.85 ausbezahlt (Urk. 11/13). Sodann leistet der Beklagte aktuell nach übereinstimmenden Angaben der Parteien keine Unterhaltsbeiträge für die Klägerin (Urk. 2 S. 4; Prot. I. S. 7). Ausgehend von einem Grundbetrag für die Klägerin und ihre Mutter gemäss Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Obergerichts des Kantons Zürich betreffend die Richtlinien für die Berechnung des betriebsrechtlichen Existenzminimums vom 16. September 2009 von insgesamt Fr. 1'950.– (Fr. 1'350.– für die Mutter der Klägerin und Fr. 600.– für die Klägerin), belegten Mietzinsen von Fr. 860.– (Urk. 5/8), Heizkosten von Fr. 72.– (Urk. 5/9), Krankenkassenprämien KVG für die Kindsmutter von Fr. 319.95 (Urk. 5/10), Krankenkassenprämien KVG für die Klägerin von Fr. 73.95 (Urk. 5/10), Mobilitätskosten für die Mutter der Klägerin und die Klägerin von insgesamt Fr. 140.– (Urk. 5/12) sowie einem Betrag von Fr. 30.40 für die Rechtschutzversicherung (Urk. 5/11) belaufen sich die notwendigen Lebenshaltungskosten der Mutter der Klägerin samt der Klägerin auf Fr. 3'446.–. Gemäss Kontoauszug der UBS AG verfügte die Mutter der Klägerin per 31. Dezember 2014 über ein Kontoguthaben von Fr. 1'642.– (Urk. 5/7). Sie ist damit offensichtlich nicht in der Lage, der Klägerin den vorliegenden Prozess vor zu finanzieren.

Der Beklagte führte vor Vorinstanz aus, er sei aus gesundheitlichen Gründen seit 2006 nicht mehr erwerbstätig. Er erhalte Sozialhilfe in der Höhe von Fr. 800.– bis Fr. 1'000.– im Monat. Zudem werde die Miete der 4-Zimmerwohnung, welche er mit seiner Ehefrau bewohne, in der Höhe von Fr. 1'072.– bezahlt (Prot. I. S. 6 und 10). Ein entsprechendes Bestätigungsschreiben der Sozialbehörde D._____, wonach der Beklagte und dessen Ehefrau seit Dezember 2013 für den Lebensunterhalt unterstützt werden, liegt im Recht (Urk. 12). Der Beklagte hat somit im Zusammenhang mit der Beurteilung des Gesuchs der Klägerin um unentgeltliche Rechtspflege einkommensmässig als nicht leistungsfähig zu gelten. Zwar lässt die Klägerin vor Vorinstanz ausführen, die Mutter der Klägerin habe vernehmen können, dass der Beklagte Vermögen in Form von teuren Büchern besitze (Urk. 2

S. 6; Urk. 10 S. 5). Dabei handelt es sich aber um eine blosser Mutmassung seitens der Klägerin und in Anbetracht der Tatsache, dass der Beklagte durch die Sozialen Dienste unterstützt wird, ist vielmehr davon auszugehen, dass er über kein Vermögen verfügt. Im Übrigen wäre der Klägerin selbst bei zweifelhafter Leistungsfähigkeit des Beklagten das Armenrecht nicht zu verwehren. Denn ist die wirtschaftliche Situation des mutmasslichen Vorschusspflichtigen nicht restlos geklärt, ist die Abweisung des Armenrechtsgesuchs mit einer solchen Begründung unzulässig (Maier, Die Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung in familienrechtlichen Prozessen im Spannungsfeld mit der Vorschusspflicht von Ehegatten und Eltern, dargestellt anhand der Praxis der Zürcher Gerichte seit Inkraftsetzung der eidgenössischen ZPO, in: FamPra 2014, S. 651 mit Hinweisen). Da die Klägerin von ihren Eltern somit keinen Prozesskostenvorschuss/-beitrag erhältlich machen kann, ist sie als mittellos zu erachten.

3.4. Wie die obigen Erwägungen zeigen, erwies sich das Berufungsverfahren nicht als aussichtslos. Die Klägerin war des weiteren als minderjährige und rechtsunkundige Partei zur gehörigen Führung des Prozesses auf eine Rechtsbeistand angewiesen. Sie verfügt zudem über keinen Beistand, welcher gemäss ständiger kantonaler und bundesgerichtlicher Rechtsprechung die Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes ausschliessen würde (ZR 83 [1984] S. 271; BGE 110 IA 87 E. 4). Es ist ihr somit für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und in der Person von Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen. Der Rechtsvertreter der Klägerin wird darauf hingewiesen, dass eine Rechnungstellung an das Obergericht des Kantons Zürich erst nach der Verteilung der Kosten des Berufungsverfahrens sowie des Entscheids über die Parteientschädigung durch die Vorinstanz erfolgen kann.

Es wird beschlossen:

1. Es wird vorgemerkt, dass das Urteil des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren am Bezirksgericht Bülach vom 2. Juni 2015 in folgenden Punkten am 2. Oktober 2015 in Rechtskraft erwachsen ist:
 - "1. Es wird festgestellt, dass der Beklagte, C._____, geboren tt.mm.1961, von Mazedonien, der Vater der Klägerin, A._____, geboren tt.mm.2004, von Albanien, ist."
2. Der Klägerin wird für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege gewährt und in der Person von Rechtsanwalt Dr. iur. X._____ ein unentgeltlicher Rechtsvertreter bestellt.
3. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und im Auszug hinsichtlich Dispositiv Ziffer 1 an das für Opfikon zuständige Zivilstandsamt.

Sodann wird beschlossen:

1. Die Dispositiv-Ziffern 2 und 4-5 des Urteils des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren am Bezirksgericht Bülach vom 2. Juni 2015 werden aufgehoben und die Sache zur Vervollständigung des Sachverhalts und zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'000.– festgesetzt.
3. Die Verteilung der Gerichtskosten sowie die Regelung der Parteientschädigung des vorliegenden Berufungsverfahrens wird dem neuen Entscheid der Vorinstanz vorbehalten.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Die erst- und zweitinstanzlichen Akten werden der Vorinstanz nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist zugestellt.

5. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt mehr als Fr. 30'000.–. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 9. Dezember 2015

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. N. Gerber

versandt am: js