

ZH_OBERGERICHT LZ160001 vom 16. Juni 2016

ZH Obergericht, 2016-06-16, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LZ160001

FR: ZH_OBERGERICHT LZ160001 du 16 juin 2016

IT: ZH_OBERGERICHT LZ160001 del 16 giugno 2016

Erwägungen

E. 2

Gegenstand der Berufung ist nebst der Zulässigkeit einer einfachen Streit- genossenschaft durch die Berufungsklägerinnen 1-3 (vgl. nachfolgend E. II.3.) und der Rechtzeitigkeit der Klage (vgl. nachfolgend E. II.4.) insbesondere die Fra- ge, ob die Berufungsklägerinnen zur Klage legitimiert sind bzw. ob die Interessen des Berufungsbeklagten 2 am Fortbestand der Vaterschaft höher zu gewichten sind als die geltend gemachten Anfechtungsinteressen der Berufungsklägerinnen (vgl. nachfolgend E. II.5.). Sodann stellt sich die Frage, ob der Beweis der Nicht- vaterschaft des Berufungsbeklagten 1 rechtsgenügend erbracht ist bzw. erbracht werden kann (vgl. nachfolgend E. II.6.). Auf die einzelnen Ausführungen der Par- teien ist im Folgenden soweit einzugehen, als sie sich für die Entscheidungsfindung als notwendig erweisen.

E. 3

Einfache Streitgenossenschaft der Berufungsklägerinnen

E. 3.1

Der Berufungsbeklagte 1 rügt, dass die Berufungsklägerin 1 und die Beru- fungsklägerinnen 2 und 3 aufgrund unterschiedlicher Verfahrensarten keine einfa- che Streitgenossenschaft bilden könnten, weshalb die Berufungsklägerin 1 die beiden anderen Berufungsklägerinnen im Verfahren nicht gehörig vertreten könne (Urk. 63 S. 4; Urk. 47 S. 3 f.). Die Berufungsklägerin 1 stütze ihre Legitimation auf Art. 42 Abs. 2 ZGB, welcher Anspruch gemäss Art. 249 lit. a Ziff. 4 ZPO im sum- marischen Verfahren beurteilt werde, während auf Verfahren betreffend die An- fechtung einer Vaterschaftsanerkennung gemäss Art. 295 ZPO das vereinfachte

- 7 - Verfahren anzuwenden sei. Das Institut der einfachen Streitgenossenschaft nach Art. 71 Abs. 2 ZPO setze zwingend voraus, dass für die einzelnen Klagen die gleiche Verfahrensart zur Anwendung komme, weshalb eine einfache Streitge- nossenschaft der Berufungsklägerin 1 mit den Berufungsklägerinnen 2 und 3 ausgeschlossen sei (Urk. 47 S. 3).

E. 3.2

Schon aus dem Einleitungssatz der Klage vom 7. Oktober 2013 lässt sich ableiten, dass die Berufungsklägerin 1 die Klage ausdrücklich auf Art. 260a Abs. 1 ZGB stützte. Auch aus der Klagebegründung ergibt sich nichts anderes (Urk. 1 S. 1 und S. 3, Prot. S. 12 f.). Wie bereits die Vorinstanz zu Recht festhielt, vermag der blosser Hinweis der Berufungsklägerin 1 auf Art. 42 ZGB nichts daran zu än- dern (Urk. 55 E. V.2.2.). So wollte die Berufungsklägerin 1 mittels Hinweis auf Art. 42 ZGB lediglich verdeutlichen, dass sie als Aufsichtsbehörde im Zivilstands- wesen der Registerwahrheit verpflichtet ist (Urk. 1 S. 3).

Es ist der Vorinstanz daher beizupflichten, dass auch die Berufungsklägerin 1 und damit alle drei Berufungsklägerinnen ihre Klage auf Art. 260a Abs. 1 ZGB abstützen, weshalb die Voraussetzungen von Art. 71 ZPO ohne Weiteres erfüllt und die Berufungsklägerinnen als einfache Streitgenossenschaft im Verfahren zuzulassen sind (Urk. 55 E. V.2.2.).

E. 4

Klagefrist

E. 4.1

Der Berufungsbeklagte 1 macht weiter geltend, dass die einjährige, relative Anfechtungsfrist gemäss Art. 260c Abs. 1 ZGB mit Bezug auf die Klage der Berufungsklägerin 2 abgelaufen sei. Mit Verfügung vom 8. August 2011 habe das Migrationsamt des Kantons Zürich die Niederlassungsbewilligung der Kindsmutter widerrufen und in seinen Erwägungen bezweifelt, dass der Berufungsbeklagte 2 der Sohn des Berufungsbeklagten 1 sei. Die Verfügung sei der Einwohnerkontrolle Winterthur zugestellt worden, so dass die Berufungsbeklagte 2 bereits Mitte August 2011 Kenntnis von den Umständen der Vaterschaftsanerkennung gehabt habe. Die Einhaltung der in Art. 260c ZGB vorgesehenen Klagefristen sei mit Bezug auf die im Spiel stehenden Kindesinteressen streng auszulegen, weshalb die am 8. Oktober 2013 erfolgte Klageeinreichung für die Berufungsklägerin 2 verspätet erfolgt sei (Urk. 47 S. 9; Urk. 63 S. 4).

