

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LY180024-O/U

damit vereinigt Geschäfts-Nr. PC180018-O

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichter Dr. H.A. Müller und Oberrichter Dr. M. Kriech sowie Gerichtsschreiber lic. iur. Ch. Büchi

## Beschluss und Urteil vom 11. Dezember 2018

in Sachen

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

Beklagter, Berufungskläger und Beschwerdeführer

vertreten durch Fürsprecher X. \_\_\_\_\_

gegen

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

Klägerin und Berufungsbeklagte

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

sowie

**Kanton Zürich,**

Beschwerdegegner

vertreten durch Bezirksgericht Zürich

betreffend **Ehescheidung (vorsorgliche Massnahmen)**

**Berufung und Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im or-**

**dentlichen Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 10. Abteilung, vom 2. Mai 2018 (FE180074-L)**

---

**Erwägungen:**

**I.**

1. Die Parteien sind seit dem tt. Juli 2011 verheiratet. Gemäss Familienausweis ging aus ihrer Ehe die Tochter C.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2016, hervor (Urk. 7/2/1). Mit Eingabe vom 29. Januar 2018 reichte die Klägerin und Berufungsbeklagte (fortan Klägerin) bei der Vorinstanz eine Scheidungsklage ein (Urk. 7/1).

2. Am 13. Februar 2018 stellte der Beklagte im Hauptverfahren ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege sowie Bestellung einer unentgeltlichen Rechtsvertretung in der Person von Fürsprecher X.\_\_\_\_ (Urk. 7).

Mit Datum vom 18. April 2018 liess der Beklagte und Berufungskläger (nachfolgend Beklagter) – noch vor der auf den 24. Mai 2018 anberaumten Einigungsverhandlung (Urk. 7/9/1-5) – durch seinen Rechtsvertreter ein Gesuch um Erlass von vorsorglichen Massnahmen mit den folgenden Anträgen stellen (Urk. 19 S. 2):

- "1. Es sei dem Kind C.\_\_\_\_\_, geb. tt.mm.2016, von Zürich ZH eine Beiständin/einen Beistand i.S. von Art. 308 Abs. 2 ZGB beizuordnen.
2. Der Beistand/die Beiständin sei damit zu beauftragen, eine Vaterschaftsklage i.S. von Art. 256 und Art. 256c Abs. 2 ZGB einzureichen.
3. Ziff. 3 des Urteils des Bezirksgerichts Zürich im Verfahren EE16016 sei per 18.04.2018 aufzuheben.
4. Dem Beklagten/Gesuchsteller sei für das vorliegende Verfahren das Recht zur unentgeltlichen Rechtspflege unter Beiordnung des Unterzeichnenden als amtlichen Fürsprecher zu gewähren.

unter Kosten- und Entschädigungsfolge zuzügl. MWSt zu Lasten der Klägerin/Gesuchsgegnerin"

3. Mit Verfügung[en] vom 10. Mai 2018 trat die Vorinstanz zum einen auf das Gesuch des Beklagten um Erlass von vorsorglichen Massnahmen gemäss den voranstehenden Anträgen Ziffern 1 und 2 nicht ein und wies zum anderen dessen Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (inklusive Bestellung einer unentgeltlichen Rechtsvertretung) ab (Urk. 2).

4. Sowohl gegen den Nichteintretens- als auch gegen den Abweisungsentscheid erhob der Beklagte je ein Rechtsmittel, gegen ersteren das Rechtsmittel der Berufung und gegen letzteren dasjenige der Beschwerde. Demzufolge wurde je ein Verfahren angelegt, das vorliegende für die Berufung gegen den Nichteintretensentscheid und dasjenige mit der Geschäfts-Nr. PC180018-O für die Beschwerde gegen den Abweisungsentscheid (vgl. Urk. 20/1-11).

5.1 In seiner rechtzeitig erhobenen Berufung (vgl. Urk. 1 und 7/24/2) gegen den Nichteintretensentscheid stellte der Beklagte folgende Anträge (Urk. 1 S. 2):

- "1. Ziff. 1 bis 4 des Nichteintretensentscheid (unter dem Titel: Es wird weiter verfügt:) der Verfügung des Bezirksgerichts Zürich, 10. Abteilung vom 02.02.2018 (recte: 02.05.2018) im Verfahren FE180074 seien aufzuheben.
2. Im Verfahren FE180074 vor dem Bezirksgericht Zürich, 10. Abteilung sei dem Kind C.\_\_\_\_\_, geb. tt.mm.2016, von Zürich ZH eine Beiständin/einen Beistand i.S. von Art. 308 Abs. 2 ZGB beizuordnen.
3. Der Beistand/die Beiständin sei damit zu beauftragen, eine Vaterschaftsklage i.S. von Art. 256 und Art. 256c Abs. 2 ZGB einzureichen.

(...)

unter Kosten- und Entschädigungsfolge zuzügl. MWSt zu Lasten der Berufungsbeklagten/Gesuchsgegnerin"

5.2 Im Beschwerdeverfahren mit der Geschäfts-Nr. PC180018-O gegen den Abweisungsentscheid beantragte der Beklagte innert Frist (vgl. Urk. 20/1, 20/7 und 7/24/2) das Folgende (Urk. 20/1 S. 2):

- "1. Die Verfügung des Bezirksgerichts Zürich, 10. Abteilung vom 02.05.2018, FE180074 betr. Abweisung des Gesuches um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (inkl. Bestellung einer unentgeltlichen Rechtsvertretung) sei aufzuheben.
2. Dem Beschwerdeführer sei für das Verfahren zum Erlass von vorsorglichen Massnahmen im Ehescheidungsverfahren vor dem Bezirksgericht Zürich, 10. Abteilung, FE180074 (...) das Recht zur unentgeltlichen Rechtspflege un-

ter Beiordnung des unterzeichnenden als amtlichen Fürsprechers zu gewährleisten.

