

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LZ140011-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichter Dr. H.A. Müller und Oberrichterin Dr. M. Schaffitz sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. J. Freiburghaus

## **Beschluss vom 21. Januar 2015**

in Sachen

**A.**\_\_\_\_\_,

Kläger, Berufungskläger und Anschlussberufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X.\_\_\_\_\_

gegen

1. **B.**\_\_\_\_\_,

Beklagte 1, Berufungsbeklagte 1 und Anschlussberufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y.\_\_\_\_\_

2. **C.**\_\_\_\_\_,

Beklagter und Berufungsbeklagter 2

vertreten durch Beiständin Rechtsanwältin lic. iur. Z1.\_\_\_\_\_, Amt für Jugend und Berufsberatung, substituiert durch Z2.\_\_\_\_\_, Amt für Jugend und Berufsberatung

betreffend **Vaterschaft**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren am Bezirksgericht Uster vom 5. August 2014 (FK120014-I)**

-----

**Rechtsbegehren:**

"Es sei festzustellen, dass der Kläger nicht der Vater des Beklagten 2 ist und es sei das Kindsverhältnis zwischen dem Kläger und dem Beklagten 2 rückwirkend auf den Zeitpunkt der Geburt aufzuheben.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 8 % Mehrwertsteuer) zulasten der Beklagten."

**Urteil des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren am Bezirksgericht Uster vom 5. August 2014:**

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf:  
Fr. 3'000.– die weiteren Kosten betragen:  
Fr. 975.– Übersetzungen.
3. Die Gerichtskosten werden dem Kläger auferlegt, jedoch zufolge der ihm gewährten unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Der Kläger wird auf die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO hingewiesen.
4. Der Kläger wird verpflichtet, der unentgeltlichen Rechtsbeiständin der Beklagten 1 (Rechtsanwältin lic. iur. Y.\_\_\_\_\_) eine Parteientschädigung von Fr. 4'000.– zu bezahlen.
5. Der Kläger wird verpflichtet, dem Kanton Zürich, vertreten durch das Amt für Jugend und Berufsberatung Region ..., für die Vertretung des Beklagten 2 eine Parteientschädigung von Fr. 4'000.– zu bezahlen.

6. (Mitteilungssatz)
7. (Rechtsmittelbelehrung)

**Berufungs- und Anschlussberufungsanträge:**

des Klägers, Berufungsklägers und Anschlussberufungsbeklagten (Urk. 80 S. 2, sinngemäss):

1. Das angefochtene Urteil sei aufzuheben (Dispositiv Ziffern 1 bis 5).
2. Es sei festzustellen, dass der Kläger nicht der Vater des Beklagten 2 sei, eventualiter sei die Sache zur Neuurteilung der Frage, ob zwischen dem Kläger und dem Beklagten 2 ein Kindsverhältnis bestehe, an die Vorinstanz zurückzuweisen.
3. Die Kosten- und Entschädigungsfolgen seien für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren zugunsten des Klägers festzulegen.
4. Dem Kläger sei die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen und in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. X. \_\_\_\_\_ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand beizugeben.

der Beklagten 1, Berufungsbeklagten 1 und Anschlussberufungsklägerin (Urk. 90 S. 2):

"Die Berufung sei vollumfänglich abzuweisen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Berufungsklägers.

Es sei der Berufungsbeklagten die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen und in der Person der Unterzeichnenden eine unentgeltliche Rechtsbeiständin beizugeben, wobei die Entschädigung der Rechtsbeiständin inkl. MWSt zu entrichten sei, eventualiter der Berufungsbeklagten 1."

Anschlussberufung:

"Der Kläger sei zu verpflichten, der Unterzeichnenden als unentgeltliche Rechtsbeiständin der Beklagten 1 – eventualiter der Beklagten 1 – eine Parteientschädigung von CHF 8'500.– zuzüglich MWST zu bezahlen."

des Beklagten 2 und Berufungsbeklagten 2 (Urk. 87 S. 2):

- "1. Die Berufung sei abzuweisen.
2. Eventualiter sei das Beweisverfahren durch die Berufungsinstanz selber zu ergänzen oder die Sache sei zur Neuurteilung bzw. Ergänzung des Beweisverfahrens an die Vorinstanz zurückzuweisen.
3. Dem Kläger sei keine Wiederherstellung der Frist zu gewähren.
4. Eventualiter (für den Fall, dass die Berufungsinstanz die Einhaltung der Klagefrist bejaht);  
Es sei davon Vormerk zu nehmen, dass der Klage Opposition erwächst, bis nicht mittels DNA-Gutachtens die Nichtvaterschaft des Klägers rechtsgenügend erwiesen ist.
5. Dem Beklagten 2 seien in keinem Fall die Kosten- und Entschädigungen aufzuerlegen.
6. Eventualiter: Dem Beklagten 2 sei die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und in der Person des Unterzeichneten ein unentgeltlicher Rechtsvertreter zu bestellen.
7. Eine allfällig dem Beklagten 2 zustehende Prozessentschädigung sei dem Amt für Jugend und Berufsberatung, Region ..., welches den Beklagten 2 im vorliegenden Verfahren vertritt, zuzusprechen.  
Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Klägers."