- 8 -

E. 4.2

Die Berufungsklägerinnen halten dem entgegen, dass von gesicherter Kenntnis der Nichtvaterschaft des Berufungsbeklagten 1 erst gesprochen werden können, nachdem die Berufungsklägerin 1 im Zusammenhang mit der von der Kindsmutter und dem Berufungsbeklagten 1 erhobenen Zivilstandsbeschwerde weitere Abklärungen veranlasst habe, deren Ergebnisse der Berufungsklägerin 1 mit Bericht vom 14. Februar 2013 mitgeteilt worden seien. Der entsprechende Bericht des Vertrauensanwalts der Schweizer Vertretung in Pristina sei in der Folge auch den Berufungsklägerinnen 2 und 3 bekannt gemacht worden (Urk. 54 S. 2 und Urk. 1 S. 3 f.).

E. 4.3

Die relative, einjährige Klagefrist nach Art. 260c Abs. 1 ZGB beginnt für Dritte zu laufen, wenn sie von der Kindesankennung Kenntnis erhalten sowie von der Tatsache, dass der Anerkennende nicht der Vater des Kindes ist oder dass ein anderer Mann der Mutter in der Zeit der Empfängnis beigeohnt hat (Art. 260c Abs. 1 ZGB). Erforderlich ist sichere Kenntnis, blosse Zweifel an der Vaterschaft oder Befürchtungen reichen nicht aus (BSK ZGB I-Schwenzer/Cottier, Art. 260c N 2). In jedem Fall ist die Klage vor Ablauf einer absoluten, fünfjährigen Frist seit der Kindesankennung anzuheben (Art. 260c Abs. 1 ZGB). Wie die Vorinstanz zutreffend ausführte, mochte die Berufungsklägerin 2 aufgrund der Zustellung der Verfügung vom 8. August 2011 des Migrationsamts des Kantons Zürich zwar erstmals Zweifel an der Vaterschaft des Berufungsbeklagten 1 gehabt haben, welche sich jedoch frühestens aufgrund der durch die Berufungsklägerin 1 in Auftrag gegebenen Abklärungen erhärteten (Urk. 55 E. V.3.2.). Ob der Bericht der schweizerischen diplomatischen Vertretung im Kosovo (Urk. 3/4) ausreicht, um den Anforderungen an eine gesicherte Kenntnis der Nichtvaterschaft zu genügen, kann dahingestellt bleiben,

datiert doch der Bericht vom 14. Februar 2013 und erfolgte die Klage damit in jedem Fall rechtzeitig. Dass die Berufungsklägerin 2 – abgesehen von der Verfügung des Migrationsamts des Kantons Zürich vom 8. August 2011 – weitere Anhaltspunkte für eine Nichtvaterschaft des Berufungsbeklagten 1 gehabt haben soll, wird vom Berufungsbeklagten 1 nicht weiter dargetan. Es ist daher in Übereinstimmung mit der Vorinstanz

- 9 - festzuhalten, dass die Klage durch alle drei Berufungsklägerinnen rechtzeitig erfolgte (Urk. 49 E. V. 3.2.).

E. 5

Aktivlegitimation

E. 5.1

In seiner Entscheidung vom 16. März 2015 betreffend die Rechtmässigkeit des von der Vorinstanz angeordneten DNA-Gutachtens liess das Bundesgericht bezüglich der vorliegend zu beurteilenden Hauptsache die Frage offen, ob mit Blick auf Art. 3 des Übereinkommens über die Rechte des Kindes (KRK; SR 0.107) das Klagerecht nach Art. 260a Abs. 1 ZGB nicht insofern einschränkend ausgelegt werden müsse, als nicht unmittelbar Beteiligte wie beispielsweise die Grosseltern, aber auch die Wohn- und Heimatgemeinde, eine Vaterschaftsanerkennung nur dann sollen anfechten können, wenn dadurch das Wohl des Kindes nicht beeinträchtigt wird. Eine allfällige Einschränkung des Klagerechts der Klägerinnen sei indessen nicht im Beweisverfahren, sondern im Sachurteil zu prüfen (BGer 5A_745/2014 vom 16. März 2015, E. 3.2 f.; Urk. 26).

E. 5.2

Vor diesem Hintergrund verneinte die Vorinstanz in ihrer Entscheidung vom 30. November 2015 die Aktivlegitimation der Berufungsklägerinnen nach Vornahme einer entsprechenden Interessenabwägung. So seien nach höchstgerichtlicher Rechtsprechung im Zusammenhang mit einer Kindesankennung die psychosozialen und die materiellen Auswirkungen einer Aufhebung der Vaterschaft als massgebendes Kriterium für das Kindeswohl zu würdigen, weshalb abzuwägen sei, ob die Anfechtung des bestehenden Vaterschaftsverhältnisses oder aber dessen Fortbestand im Interesse des Kindes liege. Insbesondere sei dabei dem Interesse des Kindes, einen Vater zu haben, der Vorrang zu geben, wenn die Begründung eines neuen Vaterschaftsverhältnisses als ungewiss erscheine oder unsicher sei, dass das Kind eine positive Beziehung zum vermutlichen Erzeuger herstellen könne. Das Interesse am Fortbestand des einmal vorhandenen Vaterschaftsverhältnisses wiege umso gewichtiger, je mehr Zeit seit der Geburt vergangen sei. Vorliegend handle es sich um einen fünfjährigen Jungen, der bei seiner Mutter in Winterthur wohne und seit Sommer 2015 den Kindergarten besuche. Auch wenn der Berufungsbeklagte 1 nicht im gleichen Haushalt lebe, sei eine gewisse Vater-Kind-Beziehung zu bejahen. Dem sei beizufügen, dass der Beru-

