



Geschäfts-Nr. NC100014/U

II. Zivilkammer

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
Dr. L. Hunziker Schnider und Oberrichter lic. iur. P. Hodel sowie
die Gerichtsschreiberin Dr. M. Fuchs Räber

Beschluss vom 18. August 2011

in Sachen

A. _____,

Beklagte und Appellantin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____,

gegen

B. _____,

Kläger und Appellat 1

vertreten durch Fürsprecherin lic. iur. Y. _____

sowie

C. _____, geboren 2008,

Beklagter und Appellat 2

vertreten durch Beiständin lic. iur. Z. _____

betreffend **Anfechtung der Vaterschaft**

Berufung gegen ein Urteil des Einzelrichters des Bezirksgerichtes Zürich, 3. Abteilung vom 6. September 2010; Proz. FP080109

Rechtsbegehren:

(Sinngemäss) Es sei festzustellen, dass der Kläger nicht der Vater des am xx. yy 2008 von der Beklagten 2 geborenen Kindes C. _____ (Beklagter 1) ist.

(act. 1)

Urteil des Einzelrichters des Bezirksgerichtes Zürich, 3. Abteilung vom 6. September 2010:

1. Es wird festgestellt, dass der Kläger nicht der Vater des am xx.yy 2008 von der Beklagten 2 geborenen Beklagten 1 ist.
2. Die Gerichtsgebühr (Pauschalgebühr) wird festgesetzt auf:
Fr. 3'000.00 ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 230.00 Barauslagen.

Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
3. Die Kosten werden der Beklagten 2 auferlegt, jedoch zufolge der ihr gewährten unentgeltlichen Prozessführung einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Eine Nachforderung nach § 92 ZPO bleibt vorbehalten.
4. Die Beklagte 2 wird verpflichtet, die Rechtsvertreterin des Klägers mit Fr. 4'000.-- (Mehrwertsteuer inbegriffen) zu entschädigen.
- 5./6. Mitteilung / Rechtsmittel.

(act. 118 S. 11 f.)

Berufungsanträge:

der Beklagten (act. 127 S. 3):

1. Es sei das Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 6. September 2010 vollumfänglich aufzuheben.
2. Es sei festzustellen, dass der Kläger B. _____ der Vater des am xx. yy 2008 von der Beklagten A. _____ geborenen Beklagten C. _____ ist.
3. Die der Beklagten A. _____ im erstinstanzlichen Verfahren gewährte unentgeltliche Prozesspflege und unentgeltliche Rechtsverteidigung in der Person von Rechtsanwalt lic.iur. X. _____ sei ihr auch im Berufungsverfahren zu gewähren.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Klägers/Appellaten.

des Klägers und Appellaten 1 (act. 132 S. 2):

1. Es sei auf die Berufung nicht einzutreten, eventuell abzuweisen und das Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 6. September 2010 vollumfänglich zu bestätigen.
2. Es sei dem Appellaten 1 für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren und die unentgeltliche Rechtsvertretung durch die unterzeichnende Anwältin zu bestätigen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten/Appellantin.

des Beklagten und Appellaten 2 (act. 131 S. 2):

(Sinngemäss) Es sei betreffend den Beklagten ein DNA-Abstammungsgutachten anzuordnen.

Erwägungen:

I.

1.

Der Kläger und die Beklagte sind seit dem xx. yy 2001 miteinander verheiratet. Sie leben seit dem 30. Juni 2005 durch den Eheschutzrichter getrennt (act. 56/1). Die Beklagte zog nach ihrem Auszug aus der ehelichen Wohnung zuerst ins Personalhaus ihres Arbeitgebers in D._____. Seit dem 1. September 2007 wohnt sie in E._____ (act. 16 A S. 1).

Die Beklagte gebar den Beklagten am xx. yy 2008, mithin während der Dauer der Ehe.

2.

2.1 Der Kläger machte die Klage mit dem obgenannten Rechtsbegehren am 6. Mai 2008 bei der Vorinstanz rechtshängig (act. 1). Mit Verfügung vom 4. Juni 2008 bestellte die Vormundschaftsbehörde E._____ Dr. F._____ als Beiständin des Beklagten (act. 6). Die Beklagte ist zur Hauptverhandlung vom 11. September 2008 unter Vorlage eines ärztlichen Zeugnisses für den Beklagten (act. 15) nicht erschienen (Prot. I S. 5 f.).