unter Kosten- und Entschädigungsfolge zuzügl. MWSt zu Lasten der Beschwerdegegnerin"

6. Die Klägerin beantwortete die Berufung rechtzeitig (vgl. Urk. 8 und 12) und stellte dabei folgende Anträge (Urk. 12 S. 2):

- "1. Es sei für das Kind C.\_\_\_\_\_, geb. tt.mm.2016, eine Beistandschaft zu errichten.
2. Es sei der Beistand damit zu beauftragen, eine Anfechtungsklage im Sinne von Art. 256 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB sowie eine Vaterschaftsklage im Sinne von Art. 261 ZGB zu erheben.

alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. 7.7% MwSt) zu Lasten des Berufungsklägers."

7. Beide Parteien ersuchen für das Berufungsverfahren und der Beklagte überdies auch für das Beschwerdeverfahren um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und um unentgeltliche Rechtsverteidigung in der Person ihres jeweiligen Rechtsvertreters (Urk. 1 S. 2, 12 S. 2 und 20/1 S. 2).

8. Sowohl im Berufungsverfahren als auch im Beschwerdeverfahren mit der Geschäfts-Nr. PC180018-O geht es um die Voraussetzungen zur Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege. Zuzugle dieser Konnexität ist das Beschwerdeverfahren mit der Geschäfts-Nr. PC180018-O mit dem vorliegenden Berufungsverfahren zu vereinigen und als dadurch erledigt abzuschreiben. Die Akten des Beschwerdeverfahrens mit der Geschäfts-Nr. PC180018-O sind als Urk. 20/1-11 zu den vorliegenden Verfahrensakten zu nehmen.

9. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen. Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

## II.

### A. Berufung gegen den Entscheid betreffend vorsorgliche Massnahmen

1.1 Mit der Berufung können unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Beru-

fungsinstanz verfügt über eine umfassende Überprüfungsbefugnis der Streitsache, d.h. über unbeschränkte Kognition bezüglich Tat- und Rechtsfragen, einschliesslich der Frage richtiger Ermessensausübung (Angemessenheitsprüfung; BGer 5A\_184/2013 vom 26. April 2013, E. 3.1). In der schriftlichen Berufungsbeurteilung (Art. 311 ZPO) ist hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten als fehlerhaft zu betrachten ist bzw. an einem der genannten Mängel leidet (BGE 142 I 93 E. 8.2; BGE 138 III 374 E. 4.3.1). Was nicht oder nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen genügenden Weise beanstandet wird, ist – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – von der Rechtsmittelinstanz grundsätzlich nicht zu überprüfen (BGE 142 III 413 E. 2.2.4). Auf die Vorbringen der Parteien ist nachfolgend nur insoweit einzugehen, als dies für die Entscheidungsfindung notwendig ist.

1.2 Bei Verfahren betreffend Kinderbelange ist der Sachverhalt nach Art. 296 ZPO von Amtes wegen zu erforschen. Infolgedessen können die Parteien im Berufungsverfahren auch dann neue Tatsachen und Beweismittel vorbringen, wenn die Voraussetzungen nach Art. 317 Abs. 1 ZPO nicht erfüllt sind (BGer 5A\_788/2017 vom 2. Juli 2018, E. 4.2.1).

2. Die Vorinstanz erwog, dass es bei den vom Beklagten gestellten Begehren gemäss den Ziffern 1 und 2 um die Einreichung einer Vaterschaftsanfechtungsklage durch das Kind gehe, nachdem der Beklagte selber aufgrund des Zeitablaufs wohl gemäss Art. 256 ZGB nicht mehr legitimiert sein dürfte. Das Scheidungsgericht sei im Rahmen von Art. 315a ZGB auch für Kindesschutzmassnahmen zuständig. Allerdings bestehe die Zuständigkeit nur insofern, als nach den Bestimmungen über die Ehescheidung die Elternrechte bzw. die persönlichen Beziehungen der Eltern zu den Kindern zu regeln seien. Mithin bestehe keine umfassende Zuständigkeit für sämtliche Kindesschutzmassnahmen. Wenngleich eine Vaterschaftsanfechtungsklage inhaltlich Auswirkungen auf ein Scheidungsverfahren zu entfalten vermöge, so sei das Scheidungsgericht offenkundig für eine solche nicht zuständig und die damit verbundenen Anordnungen gehörten denn auch nicht zu den Regelungen der Elternrechte und persönlichen Beziehungen im Rahmen der Scheidung. Damit entfalle auch die Zuständigkeit für die beantragten

Kindesschutzmassnahmen, weshalb in Bezug auf Ziffer 1 und 2 der Rechtsbehörden ein Nichteintretensentscheid zu ergehen habe (vgl. Urk. 2 S. 2 f.).

3.1 Der Beklagte moniert am angefochtenen Entscheid, dass die Vorinstanz zu Unrecht auf sein Gesuch um Erlass von vorsorglichen Massnahmen nicht eingetreten sei, in der falschen Auffassung, für dieses im Rahmen des Scheidungsverfahrens nicht zuständig zu sein. Ferner komme der Nichteintretensentscheid auch einer Rechtsverweigerung gleich, da, nachdem auch die KESB Zürich auf sein nämliches Gesuch unter Hinweis auf das hängige Scheidungsverfahren und auf Art. 315a ZGB nicht eingetreten sei, mithin beide angerufenen, für Kindesschutzmassnahmen zuständigen Behörden ihre Zuständigkeit verneinten.