- 10 - fungsbeklagte 1 sich auch zu monatlichen Unterhaltsbeiträgen in der Höhe von Fr. 100.00 verpflichtet habe. Schlussfolgernd müsse das Interesse der Berufungsklägerinnen am Prinzip der Registerwahrheit hinter dem Anspruch des Berufungsbeklagten 2 auf eine unbeeinträchtigte körperliche und geistig-seelische Entwicklung zurücktreten, weshalb die Legitimation der Berufungsklägerinnen zur Anfechtung der Kindesankennung zu verneinen sei (Urk. 55 VI. 2.2.). 5.3.1. Die Berufungsklägerinnen rügen im Wesentlichen, es sei nicht zulässig, für Klagen nach Art. 260a Abs. 1 ZGB die gleichen Voraussetzungen

wie für solche nach Art. 255 Abs. 1 ZGB bzw. Art. 256 ZGB zu fordern, da sich die Normen grundlegend unterscheiden würden. Das Bundesgericht habe im fraglichen Entscheid vom 16. März 2015 kein obiter dictum gesprochen, sondern lediglich eine Frage aufgeworfen. Die Aberkennung der Sachlegitimation durch die Vorinstanz würde darauf hinauslaufen, dass das in Art. 260a Abs. 1 ZGB ausdrücklich erwähnte Klagerecht der Heimat- und Wohnsitzgemeinde zum toten Buchstaben verkäme (Urk. 54 S. 10). 5.3.2. Dem entgegen der Berufungsbeklagte 1 in der Beschwerdeantwort vom 1. März 2016, die Vorinstanz habe in ihren detaillierten und nachvollziehbaren Erwägungen festgehalten, dass mit Blick auf das Kindeswohl das Interesse des Berufungsbeklagten 2 am Fortbestand der Vaterschaft zum Berufungsbeklagten 1 höher zu gewichten sei als deren Aufhebung, weshalb den Berufungsklägerinnen die Aktivlegitimation abzusprechen sei. Die Vorinstanz stütze ihren Entscheid auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung, welche entgegen der Annahme der Berufungsklägerinnen sehr wohl Anwendung finde. So könne aus dem Bundesgerichtsentscheid vom 16. März 2015 klar abgeleitet werden, dass das Klagerecht mit Rücksicht auf das Übereinkommen über die Rechte des Kindes einschränkend ausgelegt werden könne und müsse. Dass die nicht unmittelbar Beteiligten die Vaterschaftsanerkennung nur dann sollen anfechten können, wenn das Kindeswohl dadurch nicht beeinträchtigt werde, sei sehr wohl als obiter dictum zu verstehen (Urk. 63 S. 9). 5.3.3. Für den Berufungsbeklagten 2 bringt die Kindsvertreterin in ihrer Beschwerdeantwort vom 25. Februar 2016 im Wesentlichen vor, dass der Beru-

- 11 - fungsbeklagte 2 im Falle einer Beseitigung der Registervaterschaft mittelfristig vaterlos würde. Ob diese mittelfristige Vaterlosigkeit mit der Feststellung einer biologischen Vaterschaft beseitigt werden könne oder ob diese in eine definitive Vaterlosigkeit münde, könne heute nicht gesagt werden. Auch nur das minimale Risiko einer definitiven Vaterlosigkeit dürfe aus Sicht des Kindes nicht eingegangen werden (Urk. 60 S. 4). 5.4.1. Art. 260a Abs. 1 ZGB sieht vor, dass eine Vaterschaftsanerkennung von jedermann angefochten werden kann, der ein Interesse hat. Explizite Erwähnung finden nebst der Mutter und dem Kind als direkt Betroffene auch die Wohnsitz- und Heimatgemeinde. Bisher hat sich das Bundesgericht nicht dazu geäußert, ob und inwiefern die Klageberechtigung von nicht unmittelbar Beteiligten nach Art. 260a Abs. 1 ZGB mit Blick auf das Kindeswohl einschränkend ausgelegt werden muss. Im bereits erwähnten Entscheid vom 16. März 2015 nahm das Bundesgericht auf seine bisherige Rechtsprechung zu Art. 256 ff. ZGB Bezug, wonach in Fällen, in denen die zuständige Behörde einen Beistand bestelle, der für das Kind eine Anfechtungsklage erheben solle, die Interessen des Kindes an der Aufrechterhaltung des Kindsverhältnisses zu berücksichtigen seien. So könne die Rechtsprechung im Weiteren auch die Interessen des Kindes, die gegen die Aufhebung des Kindsverhältnisses zum Vater sprechen, in die Beurteilung der wichtigen Gründe miteinbeziehen, die eine Anfechtung nach Ablauf der absoluten Klagefrist zu rechtfertigen vermögen. Es stelle sich daher die Frage nach einer einschränkenden Auslegung des Klagerechts nach Art. 260a Abs. 1 ZGB der nicht unmittelbar Beteiligten mit Blick auf das Übereinkommen über die Rechte des Kindes, insbesondere im Licht von Art. 3 KKR (BGer 5A_745/2014 vom 16. März 2015, E. 3.2.). 5.4.2. Die Zulassung eines weiten Personenkreises zur Anfechtungsklage nach Art. 260a Abs. 1 ZGB wird in der Lehre zum Teil kritisiert, lasse diese doch allfällige Interessen des Kindes an der Aufrechterhaltung einer sozialen Eltern-Kind-Beziehung zum Anerkennenden völlig unberücksichtigt (BSK ZGB I-Schwenzer/Cottier, Art. 260a N 7). So bestünden zwischen ehelichen und ausserehelichen Kindern bezüglich der Anfechtung der Vaterschaft

erhebliche Unterschiede.

