

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LZ120017-O/U.doc

Mitwirkend: Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Oberrichterin
Dr. L. Hunziker Schnider und Ersatzoberrichter Dr. S. Mazan
sowie Gerichtsschreiberin Dr. D. Oser

Urteil vom 23. August 2013

in Sachen

A._____,
Beklagte 1 und Berufungsklägerin
vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

gegen

B._____,
Kläger und Berufungsbeklagter
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y._____

sowie

C._____,
Beklagte 2 und Verfahrensbeteiligte
vertreten durch Beiständin Rechtsanwältin lic. iur. Z._____

betreffend **Anfechtung Vaterschaft**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am
Bezirksgericht Pfäffikon vom 30. November 2011 (FP110008-H)**

**Rückweisung: Urteil des Bundesgerichts vom 19. November 2012 (vormali-
ges Verfahren: LZ120013)**

Rechtsbegehren (Urk. 1):

Es sei festzustellen, dass der Kläger nicht der Vater der Beklagten 2 ist.

**Urteil und Verfügung des Einzelgerichts des Bezirkes Pfäffikon vom
30. November 2011(Urk. 57):**

Verfügung:

1. Das Gesuch der Beklagten 1 um unentgeltliche Rechtspflege wird abgewiesen.
2. Das Eventualgesuch der Beklagten 2 um unentgeltliche Rechtspflege wird infolge Gegenstandslosigkeit als erledigt abgeschrieben.
3. [Schriftliche Mitteilung.]
4. [Rechtsmittel.]

Urteil:

1. Es wird festgestellt, dass der Kläger, B._____, nicht der Vater der Beklagten 2, C._____, ist.
2. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf Fr. 1'500.–. Die weiteren Kosten betragen Fr. 1'497.– (DNA-Gutachten).
3. Die Kosten werden der Beklagten 1 auferlegt. Sie wurden vom Kläger bereits bezogen, sind ihm aber von der Beklagten 1 vollumfänglich zu ersetzen.

Im die Kosten übersteigenden Umfang wird der Kostenvorschuss dem Kläger zurückerstattet.
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. [Schriftliche Mitteilung.]
6. [Rechtsmittel.]

Berufungsanträge:

der Beklagten 1 und Berufungsklägerin (Urk. 56 S. 2 f.):

- "1. Das Urteil des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren des Bezirkes Pfäffikon vom 30. November 2011 sei vollständig aufzuheben und die Anfechtungsklage des Berufungsbeklagten sei abzuweisen, unter Auferlegung der Entscheidgebühr sowie der weiteren Kosten (DNA-Gutachten) sowie einer Entschädigung für die Berufungsklägerin zulasten des Berufungsbeklagten;

eventualiter sei das Verfahren zur neuen Entscheidungsfindung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen bezüglich des Berufungsverfahrens ausgangsgemäss zulasten der Berufungsbeklagten 1 und 2."

sowie:

"Der Berufungsbeklagte 1 sei zu verpflichten, der Berufungsklägerin für das Berufungsverfahren einen angemessenen Prozesskostenvorschuss in der Höhe von Fr. 5'000.– zu bezahlen;

eventualiter sei der Berufungsklägerin für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren [sei] und es sei ihr in der Person des Unterzeichneten ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen."

des Klägers und Berufungsbeklagten (Urk. 76 S. 2):

- "1. Die Berufung sei abzuweisen.
2. Das Begehren um Leistung eines Anwaltskostenvorschusses für das Berufungsverfahren sei abzuweisen; unter Kosten- und Entschädigungsfolgen."

I.

1. a) Während ihrer Ehe mit dem Kläger gebar die Beklagte 1 und Berufungsklägerin (nachfolgend Beklagte 1) am tt.mm.2006 die Beklagte 2 und Verfahrensbeteiligte (nachfolgend Beklagte 2). Nachdem die Ehegatten seit 28. Januar 2011 getrennt lebten, fand am 28. März 2011 eine Eheschutzverhandlung statt, anlässlich derer eine Trennungsvereinbarung geschlossen wurde. Darin wurde unter anderem die Obhut über die Beklagte 2 der Beklagten 1 zugeteilt und ein gerichtsbliches Besuchsrecht vereinbart (Urk. 6/8). Mit Eingabe vom 3. Juni 2011 (Poststempel 6. Juni 2011) focht der Kläger seine Vaterschaft an (Urk. 1). Nach der am 7. September 2011 durchgeführten Hauptverhandlung beauftragte die Vorinstanz das IRM mit der Durchführung eines DNA-Gutachtens (Urk. 20). Dieses schloss den Kläger mit Sicherheit als Vater der Beklagten 2 aus (Urk. 29 S. 2).

Mit Verfügung und Urteil vom 30. November 2011 stellte die Vorinstanz in Gutheissung der Klage die Nichtvaterschaft des Klägers betreffend die Beklagte 2 fest. Ausserdem wies sie das Gesuch der Beklagten 1 um Gewährung der unent-

geltlichen Rechtspflege ab und schrieb dasjenige der Beklagten 2 zufolge Gegenstandslosigkeit ab (Urk. 45).

b) Mit Eingabe vom 15. Mai 2012 legte die Beklagte 1 Berufung gegen den Kläger und die Beklagte 2 ein und stellte die vorstehend aufgeführten Berufungsanträge (Urk. 56 S. 2 f.).