Mit seinem Gesuch um Anordnung von vorsorglichen Massnahmen im vorinstanzlichen Verfahren sei beabsichtigt worden, dem gemäss Familienausweis gemeinsamen Kind C.\_\_\_\_\_ der Parteien eine Beiständin/einen Beistand im Sinne von Art. 308 Abs. 2 ZGB beizuordnen und diese/diesen damit zu beauftragen, eine Vaterschaftsklage im Sinne von Art. 256 und Art. 256c Abs. 2 ZGB (recte: eine Anfechtungsklage im Sinne von Art. 256 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB) zu erheben. Die beantragten Massnahmen gründeten im Verhalten der Klägerin, das berechtigte Zweifel an seiner Vaterschaft des gemäss Familienausweis gemeinsamen Kindes der Parteien aufkommen lasse. So habe die Klägerin ihm namentlich am vergangenen Ostersonntag das Besuchsrecht mit der Begründung verweigert, dass er nicht der biologische Vater von C.\_\_\_\_\_ sei, sowie jüngst auch einem DNA-Test zur Abklärung dieser Frage zugestimmt. Dieses Verhalten stehe denn auch im Widerspruch zum Versuch der Klägerin, gleichwohl bei ihm über die Alimentenstelle der Stadt Zürich die angeblich von ihm geschuldeten Unterhaltsbeiträge erhältlich zu machen und im vorinstanzlichen Verfahren auch die Zusprechung von Kinderunterhaltsbeiträgen zu beantragen. Das Verhalten der Klägerin laufe dem Bedürfnis des Kindes und mithin dem Kindeswohl von C.\_\_\_\_\_ zuwider, in einer stabilen und von Kontinuität geprägten Umgebung aufwachsen zu können. Mit anderen Worten sei die persönliche Vater-Kind-Beziehung derzeit mit der offenen Frage und Klärung der biologischen Vaterschaft und mithin das Kindeswohl von C.\_\_\_\_\_ massiv gefährdet. Dem gelte es mit den beantragten vorsorglichen Mas-

snahmen entgegenzuwirken. Ferner sei diesbezüglich zu berücksichtigen, dass es ihm zufolge Verwirkung gemäss Art. 256c ZGB inzwischen verunmöglicht sei, selbst eine Vaterschaftsaberkennungsklage einzureichen (vgl. BGer 5A\_541/2017 vom 10. Januar 2018).

Der Nichteintretensentscheid beruhe auf der unrichtigen Ansicht der Vorinstanz, dass keine umfassende Zuständigkeit des Ehescheidungsgerichts für den Erlass von vorsorglichen Massnahmen bestehe. So habe sie erwogen, dass sie als Ehescheidungsgericht nur zum Erlass von vorsorglichen Massnahmen für jene Bereiche zuständig sei, für die sie im Hauptsachenprozess auch zuständig sei. Eine Vaterschaftsanfechtungsklage könne zwar inhaltlich Auswirkungen auf ein Scheidungsverfahren haben, das Ehescheidungsgericht sei jedoch offenkundig nicht zuständig für eine solche. Damit entfalle auch die Zuständigkeit des Ehescheidungsgerichts zum Erlass der beantragten Kindesschutzmassnahmen.

Dieser Auffassung könne nicht gefolgt werden. Das Ehescheidungsgericht habe im Rahmen der Ehescheidung über sämtliche familienrechtlichen Belange inklusive Zuteilung der elterlichen Obhut, der elterlichen Sorge und allenfalls über Kindesunterhalt zu befinden und sei insbesondere auch für Kindesschutzmassnahmen umfassend zuständig. Selbstredend sei das Ehescheidungsgericht nicht für die Feststellung der Vaterschaft als solcher zuständig. Solches sei auch gar nie behauptet worden und Gegenstand seines Gesuchs gewesen. Vielmehr habe er als vorsorgliche Massnahme beantragt, C.\_\_\_\_\_ als Kindesschutzmassnahme eine Beiständin/einen Beistand beizugeben, der in einem separaten Verfahren im Namen des Kindes die Vaterschaft anfechte. Die Errichtung einer Beistandschaft sei als Kindesschutzmassnahme im Rahmen eines Scheidungsverfahrens explizit vorgesehen wie auch der Beiständin/dem Beistand die Befugnis zur Vertretung des Kindes bei der Feststellung der Vaterschaft zu übertragen, sei es im Rahmen von vorsorglichen Massnahmen oder im Hauptsachenprozess. Überdies sei darauf hinzuweisen, dass das Ehescheidungsverfahren in Kinderbelangen vom Untersuchungs- und Offizialgrundsatz beherrscht werde. Das Ehescheidungsgericht müsse folglich zwingend alle Umstände erheben, bevor es über die Kinderbelange ein Urteil im Hauptsachenprozess fällen könne.

Nach dem Gesagten erweise sich der vorinstanzliche Entscheid als falsch. Dieser sei aufzuheben und seinem Gesuch um Erlass von vorsorglichen Massnahmen im beantragten Sinne stattzugeben (vgl. Urk. 1 S. 3 ff.).