**Erwägungen:**

A. Sachverhaltsüberblick / Prozessgeschichte

1. Der Kläger und Berufungskläger (nachfolgend Kläger) und die Beklagte 1 und Berufungsbeklagte 1 (nachfolgend Beklagte 1) sind seit dem tt. Mai 2009 miteinander verheiratet. Am tt. November 2010 und somit während dieser Ehe gebar die Beklagte 1 den Beklagten 2 und Berufungsbeklagten 2 (nachfolgend Beklagter 2), der gemäss gesetzlicher Bestimmung vermutungsweise als Kind des Klägers gilt. Mit Eingabe vom 4. Juni 2012 reichte der Kläger bei der Vorinstanz eine Klage auf Anfechtung der Vaterschaft ein. Umstritten ist vorliegend, ob der Kläger die

Klage binnen Jahresfrist seit Kenntnis seiner Nichtvaterschaft eingereicht hat und damit die einjährige relative Verwirkungsfrist gemäss Art. 256c Abs. 1 ZGB eingehalten wurde. Während die beklagten Parteien 1 und 2 die Verwirkung dieser Frist geltend machen (Urk. 15 S. 4 und 6; Urk. 68 S. 7; Urk. 14 S. 2; Urk. 22 S. 3), vertritt der Kläger den Standpunkt, dass diese Frist bei Klageeinreichung nicht verwirkt gewesen sei (Urk. 1 S. 5; Prot. I S. 7).

2. Nach Durchführung eines Schriftenwechsels (Urk. 14 und 15) wurden die Parteien auf den 11. Dezember 2012 zur Instruktionsverhandlung sowie zur Replik, Duplik und zur persönlichen Befragung zu den Gesuchen um unentgeltliche Rechtspflege vorgeladen (Urk. 17). Im Anschluss an die Stellungnahme zu den Noven in den Duplikvorträgen (Urk. 32) wurde über die Frage der rechtzeitigen Klageerhebung ein Beweisverfahren durchgeführt, wobei sich dieses in der Parteibefragung des Klägers und der Beklagten 1 erschöpfte, obwohl gemäss Beweisverfügung vom 28. August 2013 (Urk. 35) und Ergänzungsverfügung vom 20. November 2013 (Urk. 45) als Beweismittel fünf Zeugen, die Parteibefragung des Klägers und der Beklagten 1 sowie diverse Urkunden (Urk. 21/2, 23/1+3, 25/1-3, 41, 43/1-4) abgenommen wurden. Mit Eingabe vom 16. Dezember 2013 liess der Kläger weitere Beweisanträge stellen (Urk. 49). So beantragte er, die Beklagte 1 zur Edition des Schwangerschaftspasses zu verpflichten, und ersuchte um Anberaumung einer weiteren Beweisverhandlung, um der Beklagten 1 zusätzliche Ergänzungsfragen zu stellen (Urk. 49). Am 5. Februar 2014 hätte die Zeugeneinvernahme des Zeugen E.\_\_\_\_\_ erfolgen sollen. Diese Einvernahme konnte allerdings nicht durchgeführt werden. Gemäss Sachdarstellung der Vorinstanz ist der genannte Zeuge unentschuldigt nicht erschienen (Prot. I S. 34). Allerdings findet sich in den Akten kein Beleg, dass dem Zeugen Nr. 5, E.\_\_\_\_\_, die Vorladung zugestellt werden konnte. Die von der Vorinstanz in diesem Zusammenhang angeführten Aktenstellen (Urk. 47 und 52) betreffen nämlich Vorladungsprotokolle an den klägerischen Rechtsvertreter. Mit Eingabe vom 10. April 2014 (Urk. 58) teilte die Beklagte 1 der Vorinstanz die Adressangaben der Zeugen Nr. 1, 3 und 4 mit und beantragte die Einvernahme der genannten Zeugen. Die Vorinstanz hat diese Anträge der Parteien formell nie behandelt, sondern ihnen mit Verfügung vom 7. Mai 2014 Frist zur Erstattung der Schlussvorträge angesetzt (Urk. 60). Im

Schlussvortrag vom 19. Juni 2014 (Urk. 66) beharrte der Kläger auf der Fortführung des Beweisverfahrens und beantragte neu die Zeugeneinvernahmen von F.\_\_\_\_\_, einer Freundin der Beklagten 1, sowie von Dr. med. G.\_\_\_\_\_, dem Gynäkologen der Beklagten 1. Ausserdem reichte er den vorerwähnten Schwangerschaftspass ein (vgl. Urk. 67). Auch diese Beweisanträge wurden formell nie behandelt. Stattdessen wies die Vorinstanz die Klage mit Urteil vom 5. August 2014 ab (Urk. 81 S. 31).

3. Der Kläger erhob mit Eingabe vom 19. September 2014 rechtzeitig Berufung gegen das vorinstanzliche Urteil und stellte die eingangs wiedergegebenen Anträge. Die Berufungsantwort des Beklagten 2 datiert vom 7. November 2014 (Urk. 87), diejenige der Beklagten 1 vom 10. November 2014 (Urk. 90), wobei diese zusätzlich Anschlussberufung erhob, indem sie die Höhe der von der Vorinstanz ihrer unentgeltlichen Rechtsbeiständin zugesprochene Parteientschädigung anfocht. Dem Kläger wurde mit Verfügung vom 13. November 2014 Frist zur Beantwortung der Anschlussberufung angesetzt und den übrigen Parteien die jeweiligen Berufungsantwortschriften zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 94). Der Kläger beantwortete mit Eingabe vom 17. Dezember 2014 (Urk. 95) die Anschlussberufung, wobei er von einer formellen Antragsstellung absah.