Mit Beschluss vom 20. August 2012 trat die Kammer auf die Berufung mangels Legitimation nicht ein, da die Beklagte 1 die Berufung ohne die Beklagte 2 erhoben habe (Urk. 65, LZ120013).

Daraufhin gelangte die Beklagte 1 mit Beschwerde vom 20. September 2012 an das Bundesgericht. Dieses hiess die Beschwerde am 19. November 2012 gut, soweit es darauf eintrat, hob den Beschluss der Kammer vom 20. August 2012 auf, und wies die Angelegenheit zur neuen Beurteilung an selbige zurück (BGer 5A_702/2012, Urk. 69 S. 8, Dispositiv-Ziffer 1). Zur Begründung erwog es, dass wegen der Gefahr einer Interessenskollision von Mutter und Kind und mit Rücksicht auf die Gestaltungswirkung des eine Anfechtungsklage gutheissenden Urteils Mutter oder Kind allein ein Rechtsmittel einlegen dürften. Dies gelte auch nach Inkrafttreten der Schweizerischen Zivilprozessordnung (Urk. 69 S. 6 E. 4.1).

c) Mit Eingabe vom 23. November 2012 reichte die Beklagte 1 weitere Unterlagen ein, um ihre anhaltende Mittellosigkeit zu belegen (Urk. 70, Urk. 72/1-9). Am 15. Januar 2013 wurde dem Kläger Frist zur Berufungsantwort, zur Stellungnahme zum Gesuch um Bezahlung eines Prozesskostenvorschusses und um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege angesetzt (Urk. 74). Das Doppel der eingereichten Rechtsschrift wurde den Beklagten 1 und 2 zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 76, Urk. 79, Prot. S. 4). Die Beklagte 2, die vor Vorinstanz auf Abweisung der Anfechtungsklage wegen Verwirkung der Klagefrist geschlossen hatte (Urk. 18), liess sich im obergerichtlichen Verfahren nicht vernehmen.

II.

1. Für die Feststellung und Anfechtung des Kindsverhältnisses gilt die Of-
ficial- sowie die Untersuchungsmaxime. Das Gericht ist damit an die Parteianträ-
ge nicht gebunden und es hat den Sachverhalt von Amtes wegen zu erforschen
(Art. 296 Abs. 1 und 3 ZGB).

Ist ein Kind während der Ehe geboren, so gilt der Ehemann als Vater
(Art. 255 Abs. 1 ZGB). Diese Vermutung kann der Ehemann beim Gericht anfech-
ten (Art. 256 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB). Gemäss Art. 256c Abs. 1 ZGB hat er die Anfech-
tungsklage binnen Jahresfrist (relative Frist) einzureichen, seitdem er die Geburt
und die Tatsache erfahren hat, dass er nicht der Vater ist oder dass ein Dritter der
Mutter um die Zeit der Empfängnis beigewohnt hat, in jedem Fall aber vor Ablauf
von fünf Jahren seit der Geburt (absolute Frist). Für die zweite Alternative genügt
die Kenntnis, dass ein Dritter der Mutter beigewohnt hat, was beispielsweise der
Fall ist, wenn die Ehefrau ihrem Ehemann offenbart, mit einem Dritten eine sexu-
elle Beziehung gehabt zu haben oder erklärt, es sei möglich, dass das Kind nicht
von ihm sei. Nicht erforderlich ist die Kenntnis der Identität dieser Person. Ebenso
ist unerheblich, ob der Ehemann während dieser Zeit seiner Ehefrau weiterhin
beigewohnt hat und deshalb seine Vaterschaft nicht völlig ausgeschlossen wer-
den kann. Blosser Zweifel und Befürchtungen genügen nicht, sofern die Umstände
nicht so liegen, dass der Anfechtungskläger gehalten ist, sich über stichhaltige
Tatsachen zu informieren, um Gewissheit zu erlangen. Es handelt sich um Ver-
wirkungsfristen, welche weder unterbrochen noch gehemmt werden können und
nach deren unbenutztem Ablauf der Klageanspruch – vorbehaltlich einer Wieder-
herstellung aus wichtigen Gründen nach Art. 256c Abs. 3 ZGB – von Gesetzes
wegen untergeht und die Anfechtungsklage danach abzuweisen ist (vgl. zum
ganzen BGE 132 III 1 E. 2 und 3).

2. Unbestritten ist, dass der Kläger im Zeitpunkt der Zeugung der Beklag-
ten 2 mit der Beklagten 1 verheiratet war und damit als Vater der am tt.mm.2006
geborenen Beklagten 2 gilt. Ebenso ist unstrittig, dass der Kläger mit der Klage-
einleitung am 3. Juni 2011 (Poststempel 6. Juni 2011) zwar die fünfjährige, nicht

aber die einjährige Verwirkungsfrist gemäss Art. 256c Abs. 1 ZGB eingehalten hat, die am tt.mm.2007 (ein Jahr nach Geburt der Beklagten 2) abgelaufen ist. Strittig ist hingegen, ob ein im Sinne von Art. 265c Abs. 3 ZGB wichtiger Grund die Verspätung entschuldigt (a) und ebenso, ob der Klageberechtigte die Anfechtungsklage rechtzeitig eingereicht hat (b). Schliesslich sind noch die weiteren Einwände der Beklagten 1 zu prüfen (c und d).

