

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: NC110002-O/U

Mitwirkend: Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Oberrichter Dr. G. Pfister
und Oberrichterin Dr. M. Schaffitz sowie Gerichtsschreiber lic. iur.
A. Baumgartner

Urteil vom 4. August 2011

in Sachen

A. _____,

Beklagter und Berufungskläger

gegen

B. _____,

geboren ... 2008,

Klägerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Y. _____,

betreffend **Vaterschaft und Unterhalt**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am
Bezirksgericht Pfäffikon vom 16. Dezember 2010 (FP090022)**

Erwägungen:

1. a) Mit unbegründetem Urteil vom 16. Dezember 2010 erkannte die Vorinstanz das Folgende (Urk. 90 S. 3 f.):

- " 1. Es wird festgestellt, dass der Beklagte der Vater der Klägerin, B._____, geboren ... 2008, von ..., ist.
2. Der Beklagte wird verpflichtet
- zur Bezahlung monatlicher Unterhaltsbeiträge für die Klägerin von Fr. 800.–, rückwirkend ab ... [Geburtsdatum] bis zur Mündigkeit, zahlbar monatlich im Voraus an die gesetzliche Vertreterin der Klägerin;
 - zur Geltendmachung und zusätzlichen Bezahlung der gesetzlichen oder vertraglichen Kinderzulagen oder dergleichen, sofern diese nicht durch die Mutter [C._____] oder eine andere berechnigte Person bezogen werden.
3. Die Unterhaltsbeiträge gemäss Ziff. 2 basieren auf dem Landesindex der Konsumentenpreise des Bundesamtes für Statistik (BfS) vom November 2010 von 104.2 Punkten (Basis Dezember 2005 = 100 Punkte). Die Beiträge werden jeweils auf den 1. Januar, erstmals auf 1. Januar 2012, nach Massgabe des Indexstandes per November des vergangenen Jahres angepasst.
- Der neue Betrag wird wie folgt berechnet:
- Unterhaltsbeitrag gemäss Ziff. 2 x neuer Indexstand
104.2 Punkte
- Der neue Betrag wird jeweils auf den vollen Franken auf- oder abgerundet.
4. Im Mehrumfang wird das Begehren abgewiesen.
5. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 2'000.–.
6. Die Gerichtsgebühr sowie die übrigen Kosten, bestehend in Fr. 124.– für Aufwendungen des Gutachters, werden dem Beklagten auferlegt.
7. Die Kosten des Berufungsverfahrens vor Obergericht, Prozess-Nr. NC090005, werden dem Beklagten auferlegt.
8. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine Prozessentschädigung von Fr. 200.– zu bezahlen.
9. ...
10. ..."

b) Die Vorinstanz versandte diesen Entscheid am 13. Januar 2011 (Urk. 90 S. 5). Dem Beklagten und Berufungskläger (fortan Beklagter) wurde der Entscheid rechtshilfeweise am 27. Januar 2011 zugestellt (Urk. 95). Mit rechtzeitiger Eingabe vom 30. Januar 2011 (am 4. Februar 2011 zur Z._____ Post gegeben und am 5. Februar 2011 bei der schweizerischen Post eingetroffen; Urk. 94) erhob der Beklagte gegen das Urteil vom 16. Dezember 2010 "Widerspruch" (Urk. 93).

c) Am 28. April 2011 versandte die Vorinstanz das begründete Urteil vom 16. Dezember 2010 (Urk. 99 S. 15). Der Beklagte nahm die rechtshilfeweise Zustellung am 10. Mai 2011 entgegen.

2. Mit fristgerechter Eingabe vom 12. Mai 2011 (am 14. Mai 2011 zur Z._____ Post gegeben und am 16. Mai 2011 bei der schweizerischen Post eingetroffen) erhob der Beklagte Berufung gegen vorstehendes Urteil, wobei er folgenden Antrag stellte (Urk. 104 S. 3):

Es wird beantragt, alle bisher ergangenen Entscheide, Verfügungen und Urteile aus der 2. Vorinstanz – die Verfügung vom 16. Dezember 2010 (FP090022/U1) und zuletzt das Urteil vom 28. April 2011 (FP090022/U2) – wegen fehlender Beweislast (tatsächliche & rechtsfähige Beweise nach Z._____ Recht – bzw. auch EU-Recht – wurden bis heute nicht erbracht, lediglich durch "vorsätzliche" falsche Zeugenaussagen von Familienangehörigen) sowie unter anderem auch wegen Rechtsverletzungen laut geltendem EU-Recht – in der obgenannten 2. Vorinstanz vom 16. Dezember 2010 und zuletzt 28. April 2011 – aufzuheben.

Der Berufungsbeklagten sind die Kosten des Rechtsstreites insgesamt (auch aus der 1. und 2. Instanz in Höhe von € 962.71 wie zuvor bekannt als Anlage 10) zuzüglich der aktuellen Aufwendungen für 2010-2011 in Höhe von 1 x € 375 – insgesamt also € 1'712.71 – aufzuerlegen bzw. gehen zu Lasten der Staatskasse des Kantons Zürich.

Die Klägerin ist wegen mehrfacher und nachweislich "vorsätzlicher" Falschaussagen zu belangen.

3. Am 1. Januar 2011 ist die Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) in Kraft getreten. Für die Rechtsmittel gilt das Recht, das bei der Eröffnung des Entscheides in Kraft ist (Art. 405 Abs. 1 ZPO). Das unbegründete Urteil der Vorinstanz wurde am 13. Januar 2011 versandt und am 27. Januar 2011 vom Be-

klagen entgegengenommen. Somit richtet sich das Rechtsmittelverfahren nach der neuen Prozessordnung.

4. Die Klägerin und Berufungsbeklagte (fortan Klägerin) hatte ihren gewöhnlichen Aufenthalt im Zeitpunkt der Klageanhebung in D._____ (Urk. 1, Urk. 43 f.), weshalb das Obergericht des Kantons Zürich örtlich zur Behandlung der vorliegenden Berufung zuständig ist.

5. a) Der Beklagte bringt in seiner Berufungsschrift vor, dass die Zeugenaussagen von F._____ und G._____ (somit die Schwester von C._____ "... Dieser habe sie dann ein paar Mal bei uns zu Hause abgeholt," unwahr seien und vorsätzliche Falschaussagen darstellen würden. Da er sich im Jahr 2007 jedoch nur eine Nacht lang vom Samstagabend den 14. Juli 2007 (Ankunft in E._____ [Stadt in Z._____] gegen 22.00 Uhr) bis zum Spätnachmittag des 15. Juli 2007 (Abfahrt gegen etwa 17.00 Uhr) in E._____ aufgehalten habe, könne es sich bei der obgenannten Aussage nicht um ihn gehandelt haben. Somit sei auch die Aussage von C._____ "sie habe mich zuletzt am 16. Juli 2007 gesehen" eine weitere vorsätzliche Falschaussage, da seine Ankunft am 15. Juli 2007 bei den Eheleuten H._____ (mit Verweis auf die Bestätigung vom 12. Juli 2007 [recte: 2008] als Blatt 5) gegen 17.45 Uhr erfolgt sei. Auch in zwei persönlichen Telefonaten nach dem 17. Juli 2007 mit C._____ sei von sogenannten "Freunden" die Rede gewesen, weshalb ihn C._____ auch auf die nächsten Tage (18. und 20. Juli 2007) verwiesen habe. Laut der eigenen Auskunft von Frau C._____ sei sie häufig Zuhause in E._____ mehrfach an verschiedenen Tagen von "Freunden" besucht worden, so dass selbst ihre Mutter und auch der Stiefvater entsprechende Ermahnungen gegen die Tochter/Stieftochter hätten aussprechen müssen, was zu Missstimmung im Hause in E._____ geführt habe. Auch wenn seine Übernachtung in E._____ in den Zeugungszeitraum vom 7. Juli bis 21. Juli 2007 gefallen sei, so sei es wahrscheinlicher, dass die Zeugung nach den ihm bekannten aktuellsten wissenschaftlichen Erkenntnissen ausschliesslich in den Zeitraum 17. bis 20. Juli 2007 habe fallen müssen, so dass seine Anwesenheit lediglich naheliegend gewesen sei und infolge dessen eine Vaterschaft ausgeschlossen werden könne. Somit stehe nach wie vor ausser Zweifel, dass eher ein Dritter mit der Zeugung der Klä-

gerin in Verbindung zu bringen sei. Da ihm bis heute keine schriftlichen Dokumente über die weitere Verwendung (Verbleib und Ergebnisse) seiner Speichelprobe nach Abschluss der DNA-Bestimmung vorliegen würden, mache er von seinem EU-Recht zum Schutz seiner Persönlichkeit Gebrauch und behalte sich das Recht zur Verweigerung des DNA-Testes bis zur vollständigen schriftlichen Erbringung sämtlicher Dokumente vor. Auch was seine Wohnsituation und seine wirtschaftlichen Verhältnisse betreffe, habe C. _____ eine vorsätzliche Falschaussage abgegeben, da über diese Dinge seinerseits nie gesprochen worden sei (Urk. 104 S. 2).

b) Wie bereits im Rückweisungsbeschluss der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 17. September 2009 festgehalten, ist angesichts der klaren und eindeutigen Aussagen der Kindsmutter in ihrer Einvernahme als Zeugin über den Geschlechtsverkehr mit dem Beklagten in der fraglichen Empfängniszeit die Vorinstanz ursprünglich zu Recht davon ausgegangen, dass die Vaterschaft des Beklagten im Sinne von Art. 262 Abs. 1 ZGB zu vermuten ist (Urk. 57 S. 4 Ziff. II.2.). Nach wie vor führt der Beklagte im aktuellen Berufungsverfahren aus, dass seine "Übernachtung in E. _____ in den Zeugungszeitraum vom 07.07.-21.07.07" gefallen sei (Urk. 104 S. 2). Im Gegensatz zum letzten Berufungsverfahren, in welchem er einräumte, dass "eine Zeugung an diesem WE zwar nicht ausgeschlossen, doch eher unwahrscheinlich" gewesen sei (Urk. 45 S. 3), führt er aktuell aus, dass nun nach den neuesten wissenschaftlichen Erkenntnissen seine Vaterschaft ausgeschlossen werden könne, da eine Zeugung ausschliesslich in den Zeitraum vom 17. bis 20. Juli 2007 hätte fallen können (Urk. 104 S. 2). Gemäss dem ärztlichen Zeugnis von Dr. med. J. _____ vom 5. August 2008 hat die Konzeption zwischen dem 7. und dem 21. Juli 2007 stattgefunden (Urk. 20). Von diesem Empfängniszeitraum ist weiterhin auszugehen. Der Beklagte unterliess es näher zu begründen, um was für "neueste wissenschaftliche Erkenntnisse" es sich bei seinen Behauptungen handeln soll. Zudem wird gemäss Art. 262 Abs. 1 ZGB die Vaterschaft des Beklagten vermutet, sofern er in der Zeit vom 300. bis zum 180. Tag vor der Geburt des Kindes der Mutter beigewohnt hat. Der Beklagte ist auf seinen ursprünglichen Ausführungen, dass eine Zeugung an diesem WE nicht ausgeschlossen werden könne (Urk. 45 S. 3),

zu behaften. Auch gemäss der vom Beklagten eingereichten "Bestätigung" vom 12. Juli 2008 geht hervor, dass der Beklagte in der Nacht vom Samstag, den 14. Juli 2007, ab 23 Uhr, auf den Sonntag, den 15. Juli 2007 unter freiem Himmel an den ... mit Frau C._____ im PKW übernachtet habe (Urk. 106). Bei Frau C._____ handelt es sich um die Mutter der Klägerin (vgl. Urk. 5, Urk. 10 S. 1, Urk. 15 und Urk. 31).

Die Vaterschaft des Beklagten im Sinne von Art. 262 Abs. 1 ZGB ist nach wie vor zu vermuten.

c) Der Beklagte brachte im letzten Berufungsverfahren die Mehrverkehrseinsrede vor. Die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich führte hierzu aus (Urk. 57 S. 5), dass damit die Vaterschaftsvermutung noch nicht widerlegt sei. Es bedürfe hierzu des Beweises, dass die Vaterschaft des Dritten wahrscheinlicher sei. Dieser Beweis könne regelmässig nur mit naturwissenschaftlichen Gutachten geführt werden, nach heutiger Praxis mit einem DNA-Gutachten (mit Verweis auf Schwenger, in: Basler Kommentar, Art. 262 N 6 sowie aArt. 254 N 11 ff. und N 17).

Der Beklagte führte in Bezug auf einen Vaterschaftstest in seiner E-Mail an die Vorinstanz vom 16. Januar 2009 das Folgende aus (Urk. 19 S. 2); "Wie schon einmal vorab erbeten ist es ja möglich, einen Vaterschaftstest in Z._____ bei den staatlichen bzw. örtlichen Einrichtungen wie Polizei, Krankenhaus, Gerichtsmedizin, Jugendamt oder anderen Institutionen auf ihre Anordnung hin durchführen zu lassen, um nicht nur Zeit- und Aufwand sondern auch die Kosten – für mich – so gering wie möglich zu halten bzw. zu vermeiden." In seiner Eingabe vom 29. März 2009 führte er sodann aus, dass weder die Vaterschaft noch der Unterhalt bis zum tatsächlichen Beweis durch einen gerichtlich angeordneten DNA-Vaterschaftstest anerkannt werden könnte (Urk. 34). Trotzdem weigerte er sich in der Folge, sich einem Vaterschaftstest zu unterziehen. Bereits mit Eingabe an die Vorinstanz vom 29. November 2009 lehnte es der Beklagte ab, für ein Vaterschaftsgutachten in Zürich bereit zu stehen (Urk. 67). Die Vorinstanz wies ihn mit Schreiben vom 9. Dezember 2009 unter Hinweis auf die Verfügung vom 5. Oktober 2009 (Urk. 62) darauf hin, dass das Institut für Rechtsmedizin der Uni-

versität Zürich-Irchel (fortan Institut für Rechtsmedizin) für die Erstellung des Gutachtens entweder ein Rechtsmedizinisches Institut oder einen Arzt in seiner Nähe, allenfalls seinen Hausarzt, beiziehen werde. Er werde somit nicht nach Zürich reisen müssen (Urk. 68). Gemäss Aktennotiz vom 18. Dezember 2009 habe der Beklagte auf die Telefonate des Instituts für Rechtsmedizin nicht reagiert. Man bitte um die Mitteilung seines Hausarztes (Urk. 70). Mit Verfügung vom 18. Dezember 2009 (dem Beklagten am 10. Februar 2010 zugestellt; Urk. 73/2) wurde K._____ Facharzt für Allgemeinmedizin [in Z._____ praktizierend], mit der Entnahme der Proben beauftragt, sofern der Beklagte nicht innert zehn Tagen ab Zustellung der Verfügung schriftlich Namen, Adresse und Telefonnummer eines anderen Arztes nenne (Urk. 71). Mit Schreiben vom 10. März 2010 informierte die Vorinstanz das Institut für Rechtsmedizin über den Hausarzt des Beklagten, K._____, sowie dessen Adresse (Urk. 74). Am 25. Mai 2010 teilte das Institut für Rechtsmedizin der Vorinstanz mit, dass der Auftrag an Dr. K._____ am 12. März 2010 schriftlich erfolgt sei. Man habe jedoch noch keine Rückmeldung erhalten und werde nachfragen (Urk. 75). Gemäss Auskunft des Instituts für Rechtsmedizin vom 28. Mai 2010 habe sich der Beklagte gemäss Dr. K._____ eine unbestimmte Bedenkfrist für die Abgabe der DNA-Probe ausbedungen (Urk. 76). Mit Verfügung vom 28. Mai 2010 (dem Beklagten am 3. Juli 2010 zugestellt; Urk. 84) wurde dem Beklagten eine Frist von zehn Tagen ab Zustellung der Verfügung angesetzt, um durch Dr. K._____, die DNA-Probe entnehmen zu lassen. Säumniswürdige das Gericht nach freier Überzeugung (Urk. 77). Gemäss Auskunft des Instituts für Rechtsmedizin vom 24. September 2010 sei es nach wie vor nicht möglich gewesen, eine DNA-Probe des Beklagten zu erlangen (Urk. 85). Schliesslich führte der Beklagte in seiner Berufungsschrift vom 12. Mai 2011 aus, dass er sich weiterhin weigere, an einem DNA-Test teilzunehmen (Urk. 104 S. 2).

Wie die Vorinstanz zu Recht ausführte, hat in Bezug auf die Mehrverkehrseinrede die Folgen des fehlenden DNA-Gutachtens der beweisbelastete Beklagte zu tragen. Es ist für die Beweiswürdigung auf die vorhandenen Beweise abzustellen. Die Vaterschaftsvermutung ist – wie ausgeführt – nach Art. 261 Abs. 1 ZGB erstellt. Der Beweis, dass die Vaterschaft eines Dritten wahrscheinlicher sei als die des Beklagten, kann – wie ebenfalls bereits erläutert – regelmässig nur mit na-

turwissenschaftlichen Gutachten geführt werden. Da der Beweis des Beklagten – durch seine Weigerung an der Teilnahme des Vaterschaftstestes – in Bezug auf seine Mehrverkehrseinrede nicht gelungen ist, ist mit der Vorinstanz festzustellen, dass der Beklagte der Vater der Klägerin ist.

6. In Bezug auf die übrigen Dispositivziffern des Urteils und der Verfügung der Vorinstanz vom 16. Dezember 2010 unterliess es der Beklagte, in seiner Berufungsschrift substantzierte Bestreitungen zu machen. Es kann daher nicht darauf eingegangen werden.

7. Die Berufung des Beklagten ist somit offensichtlich unbegründet (Art. 312 Abs. 1 ZPO) und daher ohne Weiterungen abzuweisen.

8. Dem Gesuch des Beklagten um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das obergerichtliche Verfahren (Urk. 104 S. 1) kann angesichts der offensichtlichen Aussichtslosigkeit des Berufungsverfahrens nicht entsprochen werden (Art. 117 lit. b ZPO).

9. Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens sind ausgangsgemäss dem Beklagten aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Der Klägerin ist mangels relevanter Umtriebe im Berufungsverfahren keine Parteientschädigung zuzusprechen (vgl. Art. 95 Abs. 3 ZPO).

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil sowie die Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Pfäffikon vom 16. Dezember 2010 bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird auf Fr. 1'000.– festgesetzt.
3. Die Kosten für das Berufungsverfahren werden dem Beklagten auferlegt.
4. Der Klägerin wird für das Berufungsverfahren keine Entschädigung zugesprochen.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Klägerin unter Beilage der Doppel der Urk. 104 und 106, sowie an das Bezirksgericht Pfäffikon, je gegen Empfangsschein, an den Beklagten auf dem Rechtshilfeweg.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz und die Urk. 36 bis 58 an die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich zurück.

6. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies 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.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 4. August 2011

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

Dr. R. Klopfer

lic. iur. A. Baumgartner

versandt am:
ss