Nachdem die Beschwerden der Beklagten gegen die Wahl der Beiständin Dr. F._____ und der neu bestellten Beiständin lic.iur. Z._____ rechtskräftig erledigt worden waren, fand am 24. November 2009 die vorinstanzliche Hauptverhandlung statt, zu welcher die Beklagte unentschuldigt nicht erschien (Prot. I S. 13 ff.). Am 17. Dezember 2009 erliess der Vorderrichter die Beweisauflegerverfügung (act. 59) und am 22. Januar 2010 die Beweisabnahmeverfügung, mit welcher er die Einholung eines DNA-Gutachtens anordnete (act. 66). Die Beklagte verweigerte die Entnahme einer Speichelprobe beim Beklagten trotz wiederholter Aufforderung zur Speichelprobenentnahme beim Institut für Rechtsmedizin der Universität Zürich unter Androhung der Bestrafung nach Art. 292 StGB (act. 76 - 78, act. 83, act. 91 - 92, act. 103). Zum Beweisergebnis äusserte sich nur der Kläger (act. 106). Am 6. September 2010 fällte der Einzelrichter das oben aufgeführte Urteil (Prot. I S. 30, act. 118).

2.2 Mit Eingabe vom 23. September 2010 erklärte die Beklagte rechtzeitig die Berufung gegen dieses Urteil (act. 119 und act. 120). Mit Beschluss vom 6. Oktober

2010 wurde auf das Gesuch der Beklagten betreffend Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung und Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters für das Berufungsverfahren nicht eingetreten (act. 123). In der Berufungsbegründung vom 20. Oktober 2010 (act. 127) stellt die Beklagte die oben zitierten Anträge. Die Beiständin des Beklagten nahm mit Eingabe vom 8. November 2010 (act. 131) zur Berufungsbegründung Stellung, wobei sie beantragt, das Kind nochmals zu einer Speichelprobe aufzubieten. Mit der Berufungsantwort vom 15. November 2010 beantragt der Kläger, auf die Berufung nicht einzutreten, eventuell diese abzuweisen und das angefochtene Urteil vollumfänglich zu bestätigen (act. 132 S. 2). In der Berufungsreplik vom 6. April 2011 wiederholt die Beklagte ihre mit der Berufungsbegründung (act. 127 S. 3) gestellten Anträge (act. 139 S. 3). Die Berufungsduplik des Klägers datiert vom 2. Mai 2011 (act. 143); er bestätigt darin seine Anträge in der Berufungsantwort und beantragt, die Anträge der Beklagten abzuweisen, soweit sie nicht mit den seinigen übereinstimmen. Der Beklagte hat keine Berufungsduplik eingereicht. Das Verfahren ist spruchreif.

2.3 Auf den in der Berufungsbegründung und -replik enthaltenen Antrag der Beklagten betreffend Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und unentgeltlichen Rechtsverteiständung (act. 127 S. 3, act. 139 S. 3) ist nicht mehr weiter einzugehen, nachdem auf die gleichen, bereits mit der Berufungserklärung gestellten Anträge (act. 120 S. 2) mit Beschluss vom 6. Oktober 2010 (act. 123) nicht eingetreten worden war.

3.

Am 1. Januar 2011 ist die schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) vom 19. Dezember 2008 in Kraft getreten. Gemäss Art. 404 Abs. 1 ZPO gilt für Verfahren, die bei Inkrafttreten dieses Gesetzes rechtshängig sind, das bisherige Verfahrensrecht bis zum Abschluss vor der betroffenen Instanz. Für das vorliegende, im Jahr 2010 eingeleitete Berufungsverfahren gelten somit noch das Gesetz über den Zivilprozess des Kantons Zürich (ZPO/ZH) und das zürcherische Gerichtsverfassungsgesetz (GVG).

II.

1.