a) Wichtiger Grund nach Art. 256c Abs. 3 ZGB

Da für den Klageberechtigten in jedem Fall viel auf dem Spiel steht, können verwirkte Fristen gemäss Art. 256c Abs. 3 ZGB wiederhergestellt werden, wenn die Verspätung mit "wichtigen Gründen" entschuldigt wird. Ob ein wichtiger Grund für die Wiederherstellung im konkreten Fall vorliegt, hat das Gericht in Berücksichtigung aller relevanten Umstände des Einzelfalls nach Recht und Billigkeit zu entscheiden (Art. 4 ZGB, BGE 91 II 153 E. 1). Der Ausnahmecharakter dieser Bestimmung gebietet eine restriktive Auslegung (BGE 132 III 1 E. 2.2 S. 4 mit Hinweisen, BGE 136 III 593 E. 6.1.1, BGer 5A_240/2011, Urteil vom 6. Juli 2011, E. 6.2.2). Der wichtige Grund für die verspätete Klageeinreichung kann sowohl objektiver wie auch subjektiver Natur sein. Als subjektive Hindernisse gelten unter anderen die Hoffnung auf den Fortbestand der Ehe und psychologische Hindernisse bei der Bildung des Klageentschlusses (BGer 5A_240/2011, Urteil vom 6. Juli 2011, E. 6.2.1., vgl. zum Ganzen Schwenzer, a.a.O., N 6 zu Art. 256c ZGB). Insoweit weicht der von der Beklagten 1 zitierte Entscheid des Zuger Kantonsgerichts vom 24. Februar 1982 (SJZ 81/1985 S. 326, Urk. 56 S. 6 Ziff. 2.4) von der heute diesbezüglich gefestigten klaren Lehre und Rechtsprechung ab. Dieses erwog, das Vorbringen, wonach der Anfechtungskläger ein Kindesverhältnis nur deswegen nicht früher angefochten habe, um die Ehe nicht zu ruinieren, sei nicht stichhaltig. Es gehe nicht an, Familienbanden je nach Ehesituation zu knüpfen bzw. wieder zu lösen. Dem ist entgegenzuhalten, dass die herrschende Meinung die (vermeintliche) Familienbande gerade in einem so hohen Masse achtet, dass sie in ihr nachvollziehbare und damit entschuldbare Hemmnisse sieht, um auf dem Klageweg die biologische Vaterschaft überprüfen zu lassen.

Aus diesem Entscheid kann deshalb die Beklagte 1 nichts zu ihren Gunsten ableiten.

Vorliegend brachte der Kläger vor, D._____ habe ihm erzählt, dass ein Dritter der Beklagten 1 während der gesetzlichen Empfängniszeit beigezogen habe (Prot. VI S. 5). Die vorhandenen Zweifel an seiner Vaterschaft habe er aber um die Ehe aufrechtzuerhalten und aus Liebe zu seiner Ehefrau sowie wegen des Kinderwunsches verdrängt. Dieses subjektive Hindernis wird von der Beklagten 1 in der Berufungsschrift bestritten: Der Kläger habe vielmehr mit der Anfechtungsklage gewartet, um ein andauerndes Erpressungsmittel ihr gegenüber zu haben und um die Oberhand zu behalten (Urk. 56 S. 11 f.). Diese (neue) Behauptung überzeugt nicht, gab doch die Beklagte 1 selber auf dem Jugendamt zu Protokoll, dass sie aufgrund der frauenärztlichen Aussage zur Schwangerschaftsdauer davon ausgegangen sei, dass ihr Mann der biologische Vater ihrer Tochter sei (Urk. 19). Ebenso sagte sie an der Hauptverhandlung aus, sie gehe davon aus, dass der Kläger der Vater der Beklagten 2 sei (Prot. VI S. 6). Von einem Erpressungsmittel kann angesichts dieser aktenkundigen Aussagen keine Rede sein. Folglich ist aufgrund des bis Ende Januar 2011 dauernden familiären Zusammenlebens von einem grundsätzlich vorhandenen subjektiven Hindernis des Klägers auszugehen.

Weiter führt die Beklagte 1 an (Urk. 59 S. 6 f.), dass bei der ermessensweisen Beurteilung, ob ein wichtiger Grund gemäss Art. 256c Abs. 3 ZGB vorliege, auch das Interesse des Kindes zu berücksichtigen sei. Dies gilt indes nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nur dann, wenn die Umstände für sich allein noch nicht für die Bejahung eines wichtigen Grundes ausreichen. Wenn es in einem solchen Fall nicht im Interesse des Kindes liegt, dass die Frage des Kindesverhältnisses dennoch geklärt wird, ist die Wiederherstellung abzulehnen (BGE 136 III 593 E. 6.2). Dabei ist das Interesse des Kindes am Fortbestand des vorhandenen Vaterschaftsverhältnisses um so gewichtiger, je mehr Zeit seit der Geburt vergangen ist. Mit anderen Worten kann sich die Annahme eines wichtigen Grundes unter Umständen, die sonst hierfür nicht ausreichen würden, rechtfertigen, wenn das Interesse des Klägers an der Anfechtung das gegenteilige In-

teresse des Kindes eindeutig überwiegt (BGer 5C.130/2003 vom 14. Oktober 2003, E. 3; BGer 5A_506/2007 vom 28. Februar 2008, E. 4.2.4).

