

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LZ160008-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. M. Spahn und Oberrichter Dr. M. Kriech sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Montani Schmidt

Beschluss vom 6. Dezember 2016

in Sachen

A. _____,

Beklagter 2 und Berufungskläger

vertreten durch Inhaberin der elterlichen Sorge B. _____

vertreten durch Beistand lic. iur. C. _____

substituiert durch Rechtsanwältin lic. iur. X. _____

gegen

D. _____,

Klägerin und Berufungsbeklagte 1

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____

sowie

E. _____,

Beklagter 1 und Berufungsbeklagter 2

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Z. _____

betreffend **Anfechtung Kindeserkennung**

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren am Bezirksgericht Winterthur vom 23. Mai 2016 (FK160012-K)

Erwägungen:

1.1 Am 4. Februar 2016 reichte die Klägerin und Berufungsbeklagte 1 (fortan Klägerin) gegen den Beklagten 2 und Berufungskläger (fortan Beklagter 2) sowie den Beklagten 1 und Berufungsbeklagten 2 (fortan Beklagter 1) eine Klage auf Anfechtung der Kindesanerkennung ein (Urk. 1-3/2-7). Mit Verfügung vom 16. Februar 2016 wurde die Kindeschutzbehörde Winterthur ersucht, dem Beklagten 2 für die Führung des Verfahrens eine Beistandsperson zu bestellen (Urk. 4 S. 2). In der Folge wurde dem Beklagten 2 mit Entscheid der Kindeschutzbehörde Winterthur vom 8. März 2016 in der Person von lic. iur. C. _____ ein Vertretungsbeistand nach Art. 306 Abs. 2 ZGB bestellt (Urk. 6). Mit Verfügung vom 17. März 2016 und Schreiben vom 21. März 2016 wurde schliesslich ein DNA-Gutachten eingeholt zur Abklärung der Frage, ob der Beklagte 1 als Vater des Beklagten 2 ausgeschlossen werden könne oder mit welcher biostatistischen Wahrscheinlichkeit er dessen Vater sei (Urk. 8; Urk. 10). Das DNA-Gutachten datiert vom 19. April 2016 (Urk. 13-15). Hierauf wurde den Parteien mit Verfügung vom 2. Mai 2016 Frist zur Stellungnahme zum Ergebnis des DNA-Gutachtens angesetzt (Urk. 17). Entsprechende Stellungnahmen datieren vom 12. und 17. Mai 2016 (Urk. 19-22/1-2). Am 23. Mai 2016 erging folgendes Urteil (Urk. 26 S. 8 f. = Urk. 29 S. 8 f.):

1. Es wird festgestellt, dass der Beklagte 1 nicht der Vater des am tt.mm.2002 von B. _____ geborenen Kindes A. _____ (Beklagter 2) ist.
2. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf:

Fr.	300.-	; die weitere Kosten betragen:
Fr.	1'197.-	Gutachten IRM
Fr.	1'497.-	Total
3. Die Kosten des Verfahrens werden dem Beklagten 1 auferlegt.
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. (Schriftliche Mitteilung).
6. (Rechtsmittelbelehrung: Berufung, Frist 30 Tage).

Dieses Urteil erging zunächst in unbegründeter, hernach auf Verlangen des Beklagten 2 in begründeter Form (Urk. 23; Urk. 25-26).

1.2 Hiergegen erhob der Beklagte 2 mit Schreiben vom 15. September 2016 (gleichentags zur Post gegeben, eingegangen am 16. September 2016) in-nerst Frist Berufung mit folgenden Anträgen (Urk. 28 S. 2):

- "1. Das Urteil des Bezirksgerichts Winterthur vom 23.05.2016 (Geschäfts-Nr. FK160012) sei vollumfänglich aufzuheben.
2. Eventualiter sei das Urteil des Bezirksgerichts Winterthur vom 23.05.2016 (Geschäfts-Nr. FK160012) vollumfänglich aufzuheben und die Sache zur korrekten Durchführung des Verfahrens und Neuurteilung zurückzuweisen.
3. Dem Berufungskläger sei die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren bzw. es seien ihm auch im Falle des Unterliegens keine Kosten aufzuerlegen.
4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Berufungsbeklagten, wobei der Vertretungsbeiständin eine Prozessentschädigung auszurichten sei."

1.3 Mit Verfügung vom 4. Oktober 2016 wurde der Klägerin und dem Beklagten 1 Frist angesetzt, um die Berufung in Bezug auf die Verletzung des Anspruchs auf Wahrung des rechtlichen Gehörs und eine damit in Zusammenhang stehende Rückweisung an die Vorinstanz zu beantworten (Urk. 34 S. 3). Sowohl die Klägerin wie auch der Beklagte 1 erklärten Verzicht auf Anträge und Stellungnahme im Berufungsverfahren (Urk. 35; Urk. 37). Diese Eingaben wurden dem Beklagten 2 am 28. Oktober 2016 bzw. 1. November 2016 zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 35; Urk. 37).