Die Vorinstanz ging davon aus, dass die Parteien seit dem 30. Juni 2005 getrennt lebten. Da der Beklagte am xx. yy 2008 geboren worden sei, sei er offensichtlich in einem Zeitpunkt gezeugt worden, in welcher der Haushalt des Klägers und der Beklagten aufgehoben gewesen sei. Es liege demnach an den Beklagten, die Vaterschaft des Klägers zu beweisen, es sei denn, sie machten glaubhaft, dass der Kläger der Beklagten um die Zeit der Empfängnis des Beklagten beigewohnt habe (Art. 256b Abs. 2 ZGB). Die Behauptung des Beklagten, dass die Beklagte in der gesetzlichen Empfängniszeit vom 24. Juni bis 22. Oktober 2007 mit dem Kläger Geschlechtsverkehr gehabt habe, wird im angefochtenen Urteil als unsubstanziert bezeichnet, weshalb darüber kein Beweis erhoben wurde. Demzufolge auferlegte die Vorinstanz den Beklagten den Beweis dafür, dass der Kläger der Vater des Beklagten ist. Obwohl die beweisbelasteten Beklagten keine Beweismittel offerierten, ordnete der Einzelrichter gestützt auf Art. 254 Ziffer 1 ZGB, wonach das Gericht im Verfahren der Feststellung oder Anfechtung des Kindesverhältnisses den Sachverhalt von Amtes wegen zu erforschen hat, die Erstellung eines DNA-Gutachtens an. Da die Beklagte sich geweigert habe, beim Beklagten die Speichelprobe entnehmen zu lassen, weshalb das Gutachten nicht erstellt werden können, und die Beklagten auch sonst keine weiteren Beweise genannt hätten, erachtete die Vorinstanz den Beweis der Beklagten als gescheitert. Somit sei ein Kindesverhältnis zwischen dem Kläger und dem Beklagten zu verneinen. Sodann hielt sie fest, dass die Nicht-Vaterschaft des Klägers durch eine Aussage der Beklagten in der Scheidungsverhandlung vom 30. Juni 2008 bestätigt werde, wo sie die Frage, ob der Kläger nicht der Vater des Kindes sei, bejaht habe (act. 118 S. 6 ff.).

2.

Die Beklagte begründet ihre Berufung im Wesentlichen damit, dass entgegen dem vorinstanzlichen Urteil von einer Glaubhaftmachung der Beiwohnung zur

Empfängniszeit auszugehen sei, womit die Vaterschaft des Ehemannes und Klägers vermutet werde. Somit trage dieser die volle Beweislast für seine Nichtvaterschaft. Zwar lebten der Kläger und sie seit dem 20. Juni 2005 getrennt, doch hätten sie und der Kläger sich im August 2007 an der Streetparade in Zürich getroffen, und an diesem Tag sei es zum Geschlechtsverkehr zwischen ihnen gekommen. Abgesehen von diesem Tag habe im August 2007 mehrere Male Geschlechtsverkehr zwischen ihnen jeweils an ihrem Wohnort stattgefunden.

Sodann macht sie geltend, dass es nicht zumutbar sei, beim Beklagten eine Speichelprobe zu entnehmen, da dies auf Grund ihres Glaubens an "Portscha" ihrem Kind Unglück bringen könnte.

Es treffe zwar zu, dass sie im Eheschutz- oder zu Beginn des Scheidungsverfahrens die erwähnte Aussage, dass der Kläger nicht der Vater des Beklagten sei, gemacht habe. Doch habe sie diese Aussage im späteren Verlauf widerrufen und angegeben, dass der Kläger eben doch der Vater von C. _____ sei. Sie habe bei der ersten Aussage die Unwahrheit gesagt, weil der Kläger ihr dafür Geld angeboten habe (act. 127).

III.

1.

Der Beklagte wurde während der Ehe seiner Mutter, der Beklagten, und des Klägers geboren. Gemäss Art. 255 Abs. 1 ZGB gilt somit der Ehemann, d.h. im vorliegenden Fall der Kläger, als Vater dieses Kindes.