Die Beklagte 1 vertritt in diesem Zusammenhang die Auffassung, dass der Kläger mit seinem Zuwarten über Jahre ein familiäres Desaster verursacht habe, weil die Beklagte 2 bei Gutheissung der Anfechtungsklage mit grosser Wahrscheinlichkeit in Zukunft ohne Vater aufwachsen würde. Die Beklagte 1 könne sich zwar noch an den Namen des möglichen Erzeugers erinnern, doch kenne sie dessen heutigen Aufenthaltsort nicht. Bisherige – d.h. bis am 15. Mai 2012 getätigte – ausgiebige Nachforschungen hätten zu keinem Ergebnis geführt (Urk. 56 S. 6 f.). Dies wird vom Kläger bestritten, da die Beklagte 1 unmittelbar nach der Eröffnung des Vaterschaftsgutachtens des IRM ihn angerufen habe, mit der Mitteilung, sie hätte den biologischen Vater bereits schon kontaktiert, und dass es nicht E._____ sei. Dies habe er am 8. November 2011 während des laufenden Verfahrens der Vorinstanz mitgeteilt (vgl. Urk. 33). Ausserdem habe die Beklagte 1 im Anschluss an das allerletzte Telefonat, welches der Kläger mit der Beklagten 2 Mitte Juni 2012 geführt habe, ihn angehalten, solche Anrufe in Zukunft zu unterlassen; die Beklagte 2 sei jetzt daran, ihren richtigen Vater kennenzulernen (Urk. 76 S. 3). Die Beklagte 1 selbst gab am 18. Juli 2011 im Jugendamt zu Protokoll, dass sie während der gesetzlichen Empfängniszeit nur mit einem Mann ausser-eheliche intime Beziehungen gehabt habe. Dieser Mann heisse E._____, und sie könne dessen Nachname und Adresse über Bekannte ausfindig machen (Urk. 19). Die Beklagte 1 weiss demnach, wer der biologische Vater ist, nicht aber, wo er sich im Moment befindet. Auch der Kläger gab an der Hauptverhandlung an, D._____ habe ihm im Jahr 2006 erzählt, dass die Beklagte 1 mit einem anderen Mann fremdgegangen sei. D._____ kenne einen Kollegen desjenigen, mit dem die Beklagte 1 einen Seitensprung gehabt habe (Prot. VI S. 5). Es ist deshalb davon auszugehen, dass der biologische Vater ausfindig gemacht werden kann, zumal die zuständige Kindesschutzbehörde dem Kind einen Beistand ernennen wird, der für die Feststellung des Kindesverhältnisses zum Vater zu sorgen sowie die Beklagte 1 zu beraten und zu betreuen hat (Art. 309 Abs. 1 und 2 ZGB). Demzufolge verfängt das Argument der Beklagten 1 nicht, wonach die heute bald siebenjährige Beklagte 2 ohne Vater aufwachsen würde, und sie

deshalb ein legitimes Interesse daran habe, (immerhin) einen Register-Vater zu haben. Die Beklagte 2 profitiert zwar ohne Zweifel finanziell, durch den Unterhalts-, später einmal einen allfälligen Erbenspruch gegen den Kläger. Dieses Interesse überwiegt jedoch nicht dasjenige des Klägers, das gleichermassen ein ideelles wie auch finanzielles ist, und vermag eine Wiederherstellung der Anfechtungsfrist nicht zu verhindern. Dazu kommt, dass die Vertreterin des Kindes zwar vor Vorinstanz auf Abweisung wegen Verwirkung der Klagefrist geschlossen hatte (Urk. 18), auf ein Rechtsmittel jedoch verzichtete.

b) Rechtzeitige Klageeinreichung

Die Beklagte 1 rügt unter Hinweis auf BGE 136 III 593, ZR 110/2011 S. 1 und BGer 5A_240/2011 weiter, die Vorinstanz sei zu Unrecht davon ausgegangen, dass der Kläger "unverzüglich" nach dessen Erkenntnis, dass die Ehe gescheitert sei, die Anfechtungsklage eingereicht habe. Diese müsse nämlich grundsätzlich innerhalb eines Monats seit Wegfall des Hinderungsgrundes erhoben werden (Urk. 56 Ziff. 3.5. S. 10 mit Hinweis auf Urk. 45 S. 6).