3.2 Die Klägerin schliesst sich mit ihren Anträgen in der Berufungsantwort grundsätzlich dem Gesuch des Beklagten um Erlass von vorsorglichen Massnahmen an. Sie beantragt zusätzlich im vorliegenden Berufungsverfahren auch die Feststellung des Kindsverhältnisses zum biologischen Vater. Sie weist allerdings darauf hin, dass der Beklagte bisher einen Vaterschaftstest kategorisch abgelehnt habe, obschon sie ihm von Anfang an mehrfach mitgeteilt habe, dass sie sich über seine biologische Vaterschaft nicht sicher sei. Die zwischenzeitlich erfolgte DNA-Analyse habe denn auch ergeben, dass der Beklagte als biologischer Vater von C.\_\_\_\_\_ mit Sicherheit ausgeschlossen werden könne (Urk. 15/17). Das Kindeswohl von C.\_\_\_\_\_ gebiete zunächst eine Anfechtung der im Familienausweis eingetragenen und hernach die Feststellung der biologischen Vaterschaft. Das Recht, seine Abstammung zu kennen, sei ein höchstpersönliches Recht. Es sei wissenschaftlich erwiesen, dass für ein harmonisches Heranwachsen und die Ausbildung der Persönlichkeit eines Menschen das Wissen, wer der eigene Vater ist, von ganz wesentlicher Bedeutung sei (vgl. Urk. 12 S. 4 f.).

4.1 Richtig an den Ausführungen der Vorinstanz ist, dass das Ehescheidungsgericht für eine Anfechtungsklage im Sinne von Art. 256 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB nicht zuständig ist. Die Vorinstanz verkennt jedoch, dass seitens des Beklagten nicht darum ersucht wurde, dass sie als Ehescheidungsgericht eigens über die Vaterschaftsaberkennungsklage befände. Der Beklagte hat vor Vorinstanz vielmehr eine Gefährdung des Kindeswohls von C.\_\_\_\_\_ geltend gemacht, begründet mit dem für ihn erhärteten Verdacht, nicht ihr biologischer Vater zu sein. Seine Begehren, C.\_\_\_\_\_ eine Beiständin/einen Beistand im Sinne von Art. 308 Abs. 2 ZGB zu bestellen und diese/diesen damit zu beauftragen, eine Anfechtungsklage im Sinne von Art. 256 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB – selbstredend in einem separaten Verfahren – zu erheben, sind unzweideutig als beantragte Kindesschutzmassnahmen im Sinne der Art. 307 ff. ZGB zu verstehen (vgl. Urk. 7/19 S. 2 f.). Für solche – und insbesondere auch für die Frage der Errichtung einer Beistandschaft (Art. 308 ZGB) –



ist das Ehescheidungsgericht nach Art. 315a ZGB im hängigen Scheidungsverfahren umfassend zuständig. Die Frage, ob eine Kindeswohlgefährdung von C.\_\_\_\_\_ vorliegt und gegebenenfalls Kindesschutzmassnahmen anzuordnen sind, wären folglich durch die Vorinstanz zu prüfen gewesen. Von daher erweist sich der Nichteintretensentscheid der Vorinstanz als falsch.

4.2 Mit der Scheidung einer Ehe wird das bisher bestehende rechtliche Band zwischen den Ehegatten aufgelöst. Bestehen bleibt hingegen die rechtliche Verbindung jedes Elternteils zu gemeinsamen Kindern. Nach Art. 283 Abs. 1 ZPO hat das Gericht im Entscheid über die Ehescheidung auch über deren Folgen zu befinden. Dazu gehören der nacheheliche Unterhalt, das Güterrecht, die Teilung der Vorsorgeleistungen und die Kinderbelange, wenn die Ehegatten gemeinsame Kinder haben. Ob dies der Fall ist, ergibt sich aus dem Familienausweis, der u.a. die familienrechtliche Stellung einer Person beinhaltet (Art. 39 Abs. 2 Ziff. 2 ZGB). Im von der Klägerin vor Vorinstanz eingereichten Familienausweis ist C.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2016, als gemeinsame Tochter der Parteien verurkundet (Urk. 7/2/1). Im Scheidungsverfahren ist das massgebend, was im Familienausweis eingetragen ist, und nicht das, was von den Parteien anderweitig festgestellt wurde oder zwischen ihnen kontrovers ist. Das Scheidungsgericht hat von den Verhältnissen auszugehen, wie sie verurkundet sind. Sind Kinder im Familienausweis aufgeführt, so ist im Scheidungsverfahren über deren Belange zu entscheiden; sind dagegen keine Kinder aufgeführt, gibt es diesbezüglich nichts zu regeln. Dies mag in einzelnen Fällen unbefriedigend erscheinen, gründet aber auf dem Umstand, dass öffentliche Register für die von ihnen bezeugten Tatsachen den vollen Beweis erbringen (Art. 9 Abs. 1 ZGB), und zwar ungeachtet der inhaltlichen Richtigkeit der verurkundeten Tatsachen. Raum für eine vorfrageweise Klärung bzw. Beschränkung des Prozessthemas im Scheidungsverfahren besteht demnach nicht. So gelten während der Ehe geborene Kinder als ehelich, selbst wenn der Ehemann nicht der biologische Vater ist, und dementsprechend sind in einem Scheidungsverfahren die Betreuung und der Unterhalt zu regeln (*vgl. OGer ZH LC170035 vom 20. März 2018, E. 3.3*).

4.3 Bei streitiger Vermutungsfolge, d.h. wenn die Vaterschaft des Ehemannes angezweifelt wird, ist die Anfechtungsklage nach Art. 256 ff. ZGB zu erheben. Auf das Klagerecht kann nicht im Voraus verzichtet werden. Das Klagerecht kommt nach Art. 256 Abs. 1 ZGB zunächst dem Ehemann zu (Ziff. 1). Sodann ist das Kind klageberechtigt, sofern der gemeinsame Haushalt seiner Mutter und deren Ehemann während seiner Minderjährigkeit aufgelöst wird (Ziff. 2). Nicht klageberechtigt sind die Kindesmutter oder ein allfälliger Dritter, welcher sich für den Vater des Kindes hält (BGE 108 II 344 E. 1a; 122 II 289 E. 1c).

