

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LZ180020-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende,
Oberrichterin Dr. D. Scherrer und Oberrichter lic. iur. A. Huizinga
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Montani Schmidt

Beschluss und Urteil vom 28. Februar 2019

in Sachen

A._____,

Beklagter und Berufungskläger

gegen

1. **B.**_____,

2. **C.**_____,

Kläger und Berufungsbeklagte

1, 2 vertreten durch Inhaberin der elterlichen Sorge D._____,

1, 2 vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X._____,

sowie

D._____,

Verfahrensbeteiligte

betreffend **Unterhalt**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren am
Bezirksgericht Dietikon vom 16. April 2018 (FK180005-M)**

Rechtsbegehren:

(Urk. 6 S. 2)

"1.

Der Beklagte sei zu verpflichten, der Mutter der Kläger für die Kinder, B._____, geb. tt.mm.2007 und C._____, geb. tt.mm.2009 angemessene monatliche, monatlich im Voraus zahlbare Unterhaltszahlungen rückwirkend ab 01.05.2017 zu leisten.

2.

Der Beklagte sei zu verpflichten, den Kläger einen angemessenen Prozesskostenvorschuss zu bezahlen.

3.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. MwSt. zulasten des Beklagten."

Verfügung und Urteil des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren am Bezirksgericht Bülach vom 16. April 2018:

(Urk. 17 S. 6 f. = Urk. 20 S. 6 ff.)

Es wird verfügt:

1. Den Klägern, dem Beklagten sowie der Kindsmutter D._____ als weitere Verfahrensbeteiligte wird die unentgeltliche Rechtspflege gewährt.
2. Den Klägern wird Rechtsanwältin lic. iur. X._____ als unentgeltliche Rechtsbeiständin bestellt.
3. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Dem Beklagten und der Kindsmutter D._____ wird die gemeinsame elterliche Sorge für die Kläger B._____, geboren tt.mm.2007, und C._____, geboren tt.mm.2009, übertragen.

2. Die Obhut über die Kläger wird dem Beklagten sowie der Kindsmutter D._____ gemeinsam zugeteilt.
3. Als Wohnsitz der Kläger wird der Wohnsitz der Kindsmutter D._____ bestimmt.
4. Der Vergleich der Parteien vom 13. April 2018 wird im Übrigen genehmigt.
Er lautet wie folgt:

"1. Elterliche Sorge, Obhut und Betreuung

a) Elterliche Sorge

Die Eltern beantragen dem Gericht, die elterliche Sorge für die Kinder

- B._____, geboren am tt.mm.2007
- C._____, geboren am tt.mm.2009

beiden Eltern gemeinsam zu belassen.

Entsprechend sind die Eltern verpflichtet, sämtliche wesentlichen Fragen der Pflege, Erziehung und Ausbildung miteinander abzusprechen. Den Eltern ist bekannt, dass ein Aufenthaltswechsel der Kinder der Zustimmung beider Eltern bedarf, wenn der neue Aufenthaltsort im Ausland liegt, oder der Wechsel des Aufenthaltsortes erhebliche Auswirkungen auf die Ausübung der elterlichen Sorge und die persönlichen Kontakte zwischen einem Elternteil und den Kindern hat.

b) Obhut

Die Eltern beantragen, es sei ihnen beiden die Obhut für die Kinder mit wechselnder Betreuung zu übertragen.

Die Kinder werden mehrheitlich bei der Mutter wohnen.

Die Eltern vereinbaren, dass der zivilrechtliche Wohnsitz der Kinder bei der Mutter ist.

c) Betreuungsregelung

Die Eltern einigen sich über die Aufteilung der Betreuung der Kinder wie folgt:

Betreuung durch den Vater:

- an jedem zweiten Wochenende jeweils ab Freitagmittag, Schulschluss, bis Sonntagabend, 19.00 Uhr,
- jede Woche an einem weiteren Werktag mit Übernachtung nach Vereinbarung der Eltern,
- jeweils am zweiten Tag der Doppelfeiertage Weihnachten und Neujahr,

- in Jahren mit gerader Jahreszahl von Karfreitag bis Ostermontag und in Jahren mit ungerader Jahreszahl von Pfingstsamstag bis Pfingstmontag; das auf diese Feiertagsbetreuung durch den Vater folgende Wochenende verbringen die Kinder bei der Mutter, womit die abwechselnde Wochenendbetreuung weitergeführt wird,
- während der Hälfte der Schulferien.

Die Eltern sprechen sich über die Aufteilung der Ferien jeweils rechtzeitig ab. Können sie sich nicht einigen, so kommt dem Vater in Jahren mit gerader Jahreszahl das Entscheidungsrecht bezüglich der Aufteilung der Ferien zu; in Jahren mit ungerader Jahreszahl der Mutter.

In der übrigen Zeit werden die Kinder von der Mutter betreut.

Ist ein Elternteil aus welchen Gründen auch immer nicht in der Lage, die Betreuung gemäss dem hier vereinbarten Betreuungsplan selber zu übernehmen, ist er verpflichtet, für eine angemessene Betreuung der Kinder durch Drittpersonen auf eigene Kosten besorgt zu sein. Eine Anfrage an den anderen Elternteil ist möglich; dieser ist jedoch nicht verpflichtet, die Betreuung zu übernehmen.

Weitergehende oder abweichende Wochenend-, Feiertags- oder Ferienkontakte nach gegenseitiger Absprache bleiben vorbehalten.

2. Kinderunterhalt

a) Höhe

Der Vater verpflichtet sich, pro Kind monatliche Unterhaltsbeiträge (zzgl. allfällige Familienzulagen) in der Höhe von je CHF 1'250.– (Barbedarf) rückwirkend ab Januar 2018 zu bezahlen.

Die Unterhaltsbeiträge und die Familienzulagen sind an die Mutter zahlbar und zwar im Voraus auf den Ersten eines jeden Monats.