## B. Anfechtungsfrist / Parteivorbringen

1. Wie erwähnt ist vorliegend umstritten, ob der Kläger die Anfechtungsklage rechtzeitig erhoben hat. Gemäss Art. 256c Abs. 1 ZGB hat der Ehemann die Anfechtungsklage binnen Jahresfrist 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. Es handelt sich um Verwirkungsfristen (BGE 132 III 2 f. E. 2). Nach Ablauf der Frist wird eine Anfechtung zugelassen, wenn die Verspätung mit wichtigen Gründen entschuldigt wird (Art. 256c Abs. 3 ZGB). Kenntnis von seiner Nichtvaterschaft oder davon, dass ein Dritter der Mutter in der Zeit der Empfängnis beigewohnt hat, kann schon bei Geburt vorliegen, regelmässig aber auch erst später entstehen (vgl. BSK ZGB I-Schwenzer/Cottier, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, N 3 zu Art. 256c ZGB). Grundsätzlich ist eine sichere, prozessual verwertbare Kenntnis zu verlangen. Die Kenntnis der Tatsache setzt aber nicht voraus, dass auch Beweismittel für sie vorliegen. Blosser Zweifel oder Befürchtungen ohne bestimmte Anhaltspunkte reichen in der Regel nicht aus (BSK ZGB I-Schwenzer/Cottier, a.a.O., N 3 zu Art. 256c ZGB; BGer 5C.130/2003 vom 14.10.2003, E. 1.2; BGE 119 II 110 ff., E. 3a = Pra 84 Nr. 224; BK ZGB-Hegnauer, Bern 1984, N 29 zu Art. 256c ZGB). Insbesondere reichen allgemeine Gerüchte oder Anspielungen nicht aus, um eine Abklärungspflicht zu begründen (OGer ZH LZ120014 vom 31. Mai 2013, E. 3.1). So genügt es gemäss einer Entscheidung des Bundesgerichts nicht, wenn in einer Familie Anspielungen über die Ähnlichkeit zwischen dem Kind und seinem Taufpaten (seinem biologischen Vater) zirkulieren (BGE 132 III 1, E. 3.1 = Pra 2006 Nr. 79).

2. Zwischen den Parteien ist unstrittig, dass die Beklagte 1 in der Zeit von Dezember 2009 bis März 2010 ununterbrochen in Bosnien weilte. Während der Kläger geltend macht, die Beklagte 1 sei Anfang März 2010 in die Schweiz zurückgekehrt, führen die Beklagten 1 und 2 aus, dass diese Rückkehr erst am 12. bzw. 13. März 2010 erfolgt sei (Prot. I S. 7 f.; Urk. 15 S. 3; Prot. S. 11; Urk. 22 S. 5). Im Übrigen ist unstrittig, dass der Kläger und die Beklagte 1 nach deren Rückkehr in die Schweiz mehrmals Intimverkehr hatten und die Beklagte 1 den Kläger Ende

März bzw. Anfang April 2010 über ihre Schwangerschaft informierte (Prot. I S. 8; Urk. 32 S. 3; Urk. 14 S. 3).

3. Der Kläger liess vor Vorinstanz im Wesentlichen vorbringen, dass seine Schwester, H.\_\_\_\_\_, ihm gegenüber seine Vaterschaft betreffend den Beklagten 2 ab Mai 2010 in Zweifel gezogen habe. Die Beklagte 1 habe dem Kläger daraufhin geschworen, dass dieser der Vater des damals ungeborenen Beklagten 2 sei (Prot. I S. 8 f.). Konkrete Verdächtigungen an seiner Nichtvaterschaft habe er erst gehegt, als er im Oktober 2011 von seiner Mutter sowie von seinem Onkel und seiner Tante erfahren habe, die Beklagte 1 habe gesagt, dass sie nach wie vor ihren Ex-Freund namens I.\_\_\_\_\_, liebe und dass die Beklagte 1 während ihrer Aufenthalte in J.\_\_\_\_\_, Bosnien, offenbar auch öfters Herrenbesuche gehabt habe. Sein Verdacht der biologischen Nichtvaterschaft habe sich zu ganz konkreten Zweifeln bzw. zur Überzeugung entwickelt, als die Beklagte 1 im Februar 2012 von Trennung gesprochen habe und schliesslich im Frühjahr/Sommer bzw. Mai 2012 auch noch die vom Kläger aufgrund der Trennungsabsichten der Beklagten 1 verlangte Durchführung eines (aussergerichtlichen) Vaterschaftstestes verweigert habe (Urk. 1 S. 3 f. sowie S. 5 f.; Prot. I S. 8 ff.; Urk. 32 S. 3; Urk. 66 Ziff. 4).

4. Die Beklagte 1 vertrat vor Vorinstanz den Standpunkt, dass der Kläger schon während der Schwangerschaft von Verwandten über Herrenbesuche während ihrer Aufenthalte in J.\_\_\_\_\_ informiert worden sei. Entsprechend habe der Kläger schon während der Schwangerschaft behauptet, nicht der Vater des (damals ungeborenen) Beklagten 2 zu sein, weshalb er gleich nach dessen Geburt einen DNA-Test verlangt habe (Urk. 15 S. 3 und 5; Prot. I S. 12). Ausserdem habe der Kläger aufgrund des Umstandes, dass sie erst am 12./13. März 2010 in die Schweiz zurückgekehrt sei, der Beklagte 2 hingegen nur acht Monate später geboren worden sei, an seiner Vaterschaft erhebliche Zweifel haben müssen, da eine Schwangerschaft doch auch für einen Laien neun und nicht bloss acht Monate (Urk. 15 S. 4; Prot. I S. 11; Urk. 68 S. 3 und 6).