Zutreffend ist, dass der Klageberechtigte "mit aller nach den Umständen möglichen Beschleunigung" Anfechtungsklage einreichen muss, nachdem der Grund für die Verzögerung weggefallen ist, soll diese nicht verirken. Ausser es werden triftige Gründe für die Verspätung dargetan, hat dies innert Monatsfrist nach Wegfall des Verzögerungsgrundes zu geschehen (so im von der Beklagten zitierten BGE 136 III 593 E. 6.1.1, siehe auch BGer 5A_492/2010 vom 13. Dezember 2010, E. 6.1.1; BGE 129 II 409; BGE 132 III 1 E. 3.2). In dem von der Beklagten 1 genannten ZR 110/2011 S. 1 hatte der Kläger am 10. März 2009 die Kindsmutter, von der er seit November 2008 geschieden war, um die Zustimmung zu einem Vaterschaftstest mit der Erklärung gebeten, "seit langem habe ich das Gefühl, dass ich nicht der leibliche Vater von unserem Sohn X. bin" und dem Hinweis darauf, dass er den Test andernfalls "über den Rechtlichen Weg" verlangen würde. Die Kammer entschied, dass die tatsächliche Klageeinleitung am 24. Juli 2009, nach viereinhalb Monaten, verspätet gewesen sei, da er zu diesem Zeitpunkt bereits die Klage ausdrücklich in Aussicht genommen habe. Daran ändere nichts, wenn man (entgegen der Praxis) für den Beginn der Klagefrist Ge-

wissheit über die Nichtvaterschaft voraussetzen wolle: Der Kläger habe am 20. oder 21. Mai 2009 das DNA-Gutachten erhalten. Die am 24. Juli 2009 zur Post gegebene Klage sei daher auch bezogen auf den 21. Mai 2009 nicht "mit aller nach den Umständen möglichen Beschleunigung" erhoben worden (E. 2.1 und E. 2.3. Abs. 3 und 4). In BGer 5A_240/2011 bestätigte das Bundesgericht die Praxis, wonach die Klageanhebung grundsätzlich im Folgemonat nach Wegfall des Verzögerungsgrundes zu geschehen habe (E. 6.2).

Vorliegend erlangte der Kläger Gewissheit über seine Nicht-Vaterschaft erst mit der Zustellung des IRM-Gutachtens vom 27. Oktober 2011 (Urk. 29). Fraglich ist, wann der Zeitpunkt gekommen war, in dem sich der zunächst vage Verdacht objektiv so weit verdichtet hatte, dass es dem Kläger zuzumuten und aufgrund des Wegfalls des subjektiven Grundes geboten war, die Vaterschaft anzufechten. Im Anfechtungsprozess gab er an, dass ihn die Beklagte 2 mehrfach gefragt habe, ob er ihr Vater sei. Zudem habe er bereits im Jahr 2006 von einer Drittperson – und nicht von der Ehefrau selber – gehört, dass ein anderer Mann ihr zur Empfängniszeit beigewohnt haben soll. Zur Aufrechterhaltung der Ehe und aufgrund der Liebe zu seiner Ehefrau und des Kinderwunsches habe er seine Zweifel an der Vaterschaft verdrängt. Damals sei die Beklagte 1 im vierten Monat schwanger gewesen. Dass er im Eheschutzverfahren nichts vom erwähnten Seitensprung gesagt habe, begründete er damit, dass ihm "damals nicht danach" gewesen sei. Es habe "sich so ergeben" (Prot. VI S. 5 f.). Die Beklagte 1 habe einige Wochen nach der Eheschutzverhandlung vom 28. März 2011 von einer Scheidung zu sprechen begonnen mit der Ankündigung, sie werde ihm das Scheidungsbegehren zustellen. Auf diese die Ehe aufkündigende Äusserung der Beklagten 1 habe der Kläger mit der Anfechtungsklage reagiert (Urk. 76 S. 4). Zudem habe das Besuchsrecht auch nach der Eheschutzverhandlung nicht richtig "geklappt" bis auf die letzten zwei Male bzw. das ganze Wochenende vor der Hauptverhandlung (Prot. VI S. 5, Urk. 76 S. 4). Diese Behauptung wird zwar von der Beklagten 1 vor Obergericht pauschal bestritten (Urk. 56 S. 8). Unbestrittenermassen pflegte der Kläger aber mindestens bis zur Trennung eine gute Beziehung zur Tochter. So sagte die Beklagte 1 an der Eheschutzverhandlung aus, dass die Tochter gerne ihren Vater besuche, und sowohl sie wie auch den Vater gerne habe. Ausserdem

spiele der Kläger "sehr lieb mit ihr" und gehe auf sie ein (Urk. 6 Prot. EE110014, S. 4). Vor dem Hintergrund der gelebten Vater-Tochter-Beziehung war die Einleitung der Klage umso weniger zumutbar und geboten.

Dem hält die Beklagte 1 entgegen, der (ohnehin bestrittene) subjektive Hinderungsgrund sei bereits mit der faktischen Trennung der Parteien am 28. Januar 2011 und nicht erst mit der Eheschutzverhandlung vom 28. März 2011 weggefallen, weswegen von einer viermonatigen Wartefrist und damit von einer Fristversäumnis auszugehen sei (Urk. 56 S. 10 f.).