- 12 - Während die Vaterschaft des Ehemannes nach Art. 256 Abs. 1 ZGB grundsätzlich nur von ihm selbst und unter sehr engen Voraussetzungen vom Kind angefochten werden könne, würden beim durch nachträgliche Ehe legitimierten Kind als Anfechtungsberechtigte die Mutter sowie die Heimat- und Wohnsitzgemeinde des Ehemannes hinzutreten (Art. 259 Abs. 2 ZGB). Die Anerkennung eines ausser- ehelichen Kindes hingegen könne nach Art. 260a Abs. 1 ZGB von jedermann an- gefochten werden, der ein Interesse habe. Hier würden beispielsweise rein finan- zielle Interessen, wie jene potentieller Erben des Anerkennenden, ausreichen, um ein Anfechtungsinteresse zu begründen. Daraus werde deutlich, dass das Schweizerische ZGB die eheliche Vaterschaft letztlich als schützenswerter erach- te als die nichteheliche. Aus Gründen des Kindeswohls könne eine solche unter- schiedliche Ausgestaltung der Sachlegitimation in der heutigen Zeit kaum mehr gerechtfertigt erscheinen (Schwenzer, die UN-Kinderrechtskonvention und das Schweizerische Kindesrecht, in: AJP 1994 S. 817, 820; Schwenzer, Familienrecht und gesellschaftliche Veränderungen, in: FamPra.ch 2014 S. 966, 974). 5.4.3. Einer einschränkenden Auslegung der Klagelegitimation steht vorab der klare Wortlaut von Art. 260a Abs. 1 ZGB entgegen, wonach zur Anfechtung der Vaterschaft ausdrücklich jedermann berechtigt ist, der ein Interesse hat. Das Bundesgericht selbst hielt im erwähnten Entscheid vom 16. März 2015 fest, dass das Klagerecht der namentlich in Art. 260a Abs. 1 ZGB ausdrücklich genannten Wohnsitz- und Heimatgemeinde unbedingt und unabhängig von einem unmittel- baren Interesse an der Beseitigung der Anerkennung bestehe und den Gemein- den vor allem die Möglichkeit bieten soll, gegen missbräuchliche und dabei insbe- sondere gegen Anerkennungen vorzugehen, die einzig bezwecken, dem minder- jährigen ausländischen Kind das Schweizer Bürgerrecht zu verschaffen (BGer 5A_745/2014 vom 16. März 2015, E. 3.1.). In der Botschaft betreffend den Beitritt der Schweiz zum Übereinkommen über die Rechte des Kindes vom 29. Juni 1994 heisst es mit Bezug auf die in der Lehre kritisierte Unterscheidung der ehelichen und nicht ehelichen Kinder sodann, dass der Grundsatz der Rechtsgleichheit auch für das schweizerische Familienrecht massgebend sei. Von der sozialen Si- tuation des Kindes her liessen sich jedoch die heute unterschiedlichen Regelun- gen für die Feststellung und Anfechtung des Kindsverhältnisses väterlicherseits,

- 13 - je nachdem ob das Kind ehelich oder ausserehelich geboren sei, kaum vermei- den. Zusammenfassend könne festgestellt werden, dass die schweizerische Rechtsordnung dem Anliegen des Übereinkommens über die Rechte des Kindes genüge (BBl 1994 V 1, 24 f.). Im Übrigen hielt das Bundesgericht in seinem Ent- scheid vom 16. März 2015 lediglich fest, es könnte sich die Frage stellen, ob mit Rücksicht auf die Konvention über die Rechte des Kindes das Klagerecht nach Art. 260a Abs. 1 ZGB einschränkend ausgelegt werden müsse. Es verwies insbe- sondere auf Siehr und Wolf. Wolf ist zu entnehmen, Art. 3 KRK sei Auftrag an den Gesetzgeber und die Praxis, dem in der Schweiz unbestrittenen Grundsatz des Kindeswohls Nachachtung zu verschaffen (Wolf, Die UNO-Konvention über die Rechte des Kindes und ihre Umsetzung in das Schweizerische Recht, in: ZBJV 134/1998 S. 113, 132 ff.). Siehr hält dafür, jedenfalls wenn Mutter, Kind und der Anerkennende zusammenlebten, dürften andere Personen dieses Zusammenle- ben nicht durch eine Klage beeinträchtigen. Nur so könne Art. 3 KRK verwirklicht werden (Siehr, Grosseltern im Privatrecht, FS Hausheer, 2002, S. 159, 161). Vor- liegend leben Anerkennender und Kind nicht zusammen. Hingegen besteht an der Anfechtung