Wie die Vorinstanz sinngemäss festgehalten hat, gründet das Gesuch des Beklagten um Erlass von vorsorglichen Massnahmen im beantragten Sinne wohl in seiner Ansicht, dass er selber aufgrund des Zeitablaufs gemäss Art. 256 ZGB zur Einreichung einer Vaterschaftsanfechtungsklage nicht mehr legitimiert sei. Gemäss dieser Ansicht verbleibt für eine Anfechtungsklage einzig C. \_\_\_\_\_ – als das im Familienausweis verurkundete gemeinsame Kind der Parteien – klageberechtigt.

4.4 Die Anfechtungsklage ist relativ höchstpersönlicher Natur. Urteilsfähige Personen machen sie deshalb selbständig geltend (Art. 19c ZGB). Die Urteilsfähigkeit beurteilt sich in concreto. Angesichts der grossen Tragweite des Kindesverhältnisses (und auch seines Verlustes) sind an die Urteilsfähigkeit hohe Anforderungen zu stellen. Bei Urteilsunfähigkeit des Kindes wird das Klagerecht durch den Beistand (Art. 306 Abs. 2 ZGB) oder den Vormund (vgl. Art. 327a ff. ZGB) ausgeübt. Das Anfechtungsrecht kann wegen seiner höchstpersönlichen Natur nicht durch einen Beistand allein ausgeübt werden, wenn das Kind urteilsfähig ist. (Heinz Hausheer/Thomas Geiser/Regina E. Aebi-Müller, Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches [Eheschliessung, Scheidung, Allgemeine Wirkungen der Ehe, Güterrecht, Kindesrecht, Erwachsenenschutzrecht, eingetragene Partnerschaft, Konkubinat], 5. Auflage 2014, Rz. 16.29 ff.). Dass dem urteilsunfähigen Kind ein Beistand bestellt wird, der in dessen Namen die Anfechtungsklage erhebt, setzt triftige Gründe voraus, wird doch damit ein späterer, selbstbestimmter Entscheid des Kindes vorweggenommen. Sodann besteht mit Blick auf die Klagefrist von Art. 256c Abs. 2 ZGB kein Grund zur Eile (vgl. BGer

5A\_128/2009 vom 22. Juni 2009 und dazu Aebi-Müller, ZBJV 2010, S. 914 ff.). Nach der soeben zitierten bundesgerichtlichen Rechtsprechung gilt es die Interessen des Kindes abzuwägen bzw. dessen Situation mit und ohne Vaterschaftsanfechtung zu vergleichen. Gleichzeitig verweist das Bundesgericht auf seine jüngste Rechtsprechung zum Abstammungsrecht, in der dem Recht des Kindes auf Kenntnis der eigenen Abstammung eine zunehmende Bedeutung zugeschrieben werde (E. 2.3). In Bezug auf letzteres bemerkt Aebi-Müller zu Recht (vgl. Aebi-Müller, ZBJV 2010, S. 916), dass dem in besagtem Fall – wie auch vorliegend – keine Bedeutung zukommt, da primär eine Statusklage zu beurteilen war und nicht die Klärung der genetischen Zuordnung. Wie Aebi-Müller den genannten Bundesgerichtsentscheid zutreffend resümiert, ist, wenn – wie vorliegend – die betroffenen Kinder aufgrund ihres Alters zu einer Anfechtung nicht befragt werden können, die Bestellung eines Beistandes mit einem entsprechenden Auftrag jedenfalls nur dann angebracht, wenn die Umstände ganz besonders gelagert sind und die Anfechtung nicht nur dem eindeutigen, objektiven Kindesinteresse entspricht, sondern auch aus zwingenden Gründen keinen Aufschub duldet.

4.5 Es liegt nicht im Interesse des Kindes, dass es vaterlos wird. Ein falscher Vater ist für das Kind in mehrfacher Hinsicht (insbesondere Unterhaltsverpflichtung, sozialversicherungsrechtliche Ansprüche, erbrechtliche Konsequenzen, unter Umständen aber auch sozialpsychische Aspekte) grundsätzlich immer noch vorteilhafter, als gar keinen Vater zu haben. Deshalb ist die Anfechtung der Vaterschaft des Ehemannes namens des Kindes höchstens dann in Betracht zu ziehen, wenn Mutter und tatsächlicher Vater zum gemeinsamen Kindesverhältnis stehen und dieses nachgewiesen ist (Cyril Hegnauer, Regeste zu ZVW 2009, S. 377).

4.6 Mit seinem Gesuch um Erlass von vorsorglichen Massnahmen bezweckt der Beklagte die Aufhebung seiner Registervaterschaft im Familienausweis. Wie bereits ausgeführt, schliesst sich die Klägerin diesem Begehren an und beantragt zusätzlich auch die Feststellung des Kindesverhältnisses zum biologischen Vater von C.\_\_\_\_\_. Es liegt aber keine Stellungnahme des biologischen Vaters von

C.\_\_\_\_\_ vor wie auch keine Erklärung von diesem, dass er bereit wäre, C.\_\_\_\_\_ nach erfolgter Aufhebung der Registervaterschaft als Tochter anzuerkennen.

Die Anfechtung würde deshalb nur die Frage der Vaterschaft oder Nichtvaterschaft des Beklagten beantworten. Es bliebe ungewiss, ob nach erfolgreicher Anfechtung das Kindesverhältnis zum biologischen Vater begründet werden könnte. Angesichts dieser Ungewissheit liegt zurzeit die Anfechtung des Kindesverhältnisses zum Beklagten weniger im Interesse von C.\_\_\_\_\_ als dessen Fortbestand. Demzufolge besteht kein Anlass zur Errichtung einer Beistandschaft im beantragten Sinne (vgl. auch Urteile des BGer 5A\_128/2009 vom 22. Juni 2009 und BGer 5C.292/2005 vom 16. März 2006 E. 3.4, zusammengefasst von Meier/Häberli, ZVW 2009 S. 418 f.).

4.7 Aus den vorgenannten Gründen – und dem bei Verfahren betreffend Kinderbelange geltenden Officialgrundsatz folgend (vgl. auch Ziff. 1.2 vorstehend) – ist der vorinstanzliche Entscheid aufzuheben und dahingehend zu ersetzen, dass die Rechtsbegehren Ziffer 1 und 2 des Beklagten abzuweisen sind. Demzufolge ist gleichwohl die vorinstanzliche Kosten- und Entschädigungsregelung (vgl. Urk. 2 S. 3 f., Dispositivziffern 2 bis 4) nicht zu beanstanden, da der Beklagte nach wie vor unterliegt, auch wenn die Berufung im Sinne des Gesetzes gutzuheissen ist. Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO kommt hier nicht zur Anwendung, da sich die Klägerin im vorinstanzlichen Verfahren zum Gesuch des Beklagten um Anordnung vorsorglicher Massnahmen damals noch nicht hat äussern können und dementsprechend auch kein Anträge stellte.

B. Beschwerde gegen den Entscheid betreffend unentgeltliche Rechtspflege

1. Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Es gilt das Rügeprinzip (ZK ZPO-Freiburghaus/Afheldt, Art. 321 N 15), d.h. die Beschwerde führende Partei hat im Einzelnen darzulegen, an welchen Mängeln (unrichtige Rechtsanwendung, offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts) der angefochtene Entscheid ihrer Ansicht nach leidet. Was nicht in dieser Weise gerügt wird, hat Bestand. Neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel sind im Beschwerdeverfahren ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO).

2. Der Beklagte moniert zumindest sinngemäss die Auffassung der Vorinstanz, dass sein Gesuch um Anordnung von vorsorglichen Massnahmen im beantragten Sinne nicht als von vornherein aussichtslos angesehen werden könne. Deshalb und da die weiteren Voraussetzungen für die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (inklusive Bestellung einer unentgeltlichen Rechtvertretung) als erfüllt zu betrachten seien, sei sein diesbezügliches Gesuch zu Unrecht abgewiesen worden (vgl. Urk. 20/1 S. 3 f.).

3. Die Vorinstanz erwog, dass zufolge ihres Nichteintretensentscheides die Kosten ihres Verfahrens in Anwendung von Art. 106 Abs. 1 ZPO dem Beklagten als unterliegendem Massnahmekläger aufzuerlegen seien. Der Beklagte habe zwar auch für das Massnahmeverfahren ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege gestellt. Nachdem er – anwaltlich vertreten – seine Begehren Ziffer 1 und 2 bei einem unzuständigen Gericht eingereicht habe, seien diese indessen als aussichtslos im Sinne von Art. 117 lit. b ZPO zu qualifizieren. Damit sei mit Blick auf den Nichteintretensentscheid keine Befreiung von Gerichtskosten (Art. 118 Abs. 1 lit. b ZPO) zu gewähren. Gleiches gelte auch für die Bestellung einer unentgeltlichen Rechtvertretung, soweit es die Einreichung der Rechtsbegehren 1 und 2 betreffe. Der Klägerin sei mangels Umtrieben keine Parteienschädigung zuzusprechen (Art. 95 Abs. 3 lit. c ZPO; Urk. 2 S. 3).

4.1 Nach Art. 117 ZPO hat eine Person Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint. Wenn dies zur Wahrung ihrer Rechte notwendig ist, insbesondere wenn die Gegenpartei anwaltlich vertreten ist, besteht darüber hinaus ein Anspruch auf unentgeltliche Verbeiständung (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO).

4.2 Wie oben ausgeführt, ist das Gesuch des Beklagten um Anordnung von vorsorglichen Massnahmen abzuweisen. Das Klagerecht für die Anfechtungsklage nach Art. 256 ZGB kommt lediglich dem eingetragenen Vater (Ziff. 1) und dem Kind (Ziff. 2) zu. Der Beklagte beabsichtigte die Aufhebung seiner Registervaterschaft im Familienausweis über das Kind, nachdem er offenbar seiner Ansicht nach selber wegen verpasster Frist – was hier offenbleiben kann – hierzu nicht mehr legitimiert ist. Dies kommt einem Versuch gleich, die verpasste Frist über das Kind wiederherzustellen, weshalb fraglich erscheint, ob überhaupt ein schützenswertes Interesse vorliegt. Gleichwohl erweist sich der Nichteintretensentscheid der Vorinstanz als falsch. Wie dargelegt, handelt es sich beim Gesuch des Beklagten um Anordnung vorsorglicher Massnahmen um Kindesschutzmassnahmen im Sinne der Art. 307 ff. ZGB. Die Parteien hätten mithin Anspruch auf einen materiellen Entscheid (und nicht auf einen blossen Prozessentscheid) gehabt. Der Entscheid, ob gegebenenfalls Kindesschutzmassnahmen anzuordnen sind, hat auf Grund einer Interessensabwägung zu erfolgen und ist Ermessensfrage. Daher kann das Gesuch des Beklagten nicht als von vornherein aussichtslos im Sinne von Art. 117 lit. b ZPO erachtet werden.

4.3 Sodann ist auch aktenkundig, dass der Beklagte für die Führung des Prozesses nicht über die erforderlichen Mittel verfügt (Art. 117 lit. a ZPO). Der Beklagte befindet sich offenbar nach längerer Krankheit in einer Arbeitsintegrationsmassnahme im Pflegeheim D.\_\_\_\_\_ in E.\_\_\_\_\_, die von der SVA Zürich organisiert wird (vgl. Urk. 1 S. 7). Im 2017 hat er dort ein durchschnittliches Nettoeinkommen von Fr. 1'510.55 pro Monat generieren können (Urk. 4/8, Fr. 18'126.75 / 12).

Mit diesem Einkommen vermag er nicht einmal den ihm gemäss Ziff. II.1.2 des Kreisschreibens der Verwaltungskommission des Obergerichts des Kantons Zü-

rich betreffend die Richtlinien für die Berechnung des betriebsrechtlichen Existenzminimums vom 16. September 2009 (Kreisschreiben) in seinem Bedarf anrechenbaren Grundbetrag für eine alleinstehende Person ohne Haushaltsgemeinschaft in der Höhe von Fr. 1'200.– und den von ihm monatlich zu entrichtenden Mietzins im Betrag von Fr. 450.– (vgl. Urk. 1 S. 7 i.V.m. Urk. 4/9) zu decken. Auch eine Vermögensbildung steht damit ausser Betracht. Demzufolge war er im massgeblichen Zeitpunkt ohne Weiteres als mittellos im Sinne von Art. 117 lit. a ZPO zu betrachten. Sodann erscheint auch eine anwaltliche Verbeiständung des rechtsunkundigen Beklagten zur Wahrung seiner Rechte notwendig (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO).

4.4 Da die Voraussetzungen für die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (inklusive Bestellung einer unentgeltlichen Rechtvertretung) als erfüllt zu betrachten sind, erweist sich der vorinstanzliche Abweisungsentscheid als falsch. Die Beschwerde ist gutzuheissen. Der Abweisungsentscheid der Vorinstanz ist (im Sinne von Art. 327 Abs. 3 lit. b ZPO) aufzuheben und dem Beklagten für das vorinstanzliche Verfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen. Überdies ist ihm Fürsprecher X.\_\_\_\_\_ als unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen. Ferner ist er auf die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 Abs. 1 ZPO hinzuweisen.

### III.

1.1 Abschliessend ist über die zweitinstanzlichen Kosten- und Entschädigungsfolgen zu befinden. Für das Berufungsverfahren und das Beschwerdeverfahren ist die Gerichtsgebühr gestützt auf § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 1, § 8 Abs. 1 und § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG auf Fr. 3'000.– festzusetzen.

1.2 Infolge Gutheissung der Beschwerde fällt das Beschwerdeverfahren kostenmässig nicht ins Gewicht. Im Berufungsverfahren stellte der Beklagte die identischen Rechtsbegehren wie bereits vor Vorinstanz. Diesen schloss sich die Klägerin vor Obergericht im Wesentlichen an und beantragte zusätzlich die Feststellung des Kindsverhältnisses zum biologischen Vater von C.\_\_\_\_\_.

Gemäss ständiger Praxis des Obergerichts sind die Kosten des Verfahrens in Bezug auf die Kinderbelange – unabhängig vom Ausgang – in Anwendung von Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO den Parteien hälftig aufzuerlegen und die Parteientschädigungen wettzuschlagen, wenn die Parteien unter dem Gesichtspunkt der Kinderinteressen gute Gründe zur Antragstellung hatten (ZR 84 Nr. 41). Dies war vorliegend der Fall. Es rechtfertigt sich daher für das Berufungsverfahren eine hälftige Kostenaufteilung und ein Wettzuschlagen der Parteientschädigungen.

2.1 Im Berufungsverfahren ersuchen beide Parteien und der Beklagte überdies im Beschwerdeverfahren um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege sowie um Bestellung einer unentgeltlichen Rechtsverteidigung (Urk. 1 und 20/1 je S. 2; Urk. 12 S. 2).

2.2 Für die Verhältnisse des Beklagten kann auf die voranstehenden Ausführungen verwiesen werden (vgl. Ziff. II.B.4.).

2.3.1 Die Klägerin macht geltend, dass sie ein monatliches Nettoeinkommen von Fr. 4'763.– generiere. Neben der Deckung ihrer Lebenshaltungskosten sei sie nicht in der Lage, auch noch für die Prozesskosten des vorliegenden Verfahrens aufzukommen. Sie habe nebst C.\_\_\_\_\_ noch für zwei weitere unmündige Kinder aus einer früheren Beziehung zu sorgen, welche ebenfalls unter ihrer Obhut stünden. Es seien dies F.\_\_\_\_\_, geb. tt.mm.2002, welche eine Berufslehre als Polygrafin absolviere, und G.\_\_\_\_\_, geboren am 14. September 2004, welcher noch die Volksschule besuche. Für die beiden Kinder F.\_\_\_\_\_ und G.\_\_\_\_\_ erhalte die Berufungsbeklagte monatliche Unterhaltsbeiträge von je Fr. 582.40. Den Einkünften stünden monatliche Lebenshaltungskosten von gerundet Fr. 2'870.– (Fr. 920.– [Wohnkosten] + Fr. 30.– [Privathaftpflicht-/Hausratversicherung] + Fr. 105.– [Heizkosten] + Fr. 775.– [Krankenversicherungskosten insgesamt] + Fr. 305.– [Krankheitskosten insgesamt] + Fr. 120.– [berufliche Mobilitätskosten] + Fr. 340.– [Fremdbetreuungskosten insgesamt] + Fr. 275.– [Kommunikationskosten]) gegenüber (vgl. Urk. 12 S. 5 ff.).

2.3.2 Gemäss dem von der Klägerin ins Recht gereichten Lohnausweis erzielte sie im Jahre 2017 ein monatliches Nettoeinkommen von gerundet Fr. 5'460.– (vgl.