Vorliegend war es die Beklagte 1, die am 28. Januar 2011 aus der ehelichen Wohnung auszog und am 17. Februar 2011 das Eheschutzbegehren stellte (Urk. 6/1). Eine Scheidung wird im Eheschutzprotokoll nicht erwähnt. Soweit die Beklagte 1 geltend macht, der Eheschutz sei notorischerweise eine "kleine Scheidung" und werde auch in der herrschenden Literatur so wiedergegeben (Urk. 56 S. 9 f.), so ist dies zwar ein verbreitetes Phänomen, sagt aber über die konkrete Ehe und deren definitiver Zerrüttung nichts aus. Auch das Argument, wonach der Kläger gewusst haben soll, dass die Beklagte 1 seit Januar 2011 mit einem neuen Partner zusammen lebe, findet in den Protokollaussagen beider Parteien anlässlich der Eheschutzverhandlung keine Stütze (Urk. 6, Prot. EE110014). Zwar schreibt der Kläger in seiner Klageschrift vom 3. Juni 2011 (Urk. 1), dass die Beklagte 1 seit Januar 2011 einen neuen Partner habe, nicht aber, seit wann ihm dies bekannt sein soll.

Damit ist aber für den zunehmenden Wegfall des subjektiven Hindernisses aufgrund der schwindenden Hoffnung eine Wiederversöhnung herbeizuführen auf die Zeit nach der Eheschutzverhandlung abzustellen. Erst ab diesem Zeitpunkt musste es dem Kläger allmählich bewusst werden, dass seine Ehe zerrüttet war. Dass sich erst aufgrund der zunehmenden Entfremdung zu den beiden Beklagten der Verdacht verdichtete und gleichzeitig die innere Hemmung eine Anfechtungsklage zu erheben schwand, ist nachvollziehbar. Für unentschuldig und geradezu unverständlich hielt demgegenüber das Bundesgericht das Abwarten mit der Klage rund elf Monate nach der eigenen Feststellung der Ähnlichkeit zwischen dem Paten des Kindes und dem Kind, zumal sich das monatelange Untätigsein na-

mentlich nicht etwa mit persönlicher Rücksichtnahme rechtfertigen liess, da die Ehe mit der Kindsmutter bereits seit mehreren Jahren geschieden war und die beiden schon vorher getrennt gelebt hatten (5C.217/2006 Urteil vom 19. Februar 2007 E. 4.). Im vorliegenden Fall sind hingegen triftige Gründe für die verzögerte Klageerhebung auszumachen, weshalb die Vorinstanz zu Recht die am 3. Juni 2011 und damit rund zwei Monate nach der Eheschutzverhandlung vom 28. März 2011 erhobene Anfechtungsklage noch zugelassen hat.

c) Die Beklagte 1 rügt sodann eine Verletzung ihres rechtlichen Gehörs, da die Vorinstanz ihr die Klageschrift (Urk. 1) nicht vorgehalten habe (Urk. 56 S. 11). Zutreffend ist, dass gemäss höchstrichterlicher Rechtsprechung in allen Verfahren jede dem Gericht eingereichte Eingabe den Beteiligten zur Kenntnis zu bringen und Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben ist. Dies gilt unabhängig davon, ob die Stellungnahme entscheidrelevant ist. Indem der Beklagten 1 die Urkunde – soweit ersichtlich – nicht vorgelegt wurde, wurde ihr rechtliches Gehör verletzt. Eine nicht besonders schwerwiegende Verletzung des rechtlichen Gehörs kann indes geheilt werden, wenn die betroffene Person die Möglichkeit hat, sich vor einer Rechtsmittelinstanz zu äussern, die sowohl den Sachverhalt als auch die Rechtslage frei prüfen kann. Von einer Rückweisung der Sache an die Vorinstanz ist ferner – selbst bei einer schwerwiegenden Verletzung des rechtlichen Gehörs – abzusehen, wenn und soweit die Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen würde, die mit dem (der Anhörung gleichgestellten) Interesse der betroffenen Partei an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wären (BGE 133 I 201 E. 2.2 m.w.H.).

Die Kammer prüft im Berufungsverfahren den Sachverhalt und die Rechtsanwendung mit umfassender Kognition (Art. 310 ZPO). Vorliegend wurden sämtliche Vorbringen der Klageschrift (Urk. 1) in der Hauptverhandlung vom 7. September 2011 thematisiert. So gab der Kläger (teilweise auf Befragen) an, dass die Beklagte 2 ihn mehrfach gefragt habe, ob er ihr Vater sei. Zudem habe er zwar vom Seitensprung seiner Ehefrau in der gesetzlichen Empfängniszeit gewusst, jedoch aufgrund der gemeinsamen Zukunftspläne und des Wunsches, die Ehe aufrechtzuerhalten, die Anfechtungsklage nicht erhoben. Auch mit der Behauptung

tung des Klägers, wonach die Beklagte 1 in einer neuen Partnerschaft sei, wurde sie konfrontiert, verneinte sie doch die Frage. Eine Ausnahme bildet seine Behauptung, wonach die Unklarheit betreffend seine Vaterschaft seiner Gesundheit schade und er deswegen schlaflose Nächte und Alpträume habe. Dieses Vorbringen ist nicht entscheidrelevant. Damit liegt eine leichte Verletzung des rechtlichen Gehörs der Beklagten 1 vor. Dementsprechend ist die Verletzung des rechtlichen Gehörs im Berufungsverfahren als geheilt zu betrachten, zumal die Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf führen würde.