Dieser kann jedoch diese Vermutung gestützt auf Art. 256 Abs. 1 Ziffer 1 ZGB anfechten. Da der Beklagte während der Ehe gezeugt wurde, hat der Anfechtungskläger nachzuweisen, dass er nicht der Vater ist (Art. 256a Abs. 1 ZGB). Ist das Kind zu einer Zeit gezeugt worden, da der gemeinsame Haushalt der Eheleute aufgehoben war, so ist die Anfechtung nicht weiter zu begründen (Art. 256b Abs. 1 ZGB). Der Kläger hat somit einzig nachzuweisen, dass im Zeitpunkt der Zeugung des Kindes der gemeinsame Haushalt mit seiner Ehegattin, d.h. der Be-

klagten, aufgehoben war. Der Kläger behauptet, dass der gemeinsame Haushalt per 30. Juni 2005 aufgehoben worden sei (act. 55 S. 2, act. 132 S. 3). Dies bestritten die Beklagten nicht (Prot. I S. 13, act. 127 S. 5). Da auf Grund der Akten keine gegenteiligen Anhaltspunkte bestehen, ist von diesem Sachverhalt auszugehen. Wurde der Beklagte am xx.yy 2008 geboren, bedarf es keiner weiteren Erläuterungen dafür, dass er zu einer Zeit gezeugt wurde, als der Kläger und die Beklagte nicht mehr in einem gemeinsamen Haushalt zusammen lebten.

2.

2.1 Unter den vorstehend geschilderten Umständen müsste die Klage gutgeheissen werden. Die Beklagten machen jedoch geltend, dass der Kläger trotz der Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes um die Zeit der Empfängnis der Beklagten beigewohnt habe. Wenn diese Beiwohnung glaubhaft gemacht ist, so entfällt die erleichterte Anfechtungsmöglichkeit nach Art. 256b Abs. 1 ZGB wieder, d.h. die Vaterschaft des Klägers als Ehemann wird wieder vermutet (Art. 256b Abs. 2 ZGB).

2.2. In der vorinstanzlichen Hauptverhandlung führte die Vertreterin des Beklagten aus, dass die Beklagte ihr erklärt habe, sie habe in der fraglichen Empfängniszeit vom 24. Juni bis 22. Oktober 2007 mit dem Kläger Geschlechtsverkehr gehabt (Prot. I S. 13), ohne diese Behauptung jedoch zu präzisieren (Prot. I S. 15). Die Beklagte war – wie erwähnt – an dieser Verhandlung nicht anwesend. Der Kläger bestritt diese Behauptung, indem er ausführte, er hätte nach der Trennung nur noch per SMS Kontakt mit der Beklagten gehabt und sie hätten sich seither nie mehr gesehen (Prot. I S. 14).

Im Berufungsverfahren macht die Beklagte geltend, sie habe seit dem 20. Juni 2005 vom Kläger getrennt gelebt, jedoch hätten sie sich im August 2007 an der Streetparade in Zürich getroffen und an diesem Tag sei es zwischen ihnen zum Geschlechtsverkehr gekommen. Auch abgesehen von diesem Tag sei es im August 2007 mehrere Mal zum Geschlechtsverkehr zwischen ihnen beiden gekommen. Dieser habe jeweils an ihrem Wohnort stattgefunden (act. 127 S. 5). Der Kläger bestreitet diese Ausführungen. Er habe zwar an der Streetparade 2007

teilgenommen, sei dort aber der Beklagten nicht begegnet. Somit sei es unzutreffend, dass er an jenem Tag mit der Beklagten Geschlechtsverkehr gehabt habe. Weiter treffe es nicht zu, dass es im Verlauf des Monats August 2007 mehrere Male zum Geschlechtsverkehr gekommen sei. Die Behauptungen seien aus diesem Grund auch völlig unsubstanziert und in der Schilderung der äusseren Umstände dürftig und unglaubhaft. Im Übrigen seien diese neuen Behauptungen verspätet und damit unzulässig (act. 132 S. 3 ff.).

2.3. Gemäss § 267 Abs. 1 ZPO/ZH ist vor der Berufungsinstanz neues Vorbringen unter den Voraussetzungen von 115 ZPO/ZH zulässig. Nach § 115 Ziff. 4 ZPO/ZH sind solche Tatsachen, die von Amtes wegen zu beachten sind, auch dann zu berücksichtigen, wenn sie verspätet vorgetragen werden. Nach Art. 254 Ziff. 1 aZGB, der zwar per 31. Dezember 2010 aufgehoben wurde (vgl. neu Art. 296 ZPO), jedoch auf Grund der Übergangsbestimmung von Art. 404 Abs. 1 ZPO als bisheriges Verfahrensrecht noch zu berücksichtigen ist, erforscht das Gericht in einem Prozess auf Anfechtung des Kindesverhältnisses den Sachverhalt von Amtes wegen. Somit sind die neuen Behauptungen der Beklagten zu berücksichtigen unabhängig davon, ob sie diese bereits im vorinstanzlichen Verfahren hätte vorbringen können.