5. Die Vorbringen des Beklagten 2 entsprechen im Wesentlichen denjenigen der Beklagten 1.

### C. Beweiswürdigung / Rechtliches Gehör

1. Der Kläger ist nach der allgemeinen Beweislastregel von Art. 8 ZGB dafür beweispflichtig, dass er die Anfechtungsklage rechtzeitig erhoben hat. Hierzu führte die Vorinstanz ein Beweisverfahren durch. Die Vorinstanz auferlegte dem Kläger den Beweis für zehn Behauptungen, welche er im Zusammenhang mit der behaupteten Rechtzeitigkeit der Anfechtungsfrist gemacht hat (vgl. Urk. 45). Sodann auferlegte sie der Beklagten 1 den Gegenbeweis für sieben Behauptungen betreffend die geltend gemachte Verwirkung der Anfechtungsfrist. Als Beweismittel wurden zwar wie erwähnt fünf Zeugen, die Parteibefragung des Klägers und der Beklagten 1 sowie diverse Urkunden (Urk. 21/2, 23/1+3, 25/1-3, 41, 43/1-4) abgenommen. Nach Durchführung der Parteibefragung des Klägers und der Beklagten erfolgten jedoch keine weiteren Beweiserhebungen.

2. In Würdigung des Ergebnisses der Parteibefragung des Klägers und der Beklagten 1 führte die Vorinstanz aus, der Kläger habe bereits während der Schwangerschaft der Beklagten 1 erhebliche Zweifel an seiner Vaterschaft zum Beklagten 2 haben müssen, nachdem ihm seine Schwester als Reaktion auf die Mitteilung der Schwangerschaft gesagt habe, er sei nicht der Vater. Dass er die Beklagte 1 mit seinen Zweifeln konfrontiert habe, sei als Abklärung nicht ausreichend, da er sich nicht auf deren Zusicherungen hätte verlassen dürfen, weil deren Glaubwürdigkeit aufgrund des von seiner Schwester erhobenen Vorwurfs dermassen eingeschränkt gewesen sei (Urk. 81 S. 17 ff.). Jedenfalls habe der Kläger spätestens bei der Geburt des Beklagten 2 wissen müssen, dass er nicht der Vater sei, nachdem der Beklagte 2 am tt. November 2010 zur Welt gekommen sei, eine Frühgeburt kein Thema gewesen sei, der Zeugungstermin damit um den tt. Februar 2010 liegen müsse und seit Januar 2010 bis 12./13. März 2010 zwischen dem Kläger und der Beklagten 2 kein Sexualkontakt stattgefunden habe (Urk. 81 S. 21 ff.). Den klägerischen Standpunkt, wonach ihm seine Mutter erst im Oktober 2011, also zwei Jahre nach dem Aufenthalt der Beklagten 1 in Bosnien, von angeblichen "Herrenbesuchen" bei der Beklagten 1 berichtet habe, erachtet die Vorinstanz als "absolut unglaubhaft" (Urk. 81 S. 25).

3. Der Kläger kritisiert die Beweiswürdigung der Vorinstanz. Er lässt ausführen, die Vorinstanz sei aufgrund des bisherigen Beweisergebnisses zu Unrecht zum Schluss gelangt, dass die einjährige relative Verjährungsfrist bei Klageeinleitung abgelaufen sei. So beanstandet er insbesondere die Auffassung der Vorinstanz, wonach die Zusicherung der Beklagten 1 nicht ausreichend gewesen sei, um die Zweifel an seiner Vaterschaft auszuräumen. Auch sei die Feststellung unzutreffend, wonach ihm aufgrund des Geburtstermins am tt. November 2010 sofort bewusst geworden sei, dass die Zeugung ca. um den tt. Februar 2010 herum stattgefunden haben müsste. Weiter rügt er eine Verletzung seines Anspruchs auf rechtliches Gehör. Die Vorinstanz habe die vorerwähnten Beweisanträge nicht behandelt und sich nicht mit dem Schwangerschaftspass (Urk. 67) auseinandergesetzt. Ausserdem habe sie das Beweisverfahren nicht zu Ende geführt. Insbesondere sei die Zeugin H.\_\_\_\_\_, die Schwester des Klägers, nicht einvernommen worden. Durch dieses Vorgehen sei es ihm verwehrt worden, den Beweis der rechtzeitigen Klageeinreichung zu erbringen (Urk. 80 S. 4 ff.).

4. Die Beklagten 1 und 2 bestreiten eine Gehörsverletzung durch die Vorinstanz. Die von der Vorinstanz vorgenommene Beweiswürdigung sei richtig, nachvollziehbar und in sich geschlossen. Die vom Kläger angerufenen Beweismittel hätten nichts am Beweisergebnis, wonach die einjährige Frist gemäss Art. 256c Abs. 1 ZGB verwirkt worden sei, zu ändern vermögen, weshalb auf die Abnahme weiterer Beweismittel mangels Rechtserheblichkeit habe verzichtet werden können (Urk. 87 S. 3 ff. und Urk. 90 S. 3 ff.).

5. Im Folgenden ist zu prüfen, ob die Vorinstanz aufgrund des bisherigen Beweisergebnisses von der Verwirkung der relativen einjährigen Klagefrist ausgehen und von der Abnahme weiterer Beweismittel absehen durfte.