d) Weiter moniert die Beklagte 1, die Vorinstanz habe an der Hauptverhandlung die richterliche Fragepflicht ungenügend und nur einseitig zugunsten des Klägers ausgeübt. So umfasse ihre Klageantwort lediglich zwei Sätze (Urk. 56 S. 10 f.). Richtig ist, dass die unvertretene Beklagte 1 sich weder zu den subjektiven Gründen des Klägers äusserte noch dazu explizit befragt wurde (Prot. VI S. 6). Neben der Aussage, dass sie nicht in einer neuen Partnerschaft lebe, gab sie zu Protokoll, sie gehe davon aus, dass der Kläger der biologische Vater sei (Prot. VI S. 6). Folglich ist nicht ersichtlich, inwiefern sie zu den subjektiven Hinderungsgründen des Anfechtungsklägers hätte befragt werden müssen, schloss sie doch mit dieser Aussage ihre erst in der Berufung vorgebrachte Behauptung, die Nichtanhebung der Anfechtungsklage sei ein Erpressungsmittel gewesen, selber aus (Urk. 56 S. 12, vgl. zu diesem Argument auch oben unter a). Da die Vorbringen der Beklagten 1 nicht mangelhaft waren, konnte die Vorinstanz ihre Fragepflicht nicht noch weiter ausüben ohne ihre gerichtliche Neutralität zu gefährden.

e) Zusammengefasst erweisen sich die in der Berufungsschrift erhobenen Einwände als unbegründet. Die Berufung ist daher abzuweisen und der vorinstanzliche Entscheid zu bestätigen (Art. 318 Abs. 1 lit. a ZPO).

III.

1. Da die Beklagte 1 mit ihrer Berufung unterliegt, wird sie kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 95 ZPO, Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Gerichtsgebühr ist auf Fr. 1'000.– festzusetzen (§§ 5 Abs. 1 und 12 Abs. 1 und 2 GebV OG) und

dem Kläger eine Parteientschädigung von Fr. 2'500.– zuzusprechen (§§ 5 Abs. 1, 11 Abs. 1 und 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV). Ein Zuschlag für die Mehrwertsteuer wird nicht verlangt.

2. Prozesskostenvorschuss/Unentgeltliche Rechtspflege

a) Die Vorinstanz wies das Gesuch der Beklagten 1 um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege androhungsgemäss ab, da sie die nötigen Unterlagen nicht eingereicht hatte (Urk. 45 S. 9). Diese Verfügung blieb unangefochten.

b) Für das Berufungsverfahren beantragt die Beklagte 1 die Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses in der Höhe von Fr. 5'000.–, eventualiter die Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes (Urk. 56 S. 3). Der Kläger ersucht um Abweisung des Antrages (Urk. 76 S. 4 f.). Dieser sei rechtsmissbräuchlich, da dem Prozess eine aussereheliche Beziehung der Beklagten 1 zugrunde liege. Ausserdem wisse sie nach eigenen Angaben, wer der wirkliche Vater sei und wo dieser sich aufhalte, wobei letztere Behauptung von der Beklagten 1 bestritten wird (Urk. 56 S. 6).

Die Bevorschussung der Prozesskosten umfasst nicht nur die eherechtlichen, sondern auch weitere familienrechtliche Verfahren, die den gemeinsamen ehelichen Bereich beschlagen (Bühler, Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2012, 117 N 34). Vorliegend geht es bei der Anfechtung der Ehelichkeitsvermutung um die Feststellung eines Verwandtschaftsverhältnisses zwischen dem Kläger und der Beklagten 2 und somit um ein familienrechtliches Verfahren. Entgegen der Ansicht des Klägers ist damit die Verschuldensfrage der Beklagten 1 ohne Belang.

Da mit vorliegendem Entscheid das Berufungsverfahren abgeschlossen wird, besteht für die Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses kein Raum mehr. Gemäss konstanter Praxis der Kammer kann aber gestützt auf Art. 159 Abs. 3 ZGB die angesprochene Partei verpflichtet werden, der ansprechenden Partei die Prozess- und Anwaltskosten zu ersetzen, wenn die Voraussetzungen für die Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses erfüllt sind (sog. Prozess-

kostenbeitrag; ZR 85 Nr. 32). Dieser ist unter denselben Voraussetzungen wie die dazu subsidiäre unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren. Vorausgesetzt ist demnach, dass die ersuchende Partei mittellos ist und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint. Zusätzlich muss es dem angesprochenen Ehegatten möglich sein, dem anderen die Kosten, die er zur Durchführung des Prozesses benötigt, zu bevorschussen (BGer 5P.441/2005 vom 9. Februar 2006 E, 1.2 m.w.H.). Die für die Ermittlung und Berechnung der Mittellosigkeit geltenden Regeln stellen – unter Mitberücksichtigung eines Notgroschen-Freibetrages und der eigenen Prozesskosten – für den vorschusspflichtigen Ehegatten eine absolute Opfergrenze dar (Bühler, a.a.O., N 35).

Die Mittellosigkeit der Beklagten 1 ist ausgewiesen (Urk. 72/1-9). Im Prozess auf Anfechtung der Vaterschaftsvermutung werden analog dem Scheidungsverfahren eher tiefe Anforderungen an die Erfolgsaussichten gestellt, weshalb die Berufung ungeachtet des schlussendlichen Verfahrensausgangs nicht aussichtslos war. Schliesslich ist die Leistungsfähigkeit des angesprochenen Ehegatten zu prüfen.