2.4 Die Beklagte hat eine Beiwohnung in der fraglichen Empfängniszeit glaubhaft zu machen. Glaubhaft gemacht ist eine Tatsache dann, wenn das Gericht auf Grund objektiver Elemente den Eindruck erhält, die behauptete Tatsache habe sich verwirklicht, ohne jedoch ausschliessen zu können, dass sich der Sachverhalt anders abgespielt hat (BGE 132 III 140 E. 4.1.2, BGE 130 III 321 E. 3.3; BSK ZGB I, Ingeborg Schwenzer, N. 10 zu Art. 256b).

Die Vorbringen der Beklagten über den behaupteten Geschlechtsverkehr (act. 125 S. 5) waren in der Berufungsbegründung äusserst knapp. Ausser einem Datum und dem Ort der Begegnung beim ersten Mal (Streetparade) und der Angabe, wo dieser Geschlechtsverkehr stattgefunden haben soll (in ihrer Wohnung), machte die Beklagte keine weiteren Ausführungen über weitere Umstände oder objektive Anhaltspunkte, die auf einen solchen, aussergewöhnlichen Sachverhalt hinweisen würden. Insbesondere wurde in keiner Weise geschildert, was sie und

den Kläger veranlasst hätte, trotz der mehrjährigen, nach einer auf Grund von gewalttätigen Streitigkeiten erfolgten Trennung (act. 132 S. 3) nach einer spontanen Begegnung auf der Strasse sogleich wieder intim miteinander zu verkehren. Auch wurde nicht näher ausgeführt, warum, wann und wie oft es nach der ersten Begegnung zu den weiteren mehreren sexuellen Kontakten im August 2007 gekommen ist. Es wurde einzig darauf verwiesen, dass die Beklagte über die genauen Zeitpunkte anlässlich einer Befragung Auskunft geben könne (act. 127 S. 6). Es fehlten jegliche Hinweise auf Gespräche, Äusserungen oder Kontakte zwischen den Parteien (z.B. per Telefon oder SMS) sowie auf äussere Umstände, die mit dem behaupteten Geschehen im Zusammenhang stünden. Eine solche Darstellung ist als blosser Behauptung ohne jegliche Überzeugungskraft zu qualifizieren. Es braucht daher dazu auch keine persönliche Befragung der Parteien durchgeführt zu werden (act. 127 S. 6, act. 139 S. 5).

An dieser Beurteilung der beklaglichen Vorbringen vermögen auch die etwas konkreteren Angaben bezüglich der Umstände des behaupteten Geschlechtsverkehrs nichts zu ändern, welche die Beklagte erst in der Berufungsreplik machte, nachdem der Kläger in der Berufungsantwort festgehalten hatte, dass die entsprechenden Behauptungen völlig unsubstanziert und in der Schilderung der äusseren Umstände dürftig und unglaubhaft seien (act. 132 S. 4). Nach diesen Ausführungen, welche der Kläger als frei erfundene, reine Behauptungen bezeichnet und bestreitet (act. 143 S. 3), soll die Beklagte diesen im August 2007 anlässlich der Streetparade – mithin erstmals nach einer zweijährigen Zeit der Trennung – auf offener Strasse ("auf einer Strasse vom Bahnhof führend in der Nähe eines Polizeiposten bei einer Brücke, kurz vor dem Bellevue", act. 139 S. 4) getroffen haben, worauf sie dann "nach oben, zu einer Kirche in der Nähe" gegangen seien, wo es auf einer Bank zum Geschlechtsverkehr gekommen sei. Danach sei die Beklagte wieder ihres Weges gegangen. Diese Darstellung erscheint offensichtlich lebensfremd und damit unglaubhaft, zumal der fragliche Geschlechtsverkehr "am helllichten Tage, zwischen 17 und 19 Uhr" (act. 139 S. 4) mitten in der belebten Zürcher Altstadt im Freien ("auf einer Bank bei einer Kirche", act. 139 S. 4), und zu einem Zeitpunkt, wo sich dort wegen des Grossanlasses Streetparade besonders viele Leute aufgehalten haben dürften, stattgefunden