missbräuchlicher Kindsanerkennungen ein öffentliches Interesse und ist zu dessen Verwirklichung ein ausdrückliches, gesetzliches Klagerecht der Wohnsitz- und Heimatgemeinde vorgesehen. Dass die Klagelegitimation der Berufungsklägerinnen vor diesem Hintergrund einer Interessenabwägung standzuhalten hat, lässt sich damit nicht herleiten. 5.4.4. Selbst wenn aber eine Interessenabwägung vorzunehmen wäre, so wäre dazu in erster Linie auf die Aussagen der Kindsmutter und des Berufungsbeklagten 1 abzustellen. Beide gaben zu den persönlichen Verhältnissen des Berufungsbeklagten 2 zu Protokoll, dass der Berufungsbeklagte 2 seit Sommer 2015 in der Nähe des Wohnorts der Kindsmutter an der ...-Strasse in den Kindergarten gehe (Vi-Prot. S. 26 und S. 34). Der Berufungsbeklagte 1 sehe den Berufungsbeklagten 2 regelmässig unter der Woche und auch am Wochenende (Vi-Prot. S. 25 und S. 33). Er betreue den Berufungsbeklagten 2 ab und zu auch alleine und gehe mit ihm auf den Spielplatz (Vi-Prot. S. 25 und S. 33). Ausserdem würden sie alle zusammen Ausflüge unternehmen, zum Beispiel gemeinsam Schiff fahren, zu Mc Donald's oder spazieren gehen (Vi-Prot. S. 22, S. 25 und S. 34). Der Beru-

- 14 - fungsbeklagte 2 sei ein aufgestelltes, lebendiges Kind (Vi-Prot. S. 25 und S. 34). Zur Zeit lerne er Fahrrad fahren (Vi-Prot. S. 26 und S. 34). Er habe gerne Wasser, fahre Kickboard/Trottinett und interessiere sich für Autos (Vi-Prot. 25 ff. und S. 34 f.). Ausserdem spreche er gut deutsch (Vi-Prot. S. 25 und S. 34). Im Rahmen eines Unterhaltsvertrags habe sich der Berufungsbeklagte 1 verpflichtet, monatlich Fr. 100.– an die Kosten des Berufungsbeklagten 2 zu bezahlen. Darüber hinaus kaufe er dem Berufungsbeklagten 2 manchmal auch etwas (Vi-Prot. S. 27 und S. 34 f.). Gestützt auf die allgemein gehaltenen Aussagen der Kindsmutter und des Berufungsbeklagten 1 lässt sich eine gefestigte, gelebte Vater-Kind-Beziehung zwischen Letzterem und dem Berufungsbeklagten 2 kaum erstellen. Seltsam mutet bereits an, dass der Berufungsbeklagte 1 nicht mit der Kindsmutter und dem Berufungsbeklagten 2 zusammenlebt, obwohl sowohl der Berufungsbeklagte 1 als auch die Kindsmutter zu Protokoll gaben, in einer Partnerschaft zu sein (Vi-Prot. S. 22 und S. 33), und sie offenbar ein zweites Mal heiraten wollten. Abgesehen davon mag der Berufungsbeklagte 1 zwar ab und zu auf den Berufungsbeklagten 2 aufpassen oder diesen und die Kindsmutter besuchen. Fixe, regelmässige Betreuungszeiten übernimmt er jedoch keine. Weder übernachtete der Berufungsbeklagte 2 bei ihm (Vi-Prot. S. 25) noch koche er für ihn, das übernehme die Mutter (Vi-Prot. S. 27). Entsprechend konnte der Berufungsbeklagte 1 beispielsweise keine Angaben zum Lieblingsessen des Berufungsbeklagten 2 (Vi-Prot. S. 27 und S. 35) oder zu dessen Lieblingsbuch (Vi-Prot. S. 26 und S. 35) machen. Auch wusste er nicht, dass der Berufungsbeklagte 2 schon einmal wegen Bein- und Bauchschmerzen im Notfall war (Vi-Prot. S. 25 und S. 34). Wenn sich auch nicht gänzlich von der Hand weisen lässt, dass der Berufungsbeklagte 1 über gewisse Entwicklungsschritte des Berufungsbeklagten 2 zum Beispiel im Schwimmen oder Fahrradfahren im Bild ist, kann die eher lose soziale Bindung zwischen ihm und dem Kind nicht ausreichen, das öffentliche Interesse der Berufungsklägerinnen an der Verhinderung rechtsmissbräuchlicher Kindsanerkennungen zu überwiegen, zumal die konstante Weigerung des Berufungsbeklagten 1 zur Mitwirkung bei einem DNA-Gutachten an Rechtsmissbrauch grenzt. Daran vermag weder der Umstand etwas zu ändern, dass der Berufungsbeklagte 1 regelmässige, in der Höhe

- 15 - praktisch vernachlässigbare Unterhaltsbeiträge leistet, noch die Tatsache, dass der Berufungsbeklagte 2 durch eine Aufhebung der Beziehung zum Berufungsbe- klagten 1 vaterlos werden könnte. Immerhin wäre für den Fall des Nachweises der Nichtvaterschaft des Berufungsbeklagten 1 die Kindsmutter ohne Weiteres in der Lage, dem Berufungsbeklagten 2 offenzulegen, wer als Vater noch in Frage käme. Letztlich hätte in diesem Fall vor allem sie eine andauernde Vaterlosigkeit des Berufungsbeklagten 2 zu verantworten.

E. 5.5

Zusammenfassend ist damit die Aktivlegitimation der Berufungsklägerinnen entgegen den vorinstanzlichen Ausführungen zu bejahen und im Folgenden zu prüfen, ob die Nichtvaterschaft des Berufungsbeklagten 1 durch die Berufungs- klägerinnen 1-3 rechtsgenügend nachgewiesen ist.

E. 6

Nachweis der Nichtvaterschaft

E. 6.1

Gemäss Art. 260b Abs. 1 ZGB hat der Kläger zu beweisen, dass der Aner- kennende nicht der Vater des Kindes ist. Dabei kann er sowohl den Nachweis fehlender Beiwohnung erbringen als auch den direkten Beweis der Nichtvater- schaft durch ein naturwissenschaftliches Gutachten. Der Beweis, dass die Vater- schaft weniger wahrscheinlich ist als diejenige eines Dritten, reicht als Beweis- mass nicht aus. Der sichere Beweis der Nichtvaterschaft wird heute in der Regel mittels eines erbbiologischen Gutachtens erbracht. Dieses nimmt den zentralen Platz im Abstammungsprozess ein, wobei jede Partei Anspruch auf Durchführung derjenigen Untersuchung hat, die nach dem Stand der Wissenschaft die streitige Abstammung mit genügender Sicherheit zu klären vermag. In der Schweiz ist dies das DNA-Gutachten (BSK ZGB I-Schwenzer/Cottier, Art. 260b N 4 und Art. 254 N 6 ff.). Aus diesem Grund verpflichtet Art. 296 Abs. 2 ZPO für die Aufklärung der Abstammung die Parteien und Dritte, an entsprechenden Untersuchungen mitzu- wirken, die nötig und ohne Gefahr für die Gesundheit sind. Die Bestimmungen über die Verweigerungsrechte der Parteien und von Dritten sind in diesem Zu- sammenhang nicht anwendbar, so dass die DNA-Probe zwingend durchzuführen ist. Dabei hat das Bundesgericht bis heute offen gelassen und ist in der Lehre umstritten, ob auch eine zwangsweise Durchsetzung mittels körperlichen Zwangs erlaubt ist, oder ob nur mittelbare Sanktionen wie Ungehorsamsstrafen nach Pro-

- 16 - zessrecht oder nach Art. 292 StGB in Frage kommen sollen. Während Art. 167 Abs. 1 lit. c ZPO bei ungerechtfertigter Weigerung durch Dritte die zwangsweise Durchsetzung ausdrücklich vorbehält, sieht Art. 164 ZPO bei ungerechtfertigter Weigerung einer Partei lediglich die Berücksichtigung im Rahmen der Beweis- würdigung vor. Da der Zwangsvollzug einer DNA-Probe mittels körperlichen Zwangs einen Eingriff in die persönliche Freiheit des Betroffenen darstellt (Art. 10 BV), ist er somit für die Mitwirkungsverweigerung von Parteien infolge fehlender gesetzlicher Grundlage grundsätzlich abzulehnen. Jedenfalls können weder der blosse Ausschluss der Verweigerungsrechte in Art. 296 Abs. 2 ZPO noch eine analoge Anwendung von Art. 167 Abs. 1 lit. c ZPO als gesetzliche Grundlage im Sinne von Art. 36 BV genügen (vgl. BSK ZPO-Steck, Art. 296 N 25; ZK ZPO- Schweighauser, Art. 296 N 29; Pfänder Baumann, DIKE-Komm-ZPO, Art. 296 N 4; BSK ZGB I-Schwenzer/Cottier, Art. 254 N 20).

E. 6.2

Mit Verfügung vom 7. Februar 2014 ordnete die Vorinstanz nach vorgängiger Anhörung der Parteien (Urk. 16, 18 ff.) beim Institut für Rechtsmedizin der Universität Zürich die Einholung eines DNA-Gutachtens an und wies den Berufungsbeklagten 1 unter Androhung der Bestrafung nach Art. 292 StGB im Unterlassungsfalle an, sich einem Wangenschleimhautabstrich zu unterziehen (Urk. 21). Der Berufungsbeklagte 1 setzte sich dagegen durch alle Instanzen erfolglos zur Wehr (Urk. 24 ff.). Trotzdem verweigerte er in der Folge seine Mitwirkung und blieb dem Aufgebot des Instituts für Rechtsmedizin zur Speichelentnahme unentschuldig fern (Urk. 31). Die Vorinstanz erstattete dementsprechend Strafanzeige beim zuständigen Stadtrichteramt (Urk. 34). Mit Strafbefehl vom 27. Juli 2015 wurde der Berufungsbeklagte 1 wegen Ungehorsams gegen eine amtliche Verfügung im Sinne von Art. 292 StGB mit einer Busse von Fr. 200.– bestraft (Urk. 37). Durch sein beharrliches Weigern verunmöglichte der Berufungsbeklagte 1 damit letztlich den sicheren Beweis seiner Vater- bzw. Nichtvaterschaft. Verweigert eine Partei, wie vorliegend der Berufungsbeklagte 1, seine Mitwirkung in unberechtigter Weise, hat dies wie dargelegt grundsätzlich zur Folge, dass ihr Verhalten bei der Beweiswürdigung berücksichtigt wird (Art. 164 ZPO).

- 17 - Trotzdem darf eine Mitwirkungsverweigerung nicht zu einer Umkehr der Beweislast führen. Zwar kann in der ungerechtfertigten Ablehnung der Mitwirkung ein Indiz für das Bestehen jener Tatsache erblickt werden, die durch die Mitwirkung hätte bewiesen werden sollen. Trotzdem darf das Gericht nicht ohne Weiteres davon ausgehen, die Tatsachenbehauptungen der Gegenpartei seien folglich wahr, würde dies doch auf eine Fiktion hinauslaufen, die mit dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung im Sinne von Art. 157 ZPO kaum vereinbar wäre. So verbietet es das Prinzip der freien Beweiswürdigung, aus der Verweigerung der Mitwirkung automatisch auf den Nachweis der Tatsache zu schliessen, die anhand der Mitwirkung hätte bewiesen werden sollen (ZK ZPO-Hasenböhler, Art. 164 N 5 f.). Damit kann allein gestützt auf die Mitwirkungsverweigerung des Berufungsbeklagten 1 letztlich nicht der Schluss gezogen werden, dass er nicht der Vater des Berufungsbeklagten 2 ist, auch wenn dieser Schluss sehr nahe liegt. Dies muss umso mehr gelten, als eine solche Beweiswürdigung nicht zuletzt vor allem auch für den Berufungsbeklagten 2 Auswirkungen hätte.