Der Kläger gibt im Berufungsverfahren einen Bruttoerwerb von Fr. 5'350.– an und damit ein um Fr. 100.– erhöhtes Gehalt gegenüber demjenigen im Eheschutzverfahren (Urk. 76 S. 5, Urk. 6 Prot. EE110014 S. 6). Folglich ist von einem Netto-Einkommen (inkl. 13. Monatslohn, exkl. Kinderzulagen) von Fr. 4'925.– auszugehen (vgl. Urk. 6/7, wonach das Eheschutzgericht ein Einkommen von Fr. 4'833.– annahm). Gemäss der eheschutzgerichtlichen Berechnung beträgt der Bedarf des Klägers Fr. 3'719.– (Urk. 6/7). Darin sind bereits Fr. 600.– und damit der höchst mögliche Betrag für die Arbeitswegkosten enthalten (vgl. Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Obergerichtes des Kantons Zürich über Richtlinien für die Berechnung des betriebsrechtlichen Existenzminimums vom 16. September 2009, Ziffer III. 3.4 e). Weitere Arbeitswegkosten können entgegen der Ansicht des Klägers nicht berücksichtigt werden. Weiter macht der Kläger Kosten für auswärtige Verpflegung geltend. Übliche Kosten für Nahrung sind bereits im Grundbetrag enthalten (vgl. oben genanntes Kreisschreiben, Ziffer III. 3.2.). Allfällige Mehrkosten werden vom Kläger weder beziffert noch belegt. Sie

fallen deshalb ausser Betracht. Da der Unterhaltsbeitrag an die Beklagte 2 in der Höhe von Fr. 800.– wegfällt, verbleibt ein solcher von Fr. 300.– an die Beklagte 1. Damit verfügt der Kläger über einen Freibetrag von rund Fr. 900.–. Dieser steht in einem vernünftigen Verhältnis zum geforderten (in der Höhe nicht bestrittenen) Prozesskostenvorschuss von Fr. 5'000.–, zumal er sich an den Gerichtskosten nicht beteiligen muss und eine Parteientschädigung für seinen Anwalt zugesprochen erhält. Dazu kommt, dass bei der Abklärung, ob der Ehegatte in der Lage ist, seinem bedürftigen Partner einen Prozesskostenvorschuss zu leisten, nicht nur sein den Zwangsbedarf übersteigendes Einkommen, sondern auch sein Vermögen angemessen zu berücksichtigen ist (BGE 120 Ia 179 E. 3a S. 181 mit Hinweisen). Bei Liegenschaftseigentum wird vom Grundeigentümer verlangt, einen Kredit auf sein Grundstück aufzunehmen, soweit dieses noch belastet werden kann (BGE 119 Ia 11 E. 5 S. 12, BGer vom 15. Mai 2000, 5P.133/2000 E.4.d). Der Kläger ist Eigentümer einer Liegenschaft in F._____, die allerdings nur teilweise umgebaut bzw. bewohnbar sei (Urk. 76 S. 5). Sie ist mit einer Hypothekarschuld von Fr. 471'000.– belastet (Urk. 78/2). Im Eheschutzverfahren gab der Kläger an, seit Ende Juli 2010 die Liegenschaft zu bewohnen, die er für Fr. 600'000.– erworben habe (Urk. 6 Prot. EE110014, S. 8). Indes fehlen Belege zum heutigen Verkehrswert der teilweise umgebauten Liegenschaft und zu deren Kreditmöglichkeiten. Der Kläger hat folglich seine fehlende Leistungsfähigkeit nicht genügend glaubhaft gemacht. Unter diesen Umständen scheidet eine Prozessfinanzierung durch den Staat aus.

c) Die Beklagte 1 war auf einen Rechtsvertreter angewiesen und der Kläger ist im obergerichtlichen Verfahren ebenfalls anwaltlich vertreten (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO). Es ist ihr folglich sowohl für die ihr in diesem Verfahren anfallenden Gerichts- als auch Anwaltskosten ein Prozesskostenbeitrag von insgesamt Fr. 5'000.– zuzusprechen. Der vorschusspflichtige Kläger hat grundsätzlich einen Anspruch auf Rückerstattung des geleisteten Vorschusses oder auf dessen Anrechnung im Rahmen einer allfälligen scheidungs- und güterrechtlichen Auseinandersetzung.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Bezirksgerichtes Pfäffikon, Einzelgericht, vom 30. November 2011 wird bestätigt.
2. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten 1 für ihre Gerichts- und Anwaltskosten im Berufungsverfahren einen Prozesskostenbeitrag von Fr. 5'000.– zu bezahlen.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidegebühr wird auf Fr. 1'000.– festgesetzt.
4. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Beklagten 1 auferlegt.
5. Die Beklagte 1 wird verpflichtet, dem Kläger für das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 2'500.– zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung gegen Empfangsschein an
 - die Parteien,
 - die Verfahrensbeteiligte,
 - das Bezirksgericht Pfäffikon (Einzelgericht),sowie nach Eintritt der Rechtskraft
 - an die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Bezirk Pfäffikon ZH,
 - an das Zivilstandsamt G. _____,
 - an das Migrationsamt des Kantons Zürich.

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.
Es handelt sich um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit.
Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 23. August 2013

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. R. Klopfer

Dr. D. Oser

versandt am:
dz