haben soll. Bezüglich des weiteren Geschlechtsverkehrs präzisierte sie in der Berufungsreplik zwar ihre entsprechenden pauschalen Ausführungen in der Berufungsbegründungsschrift ein wenig, indem sie die Häufigkeit mit zwei Mal angab und das erste Mal auf den Nachmittag des Tages nach der Streetparade festlegte. Weitere Angaben zu den näheren Umständen – insbesondere auch etwa zu den Gründen des Klägers und der Beklagten –, die zu solchen nach einem vollständigen Abbruch der persönlichen Begegnungen doch eher ungewöhnlichen intimen Kontakte führten, machte die Beklagte aber auch in dieser Rechtsschrift nicht. Nicht sehr nachvollziehbar erscheint auch die "riesige Freude" des Klägers beim Wiedersehen

(act. 139 S. 4), wäre es doch wohl früher zu einer solchen Begegnung gekommen, wenn sich die getrennten Eheleute früher wieder versöhnt hätten, standen sie doch in einem gelegentlichen Kontakt per SMS. Ohne Erläuterung blieb auch, weshalb die Beiden nach dem offenbar überraschenden und freudigen Wiedersehen nach jahrelanger Trennung nach dem behaupteten kurzen sexuellen Kontakt an jenem Tag nicht mehr Zeit miteinander verbrachten. Die Beklagte begründete auch in keiner Weise, weshalb der Kläger sie nach dem dreimaligen Geschlechtsverkehr in ihrer Wohnung plötzlich nicht mehr besucht habe.

Gegen die Glaubhaftigkeit der Schilderung der Beklagten spricht sodann, dass diese Behauptungen im krassen Widerspruch zu ihren eigenen anderslautenden früheren Aussagen stehen. So sagte sie anlässlich der Hauptverhandlung vom 30. Juni 2008 im Scheidungsprozess ausdrücklich, dass der Kläger nicht der Vater des Beklagten sei (act. 64/1 S. 10). Zwar behauptet die Beklagte nun, dass sie diese Aussage nur gemacht habe, weil der Kläger ihr dafür Geld versprochen habe, da er mit einer anderen Frau ein uneheliches Kind gezeugt gehabt habe, das er habe anerkennen wollen, und deswegen nicht gewollt habe, dass der Beklagte als sein Sohn gelte (act. 127 S. 10). Diese – vom Kläger als "schlichtweg erfunden" bezeichneten (act. 132 S. 4) – nicht näher substantzierten Behauptungen erscheinen als nicht plausibel und dementsprechend wenig glaubhaft. Daran ändert auch nichts, wenn die Beklagte diese Aussage wegen des Geldversprechens schon früher im weiteren Verlauf des Scheidungsprozesses gemacht hätte, wie sie behauptet (act. 127 S. 10 f.), weshalb vom beantragten Beizug dieser Schei-

dungsakten (act. 127 S. 11) abgesehen werden kann. Sodann hat die Beklagte gemäss den Ausführungen der früheren Beiständin des Beklagten in der Klageantwort anlässlich der vorinstanzlichen Hauptverhandlung vom 11. September 2008 (Prot. I S. 5 f.) dieser gegenüber ausdrücklich einen Dritten, G._____ aus H._____, als leiblichen Vater des Beklagten angegeben (act. 16 A S. 1).

2.5 Zusammengefasst ergibt sich aus diesen Erwägungen, dass eine Beiwohnung des Klägers in der Empfängniszeit nicht glaubhaft gemacht ist. Somit ist die Vermutung der Nicht-Vaterschaft des Klägers nicht widerlegt. Demzufolge haben die Beklagten zu beweisen, dass der Kläger der Vater des Beklagten ist (BSK ZGB I, Ingeborg Schwenzer, N. 11 zu Art. 256b).

3.

3.1 Die Beklagten haben im erstinstanzlichen Verfahren keine Beweismittel für den ihnen auferlegten Vaterschaftsbeweis (act. 59 S. 4) bezeichnet (act. 66 S. 3). Die Vorinstanz hat dennoch – von Amtes wegen – ein DNA-Gutachten angeordnet (act. 66 S. 3, act. 118 S. 7 f.). Dieses konnte jedoch, wie ausgeführt, nicht erstellt werden.