2.1 Der Beklagte 2 rügt, die Vorinstanz habe in Verletzung von Art. 222 ff. ZPO in Verbindung mit Art. 245 ZPO keine Frist zum Erstellen einer Klageantwort angesetzt. In seiner Stellungnahme zum DNA-Gutachten habe er ausdrücklich ausgeführt, dass die Anerkennung des DNA-Test-Ergebnisses keine Klageanerkennung darstelle und er sich ausdrücklich weitere Ausführungen im Rahmen der Hauptverhandlung vorbehalte. Indes habe die Vorinstanz auf die Durchführung einer Hauptverhandlung verzichtet, obschon die dafür notwendigen Voraussetzungen nach Art. 219 ZPO in Verbindung mit Art. 233 ZPO nicht gegeben seien. Sodann sei ihm keine Möglichkeit zur Stellungnahme zur Klage – weder schriftlich

noch mündlich – geboten worden, wie dies Art. 245 ZPO explizit vorschreibe. Schliesslich habe er keine Gelegenheit zur Klageantwort und Duplik erhalten, weshalb Art. 219 ZPO in Verbindung mit Art. 228 ZPO verletzt worden sei. Neben der Missachtung der zivilprozessualen Vorschriften stelle dies eine massive Verletzung seines Anspruchs auf Wahrung des rechtlichen Gehörs dar, welcher in Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 53 ZPO garantiert sei (Urk. 28 S. 2 ff.).

2.2.1 Diesen Ausführungen ist ohne Einschränkung zuzustimmen. Zwar hat die Vorinstanz den Parteien Gelegenheit eingeräumt, zum DNA-Gutachten Stellung zu nehmen, indes hat sie weder eine Klageantwort eingeholt noch eine Hauptverhandlung durchgeführt. Sodann liegt auch kein gemeinsamer Verzicht der Parteien auf die Durchführung der Hauptverhandlung vor. Vielmehr hat sich die Klägerin die Begründung der Klage an der Hauptverhandlung vorbehalten (Urk. 1 S. 4). Damit aber hat die Vorinstanz das Verfahren nicht zu Ende geführt. Entsprechend hat sie den Parteien keine Gelegenheit gegeben, sich zu den weiteren diesbezüglich relevanten Umständen (wie u.a. die Frage der Wahrung der Anfechtungsfrist, etc.) zu äussern. Dadurch hat sie den Anspruch des Beklagten 2 auf Wahrung des rechtlichen Gehörs verletzt und das Recht unrichtig angewandt.

2.2.2 Nach der Rechtsprechung kann eine Verletzung des Gehörsanspruchs im Verfahren vor der nächsten Instanz geheilt werden, wenn dieser Rechtsmittelinstanz mit Bezug auf die streitige Tat- oder Rechtsfrage die gleiche Überprüfungsbefugnis zusteht wie der vorhergehenden Instanz und sich die rechtsuchende Partei in Kenntnis aller wesentlichen Tatsachen umfassend äussern kann. Die Heilung kann jedoch nur mit Bezug auf nicht besonders schwerwiegende Mängel angenommen werden, zumal die nachträgliche Gewährung des rechtlichen Gehörs voraussetzt, dass die betroffene Partei ein Rechtsmittel ergreift, und der Partei dadurch eine Instanz verloren geht (vgl. statt vieler BGE 133 I 201 E. 2.2 m.w.H.).

Der Beklagte 2 äusserte sich im Berufungsverfahren erstmals umfassend zur Sache (Anfechtungsfrist, Aktivlegitimation der Klägerin, Interessenabwägung zwischen dem Kindeswohl und dem Interesse an der Aufhebung der Vaterschaft etc.). Diese Umstände wurden im vorinstanzlichen Verfahren nicht abgeklärt. Sol-

che umfassenden Abklärungen und Vervollständigungen des Sachverhalts erstmals im Berufungsverfahren sprengen den Rahmen einer Heilung der Verletzung eines förmlichen Gehörsanspruchs. Es erscheint vielmehr angezeigt, den Prozess zur Wahrung der Zweistufigkeit des Entscheidungsprozesses an die erste Instanz zurückzuweisen (Art. 318 Abs. 1 lit. c Ziff. 2 ZPO). Dementsprechend ist das vorinstanzliche Urteil vom 23. Mai 2016 aufzuheben.

3. Bei diesem Verfahrensausgang ist auf die Erhebung von Gerichtskosten zu verzichten (Art. 107 Abs. 2 ZPO), womit das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung gegenstandslos wird. Parteienschädigungen sind keine zuzusprechen. Die Klägerin und der Beklagte 1 haben auf Anträge und Stellungnahme verzichtet (Urk. 35, Urk. 37) und sich mit dem angefochtenen Entscheid nicht identifiziert. Der Kanton kann in solchen Fällen auch nicht mit Parteikosten belastet werden, denn Art. 107 Abs. 2 ZPO umfasst lediglich Gerichtskosten (BGE 140 III 385 E. 4.1 S. 389).

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch des Beklagten 2 um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Berufungsverfahren wird abgeschrieben.
2. Das Urteil des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren am Bezirksgericht Winterthur vom 23. Mai 2016 wird aufgehoben und die Sache zur Ergänzung des Verfahrens und zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
3. Es werden keine Kosten erhoben.
4. Es werden keine Parteienschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Die erst- und zweitinstanzlichen Akten gehen zusammen mit dem vorliegenden Entscheid an die Vorinstanz.

6. 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 nicht vermögensrechtliche Angelegenheit.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 6. Dezember 2016

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer
Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. K. Montani Schmidt

versandt am: jo