E. 6.3

Die Berufungsklägerinnen 1-3 machen geltend, es handle sich bei einem gewissen F._____ um den leiblichen Vater des Berufungsbeklagten 2. Die Abklärungen hätten ergeben, dass F._____ schon zum Zeitpunkt der Geburt des Berufungsbeklagten 2 in der Republik Kosovo als Ehegatte der Kindsmutter galt, weshalb der Berufungsbeklagte 2 von Geburt an rechtlich und tatsächlich als Kind von F._____ gelte (Urk. 54 S. 7). Sie stellen zur Untermauerung ihrer Behauptung auf einen Bericht des Vertrauensanwaltes der Schweizer Vertretung in Pristina vom 14. Februar 2013 ab (Urk. 3/4). Weitere Beweismittel, wie beispielsweise eine kosovarische Heiratsurkunde oder einen Auszug aus dem kosovarischen Zivilstandsregister, brachten sie keine bei. Dem entgegen bestritt die Kindsmutter, mit F._____ verheiratet zu sein, und sagte weiter aus, mit diesem auch keinen Geschlechtsverkehr gehabt zu haben (Vi-Prot. S. 32 f.). Wie schon von der Vorinstanz zutreffend festgehalten, handelt es sich beim genannten Bericht vom 14. Februar 2013 um kein verwertbares Beweismittel. Abgesehen davon, dass den Parteien gemäss Art. 155 Abs. 3 ZPO bei Beweisabnahmen ein Teilnahmerecht zukommt, beinhaltet der Bericht

eine Vielzahl von

- 18 - Personenaussagen, die den Anforderungen der Zivilprozessordnung an eine Zeugeneinvernahme gemäss Art. 169 ff. ZPO oder an eine schriftliche Auskunft nach Art. 190 Abs. 2 ZPO nicht genügen. Während bei einer Zeugenbefragung bereits die Belehrung des Zeugen nach Art. 171 Abs. 1 ZPO Gültigkeitsvoraussetzung bildet, sind schriftliche Auskünfte von Privatpersonen die Ausnahme und insbesondere in Fällen ungeeignet, wo die Unbefangenheit der Auskunftsperson unklar ist oder den zu klärenden Fragen besondere Bedeutung zukommt (ZK ZPO-Weibel/Naegeli, Art. 171 N 4 und Art. 190 N 10). Selbst wenn man aber trotzdem noch auf den von den Berufungsklägerinnen beigebrachten Bericht abstellen wollte, ergäbe sich auch daraus kein genügender Beweis für die Nichtvaterschaft des Berufungsbeklagten 1, wies doch insbesondere der angebliche Vater, F._____, eine Vaterschaft zum Berufungsbeklagten 2 ausdrücklich von sich (Urk. 3/4 S. 3).

E. 6.4

Soweit die Berufungsklägerinnen und der Berufungsbeklagte 2 vorbringen, es stelle sich die Frage, ob die Vorinstanz gestützt auf die Offizialmaxime nicht hätte versuchen müssen, für den mutmasslichen Vater im Kosovo, F._____, einen DNA-Test anzuordnen (Urk. 54 S. 8, Urk. 60 S. 4), hat die Vorinstanz von einer rechtshilfeweisen Durchführung einer DNA-Probe zu Recht abgesehen. Einerseits ist zu befürchten, dass sich ein Informationsaustausch mit dem Kosovo in dieser Sache sehr schwierig gestalten würde, und andererseits bestritt F._____ die Vaterschaft (Urk. 3/4 S. 3), so dass die Vorinstanz nicht ohne Weiteres davon ausgehen konnte, er würde sich – im Gegensatz zum Berufungsbeklagten 1 – freiwillig für einen Wangenschleimhautabstrich zur Verfügung stellen. Eine rechtshilfeweise angeordnete DNA-Probe hätte daher in erster Linie zu einer Erhöhung der Prozesskosten und einer erheblichen Verlängerung des Verfahrens, jedoch aller Wahrscheinlichkeit nach zu keinem Ergebnis geführt. Zu diesem Schluss gelangten die Berufungsklägerinnen im vorinstanzlichen Verfahren immerhin auch selber und rieten von einem solchen Vorgehen damals noch ausdrücklich ab (Vi-Prot. S. 15). Kommt hinzu, dass aufgrund der grundsätzlichen Unverwertbarkeit des durch die Berufungsklägerinnen beigebrachten Berichts vom 14. Februar 2013 (vgl. vorstehend E. II.6.3.) ohnehin keine genügenden Anhaltspunkte dafür bestehen, dass es sich bei F._____ um den Vater des Berufungsbeklagten 2 handeln

- 19 - könnte. Dass eine Vaterschaft von F._____ wahrscheinlicher ist als diejenige des Berufungsbeklagten 1 oder diejenige irgendeines Dritten, stand für die Vorinstanz gerade nicht nachweislich fest. Gleiches gilt für die Forderung der Berufungsklägerinnen, die Vorinstanz hätte die Reisepässe der Kindsmutter und des Berufungsbeklagten 2 einfordern und auswerten müssen (Urk. 54 S. 5). Auch daraus liesse sich kaum etwas bezüglich der Vaterschaft oder Nichtvaterschaft des Berufungsbeklagten 1 ableiten. Selbst wenn sich daraus ergäbe, dass die Kindsmutter mit dem Berufungsbeklagten 2 regelmässig in den Kosovo gereist ist, liesse sich gestützt auf die Pässe weder der Grund der Reisen noch etwas zur Person des Vaters des Berufungsbeklagten 2 ableiten.