Im Berufungsverfahren hält die Beklagte an ihrer Weigerung, an einer DNA-Untersuchung mitzuwirken, fest (act. 127 S. 4 und S. 7 ff., act. 139 S. 6 und S. 8). Die Beiständin des Beklagten stellt in ihrer Berufungsantwort nun – zumindest sinngemäss – einen Antrag auf Erstellung eines solchen Gutachtens, indem sie beantragt, der Beklagte solle nochmals zu einer Speichelentnahme aufgeboten werden, damit endlich die Vaterschaft geklärt werden könne (act. 131 S. 2).

3.2 Da die Beklagte auch im Berufungsverfahren keine Beweise für den ihr auferlegten Beweis der Vaterschaft des Klägers offeriert, gilt dieser als nicht erbracht. Somit ist ihr gegenüber davon auszugehen, dass die Vermutung der Nicht-Vaterschaft des Klägers nicht widerlegt ist.

3.3 Es gilt jedoch zu prüfen, ob zur Erbringung eines direkten Vaterschaftsbeweises ein DNA-Gutachten einzuholen ist. Dabei spielt es keine Rolle, dass der Beklagte diesen Antrag erst im Berufungsverfahren stellt, da ein solches Begehren

auf Grund der hier zu beachtenden *Offizialmaxime* auch noch in diesem Verfahrensstadium zu berücksichtigen ist (Art. 254 Ziff. 1 aZGB; § 267 Abs. 1 in Verbindung mit § 138 und § 115 Ziff. 4 ZPO/ZH).

Die Vorinstanz ordnete mit ihrer Beweisabnahmeverfügung vom 22. Januar 2010 die Einholung eines DNA-Gutachtens betreffend die Vaterschaft des Klägers an. Dabei wies sie darauf hin, dass sie eine Weigerung der Beklagten zur Mitwirkung bei diesem Gutachten nach freier Überzeugung würdigen werde (act. 66 S. 3 f.). Einer ersten Aufforderung der beauftragten Gutachterin an die Beklagte, mit dem Beklagten zur Entnahme einer Speichelprobe im Institut für Rechtsmedizin der Universität Zürich zu erscheinen (act. 75), leistete die Beklagte unter Hinweis auf religiöse Gründe keine Folge (act. 68, act. 76 - 78). Daraufhin forderte der Einzelrichter die Beklagte mit Verfügung vom 30. April 2010 erneut auf, zusammen mit dem Beklagten sich zu einer Speichelprobeentnahme im Institut für Rechtsmedizin der Universität Zürich einzufinden unter der Androhung einer Bestrafung mit Busse im Falle des Ungehorsams (act. 83 S. 3). Mit Verfügung vom 4. Mai 2010 machte er die Beklagte nochmals darauf aufmerksam, dass das Gericht eine Weigerung zur Mitwirkung beim DNA-Gutachten nach freier Überzeugung würdigen werde (act. 85 S. 2). Die Beklagte erschien nicht zum vorgesehenen Termin vom 19. Mai 2010 (act. 91). Da die Verfügung vom 30. April 2010 trotz wiederholter Versuche durch das Stadttammannamt E. _____ der Beklagten nicht hatte zugestellt werden können (Prot. I S. 26), erliess der Einzelrichter mit Verfügung vom 21. Mai 2010 eine erneute, gleichlautende Aufforderung an die Beklagte (act. 92), welche dieser am 29. Mai 2010 zugestellt wurde (act. 99/1). Die Beklagte erschien unentschuldigt wiederum nicht zur am 15. Juni 2010 vorgesehenen Entnahme der Speichelproben (act. 103).