6. Der Kläger räumt selbst ein, dass er aufgrund der Aussage seiner Schwester, wonach er nicht der Vater des Beklagten 2 sei, Zweifel an seiner Vaterschaft hatte. Es ist jedoch nachvollziehbar, dass er seine Zweifel verworfen hat, nachdem die Beklagte 1 ihm zugesichert hatte, dass er der Vater des Beklagten 2 sei, zumal aus den Akten nicht hervorgeht, dass die Schwester ihren Verdacht näher begründete, beispielsweise den Namen des Mannes, welcher ihrer Auffassung

nach der biologische Vater des Beklagten 2 sein soll, nannte. Auch kann nicht gesagt werden, dass die Verlässlichkeit der Beklagten 1 aufgrund des von der Schwester erhobenen Vorwurfs per se eingeschränkt gewesen sei, weshalb der Kläger nicht auf die Zusicherung seiner Ehefrau hätte vertrauen dürfen. Das Vorbringen, wonach der Kläger während der gesamten Schwangerschaftsdauer von der Beklagten 1 einen Schwangerschaftstest verlangt habe (Urk. 90 S. 9 und Urk. 44 S. 9), hat der Kläger anlässlich der Parteibefragung vom 12. November 2013 bestritten (Urk. 42 S. 11). Weitere Gründe für die angeblich eingeschränkte Verlässlichkeit der Beklagten 1 zum damaligen Zeitpunkt werden von der Vorinstanz denn auch nicht angeführt. Entsprechend kann aus seiner Parteibefragung nicht geschlossen werden, dass der Kläger auch nach der Zusicherung der Beklagten 1 noch erhebliche Zweifel an seiner Vaterschaft zum Beklagten 2 hatte bzw. haben musste.

a) Auch die vorinstanzliche Erwägung, wonach der Kläger spätestens aufgrund des Geburtstermins des Beklagten 2 am tt. November 2010 hätte wissen müssen, dass er nicht der Vater des Beklagten 2 sei, ist aus nachfolgenden Gründen nicht stichhaltig. Entgegen der Vorinstanz kann gestützt auf den Geburtstermin nicht geschlossen werden, dass der Empfängniszeitpunkt am tt. Februar 2010 war. Der mutmassliche Empfängniszeitpunkt wird ausgehend vom Beginn der letzten Periode durch Hinzurechnung von zwei Wochen errechnet und nicht durch Abzug von neun Monaten vom tatsächlichen Geburtstermin. Gestützt auf den tatsächlichen Geburtstermin können nämlich keine gültigen Rückschlüsse betreffend den Empfängniszeitpunkt gemacht werden, solange nicht erstellt ist, in welcher Schwangerschaftswoche der Beklagte 2 geboren wurde. Im Urteil finden sich hierzu keine Ausführungen. Vielmehr geht die Vorinstanz aufgrund des Umstandes, dass offenbar von einer Frühgeburt nie die Rede gewesen ist, stillschweigend davon aus, dass der Beklagte 2 nach neun Monaten Schwangerschaft geboren wurde und rechnet entsprechend vom tatsächlichen Geburtstermin neun Monate zurück, was ohnehin ungenau ist, dauert doch eine gewöhnliche Schwangerschaft 40 Wochen und nicht neun Monate. Dieses Vorgehen ist umso weniger schlüssig, als – wie sogleich zu zeigen sein wird – aufgrund der Aussagen des Klägers im Rahmen der Parteibefragung nicht geschlossen werden kann, dass er davon ausgegangen

ist, dass der Beklagte 2 nach neun Monaten Schwangerschaft zur Welt gekommen ist.

b) Der Kläger führte auf die Frage nach dem erwarteten Geburtstermin anlässlich der Parteibefragung aus, der Gynäkologe habe ihm gesagt, das Kind komme ca. um den 12. Dezember, es könne aber auch früher oder später kommen. Im Rahmen der von der Rechtsvertreterin der Beklagten 1 gestellten Ergänzungsfragen erklärte er sodann, er habe das Kind im November oder Dezember erwartet (Urk. 42 S. 18). Der Beklagte 2 ist am tt. November 2010 und damit innerhalb der vom Kläger erwarteten Zeitspanne zur Welt gekommen. Entsprechend musste er über den Geburtszeitpunkt keineswegs erstaunt sein. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass der Kläger anlässlich der Parteibefragung erklärte, er habe sich nicht die Frage gestellt, ob die Schwangerschaft mit dem Beklagten 2 weniger lange gedauert habe, als eine übliche Schwangerschaft. Gestützt auf die Antwort des Klägers kann nämlich nicht gesagt werden, dass er eine Frühgeburt ausgeschlossen hat, sondern einzig, dass er sich mit der tatsächlichen Dauer der Schwangerschaft der Beklagten 1 nicht weiter auseinandergesetzt hat.

c) Auch aufgrund des Gewichts des Beklagten 2 von 3670 Gramm und der Grösse von 50 cm kann nicht geschlossen werden, dass der Beklagte 2 am errechneten Geburtstermin zur Welt gekommen sein musste. Gemäss Aussage der Beklagten 1 litt sie während der Schwangerschaft an Schwangerschafts-Diabetes (vgl. Urk. 44 S. 2 und Urk. 67). Es ist allgemein bekannt, dass Kinder von Müttern, welche unter Schwangerschaftsdiabetes leiden, häufig vor der 40. Schwangerschaftswoche zur Welt kommen und dabei schwerer sind als Kinder von gesunden Müttern (vgl. Pschyrembel, Klinisches Wörterbuch, 262. Aufl., S. 653 und S. 747). Entsprechend ist es aufgrund des Geburtsgewichts und der Grösse des Beklagten 2 nicht ausgeschlossen, dass er in der ersten Hälfte des Monats März 2010 gezeugt wurde.

d) Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass der Geburtstermin des Beklagten 2 am tt. November 2010 beim Kläger nicht erhebliche Zweifel an seiner Vaterschaft zum Beklagten 2 hervorrufen musste. Nach dem vorstehend Gesagten ist der Schluss der Vorinstanz, wonach dem Kläger am tt. November 2010 so-

*fort bewusst gewesen* sei, dass der Beklagte 2 um den tt. Februar 2010 herum und folglich nicht vom Kläger gezeugt worden sei (Urk. 81 S. 24), nicht nur lebensfremd, sondern schlicht falsch.

e) Zur vorinstanzlichen Feststellung, es sei "absolut unglaubhaft", dass die Verwandten des Klägers ihm erst im Oktober 2011 von angeblichen Herrenbesuchen zum Empfängniszeitpunkt berichtet hätten, ist zu bemerken, dass die Vorinstanz mit keinem Wort begründete, weshalb sie zu diesem Schluss gelangt ist. Die Sachdarstellung des Klägers ist denn auch keineswegs unglaubhaft. Es entspricht der allgemeinen Lebenserfahrung, dass heikle Themen oftmals lange nicht angesprochen werden und zudem die Direktbetroffenen häufig zuletzt davon Kenntnis erlangen. Vor diesem Hintergrund durfte die Vorinstanz lediglich aufgrund des Ergebnisses der Parteibefragung das Vorbringen des Klägers, wonach er von den Herrenbesuchen bei der Beklagten 1 erst im Oktober 2011 erfahren habe, nicht als "absolut unglaubhaft" qualifizieren.

7. Damit kann gesagt werden, dass aufgrund des bisherigen Beweisergebnisses nicht erstellt ist, dass die einjährige relative Verwirkungsfrist bei Klageeinleitung am 4. Juni 2012 bereits abgelaufen war.

8. Die Parteibefragung ist ein vollwertiges Beweismittel, das sowohl zu Gunsten als auch zu Ungunsten der aussagenden Partei gewürdigt werden kann. Mit Bezug auf die Parteibefragung des Klägers ist auf folgenden Punkt hinzuweisen: Der Kläger legte in der Parteibefragung zunächst dar, dass das Verhältnis zwischen seiner Schwester und der Beklagten 1 *erst nach der Schwangerschaft* schwierig gewesen sei. Vor der Unterzeichnung des Protokolls korrigierte er aber seine Aussage dahin, dass das Verhältnis zwischen den beiden Frauen "*von Anfang an*" nicht gut gewesen sei (Urk. 42 S. 8). Die Vorinstanz protokollierte dann das Nichtbestätigte und fügte im Protokoll die vom Kläger vorgenommene Korrektur lediglich in Klammern hinzu. Sie schliesst daraus, dass die "Zurücknahme der bereits getätigten Aussage ... überhaupt nicht glaubhaft" sei (Urk. 81 S. 19). Das wird vom Kläger mit der Berufung zu Recht beanstandet (Urk. 80 S. 6). Massgeblich können nämlich bei der von der Vorinstanz gewählten Protokollierungsart nur solche Aussagen der befragten Partei sein, die sie im Sinne von Art. 193 in

Verbindung mit Art. 176 Abs. 1 ZPO auch unterzeichnen wollte. Das traf indessen hier einzig auf die vom Kläger vorgetragene zweite Version zu. Natürlich kann es bei der Beweiswürdigung von Belang sein, auf welchem Wege eine im Beweisverfahren vernommene Person zu ihrer endgültigen Aussage kommt. Das hätte hier aber vorausgesetzt, dass dem Kläger von der Vorinstanz seine erste Version vorgehalten worden wäre. Dann hätte er sich dazu äussern können, weshalb er zu seiner davon abweichenden abschliessenden Aussage gekommen ist. Es geht daher nicht an, dem Kläger ohne entsprechendes Nachfragen vorzuwerfen, seine Darstellung sei "überhaupt nicht glaubhaft". Solange der Kläger keine Gelegenheit gehabt hat, sich über die von ihm vorgenommene Korrektur auszulassen, ist eine solche Schlussfolgerung blosser Spekulation.

a) Auch wenn die Vorinstanz aufgrund der Parteibefragung des Klägers und der Beklagten 1 von der Verwirkung des Klagerechts ausgegangen ist, hätte sie aus nachfolgenden Gründen nicht von der Abnahme weiterer Beweismittel absehen dürfen. Aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV) ergibt sich insbesondere das Recht der betroffenen Person, mit rechtzeitig und formgültig angebotenen Beweisanträgen und Vorbringen gehört zu werden, soweit diese erhebliche Tatsachen betreffen und nicht offensichtlich beweisuntauglich sind (BGE 138 V 125 E. 2.1; 137 II 266 E. 3.2; 136 I 265 E. 3.2; je mit Hinweisen). Ein Verzicht auf die Abnahme von weiteren Beweisen ist zulässig, wenn sich das Gericht aufgrund der bereits erhobenen Beweise seine Überzeugung gebildet hat und ohne Willkür in vorweggenommener Beweiswürdigung annehmen kann, dass die abgelehnten Beweisanträge nichts an seiner Überzeugung zu ändern vermögen (BGE 136 I 299 E. 5.3; 134 I 140 E. 5.3; je mit Hinweisen). Allerdings ist zu bedenken, dass die Beweiskraft eines Beweismittels erst nach dessen tatsächlicher Abnahme wirklich zuverlässig beurteilt werden kann und dass bei der antizipierten Beweiswürdigung die Bewertung einer Beweisofferte auf einem hypothetischen Urteil beruht. Deshalb sollte von dieser Art der antizipierten Beweiswürdigung mit Zurückhaltung Gebrauch gemacht werden (Hasenböhler, in Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. Aufl., N 26 zu Art. 152 ZPO). Demgegenüber stellt die Ablehnung untauglicher oder von vorneherein nicht geeigneter Beweismittel eine zuläs-

sige Antizipation der Beweiswürdigung dar (BK ZPO-Brönnimann, a.a.O., N 60 zu Art. 152 ZPO).

b) Die Vorinstanz führte in diesem Zusammenhang aus, dass sich die Abnahme weiterer Beweismittel, insbesondere die Einvernahme der offerierten Zeugen, erübrige, würden deren Aussagen an der feststehenden Überzeugung des Gerichts ohnehin nichts zu ändern vermögen, zumal die offerierten Zeugen jeweils dem Umfeld des Klägers oder der Beklagten 1 zuzuordnen seien und mit diesen in einem Naheverhältnis oder gar in einer verwandtschaftlichen Beziehung stünden. Die sich daraus unzweifelhaft ergebenden Gebundenheiten, schränkten die Neutralität und damit die Glaubwürdigkeit dieser Zeugen erheblich ein, sodass das Gericht auf die Aussagen jener Zeugen nicht entscheidend abstellen könnte (Urk. 81 S. 26).

c) Die Begründung der Vorinstanz ist nicht stichhaltig. Wie gesagt stellt die Parteieinvernahme ein vollwertiges Beweismittel dar, welches bei der Beweiswürdigung eine Zeugenaussage durchaus aufzuwiegen vermag. Anträge auf Vernehmung parteinaher Zeugen können daher ebenso wenig mit dem Hinweis auf ein "Naheverhältnis" abgelehnt werden wie Anträge auf Befragung der Parteien nach Art. 191 ZPO. Die Vorinstanz wird die angerufenen Zeugen mithin zu vernehmen und zunächst ihre Aussagen zur Kenntnis zu nehmen haben. Im Rahmen der Beweiswürdigung wird sie alsdann die Zeugenaussagen zusammen mit den übrigen Beweismitteln nach den üblichen Regeln bewerten müssen. Es ist zwar eine alte Erfahrungstatsache, dass freundschaftliche oder verwandtschaftliche Beziehungen zu einer Partei durchaus geeignet sind, die Aussagen in eine bestimmte Richtung zu lenken, doch bedeutet dies nicht, dass das Gericht aufgrund des Naheverhältnisses auf die Aussagen jener Zeugen nicht entscheidend abstellen könnte. Das Gericht hat vielmehr im Rahmen der gesamten Beweiswürdigung zu ermitteln, ob die Aussagen der einzuvernehmenden Zeugen glaubwürdig sind. Hingegen stellt der Verzicht auf jegliche Zeugeneinvernahmen mit dem Hinweis auf das Naheverhältnis zu den Parteien eine unzulässige antizipierte Beweiswürdigung dar.

d) Mit Bezug auf den mit dem klägerischen Schlussvortrag eingereichten Schwangerschaftspass (Urk. 67) sowie die beantragten Zeugeneinvernahmen von Dr. med G.\_\_\_\_\_ und F.\_\_\_\_\_ bleibt zu erwähnen, dass sich die Vorinstanz damit mit keinem Wort auseinandergesetzt hat. Das vorliegende Verfahren untersteht der Untersuchungsmaxime (vgl. Art. 296 Abs. 1 ZPO), weshalb neue Beweismittel bis zur Urteilsberatung zu berücksichtigen sind (Art. 229 Abs. 3 ZPO). Vor diesem Hintergrund hätte die Vorinstanz den Schwangerschaftspass (Urk. 67) berücksichtigen und sich mit den beantragten Zeugeneinvernahmen auseinandersetzen müssen. Indem sie mit keinem Wort auf diese Beweisangebote eingegangen ist, kommt die Vorinstanz ihrer aus dem Anspruch der Parteien auf rechtliches Gehör fließenden Begründungspflicht nicht nach (Art. 53 Abs. 1 ZPO).

#### D. Rückweisung

1. Nach dem oben Gesagten steht das Beweisergebnis hinsichtlich der Frage der rechtzeitigen Klageerhebung aufgrund der Parteibefragung des Klägers und der Beklagten 1 nicht fest, weshalb das Beweisverfahren fortzusetzen und die in der Beweisverfügung vom 21. November 2013 aufgelisteten Zeugen einzuvernehmen sind. Damit stellt sich die Frage der Rückweisung des Verfahrens an die Vorinstanz. Eine solche kann erfolgen, wenn die Vorinstanz einen wesentlichen Teil der Klage nicht beurteilt hat oder der Sachverhalt in wesentlichen Teilen zu vervollständigen ist (Art. 318 lit. c ZPO). Letzteres kann insbesondere dann der Fall sein, wenn die erste Instanz – wie vorliegend – kein vollständiges Beweisverfahren durchgeführt hat bzw. wenn noch verschiedene zusätzliche Beweismittel abzunehmen sind. Im Rahmen des zu ergänzenden Beweisverfahrens hat die Vorinstanz auch den klägerischen Beweisangebot um Einvernahme der offerierten Zeugen Dr. med G.\_\_\_\_\_ und F.\_\_\_\_\_ und um Ergänzung der Parteibefragung zu behandeln. Damit ist das Verfahren zur Ergänzung und zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen.

2. Im Hinblick auf den neuen Entscheid bleibt noch auf Folgendes hinzuweisen. Im Rahmen der Parteibefragung erklärte die Beklagte 1 auf Ergänzungsfrage

des klägerischen Rechtsvertreters, ob sie seinerzeit von ihrem Gynäkologen nach dem Datum der letzten Periode gefragt worden sei: "Ja. Ich habe dem Arzt gesagt, dass ich es nicht mehr weiss." Im Schwangerschaftspass (Urk. 67) ist unter "LP" (letzte Periode) der 10. März 2010 aufgeführt. Wie der Gynäkologe der Beklagten 1 ohne entsprechende Information der Beklagten 1 auf dieses Datum kommen soll, ist unklar. Die Frage, ob daraufhin von Beginn an ein Geburtstermin Mitte November berechnet worden sei, bejahte die Beklagte 1 (Urk. 44 S. 19). Im Schwangerschaftspass sind im Zusammenhang mit dem mutmasslichen Geburtstermin allerdings zwei verschiedene Daten aufgeführt. Unter "ET" (errechneter Geburtstermin) wird der 15. Dezember 2010, unter "KT" (wohl: korrigierter Termin) der 12. November 2010 angegeben. Im Rahmen der Ergänzung des Beweisverfahrens wird die Vorinstanz Gelegenheit haben, die Beklagte 1 mit dem Schwangerschaftspass zu konfrontieren. Alsdann wird sie den Schwangerschaftspass in ihre gesamte Beweiswürdigung einbeziehen müssen.

#### E. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Zufolge Rückweisung des Verfahrens können die Kosten- und Entschädigungsfolgen für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren noch nicht abschliessend geregelt werden. Es sind daher zwar für das Berufungsverfahren Kosten festzusetzen, doch der Entscheid über die Kostenaufgabe und die Regelung der Entschädigungsfolgen ist dem Endentscheid der Vorinstanz vorzubehalten. Da das Verfahren nicht abgeschlossen wird, ist die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren in Anwendung der § 5 Abs. 1 und § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG auf Fr. 5'000.– festzusetzen. Nachdem der vorinstanzliche Entscheid aufzuheben ist und die Vorinstanz entsprechend auch über die Verlegung der Prozesskosten sowie deren Höhe neu zu befinden hat, erweist sich die Anschlussberufung als hinfällig, weshalb sie als gegenstandslos geworden abzuschreiben ist.

2. Sowohl der Kläger als auch die Beklagten 1 und 2 haben ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters gestellt (Urk. 58 S. 1, Urk. 87 S. 2 und Urk. 90 S. 2).

Gemäss Art. 117 ZPO hat eine Person Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint. Die unentgeltliche Rechtspflege umfasst nach Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO auch die gerichtliche Bestellung eines Rechtsbeistandes, wenn dies zur Wahrung der Rechte der Partei notwendig ist. Der Kläger macht zur Begründung seiner Mittellosigkeit geltend, dass sich seine finanziellen Verhältnisse seit dem erstinstanzlichen Verfahren nicht verändert hätten (Urk.80 S. 2 f.), wovon auszugehen ist. Auch die Mittellosigkeit der Beklagten 1 ist aufgrund der Akten nach wie vor ausgewiesen (Urk. 93/1-6). Beim Beklagten 2 handelt es sich um ein einkommens- und vermögensloses Kleinkind. Wie die obigen Erwägungen zeigen, erwies sich das Berufungsverfahren nicht als aussichtslos. Doch konnte mit Bezug auf die Anträge der beklagten Partei 1 und 2 nicht von Anfang an gesagt werden, dass deren Gewinnaussichten beträchtlich geringer gewesen sind als die Verlustgefahren. Entsprechend ist sowohl dem Kläger als auch der Beklagten 1 und dem Beklagten 2 die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen.

3. Ausserdem waren der Kläger und die Beklagte 1 als rechtsunkundige Parteien zur gehörigen Führung des Prozesses auf eine Rechtsverbeiständung angewiesen, weshalb dem Kläger in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. X. \_\_\_\_\_ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand und der Beklagten 1 in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. Y. \_\_\_\_\_ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin beizugeben ist. Dem Gesuch des Beklagten 2 um unentgeltliche Rechtsverbeiständung kann jedoch aus nachfolgenden Gründen nicht entsprochen werden. Gemäss ständiger kantonaler und bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist die Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistands nicht notwendig, wenn die bedürftige Partei über einen Beistand verfügt, welcher in der Lage ist, die Interessen des Vertretenen zu wahren (ZR 83 [1984] S. 271; BGE 110 IA 87). Dies ist vorliegend der Fall. Die damalige Vormundschaftsbehörde K. \_\_\_\_\_ ernannte Rechtsanwältin lic. iur. Z1. \_\_\_\_\_, Amt für Jugend und Berufsberatung, zur Beiständin des Beklagten 2 mit dem Auftrag, ihn im vorliegenden Prozess zu vertreten (Urk. 7). Die Beiständin ermächtigte mit Substitutionsvollmacht vom 29. Oktober 2014 Rechtsanwalt lic. iur. Z2. \_\_\_\_\_ zur Vertretung (Urk. 89). Damit ist die rechtskundige Vertretung des Beklagten gewährleistet, weshalb sein Gesuch um Ernennung eines unentgeltli-

chen Rechtsbeistandes in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. Z2.\_\_\_\_\_ abzuweisen ist.

**Es wird beschlossen:**

1. Dem Kläger, der Beklagten 1 und dem Beklagten 2 wird für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Prozessführung gewährt.
2. Dem Kläger wird für das Berufungsverfahren in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. X.\_\_\_\_\_ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand und der Beklagten 1 in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. Y.\_\_\_\_\_ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin bestellt.
3. Das Gesuch des Beklagten 2 um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistands für das Berufungsverfahren wird abgewiesen.
4. Das Urteil des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren am Bezirksgericht Uster vom 5. August 2014 wird aufgehoben und die Sache zur Ergänzung des Verfahrens und zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen.
5. Die Anschlussberufung der Beklagten 1 wird als gegenstandslos geworden abgeschrieben.
6. Die Entscheidgebühr des Berufungsverfahrens wird auf Fr. 5'000.– festgesetzt.
7. Die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen des Berufungsverfahrens bleibt der Vorinstanz vorbehalten.
8. Schriftliche Mitteilung an die Parteien (an die Beklagten unter Beilage des Doppels bzw. einer Kopie von Urk. 95) sowie an das Einzelgericht im vereinfachten Verfahren am Bezirksgericht Uster, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erst- und zweitinstanzlichen Akten an die Vorinstanz.

9. 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. 92 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, 21. Januar 2015

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. J. Freiburghaus

versandt am:

kt