E. 6.5

Nur der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass die Berufungsklägerinnen im Übrigen auch mit ihrem Einwand fehlgehen, die Vorinstanz hätte von Amtes wegen die Nichtigkeit der Kindsanerkennung durch den Berufungsbeklagten 1 prüfen müssen, da eine Kindsanerkennung nur rechtsgültig sei, wenn nicht bereits ein anderes Kindsverhältnis

bestehe (Urk. 54 S. 7). Dazu gilt es festzuhalten, dass das von den Berufungsklägerinnen behauptete Kindsverhältnis zu F. _____ bestritten (Vi-Prot. S. 32; Urk. 3/4 S. 3) und nicht nachgewiesen ist. Urkunden, die mindestens eine Heirat der Kindsmutter mit F. _____ im Kosovo und damit eine im Kosovo bestehende allfällige rechtliche Vaterschaft zum Berufungsbeklagten 2 belegen würden, liegen keine im Recht.

E. 6.6

Zusammenfassend ist also festzuhalten, dass es den Berufungsklägerinnen nicht gelungen ist, den Beweis der Nichtvaterschaft im Sinne von Art. 260b ZGB zu erbringen. Sollte der Berufungsbeklagte 2 dereinst älter sein und von seiner Mutter erfahren, dass der Berufungsbeklagte 1 wohlmöglich doch nicht sein biologischer Vater ist, hätte er selber immer noch die Möglichkeit, bis zum Ablauf eines Jahres ab Erreichen der Volljährigkeit die Registervaterschaft anzufechten und auf Feststellung der biologischen Vaterschaft zu klagen (Art. 260c Abs. 2 ZGB; Art. 261 ff. ZGB). Aus den dargelegten Gründen ist die Klage abzuweisen.

- 20 - III. 1. Bezüglich der Kosten- und Entschädigungsfolgen ist das vorinstanzliche Urteil in einem Punkt zu korrigieren, nämlich hinsichtlich der teilweisen Auferlegung der Verfahrenskosten an die Berufungsklägerin 1. So handelt es sich bei der Berufungsklägerin 1 – wie von ihr zutreffend vorgebracht (Urk. 54 S. 14) – um eine kantonale Stelle, für die gemäss § 200 lit. a GOG die Kostenfreiheit des Verfahrens gilt. Gemäss dieser Bestimmung soll unnötiger Verrechnungsaufwand zwischen verschiedenen kantonalen Stellen verhindert werden. Damit sind die in der Höhe nicht beanstandeten vorinstanzlichen Gerichtskosten von Fr. 4'000.– im Umfang von Fr. 1'000.– dem Berufungsbeklagten 1 aufzuerlegen. Dies wurde vom Berufungsbeklagten 1 ebenfalls nicht beanstandet (Urk. 63 S. 2 und S. 12 f.). Aufgrund des klaren Wortlauts von § 200 lit. a GOG können zwar dem Kanton Zürich keine Kosten auferlegt werden, den Gemeinden und anderen Kantonen hingegen schon. Im Restbetrag sind daher die Gerichtskosten den Berufungsklägerinnen 2 und 3 je zu einem Drittel, mithin je im Umfang von Fr. 1'100.–, aufzuerlegen. Der Kostenanteil der Berufungsklägerin 1 im Umfang von ebenfalls Fr. 1'100.– ist zufolge Kostenfreiheit des Verfahrens auf die Staatskasse zu nehmen. 2. Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens sind in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG in Verbindung mit § 5 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 3'600.– festzusetzen und ausgangsgemäss zu 2/3 den unterliegenden Berufungsklägerinnen 2 und 3 aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 2 ZPO). Der Kostenanteil der unterliegenden Berufungsklägerin 1 im Umfang von 1/3 ist auf die Staatskasse zu nehmen (§ 200 lit. a GOG). 3. Überdies sind die Berufungsklägerinnen 1-3 ausgangsgemäss zu verpflichten, dem Berufungsbeklagten 1 für das Berufungsverfahren eine angemessene Entschädigung von Fr. 2'200.– (§ 13 Abs. 1 und Abs. 2 AnwGebV in Verbindung mit § 5 Abs. 1 und § 11 Abs. 1 AnwGebV) zuzüglich Fr. 176.– (8 % MwSt., Urk. 63 S. 2) zu bezahlen.

- 21 - 4. Da der Berufungsbeklagte 2 im vorliegenden Verfahren nicht kostenpflichtig wird, ist sein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege als gegenstandslos abzuschreiben. Ferner sind die Berufungsklägerinnen 1-3 zu verpflichten, dem Berufungsbeklagten 2, der durch eine Beiständin des Amtes für Jugend und Berufsberatung vertreten ist, eine angemessene Entschädigung zu bezahlen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Diese Entschädigung richtet sich nicht nach der Verordnung über die Anwaltsgebühren (AnwGebV) und ist ermessensweise auf Fr. 1'000.– festzusetzen. Es wird beschlossen:

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.