Die Zahlungsmodalitäten gelten bis zur Volljährigkeit bzw. bis zum Abschluss einer angemessenen Erstausbildung auch über die Volljährigkeit hinaus, solange das jeweilige Kind im Haushalt der Mutter lebt und keine eigenen Ansprüche gegenüber dem Vater stellt bzw. keinen anderen Zahlungsempfänger bezeichnet.

Ausserordentliche Kinderkosten (mehr als CHF 300.– pro Ausgabeposition, z.B. Zahnarztkosten, Kosten für schulische Fördermassnahmen, etc.) übernehmen der Vater und die Mutter je zur Hälfte. Voraussetzung für die hälftige Kostentragung ist, dass sich der Vater und die Mutter vorgängig über die ausserordentliche Ausgabe geeinigt haben. Kommt keine Einigung zustande, so trägt der veranlassende Elternteil die entsprechende Ausgabe einstweilen allein; die gerichtliche Geltendmachung der Kostenbeteiligung bleibt vorbehalten.

b) Unterdeckung nach Anrechnung der Kinderzulagen

Beim Barbedarf besteht für beide Kinder kein Manko.

Manko Betreuungsbedarf: ca. CHF 470.–.

c) Anpassung

Erzielt der Vater ein CHF 6'000.– übersteigendes monatliches Netto-Erwerbseinkommen, so erhöht sich der Unterhaltsbeitrag mit Wirkung ab dem Folgemonat pro Kind um 22.5% des CHF 6'000.– übersteigenden Teils.

Diese Mehrverdienstklausel gilt nicht für ein CHF 10'000.– übersteigendes Nettoeinkommen.

Der Vater verpflichtet sich, der Mutter jeweils bis Ende März eines jeden Jahres (solange die Unterhaltspflicht besteht) unaufgefordert seinen Lohnausweis bzw. entsprechende Belege über das im Vorjahr erzielte Erwerbseinkommen (bzw. Einkommensersatz wie z.B. Arbeitslosenentschädigung) sowie über den Gewinn aus einer selbständigen Erwerbstätigkeit (inklusive Gewinn der E. _____ AG) zukommen zu lassen.

Dieselbe Informationspflicht besteht unter Androhung der Rückwirkung bei jeder Einkommensänderung des Vaters.

3. Grundlagen der Unterhaltsberechnung

Dieser Vereinbarung liegen die folgenden finanziellen Verhältnisse zugrunde:

Einkommen netto pro Monat, inkl. Anteil 13. Monatslohn, Familienzulagen separat:

- Mutter: CHF 2'600.– (50% Pensum)
- Vater: CHF 6'000.– ab Januar 2019 (80-100% Pensum, hypothetisch)
- Kinder: je die Familienzulage von derzeit CHF 220.–

Vermögen:

- Mutter: CHF 0.–
- Vater: CHF 0.– (ohne Berücksichtigung der E. _____ AG)
- B. _____: CHF 0.–
- C. _____: CHF 0.–

Es wird darauf hingewiesen, dass die Unterhaltsbeiträge für das Jahr 2018 durch Vermögensverzehr aus der E. _____ AG finanziert werden.

4. Erziehungsgutschriften

Die Eltern vereinbaren, dass die Erziehungsgutschriften für die Berechnung künftiger AHV-/IV-Renten ausschliesslich der Mutter angerechnet werden. Die Eltern werden die betroffenen Ausgleichskassen über diese Regelung informieren.

5 Teuerungsausgleich

Die Unterhaltsbeiträge basieren auf dem Landesindex der Konsumentenpreise des Bundesamtes für Statistik, Stand Ende März 2018 von 101.5 Punkten (Basis Dezember 2015 = 100 Punkte). Sie sind jeweils auf den 1. Januar jedes Jahres, erstmals auf den 1. Januar 2019, dem Stand des Indexes per Ende November des Vorjahres anzupassen. Die Anpassung erfolgt nach folgender Formel:

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

6. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Die Eltern übernehmen die Gerichtskosten je zur Hälfte. Die Eltern und die Kläger verzichten gegenseitig auf eine Entschädigung. Die Parteien und die Mutter verweisen auf ihre Gesuche um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege.

Verlangt ein Elternteil oder die Kläger die Begründung des Urteils, trägt die sie veranlassende Person die dadurch entstehenden Mehrkosten allein."

5. Die Erziehungsgutschriften für die Berechnung der AHV/IV-Renten werden allein der Kindsmutter D. _____ angerechnet.
6. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf Fr. 2'700.-.
7. Die Kosten des *begründeten Entscheids* werden dem Beklagten zu zwei Dritteln und der Kindsmutter D. _____ zu einem Drittel auferlegt. Der Anteil von D. _____ sowie die Hälfte des Anteils des Beklagten werden zufolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Der Beklagte und die Kindsmutter D. _____ werden auf die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO hingewiesen.

Einen Drittel der Kosten hat der Beklagte zu bezahlen.
8. Vom gegenseitigen Verzicht der Verfahrensbeteiligten auf Entschädigung wird Vormerk genommen.
9. (Schriftliche Mitteilung).
10. (Rechtsmittelbelehrung: Berufung, Frist 30 Tage).

Berufungsanträge:

des Berufungsklägers (Urk. 19 S. 2):

- "1. Die Verfügung und Urteil v. 16. April 2018 des Bezirksgericht Dietikon (**Anlage 01**) sei aufzuheben und in der Hauptsache neu zu verhandeln.
2. Der Kostenentscheid des Bezirksgerichts Dietikon im Urteil v. 16. April 2018 auf Teilung 2/3 Gesuchsgegner und 1/3 Gesuchsteller (**Anlage 01 S 5 Pkt 3.3 und S. 9 Pkt. 6 ff**) sei aufzuheben und eine hälftige Teilung zu verfügen. Die Kosten sind wegen gewährter unentgeltlicher Rechtspflege auf die Gerichtskasse zu nehmen.
3. Die Kinderbetreuung im Verhältnis 50:50 und die Kinderbefragung sind zu verfügen; im Falle einer anderen Betreuungsverteilung sind unter der Massgabe, dass ein Barunterhalt von 1250 Fr. je Gesuchsteller-Kind für dessen Lebensunterhalt notwendig ist und dieser Betrag dem Elternteil zukommt, der die 100%-ige Betreuung – ausser die wochenweise alternierende Betreuung am Wochenende – leistet, um den Betrag zu mindern, die der andere Elternteil zusätzlich übernimmt.
4. Nach Festsetzung des massgeblichen Unterhaltsbeitrages seit 01. Juni 2017 ist zu verfügen, dass die geleisteten Zahlungen von Gesuchsgegner an Gesuchstellerin 3 für Kosten v. 01. Juni bis 31. Dezember 2017 zu verrechnen sind; Überzahlungen sind rückzahlbar zu verfügen.
5. Es ist zu verfügen, dass ein mögliches Manko aus dem Betreuungsbedarf (Unterdeckung) durch Zahlung zusätzlicher Unterhaltszahlungen grösser als 1250 Fr. pro Kind kompensiert wird.
6. Es ist zu verfügen, dass in einkommenslosen Monaten des Gesuchsgegners kein Unterhalt geschuldet ist.
7. Es ist zu verfügen, dass bei Verhinderung eines Elternteils die Betreuung zu übernehmen der andere Elternteil zuerst zu fragen ist und erst wenn dieser nicht kann Dritte (auch auf eigene Kosten) hinzuzunehmen sind.
8. Es ist zu verfügen, dass die Gesuchsteller 1 und 2 spontanes Besuchsrecht beim jeweiligen anderen Elternteil ausüben können, insofern sie den Willen dazu äussern. Dieses Recht kann vom jeweiligen Elternteil nur übersteuert werden, wenn der Gesamtaufenthalt bei dem Elternteil 2 oder weniger konsekutive Tage umfasst.
9. Es ist zu verfügen, dass die Feiertagsbetreuung in geraden Jahreszahlen die Kindsmutter die vollständigen Osterfeiertage von Karfreitag bis Ostermontag und der Vater die vollständigen Pfingstfeiertage von Pfingstsamstag bis Pfingstmontag und die voll-

ständigen Weihnachtsfeiertage von Heiligabend bis 2. Weihnachtsfeiertag Betreuungszeit hat, in ungeraden Jahreszahlen umgekehrt.

10. Es ist zu verfügen, dass die Kindsmutter und Kindsvater sich bis Ende März eines jeden Jahres (solange die Unterhaltspflicht besteht) unaufgefordert ihre Lohnausweise bzw. entsprechende Belege über das im Vorjahr erzielte Erwerbseinkommen (bzw. Einkommensersatz wie z.B. Arbeitslosenentschädigung) sowie über den Gewinn aus einer selbständigen Erwerbstätigkeit (inklusive Gewinne allfälliger Unternehmensbeteiligungen) zukommen zu lassen.
11. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Gesuchsgegnerin 3.
12. Im Übrigen wiederhole ich meine Anträge aus meiner Klageerwidernng v. 13. April 2018 (**Anlage 09**).
13. Der Gesuchsgegner stellt das Gesuch auf unentgeltliche Prozessführung und es sei ein unentgeltlicher Rechtsvertreter beizugeben."

Erwägungen:

1.1 Am 13. Februar 2018 reichten die Kläger und Berufungsbeklagten (fortan Kläger) bei der Vorinstanz eine Unterhaltsklage ein (Urk. 1 bis Urk. 3/2-4). Mit Urteil vom 16. April 2018 genehmigte die Vorinstanz die zwischen den Parteien anlässlich der Hauptverhandlung vom 13. April 2018 geschlossene Vereinbarung (Urk. 10), gewährte den Parteien sowie der Verfahrensbeteiligten die unentgeltliche Rechtspflege und bestellte den Klägern Rechtsanwältin lic. iur. X. _____ als unentgeltliche Rechtsvertreterin (Urk. 20 S. 6 ff. = Urk. 17 S. 6 ff.). Dieser Entscheidung erging zunächst in unbegründeter, hernach auf Begehren des Beklagten und Berufungsklägers (fortan Beklagter) in begründeter Form (Urk. 11; Urk. 15; Urk. 17).

1.2 Hiergegen erhob der Beklagte mit Schreiben vom 7. September 2018 (dem Briefkasten des Obergerichts des Kantons Zürich am 10. September 2018 entnommen) Berufung mit eingangs aufgeführten Anträgen (Urk. 19).

2. Der bisher am Verfahren mitwirkende Oberrichter Dr. H.A. Müller trat per Ende 2018 aus dem Gerichtsdienst aus, weshalb vorliegender Entscheid in geänderter Besetzung ergeht.

3.1 Verfügung und Urteil der Vorinstanz vom 16. April 2018 wurden dem Beklagten am 7. Juli 2018 zugestellt (Urk. 18c). Die Frist von 30 Tagen zum Erheben der Berufung lief unter Berücksichtigung des Fristenstillstandes (Art. 145 Abs. 1 lit. b ZPO) und mit Blick auf Art. 142 Abs. 1 ZPO und Art. 143 Abs. 1 ZPO am Freitag, den 7. September 2018, ab. Der Beklagte legte seine Berufung in den Briefkasten des angerufenen Gerichts (Urk. 19 S. 1). Dementsprechend trägt der Umschlag keinen Poststempel, aus welchem ersichtlich wäre, an welchem Tag die Sendung zuhanden des Gerichts effektiv (am 7., 8., 9. oder 10. September 2018) eingereicht wurde (Briefumschlag von Urk. 19).

3.2 Da das Gericht nach Eingang eines Rechtsmittels von Amtes wegen zu prüfen hat, ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind (Art. 60 ZPO) – zu denen u.a. auch die Wahrung der gesetzlichen Berufungsfrist gehört – wurde dem Beklagten mit Beschluss der angerufenen Kammer vom 18. Oktober 2018 der Hauptbeweis dafür auferlegt, dass die Berufungsschrift vor Mitternacht des 7. September 2018 in den Briefkasten des Obergerichts des Kantons Zürich eingeworfen wurde. Gleichzeitig wurde er zur Nennung entsprechender Beweismittel sowie zur Zahlung eines Kostenvorschusses von Fr. 3'000.– aufgefordert (Urk. 25 S. 4). Am 15. November 2018 wurde die Zeugeneinvernahme des vom Beklagten genannten Zeugen F._____ beschlossen und ein Kostenvorschuss von Fr. 200.– für die Durchführung des Beweisverfahrens verlangt (Urk. 29). Nachdem der jeweils geforderte Kostenvorschuss sowohl für das Berufungs- als auch für das Beweisverfahren innert Frist eingegangen war, wurden die Parteien mit Verfügung vom 7. Januar 2019 zur Beweisverhandlung auf den 28. Januar 2019 vorgeladen (Urk. 31).

3.3 An der Beweisverhandlung erschienen der Beklagte persönlich und der Zeuge F._____; die Kläger und die Kindsmutter sind nicht erschienen (Prot. II S. 6 ff.). Die Zeugeneinvernahme erfolgte durch die Referentin, da keine der Parteien eine Beweisabnahme durch das Kollegium verlangt hatte (vgl. Urk. 29). Schliesslich wurde den Parteien mit Verfügung vom 29. Januar 2019 Frist zur Stellungnahme zum Beweisergebnis angesetzt (Urk. 34). Die Parteien liessen sich innert Frist nicht vernehmen.

3.4.1 Der Zeuge F._____ wurde gemäss Art. 307 StGB zur Wahrheit ermahnt und im Einklang mit Art. 161 Abs. 1 ZPO vorab auf seine Verweigerungsrechte gemäss Art. 165 f. ZPO hingewiesen. Er gab zum Beweisthema im Wesentlichen Folgendes zu Protokoll: Er habe den Beklagten am Abend des 7. September 2018 vor dem Haupteingang des Obergerichts kennengelernt, da er selber dort den Abend mit einer Freundin verbracht habe. Der Beklagte sei mit der Vespa herumgefahren und habe nach einem Briefkasten gefragt. Da er keine Möglichkeit gefunden habe, seinen Brief abstempeln bzw. die Zeit der Aufgabe des Briefes notieren zu lassen, habe er gefragt, ob einer von ihnen Zeuge für den Einwurf des Briefes sein könne. Hierzu habe er sich bereit erklärt. Der Beklagte habe weiter gesagt, dass er den Brief vor Mitternacht einzuwerfen habe. Der Einwurf sei um 23.37 Uhr erfolgt; er selber habe sich eine Notiz auf seinem Handy eingetragen. Er sei mit dem Beklagten zum Briefkasten gegangen. Er könne sich allerdings nicht daran erinnern, dass etwas auf den Umschlag geschrieben worden sei. Er sei nicht mehr sicher, ob er etwas unterzeichnet habe; jedenfalls habe der Beklagte ein Photo von seinem Schülerschein gemacht. Der Beklagte habe ihn schliesslich – mangels Angabe seiner Handynummer und seiner Adresse – über Umwege ausfindig gemacht. Er habe ihn zu einem späteren Zeitpunkt im November 2018 aufgesucht und ihm mitgeteilt, dass er ihn als Zeugen angeben müsse. Er, der Zeuge, könne bezeugen, dass der Beklagte den Brief am 7. September 2018 eingeworfen habe. An das genaue Zustandekommen des Photos (Urk. 28) könne er sich nicht erinnern. Er könne sich aber an die beiden Ausweise und das Photo erinnern. Ob er an diesem Abend unterschrieben habe, wisse er nicht mehr. Er könne auch nicht sagen, wann der entsprechende Text auf Urk. 28 verfasst worden sei, indes könne er bezeugen, dass der besagte Text korrekt sei und es sich um seine Unterschrift handle (Prot. S. 11).

3.4.2 Das Gericht hat die Beweise nach freier Überzeugung zu würdigen (Art. 157 ZPO). Der dem Berufungskläger obliegende strikte Beweis hat er dann erbracht, wenn für das Gericht aufgrund der verfügbaren Beweismittel, des übrigen unstrittigen Sachverhaltes, der weiteren Sachdarstellungen der Parteien usw. keine vernünftigen Zweifel daran bestehen, dass es sich tatsächlich genau so verhalten hat, wie es behauptet wurde (vgl. z.B. BGE 130 III 321 E. 3.1), das Ge-

richt also im Ergebnis der Wertungen der Beweismittel zu einer entsprechenden Überzeugung gelangt (BSK ZGB I-Schmid, Art. 8 N 17 m.w.H.). Umgekehrt ist der Beweis dann gescheitert, wenn sich vernünftige Zweifel an der Richtigkeit der behaupteten Sachdarstellung nicht ausräumen lassen. Die richterliche Überzeugung braucht dabei keine absolute Gewissheit zu sein, denn mit Gewissheit lassen sich bestrittene Tatsachen aus der Vergangenheit kaum je feststellen.

Es bestehen keine Anhaltspunkte, an der Glaubwürdigkeit des Zeugen zu zweifeln. Vorweg ist festzuhalten, dass er unter der Strafandrohung von Art. 307 StGB ausgesagt hat. Sodann bestätigte der Zeuge zu Beginn der Einvernahme, dass er keine der Parteien kenne; den Beklagten kenne er lediglich vom Abend des 7. September 2018 sowie vom Besuch im November 2018. Damit aber findet sich kein Hinweis darauf, dass der Zeuge in emotionaler oder finanzieller Hinsicht an einem bestimmten Prozessausgang interessiert sein könnte. Des Weiteren bestehen auch keine Zweifel an der Glaubhaftigkeit seiner Aussagen: Er schildert den relevanten Vorfall realitätsnah, detailliert und widerspruchsfrei, ohne aber Erinnerungslücken vertuschen zu wollen. So gibt er unumwunden zu, dass er nicht mehr genau wisse, wie das Photo (Urk. 28) entstanden sei. Indes konnte er sich genau und konzis daran erinnern, wo ihn der Beklagte um das Zeugnis gebeten hatte, welchen Ausweis er bei dieser Gelegenheit bei sich trug und verfasste gar eine Notiz über den Zeitpunkt des Einwurfs. Dies ist denn auch unbestritten geblieben. Damit ist erstellt, dass die Eingabe am 7. September 2018 vor Mitternacht in den Briefkasten des angerufenen Gerichts eingeworfen wurde und damit rechtzeitig erfolgt ist. Entsprechend ist auf die Berufung einzutreten.

4.1 Der Beklagte bringt berufsungsweise hauptsächlich vor, er sei bei Unterzeichnung der vor Vorinstanz geschlossenen Vereinbarung derart unter Stress gestanden, dass er diese nicht mehr willentlich habe unterzeichnen können. Er habe sich am 13. April 2018 lediglich auf eine zweistündige Verhandlung eingestellt; niemals hätte er damit gerechnet, dass ein Gericht am Freitagnachmittag nach 16.00 Uhr noch weiter verhandeln würde. Mit steigender Verhandlungszeit sei er immer weniger fähig gewesen, an der Verhandlung willentlich und bewusst teilzunehmen. Ab 16.30 Uhr sei der Stress für ihn zunehmend gestiegen und er

habe Mühe gehabt, sich zu konzentrieren. Als er schliesslich um 19.30 Uhr den Vorderrichter nach dem neu aufgekommenen Punkt "Manko" gefragt habe, habe dieser die Akten demonstrativ geschlossen, habe lautstark das Wort erhoben und gesagt, dass er nun Schluss mache und ein Urteil fällen werde, welches niemals besser ausfallen würde als der Vergleichsvorschlag. Ausserdem würde er dem Beklagten die gesamten Kosten auferlegen und die Kinder befragen. Damit sei ihm, dem Beklagten, ein hohes Mass an Stress auferlegt worden, dem er nicht mehr gewachsen gewesen sei. Nach dem Verlust der Arbeitsstelle im März 2016 bei G._____ AG wegen der Überlastungsstörung, verpassten Prüfungen in einer Weiterbildung an der Hochschule H._____ und der Fehlleistung in der Verhandlung am 13. April 2018 habe er der Erkenntnis, wonach er unter Stresssituationen nicht mehr willentlich und bewusst handeln könne, nicht mehr aus dem Weg gehen können. Entsprechend habe er sich die notwendige therapeutische Hilfe gesucht. Das Attest des Therapeuten bestätige, dass er am 13. April 2018 um 19.30 Uhr nicht mehr verhandlungsfähig gewesen sei und die Vereinbarung nicht willentlich unterschrieben habe (Urk. 19 S. 3 f.). Des Weiteren führt der Beklagte an, dass gemäss Verhandlungsprotokoll der Vorinstanz die Kindsmutter die Anerkennung seiner bisherigen Leistungen erklärt habe. Entsprechend finde sich eine Kostenaufstellung in seinen Beilagen. Diese Kosten seien zu verrechnen und Überzahlungen zur Rückzahlung zu verfügen (Urk. 19 S. 2 und S. 4).

4.2 Die Durchsicht der vorinstanzlichen Akten – und namentlich des vorinstanzlichen Protokolls – ergibt, dass kein Willensmangel vorliegt:

4.2.1 Aus dem vorinstanzlichen Protokoll ist ersichtlich, dass der Beklagte auf Vorhalt der Unterhaltsberechnung der klägerischen Rechtsvertreterin sowie zum Einkommen der Kindsmutter detailliert und genau Stellung nehmen konnte (Prot. I S. 8 f. mit Verweis auf Urk. 6 und Urk. 7/17; Urk. 8 S. 3 f.). In dieser Bedarfs- und Unterhaltsberechnung der klägerischen Rechtsvertreterin ist auch das Manko aufgeführt (Urk. 7/17). Ebenso differenziert konnte sich der Beklagte zu seinem Einkommen sowie zu der von ihm gegründeten E._____ AG äussern und hielt selber fest, davon auszugehen, in einem Pensum von 80% arbeiten zu können (Prot. I S. 10 ff.). So ging er davon aus, dass er in den nächsten vier bis acht

Monaten auch wieder entsprechende Aufträge für die E._____ AG bekommen werde. Er wäre froh, wenn er sich einen Lohn in der Höhe von Fr. 6'000.– monatlich auszahlen könnte (Prot. I S. 17). Seiner Äusserung, wonach der Umfang der Unterhaltszahlungen vom Betreuungsverhältnis abhängig sei, deutet darauf hin, dass dem Beklagten die Bemessung des Unterhalts durchaus bekannt war (Prot. I S. 13). Der Beklagte legte denn auch seine ihn betreffende Bedarfsaufstellung ins Recht (Urk. 9/20). Damit aber ist nicht glaubhaft, dass er nicht verstanden haben will, wie sich ein Manko berechnet. Weder macht der Beklagte geltend, das Protokoll sei nicht korrekt abgefasst worden, noch bringt er vor, vor Vorinstanz ein entsprechendes Protokollberichtigungsbegehren gestellt zu haben. Entsprechend ist darauf abzustellen.

Dasselbe hat hinsichtlich der Kinderbetreuungsregelung zu gelten: Der Beklagte war anlässlich der Verhandlung vom 13. April 2018 durchaus in der Lage, seine diesbezügliche Sicht darzulegen und in seiner Klageantwort zu diesen von der klägerischen Rechtsvertreterin aufgeworfenen Punkten Stellung zu nehmen (Urk. 8; Prot. I S. 4 ff.). Entsprechend kann auch darauf abgestellt werden.

4.2.2 Den Einwendungen des Beklagten, wonach er unter psychischen Druck gesetzt und ihm ein hohes Mass an Stress auferlegt worden sei, welchem er nicht gewachsen gewesen sei, kann nicht gefolgt werden: Im Protokoll findet sich der Hinweis, dass der Richter Ausführungen zur vorläufigen Sach- und Rechtslage getätigt hat (Prot. I S. 18). Nach zweimaligem Verhandlungsunterbruch legte der Richter den Parteien die vom Gericht ausgearbeitete Vereinbarung vor, besprach diese mit ihnen Ziffer für Ziffer und machte erneut Ausführungen zur Sach- und Rechtslage (Prot. I S. 18 f.). Erst danach unterzeichneten die Parteien die Vereinbarung (Prot. I S. 19). In den strittigen Punkten (Betreuung der beiden Kinder, Unterhaltsverpflichtung) ist diese denn auch klar. Entgegen der Darstellung in der Berufung steht aufgrund der Akten fest, dass der Beklagte im vorinstanzlichen Verfahren sehr wohl realisiert hat, dass die abgeschlossene Vereinbarung keine hälftige Kinderbetreuung durch ihn und die Kindsmutter vorsieht und wie der Unterhaltsbetrag berechnet wurde. Hinsichtlich Letzterem kann sodann auf Antrag 5 der Berufung hingewiesen werden, aus welchem ersichtlich ist,

dass dem Beklagten die Mankoberechnung verständlich ist, zumal er selber davon ausgeht, dass sich diese reduziert, sobald er mehr Einkommen generiert und damit im Einklang höhere Unterhaltsbeiträge bezahlt. Es ist denn auch klar, dass der Beklagte zu Beginn des vorinstanzlichen Verfahrens eine hälftige Betreuungsregelung beantragte; indessen wirkte der Richter während der Vergleichsgespräche auf eine davon abweichende Regelung hin. Nach mehrfacher Erörterung und Erklärung stimmten die Parteien einer solchen Regelung zu, deren Bedeutung dem Beklagten offensichtlich verständlich war. Damit sind die Vorbringen des Beklagten allesamt nicht stichhaltig. Ein Willensmangel ist nicht dargetan.

Daran ändern auch die im Berufungsverfahren erstmals eingereichten Arztzeugnisse nichts (Urk. 22/6-7): So bestätigt das Schreiben von Dr. med. I. _____ lediglich, dass der Beklagte seit Juni 2016 in ihrer hausärztlichen Behandlung stehe, er ihr am 23. März 2017 erstmals über seine Schwierigkeiten berichtet und erwähnt habe, dass er bereits 2013 ein Burnout gehabt habe. Sodann habe er sie am 18. April 2018 erneut wegen derselben Probleme aufgesucht. Sie habe ihn zur psychotherapeutischen Behandlung nach Zürich überwiesen (Urk. 22/6). Gemäss Bericht von lic. phil. J. _____, delegierter Psychotherapeut, vom 24. Juni 2018 zeigt sich das Zustandsbild einer mittelschweren depressiven Reaktion, gekennzeichnet durch Schlafstörungen mit chronischer Übermüdung als Folge, Konzentrations- und Aufmerksamkeitsstörungen, Verminderung der Merkfähigkeit und der kognitiven Leistungsfähigkeit und depressiver Grundstimmung mit Gedankenkreisen um akute Existenzprobleme. Aufgrund des beschriebenen Zustandsbildes und der Vorgeschichte müsse aus therapeutischer Sicht davon ausgegangen werden, dass der Beklagte am 13. April 2018 in der Verhandlung über die Unterhaltsklage seiner Ex-Partnerin vor dem Bezirksgericht Dietikon nicht verhandlungsfähig gewesen sei. Vielmehr sei anzunehmen, dass er dort nach dem aufreibenden Verhandlungsverlauf von über sechs Stunden Dauer dem enormen psychischen Druck nachgegeben und aus Angst vor – vom Verhandlungsleiter angedrohten – noch unangenehmeren Konsequenzen eine für ihn sehr nachteilige Konvention unterschrieben habe (Urk. 22/7).

Beide Schreiben sagen nichts über den Zustand des Beklagten im Zeitpunkt der Verhandlung, nämlich am 13. April 2018, aus, suchte er die Hausärztin und den Therapeuten doch erst fünf Tage später, nämlich am 18. April 2018, auf. Vielmehr ist davon auszugehen, dass sie lediglich das bestätigen, was der Beklagte ihnen erzählt hat, worauf insbesondere das Schreiben von lic. phil. J. _____ schliessen lässt. So führt dieser im Wesentlichen das aus, was der Beklagte ihm über die Verhandlung erzählt hat und auch in der Berufungsschrift wiedergibt. Inwiefern aber der Beklagte am 13. April 2018 tatsächlich verhandlungsunfähig gewesen sein soll, kann daraus nicht entnommen werden. Entsprechend kann nicht abgeleitet werden, der Beklagte habe den Ausführungen des Vorderrichters anlässlich der Vergleichsgespräche nicht folgen können. So machte der Beklagte nicht geltend, den Vorderrichter auf seine diesbezüglichen Probleme wie die chronische Übermüdung, Konzentrations- und Aufmerksamkeitsstörungen, Verminderung der Merkfähigkeit und der kognitiven Leistungsfähigkeit hingewiesen bzw. um Abbruch der Vergleichsgespräche gebeten zu haben. Weder ersuchte er vermehrt um Pausen, noch machte er geltend, der Verhandlung nicht folgen zu können (Prot. I S. 6 ff.). Schliesslich kann dem Protokoll entnommen werden – und dies bestätigt auch der Beklagte –, dass es während der Vergleichsgespräche zu Verhandlungsunterbrüchen kam (Urk. 19 S. 3; Prot. I S. 18). Damit aber wurden die Vergleichsgespräche zwischen 16.30 Uhr und 20.10 Uhr nicht ununterbrochen geführt, so dass dem Beklagten durchaus Zeit zum Überlegen blieb und er Pausen einlegen konnte.

4.2.3 Insofern erweist sich die Berufung als offensichtlich unbegründet, weshalb auf das Einholen einer Berufungsantwort der Kläger verzichtet werden kann (Art. 312 Abs. 1 ZPO). In diesem Umfang ist die Berufung abzuweisen und der vorinstanzliche Entscheid zu bestätigen.

5.1 Hinsichtlich der Kostenregelung stellt sich der Beklagte gegen die Feststellung der Vorinstanz, wonach das Begehren um Begründung des angefochtenen Urteils unnütz sei. Die Vorinstanz habe die rechtliche Würdigung des "Manko" während der mündlichen Verhandlung offengelassen und es sei angezeigt gewesen, eine schriftliche Begründung zu verlangen, um Klarheit zu schaf-

fen. Dies sei indes auch in der begründeten Fassung nicht erfolgt. Entsprechend sei die damit verbundene Verpflichtung zur Tragung von Mehrkosten falsch (Urk. 19 S. 4). Damit will er den Kostenentscheid dahingehend geändert wissen, als die Kosten des Verfahrens ihm und der Kindsmutter je hälftig aufzuerlegen seien. Schliesslich will er, dass der ihm auferlegte Kostenanteil aufgrund der ihm gewährten unentgeltlichen Rechtspflege gesamthaft einstweilen auf die Gerichtskasse genommen wird (Urk. 19 S. 2 und S. 4).

5.2 Soweit der Beklagte die hälftige Kostenaufgabe an ihn und die Kindsmutter beantragt, dringt er damit nicht durch: Dem Beklagten wurden die Mehrkosten für die Begründung des Urteils nicht – wie von ihm behauptet – aufgrund dessen auferlegt, weil dieses Begehren aus Sicht des Vorderrichters unnützlich sei. Auch wenn diese Ansicht des Vorderrichters nicht angeht – wie nachfolgend aufzuzeigen ist –, erfolgte die Auflage der Mehrkosten gestützt auf Ziffer 6 Absatz 2 der Vereinbarung, wonach die die Begründung des Urteils veranlassende Person die dadurch entstehenden Mehrkosten allein zu tragen hat (vgl. Urk. 20 Erw. 3.1). Hierzu hat der Beklagte sein Einverständnis gegeben. Inwiefern ihm dies nicht klar gewesen sein sollte, ist nach dem vorangehend Ausgeführten nicht ersichtlich.

5.3.1 Hinsichtlich seines Einwandes, wonach die gesamten, ihn treffenden Kosten auf die Gerichtskasse zu nehmen seien, ist indes darauf hinzuweisen, dass Dispositivziffer 7 des angefochtenen Urteils nicht mit Dispositivziffer 1 der Verfügung der Vorinstanz vom 16. April 2018 übereinstimmt: So wurde dem Beklagten die unentgeltliche Rechtspflege nicht nur teilweise, sondern für die gesamten, ihn treffenden Verfahrenskosten und damit ohne Einschränkung gewährt. Mit Dispositivziffer 7 des angefochtenen Urteils wurden die Kosten nun aber zu zwei Dritteln dem Beklagten auferlegt, indes nur die Hälfte davon einstweilen auf die Gerichtskasse genommen und die andere Hälfte zur Zahlung bestimmt (Urk. 20 S. 9), ohne dass dem Beklagten die unentgeltliche Rechtspflege zu einem späteren Zeitpunkt teilweise entzogen worden wäre. Der Vorderrichter hielt hierzu fest, dass die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege nicht von der Pflicht, unnützlich verursachte Kosten zu tragen, entbinde. So habe der Beklagte eine

Begründung verlangt, obwohl das Gericht die Konvention genehmigt habe und damit den vom Beklagten selber gestellten Anträgen vollumfänglich gefolgt sei. Da der Beklagte die Gründe für die von ihm selber abgeschlossene Vereinbarung kenne und kaum ein Rechtsmittel gegen einen, seinen eigenen Anträgen entsprechenden Entscheid erheben werde, sei sein Begehren um Erstellung eines begründeten Entscheides offensichtlich unnütz (Urk. 20 S. 5 Erw. 3.3).

5.3.2 Dem kann nicht gefolgt werden: Die Parteien haben Anspruch auf eine schriftliche Begründung des Entscheides (Art. 239 Abs. 2 ZPO). Dies folgt bereits aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 53 Abs. 1 ZPO; BK ZPO-Killias, Art. 239 N 17). Da ein Antrag auf schriftliche Begründung noch keine Erklärung enthält, ein Rechtsmittel erheben zu wollen (D. Staehelin, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO-Komm. 3. A., Art. 239 N 29), liegt auf der Hand, dass das Verlangen einer schriftlichen Begründung keine Pflicht zum Weiterzug des entsprechenden Entscheides mit sich bringt. Entsprechend können einer Partei allein aus dem Grunde, dass sie nach Abschluss einer Vereinbarung eine Begründung des diesbezüglichen Entscheides verlangt, keine Kosten nach Art. 108 ZPO auferlegt werden. So kann eine Partei selbst dann ein Interesse an einer schriftlichen Begründung des Entscheides haben, wenn sie kein Rechtsmittel einlegen will, weil sie etwa auf eine Drittperson regressieren oder den Entscheid im Ausland vollstrecken will (BK ZPO-Killias, Art. 239 N 21). Der erstinstanzliche Richter braucht sich nicht darum zu kümmern, ob eine Partei ein Rechtsmittel einlegen will oder nicht. Dies ist allein ihr überlassen. Zwar sind Konstellationen denkbar, in welchen beispielsweise einem Rechtsvertreter die Kosten auferlegt werden, wenn er ein Rechtsmittel erhebt, das in guten Treuen nicht mehr als erfolgversprechend bezeichnet werden kann (Jenny in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, a.a.O., Art. 108 N 7 mit Verweis auf ZR 105 [2006] Nr. 7). Die diesbezügliche Entscheidungskompetenz läge indes allein bei der Rechtsmittelinstanz; nur diese hat die Erfolgsaussichten des Rechtsmittels zu prüfen und darüber zu entscheiden. Vorliegend handelt es sich noch nicht einmal um eine Drittperson, welche ein Rechtsmittel erheben will, sondern um eine Partei. Damit aber durfte der Vorderrichter dem Beklagten auch mit der Begründung, ein Rechtsmittel gegen seinen Entscheid sei unnütz, die Kosten nicht nach Art. 108

ZPO auferlegen. Der Vollständigkeithalber bleibt zu erwähnen, dass die abgeschlossene Vereinbarung hinsichtlich der Kinderbetreuung entgegen der Ansicht des Vorderrichters auch nicht mit den ursprünglichen Anträgen des Beklagten übereinstimmt (vgl. Urk. 8 S. 2 mit Urk. 20 S. 7 Dispositivziffer 4.1 lit. c).

5.3.3 Da vorliegend die Pflicht zur Bezahlung von Kosten nach Art. 108 ZPO die Gegenpartei in keiner Weise tangiert und diese hinsichtlich der Frage der Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ohnehin nicht Partei ist (BGer 5A_29/2013 vom 4. April 2013, E. 1.1), kann auf das Einholen einer Antwort verzichtet werden. Dispositivziffer 7 des angefochtenen Urteils der Vorinstanz vom 16. April 2018 ist dahingehend zu korrigieren, dass die dem Beklagten auferlegten Kosten – unter Vorbehalt der Nachzahlungspflicht – im gesamten Umfang einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen sind.

6.1 Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr ist in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG in Verbindung mit § 5 Abs. 1 GebV OG und § 10 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 3'200.– (Fr. 3'000.– für das Berufungsverfahren [Urk. 25] und Fr. 200.– für das Beweisverfahren [unter Einschluss der Zeugenentschädigung von Fr. 20.–, Urk. 29 und Urk. 33]) festzusetzen. Dabei sind die Kosten und Auslagen des Gerichts, die durch die Prüfung der Rechtzeitigkeit der Berufungserhebung des Beklagten verursacht worden sind, dem Beklagten aufzuerlegen. Wer die Fristwahrung durch Einwurf einer Rechtsschrift in den Briefkasten des Obergerichts mittels Zeugen beweisen muss, verursacht unnötig Kosten, welche er selber zu tragen hat (ZR 108 [2009] Nr. 51; Jenny, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, a.a.O., Art. 108 N 8). Entsprechend sind die Kosten von Fr. 200.– dem Beklagten aufzuerlegen. Im Übrigen unterliegt der Beklagte in der Hauptsache; lediglich hinsichtlich Dispositivziffer 7 obsiegt er. Dementsprechend rechtfertigt es sich, dem Beklagten vom Betrag von Fr. 3'000.– vier Fünftel der Verfahrenskosten (Fr. 2'400.–) aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO); ein Fünftel (Fr. 600.–) ist auf die Gerichtskasse zu nehmen bzw. in diesem Umfang ist auf die Erhebung von Kosten zu verzichten.

6.2 Das Gesuch des Beklagten um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Berufungsverfahren wurde zwar nicht vorgängig behandelt,

was aber im Ergebnis keine Rolle spielt. So ist das Gesuch ohnehin aufgrund der offensichtlichen Aussichtslosigkeit abzuweisen. Nach dem vorangehend Ausgeführten sind die Gewinnaussichten insgesamt weit geringer (ca. 20%) als die Verlustgefahren (ca. 80%). Aus dem gleichen Grund besteht kein Anspruch auf einen unentgeltlichen Rechtsbeistand (Art. 117 f. ZPO).

6.2 Den Klägern ist mangels relevanter Umtriebe im Berufungsverfahren keine Parteientschädigung zuzusprechen (vgl. Art. 95 Abs. 3 ZPO).

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch des Beklagten um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Berufungsverfahren wird abgewiesen.
2. Es wird festgestellt, dass die Berufung des Beklagten rechtzeitig erhoben wurde.
3. Die Kosten des Beweisverfahrens werden unter Einschluss der Zeugenentschädigung von 20.– auf Fr. 200.– festgesetzt.
4. Die Kosten des Beweisverfahrens werden dem Beklagten auferlegt und mit seinem Kostenvorschuss verrechnet.
5. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. In teilweiser Gutheissung der Berufung des Beklagten wird Dispositiv-Ziffer 7 des Urteils des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren am Bezirksgericht Dietikon vom 16. April 2018 aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt:

"7. Die Kosten des *begründeten Entscheids* werden dem Beklagten zu zwei Dritteln und der Kindsmutter D. _____ zu einem Drittel auferlegt, jedoch zufolge Gewährung der

unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Der Beklagte und die Kindsmutter D. _____ werden auf die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO hingewiesen."

Im Übrigen wird die Berufung abgewiesen und das Urteil des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren am Bezirksgericht Dietikon vom 16. April 2018 bestätigt.

2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'000.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden im Umfang von Fr. 2'400.– dem Beklagten auferlegt und mit seinem Kostenvorschuss verrechnet. Auf die Erhebung der weiteren Kosten wird verzichtet.
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Kläger und die Verfahrensbeeteiligte unter Beilage je eines Doppels bzw. einer Kopie der Urk. 19, Urk. 21 und Urk. 22/2-11, an das Migrationsamt des Kantons Zürich, an die Vorinstanz sowie nach Eintritt der Rechtskraft an die Einwohnerkontrolle Urdorf mit Formular, je gegen Empfangsschein.

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

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 sind ein Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG und Endentscheide im Sinne von Art. 90 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, 28. Februar 2019

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. L. Hunziker Schnider

lic. iur. K. Montani Schmidt

versandt am:
bz