Urk. 15/4). Mit den Unterhaltsbeiträgen für F.\_\_\_\_\_ und G.\_\_\_\_\_ – und ohne allfällige Unterhaltsbeiträge für C.\_\_\_\_\_ – generiert sie folglich Einkünfte von gerundet Fr. 6'625.– (Fr. 5'460.– + Fr. 1'165.–) pro Monat. Werden den von ihr geltend gemachten Lebenshaltungskosten von Fr. 2'870.– pro Monat die Grundbeträge für sie persönlich und diejenigen der Kinder im Gesamtbetrag von Fr. 2'950.– (Fr. 1'350.– [Grundbetrag Klägerin, Ziff. II.2.1 Kreisschreiben]+ Fr. 1'600.– [Grundbetrag Kinder insgesamt [Ziff. II.4 Kreisschreiben]]) hinzugerechnet, stehen ihren Einkünften Lebenshaltungskosten von Fr. 5'820.– pro Monat gegenüber. Daraus resultiert für die Klägerin und die drei Kinder ein monatlicher Freibetrag von Fr. 805.– (Fr. 6'625.– - Fr. 5'820.–). Bereits daraus erscheint fraglich, ob die Klägerin als mittellos im Sinne von Art. 117 lit. a ZPO gelten kann.

Da die Prozesskosten regelmässig nur während eines befristeten Zeitraums anfallen, ist es einer Partei zudem zuzumuten, vorübergehend auf den gewohnten Lebensstandard zu verzichten. Es ist in jedem Einzelfall individuell zu prüfen, inwieweit es einer Partei zuzumuten ist, für die Prozesskosten aufzukommen (ZR 96 Nr. 11). Die prozessuale Bedürftigkeit ist zu verneinen, wenn die gesuchstellende Partei mit ihrem Aktivsaldo (Differenz zwischen anrechenbarem Einkommen und Ausgaben) die mutmasslichen Prozesskosten innert eines Jahres bzw. bei kostspieligen Prozessen innert zweier Jahre bezahlen kann oder zumindest könnte (Daniel Wuffli, SSZR - Schriften zum Schweizerischen Zivilprozessrecht, Band Nr. 21, Die unentgeltliche Rechtspflege in der Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2015, S. 136 Rz. 318). Mit dem ihr monatlich zur Verfügung stehenden Überschuss erscheinen die mit dem vorliegenden Berufungsverfahren zusammenhängenden Prozesskosten innert angemessener Frist als finanzierbar.

Sodann äussert sich die Klägerin zu ihrem Vermögen nicht, obschon ihrerseits im Wertschriften- und Guthabenverzeichnis der Steuererklärung für das Jahr 2016 ein solches von immerhin rund Fr. 55'000.– deklariert wurde (vgl. Urk. 15/2). Das hätte die anwaltlich vertretene Klägerin aber tun müssen. Ihre Säumnis ist als Verletzung der Mitwirkungspflicht zu werten und führt daher ohne Weiteres zur Abweisung ihres Armenrechtsgesuchs.

Die Mittellosigkeit der Klägerin im Sinne von Art. 117 lit. a ZPO ist nicht erstellt, weshalb es an einer der beiden Grundvoraussetzungen für die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege fehlt. Dementsprechend ist das Gesuch der Klägerin um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege sowie um Bestellung einer unentgeltlichen Rechtsverbeiständung für das vorliegenden Berufungsverfahren abzuweisen.

**Es wird beschlossen:**

1. Das Beschwerdeverfahren PC180018-O wird mit dem vorliegenden Berufungsverfahren vereinigt und unter der Prozessnummer LY180024-O weitergeführt.

Das Beschwerdeverfahren PC180018-O wird als dadurch erledigt abgeschlossen.

2. Dem Beklagten wird für das Berufungs- und Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt und in der Person von Fürsprecher X. \_\_\_\_\_ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt.
3. Das Gesuch der Klägerin um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Berufungsverfahren sowie um Bestellung einer unentgeltlichen Rechtsverbeiständung wird abgewiesen.
4. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

**Es wird erkannt:**

1. Die Berufung wird dahin gutgeheissen, dass Dispositiv-Ziffer 1 der (zweiten) Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 10. Abteilung, vom 2. Mai 2018 (FE180074-L) aufgehoben und durch folgende Bestimmung ersetzt wird:

- "1. Die Rechtsbegehren Ziffer 1 und 2 des Beklagten zu den vorsorglichen Massnahmen werden abgewiesen."
2. In Gutheissung der Beschwerde wird Dispositiv-Ziffer 1 der (ersten) Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 10. Abteilung, vom 2. Mai 2018 (FE180074-L) aufgehoben und wie folgt ersetzt:
- "1. Dem Beklagten wird die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt und in der Person von Fürsprecher X. \_\_\_\_\_ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt."
3. In Gutheissung der Beschwerde wird Dispositiv-Ziffer 3 der (zweiten) Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 10. Abteilung, vom 2. Mai 2018 (FE180074-L) aufgehoben und wie folgt ersetzt:
- "3. Die Gerichtskosten werden dem Beklagten auferlegt, jedoch zufolge der ihm gewährten unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten."
4. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'000.– festgesetzt.
5. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt, diejenigen des Beklagten jedoch zufolge der ihm gewährten unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.
6. Für das zweitinstanzliche Verfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an das Migrationsamt des Kantons Zürich sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

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

8. 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 und ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG. sowie (hinsichtlich der unentgeltlichen Rechtspflege) ein Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG. Es handelt sich um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 11. Dezember 2018

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer  
Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. Ch. Büchi

versandt am:  
mc