Nach den Ausführungen der Beklagten im Berufungsverfahren, wonach ein Speicheltest beim Beklagten auf Grund ihres Glaubens an Magie (Portscha) nicht möglich sei bzw. nicht zumutbar sei (act. 127 S. 4 und S. 7 ff., act. 139 S. 6 und S. 8), ist davon auszugehen, dass sie sich auch künftig weigern wird, mit dem Beklagten an einem für eine DNA-Untersuchung notwendigen Speicheltest mitzuwirken. Diese Weigerung ist ungerechtfertigt, lässt sich doch angesichts der Harmlo-

sigkeit des Eingriffs eine solche Weigerung nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gestützt auf Art. 254 aZGB auch nicht mit religiösen bzw. konfessionellen Gründen begründen (BSK ZPO, Daniel Steck, N. 24 zu Art. 296). Entgegen der Auffassung der Beklagten (act. 127 S. 10) gilt dies auch bezüglich eines russischen Magiegläubens. Bei ungerechtfertigter Verweigerung sind zur Durchsetzung der Mitwirkungs- bzw. Duldungspflicht nur mittelbare Sanktionen möglich, wie das Androhen von Ordnungsbussen oder einer Ungehorsamsstrafe nach Art. 292 StGB. Die Anwendung körperlichen Zwangs scheidet auf Grund von Art. 10 Abs. 2 BV aus (BSK ZPO I, Daniel Steck, N. 25 zu Art. 296; BSK ZGB I, Ingeborg Schwenzer, N. 20 zu Art. 254). Unter diesen Voraussetzungen muss auf die erneute Anordnung eines DNA-Gutachtens verzichtet werden, da anzunehmen ist, dass eine solche Untersuchung nicht durchgeführt werden kann. Denn die Beklagte hatte bereits im vorinstanzlichen Verfahren auch unter Androhung einer Ungehorsamsstrafe die Entnahme einer Speichelprobe beim Beklagten verweigert und hält nach ihren Erklärungen im Berufungsverfahren daran fest; es käme somit zur Durchsetzung dieser Beweismassnahme nur noch der unzulässige unmittelbare körperliche Zwang in Frage.

3.4 Da nebst dem Abstammungsgutachten von den Beklagten keine Beweise bezeichnet wurden, welche die Vaterschaft des Klägers nachweisen, ist davon auszugehen, dass dessen Nicht-Vaterschaft erwiesen ist. Dies führt zur Gutheissung der Klage. Demzufolge ist festzustellen, dass der Kläger nicht der Vater des am xx. yy 2008 von der Beklagten geborenen C._____ (Beklagter) ist.

IV.

1.

Der Kläger beantragte, es sei ihm auch im Berufungsverfahren die unentgeltliche Prozessführung und unentgeltliche Rechtsvertretung zu gewähren (act. 132 S. 2).

Da die ihm im erstinstanzlichen Verfahren erteilten Bewilligungen für die unentgeltliche Prozessführung und unentgeltliche Rechtsvertretung (act. 59 S. 5 und act. 107 S. 3) nach altem Verfahrensrecht auch für das Rechtsmittelverfahren gelten (§ 90 Abs. 2 e contrario ZPO/ZH), und kein Anlass besteht, diese Bewilligungen zurückzuziehen, ist auf diesen Antrag nicht einzutreten.

2.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens ist die erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsregelung zu bestätigen und es sind der Beklagten auch die Kosten des Berufungsverfahrens aufzuerlegen. Auf Grund der der Beklagten gewährten unentgeltlichen Prozessführung (act. 107) sind diese Kosten jedoch einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen.

Sodann ist die Beklagte zu einer Prozessentschädigung für dieses Verfahren an den Kläger bzw. dessen unentgeltlichen Rechtsvertreter zu verpflichten (§ 89 Abs. 1 ZPO).

Es wird beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass der Kläger nicht der Vater des am xx.yy 2008 von der Beklagten geborenen Kindes C._____ (Beklagter) ist.
2. Auf das Gesuch des Klägers zur Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und der unentgeltlichen Rechtsvertretung für das Berufungsverfahren wird nicht eingetreten.
3. Die erstinstanzliche Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen (Dispositivziffern 2 - 4) wird bestätigt.
4. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird auf Fr. 1'800.-- festgesetzt.
5. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden der Beklagten auferlegt, jedoch einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Eine Nachforderung nach § 92 ZPO/ZH bleibt vorbehalten.

6. Die Beklagte wird verpflichtet, der unentgeltlichen Vertreterin des Klägers Fürsprecherin lic. iur. Y. _____ für das Berufungsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 2'500.-- (zuzüglich 7,6% MWST) zu bezahlen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie – unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten – an den Einzelrichter des Bezirksgerichts Zürich, 3. Abteilung, je gegen Empfangsschein.
8. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim 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.
Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

OBERGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. M. Fuchs Räber

versandt am: